การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน

JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION : A COMPARATIVE STUDY OF AMERICAN AND GERMAN LEGAL SYSTEM

พิชชาพร สุทธิรอด

Pitchaporn Suttirord

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : prae.the.tower@gmail.com

Graduate Student of Master of Laws Program in Public Law, Faculty of Law,
Thammasat University. Email address : prae.the.tower@gmail.com

Received : August 9, 2018
Revised : July 1, 2019
Accepted : September 9, 2019

บทคัดย่อ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันมีลักษณะแตกต่างกันหลายประการสืบเนื่องจากรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันเป็นการกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้แก่ศาลทุกศาล ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น อันเป็นผลมาจากการเกิดขึ้นของข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้บริบททางประวัติศาสตร์และข้อความคิดว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทั้งสองระบบกฎหมายที่แม้จะมีรูปแบบและการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรที่แตกต่างกันก็ตาม แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันกลับมีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมซึ่งมีในทั้งสองระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงนำไปสู่ข้อสรุปว่าถึงแม้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันจะเกิดขึ้นจากบริบททางประวัติศาสตร์และข้อความคิดที่แตกต่างกัน รวมทั้งยังมีโครงสร้างและรูปแบบการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่แตกต่างกันในสาระสำคัญหลายประการ แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทั้งสองระบบกฎหมายนั้นมีภารกิจที่สำคัญเหมือนกัน คือ การจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร และองค์กรที่ใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ ศาลในระบบกฎหมายอเมริกัน หรือศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้จะมีโครงสร้าง และเขตอำนาจที่แตกต่างกันแต่ต่างก็ใช้อำนาจนั้นเพื่อให้ภารกิจดังกล่าวสำเร็จลุล่วง

คำสำคัญ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา, ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ABSTRACT

Judicial review in American legal system and German legal system are in contrast to each other. While in American legal system, judicial review is a decentralised model whereunder the authority of judicial review are granted to all ordinary courts ; in German legal system, judicial review is a centralised model whereunder the authority of judicial review vested solely in the constitutional court. The differences result mainly from distinct historical contexts and different conceptions of separation of powers principle.

However, a comparative study showed that American and German models of judicial review were similar in many aspects especially when comparing concrete judicial review which exists in both systems. This lead to a conclusion that despite their historical contexts and conceptual differences and contrasting construction of judicial review, American and German models of judicial review shared the same functions, to limit legislative power and to protect rights of the people and that both organs responsible for exercising judicial review, the U.S. Supreme Court and the German Constitutional Court, are determined to fulfil those functions.

Keywords

Judicial review of legislations, United States Supreme Court, German Constitutional Court.

บทนำ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยระเบียบพื้นฐานทางการเมืองการปกครองของรัฐ ตลอดจนกำหนดขอบเขตมิให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ และได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบแล้ว หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Doctrine of Constitutional Supremacy)[1] ซึ่งกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรในการใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญจึงได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของรัฐที่อ้างตนเป็นนิติรัฐประชาธิปไตยส่วนใหญ่ในปัจจุบัน โดยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดในรัฐไม่ว่าจะมีขึ้นก่อนหรือหลังรัฐธรรมนูญจะขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ [2] ดังนี้เพื่อประกันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่เป็นกฎเกณฑ์ในการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ จึงมีการสร้างองค์กรและกระบวนการขึ้นมาคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อมา คือ องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการเมืองการปกครอง รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวพันกับการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนี้องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจจะเป็นองค์กรทางการเมือง หรือองค์กรกึ่งการเมืองกึ่งตุลาการ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ สุดแท้แต่บริบททางประวัติศาสตร์ เงื่อนไขทางการเมือง สภาพสังคม และกฎหมายของรัฐนั้น ๆ [3] การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในระบบกฎหมายอเมริกัน และระบบกฎหมายเยอรมันเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันเป็นการกระจายอำนาจในการตรวจสอบให้แก่ศาลทุกศาล ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรวมศูนย์อยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

1. ข้อความคิดทั่วไป : การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักการพื้นฐานของระบอบเสรีประชาธิปไตย

เสาหลักของการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย คือหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตยเรียกร้องให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นผู้เลือกผู้ปกครองเพื่อใช้อำนาจในการปกครองในนามของประชาชนผ่านการเลือกตั้งโดยเสรี และสามารถเปลี่ยนตัวผู้ปกครองได้ตามระยะเวลาที่กำหนด ส่วนหลักนิติรัฐเรียกร้องให้ในการใช้อำนาจที่ผู้ปกครองรับมาจากประชาชนนั้นจะต้องคำนึงถึงสิทธิ และเสรีภาพของราษฎรเป็นสำคัญ

1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักประชาธิปไตย

เมื่อในการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุด และองค์กรของรัฐทั้งหลายใช้อำนาจนั้นในนามของประชาชน รัฐสภาซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน จึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงกว่าองค์กรอื่น การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยและประกาศความเสียเปล่าของกฎหมายนั้นทำให้องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งควรจะมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อรับใช้เจตจำนงของประชาชน หรืออุดมคติทางการเมืองของตนเท่านั้นกลับจะต้องถูกควบคุม และกำกับโดยอุดมคติ และความคิดเห็นทางการเมืองของ

---

[1] รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริการับรองไว้ในมาตรา 6 เช่นเดียวกับกฎหมายพื้นฐาน หรือ Grundsgesetz ของเยอรมนีในมาตรา 20 และ 75

[2] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, <u>คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน</u>, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.134-135

[3] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, <u>หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย</u>, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.171-172.

