

การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติ
รัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

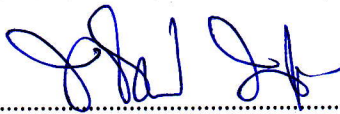
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

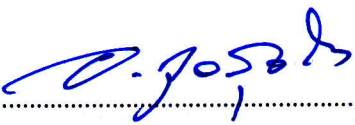
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2560

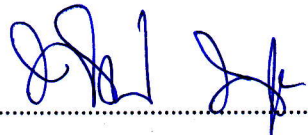
การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติ
รัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี
กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว
คณะนิติศาสตร์

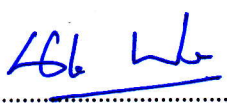
อาจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.พิชรวรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ
(ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต)

ศาสตราจารย์..........กรรมการ
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

อาจารย์..........กรรมการ
(ดร.พิชรวรรณ นุชประยูร)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)

ตุลาคม 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี
ชื่อผู้เขียน	นายกิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2560

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และศึกษาถึงกระบวนการของการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ โดยศึกษาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการใช้ และศึกษาว่าองค์กรนั้นมีวิธีการในการใช้อย่างไร ตลอดจนศึกษาถึงองค์กรผู้มีอำนาจในการตีความและวินิจฉัย การนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

โดยวิธีการศึกษาเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ และการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย โดยการดำเนินการวิจัยรวบรวมเอกสารต่าง ๆ เป็นการศึกษาถึงประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครอง บริบททางสังคม โดยมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่น และประเทศอังกฤษ บทบัญญัติกฎหมาย หนังสือ คำพิพากษาของศาลไทย และบทความภาษาไทย ตลอดจนการสัมภาษณ์บุคคลสำคัญและผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาประกอบการวิจัยเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ผลการศึกษาพบว่า หากเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งไม่สามารถดำเนินการให้มีนายกรัฐมนตรีได้ตามกลไกของรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ปกติ ตามมาตรา 158 และมาตรา 159 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) และเกิดที่กรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือเกิดกรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และทั้งสองกรณีต้องเกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้ กรณีเช่นนี้จึงอาจจะถือว่าไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยตรงใช้บังคับแก่กรณีได้ ถือเป็น “ช่องว่าง

โดยแท้ทางรัฐธรรมนูญ” จึงมีเหตุและเงื่อนไขอันนำไปสู่การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามบทบัญญัติของมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญเพื่อปรับใช้ในให้นายกรัฐมนตรีได้ ซึ่งในนำมาปรับใช้นั้นต้องมีกระบวนการในการนำมาใช้โดยต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ กล่าวคือ ประการแรก องค์กรผู้ที่มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยนั้น คือ พระมหากษัตริย์ และประการที่สอง การนำมาใช้ตามวิธีการ ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์สามประการ คือ 1. การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ 2. การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ 3. การนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ไม่ได้กำหนดให้องค์กรใดเป็นองค์กรพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องนี้ จึงเห็นว่า อำนาจในการวินิจฉัยเรื่องนี้ควรอยู่ที่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว และศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการคลี่คลายปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นกลไกในยามวิกฤตที่จะเป็นทางออกให้กับประเทศชาติบ้านเมืองอย่างสงบสันติ

ดังนั้น การนำจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้นั้น นอกจากเป็นไปตามแนวทางที่ได้นำเสนอไปแล้วนั้น เห็นควรเสนอแนวทางเพิ่มเติมดังนี้ 1. การนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างนั้น ให้มีวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายเพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้ 2. ให้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเข้ามาตีความและวินิจฉัยชี้ขาด 3. คุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้นต้องมีคุณสมบัติที่ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายของประเทศ และ 4. การใช้จารีตประเพณีการปกครองในเรื่องนี้ เห็นควรจะนำความกราบบังคมทูลฯ ให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามประเพณีการปกครอง แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี และให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ABSTRACT

Title of Thesis	The Use of Traditional Administrative System in the Democratic Regime According to the Provisions of Constitution: A Study of How to Become a Prime Minister
Author	Mr. Kittisak Noochaikaew
Degree	Master of Laws
Year	2017

The purpose of this dissertation is to study the event that there is no the constitution to stipulate how to become a prime minister and also how to apply the traditional administrative of Thailand instead. Whereby, this study will describe which organisation shall have the authority to apply and how to do so, including who shall the authority to interpret and consider the use of traditional administrative system of Thailand to fill the gap of the provisions of constitution relating to how to become a prime minister.

This event shall be studied by qualitative research and legal historical research. The research shall be conducted by collecting documents and papers related to the history of administrative and social context, such as, the Constitution of Thailand, the Constitution Japan, the Constitution England, provisions of laws, books, judgments considered by Thai court, and journal papers, including interviews papers of important persons and expert. Such sources shall become the data to be analysed for the use of traditional administrative system in democratic regime according to the provisions of constitution relating to how to become a prime minister.

The analysis results that if there is no the provisions of constitution relating to how to become a prime minister which cannot be appointed according to the procedure of constitution in normal situation pursuant to Section 158 and Section 159 of the Constitution of Thailand (B.E. 2560) and all of the deputy council ministers

(6)

resign from their duties at time that there is a dissolution of parliament or the term of House of Representatives is ended or the House of Representatives Meeting, in the normal election, cannot be convened to elect a prime minister, which both cases are the event that permanent secretaries cannot elect any permanent secretary to become a deputy prime minister, it is considered as “the true gap of constitution”. That is a reason and condition why there is the traditional administrative of Thailand in the democratic regime with Monarchy pursuant to Section 5 of the Constitution of Thailand (B.E. 2560) to fill such gap to apply for the election of a prime minister. In order to do so, there are two procedures that have to be satisfied, which are (1) the authorised organisation which applies the traditional administrative of Thailand shall be a king, and (2) to apply it, the three criteria as follows have to be satisfied 1. it can be only used when there is a gap of the constitution, 2. it shall be used in accordance with the provisions of the constitution, and 3. it shall be used in accordance with the traditional administrative. In addition, the research results that the current constitution does not stipulate which organisation shall have an authority to consider this matter. So that it could be seen that authority thereof shall be considered by the “Constitutional Court” on the ground of that the matter is related to the procedure of constitution. Therefore, the Constitutional Court is a competent court for this matter, and the Constitutional Court shall become an authorised organisation to consider the constitutional matter as a mechanism to resolve the national matters in the crisis timing peacefully.

Notwithstanding the use of traditional administrative system in the democratic regime to fill up the gap of constitution to elect a prime minister as mentioned above, there are additional matters to be concerned, which are 1. to set the purpose of the use thereof only to elect a prime minister, 2. to set the provisions to authorise only the Constitutional Court to interpret and consider this matter, 3. to set the criteria of a prime minister, which are widely accepted by the nations, and 4) to receive a prior royal command to appoint a prime minister whereby the president of privy councillor shall be the royal’ representative.

กิตติกรรมประกาศ

ขอถวายความนอบน้อมแต่สมเด็จพระจอมไตรบรมศาสดาสัมมาสัมพุทธเจ้า ขอน้อมระลึกถึงพระกรุณาธิคุณแห่งสมเด็จพระบูรพมหากษัตริยาธิราชเจ้าทุกพระองค์ด้วยความจงรักภักดียิ่ง กราบพระบาท ด้วยสำนึกในพระกรุณาธิคุณ พระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าอทิตยาทรกิติคุณ ในโอกาสที่ทรงพระกรุณาประทานเครื่องสมณบริขารในการอุปสมบทในบวรพระพุทธศาสนา ขอน้อมระลึกถึงคุณของพระเดชพระคุณ พระราชสุทิวีมล (เลี้ยว ยโสธร) ที่เมตตาเป็นพระอุปัชฌาย์ และกราบขอบพระคุณพระอาจารย์มหาอิทธิพล ฐุริปัญโญ เจ้าอาวาสวัดลำทับ ที่ให้โอกาสให้กำลังใจและเมตตาแก่ผู้เขียนตลอดช่วงระหว่างที่อยู่ในสมณเพศในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่เห็นคุณค่า แง่คิด และมุ่งมองในทางวิชาการของผู้เขียน และพิจารณาคัดเลือกให้ได้รับทุนสนับสนุนการทำวิทยานิพนธ์ ในระดับปริญญาโท ประจำปีงบประมาณ 2560 ซึ่งถือเป็นคุณูปการสำคัญที่ทำให้การเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ประสบผลสำเร็จอย่างราบรื่น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อ อาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร ที่เมตตาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและควบคุมวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ทั้งให้คำปรึกษา คำแนะนำ ข้อเสนอแนะ ตลอดจนข้อคิดที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต ที่ได้สละเวลาอันมีค่ากรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งยังชี้แนะและให้ความเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งเพื่อกำหนดวิทยานิพนธ์ ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จริญญา ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่เมตตาต่อผู้เขียนอย่างยิ่งในการให้สัมภาษณ์ในประเด็นที่สำคัญ รวมทั้งให้คำแนะนำที่สูงค่าในทางวิชาการ ขอขอบพระคุณท่านอาจารย์อวิรุทธ์ ชาญชัยกิตติกร ที่เมตตาแก่ผู้เขียนในการประสานงานในการสัมภาษณ์ครั้งนี้ ตลอดจนให้กำลังใจต่อการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้

กราบขอบพระคุณในความเมตตาของพระคทาวัช คเวสธัมโม (เพ็งที) นายเกริกเกียรติ ทิพย์ชัย นายธนพล ปัญญาสาร นางสาวกรรณิมา พัฒนศิลป์ ตลอดจน เพื่อน พี่ น้อง คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ รุ่น 3 4 5 และโครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รุ่น 16 ที่คอยช่วยเหลือด้วยความจริงใจและเต็มเปี่ยมด้วยความรักความปรารถนาดีตลอดมาในช่วงของการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้ที่สนใจ เพื่อการศึกษา ค้นคว้าและพัฒนาความรู้ต่อไป คุณค่าและประโยชน์อันพึงมีจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนขอยกความดีทั้งหมดนี้แด่ คุณพ่อสุชาติ คุณแม่เนติยา คุณพี่ณัฏก หนูชัยแก้ว ตลอดจนกราบเป็นกตเวทิตาคุณแด่ ครู อาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ ที่นี้

กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว

ตุลาคม 2560

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานในการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตในการศึกษา	5
1.5 ระเบียบวิธีในการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 ข้อคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	7
2.1 นิติวิธีทางรัฐธรรมนูญ	9
2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการตีความรัฐธรรมนูญ	9
2.1.1.1 ความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ	9
2.1.1.2 ขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญ	11
2.1.1.3 เครื่องมือช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญ	12
2.1.2. วิธีการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและช่องว่างแห่งกฎหมาย	13
2.1.2.1 วิธีการตีความกฎหมายโดยทั่วไป	13
2.1.2.2 ความหมายและลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย	17
2.1.2.3 การอุดช่องว่างของกฎหมาย	19
2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	27
2.2.1 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	27
2.2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางกฎหมายมหาชน	28

2.2.1.2	ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	32
2.2.1.3	ความเป็นมาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	35
2.2.2	การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญ	37
2.2.2.1	ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	38
2.2.2.2	การนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร	46
2.2.2.3	การนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร	50
2.3	หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข	52
2.3.1	ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการปกครองระบอบรัฐสภา	53
2.3.2	หลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบอบรัฐสภา	55
2.3.3	พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐในระบอบรัฐสภา	57
บทที่ 3	จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของต่างประเทศ	62
3.1	จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ	62
3.1.1	แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ	63
3.1.1.1	ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ	63
3.1.1.2	หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ	68
3.1.2	รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ	75
3.1.2.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ	75
3.1.2.2	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ	79
3.1.2.3	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ	80
3.1.3	หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของอังกฤษ	87
3.2	จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น	93
3.2.1	แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น	93
3.2.1.1	ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น	93
3.2.1.2	หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น	95

3.2.2	รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเศญี่ปุ่น	101
3.2.1.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ของประเศญี่ปุ่น	101
3.2.2.2	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ก่อนการแพ้สงครามโลก ครั้งที่สอง	106
3.2.2.3	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี หลังการแพ้สงครามโลก ครั้งที่สอง	109
3.2.3	หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบัทญูญตี ของญี่ปุ่น	111
บทที่ 4	การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ของไทย	118
4.1	หลักการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้กับรัฐธรรมนูญ	118
4.1.1	ความหมายของจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	119
4.1.2	ความเป็นมาของบัทญูญตีจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	123
4.1.3	การค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย	129
4.1.3.1	ความสำคัญการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	129
4.1.3.2	วิธีการค้นหาการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	131
4.2	การนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในระบบกฎหมายไทย	134
4.2.1	จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย	135
4.2.1.1	จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ	135
4.2.1.2	จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร	142
4.2.1.3	จารีตประเพณีเกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์	145
4.2.2	รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย	154
4.2.2.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย	154
4.2.2.2	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ	159
4.2.2.3	การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ	163
4.3	การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	169
4.3.1	การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยรัฐสภา	169
4.3.2	การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยศาลฎีกา	171
4.3.2.1	ลักษณะของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับระบอบการปกครอง	171

4.3.2.2	ลักษณะของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญ ฉบับก่อนให้การรับรองไว้	172
4.3.2.3	ลักษณะของคำพิพากษาที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป	174
4.3.3	การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลรัฐธรรมนูญ	176
4.3.3.1	ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจใน การตีความรัฐธรรมนูญ	176
4.3.3.2	ในกรณีที่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการ ตีความรัฐธรรมนูญ	184
บทที่ 5	บทวิเคราะห์	205
5.1	วิเคราะห์กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี	205
5.2	วิเคราะห์กระบวนการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้อุดช่องว่าง ของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี	209
5.2.1	วิเคราะห์องค์กรผู้ที่มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย	209
5.2.2	วิเคราะห์วิธีการในการใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทย	214
5.3	วิเคราะห์องค์กรผู้ที่มีอำนาจในการตีความการนำจารีตประเพณีการปกครอง ประเทศไทยมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี	217
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	220
6.1	บทสรุป	220
6.2	ข้อเสนอแนะ	223
	บรรณานุกรม	226
	ประวัติผู้เขียน	243

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญถือเป็นแบบแผนซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในประเทศ ซึ่งอาจจะแยกกันอยู่อย่างกระจัดกระจายในรูปของจารีตประเพณีบ้าง ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบ้าง ซึ่งเราเรียกรัฐธรรมนูญแบบนี้ว่า “รัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution)” ส่วนรัฐธรรมนูญที่ถูกลำเอียงรวมไว้เป็นเอกสารฉบับเดียวกัน เราเรียกรัฐธรรมนูญนี้ว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution)”¹ ซึ่งการมีรัฐธรรมนูญในรูปแบบใดนั้น ขึ้นอยู่กับว่าการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองในประเทศนั้น ๆ จะเหมาะสมกับรูปแบบของรัฐธรรมนูญในแบบใด ทั้งนี้ไม่มีประเทศไหนที่ใช้รัฐธรรมนูญในรูปแบบนั้นเพียงอย่างเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ก็มักจะมีการนำจารีตประเพณีหรือประเพณีการปกครองทางรัฐธรรมนูญมาใช้ด้วย²

สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายไทย โดยมีความมุ่งหมายที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา ซึ่งต้องมีการใช้โดยมุ่งถึงประโยชน์ต่อประเทศชาติบ้านเมืองเป็นสำคัญ ฉะนั้น จึงต้องมีการใช้และตีความในความหมายอย่างกว้างกว่ากฎหมายธรรมดา และรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายความว่าเพียงรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ให้หมายความรวมถึงรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างด้วย ซึ่งมีหมายความรวมถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศด้วย

โดยในเรื่องจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศนั้น หลวงประดิษฐ์มนูธรรม (ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์) ได้อภิปรายในสภาผู้แทนราษฎร โดยได้มีการกล่าวถึงรัฐธรรมนูญที่ไม่มีลายลักษณ์อักษร หรือรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี โดยมีการพูดถึงในอภิปราย

¹ สมยศ เชื้อไทย และวรวพจน์ วิศรุตพิชญ์, “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 3, 14 (กันยายน 2527): 44.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2560), หน้า 220.

ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับแรก 10 ธันวาคม 2475 ในประเด็นว่า จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงปฏิญาณก่อนจะเข้ามารับหน้าที่หรือไม่ โดยฝ่ายหนึ่งต้องการให้บัญญัติว่าให้พระมหากษัตริย์ทรงปฏิญาณ แต่ประธานอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลวงประดิษฐมนูธรรม (ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์) เห็นว่า ราชประเพณีราชาภิเษกก็มีการปฏิญาณอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องเขียนในร่างรัฐธรรมนูญ และที่สุดแล้วก็ไม่มีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าให้พระมหากษัตริย์ทรงปฏิญาณก่อนเสวยราชสมบัติ เพราะมีจารีตประเพณีการปกครองในเรื่องนี้อยู่แล้ว³ ฉะนั้นแล้ว ย่อมแสดงว่าการยอมรับในเรื่องจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองนั้นตามหลักฐานก็มีมานานับแต่เริ่มต้นการเปลี่ยนแปลงการปกครองเลยทีเดียว

ในเวลาต่อมาได้นำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศมาบัญญัติเป็นบทบัญญัติครั้งแรก ในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502) ซึ่งเป็นธรรมนูญที่มีบทบัญญัติสั้นๆเพียงไม่กี่มาตรา จึงไม่ครอบคลุมกรณีปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจึงต้องบัญญัติในมาตราหนึ่งว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”⁴ ซึ่งภายหลังจากนั้นเป็นต้นมา ในช่วงที่มีการใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวที่มีบทบัญญัติไม่กี่มาตรา ก็ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้เพื่อเป็นหลักการในการอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญไว้เช่นนี้เสมอ

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาได้มีการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ในมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) และในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 ก็ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้เช่นกัน โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) จะเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ประเทศไทย” ไปด้วย ซึ่งในความหมายของคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ถือว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามบทบัญญัติหลักของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 1 และมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมาด้วย

ภายใต้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกคาดหวังว่าสามารถที่จะเข้ามาเพื่อจัดระเบียบการปกครองให้มีความเหมาะสมกับลักษณะของการปกครองไทย และมีมาตรการป้องกันและบริหารจัดการวิกฤตการณ์ของประเทศตามหลักการปกครองในระบอบ

³ปรีดี พนมยงค์, “ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญเบื้องต้นกับร่างรัฐธรรมนูญ,” ใน แนวความคิดประชาธิปไตย ของปรีดี พนมยงค์ (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 141-142.

⁴มาตรา 20 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502)

ประชาธิปไตยและตามประเพณีการปกครองประเทศเพื่อให้ที่เหมาะสมกับสถานการณ์และลักษณะของสังคมประชาธิปไตย⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวางมาตรการป้องกันในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งมีเหตุสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์วิกฤตการณ์เมืองเมื่อช่วงปี 2556-2557 ซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่ประเทศไทยมีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งมีการเรียกร้องให้นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรักษาการและให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะลาออกจากตำแหน่งรักษาการด้วยเพื่อเปิดช่องให้มีการนำไปสู่การตั้งนายกรัฐมนตรีรักษาการในการคลี่คลายวิกฤตครั้งนั้น ซึ่งผ่านการออกแถลงการณ์ฉบับที่ 4/2556 ของที่ประชุมอธิการบดีแห่งประเทศไทย (ทปอ.) ในขณะนั้น จนนำมาสู่ความพยายามในการหาวิธีการแก้ไขปัญหา ในกรณีที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร แล้วเกิดกรณีที่คณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะไม่สามารถอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ หรือคณะรัฐมนตรีรักษาการทำการลาออกทั้งคณะ โดยมีการบัญญัติให้ปลัดกระทรวงมาทำหน้าที่แทนรัฐมนตรีต่างๆ เท่าที่จำเป็นไปพลางก่อน แล้วให้ปลัดกระทรวงคัดเลือกกันเองให้คนใดปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรี⁶

แต่ทั้งนี้มีปัญหาว่า หากเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งไม่สามารถดำเนินการให้นายกรัฐมนตรีได้ตามกลไกของรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ปกติ ตามมาตรา 158 และมาตรา 159 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) และเกิดกรณีที่คณะรัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุตามมาตรา 167 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) และเกิดกรณีที่คณะรัฐมนตรีทั้งคณะอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ และไม่สามารถที่จะให้มีการดำเนินการเพื่อให้ปลัดกระทรวงปฏิบัติหน้าที่รัฐมนตรี ทำการคัดเลือกกันเองให้ปลัดกระทรวงผู้หนึ่งผู้ใดปฏิบัติหน้าที่แทนนายกรัฐมนตรีได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 168 วรรคสอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

จากเหตุดังกล่าวข้างต้น ส่งผลให้เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ จึงมีเหตุและเงื่อนไขอันนำไปสู่การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามบทบัญญัติของมาตรา 5 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มากระทำการและวินิจฉัย เพื่อปรับใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังกล่าว พบว่ามีปัญหาสำคัญสามประการ กล่าวคือ

⁵ คำปรารภรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, **ราชกิจจานุเบกษา** 134, 40 ก (6 เมษายน 2560), หน้า 1-2.

⁶ มาตรา 168 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประการแรก จะพิจารณาถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ประการที่สอง จะพิจารณาถึงกระบวนการของการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในรูปแบบใด มาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีว่ามีขอบเขต เงื่อนไข และวิธีการนำมาใช้อย่างไรจะชี้ชัดถึงหลักในการนำเอาจารีตประเพณีมาใช้บังคับได้ โดยศึกษาเปรียบเทียบของประเทศไทยและต่างประเทศ

ประการสุดท้าย จะพิจารณาถึงหลักการขององค์กรผู้ใช้อำนาจในการตีความและวินิจฉัยการนำจารีตประเพณีตามรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีว่าผู้ใช้อำนาจดังกล่าวมีหลักการอย่างน้อยเพียงใดในการใช้อำนาจ

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำศึกษาในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้อุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีที่ยังขาดขอบเขตและปัญหาในการบังคับใช้ ให้มีความชัดเจน และนำมาใช้ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ในกรณีที่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในอนาคต ตลอดจนเพื่อเป็นหลักประกันต่อการแก้ปัญหาของประเทศชาติโดยสันติวิธี ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี
2. เพื่อศึกษาถึงกระบวนการของการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในรูปแบบใด มาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยศึกษาเปรียบเทียบของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจในการตีความและวินิจฉัยการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย มาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

1.3 สมมติฐานในการศึกษา

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ ในมาตรา 5

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้บัญญัติให้นำเอาจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาวินิจฉัย เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับไม่ว่าในเรื่องใด ๆ ก็ให้วินิจฉัยตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาเป็นบทบัญญัติในการนำมาอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่จารีตประเพณีของการปกครองนั้น ยังขาดขอบเขตที่ชัดเจน และกฎเกณฑ์ที่จะชี้ชัดถึงหลักการนำมาใช้ ดังนั้น เพื่อเป็นการทราบถึงขอบเขต หลักการ และอำนาจตีความและวินิจฉัยให้ชัดเจนขึ้น จึงควรมนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับในการเป็นบทบัญญัติเพื่อนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี มารวบรวมไว้ให้เป็นลายลักษณ์อักษร

1.4 ขอบเขตในการศึกษา

การศึกษาวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและความเป็นมาของประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครอง โดยมุ่งเน้นศึกษาเปรียบเทียบถึงการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งถือว่าเป็นประเทศที่มีรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเหมือนกัน ตลอดจนถึงจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย โดยศึกษาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เพื่อศึกษาเป็นหลักเกณฑ์และแนวทางในการนำมาแก้ไขปัญหาหากเกิดกรณีที่ไม่มีการบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับ โดยการนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในกรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

1.5 ระเบียบวิธีในการศึกษา

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) และการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical Approach) โดยการดำเนินการวิจัยรวบรวมเอกสารต่าง ๆ (Documentary Research) ซึ่งเป็นการศึกษาถึงประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครอง บริบททางสังคม โดยมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่น และประเทศอังกฤษ บทกฎหมายตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลไทย หนังสือ

บทความภาษาไทย เอกสารทางประวัติศาสตร์ ตลอดจนการสัมภาษณ์บุคคลสำคัญและผู้ทรงคุณวุฒิที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาประกอบการวิจัยเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี
2. ทราบถึงกระบวนการของการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในรูปแบบใด มาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี
3. ทราบถึงองค์กรผู้มีอำนาจในการตีความและวินิจฉัยการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

บทที่ 2

ข้อคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งถือเป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งทุกคนในประเทศต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ⁷ โดยเป็นเอกสารเกี่ยวกับการปกครองบ้านเมือง อันมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม โดยเป็นกฎหมายสูงสุดผูกมัดให้ผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมืองใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดของประเทศ และวิธีการทั่วไปแห่งอำนาจเหล่านั้น⁹ และเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศ โดยเป็นกฎหมายที่ว่าด้วย ระเบียบสูงสุดของประเทศที่เรียกกันว่า “อำนาจอธิปไตย” และว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดสัมพันธภาพระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ¹⁰ ซึ่งการกระทำต่าง ๆ ในทางการบริหารหรือการปกครองจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดกับกฎหมายหรือเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่กฎหมายจะมีผลใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ¹¹

รัฐธรรมนูญจึงถือเป็นแบบแผนซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ ซึ่งอาจจะแยกกันอยู่อย่างกระจัดกระจายในรูปของจารีตประเพณีบ้าง ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบ้าง ซึ่งเราเรียกรัฐธรรมนูญแบบนี้ว่า “รัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution)”

⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 85.

⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, “ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง,” ใน **ประชุมปาฐกถาและคำอภิปรายของ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช พ.ศ. 2489-2509** (พระนคร: รวมสาส์น, 2509), หน้า 610.

⁹ หลวงประดิษฐ์มนูธรรม, **คำอธิบายกฎหมายปกครองพิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พล.ต.ต.พัฒน์ นีลพัฒนานนท์** (กรุงเทพฯ: นิติเวชช์, 2513), หน้า 4.

¹⁰ หยุต แสงอุทัย, **คำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515** (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2516), หน้า 160-161.

¹¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป** (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 77.

ส่วนรัฐธรรมนูญที่ถูกนำมารวบรวมไว้เป็นเอกสารฉบับเดียวกัน เราเรียกรัฐธรรมนูญนั้นว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution)”¹² โดยในระบอบการปกครองในปัจจุบันหลายประเทศซึ่งส่วนใหญ่ได้กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานของรัฐไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้เป็นเอกสารที่ได้บรรจุกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้¹³ ซึ่งได้กำหนดถึงระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเช่นว่านี้ต่อกันและกัน สำหรับประเทศไทยนั้นเรามีธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม (ชั่วคราว) (พุทธศักราช 2475) โดยถือว่าเรามีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของสยามประเทศ¹⁴ ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนี้มักจะมีความเป็นกฎหมายสูงสุดคู่กันไปเพราะว่าเป็นกฎหมายที่มาแห่งอำนาจทั้งหลายในแผ่นดิน เมื่อเป็นกฎหมายสูงสุดก็ต้องมีระบบการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ¹⁵

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญทั้งสองรูปแบบจึงมีข้อสังเกตว่า ไม่มีประเทศใดที่มีการใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นแบบจารีตประเพณีเพียงอย่างเดียว และไม่มีประเทศใดที่ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้คงจะเห็นได้ว่า ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ไม่ได้หมายความว่าไม่มีจารีตประเพณีอยู่เลย ซึ่งในทางตรงกันข้าม จารีตประเพณีหรือประเพณีการปกครองตามรัฐธรรมนูญก็มีอยู่ไม่ใช่น้อยในประเทศเหล่านี้¹⁶

ดังนั้น การมีรัฐธรรมนูญในรูปแบบใดนั้น จึงอยู่ที่ว่าการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองในประเทศนั้น ๆ จะเหมาะสมกับรูปแบบของรัฐธรรมนูญในแบบใด โดยไม่มีประเทศไหนที่ใช้รัฐธรรมนูญในรูปแบบนั้นเพียงอย่างเดียว แต่มีลักษณะของการใช้รัฐธรรมนูญที่มีรูปแบบผสมผสานกันในการช่วยเสริมการใช้ของรัฐธรรมนูญแต่ละรูปแบบ โดยเฉพาะการนำ “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” มาใช้กับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในบทนี้มีการกล่าวถึงข้อคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยส่วนที่สำคัญสามประการ โดยส่วนแรก เป็นนิติวิธีทางรัฐธรรมนูญ ส่วนที่สอง เป็นแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สาม เป็นหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังจะได้อธิบายในบทนี้ต่อไป

¹² สมยศ เชื้อไทย และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 44.

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2557), หน้า 145.

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 162.

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 11-13.

¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ*, หน้า 220.

2.1 นิติวิธีทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับการศึกษาถึง นิติวิธีทางรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ ผู้เขียนได้นำเสนอองค์ความรู้ในสองส่วนที่สำคัญ คือ ส่วนแรก เป็นข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย ความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ ขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญ และเครื่องมือช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญ และในส่วนที่สอง เป็นวิธีการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วย วิธีการตีความกฎหมายโดยทั่วไป ความหมายและลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย และการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังจะอธิบายได้ดังนี้

2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีทางรัฐธรรมนูญและหลักการตีความรัฐธรรมนูญ

การตีความตามกฎหมายนั้นเป็นการค้นคว้าหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในทบทกฎหมาย โดยการอาศัยเหตุผลในทางกฎหมายตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก ให้การตีความนั้นมีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อที่จะสามารถนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหานั้นได้อย่างมีความถูกต้องและเป็นธรรม ซึ่งการตีความกฎหมายนั้นไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมาใหม่ แต่เป็นการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น¹⁷ โดยในบทนี้จะเป็นการอธิบายถึงความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ ขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญ และเครื่องมือที่ช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญว่ามีลักษณะอย่างไร โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.1.1.1 ความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญ

การใช้รัฐธรรมนูญในขั้นตอนของการปรับใช้บทบัญญัติกับข้อเท็จจริงนั้นอาจทำให้เกิดความผิดพลาดได้หลายกรณีซึ่งเป็นข้อที่ควรระวังเพราะหากความผิดพลาดนั้นถ้าได้ปรากฏผลออกไปในรูปของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลแล้วนั้นจะไม่สามารถนำมาซึ่งความยุติธรรมแก่คู่ความและจะเป็นผลให้ทำลายหลักนิติรัฐได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่าในขั้นตอนของการปรับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับข้อเท็จจริงนั้น ผู้ใช้รัฐธรรมนูญมีความเข้าใจในความหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติทางกฎหมายนั้นมากน้อยเพียงใด ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้จึงนำมาซึ่งการศึกษาการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถูกต้องและเป็นผลที่ควรจะเป็นตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ¹⁸

¹⁷ อานินทร์ กรัยวิเชียร, การใช้และการตีความกฎหมาย กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 1.

¹⁸ เกรียงไกร รอบรู้, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 132-133.

การตีความรัฐธรรมนูญนั้นมีความหมายเช่นเดียวกันกับการตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) หากแต่เพียงว่าวัตถุในการตีความอาจมีความแตกต่างกัน และในบางกรณี นั้นคำว่า “การตีความกฎหมาย” ก็เป็นการกล่าวถึงในความหมายอย่างกว้าง อันหมายถึงการตีความ รัฐธรรมนูญด้วย¹⁹ ทั้งนี้ในความหมายของการตีความกฎหมายนั้น ได้มีนักวิชาการท่านได้ให้นิยามไว้ หลากหลาย สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

การตีความหมายกฎหมาย อาจแบ่งเป็นการตีความกฎหมายในความหมายอย่าง กว้างและในความหมายอย่างแคบ การตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง กิจกรรมใน เชิงสร้างสรรค์ของผู้พิพากษาในการขยายความ จำกัดความ หรือแก้ไขกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งถูก แสดงออกหรืออยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และการตีความกฎหมายในความหมายอย่าง แคบ หมายถึง การอธิบาย โดยผู้พิพากษาเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำหรือวลีที่ปรากฏอยู่ใน ประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ²⁰

การตีความกฎหมาย หมายถึง “การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ ชัดเจน เช่น กรณีที่กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง ทั้งนี้เพื่อหยั่งทราบถ้อยคำของบทบัญญัติ ของกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไร”²¹ หรือหมายถึง การขบคิดค้นหา ข้อความ หรือความหมายจาก บทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีการใช้เหตุผลตามตรรกวิทยาและสามัญสำนึกเพื่อจะนำไปใช้ในการ วินิจฉัยคดีพิพาทได้อย่างถูกต้อง เหมาะเจาะ เหมาะสม และเป็นธรรม²²

อนึ่ง มีข้อสังเกตที่สำคัญในการตีความกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ ตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะมีหลักการที่ต่างจากระบบกฎหมายอื่น ด้วยเหตุผลที่ว่า ความเป็นมาทาง ประวัติศาสตร์ วิชาการทางการเมืองการปกครอง หลักคิดในทางรัฐธรรมนูญ วิธีการในการยกร่าง ตลอดจนการใช้ภาษาและเทคนิคในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน²³

¹⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 133.

²⁰ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (Great Britain: Cavendish, 1995), p. 261 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 92.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *เอกสารประกอบการบรรยายโครงการฝึกอบรมหลักสูตรการร่าง กฎหมาย การให้ความเห็นทางกฎหมาย และการดำเนินคดีปกครอง รุ่น 4* (กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒ น์กฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป.). (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 367.

²² สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 159.

²³ วิษณุ เครืองาม, *หลักการตีความกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2551), หน้า 33.

ดังนั้น เมื่อนำสาระสำคัญของการตีความกฎหมายและการตีความรัฐธรรมนูญ จึงอาจสรุปได้ว่า การตีความรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการค้นหาความหมายหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีความหมายอย่างไร มีขอบเขตแค่ไหน และมีความมุ่งหมายประการใด²⁴ และการตีความรัฐธรรมนูญควรจะตีความอย่างกว้างกว่ากฎหมายธรรมดา ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะและความมุ่งหมายที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นทั้งหมดทั้งปวง และมีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ย่อมมีอยู่ตลอดไปตราบเท่าที่มีรัฐธรรมนูญอยู่ จึงอาจมีผลย้อนหลังได้ เช่น การที่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกมาเมื่อสิบปีก่อนและชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ อาจจะใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ออกมาในภายหลัง และนอกจากนี้การตีความก็ต้องให้มีการตีความซึ่งมีความกว้างกว่ากฎหมายแพ่งที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ซึ่งอาจพบได้จากความมุ่งหมายของผู้ร่าง และเหตุการณ์ในทางประวัติศาสตร์ และคำปรารภของรัฐธรรมนูญนั่นเอง²⁵

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การตีความรัฐธรรมนูญเป็นการค้นหาความหมายหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีความหมายอย่างไร โดย ควรจะตีความอย่างกว้างกว่ากฎหมายธรรมดา ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีลักษณะและความมุ่งหมายที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นทั้งหมดทั้งปวง และจะมีนำเอาหลักการในระบบระบบกฎหมายอื่นมาตีความรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญมีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้กำกับไว้ ดังนั้น การตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความตามรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรวางหลักการให้ทำได้เท่านั้น

2.1.1.2 ขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องของขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะเห็นได้ว่าการตีความรัฐธรรมนูญนั้นต้องมีความเชื่อมโยงกับสิ่งที่ได้บัญญัติเอาไว้ ซึ่งหากว่าไม่มีการบัญญัติเรื่องใด ๆ ในรัฐธรรมนูญเอาไว้ที่สามารถโยงไปได้ หรือเนื้อหาแห่งการบทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นไม่สามารถจะขยายไปถึงได้ ผลที่ได้จากการตีความนั้นย่อมพ้นขอบเขตของเนื้อหาแห่งบทบัญญัตินั้น ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่าเป็นการพ้นขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งแม้ว่าอาจจะมีการตีความที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่กฎหมายเหล่านั้นก็ไม่อาจขัดต่อกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญได้ และจะอาศัยการตีความนั้นมาหักล้างรัฐธรรมนูญ โดยการตีความเพื่อให้ผิดไปจากเนื้อหาของบทบัญญัติเพื่อนำไปใช้กับคดีใดคดีหนึ่ง หรือจะอาศัยการตีความนั้นมาเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ เพราะการตีความโดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในทางรัฐธรรมนูญย่อม

²⁴ เกรียงไกร ครอบรู้, *เรื่องเดิม*, หน้า 134.

²⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, *หลักการตีความกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543), หน้า 56-57.

ไม่ใช่การตีความรัฐธรรมนูญอีกต่อไป หากแต่เป็นการแก้ไขหรือหักล้างรัฐธรรมนูญซึ่งถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามระบบกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบัน²⁶

ดังนั้นแล้ว การตีความรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาแล้วนั้นถือว่าเป็นภารกิจของรัฐธรรมนูญที่จะต้องเป็นหลักประกันในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักประกันที่เป็นนิติฐานะของกฎหมายซึ่งอยู่ภายใต้หลักการแห่งนิติรัฐนั่นเอง และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วจะถือได้ว่าเป็นภารกิจของรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นหลักประกันความมั่นคงในทางการเมืองด้วย และจะทำให้การตัดสินใจในทางการเมืองเป็นไปตามหลักการเหตุผลและการกระทำอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายให้อำนาจรัฐในการกระทำได้

2.1.1.3 เครื่องมือช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายนั้นเป็นที่ทราบกันดีว่ากฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นไม่สามารถที่จะมีผลสมบูรณ์ได้เองถึงขนาดที่จะดำรงสภาพบังคับได้โดยไม่มีบทบัญญัติใดเชื่อมโยงสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งปรากฏว่าใน “ระบบกฎหมายปกครอง” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน และการใช้อำนาจรัฐระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเป็นระบบหนึ่ง โดยมีศาลปกครองเป็นผู้ตรวจสอบ และระบบ “กฎหมายแพ่ง” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำทางกฎหมายระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้ตรวจสอบ ซึ่งแต่ละระบบก็ยังไม่สมบูรณ์ในตัว เพราะยังมีส่วนจำเป็นที่ต้องเชื่อมโยงในลักษณะเสริมประสานหน้าที่ซึ่งกันและกันเพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชน และนอกจากนี้ยังมีส่วนเชื่อมโยงกับหลักกฎหมายต่าง ๆ ด้วย และที่สำคัญคือการเชื่อมโยงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในทางตรงและทางอ้อมเพราะถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ปกครองประเทศ ดังนั้นแล้วเครื่องมือที่ใช้ในการตีความกฎหมายนั้นจึงมีทั้งรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และหลักกฎหมาย ซึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้รัฐธรรมนูญเป็นกรอบในการตีความของแต่ละประเทศนั้นอาจทำให้การตีความในเรื่องเดียวกันนั้นแตกต่างกันได้ อันเป็นผลมาจากความแตกต่างกันไม่มากนักที่วางอยู่บนหลักการพื้นฐานในทางการเมืองการปกครองและกฎหมายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ²⁷

สำหรับเครื่องมือที่ใช้ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากตัวรัฐธรรมนูญ ข้อความในคำปรารภ ข้อความในมาตราใกล้เคียงกัน (Context) แล้วนั้น ยังมีสิ่งอื่นภายนอกของรัฐธรรมนูญที่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการค้นหาความหมายของรัฐธรรมนูญได้อาทิ 1. รายงานการประชุมร่าง

²⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 313.

²⁷ พรชัย รัศมีแพทย์, “การตีความกฎหมาย,” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช* 14,1 (มิถุนายน 2554): 164-165.

รัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะรายงานของคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ รายงานการประชุมของสภาที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ตลอดจนคำแปรญัติตีต่าง ๆ 2. บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ซึ่งอาจแสดงความเหมือนหรือความแตกต่างกันในการใช้ถ้อยคำเมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือตัวบทกฎหมายซึ่งพอจะเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่จะต้องตีความ 3. คำวินิจฉัยของศาล คณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งปัจจุบันเป็นศาลรัฐธรรมนูญ และการตีความของรัฐสภาในเรื่องนั้น ๆ ทั้งในอดีตและปัจจุบัน หรือคำวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตีความกฎหมายในประเด็น ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่จะต้องตีความ 4. ธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองตลอดจนคำวินิจฉัยของประธานสภาในกรณีต่าง ๆ ที่เคยมีมาแล้ว หรือจากพจนานุกรมที่ให้ความหมาย หรือตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญตลอดจนความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิต่าง ๆ²⁸

2.1.2 วิธีการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและช่องว่างแห่งกฎหมาย

การตีความรัฐธรรมนูญมีขึ้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ทราบถึงความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติเพื่อที่จะปรับใช้กับสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นเองก็เป็นเช่นเดียวกันกับการใช้กฎหมายอื่นทั่ว ๆ ไปที่ไปทำการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ กล่าวคือเมื่อมีสถานการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นมากฎเกณฑ์เหล่านั้นก็ต้องบอกว่าจะต้องทำอะไรบ้าง เช่นเมื่อมีการเกิดก็ต้องทำการแจ้งเกิดอย่างนี้เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาแล้วนั้นภาษาเองก็ไม่มี ความแน่นอนจึงต้องสร้างศัพท์ใหม่ขึ้นมา เพื่อที่จะต้องเป็นตัวช่วยให้เกิดความแน่นอนขึ้นมาอีกระดับหนึ่ง และมีการคิดค้นวิธีการตีความต่าง ๆ ขึ้นมา²⁹ แต่ทว่าในบทนี้จะอธิบายการตีความรัฐธรรมนูญโดยวิธีการตีความกฎหมายทั่วไป และอธิบายถึงความหมายและลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย และการอุดช่องว่างของกฎหมายว่าจะสามารถทำได้อย่างไรบ้าง

2.1.2.1 วิธีการตีความกฎหมายโดยทั่วไป

ในเรื่องของการตีความรัฐธรรมนูญนั้น ท่านทวิ ฤกษ์จำนงผู้ทรงคุณวุฒิในการร่างกฎหมาย ท่านกล่าวไว้ว่า

²⁸วิชญ์ เครื่องงาม, “การตีความรัฐธรรมนูญ,” ใน หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โทตระกิตย์ วันที่ 20 กันยายน 2540 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง, 2540), หน้า 351-365 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 58.

²⁹บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 19, 1 (มีนาคม 2532): 6.

การตีความรัฐธรรมนูญ ควรจะนำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 มาใช้ได้ แต่มีข้อสังเกตว่า ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยทุกฉบับ มิได้มีบทบัญญัติว่าจะต้องตีความตามหลักเกณฑ์อย่างไร รัฐธรรมนูญบัญญัติเฉพาะเรื่อง “ผู้ตีความ” เท่านั้น ทั้งนี้ อาจเป็นได้ว่าเรื่องการตีความรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปแล้ว จะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในทางการเมืองประกอบด้วย จึงบัญญัติให้แน่นอนลงไปไม่ได้³⁰

ซึ่งในเรื่องนี้ท่านอาจารย์ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร และ ท่านอาจารย์วิชา มหาคุณ เห็นด้วยว่าการตีความรัฐธรรมนูญนั้นให้นำเอาหลักการตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายมาใช้ ตามที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงการตีความเอาไว้ จึงต้องอาศัยหลักการตีความโดยทั่วไป แต่สำหรับการตีความโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในทางการเมืองนั้นถือว่าเป็นอันตราย เพราะจะทำให้กฎหมายนั้นปราศจากความแน่นอนและจะขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้ตีความฝ่ายข้างมากเพียงอย่างเดียว และถ้าหากว่าผู้มีอำนาจในการตีความเป็นนักรการเมือง จะทำให้การตีความย่อมเป็นเหตุผลในทางการเมืองอย่างไม่มีข้อสงสัย แต่เห็นว่ถ้าหากองค์กรตุลาการเป็นผู้ตีความนั้นจะมีเป็นกลาง เพราะการตีความนั้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของนักรการเมืองและไม่ตีความโดยอาศัยเหตุผลทางการเมืองซึ่งปราศจากหลักเกณฑ์ แต่ตีความโดยอาศัยหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 คือ ตีความตามตัวอักษร และตีความตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ³¹

เมื่อเกิดปัญหาในการตีความบทบัญญัติต่างทางรัฐธรรมนูญนั้น การหาความหมายที่สามารถจะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาได้นั้น ซึ่งวิธีการดังกล่าวนั้นก็คือ วิธีการตีความกฎหมายโดยทั่วไปนั่นเอง โดยประกอบไปด้วย การตีความตามตัวอักษร การตีความตามประวัติความเป็นมา การตีความตามเจตนารมณ์ และการตีความตามระบบ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

1) การตีความตามลายลักษณ์อักษร

กล่าวคือการตีความตามลายลักษณ์อักษรหรือการตีความตามหลักไวยากรณ์นั้นได้มีผู้ให้ความหมายในการตีความดังกล่าวว่า “การแปลความบทกฎหมายให้ชัดเจน แปล

³⁰ ทวี ฤกษ์จำนง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กับความมั่นคงแห่งชาติ (เอกสารวิจัยส่วนบุคคล เสนอต่อวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2508) อ้างถึงใน ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 362.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 362.

ความหมายแห่งบทบัญญัตินั้นให้กระจ่างแจ้ง และให้ได้ความหมายที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ได้ในความเป็นอยู่แห่งกฎหมาย และใช้เป็นแนวทางได้ในคำพิพากษา”³² หรือกล่าวเพิ่มเติมได้ว่า เป็นการค้นหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำที่ปรากฏเพื่อจะได้ทราบถึงความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น โดยการค้นหาความหมายดังกล่าวนี้ไม่ใช่เป็นแต่เพียงความหมายของถ้อยคำใดถ้อยคำหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว แต่ให้รวมถึงความหมายในเรื่องนั้นโดยตลอดด้วย³³

สำหรับการค้นหาความหมายแห่งถ้อยคำที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อที่จะให้ทราบถึงความหมายของถ้อยคำเหล่านั้น ซึ่งถ้อยคำหรือคำศัพท์ในแต่ละคำนั้นมีลักษณะพื้นฐานที่มีความแตกต่างกัน โดยทั้งนี้อาจแบ่งถ้อยคำหรือคำศัพท์ดังกล่าวออกได้ดังนี้ คือ³⁴

(1) ศัพท์ธรรมดา ได้แก่ คำศัพท์ที่มีความหมายโดยทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นคำศัพท์ที่ใช้ในวงการวิชาการสาขาใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ที่ตีความจึงไม่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะศาสตร์แต่อย่างใด เช่น คำว่า มีส่วนร่วม เรื่องราวร้องทุกข์ การศึกษาอบรม หรือ การพูด ฯลฯ

(2) ศัพท์เฉพาะทาง ได้แก่ คำศัพท์ที่มีความหมายลึกซึ้งกว่าที่บุคคลทั่วไปจะเข้าใจได้ โดยจะต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เฉพาะศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการตีความ เช่น คำว่า “บุคคล” ในทางกฎหมายไม่ได้จำกัดแค่บุคคลธรรมดาอย่างที่บุคคลทั่วไปเข้าใจกัน แต่หมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย หรือคำว่า “หลักนิติธรรม” ในทางกฎหมายย่อมมีความหมายที่ลึกซึ้งซึ่งประกอบไปด้วยแนวคิดหลายประการ มากกว่าความหมายที่บุคคลทั่วไปเข้าใจว่าเป็นแต่เพียงเรื่องของศีลธรรมหรือคุณธรรมเท่านั้น

(3) ศัพท์กำกวม ได้แก่ คำศัพท์ที่ไม่อาจบ่งบอกถึงลักษณะได้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับทัศนะของผู้ตีความแต่ละคน อาทิคำว่า สาระสำคัญสิทธิและเสรีภาพ, หน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน, ผลประโยชน์แห่งชาติ หรือคำว่า สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ “โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง” ฯลฯ

(4) นิยามศัพท์ ศัพท์ประเภทนี้ไม่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ ฯลฯ โดยทั่วไปนิยามศัพท์จะมุ่งอธิบายคำศัพท์ที่ปรากฏในกฎหมายฉบับนั้น ๆ เท่านั้น มิได้หมายความว่า

³² ประกอบ หุตะสิงห์, “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบกับหลักกฎหมายเยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1, 3 (ธันวาคม 2512): 69.

³³ อักษรธรร จุฬารัตน์, “หลักการทั่วไปของการตีความในกฎหมายอิตาลี,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1, 3 (ธันวาคม 2512): 86.

³⁴ เกรียงไกร ครอบรู้, *เรื่องเดิม*, หน้า 135-136.

นิยามศัพท์ตามกฎหมายฉบับหนึ่งจะมีความหมายเช่นเดียวกับศัพท์สามัญหรือศัพท์ตามกฎหมายฉบับอื่นแต่อย่างใด

ดังนั้นการตีความกฎหมายตามหลักภาษานั้น ก็ต้องเข้าใจถ้อยคำนั้น ๆ ในเวลาที่ตรากฎหมายนั้นประกอบด้วย โดยตามหลักการนี้จะมีการตีความถ้อยคำของบทกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อถ้อยคำของบทกฎหมายไม่มีความชัดเจน ไม่ชัดเจน มีความคลุมเครือ โดยในทางกลับกันถ้าหากถ้อยคำของบทกฎหมายมีความชัดเจน ชัดเจน ไม่คลุมเครือ ก็ไม่ต้องมีการตีความแต่อย่างใด³⁵ นอกจากนี้แล้วนั้นยังมีความเป็นไปได้ว่า คำ ๆ เดียวกันที่ใช้อยู่ในกฎหมายต่างฉบับกันอาจมีความหมายที่แตกต่างกันไปก็ได้ตามบริบทแห่งกฎหมายนั้น ๆ ใช้บังคับ แต่หากกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นปรากฏถ้อยคำเดียวกันในความหมายที่แตกต่างกันการตีความตามตัวอักษรอาจไม่เพียงพอ ต้องใช้วิธีการตีความแบบวิธีอื่นเข้ามาประกอบด้วย³⁶

2) วิธีการตีความตามเจตนารมณ์

การตีความตามเจตนารมณ์นี้เป็นวิธีการให้ความสำคัญกับการค้นหาวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมาย เพื่อความยุติธรรม เพื่อคุ้มครอง และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายที่เป็นความมุ่งหมายของระบบกฎหมายทุกระบบ³⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งหากแต่เพียงอาศัยหลักการตีความเพียงแต่ตัวอักษรนั้นไม่เพียงพอ ต้องตีความพร้อมกับการตีความตามเจตนารมณ์ด้วยเพื่อจะได้เกิดประสิทธิภาพในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยในการตีความตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั้นได้มีทฤษฎีในการค้นหาเจตนารมณ์แห่งกฎหมายออกเป็น 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีอำเภोजิตต์ และทฤษฎีอำเภोजิตต์ การณ์ สามารถอธิบายได้ดังนี้³⁸

(1) ทฤษฎีอำเภोजิตต์ (Subjektiv Theorie)

กล่าวได้ว่าหน้าที่ของผู้ที่จะตีความบทกฎหมาย คือ การค้นหาความคิดความเห็นของผู้บัญญัติกฎหมายซึ่งได้แสดงออกมาเป็นถ้อยคำในบทกฎหมายนั้น ซึ่งความมุ่งหมายของบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ จะสามารถรู้ได้ก็ต่อเมื่อรู้ถึงความคิดความเห็นและความมุ่งประสงค์ของผู้ร่าง

³⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 292-293.

³⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 306-307.

³⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 148.

³⁸ ประกอบ หุตะสิงห์, *เรื่องเดิม*, หน้า 71-73.

กฎหมายในเวลาที่ยุติกฎหมายนั้นขึ้น กล่าวคือ เจตนารมณ์อันแท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายจะชี้ให้เห็นถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นเอง

(2) ทฤษฎีอำเภอกาณณ์ (Objektiv Theorie)

กล่าวได้ว่าการตีความกฎหมายตามทฤษฎีนี้ไม่ได้ถือตามการตีความโดยยึดถือเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย เพราะเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายนั้นได้แยกขาดตอนออกจากความมุ่งหมายหรือเจตนาของกฎหมายแล้ว แต่เป็นการตีความจากบทบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งการค้นหาเจตนารมณ์นั้นสามารถค้นหาได้จากถ้อยคำสำนวน ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายได้วางไว้

กล่าวโดยสรุป การตีความรัฐธรรมนูญนั้นควรจะใช้การตีความตามตัวอักษรควบคู่กับการตีความตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญควบคู่ไป ซึ่งสามารถค้นหาเจตนารมณ์โดยตาม ทฤษฎีอำเภอกาณณ์ และทฤษฎีอำเภอกาณณ์ ซึ่งการตีความนั้นต้องอ่านข้อความแวดล้อมและข้อความทั้งหมดนั้นประกอบกันเพื่อที่จะได้ทราบถึงเหตุผลของกฎหมายซึ่งเป็นการทำให้เกิดประสิทธิวิภามากที่สุดในการตีความรัฐธรรมนูญ

2.1.2.2 ความหมายและลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย

1) ความหมายของช่องว่าง

คำว่าช่องว่างแห่งกฎหมายที่จะกล่าวนั้น หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายนั้นบัญญัติไว้ เพราะเป็นเรื่องธรรมดาที่กฎหมายนั้นไม่อาจมีบทบัญญัติสำหรับทุกกรณีได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่ทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น กล่าวคือการทำกรพิพากษาโดยการนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นั้นมาพิพากษาแก่คดีที่ไม่มีบทบัญญัตินั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายนี้ ได้รู้จักกันมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาลมาแล้ว โดยนักปราชญ์กฎหมายโรมันเห็นว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจตามเหตุผลแห่งธรรมชาติ หรือกล่าวคือตามหลักเกณฑ์ที่ดีและยุติธรรมนั่นเอง³⁹

หากจะกล่าวถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นจะมีลักษณะที่แตกต่างกันกับการแปลกฎหมาย ซึ่งการแปลกฎหมายนั้นจะเป็นการค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมาย โดยในการแปลกฎหมายนั้นผู้พิพากษาได้ใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วเป็นแต่ว่ากฎหมายนั้นมีข้อความไม่ชัดเจนพอหรือมีถ้อยคำที่แคบเกินไปไม่ตรงต่อความมุ่งหมายของกฎหมาย ซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างกันกับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย กล่าวคือการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นเป็นการที่ผู้พิพากษาจะต้องไปค้นหาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายนั้นบัญญัติไว้มาปรับใช้กับคดี⁴⁰

³⁹ หยุต แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 9-10.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

2) ลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย

การแบ่งแยกประเภทของช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นอาจทำได้หลายวิธีแล้วแต่ว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ โดยที่นี้หากพิจารณาจากลักษณะของถ้อยคำแล้วนั้น เราอาจแบ่งแยกช่องว่างของกฎหมายออกได้ดังนี้

(1) ช่องว่างของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการมอบอำนาจ ซึ่งกรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการหรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง หรือเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้ดุลยพินิจแก่ผู้พิพากษา โดยเมื่อพิจารณาในแง่ของรูปแบบแล้วนั้น จึงเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ตำราบางเล่มจึงไม่ถือว่าเป็นกรณีที่เกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย⁴¹ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีนี้นั้นเป็นการที่ผู้บัญญัติกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการนั้นปรับใช้บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นหลักการหรือที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงโดยดุลยพินิจของตน เพื่อให้กฎหมายนั้นได้รับการปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้แน่นอนอาจกล่าวได้ว่าผู้ตรากฎหมายนั้นจงใจตรากฎหมายโดยเป็นการเปิดให้ผู้ที่ใช้กฎหมายนั้นเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมาย ซึ่งให้ผู้ใช้กฎหมายนั้นอุดช่องว่างนั้นได้ตามความเหมาะสมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมตามสภาพของเรื่อง⁴²

(2) ช่องว่างกฎหมายแบบเปิด ช่องว่างของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือเป็นกรณีที่เมื่อเกิดการตีความกฎหมายจนสุดขอบของถ้อยคำแล้วนั้น และไม่สามารถที่จะนำบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ โดยช่องว่างของกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้มักจะเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายคิดไปไม่ถึง ซึ่งหากผู้บัญญัติกฎหมายคิดถึงแล้วนั้นก็คงจะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้มีช่องว่างดังกล่าวเกิดขึ้นมา⁴³

(3) ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ช่องว่างของกฎหมายในกรณีนี้มีลักษณะเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายนั้นตรากฎหมายขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่กว้างเกินไปและเมื่อเกิดข้อเท็จจริงนั้นขึ้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่นั้นอยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ได้บัญญัติไว้แล้ว ซึ่งอย่างไรก็ตามเห็นได้ชัดว่าหากปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับบทกฎหมายนั้นแล้ว จะได้ผลในทางกฎหมายที่ไม่อาจยอมรับได้และขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในบทนั้น

⁴¹Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz* (Berlin: Dunker & Humblot, 1964), s. 103 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *จลนนิติ* 6, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 72.

⁴²วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *จลนนิติ* 6,4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 72.

⁴³*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 73.

อย่างชัดแจ้ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นกรณีที่ถ้อยคำนั้นกว้างกว่าวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด⁴⁴

2.1.2.3 การอุดช่องว่างของกฎหมาย

ในกรณีที่ปรากฏช่องว่างแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และซึ่งเราจะต้องอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยในทางนิติวิธีทางมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะทำให้หลายลักษณะ โดยการนำหลักการใช้กฎหมายทั่วไปที่ผู้ใช้กฎหมายมหาชนต้องนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมแก่กรณี ซึ่งจะทำการอธิบายได้ ดังนี้

1) การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(1) การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นเป็นวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในการกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายแบบเปิดขึ้น ซึ่งการใช้กฎหมายที่เทียบเคียงอย่างยิ่งนั้นได้รับการบัญญัติยอมรับไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความว่า ระบบกฎหมายเอกชนนั้นยอมรับการอุดช่องว่างของกฎหมายในลักษณะนี้ โดยการใช้กฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่งนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี กล่าวคือ เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ซึ่งการเทียบเคียงบทกฎหมายนั้น คือ การนำเอาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่ตรงตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นอย่างมาก จนไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันได้ ส่วนการเทียบเคียงหลักกฎหมาย คือ การค้นคว้าหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ มาตรา และใช้หลักการดังกล่าวปรับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง⁴⁵

(2) การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี กล่าวคือ การให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กๆ และ การให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น จากสิ่งเล็กๆ ไปสู่สิ่งที่ใหญ่กว่า โดยการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีเช่นนี้เกิดจากเหตุผลที่ว่าผู้ใช้กฎหมายนั้นย่อมสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้ หากปรากฏจากวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้วเห็นประจักษ์ชัดว่าข้อเท็จจริงที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้ยิ่งเสียกว่า⁴⁶

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75-77.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

(3) การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น กล่าวคือการใช้กฎหมายในลักษณะนี้เป็นการใช้ที่ตรงข้ามกับการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น อาทิเช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะมีหน้าที่ต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน ซึ่งเท่ากับว่ารัฐธรรมนูญไม่บังคับให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ได้บัญญัติไว้มีหน้าที่ดังกล่าวด้วย ซึ่งการใช้กฎหมายในกรณีนี้จะต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าต้องการให้นำบทกฎหมายหรือหลักกฎหมายนั้นไปเทียบเคียงหรือไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถขยายอำนาจหน้าที่ของตนออกไปวินิจฉัยเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจโดยทำการเทียบเคียงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ได้ เพราะการขยายอำนาจหน้าที่ออกไปดังกล่าวนี้จะทำให้กระทบกับโครงสร้างและดุลยภาพแห่งอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเด็ดขาด ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทั้งปวง⁴⁷

(4) การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ การใช้กฎหมายในกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร การใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างในลักษณะนี้เป็นการใช้กฎหมายในทางตรงกันข้ามกับถ้อยคำที่ปรากฏชัดแจ้งทั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในทางกฎหมาย ซึ่งข้อที่สำคัญก็คือ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ ผู้ใช้กฎหมายไม่ได้ตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าถูกต้องหรือไม่ แต่เป็นกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายตรวจสอบและลดรูปถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะถ้าใช้กฎหมายตามถ้อยคำนั้นแล้ว ย่อมจะเกิดผลประหลาดและไม่อาจยอมรับได้ กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาหรือตุลาการขัดขึ้นตัวบทกฎหมาย แต่เป็นกรณีที่ผู้พิพากษาหรือนั้นเชื่อฟังและเคารพกฎหมายโดยใช้สมอง

อนึ่ง มีความเห็นเพิ่มเติมว่า หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่งั้น ถือว่าเป็นวิธีการที่ใช้เพื่อค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น โดยพิจารณาในแง่นี้ จะเห็นว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ต้องการให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมากกว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้จากวิธีการอื่น ดังนั้นแล้ว จึงเห็นว่าการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายเพื่อเป็นนำมาอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น พบว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะอยู่สูงสุดกฎหมายที่มาจากจารีตประเพณีอยู่รองลงมา หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมาจากการเทียบกฎหมาย

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77-78.

ใกล้เคียงอย่างยิ่งมีที่มารองลงไปอีก และประการสุดท้าย หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีที่มาจากแหล่งอื่น นอกจากการเทียบเคียงของกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจึงจัดอยู่ในลำดับหลังสุด⁴⁸

2) การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณี

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้จารีตประเพณี กล่าวคือ ในระบบกฎหมายหลายระบบของโลกนั้นยอมรับว่าในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายนั้นขึ้น ผู้ใช้กฎหมายสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวได้โดยการนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ โดยปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือการนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้นั้นจะกระทำในชั้นตอนใด และเมื่อใด จึงจะถือว่าเป็นจารีตประเพณีในเรื่องนั้น หากพิจารณาจากระบบกฎหมายไทย โดยการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 มาเป็นเกณฑ์แล้วนั้น จะเห็นได้ว่าการนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้นั้นย่อมกระทำได้ทันที หากตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติกรณีที่เป็นปัญหาไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ระบบกฎหมายไทยยอมรับกฎหมายประเพณีที่มีความสำคัญในแง่ของลำดับการใช้กฎหมายเป็นลำดับสองรองลงมาจากการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง และมาจากการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งอยู่ในลำดับที่สาม และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) ซึ่งอยู่ในลำดับสุดท้าย⁴⁹

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญ ได้จัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายในการนำมาอุดช่องว่างไว้แล้ว และห้ามนำบทบัญญัติของมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ กล่าวคือ หากไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตยมาทำการอุดช่องว่าง เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับได้มีการอ้างถึงหลักการนี้ไว้แล้ว ซึ่งในปัจจุบันปรากฏบทบัญญัตินี้อยู่ในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช (2560)⁵⁰

3) การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law)

จากการบัญญัติรับรองให้ศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ (โดยผลของมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีและไม่สามารถเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงได้นั้น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยถือว่าหลักกฎหมายทั่วไป เป็นที่มาของกฎหมายสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายไทย

⁴⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 271.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *จุลนิติ*, หน้า 79-80.

⁵⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 271-272.

ซึ่งศาลและองค์กรอื่นมีหน้าที่ต้องค้นหาหลักการดังกล่าวมาใช้ในระบบกฎหมาย⁵¹ โดยการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” (General Principle of Law) มาใช้ในการอุดช่องว่างนั้น ทั้งนี้ก็เพราะว่า เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในการนำมาใช้ในการตีความกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ และซึ่ง ถือได้ว่าเป็นนำ “หลักความยุติธรรมอันเป็นที่ยอมรับและนำมาใช้บังคับ”⁵² กล่าวคือเป็นหลักที่มี เหตุผล ที่ถูกต้องชอบธรรม โดยในเรื่องนี้นั้นดังที่ปราชญ์ทางนิติศาสตร์ของไทยได้ให้ความหมายและ อธิบายไว้ ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร (หลวงประสาธศุภนิติ)⁵³ อธิบายว่า “หลัก กฎหมายทั่วไปนั้น คือ หลักกฎหมายที่ประเทศส่วนมากในโลกยอมรับและใช้อยู่ด้วยกัน ฉะนั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้จึงมีใช้กฎหมายต่างประเทศที่เป็นของประเทศหนึ่งประเทศใดโดยเฉพาะ”

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ไพจิตร ปุญญพันธ์ อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายของประเทศที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกันมีใช้กฎหมายต่างประเทศที่เป็นของ ประเทศใด ประเทศหนึ่งโดยเฉพาะอาจเป็นหลักกฎหมายขอของประเทศใดประเทศหนึ่งก็ได้ แต่ใน ประเทศอื่น ๆ ที่เจริญแล้วยอมรับนับถือกัน”⁵⁴

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย⁵⁵ ได้ให้ความเห็นไว้ สองประการด้วยกัน กล่าว คือ ประการแรก “หลักกฎหมายทั่วไป” คือสุภาษิตกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาลาตินถือว่าเป็น หลักกฎหมายทั่วไปสุภาษิตกฎหมาย เช่น “ผู้ซื้อต้องระวัง” เป็นต้น และประการสุดท้าย หลัก กฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมาย ซึ่งได้นำ หลักการเดียวกันมาบัญญัติเป็นมาตราของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน เช่น หลักการที่ว่าด้วย “ผู้รับโอนไม่สิทธิดีกว่าผู้โอน” เป็นต้น

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 259.

⁵² ประสิทธิ์ โฉ่ววิไลกุล, กฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-5 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), หน้า 38.

⁵³ ประมุข สุวรรณศร, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2517), หน้า 21.

⁵⁴ ไพจิตร ปุญญพันธ์, “หลักกฎหมายปิดปากกับการสืบพยานบุคคลเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร,” *ตุลพาท* 55 (กันยายน-ธันวาคม 2551): 1-37.

⁵⁵ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสารสินการพิมพ์, 2538), หน้า 122.

ไอสธ โกศิน⁵⁶ ได้อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไปคือหลักที่ประเทศส่วนมากในโลกเห็นว่าเป็นความยุติธรรมจึงรับรองและใช้กันอยู่ เป็นข้อซึ่งทุกคนไม่มีเหตุและผลจะโต้แย้งไปในทางอื่นได้ เช่น หลักที่ว่าผู้ใดที่มาหาศาลต้องมาด้วยมือบริสุทธิ์ เป็นต้น”

เมื่อวิเคราะห์จากคำอธิบายของปราชญ์ทางนิติศาสตร์ของไทยทำให้เห็นว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” นั้นหมายถึง กฎที่เป็นหลักสากลที่อารยประเทศหรือสังคมของมนุษย์ให้การยอมรับในกฎนั้น ๆ กฎนี้จึงถือว่าเป็นหลักแห่งการนำมาใช้ในการแก้ปัญหา ซึ่งกฎหมายของสังคมหรือสิ่งที่มนุษย์จะนำมาเป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมจะขัดหรือแย้งต่อหลักความยุติธรรมนี้มีได้ เช่น⁵⁷ หลักสุจริต หลักความยินยอม หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งสัญญา หลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ (อาญา) และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักที่กล่าวมานี้ถือว่าเป็นหลักความยุติธรรมที่อารยประเทศให้การยอมรับ

อนึ่ง หลักกฎหมายทั่วไปนี้เมื่อวิเคราะห์จากความเห็นของปราชญ์ทางนิติศาสตร์ที่ท่านได้อธิบายไว้จึงจำแนกที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป (The Sources of General of Laws) ที่ถือว่าเป็นหลักการสำคัญที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญมี 6 ประการ⁵⁸ ด้วยกันดังนี้

(1) สุภาษิตกฎหมาย (Legal Proverb) กล่าวคือเป็นประโยคหรือข้อความที่สั้น ๆ เป็นแง่คิดทางกฎหมายและก็ถือว่าเป็นแนวคิดทางกฎหมายที่ยอมรับกันในสากลส่วนมากจะเป็นภาษาลาติน เพราะสุภาษิตกฎหมายส่วนมากได้เกิดขึ้นในดินแดนตะวันตกช่วงสมัยกลาง ระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 11-15 และสุภาษิตกฎหมายนี้เองแม้จะไม่ใช้ตัวบทกฎหมายแต่ก็ได้เป็นรากฐานในการตรากฎหมาย หรือให้นักกฎหมายได้ยึดถือปฏิบัติกัน เช่น Common Sense Often Makes a Good Law ไหวพริบปฏิภาณทำให้บัญญัติกฎหมายที่ดี,⁵⁹ Law is Order, and

⁵⁶ไอสธ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538), หน้า 34.

⁵⁷วันชัย แสงสุวรรณ, การนำหลักธรรมในทางพระพุทธศาสนามาใช้สนับสนุนหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550), หน้า 3.

⁵⁸ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, เรื่องเดิม, หน้า 45-58.

⁵⁹สิริกัญญา โฆวิไลกุล และประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, สุภาษิตกฎหมาย คติพจน์ และความคมควรคิดทางกฎหมาย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553), หน้า 43.

Good Law is Good Order กฎหมายเป็นคำสั่ง ดังนั้นกฎหมายที่ดีก็เป็นคำสั่งที่ดี,⁶⁰ 77 Justice is Lamé as Well as Blind ความยุติธรรมที่พิกลพิการก็เช่นเดียวกับคนตาบอด⁶¹

(2) หลักกฎหมายต่างประเทศ (The Principle or Theory of Foreign Laws) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่นานาประเทศให้การยอมรับ และสามารถนำไปใช้ใน ประเทศต่าง ๆ ได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชนในประเทศนั้น ๆ เพื่อ ก่อให้เกิดความยุติธรรม เช่น⁶² กฎหมายของประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการขนส่งการประกันทางทะเล หลาย ๆ ประเทศก็ได้้นำหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษดังกล่าวไปใช้บังคับเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ด้วย

(3) หลักแห่งความยุติธรรม (The Principle of Justice) กล่าวคือ ความยุติธรรมเป็นเรื่องความชอบด้วยเหตุ ด้วยผล ที่เที่ยงตรงชอบธรรม ดังคำกล่าวที่ว่า “กฎหมาย ความยุติธรรม เหตุผลและความถูกต้องชอบธรรมเป็นสิ่งที่แยกออกจากกันไม่ได้ ดังนั้นเหตุจึงเป็นจิต วิญญาณของกฎหมายด้วย หลักแห่งความยุติธรรมจึงถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง”⁶³

(4) หลักสามัญสำนึกหรือการใช้ดุลพินิจของศาล กล่าวคือ วอลแตร์ (Voltaire) ปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศสได้กล่าวไว้ว่า “สามัญสำนึกไม่ใช่ของสามัญธรรมดาเลย”⁶⁴ ฉะนั้น สามัญสำนึกที่เกิดขึ้นโดยทั่วไปจะเกิดกับบุคคลที่มีสติปัญญา สามารถไตร่ตรองใคร่ครวญสิ่งนั้น ๆ ได้ ซึ่งเป็นความรู้สึกนึกคิดของวิญญาณทั่วไปที่สอดคล้องกับวัฒนธรรม ประเพณีของสังคมนั้น ๆ และอยู่ บนหลักการของเหตุและผลที่ถูกต้องชอบธรรม ไม่ขัดกับหลักศีลธรรม และความยุติธรรมด้วย ทั้งนี้ สามัญสำนึก (Common-Sense) ที่จะถือว่าเป็นหลักความยุติธรรมหรือหลักกฎหมายทั่วไปควรมี หลักเกณฑ์คือ สอดคล้องกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชนทั่วไปและประชาชนทั่วไปยอมรับและ ปฏิบัติได้ สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและไม่ขัดต่อกฎหมาย ศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของ สังคม และสามัญสำนึกนั้นต้องประกอบไปด้วยเหตุและผลที่ถูกต้อง เที่ยงธรรม⁶⁵

(5) คำสอนหรือตำรากฎหมายกล่าวคือ เป็นคำสอนหรือหลักการที่ นักปราชญ์ได้คิดค้นคว้าและวางเป็นกฎเกณฑ์เวลาผ่านมาหลายพันปี เพราะตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

⁶³ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, เรื่องเดิม, หน้า 55.

⁶⁴ ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ขวนพิมพ์, 2523), หน้า 351.

⁶⁵ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, เรื่องเดิม, หน้า 55-57.

สมัยโรมัน ซึ่งปราชญ์หรือนักปรัชญาเมธีที่เป็นบุคคลสำคัญได้วางกฎเกณฑ์ไว้จนส่งผลอิทธิพลมาถึงปัจจุบัน เช่นในสมัยกรีกได้แก่ Plato Aristotle ส่วนในสมัยโรมัน ได้แก่ Cicero และในสมัยต่อมาได้แก่ John Austin เป็นต้น ซึ่งทฤษฎี หรือหลักการที่นักปรัชญาเมธีในยุคต่าง ๆ คิดค้นคว้าวิเคราะห์ เรื่องของความยุติธรรม ความถูกต้อง เทียงธรรม ประกอบด้วยเหตุผลที่ชอบธรรมและได้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและวิถีชีวิตของมนุษย์ ได้ผ่านการนำมาใช้แก้ปัญหาของสังคม เพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับสังคมมนุษย์ หลักการเหล่านี้จึงเป็นที่ยอมรับและสามารถนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักความยุติธรรมของสังคมได้เป็นอย่างดี⁶⁶

(6) หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) กล่าวคือ เป็นหลักแห่งความเที่ยงธรรมที่มีเหตุมีผลตามธรรมชาติ เพราะมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและมีความสัมพันธ์กับธรรมชาติ ดังนั้นกฎหมายที่มนุษย์ได้สร้างขึ้นมาเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ให้มนุษย์อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข กฎหมายนั้นควรสอดคล้องกับกฎของธรรมชาติ เช่น หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของบุคคล สิทธิว่าด้วยมนุษยชน หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยธรรม ล้วนมีฐานคิดมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติทั้งสิ้น⁶⁷

อย่างไรก็ตาม ในการไปค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปมาในการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่นำหลักกฎหมายเอกชนทั่วไปมาใช้เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป เพราะระบบกฎหมายเอกชนกับมหาชนนั้น จะมีหลักกฎหมายที่ต่างกัน และมีนิติวิธีที่ต่างกันด้วย⁶⁸

อนึ่ง มีความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า⁶⁹ หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้น เป็นประเพณีการปกครองด้วยประการหนึ่ง โดยมีตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 913/2536 ที่เห็นว่าประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26 ข้อ 2 กับ ข้อ 6 นั้นขัดกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เพราะมีการตั้งคณะบุคคลที่มีใช้ศาลให้มีอำนาจในการพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาล และมีการกำหนดให้มีโทษในทางอาญามีผลย้อนหลัง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญหลายฉบับได้บัญญัติให้ศาลพิจารณาคดีและบัญญัติเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป เพราะเป็นการบัญญัติซ้ำ ๆ กันมาในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ ซึ่งต้องถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ศาลได้อ้างประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น จึงถือว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58

⁶⁸ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 262.

⁶⁹ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, หลักการตีความกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2551), หน้า 102-103.

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นทั้งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั่นเอง

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น จะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวนี้ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นหลักการที่เป็นสากลที่ไม่อาจโต้แย้งหรือเปลี่ยนแปลงได้ นานาประเทศให้การยอมรับและนำมาเป็นหลักการของกฎหมาย สาระสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปเพราะวิถีชีวิตมนุษย์มีความสัมพันธ์กับธรรมชาติอยู่ตลอดเวลา เมื่อหลักกฎหมายทั่วไปได้สอดคล้องกับธรรมชาติก็จะทำให้หลักกฎหมายทั่วไปเกิดความเที่ยงธรรมและจะสามารถปรับใช้ได้ในทุก ๆ สังคมของมนุษย์เพื่อธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม อันถือได้ว่าเป็นหลักการในทางสากลที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของทุกประเทศ ดังนั้นแล้ว “หลักกฎหมายทั่วไป” (General Principle of Law) ก็หลักการที่สามารถนำมาใช้ในการตีความและนำมาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้ และถือว่าการประเพณีการปกครองฯ ตามบทบัญญัติในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พุทธศักราช 2560) ถือได้ว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ด้วยอีกประการหนึ่งที่นำมาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ จะเอาหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 หรือหลักการตีความในระบบกฎหมายอื่นมาตีความรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญได้วางหลักการตีความในการอุดช่องว่างไว้แล้ว ดังนั้น จึงต้องกระทำการตามนิติวิธีที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) และการอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

สรุปได้ว่า วิธีการในการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น โดยการใช้กฎหมายโดยทั่วไปนั้น มีสองวิธี คือ การตีความตามลายลักษณ์อักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ ส่วนช่องว่างในทางกฎหมายในทางรัฐธรรมนูญนั้น คือไม่มีบทบัญญัติที่ของกฎหมายรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ๆ บัญญัติไว้ และเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ต้องทำการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญโดย จะเอาหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 หรือหลักการตีความในระบบกฎหมายอื่นมาตีความรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญได้วางหลักการตีความในการอุดช่องว่างไว้แล้ว ดังนั้น จึงต้องกระทำการตามนิติวิธีที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไป และการอุดช่องว่างโดยการใช้หลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญถือเป็นบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งสถาปนาองค์กรรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ กำหนดกระบวนการในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ รวมตลอดถึงการกำหนดหลักการทั่วไปว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร⁷⁰ ซึ่งรัฐธรรมนูญมีทั้งแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น ก็ปรากฏว่านอกจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้มีค่าบังคับได้แล้วนั้น ยังมีจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นตัวบท แต่ก็ยังมีค่าบังคับเพราะได้รับการปฏิบัติสืบทอดกันมาเป็นเวลานานจนเกิดความเคยชิน จนมีความรู้สึกว่าจารีตประเพณีดังกล่าวมีฐานะเป็นรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีค่าบังคับในระบบกฎหมาย โดยในบทนี้ผู้เขียนได้นำเสนอถึง จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบไปด้วยข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางกฎหมายมหาชน ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และความเป็นมาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สองจะเป็นการนำเสนอถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และการนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือว่าเป็นส่วนของเนื้อหาที่สำคัญที่จะนำเสนอต่อไป

2.2.1 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ในสังคมของมนุษย์เป็นที่ทราบกันดีว่าการประพฤติปฏิบัติที่มีการสืบทอดต่อกันมาอย่างสม่ำเสมอในกรอบ แนวทาง หรือ ข้อปฏิบัติ เมื่อการกระทำนั้นเป็นที่ยอมรับของกลุ่มคนในสังคมจนเกิดวัฒนธรรม หรือจารีตประเพณีในทางปฏิบัติ และจารีตประเพณีนั้นมีผลผูกพันจนกลายเป็นกรอบหรือข้อบังคับของสังคม นั้นหมายความว่าจารีตประเพณีเหล่านั้นได้กลายเป็นจารีตประเพณีที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายแล้ว และเมื่อเกี่ยวกับระบบโครงสร้างทางด้านกฎหมาย และโครงสร้างในทางการเมืองย่อมเกิดเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมายมหาชน และเมื่อเกี่ยวกับระบบโครงสร้างทางการเมืองปกครองการปกครองแล้ว ย่อมเกิดเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้ว ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอถึง ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางกฎหมายมหาชน ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และความเป็นมาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

⁷⁰ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 63-64.

