

บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ซึ่งโดยทั่วไปจะให้รัฐสภามีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย และถือว่าเป็นหนึ่งในสามอำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะอำนาจในการออกกฎหมายนั้นเดิมจะเป็นอำนาจของผู้มีอำนาจสูงสุดและเป็นผู้ใช้อำนาจในฐานะรัฐาธิปัตย์ (sovereign) นั้นหมายความว่า ไม่ว่าผู้ใดหรือคณะบุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศในขณะนั้น และไม่ว่าการได้มาซึ่งอำนาจนั้นจะ ได้มาโดยวิธีการเช่นไรก็เรียกว่าบุคคลนั้น หรือคณะบุคคลนั้น (ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร) เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐาธิปัตย์ ซึ่งถือว่าคำสั่งหรือประกาศใด ๆ ของผู้นั้น เป็นกฎหมาย และมีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติ และเมื่อประเทศไทยรับเอาหลักที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวคิดนี้มีต้นกำเนิดมาจากอารยธรรมตะวันตก โดยได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 เป็นครั้งแรก ในมาตรา 61 ความว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ" ฉะนั้นจึงถือว่า นับแต่มีการบัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็มีผลว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ปัญหาก็คือ ถ้าประกาศหรือคำสั่งของบุคคล หรือคณะบุคคลนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฉบับที่บัญญัติขึ้นภายหลังจะมีวิธีการป้องกัน หรือเยียวยาอย่างไร และจะให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ก่อนที่จะศึกษาถึงรูปแบบ และกลไกในการควบคุมกฎหมายหรือประกาศคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในเบื้องต้นต้องเข้าใจว่า ในการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกตินั้น กลไกและกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ง่าย และมีขั้นตอนที่รัดกุมกว่า ซึ่งโอกาสที่กฎหมายฉบับนั้น (กฎหมายที่ออกโดยกระบวนการปกติ) ขัดรัฐธรรมนูญจะเป็นไปได้ค่อนข้างยากถ้าเปรียบเทียบกับกฎหมายที่ออกโดย

คณะปฏิวัติ รัฐประหาร โดยเหตุผลประการสำคัญ พอสรุปดังนี้ คือ

- 1) กฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติปกติจะออกโดยเร่งรีบ และสภาพเหตุการณ์ในขณะนั้นบีบบังคับให้กระทำได้อย่างไม่รอบคอบ
- 2) คณะบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งจากคณะปฏิวัติบางครั้งมิใช่บุคคลผู้มีความรอบรู้ในเรื่องนั้น ๆ อย่างแท้จริงและ
- 3) กฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติไม่มีกระบวนการกลั่นกรองกฎหมายอย่างเป็นระบบ อย่างเช่นกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติ เพราะการออกกฎหมายโดยกระบวนการนี้จะผ่านการกลั่นกรองโดยหน่วยงานภาครัฐบาลอย่างรอบคอบหลายขั้นตอนจึงเท่ากับเป็นการตรวจสอบความทันสมัยของกฎหมายและควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญไปในตัวแล้ว อย่างไรก็ตาม ระบบและกลไกในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหาร หรือกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติ รูปแบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญควรมีองค์ครบถ้วนที่แน่นอน และเป็นอิสระปราศจากอิทธิพลจากภายนอก รวมทั้งให้มีงบประมาณ เงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งที่เพียงพอกับฐานานุรูปให้กับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้น และควรมีการบัญญัติกฎหมายรองรับเมื่อกรณีมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลให้รัฐธรรมนูญฉบับเดิมต้องหมดสภาพไปพร้อมกับองค์กรต่าง ๆ ที่มีการจัดตั้งตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญต้องถูกยกเลิกไปด้วย รวมทั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องสิ้นสภาพไปด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงต้องหาวิธีการแก้ไขช่องว่างกรณีนี้ว่าควรให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใด และถ้าได้ศึกษาถึงประวัติรัฐธรรมนูญไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมมิให้บทกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญพบว่าการใช้ถ้อยคำ 2 ประเภท คือ
 1. ประเภทรัฐธรรมนูญที่ใช้คำว่า "บทบัญญัติกฎหมายใด ๆ มีข้อความขัดแย้งหรือขัด "เป็นโมฆะ" รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเช่น รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 (มาตรา 61) และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 (มาตรา 95) และ
 2. รัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดแย้งหรือขัดรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้" รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะ

เช่นนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 (มาตรา 87) 2492 (มาตรา 178) 2495 (มาตรา 113) 2511 (มาตรา 174) 2517 (มาตรา 6) 2521 (มาตรา 5) และ 2534 (มาตรา 5)

เป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐธรรมนูญประเภทที่สองอันเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้กฎหมายใดที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับไม่ได้นั้น จะไม่ได้บัญญัติให้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ แต่บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า ให้เป็นอันใช้บังคับไม่ได้แทน ซึ่งโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญประเภทนี้จะกำหนดให้มืองค์กรพิเศษ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นเรียกว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" ขณะที่ในรัฐธรรมนูญประเภทแรกที่บัญญัติให้กฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะนั้น จะไม่มีการกำหนดให้มืองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบมิให้บทกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของการบัญญัติเรื่องการควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ หรือจะเป็นกฎหมายของคณะปฏิวัติก็ตาม เมื่อผู้ใช้กฎหมายหรือตัวองค์กรที่ใช้อำนาจควบคุมต่างยอมรับว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย ฉะนั้น กฎหมายนั้น ๆ ก็ต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และกระบวนการควบคุมตรวจสอบย่อมกระทำได้ในรูปแบบเดียวกัน

แต่ในวิธานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวเฉพาะในประเด็นที่ว่า เมื่อขณะที่มีประกาศของคณะปฏิวัติรัฐประหารบังคับใช้ และในขณะเดียวกันก็ได้มีการสถาปนา รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้มีผลบังคับใช้ เมื่อพบว่ากฎหมายของคณะปฏิวัติไม่ว่าจะเป็น ในกฎหมายลำดับใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฉบับหลังนั้น ซึ่งอาจพิจารณาอำนาจ ในการควบคุมขององค์กรต่าง ๆ ดังนี้

1. โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้
 2. โดยศาลยุติธรรมในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมาย
 3. ควบคุมโดยพิจารณาในเนื้อหาของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง
- ที่จำกัดอำนาจขององค์กรใด และจะให้อำนาจองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจอย่างเช่น ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 206 ของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2534 ที่บัญญัติว่า "ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแต่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความ

โต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรว่าบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วย
มาตรา 5 (คือกฎหมายชั่วคราวบัญญัติบังคับมิได้) และยังไม่มีความวินิจฉัยของ
คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ . . . ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาได้ชั่วคราว และ
ส่งความเห็น.. เพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา" หรือในรัฐธรรมนูญฉบับ
ปี พ.ศ. 2475 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 ว่า "ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็น
ผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ ดังนี้ เมื่อไม่มีองค์กรใด
ขณะที่มีการร้องต่อศาลหรือไม่มีองค์กรใดขณะที่กฎหมายฉบับนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ
และไม่มีความตุลาการรัฐธรรมนูญศาลต้องรอคำวินิจฉัยไว้และมีหน้าที่ส่งคณะ
ตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลจะมีอำนาจตรวจสอบได้เอง ในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมาย

เมื่อรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุด
ได้กำหนดให้เป็นการเฉพาะเจาะจงแล้วว่าให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย
เช่น ในธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534
มาตรา 31 บัญญัติว่า "ในกรณีมีปัญหาว่าการกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้ง
ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็น
ผู้วินิจฉัย" ศาลและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายขัด
รัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าขณะที่กฎหมายชั่วคราวฉบับนั้น องค์การนั้นยังไม่
สิ้นสภาพไป อีกทั้ง ถ้าในรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติรับรองการกระทำของ
คณะปฏิวัติ รัฐประหาร ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลและ
คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบได้หรือไม่ว่าเป็น
การกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยที่ขัดกับ
ธรรมนูญการปกครองที่ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในขณะนั้นหรือไม่

ดังนั้นวิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาเฉพาะประกาศของคณะปฏิวัติที่มีค่า
บังคับเป็นกฎหมายแล้วเท่านั้น โดยจะพิจารณาว่าการที่ประกาศฉบับใดฉบับหนึ่ง
ของคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญนั้นองค์กรใดจะเป็นองค์กรที่ตรวจสอบและชี้ขาดว่า
ขัดรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหากมีการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญอีกในอนาคต
องค์กรใดจะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญเมื่อมีประกาศคณะปฏิวัติ
ขัดรัฐธรรมนูญ(อาจเป็นธรรมนูญการปกครองที่สถาปนาโดยคณะปฏิวัติ) ซึ่งแน่นอน
คงไม่ใช่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเพราะองค์กรศาลรัฐธรรมนูญก็ต้อง

สิ้นสภาพไปโดยผลของการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเสียแล้ว

1. ความเป็นมาของปัญหา

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะกฎหมายของคณะปฏิวัติรัฐประหาร การบังคับใช้กฎหมายของคณะปฏิวัติดังกล่าวจะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายที่มีผลเสมือนหนึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ในกระบวนการนิติบัญญัติปกติหรือไม่ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะชี้ให้เห็นปัญหาองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคณะปฏิวัติรัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญขอบเขตปัญหา และประวัติความเป็นมาขององค์กร (institution) ที่ใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และโดยที่สภาพบ้านเมืองของประเทศไทยอดีต การใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างและขัดแย้งกันไม่ว่าจะเป็นแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แม้แต่รัฐสภาที่รัฐธรรมนูญในฉบับแรก ๆ ให้อำนาจรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยตลอดจนถึงปัจจุบัน เรื่องขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบกฎหมายของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก็ยังมีข้อยุติที่แน่นอนไม่ได้ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะได้ศึกษาเค้าโครงแห่งการเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์นับแต่อดีตจนกระทั่งถึงปัจจุบันว่าจะมีวิวัฒนาการโดยมีสาเหตุและแนวคิดที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น

ในสมัยก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 อำนาจในการออกกฎหมายจะเป็นในรูปคำสั่งของราชาธิปไตยซึ่งก็คือองค์พระมหากษัตริย์นั่นเอง แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้องค์พระมหากษัตริย์จะมีอำนาจในการออกกฎหมาย และมีอำนาจล้นพ้น (absolute) แต่พระราชอำนาจนี้อาจถูกจำกัดโดยธรรมชาติ และจารีตประเพณี กล่าวคือพระองค์จะใช้อำนาจให้ขัดต่อพระธรรมศาสตร์และจารีตประเพณีไม่ได้ แม้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์เพื่อจำกัดพระราชอำนาจของพระองค์เองดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าในสมัยก่อนที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ที่ใช้การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ผู้มีอำนาจสูงสุดในการออกกฎหมาย ก็คือองค์พระมหากษัตริย์ และในขณะเดียวกันผู้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนั้นก็อาจจะเป็นองค์พระมหากษัตริย์นั่นเอง โดยมีข้อจำกัดภายใต้กฎหมายθετεรบาล และจารีตประเพณี ครั้นเมื่อคณะราษฎรได้ทำการเปลี่ยนแปลง การปกครองได้จำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในรัชกาลต่อ ๆ มาจนกระทั่งในรัชกาลปัจจุบันสถาบันพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง แต่หากอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) และได้บัญญัติให้อำนาจสูงสุดเป็นของราษฎร แม้ในขณะนั้นจะไม่มีองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการแสดงถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ก็ได้มีบทบัญญัติที่บัญญัติในลักษณะเป็นการห้ามมิให้กฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น นับแต่มีการเปลี่ยนการปกครองก็ถือได้ว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดตกแก่ราษฎรตามบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งปัจจุบันการใช้อำนาวดังกล่าวพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจแทนราษฎรในบางกรณี โดยผ่านรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และทางศาล แต่อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดยังคงเป็นของราษฎรอยู่ และปัญหาที่น่าศึกษาต่อไปก็คือ เมื่อมีการยึดอำนาจโดยคณะปฏิวัติรัฐประหารอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุด (sovereign) นั้น เป็นของใครและหากมีกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัย ตรวจสอบ และจากปัญหานี้เองจึงเป็นเหตุให้ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงจำเป็นต้องค้นหาคำตอบตั้งจะกล่าวต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

2. ขอบเขตและลักษณะของปัญหา

ปัญหาองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและคำสั่งของ คณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น โดยทั่วไปควรต้องเป็นองค์กรอิสระ ที่มีโครงสร้างที่แน่นอนหรือในรูปศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหาใช่เป็นเพียง องค์กรทางการเมือง ในรูปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ศาลยุติธรรม เพราะเมื่อองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบปัญหาต่าง ๆ ก็จะต้อง