องค์กรตุลาการ[4] ด้วยเหตุนี้จึงเกิดข้อโต้แย้งว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นปฏิปักษ์กับหลักเสียงข้างมากอันเป็นหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตย[5]

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐสภาจะเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมสูงที่สุดในระบอบประชาธิปไตย แต่ก็มิได้หมายความว่ารัฐสภาในระบอบที่กอปรด้วยหลักนิติรัฐ และหลักประชาธิปไตยนั้นจะสามารถใช้อำนาจในการตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ หากจะต้องถูกจำกัดด้วยแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้แม้องค์กรนิติบัญญัติจะมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรงก็ตาม แต่การใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติย่อมมีขอบเขตที่จำกัดตามรัฐธรรมนูญกำหนด หน้าที่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ ตลอดจนการเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นเจตจำนงของประชาชน ทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นต่อรัฐในการที่จะธำรงซึ่งระบอบประชาธิปไตยเอาไว้[6]

ปัญหาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น หากกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่ทั้งในการออกกฎหมาย และตรวจสอบกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นย่อมเทียบได้กับกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติเป็นทั้งผู้พิพากษา และคู่ความเสียเอง และมีโอกาสที่องค์กรนิติบัญญัติจะใช้อำนาจในการตรากฎหมายโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญเลยก็ได้ ด้วยเหตุนี้รัฐส่วนใหญ่ในปัจจุบันจึงไม่นิยมให้องค์กรนิติบัญญัติผูกขาดหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่กำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรตุลาการ หรือองค์กรกึ่งการเมืองกึ่งตุลาการ ทั้งนี้องค์กรตุลาการก็ต้องมีการจำกัดอำนาจของตนเองให้อยู่ในแดนของการใช้ และตีความกฎหมายเท่านั้นในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยไม่ก้าวล่วงไปใช้ดุลพินิจบนฐานของคุณค่า หรือคุณธรรมส่วนตัวที่ตนยึดถือในแดนที่เป็นการตัดสินใจทางการเมือง

1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักนิติรัฐ

นอกจากหลักประชาธิปไตยแล้ว องค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของรัฐเสรีประชาธิปไตย คือหลักนิติรัฐ เนื่องจากระบอบประชาธิปไตยที่มีประชาชนเป็นองค์อธิปัตย์ย่อมไม่อาจสมบูรณ์ได้หากรัฐสามารถใช้อำนาจของตนได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด และประชาชนมิได้มีสิทธิเสรีภาพเสมอภาคกัน รัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตยย่อมต้องเป็นนิติรัฐ หากสรุปใจความสำคัญของหลักนิติรัฐว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ทั้งในแง่ที่มาและเนื้อหาของอำนาจรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานที่มา และมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นกรอบหรือขอบเขตในการใช้อำนาจ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการหนึ่งที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของนิติรัฐบรรลุผล เนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นการควบคุมมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจอันเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยปฏิเสธความมีผลของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว นอกจากนี้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทำให้ราษฎรมีเครื่องมือทางกฎหมายในการต่อสู้กับการใช้อำนาจรัฐโดยละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตนที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ หากไม่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรา

---

[4] Alec Stone Sweet, Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe, (NY : Oxford University Press, 2010), p.61 - 63.

[5] Alexander Bickel, The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics, (CT : Yale University Press, 1986), p.17.

[6] Aharon Barak, “Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy,” Harvard Law Review 19, Vol. 116, p.20 - 21 (2002).

กฎหมายขึ้นมาโดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญราษฎรที่จะต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายนั้นย่อมไม่มีทางอื่นใดในการโต้แย้งการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติที่ทำให้ตนต้องเสียหายจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิ และเสรีภาพได้

