

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ

ความนำ

รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรอง “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” คือ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ซึ่งบัญญัติในมาตรา 20 ว่า

“มาตรา 20 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตาม ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีที่มิมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”

หลังจากนั้น บทบัญญัติในทำนองเดียวกันปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 22 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 มาตรา 25 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 30 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 30

เหตุที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะเพื่อใช้เป็นบท “อุดช่องว่าง” ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งมีเนื้อความสั้นๆ ไม่กี่มาตรา ให้สามารถใช้ประเพณีการปกครองฯ ไปอุดช่องว่างที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ผู้ที่เป็นต้นคิดเรื่องนี้ คือ พระยาอรรธการิณนิพนธ์ (พลโท อัมพรจินตกานนท์, ใน “อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรรธการิณนิพนธ์”, 2521, น. 32) ซึ่งเป็นประธานยกร่างธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502

ต่อมา เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ข้าพเจ้าเป็นผู้เสนอให้บัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวไว้ใน มาตรา 7 ดังนี้

“มาตรา 7 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตาม ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เหตุที่ข้าพเจ้าเสนอ เช่นนี้ก็เพราะตระหนักถึงประเพณีการปกครองที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหลายประการ อาทิ พระราชอำนาจ ตามนิติประเพณีในการทรงพิจารณาฎีการ้องทุกข์ที่ราษฎรถวาย พระราชอำนาจในภาวะวิกฤต ฯลฯ ซึ่งควรรับรองเอาไว้โดยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ 2550 ก็บัญญัติถ้อยคำทำนอง เดียวกันไว้ในมาตรา 7 ส่วนรัฐธรรมนูญฯ 2560 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันก็บัญญัติไว้ในวรรคสอง ของมาตรา 5 ความว่า

“เมื่อไม่มีบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตาม ประเพณีการปกครอง ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” โดยเพิ่ม คำว่า “ให้กระทำการนั้น” เข้ามาใหม่

อนึ่ง ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ก็บัญญัติรองรับ เรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 38 ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็บัญญัติไว้ในมาตรา 5

1. ประเพณีการปกครองในต่างประเทศ

1.1 ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ในประเทศคอมมอนลอร์

คำว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นคำที่รู้จักกันดีในนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักรัฐศาสตร์ค่ายคอมมอนลอร์ เช่นใน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา ฯลฯ ส่วนนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักรัฐศาสตร์ภาคพื้นยุโรปเรียกกฎแห่งความประพฤติขององค์กรทางการเมืองเหล่านี้ว่า “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional custom หรือ coutume constitutionnelle)

คนที่ใช้คำนี้คนแรก ๆ คือ ไดซี (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษผู้เรืองนามได้ประดิษฐ์ขึ้นเพื่อให้เห็นข้อแตกต่างกันระหว่างส่วนธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ซึ่งมีใช้กฎหมายกับส่วนกฎหมายของรัฐธรรมนูญ (law of the constitution) เพราะไดซีเห็นว่าคำว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional law) นั้นกว้างขวางและครอบคลุมทั้ง 2 ประการนี้เข้าไว้และในฐานะ “ครูสอนกฎหมาย” ไดซีเองจะไม่ยอมสอนเรื่องธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ แต่จะสอนเฉพาะกฎหมายของรัฐธรรมนูญเท่านั้น (ดู A.V.Dicey, 10th ed, 1959, pp.55. โดยเฉพาะ pp.22 - 32.) ซึ่งไดซี (Dicey) เห็นว่าได้แก่ “ความเข้าใจและยอมรับกัน (understandings) ความเคยชิน (habits) ทางปฏิบัติ (practices) ซึ่งถึงแม้จะกำหนดความประพฤติขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย ความประพฤติของรัฐมนตรี ของข้าราชการ ก็มีใช้กฎหมายแต่ประการใด เพราะศาลไม่ยอมรับบังคับให้” (1959, p24)

ศาสตราจารย์ ฮูด ฟิลลิปส์ (Hood Phillips) เห็นว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คือ “กฎแห่งการประพฤติปฏิบัติทางการเมือง ที่บุคคลทั้งหลายซึ่งถูกกฎนั้นบังคับ ถือว่ามีผลผูกพันตน แต่ซึ่งมิใช่กฎหมายเพราะศาลมิยอมรับบังคับตามกฎหมายเหล่านั้น หรือรัฐสภามิได้ยอมรับบังคับตามกฎหมายเหล่านั้นอย่างเป็นทางการ” (Hood Phillips, 1973, p77)

ส่วนศาสตราจารย์มาร์แชล (Geoffry Marshall) และ มู้ดดี (Graeme C. Moodie) เห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติทางรัฐธรรมนูญซึ่งบุคคลทั้งหลายผู้มีส่วนในระบบรัฐธรรมนูญนั้นเห็นว่ามิผลผูกพัน (binding) ตน แต่ซึ่งมิได้มีการบังคับโดยศาลหรือโดยเจ้าพนักงานรัฐสภา” (G Marshall & G.C. Moodie, 1971, p.23 - 24)

จากความหมายที่กล่าวข้างต้นนี้ ทำให้เราได้ลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่ามี 2 ประการ คือ

(1) เป็นทางปฏิบัติ (practice) หรือธรรมเนียมที่เคยประพฤติสืบต่อกันมาในทางการเมืองทั้ง ๆ ที่กฎหมายมิได้บังคับ เช่น ทางปฏิบัติที่ว่า พระมหากษัตริย์หรือพระราชินีนาถจะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบและรัฐบาลได้ทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ทั้งๆที่ทรงมีพระราชอำนาจทางกฎหมายที่จะทรงทำได้ หรือธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐธรรมนูญไทยก่อนปี 2540 ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรจะกราบบังคมทูลเสนอ และพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมือง หรือบุคคลอื่นที่ได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมาก

โดยมีหนังสือหัวหน้าพรรคร่วมรัฐบาลยืนยันการสนับสนุนให้ผู้นั้นเป็นนายกรัฐมนตรี ทั้งที่รัฐธรรมนูญถาวรเหล่านั้นมิได้บังคับให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือพระมหากษัตริย์ต้องทำหรือทรงกระทำเช่นนั้นเลย

(2) ทางปฏิบัตินั้นต้องมีผลผูกพัน (binding หรือมี *opinio necessitatis*) คือ องค์การการเมืองและบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องรู้สีกว่าตนผูกพันโดยธรรมเนียมปฏิบัติ นั้น ๆ และตนต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ธรรมเนียมปฏิบัติ นั้น ๆ กำหนดไว้ โดยเหตุนี้ ทางปฏิบัติ (practice) ที่ทำตามกันมาโดยผู้ทำไม่รู้สีกว่าตนต้องทำย่อมไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น ทางปฏิบัติที่ว่ามีการส่งมอบและรับมอบงานกันระหว่างผู้ที่พ้นตำแหน่งกับผู้ที่เข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ หรือทางปฏิบัติที่ว่ารัฐสภามักกำหนดสมัยประชุมให้อยู่ในช่วงเวลาใดหรือเกี่ยว เพราะช่วงนั้นประชาชนซึ่งเป็นเกษตรกรต้องทำงานหนักไม่มีเวลาให้สมาชิกรัฐสภาไปพบปะ ฯลฯ เหล่านี้เป็นตัวอย่างของทางปฏิบัติที่ไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษ เช่น ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งทางธรรมเนียมปฏิบัติ ธรรมเนียมที่ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ พระมหากษัตริย์จะทรงมีพระราชดำรัสจากพระราชบัลลังก์ (speech from the Throne) เป็นการแถลงนโยบายของรัฐบาลต่อสภา เป็นต้น

อนึ่ง มีข้อน่าสังเกตว่าที่บางท่านเข้าใจว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (constitutional conventions) นั้น จะปรากฏอยู่แต่ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีอย่างในประเทศอังกฤษเท่านั้น แต่แท้จริงแล้ว ธรรมเนียมปฏิบัติเช่นนี้มีอยู่ในทุกระบบรัฐธรรมนูญ แม้ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแก้ไขยากอย่างสหรัฐอเมริกา ก็ยังมีกฎเกณฑ์ความประพฤติทางการเมืองประเภทนี้อยู่ไม่น้อยกว่าที่ปรากฏในอังกฤษ (Dicey, p. 28 - 30) เช่น ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22 (amendment XXII) ถือว่าประธานาธิบดีสหรัฐจะดำรงตำแหน่งเกิน 2 วาระติดต่อกันมิได้ตามธรรมเนียมปฏิบัติที่ George Washington วางไว้ แต่เมื่อประธานาธิบดีรูสเวลต์เป็นประธานาธิบดีถึง 4 วาระ อันละเมิดธรรมเนียมปฏิบัตินี้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งเกินสองวาระต่อกัน

1.2 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (coutume constitutionnelle) หรือ (constitutional custom)

คำว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายมหาชนของประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายและซึ่งมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุด ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศเหล่านี้ก็คือ เมื่อมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรชัดเจนแล้ว จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังมีที่ใช้หรือไม่

ในเรื่องนี้ มี 2 กระแสความคิดที่ขัดแย้งกัน

กระแสแรก เห็นว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีได้ และมีลักษณะเป็นกฎหมายในตัวเอง กระแสความคิดนี้มีสำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักประวัติศาสตร์ของเยอรมันที่นำโดย Savigny ซึ่งถือว่าการที่ศาลรับจารีตประเพณีมาใช้บังคับเป็นการ “รับรู้” และ “รับรองให้ชัดเจน” ขึ้นเท่านั้น ไม่ใช่การ “สร้าง” กฎเกณฑ์ (Savigny, in *Archive de Philosophie de droit*, t 27, 1982)

กระแสที่สอง ปฏิเสธจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายในตัวเอง โดยถือว่าประเพณีการปกครองเป็นเพียงข้อเท็จจริง (fact) แต่จะมีผลก็ต่อเมื่อองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐในระบบกฎหมายยอมรับมาใช้บังคับ (Hart, H.L.A, แปลเป็นฝรั่งเศส, 1976, pp 62 - 65)

ในยุโรปถือว่าประเพณีการปกครองที่จะมีผลบังคับนั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการ ดังนี้

(1) มีการปฏิบัติ (practice) มาเป็นเวลาช้านานโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจจนมีสุภาษิตว่า “การกระทำครั้งเดียวไม่ใช่ประเพณี” (Une fois n'est pas coutume) ซึ่งข้อนี้ต่างจากในอังกฤษที่ถือว่า ถ้ามีฉันทามติยอมรับร่วมกันว่าจะปฏิบัติตามที่ตกลงกันนั้น ก็ทำให้เป็นประเพณีในครั้งเดียว ดังเช่น กรณี Statute of Westminster 1931 ที่อังกฤษยอมรับอิสรภาพและเอกราชของประเทศอดีตอาณานิคมที่เรียกว่า Dominion กรณีถือว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศที่ประเทศในเครือจักรภพยอมรับร่วมกัน ก็เป็นประเพณีทันที ไม่ต้องรอให้ปฏิบัติเป็นเวลาช้านาน แต่ในยุโรปยังคงถือว่าต้องปฏิบัติต่อเนื่องกันมานานพอสมควร องค์กรประกอบข้อนี้เป็นองค์ประกอบภาวะวิสัย (objective)

(2) องค์กรผู้ใช้อำนาจมีความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (*opinio necessitatis*) หรือความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย (*opinio juris*) ซึ่งเป็นองค์ประกอบอัตวิสัย (subjective) ของผู้เกี่ยวข้อง องค์กรประกอบข้อนี้ทำให้ประเพณีต่างจากมารยาทซึ่งควรทำ ไม่ทำก็ถือว่าไม่มีมารยาท แต่ไม่ผิดกฎหมาย

บทบาทประเพณีการปกครองในยุโรปนั้น นักนิติศาสตร์เห็นว่าประเพณีการปกครองอาจมีบทบาทเหมือนจารีตประเพณีทั่วไป คือ จารีตประเพณีช่วยตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร (coutume interpretative) ซึ่งนำไปช่วยให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจนขึ้นเมื่อมีปัญหาต้องตีความ เช่น ในรัฐธรรมนูญบัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ ซึ่งปกติใช้ในทางพระราชทานอภัยโทษทางอาญาให้ผู้ต้องคำพิพากษาให้รับโทษทางอาญา แต่พระมหากษัตริย์ไทยเคยทรงใช้พระราชอำนาจพระราชทานโทษอื่น เช่น โทษทางวินัยข้าราชการ หรือโทษทางวินัยนิสิต

การตีความ “พระราชทานอภัยโทษ” จึงต้องใช้ประเพณีการปกครองประกอบ การตีความว่ารวมถึงพระราชอำนาจพระราชทานอภัยโทษทางวินัยข้าราชการ วินัยนิติด้วย ในกรณีนี้ ประเพณีการปกครองก็จะมีศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ประเพณีการปกครองก็เหมือนจารีตประเพณี คือ นำประเพณีการปกครองมาใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร (*coutume suppletive*) เมื่อไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ในกรณีนี้ก็จะนำประเพณีการปกครองมาใช้เสริมบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจพิจารณาฎีการ้องทุกข์ของราษฎร หรือไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจทรงแก้วิกฤตรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ย่อมนำประเพณีการปกครองมาใช้ได้ ในกรณีนี้ประเพณีการปกครองก็จะมีศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ เพราะนำมาใช้เสริมรัฐธรรมนูญ

แต่ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อประเพณีการปกครองขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประเพณีการปกครองที่ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (*coutume contra legem*) จะมีได้หรือไม่ ซึ่งมี 2 ความเห็น คือ ความเห็นแรก เป็นนักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยม (Positivism) อย่าง Carré de Malberg เห็นว่าประเพณีการปกครองนี้เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ จึงปราศจากฐานทางกฎหมาย (Carré de Malberg, 1920, p 683, 686) แต่นักนิติศาสตร์ คือ Carbonnier (ดู Carbonnier, Jean, 1994, p 30) และนักรัฐศาสตร์ คือ Burdeau (ดู Burdeau, George, 1977, p 65) ยืนยันว่าประเพณีการปกครองเช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีการใช้บังคับแล้ว (*désuétude*) เพราะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรนั้นองค์กรที่เกี่ยวข้องต่างเชื่อกันว่าเป็นบทบัญญัติเก่าที่ถูกประเพณีการปกครองที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายใหม่ใช้บังคับแทนแล้ว (*opinio juris créant une règle nouvelle*) เรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 6/2543 วินิจฉัยว่า พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ไม่ต้องทรงไปเลือกตั้ง เพราะ “... ที่ผ่านมา พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด ... หากกำหนดให้ ... ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์” ดังนั้น มาตรา 68 ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งจึงไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศ์ นอกจากนั้นศาลยังได้อ้างพระราชหัตถเลขาพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ทรงขอให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมอยู่เหนือการเมือง ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 11 ด้วย แม้คำวินิจฉัยนี้ไม่ได้อ้าง

ประเพณีการปกครองฯ แต่เหตุผลและตรรกะที่ศาลใช้ย่อมแสดงให้เห็นชัดเจนว่าศาลใช้ประเพณีการปกครองฯ มาเป็นข้อยกเว้นมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้เลย จึงถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไทย เห็นว่าประเพณีการปกครองฯ ซึ่งขัดบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรโดยตรง (*coutume contra legem*) ใช้บังคับได้ในฐานะข้อยกเว้นที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

2. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2.1. ศาลฎีกากับประเพณีการปกครอง

ตั้งแต่มีการบัญญัติประเพณีการปกครองฯ ในธรรมนูญการปกครองฯ พ.ศ. 2502 มาตรา 20 ศาลฎีกาได้ใช้ประเพณีการปกครองฯ ในการพิพากษาคดีมาโดยตลอด อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2508 ศาลใช้ประเพณีการปกครองตามมาตรา 20 วินิจฉัยว่า การริบทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลและเจ้าของจะรู้เห็นในการกระทำความผิดหรือไม่ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายศาลการขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตั้งแต่ปี 2492 มาตรา 29 ที่ว่า บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งศาลอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2505 ซึ่งใช้ประเพณีการปกครองฯ วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกปอกและก็นำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2493 มาตรา 3 ที่ให้ริบทรัพย์สินที่ใช้ในการทำผิด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นของบุคคลใด และเจ้าของจะรู้เห็นด้วยในการกระทำความผิด ขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ใช้บังคับมิได้ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2506, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602 - 1603/2509, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1240/2514, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536) ฯลฯ แต่มีข้อสงสัยว่าศาลฎีกาใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ที่บัญญัติในทำนองเดียวกันในการวินิจฉัยดังจะเห็นได้จากที่ศาลฎีกาอ้างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 921/2536 ที่ว่า “อำนาจของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ดังกล่าวจึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรณคดี ซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศฉบับดังกล่าว ข้อ 2 และ ข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีใช้ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาลย่อมขัดประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษารรณคดีเป็นอำนาจศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้” ซึ่งทำให้มองว่าเป็น “ประเพณี

การปกครองฯ” หรือ “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป” (general principle of the constitutional law) ดังจะได้กล่าวต่อไป

2.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครอง

แม้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยอ้างว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 33 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ต่างบัญญัติบทสันนิษฐานว่าในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด “จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” (คำวินิจฉัยที่ 3/2559) แม้ต่อมาศาลจะได้อ้างหลักนิติธรรมไว้ด้วย ก็แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญก็ใช้แนวทางเดียวกับศาลฎีกาใน “การค้นห” ประเพณีการปกครองฯ ด้วยประการหนึ่งซึ่งต่างจากคำวินิจฉัยที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยที่ 7/2559 ที่ศาลใช้ทางปฏิบัติที่ปฏิบัติตามกันมาตั้งแต่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญเมื่อปี 2475 มาใช้ในการค้นหาประเพณีการปกครอง

แต่ในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงใช้ทางปฏิบัติที่องค์กรต่าง ๆ ทำมาโดยมีความเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตามเพราะมีผลบังคับเป็นประเพณี ดังเช่นที่กกต. เองก็ระบุในคำร้องขอให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติว่าการนำสมาชิกขึ้นสูงในพระราชวงศ์มาเกี่ยวข้องกับระบบการเมือง “จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อโบราณราชประเพณี ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมของชาติ... เนื่องจากพระบรมวงศานุวงศ์ทุกพระองค์ทรงอยู่ในหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมือง เป็นกลางทางการเมือง และไม่สามารถดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางการเมืองได้” ซึ่งเป็นการอ้างถึงประเพณีการปกครองโดยตรง ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ค้นหาทางปฏิบัติที่ทำตามกันมา (practice) โดยมีความเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตาม (*opinio necessitatis*) ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ที่ทรงปฏิบัติมาตั้งแต่ปี 2475 จนถึงปัจจุบัน ตลอดจนทางปฏิบัติขององค์กรทั้งหลายที่ไม่นำพระบรมวงศานุวงศ์เข้ามาเกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น กกต. เองก็ไม่ได้ถือว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ต้องทรงไปใช้สิทธิเลือกตั้งและ กกต. เองก็เชื่อว่าการนำพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์มาใช้ในการเสนอให้เป็นผู้สมควรได้รับเลือกเป็นนายกรัฐมนตรีทำไม่ได้ เพราะขัดต่อประเพณีการปกครองดังกล่าว จึงยื่นขอยุบพรรคการเมืองที่กระทำการขัดประเพณีการปกครอง

ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “สาระสำคัญซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของระบอบการปกครองประชาธิปไตยของไทย ได้ระบุไว้ในความของพระราชหัตถเลขาที่ 1/60 ลงวันที่

14 พุทธศักราช 2475 ที่ว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่เหนือการเมืองทั้งหลาย หลักการพื้นฐานดังกล่าว ถือเป็นทั้งเจตนารมณ์ร่วมของการสถาปนาระบอบการปกครองของไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เริ่มแรก และเป็นฉันทามติที่ฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่า พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงฐานะอยู่เหนือการเมือง โดยเฉพาะในแง่การไม่เข้าไปมีบทบาทเป็นฝ่ายต่อสู้แข่งขันรณรงค์ทางการเมืองอันอาจนำมาซึ่งการโจมตี ติเตียน และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยสมครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับราษฎร ที่เป็นหลักการพื้นฐานของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถึงแม้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งได้เว้นการบัญญัติจำกัดบทบาทของพระบรมวงศานุวงศ์ในทางการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่กระนั้นก็ได้ทำให้หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยฐานะของสมาชิกพระบรมราชวงศ์อันเป็นที่เคารพเหนือการถูกติเตียนและไม่ควรแก้ตำแหน่งการเมืองอันอาจกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องถูกลบทิ้งไปไม่ ดังปรากฏเป็นที่ประจักษ์ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และสอดคล้องกับหลักการที่ถือว่า พระมหากษัตริย์ “ทรงราชย์ แต่ไม่ได้ทรงปกครอง” (*reigns, but does not rule*) อันเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในนานาอารยประเทศ ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ การกระทำของผู้ถูกร้องย่อมมีผลให้หลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงราชย์ แต่ไม่ได้ทรงปกครองต้องถูกเขาะกร่อนบ่อนทำลายให้เสื่อมทรามไปโดยปริยาย”

ที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่าหลักความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นทั้ง “เจตนารมณ์ร่วม... และเป็นฉันทามติที่... ยอมรับปฏิบัติสืบต่อมา...” แสดงให้เห็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัยคือทางปฏิบัติ (*practice*) ที่ทำกันมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 และองค์ประกอบทางอัตวิสัยขององค์กรที่เกี่ยวข้องคือ เจตนารมณ์ร่วม หรือฉันทามติ อันเป็นความเชื่อที่จำต้องทำตาม (*opinio necessitatis*) มีอยู่ครบถ้วน

2.3 การค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อพิจารณาเหตุผลที่ศาลฎีกาใช้ประกอบเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ เราอาจสรุปได้ว่า ประเพณีการปกครองฯ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยครอบคลุม 2 สิ่งที่น่าสนใจที่ต่างประเทศที่แยกที่มาจากกัน คือ เป็นทั้ง

2.3.1 ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณี (convention หรือ custom) ซึ่งต้องพิสูจน์การปฏิบัติตามกันมา (practices) และความเชื่อว่าจะต้องทำตาม (*opinion necessitatis*) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง (ดังเช่นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543, 7/2559 และ 3/2562) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึง “การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมา” และมี “เจตนารมณ์ร่วม... เป็นฉันทามติ” ซึ่งสะท้อนทั้ง 2 องค์ประกอบของจารีตประเพณีไว้

ตัวอย่างของประเพณีการปกครองประเภทนี้ซึ่งไม่ต้องมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เลยมีหลายกรณี เช่น

ประเพณีการปกครองที่ว่า อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power) เป็นของพระมหากษัตริย์ (ดูคำวินิจฉัยที่ 7/2559 และบรรทัดที่ อรรถาธิบาย, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2548, หน้า 241 - 253) ต่อมาเมื่อให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชน โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 (ดูคำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 และบรรทัดที่, 2563, หน้า 145 - 154)

ประเพณีการปกครองฯ ที่พระมหากษัตริย์ทรงเปล่งพระปฐมบรมราชโองการเป็นเสมือนการทรงพระราชปฏิญาณ (royal oath) ต่อหน้ามหาสมาคมที่ประกอบด้วยคณะทูตานุทูต นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา และประธานศาลฎีกาว่าจะทรงยึดถือในการทรงราชย์ เมื่อขึ้นเสวยราชสมบัติในพระราชพิธีบรมราชาภิเษก

ประเพณีการปกครองฯ ที่รับรองพระราชอำนาจในภาวะวิกฤตทางการเมือง ดังเช่น กรณี 14 ตุลาคม 2516 และ 17 - 20 พฤษภาคม 2535 (บรรทัดที่, 2548, หน้า 184 - 185)

ประเพณีการปกครองฯ ที่รับรองพระราชอำนาจในการทรงพิจารณาฎีกา ร้องทุกข์ของราษฎร และมีพระบรมราชวินิจฉัยปลดปล่อยทุกข์ (บรรทัดที่, 2548, หน้า 185 - 186)

ประเพณีการปกครองฯ ที่พระราชทานอภัยโทษได้ทั้งทางอาญา ทางวินัย ข้าราชการ และวินยนิสิต ดังกรณีที่พระบาทสมเด็จพระมหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราชบรมนาถบพิตร พระราชทานอภัยโทษวินัยร้ายแรงให้อดีดประธานศาลฎีกา และคณะ โดยมีนายอานันท์ ปันยารชุน ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และพระราชทานอภัยโทษให้อดีดปลัดกระทรวงการคลังและอดีดปลัดกระทรวงวัฒนธรรม โดยมีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ การพระราชทานอภัยโทษ นิสิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 9 คน เมื่อปี 2506 ที่ถูกไล่ออก ให้ได้คืนสภาพนิสิต เมื่อสำนักผิดและขอขมา (วรรณวรรณ, 2540)

การหาข้อเท็จจริงที่เป็นทางปฏิบัติและความเชื่อว่าจะต้องทำตาม ต้องหาจากองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่โดยตรง และผู้เกี่ยวข้อง อาทิ ตัวอย่างที่ยกข้างต้น เป็นทางปฏิบัติที่พระมหากษัตริย์ สำนักพระราชวัง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างถือปฏิบัติกันมาโดยตลอด โดยเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตาม

ในกรณีที่เส้นทางปฏิบัติที่ทำตามกันมา แต่ไม่ได้มีความเชื่อว่าจะจำเป็นต้องทำตาม ก็อาจขาดองค์ประกอบที่จะเป็นประเพณีการปกครอง เช่น การทำตามมติคณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎร (วิป) การให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นประธานคณะกรรมการวิสามัญงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาผู้แทนราษฎร การขอความเห็นส่วนราชการประกอบเรื่องที่เสนอให้คณะรัฐมนตรี การจัดตำแหน่งเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์ ฯลฯ เหล่านี้ล้วนมีทางปฏิบัติที่ทำสืบต่อกันมา แต่ขาดความเชื่อว่ามีผลผูกพันให้ต้องทำตาม ก็ไม่ถือเป็นประเพณีการปกครอง

2.3.2 การเทียบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ : หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป

เนื่องจากประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับทั้งที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและที่ยกเลิกไปแล้ว ถึง 20 ฉบับ การพิจารณาบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับหรือหลายฉบับ ศาลฎีกาใช้วิธีนี้ในการหา “ประเพณีการปกครอง” มาตั้งแต่ต้นดังก้าวแล้วข้างต้น ในข้อ 2.1 ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยใช้วิธีนี้ในการหาประเพณีการปกครองในคำวินิจฉัยที่ 3/2559

ในต่างประเทศโดยเฉพาะฝรั่งเศส ทั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ใช้ในการค้นหา “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” (principes généraux de droit public) (ดู บวรศักดิ์, 2538, หน้า 266 - 273)

ดังนั้น ถ้าวิเคราะห์ตามทฤษฎีที่มาของกฎหมาย (théorie des sources de droit) สิ่งที่ศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ ในต่างประเทศถือว่าเป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป” แต่เมื่อศาลทั้ง 2 ถือว่าการที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับ หรือหลายฉบับบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวถือเป็นประเพณีการปกครอง เราจึงต้องสรุปว่า ตามกฎหมายที่ใช้อยู่จริงในประเทศไทย (positive law) ก็ต้องถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ ด้วย ตามที่ศาลทั้ง 2 ถือปฏิบัติในการวินิจฉัย จึงทำให้ประเพณีการปกครองฯ ในประเทศไทยประกอบด้วยกฎเกณฑ์ 2 ประการที่ต่างประเทศถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายคนละประเภท คือ ทางปฏิบัติที่มีผลผูกพันให้ต้องทำตาม ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่ง กับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปที่เกิดจากการสกัดหลักการที่รัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรอง อีกประการหนึ่ง

วิธีหาหลักกฎหมายกฎหมายทั่วไปนั้น ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม และข้าพเจ้าได้เคยเขียนไว้ในหนังสือคำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 (วิชณุ เครืองาม, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2520, หน้า 167-168)

“ก. นำร่างรัฐธรรมนูญของไทยฉบับก่อน ๆ มาเปรียบเทียบ เพื่อหาหลักเกณฑ์ร่วมกัน เช่น คณะกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยปฏิบัติเช่นนี้ และเห็นว่ารัฐอาจเวนคืนที่ดินของเอกชนได้ เพื่อประโยชน์บางประการ

ข. หลักเกณฑ์ร่วมกันนั้นต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ และบทบัญญัติในธรรมนูญการปกครองนี้ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น แม้ประชาชนชาวไทยจะเคยมีสิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่เมื่อสิทธิเช่นนี้ ขัดต่อเจตนารมณ์ และบทบัญญัติตามธรรมนูญการปกครองนี้ สิทธิดังกล่าวไม่เป็นประเพณีการปกครองตามมาตรา 30

ค. การค้นหาประเพณีการปกครองฯ ควรยึดประเพณีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาอย่างเดียวกัน ต่อเมื่อไม่พบประเพณีการปกครองแล้ว จึงต้องไปค้นหาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาโดยเหตุอื่น เช่นจะนำรัฐธรรมนูญฉบับร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเทียบเคียงกับฉบับที่ร่างโดยคณะปฏิวัติและถือเป็นอันยุติตามนั้น เช่นนี้หาควรไม่

ง. สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียวไม่ควรถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ เช่น รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 กำหนดให้มีผู้ตรวจเงินแผ่นดินของรัฐสภาซึ่งเป็นของใหม่ ซึ่งมีเพียงครั้งเดียวก็เป็นอันถูกยกเลิกไป ดังนี้ไม่ควรถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ แล้ว

จ. สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียว แต่เป็นการยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองมาก่อน ดังนี้อาจถือว่าสิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองใหม่นั้นเป็นประเพณีการปกครองฯ ได้ เช่นเคยมีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 และก่อนหน้านั้นบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่มากกว่าเก้าคน แม้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2511 ก็บัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกินเก้าคน จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2517 จึงมีบทบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกิน 15 คน ดังนี้ถือได้ว่าจำนวนองคมนตรีล่าสุดนี้เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้ว (หยุด แสงอุทัย, 2516, หน้า 158)

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยวินิจฉัยในเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยไว้ด้วย โดยการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่แล้ว ๆ มาเปรียบเทียบกันดู และที่ประชุมครุฑคณะของคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า รัฐจะเวนคืนที่ดินได้ก็เพื่อประโยชน์ 4 ประการ คือ (1) เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค (2) เพื่อการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศโดยตรง (3) เพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ (4) เพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างอื่น (ความเห็นนี้ได้ให้ไว้ก่อนใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2511)”

2.4 ผู้มีอำนาจกระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ

2.4.1 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดแจ้ง

ธรรมนูญการปกครองฯ 2502 บัญญัติไว้ในมาตรา 20 ว่า

“มาตรา 20 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้น ในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”

บทบัญญัตินี้ปรากฏข้อความเดียวกันในธรรมนูญการปกครองฯ 2515 มาตรา 22 รัฐธรรมนูญฯ 2519 มาตรา 25 ก็ใช้ข้อความทำนองเดียวกับธรรมนูญการปกครองฯ 2520 มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองฯ 2534 มาตรา 30 และรัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ 2549 ก็เช่นกัน

รัฐธรรมนูญชั่วคราวทั้ง 6 ฉบับ ต่างกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรณีธรรมนูญปี 2502) สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาพัฒนาการปกครองแผ่นดิน (กรณีรัฐธรรมนูญฯ 2519) เป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าอะไรคือประเพณีการปกครองฯ หรือวินิจฉัยว่าสิ่งนั้นเป็นประเพณีการปกครองฯ หรือไม่ ซึ่งหมายความว่า หากไม่มีปัญหาที่ไม่ต้องใช้ มาตรานี้ องค์การที่มีอำนาจก็กระทำหรือไม่กระทำไปตามประเพณีได้เอง โดยไม่ต้องขอให้วินิจฉัย อาทิ สำนักองคมนตรีและสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็ดำเนินการแก้ไขทุกข์ให้ราษฎรตามที่ทรงมี พระบรมราชวินิจฉัยไปตามที่ดำเนินการมา ต่อเมื่อมีผู้โต้แย้งว่าทำไม่ได้หรือทำไม่ถูกต้องตามประเพณี จึงเป็นกรณีที่มีปัญหา ซึ่งอาจทำให้ต้องขอให้สภาฯ วินิจฉัย

อนึ่ง มีข้อนำสังเกตถ้อยคำที่ว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งทำให้ต้องตีความว่าต้องนำประเพณีในระบอบประชาธิปไตยที่ใช้อยู่ในประเทศ ไทยมาใช้ ไม่อาจนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศอื่นหรือของสากลมาใช้ เว้นแต่ ประเพณีนั้นจะตรงกับประเพณีการปกครองฯ ที่ใช้ในประเทศไทย นอกจากนั้นคำว่า “อันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข” เพิ่งเริ่มใช้ในรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2549 และใช้อย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งแสดงว่า ต้องนำประเพณีการปกครองเกี่ยวกับพระราชสถานะ บทบาท และพระราชอำนาจตามประเพณีฯ มาใช้ด้วย

แต่ในปี 2557 รัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ 2557 เปลี่ยนแปลงองค์การที่มี อำนาจวินิจฉัยโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า

“มาตรา 5 เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้น ในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้น นอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือ ศาลปกครองสูงสุด จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

เป็นอันว่ารัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ได้ให้อำนาจนี้ตกอยู่แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2560 ศาลรัฐธรรมนูญก็ใช้ประเพณีการปกครองฯ วินิจฉัย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ดังกล่าว ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าเกิดประเพณีการปกครองฯ ขึ้นว่า ในกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจนี้ตามประเพณีการปกครองฯ ที่ยึดถือกันมาตั้งแต่คำวินิจฉัยที่ 6/2543, 3/2559, 7/2559 และ 3/2562

2.4.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติองค์การที่กระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ

รัฐธรรมนูญถาวรทุกฉบับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540, 2550, และฉบับปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติองค์การที่กระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ ไว้ จึงควรแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณี “การกระทำ”

รัฐธรรมนูญ 2560 เป็นฉบับที่บัญญัติให้ “กระทำการนั้น” เหมือนรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ซึ่งเป็นฉบับแรกที่บัญญัติเช่นนี้ จึงทำให้การตีความชัดเจนขึ้นว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ องค์การผู้ใช้อำนาจก็ใช้ประเพณีการปกครองฯ กระทำการไปได้เลย โดยไม่ต้องขอให้มีการวินิจฉัยเพราะยังไม่มี “ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าทั้งรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 และรัฐธรรมนูญ 2560 ให้อำนาจนี้แก่องค์การที่ต้องกระทำหรือต้องไม่กระทำตามประเพณีการปกครองฯ เป็นผู้ตีความและใช้อำนาจไปได้เลย หากไม่มีผู้โต้แย้ง ก็ไม่มีปัญหาให้องค์การผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยเข้ามายุ่งเกี่ยว แต่ถ้ามีผู้โต้แย้ง กรณีก็เป็นเรื่อง “มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย” ว่ากระทำการนั้นได้ตามประเพณีการปกครองฯ หรือไม่ หรือประเพณีดังกล่าวมีสาระและขอบเขตเพียงใด กรณีก็ต้องส่งให้องค์การผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยเป็นผู้ชี้ขาด

(2) กรณี “วินิจฉัย”

การ “วินิจฉัย” จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีผู้โต้แย้งองค์การผู้ใช้อำนาจกระทำการตามประเพณีการปกครองฯ หรือมีเหตุอื่นที่ต้องนำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ เช่นมาใช้ในการตัดสินคดีของศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ย่อม “วินิจฉัย” ไปตามประเพณีการปกครองฯ ได้ภายในเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็สามารถนำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีที่มาถึงศาลได้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีการโต้แย้ง เพราะถ้อยคำในบทบัญญัติที่ว่า “ให้...วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ไม่ได้ระบุว่าต้องมีการโต้แย้งเกิดขึ้นแต่อย่างใด

แต่ในกรณีที่มีการโต้แย้งกัน เช่น ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีไม่ผ่านสภาผู้แทนราษฎร แต่คณะรัฐมนตรีไม่ลาออก แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าตามประเพณีการปกครองฯ คณะรัฐมนตรีต้องลาออก กรณีก็เกิดการโต้แย้งกันขึ้น กรณีนี้ก็ให้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยตามประเพณีการปกครองฯ ที่ถือมาตั้งแต่ ปี 2543 ตามคำวินิจฉัยที่ 6/2543 และตอกย้ำโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 มาตรา 5

2.5 ศักดิ์ (hierarchy) ของประเพณีการปกครองในระบบกฎหมาย

เมื่อรัฐธรรมนูญ 2540, 2550 และ 2560 ต่างก็บัญญัติรับรองประเพณีการปกครองฯ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ 2560 นำบทบัญญัติที่รับรองประเพณีการปกครองฯ มาบัญญัติไว้เป็นวรรคสองของมาตรา 5 อันว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องถือว่า ประเพณีการปกครองฯ มีศักดิ์หรือฐานะเท่ากับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ซึ่งหมายความว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นก็ดี กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองฯ ย่อมใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 5 และปัญหาที่ว่านี้ก็อาจนำไปสู่การใช้มาตรา 148 ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติที่ขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ หรือหากกฎหมายประกาศใช้แล้วก็ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 212 หรือมาตรา 231 (1)

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเรียกบรรดากฎหมายสูงสุดทั้งที่เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีผลไปใช้ควบคุมอำนาจนิติบัญญัติว่า “กลุ่มกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ” (bloc constitutionnel) (ดูบรรทัด, 2538, หน้า 272)

ดัชนีค้นคำ

convention of the constitution	2
coutume constitutionnelle	2, 3
<i>opinio juris</i>	4, 5
<i>opinio necessitates</i>	3, 4, 7, 8
การค้นหาคำประเพณีการปกครองฯ	7, 8, 11
ความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ดู “เจตนารมณ์ร่วม”	4
และ “ฉันทามติ” ประกอบด้วย	
ความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย	4
จารีตประเพณีช่วยตีความกฎหมาย	4
จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	2, 3, 4
ทางปฏิบัติ	2, 3, 7, 8, 9, 10
ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ	2, 3
ผลผูกพัน	2, 3, 10
พระปฐมบรมราชโองการ	9
พระราชอำนาจในภาวะวิกฤต	1, 9
พระราชอำนาจพิจารณาฎีการ้องทุกข์	5
พระราชอำนาจอภัยโทษ ทางวินัยข้าราชการ	4, 5, 9
พระราชอำนาจอภัยโทษ ทางวินัยนิสิตนักศึกษา	4
พระราชอำนาจอภัยโทษ ทางอาญา	4, 9
ศักดิ์ของประเพณีการปกครอง	13
ศาลฎีกากับประเพณีการปกครอง	6
ศาลรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครอง	7
หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป	6, 10
หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป	10, 14
อุดช่องว่าง	1

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งประเภทกฎหมายมหาชน - เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, กรุงเทพฯ : พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์นิติธรรม
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ, สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, แก้ไขเพิ่มเติม 2563
- พลโทอัมพร จินตกานนท์, “ท่านเจ้าคุณอรรถการีย์นิพนธ์” หนังสือ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์), โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2521
- วรรณวรรณ ประพัฒน์ทอง, พระราชอำนาจในการพิจารณาฎีการ้องทุกข์, วิทยานิพนธ์, กรุงเทพฯ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540
- วิชญ์ เครื่องงาม, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520, กรุงเทพฯ : นำอักษรการพิมพ์ 2520
- ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย, ธนบุรี : แสงสุทธิการพิมพ์, 2516

ภาษาต่างประเทศ

- Burdeau, Georges, *droit constitutionnel et institutions politiques*, 18 ed, Paris, LGDJ., 1977
- Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie Générale de l Etat*, Tome I, Paris, CNRS, 1920
- Carbonnier, Jean, *Sociologie juridiques*, Paris, PUF, 1994
- Dicey A.V., *An Introduction of the study of the Law of the Constitution*, 10th ed, 1959, Mc millan, New York
- G. Marshall & G.C. Moodie, *Some problems of the Constitutional*, London : Hutchinson, 5th ed, 1971
- Hant, H.L.A., *Le Concept de droit*, traduction française, Bruxella Fauté Univ. Saint - Louis, 1976
- Hood Phillips, *Constitutional and administrative law*, London : Stevens & Son, 5th ed, 1973
- Savigny, F.K Von, “la théorie des sources du droit dans l’Etat historiques”, in *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982