มามากมายไม่ว่าปัญหาการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมที่ใช้อำนาจไม่สอดคล้องกับ
 เนื้อหารัฐธรรมนูญฉบับนั้นเอง อีกทั้ง การใช้ศาลยุติธรรมใช้กระบวนการพิจารณา
 ที่ไม่สอดคล้องกับการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญที่ต้องมีกระบวนการพิเศษเป็นการ
 เฉพาะจึงเป็นเหตุให้ผลคำวินิจฉัยอาจออกมาตามสภาพเหตุการณ์บ้านเมืองในขณะที่
 ที่มีการกล่าวอ้าง หาได้ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยแท้จริงไม่ รวมทั้ง
 ปัญหาองค์กรหรือสถาบัน (institution) ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบ
 ด้วยกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ ในฐานะที่คณะปฏิวัติเป็นผู้มีอำนาจ
 สูงสุด และมีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจดังกล่าวได้รับการ
 ยอมรับทั้งภาคราชการและเอกชนว่าเป็นกฎหมายมีผลใช้บังคับมีศักดิ์เท่าเทียมกับ
 กฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติ แต่ในขณะที่เดียวกันศาลยุติธรรมและ
 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเองก็มีคำวินิจฉัยที่ออกมาทำนองว่าการกระทำใด ๆ
 ของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร หรือการกระทำที่กระทำไปโดยอาศัยอำนาจของ
 กฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหาร เป็นการกระทำที่ไม่ชอบและขัดกับ
 รัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลเท่ากับว่าองค์กรศาลยุติธรรมและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้
 ใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญการปกครองที่สถาปนาโดยคณะปฏิวัติ
 รัฐประหาร (รับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของธรรมนูญการปกครอง) แต่ใน
 ขณะเดียวกันบางครั้งศาลยุติธรรมและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยว่าการ
 กระทำที่กระทำโดยอาศัยอำนาจของธรรมนูญการปกครองฉบับนั้นไม่ชอบตาม
 รัฐธรรมนูญฉบับที่มีการบัญญัติขึ้นภายหลัง และขัดกับประเพณีการปกครอง และ
 ไม่มีผลบังคับใช้

3. สมมติฐานของการศึกษา

จากปัญหาองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ
 ของไทยที่มีมากกว่าหนึ่งองค์กร โดยเฉพาะเมื่อมีการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญ
 ซึ่งมีผลให้องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญต้องหมดสภาพไปด้วยและ
 ไม่มีองค์กรที่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างถาวรและต่อเนื่อง ฉะนั้น เมื่อกรณีปัญหา
 ต้องพิจารณาว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใดขัดรัฐธรรมนูญควรจะให้ใช้อำนาจ

หน้าที่ขององค์กรใดในการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดจึงเป็นเหตุให้จัดทำวิทยานิพนธ์นี้

4. วิธีการวิเคราะห์ปัญหา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จเป็นรูปร่างขึ้นซึ่งผู้ทำวิทยานิพนธ์ใช้วิธีวิจัยโดยการค้นคว้ารวบรวมตำราและเอกสารกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาตั้งแต่ปี 2489 จนถึงปัจจุบัน และได้วิเคราะห์เอกสารทางวิชาการที่เขียนโดยผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ เพื่อประกอบแนวความคิดในการวิเคราะห์ปัญหา สำหรับวิธีการศึกษาเปรียบเทียบปัญหานั้น ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ใช้วิธีการเปรียบเทียบรูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมายและประกาศคณะปฏิวัติให้ชั่วคราวของประเทศไทยในต่างประเทศที่ใช้รูปแบบการควบคุมโดยองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือศาลรัฐธรรมนูญและประเทศที่ใช้รูปแบบการควบคุมโดยศาลยุติธรรม โดยจะเน้นศึกษาในรูปของการวิเคราะห์รูปแบบขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ (review) ความชอบของกฎหมายของคณะปฏิวัติที่ผ่านมาในอดีตจนถึงปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ระบบควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติให้ชั่วคราวรัฐธรรมนูญในบางประเทศ ตลอดจนความสำเร็จ และความล้มเหลวของการใช้รูปแบบและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันภายในประเทศ อันจะทำให้ได้รับความเข้าใจถึงปัญหาการควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติในประเทศไทยและสามารถเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

โดยที่ในปัจจุบันยังมิได้มีการวิเคราะห์อย่างแท้จริงถึงปัญหาและทฤษฎีการควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติรัฐประหารมิให้ชั่วคราวรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอำนาจของคณะปฏิวัติในฐานะ "รัฐาธิปัตย์" ว่าจะมีอำนาจสถาปนากฎหมายให้ มีค่าบังคับหรือไม่ อีกทั้งปัญหาองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคณะปฏิวัติที่มีแนวทางวินิจฉัยตีความที่แตกต่างกันและขัดแย้งกันเอง ผู้ทำ

วิทยานิพนธ์เห็นว่าปัญหานี้เป็นปัญหาหลักของประเทศเนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ
 เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยเฉพาะในกรณีที่ในรัฐธรรมนูญ
 มิได้บัญญัติไว้ว่าองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยหรือแม้แต่ในรัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติไว้
 ว่าให้องค์กรตุลาการหรือองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยบางครั้งก็ได้เป็นไปได้
 ตามบทบัญญัติดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งบางกรณีก็เป็นอำนาจของ
 ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยโดยถือว่าการเป็นผู้ใช้กฎหมาย และปัญหานี้
 จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมนั้นจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจ
 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ตามรูปแบบ
 การปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญศาลยุติธรรม
 ไม่น่าจะมีอำนาจเช่นนั้น โดยเฉพาะเท่าที่ผ่านมาศาลยุติธรรมก็เคยใช้อำนาจนี้
 มาแล้ว และได้เกิดข้อถกเถียงกันอย่างมากมายในบรรดานักวิชาการแขนงต่าง ๆ
 ของประเทศ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงรัฐธรรมนูญหลายฉบับรวมทั้งในฉบับ
 ปัจจุบันที่บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย แต่เมื่อพิจารณาถึง
 องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมาในอดีตมักจะมี
 ผู้วิจารณ์ว่า องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่เหมาะสม และ
 แม้ว่าจะผลคำวินิจฉัยจะไม่เป็นที่ยอมรับสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านภายใต้ความคิด
 ที่ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
 ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ในบางกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มี
 แนวคำวินิจฉัยที่ขัดกับจุดมุ่งหมายการจัดตั้งดังกล่าว เสมือนประหนึ่งว่าเป็นการ
 รองรับอำนาจของคณะปฏิวัติ เมื่อเป็นเช่นนี้อาจทำให้ศาลยุติธรรมก้าวล่วง
 เข้าไปมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคณะปฏิวัติให้ขัดรัฐธรรมนูญ
 เสียเอง แม้ในขณะนั้นจะมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งถ้าหากได้วิเคราะห์
 ถึงปัญหาดังกล่าว โดยวิธีศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในคดีควบคุม
 ประกาศของคณะปฏิวัติรัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัย
 ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีในประเด็นเดียวกันจะพบจุดบกพร่องหรือจุดอ่อน
 หลายประการที่สำคัญของรูปแบบหรือกลไกในการตรวจสอบกฎหมายของคณะปฏิวัติ
 รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้ และเพื่อจะได้เป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการ

พัฒนารูปแบบของระบบการควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร
มิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทยต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