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน

2.1 การเกิดขึ้นและความเป็นมาของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายปรากฏตัวขึ้นในเยอรมนีครั้งแรกในรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน (Verfassung des Deutschen Reiches) หรือที่มักเรียกกันว่ารัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ต (Frankfurter Reichsverfassung) ที่ร่างขึ้นในปี 1849 ภายหลังการปฏิวัติเดือนมีนาคม (Märzrevolution) เพื่อรวมชาติเยอรมัน โดยมีศาลสูงสุดแห่งจักรวรรดิ (Reichsgericht) เป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือคดีทางรัฐธรรมนูญซึ่งรวมไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎร แม้ในท้ายที่สุด ความล้มเหลวของการปฏิวัติจะทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีผลบังคับใช้ในความเป็นจริง แต่รัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ตก็เป็นรัฐธรรมนูญที่ควรค่าแก่การศึกษาโดยนอกจากจะนับว่าเป็นความก้าวหน้าที่สุดในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ จะไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆมาจนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่สองในกฎหมายพื้นฐาน (Grundsgesetz) แล้ว[7] ในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้มีการหยิบยกประสบการณ์ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการยกร่างอีกด้วย[8] โดยศาลสูงสุดแห่งจักรวรรดิถือกำเนิดขึ้นโดยมีศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดแห่งจักรวรรดิถูกสร้างขึ้นมาเพื่อพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเท่านั้นโดยไม่เป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลทั่วไปในเยอรมนี และมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททางการเมืองด้วย ในขณะที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นศาลสูงสุดในระบบศาลทั่วไป และมีการจำกัดอำนาจของตนเองโดยคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดี Marbury v. Madison ในการไม่พิจารณาข้อพิพาทที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาททางการเมือง[9]

ต่อมาเมื่อมีการรวมชาติเยอรมันเป็นผลสำเร็จโดยการนำของออตโต ฟอน บิสมาร์ก (Otto Von Bismarck) กระแสหลักของทฤษฎีทางรัฐธรรมนูญในเยอรมนีในขณะนั้นเห็นว่าเจตจำนงขององค์อธิปัตย์ถือเป็นแหล่งที่มาของอำนาจสูงสุดภายในรัฐ ซึ่งภายใต้บริบททางการเมืองในขณะนั้นจำเป็นจะต้องกำหนดให้อำนาจของจักรพรรดิในฐานะประมุขของรัฐมีลักษณะเด็ดขาดเพื่อให้การรวมชาติเยอรมันไม่ต้องประสบความล้มเหลว เช่นในความพยายามครั้งก่อน จึงไม่มีการสร้างองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งผ่านการประกาศใช้โดยจักรพรรดิแต่อย่างใด[10]

รัฐธรรมนูญฉบับต่อมา คือ รัฐธรรมนูญปี 1919 ที่มักเรียกกันว่ารัฐธรรมนูญไวมาร์ ก็ไม่มีการกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้เช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้นในการประชุมยกร่างรัฐธรรมนูญมีข้อเสนอให้บัญญัติห้ามองค์กรตุลาการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งอีกด้วย แม้สุดท้ายแล้วข้อเสนอนั้นจะเป็นอันตกไปก็ตาม[11] อย่างไรก็ตาม ศาลสูงแห่งจักรวรรดิเคยมีคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการและให้

---

[7] Gerhard Casper, “Guardian of the Constitution,” Sounthern California Law Review 773, Vol. 53, p.775-776 (1980).

[8] Bernd J. Hartmann, “How American Ideas Traveled : Comparative Constitutional Review at Germany’s National Assembly in 1848-1849,” Tulane European & Civil Law Review 23, Vol. 17, p.14 (2002).

[9] *Ibid*., p.59 - 61.

[10] Heinrich Nagel, “Judicial Review in Germany,” 2 The American Journal of Comparative Law 233, Vol. 3, p.234 - 235 (Spring 1954).

[11] Carl Joachim Friedrich, “The Issue of Judicial Review in Germany,” Political Science Quarterly 188, Vol. 43, p.5 (June 1928).

เหตุผลว่ารัฐธรรมนูญมิได้ห้ามองค์กรตุลาการในการปฏิเสธไม่ใช้บังคับกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า[12] ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในทำนองเดียวกับคำพิพากษาของศาลในคดี Marbury v. Madison ที่เป็นบรรทัดฐานของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นมีลักษณะเป็นการกระจายอำนาจในการตรวจสอบเช่นเดียวกับในระบบกฎหมายอเมริกัน[13] แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบระบบกระจายอำนาจในการตรวจสอบนั้นย่อมเป็นอันตรายต่อความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันที่เป็นระบบกฎหมาย civil law นั้นไม่มีหลักความเป็นบรรทัดฐานของคำพิพากษาในคดีก่อนและหลักความผูกพันต่อคำพิพากษาของศาลสูง (Stare Decisis)

ภายหลังการขึ้นเถลิงอำนาจของพรรคการเมืองขวาจัดอย่างพรรคนาซีภายใต้การนำของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ทำให้เกิดการถกเถียงและอภิปรายถึงปัญหาของรัฐธรรมนูญไวมาร์ และเกิดความต้องการที่จะสร้างองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมา ในการจัดทำรัฐธรรมนูญปี 1949 หรือที่เรียกว่ากฎหมายพื้นฐานในปี 1949 นั้นจึงมีการสร้างศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาภายใต้อิทธิพลทางความคิดของ Hans Kelsen นักปรัชญากฎหมายชาวออสเตรียที่เห็นว่า อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ในท้ายที่สุดแล้วนำไปสู่การประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นอำนาจนิติบัญญัติในทางลบ (negative act of legislation) องค์กรที่จะทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงจะเป็นศาลในระบบศาลธรรมดาไม่ได้ หาไม่แล้วจะเท่ากับเป็นการยอมให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการทำลายเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกผ่านฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของตน ซึ่งรัฐในระบอบประชาธิปไตยไม่สามารถยอมรับได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะต้องมีที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐสภาเพื่อให้มีจุดยึดโยงกับประชาชน[14] ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงถือกำเนิดขึ้นสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยมี 2 องค์คณะแยกต่างหากจากกันโดยมีเขตอำนาจเหนือประเภทคดีที่แตกต่างกันตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญกำหนด[15] ในแต่ละองค์คณะมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 8 คนมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรและสภาผู้แทนมลรัฐในจำนวนเท่ากัน[16]