2.2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางกฎหมายมหาชน

วิวัฒนาการอันถือว่าเป็นรากฐานของจารีตประเพณีในทางปรัชญาของกฎหมายนั้น เราสามารถพิจารณาได้จากแนวความคิดที่ได้เสนอไว้ สามแนวความคิดที่สำคัญ คือ แนวความคิดกลุ่มแรกที่ว่า จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายในตัวเอง แนวความคิดกลุ่มที่สองที่ว่า จารีตประเพณีไม่ใช่ที่มาของกฎหมายแต่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงก่อนกฎหมาย และแนวความคิดกลุ่มที่สามที่ว่า จารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อองค์กรผู้มีอำนาจของรัฐในระบบกฎหมายยอมรับบังคับให้ โดยสามารถอธิบายตามแนวความคิดที่สำคัญดังนี้

แนวความคิดกลุ่มแรก จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายในตัวเอง กล่าวคือ สำหรับแนวความคิดนี้จะเห็นว่า จารีตประเพณีอันเป็นที่มาของกฎหมายนั้น เมื่อปรากฏว่ามีจารีตประเพณีเกิดขึ้น จารีตประเพณีนั้นก็ต้องบังคับใช้กับทุกภาคส่วนของสังคม ไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐหรือประชาชน โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับรองจากรัฐหรือองค์กรของรัฐอีก หากองค์กรของรัฐจะใช้จารีตประเพณีบังคับก็จะเป็นเพียงการนำสิ่งที่เป็กฎหมายอยู่แล้วไปใช้กับกรณี ไม่ใช่การทำให้จารีตประเพณีเกิดเป็นหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายขึ้นอย่างแนวความคิดของกลุ่มที่สามที่ว่า สำนักความคิดที่ยอมรับรากฐานนี้คือสำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักประวัติศาสตร์ ซึ่งถือว่ากฎหมายทุกชนิดเกิดขึ้นจากจารีตประเพณีของประชาชน โดยเกิดเป็นทางปฏิบัติก่อน แล้วเกิดความรู้สึกสำนึกร่วมกันของประชาชนว่าจำต้องปฏิบัติตามเพราะจำเป็นและเป็นกฎหมาย และในกรณีศาลยอมรับจารีตประเพณีมาใช้เป็นการรองรับให้ชัดแจ้ง และไม่ใช้เป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแนวความคิดของกลุ่มนี้ เป็นการอธิบายว่าจารีตประเพณีเป็นกฎหมายในตัวเองที่เกิดจากความสำนึกร่วมกัน (Conscience Commune) ที่เกิดจากสัญชาตญาณ (Instinctif) ของกลุ่มคนในสังคม จึงมีลักษณะเป็นการความสอดคล้องกับสภาพความต้องการของคนส่วนใหญ่จริง ๆ เพราะมีเหตุผลมาจากความประพฤติปฏิบัติของเขาจริง จึงมีความคาดหมายได้ โดยไม่เหมือนกฎหมายที่ใช้อำนาจกำหนดขึ้นที่คาดใจของผู้ออกกฎหมายยาก และแสดงให้เห็นว่าสภาพธรรมชาติของเรื่องนั้นมีอยู่จริง แต่อย่างไรก็ตามจารีตประเพณีที่ว่านี้ต้องสอดคล้องกับเหตุผลซึ่งหมายถึงเหตุผลของกฎหมายธรรมชาติตามหลักในทางศาสนาคริสต์ และแน่นอนว่าจารีตประเพณีนั้นสามารถที่จะถูกยกเลิกได้โดยพระมหากษัตริย์ หากว่าจารีตประเพณีนั้นไม่ได้อยู่บนหลักของเหตุผล หรืออยู่บนเหตุผลที่ไม่สอดคล้องกันหลักธรรมชาติ⁷¹

แนวความคิดกลุ่มที่สอง จารีตประเพณีที่ไม่ใช่ที่มาของกฎหมายแต่เป็นข้อเท็จจริงก่อนกฎหมาย กล่าวคือ แนวความคิดนี้ได้ปฏิเสธแนวความคิดกลุ่มแรก แต่ถือว่าจารีตประเพณีเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่เกิดก่อนกฎหมายเท่านั้น คือ สำนักปฏิฐานนิยม ฮาร์ต (H. L. A. Hart) ได้อธิบายไว้

⁷¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 212-213.

ว่า สำหรับข้อถกเถียงที่เกี่ยวกับคำถามที่ว่าจารีตประเพณีเป็นกฎหมายจริง ๆ หรือไม่ ได้บัดบังคำถามสองข้อที่ต่างกันแต่ถูกนำมาปะปนกัน โดยข้อพิจารณาประการแรกก็คือ จารีตประเพณีในฐานะจารีตประเพณีเอง เป็นกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคำตอบก็เกิดจากเหตุผลและสามัญสำนึกทำให้ต้องปฏิเสธว่า จารีตประเพณีในฐานะเช่นนั้นไม่ใช่กฎหมาย เพราะข้อเท็จจริงที่เถียงไม่ได้ในสังคมทุกสังคมเห็น ๆ กันอยู่ แสดงให้เห็นว่ามีจารีตประเพณีหลายอย่างที่ไม่ใช่กฎหมาย อาทิเช่น การที่สุภาพบุรุษไม่เปิดหมวกให้กับสุภาพสตรี ย่อมไม่ใช่การปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะการกระทำดังกล่าวไม่มีฐานะใดในทางกฎหมายเลย ข้ำร้ายกฎหมายยังอนุญาตให้ทำได้อีก ข้อเท็จจริงนี้แสดงให้เห็นว่า จารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายก็เฉพาะเมื่อได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายโดยระบบกฎหมาย⁷² ดังนั้นแล้วหากยึดตามกลุ่มแนวความคิดนี้ จารีตประเพณีเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ไม่มีผลในกฎหมายและเกิดก่อนความเป็นกฎหมายบ้านเมือง⁷³

แนวความคิดกลุ่มที่สาม จารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อองค์กรผู้มีอำนาจของรัฐในระบบกฎหมายยอมรับบังคับให้ กล่าวคือ สำหรับกลุ่มแนวความคิดนี้จะถือว่าจารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ องค์กรของรัฐผู้มีอำนาจสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้รับการยอมรับนำมาใช้กฎเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้น โดยในเรื่องนี้ ฮาร์ท (Hart) ได้กล่าวเอาไว้ว่า จารีตประเพณีจะเป็นกฎหมายก็เฉพาะเมื่อได้รับการยอมรับ ว่าเป็นกฎหมายโดยระบบกฎหมายใดระบบกฎหมายหนึ่ง คำถามประการต่อมาก็คือว่า อะไรคือความหมายของการยอมรับรองให้มีผลทางกฎหมาย โดยจะต้องให้คนบางคน โดยเฉพาะ “รัฐอธิปัตย์” หรือผู้แทนมีคำสั่งให้ปฏิบัติตามจารีตประเพณีซึ่งจะทำให้สถานะของจารีตประเพณีในกรณีนี้ใกล้เคียงกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจพิจารณาต่อไปได้ว่า จารีตประเพณีในโลกปัจจุบันไม่ใช่ที่มาที่สำคัญของกฎหมายอีกต่อไป แต่เป็นเพียงที่มาของกฎหมายลำดับรอง เพราะผู้บัญญัติกฎหมายอาจจอกกฎหมายไม่ให้จารีตประเพณีมีผลทางกฎหมาย ศาลอาจใช้อำนาจตีความยอมรับจารีตประเพณีได้เต็มที่⁷⁴ ซึ่งอธิบายเพิ่มเติมได้ว่า จารีตประเพณีไม่ใช่ที่มาของกฎหมายในรูปแบบ แต่เป็นการก่อตัวขึ้นของกฎเกณฑ์ทางสังคมที่พร้อมที่จะให้องค์กรที่มีอำนาจในระบบกฎหมายนำไปกำหนดให้เป็นกฏเกณฑ์แห่งกฎหมาย เช่น การตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรโดย

⁷²H. L. A. Hart, *le concept de droit*, trad. Franc. Par M. Van de Kerchove (Bruxelles: Fac.Univ. Saint-Louis, 1976) pp. 62-65 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 213-214.

⁷³บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 214.

⁷⁴*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 214-215.

องค์กรณีบัญญัติโดยเอาจารีตประเพณีมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียเอง⁷⁵ หรือศาลยอมรับจารีตประเพณีมาใช้ตัดสินคดี ซึ่งเมื่อผ่านการยอมรับโดยองค์กรต่าง ๆ แล้ว จารีตประเพณีก็จะกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้ได้อยู่จริง⁷⁶

ดังนั้นจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าความเป็นมาของจารีตประเพณีในทางปรัชญากฎหมายนั้นมีวิวัฒนาการมาจากรากฐานทางความคิดที่เกิดจากว่าความเป็นเหตุเป็นผลซึ่งกันและกัน คือมีความเป็นเหตุผลโดยธรรมชาติ อันเกิดจากความรู้อันร่วมกัน และความเป็นเหตุเป็นผลนั้นมีวิวัฒนาการหรือการก่อเกิดขึ้นในทางสังคมที่อาจเป็นไปได้ทั้งที่เป็นจารีตประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นจารีตประเพณีที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกระบวนการที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ก็เกิดขึ้นได้เพราะองค์กรที่มีอำนาจในรัฐยอมรับให้มีผลบังคับได้

ในการศึกษาจารีตประเพณีในกฎหมายมหาชนนั้น เป็นที่ทราบกันว่าจารีตประเพณีเป็นคำที่มีความหมายกว้าง แต่โดยทั่วไปนั้นจารีตประเพณีก็เป็นกฎเกณฑ์ที่มีการวางไว้อันเป็นข้อกำหนดความประพฤติของมนุษย์ และจารีตประเพณีเป็นข้อบังคับของคนในสังคม ของกลุ่มคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยทั้งนี้ได้มีปราชญ์ท่านได้ให้ความหมายจารีตประเพณีไว้หลายทัศนะ ดังนี้

พระยาอนุমানราชธน⁷⁷ ได้ให้ความหมายไว้ว่า จารีตประเพณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรม ซึ่งคนในสังคมถือว่าเป็นสิ่งที่มีค่าแก่ส่วนร่วม ถ้าใครฝ่าฝืนหรือดเว้นไม่กระทำตามประเพณี ก็ถือว่าเป็นผิดเป็นชั่ว

เสถียร โกเศศ⁷⁸ ได้กล่าวถึง “ประเพณี” ที่สามารถแบ่งออกได้เป็นสามประเภท คือจารีตประเพณี (Mores) ขนบธรรมเนียม (Institutions) และธรรมเนียมประเพณี (Conventions) ซึ่งจารีตประเพณีในที่นี้จะมีความหมายทั่ว ๆ ไป

⁷⁵ H. Ardens, *Cours de droit naturel ou de philosophie de droit*, 4th ed. (Bruxelles: n.p., 1853), pp. 212-213 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 215.

⁷⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 215.

⁷⁷ เสถียร โกเศศ, *การศึกษาเรื่องประเพณีไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: การศาสนา, 2514), หน้า 9.

⁷⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

Burton M. Leiser⁷⁹ อธิบายว่า จารีตประเพณีมีอยู่สองประเภท คือจารีตประเพณีที่เป็นข้อเท็จจริง (Custom as Fact) เป็นการกระทำรูปแบบที่สม่ำเสมอ แต่ไม่ผูกมัดรูปแบบนั้นในทางจิตใจ ขณะที่จารีตประเพณีที่เป็นกฎหมาย (Custom as Law) เป็นประเภทของการกระทำที่ประชาชนปฏิบัติเป็นกิจวัตร ที่ผูกมัดหรือถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติและมีบทลงโทษหากไม่ปฏิบัติ

อุสาห์ โกลมปาลนิค อธิบายว่า จารีตประเพณี ตามความหมายทั่วไป หมายถึงแนวปฏิบัติที่เป็นที่นิยมและถือปฏิบัติสืบต่อกันมาในประวัติศาสตร์ยาวนานจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป การที่จะเกิดจารีตประเพณีขึ้นได้นั้นอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติของบุคคลเพียงคนเดียว ซึ่งเป็นไปโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตาม แต่ได้กระทำลงไปด้วยความจำเป็นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งหรือผลสำเร็จของเหตุการณ์หนึ่ง ภายหลังต่อมาได้มีผู้อื่นเห็นว่าดีจึงนำเอาไปปฏิบัติบ้างจนกลายเป็นความนิยมชมชอบกันทั่วไป และถือปฏิบัติกันต่อมาและถือเป็นแนวทางปฏิบัติของบุคคลของชุมชนหรือของประเทศชาติในที่สุด⁸⁰

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁸¹ ได้อธิบายเกี่ยวกับ “จารีตประเพณีที่มีผลในระบบกฎหมาย” กล่าวคือ จารีตประเพณีที่มีผลในระบบกฎหมายนั้นจะต้องมีการปฏิบัติมาเป็นเวลานานจนกลายเป็นทางปฏิบัติ (Practices) ความเคยชิน (Usage) หรือธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention) โดยเรียกองค์ประกอบข้อนี้ว่า “องค์ประกอบทางภาวะวิสัย” และผู้ที่ปฏิบัติต้องมีสภาพจิตใจที่เชื่อว่าจะต้องปฏิบัติตามเป็นกฎหมาย โดยเรียกองค์ประกอบข้อนี้ว่า “องค์ประกอบทางอัตวิสัย”

ดังนั้นแล้ว จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน นั้นเป็นกรอบแนวปฏิบัติที่เป็นที่นิยมและถือปฏิบัติสืบต่อกันมานานจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปของกลุ่มคนในสังคม โดยจารีตประเพณีนั้นได้รับการประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ มีการปฏิบัติอย่างเคยชิน จนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของสังคมนั้น ๆ และการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอนี้มีผลผูกพันสมาชิกของสังคมให้ปฏิบัติตาม และการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอนี้ที่ผู้ปฏิบัติเองปฏิบัติจนเป็นข้อบังคับหรือกรอบ

⁷⁹Burton M. Leiser, *Custom Law and Morality: Conflict and Continuity in Social Behavior* (New York: Doubleday & Company Inc., 1969), pp. 63-64 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุท, *สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีประเทศอังกฤษและประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 6.

⁸⁰อุสาห์ โกลมปาลนิค, “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ,” ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1* (นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), หน้า 3.

⁸¹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 215-216.

ของสังคม จนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผลบังคับในระบบกฎหมาย และมีสภาพบังคับต่อคนในสังคมให้ประพฤติปฏิบัติตาม

2.2.1.2 ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นอาจกล่าวได้ว่าต้องเป็นสิ่งที่เป็นการกระทำที่มีความแน่นอน มีความชัดเจน และมีความยินยอมพร้อมใจกันในทางปฏิบัติ และในทางปฏิบัตินั้นมีผลผูกพันในทางกฎหมายนั้นคือกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยคำว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ” เป็นคำที่ใช้กันในประเทศอังกฤษ ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรปจะเรียกว่า “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งโดยหลักการแล้วนั้น ถือว่าเป็นเรื่องเดียวกัน⁸² ซึ่งในเรื่องนี้นั้นได้มีท่านผู้รู้ได้อธิบายไว้หลายท่าน คือ

ศาสตราจารย์ ฮูด ฟิลลิปส์ (Hood Phillips) ได้ให้ความเห็นว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คือ “กฎแห่งความประพฤติปฏิบัติทางการเมือง ที่บุคคลทั้งหลายซึ่งถูกกฎนั้นบังคับ ถือว่ามีผลผูกพันตน แต่ซึ่งมิใช่กฎหมายเพราะศาลมิยอมรับบังคับตามกฎหมายเหล่านั้น หรือรัฐสภามีได้ยอมรับบังคับจากกฎหมายเหล่านั้นอย่างเป็นทางการ”⁸³

ศาสตราจารย์มาร์แชว (Geoffry Marshall) และ มู้ดดี (Graeme C. Moodie)⁸⁴ ได้ให้ความเห็นว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลทั้งหลายผู้มีส่วนในระบบรัฐธรรมนูญนั้นเห็นว่ามีผลผูกพัน (binding) ตน แต่ซึ่งมิได้มีการบังคับโดยศาลหรือโดยเจ้าพนักงานรัฐสภา”

Sir Ivor Jennings⁸⁵ ได้อธิบายธรรมเนียมปฏิบัติ คือ “กฎซึ่งอาจจะปฏิบัติอย่างสืบเนื่องเหมือนกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายและสิ่งที่กำหนดระเบียบแบบแผนซึ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปกครองต้องยึดถือปฏิบัติ” โดยธรรมเนียมปฏิบัติเกิดขึ้นเพราะมีความต้องการให้ธรรมเนียม

⁸² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 376.

⁸³ Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 5th ed. (London: Steven & Son, 1973), p. 77 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 222.

⁸⁴ G. Marshall and G. C. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, 5th ed (London: Hutchinson, 1971), pp. 23-24 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 222.

⁸⁵ Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (London: University of London Press, 1946), p. 49 อ้างถึงใน สนธิ เตชานันท์, *ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2529), หน้า 5.

ปฏิบัติกันบ้างเกิดขึ้น ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างคงอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้วก็สูญหายไป แต่ธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างนั้นมีความมั่นคงกลายเป็นส่วนที่เป็นพื้นฐานของระบบ เพราะเกิดจากการใช้และการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอตลอดมา⁸⁶

ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายถึงลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่ามีลักษณะสำคัญ สองประการ กล่าวคือ ประการแรก เป็นทางปฏิบัติ (Practice) หรือธรรมเนียมที่เคยปฏิบัติที่เคยประพฤติสืบต่อกันมาในทางการเมืองทั้ง ๆ ที่กฎหมายมิได้บังคับ และประการที่สอง เป็นทางปฏิบัตินั้นต้องมีผลผูกพัน (Binding หรือมี Opinion Necessitatis) คือ องค์การทางการเมือง โดยบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องรู้สึกรู้สีกว่าตนถูกผูกพันโดยธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ๆ และตนต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ๆ กำหนดไว้⁸⁷

สมบัติ อารังธัญวงศ์⁸⁸ ได้อธิบายธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention) ไว้ว่า คือ “กฎระเบียบที่ได้ประพฤติปฏิบัติมาเป็นระยะเวลานานเหมือนกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย แต่ศาลไม่มีอำนาจบังคับ ไม่มีผลตามกฎหมาย กฎระเบียบเหล่านี้มาจากการปฏิบัติกันจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป”

วิบูลย์ กัมมาระบุต⁸⁹ ได้อธิบาย ความหมายของจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญไว้ว่า คือ “บรรดาธรรมเนียมหรือประเพณี (Usages) ที่เกิดจากการปฏิบัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และได้รับการยอมรับว่ามีค่าบังคับในทางกฎหมาย” ดังนั้นแล้วการที่จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจะเป็นที่ยอมรับนั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ สี่ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การกระทำซ้ำจะต้องมีการกระทำซ้ำโดยมีทัศนคติ หรือความคิดเห็นในแบบเดียวกัน หรือในการตีความตัวบทรัฐธรรมนูญในแบบเดียวกันในระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ซึ่งสำหรับการกระทำเพียงครั้งเดียวเท่านั้นถือว่ามีลักษณะเป็นเพียงแบบอย่างโดยไม่มีสภาพบังคับ ดังนั้นแล้วจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะต้องมีการกระทำซ้ำของแบบอย่าง แต่อย่างไรก็ตามในลักษณะสำคัญประการแรกนี้ นั้น ได้มีนักวิชาการบางท่าน มีความเห็นว่า จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีลักษณะการกระทำที่ซ้ำกันอีกถ้าองค์กรสูงสุดของรัฐหรือและประชาชนทั้งหมดเกิดรับรู้ร่วมกัน

⁸⁶ สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2529), หน้า 5.

⁸⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 223.

⁸⁸ สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ (กรุงเทพฯ: เสมาธรรม, 2543), หน้า 70-71.

⁸⁹ วิบูลย์ กัมมาระบุต, จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 19, 1 (มีนาคม 2532): 75-76.

ประการที่สอง ต้องมีความแน่นอน (Constance) โดยต้องมีความแน่นอนในการตีความหรือทัศนคติ ซึ่งถ้าแบบอย่างที่มีมานั้นเป็นลักษณะผันแปรไม่แน่นอน และมีการตีความกลับไปกลับมาในข้อกฎหมายเดียวกัน จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่เกิดขึ้น ทั้งนี้เพราะความแน่นอนนั้นได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าทุก ๆ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจะเป็นไปในทางเดียวกันหมด การกระทำหนึ่งที่เกิดขัดแย้งกับการกระทำที่แล้ว ๆ มาทำให้จารีตประเพณีเริ่มเป็นที่สงสัยถ้ามีการกระทำที่ขัดกันหลายครั้ง ๆ ครั้ง ก็ไม่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีแล้ว

ประการที่สาม ต้องมีความชัดเจน จะต้องมีความต่อเนื่องของการกระทำที่ไม่มีการตีความได้หลายนัย หรือไม่ชัดเจน โดยถ้าเกิดมีการปฏิบัติหรือตีความต่างไปจากเดิมทั้ง ๆ ที่เป็นเหตุการณ์หรือพฤติการณ์เช่นเดียวกัน ก็จะทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและไม่สามารถที่จะนำมาคิดได้ว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ประการที่สี่ ต้องมีความยินยอมพร้อมใจกัน โดยจะต้องมีการยอมรับของบรรดาองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและมีการยอมรับความคิดเห็น ซึ่งทั้งนี้เพราะค่าบังคับทางกฎหมายของจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เพียงการที่ทุก ๆ ฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องยอมรับว่าจารีตประเพณีนั้นมีสภาพเป็นกฎหมาย และทัศนคติหรือการตีความด้วยบทกฎหมายที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดกฎหมายจากความเห็นของเสียงข้างมากย่อมไม่ก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญได้ไม่ได้ อธิบายถึงธรรมเนียมปฏิบัติเหมือนคนอื่น

วิทยา นภาศิริกุลกิจ⁹⁰ ได้อธิบายธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the Constitution) คือ “กฎเกณฑ์ข้อบังคับ ๆ เป็นผลจากการปฏิบัติทางการเมืองจนเป็นที่ยอมรับกันในมหาชนทั่วไปในประเทศอังกฤษ แม้กฎข้อบังคับเหล่านี้จะไม่มีผลบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่อาจมีการละเมิดได้”

อนันต์ เกตุวงศ์⁹¹ ได้อธิบายหลักปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (The Conventions of Constitution) ไว้ว่า “ได้แก่กฎ ข้อบังคับ หลักเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร ความเข้าใจหรือความจริง (Maxims) ของพฤติกรรมทางการเมือง ซึ่งมีได้เกิดขึ้นโดยกฎหมาย มิได้เป็นคำพิพากษาของศาล และมีได้เป็นจารีตประเพณีในรัฐสภา แต่เกิดขึ้นโดยวิธีที่นอกเหนือไปจากวิธีดังกล่าว และอำนาจบังคับเกิดขึ้นจากการยอมรับของประชาชน วัตถุประสงค์ที่นำมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของอังกฤษก็เพื่อที่จะทำให้พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี และรัฐสภา รับผิดชอบต่อเจตจำนงของประชาชน”

⁹⁰วิทยา นภาศิริกุล, ระบบการเมืองอังกฤษ (กรุงเทพฯ: ศูรสภา, 2515), หน้า 29.

⁹¹อนันต์ เกตุวงศ์, ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 27.

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดควบคุมความประพฤติของบุคคลที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นผู้ปฏิบัติซึ่งโดยส่วนมากแล้วนั้นจะเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญ

2.2.1.3 ความเป็นมาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นบรรดาวิธีปฏิบัติที่เกิดจากการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และได้รับการเคารพว่าเป็นบทบัญญัติที่ต้องปฏิบัติตาม แต่ในเรื่องนี้นั้นมักจะมีปัญหาอยู่เสมอว่าสำหรับในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับวิธีการปฏิบัติที่กระทำโดยรัฐสภาเป็นส่วนใหญ่ หรือในบางครั้งก็กระทำโดยฝ่ายบริหารนั้น จะได้รับการรับรองให้ใช้ได้มากน้อยเพียงใด⁹² ซึ่งที่มาของการเกิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น อาจเกิดขึ้นจากในโครงสร้างของกฎหมาย และอาจเกิดจากสภาพการณ์ของการเมืองการปกครอง

1) จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกิดจากโครงสร้างของกฎหมาย

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหากจะวิเคราะห์ถึงที่มาแล้วนั้น จะเห็นว่าได้ว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญอยู่มาก ซึ่งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นในสุญญากาศมิได้ หากจะเกิดขึ้นก็แต่ภายในโครงสร้างที่กฎหมายตั้งไว้ กล่าวคือ กฎหมายต้องให้อำนาจใช้ดุลยพินิจเลือกทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่องค์กรหรือบุคคลในทางกฎหมายการเมืองไว้ (Discretionary Power) แต่องค์กรหรือบุคคลในทางการเมืองไม่อาจเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถจะทำได้เพราะกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งสภาพการณ์ทางการเมืองในระบบนั้น ๆ ไม่เอื้ออำนวยให้เลือกกระทำอย่างอื่นได้นั้น และถ้าหากเมื่อใช้อำนาจดุลยพินิจเลือกกระทำอย่างใดทางการเมืองไปในทางเดียวกันโดยสม่ำเสมอ เกิดความรู้สึกที่ว่าต้องกระทำเช่นนั้น เพราะการกระทำที่จะต้องผูกพัน ดังนี้ก็จะทำให้เกิดการเลือกใช้อำนาจทางใดทางหนึ่งไปในทางเดียวตลอด จนกลายเป็นจารีตประเพณีอันเป็นกฎเกณฑ์บังคับให้ต้องทำเช่นนั้นต่อไปอีกเรื่อย ๆ อำนาจในการใช้ดุลยพินิจซึ่งเดิมมีตามกฎหมายจึงถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ จึงต้องกระทำการเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น อาทิเช่น การใช้อำนาจยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นอำนาจดุลยพินิจของกษัตริย์ที่จะทรงยับยั้งหรือไม่ก็ได้ หากทรงยับยั้งก็เป็นการกระทำที่ชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติทรงเลือกที่จะไม่ยับยั้งการร่างกฎหมาย กล่าวคือคือการที่ทรงใช้ดุลยพินิจเลือกที่จะไม่ยับยั้งร่างกฎหมายเสมอมา จนทรงรู้สึกว่าจะไม่อาจยับยั้งร่างกฎหมายโดยลำพังพระองค์เอง และองค์กรอื่นในรัฐธรรมนูญก็รู้สึกเช่นนั้น อำนาจตามกฎหมายที่จะ

⁹²ไพโรจน์ ชัยนาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 118.

ทรงยับยั้งร่างกฎหมายได้ก็จะถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่าจะทรงใช้ดุลยพินิจเลือกไม่ยับยั้งร่างกฎหมาย⁹³

2) จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกิดจากสภาพการณ์ของการเมืองการปกครอง

จากการกล่าวถึงที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นในโครงสร้างของกฎหมาย ในส่วนต่อไปนี้จะกล่าวถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอันเกิดจากสภาพการณ์ของการเมืองการปกครองซึ่งมีอยู่ 2 เหตุผล อธิบายได้ดังนี้⁹⁴

เหตุผลประการแรก เป็นผลมาจากการเลือกใช้อำนาจที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่งเป็นเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายที่ตั้งที่ศึกษามาแล้วจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับธรรมเนียมปฏิบัติ กล่าวคือ ถ้าองค์กรทางการเมืองใช้และตีความกฎหมายแล้วเลือกปฏิบัติอย่างไร้โดยพิเคราะห์สภาพอำนาจที่องค์กรอื่นอาจใช้ตอบโต้ตนได้ ตลอดจนข้อเท็จจริงในทางการเมืองอื่นในครั้งแรก ครั้งที่สอง จารีตประเพณียังไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าองค์กรทางการเมืองใช้และตีความกฎหมายแล้วเลือกปฏิบัติหรือประพฤติทางใดไปเรื่อย ๆ เป็นเวลานานจนมีความรู้สึกว่าคุณต้องปฏิบัติหรือประพฤติอย่างนั้น การใช้และการตีความกฎหมายนั้นก็กลายเป็นจารีตประเพณีเกิดขึ้น และจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นก็จะเป็นกฎกลับมาจำกัดอำนาจการใช้การตีความกฎหมายขององค์กรนั่นเอง

เหตุผลประการที่สอง เป็นผลมาจากการเลือกใช้ดุลยพินิจตามกฎหมายปฏิบัติอย่างไร้เรื่อย ๆ เป็นไปตามตรรกะหรือลักษณะของแต่ละระบบการเมืองประเภทใดประเภทหนึ่งนั่นเอง อาทิเช่น ในระบบรัฐสภา ประมุขของรัฐไม่ควรจะใช้อำนาจในทางขัดแย้งกับรัฐสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยการยับยั้งร่างกฎหมาย ซึ่งจารีตประเพณีที่ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา โดยเฉพาะพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย เว้นแต่พระบรมเดชานุภาพของพระมหากษัตริย์จะมากกว่ารัฐสภา ดังกรณีของประเทศไทยในปัจจุบัน หรือจารีตประเพณีที่ว่าประมุขของรัฐในระบบรัฐสภาซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง จะทรงทำตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีซึ่งมีเสียงข้างมากในรัฐสภานั้นสนับสนุน หรือตามที่วอลเตอร์ เบทจอต (Walter Bagehot) กล่าวว่าพระมหากษัตริย์ในระบบรัฐสภาทรงมีเพียงพระราชอำนาจที่จะทรงได้รับการแจ้งข้อมูล (The Right to be Informed) พระราชอำนาจที่จะทรงได้รับการปรึกษา (The Right to be Consulted) และพระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือนสติ (The Right to Warn) เหล่านี้ต่างเป็นหลักการที่มาจากลักษณะของระบบการเมืองที่ประมุขมาจากกาแต่งตั้งหรือสืบราชสมบัติในขณะที่องค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจที่แท้จริงนั้นมาจากประชาชนโดยการเลือกตั้งแทบทั้งสิ้น

⁹³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 375-376.

⁹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 234-236.

แต่ลักษณะของระบอบการเมืองประเภทใดโดยทั่วไปนั้นทำให้เราทราบจารีตประเพณีหลัก ๆ ของประเทศทั้งหลายที่อยู่ในระบอบการเมืองนั้นกว้าง ๆ ส่วนรายละเอียดของจารีตประเพณีของระบอบการเมืองในแต่ละประเทศนั้นมีข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่แตกต่างกันอย่างมากรุนั้น ก็อาจทำให้จารีตประเพณีนั้นแตกต่างกันได้ อาทิเช่นตัวอย่างที่ปรากฏในเรื่องความแตกต่างกันระหว่างจารีตประเพณีเกี่ยวกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในระบบการเมืองไทยกับอังกฤษ และเนื่องจากความแตกต่างของสภาพความเป็นจริงของระบบทางการเมืองของแต่ละประเทศนั้น ทำให้เราไม่สามารถลอกเลียนจารีตประเพณีของชาติอื่นมาใช้โดยจะให้มียุทธผลยั่งยืนในระบบการเมืองของประเทศเรานั้นไม่ได้ เพราะว่าขัดกับสภาพความเป็นจริงของระบบการเมืองของประเทศไทย

ดังนั้นแล้วอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญนั้น มีที่มาจากโครงสร้างของกฎหมายและจากสภาพการณ์ของการเมืองการปกครอง โดยเป็นการใช้และปฏิบัติเรื่อย ๆ เป็นระยะเวลาอันยาวนานจนมีความรู้สึกว่าจะต้องประพฤติปฏิบัติเช่นนั้นจึงกลายเป็นจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เป็นกรอบแนวปฏิบัติที่เป็นที่นิยมและถือปฏิบัติสืบต่อกันมานานจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปของกลุ่มคนในสังคม โดยจารีตประเพณีนั้นได้รับการประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ มีการปฏิบัติอย่างเคยชิน จนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของสังคมนั้น ๆ และเมื่อการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอนั้นมีผลผูกพันสมาชิกของสังคมให้ปฏิบัติตาม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับองค์การตามรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดควบคุมความประพฤติของบุคคลที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นผู้ปฏิบัติซึ่งโดยส่วนมากแล้วนั้นจะเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเกิดจากโครงสร้างของกฎหมายและจากสภาพการณ์ของการเมืองการปกครอง โดยเป็นการใช้และปฏิบัติเรื่อย ๆ เป็นระยะเวลาอันยาวนานจนมีความรู้สึกว่าจะต้องประพฤติปฏิบัติเช่นนั้น จึงกลายเป็น “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การจะศึกษาว่าเมื่อนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญแล้วนั้น จะมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด และนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและแบบจารีตประเพณีนั้นจะมีสภาพบังคับอย่างไร จะได้นำเสนอไว้ในส่วนถัดไป

2.2.2 การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนได้นำเสนอถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร และรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนเองได้นำเสนอไว้อย่างน่าสนใจ

2.2.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ มีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญที่ใช้ในการปกครองแผ่นดินนั้น ประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญ โดยส่วนแรกเป็นส่วนที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดความสัมพันธ์ขององค์กรในทางการเมืองการปกครอง เรียกว่า “กฎหมายของรัฐธรรมนูญ” (The Law of the Constitution) และอีกส่วนที่สำคัญที่เป็นส่วนที่ไม่ได้มีการกำหนดหรือบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นส่วนที่ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง เราเรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (The Convention of the Constitution)

โดยความสัมพันธ์ในส่วนแรกของ กฎหมายของรัฐธรรมนูญ” (The Law of the Constitution) นั้น ดังจะเห็นได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นคำที่ใช้ในอังกฤษ ซึ่งดูเหมือนจะรวมถึง กฎเกณฑ์ทั้งหมดที่ส่งผลโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือการใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ กฎเกณฑ์ทั้งหมดที่กำหนดความสัมพันธ์ของสมาชิกดังกล่าวต่อกันและกัน หรือกำหนดวิธีการตามอำนาจอธิปไตย เป็น กฎเกณฑ์ที่อธิบายการเข้าสู่ตำแหน่งแห่งอำนาจของพระมหากษัตริย์ การควบคุมการทำงานของและการใช้อำนาจของ หัวหน้าผู้ปกครอง (Chief Magistrate) การกำหนดรูปแบบของสภานิติบัญญัติและรูปแบบของการเลือกตั้ง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับรัฐมนตรีทั้งหมด และมีความรับผิดชอบด้วยขอบเขตของการกระทำที่จำกัดอาณาเขตเหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐ และสังเกตการใช้คำว่า “กฎเกณฑ์” "ไม่ใช่กฎหมาย ซึ่งหมายความว่ามีความมุ่งหมายในข้อเท็จจริงที่ว่ากฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นตามรัฐธรรมนูญกฎหมายเป็นคำที่ใช้ในประเทศอังกฤษ รวมถึงหลักการทั้งสองมีลักษณะที่แน่นอนทั้งหมด⁹⁵

ชุดกฎเกณฑ์ข้อที่หนึ่งนั้นอยู่ในกฎหมายที่จำกัดความหมายอย่างแคบ เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะตราขึ้นตามกฎหมายหรือได้มาจากจารีตประเพณี ประเพณี (Tradition) หรือกฎที่ผู้พิพากษาสร้างขึ้น โดยรู้จักกันว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะถูกบังคับใช้โดยศาล ซึ่งเรียกกฎเกณฑ์เหล่านี้ว่าเป็น “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจจะเรียกรวมกันโดยมีความหมายที่เหมาะสมของคำนั้นและอาจเพื่อประโยชน์ในการแยกความแตกต่างเรียกรวมกันว่า “กฎหมายของรัฐธรรมนูญ” (The Law of the Constitution)⁹⁶

⁹⁵ A. V. Dicey and E. C. S. Wade, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan Press, 1971), p. 23.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 23-24.

ความสัมพันธ์ในส่วนที่สอง เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (The Convention of the Constitution) ถือเป็นกฎเกณฑ์อีกอย่างหนึ่ง ซึ่งประกอบไปด้วย ธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions) ความเข้าใจ (Understandings) นิสัย (Habits) หรือการปฏิบัติ (Practices) ซึ่งแม้ว่าจะอาจควบคุมการดำเนินการของสมาชิกหลายคนที่ใช้อำนาจอธิปไตยของกระทรวงหรือของเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริงทั้งหมด เพราะพวกเขาไม่ได้บังคับใช้โดยศาล โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญในส่วนนี้อาจเรียกได้ว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (Conventions of the Constitution) หรือ ความประพฤตินทางรัฐธรรมนูญ (Constitution morality)⁹⁷

ดังนั้นแล้ว กฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีองค์ประกอบสองส่วน คือ ส่วนแรกคือกฎหมายของรัฐธรรมนูญ (The Law of the Constitution) และอีกส่วน คือ ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (The Convention of the Constitution) ซึ่งรวมถึง กฎ (Maxims) การปฏิบัติ (Practices) ที่ควบคุมการดำเนินการตามปกติของพระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี และของบุคคลอื่น ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้เป็นกฎหมายที่เข้มงวดทั้งหมด⁹⁸

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ นั้น ผู้เขียนขออธิบาย โดยยกลักษณะของความสัมพันธ์สามประการ คือ ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพการบังคับโดยองค์กรตุลาการ ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางการเมืองการปกครอง และความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางกฎหมาย ดังจะอธิบายได้ดังนี้

1) ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับโดยองค์กรตุลาการ

สำหรับประเด็นปัญหาที่สำคัญที่ต้องพิเคราะห์พิจารณากัน นั้นคือ ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับโดยองค์กรตุลาการว่าเมื่อมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญแล้วนั้น จะมีผลและเกิดผลอย่างไรซึ่งเรื่องนี้ได้มีแนวความคิดแบ่งเป็นสองความเห็นดังนี้

แนวความคิดเห็นแรก มีความเห็นว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายโดยมองในแง่ที่ว่าศาลไม่ยอมรับบังคับให้เป็นสำคัญ ซึ่งในความเห็นนี้นั้นไคซีเป็นผู้ที่มีอิทธิพลในการเสนอความเห็นในแนวความคิดนี้ โดยเขากล่าวว่า “กฎเกณฑ์อื่นที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ความเข้าใจ ความเคยชินหรือทางปฏิบัตินั้นไม่มีลักษณะที่เป็นกฎหมายเพราะทั้งหมดนี้ศาลไม่บังคับให้ จึงแยกเรียกได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ” โดยจอห์น ออสติน เป็นผู้ที่มีอิทธิพลที่ทำให้ไคซีมีแนวความคิดอย่างนี้ โดยมองว่า

⁹⁷ *Ibid.*, p 24.

⁹⁸ *Ibid.*, p 24.

กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐอธิปไตยอันมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรตามแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองซึ่งมองว่าสิ่งที่เป็นกฎหมายนั้นต้องมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งแน่นอนว่าซึ่งที่เป็นจารีตหรือธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้นไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นแล้วเมื่อไม่เป็นลายลักษณ์อักษรศาลก็ไม่สามารถจะให้มีค่าบังคับได้⁹⁹

แนวความคิดเห็นที่สอง มีความเห็นว่า ถึงแม้ว่าจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ องค์กฤษฎีกาหรือศาลไม่ยอมรับบังคับให้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่เป็นกฎหมายได้นั้นมาจากการมองที่ว่ากฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นกฎหมายนั้น ไม่จำเป็นต้องเกิดจากการบัญญัติของรัฐอธิปไตย เพราะศาลเองก็ไม่ได้บังคับใช้กฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป โดยลักษณะของกฎหมายไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ศาลบังคับใช้ แต่อยู่ที่การยอมรับว่ากฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับที่มีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายมีผลบังคับและผูกมัดได้¹⁰⁰

E. S .C. Wade ที่ให้ความเห็นโดยตั้งคำถามว่าทำไมจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญจะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายไม่ได้ ซึ่งตามความเห็นของ E. S. C. Wade เห็นว่าข้อสรุปของ Dicey คือธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการสนับสนุนและบังคับใช้โดย “บางสิ่งบางอย่าง” นอกเหนือจากการรับการเห็นชอบจากสาธารณะชน ซึ่งอะไรบางอย่าง" ของ Dicey นั้น คือว่าไม่มีอะไรอื่นนอกจากกฎหมายบังคับ (The Force of Law) เขาถือว่าสภาพบังคับอย่างชัดเจนในทางการเมืองให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ระบุไว้ในรูปแบบของธรรมเนียมปฏิบัติเนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่ากรณีใด ๆ ที่จะนำผู้กระทำผิดไปสู่ความขัดแย้งกับศาลและกฎหมายของแผ่นดินได้¹⁰¹

ดังนั้น จึงถือเป็นเรื่องง่ายที่จะสนับสนุนเหตุผลของ Dicey จากตัวอย่างบางส่วนของธรรมเนียมปฏิบัติว่าด้วยการใช้พระราชอำนาจพิเศษ (Royal Prerogative) แต่ทั้งนี้ก็ยากที่จะเห็นความแตกต่างระหว่างกฎกับธรรมเนียมปฏิบัติและต่อมาถูกส่งผ่านไปตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายของแผ่นดิน ซึ่งการที่ขาดรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ทำหน้าที่ในการแบ่งแยกกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติด้วยบรรทัดฐานที่ชัดเจน แต่ก็เป็นความจริงที่ว่ารัฐที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร แม้ว่าจะไม่ได้เขียนลงในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีส่วนสำคัญในการทำงานของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม มันเป็นไปได้ที่จะมีการใช้ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎหมาย และยังไม่รวมถึง

⁹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 379.

¹⁰⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 380.

¹⁰¹ A. V. Dicey and E. C. S. Wade, *op.cit.*, p. clxxix.

การบังคับใช้โดยการดำเนินการในศาล¹⁰² กล่าวคือ สามารถที่จะมีการใช้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายได้ แต่ศาลไม่ยอมรับให้มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายโดยศาลได้นั้นเอง

โดยในเรื่องนี้เอง E. S. C. Wade เห็นด้วยกับ Jennings ต่อคำอธิบายของ Dicey ที่ว่าไม่มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะยืนยันอย่างมั่นใจที่จะแยกแยะว่าอะไรเป็นรัฐธรรมนูญ อะไรเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ จึงเป็นสถานะที่อาจสันนิษฐานว่าธรรมเนียมปฏิบัติเป็นพื้นฐานของกฎหมายและเป็นกรณีที่ผู้พิพากษาปฏิบัติต่อธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะที่มีผลในทางกฎหมาย¹⁰³

อนึ่ง ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับโดยองค์กรตุลาการ มีข้อสังเกตต่อคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” ตามนัยยะของมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ถือว่าเป็น “จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of Constitution)” ตามนัยยะของความหมายของประเทศอังกฤษ แต่สภาพบังคับโดยองค์กรตุลาการนั้นต่างกัน กล่าวคือ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้น ไม่สามารถฟ้องศาลได้ แต่จารีตประเพณีการปกครองของประเทศไทยตามนัยยะมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) สามารถถูกบังคับได้ (Enforceable) โดยศาลได้ ดังนั้น ของประเทศไทยจึงไม่เรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่บังคับได้ในศาล อันเกิดจากการตีความอำนาจหน้าที่ของตนและปฏิบัติไปเรื่อย ๆ และในเวลาต่อมาเกิดความรู้สึกในภายหลังว่าต้องปฏิบัติเช่นนั้น ปฏิบัติอย่างอื่นไม่ได้¹⁰⁴

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับโดยองค์กรตุลาการ ได้มีแนวความเห็นเป็นสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายแรกมีความเห็นว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายโดยมองในแง่ที่ว่าศาลไม่ยอมรับบังคับ ส่วนฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า สามารถมีผลบังคับได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าศาลเองก็ไม่ได้บังคับใช้กฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป แต่อยู่ที่การยอมรับว่ากฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับที่มีผลผูกมัด

¹⁰² *Ibid.*, pp. clxxix- clxxx.

¹⁰³ Ivor Jennings, *The Law of the Constitution*, 5th ed. (London: University of London Press, 1959), pp. 116-120 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย**, หน้า 380.

¹⁰⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**, หน้า 101.

ให้ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายมีผลบังคับและผูกมัดได้

2) ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางกฎหมาย

หากพิจารณาถึงจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญเมื่อเกิดขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติทางการเมืองที่มีผลผูกพันในความรู้สึกรับรู้ของบุคคลในระบบการเมืองแล้วนั้น จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติก็จะส่งผลถึงกระทบถึงสถาบันกฎหมายและสถาบันทางการเมือง ซึ่งในทำนองเดียวกับการใช้และการตีความกฎหมายขององค์กรทางการเมือง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า โครงสร้างของสถาบันทางการเมืองก็ดี โครงสร้างแห่งบทบัญญัติในทางรูปแบบก็ดี ยังคงเดิมอยู่ทุกประการ แต่เนื้อหาของระบบการเมืองก็ดี ความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ดี มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก โดยจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัตินี้จะทำให้เนื้อหาของระบบการเมืองและความหมายของบทบัญญัตินั้นมีความเปลี่ยนแปลงไป¹⁰⁵ ดังนั้น บทบาทและผลของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายนั้น อธิบายได้ดังนี้

(1) จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทำให้ผลบังคับของกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปโดยทำให้บทบัญญัตินั้นใช้ไม่ได้ในทางความเป็นจริง แต่ตัวบทบัญญัตินั้นยังคงอยู่ หากผู้มีอำนาจกระทำการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติกลับไปใช้อำนาจตามที่บทบัญญัติกฎหมายนั้นให้ไว้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยกฎหมาย แต่สภาพบังคับในทางการเมืองจะตามมาจากทันที ซึ่งในเรื่องนี้มีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดก็คือ การที่มีจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า พระมหากษัตริย์ของประเทศตะวันตกจะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว จะทำให้พระราชอำนาจตามกฎหมายของพระองค์ในส่วนนี้ไม่ได้ใช้ได้ทางความเป็นจริงแต่ในทางกลับกันสำหรับประเทศไทยนั้น ปัจจุบันมีจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย รัฐสภาจะไม่ลงมติยืนยัน อันเป็นเหตุให้ร่างกฎหมายซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของร่างพระราชบัญญัตินั้นมีผลเป็นอันตกไป¹⁰⁶

(2) จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติเป็นการโอนอำนาจในทางกฎหมายซึ่งเป็นของบุคคลหรือองค์กรหนึ่งไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ตามความเป็นจริง ผลของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในข้อนี้เห็นได้ชัดมากในระบบการเมืองแบบรัฐสภาของไทยเรา

¹⁰⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 237-238.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 238.

ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจบริหารตามกฎหมายทั้งหมดเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น (Royal Prerogative)¹⁰⁷

(3) จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติมีผลเป็นตัวเสริมให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ขึ้น กล่าวคือ จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติอาจไม่ทำให้ผลบังคับกฎหมายเปลี่ยนไปโดยบทให้บทบัญญัตินั้นใช้ไม่ได้ในความเป็นจริงแต่บทบัญญัตินั้นยังคงอยู่ หรืออาจไม่ถึงกับโอนอำนาจตามกฎหมายไปให้องค์กรอื่นตามความเป็นจริง แต่จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติอาจเป็นเพียงตัวเสริมให้กฎหมายมีผลสมบูรณ์ขึ้น¹⁰⁸

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางกฎหมายนั้นมีลักษณะที่สำคัญ สามประการ คือ ประการแรก จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทำให้ผลบังคับของกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปโดยทำให้บทบัญญัตินั้นใช้ไม่ได้ในทางความเป็นจริง ประการที่สอง เป็นการโอนอำนาจในทางกฎหมายซึ่งเป็นของบุคคลหรือองค์กรหนึ่งไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ตามความเป็นจริง และประการที่สาม เป็นตัวเสริมให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ขึ้น

ทั้งนี้ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นการโอนอำนาจในทางกฎหมายซึ่งเป็นของบุคคลหรือองค์กรหนึ่งไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ตามความเป็นจริงนี้ ดังจะเห็นได้จากการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยในกรณีเหตุการณ์วิกฤตการณ์ทางการเมือง ในการแต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีภายหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516

3) ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับในทางการเมืองการปกครอง

การปฏิบัติตามจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติมีเงื่อนไขจากผลบังคับของมติมหาชนที่แสดงถึงการออกเสียงที่ไม่สอดคล้องกับการแสดงเจตจำนงของประชาชน หรือการทำให้การสนับสนุนในสถานนั้นมีเสวยไป โดยสิ่งเหล่านี้มีอิทธิพลต่อการปฏิบัติทางการเมืองที่เป็นการแสดงออกต่อความต้องการต่อรัฐบาลจากซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนและการปฏิบัติของรัฐสภาธิปไตยในอำนาจส่วนตัวในการปฏิบัติทั้งหมดจะเป็นมาตรฐานของอำนาจทางการเมืองที่จะเป็นการสั่งให้เชื้อฟังทำตามผู้ปกครอง โดยผู้ปกครองไม่อาจควบคุมการตัดสินใจของมติมหาชน ซึ่งจะมีอิทธิพลต่อกิจกรรมในทางการเมืองได้¹⁰⁹

ดังตัวอย่างเช่น การปฏิเสธในการลงนามของพระมหากษัตริย์ในร่างกฎหมายที่มีความขัดแย้ง อาจนำไปสู่การยกเลิกหรือทำให้อำนาจทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์ลดน้อยลง ซึ่ง

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 238-239.

¹⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 239.

¹⁰⁹ A. V. Dicey and E. C. S. Wade, *op.cit.*, p. clxxx.

นำมาสู่ความเสียหายจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์ในทางการเมืองและทางสังคมอย่างรุนแรง โดยความรับผิดชอบร่วมกันหรือความรับผิดชอบในทางส่วนตัวของรัฐมนตรีอาจจะถูกละเมิดโดยรัฐมนตรีโดยไม่มีโทษในทางกฎหมาย แต่บทบาทหน้าที่ในทางการเมืองอาจจะถูกโดนลดความน่าเชื่อถือหรือโดนทำด้อยลงได้¹¹⁰ ซึ่งในเรื่องนี้นั้น เซอร์ ไอวอร์ เจนนิง (Sir Ivor Jennings) ให้ความเห็นไว้น่าสนใจโดยเขาได้อธิบายว่า จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติถูกยอมรับเนื่องมาจากความยุ่งยากความวุ่นวายในทางการเมืองที่มีเหตุผลสืบเนื่องมาจากการที่พวกเขาไม่เชื่อฟังจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ และนอกจากนี้ เซอร์ ไอวอร์ เจนนิง (Sir Ivor Jennings) ยังได้เสนอว่า การละเมิดจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นการละเมิดกฎหมาย แต่เป็นการที่ไม่มีการเอาใจใส่จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ อันเป็นเหตุผลที่จะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายหรือโครงสร้างในทางรัฐธรรมนูญ แต่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นก็อาจเป็นจุดมุ่งหมายในกรณีที่มีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติหรืออาจกล่าวได้ว่า ผลจากการไม่รับฟังจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นผลที่มาจาก การละเมิดกฎหมาย¹¹¹

สำหรับการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหรือความชอบด้วยกฎหมายจะให้ผลลัพธ์ที่ไม่มี ความเหมือนกัน โดยในประการที่หนึ่งนั้น คือ การละเมิดจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทาง การเมืองโดยทั่วไปโดยตัวของมันเอง ซึ่งในบางครั้งจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงจารีตประเพณีหรือ ธรรมเนียมปฏิบัติ และในประการที่สอง คือ จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่จำเป็นต้องมี คำถามถึงการได้รับฟัง การปฏิบัติ หรือจุดมุ่งหมายของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่ จำเป็นต้องถามว่าทำไมจะต้องเชื่อฟังเมื่อเรายอมที่จะปฏิบัติตาม ตั้งแต่ที่เราได้ทำการเลือกและทำ การแยกแยะธรรมเนียมปฏิบัติที่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ที่มีการรับฟังและมีการพิจารณาโดยทั่วไปว่า เป็นข้อผูกพันแล้ว¹¹² อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า สำหรับ

¹¹⁰ Colin R. Munro, "Laws and Conventions Distinguished," *The Law Quarterly Review* 91 (April 1975): 220-221 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุกษ์, *สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของประเทศอังกฤษและประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 83.

¹¹¹ ดวงกมล เจริญรุกษ์, *สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของประเทศอังกฤษและประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 83.

¹¹² Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability* (Oxford: Clarendon, 1984), p. 6 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุกษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 83.

สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางการเมืองการปกครองก็คือ สภาพบังคับในทางกฎหมายอย่างหนึ่ง¹¹³

อนึ่ง การละเมิดจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติอาจนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระบบการเมืองในรูปแบบได้ ซึ่งจากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่ใช่กฎหมาย เพราะองค์กรต่าง ๆ ในระบบกฎหมายไม่ยอมรับบังคับ (Enforce) จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติให้มีผลในระบบกฎหมายได้ ในกรณีที่ว่านี้ ใครจะนำคดีมาให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำทั้งสองประการนี้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้แน่ และจะให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติก็ไม่ได้ และศาลก็จะไม่บังคับให้ เพราะจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติไม่ใช่กฎหมายที่ศาลบังคับให้¹¹⁴

ดังนั้นแล้ว หากเกิดการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติจะทำให้ “สภาพบังคับในทางการเมือง (Political Sanction)” จะเข้ามามีบทบาททันที โดยถ้าหากว่าองค์กรใดไม่ได้ทำตามจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติแล้ว แม้ว่าสภาพบังคับในทางกฎหมาย (Legal Sanction) ไม่อาจมีบทบาทในการบังคับได้ แต่องค์กรเหล่านั้นจะได้รับผลร้ายในทางการเมืองเกิดขึ้นทันที ซึ่งสภาพบังคับในทางการเมืองนั้นจะมีผลร้ายที่เกิดขึ้นเพียงใดจะขึ้นอยู่กับว่า การฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีความสำคัญมากน้อยเพียงใดในระบบการเมืองที่ได้มีการกระทำการฝ่าฝืนนั้นขึ้น ซึ่งถ้าหากมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นหลักที่สำคัญที่สุดของระบบการเมืองนั้น ๆ การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองก็จะมีผลรุนแรงอย่างมาก โดยเป็นความรุนแรงถึงขั้นอาจเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองได้เลยทีเดียว¹¹⁵

แต่ถ้าหากว่ามีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติเป็นความสำคัญในลำดับที่รองลงมา สภาพบังคับในทางการเมืองก็จะมีผลรุนแรงที่เบาลงตามลำดับ เช่น ประธานรัฐสภาไม่วางตัวเป็นกลางในทางการเมืองในการดำเนินการประชุมรัฐสภา สภาพบังคับในทางการเมืองก็ย่อมเกิดขึ้นคือทำให้ความน่าเชื่อถือของประธานรัฐสภาจากทุกฝ่ายนั้นจะมีลดน้อยลงไปเป็นต้น และการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย (Legal Sanction) อาจเป็นผลให้นำมาสู่การแก้ไขกฎหมายโดยการนำจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัตินั้นไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเลย โดยตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในเรื่องนี้ก็คือ ในกรณีของประธานาธิบดีรูสเวลท์ (Roosevelt) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้กระทำการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ห้ามไม่ให้ประธานาธิบดีติดต่อกันเกินกว่าสองสมัย ซึ่งท่านประธานาธิบดีก็ได้ลง

¹¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 242.

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 239-240.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 240.

สมัครและรับเลือกตั้งได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีติดต่อกัน 4 สมัย ซึ่งเรื่องนี้นำมาสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งที่ 22 ซึ่งมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มีนาคม 1951 โดยมีการบัญญัติไว้เป็นการห้ามมิให้บุคคลเป็นประธานาธิบดีติดต่อกันเกินกว่าสองสมัย และอีกตัวอย่างหนึ่งในประเทศอังกฤษ กรณีของสภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) ได้กระทำการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า สภาขุนนางอังกฤษจะไม่ทำการยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านสภาสมาชิกขึ้นมา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องการเงินในตอนต้นของศตวรรษที่ 20 โดยมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในครั้งนี้นำมาสู่การตัดอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายของสภาขุนนางอังกฤษ ซึ่งปรากฏในการตรา The Parliament Act ในปี ค.ศ. 1911 เป็นต้น¹¹⁶

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางการเมืองการปกครองนั้น เมื่อปรากฏว่าได้มีการกระทำการฝ่าฝืนจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ก็ส่งผลกระทบต่อผู้ที่กระทำการฝ่าฝืน โดยผลกระทบที่ได้กระทำการฝ่าฝืนนั้นอาจจะส่งผลให้ถูกลดบทบาทในทางการเมืองการปกครอง หรือถูกทำลายความน่าเชื่อถือ และนำไปสู่การออกจากตำแหน่งในทางการเมืองการปกครอง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่เป็นสภาพของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งสภาพบังคับในทางกฎหมายนั้นมิได้ทำให้กฎหมายนั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปโดยทำให้บทบัญญัตินั้นไม่สามารถที่จะใช้ในทางความเป็นจริง และมีผลเป็นการโอนอำนาจในทางกฎหมายให้องค์กรหนึ่งไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ในทางความเป็นจริง และมีผลเป็นการเสริมให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าสภาพบังคับของจารีตประเพณีนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายกรณี จึงเป็นการยืนยันได้ว่าสภาพบังคับนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ และหากมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ จะทำให้เกิดสภาพบังคับได้ โดยแม้ว่าสภาพบังคับในทางกฎหมายจะไม่มีผลบังคับเกิดขึ้น แต่การฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะมีต่อสภาพบังคับในทางการเมืองเกิดขึ้นแทน

2.2.2.2 การนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

สำหรับการศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น สามารถแบ่งลักษณะการนำมาใช้ได้เป็น 4 ประการ คือ การนำมาใช้กับการตีความรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การนำมาใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร การนำมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ และการนำมาใช้ในลักษณะที่มีความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะอธิบายได้ดังนี้

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 240-241.

1) การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตีความรัฐธรรมนูญ
ลายลักษณ์อักษร

กล่าวคือ จารีตประเพณีจะช่วยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังเป็นที่
สงสัยให้มีความชัดเจนขึ้น โดยหากพิจารณาแล้วจะมีประเด็นที่สำคัญสองประการ สำหรับประการ
แรกจารีตประเพณีมีศักดิ์เท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎเกณฑ์ลำดับรองอื่นที่จารีต
ประเพณีตีความนั่นเอง ในลักษณะเดียวกันที่รัฐสภาออกกฎหมายมาตีความกฎหมายของตัวเอง หรือ
หากใช้จารีตประเพณีตีความระเบียบแบบแผนทางราชการ จารีตประเพณีก็มีศักดิ์เท่ากับระเบียบแบบ
แผนที่ว่านั้น ประการที่สอง จารีตประเพณีที่ใช้ตีความกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ในลำดับรองได้ต้องมี
ความสอดคล้องกับสิ่งที่ตนไปช่วยตีความ การสอดคล้องนี้อาจเกิดจากการที่กฎหมายลายลักษณ์
อักษรนำกฎหมายจารีตประเพณีนั้น ๆ มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่บัญญัติไว้ไม่ครบถ้วน

2) การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในกรณีเช่นว่านี้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้บัญญัติเรื่องนั้น ๆ ไว้เลย
แต่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี มาเสริมเพิ่มเติมในสิ่งที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้บัญญัติไว้ โดยใน
กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า จารีตประเพณีมีลำดับศักดิ์เท่ากับกฎหมายที่นำมาเสริมนั่นเอง¹¹⁷

ทั้งนี้ ในการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาเป็นส่วนเสริมรัฐธรรมนูญ
แบบลายลักษณ์อักษรนี้ ดังจะเห็นได้จากการนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแม้ว่า
รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรที่แก้ไขยาก แต่ได้มีการ
นำจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญมาใช้ ดังจะเห็นได้จากการนำมาใช้กับการควบคุมมิให้กฎหมายขัด
กับรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ แต่มีการนำจารีตประเพณีทาง
รัฐธรรมนูญมาใช้จากการตีความของจอร์จ มาร์แชล ผู้ซึ่งเป็นประธานสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ในคดี
Marbury v. Madison เป็นต้น¹¹⁸

3) การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ

การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ
นี้ในสมัยก่อนนักนิติศาสตร์ในประเทศฝรั่งเศสไม่ได้คำนึงถึงจารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ
เลย หรือถ้าหากมีการกล่าวถึงก็จะมีการปฏิเสธว่าไม่มีค่าบังคับในทางกฎหมาย โดยตั้งแต่ ปี ค.ศ.
1927 เป็นต้นมา L. Rolland และ R. Capitant ก็ได้เสนอความคิดเกี่ยวกับจารีตประเพณีในทาง
กฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้น และก็มีนักกฎหมายที่ได้มีการยอมรับในแนวความคิดนี้มา แต่อย่างไรก็ตาม
ความคิดเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีนักกฎหมายส่วนมากยอมรับกันแต่เพียงว่า

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 218.

¹¹⁸ วิบูลย์ กัมมาระบุตร, เรื่องเดิม, หน้า 77-78.

จารีตที่มีลักษณะเป็นการทำให้ช่องว่างของกฎหมายหรือทำให้ตัวบทกฎหมายชัดเจนขึ้นปราศจากความกำกวม (Contra Legem) เท่านั้นที่มีสภาพบังคับ ส่วนในกรณีที่จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นการขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Contra Legem) จะไม่เป็นที่ยอมรับว่ามีสภาพบังคับเลย¹¹⁹

4) การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในลักษณะที่มีความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในลักษณะที่มีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ อันมีผลการไปยกเลิก แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งการนำมาจารีตประเพณีมาใช้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีอยู่สองลักษณะ โดยในลักษณะแรกคือ กฎหมายที่ขัดต่อจารีตประเพณีนั้น จะทำให้กฎหมายย่อมไม่มีค่าบังคับ และกฎหมายเป็นอันยกเลิกไป และอีกลักษณะหนึ่งนั้นจะเกิดปัญหาให้มีการพิจารณากันว่า จารีตประเพณีที่มีการขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะมีค่าบังคับเช่นใด หรือถ้าหากมองอีกมุมหนึ่งก็อาจจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์บรูโด ได้อธิบายไว้อย่างน่าสนใจ กล่าวคือ ในทางทฤษฎีต้องถือว่าจารีตประเพณีประเภทนี้มีได้ เพราะจารีตประเพณีประเภทนี้ไม่ได้เกิดจากการละเมิดต่อตัวบทกฎหมายเฉย ๆ แต่เป็นการเชื่อมั่นว่ามีกฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายใหม่มาใช้แทน ดังนั้น ความเชื่อเช่นนี้เป็นความเชื่อในกฎเกณฑ์ปัจจุบัน ในขณะที่ตัวบทที่ขัดนั้นเป็นตัวบทกฎหมายเก่า และมีความรู้สึกว่าเป็นกฎหมายของจารีตประเพณีที่ใหม่กว่าตัวบทเก่าที่ยอมรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้นั้นถือว่าเป็นเรื่องที่ยากในทางทฤษฎี แต่ในทางความเป็นจริงนั้น ย่อมถือว่าเป็นสิ่งที่ยากมาก เพราะว่ากฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการวินิจฉัยเรื่องนี้นั้นไม่มี แล้วยอมรับทำให้เกิดความไม่แน่นอนว่ามีจารีตประเพณีที่ว่ามีหรือไม่ ซึ่งผลก็คือว่า ความเป็นจริงในเรื่องนี้ย่อมเป็นข้อจำกัดอย่างมหาศาลในการยอมรับในทางทฤษฎี นั้นหมายความว่าค่าบังคับหรือสถานะการยอมรับของจารีตประเพณีในข้อนี้จะมีได้ในทางทฤษฎี¹²⁰ แต่ยอมรับเป็นการยากในทางปฏิบัติหรือความเป็นจริง

ส่วนการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในลักษณะที่มีความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการนำเสนอแนวคิดแนวคิดเป็นสองสองฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายแรกมีความเห็นว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญสามารถขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ โดยในเรื่องนี้ R. Capitant เป็นผู้สนับสนุนว่าจารีตประเพณีที่มีลักษณะ Contra Legem มีสภาพบังคับนั้นให้เหตุผลว่าจารีตประเพณีนั้นเกิดจากอำนาจอธิปไตยของชาติที่มีความต้องการที่จะหยุดการยอมรับในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ดังนั้น จึงมีลักษณะการยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปโดยขัดแย้ง และ D. Lvev เห็นว่าจารีตประเพณีสามารถที่จะ

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

¹²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 219.

ปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ได้ดีกว่า กล่าวคือ มีความยืดหยุ่นสูง ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงการปะทะกันอย่างรุนแรง อันจะนำมาซึ่งการแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมดโดยการปฏิวัติ จึงเห็นว่าจารีตประเพณีสามารถลบล้างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้¹²¹

ฝ่ายที่สองเห็นว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่สามารถขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ กล่าวคือ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะ Contra Legem ไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งได้แก่ Burdeau, Carart, Jeanneau และ Prelot ต่างก็ตั้งข้อสังเกตว่า จารีตประเพณีการปกครองนั้นส่วนมากจะเกิดจากการปฏิบัติของผู้มีอำนาจปกครอง การที่ยอมให้มีจารีตประเพณี Contra Legem ก็เท่ากับยอมให้ผู้มีอำนาจปกครองไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบจากประชาชน แต่กลับยอมรับว่าเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจปกครองมีอำนาจเหนือเจตนารมณ์ของประชาชน และมีอำนาจเหนืออย่างชัดเจนในการละเมิดกฎหมายโดยอภิสิทธิ์ชนของตน ซึ่งคาดว่าจะการกระทำของตนจะได้รับการรับรองในภายหลังโดยจารีตประเพณีอีกทั้งในตัวรัฐธรรมนูญเองก็สามารถที่จะถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้อยู่แล้วตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้ว จารีตประเพณีการปกครองย่อมไม่มีค่าในการบังคับสูงกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ¹²² และการที่ R. Capitant อ้างว่าเป็นอำนาจอธิปไตยของชาติที่ต้องการที่จะหยุดการยอมรับในตัวกฎหมายนั้น เราย่อมยอมรับความคิดเห็นนี้ได้ เพราะการที่ชาติจะใช้อำนาจอธิปไตยได้ก็เพียงมาตรการต่าง ๆ ที่ถูกต้องตามกฎหมาย และโดยระบบของรัฐแล้ว การปฏิเสธที่จะเคารพกฎหมายไม่ได้เป็นการกระทำของอำนาจอธิปไตย แต่เป็นเรื่องของการกระทำผิดกฎหมาย ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าจารีตประเพณีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจะใช้ได้เมื่อเป็นส่วนเสริมในตัวกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้ หรือใช้สำหรับการตีความ แต่ไม่ใช้ในการแก้ไขตัวบทกฎหมาย ดังนั้นแล้วไม่ว่าจะมีการมองจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญจะขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่อย่างไรนั้น ก็ยอมรับกันในระดับหนึ่งแล้วว่า จารีตประเพณีนั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และมีสภาพบังคับในทางรัฐธรรมนูญ¹²³

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องว่า สถานะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับในระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีค่าการยอมรับในฐานะที่จารีตประเพณีเป็น

¹²¹ D. Levy, *Le role de la coutume et de la jurisprudence dans l'elaboration du droit constitutionnel in mélanges offerts a Marcel Wsline* (Paris: s.n., 1974), p. 44 อ้างถึงใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 78-79.

¹²² G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutons politiques* (Paris: L.G.D.J., 1980), p. 66 อ้างถึงใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 79.

¹²³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 80.

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ดีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร และมีค่าการยอมรับในฐานะที่จารีตประเพณีเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร

แต่ในประเด็นที่สามนี้ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การยอมรับในฐานะที่จารีตประเพณีเป็นการไปยกเลิก แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญกฎหมายลายลักษณ์อักษร นั้นจะไปทำการยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้ แต่เป็นการใช้ในลักษณะที่เป็นการเทียบเคียงกันหรือใช้ในการเสริมกฎหมายได้เท่านั้น หรือกล่าวคือ หากจะใช้ก็จะต้องมีการดำเนินการในการไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียก่อน

2.2.2.3 การนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

สำหรับการศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ดังที่ทราบเป็นอย่างดีแล้วว่า ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเดียวที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Convention) กล่าวคือ มิได้มีการรวมไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้อยู่อย่างกระจัดกระจายตามกฎหมาย และคำพิพากษาต่าง ๆ รวมถึงธรรมเนียมปฏิบัติต่าง ๆ ที่มีการสืบทอดกันเป็นจรรยาบรรณจารีตประเพณี ซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น มีวิวัฒนาการอันยาวนานทางประวัติศาสตร์ จนทำให้รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้นมีเอกลักษณ์เป็นแบบเฉพาะของตนเอง¹²⁴

โดยความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนี้ ทำให้จารีตประเพณีมีความสำคัญในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญ ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นผลมาจากวิวัฒนาการและความเป็นมาของแต่ละชาติ ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัตินั้นเป็นถ้อยคำที่มีอิทธิพลอย่างกว้างขวาง ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีสภาพบังคับตามที่มีภาระผูกพันในศาล ดังนั้นแล้ว การอธิบายถึงธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของรัฐธรรมนูญ จะต้องแสดงถึงภาระผูกพันที่ไม่จำเป็นต้องมาจากการตกลงที่แน่นอน ซึ่งโดยส่วนมากจะมีต้นกำเนิดมาจาก ประเพณีปฏิบัติ (Custom) หรือจากทางปฏิบัติ (Practice) ซึ่งได้รับการพัฒนาและได้ทำการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้มีความเหมาะสมกับสภาการณ์หรือสภาพของสังคมในขณะนั้น¹²⁵

ทั้งนี้ในการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร นั้นผู้เขียนขอยกกรณีศึกษาของประเทศอังกฤษเพราะเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญจารีต

¹²⁴ สมบัติ อารังธัญวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 65.

¹²⁵ A. V. Dicey and E. C. S. Wade, *op.cit.*, p. clii.

ประเพณีหรือระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเป็นประเทศที่มีการใช้รัฐธรรมนูญมาอย่างยาวนาน จึงมีจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและมีสภาพการบังคับ อาทิเช่น¹²⁶

1) สนธิสัญญาซึ่งแม้การให้สัตยาบันจะกระทำได้โดยอาศัยพระราชอำนาจ แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาบางประเภทจะให้สัตยาบันได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่ออนุวัติการให้ เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วเท่านั้น ซึ่งสนธิสัญญาประเภทนี้ ได้แก่ สนธิสัญญาที่จำเป็นต้อง แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในประเทศ หรือสนธิสัญญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน หรือ จำเป็นต้องใช้งบประมาณแผ่นดิน หรือเป็นการเพิ่มพระราชอำนาจ หรือเป็นการลดอาณาเขตของประเทศ เช่น สนธิสัญญาเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สนธิสัญญาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีซ้อนหรือ สนธิสัญญาเกี่ยวกับการประกันสังคมต่างตอบแทน

2) เอกสารสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จะต้องวางสภาพอย่างน้อย 21 วัน ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัตินี้มีชื่อเรียกว่า The Ponsonby Rule ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1924

3) นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพรรคการเมืองหรือ พรรคร่วมรัฐบาลที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร เพื่อที่จะควบคุมและได้รับการสนับสนุนจาก สภาผู้แทนราษฎร

4) กฎหมายที่เกี่ยวข้องการเงินจะเสนอได้ก็ต่อสภาผู้แทนราษฎร

5) นายกรัฐมนตรีเท่านั้นที่ผู้ถวายคำแนะนำในการยุบสภา ซึ่งเป็นเป็น ธรรมเนียมปฏิบัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 1918 และเรื่อง รัฐสภาจะไม่อภิปรายในเรื่องเกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์ เว้นแต่จะได้รับความเห็นจากสถาบันเสียก่อน โดยการแนะนำของรัฐมนตรี ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัตินี้รู้จัก กันในชื่อของ Queen's Consent

6) นายกรัฐมนตรีควรจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นธรรมเนียม ปฏิบัติในระหว่างปี ค.ศ. 1700-1963 ในปี 1963 ธรรมเนียมปฏิบัตินี้ต่อมาก็ได้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข เนื่องจากได้มีการแต่งตั้งเอิร์ล ออฟ ฮูม Earl of Home ซึ่งเป็นสมาชิกสภาขุนนางขึ้นเป็น นายกรัฐมนตรีโดยเอิร์ล ออฟ ฮูม ได้ลาออกจากสมาชิกสภาขุนนาง และลงสมัครสมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรและได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และอยู่ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ต่อมาได้รับ พระราชทานบรรดาศักดิ์ให้เป็นเซอร์ อเล็ก ดักลาส ฮูม Sir Alec Douglas-Home นอกจากนี้ยังมี ธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้นายกรัฐมนตรียังสามารถรักษาการในตำแหน่งได้ชั่วคราวในกรณีที่ไม่ได้เป็น

¹²⁶ อานาจ พัวเวส, “จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในการทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและการประกาศกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา,” วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 9, 26 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550): 218-219.

สมาชิกรัฐสภา เช่น ในกรณีที่อยู่ระหว่างการเลือกตั้งทั่วไปหรือในกรณีเช่นเดียวกับเซอร์ ดักลาส ฮูม ในช่วงที่ลาออกจากการเป็นสมาชิกสภาขุนนางเพื่อไปลงสมัครเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

7) สภาขุนนางจะไม่ออกเสียงคัดค้านกฎหมายจากสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นนโยบายสำคัญของรัฐบาล ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัตินี้เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติของซอสเบอรี Salisbury Convention ซึ่งได้ชื่อมาจาก Robert Arthur Talbot Gascoyne Cecil, 3rd Marquess of Salisbury ผู้เป็นรัฐบุรุษของประเทศอังกฤษ และดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีถึง 3 สมัย ระยะเวลา รวมกันทั้งสิ้น 13 ปี โดยเป็นนายกรัฐมนตรีคนแรกของศตวรรษที่ 20

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การศึกษาถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เห็นว่าการนำมาใช้ในส่วนนั้นสามารถนำมาประยุกต์ใช้ได้เลย เพราะรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้จะมีความยืดหยุ่นในการนำมาปรับใช้ และสามารถนำมาปรับใช้กับสถานการณ์ของประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงไป และการนำมาใช้ก็สามารถนำมาปรับใช้ได้แบบราบรื่นซึ่งแตกต่างจากในระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะถือว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นเป็น “บ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของรัฐธรรมนูญ” ด้วยนั่นเอง

2.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดใน การปกครองรัฐอันได้แก่ สถาบันทางการเมือง (Political Institution) ต่อกันหรือต่อประชาชน โดย อาจกล่าวได้ว่า เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะของความเป็นรัฐ ว่าเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม กำหนด สถานะของประมุขของรัฐว่าเป็นแบบใด เป็นแบบประธานาธิบดีหรือพระมหากษัตริย์¹²⁷ ซึ่งการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐนั้น จะมีรูปแบบการ ปกครองแบบรัฐสภา ซึ่งในการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ต้องประกอบไปด้วยหลักการสำคัญสามประการ คือ หลักการประการแรก เป็นข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการปกครองระบบรัฐสภา หลักการประการที่ สอง เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบบรัฐสภา และหลักการ ประการสุดท้าย เป็นเรื่องพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา ดังจะได้อธิบายในส่วนนี้ต่อไป

¹²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 2.

2.3.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการปกครองระบบรัฐสภา

สำหรับการศึกษาดังกล่าวข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการปกครองระบบรัฐสภานั้น ในลำดับแรกเป็นที่ทราบว่าเป็นระบบที่พัฒนามาจากรูปแบบการปกครองดั้งเดิมที่พระมหากษัตริย์เป็นผู้มีและใช้พระราชอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้เขียนขึ้นในระยะแรก ๆ ของระบบรัฐสภาของประเทศในยุโรปนั้น เป็นรัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นเพื่อยอมรับระบอบการปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ปกครองประเทศในเวลานั้น¹²⁸

ซึ่งการปกครองที่เรียกว่า “ระบบรัฐสภา” (Parliamentary System) เป็นรูปแบบการปกครองที่เริ่มต้นอยู่ที่ประเทศอังกฤษ และประเทศอื่น ๆ ก็ได้จำลองดัดแปลงไปประยุกต์ใช้กับการปกครองของประเทศของตน โดยมีการจัดตั้งคณะบุคคลให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารที่เรียกว่า คณะรัฐมนตรี ซึ่งประกอบด้วยหัวหน้าของรัฐมนตรีที่เรียกว่า “นายกรัฐมนตรี” และรัฐมนตรีอื่น ๆ ซึ่งเป็นคณะที่ต้องประชุมกันเพื่อวินิจฉัยกิจการต่าง ๆ ซึ่งอาศัยเสียงข้างมากของที่ประชุม โดยผู้ที่เป็นประธานในที่ประชุมก็คือ “นายกรัฐมนตรี” ซึ่งคณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดินด้วยความไว้วางใจต่อรัฐสภา¹²⁹

ทั้งนี้ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ถือว่าระบบรัฐสภา (Parliamentary System) เป็นระบบที่มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนานที่สุด โดยระบบนี้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีจุดเริ่มต้นมาจากที่มีการเริ่มจำกัดอำนาจของพระเจ้าจอห์นในปี ค.ศ. 1215 และการประกาศใช้มหาบัตร (Magna Carta) ซึ่งในเวลาต่อมาก็มีการพัฒนาสภาที่ปรึกษาราชการ (Concillium หรือ Magnum Concillium) จนกลายมาเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาติ มีการตั้งตำแหน่งอัศวินเสนาบดี (นายกรัฐมนตรี) ให้มีตำแหน่งควบคุมเหล่าเสนาบดีทั้งหลาย มีการแยกสภาคณะเสนาบดีหรือรัฐมนตรีออกจากพระมหากษัตริย์ มีการแบ่งแยกสภาออกเป็นสองสภา คือ สภาสมาชิก (House of Commons) และ สภาขุนนาง (House of Lords) และมีการเลือกตั้ง และมีการต่อสู้กันระหว่างทั้งสองสภา และระหว่างสภาสมาชิกกับพระมหากษัตริย์ และการถูกลดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลง และในทางกลับกันสภาสมาชิกกลับมีบทบาทมากขึ้น และการที่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการยุบสภาสมาชิกเพื่อให้มีการจัดการเลือกตั้งใหม่ได้¹³⁰

¹²⁸ อมร จันทสมบุรณ์, **คอนสติติวชันแนวลิสต์ (Constitutionalism): ทางออกประเทศไทย** (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายการศึกษา, 2537), หน้า 23.

¹²⁹ มนูญ บริสุทธิ์, **คณะรัฐมนตรี** (กรุงเทพฯ: องค์การคำครุสภา, 2527), หน้า 2.

¹³⁰ วิษณุ เครืองาม, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 253-254.

ซึ่งรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ (Parliamentary System) มีคณะรัฐมนตรีที่มาจากพรรคการเมืองของรัฐสภา ซึ่งรัฐสภาของประเทศอังกฤษนั้นเป็นระบบรัฐสภาคู่ อันได้แก่ สภาสามัญ (House of Commons) ซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบทางนิติบัญญัติ เป็นหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐบาลและเสนอร่างดังกล่าวไปยังสภาขุนนางเพื่อพิจารณา มีหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยการตั้งกระทู้ถาม ขอแปรญัตติก่อนปิดประชุม การเสนอญัตติอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล และมีหน้าที่ในการควบคุมทางการคลัง ส่วนสภาขุนนาง (House of Lords) มีหน้าที่หลัก ๆ ในการตรวจสอบและทบทวนร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาจากสภาสามัญ หรือมีหน้าที่ในการอภิปรายเรื่องหรือนโยบายที่ไม่มีการกำหนดไว้ในระเบียบข้อบังคับของพรรคการเมือง ทั้งนี้ นอกจากการมีสภาสามัญและสภาขุนนางแล้ว องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ของระบบรัฐสภาอังกฤษ คือ การมีประมุขของรัฐในระบบรัฐสภานั้นก็คือ “พระมหากษัตริย์” นั่นเอง¹³¹

ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษได้มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และมีพัฒนาการทางการเมืองการปกครอง โดยได้ผ่านบทเรียนอันเจ็บปวดหลายครั้งในทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง เพราะในบางยุคบางสมัยนั้น พระมหากษัตริย์ได้ถูกประหารชีวิต หรือต้องเสด็จลี้ภัยในต่างประเทศหลังเกิดสงครามการเมือง หรือเกิดการปฏิวัติบ้าง เกิดการกบฏบ้าง แต่ในที่สุดประเทศอังกฤษก็สามารถสถาปนาระบบรัฐสภา และได้กลายเป็นแบบอย่างของระบบรัฐสภาของหลายประเทศในปัจจุบันนี้¹³²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การปกครองในระบบรัฐสภา (Parliamentary System) เป็นรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนานที่สุด โดยมีวิวัฒนาการมาจากประเทศอังกฤษ และหลายประเทศก็รับรูปแบบนี้ไปประยุกต์ใช้กับการปกครองของประเทศของตน ซึ่งโดยหลักแล้วจะมีสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งทำหน้าที่ในการกลั่นกรองกฎหมายต่าง ๆ ทั้งนี้แต่ละประเทศจะมีรูปแบบสภาแบบใดนั้น ก็ขึ้นอยู่กับรูปแบบของโครงสร้างทางการเมืองการปกครองของประเทศนั้น ๆ

¹³¹ รัชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์, “การปฏิรูประบบศาลของประเทศอังกฤษ จาก ‘The House of Lords’ สู่ ‘Supreme Court of the United Kingdom,’” *วารสารศาลปกครอง ฉบับพิเศษ*, 1 (ตุลาคม 2552): 254-255.

¹³² โกลเมศ ขวัญเมือง, “แนวความคิดเกี่ยวกับลัทธิรัฐสภานิยมและรัฐสภาอังกฤษ,” *รัฐสภาสาร* 61, 7 (กรกฎาคม 2556): 39.