การปฏิวัติ รัฐประหารกับอำนาจในการสถาปนากฎหมายของคณะปฏิวัติ
รัฐประหารในประเทศไทย

1. การปฏิวัติ รัฐประหารในประเทศไทย

การปฏิวัติ รัฐประหารในประเทศไทย เริ่มมีขึ้นในสมัยสุโขทัย แต่การปฏิวัติ รัฐประหารที่ต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมีขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2475 และหลังจากมีการปฏิวัติสำเร็จและได้มีการสถาปนารัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2475 แล้ว ในปี พ.ศ. 2476 ก็ได้มีปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก ในวันที่ 20 มิถุนายน 2476 และวันที่ 1 ตุลาคม 2476 ซึ่งบางคนเรียกการปฏิวัติครั้งนี้ว่า เป็นกบฏวรเดช ซึ่งนับจากการปฏิวัติปี 2476 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันมีคณะผู้ก่อการปฏิวัติมาแล้วทั้งสิ้น 16 ครั้ง ซึ่งครั้งสุดท้ายได้ทำการปฏิวัติ ยึดอำนาจการปกครองโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ในปี 2535 และในการปฏิวัติแต่ละครั้งคณะปฏิวัติจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นจุดมุ่งหมายหลัก นั่นคือการออกคำสั่ง หรือประกาศที่ให้ มีผลเป็นอันยกเลิกกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติได้อีกทั้งให้ประกาศ หรือคำสั่งฉบับนั้น ๆ ของคณะปฏิวัติมีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ที่เป็นเช่นนี้สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงเป็นประการแรก เพื่อจะพิจารณาว่าประกาศหรือคำสั่งใดของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมีบทบังคับทางกฎหมายหรือไม่ก็คือ "สภาพบังคับทางกฎหมาย" หรือ "force of Law"*

*ผู้สนใจโปรดศึกษาได้จาก บันทึกความเห็นทางวิชาการ (อัดสำเนา) คำวินิจฉัยของศาลฎีกา ที่ 913/2536 โดย ศ.ดร.อมร จันทรมบูรณ ลงวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2536 จัดพิมพ์เพื่อประกอบการประชุมทางวิชาการเพื่อวิเคราะห์คำวินิจฉัย ศาลฎีกา ที่ 913/2536 (กรณียึดทรัพย์นักการเมือง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในวันจันทร์ที่ 28 มิถุนายน 2536.

ก่อนที่จะศึกษาถึงสภาพบังคับของกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐบาลประหารในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุด ผู้ทำวิทยานิพนธ์จะขอกล่าวถึงอำนาจสูงสุดในประเทศไทยนับแต่สมัยสุโขทัยยุคต้น ๆ กล่าวคือในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ทรงดำรงฐานะของผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน และต่อมาในสมัยพระมหาธรรมราชาลิลา ฐานะของพระมหากษัตริย์เริ่มเปลี่ยนไปจากเดิมปรากฏตามหลักฐานจารึกสุโขทัยหลักที่ 4 ว่า "เสวยราชย์ไอศูรย์ธิปัตย์พระราชบัญญัติ¹ แสดงให้เห็นว่าอิทธิของพราหมณ์เริ่มเข้ามามีบทบาทในสังคมไทย และถ้าจะสังเกตจะพบว่า การเรียกชื่อของพระมหากษัตริย์นั้นคำนำหน้านามแทนที่จะเป็นพ่อขุนอย่างเช่นในสมัยสุโขทัย ก็ใช้คำว่า "พระ" หรือ "พญา" เช่น พญาธิไท หรือพระมหาธรรมราชาลิไท เป็นต้น² ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นถึงฐานะที่พิเศษออกไปไม่ใช่พ่อกับลูก

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่พระเจ้าอู่ทองได้ทรงสถาปนากรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีใน พ.ศ. 1893 แล้วนั้น พระองค์ใช้พระนามว่าสมเด็จพระรามาธิบดี การออกพระนามของพระมหากษัตริย์เช่นนี้แสดงให้เห็นถึงคตินิยมที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประดุจเทพพระเจ้า จนกระทั่งมาในสมัยยุคก่อนกรุงแตกเมื่อประมาณก่อนถึง พ.ศ. 2310 คำที่คนไทยเรียกพระมหากษัตริย์หรือพระเจ้าแผ่นดินว่า "เจ้าชีวิต"³ ที่แสดงถึงความเกรงกลัวประหนึ่งว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาดชีวิตของข้าแผ่นดินทั้งหลายอยู่ในพระราชหัตถ์

¹ กรมศิลปากร ประชุมพงศาวดารเล่ม 14 ภาค 22-24 (โรงพิมพ์พระนคร 2507) หน้า 92. และลิจิต ชีรเวคิน การเมืองการปกครองของไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้วใจเพิ่มเติม สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2536 หน้า 72.

² ณรงค์ พวงพิศ ประวัติศาสตร์การปกครองและการเมืองไทย ภาคใช้ประวัติศาสตร์ ม.ศ.ว. ประสานมิตร, มิถุนายน 2527 หน้า 6.

³ พระองค์เจ้าจุลจักรพงษ์ เจ้าชีวิต พระราชนิพนธ์ สำนักงานพิมพ์คลังวิทยา, เลขที่ 724 วังบูรพา ตุลาคม 2505 หน้า 1.

ทรงเป็นเจ้าของที่ดินและผลประโยชน์ของชาติทั้งหมด บางท่าน⁴ อาจเรียกว่า "รัฐบาลราชาธิปไตย" ซึ่งเป็นลัทธิที่อำนาจบริหารตกอยู่กับบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและอำนาจนี้เป็นพระราชมรดกตกทอดกันต่อ ๆ ไป แก่พระบรมวงศานุวงศ์ในพระราชวงศ์เดียวกัน และรัฐบาลราชาธิปไตยแบบของ ประเทศไทยนี้เป็นรัฐบาลราชาธิปไตยไม่จำกัดอำนาจ (monarchie absolus) คือ พระเจ้าแผ่นดินมีอำนาจทำการใด ๆ ได้โดยไม่จำกัด และใช้พระราชอำนาจ ด้วยพระองค์เอง ซึ่งกล่าวได้ว่าคำสั่งหรือพระบรมราชโองการขององค์พระมหากษัตริย์ในสมัยนั้นมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย

เมื่อเริ่มเข้าสู่ยุครัตนโกสินทร์ตอนปลายอิทธิพลและแนวความคิดของ อารยธรรมตะวันตกเริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้นในประเทศไทย เป็นผลให้มีบุคคล บางกลุ่มบางคณะรับแนวคิดที่ต้องการให้มีการปกครองโดยกฎหมายที่เรียกว่า เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย จนกระทั่งถึงปีพุทธศักราช 2475 ได้มีการ ปฏิวัติครั้งแรกที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองอันเกิดจากการรวมตัว กันทั้งฝ่ายทหารและพลเรือนที่เรียกตัวเองว่า "คณะราษฎร" ได้มีการวางแผน กันขณะที่อยู่ในต่างประเทศได้ทำการก่อการปฏิวัติในวันที่ 24 มิถุนายน 2475 โดยมีพระยาพหลพลพยุหเสนา เป็นหัวหน้าฝ่ายทหารและหลวงประดิษฐมนูธรรม เป็นหัวหน้าฝ่ายพลเรือน โดยมีจุดมุ่งหมายจะเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบ ประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitu tional monarchy) เมื่อคณะราษฎรได้ทำการรัฐประหารสำเร็จจากนั้น เมื่อมีประกาศ หรือคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกโดยคณะราษฎรหรือคณะปฏิวัติและต่าง ขอมรับโดยถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดสืบต่อกันมาจึงเรียกได้ว่าผลหลังการปฏิวัติ รัฐประหารที่เกิดขึ้นในประเทศไทยย่อมส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการเมืองการ

4ปริดี พนมยงค์ ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปริดี

พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 วัน แห่งการอสัญกรรมของผู้ประศาสน์การ ปริดี พนมยงค์ 9 สิงหาคม 2526
หน้า 165.

ปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิวัติเป็นต้นเหตุให้มีการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้น ขณะที่มิเจตนาต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมด้วยเช่นกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้นในเรื่องความมีอำนาจสูงสุดในการสถาปนา กฎหมายให้มีผล เริ่มต้นมาจากการใช้อำนาจขององค์พระมหากษัตริย์จนกระทั่ง คณะราษฎรได้ทำการยึดอำนาจสำเร็จโดยการปฏิวัติระบบการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย นับตั้งแต่นั้นมา โดยทางทฤษฎี ประเทศไทยก็มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตลอดมา อันจะดูได้จากในรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2475 บัญญัติว่า "อำนาจสูงสุดในแผ่นดินประกอบด้วย อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารอำนาจตุลาการ"⁵

2. อำนาจของคณะปฏิวัติ รัฐประหารในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

จากที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 1 ว่า การปฏิวัติ รัฐประหารในประเทศไทยมีผลก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยเฉพาะต้องมีการล้มล้างหรือสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นเสมอ ดังนั้น การสถาปนารัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้ย่อมมีวิธีการ หลักเกณฑ์ โดยเฉพาะต้องมีอำนาจที่ได้รับการยอมรับว่าสามารถจะสถาปนารัฐธรรมนูญได้หรืออาจเรียกว่าเป็นอำนาจดั้งเดิม และควรทำความเข้าใจความหมายของคำว่า "รัฐธรรมนูญ" หรือ "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" เพื่อประโยชน์ในการศึกษา ดังนี้

ในเบื้องต้นต้องแยกสองคำออกจากกัน กล่าวคือคำว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" (constitutional law) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กำหนดและวางระเบียบขกของสถาบันการเมือง (institution political)

⁵ณรงค์ ทวงพิศ ประวัติศาสตร์การปกครองและการเมืองไทย.

ของรัฐ ดังนั้นการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญก็คือการศึกษาสถาบันการเมือง
ในแง่และในด้านของตัวบทกฎหมาย⁶

ส่วนคำว่า "รัฐธรรมนูญ" (constitution) คือ ตัวบทกฎหมาย
หรือกฎหมายสูงสุดที่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและได้มีการใช้อย่าง
เป็นพิธีการอย่าง เป็นระบบซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรทางการเมืองของรัฐ
ของคนในแต่ละรัฐ และยังเป็นอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมายทั้งปวง⁷

แต่บางท่านเห็นว่าคำว่า "รัฐธรรมนูญ" ไม่ใช่กฎหมายแต่เป็น
ต้นแบบในการก่อตั้งโครงสร้างและกลไกขององค์กรทางการเมืองเพื่อใช้
ปกครองประเทศ และในประเด็นเดียวกันนี้เองท่านศาสตราจารย์ ไพโรจน์
ชัชฌานนท์ กลับมีความเห็นว่า คำว่า "กฎหมายมหาชน" เป็นคำกล่าวซึ่งคลุมถึง
"รัฐธรรมนูญ" ด้วย คือ หมายถึงตัวบทรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และ
จารีตประเพณีที่รับรู้กันในทางปฏิบัติอย่างแน่นอนของรัฐสภาและรัฐบาล รวมทั้ง
บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและ
ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้รัฐธรรมนูญเช่น กฎหมายที่ว่าด้วยการสืบราช
สันตติวงศ์ในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หรือกฎหมายว่าด้วยการ
เลือกตั้งประธานาธิบดี

การสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) หรือการ
จัดให้มีรัฐธรรมนูญในบทนิยามทั่วไป มักจะให้ความหมายว่า เป็นอำนาจของ
บุคคลหรือคณะบุคคลที่มีอำนาจอยู่ในฐานะที่สามารถตัดสินใจในเรื่องกลไก

⁶ไพโรจน์ ชัชฌานนท์ สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ
ภาค 1 ความนำทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. โครงการตำรา ชุดตำรา ลำดับที่ 5
คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2524 หน้า 77.

⁷George Burdeau, traite' de science politique,
tome, IV, le statut du Pouvoir dans l' Etat' (Paris: LGDJ
3° ed, 1938), P.172.

และโครงสร้างทางการเมืองของตนเองได้⁸ จากคำนิยามนี้หมายความว่าผู้ใดก็ตามที่มีอำนาจสูงสุด และแท้จริงในขณะใดขณะหนึ่ง ผู้นั้นก็มีอำนาจที่จะให้รัฐธรรมนูญได้ ซึ่งจากคำนิยามข้างต้นนี้จะขัดกับทฤษฎีสัญญาประชาคม (social contract) ของรูสโซ (jean jacques rousseau) ที่ว่า "การกำเนิดเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนและอำนาจอธิปไตยของปวงชนเกิดจากความยินยอมพร้อมใจกันของมนุษย์ ไม่ใช่กำลัง การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมารวมกันเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่น ๆ ทุกคนว่าเราทุกคนจะยอมมอบร่างกาย และอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม"⁹

ตามความเห็นของ Carl Schmitt อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ เจตจำนงในทางการเมืองที่มีอำนาจและความชอบธรรมในตัวเองที่จะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับลักษณะและรูปแบบสำหรับการดำรงอยู่ในทางการเมืองของคนต่อไป¹⁰

ส่วนซิเอเอส (Sieyes) ได้ให้ความหมายของการสถาปนารัฐธรรมนูญในระหว่างที่มีการปฏิวัติฝรั่งเศสไว้ว่า "ผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคือประชาชาติ (nation) ทั้งนี้ เพราะในการปฏิวัติฝรั่งเศสนั้นประเทศฝรั่งเศส และราษฎรฝรั่งเศสก่อนปฏิวัติเป็นอยู่อย่างใดก็คงเป็นอยู่อย่างนั้น ซึ่งเป็นกรณีที่ราชการตัดสินใจในความเป็นอยู่ของตนเองเมื่อถือว่าราษฎรในฐานะเป็นส่วนรวมเป็นผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญแล้ว ก็ต้องถือว่าอำนาจ

⁸ หยุค แสงอุทัย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 9. สำนักพิมพ์วิญญูชน, มิถุนายน 2538 หน้า 69.