2.2 ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่ กฎหมายของสหพันธ์ กฎหมายของมลรัฐ และกฎของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศอีกด้วยแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญให้อำนาจก็ตาม โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกิดขึ้นได้ใน 3 ลักษณะ ได้แก่

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Abstrakte Normenktolle)

เนื่องจากวัตถุแห่งการตรวจสอบเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังมิได้ถูกบังคับใช้เหนือบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นเพียงการที่ศาลรัฐธรรมนูญคาดการณ์ไปล่วงหน้าว่าการออกกฎหมายเช่นนี้ของฝ่ายนิติบัญญัติจะทำให้เกิดการปรับใช้ที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิ และเสรีภาพเกิดขึ้นได้นั้นซึ่งเป็นการทำหน้าที่เสมือนเป็นฝ่าย

---

[12] *Ibid*., p.197.

[13] Mauro Capelletti, “Judicail Review in Comparative Perspective,” California Law Review 1017, Vol. 58, p.1036 - 1037 (October 1970).

[14] Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation,” The Journal of Politics 183, Vol. 4, p.187 (May 1942).

[15] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.23.

[16] Act on the Federal Constitutional Court (BVerfGG), Article 5.

นิติบัญญัติ[17] ผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมจึงเป็นองค์กรของรัฐเท่านั้น[18] ได้แก่ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ และสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ส่วนเหตุแห่งการฟ้องคดี คือ กรณีที่มีข้อสงสัยว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ กรณีที่เชื่อว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่องค์กรของรัฐอื่นปฏิเสธไม่บังคับใช้กฎหมาย และกรณีที่เห็นว่ากฎหมายของสหพันธ์กำหนดเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแห่งมลรัฐ ซึ่งในกรณีนี้สภาผู้แทนราษฎรแห่งมลรัฐจะมีสิทธิในการฟ้องคดีด้วย

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (Konkrete Normenkontrolle)

การตรวจสอบแบบรูปธรรมเกิดขึ้น เมื่อศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่ากฎหมายที่ตนจะต้องปรับใช้แก่คดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยจะต้องเป็นกรณีที่ศาลมีเหตุผลควรเชื่อว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วแม้จะมีคู่ความยกข้อต่อสู้เรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมาก็ตาม ศาลที่พิจารณาคดีก็ไม่มีหน้าที่ต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา หมายความว่า อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมเป็นของศาลทุกศาลที่พิจารณาคดี แต่อำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น เหตุผลที่ศาลทั่วไปไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก็เพื่อเป็นการเคารพอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูงกว่า ดังนั้นหากกฎหมายที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาคดีไม่ใช่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน ศาลที่พิจารณาคดีย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบและวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

(3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านการพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจของรัฐทั้งปวงที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนสามารถถูกร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และแม้ว่าโดยหลักแล้วปัจเจกบุคคลย่อมไม่อาจถูกล่วงละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญได้โดยตรงจากการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ[19] แต่การใช้อำนาจบางกรณีที่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมายนั้นเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคลโดยตรง เช่น กฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญา เป็นต้น ดังนี้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ กรณีที่ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านการตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหารหรือการใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ และกรณีที่ศาลตรวจสอบกฎหมายนั้นโดยตรงในฐานะที่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ

บุคคลทั่วไปจะมีสิทธิในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการใช้อำนาจรัฐอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (selbst) โดยการถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นยังมีอยู่ในขณะที่ยื่นคำร้อง (gegenwärtig) ทั้งนี้หากต่อมาการถูกล่วงละเมิดสิทธินั้นและผู้ร้องเป็นผู้ถูกล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นโดยตรง (unmittelbar)[20] นอกจากนี้ผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนหมดสิ้นหนทางเยียวยาทางกฎหมาย หมายความว่า ได้ใช้สิทธิในทางศาลตามที่ตนมีทุกประการจนเสร็จสิ้นทั้งกระบวนแล้ว ยกเว้นกรณีที่กฎหมายนั้นเป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์

---

[17] Werner Heun, The Constitution of Germany : A Contextual Analysis, (Portland, OR : Hart Publishing, 2011), p.171-172.

[18] Donald P. Kommers, and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3rd. ed. (London : Duke University Press, 2012), p.104.

[19] Hans G. Rupp, "Judicial Review in the Federal Republic of Germany," The American Journal of Comparative Law 29, Vol. 9, p.36 (Winter, 1960).

[20] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานการวิจัย เรื่องการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน: วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย, (คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.18 - 20 และโปรดดู Nigel Foster, and Satish Sule, German Legal System and Laws, 4rd. Ed. (New York : Oxford University Press, 2010), p.277.