2.3.2 หลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบบรัฐสภา

สำหรับการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบบรัฐสภานั้น ผู้เขียนขอหยิบยกนำหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติรัฐ มาประกอบการอธิบาย ดังนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ถือเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบบรัฐสภา อันเป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างของรัฐไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาด เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้จึงเป็นหลักประกันในการจัดองค์กรซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐ¹³³ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นการเกิดขึ้นมาในระบอบการปกครองที่มีการแบ่งอำนาจและตรวจสอบซึ่งกันและกันในระหว่างอำนาจ โดยได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งอำนาจทั้งสามนี้มิได้มีการแบ่งออกจากกันอย่างเด็ดขาด แต่มีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance)¹³⁴

ซึ่งเมื่อกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ถือได้ว่าเป็นหลักการสำคัญในการจัดโครงสร้างและภารกิจของรัฐที่มีการปกครองโดยถือเอาความยุติธรรมและกฎหมายเป็นใหญ่ โดยถึงแม้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในปัจจุบันก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์แล้วนั้นจะพบว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้มีความเก่าแก่กว่าแนวคิดในหลักการของนิติรัฐ¹³⁵ ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการทางเทคนิคทางรัฐธรรมนูญโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงการผูกขาดอำนาจ และเพื่อเป็นการรับประกันเสรีภาพ ดังปรากฏในมาตรา 16 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการอำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิรัฐธรรมนูญไม่ได้” ทั้งนี้ รูปแบบการใช้ก็อาจแตกต่างกันทั้งนี้ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญบางระบบก็สร้างการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด บางระบบก็เป็นการแบ่งแยกอำนาจอย่างไม่เด็ดขาด ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ แต่ในทางตรงกันข้ามในสังคมที่ไม่เป็นประชาธิปไตยก็จะปฏิเสธแนวคิดของการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว ความแตกต่างในเรื่องรูปแบบการ

¹³³ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 176.

¹³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 22.

¹³⁵ Ulrich Battis and Christoph Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, 5 Aufl. (Berlin: De Gruyter, 2011), s. 175 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 167.

แบ่งแยกอำนาจดังกล่าว ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่แตกต่างตามรัฐธรรมนูญ ระบบการเมือง ยิ่งไปกว่านั้นความไม่แน่นอนที่เพิ่มมากขึ้นและมากขึ้นของการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้ เป็นเพียงตารูปแบบอย่างหนึ่งที่ไม่มีเนื้อหา แต่ได้กลายเป็นพื้นฐานของความแตกต่างของอำนาจหน้าที่รัฐ¹³⁶

ดังนั้น จึงถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ซึ่งถือว่าหลักการปกครองแบบรัฐสภาเป็นการปกครองที่ผ่านทาง ผู้แทนซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ที่ไม่ได้ทำการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด และ ยินยอมให้ฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติได้ โดยฝ่ายบริหาร ได้แก่ ประมุขของรัฐและ คณะรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา กล่าวคือรัฐบาลต้อง รับผิดชอบต่อรัฐสภา ด้วยการทำหน้าที่บริหารโดยความไว้วางใจของรัฐสภา แต่รัฐบาลก็มีอำนาจ แนะนำให้ประมุขของรัฐยุบสภาได้เช่นกัน ซึ่งความสัมพันธ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนี้ ถูก กำหนดโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹³⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ถือว่า เป็นหลักการสำคัญที่เป็นการถ่วงดุล อำนาจระหว่างกัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาซึ่งมี ความสัมพันธ์กันระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งทั้งสองอำนาจนี้จะมีความสัมพันธ์กัน และมีลักษณะของการแบ่งแยกอำนาจที่ไม่เด็ดขาด

2. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนอย่างมี ประสิทธิภาพมากที่สุด ในการที่ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจ¹³⁸ ซึ่งความหมายในเรื่องของ หลักนิติรัฐนี้ได้มีนักวิชาการท่านได้อธิบายความหมายไว้หลายท่านดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ¹³⁹ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “รัฐที่กำหนดเป็นเป้าหมายที่ จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้า ไปถึงได้”

¹³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 261.

¹³⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 198.

¹³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า 53.

¹³⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 124.

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย¹⁴⁰ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “รัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน” โดยอธิบายได้ว่า รัฐซึ่งยอมและให้ความคุ้มครองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐนั้นยอมที่จะจำกัดอำนาจของตนเองและอยู่ภายใต้กฎหมายเพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีคุณค่าสูงสุด

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐนั้นมุ่งคุ้มครองถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งแน่นอนว่าหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ”¹⁴¹

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐนี้เป็นหลักการที่สำคัญซึ่งมีในรัฐที่เป็นประชาธิปไตย และถือว่าพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองในระบบรัฐสภาด้วย ซึ่งเป็นรัฐที่ปกครองภายใต้กฎหมาย และหลักการนี้ก็เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนภายในรัฐ อันเป็นหลักการที่รัฐนั้นไม่สามารถจะใช้อำนาจโดยอำเภอใจกระทำต่อประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

2.3.3 พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา

ในการศึกษาเรื่องพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ ในลำดับแรกนั้น ต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของประมุขของรัฐ (Head of State) ซึ่งหมายถึง “บุคคลผู้มีฐานะเป็นหัวหน้าของรัฐ เป็นผู้มีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ที่สำคัญแทนและผูกพันรัฐ” ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ อาจเป็นภารกิจในทางพิธีการ (Ceremonial Functions) หรือภารกิจที่มุ่งหมายให้เกิดผลทางกฎหมาย¹⁴² ทั้งนี้ ประมุขของรัฐที่เป็นพระมหากษัตริย์อาจจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ซึ่งการเรียกชื่อนั้นอาจแตกต่างกันตามคตินิยมหรือประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชาตินั้น ๆ เช่น การเรียกว่า “พระมหากษัตริย์ (King)” ได้แก่ ประเทศไทย อังกฤษ สวีเดน เบลเยียม ส่วนการเรียกว่า “จักรพรรดิ (Emperor)” ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และการเรียกว่า “เจ้าชาย (Prince)” ได้แก่ ประเทศโมนาโก เป็นต้น¹⁴³

¹⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 174.

¹⁴¹ Michel FROMONT and Alfred RIEG, *Sous la direction de Introduction au droit allemand Tome II* (Paris: n.p., n.d.), p. 13 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 53.

¹⁴² วิษณุ เครืองาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 301.

¹⁴³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 305.

ทั้งนี้ ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ จึงมีลักษณะเป็นแบบ พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitution Monarchy) ซึ่งในระบอบการปกครองนี้ พระมหากษัตริย์จะทรงเป็นประมุขของประเทศเท่านั้น ไม่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุผลที่ว่า มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารอยู่แล้ว ฉะนั้นแล้ว การปกครองในลักษณะแบบนี้ พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบในทางการเมืองแต่ประการใดทั้งสิ้น เพราะการใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของประเทศและพระราชอำนาจอย่างอื่น เป็นการทรงใช้ตามที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹⁴⁴

สำหรับต้นแบบของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็คือ¹⁴⁵ ประเทศอังกฤษ ซึ่งพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐนั้น มีหน้าที่สำคัญอยู่สามประการ คือ ประการแรกมีหน้าที่ในแบบทางการที่คงเหลืออยู่ เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือการยุบสภา เป็นต้น ประการที่สองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติภารกิจอย่างเป็นทางการต่าง ๆ และประการสุดท้าย มีหน้าที่ทรงเป็นเสมือนสัญลักษณ์และศูนย์รวมใจของคนทั้งชาติ ซึ่งถือว่าเป็นพระราชมารกกิจที่สำคัญที่สุดของพระมหากษัตริย์อังกฤษ

ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้น พระจักรพรรดิดำรงอยู่ในพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ ซึ่งเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitution Monarchy) เช่นกัน โดยรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนั้น ให้พระจักรพรรดิทรงเป็นเพียงสัญลักษณ์ของประเทศเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นนั้นได้ร่างมาภายหลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง โดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามามีบทบาทและอิทธิพลในการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้นำเอาระบบรัฐสภาแบบอังกฤษที่เห็นว่าสอดคล้องกับสภาพโครงสร้างของสถาบันทางการเมืองของญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้ว โครงสร้างที่บังคับให้คงไว้ซึ่งสถาบันพระจักรพรรดิ ซึ่งระบบรัฐสภาของญี่ปุ่นนี้ เป็นระบบรัฐสภาในแนวคิดใหม่ที่มีการปรับเปลี่ยนหลักการบางส่วนซึ่งมีความแตกต่างจากหลักการเดิมของรัฐสภาแบบอังกฤษ แต่ยังคงสาระสำคัญของการเป็นระบบรัฐสภาอยู่ ซึ่งการนำระบบรัฐสภามาใช้ในญี่ปุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้ ทำให้สถานะของสถาบันพระจักรพรรดิจากเดิมที่เป็นศูนย์กลางของ

¹⁴⁴ เรืองเดียวกัน, หน้า 306.

¹⁴⁵ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 146.

อำนาจทางการเมืองการปกครองเปลี่ยนแปลงไป และอำนาจในทางการเมืองการปกครองก็มาอยู่ที่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีแทน¹⁴⁶

สำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อครั้งที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว พระราชทานรัฐธรรมนูญแก่ปวงชนชาวไทยในปี พุทธศักราช 2475 พระราชอำนาจและพระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ก็เปลี่ยนไป โดย “ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ”¹⁴⁷ ซึ่งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับก็ได้บัญญัติรับรองถึงพระราชสถานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐ ซึ่งเป็นการแสดงถึงพระราชสถานะที่สำคัญที่มาตั้งแต่สมัยราชาธิปไตยในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาจนถึงการปกครองในระบอบปัจจุบันที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และทั้งนี้ถือว่าเป็นการแสดงถึงการมีรูปแบบของความเป็น ราชาอาณาจักร (Kingdom) มาอย่างต่อเนื่องโดยตลอด ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”¹⁴⁸ ซึ่งถือเป็นการประกาศถึงหลักการของการเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) และเป็นที่ยืนยันถึงการที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศอย่างถาวร¹⁴⁹ ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งประมุขของไทยนั้น เป็นการเข้าสู่ตำแหน่งโดยการสืบราชสันตติวงศ์ โดยให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้น ซึ่งกฎหมายนี้มีมาก่อนรัฐธรรมนูญ ดังนั้น นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง รัฐธรรมนูญของไทยได้ยอมรับให้นำกฎหมายที่ตราขึ้นมาใช้ได้ในกรณีที่ราชบัลลังก์ว่างลง¹⁵⁰

อย่างไรก็ตาม ดังจะเห็นได้ว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยของไทยนั้นมีลักษณะของรูปแบบการปกครองซึ่งแตกต่างจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบสาธารณรัฐ ด้วยเหตุผลที่ว่า พระมหากษัตริย์มีพระราชภารกิจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้ที่เป็นประมุขของรัฐ ทรงอยู่เหนือการเมือง และการทำกิจการใดที่เกี่ยวเนื่องกับการเมือง จะต้องมิ

¹⁴⁶ อมรรัตน์ กุลสุจริต, *ประมุขของรัฐในระบอบรัฐสภา: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 282-283.

¹⁴⁷ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, *พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ศูนย์สาธิตพัชรวิทย์, 2520), หน้า 23.

¹⁴⁸ มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁴⁹ เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 168.

¹⁵⁰ ชัชพล ไชยพร, “พระราชอำนาจและแนวคิดทางกฎหมายในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาภูมิพลอดุลยเดช,” *วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย* 30, 1 (2555): 26.

ผู้รับผิดชอบอยู่เสมอ ดังนั้นแล้วด้วยเหตุนี้ สถาบันพระมหากษัตริย์จึงกลายเป็นสถาบันหลักของชาติที่ไม่สามารถที่จะแยกออกได้รับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เราจึงเรียกการปกครองนี้ว่า “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”¹⁵¹

สรุปได้ว่า จากการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทำให้ทราบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ได้กำหนดรูปแบบของของการปกครองไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปกครองในระบบรัฐสภานั้น ประมุขของรัฐเป็น “พระมหากษัตริย์” ซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และทรงทำหน้าที่ เป็นประมุขของประเทศเท่านั้น ไม่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ จึงมีลักษณะเป็นแบบ พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์จะทรงเป็นประมุขของประเทศเท่านั้น ไม่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร หรือกล่าวคือ “พระมหากษัตริย์ทรงปกเกล้าแต่มิได้ปกครอง”

จากที่กล่าวมาในบทนี้ เป็นการนำเสนอถึงข้อคิดทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีในทางรัฐธรรมนูญ โดยในประการแรกนั้น เป็นการนำเสนอถึงนิติวิธีในทางรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนแรกเป็นการนำเสนอถึงนิติวิธีและหลักการตีความรัฐธรรมนูญ ว่ามีความหมายของการตีความรัฐธรรมนูญอย่างไร รวมถึงขอบเขตของการตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงเครื่องมือช่วยในการตีความรัฐธรรมนูญ และในส่วนที่สองนั้นผู้เขียนอธิบายถึงวิธีการตีความกฎหมายโดยทั่วไป และส่วนในส่วนที่สำคัญเป็นการอธิบายถึงลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย และวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนนั้น โดยเฉพาะการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นนิติวิธีทางกฎหมายที่มีข้อถกเถียงในทางวิชาการเป็นอย่างยิ่งว่าจะใช้นิติวิธีโดยการใช่วิธีใดนำมาอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่มิตบบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร มีแนวความเห็นในฝ่ายแรกผู้ใช้กฎหมายนั้นต้องใช้ทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงให้หมดสิ้นเสียก่อน และเมื่อไม่มีมิตบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือมิตบัญญัติเทียบเคียงแล้วผู้ใช้กฎหมายจึงสามารถนำกฎหมายประเพณี และมีความเห็นอีกฝ่ายว่าสามารถนำกฎหมายจารีตประเพณีมาอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

ประการที่สอง เป็นการนำเสนอแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางกฎหมายนั้นมิตผลทำให้กฎหมายนั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปโดยทำให้มิตบัญญัตินั้นไม่สามารถที่จะใช้ได้ทางความเป็นจริง และมีผลเป็นการโอนอำนาจในทางกฎหมายให้องค์กรหนึ่งไปให้อีกองค์กรหนึ่งใช้ในทางความเป็นจริง และมีผลเป็นการเสริมให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ขึ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าสภาพบังคับของจารีตประเพณีนั้นสามารถเกิดขึ้น

¹⁵¹ ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย, หน้า 52.

ได้หลายกรณี จึงเป็นการยืนยันได้ว่าสภาพบังคับนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ และหากมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ จะทำให้เกิดสภาพบังคับได้ โดยแม้ว่าสภาพบังคับในทางกฎหมายจะไม่มีผลบังคับเกิดขึ้น แต่การฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะมีต่อสภาพบังคับในทาง การเมืองเกิดขึ้นแทน และได้อธิบายถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการอธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรและแบบไม่เป็นลาย ลักษณ์อักษร

ส่วนประการที่สาม เป็นการนำเสนอถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งประกอบไปด้วย โดยส่วนแรกเป็น ข้อความคิดทั่วไปของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ส่วนที่สอง เป็นหลักการ พื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและการปกครองระบบรัฐสภา อันได้แก่ “หลักนิติรัฐ” อันถือได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญของประเทศที่เป็นเสรีประชาธิปไตยเพราะเป็นหลักการที่เป็นการประกันนิติ ฐานะของกฎหมายที่ใช้เป็นกฎหมายในการปกครองประเทศนั่นก็คือรัฐธรรมนูญ และหลักการที่สำคัญ อีกประการหนึ่งคือ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการใช้อำนาจในทาง นิติ บัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งจะถือเป็นกลไกสำคัญในทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์และ การใช้อำนาจของอำนาจทั้งสาม โดยการทำวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ มีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจ อธิปไตยทั้งสามอย่างสัมพันธ์กันเพื่อมาเป็นนิติวิธีในทางรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้ในการอุดช่องว่างใน กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติได้บัญญัติไว้ และในส่วนที่สาม เป็นเรื่องพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ ในฐานะประมุขของรัฐในระบอบรัฐสภา ซึ่งถือเป็นผู้มีอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและตาม ประเพณีการปกครองประเทศในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการอธิบายถึง จารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของต่างประเทศอื่น ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น ว่ามีจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำการศึกษาว่ามีเรื่องราว ในทางประวัติศาสตร์อย่างไร อันเป็นที่มาของรูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของทั้งสอง เพื่อจะเป็นกรณีศึกษาและเปรียบเทียบกับของประเทศไทย โดยได้นำเสนอไว้ในบทต่อไป

บทที่ 3

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่ง นายกรัฐมนตรีของต่างประเทศ

ในการศึกษาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของต่างประเทศในบทนี้นั้น ผู้เขียนขอแนะนำเสนอจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น ด้วยเพราะว่าประเทศทั้งสองนั้นมีบริบทในทางการเมืองการปกครองที่จะนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย อาทิเช่นในเรื่องของระบอบการปกครองที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีการปกครองในระบอบรัฐสภาที่ประกอบด้วยสองสภาเหมือนกัน ที่มีการแบ่งอำนาจอย่างชัดเจนระหว่างนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอาจจะมีความแตกต่างกันบ้างในเรื่องของวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ ดังที่จะได้อธิบายไว้ในบทนี้

3.1 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศ อังกฤษ

การศึกษาถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษเป็นที่ทราบกันว่า การศึกษาความเป็นมาทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษนั้น ทำให้เราได้ทราบถึงวิวัฒนาการของการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยุคใหม่ที่มีจุดเริ่มต้นมาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นลักษณะที่มีความเป็นเฉพาะสำหรับโครงสร้างของประเทศอังกฤษในขณะที่เกิดสถานการณ์คับขันทางการเมืองการปกครองสมัยนั้น จนมีรัฐธรรมนูญฉบับแรกของการปกครองในยุคใหม่ ที่เรียกว่า “Magna Carta” และนำมาสู่การจำกัดพระราชอำนาจ จากเดิมที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดให้มีพระราชอำนาจที่จำกัดขึ้นของพระมหากษัตริย์ และในเวลาต่อมาอังกฤษได้ผ่านวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองที่สำคัญมาหลายช่วงเวลา จนอังกฤษได้กลายมาเป็นต้นแบบสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา¹⁵² ซึ่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษนี้เองที่ได้ทรงแต่งตั้งตำแหน่งในทางบริหารที่เรียกว่า “นายกรัฐมนตรี” ทั้งนี้ผู้เขียนจะขอ

¹⁵² บุญศรี วงษ์มีอุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 219-220.

นำเสนอถึงจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ ซึ่งประกอบด้วยสามส่วนสำคัญ คือ แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ รูปแบบของจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รวมถึงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

3.1.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

การศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ในส่วนนี้ได้แบ่งเป็นสองส่วนที่สำคัญ โดยในส่วนแรกได้กล่าวถึงข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ โดยได้อธิบายถึงที่มาอันเป็นป่อเกิดของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษซึ่งมีที่มาจากหลายลักษณะ และในส่วนที่สองจะอธิบายถึงหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ที่ถือเป็นหลักการที่สำคัญ อันได้แก่ เรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เรื่องหลักนิติธรรม และ เรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

3.1.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น มีผู้กล่าวไว้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ได้มีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) ซึ่งมีทั้งความเป็นจริงและไม่มีความเป็นจริงในคำกล่าวนั้น ด้วยเหตุที่เป็นจริงนั้น ก็คือไม่มีบทกฎหมายที่ทำการบัญญัติไว้อย่างละเอียด ซึ่งรวบรวมไว้เป็นฉบับเดียวอย่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และที่ไม่เป็นจริงนั้น ก็เพราะว่ามีกฎหมายหลายฉบับที่มีการวางหลักการปกครองโดยรัฐสภาเอาไว้ โดยมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า หากเกิดกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วจะมีการปฏิบัติกันด้วยวิธีประการใด ซึ่งก็ต้องการปฏิบัติกันโดยการใช้ธรรมเนียมนิยมหรือจารีตประเพณี (Conventions) หรือแนวบรรทัดฐานที่ศาลสูงเคยวางไว้¹⁵³

ดังนั้นเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศประเทศอังกฤษมีเอกลักษณ์เฉพาะด้านของรัฐธรรมนูญ โดยมีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) มากกว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษจึงเกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ในทางการพัฒนาแบบที่ค่อยเป็นค่อยไป¹⁵⁴ ซึ่ง

¹⁵³ดิเรก ชัยนาม, “รัฐธรรมนูญบริติช,” ใน งานพระราชทานเพลิงศพ พระยารามราชเดช (ม.ร.ว.ปาล นพวงศ์) ณ เมรุวัดมกุฏกษัตริยาราม วันที่ 16 เมษายน พุทธศักราช 2490 (พระนคร: พาณิชสุภผล, 2490), หน้า 1.

¹⁵⁴ชาวนะ ไตรมาส, “มติประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญ: กรณีรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับรัฐธรรมนูญไทย,” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 3 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ” (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2547), หน้า 187.

ลักษณะเฉพาะนี้จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้น ไม่ได้มีการรวบรวมไว้เป็นฉบับเดียว แต่ได้กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติที่มีการสืบทอดกันจนกลายเป็นจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ¹⁵⁵ ดังนั้น กล่าวได้ว่าที่มาของรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษนั้นไม่ได้มีการประมวลไว้ในเอกสารฉบับเดียว แต่อาจประมวลไว้โดยจำแนกได้หลายลักษณะ กล่าวคือ

ลักษณะประการแรก เป็นบทบัญญัติหรือเอกสารที่มี “เนื้อหา” เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งถือเป็นเอกสารสำคัญที่เป็นการจัดระเบียบแบบแผนในทางการเมืองการปกครองของอังกฤษไว้ อันถือว่ามีรูปแบบในทาง “เนื้อหา” ที่มีลักษณะที่เป็นการจัดตั้งสถาบันของรัฐ (Institution of the state) โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของประมุขของรัฐ องค์กฤษฎีกา ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และมีลักษณะเป็นการกำหนดถึงกรอบความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันของรัฐ ตลอดถึงเป็นการวางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงถือเป็นรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาด้วย¹⁵⁶ โดยในเรื่องนี้ตามคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาจอห์น ลอว์ (John Laws) ในคดี Thoburn v. Sunderland City Council ได้มีส่วนช่วยอย่างยิ่งในการยกตัวอย่างเอกสารที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครอง (Constitutional statutes)” เช่น กลุ่มแรก มหากฎบัตรแมกนาคาร์ต้า ค.ศ. 1215 (Magna Carta) และพระราชบัญญัติ ว่าด้วยสิทธิ ค.ศ. 1698 (The Bill of right) กลุ่มที่สอง กลุ่มพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิรูป (The Reform Acts) อันหมายถึง พระราชบัญญัติกำหนดอายุรัฐสภาที่แน่นอน ค.ศ. 2011 (The Fixed term Parliament Act 2011) พระราชบัญญัติการบริหารจัดการเลือกตั้ง ค.ศ. 2013 (Electoral Registration and Administration Act 2013) กลุ่มที่สาม พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ. 1972 (The European Communities Act 1972) และพระราชบัญญัติสหภาพยุโรป ค.ศ. 2011 (European Union Act 2011) และกลุ่มที่สี่ พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (The Human Right Act 1998)¹⁵⁷

นอกจากนี้ผู้พิพากษาลอว์ยกมานั้นถือว่าเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น แต่ยังมีพระราชบัญญัติและเอกสารอื่น ๆ อีกจำนวนหนึ่งที่นักวิชาการถือว่าเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญด้วย อาทิ เช่น กลุ่มแรก คำขอสิทธิ ค.ศ. 1628 (Petition of Right 1628) กลุ่มที่สอง พระราชบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ค.ศ. 1710 (Act of Settlement 1701) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการสืบ

¹⁵⁵ สุรพล ศรวิทยา และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558), หน้า 107-108.

¹⁵⁶ รวิทร์ ลีละพัฒนะ, “รัฐธรรมนูญอังกฤษ: รัฐธรรมนูญอันมิได้ประมวลไว้ในเอกสารฉบับเดียวกัน,” วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (มีนาคม 2558): 106.

¹⁵⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 110-115.

ราชบัลลังก์ (Succession to the Crown Act 2013) กลุ่มที่สาม พระราชบัญญัติรัฐสภา ค.ศ. 1911 และ 1949 (Parliament Act 1911 and 1949) และกลุ่มสุดท้าย พระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitutional Reform Act 2005)¹⁵⁸

ลักษณะประการที่สอง ที่มาของรัฐธรรมนูญอังกฤษ มาจากกฎหมายจารีต (Common Law) ซึ่งสำหรับหลัก Common Law นี้เป็นวิวัฒนาการในประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก โดยเป็นกฎหมายที่ออกโดยอำนาจของกฎหมายกลาง ซึ่งก็คือออกโดยอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระองค์ก็ได้จัดตั้งศาลของพระองค์ขึ้นมาเอง เพื่อที่มาแห่งความยุติธรรมและการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ โดยได้ทำการส่งผู้พิพากษาไปหมุนเวียนทั่วพระราชอาณาจักร แทนที่ด้วยระบบการพิจารณาคดีของท้องถิ่นต่าง ๆ และผู้พิพากษานี้เองก็ได้ทำการก่อตั้งข้อบังคับที่มีลักษณะเดียวกันเป็นครั้งแรก และได้ทำการวางรากฐานรูปแบบเป็นลักษณะเดียวกันของกฎหมาย โดยได้ก่อตั้งหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้น ซึ่งเรียกว่าสามัญ (Common) ตลอดทั่วพระราชอาณาจักร ด้วยเหตุนี้เองจึงเกิดเป็นระบบกฎหมาย Common Law ขึ้นมา¹⁵⁹ และในเวลาต่อมาหลักการนี้มีความหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาล (Jude-Made Law) และได้กลายเป็นพื้นฐานสำคัญของระบบกฎหมายอังกฤษ และรัฐสภาก็ได้ยอมรับบทบัญญัติต่าง ๆ ของ Common law ในการบัญญัติกฎหมายของสภา (Statutes) ซึ่งความสำเร็จของหลักการนี้ก็เป็นผลมาจากความสามารถของผู้พิพากษาและความเป็นอิสระที่ผู้พิพากษาได้รับในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ๆ โดยบทบัญญัติอันใดอันหนึ่งหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของ Common Law จะได้รับการแก้ไขโดยกฎหมายที่ออกโดยสภา ซึ่งถือเป็นโอกาสที่จะได้ตรวจสอบการพัฒนาที่ไม่พึงประสงค์ และทำให้บทบัญญัติ Common Law มีความกระจ่างขึ้นมา¹⁶⁰ และบ่อยครั้งที่รัฐสภาไม่สามารถที่จะนำเอาพระราชบัญญัติมาใช้แทนกฎหมายจารีต (Common Law) บางข้อได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลัก Common Law ยังคงอยู่ โดยสำคัญที่สุดคือบรรดาอำนาจต่าง ๆ ซึ่งใช้ภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์¹⁶¹

¹⁵⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 116-118.

¹⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, 2548), หน้า 38.

¹⁶⁰ Tom Brennan, *Politics and Government in Britain*, 2nd ed. (Great Britain: Cambridge University Press, 1982), pp. 421-422 อ้างถึงใน สนธิ เตชานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

¹⁶¹ คณิน บุญสุวรรณ, *การเมืองการปกครองของอังกฤษ* (กรุงเทพฯ: ศุภสภาลาดพร้าว, 2522), หน้า 323.

ลักษณะประการที่สาม ข้อเขียนที่เชื่อถือได้ (Works of Authority) โดยข้อเขียนเหล่านี้ เป็นการเสนอแนวทางในการตีความในสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญส่วนที่มีความไม่แน่นอนหรือไม่มีความชัดเจน โดยข้อเขียนที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวทางในการตีความของรัฐธรรมนูญนั้น ได้แก่ ผลงานเรื่อง An Introduction to The Study of the Law of the Constitution ของ เอ.วี. ไดซี (A. V. Dicey) ผลงานเรื่อง Constitution and Administrative Law ของ โอ. ฮูด ฟิลลิปส์ (O. Hood Phillips) และผลงานเรื่อง The Law and the Constitution ของ เซอร์ ไอเวอร์ เจนนิงส์ (Sir Ivor Jennings)¹⁶² ซึ่งผลงานเหล่านี้ นั้น ถือว่าเป็นที่ยอมรับในแวดวงของการเมือง ทางกฎหมายและในทางวิชาการ โดยได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาในการตีความกฎหมายของรัฐธรรมนูญของอังกฤษด้วย

ลักษณะประการที่สี่ กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา (The Law and Customs of Parliament) ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นกฎหมายของอังกฤษในส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเห็นได้จากคำอธิบายของ เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) ที่ว่า กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภานั้น คือสิ่งที่อยู่พ้นไปจากกระบวนการนิติบัญญัติ และกระบวนการบันทึกที่เป็นลายลักษณ์อักษร และเกิดจากกระบวนการยึดถือกันมาเป็นแบบอย่าง และเกิดประสบการณ์ที่สืบทอดกันมาอย่างต่อเนื่อง¹⁶³ ทั้งนี้มีเหตุผลมาจากการที่รัฐสภามีสิทธิที่จะกำหนดกระบวนการของสภาด้วยตนเองและสิทธิในการคงไว้ซึ่งอิสรภาพและศักดิ์ศรีของสภาสามัญ อันเป็นผลทำให้สภาสามัญมีอำนาจ สิทธิ และข้อยกเว้น บางประการ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ประกอบกันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ¹⁶⁴

โดยกฎเกณฑ์จำนวนมากที่ใช้ในการควบคุมการดำเนินงานของรัฐสภานี้ อยู่ภายใต้กฎของสภาที่เรียกว่า Standing Order ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้รับมาจากกฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภาบางส่วน¹⁶⁵ และบางส่วนก็มาจากหลักเกณฑ์ของการควบคุมการอภิปรายของนายกรัฐมนตรี

¹⁶²Coxall B. and Robins L., *Contemporary British Politics: An Introduction*. (London: Macmillan, 1991), p. 99 อ้างถึงใน พลธิสาณ ชุมพล, *ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 45.

¹⁶³Thomas Erskine May, *Treatise on the Law Privileges Proceedings and Usage*, 5th ed. (London: Butterworths, 1863), p. 65 อ้างถึงใน กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร, *มนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 100.

¹⁶⁴สนธิ เตชานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

¹⁶⁵*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 6.

และของฝ่ายค้านในรัฐสภา¹⁶⁶ ตั้งนั้นแล้ว กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา คือ บรรดา กฎเกณฑ์อันเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องเนื่องด้วยการปฏิบัติงานในกระบวนการรัฐสภา รวมถึงความ ประพฤติและกิจกรรมของสมาชิกของสภาด้วย¹⁶⁷ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายและจารีตประเพณีของ รัฐสภา ที่มีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งถือว่าเป็นบ่อ เกิดของรัฐธรรมนูญนั้น ต้องมีลักษณะที่เป็นแบบแผน หรือมีการประพฤติปฏิบัติมาอย่างยาวนาน อันมีที่มาจากจารีตประเพณีดั้งเดิม และมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ได้บัญญัติหรือได้ทำการบันทึกไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับกิจการภายในของรัฐสภา¹⁶⁸

ลักษณะประการที่ห้า จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ (Constitution Convention) คือ กฎเกณฑ์ ซึ่งมีผู้เคารพปฏิบัติตามกันมา โดยที่กฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่ได้มีกฎหมาย บัญญัติไว้แต่อย่างใด และถึงแม้ว่าจะมีการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ก็ไม่สามารถที่จะมีการบังคับ ลงโทษได้¹⁶⁹ หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นกรอบในการปฏิบัติเชิงรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าผูกมัดต่อผู้ซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่จะนำมาฟ้องร้องในศาลได้¹⁷⁰

แม้ว่าจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention) นี้จะมีผลผูกพันองค์กรในทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษแล้ว อาทิเช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมถึง พระมหากษัตริย์ที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่ก็ไม่ว่าจะนำมาใช้บังคับได้โดยตรงในกรณีที่ได้มีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีดังกล่าวเกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ ปัจจัยที่ทำให้จารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญสามารถก่อผลผูกพันในทางการเมืองการปกครอง (Political Obligation) ได้นั้นก็คือ องค์ประกอบในเชิงคุณค่า

¹⁶⁶ P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart, 2008), p. 21 อ้างถึงใน ธารธร มุมทอง, **หลัก The King Can Do No Wrong ตามรัฐธรรมนูญอังกฤษ** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 15.

¹⁶⁷ Alex Carrol, *Constitution and Administrative Law*, 5th ed. (Gosport: Pearson, 2009), p. 66 อ้างถึงใน กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร, **มนต์ศักดิ์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556, หน้า 100.

¹⁶⁸ กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร, *เรื่องเดิม*, หน้า 101.

¹⁶⁹ ดิเรก ชัยนาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

¹⁷⁰ พฤติสาณ ชุมพล, **ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 45.

อันมีผลต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา (Parliamentary Democracy) ที่แฝงอยู่ในจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง¹⁷¹

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น เป็นแบบจารีตประเพณี หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) ซึ่งมีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ซึ่งเกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ในทางการแบบที่ค่อยเป็นค่อยไปในทางประวัติศาสตร์และในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งมีลักษณะเฉพาะ ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้น ไม่ได้มีการรวบรวมไว้เป็นฉบับเดียว แต่ได้กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งมีที่มาจาก บทบัญญัติหรือเอกสารที่มี “เนื้อหา” เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือจากกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือจากข้อเขียนที่เชื่อถือได้ (Works of Authority) หรือจากกฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา หรือจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งที่มาทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

3.1.1.2 หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

ในการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า มีหลักการที่สำคัญหลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เรื่องหลักนิติธรรม และเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะอธิบายดังต่อไปนี้

1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

หากจะกล่าวถึง หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น ก็จะต้องพูดถึงเรื่อง พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายและระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษนั้นไม่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากเกินไป จึงเกิดหลักว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นจะมีอยู่ (Exist) และมีขอบเขต (Ambit) เฉพาะที่คอมมอนลอว์ซึ่งเป็นบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลยุติธรรมรับรองเท่านั้น ไม่ใช่การทรงใช้อำนาจตามอำเภอใจ และถือกันว่าถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดหรือออกมายกเลิกพระราชอำนาจดังกล่าวโดยชัดแจ้งก็ย่อมทำได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา ดังนั้นในเรื่องนี้ไดซี จึงได้ให้คำนิยามไว้ว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จึงเป็นเพียงสิ่งที่เหลืออยู่ของอำนาจตุลยพินิจหรืออำเภอใจ” ซึ่งกล่าวได้ว่า เป็นสิ่งที่เหลืออยู่จากการที่ศาลยุติธรรมและรัฐสภายอมรับให้มีอยู่ แต่มีข้อสังเกตว่า ถึงแม้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะเป็นสิ่งที่เหลืออยู่ก็ตาม แต่หากศาลและรัฐสภาไม่ได้

¹⁷¹ A. L. Sueur, “A Fundamental Principles,” In *English Public Law*, D. Feldman, ed. 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2009), p. 3 อ้างถึงใน ชัช ชำเพชร, การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 49.

กำหนดขอบเขตและวิธีใช้พระราชอำนาจไว้พิเศษ พระราชอำนาจนั้น ๆ ก็ไม่เป็นดุลยพินิจเด็ดขาด (Absolute Discretion) คือ ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเลย¹⁷²

โดยในเรื่องนี้ Bagehot ได้อธิบายถึงบริบทและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ว่า ทรงมีสิทธิที่จะได้รับการปรึกษาหารือ สิทธิที่จะทรงได้รับการสนับสนุนและกระตุ้นให้มีการปฏิบัติกรอย่างใด ๆ ที่ทรงเห็นสมควร และประการสุดท้ายคือสิทธิที่จะทรงตั้งเดือนเมื่อทรงเห็นว่ามีกรปฏิบัติที่มีชอบ การใช้พระราชอำนาจเหล่านี้มีผลต่อการเมืองของประเทศ โดยเฉพาะมีอิทธิพลต่อแนวนโยบายและแนวโน้มทางการเมืองของชาติ อันที่จริงเป็นสิ่งที่ชอบธรรมที่จะให้องค์พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเช่นนี้ เพราะพระองค์ท่านนั้นที่จะทรงดำรงตำแหน่งต่อเนื่องกันเป็นระยะเวลายาวนาน ทำให้พระองค์ทรงมีประสบการณ์ในทางการเมืองมากที่สุด¹⁷³

โดยประเทศอังกฤษได้มีหลักการที่สำคัญในทางรัฐธรรมนูญที่ ลอร์ดปาลเมอร์ตัน (Lord Palmerston) กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1895 ที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงทำอะไรไม่ผิด” (The King Can Do No Wrong) โดยอธิบายไว้ว่า “กฎของรัฐธรรมนูญอังกฤษมีว่า พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ทรงกระทำอะไรไม่ผิด แต่นั้นหมายความว่าไม่มีความผิดที่ทำโดยพระราชอำนาจไม่ได้ในที่นี้ หมายความว่า ถ้ามีความผิดถูกกระทำขึ้นมา ผู้เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐซึ่งถวายนำคำแนะนำให้กระทำเช่นนั้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำผิดนั้น มิใช่ของกษัตริย์”¹⁷⁴ และหลักการนี้ได้รับคำยืนยันอย่างชัดเจนอย่างชัดเจนในคำพิพากษาในคดี Tobin v. R โดยมีสาระสำคัญว่า¹⁷⁵

พระองค์จะไม่ต้องรับผิดชอบฟ้องคดีในทางแพ่งและทางอาญาสำหรับการกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าผิด การกระทำขององค์กษัตริย์ที่พระองค์ได้ทำไปในทางส่วนตัวเป็นสิ่งที่ได้รับการสันนิษฐานในทางกฎหมายว่าไม่เป็นความผิด การกระทำของ

¹⁷² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 13-14.

¹⁷³ สมบูรณ์ สุขสำราญ, การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 33-34.

¹⁷⁴ Vernon Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution* (Oxford University Press, 1953), p. 18 อ้างถึงใน ธราธร มุมทอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 83.

¹⁷⁵ Tobin v. R., (1864) 143 E.R. 1148; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 198.

บรรดาผู้รับใช้ราชบัลลังก์ทั้งหลายที่กระทำไปโดยคำสั่งของ
พระองค์ก็ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ผิดเช่นกัน. . .

จะเห็นได้ว่าแนวคิดนี้เป็นหลักการสำคัญพื้นฐานประการหนึ่ง โดยอังกฤษ
ได้กำหนดพระราชอำนาจ (Royal Prerogative) ไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสามัญหรือหลักคอม
มอนลอว์ (The Common Law) แต่การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวจะต้องถูกควบคุมโดยศาล และ
ส่วนใหญ่ต้องทำภายใต้คำแนะนำของนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ซึ่งนั่นหมายความว่า การใช้พระ
ราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษต้องดำเนินการภายใต้คำแนะนำของผู้รับสนองพระบรมราช
โองการ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้พระราชอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นรูปแบบที่อาจ
เรียกว่า “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศอังกฤษ”¹⁷⁶
พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยเป็นประมุขของรัฐ แต่ไม่ได้ปกครองประเทศ แต่ในภาวะที่
ผิดปกติเท่านั้นที่พระมหากษัตริย์จะต้องทรงตัดสินพระทัยด้วยพระองค์เอง¹⁷⁷

ดังนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษเป็นอย่างไร
นั้น จึงต้องพิจารณาทั้งรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร
ประกอบกัน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal
Prerogative) มีอยู่หลายด้าน¹⁷⁸

โดยในปัจจุบัน พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษมีขอบเขตที่ทรง
ใช้ ใน 3 ขอบเขตที่สำคัญเท่านั้น คือ ประการแรก พระราชอำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง
อำนาจนิติบัญญัติและบริหาร อันได้แก่ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี
และคณะรัฐมนตรี พระราชอำนาจในการเรียกประชุมสภา เปิดประชุมสภา ปิดประชุมสภา และยุบ
สภา เป็นต้น ประการที่สอง พระราชอำนาจเกี่ยวกับต่างประเทศ อันได้แก่ พระราชอำนาจในการ
สถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร
และการปกครองอาณานิคม เป็นต้น และพระราชอำนาจประการสุดท้าย คือ พระราชอำนาจในทาง

¹⁷⁶ สันติ โสภณสิริ, สถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาธิปไตย ในทัศนะ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 รัฐบุรุษอาวุโส ปรีดี พนมยงค์ และ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2555), หน้า 94-95.

¹⁷⁷ คณิน บุญสุวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 29.

¹⁷⁸ ธานีินทร์ คงยั่งยืน, *ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต่อองค์พระมหากษัตริย์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546), หน้า 46.

ปกครอง รวมถึงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันที่คอมมอนลอว์ให้ไว้กับพระมหากษัตริย์และข้าราชการทั้งมวล เช่น หลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดไม่ได้” (The King Can Do No Wrong) เป็นต้น¹⁷⁹

กล่าวโดยสรุป พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษ นั้นเป็นพระราชอำนาจที่ทั้งที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยอังกฤษนั้น ได้มีวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน ดังนั้นในปัจจุบันพระราชอำนาจที่เป็นจารีตในทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นพระราชอำนาจที่ถูกจำกัดลงจากในอดีตเป็นอย่างมาก หรืออาจกล่าวได้ว่าพระราชอำนาจในปัจจุบันเป็นพระราชอำนาจในทางพิธีมากกว่า

2) หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักการสำคัญพื้นฐานในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ด้วยความคิดที่ว่า “มนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรถูกปกครองโดยกฎหมาย”¹⁸⁰ ซึ่งถือเป็นหลักที่ฝังรากลึกในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ และเป็นหลักการที่ขาดเสียไม่ได้ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักการที่ตรงกันข้ามกับหลักการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ดังนั้นแล้ว หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการที่ยอมรับและรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁸¹ และถือเป็นหลักการที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐ ซึ่งไม่มีความแน่นอน มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะของเวลา สถานที่ และบุคคล ให้มีเครื่องมือที่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอน สามารถใช้ได้กับทุกคนอย่างสม่ำเสมอ เท่าเทียมกัน ซึ่งกฎเกณฑ์นั้นก็คือ “กฎหมาย”¹⁸²

โดยหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ซึ่งรัฐบาลเป็นฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างมีความเสมอภาคกัน เพื่อนำไปสู่ความเป็นธรรมในสังคม ส่วนฝ่ายตุลาการต้องมีความเป็นอิสระและการตัดสินที่มีความยุติธรรม และต้องมีจุดมุ่งหมายในการที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอย่างเสมอภาคกัน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมจึงมี

¹⁷⁹ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 14-15.

¹⁸⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 193.

¹⁸¹ กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, “หลักนิติรัฐ (The Rule of Law),” รัฐศาสตร์ 62, 4 (เมษายน 2557): 56.

¹⁸² สมฤทธิ์ ไชยวงศ์, “หลักนิติธรรม: การคุ้มครองหลักนิติธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 45 (กันยายน-ธันวาคม 2556): 39.

ไว้เพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจที่ไม่เป็นธรรมทั้งจากรัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนผู้ที่มีความเกี่ยวข้อง¹⁸³

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมนี้ ไตซีร์ยอมรับว่ามีสถานะที่เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษประการหนึ่ง ซึ่งมีองค์ประกอบด้วยกันทั้งหมด สามประการ ดังต่อไปนี้¹⁸⁴

ประการแรก เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญกับ การปกครองภายใต้กฎหมาย อันชอบธรรม กล่าวคือ เป็นหลักการปกครองที่ไม่ได้ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ และการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางของเจ้าที่รัฐ ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าประชาชนชาวอังกฤษจะถูกปกครองก็เฉพาะกฎหมาย (Rule by Law Alone) ตลอดจนไม่มีบุคคลใดอาจถูกลงโทษได้ เว้นแต่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่บัญญัติไว้

ประการที่สอง เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญกับ หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality Before the Law) กล่าวคือ บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นผู้ปรับใช้อย่างเท่าเทียมกัน (The Ordinary Law of the Land Administered by the Ordinary Law Courts) ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น บุคคลทุกคนต่างต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรมอย่างเสมอกัน โดยเจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจกล่าวอ้าง “เหตุผลแห่งรัฐ” มาละเมิดสิทธิของประชาชนได้ ซึ่งต่างจากประเทศฝรั่งเศส ที่ได้ชียได้ปฏิเสธการจัดตั้งองค์กรพิเศษในการมาพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครอง เนื่องจากเขามองว่าเป็นการมอบอภิสิทธิ์ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐมากเกินไป

ประการที่สาม เป็นหลักการที่ไตซีร์ เห็นว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ (The Law of the Constitution) เป็นผลพวงมาจากคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีสินคดีเกี่ยวกับสิทธิบุคคล โดยเขามองว่า หลักคอมมอนลอว์อันเป็นกระบวนการเยียวยาตามกฎหมายเอกชนนั้น สามารถช่วยประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้ดีกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจจะถูกยกเลิกเพิกถอนลงเมื่อใดก็ได้

นอกจากนี้ยังปรากฏหลักนิติธรรมของนักกฎหมายอังกฤษ โดยเรียกว่า หลักของ ราส (Raz's Principles) ซึ่งมีสาระสำคัญ กล่าวคือ 1. กฎหมายต้องเป็นทั่วไป โดยไม่เลือกเฉพาะเจาะจง ซึ่งกฎหมายนั้นต้องมีผลไปล่วงหน้า (Prospectus) มากกว่ามีผลย้อนหลังและ

¹⁸³ สุรพล ศรีวิทยา และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 111.

¹⁸⁴ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (New York: Macmillan and Co., 1897), pp. 202-203 อ้างถึงใน รวิวิท ลีละพัฒนะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 121-122.

กฎหมายต้องมีเสถียรภาพและไม่มีเปลี่ยนแปลงแก้ไขบ่อยครั้ง 2. กฎหมายและกระบวนการออกกฎหมายต้องมีความแน่นอนชัดเจน 3. หลักความเป็นอิสระของศาลต้องได้รับการประกันและ หลักความยุติธรรมที่จะพึงมีโดยเฉพาะสิทธิที่ได้รับการพิจารณาในศาลอย่างเป็นธรรม และรวมถึงศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบในหลักการอื่น ๆ ที่นำมาใช้บังคับด้วย 4. ประชาชนต้องเข้าถึงความยุติธรรมได้ทุกคนโดยเฉพาะในกระบวนการยุติธรรมทางศาล และการใช้อำนาจของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนการป้องกันอาชญากรรมของรัฐต้องกระทำอย่างถูกต้อง¹⁸⁵

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ เป็นหลักการที่เป็นการปกครองภายใต้กฎหมายอันชอบธรรม กล่าวคือ เป็นหลักการปกครองที่ไม่ได้ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ต้องใช้อย่างจำกัดและเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เป็นต้น

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

จอห์น ล็อก (Locke)¹⁸⁶ นักปราชญ์ชาวอังกฤษ ได้อธิบายไว้ในหนังสือ Treaties on Government เห็นว่า จะต้องแยกอำนาจอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งไม่มีที่บุคคลคนเดียวจะออกกฎหมายด้วย และใช้กฎหมายด้วย ซึ่งถ้าหากกระทำเช่นนั้นจะทำให้กฎหมายขาดลักษณะที่เป็นกฎหมายไปได้ และในเมื่อผู้บัญญัติกฎหมายอาจใช้วิธีบัญญัติกฎหมายนั่นเองออกมาตรการต่าง ๆ ได้ตามใจชอบ

หลักการแบ่งแยกอำนาจก็ถือว่ามีสถานะเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ¹⁸⁷ โดยประเทศอังกฤษมีการปกครองในระบอบรัฐสภาที่แยกอำนาจบริหารออกจากอำนาจนิติบัญญัติอย่างอิสระ แต่ยังคงมีความเกี่ยวพันกันอยู่ในการใช้อำนาจของแต่ละฝ่าย โดยมีการดุลอำนาจระหว่างกัน ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะนี้ของอังกฤษ มีการตรวจสอบ

¹⁸⁵ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essay of Law and Morality* (Oxford: Clarendon, 1979), p. 11 อ้างถึงใน เขตไท ลังการ์พินธุ์, “หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย: ความหมายและสาระสำคัญ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร* 8, 2 (พฤศจิกายน 2558): 29.

¹⁸⁶ หยุต แสงอุทัย, *คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515*, หน้า 200-201.

¹⁸⁷ Keith Syrett, *The Foundations of Public Law: Principles and Problems of Power in British Constitution* (New York: Palgrave Macmillan, 2011) อ้างถึงใน รวิวิท ลีละพัฒนา, “หลักการแบ่งแยกอำนาจในประเทศอังกฤษจากอดีตสู่ปัจจุบัน,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 43, 4 (ธันวาคม 2557): 855.

กันอย่างจริงจังระหว่างองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ถึงขนาดสามารถถอนอีกฝ่ายได้เลย¹⁸⁸ และในส่วนของอำนาจตุลาการ แต่เดิม อยู่ภายใต้สภาขุนนางซึ่งทำหน้าที่ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและตุลาการ ซึ่งอำนาจด้านตุลาการนี้จะอยู่เป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ เรียกว่า “Appellate Committee” ซึ่งประกอบด้วย “Lord Chancellor” และ “Lords of Appeal in Ordinary” หรือโดยทั่วไปจะเรียกว่า “Law Lords” ซึ่งเหล่านี้ทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติด้วยซึ่งในส่วนของ “Law Lords” จะมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าจะต้องไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับงานของรัฐสภา ทั้งนี้จึงเกิดเป็นข้อเรียกร้องต่อความเป็นอิสระของศาลสภาขุนนาง ทำให้เกิดการปฏิรูปศาลสภาขุนนางยังเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ประเทศอังกฤษมีนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศและจากกฎหมายต่าง ๆ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษเข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (The European Union) และอีกเหตุผลประการหนึ่งคือการที่ประเทศอังกฤษเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: ECHR) ซึ่งมาตรา 6 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกำหนดให้ “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยองค์กรวินิจฉัยที่เป็นอิสระและเป็นกลาง (By an Independent and Impartial Tribunal)” ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดแนวคิดในการจัดตั้งศาลสูงสุดขึ้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแบ่งแยกอำนาจตุลาการออกจาก อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร¹⁸⁹

อีกประการหนึ่งซึ่งถือเป็นการแบ่งแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิติบัญญัติอย่างชัดเจนขึ้น ก็คือนับตั้งแต่มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitution Reform Act 2005: Cra 2005) เกิดขึ้นทำให้มีการเกิดขึ้นของศาลสูงสุด ที่ทำหน้าที่ในด้านตุลาการได้ถูกแบ่งออกจากรัฐสภาอย่างเด็ดขาด ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้ ทำให้ศาลสูงสุดของสหราชอาณาจักรกลายเป็นองค์กรทางตุลาการที่บริสุทธิ์ยุติธรรม และนอกจากนี้ยังส่งผลต่อระบบการแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจตุลาการ อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามฝ่ายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในทางตุลาการ ที่ถือว่าเป็นอำนาจที่สำคัญอย่างยิ่งที่ไม่ว่าระบบกฎหมายใดก็เชื่อว่าอำนาจตุลาการนี้ควรเป็นอำนาจที่มีอิสระอย่างแท้จริง และไม่รวมอยู่กับอำนาจอื่นใด ดังนั้นแล้วศาลสูงสุดนี้ ถือว่าเป็นศาลที่ทุกคนมองเห็นได้ในฐานะที่เป็นศาล ไม่ใช่ในฐานะที่เป็น คณะกรรมการ ในสภาขุนนาง และศาล

¹⁸⁸ อูสาร์ โคมลปานิ, “การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ศึกษาเปรียบเทียบตามรัฐธรรมนูญ ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” วารสารกฎหมายสุโขทัย 1 (มิถุนายน 2542): 16.

¹⁸⁹ รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 261.

ควรจะเป็นอำนาจในทางตุลาการที่เป็นอิสระที่สามารถจะเป็นที่พึ่งของประชาชนทุกคนในประเทศอังกฤษได้¹⁹⁰

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจของประเทศอังกฤษนั้นถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ โดยประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบของการปกครองในระบอบรัฐสภา ซึ่งได้แยกอำนาจบริหารออกจากอำนาจนิติบัญญัติอย่างอิสระ แต่ยังคงมีความเกี่ยวพันกันอยู่ในการใช้อำนาจของแต่ละฝ่าย โดยมีการดุลอำนาจระหว่างกัน และในส่วนของอำนาจตุลาการนั้นก็แยกออกมาเป็นอิสระจากสภาขุนนาง ภายหลังการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitution Reform Act 2005: Cra 2005) เกิดขึ้นทำให้มีการเกิดขึ้นของศาลสูงสุด ดังนั้นแล้ว อำนาจทั้งสามของอังกฤษจึงถือว่าแยกออกจากกันอย่างอิสระ

3.1.2 รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย

ในการศึกษาเรื่องรูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาถึงรูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในสามารถพิจารณาได้ถึง สองรูปแบบที่สำคัญ คือการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ซึ่งทั้งสองรูปแบบนั้นมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองที่น่าสนใจหลายประการ โดยเฉพาะการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ซึ่งได้อธิบายไว้ในส่วนนี้อย่างน่าสนใจ

3.1.2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย

การเมืองการปกครองในประเทศไทยก่อนที่จะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประเทศไทยได้มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้เริ่มมีมาตั้งแต่สมัยพระเจ้าจอห์น โดยพระองค์ได้พระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับแรกของอังกฤษ ซึ่งเรียกกันว่า “Magna Carta” ให้แก่ประชาชนของพระองค์เมื่อปี ค.ศ. 1215 และหลังจากนั้นอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็อยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบอบประชาธิปไตยให้ดีขึ้น¹⁹¹ เพื่อที่จะให้มีระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ ซึ่งประเทศไทยเองต้องใช้เวลาเป็นอย่างมาก ในการเปลี่ยนผ่านมาหลายระยะเวลาที่สำคัญ

¹⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 272.

¹⁹¹ ปราณี ศิริจันทร์พันธ์, ประวัติศาสตร์อังกฤษสมัยใหม่ (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 78.

โดยวิวัฒนาการของที่มาของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น กล่าวคือ นับตั้งแต่รัชสมัยแห่งราชวงศ์นอแมนและปรังตาเยอร์เน็ต (Plantagenet) พระมหากษัตริย์ทรงบริหารราชการแผ่นดินโดยพระองค์เองตามที่องคมนตรีสภาถวายคำแนะนำ ซึ่งตำแหน่งองคมนตรีนั้นเป็นตำแหน่งที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและรับพระราชทานเงินเดือนส่วนพระองค์ทั้งสิ้น โดยตามปกติสมาชิกสภาองคมนตรีจะเป็นพวกพระเป็นส่วนมาก เพราะในขณะนั้นอิทธิพลของพระได้ทำการครอบงำฝ่ายอาณาจักรเป็นอันมาก อันเนื่องมาจากว่าพระเป็นผู้ที่ได้รับการศึกษาและมีอิสระไม่มีพันธะทางด้านครอบครัว ซึ่งในบางครั้งอำนาจของพระซึ่งเป็นฝ่าย ศาสนจักรจะมีอำนาจมากขึ้นเกือบเท่ากับอำนาจของฝ่ายอาณาจักรก็มีปรากฏให้เห็น¹⁹²

ต่อมาได้เกิดสงครามดอกกุหลาบ (War of the Roses) ซึ่งเป็นสงครามที่เกิดขึ้นโดยราชวงศ์อังกฤษสองสาย คือ ราชวงศ์สกาย “แลงแคสเตอร์” มีตราดอกกุหลาบแดงเป็นเครื่องหมาย และอีกสายหนึ่งคือ ราชวงศ์ “ยอร์ก” โดยมีดอกกุหลาบขาวเป็นเครื่องหมาย ระหว่างพระเจ้าเฮนรีที่ 6 กับ ดูกออฟยอร์ก เป็นสงครามกลางเมืองถึง 30 ปี ซึ่งภายหลังปรากฏว่า พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 4 ทรงครองราชย์บัลลังก์ของอังกฤษ ซึ่งพระองค์ทรงเป็นพระราชโอรสของดุกออฟยอร์ก และภายหลังจากจบสงครามในครั้งนี้ทำให้ตระกูลเก่าแก่ได้ล้มละลายไปเป็นจำนวนมาก อาทิเช่น เมื่อพระเจ้าเฮนรีที่ 7 ขึ้นเสวยสิริราชสมบัติ ปรากฏว่ามีครอบครัวของขุนนางเหลืออยู่เพียงหนึ่งในสามจากเมื่อก่อนคือประมาณ 29 ครอบครัวเท่านั้นเอง และอิทธิพลของฝ่ายศาสนจักรก็เริ่มเสื่อมลง และมีครอบครัวของชนชั้นกลางและพวกพ่อค้าคหบดีเกิดขึ้นมาใหม่แทน ซึ่งบุคคลทั้งสองพวกนี้ได้รับการศึกษาที่ดีขึ้นซึ่งทำให้สภาสามัญ (House of Common) มีลักษณะที่เกิดการตันท้วกันมากขึ้นและในเวลาต่อมาภายหลังสมเด็จพระบรมราชาธิบดีนาถเอลิซาเบธ เสด็จขึ้นครองสิริราชสมบัติ อำนาจในการเลือกบุคคลเข้ามาเป็นคณะรัฐมนตรีจึงตกอยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์¹⁹³

ในเวลาต่อมาในรัชสมัยของราชวงศ์สจิวต การเลือกคณะรัฐมนตรีก็มีการจำกัดวงมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ พระมหากษัตริย์จะทรงเลือกจากสมาชิกสภาสามัญและสมาชิกสภาขุนนางเท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1688 ก็ได้ทรงมีการจำกัดพระราชอำนาจโดยรัฐสภา และรัฐสภาก็เป็นผู้รับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดิน¹⁹⁴ และในเวลาต่อมาภายหลังพระนางเจ้าแอน เสด็จสวรรคตในปี ค.ศ. 1714 ก็มีพระเจ้าจอร์จที่ 1 ปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์ฮาร์โนเวอร์ (Hanover) เสด็จขึ้นครองสิริราช

¹⁹² สุวิชช พันธ์เศรษฐ, *ขุมขุมนายกรัฐมนตรีอังกฤษ หนังสือประวัติศาสตร์การเมืองระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ ตั้งแต่ พ.ศ. 2265 ถึง พ.ศ. 2512 (248 ปี)* (กรุงเทพฯ: พิทักษ์วัฒนา, 2512), หน้า 4.

¹⁹³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4-5.

¹⁹⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

สมบัติเป็นพระมหากษัตริย์พระองค์แรกแห่งราชวงศ์ ซึ่งครองราชย์อยู่ในปี ค.ศ. 1714-1724 โดยแต่เดิมนั้นพระองค์ทรงเป็นเจ้าของเยอร์มันแต่เป็นโอรสของเจ้าหญิง Sophia¹⁹⁵ และซึ่งกล่าวกันว่าพระเจ้าจอร์จที่ 1 เป็นพระมหากษัตริย์ที่ไม่ทรงสนใจในการเมืองการปกครอง โดยพระองค์ไม่มีพระปรีชาสามารถในการทรงพูดภาษาอังกฤษได้เลย และพระองค์ก็ไม่ทรงเข้าร่วมการประชุมคณะรัฐมนตรีเลย ปล่อยให้เป็นที่หน้าทีของรัฐมนตรีผู้หนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม ซึ่งการกระทำอย่างนั้นของพระองค์ทำให้บุคคลสำคัญที่มีชื่อเสียง อย่างท่านวอลโพล ทำหน้าที่ในการควบคุมบังคับบัญชารัฐมนตรีคนอื่น ๆ¹⁹⁶ จึงทำให้สมาชิกสภาองคมนตรี ค่อย ๆ มีอำนาจมากขึ้น และกลายสภาพเป็นคณะรัฐบาล “Cabinet” โดยพระมหากษัตริย์พระองค์นี้ท่านไม่ชอบการบริการราชการแผ่นดินเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว จึงทำให้ทรงติดต่อกับ ประธานองคมนตรี President of the Council โดยตรง ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้นำของพรรคการเมือง วิก Wing และได้รับการสนับสนุนจากตระกูลของนักปฏิวัติด้วย โดยการนำเอากระแสพระบรมราชโองการไปแจ้งต่อที่ประชุมของคณะรัฐมนตรี และนำความเห็นของคณะรัฐมนตรีไปกราบบังคมทูลอยู่ตลอดเวลา จึงทำให้ประธานสภาองคมนตรีมีอิทธิพลอย่างยิ่งในสภาองคมนตรี โดยจากอำนาจหน้าที่ที่เจริญก้าวหน้ามาด้วยวิธีนี้ จึงทำให้ประธานองคมนตรีก้าวสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของอังกฤษ¹⁹⁷

ดังนั้น ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (อัครมหาเสนาบดี) คนแรกของอังกฤษ คือ เซอร์ โรเบิร์ต วอลโพล ซึ่งเข้ารับตำแหน่งเมื่อปี ค.ศ. 1721 ควบคู่กับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยในระบายนั้นยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้การรับรองตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก่อนปี ค.ศ. 1916 จึงเป็นตำแหน่งที่มีขึ้นตามจารีตประเพณีการปกครองของประเทศอังกฤษ ซึ่งนายกรัฐมนตรีไม่มีเงินเดือน แต่มีรายได้มาจากการดำรงตำแหน่งอื่น ซึ่งผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นนายกรัฐมนตรีนั้น ต้องมีคุณสมบัติ มีความ پاکเพียร ทำงานดี และมีผู้สนับสนุน เป็นต้น¹⁹⁸

จะเห็นได้ว่า ในสมัยแรกเริ่มที่มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น ตำแหน่งนี้มีลักษณะเป็นเพียงอัครเสนาบดีของพระมหากษัตริย์ กล่าวคือเป็นคนของพระมหากษัตริย์ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นประธานในที่ประชุมเสนาบดีหรือคณะมนตรี ซึ่งการเข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้นถือว่าเป็นเรื่องของ “พระราชอัธยาศัย” ครั้นเมื่อคณะรัฐมนตรีพัฒนามาเป็น คณะรัฐมนตรี ซึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการปฏิรูปประเทศ ในปี ค.ศ. 1832 คณะรัฐมนตรีจึงเริ่มมีความหมายมากขึ้นในฐานะผู้บริหารอย่างแท้จริง และโดยเฉพาะตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก็เริ่มมีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารที่

¹⁹⁵ สมบูรณ์ สุขสำราญ, การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร, หน้า 104.

¹⁹⁶ คณิน บุญสุวรรณ, เรื่องเดิม, หน้า 143.

¹⁹⁷ สุวิช พันธ์เศรษฐ์, เรื่องเดิม, หน้า 5.

¹⁹⁸ ปราณี ศิริจันทร์พันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 79.

ต้องทำงานใกล้ชิดกับสภาสามัญ มิใช่เป็นเพียงจะต้องรับสนองงานถวายพระมหากษัตริย์ตั้งแต่ก่อน และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้นก็มิใช่เรื่องของพระราชอัธยาศัยเสียแล้ว หากแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาสามัญไม่ทางตรงก็ทางอ้อมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย¹⁹⁹

โดยกฎเกณฑ์ที่สำคัญนี้ ถือว่าเป็นจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองที่ว่าหัวหน้าพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาสามัญ (House of Commons) จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และได้รับการมอบหมายให้จัดตั้งคณะรัฐบาล²⁰⁰ ซึ่งจารีตประเพณีนี้ในปัจจุบันนั้นถือว่าเป็นจารีตประเพณีการปกครองที่ชัดเจน และนายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่ในการจัดตั้งรัฐบาลต่อไป²⁰¹ ซึ่งการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้นมีจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองที่สำคัญของอังกฤษ กล่าวคือ เมื่อทรงทราบว่าใครจะได้เป็นรัฐบาลแล้วนั้น โดยจารีตประเพณีของอังกฤษ พระมหากษัตริย์จะเป็นคนสรรหานายกรัฐมนตรี ซึ่งทรงให้ราชเลขาธิการเป็นผู้ช่วยในการนัดหัวหน้าพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากจากการเลือกตั้งมาเข้าเฝ้าฯ โดยผู้ที่ได้รับนั้นจะต้องเดินทางมาเองโดยความสมัครใจ และทรงมีพระราชดำรัสให้หัวหน้าพรรคที่ได้รับคะแนนสูงสุดนั้นโดยมีใจความว่า “ท่านเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางพระราชหฤทัยจากข้าพเจ้าในการบริหารราชการแผ่นดินแทนข้าพเจ้า” ซึ่งนี่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีการปกครองของอังกฤษของอังกฤษ ดังนั้นเราจึงเรียกรัฐบาลที่ตั้งขึ้นนี้เรียกว่า “รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว (The King of Government) หรือ รัฐบาลของสมเด็จพระบรมราชินีนาถ (The Queen of Government)” และจารีตประเพณีดังกล่าวนี้ก็ใช้กับฝ่ายค้านด้วยเช่นเดียวกัน โดยเรียกฝ่ายค้านว่า “ฝ่ายค้านของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว (The King of Opposition) หรือ ฝ่ายค้านของสมเด็จพระบรมราชินีนาถ (The Queen of Opposition)”²⁰²

โดยเมื่อนายกรัฐมนตรีหลังจากที่ได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมเป็นนายกรัฐมนตรีแล้วหน้าที่ประการแรกก็คือ การพิจารณาถึงโครงสร้างต่าง ๆ ว่า คณะรัฐมนตรีนั้นมีองค์ประกอบอย่างไรแล้ว ก็ทำการสรรหาบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีและตำแหน่งอื่น ๆ ในการร่วมกันในการเป็นรัฐบาลและทำการนำความขึ้นกราบบังคมทูลต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นคณะรัฐมนตรีต่อไป โดยบุคคลที่จะร่วมรัฐบาลนั้น อาจจะเป็นสมาชิกจากสภาสามัญ หรือจากสภาขุนนางก็ได้ ทั้งนี้การที่จะเลือกสรรบุคคลใดในการเข้า

¹⁹⁹ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 564.

²⁰⁰ สมบูรณ์ สุขสำราญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 147

²⁰¹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 100.

²⁰² วิษณุ เครืองาม, “ถอดความจากเทพการอภิปราย เรื่อง พระมหากษัตริย์ไทยและต่างประเทศในระบอบประชาธิปไตย,” ใน *การสัมมนาวิชาการเรื่อง พระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย*, วันที่ 25 พฤษภาคม 2550, ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ.

ร่วมรัฐบาลนั้นก็เป็นการอำนาจในลักษณะที่จะเด็ดขาดของนายกรัฐมนตรี และปราศจากการแทรกแซงของสมาชิกรัฐสภาคนอื่น²⁰³

3.1.2.2 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ

ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้น โดยปกตินั้นเป็นการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่พระองค์ทรงใช้นั้นมีความตรงไปตรงมา ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญอันถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครอง ซึ่งในทางทฤษฎีนั้น พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการที่จะเลือกและแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี แต่ในทางปฏิบัตินั้น พระมหากษัตริย์จะต้องเลือกนายกรัฐมนตรีโดยทรงถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีการปกครองที่สำคัญสองประการ กล่าวคือ ประการแรกพระมหากษัตริย์จะต้องเลือกนายกรัฐมนตรีจากสมาชิกสภาสามัญ (House of Commons) ซึ่งจารีตประเพณีการปกครองนี้ถือปฏิบัติมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1923 ซึ่งก่อนที่จะถือจารีตประเพณีการปกครองนี้ พระมหากษัตริย์อาจเลือกและแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากสภาขุนนาง (House of Lords) หรือสภาสามัญก็ได้ และประการที่สองการจำกัดพระราชอำนาจของพระองค์ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้น ก็คือ พระองค์จะต้องเลือกและแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากบุคคลที่ได้รับการสนับสนุนโดยเป็นเสียงข้างมากมาจากสมาชิกสภาผู้แทนสามัญในระบบพรรคการเมือง และการแสวงหาความสนับสนุนจากประชาชนที่เป็นฐานของพรรคการเมือง โดยพรรคการเมืองที่ได้รับการสนับสนุนเป็นเสียงข้างมากที่สุด ก็คือบุคคลที่ได้รับอำนาจอันชอบธรรมในการจัดตั้งรัฐบาล และหัวหน้าพรรคการเมือง ก็มีสิทธิกันชอบธรรมในการที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี²⁰⁴

ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐบาลจึงเป็นจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครอง แต่จะมีความสำคัญในพระราชฐานะที่ทรงเป็นสัญลักษณ์ของการยืนยันเจตนารมณ์ของประชาชนในการเลือกรัฐบาล และพรรคที่ได้รับเสียงข้างน้อยก็ทำหน้าที่เป็นฝ่ายค้านคอยตรวจสอบและวิพากษ์วิจารณ์ในการทำงานของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีต่อไป²⁰⁵

กล่าวโดยสรุป ได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษโดยรูปแบบวิธีปกตินั้นถือว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี โดยพระมหากษัตริย์นั้นจะทรงต้องผูกพันด้วยจารีตประเพณีการปกครองที่สำคัญสองประการ คือต้องเป็นผู้ที่มาจากสมาชิกของสภาสามัญ (House of Commons) และจะต้องเป็นผู้ที่เป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนสนับสนุนเสียงข้างมากจาก

²⁰³ สมบูรณ์ สุขสำราญ, การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร, หน้า 147.

²⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

²⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 148.

สมาชิกของสภาสามัญ จึงเป็นผู้ที่สมควรได้รับความไว้วางพระราชหฤทัยในการบริหารราชการแผ่นดิน ให้ดำรงตำแหน่ง “นายกรัฐมนตรี”

3.1.2.3 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ

การเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษได้ผ่านวิวัฒนาการมาหลายยุคหลายสมัยที่สำคัญ ซึ่งหัวหน้ารัฐบาลที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นอกจากมีวิธีการในทางจารีตประเพณีการปกครองในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในแบบปกติแล้ว ยังมีข้อพิจารณาในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษอีก อันเกิดมาจากเหตุการณ์ในทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษที่สำคัญหลายเหตุการณ์ ดังนั้นจึงเป็นที่มาของจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรูปแบบพิเศษดังกล่าวนี้ มี 4 กรณีที่ให้ศึกษา คือกรณีแรกนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ กรณีที่สองนายกรัฐมนตรีเสียชีวิต หรือไร้ความสามารถอย่างถาวรหรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ กรณีที่สามประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ และกรณีที่สี่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม โดยทั้งสี่กรณีที่จะกล่าวดังต่อไปนี้เป็นกรณีศึกษาที่สำคัญของประเทศอังกฤษ สามารถอธิบายได้ดังนี้

1) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่

โดยมีตัวอย่าง²⁰⁶ ในปี ค.ศ. 1976 ในกรณีของ Harold Wilson ซึ่งได้ลาออกจากตำแหน่งหัวหน้าพรรคเลเบอร์พรรคก็ได้เลือกนาย James Callaghan เป็นหัวหน้าพรรคคนใหม่ นาย Harold Wilson จึงลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และกราบบังคมทูลต่อองค์สมเด็จพระราชินี สมเด็จพระราชินีจึงได้ตั้งนาย Callaghan เป็นนายกรัฐมนตรีคนใหม่

2) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีนายกรัฐมนตรีเสียชีวิต หรือไร้ความสามารถอย่างถาวร หรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้

(1) ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และไม่มีการแต่งตั้งรัฐมนตรีคนใดที่ถือว่าเป็นรองนายกรัฐมนตรีรักษาการแทนในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

โดยในกรณีดังกล่าวนี้ทำให้เกิดช่องว่างในการเลือกหัวหน้าพรรคคนใหม่ขึ้น ซึ่งกรณีการคัดเลือกหัวหน้าพรรคนั้นอาจใช้เวลานานเช่นในปี ค.ศ. 1876 โดยใช้เวลา 1 เดือน และในปี ค.ศ. 1990 ใช้เวลา 1 สัปดาห์ โดยในเวลาดังกล่าวนี้ ผู้ซึ่งเป็นรัฐมนตรีที่ถือว่าเป็นรอง

²⁰⁶Vernon Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution* (Oxford: Clarendon Press, 1995) pp. 84-111 อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 226.

นายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่ในการรักษาการแทนนายกรัฐมนตรีไปก่อน แต่ปรากฏว่าในประเทศอังกฤษนั้นไม่มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอย่างเป็นทางการ จึงไม่มีวิธีปฏิบัติว่าเมื่อนายกรัฐมนตรีลาออกหรือเสียชีวิตไปแล้ว จะให้รัฐมนตรีที่ถือว่าเป็นรองนายกรัฐมนตรีขึ้นมาทำหน้าที่เป็นนายกรัฐมนตรีแทน แต่อย่างไรก็ตามปรากฏว่าในปี ค.ศ. 1953 ได้มีการยอมให้มีผู้ปฏิบัติราชการแทนในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีของ นายวิลสตัน เซอร์ซิล ซึ่งมีอาการป่วยหนักใกล้จะเสียชีวิต และนาย Anthony Eden ผู้ซึ่งจะสามารถเป็นนายกรัฐมนตรีต่อจาก นายวิลสตัน เซอร์ซิล ในขณะนั้นได้เดินทางไปผ่าตัดรักษาตัวในประเทศสหรัฐอเมริกา และต้องใช้เวลาหลายเดือนในการพักฟื้น²⁰⁷

ซึ่งในขณะนั้นไม่มีวิธีการตามรัฐธรรมนูญแน่ชัดว่าสามารถมีผู้ปฏิบัติหน้าที่รักษาราชการแทนนายกรัฐมนตรีได้หรือไม่ โดยในขณะนั้น นาย Colville เลขานุการส่วนตัวของนายวิลสตัน เซอร์ซิล เห็นว่ามีอยู่สิ่งเดียวที่พระมหากษัตริย์จะทำได้ในขณะนั้น ก็คือการทำพระองค์ทรงแต่งตั้งบุคคลที่พระองค์ไว้วางพระราชหฤทัยที่สุดว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในทันทีที่นายวิลสตัน เซอร์ซิล สามารถกลับมาเป็นนายกรัฐมนตรีได้ โดยให้ทำหน้าที่นายกรัฐมนตรีไปพลางก่อน ซึ่งในเวลาต่อมาปรากฏว่านายวิลสตัน เซอร์ซิล ได้ฟื้นจากอาการป่วยและกลับมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้โดยไม่ต้องมีผู้ปฏิบัติราชการแทนในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี²⁰⁸

ดังนั้นแล้วแม้ว่าอังกฤษจะไม่มีตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี แต่ในทางความเป็นจริงนั้นตำแหน่งนี้มีอยู่ในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ โดยเหตุที่ตำแหน่งนี้ไม่เป็นทางการก็มาจากเหตุผลที่ว่า ในปี ค.ศ. 1951 พระเจ้าจอร์จที่ 6 ได้ปฏิเสธที่จะแต่งตั้งนาย Eden เป็นรองนายกรัฐมนตรีโดยพระองค์ให้เหตุผลว่า เป็นตำแหน่งที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้ว ในกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้ใดเป็นรองนายกรัฐมนตรีอย่างไม่เป็นทางการจึงไม่มีการกราบบังคมทูลต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงทราบ หรือเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งแต่อย่างใด²⁰⁹

(2) ในกรณีของนาย Bonor Law ในปี ค.ศ. 1923

สำหรับกรณีนี้ เป็นกรณีที่ นาย Bonor Law ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งบุคคลที่จะสามารถดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้นั้นมี 2 คน คือ นาย Stanley Baldwin และ นาย Lord Curzon ซึ่งพระเจ้าจอร์จที่ 5 ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้ง นาย Baldwin เป็นนายกรัฐมนตรี ด้วยเหตุผลว่า Lord Curzon มิได้เป็นสมาชิกของสภาสามัญ ซึ่งในกรณีนี้มีปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อโต้แย้งที่ว่า นาย Lord Curzon เป็นผู้ที่มีความสามารถและประสบการณ์มากกว่า นาย Baldwin เป็นอย่างมาก ซึ่งในขณะนั้นแม้ว่าจะไม่มีข้อโต้แย้งอย่างเป็นทางการที่ห้าม

²⁰⁷ *Ibid.*, อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 227.

²⁰⁸ *Ibid.*, อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 227.

²⁰⁹ *Ibid.*, อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 227.

สมาชิกสภาขุนนางมาเป็นนายกรัฐมนตรี แต่สภาสามัญก็ไม่พอใจและไม่ยินยอมที่จะให้นายกรัฐมนตรีมาจากสมาชิกของสภาขุนนางเช่นกัน

(3) ในกรณีของ Sir Anthony Eden ในปี ค.ศ. 1957

สำหรับกรณีนี้ เมื่อนาย Sir Anthony Eden นายกรัฐมนตรีได้ลาออกจากตำแหน่ง อันสืบเนื่องมาจากนายกรัฐมนตรีได้รับพระราชดำรัสเตือนในการที่ไม่ควรไปดำเนินการแทรกแซงในกรณีพิพาทคลองสุเอซ แต่นาย Eden ไม่ได้ปฏิบัติตามพระราชดำรัสดังกล่าว ซึ่งนำมาสู่การที่รัฐบาลของเขาต้องสูญเสียความไว้วางใจจากสภา และนำมาสู่การลาออกจากตำแหน่ง²¹⁰ และเหตุการณ์มีท่าทีว่าจะหาตัวนายกรัฐมนตรีใหม่ได้ยาก สมเด็จพระบรมราชินีนาถได้ทรงหยั้งเสียงของพระองค์เองผ่านทางราชเลขาธิการและทรงตัดสินพระทัยตั้งนาย Horold Macmillan เป็นนายกรัฐมนตรี²¹¹ โดยสำหรับเหตุการณ์ในครั้งนี้ที่พระองค์ทรงมีการหยั้งเสียงนั้นสืบเนื่องมาจากว่าผู้ที่มีสิทธิ์ที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีมี สองคน ได้แก่ R. A. Butler ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานสภาสามัญและเป็นผู้ที่รักษาราชการแทนนาย Eden ระหว่างที่ป่วย กับ นาย Horold Macmillan ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งในการว่าใครจะเป็นนายกรัฐมนตรีนั้น สมเด็จพระบรมราชินีได้ทรงปรึกษานาย Eden และเขาก็ได้เสนอให้ นาย Butler โดยการที่พระมหากษัตริย์ทรงขอคำปรึกษาจากนายกรัฐมนตรีที่กำลังจะพ้นจากตำแหน่งนี้ว่าใครสมควรที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีคนต่อไปนั้น ได้มีกรณีที่เคยเกิดขึ้นแล้วในอังกฤษในปี ค.ศ. 1894 และ ในปี ค.ศ. 1924²¹²

แต่อย่างไรก็ตามในเหตุการณ์นี้ แม้ว่าสมเด็จพระบรมราชินีนาถจะทรงถามความเห็นจากนายกรัฐมนตรีที่จะพ้นจากตำแหน่งก็ตาม แต่ก็มีทรงผูกพันพระองค์ที่จะทรงทำตามความเห็นนั้น เป็นเพียงแค่การปรึกษาโดยการหยั้งเสียงเท่านั้น ในในกรณีนี้สมเด็จพระบรมราชินีนาถก็ทรงปรึกษากับบุคคลต่าง ๆ ด้วย เช่น Lord Salisbury และนายวิลสตัน เซอร์ซิล ซึ่งบุคคลทั้งสองสนับสนุนนาย Macmillan และสมเด็จพระบรมราชินีนาถก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งนาย Macmillan เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเหตุการณ์ในครั้งนี้ทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่า คำแนะนำในการเลือกนายกรัฐมนตรีดังกล่าวไม่ได้มาจากบุคคลที่เป็นสมาชิกสภาสามัญ แต่มาจากกลุ่มบุคคลที่ทรงอำนาจบางกลุ่มเท่านั้น โดยกรณีนี้นำไปสู่การที่พรรคคอนเซอร์เวทิฟได้สร้างกลไกในการเลือกหัวหน้าพรรคคนใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่แทน โดยกลไกดังกล่าวนี้ได้ใช้เมื่อ ปี ค.ศ. 1965 เมื่อ Sir Alec Douglas-

²¹⁰ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย (กรุงเทพฯ: เค.พี.พรินต์ติ้ง, 2538), หน้า 75-76.

²¹¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 565.

²¹² Vernon Bogdanor, *op.cit.* อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, เรื่องเดิม, หน้า 228.