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งแรก. สำนักงานพิมพ์นิติธรรม, กันยายน 2536 หน้า 48-49.

¹⁰ Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin, 5 Neudr. 1970, S. 87.

ทั้งหลายย่อมมาจากราษฎรทั้งนั้น¹¹

จากผลการศึกษาความหมายของการสถาปนารัฐธรรมนูญที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้นำเสนอข้างต้นพอจะประมวลได้ว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญจะแยกออกได้เป็น 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ

1. การจัดให้มีรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการนิติบัญญัติหรือการสถาปนารัฐธรรมนูญโดยองค์พระประมุขของประเทศ
 2. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหาร
- อำนาจในการสถาปนาให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนอกจากที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้แยกเป็นอำนาจในการสถาปนาโดยพระประมุขของประเทศกับอำนาจในการสถาปนาโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหาร ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะเป็นการสถาปนาโดยวิธีการใด ในทั้งสองวิธีที่กล่าวแล้ว เราอาจจะแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก อำนาจจัดให้มีดั้งเดิม (pouvoir constituant originaire)

การสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจจัดให้มีดั้งเดิมย่อมต้องมีเสมอเมื่อต้องการสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจนี้อาจจะเกิดขึ้นจากอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ตัดสินใจเรื่องความเป็นอยู่ทางการเมืองในที่นี้หมายถึงผู้มีอำนาจสูงสุดในขณะใดขณะนั้น ผู้นั้นก็มีอำนาจที่จะให้รัฐธรรมนูญได้อย่างเช่น พระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็เป็นผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญได้ เพราะพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจอยู่แล้ว เป็นเพียงแต่ทรงประกาศเจตจำนงของพระองค์ออกมาว่าจะพระราชทานรัฐธรรมนูญก็เป็นอันมีผลบังคับใช้แล้ว¹² กรณีราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือ สสร. เป็นการที่ราษฎรให้ผู้แทนของตนมีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญของตน เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญเสร็จก็อาจกล่าวว่าเป็นอำนาจดั้งเดิมของราษฎรได้ด้วยเช่นกัน¹³

¹¹ หยุค แสงอุทัย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 69-70.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-72.

กรณีที่สอง อำนาจจัดให้มีที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมที่มีอยู่แล้ว (pouvoir constituant derive) หรือที่เรียกว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir de revision)¹⁴

อำนาจจัดให้มีที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม หรือที่เรียกว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือ อำนาจนี้จะมีอิสระและจะสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทุกประการจนเรียกได้หรือไม่ว่าเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เหมือนกับอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญดั้งเดิม

ในแง่ของหลักการ อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้ แต่ก็อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเอง เช่น รัฐธรรมนูญอาจห้ามแก้ไขรูปแบบการปกครองหรืออาจกำหนดระยะเวลาห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้¹⁵

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะมีข้อจำกัดการแก้ไขไว้หรือไม่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็น่าจะกระทำได้แม้เนื้อหาภายหลังการแก้ไขจะขัดกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม เพราะเหตุว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับใดหากเป็นการกระทำที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ และกระบวนการในรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วก็ย่อมสามารถกระทำได้เสมอ ซึ่งถือเสมือนว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่รับมาจากอำนาจดั้งเดิมนั้นเอง ถ้าเมื่อแก้ไข

¹⁴ โทคิน พลกุล ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย. โครงการศึกษานโยบายสาธารณะ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529 หน้า 68. และ Gunner Folke Schuppert, the Constituent Power, in Main Principles of the German Basic Law, ed. Christian Stareck (Baden Baden: Momos Verlagsgesellschaft, 1983) P. 39.

¹⁵ โทคิน พลกุล. ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย. โครงการศึกษานโยบายสาธารณะ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย. 2529 หน้า 69.

รัฐธรรมนูญแล้ว เป็นผลให้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการหรือขัดกับรัฐธรรมนูญเดิม
ก็น่าจะเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่การแก้ไขย่อมต้องมีเนื้อหาต่าง ๆ เปลี่ยนแปลง
ไปจากเดิมเสมอ กรณีนี้บางท่าน¹⁶ไม่เห็นด้วยกับคำกล่าวที่ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ
จะกระทำมิได้ถ้าการแก้ไขนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม เพราะถ้าถือเช่นนี้เท่ากับ
ว่ารัฐธรรมนูญจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมิได้เลยโดยเด็ดขาด แต่ทั้งนี้ การแก้ไข
ย่อมมีข้อจำกัดกล่าวคือ จะแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการ
ปกครอง เช่นจากระบอบประชาธิปไตย เป็นเผด็จการไม่ได้ เพราะเหตุว่าองค์กร
ผู้ทำหน้าที่แก้ไขเป็นเพียงผู้ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้นจะทำลาย
รัฐธรรมนูญที่เป็นแม่บทมิได้¹⁷

ในประเด็นเดียวกันนี้ นักนิติศาสตร์บางท่าน¹⁸ยังเห็นต่อไปอีกว่า
การห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือบางประการขัดต่อเจตนารมณ์ประชาธิปไตย
เพราะเจ้าของอำนาจอธิปไตยในสมัยหนึ่งไม่มีอำนาจไปจำกัดสิทธิของเจ้าของ
อำนาจอธิปไตยในอนาคต ดังนั้น ถ้าประชาชนส่วนข้างมากจะวางกฎเกณฑ์ทาง
ปกครองในรูปใดก็ชอบที่จะกระทำได้ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยแบบเสรี
ปราศจากข้อผูกมัดหรือข้อบังคับใด ๆ การกำหนดข้อห้ามแก้ไขส่วนหนึ่งส่วนใด
ของรัฐธรรมนูญหรือห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจะกลายเป็นเครื่องช่วยให้
มีการเปลี่ยนแปลงโดยการใช้กำลังของประชาชนบังคับหรือการปฏิวัติ รัฐประหาร
ขึ้นได้

ปัญหาที่ว่าคณะปฏิวัติ รัฐประหารจะมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
หรือจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นจะกระทำมิได้หรือไม่เพียงไร นั้นปัจจุบันอาจมีแนวคิดที่
หลากหลายโดยเฉพาะคำวินิจฉัยขององค์กรต่าง ๆ ที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจ

¹⁶คำบรรยาย หลักสูตรการอบรมประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน
รุ่นที่ 3 โดย ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2539.

¹⁷หยุด แสงอุทัย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 78.

¹⁸สมภพ ไทตระกิตย์ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายมหาชน
(ภาค 1). นำเขียนการพิมพ์ พระนคร : 2512.