โดยตรง[21] หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องทุกข์ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่รับคำร้องไว้พิจารณา เช่น กรณีที่คำพิพากษาให้ผู้ร้องชนะคดีไม่เกิดประโยชน์อันใดแก่ผู้ร้อง เป็นต้น

3. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายอเมริกัน

3.1 การเกิดขึ้นและความเป็นมาของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

อำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล โดยศาลต่าง ๆ ได้มีการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตั้งแต่ก่อนการปฏิวัติอเมริกา จนกระทั่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้รับการยืนยันในคำพิพากษาของศาลสูงสุดในคดี Marbury v. Madison[22] และกลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานว่าศาลทุกศาลมีอำนาจ

ในคดี Marbury v. Madison นั้น William Marbury ฟ้องให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีคำสั่งให้ James Madison ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนำส่งเอกสารตราตั้งที่ John Adams แต่งตั้งให้ตนเป็นผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นแห่งสหรัฐอเมริกาในคืนวันสุดท้ายก่อนที่จะพ้นจากตำแหน่งประธานธิบดี และ James Madison ได้รับคำสั่งจากประธานาธิบดีคนใหม่ Thomas Jefferson มิให้นำส่งเอกสารตราตั้ง ในคดีนี้ผู้พิพากษา ซึ่งมี John Marshall ผู้เป็นรักษาการรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศก่อนหน้า James Madison เป็นองค์คณะร่วมพิจารณาด้วยได้ตั้งประเด็นในการพิจารณาไว้ 3 ประเด็น ประเด็นแรก คือ Marbury มีสิทธิในเอกสารตราตั้งหรือไม่ ซึ่งองค์คณะพิจารณาแล้วเห็นว่า Marbury มีสิทธิในเอกสารตราตั้งแล้วนับแต่ตอนที่ Adams ได้ลงนามและปิดผนึกเอกสารตราตั้งแม้จะยังไม่ได้ส่งก็ตาม ประเด็นที่สอง คือ เมื่อ Marbuy มีสิทธิในเอกสารตราตั้งแล้ว การที่ Marbury ไม่ได้รับเอกสารตราตั้งนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่ Marbury อย่างไรและศาลสามารถที่จะเยียวยาความเสียหายให้แก่ Marbury ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ Marshall เห็นว่า แม้จะมีการกระทำทางรัฐบาลบางอย่างที่เป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ แต่การนำส่งเอกสารตราตั้งเป็นเพียงการปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ศาลจึงมีอำนาจในการตรวจสอบ ในการวินิจฉัยประเด็นนี้ ต่อมาจึงได้พัฒนาเป็นหลักศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางการเมือง (Political Question Doctrine) สำหรับประเด็นสุดท้าย คือ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการออกหมายบังคับให้ Marbury เข้าดำรงตำแหน่งตามเอกสารตราตั้งได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ Marshall เห็นว่ากฎหมายว่าด้วยองค์กรตุลาการปี 1991 ที่กำหนดให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ออกหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามกฎหมายได้นั้น เป็นการกำหนดเขตอำนาจในการรับพิจารณาคดีโดยตรงของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่นอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับรัฐธรรมนูญ

เมื่อยืนยันว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่อาจมีค่าบังคับเป็นกฎหมายได้แล้ว Marshall ก็ได้ให้ความเห็นว่า ศาลย่อมมีอำนาจและหน้าที่ในการที่จะไม่นำบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ ซึ่งเป็นการสถาปนาอนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมาในระบบกฎหมายอเมริกันนั่นเอง ในการนี้ Marshall ให้เหตุผลต่อไป ดังนี้ ประการแรก ศาลเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีจึงย่อมเป็นผู้ที่จะต้องบอกว่าสิ่งใดเป็นหรือไม่เป็นกฎหมาย และการวินิจฉัยว่ากฎหมายอันเป็นฐานแห่งข้อพิพาทในคดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาอรรถคดี ประการที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจขององค์กรตุลาการให้ครอบคุลมถึงคดีที่เกิดภายใต้รัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยังมีส่วนที่เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐสภา หมายความว่า หากรัฐสภาตรากฎหมายที่เป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนด ศาลย่อมไม่อาจบังคับใช้กฎหมายนั้นของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ประการที่สาม ผู้พิพากษาจะต้องปฏิญานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งว่าจะทำหน้าที่รักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ หากผู้พิพากษาไม่สามารถปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้วย่อมไม่สามารถ

---

[21] *Ibid*, p.207.

[22] 5 U.S. (1 Cranch) 177 (1803), see also William W. Van Alstyne, "A Critical Guide to Marbury v. Madison." Duke Law Journal 1, Vol. 1969 (February, 1969).

ปฏิบัติตามที่ได้ปฏิญานตนไว้ได้ และในประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่รับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกาเอาไว้

ท้ายที่สุดแล้ว ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจึงปฏิเสธที่จะออกหมายบังคับให้ Marbury เข้าดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลชั้นต้นตามเอกสารตราตั้ง และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการจึงกำเนิดขึ้นในระบบกฎหมายอเมริกันนับแต่นั้นมา

3.2 ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจในการพิจารณาอรรถคดี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันจึงเป็นระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบ (decentralised model) อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก่ศาลทุกศาล แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายสหรัฐอเมริกาคือศาลในระดับสหพันธ์[23] โดยผู้พิพากษาในศาลแห่งสหรัฐอเมริกานั้นมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีด้วยความเห็นชอบของวุฒิสภา

วัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันนั้น ได้แก่ กฎหมายแห่งสหรัฐอเมริกา กฎหมายแห่งมลรัฐ กฎของฝ่ายปกครอง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ และกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเหมือนกันกับวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน

เนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันเป็นอำนาจของศาลทุกศาลในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเกิดขึ้นเฉพาะในการพิจารณาคดี เงื่อนไขในการยื่นฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขเดียวกับเงื่อนไขในการฟ้องคดีทั่วไป กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยความเสียหายนั้นต้องเกิดขึ้นจริงหรือเห็นได้ชัดว่าจะเกิดขึ้น และเป็นผลโดยตรงจากความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากนี้ความเสียหายนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดการพิจารณาคดีของศาลด้วย และศาลอาจไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาหากศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่ยังขาดข้อเท็จจริงบางอย่างทำให้ยังไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณา หรือเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาททางการเมือง

แม้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันจะเกิดขึ้นเฉพาะในการพิจารณาคดี กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรมเท่านั้น แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ As-Applied Challenge

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยหลักจะเป็นลักษณะ as-applied challenge เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีที่กฎหมายปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในคดี คือ การที่คู่ความในคดียกประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยกล่าวอ้างว่าการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในคดีของตนนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ as-applied challenge ศาลก็จะไม่นำกฎหมายนั้นมาปรับใช้แก่คดีโดยศาลมิได้พิจารณาเป็นการทั่วไปว่าหากมีการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้กับข้อเท็จจริงอื่น ๆ กฎหมายนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นลักษณะของการตรวจสอบแบบ facial challenge[24]

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ Facial Challenge

---

[23] Erwin Chemerinsky, Constitutional Law: Principles and Policies, 4th ed. (NY : Walters Kluwer, 2011), p.400.

[24] Mark E. Isserles, “Overcoming Overbreadth : Facial Challenge and the Valid Rule Requirement,” American Law Review 359, Vol. 48, p.360 (1998).

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ facial challenge คือ การที่ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น โดยศาลพิจารณาจากตัวบทกฎหมายเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งกันหรือไม่ มิได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการปรับใช้กฎหมายเพียงอย่างเดียวและเมื่อศาลเห็นว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายนั้นไม่ได้ขัดกับรัฐธรรมนูญเฉพาะแก่การปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น แต่กฎหมายนั้นไม่อาจปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงใด ๆ ได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญเลย ด้วยเหตุนี้จึงแตกต่างจากการตรวจสอบแบบ as-applied อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบแบบ facial challenge ก็ไม่อาจแยกเป็นประเภทต่างหากจากการตรวจสอบแบบ as-applied ได้เด็ดขาด และผลของคำพิพากษาก็ผูกพันเฉพาะแก่คู่ความในคดีเท่านั้นไม่ได้มีผลทำให้กฎหมายสิ้นผลบังคับไปแต่อย่างใด เพียงแต่ศาลมักจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ facial challenge เมื่อกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่ศาลเห็นว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ as-applied Challenge นั้นไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้นได้ ถึงแม้นักวิชาการบางส่วน รวมถึงศาลเองจะเห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ Facial Challenge นั้นเกิดขึ้นน้อยมาก และศาลควรหลีกเลี่ยงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ facial challenge[25] แต่ในความเป็นจริงแล้วมีคดีที่ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบ facial challenge อยู่จำนวนมาก[26] เช่น กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น กฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค กฎหมายที่จำกัดสิทธิในการทำแท้ง หรือกรณีที่กฎหมายนั้นฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยไม่มีอำนาจ เป็นต้น

4. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน

ความแตกต่างของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันมีความแตกต่างกันสืบเนื่องมาจากการเกิดขึ้นและความเป็นมาของข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่ส่งผลให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน และระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีรูปแบบและลักษณะที่แตกต่างกัน

4.1 การเกิดขึ้นและความเป็นมาของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ข้อความคิดที่เป็นรากฐานของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน คือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อันจะเห็นได้จากการกำหนดให้ศาลสูงสุดแห่งจักรวรรดิในรัฐธรรมนูญปี 1849 ที่ได้รับอิทธิพลจากอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลในระบบกฎหมายอเมริกันตลอดจนเหตุผลของศาลสูงสุดแห่งจักรวรรดิในรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ตาม แต่ศาลก็ใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเห็นว่าตนมีหน้าที่ในการที่จะต้องปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่าเช่นเดียวกับการวางรากฐานอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันในคดี Marbury v. Madison

อย่างไรก็ตาม เหตุที่ทำให้ตำแหน่งแห่งที่ของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันแตกต่างกันนั้น ประการแรก คือ การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยในระบบกฎหมายอเมริกันนั้น มองว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการใช้ และการตีความกฎหมาย เนื่องจากเมื่อกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จำเป็นจะต้องยึดถือตามรัฐธรรมนูญและปฏิเสธไม่นำกฎหมายที่ขจัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ การตรวจสอบ

[25] Sabri v. United States, 541 U.S. 600 (2004).

[26] Richard H. Fallon, “Fact and Fiction about Facial Challenges,” California Law Review 915, Vol. 99, p.935 (August, 2011).

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจในการพิจารณาอรรถคดี ซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นอำนาจของศาลทุกศาลในฐานะผู้ใช้อำนาจตุลาการ ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมองว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีลักษณะเป็นทั้งข้อพิพาททางการเมืองและข้อพิพาททางกฎหมาย เนื่องจากเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อาจกำหนดให้องค์กรที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นฝ่ายนิติบัญญัติหาไม่แล้วก็จะทำให้องค์กรผู้ตรวจสอบและองค์กรผู้ถูกตรวจสอบเป็นองค์กรเดียวกัน และไม่อาจเป็นศาลในระบบศาลทั่วไป มิฉะนั้นจะเป็นการงัดคานกับฝ่ายนิติบัญญัติที่มีที่มาจากประชาชนโดยตรง ด้วยเหตุนี้จึงมีการสร้างศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลพิเศษแตกต่างจากศาลในระบบศาลทั่วไปโดยมีที่มาจากการคัดเลือกของรัฐสภา ประการที่สอง คือ บริบททางประวัติศาสตร์ ศาลในสหรัฐอเมริกาเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นภายใต้ระบอบใหม่ที่ได้รับการสถาปนาโดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา จึงได้รับความไว้วางใจในการตีความรัฐธรรมนูญ ต่างกับศาลในระบบศาลปกติของเยอรมนีที่ถูกมองว่าเป็นตัวแทนของระบอบเก่า หากให้ศาลเหล่านี้ใช้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญตลอดจนตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ย่อมใช้อำนาจในทางที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐธรรมนูญที่สร้างระบอบใหม่ขึ้นมา

4.2 ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

แม้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันจะเป็นระบบกระจายอำนาจให้แก่ศาลทุกศาล ในขณะที่ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว ซึ่งทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันมีทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันมีเพียงการตรวจสอบแบบรูปธรรมเมื่อมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเท่านั้น การเปรียบเทียบลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันกับระบบกฎหมายเยอรมันสามารถทำได้ โดยการพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

(1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อาจเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบ

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อาจเป็นวัตถุของการตรวจสอบในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันมีความใกล้เคียงกัน คือ กฎหมายของสหพันธรัฐ กฎหมายของมลรัฐ รวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามด้วยการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ต่างกัน ทำให้กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองหรือกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเดิม ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลที่พิจารณาคดี และปรับใช้กฎหมายนั้นสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น

(2) สิทธิของบุคคลในการขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอเมริกัน บุคคลที่เป็นคู่ความในคดีสามารถขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะปรับใช้แก่คดีของตนได้ แต่ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในกรณีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะต้องปรับใช้แก่คดีนั้น ผู้มีสิทธิร้องขอ คือ ศาลที่พิจารณาบุคคลที่เป็นคู่ความไม่มีสิทธิในการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะปรับใช้แก่คดีของตน แต่สิทธิของบุคคลในการขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเกิดขึ้นเมื่อเป็นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ โดยอาจจะเป็นกรณีที่กฎหมายเป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโดยตรงหรือเป็นฐานแห่งการใช้อำนาจที่เป็นวัตถุแห่งการร้องทุกข์ก็ได้ ในกรณีนี้เงื่อนไขในการที่บุคคลจะสามารถขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบมีการกำหนดไว้ในทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายอเมริกัน เช่น จะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงจากกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เงื่อนไขความเดือดร้อนเสียหายต้องมีอยู่ตลอดการพิจารณาของศาล

และสามารถเยียวยาแก้ไขได้ด้วยคำพิพากษาของศาล ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งเป็นภารกิจหลักของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

(3) เนื้อหาของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน ศาลจะพิจารณาแต่เพียงการปรับใช้กฎหมายนั้นแก่ข้อเท็จจริงว่าเป็นกรณีที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ แม้ในการตรวจสอบแบบ Facial Challenge ที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นการทั่วไปก็ตาม แต่ท้ายที่สุดศาลก็จะต้องวินิจฉัยว่าเมื่อปรับใช้กฎหมายนั้นแก่คดีแล้วเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาแต่เพียงตัวบทกฎหมายว่ามีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลที่พิจารณาคดีจะเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในคดีและมีคำพิพากษาที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

(3) ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันเกิดขึ้นในการพิจารณาคดีของศาล ผลของการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงผูกพันเฉพาะแก่คู่ความและข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น ไม่ได้มีผลทำให้กฎหมายนั้นสิ้นผลไปจากระบบกฎหมาย ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมัน กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันสิ้นผลไป และถือว่าไม่เคยเกิดมีขึ้นเลยในระบบกฎหมาย แม้การที่ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันน่าจะทำให้กิดปัญหาความไม่เป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย แต่ปัญหาความไม่เป็นเอกภาพนี้สามารถแก้ไขเยียวยาได้ด้วยหลัก stare decisis ซึ่งเป็นหลักความมีผลผูกพันของคำพิพากษาโดยคำพิพากษาของศาลสูงย่อมมีผลผูกพันต่อศาลล่างเสมือนเป็นกฎหมาย คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจึงมีผลผูกพันศาลทั้งปวงที่จะต้องมีคำพิพากษาเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในกรณีที่มีข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกัน

บทสรุป

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน และระบบกฎหมายเยอรมันมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญสืบเนื่องมาจากระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการกระจายอำนาจและการรวมอำนาจการตรวจสอบตามลำดับ ความแตกต่างของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน ประการแรก รูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันมีเพียงการตรวจสอบแบบรูปธรรมในการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น ประการที่สอง ในระบบกฎหมายอเมริกันเนื้อหาของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลพิจารณาจากการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเป็นหลักว่าเมื่อปรับใช้แล้วเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไปเท่านั้นว่ามีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประการสุดท้าย ผลของคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร และคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญมีผลทำให้กฎหมายนั้นเสมือนไม่เคยมีอยู่ในระบบกฎหมาย แต่คำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความและประเด็นในคดีเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเปรียบเทียบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะในส่วนของการตรวจสอบแบบรูปธรรมซึ่งเป็นลักษณะร่วมกันของทั้งสองระบบกฎหมายจะเห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันหลายประการ ประการแรก การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอเมริกันล้วนเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้แล้วทั้งสิ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้ศาลจะมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ศาลก็ไม่มีอำนาจในการ “แทรกแซง” และเข้าไปตรวจสอบร่างกฎหมายอันเป็นเขตแดนอำนาจของ

ฝ่ายนิติบัญญัติ ประการต่อมา ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิในการฟ้องคดีให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีทำนองเดียวกับสิทธิในการฟ้องคดีของบุคคลในระบบกฎหมายอเมริกัน เช่น การเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง ความจำเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคล เป็นต้น ซึ่งสะท้อนให้ถึงภารกิจสำคัญของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของราษฎรไม่ถูกล่วงละเมิด และศาลมีความจำเป็นในการเยียวยาแก้ไขความเสียหายจากการถูกล่วงละเมิดสิทธินั้นให้แก่ราษฎร

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

_____. รายงานการวิจัย เรื่อง การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย. คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

BOOKS

Alec Stone Sweet. Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe. New York : Oxford University Press, 2010.

Alexander Bickel. The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics. Connecticut : Yale University Press, 1986.

Donald P. Kommers. and Russell A. Miller. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd. ed. London : Duke University Press, 2012.

Erwin Chemerinsky. Constitutional Law : Principles and Policies. 4th ed. New York : Walters Kluwer, 2011.

Nigel Foster. and Satish Sule. German Legal System and Laws. 4rd. Ed. New York : Oxford University Press, 2010.

Werner Heun. The Constitution of Germany : A Contextual Analysis. Portland : Hart Publishing, 2011.

ARTICLES

Aharon Barak. “Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy.” Harvard Law Review 19. Vol. 116. (2002) : 20 - 21.

Bernd J. Hartmann. “How American Ideas Traveled : Comparative Constitutional Review at Germany’s National Assembly in 1848 – 1849.” Tulane European & Civil Law Review 23, Vol. 17, (2002) : 14

Carl Joachim Friedrich. “The Issue of Judicial Review in Germany.” 3 Political Science Quarterly 188, Vol. 43, (June 1928) : 5

Gerhard Casper. “Guardian of the Constitution.” Sounthern California Law Review 773. Vol. 53. (1980) : 775 - 776.

Hans G. Rupp. “Judicial Review in the Federal Republic of Germany.” The American Journal of Comparative Law 29. Vol. 9. (Winter 1960) : 36.

Hans Kelsen. “Judicial Review of Legislation.” The Journal of Politics 183. Vol. 4. (May 1942) : 187.

Heinrich Nagel. “Judicial Review in Germany.” The American Journal of Comparative Law 233. Vol. 3. (Spring 1954) : 234 – 235.

Mauro Capelletti. “Judicail Review in Comparative Perspective.” California Law Review 1017. Vol. 58. (October 1970) : 1036 - 1037

Mark E. Isserles. “Overcoming Overbreadth : Facial Challenge and the Valid Rule Requirement.” American Law Review 359. Vol. 48. (1998) : 360.

Richard H. Fallon. “Fact and Fiction about Facial Challenges.” California Law Review 915. Vol. 99. (August 2011) : 935.

William W. Van Alstyne. “A Critical Guide to Marbury v. Madison.” Duke Law Journal 1. Vol. 1969. (February 1969).