Home ได้ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พรรคคอนเซอร์เวทีฟได้เลือกนาย Edward Heath เป็นหัวหน้าพรรคและเป็นนายกรัฐมนตรีแทนอีกด้วย²¹³

(4) ในกรณีของ Harold Macmillan ในปี ค.ศ. 1963

สำหรับกรณีนี้ เมื่อนาย Harold Macmillan ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยอ้างว่าเป็นเหตุผลด้านสุขภาพ แต่ในความเป็นจริงนั้นมาจากรณีในเรื่องความประพฤติอันอื้อฉาวเกี่ยวกับสุขภาพสตรีของรัฐมนตรี Profumo สมาชิกของพรรคคอนเซอร์เวทีฟ ประกาศล่วงหน้าถึงหนึ่งสัปดาห์ก่อนการประชุมใหญ่ของพรรคคอนเซอร์เวทีฟ เพื่อเปิดทางให้มีการสืบตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และในที่สุด Harold Macmillan ได้แนะนำให้สมเด็จพระบรมราชินีนาถทรงแต่งตั้ง Lord Home เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งพระองค์ก็ทรงทำตาม ซึ่งในเรื่องนี้นำมาซึ่งความไม่พอใจและเป็นข้อโต้แย้งของพรรคคอนเซอร์เวทีฟ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Macleod และ Enoch Powell ซึ่งได้บอกให้ทราบทันทีว่าเขาไม่สามารถจะรับในการเข้าร่วมรัฐบาลที่ Lord Home เป็นนายกรัฐมนตรีได้ ซึ่งในเรื่องนี้ สมาชิกพรรคคอนเซอร์เวทีฟคนหนึ่งได้กล่าวว่ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1921 มาแล้วที่หัวหน้าพรรคคอนเซอร์เวทีฟนั้นไม่มีการเลือกตั้งกัน แต่เป็นตำแหน่งที่ต้องยอมรับกัน²¹⁴

ซึ่งการแต่งตั้ง Lord Home ในปี ค.ศ. 1963 ในวิกฤตการณ์ในครั้งนี้ก็ต้องยอมรับกันว่า กระบวนการในการเลือกหัวหน้าพรรคนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี และต่อมาทำให้ต้องมีการเลือกตั้งกันโดยกลุ่มสมาชิกของพรรคในสภาสามัญ ในกรณีที่มีการว่างลงของตำแหน่งหัวหน้าพรรค ซึ่งไม่ปล่อยให้เป็นอย่างแต่เดิม และก็ได้กระทำวิธีแบบใหม่เป็นครั้งแรกในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1965 เนื่องในโอกาสที่ Sir Douglas Home ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยการลงคะแนนเสียงรอบแรกนั้น ปรากฏว่า Edward Heath ได้คะแนน 150 เสียง Reginald Maudling ได้คะแนน 133 เสียง และ Enoch Powell ได้ 16 เสียง ดังนั้น Heath จึงได้เป็นหัวหน้าพรรคคอนเซอร์เวทีฟโดยเอกฉันท์ ซึ่งผู้แข่งขันคนอื่นก็ได้ถอนตัวออกจากการแข่งขันในรอบที่สอง ส่วนทางพรรคเลเบอร์นั้น การเลือกผู้นำของเขานั้นได้มอบให้กับกลุ่มสมาชิกในสภาสามัญนานแล้ว และในกรณีที่พรรคเป็นฝ่ายค้านก็จะมี การเลือกผู้นำกันปีละครั้ง ดังนั้นไม่ว่าพรรคใดได้เป็น

²¹³ *Ibid.* อ้างถึงใน, เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 228-229.

²¹⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม, “นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำต้องมาจากรัฐสภาเพียงใด,” ใน 100 ปี ขาดกาล ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม: หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม วันเสาร์ที่ 25 มิถุนายน 2554 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 74-75.

รัฐบาลอยู่ไม่ว่าจะเป็น พรรคคอนเซอร์เวทีฟ หรือพรรคเลเบอร์ ทั้งสองก็มีนายกรัฐมนตรีที่มาจากหัวหน้าพรรคแทบทั้งสิ้นนับจากนั้น²¹⁵

3) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่ประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ

สำหรับในกรณีนี้ เป็นการเกิดภาวะวิกฤตเศรษฐกิจ ในปี ค.ศ. 1931 เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยของพระเจ้าจอร์จที่ 5 ซึ่งในขณะนั้นประเทศประสบกับปัญหาในทางเศรษฐกิจที่รุนแรง และในช่วงเวลาดังกล่าวนั้นไม่มีพรรคการเมืองใดที่ได้เสียงข้างมากจากสภาสามัญ จึงทำให้รัฐบาลในขณะนั้นเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อยของพรรคแรงงานที่ได้รับการสนับสนุนจากพรรคเสรีนิยมในการจัดตั้งรัฐบาล ด้วยเหตุนี้เองในสภาวะที่เกิดวิกฤตเศรษฐกิจตกต่ำอย่างหนัก ทำให้นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น คือ นาย Ramsay MacDonald ได้นำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์ให้ทรงทราบ ว่าเขานั้นอาจจะขอพระราชทานกราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่ง ซึ่งในตอนนั้นพระเจ้าจอร์จที่ 5 ทรงเรียกหัวหน้าพรรคการเมืองทั้ง 3 พรรคมาปรึกษาถึงความเป็นไปได้ที่อีก 2 พรรค คือพรรคพรรคคอนเซอร์เวทีฟและพรรคเสรีนิยมจะร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล แต่จากการปรึกษาหัวหน้าพรรคการเมืองในขณะนั้นซึ่งประกอบด้วยสามพรรค ได้แก่ พรรคเลเบอร์ ซึ่งมี นาย James Ramsay Macdonal เป็นหัวหน้าพรรคเสรีนิยม ซึ่งมีนาย Sir Herbert Samuel เป็นหัวหน้าพรรค และพรรคคอนเซอร์เวทีฟ ที่มีนาย Stanley Baldwin เป็นหัวหน้าพรรค โดยทั้งสามพรรคมีข้อเสนอร่วมกันที่จะให้มีการจัดตั้งรัฐบาลแห่งชาติ (National Government) เพื่อช่วยกันแก้ปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจของชาติ และให้นาย Ramsay MacDonald เป็นนายกรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลแห่งชาติ ซึ่งพระมหากษัตริย์คือพระเจ้าจอร์จที่ 5 ก็ทรงปฏิบัติตามข้อตกลงของหัวหน้าพรรคการเมืองทั้งสามดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าพระองค์ทรงปฏิบัติตามขั้นตอนในทางจารีตประเพณีอย่างเคร่งครัดว่าพระองค์จะไม่ทรงแสดงความคิดเห็นในส่วนพระองค์ไปก่อนที่จะทรงไปปรึกษาหัวหน้าพรรคการเมืองในขณะนั้น และแม้ว่าจะมีผู้ไม่เห็นด้วยกับการจัดตั้งรัฐบาลแห่งชาติก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วนั้นจะพบว่า หากรัฐบาลเสียงข้างน้อยลาออก พระมหากษัตริย์ก็ทรงต้องปรึกษากับหัวหน้าพรรคที่เหลือในสภาถึงความเป็นไปได้ในการที่จะจัดตั้งรัฐบาลชุดใหม่โดยปกติตามจารีตประเพณีการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษอยู่แล้ว²¹⁶

²¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74-75.

²¹⁶ Anthony Harold Birch, *The British System of Government*, 2nd ed. (London: Simson Shand, 1968), pp. 69-71 อ้างถึงใน อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 106-107.

4) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม
 ในกรณีนี้ สำหรับการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่ประเทศอยู่ใน
 ภาวะสงครามของประเทศอังกฤษ มีเหตุการณ์ที่สำคัญที่เกิดขึ้น สองเหตุการณ์²¹⁷ กล่าวคือ

(1) ในกรณีของ นาย H. H. Asquith ในปี ค.ศ. 1916 เป็นเหตุการณ์ที่
 นาย H. H. Asquith หัวหน้าพรรคเสรีนิยมได้ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเนื่องจากไม่ได้รับความ
 สนับสนุนจากรัฐสภา ซึ่งในขณะนั้นแม้ว่าพรรคอนุรักษนิยมจะเป็นพรรคที่ใหญ่ที่สุดในรัฐสภา
 ตาม แต่ก็ไม่สามารถที่จะทำการจัดตั้งรัฐบาลได้เนื่องจากไม่มีเสียงข้างมาก โดยในขณะนั้นประเทศ
 อังกฤษอยู่ในช่วงสงครามโลกจึงต้องการมีรัฐบาลที่มีความเข้มแข็งและมีประสิทธิภาพในการบริหาร
 ราชการแผ่นดิน แต่นาย Bonar Law ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคอนุรักษนิยมไม่สามารถจะจัดตั้งรัฐบาลได้
 อันเนื่องมาจากเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย และถ้าหากมีการจัดตั้งรัฐบาลก็อาจจะจบลงด้วยการยุบสภา
 ซึ่งเหตุการณ์ในขณะนั้นก็ไม่สามารถที่จะกระทำได้เพราะไม่สามารถจะจัดการให้มีการเลือกตั้งทั่วไปได้
 เพราะประเทศอยู่ในช่วงสงคราม

ดังนั้นแล้ว จึงเป็นประเด็นปัญหาว่านายกรัฐมนตรีคนต่อไปนั้นจะเป็นใคร
 และทำอะไรให้นายกรัฐมนตรีคนต่อไปนั้นต้องเข้ามาสู่ตำแหน่งโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้
 ทำให้พระเจ้าจอร์จที่ 5 ทรงมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการจัดตั้งรัฐบาลผสมแห่งชาติ เพื่อทรงแก้ไขปัญหา
 ในทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษในสภาวะที่อยู่ในช่วงสงคราม โดยทรงเรียกประชุมหัวหน้า
 พรรคการเมืองที่ใหญ่ที่สุดสามพรรค อันได้แก่ พรรคเสรีนิยม ซึ่งมี นาย Asquith เป็นหัวหน้าพรรค พรรค
 อนุรักษนิยม มีนาย Bonar Law เป็นหัวหน้าพรรค และพรรคแรงงาน มีนาย Henderson เป็นหัวหน้าพรรค
 ทั้งนี้รวมทั้งนาย Lloyd George ตัวเก็งที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และรวมถึงนาย A. J. Balfour
 รัฐบุรุษ ซึ่งจากผลการประชุมก็ปรากฏว่า นาย Lloyd George จะเป็นนายกรัฐมนตรีในรัฐบาลผสมแห่งชาติ
 เพราะว่าการขึ้นดำรงตำแหน่งของนาย Lloyd George ในครั้งนี้จะทำให้เกิดความแตกแยกและการ
 เปลี่ยนแปลงน้อยที่สุดและที่ว่าเป็นผู้ที่เหมาะสมที่สุดในช่วงที่ประเทศอยู่ในสภาวะเช่นนี้

(2) ในกรณีของ นาย Neville Chamberlain ในปี ค.ศ. 1940 เป็น
 กรณีที่นาย Chamberlain นายกรัฐมนตรีจากพรรคอนุรักษนิยม เห็นว่าพรรคของตนนั้นซึ่งจากเดิม
 เคยมีคะแนนเสียงอยู่ที่ 240 เสียงในสภาสามัญ แต่ปรากฏว่าในขณะนั้นคะแนนเสียงตกลงมาอยู่ที่ 81
 เสียง จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการจัดตั้งรัฐบาลผสม แต่อย่างไรก็ตาม นาย Chamberlain เห็นว่า
 พรรคแรงงานและพรรคเสรีนิยมคงจะไม่มาร่วมรัฐบาลภายใต้การนำของตนอย่างแน่นอน จึงต้องการ
 หานายกรัฐมนตรีคนใหม่ผู้ซึ่งมีคุณสมบัติที่เหมาะสม ซึ่งได้แก่ นายวินสตัน เชอร์ชิล หรือ Lord
 Halifax และโดยจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติแล้วนั้น นาย Chamberlain จะต้องนำความ

²¹⁷ Vernon Bogdanor, *op.cit.* อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา, *เรื่องเดิม*, หน้า 230-231.

กราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งต่อพระมหากษัตริย์ และอาจจะถวายคำแนะนำเกี่ยวกับ นายกรัฐมนตรีคนใหม่ หรือพระมหากษัตริย์อาจทรงให้มีการหยั่งเสียงเพื่อหานายกรัฐมนตรีคนใหม่ที่เหมาะสมได้ แต่ในกรณีนี้เขามิได้ทรงกราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี จนกระทั่งเขานั้นได้บุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ โดยนาย Chamberlain ได้ทำการเรียกนาย วินสตัน เชอร์ชิล Lord Halifax นาย David Margesson และคณะรัฐมนตรีเข้ามาประชุมร่วมกัน ซึ่งเสียงส่วนใหญ่ทำให้การสนับสนุน Lord Halifax แต่อย่างไรก็ตาม Lord Halifax เขาได้ทำการปฏิเสธที่จะเข้ารับตำแหน่งดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าสถานการณ์ในขณะนั้นอยู่ในสภาวะสงคราม จึงไม่เหมาะที่จะให้บุคคลที่มาจากสภาขุนนางมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ในเวลาต่อมา นาย Chamberlain ได้กราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และได้ทำการเสนอนายเซอร์ชิล ดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีคนต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ได้มีผู้วิพากษ์วิจารณ์ในสองแง่ โดยในแง่หนึ่งนั้นเห็นว่า การกระทำของนาย Chamberlain เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องเพราะเป็นการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตัดสินพระทัยเลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งของพระองค์ และในอีกแง่หนึ่งนั้นก็มีผู้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวนี้มีความถูกต้อง เนื่องจากว่า นาย Chamberlain ได้ทำการกราบบังคมทูลเพียงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเท่านั้น ไม่ได้ทำการลาออกจากตำแหน่งหัวหน้าพรรคการเมือง โดยกรณีดังกล่าวนี้ถือว่าเขายังเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีคะแนนเสียงมากที่สุดในสภาสามัญอีกด้วย

ในกรณีดังกล่าวนี้ ทำให้พระเจ้าจอร์จที่ 6 ไม่ค่อยทรงพอพระทัยมากนัก อันเนื่องจากพระองค์ไม่ทรงชอบนายเซอร์ชิล เพราะทรงเห็นว่านายเซอร์ชิลนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 8 ต้องทรงสละราชบัลลังก์ อันเนื่องมาจากกรณีที่ทรงจะอภิเษกกับนางวอลลิส แต่อย่างไรก็ตามการที่นาย Chamberlain ได้ทำไปเช่นนั้นก็เพื่อเป็นการปกป้องพระเจ้าจอร์จที่ 6 ซึ่งพระองค์เพิ่งเสด็จขึ้นครองราชย์บัลลังก์ได้ไม่นาน และในขณะนั้นประเทศอังกฤษก็ยังคงอยู่ในสภาวะภัยสงคราม โดยในขณะที่ทำการเลือกนายกรัฐมนตรีอยู่นั้น เป็นช่วงเดียวกับบอดอร์ฟิตเลอร์ได้ทำการบุกฝรั่งเศส เบลเยียม และฮอลแลนด์แล้ว ซึ่งต้องหาบุคคลที่มีความสามารถมาช่วยในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งนั่นก็คือนายเซอร์ชิลเพราะเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถและเคยมีประสบการณ์ในการผ่านช่วงสงครามมาแล้วในการมาทำหน้าที่ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า รูปแบบในการเข้าเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของอังกฤษในรูปแบบพิเศษอันได้แก่กรณีที่ได้ศึกษามาข้างต้น คือ กรณีแรกนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ กรณีที่สองนายกรัฐมนตรีเสียชีวิต หรือไร้ความสามารถอย่างถาวรหรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ กรณีที่สามประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ และกรณีที่สี่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม จะเห็นได้ว่าทั้งสี่รูปแบบนี้เป็นกรณีที่เป็นขั้นตอนในการเข้าสู่ตำแหน่ง

นายกรัฐมนตรีในลักษณะที่เป็นสถานการณ์พิเศษทั้งสิ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าทั้งสี่กรณีนั้นจะมีลักษณะที่แตกต่างกันในแต่ละสถานการณ์ แต่สามารถทำให้การบริหารราชการแผ่นดินนั้นสามารถที่จะดำเนินไปอย่างต่อเนื่องก็เพราะเป็นการใช้พระราชอำนาจอันถือเป็นจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษของพระมหากษัตริย์ที่ทรงเสด็จมาแก้ไขวิกฤตซึ่งเป็นช่องว่างของปัญหาให้ลุล่วงเรียบร้อยได้ในทุกครั้ง ถึงแม้ว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมจะถูกจำกัดลงด้วย จารีตประเพณีที่ว่า จะต้องเลือกนายกรัฐมนตรีมาจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้เสียงสนับสนุนข้างมากก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์ก็ทรงใช้พระราชอำนาจที่ทรงมีตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตย ดำเนินการแต่งตั้ง “นายกรัฐมนตรี” ในการแก้ไขวิกฤตของชาติให้พ้นภัยไปทุกครั้ง

สรุปได้ว่า รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ โดยในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีมี 2 รูปแบบที่สำคัญ โดยในรูปแบบแรก จะเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีโดยผู้ที่เป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้คะแนนสูงสุดจากรัฐสภา ได้รับคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่ง และรูปแบบที่สองการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นมาจากการเกิดสถานการณ์ที่มีความพิเศษในทางการเมืองการปกครองของอังกฤษอย่างยิ่ง อันได้แก่ กรณีแรกนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ กรณีที่สองนายกรัฐมนตรีเสียชีวิตหรือไร้ความสามารถอย่างถาวรหรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ กรณีที่สามประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ และกรณีที่สี่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม ถือว่าเป็นกรณีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากเกิดสถานการณ์ในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งก็ได้ทำพระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีพระราชอำนาจอยู่แล้ว และพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจในทางจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองนั้น ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในการเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินในช่วงที่ประเทศอยู่ในสภาวะพิเศษในทางการเมืองการปกครองเพื่อให้ผ่านพ้นวิกฤติการณ์แต่ละครั้งไปได้

3.1.3 หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของอังกฤษ

สำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของประเทศอังกฤษนั้นสามารถมีสององค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติได้ นั่นก็คือ รัฐสภา (ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐสภา) และการตรวจสอบความชอบโดย “ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” (Supreme Court of the United Kingdom) โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐสภา

จะเห็นได้ว่าการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด มีผลใช้ได้ในประเทศที่ได้บัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลาย

ลักษณะอักษร โดยเป็นรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณีอย่าง “ประเทศอังกฤษ” ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้ จึงมีลักษณะที่ยืดหยุ่น แต่ไม่มีการตีความตามบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีปัญหาความขัดกันตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยในกรณีเช่นนี้ เมื่อไม่มีการตีความตามรัฐธรรมนูญ และไม่จำเป็นต้องมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั้งนี้ รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ แต่ยังทรงไว้ซึ่งความมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพอยู่ตามหลักเดิม คือ “หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (Parliamentary Supremacy)²¹⁸ ดังนั้นหลักการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ จึงเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament หรือ Parliamentary Sovereignty) ได้เกิดขึ้นในทศวรรษของอังกฤษอย่างชัดเจนใน Bill of Right ค.ศ. 1689 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 9 ที่บัญญัติว่า “The Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parliament ought not to be Impeached or Questioned in any Court or Place out of Parliament” ซึ่งหมายความว่า รัฐสภามีเสรีภาพในการพูด การอภิปรายโต้ตอบ รวมถึงการทำการกระบวนกรอื่นใด ที่ไม่มีองค์กรใดรวมถึงศาลที่จะสามารถถอดถอนหรือตรวจสอบรัฐสภาได้ และเมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาแล้วย่อมตีความได้ว่า รัฐสภามีหน้าที่ในทางนิติบัญญัติเพื่อการตรากฎหมายซึ่งไม่มีหน่วยงานใดที่จะโต้แย้งหรือไม่เห็นด้วยกับกฎหมายนั้น ซึ่งเป็นการได้แสดงให้เห็นถึงความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา²¹⁹ ดังนั้น ศาลในฐานะซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจึงอาศัยแนวคิดนี้ในการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับคดีด้วย ดังนั้นแล้ว การเข้าใจขอบเขตของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาจำเป็นที่จะต้องเข้าใจหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งศาลอังกฤษใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบกฎหมายด้วย²²⁰

อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่าการที่ประเทศอังกฤษมีจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitution Convention) ซึ่งรัฐสภา รัฐบาล และตุลาการ จำต้องถือตามและปฏิบัติตามขอบเขตของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ประกอบกับ ลักษณะของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่มีลักษณะยืดหยุ่น และเมื่อเกิดกรณีปัญหา ก็สามารถที่จะตีความโดยยืดหยุ่นได้ ซึ่งการตีความแบบยืดหยุ่นนี้เป็นการสร้างจารีตประเพณีขึ้นใหม่ในตัว จนเป็นที่ยอมรับกันในทางปฏิบัติกลายเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลาย

²¹⁸ วุฒิชัย จิตตานุ, กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2556), หน้า 8.

²¹⁹ นवलวรรณ สุนทรพิชช, ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 25.

²²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26.

ลักษณะอักษร นอกจากนี้ ยังปรากฏเอกสารที่มีเนื้อหาเป็นบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยหากเกิดกรณี ที่มีความขัดแย้งและการตีความตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) เป็นศาลยุติธรรมสูงสุดในระบบศาลเดี่ยวของอังกฤษ ทำหน้าที่เสมือนเป็นศาลรัฐธรรมนูญในการตีความบทบัญญัติหรือกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้ว กรณีนี้จึงถือได้ว่า ประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยศาลสภาขุนนาง ที่ทำหน้าที่ตีความข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญ และถือว่ารัฐธรรมนูญจารีตประเพณีเป็นกฎหมายสูงสุด²²¹

แม้ว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐสภา จะถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่สูงสุดก็ตาม แต่รัฐสภาก็เป็นพันธมิตรกับศาล โดยทั้งสององค์กรต่างมีบทบาทที่เกี่ยวพันกัน ซึ่งศาลยังคงพัฒนาหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป และในขณะที่รัฐสภาที่ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น โดยศาลจะใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดในฐานะเป็นกฎหมายยกเว้นหลักการของคอมมอนลอว์²²²

ดังนั้นแล้ว หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา มีความหมายแตกต่างกัน และเป็นคนละเรื่องกับหลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งแม้ว่ารัฐสภาจะมีอำนาจสูงสุดในการออกกฎหมายหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยง่ายก็จริง แต่รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่รัฐสภาแก้ไขก็คงความเป็นกฎหมายสูงสุดนั่นเอง ดังนั้นแล้ว เมื่อเกิดกรณีปัญหาการตีความตามรัฐธรรมนูญ ศาลสภาขุนนาง คงยึดตามหลักรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้แก้ไขขึ้นมาใหม่จนเป็นบรรทัดฐานของศาลสูงอังกฤษ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการตีความรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษจึงมีลักษณะเฉพาะในรูปแบบที่ไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใด ๆ สามารถนำไปใช้ได้²²³

กล่าวโดยสรุป ได้ว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ โดยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐสภานั้น หมายความว่ารัฐสภามีสิทธิในการที่จะตราหรือยกเลิกกฎหมายใด ๆ ได้ โดยไม่มีองค์กรใดสามารถโต้แย้งอำนาจของรัฐสภาได้ นั่นหมายความว่า รัฐสภาเองเป็นทั้งองค์กรที่ตรากฎหมายและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติในการที่จะยกเลิกเพิกถอนบทบัญญัตินั้น

²²¹ วุฒิชัย จิตตานุ, *เรื่องเดิม*, หน้า 8-9.

²²² ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป* (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า 91.

²²³ วุฒิชัย จิตตานุ, *เรื่องเดิม*, หน้า 9.

2. การตรวจสอบความชอบโดย “ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” (Supreme Court of the United Kingdom)

จากการศึกษาพบว่า “ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” มีวิวัฒนาการมาจาก “ศาลขุนนาง” ของประเทศอังกฤษนั้น ซึ่งสภาขุนนางนี้ ก็คือส่วนหนึ่งของรัฐสภาอังกฤษ ซึ่งประกอบด้วย สภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนาง ซึ่งสภาขุนนางนี้เป็นองค์กรทางการเมือง และทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของประเทศอังกฤษด้วย²²⁴ โดยจะเห็นได้ว่าแต่เดิมนั้น รัฐธรรมนูญของอังกฤษนอกจากไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งยังไม่ได้แยกให้เห็นว่าคดีใดเป็นคดีธรรมดา หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแล้ว จึงต้องแสดงให้เห็นว่าคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญซึ่ง “ศาลสภาขุนนาง” มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัยและตีความ จะต้องมีปัญหา ข้อพิพาท และคดีที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้²²⁵

ประการแรก เป็นลักษณะคดีที่มีความเกี่ยวข้องหรือส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศชาติ สาธารณประโยชน์โดยส่วนรวม หรือประชาชนโดยส่วนรวม

ประการที่สอง เป็นลักษณะคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษทั้งส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ก็หมายความรวมถึง จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญด้วย

ประการที่สาม เป็นลักษณะคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน หรือเกี่ยวข้องกับหลักการ สำคัญ หรือ บทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั่วไป อาทิ เช่น การใช้อำนาจอธิปไตย สถาบันพระมหากษัตริย์ องค์กรของรัฐ การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ เป็นต้น

ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่า “ศาลสภาขุนนาง” มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา วินิจฉัยและตีความปัญหา ข้อพิพาท และคดีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางทั้งในส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร ซึ่งนั่นรวมถึง จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ก็อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยศาลสภาขุนนางนี้²²⁶

²²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บทความศาลรัฐธรรมนูญ vs ศาลสภาขุนนางอังกฤษ,” ใน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิทักษ์หรือทำลายรัฐธรรมนูญจากการวินิจฉัยสภาพของการเป็นรัฐมนตรี (กรุงเทพฯ: การันต์การพิมพ์, 2543), หน้า 71.

²²⁵ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, “โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญในอังกฤษ,” รัฐศาสตร์ 50, 8 (สิงหาคม 2545): 67.

²²⁶ เรืองเดียวกัน, หน้า 67.

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลสภาขุนนางซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศและทำหน้าที่เสมือนศาลรัฐธรรมนูญพร้อมกันไปนี้ ย่อมส่งผลผูกพันและเป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลอื่นทั้งหลายซึ่งอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าทั้งในคดีแพ่ง และคดีอาญา และคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไม่ว่าคดีนั้นจะได้อุทธรณ์มาจากศาลใดก็ตาม²²⁷

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitution Reform Act 2005: Cra 2005) ซึ่งนำมาสู่การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมของอังกฤษ โดยการโอนอำนาจการตัดสินคดีความจากศาลในลำดับชั้นสูงสุด นั่นคือ จากศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ไปสู่องค์กรใหม่ คือ “ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” (Supreme Court of the United Kingdom) ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับนับจากวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2009 (พ.ศ. 2552) เป็นต้นมา²²⁸ ดังนั้นแล้ว การจัดตั้งศาลสูงสุดในครั้งนี้ เพื่อแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจฝ่ายตุลาการออกจากฝ่ายนิติบัญญัติอย่างชัดเจน (Transparent) และเด็ดขาด (Full) จึงถือว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักในการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้²²⁹

ทั้งนี้ การจัดตั้งศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักรในครั้งนี้ เป็นการนำเอาอำนาจหน้าที่ในการตัดสินคดีของผู้พิพากษาของศาลสภาขุนนาง (Law Lords) ในสภาขุนนางที่มีอยู่เดิม และอำนาจหน้าที่บางประการของ Judicial Committee of the Privy Council มารวมอยู่ที่ศาลสูงสุดเพียงศาลเดียว ซึ่งการเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้อยู่เป็นการแบ่งแยกอำนาจในทางตุลาการออกจากรัฐสภา กล่าวคือ แยกกลุ่มคนที่ตีความกฎหมายในศาลออกจากกลุ่มคนที่ออกกฎหมาย และศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักรนี้จะเป็ศาลชั้นสูงสุดของศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ในทุกคดีที่อยู่ภายใต้กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายเวลส์ และกฎหมายไอร์แลนด์เหนือ หรือกฎหมายทุกคดีที่อยู่ในเครือสหราชอาณาจักรนั่นเอง²³⁰

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” (Supreme Court of the United Kingdom) มีอำนาจในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยบทบัญญัติ โดยต้องเป็นคดีที่มีลักษณะเป็นลักษณะคดีที่มีความเกี่ยวข้องหรือส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศชาติ เป็นลักษณะคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษทั้งส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และส่วนที่เป็น

²²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

²²⁸ รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 252.

²²⁹ A. L. Sueur, “From Appellate Committee to Superme Court: A Narrative,” In **the Judicial House of Lords**, L. Blom-Cooper, B. Dickson and G. Drewry, eds. (New York: Oxford University Press, 2009), pp. 88 อ้างถึงใน ชัช ขำเพชร, *เรื่องเดิม*, หน้า 152.

²³⁰ รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 267.

ลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ก็หมายความรวมถึง จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญด้วย และเป็นลักษณะคตินี้ที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน หรือเกี่ยวข้องกับหลักการสาระสำคัญ หรือ บทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั่วไป

สรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น เป็นแบบจารีตประเพณี หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) ซึ่งมีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ซึ่งเกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ในทางการแบบที่ค่อยเป็นค่อยไปในทางประวัติศาสตร์และในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งมีลักษณะเฉพาะ ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้น ไม่ได้มีการรวบรวมไว้เป็นฉบับเดียว แต่ได้กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งมีที่มาจาก บทบัญญัติหรือเอกสารที่มี “เนื้อหา” เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือจากกฎหมายจารีต (Common Law) หรือจากข้อเขียนที่เชื่อถือได้ (Works of Authority) หรือจากกฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภาหรือจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งที่มาทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

ส่วนในเรื่องของรูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ โดยในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีมี 2 รูปแบบที่สำคัญ โดยในรูปแบบแรก จะเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีโดยผู้ที่เป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้คะแนนสูงสุดจากรัฐสภา ได้รับคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่ง และรูปแบบที่สองการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นมาจากการเกิดสถานการณ์ที่มีความพิเศษในทางการเมืองการปกครองของอังกฤษอย่างยิ่ง อันได้แก่กรณีแรกนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ กรณีที่สองนายกรัฐมนตรีเสียชีวิตหรือไร้ความสามารถอย่างถาวรหรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ กรณีที่สามประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ และกรณีที่สี่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม ถือเป็นกรณีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากเกิดสถานการณ์ในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งก็ได้ทำพระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีพระราชอำนาจอยู่แล้ว และพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจในทางจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองนั้น ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในการเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินในช่วงที่ประเทศอยู่ในสภาวะพิเศษในทางการเมืองการปกครองเพื่อให้ผ่านพ้นวิกฤติการณ์แต่ละครั้งไปได้

สำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของประเทศอังกฤษนั้นสามารถมีสององค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติได้ นั่นก็คือ รัฐสภา (ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐสภา) และการตรวจสอบความชอบโดย “ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร” (Supreme Court of the United Kingdom)

3.2 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีประเทศญี่ปุ่น

สำหรับการจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น ในส่วนนี้ผู้เขียนได้นำเสนอในสามส่วนด้วยกัน โดยส่วนแรก ได้นำเสนอถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประกอบด้วยข้อคิดทั่วไปในทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น และหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ในส่วนที่สองจะอธิบายถึง รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งอธิบายถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น และได้นำเสนอการแบ่งรูปแบบของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น เป็นสองช่วงที่สำคัญคือ การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในช่วงก่อนการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในช่วงหลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง และในส่วนที่สาม จะอธิบายถึงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่น

3.2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่น ถือว่าเป็นประเทศที่เป็นรัฐเดี่ยว มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่มีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเอง โดยรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนับเป็นผลผลิตที่สำคัญในการปฏิรูปการเมืองการปกครองในสมัยของสมเด็จพระจักรพรรดิในสมัยเมจิ โดยรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นฉบับนี้แม้ว่าจะไม่ได้ให้สิทธิเสรีภาพอันถือเป็นพื้นฐานของการปกครองในทางประชาธิปไตยแก่ประชาชนเท่าใดนัก แต่ก็เริ่มจุดเริ่มต้นให้ชาวญี่ปุ่นได้ตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพมากขึ้น ก่อนที่จะหยุดชะงักลงภายหลังที่ญี่ปุ่นเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่สอง และต่อมาก็ได้มีการพัฒนาอย่างก้าวกระโดดเมื่ออยู่ภายใต้การยึดครองของสหรัฐอเมริกา²³¹ และเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศญี่ปุ่นที่มีการวางรากฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนได้อธิบายถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น และหลักการพื้นฐานที่สำคัญในทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นที่สำคัญ

3.2.1.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นในฉบับปัจจุบันนี้ ร่างขึ้นในระหว่างที่ประเทศถูกปกครองภายใต้อิทธิพลของประเทศสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากที่องค์สมเด็จพระจักรพรรดิอิโรฮิโต

²³¹ ดำรง วงศ์สัจยนนท์, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น,” วารสารกฎหมายปกครอง 24, 1 (2549): 56.

(Emperor Hirohito) ได้ประกาศยอมแพ้ต่อสงครามโลกครั้งที่สอง ในวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1945 โดยภายหลังจากสงครามญี่ปุ่นได้ไฟฟูฮาสันติภาพ โดยจากเดิมที่เคยยึดถือความคิดชาตินิยมและทหารนิยม ซึ่งอำนาจขององค์พระจักรพรรดิได้ยุติลง แทนที่ด้วยสิทธิมนุษยชน ประชาธิปไตยความรับผิดชอบของรัฐบาล และการแบ่งแยกอำนาจรัฐ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นฉบับปัจจุบันนี้ได้รับการรับรองจากรัฐสภาและประกาศใช้ใช้ในการปกครองประเทศ²³²

โดยทั้งนี้ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญดังกล่าว มิได้กระทำโดยการประกาศใช้ทั้งฉบับ หากแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่เข้ามาแต่เดิม และไม่ได้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปลงประชามติแต่อย่างใด ซึ่งในวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1946²³³ สภาที่ปรึกษาได้ตั้งคณะกรรมการตรวจสอบของสภาที่ปรึกษาในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไข (Examination Committee of Privy Council on Draft for a Revised Constitution) เพื่อทำการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว สภาที่ปรึกษาได้มีมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ในวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1946 และหลังจากนั้นก็ให้มีร่างพระราชบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Constitutional Revision Bill) และเมื่อสภาไดเอ็ต (Diet) ให้ความเห็นชอบแล้ว ก็ได้ให้สมเด็จพระจักรพรรดิลงนาม ในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1946 และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขดังกล่าวแล้วในวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946²³⁴

แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ ก็มีผลใช้บังคับได้จริงในเวลาถัดมาอีก 6 เดือน ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นั่นก็หมายความว่า วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1947 รัฐธรรมนูญจึงได้มีผลใช้บังคับ²³⁵ ดังนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศญี่ปุ่นจึงได้วางหลักการที่สำคัญ อันถือเป็นรากฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น โดยมีหลักการที่สำคัญที่ว่าด้วยเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เรื่องหลักนิติรัฐ และเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นต้น

²³² Lawrence W. Beer and H. Ltoh, *The Constitution Case Law of Japan, 1970 through 1990* (Seattle: University of Washington Press, 1996), pp. 3-29, 54-66 อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, *รายงานการวิจัย เรื่อง โครงการเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558), หน้า 259-260.

²³³ Birth of Constitution of Japan, *Chronological Table April 22, 1946-November 25, 1946*, From <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/history04.html> อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: ส.เจริญการพิมพ์, 2555), หน้า 92.

²³⁴ *Ibid.* อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, *เรื่องเดิม*, หน้า 92.

²³⁵ *Ibid.* อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, *เรื่องเดิม*, หน้า 92.

3.2.1.2 หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนั้นอาจจะมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญหลายประการ แต่ในที่นี้ผู้เขียนขอยกหลักการพื้นฐานที่สำคัญสามประการในทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น คือ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ

1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น จะทำขึ้นภายใต้อิทธิพลภายนอกประเทศของสหรัฐอเมริกา แต่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับเป็นอย่างสูงจากประชาชนชาวญี่ปุ่น เพราะยังคงดำรงรักษาสถาบันอันสูงสุดอันเป็นที่ยกย่องเชิดชูเป็นอย่างสูงของชาวญี่ปุ่น คือ สถาบันพระมหากษัตริย์ เพราะสหรัฐอเมริกันได้วางหลักการปกครองในระบบรัฐสภาที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างประเทศอังกฤษ²³⁶

ดังจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศญี่ปุ่น พระจักรพรรดิทรงเป็นสัญลักษณ์แห่งประเทศญี่ปุ่นและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาชนชาวญี่ปุ่น ฐานะดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเห็นพ้องของประชาชนชาวญี่ปุ่นซึ่งดำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย²³⁷ ดังนั้นแล้ว พระจักรพรรดิ ทรงถือว่าเป็นสัญลักษณ์ของประเทศและเป็นที่ตั้งของความสามัคคีของประชาชนชาวญี่ปุ่น โดยพระองค์ไม่มีพระราชอำนาจในทางรัฐบาล ดังจะเห็นได้ว่า²³⁸ สถาบันพระมหากษัตริย์ของประเทศญี่ปุ่นมีพระราชอำนาจอย่างจำกัดตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ในห้วงเวลาที่ประเทศญี่ปุ่นประสบวิกฤตการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครอง อย่างเช่นในกรณีสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ประเทศถูกฝ่ายสัมพันธมิตรทิ้งระเบิดปรมาณูลง 2 ลูก อันเป็นเรื่องความเป็นความตายของประเทศนั้น เมื่อฝ่ายทหารไม่ยอมจำนนต่อสัมพันธมิตร แต่ สมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิฮิโรฮิโตะ ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยด้วยพระองค์เอง ในการยอมจำนนต่อฝ่ายสัมพันธมิตร เพื่อรักษาไว้ซึ่งชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนชาวญี่ปุ่น ซึ่งเหตุการณ์ในครั้งนี้ก็ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลและประชาชนเป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตาม หลังจากสมเด็จพระจักรพรรดิทรงประกาศยอมแพ้สงคราม เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1945 ซึ่งฝ่ายสัมพันธมิตรก็ได้มอบหมายให้สหรัฐอเมริกาเป็นผู้คุ้มครองอารักขาญี่ปุ่นแต่ผู้เดียว และญี่ปุ่นเองก็ยอมรับปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ และให้ความร่วมมือ

²³⁶ เซาวนะ ไตรมาศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 192-193.

²³⁷ มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุกา วิศรุตพิชญ์, ผู้แปล, *รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น* (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541).

²³⁸ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย*, หน้า 92.

เป็นอย่างดีกับฝ่ายสัมพันธมิตร ซึ่ง ประธานาธิบดีทรูแมนยืนยันว่าผู้บัญชาการสูงสุดจะต้องเป็นชาวอเมริกา ดังนั้นแล้ว จึงทำให้นายพลดักลาส แม็คอาเธอร์ เป็นเสมือนผู้ปกครองญี่ปุ่นอย่างแท้จริง²³⁹

ทั้งนี้ พระราชอำนาจของสมเด็จพระจักรพรรดิญี่ปุ่นนั้น ทรงมีพระราชอำนาจแต่เพียงที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น และแม้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้พระมหากิจการพระดีเป็นประมุขของรัฐ แต่ก็มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องด้วยพระราชอำนาจ อันเป็นหน้าที่ของพระมหากิจการพระดี อันแสดงถึงพระราชอำนาจหน้าที่ในส่วนของตำแหน่งประมุขของรัฐ และพระราชอำนาจในทางสังคม²⁴⁰ ดังนั้น แล้วพระราชอำนาจที่สำคัญของพระมหากิจการพระดีที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

(1) พระราชอำนาจที่เกี่ยวข้องกับพระราชกรณียกิจทั้งปวง

กล่าวคือ สมเด็จพระจักรพรรดิทรงมีพระราชอำนาจ ในทางพระราชกรณียกิจทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐจะต้องได้รับคำแนะนำ และความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกัน²⁴¹ และพระราชกรณียกิจที่ทรงปฏิบัตินั้น จะต้องเป็นพระราชกรณียกิจที่เกี่ยวข้องกับรัฐเฉพาะตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยทั้งนี้ พระจักรพรรดิสามารถมอบหมายให้ผู้แทนพระองค์ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนได้ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁴²

(2) พระราชอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งบุคคลระดับสูง

กล่าวคือ พระจักรพรรดิทรงมีพระราชอำนาจ ในการทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยการเสนอชื่อของรัฐสภา และพระราชอำนาจในการทรงแต่งตั้งผู้พิพากษาซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุด โดยการเสนอชื่อของคณะรัฐมนตรี²⁴³

(3) พระราชอำนาจพระราชอำนาจที่เกี่ยวข้องกับรัฐ

กล่าวคือ พระจักรพรรดิทรงมีพระราชอำนาจ โดยคำแนะนำและความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐเพื่อประชาชนดังต่อไปนี้²⁴⁴

²³⁹ สตีเฟน เอส. ลาร์จ, **สามจักรพรรดิแห่งดินแดนอาทิตย์อุทัย**, ชูลิตา อารีย์พิพัฒน์กุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: ศรีสารา, 2548), หน้า 265.

²⁴⁰ ปรีชา หงส์ไกรเลิศ, **สถาบันพระมหากษัตริย์กับสังคมไทย** (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 276.

²⁴¹ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุกดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁴² มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

²⁴³ มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

²⁴⁴ มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

1. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ประกาศใช้กฎหมาย คำสั่ง คณะรัฐมนตรี และ
 สันธิสัญญา

2. การเรียกประชุมรัฐสภา
 3. การยุบสภาผู้แทนราษฎร
 4. การประกาศให้มีการเลือกตั้งทั่วไปของสมาชิกรัฐสภา
 5. การให้การรับรองการแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรีรวมทั้งข้าราชการ
 อื่น ๆ ตามที่บัญญัติในกฎหมาย ตลอดจนหนังสือมอบอำนาจ และพระราชสาส์นตราตั้งเอกอัครราชทูต
 และอัครราชทูต

6. การให้การรองรับการนิรโทษกรรมทั่วไป การนิรโทษกรรมเฉพาะ
 บุคคล การลดหย่อนโทษ การอภัยโทษ ตลอดจนการคืนสิทธิ

7. การสถาปนาเกียรติยศและพระราชทานเครื่องหมายอิสริยาภรณ์
 8. การให้การรับรองในหนังสือสัตยาบัน รวมทั้งเอกสารทางการทูตอื่น ๆ
 ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

9. การรับเอกอัครราชทูตและอัครราชทูตต่างประเทศ
 10. การประกอบพระราชพิธี

กล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือสมเด็จพระ
 จักรพรรดิทรงมีได้เฉพาะแต่ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น และแม้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้
 กำหนดให้สมเด็จพระจักรพรรดิเป็นประมุขของรัฐ แต่ก็มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องด้วยพระ
 ราชอำนาจ อันเป็นหน้าที่ของสมเด็จพระจักรพรรดิ อันแสดงถึงพระราชอำนาจหน้าที่ในส่วนของ
 ตำแหน่งประมุขของรัฐ และพระราชอำนาจในทางสังคม ดังนั้นแล้วอาจกล่าวได้ว่า พระราชอำนาจ
 ของสมเด็จพระมหากษัตริย์นั้นมีอย่างจำกัดมากซึ่งมาได้เฉพาะแต่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น
 และทรงอยู่ในพระราชสถานะที่เป็นเชิงสัญลักษณ์มากกว่า

2) หลักนิติรัฐ

การปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ของประ
 เทศญี่ปุ่นอย่างเข้มแข็งนั้น มีเหตุผลมาจากภายหลังที่ญี่ปุ่นได้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งได้มีการแก้ไข
 เปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมากขึ้นกว่าในสมัยรัฐธรรมนูญ
 เมจิ โดยได้มีการปฏิรูประบบศาลอย่างขนานใหญ่ของญี่ปุ่น โดยการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่นี้ ได้ทำ
 การเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ สามประการ กล่าวคือ

ประการแรก คือ ระบบศาลมีความเป็นอิสระต่อตนเองไม่ต้องขึ้นอยู่กับ
 รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม โดยการมอบอำนาจในการบริหารให้แก่ศาลสูงในการออกกระเปียบ
 กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในทางตุลาการ

ประการที่สอง คือ ศาลสูงของญี่ปุ่น มีอำนาจที่จะพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ว่าเกิดขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งอำนาจที่จะสั่งว่าการปฏิบัติของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็นโมฆะหากเกินขอบเขตอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ ซึ่งหลักการที่สำคัญที่สุดของฝ่ายตุลาการจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากการล่วงละเมิดของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้

ประการที่สาม คือ การล้มเลิกศาลปกครอง โดยศาลสูงหรือยุติธรรมพิจารณาตัดสินทุกคดีทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีที่มีการพิพาทในทางปกครอง²⁴⁵ ซึ่งแต่เดิมนั้น ศาลปกครองมีอำนาจทั้งหมดในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง คำพิพากษาของศาลปกครองถือเป็นที่สุดและผูกพันโดยไม่มีการอุทธรณ์แต่อย่างใด ซึ่งทำให้ประชาชนมาสามารถไปเรียกร้องให้ศาลยุติธรรมเข้าไปตรวจสอบได้อีก ซึ่งระบบศาลปกครองแบบเดิมนี่ได้รับการวิจารณ์หลายประการถึงการพิจารณาคดีที่ไม่ละเอียดชัดเจน รวมถึงการกระทำทางปกครองที่อยู่ นอกอำนาจของศาลปกครองก็มิได้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรม ดังนั้นแล้ว ศาลปกครองในแบบเดิมนี่จึงไม่มีประสิทธิภาพที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงสมควรที่จะถูกเปลี่ยนแปลง²⁴⁶

ดังจะเห็นได้ว่า การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมนี้ ได้สร้างระบบกฎหมายที่มีเอกภาพและมีความก้าวหน้าอย่างยิ่ง โดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้เป็นการสร้างสถาบันใหม่ขึ้นมา และยังเป็นประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวญี่ปุ่นทุกคนด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าทฤษฎีดั้งเดิมจะเป็นอย่างไร การเปลี่ยนแปลงให้เป็นสมัยใหม่ในทางการเมืองได้ช่วยให้เปลี่ยนการปกครองโดยมนุษย์ มาเป็นการปกครองโดยกฎหมาย หรือที่เรียกกันว่าการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ (The Rule of Law)²⁴⁷

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการแบ่งอำนาจการปกครองเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติที่ใช้ผ่านทางรัฐสภา อำนาจบริหารที่ใช้ผ่านทางคณะรัฐมนตรี และ

²⁴⁵ เพ็ญศรี กาญจนมัย, **ประวัติศาสตร์และอารยธรรมญี่ปุ่น** (กรุงเทพฯ: วรุฒิกการพิมพ์, 2522), หน้า 359.

²⁴⁶ ยูชิโอะ ยามาซากิ, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลในระบบกฎหมายญี่ปุ่น,” **คูลพาท** 5, 41 (2537): 68-69.

²⁴⁷ พรศักดิ์ ผ่องแผ้ว และพลศักดิ์ จิรไกรศิริ, **กระบวนการเปลี่ยนแปลงให้เป็นสมัยใหม่ทางการเมืองของญี่ปุ่น** (กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์, 2524), หน้า 74.

อำนาจตุลาการที่องค์กรศาลเป็นผู้ใช้อำนาจ²⁴⁸ ดังนั้นแล้ว ประเทศญี่ปุ่น จึงได้มีการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตยอย่างชัดเจน โดยอธิบายได้ดังนี้

อำนาจนิติบัญญัติ ของประเทศญี่ปุ่นนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ กำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรสูงสุดแห่งอำนาจรัฐ และเป็นองค์กรนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียวของรัฐ²⁴⁹ ซึ่งรัฐสภาประกอบด้วยสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา²⁵⁰ ซึ่งการร่างพระราชบัญญัติจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา โดยที่สภาผู้แทนราษฎรรับ หลักการผ่านวาระที่หนึ่ง วาระที่สอง วาระที่สาม และจะต้องส่งต่อให้รับวุฒิสภาพิจารณาให้ความ เห็นชอบหรือรับหลักการ ซึ่งเมื่อทั้งสองสภามีมติเห็นชอบร่วมกันก็ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้เลย สำหรับในส่วนของความสัมพันธ์กับอำนาจในทางบริหารนั้น รัฐสภายังมีอำนาจในการควบคุมการ ทำงานของฝ่ายบริหาร ซึ่งสามารถควบคุมได้โดย การกำหนดตัวนายกรัฐมนตรี การควบคุม งบประมาณแผ่นดิน การดำเนินการสอบสวนรัฐบาล และการควบคุมการดำเนินนโยบายต่างประเทศ และการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ²⁵¹

อำนาจบริหาร ของประเทศญี่ปุ่นนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดให้ อำนาจบริหารอยู่ที่คณะรัฐมนตรี²⁵² นายกรัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งตามมติของรัฐสภาจากบรรดา สมาชิกทั้งหมด ทำหน้าที่สำคัญในการเป็นหัวหน้าคณะรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารของประเทศ ซึ่งนายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการแต่งตั้งรัฐมนตรี และรัฐมนตรีมีทั้งหมดได้ไม่เกิน 20 ตำแหน่ง โดย ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีจะต้องมาจากพลเรือน ซึ่งที่เป็นเช่นนี้ก็อาจจะมาจากเหตุผลที่ ไม่ต้องการให้ทหารเข้ามายุ่งเกี่ยวและมีบทบาทในการบริหารประเทศ และในส่วนของความสัมพันธ์กับ รัฐสภานั้น นายกรัฐมนตรีเป็นผู้แทนคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างกฎหมาย เสนอรายงานของรัฐบาล

²⁴⁸ ชาญวิทย์ ชัยกันย์, “ระบบงานศาล การฟ้องคดีปกครอง และการพัฒนาบุคลากรใน กระบวนการยุติธรรมของญี่ปุ่น,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 9, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 29.

²⁴⁹ มาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สูดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁵⁰ มาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

²⁵¹ ศิริพร วัชชวัลคุ, การเมืองเรื่องสถาบันรัฐสภาญี่ปุ่น, ใน *เอกสารการอบรมครู เรื่อง บทบาทของญี่ปุ่นต่อภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก ในศตวรรษที่ 21*, วันที่ 7-9 พฤษภาคม 2536, โครงการญี่ปุ่นศึกษา สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 9. (เอกสารไม่ ตีพิมพ์เผยแพร่).

²⁵² มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สูดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา รวมถึงการทำหน้าที่ให้คำแนะนำ
ปรึกษาในการบริหารราชการแผ่นดินแก่หน่วยงานของรัฐ²⁵³

อำนาจตุลาการ ของประเทศญี่ปุ่นนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้
กำหนดให้อำนาจตุลาการทั้งหมดอยู่ที่ศาลสูง²⁵⁴ ซึ่งถือว่าเป็นอิสระที่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ
และอำนาจบริหาร โดยกำหนดให้ศาลฎีกา (Supreme Court) เป็นกลไกสำคัญในการรักษาความเป็น
อิสระและการดูแลงานบริหารของศาลยุติธรรมทั้งหมด ซึ่งสาเหตุประการสำคัญมาจากบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญ และ Court Organization Act 1947 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้เปลี่ยนแปลง
แนวความคิดจากเดิมมาเน้นความเป็นอิสระจากตุลาการนั้น อันเป็นเหตุผลจากการที่ถูกร่างและการ
บังคับจากสหรัฐอเมริกา ดังนั้นแล้วความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการจึงเป็นแนวความคิดที่ได้รับมา
จากแนวความคิดของประเทศตะวันตก²⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ศาลฎีกา ถือว่าเป็นศาลที่มีอำนาจสูงสุดในการ
พิจารณาคดี ทั้งคดีทางรัฐธรรมนูญ คดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีอื่น ๆ แต่เพียงศาลเดียว
โดยรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าศาลพิเศษอื่น ๆ จะจัดตั้งขึ้นไม่ได้ ทั้งนี้รวมถึงฝ่ายบริหารก็
ไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นที่สุด โดยปัจจุบันระบบตุลาการของญี่ปุ่น ได้แบ่ง
ออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่ ศาลชั้นต้น ซึ่งเป็นศาลแขวง (Summary Court) ศาลจังหวัด (District
Court) ศาลครอบครัว (Family Court) ศาลอุทธรณ์ (High Court) และศาลฎีกา (Supreme Court)
เป็นต้น²⁵⁶

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลังจากที่ประเทศญี่ปุ่นใช้รัฐธรรมนูญฉบับ
ปัจจุบัน หลักนิติรัฐได้มีความเข้มแข็งอย่างมาก และโดยเฉพาะการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมอย่าง
ขนานใหญ่ทำให้หลักนิติรัฐ (The Rule of Law) เกิดขึ้นอย่างแท้จริงในญี่ปุ่น และนำความเป็นอิสระ
ในการพิจารณาคดี รวมถึงการสร้างระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
บทบัญญัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สำหรับแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของ
ประเทศญี่ปุ่นนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา

²⁵³ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์, “รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น: จากอดีตสู่ปัจจุบัน,” วารสารพัฒนบริหารศาสตร์
52, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2555): 323.

²⁵⁴ มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุกา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁵⁵ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, “ญี่ปุ่น: ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 33, 2 (มิถุนายน 2546): 376.

²⁵⁶ ชาญวิทย์ ชัยกันย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 29.

อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข โดยมีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ได้ร่างขึ้นภายใต้อิทธิพลของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ถือว่าได้วางหลักการที่สำคัญอันถือเป็นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นกว่าจากอดีต ดังจะเห็นได้ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่เคยมีอย่างกว้างขวาง ก็มีพระราชอำนาจที่จำกัดและมีลักษณะที่เป็นสถาบันที่เป็นเพียงสัญลักษณ์แห่งความสามัคคีของประเทศเท่านั้น และการที่ทำให้ประเทศมีระบบนิติรัฐที่ชัดเจนโดยมาจากการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้มีหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ชัดเจน อันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยแต่ละอำนาจก็ว่าการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน

3.2.2 รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับการศึกษาถึงรูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นนั้น ผู้เขียนขอใช้เกณฑ์ซึ่งแยกเป็นสองเกณฑ์มาแบ่ง คือการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก่อนสงครามโลก กับหลังสงครามโลกครั้งที่สอง อันเป็นเหตุผลจากวิวัฒนาการในทางการเมืองการปกครองของญี่ปุ่น กล่าวคือในช่วงแรกก่อนการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง สมเด็จพระจักรพรรดิจะมีพระราชอำนาจอย่างกว้างขวาง รวมถึงพระราชอำนาจในการแต่งตั้งฝ่ายบริหารด้วย ซึ่งหมายถึงนายกรัฐมนตรี และในช่วงหลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นการที่พระองค์ทรงแต่งตั้งจากการเสนอชื่อของรัฐสภาเท่านั้น ซึ่งได้อธิบายไว้ในส่วนนี้

3.2.1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับการศึกษาถึงบริบททางการเมืองการปกครองของประเทศญี่ปุ่นในปัจจุบันนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง เพราะว่าเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีลักษณะโครงสร้างในการปกครองที่เหมือนกัน คือ ประเทศญี่ปุ่นมีรัฐสภา (สภาไดเอต) ที่ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา และมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารประเทศ²⁵⁷ หากย้อนไปในอดีตประเทศญี่ปุ่นก็มีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในช่วงเริ่มแรกจนกระทั่งช่วงที่ญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง แล้วประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาจัดระเบียบและร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้ญี่ปุ่น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นในเรื่องที่มาของหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือนายกรัฐมนตรีก็มีวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ที่น่าสนใจเช่นกัน โดยอธิบายผ่านวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญ 3 สมัย คือ สมัยก่อนรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ สมัยรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ และสมัยรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 (หลังแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง) ที่จะกล่าวต่อไปนี้

²⁵⁷ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง บทเรียนจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศต่อการปฏิรูปการเมืองไทย (กรุงเทพฯ: บุญศิริการพิมพ์, 2540), หน้า 72.

1) สมัยก่อนรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของญี่ปุ่น เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มี 17 มาตรา เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการปกครองในสมัยราชาธิปไตย ซึ่งการปกครองของญี่ปุ่นในสมัยนั้นเป็นการปกครองที่ได้รับอิทธิพลและวัฒนธรรมต่าง ๆ มาจากประเทศจีนในสมัยราชวงศ์สุย ในศตวรรษที่ 6 และราชวงศ์ถัง ในศตวรรษที่ 7 ที่มีระบบการปกครองประเทศรวมศูนย์ไว้ที่ส่วนกลาง เช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ในยุคสมัยเดียวกันนั้น ซึ่งการที่ประเทศญี่ปุ่นรับเอาวัฒนธรรมมาจากประเทศจีนในเวลานั้น จึงเป็นอิทธิพลที่ส่งผลมาในการตัดสินใจของผู้นำปกครอง และในขณะเดียวกันนั้นประเทศก็มีความขัดแย้งกันสูง โดยเฉพาะการต่อสู้เพื่อแย่งที่ท่ามาหากินระหว่างกลุ่มคนที่มีอาชีพในการเลี้ยงสัตว์และประมงซึ่งเป็นเจ้าของถิ่นเดิม กับกลุ่มคนที่มีอาชีพเกษตรกรเป็นผู้บุกรุก ทำให้ผู้คนญี่ปุ่นเกิดความเบื่อหน่ายต่อการต่อสู้ที่ยาวนาน จึงไฝ่หาความสงบสุขและสันติภาพ และต่อมาในศตวรรษที่ 7 ในรัชสมัยของเจ้าชายโซโตกุ ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ที่ครองสิริราชสมบัติมายาวนานนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 604 ในรัชสมัยยามาโตะ ได้มองเห็นถึงความสำคัญที่จะต้องมีการมีกฎหมายสูงสุดที่ต้องนำมาเป็นกติกาและกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสงบของชาติได้ พระองค์ได้ทรงนำเอาความรู้ในด้านต่าง ๆ ที่ทรงศึกษาจากประเทศจีนโดยเฉพาะอย่างยิ่งปรัชญาขงจื้อมาใช้ โดยพระองค์ทรงเห็นว่าคนจีนได้ปฏิบัติตามปรัชญาของขงจื้อทำให้บ้านเมืองของจีนเกิดความสงบร่มเย็นโดยเฉพาะความเคารพนับถือเชื่อฟังผู้อาวุโสในครอบครัว สถาบันครอบครัวจะต้องมีความรัก ความกตัญญูต่อบรรพบุรุษ ซึ่งความรักความกตัญญูในครอบครัวตามแนวคิดนี้จะสามารถที่จะขยายไปสู่ความรักประเทศได้²⁵⁸

จะเห็นได้ว่าด้วยหลักการนี้เองที่เจ้าชายโซโตกุนำมาใช้ในการปกครองประเทศรวมทั้งยังเป็นการกำหนดให้เจ้าผู้ครองเขตหรือนครต่าง ๆ จักต้องมีความจงรักภักดี และเชื่อฟังพระมหากษัตริย์ผู้ปกครองประเทศ ซึ่งเปรียบเสมือนได้กับลูกหลานต้องเคารพเชื่อฟังบรรพบุรุษของครอบครัว ซึ่งนับว่าเป็นหลักการที่สร้างความสามัคคีและเป็นการป้องกันความขัดแย้งในยุคสมัยนั้นได้เป็นอย่างดี และหลักการอีกประการหนึ่งที่สำคัญ ก็คือ การกำหนดให้ศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติเนื่องจากพระองค์ทรงเชื่อว่าหลักธรรมทางศาสนาสามารถสร้างความสงบสุข และภราดรภาพในหมู่สังคมนญี่ปุ่นได้ ดังนั้นแล้ว จากหลักปรัชญาและหลักการที่เจ้าชายโซโตกุนำมาจากประเทศจีน จึงทรงนำมาใช้ในการตรารัฐธรรมนูญที่เน้นถึงสันติภาพ และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันถือเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ในยุคสมัยต่อมาของญี่ปุ่นด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ 17 มาตราของญี่ปุ่นนี้ มีสาระสำคัญอยู่ในสองส่วนคือ ส่วนที่กล่าวถึง

²⁵⁸ สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 306.

กฎของบ้านเมืองและกฎเกณฑ์ในทางศีลธรรม และส่วนที่กล่าวถึงความสงบสุขและสันติภาพของบ้านเมือง²⁵⁹

จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถพิจารณาได้ว่ายุคแรก ๆ ของการปกครองประเทศญี่ปุ่นนั้น เป็นการปกครองในสมัยที่เป็นราชาธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ 17 มาตรานี้ก็มีการตราขึ้นมาเพื่อเป็นการแก้ไขความขัดแย้งของคนในชาติที่แตกความสามัคคีกัน ซึ่งมีลักษณะที่เป็นการปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงเน้นในเรื่องความสามัคคีและความสงบเรียบร้อยของคนในชาติที่นำเอาหลักทางปรัชญาคำสอนของขงจื้อและแนวคำสอนในทางพระพุทธศาสนามาใช้ในการปกครอง ดังนั้นแล้ว ผู้นำของฝ่ายบริหารในยุคนี้ก็คือ พระมหากษัตริย์ ที่มีการปกครองในระบอบราชาธิปไตย เพื่อให้ประเทศชาติมีความสงบร่มเย็นนั่นเอง

2) สมัยรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ

สำหรับรัฐธรรมนูญในสมัยนี้สาเหตุที่ได้ชื่อว่าเมจิ เพราะว่าได้ทำการบัญญัติขึ้นในสมัยเมจิ เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ปี ค.ศ. 1889 และมีการบังคับใช้วันที่ 29 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1890 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีขึ้นในสมัยที่มีการเปิดประตูสู่ตะวันตก โดยได้รับเอารัฐธรรมนูญของปรัสเซีย (Prussian Constitution) มาเป็นแบบอย่าง อันเนื่องมาจากว่าการปกครองของปรัสเซียในเวลานั้นเป็นราชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสูงสุดของประเทศเช่นเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น และรัฐธรรมนูญของปรัสเซียก็ได้ให้สิทธิและเสรีภาพอย่างมากแก่ประชาชนเมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่มีสมเด็จพระบรมราชินีเป็นประมุขสูงสุดของประเทศเช่นกัน โดยประเทศอังกฤษนั้นได้ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างกว้างขวางเป็นอันมาก ซึ่งเมื่อพิเคราะห์แล้ว ประเทศญี่ปุ่นในเวลานั้นไม่เหมาะที่จะนำรัฐธรรมนูญในแบบอย่างของอังกฤษมาใช้ เพราะประเทศญี่ปุ่นนั้นพึ่งพ้นจากอำนาจในการปกครองของโตกุกาวาโชกุนที่เคยยึดเหนี่ยวในการใช้กำลังต่อสู้ไม่ให้ยอมทำการเปิดประเทศ ด้วยเหตุผลนี้ ประเทศญี่ปุ่นจึงเอาแบบมาจากรัฐธรรมนูญของปรัสเซีย เพราะว่าหากเอารัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นมาเป็นแบบอย่างนั้นจะเป็นการก้าวล้ำที่เป็นการทันสมัยจนเกินไป²⁶⁰

ซึ่งหลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไปแล้วนั้น ก็เห็นได้ว่ก็จะมีความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญของประเทศยุโรปในหลายประเด็นที่สำคัญ อาทิเช่น ในเรื่องของสถานะขององค์จักรพรรดิ ซึ่งทรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ดังเทพเจ้า ทรงเป็นที่เคารพสักการะ รวมทั้งยังเป็นที่รวมแห่งอำนาจทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งกษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศในแถบยุโรปนั้นเป็นการปกครองแบบหลักเทวสิทธิ ส่วนของญี่ปุ่นในรัฐธรรมนูญในสมัยนี้

²⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 306-307.

²⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 308.

องค์จักรพรรดิทรงเป็นโอรสของเทพเจ้า และทรงเป็นเทพในพระวรกายของมนุษย์ คือ ทรงเป็นเทพในพระองค์นั่นเอง ซึ่งพระบรมราชโองการของพระองค์ก็ย่อมได้รับความเคารพเชื่อฟังจากประชาชน และด้วยเหตุนี้เองความจงรักภักดีของพสกนิกรชาวญี่ปุ่นที่มีต่อองค์จักรพรรดินั้นมีอย่างมากมาย เหลือที่จะพรรณนากล่าวถึง²⁶¹

โดยผลที่ตามมาจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการชี้ให้เห็นว่า การยกย่องรัฐธรรมนูญสมัยเมจิของญี่ปุ่นนั้น เป็นการได้ศึกษาการเมืองการปกครองอย่างถ่องแท้ จนทำให้ได้รัฐธรรมนูญที่มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ของญี่ปุ่นในขณะนั้นเป็นอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากใช้รัฐธรรมนูญไปแล้วนั้น ปรากฏว่าบางเรื่องก็ไม่ได้เป็นไปตามแนวทางที่ได้ทำการออกแบบไว้ เช่น ในเรื่องของพระจักรพรรดิซึ่งตามรัฐธรรมนูญแล้วควรจะเป็นผู้นำในทางการเมือง แต่ในทางปฏิบัติก็ได้เป็นเช่นนั้น และนอกจากนี้ในสังคมที่เป็นประชาธิปไตยก็จะต้องมีการต่อสู้กันทางความคิดเกิดขึ้นซึ่งจะต้องนำไปสู่ความขัดแย้งได้ แต่แล้วญี่ปุ่นก็ได้แสดงให้เห็นชาวโลกเห็นถึงกลไกตามรัฐธรรมนูญในการฝ่าฟันวิกฤตการณ์ต่าง ๆ ในทางการเมือง โดยการที่มีรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการปกครองนี้ก็เป็น การเชื่อมั่นในกลไกการปกครอง ทั้งยังเป็นการให้การศึกษาต่อนักการเมืองการปกครองแก่ประชาชนไปในตัวด้วย และนอกจากนี้แล้วประเทศญี่ปุ่นก็ได้ให้สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งแก่ประชาชนแบบค่อยเป็นค่อยไปอีกด้วย จึงมีส่วนทำให้ประชาชนได้เรียนรู้ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของตนเป็นอย่างดี²⁶²

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายว่า รัฐบาลพลเรือนของญี่ปุ่นซึ่งได้แสดงออกถึงความเป็นผู้ที่รักสันติมาโดยตลอด แต่ในที่สุดก็ไม่สามารถรับมือกับฝ่ายทหารได้ ซึ่งเหตุการณ์บานปลายถึงขนาดมีการสังหารนายรัฐมนตรี อินุคาอิ ซูโยชิ ซึ่งในความพยายามในการก่อรัฐประหารเมื่อปี ค.ศ. 1932 ซึ่งแม้ว่าการก่อการดังกล่าวจะไม่ประสบผลสำเร็จก็ตาม แต่ก็มีผลเป็นการปิดฉากบทบาทของระบบการปกครองแบบรัฐสภา อันเนื่องมาจากฝ่ายทหารได้เข้ามามีบทบาททางการเมืองมากขึ้นเป็นลำดับ และแม้ว่าจะมีความพยายามในการจัดตั้งรัฐบาลผสมระหว่างคณะนายทหารพรรคการเมืองและฝ่ายข้าราชการประจำขึ้นมาเพื่อเป็นการแก้สถานการณ์ แต่หลังจากเดือนกุมภาพันธ์ปี ค.ศ. 1936 เป็นต้นมา ฝ่ายทหารได้เข้ามาควบคุมอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินอย่างเต็มรูปแบบ และเป็นเหตุให้นำไปสู่การบังคับให้พรรคการเมืองยุบตัวลง และประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1940²⁶³

²⁶¹ บุญศรี วงษ์มณีอุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 204.

²⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 205-206.

²⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 206.

จนในที่สุดประเทศญี่ปุ่นได้เข้าสู่ยุคระบอบเผด็จการทหารแบบเบ็ดเสร็จ และนำประเทศไปสู่สงครามโลกครั้งที่สอง และประสบกับความพ่ายแพ้อย่างยับเยิน ซึ่งถือว่าเป็นประเทศเดียวที่ถูกถล่มด้วยระเบิดปรมาณูถึงสองลูกที่เมืองฮิโรชิมา และ นางาซากิ จนประเทศต้องประกาศยอมแพ้สงครามอย่างไม่มีเงื่อนไข และนำมาสู่การที่กองทัพอเมริกันเข้ามายึดครองญี่ปุ่น²⁶⁴ และเข้ามาปรับเปลี่ยนโครงสร้างต่าง ๆ ภายในประเทศ ซึ่งรวมถึงการเข้ามาปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางด้านการเมืองการปกครอง และนำไปสู่การใช้รัฐธรรมนูญสมัยฉบับปี ค.ศ. 1946

3) สมัยรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 (หลังแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง)

สมัยรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 มีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1946 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1947 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีขึ้นอันเป็นผลพวงมาจากหลังจากที่ญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เข้ามาทำการยกร่างรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์และกองกำลังทหารต่าง ๆ ก็ถูกลดทอนลงไปจนเกือบหมดสิ้น จนในปัจจุบันนี้ไม่มีกองกำลังทหารเหมือนกับประเทศอื่น ๆ มีเพียงกองกำลังในการไว้เพื่อป้องกันประเทศเท่านั้น ซึ่งสาเหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะว่า สหรัฐอเมริกาเกรงว่าหากยังคงจะปล่อยให้ญี่ปุ่นมีกองกำลังทหารเหมือนเดิมแล้วจะเป็นการสร้างสมกำลังทหารและอาวุธยุทโธปกรณ์ที่ทันสมัยจนเกิดความเข็มเกริมสร้างความเดือนร้อนให้ประเทศอื่น ๆ ได้ในอนาคต จึงต้องทำการปรามไว้ก่อน²⁶⁵

ซึ่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นฉบับปัจจุบัน ปี ค.ศ. 1946 มีแตกต่างกว่าฉบับแรก (11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1889) มากหลายประการเป็นอย่างหน้ามือกับหลังมือเพราะรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ญี่ปุ่นถูกบังคับให้ยอมให้มิบบทบัญญัติหลายประการลงไปในเนื่องจากตนเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในมหาสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะในเรื่องทางการทหาร เช่น ตามหมวด 2 ว่าด้วยการปฏิเสธการทำสงครามและในมาตรา 9 มีใจความว่าประชาชนชาวญี่ปุ่นปรารถนาสันติภาพระหว่างประเทศซึ่งตั้งรากฐานอยู่บนความยุติธรรมและการมีระเบียบ ข้อปฏิเสธต่อไป ต่อการทำสงครามในฐานะที่เป็นอธิปไตยแห่งชาติ และต่อการใช้วิธีการข่มขู่หรือใช้อาวุธเป็นการแก้ไขการขัดกันระหว่างประเทศ ให้เลิกการมีกำลังทหารบก ทหารเรือ และทหารอากาศ และอาวุธยุทธภัณฑ์อื่น ๆ ในการทำสงคราม ฯลฯ แต่อย่างไรก็ดีการบัญญัติตัวบทเช่นนี้ลงไป ในรัฐธรรมนูญฝ่ายเดียวโดยคิดแต่เฉพาะปัญหาตามกาลเวลาขณะนั้นเท่านั้น ก็ทำให้เกิดความยุ่งยากและดูจะแก้กันไม่ตกในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลสูงสุดหรือศาลฎีกาของญี่ปุ่นซึ่งได้รับอำนาจตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้พิจารณา

²⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 206.

²⁶⁵ สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, เรื่องเดิม, หน้า 315.

ควบคุมมิให้บทกฎหมาย กฎฎีกา ระเบียบข้อบังคับ และมาตรการเฉพาะเรื่อง มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็ค้ำพวยามไม่วินิจฉัยเด็ดขาดลงไปถึงแก่นเนื้อแท้ของเรื่อง²⁶⁶

อีกประการหนึ่งที่มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างสิ้นเชิงจากเดิม นั่นก็คือ โครงสร้างในส่วนประมุขของรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้นำมาสู่การเปลี่ยนแปลงพระราชสถานะของพระจักรพรรดิ โดยเป็นผลให้พระราชสถานะจากเดิมที่ทรงมีอยู่อย่างกว้างขวาง ถูกจำกัดลงอย่างชัดเจน โดยให้พระจักรพรรดิเป็นเพียงสัญลักษณ์ของชาติ และมีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนในการใช้พระราชอำนาจของพระจักรพรรดิ ซึ่งให้ทรงแสดงออกในฐานะที่ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเท่านั้น²⁶⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น นั้นได้ผ่านเรื่องราวทางประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองที่น่าสนใจโดยใช้โดยอธิบายผ่านวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญ 3 สมัย คือ สมัยก่อนรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ สมัยรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ และสมัยรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 (หลังแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้อาจกล่าวโดยภาพรวมได้ว่า ในสมัยก่อนที่มีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ปี ค.ศ. 1946 นั้นพระราชอำนาจของพระจักรพรรดินั้นมีอยู่อย่างกว้างขวางโดยพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจได้ทั้งสามอำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญในสมัยเมจิจะดูเหมือนมีความเป็นประชาธิปไตยก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วนั้นก็พบว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสมัยก่อนก็มีอำนาจอย่างกว้างขวางเช่นกัน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการปกครองในสองช่วงแรกนี้จึงมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับระบอบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่การปกครองภายหลังการใช้ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 เป็นการที่อเมริกาเข้ามาช่วยร่างรัฐธรรมนูญ และเป็นผลให้พระราชอำนาจในทางการเมืองการปกครองที่มีอย่างกว้างขวางแต่เดิมนั้นก็ต้องถูกจำกัดลง โดยพระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจเพียงแต่ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้รวมถึงการแต่งตั้งตำแหน่งนายกรัฐมนตรีด้วย โดยพระองค์ก็ทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งตามที่รัฐสภาได้เสนอชื่อมาเท่านั้น

3.2.2.2 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (ก่อนการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง)

การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในช่วงก่อนการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง หรือในช่วงก่อนการใช้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1946 นั้นแต่เดิมในช่วงต้นสมัยพระจักรพรรดิเมจิ ซึ่งก่อน

²⁶⁶ไพโรจน์ ชัยนาม, “นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำเป็นต้องมาจากรัฐสภาเพียงใด,” ใน 100 ปี ขาดกาล ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม: หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม วันเสาร์ที่ 25 มิถุนายน 2554, หน้า 65.

²⁶⁷อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 284.

หน้าที่จะมีตำแหน่ง Dajodaijin ก็จะใช้เรียกหัวหน้ารัฐบาลว่า โซไซ (Sosai) หรือ อุไดจิน (Udaijin) และมีการเรียกตำแหน่งหัวหน้าคณะรัฐบาลของญี่ปุ่นคือ ดะโจไดจิน (Dafodajin)²⁶⁸

โดยในเวลาต่อมาในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1868 ได้มีพระบรมราชโองการกำหนดหลักการห้าประการ ซึ่งมีเนื้อหาประการหนึ่งก็คือ การเรียกประชุมสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดินเพื่อเป็นหลักการที่สำคัญในการปกครองประเทศต่อไป ซึ่งหลักการนี้เป็นการสอดคล้องกันกับความต้องการของโตเมียวซึ่งเป็นผู้ให้การสนับสนุนรัฐบาลในขณะนั้น และภายหลังจากนั้นก็ได้รับพระบรมราชโองการกำหนดรูปแบบของการปกครองในเดือนมิถุนายน ซึ่งมีผู้กล่าวขานนามพระบรมราชโองการฉบับนี้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับเดือนมิถุนายน ซึ่งการปกครองที่กำหนดใหม่ขึ้นนี้ มีลักษณะเป็นการรวมศูนย์การปกครอง และการปกครองแบบใหม่นี้มีชื่อเรียกว่าเป็นการปกครองแบบ “รัฐบาลดาโจกัน” ซึ่งมีชื่อที่คล้ายกับ “รัฐบาลโตโจกัน” ซึ่งเป็นการเรียกชื่อรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจการปกครองไว้ที่องค์จักรพรรดิในสมัยนารา (ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 710-784) อันเป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลมาจากการปกครองของประเทศจีน แต่รัฐบาลดาโจกันนี้ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของประเทศอเมริกันเข้ามาเสริมด้วย จึงมีการแยกเป็นฝ่ายบริหารที่ ซึ่งกระทรวงยุติธรรมจะทำหน้าที่ดูแลงานด้านตุลาการ ในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะประกอบไปด้วยสภาสองสภา ซึ่งเป็นที่ประชุมกันของเชื้อพระวงศ์ขององค์จักรพรรดิ และเหล่าโตเมียวและขุนนางในสังกัดของโตเมียวทั้งหลายเท่านั้น แต่ในช่วงนั้น เนื่องจากไม่ได้มีการแยกบุคลากรระหว่างฝ่ายบริหารกับสภาล่าง จึงทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ไม่มีผลในทางปฏิบัติ ซึ่งทำให้ในเดือนกันยายนปีเดียวกันนี้ สภาทั้งสองจึงถูกยุบไป ต่อมาในเดือนมีนาคม ปี ค.ศ. 1869 จึงได้มีการแต่งตั้งสภาแห่งรัฐ (Council of State) ขึ้นมา²⁶⁹

โดยรัฐบาลกลางใหม่ที่ได้จัดตั้งตามสัตยาบัน 5 ข้อนี้ดังกล่าวนี้ และตามที่เรียกว่าดาโจกัน (Dajokan) หรือสภาใหม่ มีคณะองคมนตรีทำหน้าที่ดำเนินงานวางรากฐานรัฐสภา ซึ่งในระยะนี้ฝ่ายบริหารมีกระทรวงในระยะนี้ 5 กระทรวง คือ กระทรวงการเมือง กระทรวงการศาสนา กระทรวงการคลัง กระทรวงการทหาร และกระทรวงการต่างประเทศ ส่วนกระทรวงยุติธรรมและราชทัณฑ์ มีหน้าที่ในด้านการตัดสินพิพากษาคดี และในครั้งนี้นับเป็นครั้งแรกที่จัดตั้งระเบียบในการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการให้เป็นหน่วยอิสระต่อกัน²⁷⁰

²⁶⁸ Ryosuke Ishii, *A History of Political institutions in Japan* (Tokyo: University of Tokyo Press, 1980), pp. 144-147 อ้างถึงใน อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 286.

²⁶⁹ บุญศรี วงศ์มีอุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 180-181.

²⁷⁰ เพ็ชรี สุมิตร, *ประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 107.

ในเวลาต่อมาได้มีการยกเลิกการปกครองแบบสภาแห่งรัฐดาโจกัน หรือ รัฐบาลแบบดาโจกัน จึงนับได้ว่าเป็นการสิ้นสุดของยุคที่จำกัดอยู่แต่เพียงขุนนางในระดับสูงและเชื้อพระวงศ์ที่จะได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีเท่านั้น และในช่วงเวลานี้เองที่ได้นำรูปแบบของคณะรัฐมนตรีแบบยุโรปมาใช้แทน²⁷¹ และมีการเรียกตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลอย่างเป็นทางการในราวประมาณปี ค.ศ. 1885 ว่าเป็น “นายกรัฐมนตรี” ก่อนจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับเมจิ ใน ค.ศ. 1889 โดยเป็นการแทนที่ระบบฝ่ายบริหารแบบเดิมที่เรียกว่า “ระบบดาโจกัน” (Dajokan System) ด้วย ระบบคณะรัฐมนตรี (Cabinet System)²⁷² และสมเด็จพระมหาจักรพรรดิได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งให้อิโต ฮิโรbumi ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนแรกของญี่ปุ่น²⁷³

แต่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในช่วงเวลานี้ ก็มีได้เป็นหัวหน้าของรัฐบาลอย่างแท้จริงเหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ที่เกิดในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ก็เพราะว่าในสมัยรัฐธรรมนูญเมจิ อำนาจทางการเมืองการปกครองไปรวมศูนย์อยู่ที่พระจักรพรรดิ อีกทั้งในทางปฏิบัติก็มืองค์กรนอกรัฐธรรมนูญคือ สภาเก็นโร (กลุ่มรัฐบุรุษอาวุโส) มาเฉลี่ยอำนาจในทางการเมืองจากหัวหน้ารัฐบาล (นายกรัฐมนตรี) ทำให้นายกรัฐมนตรีในอดีตนั้นยังมิได้มีลักษณะที่โดดเด่น และเป็นประมุขของรัฐบาลที่มีอำนาจอย่างสมบูรณ์แท้จริงอย่างเช่นตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในความหมายอย่างปัจจุบันนี้ของประเทศญี่ปุ่น²⁷⁴

กล่าวโดยสรุป ได้ว่า รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นในช่วงดั้งเดิมนั้น จะเป็นรัฐบาลแบบ “ดาโจกัน” ซึ่งมีลักษณะที่อำนาจในทางบริหารทั้งหมดรวมไปที่องค์จักรพรรดิ และต่อมาก็มีระบบรัฐบาลที่เป็นคณะ โดยมีเป็นรูปแบบการรวมศูนย์การปกครองเช่นกัน ซึ่งฝ่ายบริหารมีชื่อเรียกว่ารัฐบาลแบบ “ดาโจกัน” และในเวลาต่อมาหลังการปฏิรูปการปกครองก่อนที่มีการใช้รัฐธรรมนูญในสมัยเมจิ ก็มีตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลอย่างเป็นทางการมีชื่อเรียกว่า “นายกรัฐมนตรี” แต่ก็ยังเป็นตำแหน่งที่ไม่ได้มีอำนาจอย่างแท้จริงในความหมายของปัจจุบัน เพราะอำนาจในทางบริหารอย่างแท้จริงนั้นยังไปรวมศูนย์อยู่กับพระมหาจักรพรรดิ จึงกล่าวได้ว่าจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองของประเทศญี่ปุ่นในการเข้าสู่นายกรัฐมนตรีประเทศญี่ปุ่นก่อนการใช้รัฐธรรมนูญ ปีค.ศ.1946 จึงถือเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงแต่งตั้งบุคคลใดมาเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร

²⁷¹ บุญศรี วงศ์มีอุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 200.

²⁷² อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 286.

²⁷³ บุญศรี วงศ์มีอุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 200.

²⁷⁴ อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 289.

3.2.2.3 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (หลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง)

สำหรับการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนั้น การตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นเรื่องของการแบ่งปันอำนาจระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา (สภาไอเอต) อย่างเห็นได้ชัด เพราะรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นพัฒนามาจากสภาพทางการเมืองอีกแบบหนึ่งคือ จากเดิมที่พระเจ้าจักรพรรดิเคยมีพระราชอำนาจอย่างกว้างขวาง ต่อมาเมื่อเข้าสู่ระบบรัฐสภาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยสหรัฐอเมริกาเข้ามาจัดการให้ก็ต้องกำหนดทุกอย่างให้ชัดเจนจะอาศัยประเพณีการปกครองแบบเก่า ๆ อย่างเมื่อครั้งพระเจ้าจักรพรรดิในรัชสมัยของเมจิมาอธิบายไม่ได้²⁷⁵ ซึ่งหลังจากประเทศญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง จนเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญประเทศญี่ปุ่นฉบับปัจจุบัน ปี ค.ศ. 1946 ที่มีใจความสำคัญว่า ที่มาของนายกรัฐมนตรีมาจาก พระจักรพรรดิทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยการเสนอชื่อของรัฐสภา (สภาไดเอต)²⁷⁶ โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นที่ได้ทำการบัญญัติไว้ว่า คณะรัฐมนตรี ประกอบขึ้นด้วยนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะ และรัฐมนตรีอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁷⁷ และนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีคนอื่น ๆ ต้องเป็นพลเรือน²⁷⁸ ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าที่มาของนายกรัฐมนตรีนั้นต้องมาจาก การเลือกตั้งจากบรรดาสมาชิกของรัฐสภา (สภาไดเอต) ซึ่งต้องเป็นสมาชิกของสภาไดเอตและเป็นพลเรือนด้วย²⁷⁹

ในการเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีนั้น ให้ทำการเสนอชื่อโดยบุคคลที่เป็นสมาชิกของรัฐสภา (สภาไดเอต) โดยการลงมติของรัฐสภา และในการเสนอชื่อนี้ให้กระทำก่อนบทบัญญัติอื่น ๆ ทั้งหมด และในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีมติที่แตกต่างกันในการเสนอชื่อ และได้ทำการเปิดประชุมร่วมกันของทั้งสองสภาตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ปรากฏว่ายังไม่สามารถได้ความเห็นที่ตรงกันอีก หรือหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติในการเสนอชื่อแล้ว แต่วุฒิสภาไม่ได้ลงมติในการเสนอชื่อ ภายใน 10 วัน (ทั้งนี้โดยไม่นับช่วงเวลาของรัฐสภาปิดสมัยประชุม) ให้ถือเอามติของสภาผู้แทนราษฎร เป็นมติของรัฐสภา (สภาไอเอต)²⁸⁰

²⁷⁵ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 567.

²⁷⁶ มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁷⁷ มาตรา 66 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

²⁷⁸ มาตรา 66 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; *เรื่องเดียวกัน*.

²⁷⁹ ไพโรจน์ ชัยนาม, “นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำต้องมาจากรัฐสภาเพียงใด,” ใน 100 ปี ขาดกาล ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม: หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม วันเสาร์ที่ 25 มิถุนายน 2554, หน้า 64.

²⁸⁰ มาตรา 67 แห่งรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

จะเห็นได้ว่า ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นเรื่องของรัฐสภา(สภาไดเอต) โดยแท้ที่จริงแล้วก็เป็นคณะเสนาธิการของพรรคการเมืองหรือของคณะพรรคการเมืองผสมฝ่ายข้างมากซึ่งเลือกเจาะจงตัวหัวหน้าคณะรัฐบาล โดยได้มีการลงคะแนนตามญัตติที่เสนอและให้หัวหน้าคณะรัฐบาลนี้จะทำรายชื่อสมาชิกของคณะรัฐมนตรีขึ้นมา ดังจะเห็นได้ว่าตามวิธีการนี้ของประเทศญี่ปุ่น นายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรีต่าง ๆ จะได้รับการเลือกตั้งในแต่งตั้งไม่เหมือนกัน กล่าวคือ สำหรับนายกรัฐมนตรีนั้น รัฐสภา (ประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา) เป็นผู้เลือกเจาะจงตัวจากสมาชิกของสภาให้แต่งตั้งโดยการลงคะแนนมติของตน และจะยินยอมให้สัปดาห์ในการรับรองการแต่งตั้งบุคคลอื่นนอกสภา จึงจะเห็นได้ว่าเป็นการแตกต่างกับสมเด็จพระบรมราชาธิบดีของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประมุขของประเทศในระบอบการปกครองโดยรัฐสภาเหมือนกัน เพราะพระเจ้าจักรพรรดิทรงเป็นผู้ยืนยันตามมติแห่งผลของการพิจารณาของรัฐสภา²⁸¹

โดยภายใต้รัฐธรรมนูญหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้ นายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจมากกว่านายกรัฐมนตรีภายใต้รัฐธรรมนูญเมจิในยุคก่อนสงครามโลก ทั้งนี้เพราะในยุคหลังสงครามโลกนั้น นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลได้ เพราะในทางทฤษฎีนั้น นายกรัฐมนตรีมีอำนาจมาก เพราะผู้ใดก็ตามในคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับตนสามารถถูกปลดได้ ซึ่งตามกฎหมายแล้วการตัดสินใจอย่างเป็นเอกฉันท์ของคณะรัฐมนตรีจึงสามารถเกิดขึ้นได้เสมอ หากว่านายกรัฐมนตรีพร้อมที่จะปลดรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลที่ไม่เห็นด้วย²⁸²

ดังนั้นแล้ว จากการศึกษาในเรื่องรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น จะพบว่านายกรัฐมนตรีจะต้องถูกเสนอชื่อมาจากทั้งสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ซึ่งตัวนายกรัฐมนตรีนั้นจะเป็นสมาชิกพรรคของสภาด้วย กล่าวคือ จะเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎร หรือ วุฒิสภาก็ได้ แต่ในทางความเป็นจริงนั้นจะเป็นหัวหน้าพรรค ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคที่มีคะแนนเสียงข้างมากก็จะได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ของประเทศญี่ปุ่นยังไม่เคยปรากฏว่ามีการเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีมาจากทางวุฒิสมาชิก เพียงแต่รัฐธรรมนูญได้เปิดช่องว่างไว้ โดยบังคับว่า จะต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสมาชิกก็ได้²⁸³

²⁸¹ไพโรจน์ ชัยนาม, “นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำต้องมาจากรัฐสภาเพียงใด,” ใน 100 ปีชาตกาล ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม: หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม วันเสาร์ที่ 25 มิถุนายน 2554, หน้า 64.

²⁸²ไชยวัฒน์ คำชู, นโยบายต่างประเทศของญี่ปุ่น: ความเปลี่ยนแปลงและความต่อเนื่อง (กรุงเทพฯ: เลคแอนน์ฟาร์เท่น พรินต์ติ้ง, 2549), หน้า 70.

²⁸³กมลชัย รัตนสกาวงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

กล่าวโดยสรุป ได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (หลังการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง) หรือในปัจจุบันนี้ของประเทศญี่ปุ่นนั้น พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยการเสนอชื่อของรัฐสภา ซึ่งต้องเป็นสมาชิกของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องไว้ว่าสามารถเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาก็ได้ แต่โดยจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของญี่ปุ่นแล้วนั้น จะต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในรัฐสภามาดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี

3.2.3 หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของญี่ปุ่น

ในการศึกษาถึงโครงสร้างของสถาบันตุลาการของประเทศญี่ปุ่นนั้น จะทราบว่า มีลักษณะพิเศษบางประการโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Review) ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีโครงสร้างสถาบันตุลาการที่ได้รับอิทธิพลในทางรูปแบบมาจากระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเข้ามามีอิทธิพลในการบริการราชการแผ่นดินในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง รวมถึงการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนี้ด้วย²⁸⁴ และนำมาสู่การปฏิรูประบบงานยุติธรรม ซึ่งทำให้สถาบันตุลาการมีความเป็นอิสระมากขึ้น ซึ่งได้แยกสถาบันตุลาการออกจากกระทรวงยุติธรรม และให้มีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาคดีทั้งปวง อีกทั้งยังมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารอีกด้วย²⁸⁵

การศึกษาถึงระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบการกระจายอำนาจที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาอันมีเหตุผลทางประวัติศาสตร์ และหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยทั้งนี้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมีผลในทางปฏิบัติ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีเครื่องมือของรัฐ นั่นก็คือ การใช้อำนาจในทางตุลาการผ่านทางศาลยุติธรรมในการเข้ามาช่วย ซึ่งจะทำการพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการละเมิด

²⁸⁴ Shoichi Koseki, *The Birth of Japan's Postwar Constitution 68-191*, Ray A. Moore, ed. (N.p.: n.p., 1997) อ้างถึงใน ภูมิ มูลศิลป์, *ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน: กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม* (กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิคแอนด์ดีไซน์และการพิมพ์, 2559), หน้า 97.

²⁸⁵ ภูมิ มูลศิลป์, *ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน: กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม* (กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิคแอนด์ดีไซน์และการพิมพ์, 2559), หน้า 100.

ต่อสิทธิเสรีภาพหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁸⁶

ซึ่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น อันถือว่าเป็นอำนาจของตุลาการซึ่งอำนาจในทางตุลาการทั้งหมดนั้นอยู่ที่ศาลสูง²⁸⁷ โดยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการใช้อำนาจตุลาการเข้ามาตรวจสอบ ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่า ระบบการตรวจสอบการขัดกันต่อรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นนั้น โดยหลักศาลยุติธรรมทั่วไปที่ใช้อำนาจในทางตุลาการในการตัดสินคดีก็มีสิทธิที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องตั้งองค์กรพิเศษ อย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะขึ้นมา ซึ่งอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ การตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้ในคดีที่มีการฟ้องร้องอย่างเป็นรูปธรรมเท่านั้น²⁸⁸

อย่างไรก็ตาม ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นนั้น ศาลสูง จึงเป็นศาลชั้นสุดท้ายซึ่งมีอำนาจในการตัดสินให้เป็นที่สุดว่ากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการดำเนินการใด ๆ นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁸⁹ โดยเมื่อพิจารณาแล้วนั้น ก็สามารถที่จะตีความได้ว่า ศาลยุติธรรมไม่สามารถใช้อำนาจเชิงรุกที่จะดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เองอย่างเช่นกับศาลรัฐธรรมนูญในประเทศอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นข้อห้ามแต่อย่างใด ดังนั้นแล้ว หากว่ากฎหมายที่กำหนดกฎระเบียบสำหรับศาลยุติธรรมกำหนดอำนาจหน้าที่และวิธีการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ดังกฎระเบียบของศาลรัฐธรรมนูญ ฉะนั้นแล้ว ศาลสูงที่สุดก็มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เหมือนกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ²⁹⁰

²⁸⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการตรวจสอบชอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) (กรุงเทพฯ: ธนาพรส, 2558), หน้า 166-167.

²⁸⁷ มาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁸⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167.

²⁸⁹ มาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุดา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167.

ดังนั้น ศาลสูงของประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการตีความรัฐธรรมนูญ²⁹¹ กล่าวคือ เมื่อมีเรื่องที่จะต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก็จะต้องตีความรัฐธรรมนูญโดยถูกต้อง ซึ่งสิ่งเหล่านี้เอง ก่อให้เกิดคำพิพากษาในสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เคยมีมาก่อนในระบบการศาลยุติธรรมก่อนหน้านี้ ดังนั้นแล้ว คำพิพากษาของศาลสูงจึงมีความสำคัญเป็นพิเศษ ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญในสมัยเมจิ การตัดสินของศาลสามารถทำได้เพียงการพิจารณาถึงปัญหาหลักทัศนคติเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากทุกวันนี้ที่การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นเรื่องของปัญหาข้อกฎหมายอย่างแท้จริง ดังนั้น การที่ศาลมีอำนาจในการตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้ ไม่ได้หมายความว่า ศาลจะต้องเสี่ยงต่อการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการเมือง แต่ถ้าหากเมื่อใดมีประเด็นในทางการเมืองแท้ ๆ เกิดขึ้น ศาลก็อาจจะหลีกเลี่ยงได้²⁹²

ประกอบกับศาลสูงนั้นยังมีอำนาจในการกำหนดข้อความบังคับในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับกระบวนการในการฟ้องคดี ระเบียบข้อบังคับภายในศาล และการบริหารงานตุลาการ²⁹³ และในเรื่องของการวางหลักของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นจึงได้วางหลักเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของรัฐไว้ในกรณี Nation Police Reserve หมายเลขคดีที่ 23 ปี ค.ศ. 1952 ซึ่งผลจากคดีนี้ ศาลสูงสุดก็ได้วางหลักในเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ว่า “เนื่องจากระบบศาลยุติธรรมของประเทศญี่ปุ่นเป็นการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาคดี ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการของศาลยุติธรรมจำเป็นต้องมีการฟ้องร้องคดีข้อพิพาทให้เป็นรูปธรรมเกิดขึ้น” ดังนั้นแล้ว ศาลยุติธรรมของญี่ปุ่นจึงจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยกรณีที่เป็นกรณีตีความรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ โดยไม่มีคดีข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่อำนาจหน้าที่จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของอำนาจตุลาการ²⁹⁴

นอกจากนี้ ในเรื่องขององค์คณะในการพิจารณาคดี และผลผูกพันต่อคำพิพากษาของศาลสูงนั้น จะเห็นได้ว่า ปัจจุบันศาลสูงนั้นมีโครงสร้าง ซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาทั้งหมด 15 คน โดย

²⁹¹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง โครงการเสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (กรุงเทพฯ: ธนาเพชร, 2558), หน้า 278.

²⁹² โนะเดะ โยะมิยูกิ, กฎหมายญี่ปุ่น: การศึกษาเปรียบเทียบทางสังคม-วัฒนธรรม (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 364.

²⁹³ มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น; สุกา วิศรุตพิชญ์, *เรื่องเดิม*.

²⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167-169.

แบ่งเป็นคณะย่อย (Petty Benches) รวม 3 คณะ แต่ละคณะมีผู้พิพากษาศาลสูง 5 คน เป็นองค์คณะร่วมกัน และโดยทั่วไปนั้น คดีของศาลสูงจะได้รับการพิจารณาจากแต่ละคณะย่อยดังกล่าว เว้นแต่กรณียกเว้นบางกรณี อย่างเช่น คดีที่มีประเด็นในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย หรือองค์คณะย่อยเห็นควรส่งคดีให้ศาลสูงสุดเต็มองค์คณะพิจารณา เป็นต้น ศาลสูงสุดเต็มองค์คณะจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา²⁹⁵ ดังนั้นแล้ว การพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะต้องทำโดยที่ประชุมเต็มศาล (Plenary Session) ของศาลสูง และกฎเกณฑ์ที่ว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 8 ใน 15 คน ของศาลสูงสุดเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้น โดยหลักเสียงข้างมากดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาใช้กับการวินิจฉัยถึงความชอบของกฎหมายด้วยรัฐธรรมนูญได้ โดยทั้งนี้เมื่อศาลสูงสุดได้ทำการพิจารณาและมีคำพิพากษาว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น ศาลสูงสุดจะต้องส่งสำเนาคำพิพากษาดังกล่าวไปยังคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา ดังนั้นแล้วในกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ได้แสดงให้เห็นว่าศาลสูงสุดเองก็ยอมรับเอาทฤษฎีที่ว่าคำพิพากษามีผลสูงสุดในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย²⁹⁶

ดังนั้นแล้ว องค์การที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ก็คือ “ศาลสูงสุด” เพราะศาลสูงสุดเป็นศาลยุติธรรมสูงสุดเพียงหนึ่งเดียว ซึ่งในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลสูงสุดก็จะตัดสินเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้าย ฉะนั้นแล้ว ศาลสูงสุดของประเทศญี่ปุ่น จึงมีลักษณะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายหลังจากที่มีการประกาศใช้บทบัญญัตินั้นแล้ว²⁹⁷

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สำหรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีองค์กรในทางตุลาการ คือ ศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ โดยคดีที่เข้ามาวินิจฉัยนั้นต้องเป็นคดีที่มีข้อพิพาทและศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบได้ภายหลังจากที่มีการใช้บทบัญญัติไปแล้วเท่านั้น กล่าวคือเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่ใช้บทบัญญัติไปแล้ว และการเข้ามาตรวจสอบของศาลสูงสุดนั้นผู้พิพากษาที่เข้ามาพิจารณาคดีนั้นก็ต้องกระทำโดยเต็มองค์ประชุมศาลของศาลสูงสุด

ดังนั้นแล้ว กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในเรื่องของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นั้น รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นได้วางหลักการที่สำคัญไว้หลายเรื่อง เช่นในเรื่องของหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งจะเห็นได้ว่า

²⁹⁵ จุมพล ภิญโญสินวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 363.

²⁹⁶ โนะตะ โยะมิยูกิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 189.

²⁹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 172.

แต่เดิมนั้น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด ซึ่งมีอำนาจในทางจารีตประเพณี การปกครองที่กว้างขวางมาก และโดยเฉพาะในเรื่องการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร หรือ “นายกรัฐมนตรี” ก็เช่นกัน ที่แต่เดิมเป็นพระราชอำนาจเต็มในการแต่งตั้งบุคคลมาดำรงตำแหน่ง แต่หลังจากการเข้ามาจัดระเบียบของประเทศอเมริกา พระราชอำนาจแต่เดิมที่เคยมีก็เปลี่ยนแปลงมาเป็นพระราชอำนาจในทางพิธี หรือกล่าวคือ ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีได้นั้น ต้องเป็นผู้ที่รัฐสภาได้เลือกมาแล้ว และพระองค์แค่ทรงแต่งตั้งตามที่รัฐสภาเสนอมาเท่านั้น ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าบริบทในการเมืองการปกครองของญี่ปุ่นในช่วงหลังการแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว และองค์ประมุขของรัฐ คือ สมเด็จพระจักรพรรดิ นั้น ทรงมีพระราชสถานะในเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

โดยมีองค์กรในทางตุลาการ คือ ศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ ซึ่งการทำหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินั้น ต้องคดีที่เข้ามาวินิจฉัยนั้นต้องเป็นคดีที่มีข้อพิพาทและศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบได้ภายหลังจากที่มีการใช้บทบัญญัติไปแล้วเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่ใช้บทบัญญัติไปแล้ว และการเข้ามาตรวจสอบของศาลสูงสุดนั้นผู้พิพากษาที่เข้ามาพิจารณาคดีนั้นก็ต้องกระทำโดยเต็มองค์ประชุมศาลของศาลสูงสุด

สำหรับบทนี้ กล่าวโดยสรุปได้ว่า จากที่ได้ศึกษามาแล้วนั้นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของต่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น จะพบว่าทั้งสองประเทศนี้มีวิวัฒนาการและจารีตประเพณีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษ นั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะคือ ลักษณะแรก เป็นรูปแบบวิธีปกตินั้นถือว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี โดยพระมหากษัตริย์นั้นจะทรงต้องผูกพันด้วยจารีตประเพณีการปกครองที่สำคัญสองประการ คือต้องเป็นผู้ที่มาจากสมาชิกของสภาสามัญ (House of Commons) และจะต้องเป็นผู้ที่เป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนสนับสนุนเสียงข้างมากจากสมาชิกของสภาสามัญ จึงเป็นผู้ที่สมควรได้รับความไว้วางพระราชหฤทัยในการบริหารราชการแผ่นดินให้ดำรงตำแหน่ง “นายกรัฐมนตรี” และรูปแบบที่สอง คือ การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นมาจากการเกิดสถานการณ์ที่มีความพิเศษในทางการเมืองการปกครองของอังกฤษอย่างยิ่ง อันได้แก่ กรณีแรกนายกรัฐมนตรีลาออกจากหัวหน้าพรรค และประกาศว่าจะลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทันทีที่ได้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ กรณีที่สองนายกรัฐมนตรีเสียชีวิต หรือไร้ความสามารถอย่างถาวรหรือไม่สามารถ

ปฏิบัติราชการได้ กรณีที่สามประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ และกรณีที่สี่ประเทศอยู่ในสภาวะสงคราม

ดังนั้นแล้ว การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีทั้งสองรูปแบบของประเทศอังกฤษ จึงถือว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของอังกฤษ ในการที่จะแต่งตั้ง “รัฐบาลในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว” ในการบริหารราชการแผ่นดิน และในภายหลังแม้ว่าจะมีจารีตประเพณีมากำกับว่า จะต้องเป็นสมาชิกสมาคมนิติ และต้องเป็นหัวหน้าพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาก็ตาม และทั้งสองรูปแบบก็ให้การบริหารราชการแผ่นดินที่อยู่ในภาวะปกติและในช่วงที่ประเทศอยู่ในสภาวะพิเศษในทางการเมืองการปกครองให้ผ่านพ้นวิกฤติการณ์ไปได้

ส่วนการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นนั้น มีอยู่สองลักษณะเช่นกัน คือ ก่อนการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งก่อนนั้น ในช่วงดังเดิมนั้น จะเป็นรัฐบาลแบบ “โคโจกัน” ซึ่งมีลักษณะที่อำนาจในทางบริหารทั้งหมดรวมไปที่องค์จักรพรรดิ และต่อมาก็มีระบบรัฐบาลที่เป็นคณะ โดยมีเป็นรูปแบบการรวมศูนย์การปกครองเช่นกัน ซึ่งฝ่ายบริหารมีชื่อเรียกว่ารัฐบาลแบบ “คาโจกัน” และในเวลาต่อมาหลังการปฏิรูปการปกครองก่อนที่มีการใช้รัฐธรรมนูญในสมัยเมจิ ก็มีตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลอย่างเป็นทางการมีชื่อเรียกว่า “นายกรัฐมนตรี” แต่ก็เป็นตำแหน่งที่ไม่ได้มีอำนาจอย่างแท้จริงในความหมายของปัจจุบัน เพราะอำนาจในทางบริหารอย่างแท้จริงนั้นยังไปรวมศูนย์อยู่กับพระมหากษัตริย์ จึงถือได้ว่า จารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองของประเทศญี่ปุ่นในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีประเทศญี่ปุ่นก่อนการใช้รัฐธรรมนูญ ปีค.ศ. 1946 จึงถือเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงแต่งตั้งบุคคลใดมาเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร

แต่อย่างไรก็ตามภายหลังจากการแพ้สงครามโลกครั้งที่สองหรือ รัฐธรรมนูญในปัจจุบันนี้ของประเทศญี่ปุ่นนั้น พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยการเสนอชื่อของรัฐสภา ซึ่งต้องเป็นสมาชิกของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องไว้ว่าสามารถเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาก็ได้ แต่โดยจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของญี่ปุ่นแล้วนั้น จะต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในรัฐสภามาดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ พระราชอำนาจในทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้นก็ต้องเป็นพระราชอำนาจในทางพิธีเสียมากกว่า

ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินั้น อังกฤษจะมีการควบคุมอยู่โดยสององค์กรหลัก คือ รัฐสภา ที่ถือว่า อำนาจสูงสุดอยู่รัฐสภา และ องค์กรศาลที่ภายหลังแยกอำนาจออกมาศาลสหราชอาณาจักร มาเป็นองค์กรศาลที่เป็นอิสระ ซึ่งแตกต่างจากญี่ปุ่นที่องค์กรในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมืองค์กรเดียวคือ ศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ โดยคดีที่เข้ามาวินิจฉัยนั้นต้องเป็นคดีที่มีข้อพิพาทและศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบได้ภายหลังจากที่มีการใช้บทบัญญัติไป

แล้วเท่านั้น กล่าวคือเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่จับทบัญญัติไปแล้ว และการเข้ามาตรวจสอบของศาลสูงสุดนั้นผู้พิพากษาที่เข้ามาพิจารณาคดีนั้นก็ต้องกระทำโดยเต็มองค์ประชุมศาลของศาลสูงสุด

ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศมีวิวัฒนาการในทางการเมืองการปกครองที่แตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยประเทศอังกฤษนั้นมีวิวัฒนาการที่มีลักษณะแบบค่อยเป็นค่อยไปในทางประวัติศาสตร์ ส่วนญี่ปุ่นนั้นมีวิวัฒนาการที่ค่อนข้างกะทันหันอันเป็นเหตุผลมาจากการแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง แต่เมื่อพิจารณาแล้วนั้นก็เห็นว่าสิ่งที่ญี่ปุ่นและอังกฤษมีเหมือนกันนั้นคือฐานะพระประมุขของรัฐที่ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ผ่านเรื่องราวทางประวัติศาสตร์ในการทรงเข้ามาแก้ไขวิกฤติการณ์ของชาติในหลายช่วงเหตุการณ์ที่สำคัญ ซึ่งประเทศไทยเองก็มีองค์พระมหากษัตริย์ที่ทรงดำรงพระราชสถานะเฉกเช่นเดียวกับประเทศทั้งสองและประเทศไทยก็ได้ผ่านเรื่องราวทางประวัติศาสตร์รวมทั้งจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองที่สำคัญหลายเหตุการณ์คล้ายคลึง ดังที่จะกล่าวในบทต่อไป

บทที่ 4

การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการเข้าสู่ ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย

ในอดีตประเทศไทยตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยถึงยุคก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 ประเทศไทยได้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งอำนาจอธิปไตย คือ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ทั้ง 3 อำนาจอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งถือว่าเป็นประมุขของประเทศ แต่ด้วยบริบทสังคมไทยแม้พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ทรงสิทธิ์ทั้ง 3 อำนาจ แต่พระองค์ก็ไม่อาจจะทรงใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ เพราะตามจารีตประเพณีของสังคมไทยอันถือเป็น “นิติโบราณราชประเพณี” คือ พระมหากษัตริย์ทุกพระองค์ทรงปกครองแผ่นดินโดยธรรม การใช้อำนาจทั้ง 3 ของพระองค์ก็ทรงอยู่ภายใต้ของหลักทศพิธราชธรรม เมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาเป็น ระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การบริหารราชการแผ่นดินก็ต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้²⁹⁸ แต่ก็มีบางสถานการณ์ก็อาจจะนำจารีตประเพณีการเมืองการปกครองที่เคยปฏิบัติในอดีต นำมาใช้ได้เพื่อให้เกิดประโยชน์สุขต่อสังคมและประชาชนได้เช่นกัน ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนขอเสนอถึง หลักการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รูปแบบการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในระบบกฎหมายไทย และหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ “จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย”

4.1 หลักการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้กับรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองแบบรัฐสภาในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งแน่นอนว่าตั้งแต่การอภิวัฒน์สยามประเทศ 2475 เปลี่ยนการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ได้มีการเกิดจารีตประเพณีในการปกครองหลาย

²⁹⁸ กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว, “70 ปีแห่งรัชสมัย พระราชประเพณีการปกครองอันทรงธรรม เยาวชนไทยได้ร่วม ‘พระบารมี’,” ใน หนังสืองานฉลองวันเยาวชนแห่งชาติ ประจำปี 2560 สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์ (กรุงเทพฯ: จามจุรีโปรดักส์, 2560), หน้า 15.

ประการ และจารีตประเพณีการปกครองหลายประการนี้เมื่อมีการยอมรับและมีการปฏิบัติกันมา ต่อเนื่องจึงกลายมาเป็น ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยที่มีสภาพบังคับ ในทางรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนี้ผู้เขียนจะนำเสนอถึงความหมายของจารีตประเพณีการปกครอง ประเทศไทย และนำเสนอถึงที่มาของบทบัญญัติอันเป็นบทบัญญัติที่มีการตราลงในกฎหมาย รัฐธรรมนูญ ตลอดจนการศึกษาถึงการค้นหัจรีตประเพณีการปกครองในอดีต ไว้อย่างเป็นทางการสำคัญ

4.1.1 ความหมายของจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนอกจากจะมีคำว่า “ระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งแสดงว่าประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ยังปรากฏคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” อยู่ด้วย ซึ่งคำนี้ได้ปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญไทยหลายฉบับ โดยมีบทบัญญัติในลักษณะที่ยืดหยุ่นมากเพื่อให้ครอบคลุมในเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่อาจบัญญัติไว้ได้ครบถ้วน หรือไม่อาจคาดหมายได้ในขณะร่างรัฐธรรมนูญนั้น โดยบัญญัติไว้ว่า หากไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่เรื่องใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครอง ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย²⁹⁹ ดังนั้นแล้วจึงมีความสงสัยเสมอว่าคำนี้มีความหมายว่าอย่างไร จึงเป็นเรื่องที่น่าศึกษาอย่างยิ่งว่ามีความหมายอย่างไร โดยในเรื่องนี้ก่อนที่มาเป็นบทบัญญัติฉบับมี บทบัญญัตินั้นได้มีผู้ให้ความหมายไว้ดังนี้

พระยานิติศาสตร์ไพศาล³⁰⁰ ได้อธิบายถึงคำว่า “ธรรมเนียมประเพณี” โดยได้อธิบายว่าเป็น ที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่ง โดยธรรมเนียมประเพณีที่ยกขึ้นกล่าวอ้างในการพิจารณาคดีนั้น ต้องเป็นธรรมเนียมประเพณีที่มีน้ำหนักเท่ากับเป็นกฎหมาย และเป็นข้อยกเว้นจากกฎหมายธรรมดา ของประเทศ ดังนั้นแล้ว การจะยกธรรมเนียมประเพณีที่ขอบด้วยกฎหมายขึ้นมาอ้างนั้น ต้อง ประกอบด้วยเหตุผล 4 ประการ กล่าวคือ ต้องเป็นประเพณีซึ่งมีมาอย่างยาวนาน ต้องเป็นประเพณี อันสมควร ต้องมีการกำหนดอย่างแน่นอน และธรรมเนียมประเพณีนั้นต้องไม่มีกฎหมายประกาศ ยกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น

หลวงประดิษฐมนูธรรม (ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์) ได้อธิบายถึงคำว่า “ธรรมเนียมประเพณี รัฐธรรมนูญ (Constitutional Customs)” ไว้ว่า “จัดอยู่ในประเภทของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้ขีด เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution)” โดยท่านได้ยกคำอธิบายในเรื่องของธรรมเนียม

²⁹⁹ ปรากฏพงษ์ ตีลภัทร, ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย: ข้อพิจารณาเบื้องต้น รัฐสภาสาร 62, 7 (กรกฎาคม 2557): 12.

³⁰⁰ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, หัวข้อเล็กเซอร์ธรรมศาสตร์ (พระนคร: เติลเมล์, 2466), หน้า 27-34.

นิยมประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้ว่า “ส่วนในสยามนั้น ปรากฏในรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งบันทึกคำอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475 ในประเด็นว่า จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงปฏิญาณก่อนจะเข้ามารับหน้าที่หรือไม่ โดยฝ่ายหนึ่งต้องการให้บัญญัติว่าให้พระมหากษัตริย์ทรงปฏิญาณ แต่ประธานอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลวงประดิษฐมนูธรรม (ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์) เห็นว่า ราชประเพณีราชาภิเษกก็มีการปฏิญาณอยู่แล้ว ไม่จำเป็นต้องเขียนในร่างรัฐธรรมนูญ และที่สุดแล้วก็ไม่มีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าให้พระมหากษัตริย์ทรงปฏิญาณก่อนเสวยราชสมบัติ เพราะมีจารีตประเพณีการปกครองในเรื่องนี้อยู่และถือว่าธรรมเนียมประเพณีประชาธิปไตยยังคงใช้ได้ต่อไป³⁰¹

จรัญ ภัคศิธนากุล³⁰² ได้อธิบายถึงคำว่า “ประเพณีการปกครอง” ซึ่งตรงกับศัพท์ภาษาอังกฤษว่า Convention หรือ Constitution Convention โดยต้องเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเริ่มมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 โดยต้องเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ใช้ระบบรัฐสภาซึ่งมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น ความหมายและนัยยะของเรื่องนี้จะต้องประกอบด้วยหลักคิดที่สำคัญหลายประการ ดังนี้

ประการแรก พิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เคยวินิจฉัยไว้ในเรื่องใด ในหัวข้อนี้ อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าจะเป็นบรรทัดฐานและเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนมากที่สุด แทนที่จะไปเริ่มที่ประเพณีปฏิบัติหลัง 2475 ที่ผ่านมา กลับมาเริ่มต้นที่คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถ้ามีอยู่ที่ไหนต้องไปรวบรวมเอามาวิเคราะห์ สังเคราะห์ ถอดบทเรียนออกมา แล้วก็จะได้เห็นความหมายเบื้องต้น ซึ่งเป็นความหมายที่เป็นตัวอย่างอันเป็นรูปธรรมและมั่นคงที่สุด ชัดเจนที่สุด เพราะคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ผูกพันทุกองค์กรในประเทศนี้ รวมทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล จะตีความเป็นอย่างอื่นไม่ได้ ต้องไปค้นหามา

ประการที่สอง เป็นประเพณีที่เคยปฏิบัติมาในอดีต โดยต้องเป็นประเพณีในระดับของการปกครองของประเทศ และต้องเป็นประเพณีที่ปฏิบัติกันมากกว่าหนึ่งครั้ง

ประการที่สาม เป็นประเพณีปฏิบัติที่เป็นสากลที่ประเทศที่เคยใช้การปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยถือตรงกันหมด ทั้งนี้ในประการนี้เห็นว่าเอามาปรับใช้ค่อนข้างยาก เพราะมันอาจจะไม่เหมาะสมเท่าไรกับบริบทของไทย แต่ในเมื่อมันไม่มีประเพณีปฏิบัติก็สามารถหามาปรับใช้ได้ แต่ต้องนำมาปรับใช้ที่มีขอบเขตอยู่บนความเหมาะสมของบริบทของทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยด้วย

³⁰¹ ปรีดี พนมยงค์, *เรื่องเดิม*, หน้า 141-142.

³⁰² จรัญ ภัคศิธนากุล, *ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ*, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

วิชญ์ เครื่องงาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ³⁰³ ได้อธิบายถึงคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” โดยอธิบายผ่านบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2520) มาตรา 30 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยใดก็ตาม ความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี ขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

โดยความหมายของ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” นั้นมีความหมายซึ่งประกอบกันดังนี้

ประเพณี (Custom หรือ Practice) หมายความว่า “แนวทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติสืบต่อกันมาซึ่งควรเป็นแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ” ในส่วนนี้ทำให้เห็นคล้ายกับว่าประเทศไทยเรานั้นมีธรรมเนียมปฏิบัติ หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนกับประเทศอังกฤษ แต่ความจริงแล้วนั้นไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะประเพณีของประเทศอังกฤษนั้นเป็นประเพณีที่สืบทอดกันมาหลายร้อยปีแล้ว จนถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่ประเพณีตามมาตรา 30 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2520) หรือบทบัญญัติแห่งมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) นั้น หมายถึง ประเพณีตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ของไทยเท่านั้น และการที่จะถือได้ว่าเป็นประเพณีได้นั้นต้องมีการบัญญัติรับรองในเรื่องเหล่านั้นไว้ในรัฐธรรมนูญหลายครั้ง หรือมีการปฏิบัติกันเป็นเวลานานพอสมควร

ประเพณีการปกครอง (Administrative Practice) หมายความว่า “ประเพณีที่ว่านั้นจะต้องเป็นประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง” โดยความเกี่ยวเนื่องในประเพณีการปกครองนี้ ได้แก่ ประเพณีที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องพระมหากษัตริย์ ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ฝ่ายตุลาการ (ศาล) และตลอดด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองชาวไทย

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย (Administrative Practice of Thailand under the Democratic Regime) หมายความว่า “ประเพณีนั้น ๆ ต้องใช้มาตั้งแต่มีการปกครองแบบประชาธิปไตยในประเทศไทย” ซึ่งอธิบายได้ว่าประเพณีนั้นต้องเป็นประเพณีที่นับตั้งแต่การอภิวัฒน์สยามหรือการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อปี 2475 เป็นต้นมา

³⁰³ วิชาญ เครื่องงาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520** (กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, 2520), หน้า 167-168.

ภูริชญา วัฒนรุ่ง³⁰⁴ ได้อธิบายถึงคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งเป็นบทบัญญัติตามมาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ปัจจุบันบทบัญญัตินี้มีนัยเหมือนกับมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ไว้ว่า

พระราชอำนาจตามโบราณราชนิติประเพณีของสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งมิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใดบัญญัติไว้เลยนั้น ได้ถูกอัญเชิญให้เป็นกฎหมายสูงสุดของระบอบการปกครองในปัจจุบัน ด้วยเหตุผลที่เป็นที่ประจักษ์แล้วว่าพระราชอำนาจแห่งพระมหากษัตริย์นั้นเป็นอำนาจเพื่อดบุงคเชื้อและระงับวิกฤติของชาติอันเป็นพระราชอำนาจเพื่อประโยชน์สุขของอาณาประชาราษฎร์ทั้งหลายนั่นเอง

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ³⁰⁵ ได้อธิบายได้อธิบายถึงคำว่า “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ไว้ว่าสามารถพิจารณาได้เป็นสองนัยด้วยกัน กล่าวคือ อาจเป็นประเพณีการปกครองของไทยเราเองในช่วงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ผ่านมา หรือ อาจเป็นประเพณีการปกครองของต่างประเทศ ซึ่งพอจะนำมาปรับให้เข้ากับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องมาจากประเทศที่มีระบอบพระมหากษัตริย์เท่านั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครองในการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสาม คือ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และเกี่ยวข้องกับองค์ประมุขของประเทศคือพระมหากษัตริย์ โดยการจะถือว่าเป็นประเพณีการปกครองนั้นต้องเริ่มนับตั้งแต่ที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และรวมถึงพระราชอำนาจตามนิติโบราณราชประเพณีของสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งมิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใดบัญญัติไว้เลย ได้ถูกอัญเชิญให้เป็นกฎหมายสูงสุดตามรัฐธรรมนูญ ของระบอบการปกครองในปัจจุบันอีกด้วย

³⁰⁴ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, “สถาบันกษัตริย์กับกฎหมายมหาชนในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ 3, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2546): 100.

³⁰⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 299.

4.1.2 ความเป็นมาของบทบัญญัติจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

สำหรับบทบัญญัติในเรื่องจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยได้มีขึ้นครั้งแรกและผู้ที่เป็นผู้คิดค้นและเป็นผู้ร่างบทบัญญัตินี้ คือ ศาสตราจารย์ พระยาอรรถการนิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์) โดยปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502) มาตรา 20 โดยท่านได้กรณายกตัวอย่างในเรื่องนี้ไว้เมื่อครั้งที่บรรยายในหัวข้อเรื่อง “กระทรวงยุติธรรมและนโยบายป้องกันราชอาณาจักร” ซึ่งอธิบายได้ว่า กฎหมายของประเทศไทยนั้นมิได้มีเฉพาะตามที่ตามบทบัญญัติไว้ในธรรมนูญเท่านั้น เพราะถ้าหากกล่าวเช่นนั้นแล้วจะเกิดความเข้าใจผิดไปได้ โดยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ ทรงตราพระราชบัญญัติใช้บังคับ โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา”³⁰⁶

ซึ่งถ้าพิจารณาเช่นตามบทบัญญัตินี้แล้วจะไม่มีข้อความใดที่ให้ตราเป็นพระราชกำหนดหรือพระราชกฤษฎีกาได้เลย ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความเข้าใจผิดและคลาดเคลื่อนได้ว่า กฎหมายนั้นจะมีมากกว่าเพียงเฉพาะในรูปแบบของพระราชบัญญัติโดยมีองค์พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงตราตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งแท้จริงแล้วไม่เป็นเช่นนั้น ซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณากันว่าเมื่อตามธรรมนูญนั้นได้กำหนดบทบัญญัติไว้แต่ให้ตราแต่เพียงพระราชบัญญัติได้ แล้วการตรากฎหมายในรูปแบบของพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาที่มีได้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแต่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารนั้นใครจะมีอำนาจที่จะตรากฎหมายในรูปแบบของพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาออกมาใช้บังคับ และการจะวิเคราะห์ว่าฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการออกพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกานั้นถือว่าไม่ถูกต้อง และในกรณีเช่นนี้นั้นจะทำให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายได้หรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และเมื่อวิเคราะห์แล้วนั้นปรากฏว่า องค์พระมหากษัตริย์ย่อมทรงใช้พระราชอำนาจทางคณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ดังนั้นแล้วจึงต้องวินิจฉัยว่าองค์พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะทรงตราพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ³⁰⁷

กล่าวคือ ในการตราพระราชกำหนดนั้นจะกระทำได้ด้วยเหตุสองประการ คือ ประการแรก ในกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ และจะเรียกประชุมสภาให้ทันทางที่ไม่ได้ หรือประการที่สอง ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการ

³⁰⁶ พระยาอรรถการนิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์), “กระทรวงยุติธรรมและนโยบายป้องกันราชอาณาจักร,” ใน หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการนิพนธ์ (สิทธิ์ จุณณานนท์) (กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521), หน้า 101.

³⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

ภาชีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยลับเพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของประเทศ เมื่อมีเหตุผลความจำเป็นแล้วนั้น พระมหากษัตริย์ก็ย่อมจะทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกำหนดในการออกใช้บังคับได้ และเมื่อได้ตราพระราชกำหนดออกใช้บังคับแล้วจะต้องนำเสนอต่อสภาเพื่อขอรับการอนุมัติ เมื่อสภาทำการอนุมัติพระราชกำหนดนั้นก็อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติซึ่งใช้บังคับต่อไป แต่หากเกิดว่าสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น การใด ๆ ที่ได้มีการกระทำไปในระหว่างที่มีการใช้พระราชกำหนดนั้นจะไม่ได้รับผลกระทบ ส่วนพระราชกฤษฎีกานั้น พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะทรงตราออกมาบังคับใช้ได้ทั้งสองกรณีเหมือนกัน คือ ในกรณีแรก เมื่อทรงมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้ พระมหากษัตริย์ก็ทรงยอมไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะทรงตราพระราชกฤษฎีกาได้ที่มีบทบัญญัตินั้นกำหนดไว้ และในกรณีที่สอง แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติใดได้บัญญัติไว้ให้ตราพระราชกฤษฎีกาได้ องค์พระมหากษัตริย์ก็ทรงยอมไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะทรงตราพระราชกฤษฎีกาออกมามีบังคับได้เหมือนกัน โดยในกรณีที่สองนั้นนี้ ถ้อยคำในพระราชกฤษฎีกาจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น³⁰⁸

ตามที่ได้มีการอธิบายถึงที่มาของบทบัญญัติที่ได้มีการร่างขึ้นเป็นฉบับแรก โดยหลังจากนั้นก็จะมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาอีกหลายฉบับ ได้แก่

1. รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502) ปรากฏในมาตรา 20 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภาหรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”

2. รัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2515) ปรากฏในมาตรา 22 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”

3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2519) ปรากฏในมาตรา 25 ที่บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”

4. รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2520) ปรากฏในมาตรา 30 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”

³⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 101-102.

5. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2534) ปรากฏในมาตรา 30 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”

6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ปรากฏในมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549) ปรากฏในมาตรา 38 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ปรากฏในมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ปรากฏในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้”

10. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ) เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558 ก็ยังคงปรากฏอยู่ในมาตรา 7

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำหรือการวินิจฉัยกรณีใดตามวรรคหนึ่ง สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน ก็ได้ แต่สำหรับศาลปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับหารพิจารณาพิพากษาคดี และเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด”

อนึ่ง ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ³⁰⁹ ได้อธิบายเจตนารมณ์ไว้ โดยเป็นการคงหลักการตามรัฐธรรมนูญในฉบับก่อน ๆ และอธิบายคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ไว้ใน

³⁰⁹ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2558), หน้า 4

มาตรา 6 และคำว่า “ประเพณีการปกครอง” ในมาตรา 7 นี้ ไม่ให้มีความหมายเฉพาะตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่หมายความรวมถึงหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (General Principles of the Constitution) และเป็นสิ่งที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานพอสมควร (Constitutional Customs)

11. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) ปรากฏในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัย กรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อมีกรณีตามวรรคสองเกิดขึ้น ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญจัดให้มีการประชุมร่วม ระหว่างประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานองค์กรอิสระเพื่อวินิจฉัย

ในการประชุมร่วมตามวรรคสาม ให้ที่ประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งทำหน้าที่ ประธานในที่ประชุมแต่ละคราว ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ให้ที่ประชุมร่วมประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งเท่าที่มีอยู่

การวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

คำวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้เป็นที่สุด และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”

อนึ่ง ในร่างรัฐธรรมนูญนี้ ภายหลังจากการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญไปแล้ว ซึ่งอยู่ในขั้นตอนของการรอพระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย โดยถ้าหากว่าพระมหากษัตริย์ไม่ลงพระปรมาภิไธยในระยะเวลาที่กำหนดก็เท่ากับว่าร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป แต่อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาได้มีการนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้พระมหากษัตริย์สามารถพระราชทานข้อสังเกตในการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) ได้ ซึ่งมีใจความสำคัญว่า “เมื่อนายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ หากพระมหากษัตริย์พระราชทานข้อสังเกตว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความใด ให้นายกรัฐมนตรีขอรับ

พระราชทานร่างรัฐธรรมนูญนั้นคืนมา เพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะประเด็นตามข้อสังเกตนั้น แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าใหม่”³¹⁰

ทั้งนี้ การที่พระมหากษัตริย์สามารถมีข้อสังเกตพระราชทานต่อร่างรัฐธรรมนูญนั้น ในอดีตก็เคยปรากฏว่า เคยมีบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งวางหลักการไว้ว่า “เมื่อนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านประชามติแล้วขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายแล้ว พระมหากษัตริย์ก็ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญนั้นว่าจะประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่”³¹¹ ดังนั้น การที่พระมหากษัตริย์ทรงมีข้อสังเกตพระราชทานต่อร่างรัฐธรรมนูญนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า อำนาจอธิปไตยของไทยนั้นอยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชน โดยสืบเนื่องจาก เหตุผลทางประเพณีในทางสังคมวัฒนธรรมไทยอันเกิดจากการสั่งสมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของพระมหากษัตริย์และประชาชน และเหตุผลทางกฎหมาย โดยย้อนไปเมื่อครั้งเปลี่ยนแปลงการปกครอง พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงมีอำนาจอธิปไตยอยู่แล้ว ก็ทรงสละอำนาจนั้นให้ประชาชนทั้งประเทศ ด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญและทรงลดพระองค์เองอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่พระมหากษัตริย์ยังทรงใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชนชาวไทย³¹²

ภายใต้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ปรากฏว่า ได้มีการตัดความในในวรรคสาม ถึง วรรคหก ในมาตรา 5 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) ซึ่งถือว่าเป็นการตัดเนื้อหาที่เกี่ยวกับ “องค์กรในการแก้วิกฤตของชาติ” ซึ่งแต่เดิมในอดีตนั้นก็ไม่เคยมีบทบัญญัติในลักษณะนี้ ซึ่งการตัดความในวรรคดังกล่าวนี้ เป็นการกลับไปใช้เหมือนกับมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550 และ 2560) ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การตัดความในวรรคดังกล่าวนี้ ถือว่าเป็นการให้พระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ สามารถใช้พระราชอำนาจตามประเพณีการปกครองในการแก้ไขวิกฤตการณ์ของชาติบ้างเมืองได้ ดังเช่น ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย ที่ใช้พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐในการปิดป่าและคลี่คลายวิกฤตการณ์ของชาติบ้านเมืองได้อย่างราบรื่นและสงบสุขในทุกครั้ง

³¹⁰ มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2560 ให้ยกเลิกความในวรรคสิบเอ็ดของมาตรา 39/1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่ง (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559

³¹¹ มาตรา 211 ปันรส วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2534) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539

³¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 191-192.

12. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ปรากฏในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ดังนั้น จากการศึกษาถึงความเป็นมาของบทบัญญัติจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า “ประเพณีการปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีระดับของความหมายและขอบเขตที่ต่างจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ดังจะอธิบายได้ ดังนี้

1. ความหมายและขอบเขตของ “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีความหมายและขอบเขต สองระดับ กล่าวคือ

1) ความหมายและขอบเขตในระดับแรก คือ เป็นประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็น “ประเพณีการปกครองของไทย” กล่าวคือ เป็นประเพณีการปกครองแบบประชาธิปไตยในประเทศไทย ซึ่งนับตั้งแต่การอภิวัฒน์สยามหรือการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ตั้งแต่ ปี พุทธศักราช 2475

2) ความหมายและขอบเขตในระดับที่สอง คือ เป็นประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็น “ประเพณีการปกครองระดับสากล” กล่าวคือ เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของต่างประเทศ ซึ่งอาจจะนำมาปรับใช้กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ ทั้งนี้ไม่จำเป็นว่าต้องเป็นการปกครองในระบบที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์ก็ได้

2. ความหมายและขอบเขตของ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีความหมายและขอบเขตระดับเดียว คือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้เพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ประเทศ

ไทย” ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ปี 2540 และ 2550 กล่าวคือ การเพิ่มถ้อยคำที่เป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปในรัฐธรรมนูญว่า ให้เป็นประเพณีการปกครองเฉพาะของไทยเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า “ประเพณีการปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีระดับของความหมายและขอบเขตที่แคบกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น จะมีความหมายและขอบเขตที่แคบกว่าโดยจำกัดเฉพาะประเพณีการปกครองประเทศไทยเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญ ปี 2540 และ 2550 จะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่า คือ เป็นทั้งประเพณีการปกครองประเทศไทย และประเพณีการปกครองในระดับสากลด้วย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าที่มาอันเป็นบทบัญญัติของจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นครั้งแรกตั้งแต่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502) จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีลักษณะของบทบัญญัติที่มีความคล้ายคลึงกันในสาระสำคัญ แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น จะมีความหมายและขอบเขตที่แคบกว่าโดยจำกัดเฉพาะ “ประเพณีการปกครองของประเทศไทย” เท่านั้น ซึ่งจะแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ปี 2540 และ 2550 ซึ่งจะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคือ เป็นทั้งประเพณีการปกครองของประเทศไทย และประเพณีการปกครองในระดับสากลด้วย ทั้งนี้เป็นการยืนยันได้ว่า รัฐธรรมนูญเองก็ยืนยันหลักการอันถือเป็น “จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน และหลักการนี้ก็ได้รับการยืนยันมาตลอดในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจนถึงปัจจุบัน

4.1.3 การค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในการศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะนำมาเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญหากว่าเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติบังคับแก่กรณีใด ก็ให้เอาจารีตประเพณีการปกครองมาอุดช่องว่าง ซึ่งการหาจารีตประเพณีในการมาอุดช่องว่างนี้ก็ต้องมาจากการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองที่เคยเกิดขึ้นในอดีตมาเป็นหลักที่ใช้ในการอุดช่องว่างและในหลักการค้นหาจารีตประเพณีดังกล่าวนี้ก็ต้องทราบถึงวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่ใช้เป็นลำดับวิธี

4.1.3.1 ความสำคัญการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

สำหรับความสำคัญของการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้น สามารถพิจารณาถึงความสำคัญได้สองประการ คือ ความสำคัญในส่วนที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและความสำคัญในส่วนที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้ คือ

1) เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนุญในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนุญ

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนุญ ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้เป็นประการหนึ่งประการใด แต่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นกรณีที่ต้องปรับบทกฎหมายรัฐธรรมนุญเกิดขึ้น ผู้ใช้กฎหมายมีพันธะต้องวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ให้เทียบเคียงแนวปฏิบัติอันเคยเป็นมาในอดีต แล้วประมวลข้อมูลนั้นเพื่อกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัย กรณีปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และนอกจากนี้คงต้องคำนึงถึงประเพณีการปกครองของประเทศอื่น ๆ ที่เป็นประชาธิปไตยแบบมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย เพราะลัทธิประชาธิปไตยเป็นลัทธิสากลที่มีพื้นฐานมาจากต่างประเทศไม่ใช่ของคนไทยคิดขึ้นใช้เองเอง³¹³

2) เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนุญในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป

โดยในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า ช่องว่างแห่งกฎหมาย คือ กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือว่า ผู้ใช้กฎหมายนั้นหากกฎหมายมาเพื่อใช้ปรับแก้กรณีไม่พบช่องว่างแห่งกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ กรณีแรก ผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น อันมีสาเหตุมาจากความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเองที่นึกไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นจึงไม่ได้ร่างบทบัญญัติสำหรับกรณีนั้น ๆ ไว้และยังไม่เคยมีเหตุการณ์ในลักษณะใด อันทำให้เกิดช่องว่างนั้น ๆ เกิดขึ้นในกฎหมายมาก่อน กรณีที่สอง ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างนั้นแต่เห็นว่าสำหรับกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว³¹⁴

ดังนั้นแล้ว การเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีนี้ เกิดขึ้นเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าตำรากฎหมายและคำพิพากษาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอ โดยยังไม่ได้คิดค้นหลักเกณฑ์อันเหมาะสมไว้สำหรับเรื่องนั้น ๆ โดยเหตุนี้การจะบัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีนั้น ๆ ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการริบดวงเกินเหตุ เพราะบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติไว้อย่างชัดเจนนั้นจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาจะได้คลี่คลายปัญหาให้กระจ่างแจ้งแจ่มต่อไปในภายหน้า และหาหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์มาใช้ ตรงกันข้ามถ้าจะบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจน ตำรากฎหมายหรือคำพิพากษาก็จะได้แต่อธิบายตัวบทกฎหมายที่

³¹³ อมร รักษาสัตย์ และคณะ, ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนุญฉบับประชาชน (กรุงเทพฯ: การันต์การพิมพ์, 2543), หน้า 87.

³¹⁴ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16, หน้า 124.

บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวผู้ร่างกฎหมายก็ปล่อยช่องว่างแห่งกฎหมายทิ้งไว้ โดยไม่ให้มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นการปล่อยให้มีช่องว่างไปโดยตั้งใจ³¹⁵

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความสำคัญของการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ก็เพื่อเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และเพื่อเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความสำคัญในสองประเด็นข้างต้น ก็เพื่อเป็นการที่ทำให้เห็นว่า การที่จะค้นหาหลักเกณฑ์มาใช้ในการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญนั้น ต้องคำนึงถึงความสำคัญของการค้นหาจารีตประเพณีที่เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

4.1.3.2 วิธีการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

สำหรับวิธีการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย นั้น ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม และ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ในเมื่อครั้งที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2520) โดยมีใจความสำคัญ ดังนี้

1) การนำรัฐธรรมนูญของไทยในฉบับก่อน ๆ มาเปรียบเทียบกับเพื่อหาหลักเกณฑ์³¹⁶ และในส่วนนี้เอง ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้เช่นกัน คือ การค้นหาจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้นเราสามารถจะรู้ได้โดยการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่แล้วมา มาทำการเปรียบเทียบกันดู โดยในเรื่องนี้นั้นที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยปฏิบัติโดยยกตัวอย่างในเรื่องที่ว่า การที่รัฐจะเวนคืนที่ดินได้นั้น ก็ต้องเพื่อประโยชน์ 4 ประการ คือ เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค เพื่อการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศโดยตรง เพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ และเพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างอื่น โดยความเห็นที่ยกตัวอย่างนี้เป็นความเห็นที่ให้ไว้ก่อนในการใช้รัฐธรรมนูญ (พุทธศักราช 2511)³¹⁷

2) การนำหลักเกณฑ์ร่วมกันนั้นต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และการค้นหาประเพณีการปกครองนั้น ควรยึดประเพณีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาอย่างเดียวกัน ต่อเมื่อไม่พบประเพณีการปกครองนั้นแล้ว จึงต้องไปค้นหาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาโดยเหตุอื่น เช่น การจะนำเอารัฐธรรมนูญฉบับที่ทำการร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเทียบเคียงกับฉบับที่ร่างโดยคณะปฏิวัติและถือเป็นอันยุติตามนั้น เห็นว่าไม่ถูกต้อง

³¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124.

³¹⁶ วิษณุ เครืองาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม, หน้า 168.

³¹⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515, หน้า 158.

3. สิ่งใดที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงแค่ครั้งเดียว ไม่ควรที่จะถือเป็นประเพณีการปกครอง และสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียว แต่เป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองมาก่อน ดังนั้นแล้ว อาจถือว่าสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองใหม่นั้นเป็นประเพณีการปกครองได้ เช่น เคยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2511) และก่อนหน้านั้นบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่มากกว่าเก้าคน แม้ว่าธรรมนูญการปกครอง (พุทธศักราช 2515) ก็บัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกินเก้าคน จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2517) จึงบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกิน 15 คน ดังนั้นถือได้ว่าจำนวนองคมนตรีล่าสุดนี้เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้ว³¹⁸

การค้นหาคำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ศาสตราจารย์ธำนิพนธ์ กรัยวิเชียร และศาสตราจารย์วิชา มหาคุณ ได้อธิบายเรื่องที่ไม่น่าจะถือว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และทั้งสองท่านยังสนับสนุนแนวคิดนี้ ของศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม และ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในสองประเด็น กล่าวคือ

การมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่น่าจะถือว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันเนื่องมาจากบัญญัติไว้ละเอียดและกว้างเกินกว่าวิธีการที่ปฏิบัติกันมาอยู่ตามตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะเรื่องนั้น และก็มีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวเท่านั้น อาทิเช่น เรื่องการประกันตัวผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาในมาตรา 32 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2517) บัญญัติว่า “คำขอประกันผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญา จะต้องได้รับการพิจารณา และเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องอาศัยเหตุตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย และจะต้องแจ้งเหตุที่ไม่ให้ประกันให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยทราบ” เป็นต้น

แม้ว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยจะมีความหมายดังกล่าวข้างต้นในเรื่องใดก็ตาม แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวที่จะนำมาใช้นั้นจะขัด หรือแย้งต่อเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญฉบับที่มีบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ โดยขอยกตัวอย่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน (พุทธศักราช 2519) ที่ได้กำหนดไว้ว่า ถ้าหากสมาชิกสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจะมีแนวความคิดที่จะล้มรัฐบาลปฏิรูปการปกครองแผ่นดินในขณะนั้น ด้วยการลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ หรือรัฐบาลขณะนั้น ประสงค์จะยุบสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจะทำได้หรือไม่ เพราะว่าเรื่องเหล่านี้ไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ ปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน

³¹⁸ วิชณุ เครืองาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 168-169.

โดยตรง โดยจะถือได้หรือไม่ว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ปัญหาเมื่อพิเคราะห์แล้วนั้นจะเห็นว่า แม้ว่าการลงมติไม่ไว้วางใจก็ดี การยุบสภาก็ดี เป็นส่วนหนึ่งของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยก็ตาม สถาปณิรูปการปกครองแผ่นดินก็ดี หรือรัฐบาลปฏิรูปการปกครองแผ่นดินก็ดี ต่างก็ไม่สามารถจะกระทำได้ เพราะว่าเป็นเจตนารมณ์อันเด่นชัดของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นที่จะให้ทั้งสถาปณิรูปการปกครองแผ่นดิน และรัฐบาลปฏิรูปการปกครองแผ่นดินอยู่เคียงคู่กันเพื่อการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และรัฐบาลปฏิรูปการปกครองแผ่นดินอยู่เคียงคู่กันเพื่อการฟื้นฟูพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย เพื่อพัฒนาการพัฒนาระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นขั้นตอนในระยะแรกของการปฏิรูปนั้น³¹⁹

อย่างไรก็ตาม ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้นสามารถพิจารณาได้ในสองนัยยะด้วยกัน กล่าวคือ นัยยะแรกนั้นอาจเป็นประเพณีการปกครองของไทยเองในช่วงของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ผ่านมา หรือ อีกนัยยะหนึ่งอาจเป็นประเพณีการปกครองของต่างประเทศ ซึ่งพอจะนำมาปรับปรุงให้เข้ากับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ โดยไม่จำเป็นที่จะต้องนำมาจากประเทศที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์เท่านั้น เพราะแม้ว่าระบอบการปกครองของประเทศที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์ อาทิเช่น ประเทศอังกฤษ ที่มีหลายเรื่องที่ระบบของเขากับของเรามีความแตกต่างกัน ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้หลายเรื่อง³²⁰

ดังนั้นแล้วการจะนำเอาระบอบของเขามาปรับใช้กับบ้านเรานั้นต้องมีการพิเคราะห์พิจารณาแยกแยะ โดยในเรื่องนี้สำหรับตัวอย่างที่ถือเป็นประเพณีการปกครองของประเทศอังกฤษที่น่าสนใจนั้น ท่าน Prof. Stanley de Smith อธิบายโดยยกตัวอย่างเรื่อง หลักที่ว่าประธานสภาผู้แทนราษฎรจะต้องวางตัวเป็นกลางทางการเมืองไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด ซึ่งเป็นประเด็นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 153 วรรคสอง แต่ทั้งนี้หากรัฐธรรมนูญได้ทำการบัญญัติไว้ ก็อาจอาศัยช่องทางตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 7 นำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการพิจารณากรณีที่เกิดประเด็นปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวนี้ได้ และมีข้อสังเกตเป็นประการสำคัญว่า ระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ หรือการถูกตรวจสอบแล้วว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญเพียง

³¹⁹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ขวนพิมพ์, 2537), หน้า 385-386.

³²⁰ สุรพล ไตรเวทย์, พระมหากษัตริย์ รัฐธรรมนูญ และประชาธิปไตย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 200-201.

เท่านั้น แต่ควรขึ้นอยู่กับสิ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญ นั่นคือความถูกต้องชอบธรรม จริยธรรม จิตสำนึกใน ความรับผิดชอบของข้าราชการและผู้บริหารที่ปกครองประเทศชาติด้วยเป็นประการสำคัญ³²¹

อนึ่ง ในการค้นหาประเพณีการปกครองในอดีตนั้นต้องมีความระมัดระวังเป็นอย่าง ยิ่งในการนำมาปรับใช้ ดังที่ ลิขิต ธีรเวคิน ได้มีความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า “ถึงแม้จะมีการใช้ประเพณี การปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาจะต้อง กระทำระมัดระวัง ที่สำคัญต้องไม่นำเอาประเพณีที่ไม่ถูกต้องมาอ้างเพื่อปรับใช้ เช่น ในอดีตเคยมี การออกพระราชกฤษฎีกางดเว้นการใช้รัฐธรรมนูญบางมาตราซึ่งเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง เพราะพระราชกฤษฎีกานั้นมีสถานะทางกฎหมายต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด การงดเว้น การใช้รัฐธรรมนูญบางมาตราโดยพระราชกฤษฎีกาแทนที่จะเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญตาม ครรลองที่ระบุในรัฐธรรมนูญก็เท่ากับเป็นการกระทำผิดรัฐธรรมนูญ ประเพณีดังกล่าวไม่ควรนำมา อ้างเพื่อการปรับใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประเพณีใดที่ขัดต่อการปกครองแบบประชาธิปไตย จะนำมา ปรับใช้ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ”³²²

กล่าวโดยสรุป ได้ว่า ในการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มาใช้ในการอุดช่องว่างนั้น ต้องเป็นการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในระบอบประชาธิปไตย และจารีตประเพณีการปกครองที่นำมาใช้ใน ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนเป็นประการสำคัญด้วย

4.2 รูปแบบการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในระบบกฎหมายไทย

ในการศึกษาเรื่องการนำรูปแบบของจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในระบบ กฎหมายไทย อาจจะต้องศึกษาย้อนไปในอดีตที่ว่า ประเทศไทยมีพระมหากษัตริย์ผู้ทรงคุณอัน ประเสริฐเป็นประมุขของประเทศตลอดมา โดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นทั้งเจ้าชีวิตและเจ้าแผ่นดิน คือ ทรงพระบรมเดชานุภาพเป็นล้นพ้น ซึ่งโดยพระราชอำนาจแล้วจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ ผู้ใดสิ้นชีวิตลงก็ย่อมกระทำได้ และทรงเป็นเจ้าของที่ดินตลอดพระราชอาณาจักร ต่อมาเมื่อมีการ เปลี่ยนแปลงการปกครอง ในปี พุทธศักราช 2475 พระราชสถานะแต่เดิมของพระมหากษัตริย์ได้ เปลี่ยนแปลงไป โดยทรงเปลี่ยนฐานะมาเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยภายใต้

³²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200-201.

³²² ลิขิต ธีรเวคิน, “มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน,” ผู้จัดการรายวัน (4 พฤษภาคม 2549), ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2559 จาก http://www.dhiravegin.com/detail.php?item_id=000357

รัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดพระราชอำนาจทั้งปวง³²³ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตยได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน จึงทำให้พระมหากษัตริย์ไทยกลายเป็นอีกสถาบันหลักที่สำคัญ ซึ่งไม่สามารถแยกออกได้จากการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นแล้ว จึงเรียกการปกครองนี้ว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข³²⁴ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการใช้พระราชอำนาจแต่เดิมที่ทรงมีอยู่นั้นก็ไม่ได้สูญหายไปทั้งหมด แต่มีการเปลี่ยนแปลงมาอยู่ในรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และก็กลายมาเป็นจารีตประเพณีการประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ดังจะเห็นได้จาก จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร และจารีตประเพณีเกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ เป็นต้น

4.2.1 จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

สำหรับจารีตประเพณีการประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้นอาจจะเกี่ยวข้องกับหลายจารีตประเพณี แต่ทั้งนี้ในการศึกษาของผู้เขียน ขอนำจารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร และจารีตประเพณีเกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ มาใช้ในการศึกษาดังจะอธิบายในส่วนนี้ต่อไป

4.2.1.1 จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ

สำหรับจารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว นั้น ผู้เขียนขอนำเอาตัวอย่างเกี่ยวกับจารีตประเพณีของรัฐสภาในการไม่ยืนยันร่างกฎหมายเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย จารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภา และจารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา นำมาอธิบายถึงรูปแบบของจารีตประเพณีที่เคยเกิดขึ้นในอดีตของประเทศไทย ดังนี้

1) จารีตประเพณีของรัฐสภาในการไม่ยืนยันร่างกฎหมายเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย

สำหรับจารีตประเพณีของรัฐสภาในการไม่ยืนยันร่างกฎหมายเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายนั้น ในเบื้องต้นเราต้องศึกษาถึงพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายว่ามีที่มา และความสำคัญอย่างไร ถึงเป็นที่มาของประเพณีของ

³²³ ธงทอง จันทรางศุ, พระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญ, วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์ 3, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 12.

³²⁴ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย, หน้า 52.

รัฐสภาต่อการไม่ยืนยันหรือโต้แย้งกลับต่อร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานกลับคืนมา ดังจะอธิบายได้ ดังนี้

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 146 จะเห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย ที่ผ่านรัฐสภา มาแล้วได้โดยไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งในอดีตถือได้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการตรากฎหมายต่าง ๆ เพราะทรงมีพระราชอำนาจเป็นล้นพ้น แต่เมื่ออยู่ในยุคประชาธิปไตย อำนาจในการตรากฎหมายเป็นของรัฐสภาที่เป็นผู้แทนมาจากประชาชน ดังนั้นแล้ว เพื่อเป็นการผดุงพระเกียรติยศของพระมหากษัตริย์ภายใต้ระบอบการปกครองใหม่ตามประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา และมีพระราชอำนาจในการยับยั้งกฎหมายนั้นโดยไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือพระราชทานคืนกลับไปยังรัฐสภาได้ เราจึงเรียกว่า “พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย”³²⁵

สำหรับในเรื่องของพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายนี้ ถึงแม้ว่าจะไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ก็ถือว่าพระราชอำนาจนี้ เป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย โดยในเรื่องนี้ ในสมัยที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2515) ไม่ได้มีการบัญญัติพระราชอำนาจนี้ไว้เพราะรัฐธรรมนูญในขณะนั้นมีเพียงข้อความที่สั้น ๆ ดังนั้นจึงถือว่าพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย เป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ตามมาตรา 20 ที่อุกช่องว่างไว้ โดยต้องไปแสวงหาประเพณีการปกครองในอดีต คือ นำไปเทียบกับ มาตรา 75 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2511) ดังนั้น จึงถือว่าพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย เป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับก็ถวายพระราชอำนาจนี้ให้แก่พระมหากษัตริย์ในฐานะที่พระองค์เป็นประมุขของปวงชนชาวไทย อยู่แล้ว³²⁶

ทั้งนี้สำหรับประเทศไทย ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 พระองค์ไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ เมื่อมีพระราชดำริให้แก้ไขกฎหมายเป็นอย่างไร องค์กรในทาง

³²⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 389.

³²⁶ หยุต แสงอุทัย, **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 89-91.

รัฐธรรมนูญก็รับแนวทางที่ทรงมีพระราชวินิจฉัยนั้นมาปฏิบัติ³²⁷ ด้วยเหตุผลที่ว่า พระองค์ทรงดำรงอยู่ในฐานะพระมหากษัตริย์ซึ่งไม่เคยใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายโดยตรง แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะทรงเห็นด้วยกับร่างกฎหมายที่รัฐสภาทูลเกล้าฯ ถวายมาทั้งหมด แต่ทรงเลือกใช้วิธีการที่นุ่มนวลกว่าการใช้พระราชอำนาจโดยตรง ซึ่งถือว่าเป็นวิธีการที่ได้ผลอย่างดียิ่ง ดังเช่น ในกรณีที่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้ลงมติผ่านร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2517) ในวาระที่ 3 เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2517 และในวันเดียวกันนั้นทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานบันทึกระราชกระแสไปยังประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ³²⁸ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าพระองค์ไม่ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวนี้ แต่ทรงอาศัยวิธีการนุ่มนวลเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหา

อย่างไรก็ตาม ในในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบารมีและพระบรมชานูภาพเป็นล้นพ้น จึงเกิดเป็นจารีตประเพณีขึ้นใหม่ว่าหากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชน และเป็นจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญที่ว่า รัฐสภาก็ไม่ควรอย่างยิ่งที่จะใช้อำนาจ ตามรัฐธรรมนูญยืนยันด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 เพื่อให้ประกาศใช้กฎหมายนั้นเสมือนหนึ่งว่าทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว³²⁹ ด้วยเหตุผลที่ว่า ถ้าหากรัฐสภาดำเนินการอย่างนั้นแล้ว จะทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และต่อต้านจากประชาชนเป็นอย่างมาก³³⁰

อาทิเช่น ในยุคท่านนายโกนันท ปันยารชุน เมื่อปี 2535 ซึ่งรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยให้เพิ่มโทษปรับไม่เกิน 200,000 บาท ในความผิดฐานหมิ่นประมาท และให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ มีการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในการละเมิดกรณีหมิ่นประมาท โดยให้คิดค่าสินไหมทดแทนเป็นสองเท่าของค่าปรับในทางอาญา ซึ่งในขณะนั้นรัฐบาลถูกวิจารณ์อย่างหนักว่าเป็นการจำกัดดุลยพินิจของศาลยุติธรรม และไม่สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของสื่อมวลชน และนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้นำร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับ ขึ้นทูลเกล้าฯ แต่ไม่

³²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 31.

³²⁸ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: เอส. ซี. พรินท์แอนด์แพค, 2548), หน้า 117.

³²⁹ มาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

³³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 229.

ปรากฏว่ามีการทรงลงพระปรมาภิไธย และไม่ปรากฏด้วยอีกเช่นกันว่าเมื่อเกินเวลา 90 วันตามรัฐธรรมนูญแล้ว ได้มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาโดยรัฐสภานำมาลงมติยืนยันแต่ประการใด³³¹

นอกจากนี้ ยังมีอีกสองกรณีเมื่อปี 2546 โดยมีปัญหาว่า รัฐสภาพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติครูและบุคคลากรครูทางการศึกษา พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีที่ผิดถึง 18 แห่ง อาทิเช่น อ้างเลขมาตราผิด ฯลฯ เป็นต้นและร่างพระราชบัญญัติเหรียญเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์พระบรมราชินีนาถ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 6 รอบ 12 สิงหาคม 2547 พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้มีการบรรยายภาพพระบรมสาทิสลักษณ์สมเด็จพระนางเจ้าฯ พระบรมราชินีนาถ ว่า “ทรงเครื่องราชอิสริยาภรณ์รัชกาลที่ 8 ” ซึ่งเป็นข้อความที่ผิดพลาด โดยในการนี้เมื่อนายกรัฐมนตรีทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติทั้งสองขึ้นไปเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานร่างพระราชบัญญัติทั้งสองคืนมายังรัฐสภา ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2540) มาตรา 94³³² และในเวลาต่อมาปรากฏว่า รัฐสภาประชุมปรึกษากันเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2546 และลงมติเป็นเอกฉันท์ไม่ยืนยันร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้ และเป็นเหตุให้ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้เป็นอันตกไป และในเวลาต่อมารัฐสภาก็พิจารณากฎหมายทั้งสองฉบับใหม่ให้ถูกต้อง และเมื่อทูลเกล้าถวายแล้วก็ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นกฎหมาย³³³

³³¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 พร้อมข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 129.

³³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 94 บัญญัติไว้ว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

³³³ อานาจ พัวเวส, *เรื่องเดิม*, หน้า 220-221.

ดังนั้น แล้วจึงสรุปได้ว่า เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายตามครรลองแห่งรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว ก็จะเป็นจารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองทันทีว่า รัฐสภาจะไม่ยืนยันหรือโต้แย้งต่อการใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายหรือกล่าวคือ รัฐสภาจะไม่ยืนยันร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในยับยั้งร่างกฎหมาย โดยรัฐต้องปล่อยให้ร่างกฎหมายนั้นเป็นอันตกไป

2) จารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภา

ประเทศไทยในอดีตปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในปี พ.ศ. 2475 ในยุคช่วงแรกของการเปลี่ยนแปลงการปกครองตามเจตนารมณ์ต้องการมีแค่เพียงสภาเดียวคือสภาผู้แทนราษฎร แต่ได้คำนึงว่าจะได้ผู้ที่ไม่มีความรู้ความสามารถ เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ มาบริหารประเทศ จึงได้จัดให้มีวุฒิสภาเปรียบเหมือนเป็นสภาพี่เลี้ยง ซึ่งจะเห็นได้ว่าวุฒิสภาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันก็จะคัดมาจากบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ เชี่ยวชาญเฉพาะทางทั้งที่เป็นข้าราชการ และประชาชนทั่วไปเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงแก่ประเทศและให้คณะรัฐบาลมีเสถียรภาพอีกด้วย³³⁴

ในอดีตตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ได้กำหนดให้มีวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และปรากฏว่าบุคคลส่วนใหญ่ในวุฒิสภาเป็นข้าราชการทั้งทหารและพลเรือนกว่าร้อยละแปดสิบ ในบางยุคก็อาจมีสภาเดียวแต่ให้แต่งตั้งสมาชิกสภาประเภท 2 ได้ แท้จริงสมาชิกประเภทที่ 2 นี้ก็คือ ข้าราชการเป็นส่วนใหญ่นั่นเอง ดังนั้นวุฒิสภาที่ดี หรือสมาชิกประเภท 2 ก็ดี เป็นองค์กรที่รองรับการถ่ายทอดอำนาจระบบราชการที่ยึดอำนาจสู่ระบอบการเมืองใหม่ที่ตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้ร่างนั่นเอง³³⁵

อนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538 การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภานั้นเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงจะแต่งตั้งใครก็ได้ แต่ในทางปฏิบัตินั้นการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาผู้ที่มีอำนาจที่แท้จริงในการแต่งตั้งคือนายกรัฐมนตรี ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับก็ได้บัญญัติให้อำนาจนายกรัฐมนตรีไว้เช่นเดียวกัน ยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 ที่กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกตั้งวุฒิสภา และรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2492 และฉบับ พ.ศ. 2517 ได้บัญญัติให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการในการแต่งตั้งวุฒิสภา³³⁶

³³⁴ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 388.

³³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย*, หน้า 64-65.

³³⁶ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 388.

ทั้งนี้ จารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภาที่ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้งก็ด้วยเหตุผลที่ว่าฝ่ายบริหารไม่มีความเข้มแข็ง กล่าวคือ เวลาจัดตั้งคณะรัฐบาลก็จะเป็นรัฐบาลผสมเพราะไม่มีพรรคการเมืองใดได้เสียงข้างมากอย่างเด็ดขาด จึงทำให้ไม่มีความเสถียรภาพในทางการเมืองของรัฐบาล จึงต้องแต่งตั้งวุฒิสภาเพื่อไว้เป็นฐานหรือค้ำจุนให้คณะรัฐบาลมีความมั่นคง ซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่คณะรัฐบาลก็จะคัดสรรมาจากข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ นายทหาร โดยเฉพาะทหารจะถือว่ามียศในทางการเมืองเป็นอย่างดี เมื่อรัฐบาลไม่ได้มาจากทหารโดยตรง แต่ก็ต้องอาศัยการสนับสนุนของฝ่ายทหาร รัฐบาลจึงต้องเสนอชื่อวุฒิสมาชิกมาจากฝ่ายทหารอีกด้วย³³⁷ เพื่อแสดงให้เห็นความมั่นคงของรัฐบาล แต่ส่วนใหญ่การแต่งตั้งวุฒิสภาที่เป็นไปเพื่อให้รางวัลทางการเมือง (Political Rewards) แม้กระทั่งมีจารีตประเพณีกันว่าข้าราชการระดับปลัดกระทรวงตลอดถึงนายพลใหญ่ของเหล่าทัพจะต้องได้รับการโปรดเกล้า ฯ เป็นวุฒิสภา ด้วยเหตุที่กล่าวมานั้นส่งผลให้สภาพสมาชิกวุฒิสภาสันคลอน ขาดความเชื่อถือจากประชาชน สังคมไม่มีความศรัทธา เพราะเดิมทีจารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี จึงมีการเปลี่ยนแปลงโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาต้องมาจากประชาชน ให้ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งเข้ามา³³⁸

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภา แม้ว่าในตอนแรกจารีตประเพณีนี้ในการแต่งตั้งวุฒิสภาจะเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีก็ตาม แต่จารีตประเพณีนี้ดังกล่าวนี้ก็เปลี่ยนไปตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และตามรัฐธรรมนูญปี 2550 ก็ตาม ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า จารีตประเพณีนี้แม้จะเป็นประเพณีในระบอบประชาธิปไตยแต่ก็สามารถจะเปลี่ยนแปลงไปได้ เมื่อมีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้

3) จารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา

สำหรับจารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา นี้ อาจมีจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการประชุมรัฐสภา คือ การปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา และการเปิดประชุมสภาสามัญสามัญ ดังจะอธิบายได้ ดังนี้

(1) จารีตประเพณีการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา

จารีตประเพณีการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา มาจากเหตุผลที่ว่าในครั้งแรกของการมีสภาขึ้นนั้น หลวงประดิษฐมนูธรรม (นายปรีดี พนมยงค์) ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า โดยที่สมาชิกทั้งหลายนี้ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนราษฎร จะต้องมีความซื่อสัตย์ สุจริตต่อราษฎร ดังนั้นขอให้สมาชิกในที่ประชุมทุกคนยืนขึ้นกล่าวคำปฏิญาณตนต่อที่ประชุมซึ่งมีคำปฏิญาณหลวง

³³⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 232.

³³⁸ เกரியงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 388-389.

ประติษฐานนุธรรม ได้เป็นผู้กล่าวนำ และทางปฏิบัตินั้นก็ได้กลายมาเป็นประเพณีอันเป็นแนวปฏิบัติ จวบจนปัจจุบันว่าเมื่อมีการเข้ารับแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกสภาแล้ว ก็จะมีการปฏิญาณตน ซึ่งมักจะกล่าวถึงความซื่อสัตย์ และหลักการปฏิบัติหน้าที่ และได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2475) ให้ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้³³⁹

ดังนั้น จึงถือได้ว่าการปฏิญาณตนของสมาชิกสภาเป็นจารีตประเพณี การปกครองประการหนึ่งที่มีเมื่อมีการเข้ารับตำแหน่ง ก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่ก็จะต้องมีการปฏิญาณตนเสียก่อน ซึ่งในเรื่องนี้อาจเทียบได้กับการถือน้ำพิพัฒน์สัตยาในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ก็เปลี่ยนแปลงจากการสาบานว่าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์มาเป็นการสัญญาว่าจะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่าการปฏิญาณตนของผู้เข้ารับตำแหน่งเป็นการสานต่อจารีตประเพณีที่มีมาตั้งแต่สมัยก่อน และได้รับการนำมาปฏิบัติและกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นข้อบังคับ เมื่อพิจารณาแล้วในด้านการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิญาณตนไม่ได้ถือเป็นการบริหารราชการแต่อย่างใด แต่การที่นำมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นการแสดงถึงความสำคัญที่จะดำรงประเพณีที่มาแต่เดิมให้คงไว้ต่อไป³⁴⁰

(2) จารีตประเพณีการเปิดประชุมสภาสมัยสามัญ

จารีตประเพณีการเปิดประชุมสภาสมัยสามัญ นั้น ดังจะเห็นได้ว่าทุกคราวที่มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ และมีการเปิดสมัยประชุมสามัญประจำปี สมัยแรกภายหลังการเลือกตั้งนั้น ซึ่งย่อมาหมายความว่า เป็นสมัยประชุมครั้งแรกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เพิ่งจะได้รับการเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่แทนปวงชนชาวไทย จึงควรจะให้โอกาสสมาชิกรัฐสภาเหล่านั้นได้เข้าเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาทในพิธีเปิดสมัยประชุมซึ่งโดยปกติแล้ว จะกำหนดให้เป็นรัฐพิธีเป็นประจำ ท้องพระโรงพระที่นั่งอนันตสมาคม พระราชวังดุสิต และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ โดยเสด็จพระราชดำเนนมาทรงกระทำพิธีเปิดสมัยประชุม พร้อมพระราชทานกระแสพระราชดำรัสในลักษณะที่เป็นพระบรมราโชวาทให้สมาชิกสภาเหล่านั้น ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และลงท้ายด้วยการพระราชทานพรเพื่อเป็นสิริมงคลแก่สมาชิกรัฐสภา³⁴¹

³³⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2575-2517, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ช. ชูมนุมช่าง, 2517), หน้า 21.

³⁴⁰ ดวงกมล เจริญรุกษ์, เรื่องเดิม, หน้า 238.

³⁴¹ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 111.

ดังนั้นแล้ว เมื่อพิจารณาถึงจารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา ทั้งในการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา และการเปิดประชุมสภาสมัยสามัญ เห็นว่าถึงแม้ว่าจะเป็นในทางพระราชอำนาจในทางพิธีการมากกว่าที่จะเป็นพระราชอำนาจที่จะทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นก็ตาม แต่เห็นว่ามีค่าสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะทั้งประการนี้ เป็นบุคคลโดยอันประเสริฐที่จะยำเตือนให้สมาชิกรัฐสภาได้ตระหนักถึงภาระหน้าที่ในความรับผิดชอบของตน³⁴²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา นั้นถือว่าเป็นจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งคงจะเห็นได้ว่าการปฏิญาณตนนั้นแม้ว่าจะเกิดขึ้นซึ่งอาจเทียบได้กับการถือน้ำพิพัฒน์สัตยาในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ตาม หรือเสด็จพระราชดำเนินมาทรงกระทำพิธีเปิดสมัยประชุมก็ตาม และแม้ว่านำมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการแสดงถึงความสำคัญที่จะดำรงไว้ของประเพณีที่มาแต่เดิมให้คงไว้อยู่ต่อไปกับการปกครองในสมัยประชาธิปไตย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย โดยเป็นจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ อาทิ จารีตประเพณีของรัฐสภาในการไม่ยืนยันร่างกฎหมายเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย และจารีตประเพณีในการประชุมรัฐสภา ถือว่าเป็นจารีตประเพณีการปกครองที่เป็นที่ถือปฏิบัติกันอย่างยิ่ง และเป็นจารีตประเพณีที่มีสภาพบังคับ ส่วนจารีตประเพณีในการแต่งตั้งวุฒิสภา นั้นแม้ว่าในอดีตจะเป็นจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติ แต่เมื่อมีกฎหมายบัญญัติมาแล้วทำให้จารีตประเพณีนี้ไม่มีสภาพบังคับแล้วในปัจจุบัน

4.2.1.2 จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร

จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในส่วนที่เกี่ยวกับจารีตประเพณีฝ่ายบริหารนั้น ผู้เขียนขอหยิบยกถึงจารีตประเพณีที่สำคัญ สองกรณี คือจารีตประเพณีในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี และ จารีตประเพณีในการยุบสภา ดังจะอธิบายได้ดังนี้

1) จารีตประเพณีในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี

หากพิจารณาถึงการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีนั้น เห็นว่า คณะรัฐมนตรีนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างกว้างขวาง ซึ่งมีภารกิจในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารในการบังคับใช้กฎหมาย และถือว่าเป็นสัญลักษณ์แห่งอำนาจในทางการเมือง และคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจอธิปไตยในการบริหารราชการแผ่นดิน และการปฏิบัติงานในหน้าที่ คณะรัฐมนตรีนี้ก่อให้เกิดผลในทางเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญยิ่งในทางการเมืองการปกครอง³⁴³ และเมื่อพิจารณาจะเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 158 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช

³⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 113.

³⁴³ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 550-551.

2560) ได้บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน”

ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญรวมถึงรัฐธรรมนูญในอดีตเกือบทุกฉบับ จะทำให้เห็นว่าอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี จะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ถือว่าเป็นไปตามหลักแนวคิดสากล เพราะรัฐธรรมนูญส่วนมากในประเทศต่าง ๆ ก็บัญญัติและได้กำหนดถึงวิธีการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีไว้อย่างชัดเจนว่าให้ประมุขของรัฐเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม รวมทั้งไทยด้วย อนึ่งการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ เป็นเครื่องบ่งชี้ให้เห็นว่านายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าของคณะรัฐบาล แนวคิดนี้จึงสอดคล้องกับการปกครองในระบอบรัฐสภาในประเด็นที่ว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องช่วยกันร่วมรับผิดชอบต่อสภานิติบัญญัติ การที่ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีเป็นผู้เลือกรัฐมนตรีก็เป็นเครื่องย้ำเตือนว่าคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยบุคคลกลุ่มเดียวกัน เพราะแต่งตั้งโดยหัวหน้ารัฐบาลหรือหัวหน้าคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ หากไม่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน เหมือนอย่างกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จะเห็นว่าการบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องได้รับความไว้วางใจจากสภานิติบัญญัติ พร้อมทั้งบัญญัติให้ประมุขของรัฐเป็นผู้ตั้งคณะรัฐมนตรี แนวคิดนี้น่าจะขัด หรือไม่ถูกต้องตามหลักการตามระบบการปกครองแบบรัฐสภาที่สากลเขาทำกัน แต่การที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติข้อความอันเป็นการบังคับให้ประมุขของรัฐคือพระมหากษัตริย์ไว้อย่างชัดเจนในการแต่งตั้ง คงเป็นเหตุมาจากบริบทสังคมวิทยาของสังคมไทยตลอดถึงความรู้สึกของคนในสังคมมีความเคารพสักการะต่อองค์พระมหากษัตริย์³⁴⁴

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีแม้ว่า ในรัฐธรรมนูญจะมีการบัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ตาม แต่จารีตประเพณีในทางการเมืองการปกครองกำกับอยู่ คือ พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีตามรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เสนอไปเท่านั้น ดังนั้นแล้วจึงกล่าวได้ว่า จารีตประเพณีในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีตามรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอขึ้นไปเท่านั้น

2) จารีตประเพณีในการยุบสภา

ในการปกครองที่รัฐธรรมนูญไม่ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด และมีความประสงค์ที่จะให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติต่างมีอำนาจในการควบคุมซึ่งกันและกัน เพื่อให้มีอำนาจสมดุลกัน โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจไม่ไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นการบังคับให้ฝ่าย

³⁴⁴ มนูญ บริสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 22-23.

บริหารต้องออกจากตำแหน่งได้ ก็ต้องมีอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถยุบฝ่ายนิติบัญญัติได้ด้วย เพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพ้นจากตำแหน่งและมีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรใหม่ได้³⁴⁵

วิชฌุ เครื่องงาม ได้อธิบายคำว่า “การยุบสภา” (Dissolution of Parliament) มีความหมายว่า “การที่ประมุขของรัฐในระบอบรัฐสภาประกาศให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาสิ้นสุดลงพร้อมกันทุกคนก่อนก่อนครบวาระเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่เร็วขึ้นกว่าที่ควรจะเป็น” โดยในเรื่องการยุบสภานี้ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งทรงใช้อำนาจนี้ตามคำแนะนำของฝ่ายบริหาร³⁴⁶ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 103 ได้บัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการยุบสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการยุบสภานี้ถือว่าเป็นกลไกที่สำคัญในการแก้ไขปัญหาในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการถ่วงดุลต่อสภาได้ และการยุบสภาของรัฐบาลนั้นมีขึ้นก็มีขึ้นเพื่อยับยั้งการตรวจสอบ และให้การควบคุมของสภาต้องเป็นไปโดยความรับผิดชอบต่อประชาชน³⁴⁷

ดังนั้น จะถือว่าการยุบสภาเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่อย่างไรนั้น พิจารณาได้จากเหตุผลที่ว่าการยุบสภานั้นเป็นการยุบเพื่อเลือกตั้งใหม่ เพื่อให้ประชาชนตัดสินใจว่าใครถูก ใครผิด ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การยุบสภากับการเลือกตั้งทั่วไปเป็นสิ่งคู่กัน ไม่เคยมีประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่าฝ่ายบริหารจะยุบสภาแล้วไม่จัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปได้ และไม่เคยมีประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่า ฝ่ายบริหารจะยุบวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้งได้ เมื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด การยุบสภาก็ไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เพราะในที่สุดฝ่ายบริหารก็แต่งตั้งฝ่ายนิติบัญญัติใหม่นั้นเอง โดยไม่มีการเลือกตั้งทั่วไป และไม่มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนตัดสินใจว่าใครถูกใครผิด การยุบสภาในกรณีสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงขัดต่อปรัชญาและหลักเกณฑ์ของการยุบสภาโดยสิ้นเชิง จึงเห็นว่าไม่มีทางที่ฝ่ายบริหารจะยุบสภานิติบัญญัติ แห่งชาติได้เลยโดยอาศัยหลักที่ว่ากายุบสภาที่สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง เช่น วุฒิสภา หรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ไม่ใช่ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย³⁴⁸

อย่างไรก็ตาม ตามบทบัญญัติในทางรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะให้พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ในการยุบสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม แต่การถวายพระราชอำนาจนี้เป็นการถวายที่เป็น

³⁴⁵ หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า 181.

³⁴⁶ วิชฌุ เครื่องงาม, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, หน้า 607.

³⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, หน้า 161-162.

³⁴⁸ วิชฌุ เครื่องงาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **เรื่องเดิม**, หน้า 171.

จารีตประเพณีการปกครองเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้ว อำนาจดังกล่าวนี้จะกระทำได้อต่อเมื่อมีการเสนอร่างพระราชกฤษฎีกายุบสภาโดยนายกรัฐมนตรี³⁴⁹ ซึ่งนายกรัฐมนตรีมีอำนาจมีอำนาจยุบสภาได้ตามระบอบประชาธิปไตย อำนาจการยุบสภาเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีไว้เพื่อดุลและคานกับอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งหากฝ่ายบริหารนำมาใช้ไม่เหมาะสมแล้วก็อาจทำให้ความสมดุลในการปกครองเสียไป เช่น กรณีที่เมื่อฝ่ายรัฐสภาต้องการเปิดอภิปรายรัฐบาล รัฐบาลก็ใช้อำนาจยุบสภาเป็นเครื่องมือหลีกเลี่ยงการเปิดอภิปรายจนทำให้ฝ่ายรัฐสภาไม่กล้าที่จะเปิดอภิปรายรัฐบาลอีก เช่น ในปี 2531 มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรทั้ง ๆ ที่ญัตติอภิปรายไม่ไว้วางใจอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร แต่การยุบสภาที่เกิดจากการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลนั้นในเวลาปัจจุบันไม่อนุญาตให้รัฐบาลใช้อำนาจนี้ได้³⁵⁰

ดังนั้นแล้วกล่าวโดยสรุปได้ว่า การยุบสภาถือเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยแม้ว่า รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยุบสภาได้โดยไม่ต้องมีการถวายคำแนะนำก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วนายกรัฐมนตรีเป็นคนทูลเกล้าฯ เสนอร่างพระราชกฤษฎีกายุบสภา และเมื่อนายกรัฐมนตรีทูลเกล้าฯ แล้ว พระมหากษัตริย์โดยจารีตประเพณีการปกครองก็ต้องลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชกฤษฎีกายุบสภานั้น เพราะถือว่าเป็นกติกที่รัฐบาลใช้ในการดุลอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร สองกรณีดังกล่าวมานั้น คือจารีตประเพณีในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี และจารีตประเพณีในการยุบสภา ถือว่าเป็นจารีตประเพณีที่ถ้าพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า เป็นการถวายพระราชอำนาจให้กับพระมหากษัตริย์ในการทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ในทางความเป็นจริงแล้วนั้นในทางปฏิบัติตามประเพณีการปกครอง นายกรัฐมนตรีจะเป็นคนเสนอเรื่อง และพระมหากษัตริย์ก็ทรงทำตามที่นายทูลเกล้าฯ เหตุที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติข้อความในการบังคับไว้ อย่างชัดเจนก็เพราะ พระมหากษัตริย์ทรงดำรงไว้ในพระราชสถานะอันเป็นที่เคารพสักของประชาชนชาวไทย

4.2.1.3 จารีตประเพณีเกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์

นับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 24 มิถุนายน 2475 เป็นต้นมา แม้ว่าสถาบันพระมหากษัตริย์จะอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่สถาบันนี้ก็ยังมีมาก่อนรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญ เพียงแต่รัฐธรรมนูญมารับรองให้มีต่อไป และได้กำหนดขอบเขตตลอดจนวิธีการใช้พระราชอำนาจให้เข้ากับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³⁵¹ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงใช้อำนาจอธิปไตยในทางประชาธิปไตยนั้นแทนปวงชนชาวไทย ด้วยเพราะเหตุผลทางประเพณีในสังคมไทยอัน

³⁴⁹ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 391.

³⁵⁰ ดวงกมล เจริญรุกษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 263.

³⁵¹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 81-82.

เกิดจากการสั่งสมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาชน และด้วยเหตุผลทางกฎหมายที่แต่เดิมนั้นอำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์ ครั้งเมื่อคณะราษฎรเปลี่ยนแปลงการปกครอง พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงอำนาจอธิปไตยอยู่แล้วก็สละพระราชอำนาจนั้นให้ประชาชนทั้งประเทศ ด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญ แล้วลดพระองค์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ยังคงใช้อำนาจอธิปไตยนั้นแทนปวงชนอยู่³⁵²

ในปัจจุบันภายใต้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดพระราชสถานะ และการใช้พระราชอำนาจไว้ในหมวด 2 ที่ว่าด้วยพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้การใช้พระราชอำนาจในทางการเมืองการปกครองและพระราชอำนาจอย่างอื่นก็ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น และดังจะเห็นได้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาอย่างต่อเนื่องและตลอด อย่างเมื่อครั้งที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ได้เข้าควบคุมการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และได้ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) แต่ได้ยกเว้นบทบัญญัติของหมวด 2 พระมหากษัตริย์ ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่³⁵³ ดังนั้นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จึงเป็นไปตามหมวด 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ซึ่งถือว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาอย่างต่อเนื่องและตลอด

หากพิจารณาตามโบราณราชประเพณีนั้น อำนาจอธิปไตยเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีที่ว่าด้วย อาชญาสิทธิ์ หรือ อำนาจแห่ง “ทัณตะ” ตามคำอธิบายของศาสนาพราหมณ์ ซึ่งหมายถึงอำนาจสูงสุดในการลงโทษ อันถือเป็นอำนาจตามธรรมชาติของพระมหากษัตริย์ ส่วนคำอธิบายตามคติทางพระพุทธศาสนานั้น พระมหากษัตริย์ทรงอาชญาสิทธิ์ในฐานะที่เป็น “มหาสมบัตติ” หรือผู้ที่ได้รับความยินยอมจากราษฎรให้ทำหน้าที่ในการปกครองราชอาณาจักร ดังนั้นแล้ว แม้ว่าพระมหากษัตริย์ในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองจะมีพระอาญาสิทธิ แต่ก็ไม่ได้ทรงใช้พระอาญาสิทธินั้นตามใจชอบ โดยทรงใช้ก็พระอาญาสิทธิหรือพระราชอำนาจในการปกครองแผ่นดินโดยความเป็นธรรมและยุติธรรมเสมอมา³⁵⁴

³⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 182-183.

³⁵³ ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557

³⁵⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 204-206.

ดังปรากฏความในทริธัญบัฏ อันเป็นพระราชปรารภของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่พระองค์ยังทรงให้ความสำคัญกับความยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง ตอนหนึ่งที่ว่า “การยุติธรรมอันเดียวเป็นการที่สำคัญยิ่งใหญ่มาก เป็นหลักเป็นประธานการชำระ ตัดสินความทุกโรงศาล เป็นเครื่องประกอบรักษาให้ความยุติธรรมเป็นไป ถ้าวัดได้ดีขึ้นเพียงใด ประโยชน์ความสุขของราษฎรก็จะเจริญยิ่งขึ้นเท่านั้น . . .”³⁵⁵ และปรากฏในพระบรมราชาธิบายของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อครั้งแก้ไขการปกครองแผ่นดินสยาม ที่พระองค์ทรงให้ความสำคัญกับความยุติธรรมและการใช้พระราชอำนาจตามที่สมควร ที่ว่า

อนึ่ง พระบรมราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ ไม่ได้มีปรากฏในในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุที่ถือว่าเป็นล้นพ้นไม่มีมีข้อใดสิ่งอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ แต่เมื่อว่าตามความเป็นจริงแล้วพระเจ้าแผ่นดินจะทรงประพฤติกการอันใดก็จ้องเป็นไปตามทางที่สมควรและเป็นยุติธรรม³⁵⁶

ดังจะเห็นได้ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่เคยดำรงพระราชสถานะในสมัยที่ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อันถือว่าเป็นพระราชอำนาจตาม “นิติโบราณราชประเพณี” ซึ่งหมายถึง จารีประเพณีที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ที่กำหนดระเบียบแบบแผนหรือกฎหมาย ซึ่งแต่ก่อนนั้นถือว่า พระมหากษัตริย์มีพระบรมเดชานุภาพ และพระราชอำนาจอันล้นพ้นอย่างหาที่สุดมิได้ โดยถือว่าเป็นอำนาจพิเศษเฉพาะขององค์พระมหากษัตริย์ โดยพระราชอำนาจเหล่านี้เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้วพระราชสถานะก็ลดลงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ³⁵⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามโบราณราชประเพณีนี้ เป็นเครื่องมือในการกำหนดฐานะของพระมหากษัตริย์ไทยมาทุกยุคทุกสมัย เพื่อประโยชน์ของประชาชนไทยทั้งประเทศ³⁵⁸ ดังเช่น พระราชอำนาจที่ทรงใช้ในสภาวะวิกฤต

³⁵⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “กฎหมายและความยุติธรรมในนิติศาสตร์แผนไทย,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 34, 2 (มิถุนายน 2547): 287.

³⁵⁶ พระราชดำรัสทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดินในพระบาท สมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ใน ประวัติศาสตร์และการเมือง; **หนังสืออ่านประกอบคำบรรยายวิชาพื้นฐานอารยธรรมไทย** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 168.

³⁵⁷ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 82.

³⁵⁸ ชานินทร์ กรัยวิเชียร, **พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย**, หน้า 32.

พระราชอำนาจส่วนพระองค์ (แนะนำ ส่งเสริม ตักเตือนรัฐบาล) และพระราชอำนาจทางสังคม ดังจะอธิบายได้ดังนี้

1) พระราชอำนาจที่ทรงใช้ในสภาวะวิกฤต

พระราชอำนาจที่ทรงใช้ในสภาวะวิกฤต ถือว่าเป็นพระราชอำนาจที่ทรงใช้ในกรณีเมื่อเกิดวิกฤตในทางการเมืองเกิดขึ้น และเป็นที่แน่ชัดแล้วว่า สถาบันในทางการเมือง คือ รัฐบาลและรัฐสภาไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาได้ของประเทศไทย เราจะเห็นว่ายังมี พระมหากษัตริย์ที่ทรงดำรงพระราชสถานะและทรงใช้พระราชอำนาจในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ตามครรลองแห่งกฎหมายตามวิถีทางของประชาธิปไตย³⁵⁹ ดังเช่น การใช้พระราชอำนาจในการแก้ไขเหตุการณ์ทางการเมือง กรณีเดือนพฤษภาคม 2535 และการพระราชทานอภัยโทษในกรณีวิกฤตตุลาการ ปี 2535 ดังจะอธิบายได้ดังนี้

(1) พระราชอำนาจในการแก้ไขเหตุการณ์ทางการเมือง กรณีเดือนพฤษภาคม 2535

สำหรับเหตุการณ์ในครั้งนี้ ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นหลักชัยในการระงับเหตุที่รุนแรงลงได้ ดังที่ทราบกันดีว่า เมื่อเกิดเหตุการณ์จลาจลกลางเมืองหลวง พระองค์เสด็จลงมาระงับเหตุร้อนให้เย็นลงได้อย่างอัศจรรย์ ซึ่งได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายที่เผชิญหน้ากันเป็นอย่างดี โดยเหตุการณ์ในครั้งนี้ ทำให้ต่างประเทศเข้าใจเป็นอย่างดีว่าพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยนั้นมีความแตกต่างเป็นอย่างยิ่งกับพระมหากษัตริย์ของประเทศต่าง ๆ³⁶⁰

(2) การพระราชทานอภัยโทษในกรณีวิกฤตตุลาการ ปี 2535

การพระราชทานอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ ในช่วงแรกของการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ทำให้พระราชสถานะและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ต้องลดลงโดยอยู่ภายใต้การใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และยังทำให้การรูปแบบในการใช้พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษแต่เดิมมีการเปลี่ยนแปลงไปด้วย³⁶¹ ต่อมาปรากฏว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (พุทธศักราช 2475)

³⁵⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 217.

³⁶⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย*, หน้า 28.

³⁶¹ เพ็ญจันทร์ โชติบาล, *พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 360.

มาตรา 55 เป็นต้นมาจนถึงฉบับปัจจุบัน ได้มีการบัญญัติรับรองพระราชอำนาจในการอภัยโทษเป็นไปในทำนองเดียวกันว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ”³⁶²

สำหรับการพระราชทานอภัยโทษในกรณีวิกฤตตุลาการ เมื่อปี 2535 นั้น เป็นการพระราชทานอภัยโทษตามจารีตประเพณี ซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่เป็นผลบังคับโดยรัฐธรรมนูญซึ่งยังคงรับรองพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษนี้ตามที่ทรงมีตามพระราชประเพณีอยู่แล้ว³⁶³ ซึ่งเมื่อมีการพระราชทานอภัยโทษตามจารีตประเพณีแล้วนั้น ส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อเป็นการน้อมนำการที่ทรงมีพระราชทานอภัยโทษเกิดขึ้น ทั้งนี้ ในกรณีนี้จะเห็นว่า เมื่อทรงเห็นสมควรลดหย่อนผ่อนโทษจากปลดออกหรือไล่ออก เป็นงดบำเหน็จความชอบแล้ว กระทรวงยุติธรรมซึ่งในขณะนั้นศาลยุติธรรมยังอยู่ในสังกัดกระทรวงอยู่ ได้มีคำสั่งเรื่องลงโทษข้าราชการทั้งหมด อันเป็นผลให้ข้าราชการที่ถูกลงโทษปลดออกหรือไล่ออกที่ได้รับพระราชทานอภัยโทษ กลับเข้าปฏิบัติหน้าที่ได้เช่นเดิม³⁶⁴

ดังจะเห็นได้ว่า การพระราชทานอภัยโทษในกรณีวิกฤตตุลาการ ปี 2535 เป็นการพระราชทานอภัยโทษที่ยังมีส่วนที่เป็นไปตาม “พระราชอำนาจตามโบราณราชประเพณี” ซึ่งมีผลในทางพระราชทานพระมหากษัตริย์คุณ ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งทรงใช้พระราชอำนาจในการการอภัยโทษในทางโบราณราชประเพณีและกฎหมายประกอบกัน³⁶⁵ เพื่อที่จะทรงใช้พระบรมเดชานุภาพตามครรลองแห่งรัฐธรรมนูญในการแก้ปัญหาวิกฤตที่เกิดขึ้น

ดังนั้นกล่าวโดยสรุป ได้ว่า พระราชอำนาจที่ทรงใช้ในสภาวะวิกฤต ตามกรณีศึกษาที่ได้อ้างมาข้างต้นนั้น เป็นการใช้พระราชอำนาจที่ประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญ คือ “พระราชอำนาจตามโบราณราชประเพณี” และ “พระราชอำนาจตามครรลองแห่งรัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ ทรงใช้พระราชอำนาจทั้งสองส่วนอย่างผสมผสานกันในการแก้ไขวิกฤตการณ์ในทางการเมืองการ

³⁶² นันทวัฒน์ บรมานันท์, “การพระราชทานอภัยโทษทางวินัย,” วารสารกฎหมายนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 33, 1 (มีนาคม 2558): 11-12.

³⁶³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ,” วารสารวิชาการ ศาลปกครอง 9, 1 (มกราคม-เมษายน 2552): 31.

³⁶⁴ ศาลฎีกา, เฉลิมพระเกียรติฉลองสิริราชสมบัติครบ 50 ปี (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2539), หน้า 67.

³⁶⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 53.

ปกครอง ดังนั้นแล้ว จึงกล่าวได้ว่า พระราชอำนาจที่ทรงใช้ในสภาวะวิกฤต ถือเป็นพระราชอำนาจตาม ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2) พระราชอำนาจส่วนพระองค์ (แนะนำ ส่งเสริม ตักเตือนรัฐบาล)

สำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจทั่วไปที่หรือพระราชอำนาจส่วนพระองค์ ที่จะทรงได้รับการ ปกป้องหรือจากรัฐบาล ทรงสนับสนุนรัฐบาลหรือให้กำลังใจรัฐบาล และพระราชอำนาจในการ ทรงเตือนสติรัฐบาล³⁶⁶

(1) พระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล

พระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล หมายถึง “กรณีที่รัฐบาลจะดำเนินการในเรื่องหนึ่งเรื่องใดและเห็นสมควรนำความในเรื่องนั้นขึ้นกราบบังคมทูล เพื่อปรึกษาหารือ”³⁶⁷ ดังนั้น เมื่อพระมหากษัตริย์พระราชทานคำแนะนำหรือข้อพระราชดำริอย่างใด แก่รัฐบาลแล้ว ก็เป็นหน้าที่ต่อไปของรัฐบาล ที่จะรับพระราชดำรินั้นใส่เกล้าใส่กระหม่อม และทำการ ทบทวนว่าจะเป็นไปได้เพียงใดที่จะสนองพระราชดำริดังกล่าวนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าในการตัดสินใจ ในขั้นสุดท้ายนั้นเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารโดยตรง เพราะเมื่อตัดสินใจอย่างใดลงไป ก็จะมี เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งไม่ว่าจะผลในทางบวกหรือลบ ก็ควรจะเป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลโดย แท้ เพราะว่าพระมหากษัตริย์ไม่ได้อยู่ในฐานะที่ทรงกระทำผิดหรือทรงรับผิดชอบ³⁶⁸

(2) พระราชอำนาจที่จะสนับสนุนหรือให้กำลังใจรัฐบาล

ในกรณีเมื่อปี พ.ศ. 2505 เมื่อจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ นายกรัฐมนตรีใน ขณะนั้น มีหนังสือกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตเยี่ยมตัวพระยาศรีวิสารวาจา องคมนตรี ไปช่วยราชการทางสำนักนายกรัฐมนตรี ความทราบฝ่าพระบาทแล้ว ได้มีพระราชหัตถเลขา ตอบและแสดงความในพระราชหฤทัย ความตอนหนึ่งว่า³⁶⁹ ดังนี้

³⁶⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, หน้า 6.

³⁶⁷ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 143.

³⁶⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 372.

³⁶⁹ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 148-149.

ฉันทองพร้อมที่จะช่วยส่งเสริมให้ราชการทางฝ่ายบริหารปกครองบ้านเมืองดำเนินไปด้วยดีอยู่เสมอ ทั้งยินดีที่จะได้เห็นผู้มีวุฒิได้ทำประโยชน์แก่ประเทศชาติ จึงไม่มีข้อขัดข้องใดที่จะอนุญาตให้พระยาศรีวิศารวาจาไปช่วยราชการในสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวพลางก่อนตามที่ขอมานั้น และเมื่อได้แก้ไขพระราชบัญญัติที่กล่าวมานี้แล้ว ก็พร้อมที่จะแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งตามที่ได้เสนอขอตั้งมาต่อไปด้วย

(3) พระราชอำนาจที่จะทรงตั้งเดือน

พระราชอำนาจที่จะทรงตั้งเดือน ถือว่าเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้ และมีปรากฏเสมอว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำรัสเดือนสติทางกฎหมายแก่รัฐบาลและบุคคลทั่วไปอยู่เสมอ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงพระราชดำรัสที่ทรงตั้งเดือนแล้วนั้น จะเห็นว่าเป็นปรัชญากฎหมายชั้นสูง ซึ่งได้มีเมื่อรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐได้น้อมเกล้าฯ น้อมกระหม่อมรับเป็นแนวทางในการดำเนินงานของตน³⁷⁰ ดังตัวอย่างเช่น เหตุการณ์เมื่อ นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระราชปรารภที่เป็น “การเดือน” รัฐบาลหลายวาระโอกาส โดยทรงมีวิธีตั้งเดือนที่เหมาะสมละมุนละม่อมและงดงามที่สุด ดังที่ท่านอดีตนายกรัฐมนตรี ได้เล่าไว้³⁷¹ ดังนี้

เมื่อรัฐบาล “อานันท์ 1” เห็นสภาพป่าในอุทยานแห่งชาติเขาใหญ่เสื่อมโทรมลงไปมาก และมีการลักลอบฆ่าสัตว์อย่างแพร่หลาย จึงได้มีนโยบาย “ปิด” การใช้เขาใหญ่เป็นสถานที่ท่องเที่ยวและสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ รวมทั้งการปิดสนามกอล์ฟเป็นการถาวร พระองค์ท่านได้ทรงพระราชปรารภและเดือนให้รัฐบาลมีมาตรการดูแลทุกข์สุขพนักงานโรงแรมบนเขาใหญ่ และหาทางให้พนักงานเหล่านั้นมีงานทำในลักษณะอื่น ๆ ได้ สำหรับสนามกอล์ฟนั้น ก็ได้พระราชทานคำแนะนำว่าอย่าใช้รถชุดไถไปชุดพื้นที่ หรือตัดต้นไม้ที่มีอยู่แล้ว แต่ควร

³⁷⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, หน้า 6-7.

³⁷¹ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ,

จะฟื้นฟูสภาพป่าด้วยการปล่อยต้นไม้รวมทั้งวัชพืชที่มีอยู่แล้วไว้ตามธรรมชาติ แล้วปลูกต้นไม้แบบคละเสริมเข้าไปเพื่อที่ป่าจะฟื้นฟูตัวเองตามธรรมชาติต่อไป

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงตระหนักดีว่า นายอานันท์ซึ่งใช้ชีวิตการศึกษาและรับราชการในต่างประเทศเป็นเวลากว่า 20 ปี และเมื่อมาอยู่ในวงราชการถึงแม้จะไปต่างจังหวัดบ้างก็เป็นจังหวัดใหญ่ ๆ ที่มีความเจริญพอสมควรแล้ว ฉะนั้น พระองค์ท่านจะทรงมีวิธีที่จะเตือนสติและชักนำให้นายกรัฐมนตรีคนที่ 18 ได้ไปตรวจราชการในพื้นที่กันดารให้เห็นสภาพที่แท้จริงของราษฎรในภาคพื้นเกษตรและได้ไปดูโครงการอันเนื่องมาจากพระราชดำริต่าง ๆ ไม่ว่าจะป็นศูนย์ศึกษาการพัฒนาห้วยฮ่องไคร้ จังหวัดเชียงใหม่ หรือศูนย์ศึกษาการพัฒนาพิกุลทอง จังหวัดนราธิวาส กับทั้งรับสั่งให้เจ้าหน้าที่ที่จัดให้ผมได้ไปดูโครงการปลูกหญ้าแฝกอนุรักษ์ดินและวิธีการปลูกไว้เป็นแบบ เป็นแนวสกัดกั้นหน้าดินไม่ให้ถูกน้ำชะพาออกไปจากพื้นที่นั้น . . . ความละเอียดรอบคอบและคำนึงถึงจิตใจของผู้อื่นเป็นพระคุณลักษณะที่พระองค์ท่านทรงมีเสมอมา

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชอำนาจส่วนพระองค์ เป็นพระราชอำนาจที่ทรงใช้โดยพระองค์เอง ในการทรงรับการศึกษาและหารือจากรัฐบาล การพระราชทานสนับสนุนและให้กำลังใจรัฐบาล และพระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน ซึ่งดังจะเห็นได้ว่าเป็นการใช้พระราชอำนาจที่ไม่ได้ขัดต่อกฎหมาย พร้อมทั้งยังทรงใช้พระราชอำนาจเป็นไปตามครรลองแห่งประชาธิปไตยอันถือเป็นจารีตประเพณีในการปกครองของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญที่ทรงมีต่อประชาชน

3) พระราชอำนาจในทางสังคม

ตามคตินิยมของประเทศไทยเรื่อง “บารมี” หรือ “บุญญาธิการ” ซึ่งตรงกับคติในทางตะวันตกเรื่อง พระราชอำนาจทางสังคม (Social Power) โดยในเรื่องนี้ไม่ว่าพระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือ กฎหมายอื่นมากน้อยเพียงใดก็ตาม แต่ถ้าหากพระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะอันเป็นที่รักของประชาชน และมีความสัมพันธ์อย่างดีกับประชาชน ทั้งในด้านพระราชกรณียกิจและพระราชจริยวัตรก็จะเป็นที่ประทับใจของประชาชน ทั้งนี้

พระมหากษัตริย์พระองค์นั้นก็จะมีพระราชอำนาจในทางสังคม โดยพระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจเฉพาะรัชกาล เป็นเฉพาะพระองค์ ซึ่งไม่ใช่ของสถาบันพระมหากษัตริย์ทั่วไป³⁷²

อย่างไรก็ตาม การใช้พระราชอำนาจในทางสังคมนั้น ซึ่งเป็นการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางรัฐธรรมนูญในแต่ละยุคสมัยมีความแตกต่างกัน นั่นก็คือ “พระบารมี” ซึ่งหมายถึง “อำนาจที่จะคุ้มครองให้ผู้อื่นปลอดภัยได้ อำนาจนี้ย่อมมาจากคุณงามความดีของพระมหากษัตริย์ ได้แก่ทศพิธราชธรรมนั่นเอง เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงยึดมั่นอยู่ในทศพิธราชธรรม ก็จะเป็นที่รักใคร่ยกย่องของมหาชนทำให้มีอำนาจเป็นที่เกรงกลัวของคนพาลและเป็นที่พึ่งของผู้อื่นได้”³⁷³ ดังนั้นแล้ว พระบารมีของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ ก็ย่อมที่จะส่งผลต่อการใช้พระราชอำนาจในทางสังคม ตามขอบเขตของการใช้พระราชอำนาจในทางรัฐธรรมนูญด้วย

นอกจากนี้ การใช้พระราชอำนาจในทางสังคม ก็จะขึ้นอยู่กับเหตุผลอีกหลายประการ อย่างเช่นระยะเวลาในการครองสิริราชสมบัติ ดังจะเห็นได้จากในรัชกาลปัจจุบัน ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไปกี่ฉบับ มีการเลือกตั้งไปกี่ครั้ง แต่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบัน ก็ยังคงเป็นพระประมุขของรัฐ และทรงใช้พระราชอำนาจพระราชทานคำแนะนำให้แก่รัฐบาล ซึ่งนั่นก็หมายความว่า พระราชกระแสแนะนำนั้น เป็นผลแห่งพระบรมราชวินิจฉัยที่ทรงถ่วงถ่วงดีแล้ว ที่รัฐบาลพึงรับใส่เกล้าใส่กระหม่อมใคร่ครวญอย่างรอบคอบ และนอกจากนี้ พระราชกรณียกิจที่ทรงบำเพ็ญเพื่อประเทศชาติและประชาชนก็ถือเป็นอีกเหตุผลสำคัญในการเพิ่มพูนพระบารมีให้แก่ไพศาลและงดงามบริบูรณ์ได้เป็นอย่างมาก ดังนั้นแล้ว พระราชอำนาจที่เกิดจากความศรัทธาความรักและความจงรักภักดีของประชาชน ก็ถือว่าเป็นพระบารมีที่เกิดขึ้นในใจของราษฎรทั้งแผ่นดิน³⁷⁴ ดังนั้นแล้วจึงกล่าวได้ว่า เพราะความเคารพและความจงรักภักดี อันเป็นผลมาจากพระราชกรณียกิจในด้านต่าง ๆ จึงก่อให้เกิดพระราชอำนาจในทางสังคมโดยอัตโนมัติ และพระราชอำนาจนี้มีฐานการรองรับจากประชาชนอย่างมั่นคง³⁷⁵

ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชอำนาจในทางสังคม เป็นพระราชอำนาจที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นพระราชอำนาจที่มีผลต่อการเมืองการปกครอง เพราะเป็นพระ

³⁷² พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 95.

³⁷³ สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี, *ทศบารมีในพระพุทธศาสนาเถรวาท* (กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2524), หน้า 141.

³⁷⁴ ธงทอง จันทรางศุ, *พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 126.

³⁷⁵ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 95-96.

ราชอำนาจที่เกิดจากความศรัทธาความรักและความจงรักภักดีของประชาชน และ “พระบารมี” ของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ อันเป็นผลมาจากพระราชกรณียกิจในด้านต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์ จึงก่อให้เกิดพระราชอำนาจในทางสังคมโดยอัตโนมัติ และพระราชอำนาจนี้มีฐานรองรับจากประชาชนอย่างมั่นคง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า สำหรับจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า พระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองไว้นั้นจะตีความเหมือนกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ต่างประเทศหรือในประเทศยุโรปไม่ได้ แต่ต้องตีความ “ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่”³⁷⁶

4.2.2 รูปแบบการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย

สำหรับการศึกษาถึงรูปแบบการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยนั้น ผู้เขียนได้ลำดับความสำคัญในการอธิบาย เป็นสามลำดับ กล่าวคือ ในส่วนแรกจะเป็นการลำดับถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย ซึ่งมีระยะเวลาทางประวัติศาสตร์ เป็นสองช่วงระยะเวลาใหญ่ ๆ สองระยะ คือ ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 และหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 ในส่วนที่สอง จะเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ และส่วนที่สามจะเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ดังจะอธิบายได้ดังนี้

4.2.2.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย

สำหรับการศึกษาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยนั้น สามารถพิจารณาได้เป็น สองช่วงระยะเวลาใหญ่ ได้สองระยะ คือ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 และความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 ดังจะอธิบายได้ ดังนี้

1) ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475

ในอดีตนั้นความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยนั้น มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ในยุคแรกที่พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั้น พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ใช้อำนาจในฝ่ายบริหารเอง กล่าวคือในยุคแรกนั้นพระราชอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน จะอยู่ที่ “พระมหากษัตริย์” ซึ่งทำหน้าที่ในการบริหารแผ่นดินหรือหัวหน้ารัฐบาล และคณะผู้บริหารบ้านเมืองในแต่ละยุคสมัยจะมีลักษณะที่คล้ายกับ

³⁷⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, หน้า 29.

“คณะรัฐมนตรี” ในยุคปัจจุบัน ดังนั้นจึงขออธิบายความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของผู้ทำหน้าที่ในฝ่ายบริหาร ได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลา ดังนี้

(1) ช่วงแรก (สมัยพระเจ้าอยู่หัว มีเสนาบดีสี่กรมหรือจตุสดมภ์)

สำหรับความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของคณะรัฐมนตรีของไทยนั้น มีพัฒนาการมาจากในสมัยกรุงศรีอยุธยา ในรัชสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 หรือพระเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้มีแบ่งการปกครองที่เรียกว่า “จตุสดมภ์” หรือ “สี่หลักแห่งการปกครอง” อันประกอบไปด้วย กรมเมือง กรมวัง กรมคลัง และกรมนา ซึ่งกรมเมืองนั้นอยู่ในความดูแลของขุนเมือง มีหน้าที่คล้ายกับกระทรวงมหาดไทยในปัจจุบัน กรมวังอยู่ในความดูแลของขุนวัง มีหน้าที่คล้ายกับสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวงยุติธรรมหรือศาลในปัจจุบัน ส่วนกรมคลังนั้น อยู่ในความดูแลของขุนคลัง มีหน้าที่คล้ายกับกระทรวงการคลังและกระทรวงพาณิชย์ในปัจจุบัน และกรมนา อยู่ในความดูแลของขุนนา มีหน้าที่คล้ายกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในปัจจุบัน นอกจากนี้ยังมีคณะเสนาบดีหรือข้าราชการอื่น ๆ ร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดินกับพระมหากษัตริย์ ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ได้แยกออกจากกัน ทั้งนี้จะเห็นว่า ประเพณีการปกครองในการบริหารราชการแผ่นดินในสมัยนี้มีลักษณะที่คล้าย ๆ กับรัฐหรือประเทศต่าง ๆ ในสมัยโบราณนั่นเอง³⁷⁷

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า “จตุสดมภ์” หรือ “สี่หลักแห่งการปกครอง” เป็นคณะเสนาบดีหรือ “คณะรัฐมนตรี” ในสมัยแรกก็ได้ แต่อำนาจในการปกครองแผ่นดินนั้นก็ยังอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์³⁷⁸

(2) ช่วงที่สอง (สมัยพระบรมไตรโลกนาถ ถึง ช่วงต้นรัชกาลที่ 5)

ในรัชสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ได้มีการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินใหม่ โดยมีการแบ่งประเทศออกเป็นสองฝ่าย โดย ฝ่ายแรกเป็นฝ่ายหัวเมืองเหนือ อยู่ในความดูแลของสมุหนายก พร้อมทั้งมีหน้าที่ดูแลราชการฝ่ายพลเรือน ส่วนฝ่ายที่สองเป็นฝ่ายหัวเมืองใต้ อยู่ในความดูแลของสมุหกลาโหม พร้อมทั้งมีหน้าที่ดูแลราชการฝ่ายทหารด้วย ซึ่งแต่ละฝ่ายจะมีเหล่าคณะเสนาบดีฝ่ายของตน ฉะนั้นแล้ว ในสมัยนั้นการที่มีตำแหน่งอัครมหาเสนาบดีสองคน หากเทียบกับในสมัยปัจจุบันก็คือ การมีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสองคนนั่นเอง³⁷⁹

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีการแบ่งการบริหารที่แยกออกกันแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วนั้นยังมีการบริหารราชการแผ่นดินสับสนจนแยกไม่ออก และเมื่อมีราชการสงครามก็ต้องยกทัพไปเป็นคู่ ซึ่งในบางครั้งยังมีการยกหัวเมืองและกรมในบังคับของฝ่ายหนึ่งไปอยู่อีก

³⁷⁷ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 541.

³⁷⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 541.

³⁷⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 541-542.

ฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในเรื่องนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระบรมราชาธิบายว่า “ถ้าจะเปรียบเทียบตำแหน่งสมุหพระกลาโหม สมุหนายกในเวลานี้กับตำแหน่งเสนาบดีที่ในประเทศทั้งปวงมีอยู่ ก็ต้องนับว่าเป็นเสนาบดีว่าการเมืองด้วย เสนาบดีว่าการยุติธรรมด้วย เสนาบดีว่าการทหารด้วย เสนาบดีว่าการคลังด้วย รวบรวมกันอยู่ในคนเดียวเป็นเสนาบดีถึง 4-5 ตำแหน่งดังนี้ การจึงได้สืบสนรุงรังไม่มีใครจะตลอดไปได้”³⁸⁰ ซึ่งนับตั้งแต่สมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถจนถึง ตอนต้นสมัยรัชกาลที่ 5 นั้นลักษณะของการบริหารราชการแผ่นดินมีลักษณะที่ทำให้เหล่าคณะเสนาบดีหรืออาจจะเรียกว่า “คณะรัฐมนตรี” มีอำนาจและอิทธิพลเป็นอย่างมาก และในบางยุคบางสมัยกลับมาอำนาจที่มากกว่าพระมหากษัตริย์เสียด้วยซ้ำ³⁸¹

ดังนั้นแล้ว ตั้งแต่สมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถจนถึง ตอนต้นสมัยรัชกาลที่ 5 มีคณะรัฐมนตรีที่มีอัครเสนาบดีสองคนคุมเสนาบดีว่าการกรมต่าง ๆ ตลอดจนกำลังฝ่ายทหารและพลเรือนแยกจากกัน แต่ในทางปฏิบัติการบริหารราชการสืบสานกันจนแยกไม่ออก และอัครเสนาบดีและเสนาบดีมีอำนาจมาก ซึ่งในยุคนี้ ถึงแม้ว่าจะอัครเสนาบดีที่มีตำแหน่งคล้ายกับการมีนายกรัฐมนตรีสองคน แต่อำนาจในการปกครองประเทศซึ่งเป็นอำนาจในทางบริหารก็ยังคงอยู่ที่ “พระมหากษัตริย์” อยู่นั่นเอง

(3) ช่วงที่สาม (สมัยตอนกลางรัชกาลที่ 5 ถึงรัชกาลที่ 7 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง)

ในปี พ.ศ. 2433 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดินแบบใหม่ โดยได้ยกฐานะกรมขึ้นเป็นกระทรวง 12 กระทรวง มีเสนาบดีบังคับบัญชาแยกจากกัน แต่ละกระทรวงมีเสนาบดีว่าการ เสนาบดีทุกคน ประกอบกันเป็นคณะเสนาบดี และเหล่าเสนาบดีทุกคนขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์ และบ่อยครั้งที่พระองค์ทรงเป็น “ออปโปสิชั่นของคองเวนเมนต์โดยตรง” กล่าวคือ ทรงตรวจสอบ กำกับดูแล เร่งรัด ตำหนิ และลงโทษบรรดาเสนาบดีทั้งหลายอย่างจริงจัง อีกทั้งยังทรงกำชับให้มีการประชุมปรึกษาหารือ และได้พระราชทานปัญหาให้วินิจฉัยอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งในเรื่องนี้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงวิจารณ์ว่าเป็นการปฏิบัติแบบพลิกแผ่นดิน ด้วยเหตุผลที่ว่า อำนาจในการ

³⁸⁰ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, เจ้านายและข้าราชการกราบบังคมทูลถวายความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงราชการแผ่นดิน ร.ศ. 103 และ พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2526), หน้า 68.

³⁸¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 542-543.

บริหารราชการแผ่นดินกลับมาสู่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของประเทศ และเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง³⁸²

อย่างไรก็ตาม ในสมัยรัชกาลที่ 5 ตอนกลาง ถึงสมัยรัชกาลที่ 7 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง มีลักษณะของคณะรัฐมนตรีที่มีเสนาบดีว่าการกระทรวง 12 กระทรวง และขึ้นตรงต่อพระมหากษัตริย์อย่างแท้จริง มีการประชุมคณะเสนาบดีในรูปของ Council of Ministers หรือ Cabinet ของอังกฤษ แต่ไม่มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรี³⁸³

ดังนั้น ในยุคนี้อาจกล่าวได้ว่า “พระมหากษัตริย์” ได้ตั้งอำนาจในการเมืองการปกครองเข้าสู่ส่วนกลาง ซึ่งเป็นอำนาจที่เรียกว่า รวมศูนย์การปกครอง ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะไม่มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก็จริง แต่ถ้าพิจารณาตามลักษณะของการใช้อำนาจในทางปกครองแล้วนั้น จะเห็นว่า “พระมหากษัตริย์” คือเป็นผู้ที่ใช้อำนาจบริหารอย่างเช่นนายกรัฐมนตรี และเป็นผู้ใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐด้วย หรือกล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงทั้งปกเกล้าและปกครอง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 นั้น ในช่วงแรกนั้น พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการปกครองแผ่นดิน ในช่วงที่สอง จะตำแหน่งอัครเสนาบดีที่มีตำแหน่งคล้ายกับการมีนายกรัฐมนตรีสองคน แต่อำนาจในการปกครองประเทศซึ่งเป็นอำนาจในทางบริหารก็ยังคงอยู่ที่ “พระมหากษัตริย์” และในยุคที่สาม “พระมหากษัตริย์” ถึงแม้ว่าจะไม่มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก็จริง แต่ถ้าพิจารณาตามลักษณะของการใช้อำนาจในทางปกครองแล้วนั้น จะเห็นว่า “พระมหากษัตริย์” คือ เป็นผู้ที่ใช้อำนาจบริหารอย่างเช่นนายกรัฐมนตรี และเป็นผู้ใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐด้วย ดังนั้นจึงถือว่า “พระมหากษัตริย์” เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั้น ซึ่งทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินหรือหัวหน้ารัฐบาล และเป็นพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ กล่าวคือ “ทรงทั้งปกเกล้าและปกครอง”

2) หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ได้มีผู้ที่ทำหน้าที่อย่างนายกรัฐมนตรีที่เรียกว่า “ประธานคณะกรรมการราษฎร” ครั้งแรกในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินไทยชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งนับได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย ที่มีผู้มีอำนาจบริหารราชการแผ่นดินเรียกว่า “คณะกรรมการราษฎร” และมีผู้ที่ทำหน้าที่นายกรัฐมนตรีว่า “ประธานคณะกรรมการราษฎร”³⁸⁴

³⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 543-544.

³⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 546.

³⁸⁴ มนูญ บริสุทธิ์, เรื่องเดิม, หน้า 4.

อย่างไรก็ตาม คำว่า “นายกรัฐมนตรี” และคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีนั้น ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ซึ่งมีที่มาจากกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ซึ่งในขณะที่มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในสภาผู้แทนราษฎรได้มีผู้เสนอขอแก้ไขคำว่า “คณะกรรมการราษฎร” เป็นอย่างอื่น ซึ่งได้มีการอภิปรายโต้เถียงกันในสภาผู้แทนราษฎรเป็นอันมาก และในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติให้แก้ไขคำว่า “คณะกรรมการราษฎร” ในร่างรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 เป็นคณะรัฐมนตรี และคำว่า “ประธานคณะกรรมการราษฎร” เป็น “นายกรัฐมนตรี”³⁸⁵

หากจะกล่าวถึงจารีตประเพณีในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย นั้น ท่านอาจารย์ธานีกร ทรัพย์วิเชียร อธิบายไว้ว่า รัฐบาลซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำ มีชื่อว่า “รัฐบาลในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว” เพราะตามคติประชาธิปไตยแล้วนั้น ถือว่าพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของประเทศ โดยทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยการถวายคำแนะนำของประธานรัฐสภา³⁸⁶

ทั้งนี้ ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะเลือกบุคคลที่เหมาะสมแก่สถานการณ์ของประเทศเป็นนายกรัฐมนตรีได้ เพราะบางครั้งอาจมีความจำเป็นที่จะต้องตั้งบุคคลซึ่งไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดเป็นนายกรัฐมนตรีก็ได้ในเมื่อทรงเห็นว่า พรรคการเมืองมีความคิดเห็นแตกแยกจนสามารถตั้งหัวหน้าพรรคเป็นนายกรัฐมนตรีได้³⁸⁷

แต่ในทางปฏิบัติแล้วนั้น พระมหากษัตริย์จะทรงตั้งนายกรัฐมนตรีตามคำแนะนำของประธานสภาผู้แทนราษฎร เพราะประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับสมาชิกย่อมมีวิธีการทราบล่วงหน้าที่จะสนับสนุนให้บุคคลใดเป็นนายกรัฐมนตรี และการที่ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของประธานสภาผู้แทนราษฎรก็ด้วยเหตุผลที่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั่นเอง³⁸⁸

นอกจากนี้ ในการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น ซึ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญในการที่นายกรัฐมนตรีของประเทศไทยจะอยู่ดำรงตำแหน่งได้อย่างราบรื่นยาวนานนั้น นายบุญชนะ อรรถากร นักการเมืองอาวุโส ได้เคยแสดงทัศนะไว้ว่า “ข้าพเจ้าพูดในที่หลายแห่งว่า รัฐบาลไทยนั้น ถ้า

³⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5.

³⁸⁶ ธานีกร ทรัพย์วิเชียร, พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย, หน้า 25.

³⁸⁷ มนูญ บริสุทธิ์, เรื่องเดิม, หน้า 17-18.

³⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

จะให้ราบรื่นอยู่ในตำแหน่งนาน ก็จะต้องได้รับการสนับสนุนจากสถาบันกษัตริย์ สถาบันทหาร และสถาบันประชาชน”³⁸⁹

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย ภายหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 นั้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยการถวายคำแนะนำของประธานรัฐสภา ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำ มีชื่อเรียกว่า “รัฐบาลในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว” แต่ทั้งนี้ การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้อาจจะแบ่งเป็นการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติและพิเศษ ดังจะได้อธิบายในส่วนถัดไป

กล่าวโดยสรุป ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยนั้น จากที่ได้ศึกษาทั้งสองระยะเวลานั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 “พระมหากษัตริย์” คือ เป็นผู้ที่ใช้อำนาจบริหารอย่างเช่นนายกรัฐมนตรี และเป็นผู้ใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐด้วย ดังนั้นจึงถือว่า “พระมหากษัตริย์” เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั้น ซึ่งทำหน้าที่ในการบริหารราชแผ่นดินหรือหัวหน้ารัฐบาล และเป็นพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ กล่าวคือ “ทรงทั้งปกเกล้าและปกครอง”

แต่การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้บัญญัติให้ “พระมหากษัตริย์” ในฐานะประมุขของรัฐ เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยการถวายคำแนะนำของประธานรัฐสภา กล่าวคือ “ทรงปกเกล้าแต่มีปกครอง” แต่ทั้งนี้ในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองการปกครอง พระมหากษัตริย์ สามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพื่อคลี่คลายให้ประเทศชาติเกิดความสงบร่มเย็นได้

4.2.2.2 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ

ภายหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้มีการวางหลักการใหม่ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไว้ ทำให้การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติมีสาระสำคัญที่เปลี่ยนไปกับรัฐธรรมนูญในอดีต ดังนั้น ผู้เขียนขออธิบายโดยแบ่งเป็น 2 ประการคือ การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการเดิม และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560)

³⁸⁹ บุญชนะ อุตถากร, **บันทึกวิเคราะห์และวิจารณ์ 16 นายกรัฐมนตรีไทย** (กรุงเทพฯ: มุานิติศาสตราจารย์บุญชนะ อุตถากรเพื่อการศึกษาศึกษาและวิจัย, 2526), หน้า 50-51.

1) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการเดิม
ในการศึกษาการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการเดิมนั้น ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 171

พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสลิปห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา 172 ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าแปดปีมิได้

ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนี้ หากมองธรรมดา ก็อาจจะตีความไปได้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีดุลยพินิจ ที่จะพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยเป็นเด็ดขาด เลือกสรรผู้ใดมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี แต่แท้จริงแล้ววิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ทรงแต่งตั้งจากบุคคลที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนอยู่³⁹⁰ ซึ่งตามหลักกฎหมายประธานสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจหน้าที่ในการที่จะเสนอชื่อหรือนำชื่อผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีขึ้นทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์พระองค์จะทรงลงนามแต่งตั้งใครดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีก็ได้ แต่ทางจารีตประเพณีนั้นมีหลักการอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เสนอบุคคลที่มีเสียงสนับสนุนข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อขึ้น ทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตามบุคคลที่เสนอเช่นกัน³⁹¹

2) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

จากการศึกษาการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามกรอบของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ ที่กำหนดไว้ให้ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ตามบทบัญญัติมาตรา 158 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสลิปห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่

³⁹⁰ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 95.

³⁹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 229.

ในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน” ซึ่งการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง นายกรัฐมนตรีนี้ก็มีหลักการเหมือนกันกับรัฐธรรมนูญอดีตทุกฉบับ รวมถึงเหมือนกับหลักการเดิมที่กล่าวมาข้างต้นด้วย แต่ที่เป็นหลักการใหม่ และถือว่าแตกต่างจากของเดิม สามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) นายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบ ตามบทบัญญัติมาตรา 158 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) “นายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบตามมาตรา 159” ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่มีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองแจ้งไว้ตามมาตรา 88 โดยต้องเป็นบุคคลที่พรรคต้องแจ้งชื่อผู้ที่พรรคเสนอเป็นนายกรัฐมนตรีต่อ คณะกรรมการการเลือกตั้งด้วย พรรคละไม่เกิน 3 รายชื่อ และในการหาเสียงต้องประกาศให้ประชาชนทราบรายชื่อดังกล่าวด้วย

(2) รายชื่อ (ว่าที่นายกรัฐมนตรี) ที่เสนอนั้น พรรคเป็นผู้คัดเลือกและเสนอ จะเสนอจากผู้เป็นหรือไม่เป็นสมาชิกพรรคก็ได้ และจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือไม่ก็ได้ ซึ่งถือเป็นเอกสิทธิ์ของพรรคที่จะตัดสินใจ และพรรคต้องรับผิดชอบต่อสมาชิกพรรคและประชาชนในการตัดสินใจนั้น ซึ่งที่ผ่านมาในอดีตประชาชนไม่สามารถล่วงรู้ได้เลยว่าผู้ใดจะมาเป็นนายกรัฐมนตรี แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือว่าเป็นหลักการใหม่ที่ได้กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิที่จะรับรู้ด้วยว่าพรรคการเมืองที่ตนจะตัดสินใจนั้นจะเสนอใครเป็นนายกรัฐมนตรี และผู้ซึ่งได้รับการเสนอชื่อต้องไม่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามที่จะเป็นรัฐมนตรี ซึ่งต้องมีหนังสือยินยอมให้พรรคเสนอชื่อประกอบด้วย (มาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560))

(3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรี เฉพาะจากรายชื่อของพรรคร่วมรัฐบาลที่มีสมาชิกได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด (500 คน) ซึ่งต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 25 คนนั่นเอง (มาตรา 159) ซึ่งการเลือกนายกรัฐมนตรีนั้น สภาผู้แทนราษฎรต้องให้ความเห็นชอบ โดยต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งต้องกระทำโดยการลงคะแนนอย่างเปิดเผย (มาตรา 159 วรรคสาม)

(4) ในระยะเวลาของการปฏิรูปประเทศนับแต่การมีสภาผู้แทนราษฎรครั้งแรก เป็นระยะเวลา 5 ปี ตามบทบัญญัติมาตรา 272 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 การให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีให้กระทำในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา กล่าวคือให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 500 คน และสมาชิกวุฒิสภา 250 คน (ซึ่งในบทเฉพาะกาล มาตรา 269 ระบุว่าวุฒิสมาชิกในวาระเริ่มแรกทั้งหมดจะมาจากกรรมการแต่งตั้งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ) เป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรี และหากเกิดกรณีที่ไม่สามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองตามมาตรา 88 ได้แล้ว สมาชิกของทั้งสองสภาจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกที่มีอยู่ ต้องเข้าชื่อเสนอประธานรัฐสภา

ขอให้รัฐสภายกเว้นไม่ต้องเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีจากบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองโดยใช้เสียงข้างมาก 2 ใน 3 ขึ้นไปเพื่อขอยกเว้น และหลังจากนั้นจะสามารถเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีผู้ที่อยู่ในบัญชีรายชื่อพรรคการเมืองตามมาตรา 88 หรือคนนอกบัญชีก็ได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีลักษณะที่แตกต่างกัน กล่าวคือ เป็นการกำหนดให้มีการเสนอรายชื่อผู้ที่เสนอตัวเป็นนายกรัฐมนตรีไว้ ตามบัญชีรายชื่อที่พรรคการเมืองแจ้งไว้ต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ตามมาตรา 88) ซึ่งบุคคลนั้นจะเป็นสมาชิกพรรคหรือไม่เป็นก็ได้ จะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือไม่เป็นก็ได้ แต่ต้องเป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้อยู่ในบัญชีรายชื่อดังกล่าวนั้น ส่วนหลักการอย่างอื่นก็คล้ายกันคือ ต้องเป็นผู้ที่ได้รับการลงมติเกินกึ่งหนึ่งจากสภาผู้แทนราษฎร

อย่างไรก็ตาม การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติตามหลักการเดิม และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) นี้ การที่พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนั้นไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งบุคคลที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรทูลเกล้าฯ ก็ได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วพระองค์ก็ทรงแต่งตั้งตามนั้นเพราะบุคคลที่ถูกเสนอชื่อมาเป็นฝ่ายเสียงข้างมากในสภา ถ้าหากพระองค์ทรงแต่งตั้งบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลที่เสนอชื่อมา ก็จะเป็นการแต่งตั้งคนที่ไม่มีความเสี่ยงข้างมากสนับสนุนในสภาผู้แทนราษฎร ก็จะส่งผลให้ไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินให้เรียบร้อยไปได้ เพราะอาจจะถูกลงมติไม่ไว้วางใจทันทีที่ได้รับการแต่งตั้ง หรือมากกว่านั้นนายกรัฐมนตรีก็อาจจะเสนอร่างกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งของงบประมาณแผ่นดินจากรัฐสภา เพื่อนำมาเป็นเครื่องมือหรือกลไกสำคัญในการบริหารกิจการบ้านเมืองไม่ได้ ด้วยเหตุนี้แม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งใครก็ได้ แต่ตามธรรมเนียมพระองค์ก็ทรงแต่งตั้งบุคคลที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอทูลเกล้าฯ เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงข้างมากสนับสนุนอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติเช่นนี้ของไทยและอังกฤษมีความเหมือนกัน³⁹²

หรืออาจจะกล่าวได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกตินั้นเป็นการใช้พระราชอำนาจที่ทรงกระทำไปตามแบบพิธีเท่านั้น มิได้มีการใช้พระราชอำนาจในการริเริ่มในการคัดเลือกได้เอง โดยต้องทรงกระทำร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร และมีประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ³⁹³

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบตามหลักการเดิม และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่ง

³⁹² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 229-230.

³⁹³ อมรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 380.

ราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) นี้มีหลักการสำคัญร่วมกันคือ ในทางจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีหลักการอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เสนอชื่อบุคคลที่มีเสียงสนับสนุนข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตามบุคคลที่เสนอเช่นกัน

4.2.2.3 การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ

การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษ ผู้เขียนขอเสนอกรณีเหตุการณ์ทางการเมืองในอดีต ซึ่งเป็นกรณีการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองในสามเหตุการณ์ที่สำคัญ คือ การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ หลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีครั้งที่สอง ของนายอานันท์ ปันยารชุน หลังเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ 2535 และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน ดังจะอธิบายได้ดังนี้

1) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ หลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516

ในอดีตที่ผ่านมาในช่วงแรกที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 8 และ 9 ยังทรงพระเยาว์ ตลอดถึงประทับอยู่ในต่างประเทศ ก็จะมีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต่อเนื่องกันมาประมาณ 20 ปี การทำหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นหน้าที่ของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ แต่บางครั้งการสรรหานายกรัฐมนตรี หรือร่วมปรึกษา ตลอดถึงการหยั่งเสียงเองโดยประธานรัฐสภา ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ก็อาจลงมาเกี่ยวข้องหรือมีการชี้แนะด้วย จึงเป็นการไม่เหมาะสมยิ่งนัก แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้อยู่ในความรับผิดชอบของพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้บริบทสังคมทางการเมืองในสมัยนั้นทั้งเหตุและปัจจัยก็เปิดทางให้กระทำเช่นนั้นเหมือนกันทั้งนี้ เมื่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระองค์ได้เสด็จพระราชดำเนินกลับมาประทับอยู่ในประเทศไทยเหตุการณ์ก็เรียบร้อยเป็นปกติ เว้นแต่ในกรณีวิกฤต เช่น เมื่อเกิดเหตุการณ์วันที่ 14 ตุลาคม 2516 จึงได้ทรงลงมาเกี่ยวข้องด้วย และด้วยเดชะบารมี เหตุร้ายจึงคลี่คลายไปได้โดยรวดเร็ว³⁹⁴

โดยในกรณีโปรดเกล้าฯ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี หรืออาจเรียกว่า “นายกรัฐมนตรีพระราชทาน” อันมีเหตุผลในทางการเมืองการปกครอง ในช่วงที่เกิดวิกฤตจากเหตุการณ์มหาวิปโยค 14 ตุลาคม 2516 ได้มีประชาชนและนักศึกษาจำนวนมากมาได้ออกมาต่อต้าน หรือประท้วงต่อการบริหารประเทศหรือใช้อำนาจที่ไม่ชอบธรรมของนายกรัฐมนตรี จอมพล ถนอม กิตติขจร จนนำไปสู่เหตุการณ์รุนแรงมีการปะทะกันระหว่างฝ่ายเจ้าหน้าที่และผู้ที่มาต่อต้านรัฐบาล มีผู้คนล้มตายเป็นจำนวนมาก และนายกรัฐมนตรีก็ได้ลาออกในที่สุด ทั้งนี้ตามประเพณี

³⁹⁴ วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 585-586.

การปกครอง เมื่อมีนายกรัฐมนตรีได้ลาออกเช่นนี้ ประธานสภาจะเป็นผู้เสนอรายชื่อนายกรัฐมนตรี เพื่อนำขึ้นทูลเกล้าฯ แต่ช่วงเกิดวิกฤตทางการเมืองในครั้งนั้น พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ริเริ่มในการใช้พระราชอำนาจด้วยพระองค์เอง กล่าวคือ โดยปกติประธานสภาจะเป็นผู้นำชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ แล้วให้พระองค์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่ครั้งนี้พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจด้วยพระองค์เอง ทรงมีพระบรมราชโองการฯ แต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี³⁹⁵

อย่างไรก็ตามพิจารณาถึงคุณสมบัติของ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ผู้ที่ได้รับ ความไว้วางพระราชหฤทัยในการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีพระราชทานโดยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวนั้น ท่านเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมกับบริบทของการเมืองในขณะช่วงเวลานั้นพอดี เพราะท่านเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์อันดีกับฝ่ายทหารซึ่งเป็นผู้กุมอำนาจทางการเมืองมาในระยะเวลา นานตั้งแต่ปี 2550 โดยได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่ 2 (ปี พ.ศ. 2550) ต่อมาเป็นที่ ปรีक्षाฝ่ายกฎหมายของคณะปฏิวัติ (ปี พ.ศ. 2501) และเป็นรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ (ปี พ.ศ. 2502) และนอกจากนี้ ท่านยังเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์อันดีกับนักศึกษาในฐานะอาจารย์ คณบดี และอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในช่วงก่อนเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 และปัจจัยที่ สำคัญอย่างยิ่ง นั่นก็คือท่านมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสถาบันพระมหากษัตริย์มาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะ “องคมนตรี” ผู้ซึ่งเป็นที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์³⁹⁶

2) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีครั้งที่สอง ของนายอานันท์ ปันยารชุน ภายหลังเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ 2535

สำหรับการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีครั้งที่สองของ นายอานันท์ ปันยารชุน ภายหลังเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ 2535 นั้น มีเหตุสืบเนื่องมาจากการที่ นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้กราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ทรงมี พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรีครั้งที่สอง แทนที่ จะเป็น พลอากาศเอกสมบุญ ระหงส์ ตามที่พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา ซึ่งคำแถลงการณ์ ของประธานสภาผู้แทนราษฎร (นายอาทิตย์ อุไรรัตน์) มีความหนึ่งว่า “. . . ฝ่ายที่ปฏิบัติตามเกณฑ์มี เสียงข้างมาก ถูกกล่าวหาว่าขาดความชอบธรรมทางการเมือง ในขณะที่ฝ่ายที่ถือว่าตัวเองมีความชอบ

³⁹⁵ อมรรรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 406.

³⁹⁶ จันทนา ไชยนาเคนทร์, *การเมืองในสมัยนายกรัฐมนตรีพระราชทาน สัญญา ธรรมศักดิ์ (พ.ศ. 2516-2518)* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทระดับบัณฑิต คณะศิลปศาสตร์ สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 63.

ธรรมทางการเมืองก็ไม่สามารถสร้างเสียงข้างมากในกระบวนการรัฐสภาได้ . . . ภายใต้สภาวะการณ์เช่นนี้สถาบันรัฐสภาจำต้องยึดถือทางออกตามกระบวนการรัฐสภา”³⁹⁷

ซึ่งการดำเนินการเช่นนี้ เป็นการมุ่งหาวิธีการ เพื่อคืนอำนาจกลับไปให้ประชาชนเพื่อการตัดสินใจใหม่อีกครั้ง ซึ่งมีจำเป็นที่จะต้องมีการบริหารราชการชั่วคราวเพื่อจัดการเลือกตั้ง ซึ่งคงความเป็นกลางทางการเมืองเอาไว้ ให้ดีที่สุด อีกทั้งไม่เพียงแต่การสรรหาตัวบุคคลที่ไม่สังกัดพรรคการเมืองใด ยังรวมไปถึงความเป็นกลางที่ไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอิทธิพลการเมืองนอกรูปแบบ อื่น ๆ อีกด้วย ด้วยเหตุนี้ นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ ในฐานะประธานสภาผู้แทนราษฎร จึงได้ตัดสินใจกราบบังคับทูล เสนอชื่อ นายอานันท์ ปันยารชุน เข้ามารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เพื่อใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะประมุขฝ่ายบริหารดำเนินการจัดตั้งรัฐบาลรักษาการ เพื่อผลักดันให้กระบวนการทางรัฐสภาได้ดำเนินต่อไปอย่างเป็นกลางที่สุด นอกจากนั้นยังเห็นว่า นายอานันท์ ปันยารชุน ยังสามารถดำเนินการบริหารราชการแผ่นดิน อย่างสืบเนื่องต่อกิจการที่เคยรับหน้าที่นี้มาแล้ว รวมทั้งมีบทบาทที่ได้รับการยอมรับจากสายตานานาชาติอีกด้วย³⁹⁸

ในเหตุการณ์ครั้งนี้ นายอานันท์ ปันยารชุน กล่าวย้ำด้วยว่า “รัฐสภาปัจจุบันไม่ได้ทำอะไรก็ผิด และการคืนอำนาจกลับไปให้ประชาชนใหม่นั้น เป็นวิถีทางหนึ่งในกระบวนการรัฐสภา หากใช่เป็นการทำลายสถาบันรัฐสภาแต่อย่างใดไม่ . . .” และ “. . . การตัดสินใจครั้งนี้ เกิดจากการใคร่ครวญครั้งแล้ว ครั้งเล่ากระผมทราบดีและตระหนักดีว่า จะเกิดผลกระทบใดที่จะบังเกิดแก่ตัวกระผมและผู้ใกล้ชิด. . .” ซึ่งหลังจากเหตุการณ์ในครั้งนี้นำไปสู่การแก้ไขวิธีการสรรหานายกรัฐมนตรีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอชื่อนายกรัฐมนตรีในสภาผู้แทนราษฎร³⁹⁹ และได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีครั้งที่สอง ของนายอานันท์ ปันยารชุน ภายหลังจากเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ 2535 นี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ตามคำแนะนำของประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งเพื่อที่จะคลี่คลายสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้น เพราะว่าในขณะนั้นผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจากสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์และมีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลชุดก่อนที่ทำการสั่งปราบปรามประชาชน เพราะถ้าหากแต่งตั้ง พลอากาศเอกสมบุญ ระหงส์ ตามที่พรรคการเมืองที่มี

³⁹⁷ ไตรสิทธิ์ สีนสมบุรณ์ทอง, ประชาธิปไตยในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: โพรแกรมคอมพิวเตอร์กราฟฟิค แอนด์ ปริ้นส์ดีง จำกัด, 2556), หน้า 306.

³⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 306-307.

³⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 307.

เสียงข้างมากในสภาเสนอ อาจนำไปสู่เหตุการณ์นองเลือดทางการเมืองได้ ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของนายอานันท์ ปันยารชุน ในครั้งที่สองนี้ ถือว่าเป็นการเข้ามาในช่วงที่ต้องมีความ “จำเป็นเร่งด่วน” ที่ต้องการแต่งตั้งเพื่อให้สถานการณ์ทางการเมืองคลี่คลายลงไปโดยสงบและสันติ

3) การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน

ในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน และทุกครั้งก็ได้กระทำการที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่นั้น คณะผู้ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้ปฏิบัติตามประเพณีการปกครองประเทศไทยมาโดยตลอด ซึ่งอย่างน้อยก็คือตั้งแต่ พ.ศ. 2490 กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐต่อไป และในบางกรณีคณะรัฐประหารซึ่งเข้ายึดอำนาจการปกครองนั้น ยังได้กราบบังคมทูลขอให้พระมหากษัตริย์มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตนให้เป็นผู้รักษาพระนคร หรือหัวหน้าคณะรัฐประหารเสียด้วย ครั้นเหตุการณ์สงบเรียบร้อยแล้ว ก็จะทูลเกล้าฯ ขอพระราชทานรัฐธรรมนูญใหม่ แนวปฏิบัติดังกล่าวถือว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยที่ว่า คณะรัฐประหารทุกชุดถือเอาพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจการปกครองสูงสุด และปฏิบัติต่อพระมหากษัตริย์ประหนึ่งว่า อำนาจสูงสุดในการปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงมีมาแต่เดิม และได้ทรงพระราชทานแก่ราษฎรนั้นได้กลับคืนมา โดยพระมหากษัตริย์กลับคืนสู่สถานะเดิม คือทรงมีพระราชอำนาจสูงสุดและทรงใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชนชาวไทยโดยนิตินัย⁴⁰⁰ หรือกล่าวคือพระมหากษัตริย์ “ทรงเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง”

ซึ่งเห็นได้ว่า แม้ว่าประเทศจะอยู่ในช่วงที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้การปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่คณะปฏิวัติ รัฐประหาร ออกนอกกรอบประเพณีการปกครองนี้ คณะบุคคลเหล่านั้นก็จะอยู่ไม่ได้แล้วในช่วงการปกครองแบบนี้ ก็ยังคงต้องยึดประเพณีของไทยที่ถือพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งในประเทศไทยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในทุกรูปแบบการปกครอง ในทุกระบอบการปกครอง ระบอบการปกครองเปลี่ยนได้ แต่ประมุขต้องเป็นพระมหากษัตริย์ นี่เป็นความผูกพันของชนชาติไทยที่สืบทอดมาจากประวัติศาสตร์ยาวนานกว่า 800 ปี ที่ไม่เคยว่างเว้นจากการมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทย⁴⁰¹ ทั้งนี้เมื่อคณะรัฐประหารจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญ จึงต้องกราบบังคมทูลขอพระราชทานรัฐธรรมนูญใหม่อีกครั้งหนึ่ง และเมื่อทรงพระราชทานแล้ว โดยที่พระมหากษัตริย์ทรงมีฐานะเป็นผู้แทนของประชาชนในฐานะ “มหาสมมติ” การพระราชทานรัฐธรรมนูญจึงอาจถือเสมือนเป็นการให้สัตยาบันแก่คณะรัฐประหาร ซึ่งการ

⁴⁰⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 213-214.

⁴⁰¹ จรัญ ภัคศิธนากุล, *ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ*, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

ปฏิบัติซ้ำ ๆ เช่นนี้มาเป็นเวลานาน ย่อมก่อให้เกิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของพระมหากษัตริย์ในเวลาที่รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรถูกล้มล้างหรือไม่อาจใช้บังคับได้⁴⁰²

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ในยามที่ปราศจากรัฐธรรมนูญ อำนาจปกครองสูงสุดในทางนิตินัยกลับคืนสู่ “พระมหากษัตริย์” ในฐานะประมุขของรัฐ และเมื่อคณะรัฐประหารจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญก็ต้องดำเนินการทูลเกล้าฯ ขอพระราชทานรัฐธรรมนูญอีกครั้ง นับเป็นการแสดงว่าทรงเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย ประกอบกับประเพณีการปกครองแผ่นดิน ซึ่งถือว่าพระมหากษัตริย์เป็น “มหาสมมติราช” หรือผู้ถืออำนาจปกครองโดยความยินยอมของประชาชนนั่นเอง⁴⁰³ และในกรณีการจัดตั้งรัฐบาลและการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยในสถานการณ์ที่ไม่เป็นปกติอันเกิดจากการรัฐประหารนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้นจะมาจากการเสนอชื่อโดยคณะรัฐประหาร⁴⁰⁴ ซึ่งในการเสนอชื่อโดยคณะรัฐประหารนั้น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีก็ต้องแต่งตั้งโดย “พระมหากษัตริย์” นั่นเอง

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินและทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้วนั้น “พระมหากษัตริย์” มีพระราชสถานะในฐานะประมุขของรัฐตามประเพณีการปกครอง และในเวลาต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วก็ต้องมีการขอพระราชทานรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ดังนั้นแล้ว การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองนี้ ถึงแม้ว่าจะมีการเสนอรายชื่อโดยคณะผู้ยึดอำนาจการปกครองก็จริง แต่ก็ถือว่า “พระมหากษัตริย์” ทรงแต่งตั้งนั้นเป็นการแต่งตั้งที่มีนัยยะสองประการ คือ เป็นพระราชอำนาจที่ทรงแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ได้ทรงพระราชทานให้ไป และเป็นการรับรองการกระทำของคณะผู้ก่อการยึดอำนาจด้วยประการหนึ่ง ฉะนั้นแล้วจึงถือว่าการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่มีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินนั้น พระมหากษัตริย์เป็น “ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง”

อนึ่ง ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษนี้ มีข้อสังเกตในประการสำคัญที่ว่า “พระมหากษัตริย์” นอกจากมีพระราชอำนาจที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังทรงมีพระราชอำนาจดั้งเดิมตามจารีตประเพณีการปกครอง ซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ยังคงมีผลในทางปฏิบัติอยู่ ซึ่งเรียกพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นี้ได้ว่า “พระราชอำนาจตาม

⁴⁰² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 214.

⁴⁰³ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 217.

⁴⁰⁴ กอบโชค จันททรัพย์, “การนำระบบการเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรงมาใช้ในประเทศไทย,” *วารสารกฎหมาย ฉบับบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ* (2557): 9.