ตุลาการ รวมทั้งแนวคิดของนักวิชาการ อย่างไรก็ตามมีผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน เห็นว่า¹⁹ กรณีที่คณะบุคคลเข้ายึดอำนาจการปกครองในรัฐนั้น เพียงแต่คณะบุคคลนี้แสดงเจตจำนงจะให้รัฐธรรมนูญก็เป็นอันใช้ได้แล้ว เพราะฉะนั้นการที่พิจารณาว่าเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นนั้นจะชอบด้วยกฎหมายและมีสภาพเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้หรือไม่ ย่อมต่างกับปัญหาที่ว่า ที่มาหรือสาเหตุแห่งการให้รัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุว่าเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอาจชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับใช้ก็ได้ แม้ว่าที่มา หรือสาเหตุที่ทำให้รัฐธรรมนูญอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ดังนั้น

คำว่า "รัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยกฎหมาย" หมายความว่า รัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่เป็นแต่เพียงฐานะตามข้อเท็จจริงและตามชื่อเรียกเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญนั้นต้องได้รับการรับรองว่าเป็นระเบียบแนวทางการวางกฎเกณฑ์ของบ้านเมืองอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งยังจะต้องมีการรับรองการให้อำนาจของรัฐธรรมนูญด้วยขอยกตัวอย่างเช่นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2475 ที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้มาจากการยึดอำนาจโดยมิชอบโดยคณะปฏิวัติที่เรียกตัวเองว่า "คณะราษฎร" และในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้เองได้ระบุว่า "อำนาจสูงสุดในแผ่นดินประกอบด้วย อำนาจนิตบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งนับแต่นั้นมาก็ได้รับการรับรองและยอมรับว่าเป็นระเบียบ และเป็นแนวทางในการวางกฎเกณฑ์ของบ้านเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายตลอดมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

ฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญที่จะถูกนำมาใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศอย่างจริงจังและได้รับการพิทักษ์รักษาไว้มิให้ถูกละเมิดหรือล้มเลิกนั้นจะต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นพลังการเมือง²⁰ กล่าวคือ ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้การปกครองระบอบประชาธิปไตยต้องเป็นรัฐธรรมนูญ

¹⁹หยุด แสงอุทัย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 71.

²⁰C. Friedrich, "The Constitution as a Political Force" in Harris Echestein and David E. Apter, ed Comparative, A Reader, (New York : the Free press, 1963).

ที่ประชาชนผู้อยู่ใต้รัฐธรรมนูญและรัฐบาลนั้น ร่วมกันจัดทำและรัฐบาลต้องจัดทำ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้อยู่ใต้รัฐธรรมนูญมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ดังกล่าว ของอับราฮัมลินคอล์น อดีตประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาที่ว่า "the government of the people by the people and for the people" ซึ่งหมายความว่า รัฐบาลของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน ทั้งนี้ ไม่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะมีที่มาโดยวิธีการอย่างไรก็ตาม

จากแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสภาพบังคับทางกฎหมายของประกาศ คณะปฏิวัติที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งให้เห็นว่าคณะปฏิวัติเมื่อเข้ายึด อำนาจการปกครองประเทศสำเร็จย่อมมีอำนาจเด็ดขาด ทั้งมีอำนาจล้มล้าง รัฐธรรมนูญฉบับเดิมได้จึงอาจกล่าวได้ว่า คณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้มีอำนาจดั้งเดิม ที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นได้ ทั้งนี้โดยมิต้องคำนึงว่ารัฐธรรมนูญที่จะ สถาปนาขึ้นนี้จะมีเนื้อหาแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ถูกยกเลิกหรือไม่ และ ไม่ต้องคำนึงว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่สถาปนาใหม่โดยคณะปฏิวัตินี้ต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์และภายใต้เงื่อนไขรัฐธรรมนูญฉบับก่อนมีการปฏิวัติด้วย ทั้งนี้เพราะ ถือว่าคณะปฏิวัติเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ได้ตามทฤษฎีมีอำนาจดั้งเดิม

3. อำนาจของคณะปฏิวัติ รัฐประหารในการออกกฎหมาย

จากทฤษฎีความมีอำนาจสูงสุดในการสถาปนากฎหมายตามแนว ความคิดของประเทศไทย รวมทั้ง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยสนับสนุนไว้ใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 และ 45/2496 ว่า "ประกาศของคณะปฏิวัติ เป็นกฎหมายแม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของ สภาผู้แทนราษฎร" จากแนวความคิดเช่นนี้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ออกมาอันมี ลักษณะเป็นการสนับสนุนอำนาจของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร และให้ประกาศ หรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เทียบเท่ากฎหมายที่ออกโดยกระบวนการ นิติบัญญัติปกติ ปัญหาที่น่าสนใจก็คือคณะปฏิวัติ รัฐประหารมีอำนาจออกกฎหมาย และสามารถยกเลิกกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติที่องค์พระประมุข เป็นผู้ลงพระปรมาภิไธย แล้วเหตุใดคณะปฏิวัติ รัฐประหารออกกฎหมายให้มี

ผลใช้บังคับจึงต้องให้มีการลงพระปรมาภิไธยขององค์พระประมุขของประเทศอีก ซึ่งประเด็นนี้ท่าน ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้คำตอบไว้สองประการด้วยกัน²¹ คือ ประการแรกท่านเห็นว่าเป็นการกระทำตามกันมานับตั้งแต่อดีต และประการที่สองเป็นการกระทำเพื่อ "การเผื่อเหนียว" และเพื่อสร้างความชอบธรรมทางการเมือง แต่ถ้าถือตามความเห็นของสำนักปฏิฐานนิยม (positivism) แล้ว ก็ต้องถือว่าเป็นความผิดฐานล้มล้างรัฐธรรมนูญอันเป็นผลให้รัฐธรรมนูญเดิมจะถูกยกเลิกพร้อมกับระบอบรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกนั้น²²

เมื่อเป็นเช่นนี้หากจะมองในเชิงปฏิเสธผลทางกฎหมายของการคณะปฏิวัติ รัฐประหารทุกกรณีก็ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังอันเป็นความผิดทางกฎหมาย และมีอาจทำให้การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายกลับกลายเป็นการชอบด้วยกฎหมายไปได้ ตามหลักที่ว่า "อำนาจหรือสิทธิย่อมไม่บังเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด"²³ (j_{us} ex injuria non oritur) ซึ่งเป็นความคิดของ Hugo Grotius บิดาของกฎหมายระหว่างประเทศ และกาเร เดอมัลแบร์ (carre de malberg) นักนิติศาสตร์ฝ่ายกฎหมายบ้านเมือง (positivism) ได้กล่าวไว้ว่า "หลังจากการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่เกิดจากการปฏิวัติ รัฐประหารไม่มีหลักกฎหมาย ไม่มีหลักรัฐธรรมนูญอีกต่อไป เราไม่ได้อยู่กับกฎหมายอีกต่อไป แต่เราอยู่กับการใช้กำลังซึ่งอำนาจก่อตั้งองค์กรการเมืองสูงสุดตกอยู่ในมือผู้มีกำลังมากที่สุด ปัญหาเรื่องนี้จึงไม่ใช่กฎหมายอีกต่อไป แต่เป็นปัญหาความเป็นจริง เช่นนี้อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเลย เพราะไม่มีที่สำหรับบทที่ว่าด้วยทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนว่าด้วยการปฏิวัติ รัฐประหาร" อีกทั้ง รุสโซ

²¹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน เล่ม 2 พิมพ์ครั้งแรก, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย กันยายน 2537 หน้า 251.