ประเพณีการปกครอง”⁴⁰⁵ ซึ่งในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยนั้น ในกรณีที่เกิดวิกฤตในทางการเมืองการปกครอง พระมหากษัตริย์อาจทรงยุบสภาได้ ดังที่เรียกกันว่า Forced Dissolution หรือแม้ว่าจะทรงโปรดเกล้าให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพื่อระงับวิกฤตการณ์ก็สามารถทรงทำได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ตามพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกับประชาชน ซึ่งเป็นพระราชอำนาจตามครรลองแห่งรัฐธรรมนูญที่ได้ถวายไว้แก่พระมหากษัตริย์ และสิ่งที่ถือว่าเป็นประการสำคัญที่สุดของการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยตามครรลองแห่งรัฐธรรมนูญ คือ ประชาชนทุกคนยอมรับพระบรมราชวินิจฉัยว่า เป็นสิ่งที่เหนือการฝักฝายในทางการเมือง เพราะทรงดำรงพระราชสถานะที่เป็นกลางในทางการเมืองมาโดยตลอด เพื่อปิดเป้าวิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตหรืออาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต⁴⁰⁶

ฉะนั้นแล้ว หากเกิดวิกฤตในทางการเมืองการปกครอง และอาจจะนำไปสู่การดำเนินการเพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าต้องมี องค์การที่ใช้อำนาจในทางประเพณีการเมืองการปกครองในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี นั่นก็คือองค์ “พระมหากษัตริย์” ซึ่งถือเป็นโครงสร้างที่เข้มแข็งที่สุดจุดหนึ่งในระบบรัฐสภาไทย ด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับที่ผ่านมาในอดีตและตามประเพณีการปกครองนั้น ได้แสดงให้เห็นว่าการดำรงพระราชสถานะและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบบรัฐสภาไทยนั้น ซึ่งมีความเป็นกลางและอยู่เหนือการเมือง และเป็นการใช้พระราชอำนาจที่มีความมั่นคง และในอดีตพระมหากษัตริย์ไทยภายใต้รัฐธรรมนูญ ได้ทรงใช้พระราชอำนาจในการแก้ไขและเยียวยาปัญหาในทางการเมืองการปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางความเป็นจริง และหากเกิดสภาวะการณ์วิกฤตในทางการเมืองการปกครอง พระมหากษัตริย์ อาจจะมาหรือมีบทบาทเสมือนเป็น “กรมการกลาง” หรือ “แหล่งอำนาจสำรอง” ในสภาการณ์วิกฤตของประเทศได้⁴⁰⁷

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษนั้น ในทางจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีหลักการอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เสนอรายชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตามบุคคลที่เสนอเช่นกัน ดังนั้นหมายความว่า การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีก็ถือว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ และมีประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ เหมือนกับการเข้าสู่ตำแหน่งในรูปแบบปกติแต่อาจจะแตกต่างกันในการหยั่งเสียง

⁴⁰⁵ ชัชพล ไชยพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 12.

⁴⁰⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย*, หน้า 29.

⁴⁰⁷ อมรัตน์ กุลสุจริต, *เรื่องเดิม*, หน้า 415-417.

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาถึงรูปแบบของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบปกติ และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าจากประเด็นข้อเท็จจริงที่กล่าวมานั้น อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของไทย เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ เพราะตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว พระองค์ทรงแต่งตั้งไปตามที่ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ นำรายชื่อทูลเกล้าฯ แต่ก็ได้หมายความว่าพระองค์จะต้องทรงลงพระปรมาภิไธยไปตามนั้นโดยเด็ดขาด พระองค์มีพระราชอำนาจที่จะรับสั่งถามที่มา ที่ไป วิธีการสรรหาและรายละเอียดต่าง ๆ ของรายชื่อที่ทูลเกล้าฯ ขึ้นมานั้น จนเป็นที่พระองค์ทรงเห็นว่าถูกต้องชอบธรรม ดังาม เป็นไปตามครรลองครองธรรมเสียแล้วถึงจะทรงลงพระปรมาภิไธย จึงเป็นสิ่งที่ผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการที่จะต้องพิจารณาไตร่ตรองใคร่ครวญให้ดีเสียก่อน และเป็นไปตามเหตุผลของกฎหมายถูกต้องชอบธรรม จึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ⁴⁰⁸

สรุปได้ว่า รูปแบบในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน รวมถึงประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองของประเทศในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น มีจารีตประเพณีที่ปฏิบัติคือว่า เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ เพราะตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว พระองค์ทรงแต่งตั้งไปตามที่ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ นำรายชื่อทูลเกล้าฯ ขึ้นมาเพื่อลงพระปรมาภิไธย

4.3 การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ดังจะเห็นว่าในทางวิชาการและเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน ปรากฏว่ามีองค์กรที่เข้ามาวินิจฉัยตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยนั้นมีอยู่สามองค์กร กล่าวคือ การตีความโดยรัฐสภา การตีความโดยศาลฎีกา และการตีความโดยศาลรัฐธรรมนูญ ดังจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

4.3.1 การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยรัฐสภา

ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จะเห็นว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเป็นองค์กรที่เป็นผู้ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือกรณีที่คณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยก็ให้สภานิติบัญญัติ

⁴⁰⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 585.

แห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งในกรณีของคณะรัฐมนตรีนี้ต้องเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำการวินิจฉัยในกรณีนั้น⁴⁰⁹

รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยมีอำนาจหน้าที่ที่ความเฉพาะประเด็นที่เป็นงานของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือคณะรัฐมนตรีเท่านั้น เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2534) มาตรา 30 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” วรรคสอง “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี ขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติชี้ขาด” เป็นต้น⁴¹⁰

ในเรื่องนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

จากมาตราดังกล่าวนี จะพบว่า อำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในกรณีนี้ เกิดจากการที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยตรง แต่การที่ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ก็เนื่องมาจากการที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาตรา 6 ฉบับปัจจุบันบัญญัติไว้ ดังนั้นแล้ว จึงทำให้บรรดาคำว่า “สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา” ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่ไม่ได้สิ้นผลไปในการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 หรือไม่ได้ถูกยกเลิกไปนั้น สามารถถูกแทนที่ได้โดยคำว่า “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ดังนั้นแล้ว สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงอาศัยอำนาจหน้าที่ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่บัญญัติให้เป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา เป็นอำนาจหน้าที่ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมี ด้วยเหตุดังกล่าวนี จึงสรุปได้ว่า การดำเนินการใด ๆ ของสภานิติบัญญัติ

⁴⁰⁹ อำนาจ พัวเวส, *เรื่องเดิม*, หน้า 230.

⁴¹⁰ ปัญญา อุดชาชน, “รัฐธรรมนูญมาตรา 7 กับศาลรัฐธรรมนูญ (1),” *เดลินิวส์* (23 มกราคม 2558), ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.dailynews.co.th/article/295721>

แห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นเรื่องในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ⁴¹¹

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อว่า การดำเนินงานในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ นั้น ถือว่าเป็นเรื่องที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 5 วรรคสอง และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 5 วรรคสองใน ส่วนท้าย หากมีมีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดเกี่ยวกับปัญหาซึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณา⁴¹²

ดังนั้นแล้ว กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถ้ามีกรณีที่เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ การดำเนินการใด ๆ ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นเรื่องในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่ง ฉะนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า สภานิติบัญญัติมีอำนาจวินิจฉัยตีความในเรื่องนั้นเฉพาะในกรณีที่เกิดจากวงงานของนิติบัญญัติเท่านั้น ถ้านอกจากนี้ถือว่าไม่มีอำนาจวินิจฉัยได้ ดังนั้นแล้ว องค์การนิติบัญญัติแห่งชาติหรือรัฐสภา จะวินิจฉัยตีความในกรณีที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เฉพาะในวงงานของสภานิติบัญญัติเท่านั้น นอกจากนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการวินิจฉัย

4.3.2 การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยศาลฎีกา

ในอดีตก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความ ทั้งนี้ในการตีความของศาลฎีกาในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยประเพณีการปกครองประเทศไทยนั้น สามารถแยกเป็นลักษณะตามแนวทางคำพิพากษาได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

4.3.2.1 ลักษณะของคำพิพากษาที่เกี่ยวกับระบอบการปกครอง

การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกา ในลักษณะของคำพิพากษาและคำสั่งคำร้องที่เกี่ยวข้องกับระบอบการปกครอง เป็นการปรากฏความหมายของคำที่ศาลพิพากษาที่มีนัยยะของความหมายเหมือนกันกับจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 5 (ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งมีด้วยกันสองกรณี คือ

กรณีแรก คำสั่งคำร้องที่ 110/2491 เป็นความผิดในข้อหาฐานสมคบกันพยายามก่อการขบถเพื่อทำลายล้างรัฐบาลและเพื่อจะเปลี่ยนแปลงประเพณีการปกครองราชอาณาจักรไทย

⁴¹¹ อานนท์ มาเม้า, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2557,” วารสารนิติศาสตร์ 43, 4 (ธันวาคม 2557): 816-817.

⁴¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 817.

ซึ่งจำเลยเป็นบุคคลสำคัญ และเกรงว่าจะเป็นภัยแก่ผู้ที่มาเป็นพยานแก่ฝ่ายโจทก์ ศาลจึงเห็นสมควรให้โอนคดีจากศาลจังหวัดสกลนครไปพิจารณาคดีพิพากษายังศาลอาญากรุงเทพตามคำร้องของโจทก์ ซึ่งจากคำสั่งคำร้องข้างต้นนี้ ปรากฏคำว่า “ประเพณีการปกครองราชอาณาจักรไทย”

กรณีที่สอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1511 - 1515/2497 เป็นการออกพระราชบัญญัติ นิรโทษกรรมแก่ผู้ที่นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 กลับมาใช้ใน พ.ศ. 2492 ซึ่งตามแนวคำพิพากษาในครั้งนั้น ศาลได้พิพากษามีใจความสำคัญว่า “รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับเป็นหลักแห่งการปกครองพระราชอาณาจักรแต่ละฉบับย่อมมีบทบัญญัติแตกต่างกันราชประเพณีการปกครองย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามรัฐธรรมนูญนั้น การที่จำเลยนำเอารัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยฉบับอื่นมาใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน นับว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงราชประเพณีการปกครองพระราชอาณาจักร” จากคำพิพากษานี้อธิบายได้ว่า ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีประเพณีการปกครองที่ไม่เหมือนกัน ดังนั้น ความพยายามที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้น เสมือนกับการเปลี่ยนแปลงประเพณีการปกครอง จากคำพิพากษานี้ปรากฏคำว่า “ราชประเพณีการปกครองพระราชอาณาจักร”

จากสองกรณีข้างต้นปรากฏคำว่า “ประเพณีการปกครองราชอาณาจักรไทย” และ ปรากฏคำว่า “ราชประเพณีการปกครองพระราชอาณาจักร” เป็นการยืนยันถึง ระบอบการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้มุมมองของศาลฎีกาในขณะนั้นเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก็เสมือนกับการเปลี่ยนแปลงพระราชประเพณีการปกครอง ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าตามนัยคำพิพากษาทั้งสองนี้เป็นการออกมาในขณะที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่นานนัก และเห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดหากเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก็เท่ากับเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบหรือเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองด้วย

ดังนั้นสรุปได้ว่า การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกา ในลักษณะของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับระบอบการปกครองถึงแม้มุมมองของศาลจะมองว่าหากเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก็เสมือนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง แต่คำว่า “ประเพณีการปกครองราชอาณาจักรไทย” และ คำว่า “ราชประเพณีการปกครองพระราชอาณาจักร” ที่ปรากฏในคำพิพากษาข้างต้น เป็นการยืนยันว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และถือว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนี้เป็น “จารีตประเพณีการปกครอง” ที่เป็นที่มาของการอธิบายความหมายนี้ในยุคต่อมา

4.3.2.2 ลักษณะของคำพิพากษาที่รับรองเกี่ยวกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนให้การรับรองไว้ในขณะที่มีการใช้รัฐธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกา ในลักษณะของคำพิพากษาที่รับรองเกี่ยวกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนให้การรับรองไว้ในขณะที่มีการใช้รัฐธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ซึ่งมีด้วยกันสามกรณี คือ

กรณีแรก คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 562/2508 ซึ่งในส่วนของฎีกาของผู้ร้อง ที่เห็นว่าตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2502) มาตรา 20 บัญญัติว่าให้วินิจฉัยกรณีไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2492) มาตรา 29 บัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษในทางอาญาเว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลากะทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยวางแนวไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2504 ไว้ให้ความในพระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกไปนอกและนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2490 มาตรา 3 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้

ดังนั้น เห็นได้ว่าศาลฎีกาได้หยิบยกเอาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ซึ่งเป็นหลักการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญามาใช้บังคับแก่คดี แม้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนนั้นจะสิ้นผลไปแล้วก็ตาม ซึ่งเป็นการตีความของศาลฎีกาโดยอ้างบทบัญญัติตามมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2502 มาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญซึ่งธรรมนูญในขณะนั้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่มีบทบัญญัติไม่กี่มาตราและไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะเลยต้องตีความโดยนำประเพณีการปกครองมาปรับใช้แก่คดี

กรณีที่สอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602-1603/2509 ในกรณีนี้ ศาลฎีกาตีความไว้ว่า บทบัญญัติใดก็ตามที่บัญญัติให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่เขาไม่รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด และทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินที่บุคคลทำหรือมีไว้เป็นความผิดแล้ว ย่อมขัดกับการลงโทษตามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในระหว่างใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร บทบัญญัติเช่นนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยใช้บังคับไม่ได้ (อ้างฎีกาที่ 225/2506)

ดังนั้น เห็นได้ว่าการตีความของศาลฎีกาในกรณีนี้ก็เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ตามหลักการในกฎหมายอาญาที่จะลงโทษย้อนหลังไม่ได้ และจะลงโทษได้เฉพาะที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญฉบับก่อน และในขณะนั้นเป็นการใช้ธรรมนูญการปกครองซึ่งมีบทบัญญัติรับรองการประเพณีการปกครองประเทศไทยไว้ ฉะนั้นตามคำพิพากษาในกรณีนี้เห็นได้ว่าศาลฎีกาได้ตีความโดยอาศัย “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญมาวินิจฉัยและถือว่าหลักการนี้เป็นประการกันความเป็นนิติรัฐเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

กรณีที่สาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3154/2516 ในกรณีนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บทกฎหมายใดที่บัญญัติให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นผู้มีได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิดและทรัพย์สินนั้นไม่ใช่ทรัพย์สินที่บุคคลทำหรือมีไว้เป็นความผิดแล้วย่อมขัดต่อ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 35 เป็นบทบัญญัติที่ให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วยไม่ได้ กรณีตกอยู่ในบังคับแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 36 ผู้ร้องย่อมมีสิทธิร้องขอชั่งของกลางคืนได้

ดังนั้นในกรณีนี้ เห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้มีการรับรองต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาของประชาชน และเป็นการยืนยันต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะในทางอาญาด้วย แม้ว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะบัญญัติไว้เช่นนั้นก็ตาม แต่หากบัญญัติไว้แล้วขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาก็ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในกรณีนี้เป็นการยืนยันได้ว่าถึงแม้ว่าจะมีกฎหมายที่ตราขึ้นมาขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาและรัฐธรรมนูญในฉบับเก่าจะสิ้นผลไปแล้วก็ตาม แต่ก็ได้ได้รับการรับรองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้นสรุปได้ว่า การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกาตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในสามกรณีนี้ ศาลได้ตีความโดยนำ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” มาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญเพราะว่าในขณะนั้นประเทศกำลังใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวซึ่งมีบทบัญญัติไม่กี่มาตรา ซึ่งการที่มีบทบัญญัติน้อยมาตรานี้ไม่สามารถที่จะครอบคลุมเนื้อหาในทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด ดังนั้นแล้ว ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตีความโดยหยิบยกประเพณีการปกครองเป็นฐานในการค้นหบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับเก่าในอดีตที่ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญาแม้ว่ารัฐธรรมนูญในอดีตนั้นจะสิ้นผลไปแล้วก็ตาม เพราะถือว่าเป็นหลักทั่วไปในทางอาญา และถือเป็นหลักประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะมาปรับใช้แก้คดีในแต่ละกรณี

4.3.2.3 ลักษณะของคำพิพากษาที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกา ซึ่งปรากฏลักษณะของคำพิพากษาที่ถือว่าจารีตประเพณีการปกครอง “เป็นหลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งในกรณีนี้มีแนวคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้อยู่สามกรณี คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 921/2536 และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1131/2536 ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกเอาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 มาประกอบการอธิบายดังนี้

ในกรณีตามคำพิพากษานี้ คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ออกประกาศของ รสช. เพื่อตั้งคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) และให้อำนาจเด็ดขาด และมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาล จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีใช้ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาล ย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยใน

ระบอบประชาธิปไตย และนอกจากนี้ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึดและตกเป็นของแผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ คตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ใช้บังคับจึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษในทางอาญาอันหลังไปลงโทษแก่ผู้ร้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอีกประการหนึ่งด้วย ประกาศ รสช. ฉบับนี้จึงใช้บังคับมิได้ (ตามนัยฎีกาที่ 222/2506) และเป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของคตส. ไม่มีผลบังคับไปด้วย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 32 เป็นเพียงการบัญญัติรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่ง รสช. มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่ง รสช. ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 แต่อย่างไร ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 หรือไม่ จึงตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป (ตามนัยฎีกาที่ 766/2505, 222/2506 และ 225/2506)

ดังนั้น ในการตีความของศาลฎีกาในเรื่องของจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในกรณีนี้ หากพิจารณาแล้วจะพบว่าหลักการในทางกฎหมายมหาชนสองประการคือ หลักธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ (The Conventions of the Constitution) และหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป (General Principle of Public Law) ซึ่งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนี้สามารถบังคับโดยศาลได้ซึ่งเป็นที่แตกต่างกับระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ และในการค้นหาประเพณีการปกครองนั้น ศาลสามารถค้นได้ทั้งสองทางคือ ในกรณีที่มีฐานะเป็นจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป⁴¹³ นอกจากนี้คำพิพากษาในลักษณะนี้ยังมีความเห็นด้วยว่าเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rule of Natural Justice) ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญสามประการ คือ กฎหมายที่มีโทษทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และผู้ถูกกล่าวหาต้องมีโอกาสต่อสู้คดี⁴¹⁴

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า การตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยโดยศาลฎีกาในกรณีนี้ เป็นการวินิจฉัยตีความที่ศาลเห็นว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักที่ศาลพิเคราะห์ซึ่งแตกต่างจากการตีความ

⁴¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2551), หน้า 101-103.

⁴¹⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาความชอบธรรมทางกฎหมายของ คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 2, 23 (มิถุนายน 2536): 228-229.

ของศาลในอดีตที่อาศัยรัฐธรรมนูญในฉบับที่สิ้นผลมาแล้วเป็นฐานมาปรับแก้คดี ซึ่งถือว่าแนวคำพิพากษาในกรณีนี้เป็นการพัฒนาหลักการการตีความของศาลขึ้นมาด้วย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตีความประเพณีการปกครองประเทศไทย ซึ่งเป็นการยืนยันว่า ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีพัฒนาการของการตีความของศาลฎีกาที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ ซึ่งมีแนวทางคำพิพากษาในสามลักษณะซึ่งในลักษณะแรก เป็นการยืนยันถึงจารีตประเพณีการปกครองตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการวางแนวคำพิพากษาก่อนมีการบัญญัติเรื่องประเพณีการปกครองในรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2502 ในลักษณะที่สอง ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตีความโดยหยิบยกประเพณีการปกครองเป็นฐานในการค้นหบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับเก่าในอดีตที่ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอาญา แม้ว่ารัฐธรรมนูญในอดีตนั้นจะสิ้นผลไปแล้วก็ตาม เพราะถือว่าเป็นหลักทั่วไปในทางอาญา และถือเป็นหลักประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะมาปรับใช้แก้คดีในแต่ละกรณี และลักษณะที่สามเป็นการวินิจฉัยตีความที่ศาลเห็นว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักที่ศาลพิเคราะห์ซึ่งแตกต่างจากการตีความของศาลในอดีตที่อาศัยรัฐธรรมนูญในฉบับที่สิ้นผลมาแล้วเป็นฐานมาปรับแก้คดี ซึ่งถือว่าแนวคำพิพากษาในกรณีนี้เป็นการพัฒนาหลักการการตีความของศาลขึ้นมาด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งสามลักษณะนี้ถือเป็น “ประเพณีการปกครอง” ที่ศาลฎีกาเข้ามาตีความได้ และเป็นการยืนยันถึงที่มาและพัฒนาการได้เป็นอย่างดีว่าในเวลาต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในจนวนนำมาสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ก็สามารถมีอำนาจในการเข้ามาวินิจฉัยได้

4.3.3 การตีความประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยศาลรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาเรื่องการการตีความประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ผู้เขียนขอแยกเป็นสองส่วน คือในส่วนแรกในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สองในกรณีที่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ดังจะอธิบายได้ดังต่อไปนี้

4.3.3.1 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

สำหรับในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขออธิบายโดยแบ่งเป็นสองส่วน คือ สาระสำคัญของ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) และสาระสำคัญของมาตรา 5

วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ในฐานะที่เป็นหลักการตีความของ ศาลรัฐธรรมนูญ

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550)

ดังที่ทราบกันว่า มีศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) โดยได้ให้เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้ามามีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญและ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ก็มีการบัญญัติในลักษณะเช่นนั้นเหมือนกัน และถึงแม้ว่า รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจะไม่ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามี เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีที่ขัดหรือแย้งกับ ประเพณีการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพียงแค่วางหลักการอย่างกว้างไว้ใน มาตรา 7 ทั้งรัฐธรรมนูญปี 2540 และรัฐธรรมนูญปี 2550 ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาว่า ศาล รัฐธรรมนูญจะเข้ามาวินิจฉัยได้หรือไม่อย่างไร

หากพิจารณาความหมายรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง คำว่า “รัฐธรรมนูญนี้” จึงไม่ใช่เพียงรัฐธรรมนูญตามถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่ปรากฏอยู่ใน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีความหมายรวมถึง ประเพณีการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย และยิ่งกว่านั้นในทางปฏิบัติอาจขยายความไป ถึง ระบอบประชาธิปไตยแบบอื่น ๆ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อระบอบที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ด้วย ฉะนั้นแล้ว เมื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงต้องหมายความถึง รัฐธรรมนูญทั้งฉบับ รวมถึงหลักการและมาตรการที่มีได้ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งหมายความว่า ประเพณีการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ด้วย⁴¹⁵

ในการตีความรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบังคับแก่ กรณีใด รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ ทำการวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นั้นแสดงให้เห็นว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญได้วาง

⁴¹⁵ อมร รักษาสัตย์, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการตีความของศาล รัฐธรรมนูญ กรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการขัดหรือไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และความหมายของกฎหมาย,” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 5, 14 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2546): 16.

หลักการในการใช้ดุลยพินิจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้สองประการ คือ การตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁴¹⁶

กล่าวคือ ถ้ามีบทบัญญัติวางหลักไว้ให้ใช้บทบัญญัตินั้นเป็นตัวตั้งในการตีความ แต่ถ้าหากมีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะมีผลในการบังคับใช้ สำหรับการพิจารณาในเรื่องเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้น ๆ ไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จะใช้หลักการอื่นมาวินิจฉัยไม่ได้ เพราะได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนแล้ว เพราะถือว่าเป็นมาตรฐานเบื้องต้นในการใช้ดุลยพินิจปรับแก้กรณี เพื่อเป็นเหตุผลในการพิจารณาประกอบกับหลักที่ว่ากฎหมายที่ตราขึ้นก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม การตีความของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องมุ่งไปในทางที่ให้เกิดความเป็นธรรม และเกิดประโยชน์โดยส่วนร่วมแก่ประชาชนอย่างมากที่สุด⁴¹⁷

ด้วยบทบัญญัติมาตรานี้มีเจตนาเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในตัวบทรัฐธรรมนูญ แม้จะทำการบัญญัติให้กว้างขวางเพียงใดก็ไม่สามารถครอบคลุมเนื้อหาได้ทุกเรื่อง จึงจำเป็นต้องใช้ประเพณีการปกครองประกอบให้รัฐธรรมนูญมีความสมบูรณ์ ดังที่ทราบกันแล้วว่า ประเพณีการปกครองนั้นมีลักษณะสำคัญคือ เป็นจารีตประเพณีที่เคยกระทำสืบต่อกันมาในทางการเมือง การปกครอง โดยมีได้มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ และ จารีตประเพณีต้องมีผลผูกพันต่อบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องให้ต้องกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ ตามที่กำหนดแนวทางปฏิบัติไว้ อนึ่ง องค์กรที่มีหน้าที่ในเรื่องใด ให้องค์กรนั้นเป็นผู้วินิจฉัยหน้าที่ของตนตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁴¹⁸ ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความตามประเพณีการปกครองนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในการให้ใครเป็นผู้มีอำนาจในการตีความ เพียงแต่เขียนหลักการไว้อย่างกว้าง

โดยในเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนี้ได้ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6 / 2543 วันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้ง

⁴¹⁶ สุวรรณ สุวรรณเวช, “บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในมิติใหม่,” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5: เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน** (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2549), หน้า 408-409.

⁴¹⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 409.

⁴¹⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รวมบทสรุปผู้บริหาร การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2552), หน้า 26.

ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยขอเบรคการใช้บังคับ ตาม มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ดังนี้

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า บุคคลที่มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 68 มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นมิต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้ง เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายและระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ฯ ดังกล่าวแล้ว มีประเด็นต้องพิจารณาว่า บุคคลผู้มีหน้าที่ในการไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 นี้ จะใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ด้วยหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยมีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างไร ในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่มีถึงพระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณนิติธาดา ที่เห็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 มีบัญญัติ ใน มาตรา 11 ว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่าด้วย พระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคติการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้อำนาจนั้นอีก

ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้งให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ นั้น เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้

พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมาย เทียบบาลว่าด้วยการ สืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้ สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือ การเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 71 ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ใช้กับ พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และ มาตรา 23

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6/2543 ข้างต้นจะเห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าศาล รัฐธรรมนูญไม่ได้อ้างว่าได้มีการวินิจฉัยไปตามบทบัญญัติมาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) แต่ในทางวิชาการแล้วถือว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นการนำเอา บทบัญญัติแห่งมาตรา 7 มาทำการวินิจฉัยแล้ว ซึ่งเป็นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั่นเอง⁴¹⁹ ซึ่งในคำวินิจฉัยนี้มีความเห็นเพิ่มเติมที่ มองว่า “หัวใจก็คือ ในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ พระองค์ต้องอยู่เหนือความขัดแย้งและการแย่งชิงผลประโยชน์ทางการเมือง ต้องไม่เป็น พระมหากษัตริย์ของชนชั้นใดชั้นหนึ่ง ต้องไม่เป็นพระมหากษัตริย์แม้แต่ของราชวงศ์ด้วย ต้องเป็น พระมหากษัตริย์ เป็นประมุขของประชาชนทั้งแผ่นดิน⁴²⁰ และคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ถือได้ว่าได้วางบรรทัด ฐานที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเพณีการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และผลของคำวินิจฉัยนี้มีผลเด็ดขาด มีผลผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ⁴²¹

ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า ในกรณีนี้ศาลได้วางบรรทัดฐานไว้ในการพิจารณา ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีหลักเกณฑ์ สองประการที่ศาลนำมาพิจารณาว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

⁴¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 220-221.

⁴²⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

⁴²¹ มาตรา 268 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) บัญญัติไว้ว่า “คำ วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของ รัฐ” และ มาตรา 216 วรรคห้าของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) บัญญัติไว้ ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กร อื่นของรัฐ”

หรือไม่ คือ หลักเกณฑ์ประการแรก คือการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และหลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ ถ้าหากไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็พิจารณาตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพราะถือว่าเป็นประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ และที่ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่มาตรา 6⁴²² (มีความหมายคล้ายกันกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)⁴²³ รับรองไว้เช่นด้วย เหตุผลที่ว่า คำว่า “รัฐธรรมนูญนี้” มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่าบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 6 และคำว่า “รัฐธรรมนูญนี้” จึงไม่ได้มีความหมายอย่างแคบในความหมายที่จำกัดเฉพาะตัวบทบัญญัติที่เป็นมาตราทั้งหลาย ดังนั้นแล้ว คำว่า “รัฐธรรมนูญนี้” ตามมาตรา 6 จึงถือเป็น ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย⁴²⁴

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) แล้วเห็นว่า หากเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในการบังคับแก่กรณีใด และถึงแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตีความได้ ทั้งนี้ตามนัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

ในรัชกาลปัจจุบัน สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้กำหนดการประกาศพระราชพิธีประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ในวันพฤหัสบดีที่ 6 เมษายน 2560 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม พระราชวังดุสิต⁴²⁵ ซึ่งถือว่ามีนัยยะความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองตั้งแต่ปี พุทธศักราช 2475 นั้นมีพระราชพิธีไม่กี่ครั้ง และครั้งนี้ถือว่าเป็นครั้งแรกในรัชกาลปัจจุบันด้วย ซึ่งภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วนั้น

⁴²² มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

⁴²³ มาตรา 5 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้”

⁴²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 221.

⁴²⁵ หมายกำหนดการพระราชพิธีประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, ราชกิจจานุเบกษา 134, 16 ข (3 เมษายน 2560), หน้า 1-2.

พบว่าสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 5 เปลี่ยนแปลงไปจากฉบับที่ผ่านประชามติเมื่อ 7 สิงหาคม 2559 ซึ่งรัฐธรรมนูญปัจจุบัน โดยมีการตัดความในวรรคสามถึงหกออก ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ว่าด้วย “ประเพณีการปกครอง” ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ซึ่งการแก้ไขในครั้งนี้ท่านอาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ในฐานะประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อดำเนินการยกร่างมาตราที่จะมีการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชามติให้เป็นไปตามข้อสังเกตพระราชทาน ออกมาอธิบายครั้งแรก ว่า “การแก้ไขมาตรา 5 เป็นเพียงการแก้ไขให้กลับไปเป็นเหมือนรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ทั้งนี้ หากเกิดปัญหาใดเกี่ยวกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะต้องยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อน ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้แก้ไขให้ยื่นได้ง่ายขึ้น จากเดิมที่สามารถยื่นได้เฉพาะเกิดปัญหาระหว่างองค์กรเท่านั้น”⁴²⁶

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) แล้ว พบว่าเหมือนกับมาตรา 7 เดิม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) ซึ่งกล่าวได้ว่าเห็นว่างค์การที่จะมาวินิจฉัยชี้ขาดต่อเรื่อง “ประเพณีการปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ ก็คือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง

ดังนั้นแล้ว “ศาลรัฐธรรมนูญ” ถือว่าเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักที่จะตีความรัฐธรรมนูญมากกว่ามอบอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรอื่น⁴²⁷ และการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ กรณีในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้กระทำการนั้นหรือการวินิจฉัยกรณินั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น และโดยหลักการแล้วนั้น การตีความกฎหมายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ วัตถุประสงค์แห่งการตีความที่ต้องยึดตัวบทกฎหมาย จาริตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป และองค์กรผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตีความที่ต้องเป็นศาลนั่นเองซึ่งก็คือศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁴²⁸

⁴²⁶ มีชัย ฤชุพันธุ์, “มีชัยแจงครั้งแรกปมแก้ “มาตรา 5” ของรัฐธรรมนูญใหม่,” *บีบีซีไทย* (7 เมษายน 2560), ค้นวันที่ 8 เมษายน 2560 จาก <http://www.bbc.com/thai/thailand-39524713>

⁴²⁷ อมร รักษาสัตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 22.

⁴²⁸ ปัญญา อุดชาชน, *เรื่องเดิม*

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญ” สามารถเข้ามาตีความและวินิจฉัยชี้ขาดต่อ “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” ซึ่งต้องมีขอบเขตในการวินิจฉัยเรื่องนี้ที่สำคัญ ดังนี้

ประการแรก จะต้องสำรวจรัฐธรรมนูญ ทั้งหมดอย่างละเอียด รอบคอบ แล้วก็จะมักจะพบว่ามันไม่ใช่ช่องว่าง มันใช้บทนั้นก็ได้ บทนั้นก็ได้ บทหนึ่งที่ใช้ได้ดีมาก เกือบจะเท่ากัน กว้างพอ ๆ กับประเพณีการปกครอง คือหลัก The Rule of Law ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) คือ หลักธรรมแห่งกฎหมาย ธรรมะของการปกครองบ้านเมือง หลักนิติธรรม ลึกซึ้งกว่ากฎหมายที่ภาษาอังกฤษใช้ แต่นี่คือธรรมะของกฎหมาย⁴²⁹ อีกทั้ง ในการวินิจฉัยตีความปัญหาในทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย ซึ่งเป็นการวางแนวทางในการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญไว้ด้วย และถือว่าเป็นศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่สอดคล้องกับภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญในการที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญ⁴³⁰

ประการที่สอง สำรวจประเพณีการปกครอง กล่าวคือ เมื่อไปสำรวจแล้ว ปรากฏว่า ไปเจอเหตุการณ์ที่ไม่มีทางอื่นเลย หลักนิติธรรมก็เข้ามาไม่ได้ หหมดทางแล้ว เป็นช่องว่างจริง ๆ อย่างนี้ก็ต้องไปสำรวจ ตามแบบที่เราตั้งหลักไว้ คือ ต้องไปสำรวจประเพณี เคยมีการทำกันมาไหม ก็ครั้ง อย่างไม่เป็นประเพณีระดับการปกครองประเทศ แล้วก็ในระบอบเสรีประชาธิปไตยของประเทศไทย ที่มันเหมาะกับประเทศไทย ที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถ้าไปเจอที่ไหนก็เอามาใช้ เอามายืนยัน⁴³¹

ประการที่สาม เมื่อไปสำรวจประเพณีการปกครองแล้ว ปรากฏว่าไม่เจอ ก็ต้องช่วยกันคิด ว่าอะไรที่ควรจะใช้เป็นประเพณีในเรื่องนี้ได้ ซึ่งตัวอย่างที่อ้างเรื่องนี้ได้ “อีกตัวอย่างหนึ่งคือเรื่อง “เสียบัตรแทนกัน” มันจะทำให้หมัดของรัฐสภา เสียทั้งหมดใหม่ คือทุกคนเห็นพ้องว่าทำอย่างนี้ชั่ว ใช้ไม่ได้ แต่ทำ 8 คะแนนเท่านั้น ก็ตัดออก 8 สิ อีก 300 กว่าเสียงที่เขาเห็นชอบ เขาไม่มีอะไรผิดปกติ คุณไปทำลายของเขาหมดเลย ความเห็นหนึ่งก็บอกอย่างนี้มันเป็นช่องว่างแล้ว ต้องเอาประเพณีการปกครองมา แล้วคุณจะไปอ้างประเพณีที่ไหน เราไม่เคยเจอมาก่อน เมื่อพิจารณาไปก็ค้นเจอ “หลักสุจริต” ซึ่งอยู่ในคำถวายสัตย์ปฏิญาณตอนเข้ารับหน้าที่ ก็ยังไม่ชัด หลายคนก็ยังติดใจ บอกว่าถวายสัตย์ปฏิญาณจะไปเอาอะไรกันนักกันหนา “ถ้ามันไม่มีความหมายแล้วเขาจะมาเขียนไว้

⁴²⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

⁴³⁰ กล้า สมุทวณิช, **ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน** (กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิค ดีไซน์ และการพิมพ์, 2558), หน้า 282-283.

⁴³¹ จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

อย่างไร เราก็ไปหาหลักอื่นมาอีก ปรากฏว่าไปเจอ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (สส.) ก็ดี สมาชิกวุฒิสภา (สว.) ก็ดี เป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย จะต้องปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจหน้าที่โดยซื่อสัตย์ สุจริต เพราะฉะนั้นอย่างนี้ไม่ใช่ ผิดหลักสุจริต แล้วเชื่อมโยงกับหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมต้องตั้งอยู่บนหลักสุจริตธรรม ถ้าไม่สุจริต ไม่เป็นกฎหมายที่ดี”⁴³²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ซึ่งเหมือนกับบทบัญญัติมาตรา 7 เดิม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) ผู้เขียนเห็นว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” คือองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยต่อ “ประเพณีการปกครอง” เมื่อมีการนำไปปรับใช้กับรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เมื่อเกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในกรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี “ศาลรัฐธรรมนูญ” ก็คือผู้ที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยต่อกรณีนี้ ทั้งนี้ในส่วนรายละเอียดผู้เขียนขอวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 5 ต่อไป

4.3.3.2 ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ สำหรับการศึกษากฎการตีความจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความนั้น ผู้เขียนขออธิบายโดยยกถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามฉบับที่ได้มีการบัญญัติในเรื่องนี้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับออกเสียงลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) ดังจะได้อธิบายดังนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) มาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้น ในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาล

⁴³² จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

ปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

ในกรณีนี้เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2559 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 7/2559 เรื่อง คณะรัฐมนตรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) มาตรา 5 วรรคสอง กรณีการปรับปรุงคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยโดยอ้าง “ประเพณีการปกครองประเทศไทย”

ด้วยร่างรัฐธรรมนูญและประเด็นเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติ และ คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ได้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญตามประเด็นเพิ่มเติมแล้ว ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นเพิ่มเติมแล้ว และ คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ได้ปรับแก้ไขเนื้อหา และคำปรารภให้สมบูรณ์สอดคล้องกับผลการออกเสียงประชามติแล้ว ต่อมาเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2559 คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ส่งร่างรัฐธรรมนูญให้นายกรัฐมนตรีเพื่อนำทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแต่ปรากฏว่าในวันที่ 13 ตุลาคม 2559 ซึ่งอยู่ระหว่างการนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชเสด็จสวรรคต ผลทำให้คำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญซึ่ง คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งเมื่อตรวจสอบในเรื่องการปรับปรุงคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญในระหว่างการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ไม่ปรากฏว่า มีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นมาก่อน และไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องกระทำไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวปี 2557 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง

ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า “อย่างไรก็ตาม นับแต่ที่ประเทศไทยได้สถาปนาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปี 2475 จนปัจจุบันเป็นเวลา 84 ปีเศษแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีการตรารัฐธรรมนูญครั้งที่สำเร็จสมบูรณ์ได้โดยปราศจากความยินยอมของพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของประเทศ รัฐธรรมนูญทุกฉบับล้วนตราขึ้นและมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษาทั้งสิ้น ตราบใดที่พระมหากษัตริย์ยังมิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษา ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ยังคงเป็นเพียงร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากได้สมบูรณ์เป็นรัฐธรรมนูญไม่ ความข้อนี้จึง เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขประการหนึ่ง”

เพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนให้ความเห็นชอบโดยผ่านการออกเสียงประชามติอันเป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวปี 2557 บัญญัติไว้แล้ว มีความสมบูรณ์และสอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ประกาศใช้

เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังกล่าว จึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายจำเป็นต้องสะท้อนให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เพราะความจำเป็นที่เกิดจากความจำเป็นจริงนั้นเป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่ สามารถปกป้องการที่จำต้องกระทำ ตามความจำเป็นนั้นให้ชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติธรรม อีกทั้งมิใช่การแก้ไขเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติอันเป็นสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญนี้ หากแต่เป็นการปรับปรุงคำปรารภของร่าง รัฐธรรมนูญเพื่อให้ถูกต้องตรงตามความเป็นจริงแห่งเหตุการณ์เพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้นการ ปรับปรุงคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นจึงสามารถกระทำได้”

โดยในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ ให้ความเห็นว่าเพิ่มเติม ว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีมติให้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ปรับแก้คำปรารภได้ เพราะพิจารณาจากมาตรา 5 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) บัญญัติว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ บังคับแก่กรณีใดให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยใน ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามประเพณีแล้วกฎหมายจะสมบูรณ์ได้ เมื่อมีการลงพระปรมาภิไธย จึงสามารถปรับแก้ได้⁴³³

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 7/2559 ถือเป็นกรณีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยอ้างบทบัญญัติตามมาตรา 5 ที่ให้อำนาจศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรง และการวินิจฉัยครั้งนี้เป็นการนำ “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” มาอุดช่องว่างโดยใช้วิธีในทางรัฐธรรมนูญมาแก้ไขคำปรารภได้ และการวินิจฉัยตาม “ประเพณีการ ปกครองประเทศไทย” ในครั้งนี้เป็นการวินิจฉัยที่เห็นว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทย” ถือเป็น ประเพณีการปกครองโดยแท้ เพราะกรณีนี้ไม่เคยมีกรณีที่เกิดขึ้นในอดีตเลย แต่การไปค้นหาประเพณี การปกครองไปดูประกอบกับหลักข้อเท็จจริง

ทั้งนี้ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกต ต่อคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวนี้ว่า ในกรณีนี้ ถึงแม้ว่าศาลจะวินิจฉัยโดยอ้างบทบัญญัติโดยตรงที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ตาม แต่ศาล รัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้วางบรรทัดฐานต่อนิยามของประเพณีการปกครองว่ามีความหมายหรือนัยยะ อย่างไร เพียงแต่ใช้วิธีการไปค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาทำ การอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ แล้วพิจารณาว่ากรณีนี้ถือเป็นประเพณีการปกครองเท่านั้นเอง

⁴³³ จรัญ ภักดีธนากุล, “มติเอกฉันท์ ! ศาล รธน. ให้ กรธ.ปรับคำปรารภร่างรัฐธรรมนูญ,” **ไทยรัฐออนไลน์** (26 ตุลาคม 2559), ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก<http://www.thairath.co.th/content/765256>

2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ) เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558

สำหรับแนวความคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยตีความ ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ได้มีแนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ) หรือฉบับที่มี ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานกรรมาธิการในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งปรากฏอยู่ใน มาตรา 7 วรรคสอง ดังนี้

“ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการกระทำหรือการวินิจฉัยกรณีใดตามวรรคหนึ่ง สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน ก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับหารพิจารณาพิพากษาคดีและเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด”

ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ) มีเจตนารมณ์ในการเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นใหม่เพื่อเป็นกลไกแก้ปัญหาการตีความว่าสิ่งใด คือ ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในอดีต ซึ่งองค์กรที่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคนี้ หมายถึง เฉพาะองค์กรกลุ่ม (Collective Body) ที่เกี่ยวข้องกัอำนาจหน้าที่นั้น ๆ ซึ่งบุคคลอื่นโดยทั่วไปไม่มีอำนาจในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และใช้คำว่า “ก็ได้” เพราะมิได้ต้องการตัดอำนาจขององค์กรนั้น ๆ ถ้าองค์กรมีคำวินิจฉัยเป็นที่ยุติ ถือว่าประเด็นตามคำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สิ้นสุด และ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” ก็คือองค์กรอันได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น⁴³⁴

ทั้งนี้การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ปรากฏในบันทึกการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 เมื่อวันที่จันทร์ที่ 12 มกราคม 2558 ได้มีการ

⁴³⁴ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 4-5.

อภิปรายเกี่ยวกับองค์กรที่มีหน้าที่ในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ไว้อย่างน่าสนใจยิ่งหลายท่าน ซึ่งมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้าน ดังนี้
ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช⁴³⁵ (ประธานที่ปรึกษากรรมการ
ยกร่างรัฐธรรมนูญ) ได้เสนอให้ตัดความในมาตรา 7 วรรคสอง โดยให้เหตุผลว่า

เหตุผลเนื่องจาก มาตรา 7 วรรคหนึ่ง เป็นคุณูปการอย่าง
ยิ่งที่รัฐธรรมนูญปี 2540 และรัฐธรรมนูญปี 2550 ที่บัญญัติ
หลักการดังกล่าวไว้ แต่การพิจารณาของคณะกรรมการที่เสนอ
บทบัญญัติในวรรคสอง ถ้าเพิ่มขึ้นมาแล้วจะทำให้เกิดปัญหาหลาย
ประการ จึงคิดว่าถ้าไม่มีวรรคสองก็ใช้วรรคหนึ่งเพียงวรรคเดียวจะ
ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่าย
ตุลาการ ดำเนินการตามกรอบอำนาจหน้าที่ได้อย่างรวดเร็วทันต่อ
เหตุการณ์ เช่น การตั้งนายกรัฐมนตรีมีธรรมเนียมประเพณีว่า
พรรคการเมืองที่ได้ ส.ส. มากที่สุดจะเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล แต่ถ้า
ดำเนินการไม่ได้จึงจะให้พรรคการเมืองที่ได้ ส.ส. มากที่สุดลำดับที่
สองเป็นผู้ดำเนินการจัดตั้งรัฐบาลที่สามารถดำเนินการได้ทันที ไม่
มีกระบวนการที่ต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดตามหลักการ
ที่บัญญัติไว้ในวรรคสอง . . .

ดังนั้น เหตุผลที่เสนอให้ตัดมาตรา 7 วรรคสองออกด้วย
เหตุผลสามประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เพื่อให้ดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว เห็นควร
ให้เป็นอำนาจขององค์กรนั้นในการพิจารณา

ประการที่สอง ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ มี
ความรู้ความเชี่ยวชาญการปฏิบัติในประเพณีการปกครองใน
ระบอบประชาธิปไตยในส่วนที่อยู่ในกรอบอำนาจหน้าที่ของตน
การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรไม่มีข้อผิดพลาดและไม่จำเป็นต้องขอให้

⁴³⁵ บันทึกการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 วันจันทร์ที่ 12
มกราคม 2558 ณ ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 3 (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2558),
หน้า 20-22.

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดในการปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่ได้เคยปฏิบัติต่อเนื่องกันเป็นธรรมเนียมประเพณีแล้ว

ประการที่สาม เพื่อจำกัดประเภทคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีที่มีความสำคัญเท่านั้น ประกอบกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจโดยสุจริตคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติ จึงไม่จำเป็นต้องให้คดีทั่วไปขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ

พลเอก ยอดยุทธ บุญญาธิการ⁴³⁶ (กรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ) ได้เสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 7 โดยให้ตัดวรรคสอง โดยให้เหตุผลว่า

เหตุผลเนื่องจาก รัฐธรรมนูญปี 2540 และรัฐธรรมนูญปี 2550 ไม่มีการบัญญัติหลักการในวรรคสองแต่ประการใด เจตนารมณ์ของคณะอนุกรรมาธิการไม่ต้องการให้เกิดปัญหาเกิดขึ้นอย่างเช่นในอดีตที่ผ่านมารณการขอนายกรัฐมนตรีพระราชทาน ซึ่งมีข้อยุติเป็นประเพณีว่าไม่สามารถกระทำได้ ตั้งข้อสังเกตว่าประเด็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นอีกมีประเด็นใด แต่ที่สำคัญในเรื่องของอำนาจสามอำนาจหลักที่มีการถ่วงดุลตรวจสอบกันอยู่แล้วแต่มีบางเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจของฝ่ายบริหารเป็นการเฉพาะ เช่น การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ การที่มีบทบัญญัติในวรรคสองจะเป็นช่องทางให้ผู้เสียประโยชน์ไปร้องศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยชี้ขาดซึ่งจะเป็นการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติทำให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจของสามอำนาจได้

ดังนั้น เห็นว่าอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นกรณีปัญหาการขัดแย้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ การที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญไปวินิจฉัยประเพณีการปกครองซึ่งประเพณีของฝ่ายบริหารมีอำนาจในการจัดตั้งรัฐบาล ถ้าศาล

⁴³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่สามารถกระทำได้ จะเป็นการแทรกแซง
 ก้าวายการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหาร จึงไม่เห็นความจำเป็นที่ต้อง
 มีการบัญญัติวรรคสอง หรือมีกรณีประเด็นปัญหาอื่นที่อาจเกิดขึ้น
 ในอนาคตจึงต้องมีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ

นายจรรยา อินทจาร์⁴³⁷ (รองประธานที่ปรึกษากรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ)
 เห็นควรให้มีการบัญญัติมาตรา 7วรรคสอง โดยให้เหตุผลว่า

มาตรา 7 วรรคสอง มีที่มาจากมาตรา 5 วรรคสอง ของ
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช
 2557 ซึ่งมีการปรับถ้อยคำ เนื่องจากรัฐธรรมนูญปี 2550 มีการ
 บัญญัติไว้แต่เพียงวรรคหนึ่งเท่านั้น แต่ปรากฏการณ์ทางการเมือง
 ที่เกิดขึ้น ปัญหาข้อขัดแย้งในประเทศที่มีการเสนอขอนายก
 พระราชทานตามมาตรา 7 ที่สร้างปัญหาสับสนให้เกิดขึ้นใน
 ประเทศ การที่เสนอขอทบทวนในวรรคสองของมาตรา 7 เป็นการ
 อุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งเทียบเคียงกับความยุติธรรมทางแพ่ง
 ตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติ
 หลักการว่า เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัย
 คดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่น
 วนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง
 และถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลัก
 กฎหมายทั่วไป

ดังนั้น ปัญหาทางการเมืองการปกครองประเทศ เมื่อเกิด
 ข้อขัดแย้งจะต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด
 ส่วนร่างมาตรา 7 วรรคสองที่กำหนดหลักการว่า “กรณีที่มีปัญหา
 เกี่ยวกับการกระทำหรือการวินิจฉัยกรณีใดตามวรรคหนึ่ง สภา
 ผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาล
 ปกครองสูงสุด หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จะขอให้ศาล
 รัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน

⁴³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ก็ได้ . . .” นั้น หมายถึงกรณีที่ต้องครผู้ใช้อำนาจสามารถประชุมร่วมกันและตกลงกันได้เกิดความปรองดอง ไม่จำเป็นต้องใช้กระบวนการในมาตรา 7 วรรคสองก็ได้ แต่หากไม่การบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ อาจเกิดประเด็นปัญหานำไปสู่ความขัดแย้งเกิดขึ้นได้ ดังนั้น จึงเห็นควรให้คงร่างมาตรา 7 วรรคสอง

ทั้งนี้ ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁴³⁸ (ประธานกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ) เห็นควรให้มีการบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง โดยให้เหตุผลว่า

การวินิจฉัยต่าง ๆ ที่เป็นประเพณี ในศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศไม่มีบทบัญญัติมาตรา 7 แต่วินิจฉัยตัดสินตามประเพณีซึ่งเรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายประเพณีแล้วแต่กรณี แต่สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจำเป็นต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ยึดถือปฏิบัติตามลายลักษณ์อักษร การที่ไม่มีการบัญญัติหลักการในมาตรา 7 ทำให้เกิดปัญหา

รัฐธรรมนูญตามหลักเศรษฐกิจพอเพียงจะต้อง (1) ต้องมีความเพียงพอ (2) ต้องดูความเสี่ยง (3) ต้องมีภูมิคุ้มกัน (4) ต้องดูภูมิสังคม โดยที่ปัจจุบันประสบขัดแย้งแล้วว่ามีความเสี่ยงที่คนจะกล่าวอ้างพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ที่ให้ปลตนายกรัฐมนตรี้และตั้งนายกรัฐมนตรี้ได้ คำถามคือ องค์กรใดที่จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย โดยเหตุการณ์ในวันที่ 25 เมษายน 2449 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้มีรับสั่งต่อคณะตุลาการศาลปกครองและศาลยุติธรรมว่า ท่านทรงใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และในมาตรา 7 เขียนว่าในกรณีที่ไม่มีรัฐธรรมนูญนี้บัญญัติไว้อย่าใช้มาตรา 7 แบบมั่ว ๆ ดังนั้น ในร่างมาตรา 7 วรรคสอง จึงถูกยกร่างบทบัญญัติขึ้นเพราะมีความเสี่ยงเกิดขึ้นมาแล้วเป็นระยะเวลา 17 ปี จึงต้องมีภูมิคุ้มกันที่ต้องมีการบัญญัติหลักการไว้ในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญปี 2557 ด้วยเช่นกัน

⁴³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

ส่วน ฝ่ายเลขานุการกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ⁴³⁹ เห็นควรให้มีการ
บัญญัติมาตรา 7วรรคสอง โดยให้เหตุผลว่า

เพื่อเปิดช่องว่างทางกฎหมาย ประเด็นปัญหาการเมืองการ
ปกครองของประเทศไทยอยู่ที่ประเพณีการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งคำว่า
“ประเพณี” มีความหมายที่กว้างมากที่ไม่สามารถเขียนใน
รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมในทุกกรณีได้

ปัญหาในเรื่องประเพณีจะไม่เกิดขึ้นถ้าชนชั้นนำหรือผู้นำ
มีความเข้าใจประเพณีการปกครองร่วมกัน แต่ปัญหาเกิดจาก
ความเข้าใจในเรื่องประเพณีการปกครองที่ไม่ตรงกันจากหลาย
ปัจจัยทั้งด้านกฎหมาย ด้านการเมือง หรือความเข้าใจทางด้าน
ประวัติศาสตร์ ซึ่งในอนาคตประเพณีการปกครองจะเป็นประเด็น
ที่มีความสำคัญในอนาคตที่จะมีปัญหาในเรื่องการตีความประเพณี
การปกครอง ดังนั้น ผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในฐานะตุลาการศาล
รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเข้าใจที่รอบด้านไม่
เฉพาะแต่ความรู้ด้านกฎหมาย แต่ต้องมีความรู้ประเพณี
วัฒนธรรม ประเพณีทางการเมืองที่เคยประพฤติ ปฏิบัติกัน
ติดต่อกันมา ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท
จะต้องเขียนคำวินิจฉัยที่ครอบคลุมในทุกด้านซึ่งจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับ
ประเพณีที่หากมีคำวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานแล้วก็ต้องยึดถือ
ปฏิบัติเป็นประเพณีต่อไป

ตั้งข้อสังเกตว่าการกระทำหรือคำวินิจฉัยใดที่เกิดขึ้นเพียง
ครั้งเดียว จะถือเป็นประเพณีหรือไม่ และกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญ
จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าสิ่งใดจะเป็นประเพณีที่ต้องยึดถือหรือกรณีใดที่
ไม่เป็นประเพณีที่ต้องยึดถือ อาจมีคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มี
ความรู้เพื่อให้มีให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่จะวินิจฉัยชี้
ขาดว่าสิ่งใดจะเป็นประเพณีการปกครอง

⁴³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-30.

ดังนั้น มติของของประชุมกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 วันจันทร์ ที่ 12 มกราคม 2558 มีมติเห็นควรให้มีการบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง ไว้ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้

ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรานี้ วิชาญ เครื่องงาม ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า การตีความกฎหมายนั้นเป็นอำนาจของศาลอยู่แล้ว ดังนั้นการตีความตามประเพณีการปกครองก็ต้องเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและ อาจจะทำให้ศาลตีความได้ถึงเหตุการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้น โดยต้องกำหนดให้มืองค์กรที่มีอำนาจในการยื่นเพื่อขอคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน และท่านยังมีความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่าอาจจะตรากฎหมายโดยเพิ่มบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญรับหรือไม่รับเรื่องมาพิจารณาก็ได้⁴⁴⁰

อย่างไรก็ตาม ในการเพิ่มความใน มาตรา 7 วรรคสอง (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)) ได้รับการวิจารณ์อย่างรุนแรงจากสภาพัฒนาการเมือง ซึ่งมองว่า⁴⁴¹ เป็นการลดทอนพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ลงไป และยังเป็น การบิดเบือนและขัดแย้งกับประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งมีหลักการเดิมว่า พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์จะปรากฏขึ้นอย่างอัตโนมัติ เมื่อบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์หรือความจำเป็นที่จะต้องยุติกลไกของรัฐธรรมนูญในขณะนั้น เป็นการชั่วคราว ดังเช่นเหตุการณ์เมื่อสมัยสงครามโลกครั้งที่สองที่พระมหากษัตริย์แห่งประเทศไทย อังกฤษทรงแต่งตั้ง เซอร์วินสตัน เชอร์ชิลล์ เป็นนายกรัฐมนตรี และมีการจัดตั้งคณะรัฐมนตรียามสงคราม (War Cabinet) เพื่อต่อสู้กับเยอรมนี

กล่าวโดยสรุปได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ) ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่อง ประเพณีการปกครองประเทศไทยนี้ ผู้เขียนมีความเห็นสนับสนุนต่อบทบัญญัตินี้ โดยเห็นว่า คำว่า “ประเพณีการปกครอง” ในมาตรา 7 นี้มิได้มีเฉพาะตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่หมายรวมถึง สิ่งที่ปฏิบัติสืบต่อกันมานานเป็นเวลาพอสมควร (Constitution Convention) ซึ่งเมื่อเกิดกรณีที่ไม่มียกเว้นในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก่กรณีเห็นว่า นัยยะของความหมาย “ประเพณีการปกครอง” นั้นมีความหมายที่กว้างมาก ซึ่งสามารถตีความไปได้หลายอย่างมาก และในสถานการณ์วิกฤตการณ์ทางการเมืองตั้งแต่ ปี 2549 เป็นต้นมา ก็มีการนำบทบัญญัติเรื่องประเพณี

⁴⁴⁰วิชาญ เครื่องงาม, “มาตรา 7 เพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเกินสมควรหรือไม่,” สำนักข่าวอิสรา (18 มกราคม 2558), ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก http://www.isranews.org/isra-news-article/item/35884-law_35884.html

⁴⁴¹สำนักงานสภาพัฒนาการเมือง, “แถลงการณ์สภาพัฒนาการเมือง เรื่อง ความเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” สารสัมพันธ์เมือง 2, 4 (กรกฎาคม-กันยายน 2558): 3-8.

การปกครองมาอ้าง และนำไปสู่เหตุวิกฤตการณ์ทางการเมืองหลายครั้ง ดังนั้น จึงเห็นควรให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เข้ามาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องประเพณีการปกครอง ซึ่งจะเป็นหลักประกันในการหาทางออกในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์และช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญได้ และ ด้วยที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การบัญญัติบทบัญญัติมาตรานี้ จึงเป็นการกำหนดอำนาจที่ชัดเจนของศาลรัฐธรรมนูญไปในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเลย ซึ่งจะได้ยึดถือปฏิบัติตามตัวอักษร และไม่ต้องให้เกิดปัญหาในอนาคตอีกว่าองค์กรใดจะทำหน้าที่ชี้ขาด

อนึ่ง มีความเห็นเพิ่มเติมว่า การกำหนดให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรชี้ขาดเรื่องประเพณีการปกครองนี้ ไม่ถือเป็นการลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลงแต่อย่างใด เพราะพระราชอำนาจตามประเพณีการปกครอง ในการแก้ปัญหาหรือวิกฤตการณ์ของชาติในกรณีเกิดเหตุไม่ปกติทางการเมือง ก็ยังคงมีอยู่และเห็นว่าการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ถือเป็นอีกกลไกหนึ่งที่จะช่วยสนับสนุนร่วมกับพระมหากษัตริย์ในการแก้ไขวิกฤตการณ์ของชาติได้อีกด้วย

3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ที่มี อาจารย์มีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ) มีสองฉบับ คือ

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น ฉบับวันศุกร์ที่ 29 มกราคม 2559)

การเกิดขึ้นของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น ฉบับวันศุกร์ที่ 29 มกราคม 2559) เป็นผลมาจากเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 ผลการลงมติปรากฏว่าที่ประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติเห็นชอบ 105 ไม่เห็นชอบ 135 งคออกเสียง 7 ถือว่าที่ประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติมีมติไม่เห็นชอบ ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ตกไป นำมาสู่การคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ภายใต้การนำของนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมการในการร่างรัฐธรรมนูญ และนำมาสู่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น ฉบับวันศุกร์ที่ 29 มกราคม 2559) ที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ซึ่งปรากฏอยู่ใน หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 207 บัญญัติว่า “การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้เป็นไปตามตัวอักษรหรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ยกมาปรับแก้กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

โดยในบทบัญญัติมาตรานี้ เห็นว่า เป็นการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยตามมาตรา 7 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ 2550) เดิมนั่นเองซึ่งการที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยรัฐธรรมนูญไปตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมายนี้ จะเห็นได้ว่า ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญและมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นด้วย ซึ่งเมื่อเกิดกรณีที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่ง

รัฐธรรมนูญ และต้องวินิจฉัยเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถเป็นผู้ที่จะทำหน้าที่ชี้ขาด และทำให้บ้านเมืองออกจากวิกฤต⁴⁴² อีกทั้ง การระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็เป็นการระบุถึงความชัดเจนว่าใครมีหน้าที่ตีความหมายในมาตรานี้ เพราะที่ผ่านมาเคยมีปัญหาว่าใครมีอำนาจตีความมาตรา 7 เพื่อหาทางออกแต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นนี้ ก็ไม่เชิงว่าจะมีอำนาจมากเกินไปอย่างที่หลายฝ่ายกังวล ในแง่ของการใช้อำนาจเพื่อหาทางออกให้กับบ้านเมืองอย่างสันติ⁴⁴³

โดยในเรื่องนี้ มีประเด็นการสอบถามและแสดงความคิดเห็นในการประชุม คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการถามว่า “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ควรมีการนิยามหรือไม่เพื่อให้เป็นบรรทัดฐาน หรือจะให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัย

ประธานกรรมการ (นายมีชัย ฤชุพันธ์) กล่าวว่า “ความดังกล่าวไม่สามารถนิยามได้”

เลขาธิการกรรมการ คนที่หนึ่ง (นายปกรณ์ นิลประพันธ์) ชี้แจงว่า “ศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้อธิบายเหตุผลว่า ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมีที่มาอย่างไร ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ซึ่งประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขต้องนับตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญเป็นต้นมาว่าเป็นอย่างไร”⁴⁴⁴

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาร่างดังกล่าวนี้ พบว่า บทบัญญัติในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นบททั่วไปของรัฐธรรมนูญเหมือนในอดีต(บทบัญญัติมาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ 2550) นั้นหายไป ซึ่งมีเพียงการอุดช่องว่างของมาตรา 207 (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น ฉบับวันที่ 29 มกราคม 2559)) ซึ่งทำให้มีข้อสังเกตว่า ถ้าหากเกิดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ จะทำให้มีปัญหาว่า จะสามารถนำบทอุด

⁴⁴² วัชรภรณ์ จุ้ยลำเพ็ญ, ศาลรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559). (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

⁴⁴³ บัณฑิต เศรษฐศิโรตม์, “อดีต กมธ.ยกร่างฯ ชี้เพิ่มอำนาจศาล รธน. ตีความ ม.7,” กรุงเทพธุรกิจออนไลน์ (2 กุมภาพันธ์ 2559), ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/685211>

⁴⁴⁴ บันทึกการประชุม คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 71 วันจันทร์ที่ 25 มกราคม 2559 ณ ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 3 (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2559), หน้า 26-27.

ช่องว่างที่เขียนในมาตรา 207 (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น) ฉบับวันศุกร์ที่ 29 มกราคม 2559) ไปอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เพราะในบทบัญญัติมาตรานี้อาจถูกตีความได้ว่า บทอุดช่องว่างในร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้นนั้น สามารถใช้ได้เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁴⁴⁵

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นจาก รองศาสตราจารย์ ดร.ปริญญา เทวานฤมิตรกุล ที่มีความเห็นแย้งกับร่างฉบับนี้ โดยเห็นว่า

ที่มาขององค์กรและอำนาจพิเศษเพื่อแก้สถานการณ์วิกฤต . . . ไม่จำเป็นต้องให้ศาลมาเกี่ยวข้องในรายละเอียดที่เกี่ยวกับมาตรา 7 ว่าด้วยการวินิจฉัยการปกครองให้เป็นไปประเพณีการปกครองหากไม่มีกรณีใดที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ไม่ควรมีเพราะกรณีที่เขียนมาก่อนหน้านั้นมาจากการทำรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ยังมีเนื้อหาสั้น⁴⁴⁶

อีกทั้ง บทบัญญัติมาตรา 207 (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น) ฉบับวันศุกร์ที่ 29 มกราคม 2559) ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยตีความประเพณีการปกครองประเทศไทย ได้รับความเห็นแย้งอย่างรุนแรงจาก ศาสตราจารย์ ดร.ธีรภัทร เสรีรังสรรค์ (ประธานสภาพัฒนาการเมือง) ซึ่งกล่าวว่า “สำหรับการย้ายมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญปี 2550 มาบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการบิดเบือนไปจากประเพณีการปกครองและยังเป็นการช่วงชิงพระราชอำนาจของกษัตริย์มาเป็นของศาลรัฐธรรมนูญด้วย”⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ มานิตย์ จุมปา, **ข้อสังเกตต่อร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น หมวด 1 บททั่วไป บทอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญที่ขาดหายไป (1 กุมภาพันธ์ 2559)** (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559). (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

⁴⁴⁶ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, “วิเคราะห์ร่าง รธน. ฉบับมีชัย,” **ข่าวสด** (12 ธันวาคม 2558), ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1449866314

⁴⁴⁷ ธีรภัทร เสรีรังสรรค์, “มติ สพม. ไม่เห็นด้วย ย้ายอำนาจ ม.7 ไปศาล รธน. ผิดประเพณีปกครอง,” **ไทยรัฐออนไลน์** (15 กุมภาพันธ์ 2559), ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก <https://www.thairath.co.th/content/577522>

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้เขียนเห็นด้วยกับบทบัญญัติมาตรา 207 (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น) ฉบับวันที่ 29 มกราคม 2559) ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยตีความประเพณีการปกครองประเทศไทย ซึ่งเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญและมีอำนาจเพิ่มมากขึ้นด้วย ซึ่งเมื่อเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และต้องวินิจฉัยเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถเป็นผู้ที่จะทำหน้าที่ชี้ขาด และทำให้บ้านเมืองออกจากวิกฤตเพื่อหาทางออกให้กับบ้านเมืองได้อย่างสันติ

แต่ตั้งข้อสังเกตว่าการขาดหลักการสำคัญไปนั่นคือ บทบัญญัติทั่วไปที่ว่าด้วย “ประเพณีการปกครอง” ซึ่งเป็นบทบัญญัติในการอุดช่องว่างนั้นหายไป ซึ่งเห็นว่าบทบัญญัตินั้นสำคัญยิ่ง เพราะถ้าหากขาดแล้วอาจเกิดความได้ว่า บทอุดช่องว่างในร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้นนั้นสามารถใช้ได้เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

(2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับออกเสียงลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559)

ทั้งนี้เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ร่างเบื้องต้น ฉบับวันที่ 29 มกราคม 2559) ปรากฏออกมาก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก จนนำมาสู่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับออกเสียงลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) โดยมีเนื้อหาขององค์กรที่จะมาวินิจฉัยความชอบด้วยตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ ดังนี้

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับออกเสียงลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) มาตรา 5 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อมีกรณีตามวรรคสองเกิดขึ้น ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญจัดให้มีการประชุมร่วมระหว่างประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภานายกรัฐมนตรีประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานองค์กรอิสระเพื่อวินิจฉัย

ในการประชุมร่วมตามวรรคสาม ให้ที่ประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมแต่ละคราว ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ให้ที่ประชุมร่วมประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งเท่าที่มีอยู่

การวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด คำวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้เป็นที่สุด และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”

โดยเรื่องนี้ ในการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 99 มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญร่วมกับหลายองค์กรเข้ามาร่วมวินิจฉัยในเรื่องประเพณีการปกครอง โดยที่ประชุมมีการสอบถามและเสนอความเห็น ดังนี้

นายอัชพร จารุจินดา กรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ในฐานะประธานอนุกรรมการร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ) กล่าวถึง

กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งกรณีดังกล่าวจะเกิดข้อถกเถียงอย่างมาก หากให้องค์กรเดียวเป็นผู้มีอำนาจตีความและวินิจฉัย ดังนั้น ควรกำหนดให้องค์กรอื่นร่วมตีความและวินิจฉัยกับศาลรัฐธรรมนูญในกรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีได้ด้วย

มีกรรมการแสดงความเห็นว่า

เป็นเรื่องที่สำคัญ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางการเมืองจำนวนมาก หากให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจตีความและวินิจฉัยจะเกิดผลเสียต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนั้น เรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมีความเกี่ยวข้องกับหลายองค์กร ควรให้องค์กรเหล่านั้นมีส่วนร่วมในการตีความและวินิจฉัย

ประธานกรรมการ (นายมีชัย ฤชุพันธ์) กล่าวว่า

ประธานรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้เรียกประชุมผู้นำ
องค์กรต่าง ๆ เพื่อสอบถามความเห็นว่าจะหากไม่มีบทบัญญัติ
แห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีใด จะกระทำการนั้นหรือวินิจฉัย
กรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างไร. . .

นายปรกรณ์ นิลประพันธ์ (เลขานุการกรรมการ คนที่หนึ่ง) กล่าวว่า

ไม่เห็นด้วยที่จะบัญญัติความแบบนี้ เนื่องจากเมื่อไม่
มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีใด หมายถึง ไม่มี
กฎหมายเรื่องนั้นใช้บังคับ การแก้ปัญหาโดยปกติ ก็คือ การทำ
ให้มีกฎหมายเรื่องนั้นเกิดขึ้นโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ทั้งนี้ การกำหนดให้ผู้นำหรือหัวหน้าองค์กรต่าง ๆ ร่วมประชุม
ปรึกษากัน และมีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวอาจตีความได้
ว่าเป็นการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่โดยวิธีการที่มีชอบด้วย
รัฐธรรมนูญ ถ้าหากให้วินิจฉัยก็ควรวินิจฉัยเฉพาะว่ามีหรือไม่มี
บทบัญญัติในเรื่องนั้น ถ้าไม่มีก็วินิจฉัยให้มีการแก้ไข
รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยใน
ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มีกรรมการแสดงความคิดเห็นว่า

เนื่องจากการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจตีความและ
วินิจฉัยแต่เพียงองค์กรเดียวหากเกิดกรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ
บังคับแก่กรณีใด ทำให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางว่าศาล
รัฐธรรมนูญมีอำนาจมากเกินไป. . .⁴⁴⁸

⁴⁴⁸ บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 99 วันจันทร์ที่ 7 มีนาคม 2559
ณ ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2559), หน้า 6-9.

อนึ่ง การกำหนดให้มีคณะบุคคลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยดังกล่าว มีเหตุสืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ต้องการแก้ไขปัญหาของประเทศชาติ โคนกำหนดผู้ที่เป็นองค์กรหลัก เพื่อเป็นการปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์จากการที่จะต้องเข้าไปพัวพันยุ่งเกี่ยวในปัญหาความยุ่งยากทางการเมือง ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในกรณีการอ้างมาตรา 7 เพื่อ “ขอนายกฯ พระราชทาน” หรือกรณีที่ต้องมีการตัดสินประเด็นความขัดแย้งรุนแรงอื่น ๆ ในทางการเมืองที่ต้องมีการตีความประเพณีการปกครอง ทั้งนี้หากพิจารณาในอีกมุมหนึ่ง เราจะพบว่า การให้มีคณะบุคคลทำหน้าที่รับผิดชอบดังกล่าวเพื่อปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์จากการที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวเนื่องกับปัญหาความยุ่งยากทางการเมืองนั้นเป็นการลดทอนพระราชวินิจฉัยในการตีความประเพณีการปกครองที่ต้องเกี่ยวข้องกับการใช้พระราชอำนาจของพระองค์ด้วยในเวลาเดียวกัน ทั้งนี้ คำวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดของคณะบุคคลดังกล่าวย่อม หมายถึง พระมหากษัตริย์ย่อมต้องทรงใช้พระราชอำนาจตามคำวินิจฉัยนั้น ซึ่งจะส่งผลให้ภาพของความเป็นระบอบการปกครอง “พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ” มีความชัดเจนและเป็นจริง ที่นัยและความของประเพณีการปกครองตามรัฐธรรมนูญถูกต้องความและชี้ขาดโดยคณะบุคคล⁴⁴⁹

อย่างไรก็ตาม อาจตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า ถ้าหากข้อพิพาทขัดแย้งเป็นวิกฤตร้ายแรง การตัดสินของประธานศาลรัฐธรรมนูญและคณะบุคคลที่กำหนดไว้ จะมีประสิทธิภาพความชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับของผู้คนทั่วไปในสังคมได้เกี่ยวกับประเพณีการปกครองของไทยได้มากน้อยเพียงไร เมื่อเทียบกับพระราชวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดโดยองค์พระมหากษัตริย์⁴⁵⁰ ซึ่งในอดีตนั้นพระมหากษัตริย์ไทยได้ทรงมีพระราชวินิจฉัยอย่างแยกคายในการแก้ปัญหาวิกฤตการณ์ของชาติ โดยพิจารณาได้จาก

กระแสพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 เมื่อวันที่ 25 เมษายน 2549 ต้องถือเป็นหลักเบื้องต้นว่า พระมหากษัตริย์ไทยภายใต้ระบอบนี้ จะไม่ทำอะไรขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ นี่คือประเพณีปฏิบัติที่จะอ้างอิงได้ มีหลักฐานชัดเจนว่าท่านยืนยันเป็น “พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ” เพราะฉะนั้น ท่านก็จะทรงปกครองโดยธรรม

⁴⁴⁹ แพทย์ พิจิตร, “ว่าด้วยมาตรา 5 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560,” **มติชนสุดสัปดาห์** (8 พฤษภาคม 2560), ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก https://www.matichonweekly.com/featured/article_34644

⁴⁵⁰ *เรื่องเดียวกัน*

และไม่ให้ผิดเพี้ยนไปจากรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจ ว่าตั้งใครมาเป็นนายกรัฐมนตรี โดยพระราชอำนาจเองแท้ ๆ ไม่มี จึงปฏิเสธไม่ทรงใช้ เมื่อตอนวิกฤต 2549⁴⁵¹

. . . แต่ก็ทรงรับสั่งด้วยถ้าประเทศตกอยู่ในภาวะที่จำเป็นและมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญก็จะทรงใช้ นี่คือ ข้อยกเว้นของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในวันมหาวิปโยค เมื่อ 2516 ในเหตุการณ์ครั้งนั้น ฝ่ายบริหารไม่มี ฝ่ายตุลาการไม่เคยปฏิบัติหน้าที่นี้ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีสภาผู้แทนราษฎร แต่เหลือวุฒิสภาแล้วรองประธานวุฒิสภาผู้ทำหน้าที่ประธานวุฒิสภากราบบังคับทูลแล้วลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ จึง “ไม่ใช่ นายกพระราชทาน” อย่างที่เข้าใจกัน ถึงแม้จะไม่มีรัฐธรรมนูญเขียนตัวแบบนั้นไว้ชัดเจน แต่นั่นยืนยันว่าไม่ใช่พระมหากษัตริย์ทรงตั้งคนมาเป็นนายก องค์การตามรัฐธรรมนูญ ประเทศตกอยู่ในภาวะที่เกือบจะปกครองกันไม่อยู่ เอากันไม่ได้แล้วองค์การตามรัฐธรรมนูญที่เหลืออยู่คือวุฒิสภา ทำหน้าที่รัฐสภากราบบังคับทูลแล้วทรงพระราชทานมาเพื่อแก้ปัญหา มีผู้ที่รับผิดชอบลงนามรับสนองพระบรมราชโองการอย่างนั้น ก็เลยถือเป็นประเพณีการปกครองที่เกิดขึ้นครั้งนั้นได้ แต่เกิดในฐานะเป็นข้อยกเว้น ไม่ใช่เอามาเป็นหลักคิดอะไรไม่ออก เลือกใครไม่ได้ หาใครไม่ได้ ก็ขอให้ในหลวงตั้งลงมา อย่างนี้ไม่ได้ เห็นไหมว่าท่านมีหลักมีเกณฑ์ เราบอกหลักเกณฑ์นี้อ้างตำราอะไรไม่เห็นมีที่ไหน นี่คือการที่มีพระประมุข แล้วท่านก็พยายามใช้พระราชอำนาจ โดยมีหลักเกณฑ์แล้วหลักเกณฑ์นี้ เมื่อเป็นที่ยอมรับของประชาชนแล้วทำให้เกิดผลดีแก่ประเทศชาติ ควรได้รับการสถาปนาให้เป็นประเพณีการปกครองได้ตัวอย่างหนึ่ง⁴⁵²

⁴⁵¹ จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

⁴⁵² จรัญ ภักดีธนากุล, ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, (12 กรกฎาคม 2560), การสัมภาษณ์.

ดังนั้น กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับ มาตรา 5 ของร่างรัฐธรรมนูญ (ฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) ซึ่งเห็นว่า จะขัดกันกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งให้อำนาจตุลาการเข้ามาสรรหานายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร แทนกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติ และจะทำให้คุณภาพของอำนาจเสียไป ประกอบกับจะขัดกับหลักการมีส่วนร่วมได้เสีย และจะขัดกับความเป็นอิสระในการตรวจสอบของตุลาการ และทั้งนี้จากบทบัญญัติที่ให้มีผลของคำวินิจฉัยนั้น มีผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ นั้นหมายความว่าในการวินิจฉัยตีความเรื่องรัฐธรรมนูญที่แต่เดิมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในมาตรานี้ให้ “องค์กรพิเศษเฉพาะกิจทางรัฐธรรมนูญ” ทำการวินิจฉัยแทน ผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะให้มืองค์กรซ้อนกันสององค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบและวินิจฉัยตีความต่อเรื่องนี้ เพราะจะทำให้หลักการเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า เมื่อเกิดกรณีในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้การกระทำนั้นหรือการวินิจฉัยกรณีนั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ ได้ทั้งสองกรณี ทั้งในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้แล้วตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชัดเจนตามบทบัญญัติอยู่แล้วในการเข้ามาวินิจฉัย ซึ่งเป็นการระบุถึงความชัดเจนว่าใครมีหน้าที่ตีความหมายในมาตรานี้ เพราะเมื่อเกิดวิกฤตการณ์แล้วศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการคลี่คลายปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นกลไกในยามวิกฤตที่จะเป็นทางออกให้กับประเทศชาติบ้านเมืองอย่างสงบสันติ

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าจารีตประเพณีนั้นถือได้ว่าเป็นกรอบแนวปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายเป็นการยอมรับของคนในสังคม และการกระทำอย่างสม่ำเสมอจนกลายเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติ เมื่อมีความผูกพันต่อสมาชิกในสังคมให้กลายเป็นกติกากฎหรือข้อบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม จึงต้องเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมาย และเมื่อจารีตประเพณีนี้มีการกระทำหรือผูกพันกับการอำนาจมหาชน จึงกลายมาเป็น “จารีตประเพณีในทางกฎหมายมหาชน” โดยสถานะของจารีตนั้นมีค่าบังคับในในระบบกฎหมาย โดยมีผลทั้งในระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเมื่อจารีตประเพณีในทางกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับระบบการเมืองการปกครอง และจารีตประเพณีนั้นมีการกระทำซ้ำ มีการปฏิบัติอย่างแน่นอน มีความชัดเจนต่อเนื่อง มีความยินยอมพร้อมใจกันในการยอมรับของบรรดาองค์กรตามรัฐธรรมนูญ บรรดาการยอมรับนี้ จึงกลายมาเป็น “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” โดยอาจเกิดขึ้นได้จากโครงสร้างของกฎหมายและ

สภาพการณ์ของการเมืองการปกครอง และมีค่าสภาพบังคับได้ทั้งทางการเมืองการปกครองและในทางกฎหมาย หรือถึงแม้ว่าในทางกฎหมายเองจะไม่มีสภาพบังคับ ก็จะทำให้สภาพบังคับทางการเมืองเกิดขึ้น

สำหรับประเทศไทยเองก็มีจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ โดยเราเรียกจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยว่า “จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นครั้งแรกในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร (พุทธศักราช 2502) และรัฐธรรมนูญหลายฉบับก็นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ((ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ฉบับปัจจุบันด้วย อนึ่ง บทบัญญัตินี้เป็นหลักการในที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญหากว่าเกิดกรณีที่ไม่มียกเว้นบังคับแก่กรณีใด ก็ให้เอาจารีตประเพณีการปกครองมาอุดช่องว่าง ซึ่งการหาจารีตประเพณีในการมาอุดช่องว่างนี้ก็ต้องมาการค้นหาจารีตประเพณีการปกครองที่เคยเกิดขึ้นในอดีตมาเป็นหลักที่ใช้ในการอุดช่องว่าง และจารีตประเพณีการปกครองนั้นต้องเป็นจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีทั้งจารีตประเพณีการประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มีทั้งจารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ จารีตประเพณีเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร และจารีตประเพณีเกี่ยวกับพระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์

ส่วนจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น เมื่อพิจารณาทั้งสองรูปแบบแล้ว ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรูปแบบปกติและการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในรูปแบบพิเศษแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าจากประเด็นข้อเท็จจริงที่กล่าวมานั้น อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของไทย เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ เพราะตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วพระองค์ทรงแต่งตั้งไปตามที่ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ นำรายชื่อทูลเกล้าฯ แต่ไม่ได้หมายความว่าพระองค์จะต้องทรงลงพระปรมาภิไธยไปตามนั้นโดยเด็ดขาด พระองค์มีพระราชอำนาจที่จะรับสั่งถามที่มา ที่ไป วิธีการสรรหาและรายละเอียดต่าง ๆ ของรายชื่อที่ทูลเกล้าฯ ขึ้นมานั้น จนเป็นที่พระองค์ทรงเห็นว่าถูกต้องชอบธรรม ดีงาม เป็นไปตามครรลองครองธรรมเสียแล้วถึงจะทรงลงพระปรมาภิไธยจึงเป็นสิ่งที่ผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการที่จะต้องพิจารณาไตร่ตรองใคร่ครวญให้ถี่ถ้วนก่อน และเป็นไปตามเหตุผลของกฎหมายถูกต้องชอบธรรม

เมื่อเกิดกรณีในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้การกระทำนั้นหรือการวินิจฉัยกรณีนั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตีความ

รัฐธรรมนูญ ได้ทั้งสองกรณี ทั้งในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้แล้วตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6/2543 และในกรณีที่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชัดเจนตามบทบัญญัติอยู่แล้วในการเข้ามาวินิจฉัย ซึ่งเป็นการระบุดังความชัดเจนว่าใครมีหน้าที่ตีความหมายในมาตรานี้ เพราะเมื่อเกิดเหตุการณ์แล้วศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการคลี่คลายปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นกลไกในยามวิกฤตที่จะเป็นทางออกให้กับประเทศชาติบ้านเมืองอย่างสงบสันติ

บทที่ 5

บทวิเคราะห์

สำหรับการวิเคราะห์ในเรื่อง การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี มีประเด็นที่ผู้เขียนขอเสนอการวิเคราะห์ สามประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรกเป็นการวิเคราะห์กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และประเด็นที่สองเป็นการวิเคราะห์ถึงกระบวนการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย มาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ซึ่งวิเคราะห์ถึงองค์กรผู้มอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย และวิเคราะห์วิธีการในการใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทย และประเด็นสุดท้ายเป็นการวิเคราะห์ถึงองค์กรผู้มอำนาจในการตีความการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ดังจะได้วิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

5.1 วิเคราะห์กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะต้องใช้ในกรณีที่เกิดความคลุมเครือของกฎหมาย หรือไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นขั้นตอนการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นการปรับบทบัญญัติกับข้อเท็จจริง โดยมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ว่า หากเกิดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญอันเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตราใด ๆ บังคับใช้แก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยต้องพิจารณาก่อนว่าการเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นสามารถเกิดได้ก็กรณีบ้าง ที่มีเหตุและเงื่อนไขที่จะนำไปสู่การใช้จารีตประเพณีการปกครองมาใช้ในการอุดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหา ทั้งนี้ผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามกรอบของรัฐธรรมนูญ สองฉบับคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ 2560 ดังจะอธิบายได้ ดังนี้

1. กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

กรณีตามปัญหานี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดไว้ว่า หากเกิดกรณีที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญมาตรา 181 ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีรักษาการอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีรัฐบาลชุดใหม่เข้ามาทำหน้าที่ โดยมีข้อยกเว้นว่าถ้าหากเกิดกรณีที่ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงโดยเหตุเฉพาะตัวเพราะเหตุในเรื่องของความทุจริต หรือต้องคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับการปฏิบัติโดยมิชอบ ในกรณีนี้ นายกรัฐมนตรีจะอยู่ปฏิบัติหน้าที่รักษาการนายกรัฐมนตรีที่ไม่ได้ (ตามบทบัญญัติมาตรา 181) ทั้งนี้มีข้อพิจารณาในประการต่อมาว่า หากเกิดกรณีที่นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี (รักษาการ) สิ้นสุดลงทั้งคณะ ในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่มีสภาผู้แทนราษฎรหรือในช่วงที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร ก็มีปัญหาว่าจะมีการสรรหาและแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีทั้งคณะได้อย่างไร และถือว่าเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีหรือไม่

โดยในกรณีนี้ ผู้เขียนขอยกวิกฤตการณ์เมืองเมื่อช่วงปี 2556-2557 มาประกอบการวิเคราะห์ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในขณะที่ประเทศไทยมีการใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งมีการเรียกร้องให้นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรักษาการ และให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะลาออกจากตำแหน่งรักษาการด้วย แต่ในกรณีของวิกฤตการณ์ครั้งนั้นในเวลาที่ต่อมาภายหลังที่ได้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเอกฉันท์ถอดถอนนายกรัฐมนตรีจากตำแหน่ง จากกรณีมีส่วนใช้อำนาจแทรกแซงการโยกย้ายถวิล เปลี่ยนศรีจากตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจแห่งชาติ เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ให้ พล.ต.อ.เพรียวพันธ์ ดามาพงศ์ ขึ้นเป็นผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ทำให้นายกรัฐมนตรีรักษาการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยได้มีการเลือก นายนิวัฒน์ธำรง บุญทรงไพศาล ในฐานะรองนายกรัฐมนตรีปฏิบัติราชการแทนนายกรัฐมนตรี(รักษาการ) อย่างไรก็ตามหากมีการปฏิบัติตามข้อเสนอ เพื่อเปิดช่องให้มีการนำไปสู่การตั้งนายกรัฐมนตรีรักษาการในการคลี่คลายวิกฤตครั้งนั้น ซึ่งผ่านการออกแถลงการณ์ฉบับที่ 4/2556 ของที่ประชุมอธิการบดีแห่งประเทศไทย (ทปอ.) ในขณะนั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าถ้าหากมีการดำเนินการตามแถลงการณ์ดังกล่าว จะเกิดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นช่องว่างโดยแท้ทางรัฐธรรมนูญ และเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี อันมีเหตุผลที่จะดำเนินการตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาใช้อุดช่องว่างเพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้

2. กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากกรณีที่ผู้เขียนยกอธิบายข้างต้นนั้นเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งต่อมาได้มีความพยายามหาวิธีการแก้ไขปัญหาโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในกรณีที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร แล้วเกิดกรณีที่คณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะไม่สามารถอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ หรือคณะรัฐมนตรีรักษาการทำการลาออกทั้งคณะ โดยมีการบัญญัติให้ปลัดกระทรวงมาทำหน้าที่แทนรัฐมนตรีต่าง ๆ เท่าที่จำเป็นไปพลางก่อน แล้วให้ปลัดกระทรวงคัดเลือกตนเองให้คนใดปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรี (ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 168 วรรคสอง) ทั้งนี้จึงต้องวิเคราะห์ต่อมาว่า ตามกรอบของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น สามารถเกิดกรณีที่อาจจะเป็นช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญได้นั้น ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ ดังจะวิเคราะห์ได้ดังนี้

1) เงื่อนไขประการแรก ต้องเกิดกรณีหนึ่งกรณีใด ดังต่อไปนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง

ตามกรณีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นกรณีที่อยู่ในช่วงของคณะรัฐมนตรีรักษาการในช่วงระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง ตามบทบัญญัติมาตรา 167(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) และต่อมาเกิดกรณีที่กรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง ซึ่งเกิดกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการได้ตามมาตรา 168 วรรคสอง ได้ กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีรักษาการไม่สามารถอยู่ปฏิบัติหน้าที่ได้ จึงนำไปสู่เข้าเงื่อนไขประการที่สองคือต้องเป็นกรณีที่ปลัดกระทรวงต้องเข้ามาเพื่อดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรี

อนึ่ง หากเกิดกรณีที่ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงโดยเหตุเฉพาะตัว เพราะเหตุในเรื่องของความทุจริตเป็นที่ประจักษ์ มาตรา 160 (4) หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง 160 (5) อันเป็นเหตุให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่งนั้น ในกรณีนี้ นายกรัฐมนตรีจะอยู่ปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ (ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 168 (1))

กรณีที่สอง เป็นกรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี

ตามกรณีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเกิดกรณีที่ได้มีการดำเนินการให้มีการจัดเลือกตั้งทั่วไปแล้ว และมีเหตุการณ์ใด ๆ ที่ไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีได้ อาจจะมีสาเหตุมาจาก เกิดเหตุสถานการณ์ในทางการเมืองอย่างรุนแรง โดยการ

ออกมาประท้วงของประชาชนอย่างมากมาย หรืออาจจะเกิดเหตุการณ์ทางธรรมชาติอย่างฉับพลัน เช่น แผ่นดินไหวอย่างรุนแรง เกิดน้ำท่วมอย่างรุนแรง อันทำให้เกิดความเสียหายอย่างมากกับประเทศและสถานการณ์รุนแรงจนไม่สามารถที่จะดำเนินการใด ๆ ให้มีการจัดประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกนายกรัฐมนตรีได้ ทั้งนี้ คงจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งแรกว่าต้องดำเนินการภายในกี่วันซึ่ง แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดว่าต้องดำเนินการภายใน 30 วัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากพิจารณาตามกรณีนี้หากว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากไม่สามารถดำเนินการได้จะนำไปสู่การเข้าเงื่อนไขประการที่สองคือต้องเป็นกรณีที่ปลัดกระทรวงต้องเข้ามาเพื่อดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรี

2) เงื่อนไขประการที่สอง เกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้

ทั้งนี้ หากพิจารณาตามเงื่อนไขนี้ ถือเป็นเงื่อนไขที่ต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และถือเป็นครั้งแรกที่ได้กำหนดบทบัญญัติเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้ปลัดกระทรวงเลือกกันเองเพื่อทำหน้าที่นายกรัฐมนตรี ถือเป็นบทบัญญัติที่เข้ามาอุดช่องว่างของนายกรัฐมนตรีรักษาการหากเกิดกรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือ กรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรีได้ แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาในประการต่อมาว่า การเข้ามารักษาการนายกรัฐมนตรีของปลัดกระทรวง (ที่มาจากการเลือกกันเองของปลัดกระทรวงให้คนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรี)นั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดช่วงระยะเวลาของการเข้ามารักษาการหากเกิดกรณีทั้งสองนั้น ดังนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเกิดกรณีทั้งสองกรณีนั้น จึงเป็นเหตุให้เข้าเงื่อนไขที่ปลัดจะเข้ามารักษาการนายกรัฐมนตรี

อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาต่อมาว่า สามารถเกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้หรือไม่ ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นกรณีที่อาจจะเกิดขึ้นได้ยากมาก แต่จะสามารถที่จะเกิดขึ้นได้ โดยอาจเกิดขึ้นได้ถ้าหากว่ามีสถานการณ์ของประเทศที่ต้องการเรียกร้องไม่ยอมรับการเข้ามารักษาการนายกรัฐมนตรีของปลัดกระทรวง อาจจะต้องด้วยข้อพิจารณาที่ว่า ปลัดกระทรวงนั้นได้รับการแต่งตั้งมาจากรัฐบาลก่อนหน้า ซึ่งอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อน หรือไม่เป็นที่ยอมรับจากประชาชนของประเทศในการเข้ามาทำหน้าที่สำคัญเช่นนี้

กล่าวโดยสรุปได้ว่า กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ เงื่อนไขประการแรก ต้องเกิดกรณีหนึ่งกรณีใดที่เป็นกรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้ง

คณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือเป็นกรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือก นายกรัฐมนตรี และเงื่อนไขประการที่สอง เกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือก ปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้

ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนั้น เห็นว่าตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้นอาจเกิดช่องว่างทาง รัฐธรรมนูญที่ยากมากกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ที่ประกอบไปด้วย เงื่อนไขเดียว ที่จะนำจารีตประเพณีการปกครองมาปรับใช้เพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้ แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้มี หลักประกันอย่างใด ๆ ที่จะบอกได้ว่าว่าจะไม่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ดังนั้นแล้ว ในการ วิเคราะห์ที่ผู้เขียนได้นำเสนอมานี้หากว่าเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีนี้ สามารถนำประเพณีการปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 5 มาเป็นแนวทางในการอุดช่องว่างเพื่อ แก้ปัญหาของประเทศได้

5.2 วิเคราะห์กระบวนการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้อุดช่องว่าง ของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ในการวิเคราะห์ถึงกระบวนการในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้อุด ช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี มีกระบวนการในการวิเคราะห์สอง ประการ คือ ประการแรก วิเคราะห์ว่าองค์กรใดผู้มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครอง ประเทศไทย และวิเคราะห์ว่าองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการใช้นั้นมีวิธีการในการใช้ประเพณีการปกครอง ไทยอย่างไร ดังจะได้วิเคราะห์ดังนี้

5.2.1 วิเคราะห์องค์กรผู้ที่มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย

สำหรับสิ่งที่ต้องวิเคราะห์ คือองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครอง ประเทศไทยมาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยการศึกษาถึงความเป็นมาทาง ประวัติศาสตร์ของการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบ รัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลหรือฝ่าย บริหาร มีหัวหน้ารัฐบาลที่เรียกว่า “นายกรัฐมนตรี” เป็นผู้ที่ทำหน้าที่และมีอำนาจในการบริหาร บ้านเมือง และถือเป็นผู้ที่มีอำนาจในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึง ความ เป็นมาทางประวัติศาสตร์ของการสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น ซึ่ง ทั้งสองประเทศมีรูปแบบการปกครองที่คล้ายกับประเทศไทย และจะได้ทำการวิเคราะห์ว่าหากเกิด

ช่องว่างทางรัฐธรรมนูญของไทย องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

จากการศึกษาเปรียบเทียบถึงจารีตประเพณีในการในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยกับประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของไทย ญี่ปุ่น และอังกฤษ แต่งตั้งโดย “พระมหากษัตริย์” แต่มีบริบทและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ดังจะวิเคราะห์ได้ ดังนี้

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น มีรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่เดิมนั้นอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นของ พระมหากษัตริย์ แต่ในเวลาต่อมาพระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษไม่สามารถทำหน้าที่เป็นประธานคณะรัฐมนตรีได้ เพราะได้ไปอยู่เชิญพระมหากษัตริย์มาจากราชวงศ์ของประเทศเยอรมัน เมื่อพระมหากษัตริย์ไม่สามารถทำหน้าที่ประธานของคณะรัฐมนตรีได้ จึงต้องมีผู้ที่ทำหน้าที่เป็นประธานคณะรัฐมนตรีแทนพระมหากษัตริย์ ก็คือนายกรัฐมนตรี ซึ่งในช่วงแรกนี้ ผู้ที่ทำหน้าที่นายกรัฐมนตรี จะต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ และในเวลาต่อมาผู้ทำหน้าที่นายกรัฐมนตรีก็ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาด้วย

โดยจะเห็นได้ว่า พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจที่จะได้รับการกราบบังคมทูลและการปรึกษาหารือข้อเสนอนะต่าง ๆ ด้วยเหตุผลที่ว่าพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจและความสัมพันธ์ในลักษณะที่ใกล้ชิดกับฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ทรงใช้พระราชอำนาจในทางบริหารแบบนี้เป็นปกติอย่างต่อเนื่องอยู่แล้วและพระราชอำนาจนี้ก็ได้รับการสืบต่อเนื่องมาโดยตลอดในประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ ซึ่งเรียกพระราชอำนาจนี้ว่า “พระราชอำนาจดั้งเดิมหรือพระราชอำนาจทั่วไป” โดยทรงมีพระราชอำนาจ สามประการ คือ ประการแรก พระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน (The Right to Warn) ประการที่สอง พระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล (The Right to be Consulted) และประการที่สาม พระราชอำนาจที่จะสนับสนุนหรือให้กำลังใจรัฐบาล (The Right to Encourage) เป็นต้น

ดังนั้นแล้ว ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้น ถือเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยไม่ต้องทรงใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของรัฐมนตรี โดยการให้พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามรูปแบบปกตินั้น จะทรงอยู่ภายใต้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมากในสภาสามัญ หากจะแต่งตั้งบุคคลใดมาเป็นนายกรัฐมนตรีก็ได้ แต่ทั้งนี้หากว่าเกิดสถานการณ์พิเศษที่บ้านเมืองอยู่ในภาวะวิกฤติทางรัฐธรรมนูญและทางเศรษฐกิจ พระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษก็ทรงมีพระราชอำนาจโดยพระราชวินิจฉัยส่วนพระองค์ในการเข้ามาแก้ไขในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีอย่างราบรื่นได้เสมอด้วยเหตุผลที่ว่า ประเทศอังกฤษมีการใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลาย

ลักษณะอักษร ซึ่งทำให้การใช้รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสถานการณ์ได้เสมอ

ส่วนประเทศญี่ปุ่น แต่เดิมสมเด็จพระจักรพรรดิถือเป็นองค์ผู้ที่มีอำนาจในทางประเพณีการปกครองในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี พระราชอำนาจของสมเด็จพระจักรพรรดิที่มีอยู่อย่างไม่จำกัด ซึ่งมีความอำนาจในทางจารีตประเพณีการปกครองที่กว้างขวางมาก แต่ภายหลังจากที่ประเทศญี่ปุ่นได้แพ้สงครามโลกครั้งที่สอง ทำให้บริบทในทางการเมืองการปกครองของญี่ปุ่นได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว อันสืบเนื่องมาจากการเข้ามาจัดระเบียบของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็นการเข้ามาจัดการระบบการเมืองการปกครองของประเทศจากอำนาจภายนอกของผู้ที่ชนะสงคราม โดยการเข้ามาร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มีผลทำให้พระราชอำนาจแต่เดิมที่เคยมีอย่างกว้างขวางนั้นถูกจำกัดแต่เพียงพระราชอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และทรงอยู่ในพระราชสถานะที่เป็นเชิงสัญลักษณ์มากกว่า

ดังจะพิจารณาได้จากบทบัญญัติมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 ความว่า “พระจักรพรรดิทรงเป็นสัญลักษณ์แห่งประเทศญี่ปุ่น และความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาชนชาวญี่ปุ่น ฐานะดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความเห็นพ้องของประชาชนชาวญี่ปุ่น ซึ่งดำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย” ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นกำหนดให้พระจักรพรรดิเป็นเพียงสัญลักษณ์ของประเทศ และรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดให้พระจักรพรรดิเป็นประมุขของรัฐ แต่การแสดงว่าเป็นประมุขของรัฐนั้นก็ด้วยการพิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการใช้พระราชอำนาจอันเป็นหน้าที่ของพระจักรพรรดิ

ดังนั้นแล้ว ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่น สมเด็จพระจักรพรรดิต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด โดยการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยการเสนอชื่อของรัฐสภา ซึ่งต้องเป็นสมาชิกของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องว่างไว้ว่าสามารถเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาก็ได้ แต่โดยจารีตประเพณีการปกครองแล้วนั้น ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น จะต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในรัฐสภามาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ทั้งนี้ ประเทศไทยนั้นความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี 2475 เห็นว่าแต่เดิมนั้นอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นของ “พระมหากษัตริย์” กล่าวคือพระองค์ทรงใช้อำนาจในฐานะที่เป็นหัวหน้ารัฐบาลอย่างเช่นตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอย่างความหมายปัจจุบันและในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ กล่าวคือ อำนาจทั้งสองอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์ ต่อมาภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อำนาจทั้งสองที่เคยมีอยู่ที่พระมหากษัตริย์ได้แยกเป็นสองส่วน คือ อำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ อยู่ที่พระมหากษัตริย์ อำนาจหัวหน้ารัฐบาลในการใช้อำนาจ

บริหารอยู่ที่ “นายกรัฐมนตรี” ซึ่งในสถานการณ์ที่เป็นปกตินั้น พระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐ พระองค์ทรงมีพระราชอำนาจที่ทรงแต่งตั้ง ซึ่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่รัฐธรรมนูญถวายไว้เพื่อทรงเป็นพระเกียรติ โดยทรงแต่งตั้งตามที่มีผู้เสนอให้ทรงแต่งตั้ง ซึ่งมีหลักการอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เสนอชื่อบุคคลที่มีเสียงสนับสนุนข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตามบุคคลที่เสนอเช่นกัน

อนึ่ง ในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์ทางการเมืองอย่างรุนแรงในหลายครั้งของประเทศไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจโดยพระบรมราชวินิจฉัยอย่างรอบคอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีได้ ซึ่งการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยนั้น ถือว่าเป็นการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิม ทั้งนี้หากย้อนไปเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 ก่อนวันนั้นอำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์ เมื่อคณะราษฎรทำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง และได้มีหนังสือกราบบังคมทูลเชิญพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวให้ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าพระองค์จะทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแต่พระราชอำนาจดั้งเดิมนั้นก็ยังคงมีอยู่ เพราะแม้ว่าคณะราษฎรเปลี่ยนแปลงการปกครองสำเร็จ แต่ก็กราบบังคมทูลขอพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจากรัชกาลที่ 7 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้จะเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้วก็ตาม แต่ก็ยอมรับใน “พระราชอำนาจดั้งเดิม” ของพระมหากษัตริย์ และพระองค์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยนั้นแทนปวงชนชาวไทย ซึ่งในทางกฎหมายต้องถือว่าพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกัน แต่ทั้งนี้การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวในการในกรณีวิกฤติการณ์ต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาน้อยเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับพระบรมเดชานุภาพของพระมหากษัตริย์ไทยแต่ละพระองค์

โดยเฉพาะพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ดำรงพระราชสถานะประมุขของรัฐ โดยทรงแก้ไขและคลี่คลายวิกฤติการณ์ทางการเมืองในหลายครั้งตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยให้ประเทศชาติเกิดความสงบร่มเย็นได้ ซึ่งทำให้ประชาชนในประเทศเห็นว่าพระมหากษัตริย์ของไทยนี้ มีบทบาทอย่างยิ่งในการแก้ไขปัญหาของชาติ และทุกครั้งที่มีการทรงพระราชทานคำแนะนำเรื่องใด ๆ ก็จะได้รับการยอมรับจากประชาชนทุกครั้ง โดยเฉพาะการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหลังเหตุการณ์สำคัญทางการเมือง เช่น การใช้พระราชอำนาจในการแต่งตั้ง นายสัญญาธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งในเหตุการณ์ครั้งนั้นเป็นที่ปรากฏชัดว่า พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในลักษณะที่ทรงเป็นผู้ริเริ่มในการใช้พระราชอำนาจดังกล่าว โดยพระองค์เอง มิได้ริเริ่มมาจากประธานรัฐสภาตามธรรมเนียมปฏิบัติที่เคยมีมา โดยเรียกการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวนี้ว่า “พระราชอำนาจโดยแท้”

ดังนั้น เมื่อนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจนถึงปัจจุบัน เป็นสิ่งที่การแสดงให้เห็นว่าสถาบันพระมหากษัตริย์พระมหากษัตริย์ของไทย ถือเป็นโครงสร้างที่เข้มแข็งที่สุดจุดหนึ่งในระบบรัฐสภาไทย ด้วยเหตุผลที่ว่า รัฐธรรมนูญของไทยทุกลบที่ผ่านมาในอดีตและตามประเพณีการปกครองนั้น ได้แสดงให้เห็นว่าการดำรงพระราชสถานะและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบบรัฐสภาไทยนั้น มีความเป็นกลางและเป็นการใช้พระราชอำนาจที่มีความมั่นคง โดยในอดีตพระมหากษัตริย์ไทยภายใต้รัฐธรรมนูญ ได้ทรงใช้พระราชอำนาจในการแก้ไขและเยียวยาปัญหาในทางการเมืองการปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางความเป็นจริง และด้วยเหตุผลที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกับประชาชนกับ ซึ่งเกิดขึ้นจากการสังสรรค์ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาชน และการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาชนทุกฝ่ายว่าทรงอยู่เหนือการเมือง

ดังนั้นแล้ว จึงแสดงให้เห็นว่าพระราชอำนาจของ “พระมหากษัตริย์ของไทย” ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้นแตกต่างจากอังกฤษ เพราะพระราชอำนาจของอังกฤษนั้น มีวิวัฒนาการและการใช้พระราชอำนาจเป็นปกติและสม่ำเสมออยู่แล้ว และแม้ว่าจะเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองก็สามารถลงไปแก้ไขได้แบบระดับปกติ เพราะว่ามีพระราชอำนาจโดยตรงตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ส่วนของญี่ปุ่นนั้นในปัจจุบันก็ถือว่าเป็นลักษณะที่เป็นเชิงสัญลักษณ์ซึ่งไม่มีพระราชอำนาจในทางประเพณีการปกครองในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากของไทยซึ่งแม้ว่าเรามีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็จริง แต่ “พระมหากษัตริย์ของไทย” ก็มีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีทั้งในสถานการณ์ปกติและในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองหรือสุญญากาศทางการเมืองการปกครองได้ และถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นองค์กรที่มีอำนาจ ซึ่งถือเป็น “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

สรุปได้ว่า จากการวิเคราะห์ถึงการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยกับต่างประเทศที่ถือว่ามีความแตกต่างกัน โดยทั้งสามประเทศมีบริบททางประวัติศาสตร์ ประเพณีการปกครอง และบริบททางสังคมที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครองมาเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้นแล้ว เมื่อเกิดกรณีที่ไม่มียุติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครองของประเทศอื่นมาเปรียบเทียบกันได้ โดยต้องนำเฉพาะ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามบทบริบทของประเพณีการปกครองของประเทศไทย “เท่านั้น”

5.2.2 วิเคราะห์วิธีการในการใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทย

สำหรับในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้นั้น มีวิธีการที่ใช้ สามประการ คือ การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และการนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง ดังจะวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1. การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า ในการนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้นั้น ต้องเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560 อาจเกิดขึ้นได้ คือ กรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือกรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และเกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้ ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่กรณีเช่นนี้จึงถือว่าไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยตรงใช้บังคับแก่กรณีได้ ถือว่า “ช่องว่างโดยแท้ทางรัฐธรรมนูญ”

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกเหตุการณ์ทางการเมืองในอดีต ที่ถือว่าเป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญมาประกอบการวิเคราะห์ ดังเช่น เหตุการณ์การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ หลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 หรือการเข้าสู่ตำแหน่งหลังเหตุการณ์ “มหาวิปโยค” อันมีเหตุสืบเนื่องมาจากการที่นิสิต นักศึกษา ประชาชน ออกมาประท้วงต่อการบริหารประเทศในการใช้อำนาจที่ไม่ชอบธรรมของ จอมพลถนอม กิตติขจร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น จนนำไปสู่เหตุการณ์รุนแรงมีการปะทะกันระหว่างฝ่ายเจ้าหน้าที่และผู้ที่มาต่อต้านรัฐบาล มีผู้คนล้มตายเป็นจำนวนมาก และนายกรัฐมนตรีก็ได้ลาออกในที่สุด ทั้งนี้ตามประเพณีการปกครอง เมื่อมีนายกรัฐมนตรีได้ลาออกเช่นนี้ ประธานสภาจะเป็นผู้เสนอรายชื่อนายกรัฐมนตรี เพื่อนำขึ้นทูลเกล้าฯ แต่ช่วงเกิดวิกฤตทางการเมืองในครั้งนั้นไม่สามารถจะกระทำการเช่นนั้นได้ เพราะประเทศอยู่ในสภาวะวิกฤตเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งไม่สามารถจะหาทางออกทางอื่นที่ดีกว่าได้ จึงเกิดเป็น “ช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ” หรือสุญญากาศทางการเมืองการปกครอง

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุการณ์ในครั้งนั้น ถือว่าเป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุการณ์ในครั้งนั้น ฝ่ายบริหารไม่มี ฝ่ายตุลาการไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะของฝ่ายบริหารและการสรรหานายกรัฐมนตรี ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีสภาผู้แทนราษฎร เหลือแต่เพียงวุฒิสภาแล้วรองประธานวุฒิสภาเป็นผู้ทำหน้าที่ประธานวุฒิสภาในขณะนั้นปฏิบัติหน้าที่แทน จึงนำความกราบบังคมทูลและลงนามสนองพระบรมราชโองการ แต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งในขณะนั้นพระมหากษัตริย์ถือว่าได้กระทำตามกรอบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตอนนั้นถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจน จึงไม่ใช่ นายกพระราชทานอย่างที่หลายคนเข้าใจ เพราะในขณะนั้นมีคนลงนาม

รับสนองพระบรมราชโองการในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีอย่างชัดเจน ฉะนั้นแล้ว ในช่วงที่จอมพล ถนอม กิตติขจร ลาออกจากตำแหน่งจึงถือว่า “เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ” และเหตุการณ์ในขณะนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งซึ่งไม่สามารถจะหาทางออกในแบบใดได้แล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่า เป็นช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถจะให้มีการดำเนินการใดตามกลไกปกติของรัฐธรรมนูญได้แล้ว จึงถือเป็นช่องว่างโดยแท้ของรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ยังไม่เกิดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญ แต่มีการนำประเพณีการปกครองมาใช้แล้วครั้งนี้ถือว่าไม่สามารถนำมาใช้ได้ โดยในเรื่องนี้ขอยกตัวอย่างในกรณีเหตุการณ์วิกฤติทางการเมือง ในปี 2549 ที่มีการเรียกร้องให้มีการแต่งตั้งนายทหารราชทาน โดยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ทรงมีพระราชดำรัสในขณะนั้นว่าไม่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพราะว่าในขณะนั้นรักษาการนายกรัฐมนตรียังคงปฏิบัติหน้าที่ได้ ไม่ได้เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เหตุการณ์ครั้งนั้นจึงถือว่า ไม่ถือเป็นช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญ

2. การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5

การนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ผู้เขียนมีความเห็นว่า “ประเพณีการปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีระดับของความหมายและขอบเขตที่ต่างจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) กล่าวคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีความหมายและขอบเขต ซึ่งสามารถใช้ได้สองระดับ กล่าวคือ ในระดับแรก เป็น “ประเพณีการปกครองของไทย” ในระดับที่สอง คือ เป็น “ประเพณีการปกครองในระดับสากล” ซึ่งอาจจะนำมาปรับใช้กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นการปกครองในระบบที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์ก็ได้

แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีความหมายและขอบเขตระดับเดียว คือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้เพิ่มเติมถ้อยคำว่า “ประเทศไทย” ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญปี 2540 และ 2550 กล่าวคือ การเพิ่มถ้อยคำที่เป็นการเฉพาะเจาะจงลงไปในรัฐธรรมนูญว่า ให้เป็นประเพณีการปกครองเฉพาะของไทยเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนมีความเห็นว่า “ประเพณีการปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีระดับของความหมายและขอบเขตที่แคบกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น จะมีความหมายและขอบเขตที่แคบกว่า โดยจำกัดเฉพาะประเพณีการปกครองประเทศไทยเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญ ปี 2540 และ 2550 จะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่า คือ เป็นทั้งประเพณีการปกครองประเทศไทย และประเพณีการปกครองในระดับสากลด้วย ดังนั้นแล้ว ในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการ

อุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น ต้องนำมาเฉพาะ ประเพณีการปกครองของประเทศ ไทยเท่านั้น

3. การนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง

การนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้ในการอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นั้น นอกจากต้องพิจารณาในสองประการข้างต้นแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาประการต่อมาคือ การนำมาใช้นั้นต้องใช้ตามขอบเขตของประเพณีการปกครอง โดยจะต้องมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) ต้องเป็นจารีตประเพณีในระดับของการปกครอง กล่าวคือ ประเพณีการปกครองนั้น ต้องเป็นประเพณีการปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปกครองประเทศ โดยเป็นสิ่งที่มีการกระทำอย่างต่อเนื่อง และเป็นสิ่งที่มีผลผูกพันต่อบุคคลหรือองค์กรให้กระทำหรือไม่กระทำตามที่ได้กำหนดแนวทางไว้ โดยไม่ว่าจะเป็นประเพณีการปกครองในส่วนของพระมหากษัตริย์ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหาร ตลอดจนการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

2) จารีตประเพณีการปกครองที่นำมาใช้ จะต้องมีวัตถุประสงค์ในการเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้กับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เรายอมรับให้นำมาใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของบทบัญญัติ ซึ่งนำมาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับเท่านั้น ฉะนั้นแล้วหากซึ่งไม่ได้เกิดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญ ในลักษณะแบบนี้จะใช้ไม่ได้

3) การนำมาใช้ตามจารีตประเพณีการปกครองที่มีอยู่ และประเพณีการปกครองนั้น ต้องมีการกระทำไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง กล่าวคือ การนำมาใช้ต้องเป็นประเพณีการปกครองที่ยังคงปรากฏว่ามีอยู่ เช่น จารีตประเพณีการปกครองของรัฐสภาในการไม่ยืนยันร่างกฎหมายเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย หรือ จารีตประเพณีการปกครองที่ว่า พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีทั้งในกรณีที่รัฐธรรมนูญถาวรและชั่วคราว ก็มีแนวปฏิบัติแบบนี้เสมอมา

4) ต้องอยู่ในภาวะจำเป็นอย่างยิ่ง ที่ไม่สามารถที่จะหาทางออกอื่นที่ดีกว่า และการนำมาใช้ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหา กล่าวคือ การนำประเพณีการปกครองในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีมาใช้นั้น เมื่อครบเงื่อนไขของการนำมาใช้ในทางกฎหมายแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาในประการต่อมาคือ ต้องเป็นกรณีที่เป็นภาวะวิกฤต ถ้าหากไม่มีการกระทำการใด ๆ จะทำให้สถานการณ์ของประเทศบานปลายอาจถึงขั้นเปลี่ยนระบอบการปกครอง หรือเกิดการบาดเจ็บและล้มตายของประชาชนจำนวนมาก โดยขอยกตัวอย่างเหตุการณ์แต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีในเหตุการณ์มหาวิปโยค เพราะเมื่อมีการแต่งตั้งแล้วสถานการณ์กลับสงบขึ้น และเป็นการใช้จารีตประเพณีการปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหา เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี มีกระบวนการที่ต้องกระทำสองประการ คือ องค์กรผู้มีอำนาจในการนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้ คือ พระมหากษัตริย์ ในฐานะประมุขของรัฐ และการนำมาใช้ต้องถูกต้องตามวิธีการใช้ คือ การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 และการนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง

5.3 วิเคราะห์องค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

จากการศึกษาของผู้เขียนพบว่า ในอดีตก่อนการเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญในปี 2540 เมื่อเกิดประเด็นข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ อันเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีใด ๆ แล้วต้องวินิจฉัยกรณีนั้น ๆ ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทย โดยศาลฎีกาจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยตีความ แต่ภายหลังการเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญ ครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ซึ่งมีภารกิจที่สำคัญคือให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สำคัญในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ในการใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีประเด็นปัญหาว่า ไม่ได้กำหนดให้องค์กรใดเป็นองค์กรพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาด ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเรื่องนี้ เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องทำหน้าที่ในการวินิจฉัยด้วยเหตุผลที่ว่า เพราะในอดีตศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องนี้มีการเกิดขึ้นมาแล้วทั้งสองกรณี ดังจะอธิบายได้ดังนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ซึ่งเหมือนกับบทบัญญัติมาตรา 7 เดิม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540 และ 2550) โดยศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ในคำวินิจฉัยที่ 6/2543 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยโดยไปดูประเพณีการปกครองในอดีต แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อ้างว่าได้มีการวินิจฉัยไปตามบทบัญญัติของมาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) กล่าวคือ แม้ไม่มีบทบัญญัติให้วินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยประเพณีการปกครองได้โดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจที่จะเข้ามาวินิจฉัยตีความในเรื่องประเพณีการปกครองได้

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ดังเช่น การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 7/2559 ถือเป็นกรณีแรก

ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยอ้างบทบัญญัติตามมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) ที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรง และการวินิจฉัยครั้งนี้นำไปสู่การใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างโดยใช้นิติวิธีในทางรัฐธรรมนูญมาแก้ไขคำปรารภได้ โดยในครั้งนี้เป็นกรณีนี้นี้ไม่เคยเกิดขึ้นในอดีต แต่การไปค้นหาประเพณีการปกครองไปดูประกอบกับหลักข้อเท็จจริง และในกรณีนี้ถึงแม้ว่าศาลจะวินิจฉัยโดยอ้างบทบัญญัติโดยตรงที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้วางบรรทัดฐานต่อเจตนาของประเพณีการปกครองว่ามีความหมายหรือนัยยะอย่างไร เพียงแต่ใช้วิธีการไปค้นหาหรือสรรหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาทำการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญแล้วพิจารณาว่ากรณีนี้ถือเป็นประเพณีการปกครองเท่านั้นเอง

ทั้งนี้ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีความพยายามที่จะบทบัญญัติให้มีองค์กรเข้ามาวินิจฉัยและตีความประเพณีการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกิดช่องว่างในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องการสรรหานายกรัฐมนตรีในยามวิกฤตของประเทศ โดยมีแนวคิดเป็นสองทาง โดยแนวทางแรก มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยตีความได้ตามร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 7 (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ โดยมีศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อวรรณโณ เป็นประธานร่างรัฐธรรมนูญ) ส่วนแนวทางที่สองมีการบัญญัติให้มี “องค์กรพิเศษเฉพาะกิจทางรัฐธรรมนูญ” มาทำการตรวจสอบและชี้ขาดในเรื่องนี้ ซึ่งปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 5 (ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559) โดยแนวทางที่สองนี้แตกต่างจากแนวทางแรกโดยกำหนดให้องค์กรนั้นเกิดขึ้นจากการให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญจัดการประชุมร่วมระหว่างประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภานายกรัฐมนตรี ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานองค์กรอิสระเพื่อวินิจฉัยในแต่ละเรื่องเป็นคราว ๆ ซึ่งรวมถึงการสรรหานายกรัฐมนตรีในกรณีเกิดวิกฤตด้วย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวคิดตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ 7 สิงหาคม 2559 จะขัดกันกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งให้อำนาจตุลาการเข้ามาสรรหานายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร แทนกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติ และจะทำให้ดุลยภาพของอำนาจเสียไป ประกอบกับจะขัดกับหลักการมีส่วนร่วมได้เสีย และจะขัดกับความเป็นอิสระในการตรวจสอบของตุลาการ และทั้งนี้จากบทบัญญัติที่ให้มีผลของคำวินิจฉัยนั้น มีผู้กพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ นั้นหมายความว่าในการวินิจฉัยตีความเรื่องรัฐธรรมนูญที่แต่เดิมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในมาตรานี้ให้องค์กพิเศษเฉพาะกิจทางรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยแทน ผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะให้มีองค์กรซ้อนกันสององค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบและวินิจฉัยตีความต่อเรื่องนี้ เพราะจะทำให้หลักการเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ

รัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งเพื่อพิจารณาแล้วพบว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีใดซึ่งหมายถึงไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นบังคับ แต่การกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบทั้งหลาย รวมถึงผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรเข้ามามีส่วนร่วมในการประชุม และมีการตีความและวินิจฉัยต่อกรณีดังกล่าวนี้ อาจจะตีความได้ว่าเป็นการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ คือองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ และเห็นว่าในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ที่ไม่ปรากฏองค์กรณีพิเศษนี้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ซึ่งแต่เดิมปรากฏอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามตินั้นถือว่าเป็นผลดีอย่างยิ่งกับแก้ปัญหา เพราะว่าทำให้บทบัญญัตินี้มีลักษณะที่คล้ายกับ มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และ 2550 ซึ่งในทางหลักการแล้ว หากเกิดกรณีที่ต้องวินิจฉัยและกระทำการนำไปสู่การเกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ ที่เป็นเงื่อนไขในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างให้มีนายกรัฐมนตรี “ศาลรัฐธรรมนูญ” สามารถเป็นองค์กรที่ทำการวินิจฉัยและตีความได้

บทที่ 6

สรุปและเสนอแนะ

6.1 สรุป

วิทยานิพนธ์ เรื่อง การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยใช้ชื่อภาษาอังกฤษว่า The Use of Traditional Administrative System in the Democratic Regime According to the Provisions of Constitution: a Study of How to Become a Prime Minister. ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้มีสามประเด็นด้วยกันดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง จากการศึกษาถึงกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พบว่า กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ เงื่อนไขประการแรก ต้องเกิดกรณีหนึ่งกรณีใดที่เป็นกรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือเป็นกรณีที่มีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และเงื่อนไขประการที่สอง เกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วนั้นเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้อาจเกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญที่ยากมากกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ที่ประกอบไปด้วยเงื่อนไขเดียว ที่จะนำจารีตประเพณีการปกครองมาปรับใช้เพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้ แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้มีหลักประกันอย่างใด ๆ ที่จะบอกได้ว่าจะไม่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ดังนั้นแล้ว ในการวิเคราะห์ที่ผู้เขียนได้นำเสนอมานี้หากว่าเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีนี้ สามารถนำประเพณีการปกครองตามบทบัญญัติมาตรา 5 มาเป็นแนวทางในการอุดช่องว่างเพื่อแก้ปัญหาของประเทศได้

ประเด็นที่สอง จากการศึกษาถึงกระบวนการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พบว่า มีกระบวนการในการนำมาใช้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข สองประการ

เงื่อนไขประการแรก จากการศึกษาถึงองค์ครผู้มอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย มาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พบว่า การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทยกับต่างประเทศที่ถือว่ามีความแตกต่างกัน โดยทั้งสามประเทศมีบริบททางประวัติศาสตร์ ประเพณีการปกครอง และบริบททางสังคมที่ไม่เหมือนกัน ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครองมาเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้นแล้ว เมื่อเกิดกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ไม่สามารถนำจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครองของประเทศอื่นมาเปรียบเทียบกันได้ โดยต้องนำเฉพาะ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามบทบริบทของประเพณีการปกครองของประเทศไทย “เท่านั้น”

ทั้งนี้ ประเพณีการปกครองประเทศไทยในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไทยนั้นรัฐธรรมนูญทุกฉบับได้บัญญัติให้ “พระมหากษัตริย์” ในฐานะประมุขของรัฐ เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยการถวายคำแนะนำของประธานรัฐสภา กล่าวคือ “ทรงปกเกล้าแต่มีปกครอง” โดยในปัจจุบันการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการเดิม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามหลักการใหม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) นี้มีหลักการสำคัญร่วมกันคือ ในทางจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นมีหลักการอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้เสนอชื่อบุคคลที่มีเสียงสนับสนุนข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ และพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งตามบุคคลที่เสนอเช่นกัน

แต่ในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองการปกครองพระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระราชอำนาจในการมีพระบรมราชวินิจฉัยโดยพระองค์เอง สามารถแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพื่อคลี่คลายให้ประเทศชาติเกิดความสงบเรียบร้อยได้ เพราะ การใช้พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในสถานการณ์วิกฤตนี้ ถือว่าเป็นพระราชอำนาจที่ทรงมีมาแต่เดิมอันถือว่าเป็นพระราชอำนาจตามประเพณีการปกครองของไทย ซึ่งเมื่อเกิดวิกฤตการณ์ต่างๆ พระราชอำนาจก็จะกลับคืนสู่พระองค์ในฐานะประมุขของรัฐ ดังเช่นกรณี การแต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี หลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งในขณะนั้นยังมีสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และการแต่งตั้ง นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี หลังเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ ปี 2535 ซึ่งเป็นการแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งไม่ได้มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร

ดังนั้นแล้ว “พระมหากษัตริย์ของไทย” ถือเป็นองค์ครผู้มอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทย มาอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของไทย และเป็นองค์ครผู้มอำนาจที่เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ตามบทบัญญัติมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) เพราะ

ว่าพระมหากษัตริย์ของไทยนั้น ทั้งในอดีตและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีพระราชสถานะที่ทรงเป็นประมุขของรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นเอกลักษณ์เฉพาะที่แสดงถึงความต่อเนื่องและถาวร และการใช้พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของไทยนั้น ถือว่า “พระมหากษัตริย์” เป็นองค์กรที่เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เงื่อนไขประการที่สอง ต้องมีการนำมาใช้ตามวิธีการในการใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทย ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์สามประการ กล่าวคือ

ประการแรก การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ คือต้องเป็นช่องว่างที่อาจเกิดจาก กรณีคณะรัฐมนตรีรักษาการทั้งคณะลาออกจากการปฏิบัติหน้าที่ในระยะเวลาที่มีการยุบสภาหรืออายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง หรือเป็นกรณีมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้วไม่สามารถจัดให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และทั้งสองกรณีได้เกิดกรณีที่ปลัดกระทรวงไม่สามารถดำเนินการเลือกปลัดกระทรวงคนใดคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่นายกรัฐมนตรีได้

ประการที่สอง การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 คือ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีระดับของความหมายและขอบเขตที่แคบกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น จะมีความหมายและขอบเขตที่แคบกว่าโดยจำกัดเฉพาะประเพณีการปกครองประเทศไทยเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญ ปี 2540 และ 2550 จะมีความหมายและขอบเขตที่กว้างกว่า คือ เป็นทั้งประเพณีการปกครองประเทศไทย และประเพณีการปกครองในระดับสากลด้วย ดังนั้นแล้ว ในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการอุดช่องว่างในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น ต้องนำมาเฉพาะ ประเพณีการปกครองของประเทศไทยเท่านั้น

ประการที่สาม การนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง ซึ่งต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ คือ 1. ต้องเป็นจารีตประเพณีในระดับของการปกครอง คือ ต้องเป็นประเพณีการปกครองที่เกี่ยวข้องกับการปกครองประเทศ โดยเป็นสิ่งที่มีการกระทำอย่างต่อเนื่อง และเป็นสิ่งที่มีผลผูกพันต่อบุคคลหรือองค์กรให้กระทำหรือไม่กระทำตามที่ได้กำหนดแนวทางไว้ โดยไม่ว่าจะเป็นประเพณีการปกครองในส่วนของพระมหากษัตริย์ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหาร ตลอดจนการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี 2. การนำมาใช้ตามจารีตประเพณีการปกครองที่มีอยู่ และประเพณีการปกครองนั้นต้องมีการกระทำมาไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง และต้องอยู่ในภาวะจำเป็นอย่างยิ่งที่ไม่สามารถที่จะหาทางออกอื่นที่ดีกว่า และ 3. การนำมาใช้ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหา

ประเด็นที่สาม จากการศึกษาถึงองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พบว่า เมื่อเกิดกรณีในเมื่อไม่มี

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้การกระทำนั้นหรือการวินิจฉัยกรณีนั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ ได้ทั้งสองกรณี ทั้งในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้แล้วตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชัดเจนตามบทบัญญัติอยู่แล้วในการเข้ามาวินิจฉัย ซึ่งเป็นการระบุดังความชัดเจนว่าใครมีหน้าที่ตีความหมายในมาตรานี้ เพราะเมื่อเกิดวิกฤตการณ์แล้วศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการคลี่คลายปัญหาทางรัฐธรรมนูญตามภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นกลไกในยามวิกฤตที่จะเป็นทางออกให้กับประเทศชาติบ้านเมืองอย่างสงบสันติ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากได้มีการดำเนินการตามที่ได้วิเคราะห์มานี้ สามารถที่จะนำจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีนายกรัฐมนตรีได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์การใช้จารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญศึกษากรณี การเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในประเด็นต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ดังนั้นเพื่อให้ทราบถึง กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี กระบวนการในการนำประเพณีการปกครองมาใช้ และองค์กรวินิจฉัยชี้ขาด ในการใช้จารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่าง ในการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและมีการนำมาใช้อย่างถูกต้องและเหมาะสม ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับให้มีการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างเพื่อมุ่งหมายให้มีนายกรัฐมนตรีได้ และให้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเข้ามาตีความและวินิจฉัยชี้ขาด และคุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในการนำประเพณีการปกครองมาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงเห็นสมควรกำหนดให้มีแนวทางในการดำเนินการดังต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่มีนายกรัฐมนตรี

เนื่องจากการใช้และการตีความ และการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ตั้งแต่ ปี 2502 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งหากเกิดกรณีที่เป็น

ช่องว่างของรัฐธรรมนูญ และไม่มีบทบัญญัติใดๆที่บัญญัติไว้ในกรณีการเข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการเสนอแนะในลำดับแรกนั้น เห็นว่าหากให้มีการตีความกฎหมายโดยให้มีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งหมายให้มีนายกรัฐมนตรีได้ โดยข้อเสนอแนะตามแนวทางนี้จะต้องประกอบไปด้วย หลักเกณฑ์สำคัญดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์เกี่ยวองค์กรผู้มีอำนาจในการใช้

ในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญโดยมีจุดมุ่งหมายให้มีนายกรัฐมนตรีนั้น ในหลักเกณฑ์ประการแรกนี้ ผู้เขียนขอเสนอว่า ต้องเป็น “พระมหากษัตริย์” ในฐานะประมุขของรัฐ เป็นผู้มีอำนาจในการใช้จารีตประเพณีการปกครองเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น เพราะในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในอดีตนั้นไม่ว่าจะเป็นในกรณีปกติ หรือกรณีพิเศษ อำนาจในการแต่งตั้งทั้งตามกฎหมายและตามประเพณีการปกครองนั้น เป็นของพระมหากษัตริย์เท่านั้น

2) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการนำมาใช้

ในการนำจารีตประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้เพื่ออุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สามประการ คือ การนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีที่เป็นช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ การนำมาใช้ตามขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 คือเฉพาะประเพณีการปกครองของประเทศไทยเท่านั้น และการนำมาใช้ตามขอบเขตของจารีตประเพณีการปกครอง

2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตีความและวินิจฉัยชี้ขาดในการนำประเพณีการปกครองมาอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในกรณีที่เข้าสู่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ไม่ได้กำหนดให้องค์กรใดเป็นองค์กรพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาด และถึงแม้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญในอดีตเคยวินิจฉัยในเรื่องนี้ทั้งในกรณีที่มีบทบัญญัติและไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ก็ตาม และเป็นกรณีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับแนวปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ จึงควรอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดให้มีความชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าองค์กรใดเป็นองค์กรที่จะพิจารณาและวินิจฉัยตีความกรณีที่เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรที่จะเข้ามาวินิจฉัยต่อเรื่องนี้

3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ในข้อเสนอแนะประการนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้น จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายของประเทศ ซึ่งถือว่าถ้าเข้ามาบริหารประเทศในภาวะพิเศษนั้นสามารถที่จะดำเนินงานต่างๆให้ประเทศสามารถผ่านพ้นวิกฤตไปได้ ซึ่งอาจจะขอยกตัวอย่างคุณสมบัติอย่างเช่น นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีภายหลังเหตุการณ์ 14

ตุลาคม 2516 นายอานันท์ ปันยารชุน เข้ามารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีภายหลังจากเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ ซึ่งคุณสมบัติข้อนี้เห็นว่าสำคัญ เพราะถ้าเป็นบุคคลซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับหากนำมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี อาจเกิดเหตุการณ์ที่รุนแรงขึ้นได้อีก

4. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ตามแนวทางที่ผู้เขียนได้เสนอมานั้น มีความเห็นว่า ในการใช้จารีตประเพณีการปกครองตาม บทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) เพื่อให้มีนายกรัฐมนตรี ได้ เห็นควรจะนำความกราบบังคมทูลฯ ให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามประเพณีการ ปกครอง ใช้พระราชอำนาจโดยพระบรมราชวินิจฉัยโดยพระองค์เอง ซึ่งถือเป็น การใช้พระราชอำนาจ โดยแท้ และให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงค์. รายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง บทเรียนจากรัฐธรรมนูญ
ต่างประเทศต่อการปฏิรูปการเมืองไทย. กรุงเทพฯ: บุญศิริการพิมพ์, 2540.
- กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร. มโนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- กล้า สมุทวณิช. ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบ
ประชาธิปไตยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิค
ดีไซน์และการพิมพ์, 2558.
- กอบโชค จันทระศัพท์. การนำระบบการเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรงมาใช้ในประเทศไทย. วารสาร
กฎหมาย. ฉบับบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ (2557): 7-18
- กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต. หลักนิติรัฐ The Rule of Law. รัฐสภาสาร. 62, 4 (เมษายน
2557):40-59.
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2556.
- กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว. 70 ปี แห่งรัชสมัย พระราชประเพณีการปกครองอันทรงธรรม เยาวชนไทย
ได้ร่วม “พระบารมี”. ใน หนังสืองานฉลองวันเยาวชนแห่งชาติ ประจำปี 2560 สภา
สังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์. กรุงเทพฯ: จามจุรีโปรดักส์,
2560.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย.
พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- เกรียงไกร รอบรู้. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- โกเมศ ขวัญเมือง. แนวความคิดเกี่ยวกับลัทธิรัฐสภานิยมและรัฐสภาอังกฤษ. รัฐสภาสาร. 61, 7
(กรกฎาคม 2556): 19-39.
- เขตไท ลังการ์พินธุ์. หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย: ความหมายและสาระสำคัญ.
วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. 8, 2 (พฤศจิกายน 2558): 25-43.

- คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ. เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ เล่ม 1. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2558.
- คณิน บุญสุวรรณ. การเมืองการปกครองของอังกฤษ. กรุงเทพฯ: อรุณสภานิตยสาร, 2522.
- คำปรารภรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ราชกิจจานุเบกษา. 134, 40 ก (6 เมษายน 2560).
- จรัญ ภัคดีธนากุล. ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ. 12 กรกฎาคม 2560. การสัมภาษณ์.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. มติเอกฉันท์! ศาล รธน. ให้ กรธ.ปรับคำปรารภร่างรัฐธรรมนูญ. ไทยรัฐออนไลน์ (26 ตุลาคม 2559). ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก <http://www.thairath.co.th/content/765256>
- จันทนา ไชยนาเคนทร์. การเมืองในสมัยนายกรัฐมนตรีพระราชทาน สัญญา ธรรมศักดิ์ (พ.ศ. 2516-2518). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชาประวัติศาสตร์ ภาควิชาประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- จุมพล ภิภูโยสินวัฒน์. ญี่ปุ่น: ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 33, 2 (มิถุนายน 2546): 359-379.
- จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ. เจ้านายและข้าราชการกราบบังคมทูลถวายความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงราชการแผ่นดิน ร.ศ. 103 และพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: กองวรรณคดีและประวัติศาสตร์ กรมศิลปากร, 2526.
- เจษฎา พรไชยา. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- ซัช ข้าเพชร. การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ซัชพล ไชยพร. พระราชอำนาจและแนวคิดทางกฎหมายในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 30, 1 (2555): 1-31.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักการตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543.
- ชาญวิทย์ ชัยกัณย์. ระบบงานศาล การฟ้องคดีปกครอง และการพัฒนาบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมของญี่ปุ่น. วารสารวิชาการศาลปกครอง. 9, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552): 28-42.

เขาวนระ ไตรมาส. มิติประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญ: กรณีรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับรัฐธรรมนูญไทย.

ใน รวบรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 3 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ”. กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2547.

ไชยวัฒน์ คำชู. นโยบายต่างประเทศของญี่ปุ่น: ความเปลี่ยนแปลงและความต่อเนื่อง. กรุงเทพฯ: เลคแอนน์ฟาร์เท่น พรินต์ติ้ง, 2549.

ดวงกมล เจริญรุกษ์. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีประเทศอังกฤษและประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

ดำรง วงศ์สัถยนนท์. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น. วารสารกฎหมายปกครอง. 24, 1 (2549): 56-76.

ดิเรก ชัยนาม. รัฐธรรมนูญบริติช. งานพระราชทานเพลิงศพ พระยารามราชเดช (ม.ร.ว.ปาล นพวงศ์) ณ เมรุวัดมกุฏกษัตริยาราม วันที่ 16 เมษายน พุทธศักราช 2490. พระนคร: พานิชศุภผล, 2490.

ไตรสิทธิ์ สิ้นสมบุรณ์ทอง. ประชาธิปไตยในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: โปรแกรมคอมพิวเตอร์กราฟฟิค แอนด์ พรินต์ติ้ง, 2556.

ทวี ฤกษ์จำนง. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากับความมั่นคงแห่งชาติ. เอกสารวิจัยส่วนบุคคล เสนอต่อวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2508 อ้างถึงใน ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. สังคมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

เทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี, สมเด็จพระ. ทศบารมีในพระพุทธศาสนาเถรวาท. กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2524.

ธงทอง จันทรางศุ. พระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญ. วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์. 3, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 12-32.

ธงทอง จันทรางศุ. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: เอส. ซี. พรินท์แอนด์แพค, 2548.

ธราธร มุมทอง. หลัก The King Can Do No Wrong ตามรัฐธรรมนูญอังกฤษ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. การใช้และการตีความกฎหมาย กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. **พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ศุภสภาลาดพร้าว, 2520.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. **การตีความกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์, 2523.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. **การตีความกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์, 2537.
- ธานินทร์ คงยังยืน. **ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต่อองค์พระมหากษัตริย์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.
- ธีรภัทร เสรีรังสรรค์. มติ สพม. ไม่เห็นด้วย ย้ายอำนาจ ม.7 ไปศาล รธน.ผิดประเพณีปกครอง. **ไทยรัฐออนไลน์** (15 กุมภาพันธ์ 2559). ค้นวันที่ 27 มิถุนายน 2560 จาก <https://www.thairath.co.th/content/577522>
- นวลวรรณ สุนทรภิชช์. **ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. การพระราชทานอภัยโทษทางวินัย. **วารสารกฎหมายนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 33, 1 (มีนาคม 2558): 11-18.
- นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา. **หัวข้อเล็กเซอร์ธรรมศาสตร์**. พระนคร: เดลิเมต์, 2466.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย. **ไทยโพสต์** (19 พฤษภาคม 2557). ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.ryt9.com/s/tpd/1899793>
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **เอกสารประกอบการบรรยายโครงการฝึกอบรมหลักสูตรการร่างกฎหมาย การให้ความเห็นทางกฎหมาย และการดำเนินคดีปกครอง รุ่น 4**. กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
- บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน Principle of Proportionality ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **บทความศาลรัฐธรรมนูญ vs ศาลฎีกาชนนงอังกฤษ. ใน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิทักษ์หรือทำลายรัฐธรรมนูญจากการวินิจฉัยสภาพของการเป็นรัฐมนตรี**. กรุงเทพฯ: การันต์การพิมพ์, 2543.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2551.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร. **สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: ส.เจริญการพิมพ์, 2555.
- บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์. **อดีต กมธ. ยกร่างฯ ซ้ำเพิ่มอำนาจศาล รธน. ดีความ ม.7. กรุงเทพธุรกิจออนไลน์** (2 กุมภาพันธ์ 2559). ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.bangkokbiznews.com/news/detail/685211>
- บันทึกการประชุม คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 71 วันจันทร์ที่ 25 มกราคม 2559. ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 3. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2559.**
- บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 99 วันจันทร์ที่ 7 มีนาคม 2559. ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 3. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2559.**
- บันทึกการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 วันจันทร์ที่ 12 มกราคม 2558. ห้องประชุมงบประมาณ ชั้น 3 อาคารรัฐสภา 3. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2558.**
- บุญชนะ อรรถากร. **บันทึกวิเคราะห์และวิจารณ์ 16 นายกรัฐมนตรีไทย**. กรุงเทพฯ: มูลนิธิศาสตราจารย์บุญชนะ อรรถากรเพื่อการศึกษาและวิจัย, 2526.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 19, 1 (มีนาคม 2532): 1-29.

- ประกอบ หุตะสิงห์. การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน.
วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 1, 3 (ธันวาคม 2512): 67-81.
- ประดิษฐ์มนูธรรม, หลวง. คำอธิบายกฎหมายปกครองพิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ
พล.ต.ต.พัฒน์ นีลพัฒนานนท์. กรุงเทพฯ: นิติเวชช์, 2513.
- ประมุข สุวรรณศรี. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ,
2517.
- ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. กฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-5.
กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2552.
- ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์. รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2575-2517. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ:
ช. ชุมนุมช่าง, 2517.
- ปราณพงษ์ ติลภัทร. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย: ข้อพิจารณา
เบื้องต้น. รัฐสภาสาร. 62, 7 (กรกฎาคม 2557): 11-37.
- ปราณี ศิริจันทร์พันธ์. ประวัติศาสตร์อังกฤษสมัยใหม่. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.
- ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. วิเคราะห์ร่าง รธน. ฉบับมีชัย. ข่าวสด (12 ธันวาคม 2558). ค้นวันที่ 28
มิถุนายน 2560 จาก https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?news_id=1449866314
- ปรีชา หงส์ไกรเลิศ. สถาบันพระมหากษัตริย์กับสังคมไทย. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.
- ปรีดี พนมยงค์. ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญเบื้องต้นกับร่างรัฐธรรมนูญ. ใน แนวความคิด
ประชาธิปไตย ของปรีดี พนมยงค์. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.
- ปัญญา อุดชาชน. รัฐธรรมนูญมาตรา 7 กับศาลรัฐธรรมนูญ 1. เดลินิวส์ (23 มกราคม 2558).
ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก <http://www.dailynews.co.th/article/295721>
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2556.
- พรชัย รัชมีแพทย์. การตีความกฎหมาย. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช. 14, 1 (มิถุนายน
2554).
- พรศักดิ์ ผ่องแผ้ว และพลศักดิ์ จิรไกรศิริ, บรรณาธิการ. กระบวนการเปลี่ยนแปลงให้เป็นสมัยใหม่
ทางการเมืองของญี่ปุ่น. กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์, 2524.
- พฤติสาณ ชุมพล. ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2544.
- พูนศักดิ์ วรรณพงษ์. พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย. กรุงเทพฯ: เค.พี.พรินต์ติ้ง, 2538.

- เพ็ชรี สุมิตร. **ประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- เพ็ญจันทร์ โชติบาล. **พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ไทย**.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.
- เพ็ญศรี กาญจนมัย. **ประวัติศาสตร์และอารยธรรมญี่ปุ่น**. กรุงเทพฯ: วรุฒิการพิมพ์, 2522.
- แพทย์ พิจิตร. ว่าด้วยมาตรา 5 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560. **มติชนสุดสัปดาห์**
(8 พฤษภาคม 2560). ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก https://www.matichonweekly.com/featured/article_34644
- ไพจิตร บุญญพันธ์. หลักกฎหมายปิดปากกับการสืบพยานบุคคลเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อ ความใน
เอกสาร. **คณาจารย์**. 55 (กันยายน-ธันวาคม 2551): 1-37.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำเป็นต้องมาจากรัฐสภาเพียงใด. ใน **100 ปี ชาตกา
ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม: หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์
ไพโรจน์ ชัยนาม วันเสาร์ที่ 25 มิถุนายน 2554**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป**. กรุงเทพฯ:
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- ภูมิ มูลศิลป์. **ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน: กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมา
ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม**. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิคแอนด์ดีไซน์และ
การพิมพ์, 2559.
- ภริชญา วัฒนรุ่ง. **สถาบันกษัตริย์กับกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. วารสารกฎหมายธุรกิจ
บัณฑิตย**. 3, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2546): 86-100.
- โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ:
นิติธรรม, 2557.
- มบุญ บริสุทธิ์. **คณะรัฐมนตรี**. กรุงเทพฯ: องค์การคำครุสภา, 2527.
- มานิตย์ จุมปา. **ข้อสังเกตต่อร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น หมวด 1 บททั่วไป บทอุดช่องว่าง
รัฐธรรมนูญที่ขาดหายไป**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
(เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
- มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 พร้อมข้อเสนอสำหรับ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติธรรม,
2549.

- มีชัย ฤชุพันธุ์. มีชัยแจงครั้งแรกปมแก้ “มาตรา 5” ของรัฐธรรมนูญใหม่. **บีบีซีไทย** (7 เมษายน 2560). ค้นวันที่ 8 เมษายน 2560 จาก <http://www.bbc.com/thai/thailand-39524713>
- ยามาซากิ, ยูชิโอะ. การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลในระบบกฎหมายญี่ปุ่น. **คุณภาพ**. 41, 5 (กันยายน-ตุลาคม 2537): 68-74.
- โยะฉิมุคิ, โนะเคะ. **กฎหมายญี่ปุ่น: การศึกษาเปรียบเทียบทางสังคม-วัฒนธรรม**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- รวินท์ ลีละพัฒนะ. รัฐธรรมนูญอังกฤษ: รัฐธรรมนูญอันมิได้ประมวลไว้ในเอกสารฉบับเดียวกัน. **วารสารนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. (มีนาคม 2558):105-130.
- รวินท์ ลีละพัฒนะ. หลักการแบ่งแยกอำนาจในประเทศอังกฤษจากอดีตสู่ปัจจุบัน. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 43, 4 (ธันวาคม 2557): 836-855.
- รวินท์ ลีละพัฒนะ. หลักนิติธรรมในความคิดของไคซีย์. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**. 32, 2 (กันยายน 2557): 117-131.
- รัชดาพร นิมพงษ์ศักดิ์. การปฏิรูประบบศาลของประเทศอังกฤษ: จาก “The House of Lords” สู่ “Supreme Court of the United Kingdom”. **วารสารศาลปกครอง**. ฉบับพิเศษ, 1 (ตุลาคม 2552): 250-282.
- ลิขิต ธีรเวคิน. มาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน. **ผู้จัดการรายวัน** (4 พฤษภาคม 2549). ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2559 จาก http://www.dhivegin.com/detail.php?item_id=000357
- ลาร์จ, สตีเฟน เอส. **สามจักรพรรดิแห่งดินแดนอาทิตย์อุทัย**. ชูลิตา อารีย์พิพัฒน์กุล, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: ศรีสารา, 2548.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ: ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมาย เยอรมัน ฝรั่งเศส และอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **จลนิตี**. 6, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 59-70.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2538.
- วัชรภรณ์ จุ้ยลำเพ็ญ. **ศาลรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่**. กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

- วันชัย แสงสุวรรณ. **การนำหลักธรรมในทางพระพุทธศาสนามาใช้สนับสนุนหลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550.
- วิทยา นภาศิริกุล. **ระบบการเมืองอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515.
- วิบูลย์ กัมมาระบุตร. **จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 19, 1 (มีนาคม 2532): 74-80.
- วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. **โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญใน อังกฤษ**. **รัฐศาสตร์**. 50, 8 (สิงหาคม 2545): 54-86.
- วิชัญ เครื่องงาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์, 2530.
- วิชัญ เครื่องงาม. **การตีความรัฐธรรมนูญ**. ใน **หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร. สมภพ โทตระกิตย์ 21 กันยายน 2540**. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2540 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์. **หลักการตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2543.
- วิชัญ เครื่องงาม. **ถอดความจากเทปการอภิปราย เรื่อง พระมหากษัตริย์ไทยและต่างประเทศในระบอบประชาธิปไตย**. ใน **การสัมมนาวิชาการเรื่อง พระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย**. วันที่ 25 พฤษภาคม 2550. ณ ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ.
- วิชัญ เครื่องงาม. **“มาตรา 7” เพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเกินสมควรหรือไม่**. **สำนักข่าวอิสรา** (18 มกราคม 2558). ค้นวันที่ 10 พฤษภาคม 2559 จาก http://www.isranews.org/isranews-article/item/35884-law_35884.html
- วิชัญ เครื่องงาม. **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2551.
- วิชัญ เครื่องงาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520**. กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, 2520.
- วุฒิชัย จิตตานุ. **กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก**. กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2556.
- ศาลฎีกา. **เฉลิมพระเกียรติฉลองสิริราชสมบัติครบ 50 ปี**. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2539.
- ศิริพร วัชชวัลคุ. **การเมืองเรื่องสถาบันรัฐสภาญี่ปุ่น**. ใน **เอกสารการอบรมครู เรื่อง บทบาทของญี่ปุ่นต่อภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิก ในศตวรรษที่ 21**. วันที่ 7-9 พฤษภาคม 2536. **โครงการญี่ปุ่นศึกษา สถาบันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
- สนธิ เตชานันท์. **ระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษ**. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2529.

- สมชาย ปรีชาศิลป์กุล และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง โครงการเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558.
- สมบัติ อารังธัญวงศ์. การเมืองอังกฤษ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เสมาธรรม, 2543.
- สมบูรณ์ สุขสำราญ. การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.
- สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- สมยศ เชื้อไทย และวราภรณ์ วิศรุตพิชญ์. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 3, 14 (กันยายน 2527): 42-60.
- สมฤทธิ ไชยวงศ์. หลักนิติธรรม: การคุ้มครองหลักนิติธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 45 (กันยายน-ธันวาคม 2556): 31-55
- สันติ โสภณสิริ. สถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาธิปไตย ในทัศนะ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 รัฐบุรุษอาวุโส ปรีดี พนมยงค์ และ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2555.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รวมบทสรุปผู้บริหาร การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2552.
- สำนักงานสภาพัฒนาการเมือง. แดงการณสภาพัฒนาการเมือง เรื่อง ความเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. สารสนเทศเมือง. 2, 4 (กรกฎาคม-กันยายน 2558): 1-16.
- สิริกัญญา ไชวโลกุล และประสิทธิ์ ไชวโลกุล. สุภาษิตกฎหมาย คติพจน์ และความสมควรคิดทางกฎหมาย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553.
- สุดา วิศรุตพิชญ์, ผู้แปล. รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541.
- สุนีย์ มัลลิกะมาลย์. รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น: จากอดีตสู่ปัจจุบัน. วารสารพัฒนบริหารศาสตร์. 52, 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2555): 303-330.
- สุรพล ไตรเวทย์. พระมหากษัตริย์ รัฐธรรมนูญ และประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.
- สุรพล นิติไกรพจน์. ปัญหาความชอบธรรมทางกฎหมายของ คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2, 23 (มิถุนายน 2536): 227-236.
- สุรพล ศรีวิทยา และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ. วารสารวิชาการศาล

ปกครอง. 9, 1 (มกราคม-เมษายน 2552): 25-55.

สุวรรณ สุวรรณเวช. บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในมิติใหม่. **รวมบทความทางวิชาการของ**

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5: เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครอง

สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน. กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2549.

สุวิชช พันธ์เศรษฐ. **ชุมนุมนายกรัฐมนตรีอังกฤษ หนังสือประวัติศาสตร์การเมืองระบอบ**

ประชาธิปไตยของอังกฤษ ตั้งแต่ พ.ศ. 2265 ถึง พ.ศ. 2512 (248 ปี). กรุงเทพฯ:

พิทักษ์วัฒนา, 2512.

เสถียร โกเศศ. **การศึกษาเรื่องประเพณีไทย.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์การศาสนา, 2514.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ศิลาจารีกพอนรามคำแหง. ใน **ประชุมปาฐกถาและคำอภิปราย ของ**

ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช พ.ศ. 2489-2509. พระนคร: รวมสาส์น, 2509.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **กฎหมายและความยุติธรรมในนิติศาสตร์แผนไทย.** วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 34, 2 (มิถุนายน 2547): 282-291.

หนังสืออ่านประกอบคำบรรยายวิชาพื้นฐานอารยธรรมไทย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,

2518.

หมายกำหนดการพระราชพิธีประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ราชกิจจานุเบกษา. 134, 16 ข (3 เมษายน 2560).

หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์น

การพิมพ์, 2538.

หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพฯ: ประกายพริก,

2548.

หยุด แสงอุทัย. **คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515.** กรุงเทพฯ:

นิติบรรณาการ, 2516.

หยุด แสงอุทัย. **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และธรรมนูญ**

การปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

หยุด แสงอุทัย. **ช่องว่างแห่งกฎหมาย.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.

อนันต์ เกตุวงศ์. **ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

อมร จันทรสุมบุรณ์. **กฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.

อมร จันทรสมบูรณ์. **คอนสติติวชันแนวลิสซึม (Constitutionalism): ทางออกประเทศไทย.**

กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายการศึกษา, 2537.

อมร รักษาสัตย์. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการขัดหรือไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและความหมายของกฎหมาย. **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ.** 5, 14 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2546): 9-25.

อมร รักษาสัตย์ และคณะ. **ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน.** กรุงเทพฯ: การันต์การพิมพ์, 2543.

อมรรัตน์ กุลสุจริต. **ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

อรรถการนิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์), พระยา. **กระทรวงยุติธรรมและนโยบายป้องกันราชอาณาจักร.** ใน **หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการนิพนธ์ สิทธิ จุณณานนท์.** กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521.

อักษราธร จุฬารัตน. **หลักการทั่วไปของการตีความในกฎหมายอิตาเลียน.** **วารสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 1, 3 (ธันวาคม 2512): 82-94.

อานนท์ มาแก้ว. **เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2557.** **วารสารนิติศาสตร์.** 4, 43 (ธันวาคม 2557): 796-835.

อำนาจ พัวเวส. **จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในการทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและการประกาศกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา.** **วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.** 9, 26 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550): 207-248.

อุสาคห์ โกมลปานิก. **การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ศึกษาเปรียบเทียบตามรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.** **วารสารกฎหมายสุโขทัย.** 1 (มิถุนายน 2542).

อุสาคห์ โกมลปานิก. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1. นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540.**

ไอสถ โกศิน. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538.

- Ardens, H. *Cours de droit naturel ou de philosophie de droit*. 4th ed. Bruxelles: n.p., 1853 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- B., Coxall and L., Robins. *Contemporary British Politics: An Introduction*. London: Macmillan, 1991 อ้างถึงใน พฤติสาณ ชุมพล. *ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- Battis, Ulrich and Gusy, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 5. Aufl. Berlin: De Gruyter, 2011 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- Beer, Lawrence W. and Ltoh, H. *The Constitution Case Law of Japan 1970 through 1990*. Seattle: University of Washington Press, 1996 อ้างถึงใน สมชาย ปรีชา ศิลปกุล และคณะ. *รายงานการวิจัย เรื่อง โครงการเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2558.
- Birch, Anthony Harold. *The British System of Government*. 2nd ed. London: Simson Shand, 1968 อ้างถึงใน อมรรัตน์ กุลสุจริต. *ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- Birth of Constitution of Japan. *Chronological Table April 22, 1946-November 25, 1946*. From <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/history04.html> อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร. *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: ส.เจริญการพิมพ์, 2555.
- Bogdanor, Vernon. *The Monarchy and the Constitution*. Oxford University Press, 1953 อ้างถึงใน ธารธร มุมทอง. *หลัก The King Can Do No Wrong ตามรัฐธรรมนูญอังกฤษ*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- Bogdanor, Vernon *The Monarchy and the Constitution*. Oxford: Clarendon Press, 1995 อ้างถึงใน เจษฎา พรไชยา. *พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทย กับประเทศอังกฤษ*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

- Brennan, Tom. **Politics and Government in Britain.** 2nd ed. Great Britain: Cambridge University Press, 1982 อ้างถึงใน สนธิ เตชานันท์. **ระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษ.** กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2529.
- Burdeau, G. **Droit constitutionnel et institutons politiques.** Paris: L.G.D.J., 1997 อ้างถึงใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร. **จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 19, 1 (มีนาคม 2532): 74-80.
- Canaris, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lucken im Gesetz.** Berlin: Dunker & Humblot, 1964 อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. จุลินิติ.** 6, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2553): 59-70.
- Carrol, Alex. **Constitution and Administative Law.** 5th ed. Gosport: Pearson, 2009 อ้างถึงใน กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร. **มนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,** 2556.
- Cruz, Peter de. **Comparptive Law in a Changing World.** Great Britain: Cavendish, 1995 อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- Dicey, A. V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** New York: Macmillan and Co., 1897 อ้างถึงใน รวินท์ ลีละพัฒนนะ. **หลักนิติธรรมในความคิดของไคซี. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.** 32, 2 (กันยายน 2557): 117-131.
- Dicey, A. V. and Wade, E. C. S. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** 10th ed. London: Macmillan, 1971.
- FROMONT, Michel and RIEG, Alfred. **Sous la direction de Introduction au droit allemande Tome II.** Paris: n.p., n.d. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.**
- Hart, H. L. A. **le concept de droit, trad. Franc.** Par M. Van de Kerchove. Bruxelles: Fac.Univ.Saint-Louis, 1976 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- Harvey, Jack. **How Britain is Governed.** 2nd ed. London: Macmillan Education, 1975 อ้างถึงใน คณิน บุญสุวรรณ. **การเมืองการปกครองของอังกฤษ. กรุงเทพฯ: ศุภสภาลาดพร้าว, 2522**

- Ishii, Ryosuke. *A History of Political Institutions in Japan*. Tokyo: University of Tokyo Press, 1980 อ้างถึงใน อมรรัตน์ กุลสุจริต. **ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- Jennings, Ivor. *The Law and the Constitution*. London: University of London Press, 1946 อ้างถึงใน สนธิ เตชานันท์. **ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2529.
- Jennings. *The Law of the Constitution*. 5th ed. London: University of London Press, 1959 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- Koseki, Shoichi. *The Birth of Japan's Postwar Constitution 68-191*. Ray A. Moore, ed. N.p.: n.p., 1997 อ้างถึงใน ภูมิ มูลศิลป์. **ความเชื่อมโยงของอำนาจตุลาการกับประชาชน: กรณีศึกษาการได้มาซึ่งบุคคลมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม**. กรุงเทพฯ: เอ. พี. กราฟิคแอนดส์ดีไซน์และการพิมพ์, 2559.
- Leiser, Burton M. *Custom Law and Morality: Conflict and Continuity in Social Behavior*. New York: Doubleday & Company, 1969 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุก. **สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- Levy, D. *Le role de la coutume et de la jurisprudence dans l'elaboration du droit constitutionnel in mélanges offerts a Marcel Wsline*. Paris: n.p., 1974 อ้างถึงใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร. **จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 19, 1 (มีนาคม 2532): 74-80.
- Leyland, P. *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2008 อ้างถึงใน ธราธร มุมทอง. **หลัก The King Can Do No Wrong ตามรัฐธรรมนูญอังกฤษ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- Marshall, G. and Moodie, G. C. *Some Problems of the Constitution*. 5th ed. London: Hutchinson, 1971 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

- Marshall, Geoffrey. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*. Oxford: Clarendon, 1984 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุกษ์. **สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีประเทศอังกฤษและประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- May, Thomas Erskine. *Treatise on the Law Privileges Proceedings and Usage*. 5th ed. London: Butterworths, 1863 อ้างถึงใน กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร. **มนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- Munro, Colin R. *Laws and Conventions Distinguished*. *The Law Quarterly Review*. 91 (April 1975): 220-221 อ้างถึงใน ดวงกมล เจริญรุกษ์. **สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของประเทศอังกฤษและประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- Phillips, Hood. *Constitutional and Administrative Law*. 5th ed. London: Steven & Son, 1973 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essay of Law and Morality*. Oxford: Clarendon, 1979 อ้างถึงใน เขตไท ลังการ์พินธุ์. **หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย: ความหมายและสาระสำคัญ**. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*. 8, 2 (พฤศจิกายน 2558): 25-43.
- Sueur, A. L. *A Fundamental Principles*. In *English Public Law*. D. Feldman, ed. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2009 อ้างถึงใน ชัช ชำเพชร. **การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ.2005**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- Sueur, A. L. *From Appellate Committee to Superme Court: A Narrative*. In *The Judicial House of Lords*. L. Blom-Cooper, B. Dickson and G. Drewry, eds. New York: Oxford University Press, 2009 อ้างถึงใน ชัช ชำเพชร. **การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

Syrett, Keith. **The Foundations of Public Law: Principles and Problems of Power in British Constitution.** New York: Palgrave Macmillan, 2011 อ้างถึงใน รวิินทร์ ลีละพัฒนนะ. หลักการแบ่งแยกอำนาจในประเทศอังกฤษจากอดีตสู่ปัจจุบัน. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 43, 4 (ธันวาคม 2557): 836-855.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นายกิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2554

รัฐศาสตรบัณฑิต สาขาการเมืองการปกครอง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2558

ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2558

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2555-2559

ประธานคณะกรรมการบริหาร

ชมรมเด็กและเยาวชนดีเด่น สภาสังคมสงเคราะห์ฯ

พ.ศ. 2559-ปัจจุบัน

ที่ปรึกษาชมรมเด็กและเยาวชนดีเด่น

สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์

ผลงานบทความ

บทความ “มงคลของชีวิต...บนเส้นทางของ
นักกิจกรรมกิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว ” ในหนังสือ
งานฉลองวันเยาวชนแห่งชาติ ประจำปี 2557
ของสภาสังคมสงเคราะห์ฯ

บทความ “70 ปีแห่งรัชสมัย พระราชประเพณี
การปกครองอันทรงธรรม เยาวชนไทยได้ร่วม
“พระบารมี” ในหนังสือ
งานฉลองวันเยาวชนแห่งชาติ ประจำปี 2560
ของสภาสังคมสงเคราะห์ฯ