²²Hans Kelsen, The theory of the State, (Oxford: at the Carendon Press, 1901), P.117-119.

²³บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน เล่ม 2, หน้า 251-252.

เองก็ถือว่าการปฏิวัติ รัฐประหารเปรียบเสมือน "โรคร้าย" (maladie)²⁴ ซึ่งเป็นโรคร้ายของปวงชนเหมือนที่คนประสบโรคร้ายและกฎหมายกับระบบกฎหมายจะมีอยู่อย่างมีประสิทธิภาพและประโยชน์ต่อปวงชนก็เฉพาะในสังคมที่สมบูรณ์และสมดุล²⁵ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาคดี malzimvamuto v. lardner-burke ของพรีวี เคอร์เชียล หรือคณะองคมนตรีของอังกฤษ (privy council) (1969) 1 ac 645 ที่ว่า "เป็นข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ว่าในหลายประเทศและโดยเฉพาะประเทศที่เคออยู่ได้อธิปไตยของอังกฤษ ได้มีระบอบซึ่งได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าชอบด้วยกฎหมายแต่มีจุดกำเนิดมาจากการปฏิวัติ หรือรัฐประหาร กฎหมายต้องพิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงด้วย ดังนั้นปัญหาที่คือในระดับใดและอย่างไรจึงจะถือว่าระบอบใหม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁶

แต่ถ้ามองในเชิงสนับสนุนผลทางกฎหมายของกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหารจะมองปัญหานี้ในเชิงกฎหมายโดยนักกฎหมายได้ว่าการปฏิวัติ รัฐประหารนั้นในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมาย แต่เมื่อใดผู้กระทำการปฏิวัติ รัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ก็เป็นรัฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้น จึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ได้ตามใจชอบ (อุพิพากษาศาลฎีกา ที่ 45/2496 และ 6411/2534)²⁷ และกรณี

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 252.

²⁵ Rousseau, *Contrat Social*, livII, ch. VIII.

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 2*, หน้า 252.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ระหว่างนายทองเย็น หลีละเมียร โจทก์กับกระทรวงการคลังกับพวกจำเลย "คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จย่อมมีอำนาจออกและยกเลิก แก้ไขกฎหมายได้ รัฐมนตรีที่แต่งตั้งรัฐธรรมนูญซึ่งคณะรัฐประหารได้ประกาศใช้จึงเป็นรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมาย" และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6411/2534 "เมื่อหัวหน้าคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จให้หัวหน้าคณะปฏิวัติยอมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้" ...

เดียวกันนี้อาจกล่าวอีกว่า "การกระทำต่าง ๆ ในทางปฏิบัติอันแท้จริง คือการกระทำซึ่งเกิดจากการปฏิบัติอันได้ชัยชนะเด็ดขาดนั้น หาเป็นการผิดกฎหมายตามความหมายของกฎหมายซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ไม่"²⁸

ซึ่งที่กล่าวมานี้ กระบวนการออกกฎหมายที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติ รัฐประหารจะแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับการตรากฎหมายในกระบวนการนิติบัญญัติปกติ กล่าวคือ โดยทั่วไปอำนาจในการตรากฎหมายในกลุ่มประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยแบบรัฐสภาจะเป็นอำนาจของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่เหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการเมืองว่าเป็นเช่นใด ซึ่งลักษณะของฝ่ายนิติบัญญัติระบบการเมืองนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะด้วยกันคือ²⁹

- ก. รัฐสภาในระบอบเผด็จการหรือเมื่อมีการปฏิวัติ รัฐประหาร
- ข. ระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา
- ค. ระบอบกึ่งประชาธิปไตยแบบรัฐสภา

ในแต่ละระบอบการเมือง การจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารจะมีความแตกต่างกันไป ดังนั้น ข้อจำกัดและปัญหาที่เกิดขึ้นต่อฝ่ายนิติบัญญัติจึงขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการเมืองและการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจในการตรากฎหมายจึง

²⁸บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ระหว่างนายทองเย็น หลีละเมียบ โจทก์ กับ กระทรวงการคลังและพวก จำเลย โดย นายหยุด แสงอุทัย ฉบับบันทึกสภา ตอน 1 หน้า 64-65.

²⁹ช้อยนันต์ สมุทรวนิช การพัฒนาสมรรถนะขององค์ฝ่ายนิติบัญญัติ. สมาคมนักวิจัยมหาวิทยาลัยไทย ด้วยความร่วมมือเหลือจากมูลนิธิ กอนราวดอเดเนาว์, กันยายน 2529 หน้า 1-7.

ขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการเมืองและการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจหน้าที่ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับที่ใช้เป็นแม่บท หรือกรอบกติกาของการปกครอง ในขณะที่นั้นว่าเป็นสถานการณ์เช่นไร

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการออกกฎหมายของคณะปฏิวัติ รัฐประหารในฐานะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดย่อมสามารถกระทำได้ไม่ว่ากฎหมายที่ออกนั้นจะเป็นรัฐธรรมนูญ หรือจะเป็นกฎหมายลำดับใด ตามทฤษฎีของผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศหรือรัฐาธิปัตย์ (sovereign) (ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว) และจะมีศักดิ์เท่าเทียมกับกฎหมายที่ตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติในลำดับใดเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับเนื้อหาของประกาศ หรือคำสั่งในฉบับนั้น ๆ เป็นประเด็นในการพิจารณา³⁰ และต้องพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายหรือเจตนาของประกาศฉบับ ๆ นั้นด้วย มิจะมีสภาพบังคับทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร

อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาถึงสภาพบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติจะมีอย่างไรคงไม่อาจมองภาพได้ว่าเป็นรูปธรรม นอกเสียจากพิจารณาถึงองค์กรต่าง ๆ ที่มีการจัดตั้งขึ้นโดยประกาศคณะปฏิวัติ และมีการปฏิบัติในทางรูปธรรมไปแล้วนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อย่างเช่น คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างและองค์ประกอบของ ก.อ. หรือ คณะกรรมการข้าราชการอัยการ และแม้กระทั่งการเปลี่ยนแปลงชื่อส่วนราชการภาครัฐ จากกรม เป็นสำนักงาน ยกตัวอย่างเช่น การเปลี่ยนชื่อกรมอัยการ เป็นสำนักงานอัยการสูงสุด ล้วนแล้วแต่มีการจัดตั้ง เปลี่ยนแปลงโดยคณะปฏิวัติ (รตช) ทั้งสิ้น

³⁰ โภทิน พลกุล ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย.