

คำวินิจฉัยของ นายปรีชา เถลิมาวิชัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ ๕๔/๒๕๕๒

วันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๕๒

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี และวุฒิสภาในกรณีการให้ความเห็นชอบรายชื่อตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ตามคำร้องของนายกรัฐมนตรี

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๐ ได้มีบทบัญญัติในหมวด ๘ ส่วนที่ ๔ ให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามมาตรา ๒๗๖ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองและประธานศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ องค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ตามมาตรา ๒๗๕ และสำนักงานศาลปกครอง ตามมาตรา ๒๘๐

โดยที่บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๓๔ (๓) ได้บัญญัติให้ดำเนินการจัดตั้งศาลปกครอง ตามมาตรา ๒๗๖ ให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ รัฐบาลจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ ต่อสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัตินี้แล้ว และประกาศในราชกิจจานุเบกษามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๒ เป็นต้นไป แล้ว

ตามเอกสารที่ประธานรัฐสภาส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญได้ความว่า บทเฉพาะกาลในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ บัญญัติให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามกฎหมาย ฯ ที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เกินยี่สิบสามคนโดยให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และให้นำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกในขั้นที่สุดเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภา เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งต่อไป

คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ดำเนินการคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามกฎหมาย ฯ เพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คนแล้ว นำรายชื่อเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไปตามหนังสือสำนักงานศาลปกครอง ที่ สป ๐๐๐๑/๖๕๓ ลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๒

นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ดังกล่าวเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อขอความเห็นชอบ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๑/๖๑ (พิเศษ) ลงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๒

ต่อมาประธานวุฒิสภาแจ้งผลการประชุมวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้ง ๒๓ คน ตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีว่าได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ตามบัญชีรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้น ไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่ได้บัญญัติยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าวโดยที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ได้ ดังนั้น ที่ประชุมจึงมีมติไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่เสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ และได้ส่งรายชื่อดังกล่าวคืนมายังนายกรัฐมนตรีพิจารณาดำเนินการต่อไป ตามหนังสือวุฒิสภา ที่ สว ๐๐๐๘/๓๑๒๒ ลงวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒

เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภามีบันทึกเสนอความเห็นเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวข้างต้นต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาดำเนินการต่อไปดังนี้

๑. บันทึกความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปใจความได้ว่า

๑.๑ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ได้ให้ความเห็นชอบและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ประกาศในราชกิจจานุเบกษามีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว โดยรัฐสภาตระหนักดีว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองและคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามมาตรา ๒๗๗ และมาตรา ๒๗๕ ซึ่งเป็นบทบัญญัติสำหรับใช้ในกรณีปรกติหลังจากศาลปกครองมีตุลาการในศาลปกครองครบถ้วนและเปิดทำการแล้ว แต่ในครั้งแรกที่ยังไม่มีตุลาการในศาลปกครอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าให้ดำเนินการอย่างไร แต่เพื่อให้การจัดตั้งศาลปกครองสามารถกระทำได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐสภาโดยเฉพาะวุฒิสภาจึงได้แปรญัตติแก้ไขปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ โดยกำหนดสาระสำคัญให้มีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ และมาตรา ๑๐๐ ของพระราช

บัญญัติดังกล่าว ดังนั้น จึงพอถือได้ว่า คณะกรรมการของวุฒิสภาเป็นผู้พิจารณากำหนดรายละเอียดวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกและหลังจากมีตุลาการในศาลปกครองแล้วจึงจะดำเนินการให้มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ขึ้น ดังนั้น ความเข้าใจที่ว่า การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกโดยไม้อาจมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) จึงเป็นที่ยอมรับตั้งแต่ชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว และสมาชิกวุฒิสภาก็เคยหยิบยกปัญหาว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชั้นพิจารณา แต่เมื่อคณะกรรมการได้ชี้แจงแล้ว สมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากจึงได้ลงมติเห็นชอบกับวิธีการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกดังกล่าว ดังนั้น บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกตามมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ และมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยไม่ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจึงไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นบทบัญญัติที่วุฒิสภาเป็นผู้บัญญัติขึ้นและได้ให้ความเห็นชอบแล้ว

ดังนั้นวุฒิสภาซึ่งมีหน้าที่ให้ความเห็นชอบแก่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับการคัดเลือกครั้งแรกตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ประกอบมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง จึงไม่มีเหตุที่จะอ้างว่าการปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ครบถ้วนของรัฐธรรมนูญ เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ ในทางตรงข้ามหากไม่มีการดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมต้องถือว่าเป็นการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

๑.๒ บทบัญญัติตามมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มีลักษณะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ บัญญัติให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมิได้มีบทเฉพาะกาลบัญญัติเรื่องการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองครั้งแรกไว้ ซึ่งมีใช่เรื่องที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในปัญหานี้เสียก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น แต่มีความประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองเกิดขึ้นภายในเวลาที่กำหนด จึงจำเป็นที่จะต้องมีตุลาการศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรก และเป็นภาระหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะต้องสร้างกลไกไว้ในกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ แต่เป็นสิ่งจำเป็นต้องมีเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ กรณีเช่นนี้จึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมิใช่เป็นการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่ประการใด

รัฐสภาจึงต้องใช้หลักการดังกล่าวตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญส่วนที่ว่าด้วยศาลปกครอง โดยกำหนดวิธีการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในวาระแรกขึ้น จึงต้องถือว่ารัฐสภาได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ตรากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ในการจัดตั้งศาลปกครอง

๑.๓ ข้อเสนอแนะทางแก้ไขปัญหา

๑.๓.๑ การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อเพิ่มบทเฉพาะกาล ดังได้กล่าวมาข้างต้นว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ เป็นบทบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ บังคับใช้ได้ครบถ้วนตามเจตนารมณ์ไม่ใช่กรณีที่เป็นปัญหาว่ามาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อให้มีกระบวนการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำเป็นต้องดำเนินการ หากมีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังมีปัญหาอีกว่า สภาผู้แทนราษฎรและรัฐสภาในปัจจุบันซึ่งเป็นองค์กรเดิมที่เคยให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและต้องห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรกตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ยกเลิกไปจะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้หรือไม่

๑.๓.๒ การส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรี จึงไม่อาจดำเนินการตามบทบัญญัติในมาตรา ๒๖๒ ส่งร่างพระราชบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ และกรณีเป็นเรื่องการดำเนินการของวุฒิสภาโดยคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนั้น การอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๖ ซึ่งใช้สำหรับในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงต้องเป็นปัญหาขององค์กรนั้นโดยตรง คณะรัฐมนตรีจึงไม่ใช่องค์กรที่จะเสนอปัญหาดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

๒. บันทึกความเห็นของสำนักงานศาลปกครอง สรุปใจความได้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ กำหนดให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครอง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ซึ่งองค์ประกอบของ ก.ศป. ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติไว้ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกได้ แต่โดยที่ไม่มีบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญยกเว้นการใช้บังคับตามมาตรา ๒๗๗

มาตรา ๒๗๕ ดังกล่าว จึงทำให้การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองครั้งแรกเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ น่าจะมีเรื่องที่รัฐธรรมนูญ มีเจตนารมณ์ที่จะให้แก้ไขรัฐธรรมนูญเสียก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง แต่น่าจะเกิดจากความพลั้งเผลอหรือความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นส่วนสำคัญ

ปัญหานี้เคยมีสมาชิกวุฒิสภาได้หยิบยกขึ้นพิจารณามาแล้วในชั้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่สมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากได้ลงมติให้เป็นไปตามร่างมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ โดยเห็นว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ตามมาตรา ๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็ไม่มีสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒ (๑) เพื่อเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อวุฒิสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จนมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว วุฒิสภาจึงต้องดำเนินการตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้ คือต้องให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอเพราะไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ให้อำนาจวุฒิสภาส่งรายชื่อดังกล่าวคืนนายกรัฐมนตรีโดยอ้างว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๓. บันทึกความเห็นของสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สรุปใจความได้ว่า บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ เป็นกฎหมายที่ออกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงไม่สามารถที่จะบัญญัติสิ่งใดให้เป็นการยกเว้นการใดที่จะต้องทำตามรัฐธรรมนูญได้ คงได้แต่บัญญัติเท่าที่จะทำได้ตามสภาวะการณ์ ซึ่งมีได้ทำให้ผู้ใดมีอำนาจที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือปฏิบัติให้ผิดไปจากรัฐธรรมนูญได้ การที่วุฒิสภาประสบปัญหาว่าบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในชั้นพิจารณาของวุฒิสภามาก่อนนั้น วุฒิสภาก็ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้เพราะถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ และองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ถ้าจะแก้กฎหมายให้มี ก.ศป. ขึ้น โดยกำหนดให้ ก.ศป. ประกอบด้วยบุคคลอื่นก็จะขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ จึงจำเป็นต้องให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปก่อน โดยสมาชิกวุฒิสภาอาจเข้าชื่อกันร้องต่อประธานวุฒิสภาเพื่อเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒ แต่ก็ไม่มีสมาชิกวุฒิสภาดำเนินการดังกล่าว

การดำเนินการตามมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ แม้จะถือว่าเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายและตีความกฎหมายไปในทางที่จะเกิดผลปฏิบัติได้มากที่สุดแต่ในการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภา วุฒิสภาก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยเคร่งครัดเพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

อนึ่ง ก่อนหน้านี้ เคยมีปัญหาว่าเมื่อศาลฎีกาได้ส่งรายชื่อบุคคลที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้เป็นผู้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาให้วุฒิสภา จำนวน ๕ คน แล้ววุฒิสภาจะตรวจสอบและไม่ให้ความเห็นชอบได้หรือไม่ ซึ่งวุฒิสภาได้มีมติว่ากรณีเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา จึงได้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ากรณียังไม่เป็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัย หากวุฒิสภาเห็นอย่างไรก็ให้ดำเนินการไปซึ่งผลการวินิจฉัยดังกล่าวช่วยอภัยผูกพันวุฒิสภามาตรา ๒๖๘ ประกอบมาตรา ๓๒๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย วุฒิสภาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อีก (หนังสือของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ สผ ๐๐๐๑/๕๘๒๗ ลงวันที่ ๑๘ พฤศจิกายน ๒๕๕๐) ปัญหาในเรื่องนี้ของวุฒิสภาก็เช่นเดียวกัน วุฒิสภาจึงไม่อาจส่งปัญหาดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อีก

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงถึงทางตัน ไม่อาจดำเนินการต่อไปตามกระบวนการตามกฎหมายที่มีอยู่ได้ แต่มีหนทางเดียวคือคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาต้องร่วมมือกันแก้ไขเพิ่มเติมบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญในประเด็นเดียวคือ แต่งตั้งคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ขึ้น โดยจะมีองค์ประกอบอย่างไรสุดแต่จะคิดกัน เพื่อทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบแก่ตุลาการศาลปกครองชุดแรกเท่านั้น หากจะแก้ไขด้วยวิธีอื่น ๆ ตามที่มีผู้เสนอก็คงเสี่ยงต่อการคัดค้านที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง ความวุ่นวายสับสนก็จะเกิดขึ้นจนยากที่จะแก้ไขได้

นายกรัฐมนตรีได้พิจารณาบันทึกของส่วนราชการที่เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้วจึงตกลงใจส่งปัญหาในคดีนี้ไปให้ประธานรัฐสภา เพื่อเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๖ โดยทำหนังสือกำหนดปัญหาที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ๒ ข้อ ดังนี้

๑. เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและนายกรัฐมนตรีกับวุฒิสภาเช่นนี้และเป็นกรณีที่ถือว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ เป็นการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญ การที่คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แทนการให้ความเห็นชอบของ

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองแล้วเสนอบัญชีรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกให้นายกรัฐมนตรีเสนอไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เป็นกรณีที่สามารถปฏิบัติหรือดำเนินการได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

๒. ไม่ว่าคำวินิจฉัยในประเด็นข้อ ๑ จะเป็นประการใดก็ตามการที่วุฒิสภามีมติในคราวประชุมครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ ไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อวุฒิสภาไว้พิจารณาให้ความเห็นชอบโดยอ้างว่าการเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ตามบัญชีรายชื่อที่นายกรัฐมนตรีเสนอนั้น ไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ และรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติยกเว้นให้วุฒิสภาสามารถให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าวโดยที่ยังมิได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ได้ การมีมติไม่รับเรื่องโดยเหตุผลดังกล่าวเป็นการปฏิบัติหรือดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ทั้งนี้ ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๑/๖๗ (พิเศษ) ลงวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๒ ประธานรัฐสภาพิจารณาคำขอของนายกรัฐมนตรีแล้วเห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เป็นปัญหาข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและนายกรัฐมนตรีอันอาจเป็นผลให้การจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปด้วยความล่าช้าและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เมื่อนายกรัฐมนตรีและวุฒิสภามีข้อจำกัดจนไม่สามารถเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ เพื่อเป็นการยุติปัญหาข้อโต้แย้งโดยเร็วอันจะก่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติและประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลปกครองซึ่งจะมีการจัดตั้งขึ้นตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ประธานรัฐสภาจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องของนายกรัฐมนตรี

ศาลรัฐธรรมนูญได้ประชุมปรึกษาแล้ว

(๑) มีมติเห็นควรรับเรื่องตามหนังสือของประธานรัฐสภาไว้ดำเนินการต่อไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๑๐ ด้วยคะแนนเสียง ๑๒ ต่อ ๑

(๒) ประธานรัฐสภามีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๖๖ เพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยด้วยคะแนนเสียง ๘ ต่อ ๓

ผู้ทำคำวินิจฉัยเป็นผู้ออกเสียงฝ่ายข้างน้อยทั้งสองครั้ง จึงทำคำวินิจฉัยส่วนตนดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ได้พิจารณาแล้ว ปัญหาตามหนังสือที่นายกรัฐมนตรีส่งไปยังประธานรัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามข้อ ๑ ข้อ ๒ ดังกล่าว ไม่มีข้อความตอนใดกล่าวถึงเลยว่าการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ หรือไม่ ทั้งๆ ที่กระบวนคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักกฎหมาย นักวิชาการ และสื่อมวลชนทั้งหลายว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาปัญหาตามข้อ ๑ ข้อ ๒ ดังกล่าวข้างต้นแล้ว พอสรุปสาระสำคัญของปัญหาได้ ๒ กรณี คือ

๑. การที่นายกรัฐมนตรีได้ส่งรายชื่อตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ที่ได้รับการคัดเลือกตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ โดยยังไม่ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ ไปยังวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ เป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

๒. การที่วุฒิสภามีมติไม่รับรายชื่อตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ตามที่นายกรัฐมนตรีแจ้งมาโดยยังไม่ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญและส่งรายชื่อดังกล่าวคืนนายกรัฐมนตรี เป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

จึงเห็นว่าปัญหาดังกล่าวที่ประธานรัฐสภาส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญ มีลักษณะไม่ตรงกับปัญหาที่แท้จริงตามที่วงการต่างๆ กำลังวิพากษ์วิจารณ์ถกเถียงกันอยู่ กล่าวคือ กรณีกลับเป็นประธานรัฐสภาได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๖ ส่งปัญหาดังกล่าวมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยอ้างว่ามีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและนายกรัฐมนตรีกับวุฒิสภา ซึ่งฝ่ายแรกไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายหลังเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒ (๑) (๓) ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๓ สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และนายกรัฐมนตรีก็มีสิทธิดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๖๒ (๑) (๓) ส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ส่วนร่างพระราชบัญญัติที่ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วมีช่องทางที่จะส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยก็เฉพาะตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕๗ มาตรา ๑๕๘ มาตรา ๒๖๕ เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามบันทึกของสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาว่า ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการเสนอปัญหาตามมาตรา ๒๖๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่หรือไม่ ต้องเป็นปัญหาหรือกรณีพิพาทขึ้นแล้วเท่านั้น เมื่อปัญหานี้ผ่านขั้นตอนตามมาตรา ๒๖๒ (๑) (๓) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาแล้ว กรณีจะถือว่าเป็นปัญหาก็ต้องเป็นความขัดแย้งกันในเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน มิฉะนั้นก็ต้องเป็นการเสนอตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕๗ มาตรา ๑๕๘ มาตรา ๒๖๕ หรือช่องทางอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น ผู้ทำคำวินิจฉัยจึงเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับปัญหาดังกล่าวไว้วินิจฉัย เป็นเหตุผลที่ควรยกคำร้องประการหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังก้าวล่วงเข้าไปยกประเด็นว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นปัญหาหลักที่ได้แย้งกันขึ้นมาวินิจฉัยเองไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องนอกคำร้องนอกประเด็นไปเลย ซึ่งถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญยกประเด็นดังกล่าวขึ้นวินิจฉัย เท่ากับศาลรัฐธรรมนูญขยายขอบเขตอำนาจเข้าไปวินิจฉัยปัญหาได้ตามอำเภอใจ อันแสดงถึงอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาดและอำนาจสูงสุดของศาลรัฐธรรมนูญที่แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติเปิดช่องไว้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สมควรใช้ เพราะมิใช่อำนาจตามระบอบการปกครองประชาธิปไตยทั่วไป

ประการที่สอง สาระสำคัญของปัญหาอยู่ที่ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ เป็นการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับกรณีเช่นนี้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับแก้คดี เช่น ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ อาจประสบปัญหาในการใช้กฎหมายในแง่การค้นหากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จะนำมาปรับกับข้อเท็จจริงหรือปัญหาที่เกิดขึ้น อันเป็นขั้นตอนที่พ้นจากขั้นตอนฟังข้อเท็จจริงจนเป็นที่ยุติแล้ว แต่ยังไม่ถึงขั้นตอนชั่งน้ำหนักอันเป็นขั้นตอนสุดท้าย โดยอาจพิจารณาได้ ๓ แนวทาง ได้แก่

๑. การใช้หรือตีความตามตัวอักษร เมื่อบทบัญญัติชัดเจนแน่นอน ก็ให้ใช้กฎหมายตามความหมายตามตัวอักษร

๒. การใช้หรือตีความตามเจตนารมณ์ เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายเคลือบคลุม ไม่ชัดแจ้งอ่านแล้วอาจมีความหมายได้หลายนัย หรือข้อความในบทบัญญัติขัดกันอย่างเห็นได้ชัดก็ต้องมีการตีความกฎหมายนั้น เพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงถูกต้องหรือเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

๓. การใช้วิธีอุดช่องว่างกฎหมาย เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายจะยกมาปรับแก้คดีก็ต้องมีการใช้บทบัญญัติของกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย

การตีความกฎหมายกับการอุดช่องว่างของกฎหมายต่างเป็นการใช้กฎหมายอย่างหนึ่งที่มีลักษณะและความมุ่งหมายแตกต่างกันเป็นคนละเรื่อง กล่าวโดยทั่วไป การตีความกฎหมายคือทำให้ความหมายของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายเกิดความชัดเจน ไม่เคลือบคลุมโดยใช้เหตุผลและหลักวิชาตีความกฎหมาย หลักตรรกวิทยา เพื่อค้นหาความหมาย หรือเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่แท้จริงของถ้อยคำนั้นๆ เพื่อให้ได้ความหมายที่ถูกต้องและเป็นธรรมในการนำไปใช้วินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง มีกฎหมายที่กล่าวไว้เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ได้ทั่วไปอันถือเป็นหลักการสำคัญของการใช้กฎหมายในแบบซีวิลลอว์ (CIVIL LAW) คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” กล่าวคือ การใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอน เช่น รัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุด ก็ต้องบัญญัติให้มีความหมายชัดเจนแน่นอนที่สุด จึงต้องใช้รัฐธรรมนูญตามตัวอักษร หากความหมายไม่ชัดเจนหรือเคลือบคลุมก็ต้องใช้บทบัญญัติกฎหมายนั้นตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ การตีความกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เพียงแต่ให้มีความหมายชัดเจนหรือไม่ชัดเจนแก่ตนเอง

ส่วนการอุดช่องว่างของกฎหมาย (GAP IN THE LAW) นั้น ใช้กับกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ยกขึ้นมาปรับใช้แก้คดีหรือข้อเท็จจริงที่พิจารณาได้ความโดยตรง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้เพราะผู้ร่างกฎหมายนี้ไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น หรือผู้ร่างกฎหมายสามารถนึกถึงช่องว่างของกฎหมายได้แต่เห็นว่ายังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว โดยจะบัญญัติเป็นกรอบให้ใช้อำนาจศาลในการปรับใช้หรือพัฒนากฎหมายนั้นๆ ขึ้นมาใช้กับคดีหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การอุดช่องว่างของกฎหมายอาจใช้ได้กับกฎหมายบางประเภทเท่านั้นและถือว่าเป็นบทยกเว้นมิใช่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป จึงต้องใช้อย่างเคร่งครัดและระมัดระวังและกฎหมายนั้นๆ ต้องบัญญัติวิธีการอุดช่องว่างไว้โดยชัดเจน จะหาวิธีอุดช่องว่างเอาเองตามอำเภอใจมิได้ โดยอาจแยกพิจารณาเฉพาะในกฎหมายสารบัญญัติและไม่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาได้ดังนี้

หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายในกฎหมายเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติกล่าวถึงวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายไว้โดยตรงคือบทบัญญัติตามมาตรา ๔ กล่าวถึงการใช้กฎหมายตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์โดยบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบ บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความช่วยเหลือให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอื่นๆ ที่ได้บัญญัติถึงวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ในตัวบทกฎหมายนั้นๆ เองโดยเฉพาะก็มี เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๕ ว่า “วิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้” พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช ๒๔๘๑ มาตรา ๒ บัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยามที่จะยกมาปรับแก้กรณีการจัดกันแห่งกฎหมายได้ ให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” เป็นต้น

ส่วนหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างในกฎหมายมหาชนนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง เพราะวิชากฎหมายมหาชนของไทยยังมีพัฒนาการเพียงแค่เริ่มต้น อยู่ในขั้นลองผิดลองถูกเท่านั้น แต่ถ้าพิจารณาตามหลักเกณฑ์แล้วก็น่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายทำนองเดียวกับมาตรา ๔ วรรคสอง ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ประเทศต่างๆ ก็ยึดถือเช่นนั้นเป็นหลักสากล หลักเกณฑ์เช่นนี้จึงจะทำให้การพัฒนากฎหมายมหาชนที่อาจสืบมาจากหลักกฎหมายสากลสามารถปรับใช้กับวัฒนธรรมประเพณีและสังคมของไทยได้อย่างสอดคล้องกลมกลืนกัน

อุปมากับการติดตั้งมุ้งลวดเข้ากับหน้าต่างบ้านทรงไทย ก็เพียงวัดปรับและติดตั้งเข้ากับกรอบวงกบไม้ มิใช่ต้องรื้อวงกบและหน้าต่างออกเปลี่ยนเป็นกรอบหน้าต่างอะลูมิเนียม หรือรื้อผนังออกเปลี่ยนเป็นฝาผนังอะลูมิเนียมไปด้วยเพื่อให้เข้ากับมุ้งลวด แทนที่จะมองว่ามุ้งลวดต้องเข้าได้กับหน้าต่างบ้านทรงไทย โดยมีให้กลายเป็นสิ่งแปลกปลอมเข้ามาทำลายความเป็นบ้านทรงไทย

แต่ก็มีนักวิชาการกฎหมายมหาชนของไทยบางคนกล่าวว่า กฎหมายมหาชนไม่เหมือนกฎหมายเอกชน การอุดช่องว่างในกฎหมายมหาชนจึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายเอกชนเช่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ มาใช้บังคับได้ และเห็นว่าในกฎหมายมหาชนเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะนำมาใช้กับกรณีที่เป็นปัญหา องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการใช้กฎหมายนั้นก็จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่องค์กรนั้นได้เคยวินิจฉัยไว้มาอุดช่องว่าง โดยมีเหตุผลว่า กฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายในการรักษาผลประโยชน์สาธารณะ อันมิใช่ประโยชน์ของเอกชน ถ้าหากนำหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชนมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายมหาชนด้วย ก็จะเป็นการใช้กฎหมายผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชน

แนวความคิดดังกล่าวนอกจากปฏิเสธจารีตประเพณีของชาวไทยที่แม้แต่รัฐธรรมนูญก็ยอมรับบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๗ ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ให้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์

ทรงเป็นประมุข” อันถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางปกครองหรือทางมหาชนก็ว่าได้แนวความคิดเช่นนี้ ยังเป็นการนำกฎหมายสารบัญญัติไปปะปนกับกฎหมายวิธีสบัญญัติ นำเอาวัฒนธรรมหรือวิถีคิดขององค์กรหรือวิธีปฏิบัติทางปกครองขององค์กรปกครองที่แตกต่างกันไปขึ้นมาปิดปากประชาชน ย่อมเท่ากับปฏิเสธสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มุ่งแต่รักษาอำนาจและการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐเท่านั้น อันเป็นลักษณะหรือวิถีคิดแบบอำนาจนิยม โดยเฉพาะหากนำมาใช้อ้างกับกรณีการอุดช่องว่างในกฎหมาย ด้วยแล้วเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักเกณฑ์ข้อผูกมัดทั้งปวง มุ่งใช้กฎหมายไปในทางใดก็ได้ที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์สาธารณะคือกฎหมายเป็นเครื่องมือของตน ย่อมมีผลไม่ต่างกับการใช้กฎหมายตามอำเภอใจนั่นเอง

แนวความคิดเช่นนี้เป็นลักษณะแนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มุ่งเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐและรักษาอำนาจของรัฐไว้ อันเป็นแนวคิดแบบย่อนยุคของนักกฎหมายฝ่ายบริหารดังคำพังเพยที่ว่า โภยทรายเข้าวัดไว้ก่อน หรือเอาผลประโยชน์เข้ารัฐไว้ก่อน ไม่ต้องคำนึงว่าเอกชนจะเสียหายเพียงใด ทำนองเดียวกันประชาชนจะยากจนเพียงใด ก็ยังต้องเก็บภาษีอย่างเต็มที่เพื่อนำมาพัฒนาประเทศชาติ ซึ่งแนวคิดแบบผู้ปกครองเช่นนี้อาจถูกต้องในแง่การใช้อำนาจบริหาร แต่ไม่ถูกต้องเสมอไปหากพิจารณาในแง่ประชาชนหรือกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นมา

ความจริงแล้ว ตามหลักกฎหมายไม่ว่ากฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน เป็นการบัญญัติขึ้นมาเพื่อความสงบสุข ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม และประชาชนต้องอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุข ดังนั้น การใช้กฎหมายจึงมิใช่มุ่งแต่จะรักษาอำนาจรัฐหรือผลประโยชน์ของรัฐไว้ถ่ายเดียว โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชนในสังคมนั้นเลย ประกอบกับแนวความคิดหรือหลักการของการจัดตั้งศาลหรืออำนาจตุลาการขึ้นมาก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและความเสมอภาคกันของประชาชน การวินิจฉัยคดีของศาลจึงต้องคำนึงถึงทั้งผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ (PUBLIC INTERESTS) อันถือว่าเป็นผลประโยชน์ของประชาชนโดยรวมกับผลประโยชน์ของประชาชนในแง่ปัจเจกชนทั้งสองประการ และเพื่อให้ศาลใช้อำนาจตามอำเภอใจ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ จึงกำหนดเป็นกรอบการอุดช่องว่างในกฎหมายไว้ ศาลต้องดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีไปตามขั้นตอนดังกล่าว โดยเคร่งครัดจะอ้างว่าเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ จึงถือว่าศาลจะวินิจฉัยคดีอย่างไรก็ได้ โดยอ้างเพียงเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะเช่นนี้ ย่อมกระทำมิได้ ดังนั้นศาลต้องใช้กระบวนการอุดช่องว่างตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นกรอบไว้ จนกระทั่งสุดท้ายจึงจะถึงขั้นตอนซึ่งน้ำหนักว่า ผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ของเอกชนจะรักษาไว้ด้วยวิธีการอย่างไรต่างหาก เช่น การเวนคืนที่ดินของประชาชนเพื่อทำถนน ประชาชนไม่ประสงค์จะให้เวนคืน จึงต้องชั่งน้ำหนักว่าจะเวนคืนหรือไม่ ก็ต้องถือผลประโยชน์

สาธารณะมาก่อนคือต้องเวนคืน แต่ต้องรักษาผลประโยชน์ของเอกชนไว้คือต้องให้ผู้ถูกเวนคืนเสียหายน้อยที่สุด เช่น เบี่ยงแนวถนนหลบหลีกให้บ้าง เป็นต้น และต้องจ่ายค่าชดเชยบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ถูกเวนคืนอย่างเป็นธรรม เป็นต้น เช่นนี้จึงจะรักษาผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ของเอกชนได้ทั้งสองอย่าง

หลักการที่ว่า กรณีผลประโยชน์ของเอกชนหรือปัจเจกชนขัดแย้งต่อผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ส่วนรวม ถือว่าผลประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ส่วนรวมมาก่อนนั้น ดังตัวอย่างที่ยกขึ้นมาเป็นกรณีที่รัฐมีอำนาจเวนคืนตามกฎหมายแล้ว พ้นขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายมาแล้ว จึงมิใช่หลักการอุดช่องว่างในกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด แต่ความจริงแล้วเป็นหลักการซึ่งนำหนักในการวินิจฉัยคดีของศาล (JUDICIAL BALANCING) หรือเป็นขั้นตอนสุดท้ายในการวินิจฉัยคดีต่างหาก การอุดช่องว่างในกฎหมายเป็นเพียงขั้นตอนการค้นหากฎหมายหรือกฎเกณฑ์มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอันเป็นขั้นตอนระหว่างกลางเท่านั้น ดังนั้นการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาอ้างว่าเป็นหลักการอุดช่องว่างในกฎหมายมหาชนนั้น จึงแสดงว่าพัฒนาการของกฎหมายมหาชนของไทยยังห่างไกลจากนานาอารยประเทศอีกมาก

หลักเกณฑ์การอุดช่องว่างในกฎหมายรัฐธรรมนูญมีได้หรือไม่ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นที่มาแห่งรัฐ อำนาจอธิปไตย กำหนดโครงสร้างและรูปแบบการปกครอง อำนาจและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร กฎหมาย กฎกติกา ระบบและโครงสร้างสังคม วัฒนธรรมประเพณี ความเป็นราชอาณาจักรไทยและคนไทย สิทธิและเสรีภาพ เป็นหลักการ อุดมการณ์ อุดมคติ และเจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันของคนไทยทั้งชาติ เป็นหลักสำคัญของการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐหรือนิติธรรมที่จะทำให้ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และเป็นจุดอ้างอิงสูงสุด หรือหลักอ้างอิงสูงสุดในรัฐนั้น โดยไม่ต้องไปอ้างแนวความคิด ความเชื่อ ปรัชญา หรืออ้างกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ที่มาจากสรวงสวรรค์ หรือเป็นกฎหมายที่ได้มาจากกำแพงจักรวาลอีกต่อไป ที่ได้ไม่มีรัฐธรรมนูญไม่ว่าเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่นั้นย่อมไม่มีประเทศ ไม่มีกฏระเบียบ ไม่มีสังคม ไม่มีวัฒนธรรมประเพณี หรือสูญสิ้นทุกสิ่ง จะมีก็แต่ความป่าเถื่อนเท่านั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทสรุปของวิวัฒนาการและพัฒนาการของแนวความคิด ปรัชญาทางการเมืองและกฎหมายที่มีมาอย่างยาวนานต่อเนื่องหลายพันปีนับแต่สมัยอริสโตเติลอันถือเป็นต้นความคิดแบบลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (CONSTITUTIONALISM) ที่สามารถสรุปเป็นหลักการสำคัญได้ว่าต้องมีรัฐธรรมนูญอย่างไร และการมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นจุดสิ้นสุดแห่งยุคแสวงหา เริ่มเข้าสู่ยุคแห่งความเจริญและการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดใหญ่ดังเช่นในปัจจุบันนี้ เพียงแต่ความเจริญและความยิ่งใหญ่ของประเทศได้

แตกต่างกันไปตามความสามารถของประเทศนั้นในการนำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมาทำให้มรรคเป็นผลหรือไม่ เพียงใดเท่านั้น

ในสภาพสังคมขนาดใหญ่และการอยู่ร่วมกันเป็นรัฐ เป็นประชาชาติ สัมคมกับรัฐธรรมนูญจึงแยกออกจากกันมิได้ อาจบอกกล่าวได้ว่าสังคมเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็เป็นที่มาของสังคมปัจจุบัน รัฐธรรมนูญจึงอาจถูกมองในแง่เป็นผลผลิตหรือเครื่องมือสำคัญที่สุดของสังคมก็ได้แต่สังคมหรือประชาชาติขนาดใหญ่ก็อาจมองว่าเป็นผลผลิตหรือเกิดจากรัฐธรรมนูญก็ได้ สังคมที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกรอบหรือแนวทางหรือกำหนดเป้าหมายที่เป็นรูปธรรมถูกต้องดีงามเอาไว้ สังคมนั้นย่อมประสบความหายนะ เพราะสังคมจะต้องพัฒนาและมีวิวัฒนาการอย่างไรเป้าหมายกลับไปสู่สภาพธรรมชาติที่มีแต่การแก่งแย่งชิงดี ไร้กฎระเบียบกติกากันเป็นหนทางไปสู่ความล่มจมได้ ดังเช่นปรากฏตัวอย่างมากมายในประวัติศาสตร์ รัฐธรรมนูญกับสังคมนั้นจึงเป็นของคู่กันต้องมีพัฒนาการและวิวัฒนาการไปด้วยกันได้

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญที่ดีนอกจากจะบัญญัติสิ่งที่เป็นอยู่ในสังคมแล้ว ยังต้องมีเป้าหมายสูงสุดที่จะสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อย สร้างสังคมที่มีความเจริญก้าวหน้า และการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขของคนในสังคมนั้น จึงต้องกำหนดสิ่งที่จะควรจะเป็นไว้ด้วย ซึ่งสิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นทิศทางหรือกำหนดกรอบหรือแนวทางที่สมบูรณ์แบบและถูกต้องดีงาม เพื่อให้สังคมนั้นมีเป้าหมายที่ดี การกำหนดทิศทางที่ผิดหรือกำหนดกรอบวางแนวทางที่ไม่สมบูรณ์แบบหรือสิ่งที่กำหนดไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้องดีงาม ย่อมมีแต่หนทางสร้างความหายนะ ในสภาพเช่นนี้ย่อมขัดต่อหลักการของการมีรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะกลายเป็นกลไกหรือเครื่องมือทำให้สังคมนั้นล่มสลายไป ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญเช่นนี้ก็จะเป็นผลผลิตของสังคมนั้น แสดงว่าการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญเช่นนี้เกิดจากความวิปลาส บิดเบือน และความสับสนวุ่นวายทางความคิดของสังคมเช่นกัน

ดังนั้น จึงถือเป็นหลักสากลยอมรับเป็นกฎอย่างเคร่งครัดว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสูงสุดทุกคนต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเสมอภาคกัน เป็นกฎกติกาที่จัดระเบียบความเป็นไปในสังคมให้อยู่ด้วยกันอย่างสงบเรียบร้อยเป็นสุขมีความเจริญรุ่งเรือง และรักษาค้ำครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน

ตามหลักการที่ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญมีความสูงสุดกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีความ สมบูรณ์ ถูกต้องดีงาม จึงมีความศักดิ์สิทธิ์ อันหมายถึงเมื่อประชาชนทุกคนเคารพเชื่อถือ นำรัฐธรรมนูญและกฎหมายไปเป็นหลักยึดถือปฏิบัติตามแล้ว สามารถบันดาลให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อย เจริญรุ่งเรือง และประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้ก็ด้วยการร่างและการใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายเป็นไปในแนวทางรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุด ความสมบูรณ์

และความถูกต้องดีงามของรัฐธรรมนุญและกฎหมายโดยปราศจากอคติหรือแสวงหาประโยชน์จากรัฐธรรมนุญและกฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนหรือพวกพ้อง

การร่างรัฐธรรมนุญและกฎหมายต้องมีใช่เป็นไปในแนวทางที่กล่าวกันว่า ชนชั้นใดร่างกฎหมายก็เพื่อชนชั้นนั้น การใช้รัฐธรรมนุญและกฎหมายก็ต้องมีใช่เป็นไปในแนวทางแสวงหาอำนาจใส่ตนหรือกลุ่มของตน หรือตะแบงแต่จะเข้าข้างตนเองหรือผลประโยชน์พวกตน ผู้ทำคำวินิจฉัยเห็นว่า หลักเกณฑ์นี้เห็นจะมีแต่องค์กรศาลยุติธรรมเท่านั้นที่เน้นการใช้และการตีความรัฐธรรมนุญและกฎหมายโดยเน้นคุณธรรมและปราศจากอคติควบคู่กัน แทบจะเป็นองค์กรเดียว มิได้เป็นไปทั่วทุกองค์กรของรัฐคงจะเป็นเพราะเหตุนี้ก็ได้ที่ทำให้รัฐธรรมนุญและกฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์เพียงพอจะนำทางให้ประเทศชาติมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยเจริญรุ่งเรือง และประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขตามเป้าหมายสูงสุดของการมีรัฐธรรมนุญ และกฎหมาย

ความเป็นจริงแล้ว หากถือว่าคัมภีร์ศาสนามีความศักดิ์สิทธิ์ในแง่ที่มีสภาพบังคับทางจิตใจ การล่วงละเมิดจะทำให้เกิดผลทางจิตใจแล้ว รัฐธรรมนุญและกฎหมายก็มีความศักดิ์สิทธิ์เช่นกันในแง่ที่มีสภาพบังคับเป็นรูปธรรม การล่วงละเมิดรัฐธรรมนุญและกฎหมายจะทำให้เกิดผลต่อทางกายอาจถูกฟ้องร้องหรือลงโทษได้ด้วยวิธีการต่างๆ ทั้งมีผลทำให้เกิดความสับสนวุ่นวายภาวะไร้ระเบียบกฎเกณฑ์ไร้ความสงบสุข ไร้ความเจริญรุ่งเรืองเกิดขึ้นแก่สังคมนั้นๆ ด้วย โดยเฉพาะการล่วงละเมิดรัฐธรรมนุญดังมีตัวอย่างให้เห็นในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองในหลายๆ ประเทศ และทุกยุคทุกสมัยมานับครั้งไม่ถ้วน

รัฐธรรมนุญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นผลมาจากแนวความคิดของการบัญญัติกฎหมายแบบประมวลกฎหมายที่ถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งสมบูรณ์หรือสามารถบัญญัติสิ่งที่สมบูรณ์ถูกต้องเป็นกฎหมายได้ นอกจากนี้ถือกันว่าระบบการบัญญัติแบบประมวลกฎหมาย เป็นการบัญญัติกฎหมายที่ถือว่าเป็นระบบที่ดีที่สุดเหนือกว่าการบัญญัติกฎหมายแบบอื่น โดยมีจุดเด่นประการหนึ่งคือ จะมีบททั่วไปและจะให้ความสำคัญต่อบททั่วไปว่าเป็นส่วนที่จะมีความสำคัญที่สุดและเป็นหลักการใหญ่ที่ถือเป็นกรอบและระบบควบคุมบทบัญญัติที่ตามมา หรือเป็นแนวทางในการใช้หรือตีความบทบัญญัติที่บัญญัติตามมาหรือบทบัญญัติเฉพาะ ซึ่งจะขัดแย้งโดยตรงต่อบทบัญญัติทั่วไปไม่ได้ เว้นแต่บทบัญญัติทั่วไปจะเปิดช่องให้ทำได้ ดังนั้น บทบัญญัติในหมวด ๑ บททั่วไปตั้งแต่มาตรา ๑ ถึงมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นหัวใจ หรือแก่น หรือระบบหรือกลไกควบคุมบทบัญญัติที่ตามมาไม่ว่าเป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนุญอย่างอื่นหรือกฎหมายอื่นทั้งหมด

ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนุญมีระบบควบคุมหรือกลไกการใช้รัฐธรรมนุญที่ถือว่าสูงกว่ากฎหมายอื่น นอกจากในแง่พิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอื่น แม้แต่จะเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ถือเป็นบทบัญญัติสูงสุด

ของกฎหมายนั้นก็จะขัดหรือแย้งแม้แต่บทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะผลของระบบควบคุมหรือกลไกควบคุมรัฐธรรมนูญเอง เช่นมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญยังมีความสมบูรณ์สูงสุดกว่าประมวลกฎหมายทั่วไปก็คือ รัฐธรรมนูญมีกระบวนการส่งกลับหรือย้อนกลับมาสู่กระบวนการเริ่มต้นใหม่ก็คือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในรัฐธรรมนูญเองที่กฎหมายอื่นแม้แต่ประมวลกฎหมายก็ไม่มี และการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายอื่นต้องใช้กระบวนการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ทำให้รัฐธรรมนูญมีกระบวนการเกิดและเปลี่ยนแปลงหรือพัฒนาไปตามลำดับเป็นวงจรหรือวัฏจักรครบสมบูรณ์ในตัวเอง กระบวนการเช่นนี้จะเป็นผลให้รัฐธรรมนูญเกิดวิวัฒนาการได้หรือมีแต่เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นหรือสมบูรณ์ขึ้นโดยอัตโนมัติ และรัฐธรรมนูญปฏิเสธการยกเลิกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจากกระบวนการหรือหลักเกณฑ์จากภายนอกหรือที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ โดยถือว่าเป็นการเข้ามาทำลายระบบย้อนส่ง จึงเปรียบเสมือนกับรัฐธรรมนูญมีชีวิตในแง่ที่มีพัฒนาการหรือเจริญเติบโตได้ด้วยตัวเอง

ในแง่รัฐธรรมนูญจึงมีความสูงสุดสมบูรณ์กว่าและถูกต้องยิ่งกว่ากฎหมายอื่นทั่วไป รัฐธรรมนูญอยู่ได้ด้วยตัวเองไม่ต้องไปอาศัยกฎหมายอื่นมาทำให้รัฐธรรมนูญสมบูรณ์หรือถูกต้องขึ้นแต่อย่างใด ดังเช่นจะอ้างว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ เป็นกฎหมายที่ทำให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญสมบูรณ์ขึ้นมิได้

หากมีกระบวนการใดขัดขวางแทรกแซงมิให้พัฒนาการของรัฐธรรมนูญเป็นไปตามลำดับหรือทำลายวงจรดังกล่าวก็เท่ากับเป็นการทำลายวงจรหรือวัฏจักรหรือกลไกพัฒนาการของรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนทำลายหรือสร้างความเสียหายแก่วงจรชีวิตของรัฐธรรมนูญนั่นเอง อันเป็นผลให้รัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนตายไปหรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสียหายที่เป็นรูปธรรม โดยไม่สามารถบรรลุเป้าหมายสูงสุดหรือพัฒนาหรือมีวิวัฒนาการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดได้ล่าช้า ทั้งกล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญกับสังคมปัจจุบันถือว่าเป็นของคู่กัน เมื่อวงจรหรือวัฏจักรหรือวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญถูกทำลายไป ผลกระทบต่อสังคมย่อมเกิดขึ้นอย่างปฏิเสธมิได้ ความเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างรัฐธรรมนูญย่อมมีผลเป็นความเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างของสังคมด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากสังคมกันให้ลึกซึ้งแล้ว ความเปลี่ยนแปลงของสังคมหรือวิกฤตการณ์ที่ประเทศไทยได้รับในปัจจุบันมีความสัมพันธ์เนื่องกับการเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างรัฐธรรมนูญในปัจจุบันด้วย เพียงแต่จะสังเกตเห็นกันหรือไม่เท่านั้น

เมื่อมิได้ใช้ขั้นตอนหรือวิธีการที่สมบูรณ์ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญที่ยอมรับว่าสมบูรณ์ที่สุดและถูกต้องยิ่งที่สุดแล้ว ความเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ย่อมมีแต่สร้างความเสื่อมถอยหรือเสื่อมเสียแก่รัฐธรรมนูญและสังคม จึงเป็นคุณธรรมของนักกฎหมายที่เป็นผู้ร่างหรือผู้ใช้รัฐธรรมนูญจะต้องยึดถือความสูงสุด ความสมบูรณ์ที่สุด

และความถูกต้องดีงามที่สุดของรัฐธรรมนูญ และชักนำรัฐธรรมนูญให้เป็นไปในแนวทางดังกล่าว เพื่อให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดของการมีรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง ความเจริญรุ่งเรืองของสังคมและการอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขของประชาชนทุกคน

หากมีความเข้าใจอย่างถูกต้องว่า ความผิดพลาดของการร่างหรือการใช้รัฐธรรมนูญเป็นข้อบกพร่องของผู้ร่างหรือผู้ใช้รัฐธรรมนูญนั่นเอง หากได้ทำลายความสมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญและยอมรับกระบวนการแก้ไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อสร้างความสมบูรณ์ในการร่างการใช้รัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้น เช่นนี้ รัฐธรรมนูญย่อมมีพัฒนาการหรือวิวัฒนาการหรือเจริญเติบโตไปในแนวทางที่ถูกต้องดีงามและศักดิ์สิทธิ์เพียงพอที่จะนำประเทศไปสู่เป้าหมายสูงสุดได้ แต่ความเข้าใจที่กลับกันว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสูงสุดสมบูรณ์กว่ารัฐธรรมนูญ และต้องไม่ได้ รัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่าง จึงไม่ยอมรับความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ แต่ไปยอมรับเป็นความบกพร่องของรัฐธรรมนูญเอง ผลก็คือไม่ยอมรับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ยอมรับแม้แต่การใช้วิธีการนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า วิธีการเช่นนี้ขัดขวางต่อพัฒนาการหรือวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญไม่สามารถเติบโตได้ ดังจะเห็นได้ว่า หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างน้อยปัญหาบางข้อบางประเด็นก็สามารถยุติลงได้ในระดับหนึ่ง อันแสดงถึงพัฒนาการหรือวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญมีอยู่จริง การให้คุณค่าและความสำคัญแก่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญหรือผู้ใช้รัฐธรรมนูญมากกว่ารัฐธรรมนูญก็ตี การให้คุณค่าและความสำคัญแก่วิธีการนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มากกว่าวิถีทางตามรัฐธรรมนูญก็ตี อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้พัฒนาการและวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยเป็นไปอย่างล่าช้า ทั้งที่มีการร่างรัฐธรรมนูญกันเป็นประจำและนับวันมีแต่จะเสื่อมถอยลง มีผลกระทบไปถึงพัฒนาการของประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ พัฒนาการหรือวิวัฒนาการของประเทศจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยวิถีทางตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น การใช้วิธีการอื่นมาสอดแทรกมีแต่จะทำลายคุณค่า ความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญให้เสื่อมถอยลง หากได้เกิดผลดีต่อรัฐธรรมนูญและสังคมแต่อย่างใดเลย

ดังนั้น ไม่ว่าพิจารณาในแง่มุมใดก็ตาม รัฐธรรมนูญจึงมีความศักดิ์สิทธิ์ อันหมายถึงประชาชนทุกคนนำไปเป็นหลักยึดถือปฏิบัติตามแล้วสามารถบันดาลให้สังคมเป็นระเบียบเรียบร้อย เจริญรุ่งเรือง และประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความสูงสุดสมบูรณ์ถูกต้องดีงามหรือไม่มีช่องโหว่ข้อบกพร่องอันใดเพียงพอที่จะเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นตัวอย่างในรัฐธรรมนูญบางประเทศแม้บัญญัติไว้เพียง ๑๐๐ กว่ามาตรา ก็ถือว่ารัฐธรรมนูญของเขามีความสมบูรณ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญของประเทศอื่นที่บัญญัติไว้ถึง ๒๐๐ กว่ามาตรา หรือ ๓๐๐ ถึง ๔๐๐ มาตรา

รัฐธรรมนูญบางประเทศใช้เวลาร่างเพียง ๒ ถึง ๓ เดือน ก็มีความสมบูรณ์และใช้ได้ยาวนานเกือบ ๕๐ ปีแล้วก็มี การบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่ว่าสั้นหรือยาว ไม่ว่าใช้เวลาร่างนานเท่าใดก็ตาม ต่างถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นต้องศักดิ์สิทธิ์สมบูรณ์และถูกต้องดั่งงามเสมอกัน

ความศักดิ์สิทธิ์สมบูรณ์และถูกต้องดั่งงามของรัฐธรรมนูญ นอกจากแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖ ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ซึ่งเป็นการยอมรับว่าราชอาณาจักรไทยปกครองด้วยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมตามหลักสากล และรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสูงสุดมีความศักดิ์สิทธิ์สมบูรณ์และถูกต้องดั่งงามที่จะมีสิ่งอื่นใดสูงกว่า ศักดิ์สิทธิ์กว่า สมบูรณ์กว่าและถูกต้องดั่งงามกว่ารัฐธรรมนูญมิได้แล้ว

หรือตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๑๓ ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อ (๑) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ฯลฯ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต” อันเป็นบทบัญญัติลงโทษบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดที่จะกระทำการล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้หรือเปิดช่องไว้มิได้ หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๑๕ มาตรา ๒๑ มาตรา ๑๕๐ มาตรา ๒๐๕ มาตรา ๒๕๒ เป็นบทบัญญัติให้บุคคลในองค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องกล่าวถวายสัตย์ปฏิญาณหรือปฏิญาณว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ อันแสดงถึงการยอมรับความสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดั่งงามของรัฐธรรมนูญจึงต้องรักษาและปฏิบัติตามหรือยอมรับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามมาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้” อันแสดงถึงจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือวิธีการในรัฐธรรมนูญที่มีได้เป็นวิถีทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้อำนาจในการปกครองประเทศไม่ได้ กล่าวคือจะเอาวิถีทางตามรัฐธรรมนูญมาล้มล้างการปกครองตามรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งถือว่าเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์และความถูกต้องดั่งงามของรัฐธรรมนูญโดยใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นวิถีทางไม่ได้เช่นกัน

ด้วยหลักการที่ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ สมบูรณ์ และถูกต้องดีงาม จึงยอมรับไม่ได้ว่ารัฐธรรมนูญไม่สมบูรณ์หรือมีข้อบกพร่องหรือมีช่องว่างช่องโหว่อันใด ที่ถึงขนาดเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ ความถูกต้องดีงาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และทำลายความเคารพเชื่อถือของประชาชนทุกคนต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าว บางประเทศไม่ยอมรับแม้กระทั่งการตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อหาเจตนารมณ์ เพราะเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญแปรเปลี่ยนด้วยน้ำมือมนุษย์ หรือเป็นการบ่งบอกความไม่สมบูรณ์ ไม่ถูกต้องดีงาม ไม่ศักดิ์สิทธิ์ และทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ บางประเทศวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญยังไม่แก้ถ้าพอก็ยอมรับว่ามีแต่หลักการใช้และตีความรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ไม่มีตำรารัฐธรรมนูญประเทศใดยอมรับเขียนวิธีการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญเอาไว้ ไม่มีประเทศใดยอมรับว่า รัฐธรรมนูญของตนมีช่องว่างอันแสดงว่ารัฐธรรมนูญไม่สมบูรณ์ โดยเฉพาะการอุดช่องว่าง แสดงว่ามีสิ่งอื่นภายนอกรัฐธรรมนูญอย่างน้อยเสมอรัฐธรรมนูญจึงสามารถนำมาใช้เสริมแต่งรัฐธรรมนูญได้ ย่อมทำลายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลง

การตีความรัฐธรรมนูญที่มีใช่เป็นการใช้รัฐธรรมนูญตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแม้จะพอเป็นที่ยอมรับกันได้บ้างว่าเป็นการใช้รัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งนั้นเอง แต่ก็ได้ยอมรับหลักเกณฑ์ภายนอกและการตีความบ่อยๆ หรือมีปัญหาหรือปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นมากมายที่รัฐธรรมนูญไม่สามารถอธิบายหรือแก้ไขปัญหานั้นได้ด้วยกระบวนการหรือขั้นตอนตามรัฐธรรมนูญ หรือกลับกลายเป็นรัฐธรรมนูญกลายเป็นปัญหาหรือเป็นต้นเหตุแห่งปัญหานั้นเอง ต้องอาศัยปัจจัยภายนอกผ่านกระบวนการตีความรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ก็เป็นการทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงามของรัฐธรรมนูญลงได้เหมือนกัน

รัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นการแสดงถึงภูมิปัญญาสูงสุดของประเทศนั้นๆ เป็นสัญลักษณ์แห่งความภาคภูมิใจของประชาชนทุกคนของประเทศนั้นๆ ก็อาจจะกลายเป็นเครื่องแสดงความหน้าแตกของประเทศนั้นแทน จึงไม่มีใครยอมรับความไม่สมบูรณ์ความไม่ถูกต้องดีงามหรือปล่อยหรือแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญของตนด้วยวิถีทางไม่ถูกต้อง ดังนั้น การยอมรับหลักการตีความรัฐธรรมนูญอาจพอมิได้ก็จริง แต่ก็ใช้อย่างมีข้อจำกัด และมีใช้กันพรั่นเพ้อหรืออ้างกันเอาสนุกปากอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงผลเสียหายที่จะเกิดแก่รัฐธรรมนูญตามมา

นอกจากนี้ สิ่งที่อ้างว่าเป็นช่องว่างของรัฐธรรมนูญนั้นยังขัดกับหลักการของรัฐธรรมนูญเองอีกประการหนึ่ง กล่าวคือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและสมบูรณ์ก็จริง แต่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แต่เพียงหลักการสำคัญเท่านั้น มิได้กำหนดรายละเอียดไว้ทุกเรื่อง สิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือกล่าวไว้ไม่อาจเรียกว่าเป็นช่องว่าง แต่ถือว่ารัฐธรรมนูญเปิดช่องทางให้สามารถออกกฎหมายรายละเอียดในกรณี

เช่นนั้นได้ โดยยอมรับหลักการที่ว่า กรณีนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ได้กล่าวถึงไว้เท่านั้น ดังบัญญัติเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖ มาตรา ๗ ดังกล่าว

รัฐธรรมนูญมิได้กล่าวถึงไว้ก็แสดงว่าสามารถปฏิบัติหรือกระทำได้โดยไม่มีข้อจำกัดหรือกรอบหรือข้อห้ามอันใด หากรัฐธรรมนูญบัญญัติหรือกำหนดเป็นกรอบไว้ แสดงว่ารายละเอียดคนนอกจากที่กำหนดเป็นกรอบไว้ก็สามารถปฏิบัติหรือกระทำได้เท่าที่ไม่ออกนอกกรอบนั้น หากรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือกำหนดโดยชัดแจ้งให้กระทำหรือปฏิบัติเช่นใดหรือมีข้อจำกัดหรือข้อห้ามเช่นใด ก็ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ ความถูกต้องดีงาม และความน่าเชื่อถือของรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไว้

อย่างไรก็ตาม ในแง่ความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงามของรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาในแง่อุดมคติที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายธรรมชาติในความเป็นนามธรรมหรือปรัวสัยยอมเป็นสิ่งสมบูรณ์ ศักดิ์สิทธิ์ และถูกต้องดีงาม แต่กระทำให้ปรากฏเป็นรูปธรรมหรือคลี่คลายจากความเป็นนามธรรมไปสู่ความเป็นรูปธรรมหรืออวัสัยโดยการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร การร่างรัฐธรรมนูญหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดคือ ความสมบูรณ์ ความศักดิ์สิทธิ์และความถูกต้องดีงาม และกำหนดวิถีทางที่จะให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดนี้ อันถือว่าเป็นอุดมคติ อุดมการณ์ของประชาชนทุกคน หรืออาจพิจารณาในแง่ทางปฏิบัติและการเปรียบเทียบแล้วรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของกฎหมายหรือกฎหมายอื่นของสังคม ดังนั้น อย่างน้อยรัฐธรรมนูญต้องเป็นกฎหมายสูงสุดจึงมีความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงามกว่ากฎหมายอื่น

แต่เนื่องจากกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นขั้นตอนการดำเนินการของมนุษย์เช่นเดียวกับกระบวนการใช้รัฐธรรมนูญล้วนแล้วแต่เกิดจากน้ำมือมนุษย์ดังได้กล่าวมาแล้ว จึงอาจไม่สามารถทำให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดดังกล่าวได้ จึงต้องมีกระบวนการแก้ไขความบกพร่องของน้ำมือมนุษย์ด้วยวิถีทางที่เห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุดเพื่อบรรลุเป้าหมายสูงสุดหรืออุดมคติ และกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นสิ่งสูงสุด ศักดิ์สิทธิ์ที่สุด สมบูรณ์ที่สุด และถูกต้องดีงามที่สุด การเยียวยาแก้ไขสิ่งเหล่านี้ก็ต้องใช้สิ่งเหล่านี้เอง เพื่อให้บรรลุความสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงามกว่านั้น ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ด้วยสิ่งที่ดีกว่าหรือต่ำกว่ารัฐธรรมนูญได้ ขณะเดียวกันหากใช้วิถีทางอื่นที่มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ย่อมแสดงว่ามีได้ใช้วิถีทางที่ให้รัฐธรรมนูญเยียวยาแก้ไขตนเอง แต่เป็นการบังคับแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยอำนาจที่เหนือกว่า และเป็นอำนาจที่มีได้เป็นเจตนาธรรมหรือเจตจำนงร่วมกันของประชาชนทุกคนในสังคมนั้น ย่อมเป็นการทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ และความสมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญ ผลที่ตามมาก็คือการล่มสลายหรือความเสื่อมถอยของรัฐธรรมนูญและหลักการปกครองแบบนิติรัฐหรือนิติธรรม รวมทั้งมีผลต่อสังคมตามมาอย่างช่วยไม่ได้

หากรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเสมออุดมการณ์ อุดมคติ หลักการ และเจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันของสังคมเกิดช่องว่างช่องโหว่ หรือมีข้อบกพร่องในแง่การร่างรัฐธรรมนูญจะถือว่าเป็นข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญที่มีอาจร่างรัฐธรรมนูญให้ตรงต่ออุดมการณ์ อุดมคติ หลักการ และเจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันของสังคม อันถือว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงมนุษย์ปุถุชนยังมีอคติหรือไม่อาจตัดผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มของตนออกจากผลประโยชน์ส่วนรวม หรือความผิดพลาดพลั้งเผลอหรือเกิดจากการกระทำที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือขาดความเชี่ยวชาญ หรือการบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้คับแคบขาดความยืดหยุ่น จำกัดพัฒนาการมากเกินไปอันเป็นความผิดพลาดของผู้ร่างทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญในสถานะที่เป็นนามธรรม จึงไม่อาจกระทำผิดพลาด หรือบกพร่องได้ รัฐธรรมนูญที่ปรากฏเป็นรูปธรรมเกิดจากการกระทำหรือผลงานของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องรับผิดชอบจะไปโทษรัฐธรรมนูญบกพร่อง โดยไม่ยอมรับว่า เป็นความบกพร่องของตนหรือบิดสะวะยกให้เป็นหน้าที่บุคคลอื่นหรือกลุ่มบุคคลอื่นแก้ไขด้วยวิถีทางที่มีได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ หรือจะไปโทษว่ารัฐธรรมนูญไม่สมบูรณ์มีช่องว่างช่องโหว่เพราะความผิดของรัฐธรรมนูญเป็นผู้กระทำขึ้นเองไม่ได้ โดยหลักเกณฑ์เช่นนี้ยังถือว่ารัฐธรรมนูญในความเป็นนามธรรม หรือเนื้อหาหรือแก่นยังมีความสมบูรณ์ ความถูกต้องดีงามอยู่ แต่มีปัญหาความผิดพลาดอันเกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงมีกระบวนการที่จะแก้ไขข้อบกพร่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อคงเจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันของประชาชนทุกคน ความสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ และความสมบูรณ์ดีงามของรัฐธรรมนูญไว้ นั่นก็คือการบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขข้อบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญตามกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงเป็นวิถีทางสำคัญที่สุดวิถีทางเดียวที่จะรักษาเจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันของประชาชนทุกคนความศักดิ์สิทธิ์หรือความสมบูรณ์ความถูกต้องดีงามของรัฐธรรมนูญไว้มิให้ต่างพร้อยด้วยน้ำมือของผู้ร่างผู้ใช้รัฐธรรมนูญนั่นเอง เพราะหากไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เลยก็อาจจะเท่ากับรัฐธรรมนูญเป็นวาจาสิทธิของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ หรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ไปที่แม้แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องผิดพลาดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี แต่ละประเทศจะให้ความสำคัญแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกัน ตามแต่พื้นฐานความรู้ความเชี่ยวชาญในกฎหมายของประเทศนั้นๆ หรือความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและปราชญ์ทางกฎหมายและรัฐศาสตร์ของประเทศนั้นๆ ด้วย โดยบางประเทศอาจไม่ได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญเลย ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมต้องใช้วิธีเดียวกับการร่างรัฐธรรมนูญ บางประเทศกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการเดียวกับการร่างรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าศาสตร์

การร่างรัฐธรรมนูญอยู่ในระดับสูงสุด และผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นปราชญ์ทางกฎหมาย ทั้งมองว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือการบัญญัติรัฐธรรมนูญใหม่ จึงต้องใช้วิถีทางเดียวกัน บางประเทศกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดง่ายเพียงใด ยั่งยืนอยู่กับปัจจัยภายนอกอื่นประกอบด้วย สำหรับประเทศที่ไม่ยอมรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะเกิดจากการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญของตนสูงสุด สมบูรณ์ถูกต้องดีงาม และผู้ร่างรัฐธรรมนูญของตนเป็นปราชญ์ที่สามารถร่างรัฐธรรมนูญออกมาโดยไม่มีข้อบกพร่องผิดพลาด แต่ก็คงไม่มีประเทศใดที่ยอมรับความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญไว้โดยไม่ยอมแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สมบูรณ์ถูกต้องด้วยวิธีการที่ถูกต้อง

สำหรับประเทศไทยมีบทบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๑๒ ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้เพียงมาตราเดียวคือ มาตรา ๓๑๓ แต่ยกสถานะเป็นหมวดก็แสดงถึงการให้ความสำคัญอย่างมากแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดีอีกประการหนึ่ง และมีการกำหนดขั้นตอนตามวิธีการที่จะให้ได้เจตนารมณ์หรือเจตจำนงร่วมกันที่แท้จริงของประชาชนและทำให้รัฐธรรมนูญสมบูรณ์ถูกต้องดีงามมากที่สุด หลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมิใช่หนทางนำไปสู่การเสื่อมถอยของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เป็นกระบวนการที่ให้ผลตรงกันข้าม ซึ่งจะมีผลดีเพียงใดก็ต้องขึ้นอยู่กับขั้นตอนที่กำหนดดังกล่าวด้วยว่าวิธีการเช่นนั้นสมบูรณ์และถูกต้องดีงามพอหรือไม่ โดยเพียงแต่กำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น โดยนัยเท่ากับยอมรับว่าการร่างรัฐธรรมนูญและการใช้รัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังคงต้องพัฒนาต่อไป จึงต้องปล่อยให้เป็นบทบาทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเข้ามามีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาและวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญให้บรรลุเป้าหมายสูงสุดต่อไป

อีกเหตุผลหนึ่งของการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เพราะหากปล่อยให้อ้างได้ว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างหรือข้อบกพร่อง ไม่ว่าจะเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่กล้าออกมารับผิดชอบ โดยปิดให้เป็นความบกพร่องของรัฐธรรมนูญเองก็ดี หรือมีความพยายามจะอาศัยจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องนี้เป็นประโยชน์แก่ตนหรือกลุ่มของตนและสร้างความสับสนหรือความขัดแย้งขึ้นในสังคมก็ดี แล้วปล่อยให้ นักกฎหมายหรือผู้ใช้รัฐธรรมนูญสามารถค้นหาวิธีการที่อ้างว่าเป็นการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญหรือนำหลักเกณฑ์ใดๆ ขึ้นมาใช้ได้เองตามอำเภอใจ โดยโทษความไม่สมบูรณ์หรือข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญ นอกจากรัฐธรรมนูญจะสูญเสียความเป็นกฎหมายสูงสุด โดยกฎหมาย กฎ ข้อบังคับใดๆ ขัดหรือแย้งมิได้ หรือความเป็นกฎหมายที่แสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนทุกคน หรือความศักดิ์สิทธิ์ ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงาม หรือความเป็นกฎหมายที่แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาด้วยน้ำมือของนักกฎหมายหรือผู้ใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นการปฏิเสธแนวทางปกครองประเทศแบบนิติรัฐหรือนิติธรรมและยอมรับ

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีใช้วิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือยอมรับว่ามีอำนาจเหนือกว่ารัฐธรรมนูญอีกด้วย ผลเสียย่อมมีมากกว่าผลดีของการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้สถานะของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บท การบัญญัติจึงจะมีบทบัญญัติเฉพาะสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ โดยรายละเอียดจะกำหนดให้เป็นบทบาทของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลูกหรือกฎหมายรายละเอียด สิ่งใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้วแสดงว่าต้องดำเนินการตามที่บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด ในส่วนรายละเอียดจะเปิดช่องให้บัญญัติไว้ในกฎหมายลูกโดยที่กฎหมายลูกไม่อาจบัญญัติให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรืออ้างว่ารัฐธรรมนูญมีจุดอ่อนหรือมีข้อบกพร่องต้องอุดช่องว่างด้วยการออกกฎหมายลูกให้มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หรืออ้างว่าในวาระเริ่มแรกรัฐธรรมนูญมีข้อบกพร่องหรือไม่สมบูรณ์จึงต้องพักการใช้รัฐธรรมนูญไว้เป็นการชั่วคราวไว้ก่อนโดยให้ใช้กฎหมายลูกแทนเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ เช่นนี้ย่อมกระทำมิได้

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าความไม่สมบูรณ์หรือข้อบกพร่องนั้นจะถือว่าเป็นข้อบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ทำให้รัฐธรรมนูญเกิดจุดอ่อนขึ้นมา ไม่ถือว่าเป็นข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญโดยตรง เพราะรัฐธรรมนูญต้องศักดิ์สิทธิ์และสมบูรณ์ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือล่วงละเมิดหลักการนี้มีได้ เปรียบประจักษ์ประชาชนมีเพชรอยู่ก้อนหนึ่ง และมอบหมายให้ช่างเจียรไนให้เป็นเพชรที่สวยงามล้ำค่าเป็นสมบัติของชาติเป็นความภาคภูมิใจในสมบัติล้ำค่าของคนไทยทุกคนและอวดแก่ต่างชาติได้ แต่ผลออกมาเป็นเพชรมีเหลี่ยมหรือรูปผิดไปจากแบบที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจเป็นเพราะเอาช่างทำพลอยมาเจียรไนเพชร หรือช่างไม่เชี่ยวชาญพอ ความไม่สวยงามตามที่ประชาชนคาดหวังไว้จึงเป็นความผิดพลาดที่เกิดจากช่างเจียรไน อันเกิดจากน้ำมือคน จะไปโทษเพชรหรือความผิดพลาดของเพชรไม่ได้ ในเนื้อหาเพชรก็ยังคงเป็นเพชรดำนิเกิดจากปัจจัยภายนอกหรือรูปธรรมเท่านั้น ก็ต้องแก้ปัญหานั้น มิใช่พยายามไปเผาเพชรเพื่อให้น้ำงามขึ้นผลที่ได้ อาจจะเป็นการทำลายเพชรอย่างถาวร หรือเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหายมากกว่า

ฉันใดก็ฉันนั้น หากอ้างว่ารัฐธรรมนูญไม่ศักดิ์สิทธิ์ ไม่สมบูรณ์ หรือมีข้อบกพร่องก็เท่ากับโทษเพชรมิใช่ช่างเจียรไน โดยเฉพาะผลที่ตามมาคือไม่ยอมรับรัฐธรรมนูญ แต่ยอมรับความสมบูรณ์และความน่าเชื่อถือของกฎหมายลูกหรือกระบวนการนอกเหนือรัฐธรรมนูญแทนด้วยแล้ว ก็เสมือนว่าเพชรเม็ดดังกล่าวไม่สวยงามเพราะความผิดพลาดของช่างเจียรไน ก็แก้ไขโดยเจียรไนเพชรประดับข้างเพชรเม็ดกลางให้สวยงามกว่าเพชรเม็ดกลางอ้างว่าเพื่อทดแทนความงามของเพชรเม็ดกลาง โดยใช้ฝีมือของช่างอีกพวกหนึ่งที่มีช่างเจียรไนเพชรตามที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน ย่อมมิใช่วิถีทางการแก้ไขปัญหาที่ตรงจุดตรงประเด็น ปัญหาที่ยังคงมีอยู่เช่นเดิม ทั้งความหมองมัวแก่เพชรเม็ดกลางไว้ และยังเพิ่มความสวยงามของเพชรประดับหรือเพชรล้อมมากขึ้นเท่าใดความสวยงามของเพชรเม็ดกลางก็ย่อมยิ่งด้อยค่าลงเท่านั้น และจะแน่ใจได้

อย่างไรว่าช่างที่หามักตนเองไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ จะมีฝีมือดีกว่าช่างชุดแรก และไม่ทำให้เสียหายหนักขึ้นไปอีก แต่ไม่ว่าผลจะออกมาเป็นเช่นใดก็ตาม ไม่ทำให้ปัญหาหมดไป แต่กลับเป็นยิ่งแก่งแย่ง ทำให้ปัญหายิ่งสลับซับซ้อนแก้ไขไม่ได้ ทั้งยังเท่ากับทิ้งหลักฐานประจักษ์ที่ผู้ร่าง ผู้สนับสนุนแนวความคิด แก้ไขปัญหาด้วยวิธีการเช่นนี้ ให้เป็นที่หมองมัวแก่ประวัติศาสตร์การร่างและการใช้รัฐธรรมนูญของไทย เพราะวิธีการเช่นนี้อาจถูกมองได้ว่าเป็นการเบี่ยงเบนประเด็นเพื่อประโยชน์ของผู้ร่างและผู้ใช้เท่านั้น โดยหลักการแล้ว รัฐธรรมนูญต้องเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนทั้งหมด บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใดหาอาจอ้างเอารัฐธรรมนูญเป็นหนทางแสวงหาประโยชน์แก่ตนหรือกลุ่มของตน โดยเกิดผลเสียหายแก่ผลประโยชน์ของชาติหรือสังคมโดยรวมไม่ได้

กรณีคดีนี้จึงเป็นตัวอย่างที่ดีที่สุดว่า ทำไมตามหลักสากลจึงยอมรับเป็นกฎอย่างเคร่งครัดว่า รัฐธรรมนูญต้องทรงความสูงสุด สมบูรณ์ และถูกต้องดีงาม เพราะหากปล่อยให้อ้างได้ว่ารัฐธรรมนูญไม่สมบูรณ์และไม่ยอมรับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่หันไปใช้วิถีทางอื่น เช่นนี้ย่อมเป็นการทำลายพัฒนาการและวิวัฒนาการ คุณค่าและความสำคัญของรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐหรือนิติธรรม หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนชาวไทยทุกคนผลออกมาก็ไม่แตกต่างกับการกระทำรัฐประหารล้มเลิกรัฐธรรมนูญเช่นกัน แนวความคิดเช่นนี้เป็นแนวความคิดที่เน้นความสูงสุดหรือความสมบูรณ์ของผู้ถืออำนาจรัฐมากกว่าเนื้อหาหรือวิถีทางหรือคุณค่าหรือความสำคัญของรัฐธรรมนูญเหมือนกัน จึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด

สิ่งที่ผู้ทำคำวินิจฉัยกล่าวมาทั้งหมด เป็นการกล่าวแต่ในแง่แนวความคิดและปรัชญาของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ผู้ทำคำวินิจฉัยมีอาจก้าวล่วงเข้าไปสนับสนุนวิธีการแก้ปัญหาคด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังต้องอาศัยเหตุผลและปัจจัยอื่นประกอบด้วย และหาใช่หน้าที่หรือภารกิจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หน้าที่ของผู้ทำคำวินิจฉัยจึงมีเพียงกล่าวไว้เพื่อให้ปรากฏเป็นบันทึกแห่งประวัติศาสตร์ที่จะพิสูจน์ได้ต่อไปในอนาคต และสร้างความเข้าใจว่า สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขที่ถูกต้องควรเป็นเช่นใด เพื่อจะได้วิเคราะห์หาคำวินิจฉัยหาเครื่องมือและกลไกที่ใช้เป็นวิถีทางที่ถูกต้องที่มีผลให้พัฒนาการและวิวัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญบรรลุเป้าหมายสูงสุดของประเทศต่อไป

ประการที่สาม การบัญญัติกฎหมายในสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ กับการบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ การบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ ก็ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๗ ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

ทรงเป็นประมุข” อันหมายถึงกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องใดไว้ รัฐสภาจะตราบทบัญญัติของกฎหมายอย่างไรก็ได้ แต่ต้องอยู่ในกรอบของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้และไม่มีประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขกำหนดไว้ด้วย รัฐสภาจะตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ ตามหลักความเป็นสูงสุดของรัฐสภา (SUPREMACY OF PARLIAMENT) ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรานี้จะได้กล่าวต่อไปตามลำดับ

การบัญญัติในสิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖ ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” อันหมายถึงกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องใดไว้ รัฐสภาจะต้องตราบทบัญญัติของกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นบทบัญญัตินั้นจะเป็นอันใช้บังคับมิได้

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญไว้เพียงสามมาตรา ได้แก่ มาตรา ๓ มาตรา ๖ และมาตรา ๗ และเน้นที่การตราหรือออกกฎหมายไว้โดยเฉพาะตามมาตรา ๖ และมาตรา ๗ และถือบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวเป็นทั้งหัวใจหรือแก่นหรือหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง โดยรัฐธรรมนูญมิได้ระบุถึงการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในแง่พลเมืองไว้ด้วย เป็นเพราะตามหลักการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติธรรมที่ว่า รัฐธรรมนูญหรือระบบกฎหมายเท่านั้นที่เป็นผู้ปกครองหรืออยู่เหนือทุกคนในสังคมหรือการกระทำของบุคคลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกล่าวคือ สิ่งที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดก็ตามจะกระทำได้อีกก็แต่โดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้อำนาจหรืออาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือรัฐธรรมนูญและกฎหมายมิได้ห้ามหรือกำหนดกรอบหรือข้อจำกัดการกระทำเอาไว้เท่านั้น สิ่งใดที่จะกระทำได้หรือกระทำมิได้จึงถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ด้วยความเชื่อที่ว่ารัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายจะนำสังคมไปสู่ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความเจริญรุ่งเรือง และการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของทุกคน และรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นสิ่งสูงสุดหรือกฎหมายสูงสุด จึงบัญญัติเฉพาะวิธีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการตราหรือออกกฎหมายที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งกฎหมายและระบบกฎหมายเช่นนี้เองที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีความสูงสุด และกฎหมายและระบบกฎหมายจะกำหนดรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับสิ่งที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลหรือพลเมืองทั่วไปกระทำได้หรือไม่ออกมา ทำให้การปกครองโดยกฎหมายสมบูรณ์ขึ้นมาได้ บทบัญญัติมาตรา ๖ มาตรา ๗ เป็นการกำหนดวิธีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการตราหรือออกกฎหมาย จึงมีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญถึงขนาดล่วงละเมิดมิได้ทีเดียว การให้ความสำคัญและทำความเข้าใจความหมายให้ลึกซึ้งจึงเป็นสิ่งที่ไม่หลีกเลี่ยงมิได้

จึงขอให้สังเกตหลักการตามมาตรา ๖ และมาตรา ๗ อย่างหนึ่งว่า ปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จะเข้ากรณีข้างต้นเพียงกรณีเดียว กล่าวคือเป็นกรณีที่มีรัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือมิได้กำหนดไว้เท่านั้น ไม่มีปัญหาเรื่องใดสามารถเป็นได้ทั้งสองกรณี ดังเช่น ปัญหาคดีนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อนแล้วจึงนำความ กราบบังคมทูล” อันเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นเงื่อนไขว่าการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้อง ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อน รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติยกเว้นหรือ มีประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นแนวทางไว้ว่า วาระเริ่มแรกอาจได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการอื่นได้ แสดงว่ากรณีนี้รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่า ให้การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการอื่นที่มีใช้คณะกรรมการตุลาการ ศาลปกครองแต่อย่างใด

หากอ้างว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติยกเว้นในวาระเริ่มแรกไว้จึงต้องอุดช่องว่างและ ตีความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๓๓๔ (๓) ที่บัญญัติว่า “ให้ดำเนินการจัดตั้ง ศาลปกครองตาม มาตรา ๒๗๖ ให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้” มีผลใช้ บังคับได้โดยการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองโดยได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการอื่นที่มีใช้คณะกรรมการ ตุลาการศาลปกครองได้นั้น จะเห็นได้ว่าข้ออ้างดังกล่าวเป็นการนำข้อบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ มาอ้างเป็นข้อบกพร่องหรือช่องว่างรัฐธรรมนูญ และไม่ยอมใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็น กระบวนการเดียวที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้ทำได้นั้นเอง

กรณีเช่นนี้ยังเป็นการเอาเงื่อนไขเวลามาเป็นข้อยกเว้นเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งเงื่อนไข เวลาหาใช้สาระสำคัญหรือเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเป็นเงื่อนไขในการออกกฎหมายลูกด้วย แตกต่างกับเงื่อนไข เพราะเงื่อนไขเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ หรือกฎหมายลูกผูกพันต้องบัญญัติหรือปฏิบัติตาม หรือบัญญัติให้เป็นไปตามกรอบที่ กำหนดไว้ เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องความผูกพัน ของกฎหมายลูก แต่เงื่อนไขเป็นเพียงระยะเวลาให้รัฐสภาต้องปฏิบัติหรือตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ ภายในเวลาที่กำหนดอันเป็นความผูกพันของรัฐสภาเท่านั้น มิใช่มีเนื้อหาใดเป็นความผูกพันแก่กฎหมายลูก หรือเกี่ยวข้องในแง่เนื้อหาของกฎหมายลูก จึงเป็นคนละเรื่องคนละประเด็นกันและมีความสำคัญแตกต่างกัน ทั้งเงื่อนไขกับเงื่อนไขก็ไม่ได้ขัดแย้งกันแต่กลับต้องพิจารณาคู่กัน ผลจึงเท่ากับเป็นบทบังคับให้รัฐสภา ดำเนินการร่างกฎหมายให้เป็นไปตามกรอบหรือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา ๒ ปี นับแต่

วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ รัฐสภาต้องปฏิบัติตามทั้งเงื่อนไขและเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทั้งสองประการ จะถือเอาเงื่อนไขไปยกเว้นเงื่อนไขหรือเงื่อนไขไปยกเว้นเงื่อนไขไม่ได้

ขณะเดียวกันการไม่อาจปฏิบัติตามเงื่อนไขอาจมีผลกระทบต่อการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขได้ก็ไม่มีผลกระทบไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข หรืออ้างว่าเพื่อให้เงื่อนไขมีผลใช้บังคับ หรือศาลปกครองสามารถจัดตั้งขึ้นภายในเงื่อนไขอย่างรวดเร็ว จึงต้องยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือเนื้อหาของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือพิจารณาจัดตั้งศาลปกครองโดยพิจารณาแต่ในแง่ ความรวดเร็วหรือจัดตั้งขึ้นมาให้ได้เท่านั้น ไม่พิจารณาความถูกต้องชอบธรรมของการจัดตั้งศาลปกครอง การอ้างหรือปฏิบัติเช่นนี้ย่อมไม่ถูกต้องเพราะการไม่ได้จัดตั้งศาลปกครองภายในกำหนดเวลาที่เป็นเพียง ความรับผิดชอบศีลธรรมหรือคุณธรรมหรือจริยธรรม (การปฏิบัติหน้าที่) ของรัฐสภาหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญ เท่านั้น แต่หากจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาโดยวิธีการหรือกระบวนการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ผลของการกระทำอาจเกิดต่อรัฐธรรมนูญ สังคม และประชาชนจะกว้างขวางกว่าจนเปรียบเทียบกันไม่ได้ โดยเฉพาะการแก้ปัญหาโดยวิธีการใช้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือด้วยแล้วผลกระทบโดยตรงย่อมร้ายแรง กว่าปกติธรรมดา

กรณีคดีนี้ หากยกเป็นตัวอย่างการจัดตั้งศาลปกครองก็เหมือนกับการสร้างตึกขนาดใหญ่ เพื่อให้คนไทยทั้งประเทศอาศัยอยู่อีกหลังหนึ่ง ซึ่งเป็นตึกที่สูงทั้งใหญ่ จึงต้องมีการออกแบบและก่อสร้างด้วยความระมัดระวัง แต่ปรากฏว่าด้วยความจำกัดเรื่องเงื่อนไขและความเชี่ยวชาญของผู้รับเหมาและช่าง รวมทั้งการสำรวจพื้นที่อาคารผิดพลาด ทำให้ไม่อาจลงเสาเข็มได้ตามแบบที่กำหนด ผู้รับเหมาจึงอาศัย เรื่องเวลาหรือความต้องการใช้อาคารมาอ้างต้องเร่งทำให้เสร็จ โดยไม่ยอมใช้เสาเข็มตามแบบที่กำหนด และก่อสร้างออกมาผิดแบบอีกหลายจุดซึ่งเป็นจุดสำคัญทั้งสิ้น แล้วเร่งให้ผู้ตรวจการจ้ำรับมอบอาคาร และรีบให้คนไทยเข้าอาศัยอยู่ โดยบอกว่าคนไทยทุกคนรออยู่ตึกนี้มานานแล้ว ทั้งที่ก่อนหน้านี้คนไทย มีอาคารอื่นอาศัยอยู่แล้ว เพียงแต่มีได้แยกออกมาโดยเฉพาะเท่านั้น เช่นนี้ผู้มีวิจรรย์ญาณทั่วไปก็คง เลือกทางที่ถูกได้ว่าจะเลือกอยู่อาศัยตึกที่ลงเสาเข็มไม่ได้มาตรฐานตามหลักวิชาหรือไม่ คำตอบนี้ผู้ทำ คำวินิจฉัยคงไม่ต้องบอก แต่ก็เป็นที่หน้าของผู้ทำคำวินิจฉัยต้องอธิบายตามหลักวิชาว่า คดีนี้เนื้อหา เหตุผล และผลควรจะเป็นเช่นใด ไม่อาจนำอคติและอารมณ์มาใช้วินิจฉัย เพราะเป็นเรื่องใหญ่ที่อาจ ส่งผลกระทบต่อประเทศชาติและประชาชนอย่างรุนแรงได้ และผลกระทบจะเกิดเป็นลูกโซ่ไปถึงสังคม ในอนาคตและพอจะเป็นเครื่องบ่งชี้อนาคตของประเทศว่าจะดีขึ้นหรือเสื่อมถอยลงด้วย

ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อ ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบ

พระราชบัญญัติอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” จึงมีความหมายชัดเจนว่า ในกรณีใดที่มีตัวบทรัฐธรรมนูญบัญญัติบังคับไว้แล้ว ก็ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามมาตราต่างๆ ในหมวด ๓ ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือ “ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” มีความหมายทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ต้องมีการตรากฎหมายออกมาบัญญัติรายละเอียดในเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นหลักการหรือกรอบหรือเงื่อนไขไว้แล้ว โดยจะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อหลักการหรือกรอบหรือเงื่อนไขในรัฐธรรมนูญไม่ได้เช่นเดียวกับกรณีตามมาตรา ๓๒๘ (๒) ของบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองอย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(๑)

(๒) การเลิกพรรคการเมือง ทั้งนี้ โดยมีให้นำเอาเหตุที่พรรคการเมืองไม่ส่งสมาชิกสมัครรับเลือกตั้งหรือเหตุที่ไม่มีสมาชิกของพรรคการเมืองได้รับเลือกตั้งมาเป็นเหตุให้ต้องเลิกหรือยุบพรรคการเมือง

ฯลฯ

ซึ่งแสดงว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติเรื่องการเลิกหรือยุบพรรคการเมือง และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง จึงต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เป็นต้น รายละเอียดจะได้กล่าวต่อไป

ส่วนกรณีที่ไม่มิตบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่กรณีใด รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในข้อนี้ประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังกล่าวแตกต่างกับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ ให้นำมาใช้กับการอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชน (ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน) เพราะจารีตประเพณีหมายถึงประเพณีหรือทางปฏิบัติที่ประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ ได้ยึดถือปฏิบัติกันมานานจนยอมรับกันกลายเป็นจารีตประเพณี ซึ่งสอดคล้องกับหลัก “ความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา” ที่เป็นเอกชน แต่ปัญหาของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่วางระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่เหนือการแสดงเจตนาของเอกชน จึงไม่อาจนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาใช้ในรัฐธรรมนูญได้

ประเพณีการปกครองระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗ จึงเป็นประเพณีหรือทางปฏิบัติในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่างๆ ตามระบอบ

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมานานจนเป็นที่ยอมรับกันว่ากลายเป็นประเพณีที่จะต้องปฏิบัติไปแล้วอันมีลักษณะเป็นประเพณีการปกครองหรือเรียกว่า จารีตประเพณีทางมหาชนก็น่าจะได้นั้นก็คือได้กลายเป็นรัฐธรรมนูญที่ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมีทั้งส่วนที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นหลักการสมัยใหม่ที่ยอมรับกันเป็นหลักสากล

ผลของการยอมรับรัฐธรรมนูญทั้งที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่นสามารถปรับให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมประเพณีของประเทศไทยได้ อีกทั้งยังมีความประสงค์ที่จะพัฒนาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในอนาคตอีกด้วย โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญในอนาคตอาจนำประเพณีการปกครอง เช่นว่านั้นมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้

การนำหลักประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการยอมรับว่ามีรัฐธรรมนูญทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือรัฐธรรมนูญมีอยู่สองส่วนนั่นเอง แต่ศักดิ์หรือลำดับชั้นของรัฐธรรมนูญทั้งสองส่วนนี้แตกต่างกัน คือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนำมาใช้บังคับต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแล้วเท่านั้น กล่าวคือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจะนำมาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น อันหมายถึงรัฐธรรมนูญในส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมีสถานะหรือศักดิ์หรือลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ผลของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีศักดิ์หรือลำดับชั้นเป็นรัฐธรรมนูญเช่นกัน คือตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ และใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิใช่เฉพาะเรื่องเฉพาะคดีเหมือนจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕ และประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยังมีสถานะเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญประการหนึ่งด้วย จึงหาใช่เป็นเรื่องการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญเหมือนประเพณีแห่งท้องถิ่นที่ถือเป็นเรื่องการอุดช่องว่างในกฎหมายเอกชนแต่อย่างใด

หากถือว่ารัฐธรรมนูญมีช่องว่างก็แสดงว่ายอมรับว่ามีกฎเกณฑ์จากภายนอกอาจเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ หรือความประสงค์ของผู้ถืออำนาจรัฐที่นอกเหนือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแทน

ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่มีสถานะหรือศักดิ์หรือลำดับชั้นสูงอย่างน้อยเสมอรัฐธรรมนูญ เพราะสูงกว่ากฎหมายอื่นเท่านั้น จึงรับเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้

หลักการเช่นนี้ย่อมขัดแย้งต่อหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกล่าวคือ มีกฎหมายภายนอกรัฐธรรมนูญสูงอย่างน้อยเสมอรัฐธรรมนูญได้ และขัดแย้งกับหลักการที่ว่ารัฐธรรมนูญมีสองส่วนเท่านั้นตามมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นั่นคือ รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรกับประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือแม้แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หาใช่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่จะนำมาบรรจหรือพิจารณาเป็นส่วนควบ หรือควบคู่กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้

การอุดช่องว่างในกฎหมายแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับกรณีนั้นหรือหาหลักเกณฑ์อื่นมาใช้โดยไม่มีการคุ้มครองไว้ จึงเป็นคนละกรณีกับรัฐธรรมนูญที่มีวัตถุประสงค์บัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักสำคัญในการบริหารปกครองประเทศ ขณะเดียวกันต้องเปิดเป็นช่องให้รัฐสภาสามารถออกกฎหมายได้อย่างมีอิสระพอสมควร เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักการสำคัญของประเทศ การจะวินิจฉัยว่ารัฐสภาออกหรือตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังเช่นกรณีนี้จึงพิจารณาจากมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นอันจบขั้นตอนในการนำรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือปัญหาที่เกิดขึ้น อันหมายถึงไม่มีกรณีที่จะนำรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับกรณีนั้นแล้ว รัฐสภาสามารถออกหรือตรากฎหมายเช่นนั้นได้

จุดมุ่งหมายสุดท้ายของการออกกฎหมายเพื่อให้การใช้กฎหมายแผ่ซ่านไปทั่วทั้งสังคมตามหลักปกครองแบบนิติรัฐหรือนิติธรรม แต่ต่างกับรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับโครงสร้างของรัฐ ระบบการปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ อำนาจและการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพกับความเสมอภาคกันของพลเมือง และควบคุมการใช้กฎหมายอีกทอดหนึ่ง มิใช่กรณีที่ต้องนำรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับกับทุกกรณีเหมือนกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายแพ่ง หลักการอุดช่องว่างในกฎหมายจึงอาจใช้ได้กับการใช้กฎหมายทั่วไปบางประเภทที่ไม่ใช่รัฐธรรมนูญเท่านั้น

รัฐธรรมนูญเป็นกรอบที่วางหลักการ ข้อกำหนด ข้อห้าม หรือเงื่อนไขสำคัญไว้อย่างชัดเจน รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติและไม่มีประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในกรณีใด แสดงว่าสามารถกระทำหรือปฏิบัติหรือใช้อำนาจในกรณีนั้นได้อย่างไรก็ได้ จะอ้างในสิ่งที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงไว้ว่าเป็นช่องว่างไม่ได้

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า เป็นประเพณีการปกครอง มิใช่ประเพณีการนับถือศาสนา ประเพณีการขับรถขับเรือ ประเพณีการแต่งกายของไทย ประเพณีการให้ความเคารพหรือทักทายกัน ประเพณีการเล่นกีฬา ประเพณีการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย จึงจะอ้างเอาหลักเกณฑ์วิธีการใช้กฎหมายเช่นการอุดช่องว่างในกฎหมายหรือการตีความกฎหมายธรรมดามาใช้เป็นประเพณีการตีความหรือการใช้รัฐธรรมนูญมิได้ การอุดช่องว่างในกฎหมายจึงนำมาใช้กับรัฐธรรมนูญมิได้

ประการที่สี่ การใช้หรือการตีความรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากพื้นฐานที่ว่ารัฐธรรมนูญต้องมีความสมบูรณ์ถูกต้อง ชัดเจนแน่นอน ตามหลักการก็ไม่นำมาตีความรัฐธรรมนูญเพื่อหาเจตนารมณ์ได้ด้วยซ้ำไป แต่ในทางปฏิบัติการร่างรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่ถึงขั้นนี้ ดังจะเห็นได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญบางส่วนยังเข้าใจผิดว่ารัฐธรรมนูญเป็นเหมือนกฎหมายธรรมดา จึงบัญญัติในลักษณะเป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน หรือใช้ศัพท์ทางกฎหมาย โดยไม่ให้นิยามไว้หลายแห่ง เช่น เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ หน่วยงานของรัฐ สัญญาอื่นตามมาตรา ๒๒๔ องค์กรอื่นของรัฐตามมาตรา ๒๖๘ เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้มีที่มาและใช้ในความหมายแตกต่างกันไป หรือไม่อาจบัญญัติบนนิยามด้วยกฎหมายเฉพาะเรื่องให้เหมือนกันทั้งหมดได้ จึงต้องบัญญัติให้มีความหมายชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างกับถ้อยคำที่ว่า ละเมิด เหนี่ยวหน่วง การจับ คุ่มขัง สหกรณ์ สมาคม องค์กรปกครองท้องถิ่น ข้าราชการ รัฐวิสาหกิจ เป็นต้น ที่สามารถให้นิยามศัพท์ได้ด้วยกฎหมาย หรือสามารถใช้ได้ด้วยความหมายอย่างเดียวกับความหมายในกฎหมาย ถ้อยคำเหล่านี้ในรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงข้างต้น หากไม่มีนิยามศัพท์ไว้ก็จะไม่สามารถกำหนดความหมายหรือกฎเกณฑ์การใช้ได้เลยจะแตกต่างกับศัพท์วิชาการ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ประโยชน์ต่อสาธารณชน เป็นต้น ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ทุกคนเข้าใจ และสามารถวินิจฉัยได้ด้วยวิจรรณญาณของแต่ละคน หรือศัพท์สามัญ เช่น เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว การแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน เป็นต้น ซึ่งใช้ในความหมายที่ทุกคนเข้าใจตรงกันได้ หรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกำกวมไม่ชัดเจน เช่น ต้องคำพิพากษาให้จำคุก เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกวุฒิสภา ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในอายุของวุฒิสภาคราวก่อนการสมัครรับเลือกตั้ง ตามมาตรา ๑๒๖ (๓)

เป็นต้น เป็นผลให้ต้องมีการตีความรัฐธรรมนูญหาเจตนารมณ์เกิดขึ้น และการตีความหรือใช้รัฐธรรมนูญ เช่นนี้มากขึ้น ผลกลับตรงข้ามกล่าวคือยิ่งตีความข้อบกพร่องยิ่งกลับมากขึ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทย ใช้การตีความรัฐธรรมนูญอย่างผิดหลักการของรัฐธรรมนูญ

ตามหลักการหรือวาทะหรือวัฏจักรของรัฐธรรมนูญ เมื่อเกิดปัญหาเพราะการไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการหรือขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วย้อนส่งกลับสู่หมวด ๑ บททั่วไป คือการบัญญัติรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึง หลักการตามมาตรา ๑ ถึงมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กระบวนการเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้รัฐธรรมนูญอย่างถูกต้อง รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุด ความศักดิ์สิทธิ์ และความถูกต้องดีงาม ของรัฐธรรมนูญไว้ได้ การใช้วิธีการอื่นหรือแม้แต่การตีความรัฐธรรมนูญเพื่อหาเจตนารมณ์แล้วแต่เป็นการทิ้งปัญหาหรือมลทินแก่รัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ยิ่งใช้มากเท่าใดรัฐธรรมนูญก็จะยิ่งเสื่อมถอยความศักดิ์สิทธิ์ และความเชื่อถือที่ประชาชนมีต่อรัฐธรรมนูญลดลงเรื่อยๆ ดังจะเห็นได้ว่า การตีความหรือการใช้อำนาจ หรือวิธีการอื่นในเชิงทำลายความศักดิ์สิทธิ์และสมบูรณ์หรือนอกเหนือจากที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญกลับยิ่งเพิ่มปัญหามากขึ้น ปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนยิ่งขึ้น ยิ่งแก่งแย่งเหมือนวัวพันหลัก แสดงให้เห็นว่ามีชนทางแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญที่ถูกต้องแต่อย่างไร จึงทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาให้ลุล่วงไปได้ ทั้งไม่มีประเทศใดใช้วิธีการแก้ปัญหาลักษณะนี้ จึงเป็นประสบการณ์เฉพาะของประเทศไทย

ผู้ทำคำวินิจฉัยได้กล่าวถึงหลักการใช้กฎหมายมาแล้วว่ามี ๓ วิธี ได้แก่

(๑) การใช้กฎหมายตามตัวอักษรเป็นการใช้ตามความหมายของตัวอักษร ในแง่ความหมายของคำ กลุ่มคำ ประโยค วรรคตอน รวมตลอดทั้งมาตราๆ ว่ามีความหมายเช่นใด

(๒) การใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์ในกรณีความหมายเคลือบคลุมไม่ชัดเจนหรือขัดแย้งกัน

(๓) การใช้กฎหมายโดยการอุดช่องว่างในกรณีไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้กับกรณีนั้นโดยตรง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง จึงอยู่ในหลักเกณฑ์การใช้รัฐธรรมนูญทำนองเดียวกัน

โดยรัฐธรรมนูญมีวิธีการใช้เคร่งครัดทำนองเดียวกับการใช้กฎหมายอาญากล่าวคือเป็นการใช้กฎหมายตามตัวอักษร การใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์อาจมีได้บ้างเป็นการยกเว้น แต่ก็ต้องใช้ในความหมายอย่างจำกัด และใช้ได้กับเฉพาะกรณีเล็กน้อย หรือเป็นข้อบกพร่องของกฎหมายที่เป็นเรื่องปลีกย่อยมิใช่เรื่องสำคัญ แต่ไม่อาจนำหลักการอุดช่องว่างมาใช้กับรัฐธรรมนูญเพราะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทำให้หลักเกณฑ์อุดช่องว่างในกฎหมายไม่อาจาริต ประเพณีแห่งท้องถิ่น บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หลักกฎหมายทั่วไป หรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญถือเป็นปัจจัยหรือองค์ประกอบนอกเหนือรัฐธรรมนูญ และต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญ

มิได้บัญญัติเปิดช่องให้นำสิ่งเหล่านี้มาใช้กับรัฐธรรมนูญได้ จึงจะนำสิ่งเหล่านี้มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญมิได้ สิ่งเหล่านี้จึงอาจนำมาใช้ได้เพียงเป็นส่วนสนับสนุนในกรณีรัฐธรรมนูญมีความหมายเคลือบคลุมไม่ชัดเจน และไม่มีประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแสดงไว้เช่นนั้น หรือการหาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญไม่อาจกระทำได้ แต่ก็มีความสำคัญต่อการใช้รัฐธรรมนูญค่อนข้างน้อยมากเปรียบเทียบไม่ได้กับความหมายในระบบกฎหมายเดียวกันและเจตนารมณ์ที่ค้นหาจากบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญ

ในประมวลกฎหมายอาญา มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้กฎหมายในหมวด ๒ ที่พอถือว่ากฎหมายอาญาปฏิเสธหลักการอุดช่องว่างในกฎหมายมาใช้กับกฎหมายอาญาเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญก็คือ มาตรา ๒ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดได้ต้องเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและโทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายจึงต้องเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมาย แต่การอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นกรณีที่ไม่ มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าไว้เกี่ยวกับกรณีนั้นไว้โดยตรง ในทางแพ่งต้องหาทางวินิจฉัยคดีให้ได้โดยใช้วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่ทางอาญาต้องยกฟ้องไปโดยถือว่าบุคคลนั้นไม่ได้กระทำความผิด หรือกระทำความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษหากเป็นกรณีหลัง เป็นต้น

จากหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายอาญากับกฎหมายทางแพ่งแตกต่างกันไปคนละทางเลย ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายก็ตี การอุดช่องว่างกฎหมายก็ตี จึงเป็นกรณีที่นักกฎหมายหรือนักวิชาการสืบสนได้ง่ายๆ ดังจะเห็นได้จากการอ้างการอุดช่องว่างกฎหมายมาใช้กับรัฐธรรมนูญในคดีนี้แต่สำหรับผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมแล้วต้องได้รับการฝึกฝนจนเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไปคนละประเภทจนสุดๆ เช่นนี้ จึงถือเป็นเพียงพื้นฐานหนึ่งของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเท่านั้น ประเด็นนี้ จะเห็นความแตกต่างได้อีกประการหนึ่งก็คือ ความเชี่ยวชาญในการร่างกฎหมายหรือการสอนหนังสือหรือการปฏิบัติงานสายอื่นที่มีวิชาชีพอัยการหรือทนายความแล้ว หากใช้ผู้เชี่ยวชาญในการปรับใช้กฎหมายเช่นผู้พิพากษาแต่อย่างไร

หลักการใช้รัฐธรรมนูญที่จะกล่าวต่อไปก็คือ การใช้รัฐธรรมนูญตามตัวอักษร ดังที่ผู้ทำคำวินิจฉัยได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญมีความสมบูรณ์ในตัวเอง การบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือการร่างรัฐธรรมนูญที่ดีต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอน อันหมายถึงจะต้องบัญญัติมิให้เกิดจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องขึ้นในรัฐธรรมนูญ หรือมีความหมายเคลือบคลุมไม่ชัดเจนที่ทำให้ต้องตีความรัฐธรรมนูญสิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่

ทำลายความสมบูรณ์และความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทำให้มีความเห็นหรือคำวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญภายนอก เช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรืออื่นๆ สอดแทรกเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ อันมีผลเท่ากับรัฐธรรมนูญมิได้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะอย่างน้อยทำให้ความเห็นหรือคำวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ฯลฯ มีผลเสมอรัฐธรรมนูญเหมือนกัน

ความเชี่ยวชาญในการร่างรัฐธรรมนูญนอกจากจะต้องบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ได้ตามเป้าหมายสูงสุดแล้ว ยังต้องบัญญัติให้ความหมายชัดเจนแน่นอน สามารถใช้รัฐธรรมนูญตามตัวอักษรได้อย่างถูกต้อง และไม่ต้องตีความทำนองเดียวกับกฎหมายอาญา ซึ่งหลักการร่างรัฐธรรมนูญของมองเตสกีเออ ที่ปรากฏในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” อันได้รับยกย่องนับถือจนเป็นหลักสากลของนานาประเทศผู้ทำคำวินิจฉัยขอยกขึ้นมาโดยปรากฏในหนังสือ “ภาษากฎหมายไทยของนายธานินทร์ กรัยวิเชียร” กล่าวคือ

(๑) ภาษากฎหมายนั้นสมควรมีลีลาที่สั้น กระชับรัด และง่าย ภาษาที่เฟริคพริ้ง เฉิดฉาย หรือถ้อยคำอันจูงใจต่างๆ เป็นเพียงผลความที่ทำลายคุณค่าของโวหารภาษากฎหมาย

(๒) ศัพท์ที่เลือกใช้ สมควรเป็นศัพท์ที่มีความหมายแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ และมีใช้เพียงคำที่มีความหมายใกล้เคียง ทั้งนี้ เพื่อที่จะละเว้นความเข้าใจแตกต่างกันให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้

(๓) กฎหมายนั้นสมควรบัญญัติถึงแต่เฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นจริง ๆ และพึงละเว้นการบัญญัติกฎหมายในทำนองคำพังเพยหรือในทำนองตัวอย่างสมมติ

(๔) กฎหมายนั้นไม่สมควรบัญญัติให้ยกย่อน เพราะกฎหมายเหล่านี้จะใช้บังคับกับสามัญชน ซึ่งมีสติปัญญาปานกลาง กฎหมายเหล่านี้มิใช่แบบฝึกหัดในวิชาตรรกวิทยา แต่เป็นเรื่องของเหตุผลธรรมดาสำหรับสามัญชน

(๕) กฎหมายนั้นไม่สามารถจะบัญญัติหลักการใหญ่ให้ปะปนกับข้อยกเว้น ข้อจำกัด หรือเงื่อนไขต่างๆ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น

(๖) กฎหมายนั้นไม่สมควรจะบัญญัติในเชิงบรรยายการให้เหตุผลรายละเอียดแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นเป็นเรื่องเสี่ยงภัยโดยแท้ เพราะการให้เหตุผลดังกล่าวยอมเปิดช่องให้เกิดการโต้แย้งขึ้นได้

(๗) เหนือสิ่งอื่นใดทั้งสิ้น กฎหมายนั้นสมควรจะได้มีการพิจารณาโดยรอบคอบ ละเอียดและถี่ถ้วน และกฎหมายจำเป็นต้องมีไว้เพื่อประโยชน์แห่งการบังคับจริงๆ กฎหมายไม่สมควรจะมีบทบัญญัติอันขัดต่อเหตุผลธรรมดา ความเที่ยงธรรม และตามสภาพแห่งความเป็นไปในสังคม เพราะกฎหมายที่มีจุดอ่อนก็ดี กฎหมายที่ไม่จำเป็นก็ดี กฎหมายที่ปราศจากความเที่ยงธรรมก็ดี ย่อมทำให้ระบบกฎหมายทั้งระบบเสียไป และเป็นการบั่นทอนอำนาจของรัฐด้วย

หลักการร่างกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญที่ดีจึงต้องให้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใช้ได้อย่างสมบูรณ์ ไม่มีจุดอ่อนหรือข้อบกพร่อง ให้ความหมายตามตัวอักษรที่ชัดเจนแน่นอน ไม่ต้องตีความ เพียงเฉพาะในแง่การใช้ภาษากฎหมายให้ถูกต้องชัดเจนแน่นอนก็ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญอย่างสูงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นศาสตร์ทางกฎหมายระดับสูงอย่างหนึ่งเช่นเดียวกับศาสตร์การใช้กฎหมาย ซึ่งจะได้รับการยกย่องเสมอกัน แต่อย่าปะปนกันในระหว่างผู้เชี่ยวชาญในการร่างกฎหมายว่าเป็นพวกเดียวกับผู้เชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายเพราะต่างถือว่าเป็นความเชี่ยวชาญคนละแขนง ผู้เชี่ยวชาญในการร่างกฎหมายอาจมีความสามารถเพียงการใช้กฎหมายอย่างธรรมดาเท่านั้น หรือในทางกลับกันผู้เชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายก็อาจมีความสามารถเพียงร่างกฎหมายอย่างธรรมดาได้เช่นกัน คงจะหาที่เชี่ยวชาญทั้งสองแขนงในคนเดียวกันได้ค่อนข้างยาก หรือความเข้าใจผิดกันว่า การใช้กฎหมายแบบนักกฎหมายฝ่ายบริหารที่ใช้กฎหมายมุ่งรักษาอำนาจรัฐ อย่างเช่นนิติกรหรือนักกฎหมายหรือข้าราชการในสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ว่าเป็นการใช้กฎหมายแบบเดียวกับผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มุ่งใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนว่าเป็นความเชี่ยวชาญการใช้กฎหมายแบบเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้จากการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๓ (๔) มาตรา ๑๘ (๔) เป็นต้น

การใช้กฎหมายตามตัวอักษรต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่สมบูรณ์ถูกต้อง ชัดเจนแน่นอน จึงจะสามารถสื่อความหมายออกมาได้ถูกต้องชัดเจนแน่นอน ความหมายที่ปรากฏออกมาจะต้องเป็นความหมายตามตัวอักษรนั้นเท่านั้น แต่ความหมายตามตัวอักษรที่ถูกต้องสมบูรณ์เพียงใดก็ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายของผู้ใช้นั้นด้วย

ตัวอย่างการใช้กฎหมายตามตัวอักษรจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดีอาญาที่จะใช้กฎหมายตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๕๓ บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า หรือด้วยการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ศาลยุติธรรมจะต้องใช้ความหมายตามตัวอักษร ดังกรณีนี้จะแยกถ้อยคำได้ว่า “ดูหมิ่น” “ผู้อื่น” “ซึ่งหน้า” โดยคำว่า “ดูหมิ่น” มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๐๒/๒๕๒๑ พิพากษาว่า ถ่มน้ำลายแล้วคำว่า “พวกอีดอกทอง” คำว่า “อีดอก” เป็นคำหยาบซึ่งสามัญชนเข้าใจชัดเจนว่าผู้ถูกค่าเป็นผู้หญิงไม่ดี เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าตามมาตรา ๓๕๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๒๘/๒๕๒๕ คำว่า “มารศาสนา” เป็นถ้อยคำภาษาไทยที่สามัญชนพียงยอมเข้าใจว่า หมายถึงบุคคลประเภทที่สาธารณชนยอมรับจะคบหาด้วย ทำให้ถูกดูถูกเหยียดหยามได้รับความอับอาย เป็นถ้อยคำดูหมิ่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๒๑/๒๕๓๖ จำเลยกับเจ้าทุกข์อยู่เรือนเดียวกัน จำเลยปิดประตูเสียงดัง เจ้าทุกข์ซึ่งเป็นหญิงพูดว่าไม่มีมารยาท จำเลยตอบว่า “กูไม่ได้ขึ้นคร่อมมึงนี่” ดังนี้ เป็นเพียงจำเลยกล่าวแตกดันและใช้วาจาไม่สุภาพเท่านั้น ยังไม่เพียงพอจะถือว่าเป็นการหมิ่นประมาทซึ่งหน้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๘๗๔/๒๕๒๘ จำเลยต่อว่าผู้เสียหายทั้งสี่ว่า ไม่ล้างจานข้าว ผู้เสียหายว่าไม่มีคนล้างจาน จำเลยจึงกล่าวแก่ผู้เสียหายทั้งสี่ว่า “สี่คนไม่ใช่คนหรือไง” ดังนี้เป็นเพียงคำแตกดันหรือประชดประชันด้วยความไม่พอใจเท่านั้น ไม่มีความหมายอันจะเป็นการดูหมิ่น

ถ้อยคำว่า “ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า” มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๕/๒๕๓๖ จำเลยกล่าวคำหยาบคำเจ้าทุกข์ที่ตรอกถนนทางหลวง แต่เจ้าทุกข์อยู่ในห้องมิได้เห็นตัวได้ยินแต่เสียง โดยจำเลยรู้แล้วว่าเจ้าทุกข์อยู่ในนั้น ดังนี้ วินิจฉัยว่า แม้ไม่เห็นหน้ากัน คำรอกหูให้ได้ยินก็เท่ากับคำต่อหน้ามีความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งหน้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๕๖-๘๕๗/๒๕๐๒ เดินพันไปได้ ๓ วา แล้วจึงดำ เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งหน้าเพราะความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้านั้น เพียงแค่กล่าวคำดำให้ผู้ถูกดำได้ยินเท่านั้น ก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำต้องดำโดยหันหน้าเข้าหากัน จะดำอยู่ข้างหลังหรือข้างไหนไม่สำคัญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๕๕/๒๕๑๔ จำเลยกล่าวดูหมิ่นผู้เสียหายในขณะที่ผู้เสียหายอยู่ห่าง ๑๐ วา และจำเลยไม่รู้ว่ามีผู้เสียหายอยู่ที่นั่น จำเลยยังไม่มี ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๕๓ เป็นต้น

ตัวอย่างที่ยกมาข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างการใช้กฎหมายตามตัวอักษรของศาลยุติธรรม ในคดีอาญาที่ยังไม่สู้จะซับซ้อนนัก เพราะเป็นถ้อยคำสั้นๆ เพียง “ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า” ประกอบด้วยคำเพียงหกคำเท่านั้น การปรับใช้กฎหมายตามตัวอักษรจะยากขึ้นอีกเป็นลำดับเมื่อมีถ้อยคำมากขึ้น เช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๖ บัญญัติว่า “ผู้ใดดูหมิ่นเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะได้กระทำการตามหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” การใช้กฎหมายต้องใช้ถ้อยคำในกฎหมายนี้ทั้งหมดจึงจะถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย และยังยุ่งยากขึ้นอีกเมื่อความหมายแปรเปลี่ยนไป แต่ใกล้เคียงกันคือ มาตรา ๓๒๖ บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจึงต้องมีความเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายอาญาตามตัวอักษร ต้องเหนือกว่าอัยการและทนายความที่ต้องมีความเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายอาญานี้เช่นกัน

การใช้กฎหมายตามตัวอักษรเป็นการใช้ความหมายในถ้อยคำนั้น จะใช้ในความหมายขัดแย้งกับถ้อยคำที่ปรากฏและความหมายตามตัวอักษรนั้นเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้ ดังนั้น ความหมายของคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น หากเปรียบเทียบกับความหมายของถ้อยคำว่า “ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า” หรือ “ความผิดฐานหมิ่นประมาท” แล้ว จะเห็นว่ามี ความหมายพินๆ เท่านั้น มิได้หมายความหรือความหมายกว้างขวางหรือความหมายสลับซับซ้อนหรือความหมายลึกซึ้งอย่างไรเลย ถ้อยคำ “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จะมีความหมายสอดคล้องกับข้อความที่ปรากฏอยู่ข้างหน้าและจะต้องแปลความหมายออกมาให้สอดคล้องกับข้อความทั้งหมด

ตัวอย่างเช่น มาตรา ๖๘ วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” ความหมายถ้อยคำทั้งหมดถือเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การไปใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นหน้าที่ และมีสภาพบังคับในกรณีไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ตามวรรคสามแล้ว “ยอมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติไว้” ความหมายของถ้อยคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้” จะมีความหมายกลมกลืนไปกับถ้อยคำว่า “ยอมเสียสิทธิ” และถ้อยคำในมาตรานี้ทั้งหมด อันมีความหมายได้หลายนัยแล้วแต่จะพิจารณาอย่างไรกัน เช่น

ความหมายที่หนึ่ง ในความหมายเฉพาะถ้อยคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายความว่า ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ประชาชนทราบโดยชัดแจ้งแล้ว มิใช่ปล่อยให้เป็นการอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลใดเป็นผู้กำหนดเองได้ ดังศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยมาแล้ว

ความหมายที่สอง ในความหมายถ้อยคำว่า “สิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายความว่า กรณีเป็นเรื่องสิทธิเท่านั้นไม่ใช่เสรีภาพ และสิทธิที่จะเสียไปต้องเป็นสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น สิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติดังเช่นสิทธิตามมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง มาตรา ๕๓ วรรคสอง มาตรา ๕๔ มาตรา ๕๕ มาตรา ๖๑ มาตรา ๖๒ ฯลฯ เป็นต้น เหล่านี้เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงจะออกกฎหมายทำให้ประชาชนเสียสิทธิเหล่านี้ไม่ได้

ความหมายที่สาม ในความหมายถ้อยคำว่า “เสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายความว่า กรณีเป็นเรื่องเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น หากเป็นเรื่องข้อจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จะอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวไปออกกฎหมายจำกัดสิทธิของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิได้ เพราะการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้จะเป็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันหมายถึงสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะถูกจำกัดได้ รัฐธรรมนูญจะกำหนดการหรือกรณีนั้นไว้ เช่น ตามมาตรา ๕๑ ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา ๖๘ เกี่ยวกับการเสียสิทธิเมื่อไม่ไปใช้

สิทธิเลือกตั้ง หากได้มีบทบัญญัติทำนองนี้และรัฐธรรมนูญมิได้ระบุให้ออกกฎหมายเฉพาะและกำหนดการหรือกรณี หรือเหตุผลที่จะให้จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญอย่างนั้นได้ จึงจะอาศัยเพียงถ้อยคำว่า “เสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไปออกกฎหมายจำกัดหรือตัดสิทธิหรือให้เสียสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ได้ ความหมายทั้งสามประการล้วนแล้วแต่เป็นความหมายที่ใช้ได้ทั้งสิ้น ทั้งเป็นความหมายตามตัวอักษร หากได้อาศัยหลักการหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเข้ามาปะปนเลย

นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖๑ “บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” คำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ต้องใช้ในความหมายที่สอดคล้องกลมกลืนกับถ้อยคำที่ปรากฏข้างหน้าดังกล่าว คือรัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นกรอบไว้ว่า ประชาชนมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ และต้องได้รับแจ้งผลพิจารณาภายในเวลาอันสมควรเท่านั้น จึงจะตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิดังกล่าว หรือยกเลิกหรือสร้างข้อจำกัดสิทธินั้นลงไป เช่น ยกเลิกองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้งไว้หรือลดขนาด หรือจำกัดอำนาจขององค์กร เช่นนี้ย่อมกระทำมิได้ เพราะจะเป็นการขัดแย้งกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้รับรองเป็นกรอบไว้ เพราะถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ และสิทธิที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ หรือสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจปกครองเหล่านี้ เป็นสิทธิที่กติกาข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและทางการเมือง (INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคียอมรับผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ให้การรับรองไว้ ซึ่งแสดงว่าบุคคลมีสิทธิที่จะเรียกร้องการเยียวยาและได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ ทั้งฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในระบบกฎหมายของประเทศนั้นๆ และอาจฟ้องร้องต่อศาลต่อไปได้ด้วย ซึ่งแสดงว่า สิทธิที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ หรืออุทธรณ์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่เป็นการจำกัดหรือตัดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลเป็นต้น

ปัญหาข้อความว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติก่อน แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล” หมายถึงสามารถบัญญัติพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องเกี่ยวกับให้คณะกรรมการอื่นให้ความเห็นชอบแทนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้หรือไม่ ผู้ทำคำวินิจฉัยได้กล่าวมาบ้างแล้วว่า จะกระทำมิได้ และกรณีที่เป็นการใช้รัฐธรรมนูญตามตัวอักษรอย่างหนึ่งโดยข้อความทำนองเดียวกันนี้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกหลายมาตราดังเช่น

มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

การสืบทอดมรดกย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิของบุคคล ในการสืบทอดมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา ๔๙ วรรคสี่ บัญญัติว่า “การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิม หรือทายาทตามวรรคสาม และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา ๑๗๐ วรรคสาม บัญญัติว่า “หลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อรวมทั้งการตรวจสอบให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

มาตรา ๑๘๖ วรรคสาม บัญญัติว่า “คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหา และการคัดเลือกผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” เป็นต้น

ความหมายของข้อความว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” มีความหมายทำนองเดียวกับข้อความว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังเช่น มาตรา ๓๕ วรรคห้า มาตรา ๔๐ วรรคสอง มาตรา ๔๓ วรรคสอง วรรคสาม มาตรา ๔๖ มาตรา ๔๙ วรรคหนึ่ง วรรคสี่ มาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม มาตรา ๕๓ วรรคสอง มาตรา ๕๕ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง วรรคสอง มาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ มาตรา ๖๐ มาตรา ๖๑ มาตรา ๖๒ เป็นต้น อันหมายความว่า กฎหมายที่บัญญัติเหล่านี้ต้องมีหรือความหมายอนุโลมตามหรือทางตรรกะต้องใช่วิธีนัยกล่าวคือเป็นเหตุเป็นผลสอดคล้องกันกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จะยกเว้นหรือออกนอกกรอบหรือหลักการหรือขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ โดยมีบทบัญญัติมาตรา ๖ ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ควบคุมอยู่จึงถือว่ารัฐธรรมนูญไม่เปิดช่องให้มีบทบัญญัติกฎหมายแตกต่างกับรัฐธรรมนูญได้

หากรัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีบทบัญญัติแตกต่างจากรัฐธรรมนูญได้ก็จะบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นนี้ ไม่ถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีผลใช้บังคับได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๖ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญจะใช้ข้อความว่า “เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมายอื่น” ดังเช่น

มาตรา ๒๗๑ ที่บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

มาตรา ๒๗๒ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีสามชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้หรือตามกฎหมายอื่น” เป็นต้น

ความหมายของข้อความ “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จึงแตกต่างกับข้อความว่า “เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นตามกฎหมายอื่น” หรือ “เว้นแต่ที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้น หากบทบัญญัติตามมาตรา ๒๗๗ บัญญัติว่า “การแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เช่นนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ จึงอาจบัญญัติโดยเฉพาะกาลในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ จำนวน ๒๓ คน แล้วนำรายชื่อเสนอต่อ นายกรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบต่อไปได้ตามตัวอย่างในคดีนี้

แต่มาตรา ๒๗๗ บัญญัติข้อความว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” จึงจะบัญญัติให้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญมิได้ มิฉะนั้นกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นการยกเว้นมิให้ใช้บทบัญญัติตามมาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่งไว้เป็นการชั่วคราว (มิใช่ยกเลิกไปเลย) โดยใช้บทบัญญัติในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ แทน อันเป็นการยกเว้นมิให้ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก่กรณีใดโดยรัฐธรรมนูญ แต่โดยอาศัยอำนาจหรือปัจจัยจากภายนอกคืออำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นการทำลายระบบหรือกลไกควบคุมของรัฐธรรมนูญอันถือเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญคือหลักการตามมาตรา ๖ เท่ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง เป็นอันใช้บังคับมิได้เพราะขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ผลที่ตามมาคือรัฐธรรมนูญจะสูญเสียสถานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ หรือเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายอื่น แต่กลับเป็นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ สูงกว่ารัฐธรรมนูญ หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจมีศักดิ์หรือลำดับชั้นสูงกว่ารัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะกรณีบทบัญญัติมาตรา ๖ ขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ความหมายข้อความที่ว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตามมาตรา ๒๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ต้องสอดคล้องกลมกลืนกับถ้อยคำที่ปรากฏข้างหน้านั้น กล่าวคือการแต่งตั้งและการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อน ส่วนรายละเอียดจะเป็นเช่นใดให้กำหนดไว้ในกฎหมายหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ดังเช่นในคดีนี้ และความหมายตามตัวอักษรชัดเจน

อยู่แล้ว มิได้เคลือบคลุมไม่ชัดเจนหรือความหมายขัดแย้งกันจนต้องไปหาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญแต่อย่างใด และไม่อาจใช้ในความหมายว่า การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการอื่นนอกจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้เลย

การตีความรัฐธรรมนุญที่นอกเหนือจากการใช้หรือตีความตามตัวอักษร จึงไม่ถือว่าเป็นหลักการทั่วไปที่รัฐธรรมนุญยอมรับดังจะเห็นได้จากไม่มีรัฐธรรมนุญบัญญัติรับรองไว้เลย แม้จะมีการกล่าวถึงการตีความไว้ในรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗ ก็เป็นเรื่องของหลักการตีความกฎหมายหาใช่หลักการตีความรัฐธรรมนุญแต่อย่างใด ส่วนมาตรา ๗ ก็เป็นเรื่องที่มาหรือบ่อเกิดของรัฐธรรมนุญหาใช่หลักการตีความหรืออุดช่องว่างของรัฐธรรมนุญ เช่นกัน

กรณีแตกต่างกับกฎหมายแพ่งที่บัญญัติหลักการตีความกฎหมายไว้ในมาตรา ๔ วรรคหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” หรือมาตรา ๓๖๘ ที่บัญญัติว่า “สัญญาอันทำกันให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

อย่างไรก็ดีวิชาการร่างกฎหมายรัฐธรรมนุญของไทยยังไม่ถึงขั้นร่างรัฐธรรมนุญฉบับสมบูรณ์แบบออกมาใช้ได้ เพื่อให้รัฐธรรมนุญมีความยืดหยุ่นและใช้ได้โดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมบ่อย ๆ จึงมีการยอมรับหลักการตีความรัฐธรรมนุญตามเจตนารมณ์กันโดยปริยาย แต่ก็ใช้ได้กับกรณีที่เป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่สำคัญนักเท่านั้น ซึ่งมีใช้ถือว่ารัฐธรรมนุญไม่ชัดเจนเสียทุกเรื่องและต้องตีความเสียทุกกรณี หรือต้องดูเจตนารมณ์เสียทุกอย่าง เช่นนี้ขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนุญอย่างแน่นอน

ส่วนการตีความรัฐธรรมนุญเป็นการใช้รัฐธรรมนุญอย่างหนึ่ง โดยการใช้หรือตีความตามเจตนารมณ์มีข้อจำกัดอย่างมากว่าจะทำได้เพียงเพื่อชดเชยที่ผิดพลาดเล็กน้อยอันเกิดจากการร่างรัฐธรรมนุญให้สมบูรณ์ชัดเจนขึ้น เป็นการทำให้รัฐธรรมนุญสมบูรณ์ชัดเจนยิ่งขึ้นอย่างหนึ่งเท่านั้น จึงจะใช้ในแง่บิดเบือนบทบัญญัติรัฐธรรมนุญหรือถึงขนาดเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญมิได้ ทั้งตามหลักการของกระบวนการร่างรัฐธรรมนุญเป็นกระบวนการหรือวิธีการอุปนัย กล่าวคือเป็นการนำหลักเกณฑ์หลายๆ หลักเกณฑ์มาสรุปเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนุญ และวิธีการใช้รัฐธรรมนุญเป็นกระบวนการหรือวิธีการนิรนัย กล่าวคือเป็นการนำบทบัญญัติในรัฐธรรมนุญมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือปรากฏการณ์ในสังคม กระบวนการร่างและกระบวนการใช้รัฐธรรมนุญแม้มีจุดศูนย์กลางอยู่ที่รัฐธรรมนุญด้วยกัน แต่การใช้หรือการตีความรัฐธรรมนุญค้ำนึ่งอยู่ที่รัฐธรรมนุญเป็นสำคัญ หาได้เชื่อมโยงหรือให้ความสำคัญแก่เจตนารมณ์หรือกระบวนการร่างรัฐธรรมนุญเป็นพิเศษแต่อย่างใด พื้นฐานการใช้หรือตีความรัฐธรรมนุญอยู่ที่รัฐธรรมนุญหาใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนุญ เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนุญนั่นเอง

ดังนั้น แม้แต่เป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ทำให้เป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชนทุกคนหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือถ้าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อเจตจำนงร่วมกันของประชาชนหรือรัฐธรรมนูญหรือกระบวนการใช้รัฐธรรมนูญ โดยหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ต้องถือตามเจตจำนงร่วมกันของประชาชนหรือรัฐธรรมนูญเช่นกัน แม้รัฐธรรมนูญจะมีที่มาจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ตามแต่โดยหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็ปฏิเสธกฎเกณฑ์ภายนอกหรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่อยู่นอกเหนือรัฐธรรมนูญ รวมทั้งรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับว่ามีสิ่งอื่นสูงกว่าสมบูรณ์กว่าหรือยอมรับว่าบกพร่องถึงขนาดต้องอุดช่องว่างหรือตีความแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ที่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปตามเจตจำนงร่วมกันของประชาชนเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องอันเกิดจากการร่าง การใช้ และการตีความรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญต่างหากที่ เป็นผู้แก้ไขข้อบกพร่องอันเกิดจากการร่าง การใช้ และการตีความรัฐธรรมนูญ อันถือว่าเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องอันเกิดจากน้ำมือของมนุษย์ มิใช่การใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ เป็นวิถีทางแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจนำหลักการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญไปใช้ในทางแก้ไขข้อบกพร่องอันเกิดจากการร่าง การใช้รัฐธรรมนูญได้

พื้นฐานการตีความรัฐธรรมนูญอยู่ที่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญสูงสุดอยู่แล้ว และเป็นกระบวนการใช้หลักการแบบนิรนัย จึงไม่อาจนำมาใช้นอกกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และไม่สามารถรับกฎเกณฑ์จากภายนอกเช่นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญมาเป็นแนวทางแทน หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หรือข้อบกพร่องอันเกิดจากการร่างรัฐธรรมนูญไม่อาจทำลายความสมบูรณ์และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ หรือจะนำมาตีความรัฐธรรมนูญอันเป็นวิธีการนิรนัยจากรัฐธรรมนูญ ถ้าวลักรัฐธรรมนูญไปถึงกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นวิธีการอุปนัยที่เป็นปัญหาไม่ได้ การตีความรัฐธรรมนูญจึงใช้ไปในแนวทางที่ว่ารัฐธรรมนูญไม่บกพร่องถึงขนาดตีความไม่ได้เลย เพียงแต่แปลความหรือตีความว่ามีความหมายเช่นใด หรือนำมาใช้อย่างไร จึงจะทำให้รัฐธรรมนูญมีความสมบูรณ์และสูงสุดเท่านั้น มิอาจใช้โดยมีเป้าหมายเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม หรือเสริมเติมแต่งหรือเปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้

ความบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญถือเป็นปัจจัยภายนอกที่ไม่ส่งผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ที่ว่าทำให้รัฐธรรมนูญบกพร่องไม่สมบูรณ์ไปด้วย หรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญถูกต้องสมบูรณ์กว่ารัฐธรรมนูญหรือทำให้รัฐธรรมนูญบกพร่องไป อันมีผลเท่ากับเป็นการให้เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญสูงกว่าหรือสำคัญกว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ดังตัวอย่างการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๑๖ (๔) เกี่ยวกับความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว เมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุกซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์

จะให้รวมถึงการรอกการลงโทษจำคุก โดยเข้าใจว่าข้อความดังกล่าวกินความไปถึงกรณีการรอกการลงโทษจำคุกด้วยก็ตาม อันเห็นได้ว่าเป็นข้อบกพร่องของการร่างรัฐธรรมนูญที่ใช้ข้อความในรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่เป็นไปตามความประสงค์หรือเจตนารมณ์ของผู้ร่าง แต่จะถือไม่ได้ถึงขนาดว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ จึงไม่ต้องยึดถือไม่ได้ ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นคนละแนวทางการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญที่ต้องใช้ข้อความดังกล่าวให้สอดคล้องกันเป็นระบบกฎหมายคือ ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้ชัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงยังต้องยึดถือตามบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ต่อไปและใช้หลักการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญเข้ามาช่วย

เช่นเดียวกับการใช้หรือตีความรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจค้นเคหสถานหรือการค้นในที่รโหฐานตามมาตรา ๓๕ วรรคสอง กับมาตรา ๒๓๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ต้องใช้ความหมายการตรวจค้นเคหสถานหรือที่รโหฐานตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ “เคหสถาน” ตามประมวลกฎหมายอาญาหมายความว่าที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย เช่น เรือน โรง เรือ หรือแพ ซึ่งคนอยู่อาศัยและให้หมายความรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้นด้วย จะมีรั้วล้อมหรือไม่ก็ตาม กับที่ “รโหฐาน” ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หมายความว่าถึงที่ต่างๆ ซึ่งมีไซที่สาธารณสถานดังบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา และ “สาธารณสถาน” ในประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่าสถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่เข้าไปได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรายละเอียดเหล่านี้ไว้ ความหมายของคำว่า “เคหสถาน” ก็คือ “ที่รโหฐาน” ก็คือ จึงต้องถือตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อให้การใช้กฎหมายสอดคล้องเป็นระบบกฎหมายเดียวกัน ในเมื่อกรณีนี้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นหรือเป็นกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีบทบัญญัติชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงจะต้องถือตามรัฐธรรมนูญ ด้วยวิธีการเช่นนี้รัฐธรรมนูญจึงยังคงรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ได้ โดยแสดงว่าประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติขึ้นมาให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ก็คือ การค้นในที่รโหฐานตามมาตรา ๒๓๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติไว้ว่า จะค้นได้ต่อเมื่อมีคำสั่งหรือหมายของศาล ดังนั้น ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการออกหมายค้นโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ตามมาตรา ๕๘ (๓) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้บังคับมิได้อีกต่อไป

ด้วยเหตุนี้ ผู้ทำคำวินิจฉัยจึงมีความเห็นว่า กรณีคดีนี้ไม่ใช่กรณีรัฐธรรมนูญมีช่องว่างต้องอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญ และไม่ใช้รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ จึงควรยกคำร้องนี้อีกประการหนึ่ง

ประการที่ห้า การตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยบัญญัติวิธีการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไว้ในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ เพื่อใช้แทนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ ได้หรือไม่ ผู้ทำคำวินิจฉัยได้พิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้งสามมาตราดังกล่าวแล้ว เห็นว่า มาตรา ๒๗๗ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้ง และการให้ตุลาการในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง ฯลฯ มาตรา ๒๗๘ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด มาตรา ๒๗๙ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองว่าประกอบด้วยบุคคลใดบ้าง บทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวมีความชัดเจนครบถ้วนบริบูรณ์และปฏิบัติได้ โดยไม่ต้องอาศัยแม้แต่การตีความใดๆ และไม่ใช้กรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับกับกรณีใดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๗ และไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติตามปกติหรือถาวรหรือไม่ก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว บทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวก็มีผลบังคับใช้ตามกรณีที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกันจะยกเว้นไม่ได้ หากจะมีการยกเว้นไม่ใช้บังคับมาตราใด ก็ต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนในบทเฉพาะกาลดังเช่นกรณีต่างๆ ในรัฐธรรมนูญหลายกรณีเป็นต้น

บทบัญญัติในมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ของบทเฉพาะกาลในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กล่าวถึง การให้มีคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทำการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้จำนวนไม่เกิน ๒๓ คน แล้วนำรายชื่อเสนอต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อวุฒิสภาให้ความเห็นชอบต่อไป โดยยังไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองให้ความเห็นชอบ แม้จะเป็นการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเป็นครั้งแรกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็ตาม ก็ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นก็จะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้เพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการที่นายกรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่ตาม มาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง เสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต่อวุฒิสภาเพื่อขอความเห็นชอบ โดยยังไม่ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงเป็นกรณีที่ไม่อาจกระทำได้ และเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่พระราช

บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ บัญญัติไว้ โดยนายกรัฐมนตรีมิใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทั้งไม่อาจอ้างว่าเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เพราะเป็นเรื่องที่วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ เพียงแต่โต้แย้งว่าวุฒิสภาใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่หรือใช้ดุลพินิจตามมาตราดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันถือไม่ได้ว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา และศาลรัฐธรรมนูญมิได้อยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้ดุลพินิจของวุฒิสภาว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตย มิได้มีสถานะสูงกว่าวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐหรือรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในกรณีเช่นนี้ได้โดยเฉพาะที่จะอ้างอำนาจทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๖๘ มาใช้กับกรณีนี้ได้ มิฉะนั้นเท่ากับเป็นการสนับสนุนแนวความคิดที่มุ่งประสงค์จะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรปกครองสูงสุดของประเทศ ซึ่งมีใช้แนวความคิดตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักสากล

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่า กรณีดังกล่าวสามารถกระทำได้ก็จะเป็นกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อหลักการตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เช่นนี้หากถือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง ตามมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๖๘ เท่ากับรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐถูกผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะกลายเป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเหนือกว่าและใช้แทนบทบัญญัติมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กล่าวคือ แม้บทบัญญัติมาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา ๒๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่ใช้บังคับได้เพราะบทบัญญัติมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยใช้บังคับกับกรณีนี้ได้ เพราะขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะแม้มาตรา ๖ ระบุว่าใช้บังคับมิได้ก็ตาม แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญระบุว่าใช้บังคับได้และถือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีข้างต้น ผลก็คือว่าการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดในครั้งแรกให้ถือตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ แทนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง นั่นคือให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการ

คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแทนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง การที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ใช้บังคับได้ ทั้งที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็เพราะกลไกหรือระบบหรือกระบวนการควบคุมตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับกรณีนี้ได้ เพราะไปขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเข้าเมื่อผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดและผูกพันทุกองค์กรของรัฐ หากต้องถือปฏิบัติตามคำวินิจฉัยเช่นนี้แทนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ศักดิ์หรือลำดับชั้นของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นสิ่งที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ไม่มีองค์กรใดในประเทศไทย (แม้แต่รัฐสภาที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม) ที่จะตรวจสอบและถ่วงดุลได้หรือแก้ไขเพิ่มเติมคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญจะแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงเสียเองได้เท่านั้น

นอกจากนี้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจถือว่าใช้แทนบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญบกร่องมิได้ร่างกรณีแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองในวาระเริ่มแรกไว้ อันมีผลเท่ากับเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ผ่านหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๑๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย ซึ่งก็คือใช้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแทนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ผลกระทบของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ต่อรัฐธรรมนูญจึงพอสรุปได้ดังนี้

(๑) การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแทนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกล่าวคือใช้บทบัญญัติ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๘ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ แทนบทบัญญัติ มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(๒) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใช้แทนหลักการตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่จะบังคับให้กรณีตามข้อ (๑) ใช้บังคับมิได้ ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีนี้เพราะขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

(๓) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใช้แทนบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญโดยในวาระเริ่มแรก การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ อันถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ต้องกระทำโดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด ๑๒ มาตรา ๓๑๓ ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะแก้ไข

เพิ่มเติมคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยอาศัยมาตรา ๓๑๓ นี้ไม่ได้ด้วย จึงมีผลให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ได้ชั่วกัลปาวสานเว้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญจะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ซึ่งรัฐธรรมนูญยังเป็นได้ไม่ถึงเพียงนั้น

ผลกระทบเช่นนี้เป็นการกระทบต่อหนึ่งบทบัญญัติคือ บทบัญญัติมาตรา ๒๗๗ กับสองหลักการสำคัญ คือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖ และหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๓๑๓ จึงจะอ้างว่าเป็นเพียงอำนาจตีความของศาลรัฐธรรมนูญ คงไม่ตรงเรื่องนัก เพราะเป็นเรื่องนอกเหนือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการพิจารณาไปในทางไม่ใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จึงนอกเหนือรัฐธรรมนูญและอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย

หากองค์กรของรัฐทุกองค์กรยอมผูกพันยึดถือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๖๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจสมบรูณ์เบ็ดเสร็จสูงสุดกว่ารัฐธรรมนูญแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีลักษณะเป็นอำนาจที่อยู่นอกเหนือกฎหมายตามบทบัญญัติในหมวด ๑ บททั่วไปของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ถือว่าเป็นหัวใจหรือกลไกหรือระบบหรือกระบวนการควบคุมของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือกฎหมายอื่นจะต้องถือตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวด ๑ บททั่วไปนี้ทั้งสิ้น จะใช้หรือตีความตามบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญออกมาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติเหล่านี้มิได้ เช่น บทบัญญัติในมาตรา ๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ว่า “รัฐต้องกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการท้องถิ่นได้เอง พัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่นและระบบสาธารณูปโภคและสาธารณูปการตลอดทั้งโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศในท้องถิ่นให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ รวมทั้งพัฒนาจังหวัดที่มีความพร้อมให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในจังหวัดนั้น”

กรณีเป็นเรื่องการกระจายอำนาจที่อาจกขนาดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเปิดช่องให้พัฒนาจังหวัดหรืออาจรวมหลายจังหวัดเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในจังหวัดนั้น แต่ประชาชนในจังหวัดนั้นจะอาศัยมาตราดังกล่าวพัฒนาจังหวัดของตนไปสู่การแบ่งแยกราชอาณาจักรไม่ได้ เพราะกลไกหรือระบบหรือกระบวนการควบคุมตามมาตรา ๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้” บังคับอยู่ ดังนั้น ประชาชนจะอาศัยสิทธิตามมาตรา ๗๘ มาใช้ลงประชามติแบ่งแยกดินแดนไม่ได้ เพราะสภาพบังคับหรือความสำคัญของ มาตรา ๑ ในบททั่วไป

มีเหนือกว่ามาตรา ๗๘ เพราะถือว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตั้งแต่หมวด ๒ ถึงบทเฉพาะกาลต่างคลี่คลายขยายไปจากบทบัญญัติในหมวด ๑ อันเป็นบททั่วไปทั้งสิ้น จึงต้องใช้หรือตีความให้ชัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติเหล่านี้มิได้

ตามหลักการของรัฐธรรมนูญดังกล่าว อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๖๘ มิใช่หัวใจหรือบทบัญญัติที่มีความสำคัญเทียบเท่ากับบทบัญญัติในหมวด ๑ อันเป็นบททั่วไปนี้ ตามหลักการของรัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติให้มีอำนาจหรือใช้อำนาจให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในหมวด ๑ ไม่อาจให้ใช้หรือมีอำนาจหรือสภาพบังคับที่เหนือกว่าบทบัญญัติในมาตรา ๑ ถึง มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ ดังนั้น ไม่ว่าการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอุปหนึ่งว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสามารถใช้แทนหรือเหนือกว่าบทบัญญัติในมาตรา ๖ หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือกระบวนการตามมาตรา ๓๑๓ จึงอาจนับได้ว่าเป็นข้อบกพร่องของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่ง

ประการที่หก ตามหลักการรัฐธรรมนูญนิยมในปัจจุบันยอมรับว่าจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีพื้นฐานสำคัญได้แก่ การปกครองด้วยหลักนิติธรรม การแบ่งแยกอำนาจ และหลักประกันและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน แต่ในทางปฏิบัติแล้วสิ่งที่ทำให้เกิดการปกครองด้วยหลักนิติธรรมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนได้อย่างแท้จริง ก็ต่อเมื่อฝ่ายตุลาการมีอิสระจากฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติเพียงพอที่จะพิทักษ์และคุ้มครองกฎหมายและสิทธิและเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการที่จะไม่ถูกก้าวก่ายแทรกแซง ครอบงำ กดดัน บีบบังคับด้วยประการใด หรือสามารถปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ได้โดยปราศจากความกดดันใดๆ และเข้มแข็งเพียงพอที่จะต่อต้านสิ่งเหล่านี้ได้ จึงเป็นหลักการสากลว่า ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการนี้มีองค์กรเท่านั้นที่ต้องเป็นอิสระ ความเป็นอิสระจะต้องมีไปถึงผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นรายบุคคลเลยทีเดียว ดังบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๔๕ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” รวมทั้งหลักการละเมิดอำนาจศาล เพื่อต่อต้านและจัดการก้าวก่ายแทรกแซง ครอบงำ กดดัน บีบบังคับไม่ว่าจากอำนาจใดๆ หรือบุคคลใดๆ ก็ตาม อันเป็นหลักการที่บัญญัติรับรองในมาตรา ๑ ของหลักการพื้นฐานว่าด้วยตุลาการของสหประชาชาติที่ว่า “ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการจะได้รับหลักประกันในรัฐ และได้รับการเชิดชูไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายต่างๆ ของรัฐ” หลักการนี้จึงจะมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก มิใช่เฉพาะในประเทศไทย และเป็นหลักการที่เป็นทั้งหลักประกันและการคุ้มครององค์กรหรือ

สถาบันฝ่ายตุลาการกับผู้พิพากษาหรือตุลาการในฐานะปัจเจกชนด้วย แตกต่างจากองค์กรหรือสถาบันฝ่ายบริหาร หรือนิติบัญญัติกับบุคคลในองค์กรทั้งสองฝ่ายดังกล่าว

ความเป็นอิสระดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้มิใช่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แต่ความเป็นอิสระจะเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมได้จะต้องขึ้นอยู่กับ การแต่งตั้ง โยกย้าย การลงโทษทางวินัย และการถอดถอนจากตำแหน่ง ความมั่นคงในตำแหน่ง และรายได้ของผู้พิพากษาหรือตุลาการ เป็นต้น โดยเฉพาะอำนาจในการแต่งตั้งจะต้องไม่อยู่ในมือหรือภายใต้การครอบงำของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล จึงเป็นที่มาและยอมรับกันเป็นหลักสากลของคณะกรรมการตุลาการที่เป็นอิสระและถูกกำหนดไว้เป็นหลักประกันหรือองค์กรสำคัญในรัฐธรรมนูญของประเทศโดยส่วนใหญ่ มิใช่หลักการที่ประเทศไทยคิดค้นเอาเองตามใจชอบแต่อย่างใด

การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อน จึงเป็นแก่นหรือหัวใจหรือสาระสำคัญของการแต่งตั้งยิ่งกว่าความเห็นชอบของวุฒิสภา ความเห็นชอบของวุฒิสภากลับเป็นส่วนเกินที่ไม่มีประเทศใดยึดถือปฏิบัติกันเสียด้วยซ้ำไป ความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองหรือคณะกรรมการที่เป็นอิสระ จึงเป็นสิ่งที่ยกเว้นมิได้ มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดหลักการองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลหรือผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นอิสระตามหลักการของสหประชาชาติ และหลักสากลที่ประเทศทั่วโลกยึดถือ ผลสะท้อนกลับอาจร้ายแรงถึงขนาดขาดการยอมรับศาลปกครองและการปกครองของประเทศไทยจากนานาชาติได้ทีเดียว

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็มีหลักการแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ตามตารางดังต่อไปนี้

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง	คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด
(๑) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน	(๑) ข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
(๒) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคนซึ่งเป็นตุลาการในศาลปกครองและได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองด้วยตนเอง	สองคน (นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ นายอัชพร จารุจินดา)
(๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาสองคนและจากคณะรัฐมนตรีอีกหนึ่งคน	(๒) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาสองคน (นายสุรินทร์ นาควิเชียร นายวิชา มหาคุณ)
	(๓) ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการอัยการหนึ่งคน (นายคัมภีร์ แก้วเจริญ)

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง	คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด
	(๔) ผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนหนึ่งคน (นางทิพาดี เมฆสุวรรณค์) (๕) ผู้แทนคณะกรรมการสภาพนายความหนึ่งคน (นายศักดิ์ กอแสงเรือง) (๖) ผู้แทนคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบัน อุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ สองคน (นายพนม เอี่ยมประยูร นายเชียรชัย ณ นคร) (๗) ผู้แทนคณะรัฐศาสตร์ หรือเทียบเท่าของสถาบัน อุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน (นายอเนก เหล่าธรรมทัศน์) และให้คณะกรรมการ ชุดนี้เลือกข้าราชการฝ่ายศาลปกครองหนึ่งคนเป็น เลขานุการ

เห็นได้ชัดเจนว่า การจัดองค์ประกอบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเป็นการจัดในฐานะเป็นคณะกรรมการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นอิสระไม่สามารถถูกรวบงำจากองค์กรฝ่ายข้าราชการหรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองหรือรัฐบาลได้ และวุฒิสภากับคณะรัฐมนตรีในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเท่านั้นที่พอจะฝันรับว่าสามารถเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครองได้ แตกต่างกับคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด บุคคลเหล่านี้เว้นแต่ผู้พิพากษาในศาลฎีกาและกรรมการสภาพนายความแล้ว ล้วนแต่เป็นข้าราชการที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล บุคคลเหล่านี้มิได้แสดงสถานะว่าเป็นตัวแทนขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งยังเป็นบุคคลที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองและไม่มีหลักการใดสนับสนุนเลยว่าบุคคลเหล่านี้มีอำนาจสามารถคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดเพราะได้รับมอบหมายจากประชาชนหรือตัวแทนประชาชนหรืออย่างไร จึงมีสิทธิเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแทนประชาชนทั้งประเทศได้โดยเฉพาะการเลือกผู้แทนคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (นางทิพาดี เมฆสุวรรณค์) เป็นประธานกรรมการ แสดงนัยให้เห็นได้ว่าการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวไม่ได้ปราศจากการถูกรวบงำแต่อย่างใด

กรณีจึงเป็นที่น่าสงสัยว่า ตุลาการศาลปกครองที่รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๕๕ วรรคหนึ่ง เพื่อเป็นที่พึ่งของประชาชนและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยวิธีการคัดเลือกหรือแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จนถึงการคัดเลือกกรรมการตุลาการศาลปกครอง ตามมาตรา ๕๗ ถึงมาตรา ๑๐๐ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่มีได้เป็นไปตามหลักการในรัฐธรรมนูญและหลักการที่ประเทศต่าง ๆ ยึดถือเป็นหลักสากล จึงน่าสงสัยว่าจะสามารถดำเนินงานศาลปกครองได้โดยอิสระ บริสุทธิ์และยุติธรรมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ เพราะมีความแตกต่างกันในแง่หลักการ โครงสร้าง องค์ประกอบ และวิธีการ อย่างสิ้นเชิง และเปรียบเทียบคุณค่ากับตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้เลยเช่นนี้ ศาลปกครองเกิดขึ้นท่ามกลางกระบวนการที่น่าสงสัยในความเป็นอิสระกับความบริสุทธิ์และยุติธรรมทำนองนี้ หากไม่สามารถจัดการตามโครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการในศาลปกครองที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ โดยยังใช้โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการในศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ แล้ว เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติ ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบบ้าง จึงสมควรจะได้สอบถามและแสดงความรับผิดชอบกันให้ชัดเจน เพื่อจะได้ไม่ต้องกล่าวโทษ หรือปิดความรับผิดชอบกันในภายหลัง

ประการที่เจ็ด การรับระบบการแยกศาลยุติธรรมออกเป็นศาลพิเศษหลายศาลเลียนแบบต่างประเทศ อันเป็นระบบที่อาจจำเป็นในรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐหรือสหพันธรัฐ แต่เข้าไม่ได้กับการปกครองของไทยที่จัดรูปแบบการปกครองแบบราชอาณาจักร โดยเฉพาะพยายามเลียนแบบอำนาจศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมาใช้โดยไม่เอาการจัดระบบโครงสร้าง องค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศนั้นมาใช้ด้วย แต่จัดระบบโครงสร้างองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเอาเองอย่างไม่มีหลักการหรือหลักวิชาสากลใดอ้างอิง ดังเช่น องค์ประกอบหรือโครงสร้างของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับการใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญมากกว่า หาใช่คุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญการใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งเกิดจากความสับสนเข้าใจว่าความเชี่ยวชาญในการร่างกฎหมายกับความเชี่ยวชาญในการใช้หรือตีความกฎหมายเป็นสิ่งเดียวกัน ทั้งที่คุณสมบัติความเชี่ยวชาญในการใช้หรือตีความกฎหมายเป็นระดับมืออาชีพ ที่อาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษมากกว่าความเชี่ยวชาญในการร่างกฎหมาย เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่จำเป็นต้องเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายแต่อย่างใด แตกต่างกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ ดังนั้น แม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เชี่ยวชาญเพียงใดก็ตามก็ไม่สามารถเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการได้โดยไม่ผ่านคุณสมบัติเฉพาะและฝึกฝนเสียก่อน การกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือ

แม้แต่ตุลาการศาลปกครองของไทย จึงแตกต่างกับหลักเกณฑ์ของประเทศอื่น จนอาจกล่าวได้ว่ามีประเทศไทยประเทศเดียวที่กำหนดคุณสมบัติเช่นนี้ จึงไม่น่าประหลาดใจที่อะไรก็อาจเกิดขึ้นได้เสมอในยุคสมัยนี้ เกินกว่าจะสามารถควบคุมหรือคาดเดาสถานการณ์และผลกระทบต่อสังคมและประเทศชาติได้

ทั้งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ยกมาใช้ เช่น มาตรา ๒๖๘ ก็เป็นการรับเข้ามาโดยขาดความรู้ความเข้าใจหรือความเชี่ยวชาญในทฤษฎี รูปแบบ และหลักการปกครอง รวมทั้งระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศเหล่านั้น และพื้นฐานทางวัฒนธรรมประเพณีที่แตกต่างกัน อย่างลึกซึ้งดีพอการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าโดยอาศัยพื้นฐานความรู้จากบทความเพียงไม่กี่สิบแผ่น ขาดการศึกษาวิเคราะห์วิจัยให้ถูกต้องตามหลักวิชาอย่างแท้จริง จึงนับว่าเป็นเรื่องน่าเสียดายโอกาสที่ดีอย่างนี้ของนักวิชาการเป็นอย่างมากที่จะแสดงความรู้ความสามารถให้เป็นที่ประจักษ์แก่สาธารณชน แต่กลับไม่อาจตัดอคติและความปรารถนาของตนออกไปได้

ศาลรัฐธรรมนูญนับเป็นตัวอย่างหนึ่งของแนวความคิดการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่ (SEPARATION OF FUNCTIONS) ที่แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของความพยายามกำหนดหรือจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้อยู่ในกรอบหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตย และผลกระทบของการใช้อำนาจในเชิงควบคุม โดยนักวิชาการกฎหมายมหาชนขาดความเข้าใจในระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจที่แท้จริงว่าเป็นเช่นใด การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจผิดในหลักการแบ่งแยกอำนาจสากล การขาดความเชี่ยวชาญในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมาย และระบบศาล ทั้งของต่างประเทศและประเทศไทย ซึ่งไม่น่าจะเกิดได้ในยุคนี้

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามแนวทางของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากไม่อยู่ในกรอบอำนาจเหมือนของต่างประเทศแล้ว ยังมีได้ปรับให้สอดคล้องกับการปกครองแบบราชาณาจักรจนเป็นอันหนึ่งอันเดียวตามระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และพื้นฐานวัฒนธรรมประเพณีของประเทศไทยอีกด้วย อำนาจเหล่านี้จึงเสมือนเป็นอำนาจแปลกประหลาดหรืออำนาจแปลกปลอมเข้ามาในการปกครองในระบบประชาธิปไตยของไทย ดังจะเห็นว่ามีการบัญญัติเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวาง ดังเช่น มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ วรรคสอง มาตรา ๔๗ วรรคสาม มาตรา ๖๓ มาตรา ๘๖ มาตรา ๘๗ มาตรา ๑๑๘ (๘) (๙) (๑๐) มาตรา ๑๓๓ (๘) มาตรา ๑๔๒ มาตรา ๑๗๗ วรรคสอง มาตรา ๑๘๐ วรรคหกและวรรคเจ็ด มาตรา ๑๘๘ มาตรา ๒๑๖ มาตรา ๒๑๘ มาตรา ๒๖๒ มาตรา ๒๖๓ มาตรา ๒๖๔ มาตรา ๒๖๕ มาตรา ๒๖๖ มาตรา ๒๖๘ มาตรา ๒๖๙ มาตรา ๒๘๕ มาตรา ๓๑๕ มาตรา ๓๒๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๓๒๔ (๒)

เป็นต้น เมื่อวิเคราะห์อำนาจเหล่านี้ให้ลึกลงไปจะเห็นได้ว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีได้อยู่ในสถานะเป็นศาลพิเศษอย่างเดียว กลับมีอำนาจในลักษณะทั้งแบบอำนาจตุลาการ อำนาจบริหาร และอำนาจนิติบัญญัติอยู่ครบครัน หากเปรียบเทียบว่า ถนนทุกสายมุ่งสู่กรุงโรมฉันใด ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็พยายามบัญญัติให้อำนาจทุกอำนาจตามรัฐธรรมนูญมุ่งสู่ศาลรัฐธรรมนูญฉันนั้น

ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสูงสุดบ้าง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียวบ้าง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอธิปไตยรัฐธรรมนูญสูงสุดเหนือทุกองค์กรบ้าง อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดผูกพันทุกองค์กรทุกเรื่องทุกกรณีบ้าง สถานะศาลรัฐธรรมนูญสูงกว่ารัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาลยุติธรรมบ้าง ประธานหรือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสูงกว่าประธานสภาหรือผู้พิพากษาศาลฎีกาบ้าง รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาลยุติธรรมสามารถถูกตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ที่ตั้งขึ้นมาได้บ้าง ล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานแห่งแนวความคิดมาจากการร่างรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

โดยพื้นฐานแนวความคิดเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นศูนย์กลางแห่งอำนาจของระบบการปกครองใหม่ไป และอาจใช้อำนาจไปในทางตรวจสอบ ควบคุมทุกองค์กรของรัฐได้ โดยแนวทางการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หากไม่ระมัดระวังหรือใช้อำนาจไปในแนวทางขยายอำนาจหรือขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกไป เพราะไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลหรือคานอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้เลยด้วยแล้ว ทั้งมีการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและแนวโน้มของประชาชนกลุ่มหนึ่งที่ชอบแนวคิดแบบอำนาจนิยมที่จะยอมรับกันว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำในสิ่งที่แม้แต่รัฐธรรมนูญยังทำไม่ได้ หรือทำในสิ่งที่รัฐธรรมนูญห้ามหรือนอกกรอบหรือเสี้ยนใจของรัฐธรรมนูญได้แล้ว ย่อมเป็นการทำลายความเป็นกฎหมายสูงสุด ความสมบูรณ์ และความถูกต้องดีงามของรัฐธรรมนูญได้ด้วยน้ำมือของมนุษย์ไป ผลกระทบและบทสรุปคงไม่ต้องกล่าวซ้ำอีก และสถานะของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเช่นใดก็ยังสามารถสังเกตได้ในสังคมปัจจุบัน ผู้ทำคำวินิจฉัยจึงขอให้รายละเอียดพอเป็นสังเขปเท่านั้น และเป็นเหตุผลอีกเหตุผลหนึ่งที่ผู้ทำคำวินิจฉัยเห็นว่าควรยกคำร้องนี้

ประการที่แปด ความจริงแล้ว ในรูปแบบ โครงสร้าง องค์กรประกอบและอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มีความพยายามจัดหลักการพื้นฐานทำนองเดียวกับรูปแบบการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (CONSEIL D' ETAT) ของประเทศฝรั่งเศส แต่ของประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบ โครงสร้าง องค์กรประกอบอำนาจหน้าที่ และการจัดองค์กร เพื่อให้ไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (SEPARATION OF POWERS) ของมองเตสกีเออ โดยพัฒนาจากแนวความคิดที่ไม่ประสงค์จะให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองทั้งหลาย เริ่มต้น

มาจากถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ศาลยุติธรรมจึงไม่ควรเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงซึ่งมิใช่อำนาจตุลาการ อันเป็นการพัฒนาขึ้นตามสังคมประเพณีวัฒนธรรมเฉพาะของประเทศฝรั่งเศส แต่มิใช่ประเทศที่ใช้ระบบศาลปกครองประเทศอื่นจะมีหลักคิดทำนองเดียวกับประเทศฝรั่งเศส และประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับว่ามีอำนาจตุลาการ ดังนั้น สภากฎหมายแห่งรัฐหรือศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสจึงไม่อยู่ในสถานะเป็นศาลพิเศษหรือศาลชำนาญพิเศษศาลหนึ่งแบบระบบศาลทั้งหลายของประเทศอื่นหรือทำนองเดียวกับพัฒนาการระบบศาลของไทยที่ถือว่าศาลพิเศษหรือศาลชำนาญพิเศษไม่ว่าศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลแรงงาน ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร ฯลฯ อยู่ในระบบศาลเดียวกัน มีพื้นฐานที่มาของผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นอย่างเดียวกัน และจัดอยู่ในส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการเหมือนกัน

สภากฎหมายของรัฐหรือศาลปกครองแบบฝรั่งเศส เป็นรูปแบบเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสเองที่พอถือได้ว่ามีพัฒนามาจากการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร อยู่คนละระบบกับศาลยุติธรรมที่มีพัฒนามาจากอำนาจตุลาการจึงเรียกว่าระบบศาลคู่ ซึ่งเกิดจากความจำเป็นในการดึงอำนาจบริหารปกครองจากพวกเจ้าขุนมูลนายในระบบศักดินาสวามิภักดิ์เข้าสู่จักรวรรดิ อันเป็นส่วนหนึ่งที่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองแบบจักรวรรดิฝรั่งเศสเป็นรูปธรรมได้ในเวลาต่อมา แต่ปัจจุบันแนวความคิดที่ว่าสภากฎหมายของรัฐหรือศาลปกครองแบบฝรั่งเศสเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารได้เสื่อมคลายลง รูปแบบศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสยังคงรักษาระบบศาลคู่ แต่รูปแบบการจัดองค์กร โครงสร้าง องค์ประกอบผู้พิพากษาหรือตุลาการก็มีพื้นฐานทำนองเดียวกับระบบศาลยุติธรรมและมีพัฒนาควบคู่กันไปในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการด้วยกัน แต่ยังคงมีบางส่วนเชื่อมโยงกับฝ่ายบริหารตามผลพวงแห่งประวัติศาสตร์

รูปแบบการจัดองค์กร โครงสร้าง องค์ประกอบของศาลปกครองจะเป็นไปในรูปแบบใดก็แล้วแต่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดของประเทศและปรับให้เหมาะสมกับระบบศาล วัฒนธรรมประเพณีของประเทศนั้นๆ และศาลปกครองนับว่ามีส่วนสำคัญเกี่ยวกับการจัดรูปแบบการปกครองประเทศนั้นๆ ด้วย ดังเช่นในการปกครองแบบสาธารณรัฐหรือสหพันธรัฐที่มีการแบ่งแยกเป็นมลรัฐ รัฐ หรือแคว้น ในฐานะรัฐบาลท้องถิ่นกับรัฐบาลกลาง หากการจัดระบบศาลยุติธรรมให้ขึ้นอยู่กับปกครองท้องถิ่นหรือส่วนหนึ่งของระบบการปกครองท้องถิ่น และมีปัญหาเกี่ยวกับการกระจายอำนาจระหว่างอำนาจรัฐบาลกลางกับรัฐบาลท้องถิ่นมาก ๆ หรือรัฐบาลท้องถิ่นมีอำนาจต่อรองมาก ๆ หรือเข้มแข็ง ก็อาจทำลายความเป็นปึกแผ่นและความเป็นเอกภาพ (UNITY) ในการปกครองประเทศ เพราะไม่มีองค์กรระดับประเทศที่เป็นกลางพอมาชี้ขาดข้อขัดแย้งนี้ให้เกิดความเป็นปึกแผ่นของประเทศได้ ดังนั้น ระบบศาลปกครองที่เป็นระบบศาลของประเทศหรือผูกโยงกับอำนาจส่วนกลางก็จะเข้ามามีส่วนช่วยควบคุมการบริหารของประเทศให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ขจัดความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลท้องถิ่นด้วยกัน หรือระหว่างรัฐบาลท้องถิ่นกับรัฐบาลกลาง จึงทำให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความเป็นปึกแผ่นแก่ประเทศชาติ

แต่รูปแบบการปกครองแบบนี้หรือการจัดระบบศาลปกครองเข้ามาเสริมเช่นนี้ จะหมดความจำเป็นในกรณีที่ศาลยุติธรรมที่มีศาลสูงสุดเป็นศาลของประเทศที่มีอำนาจเข้มแข็ง หรือมีลักษณะการจัดระบบศาลผูกโยงกับอำนาจส่วนกลางเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ เป็นต้น ในรูปแบบที่ศาลยุติธรรมสูงสุดเป็นศาลของประเทศอยู่แล้ว หรือลักษณะการจัดระบบศาลผูกโยงกับอำนาจส่วนกลางเช่นนี้ ความจำเป็นในการแยกระบบศาลปกครองออกจากระบบศาลยุติธรรมหรือระบบศาลคู่จึงไม่มีเพราะจะกลายเป็นการทำลายเอกภาพของอำนาจตุลาการ อันหมายถึงสร้างความอ่อนแอแก่ระบบความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และอาจผลักดันให้เกิดระบบอำนาจนิยมขึ้น

แต่หากไม่จัดระบบศาลเป็นศาลเดี่ยวอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษซึ่งจะสร้างความเข้มแข็งและหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอย่างเต็มที่ก็อาจจัดรูปแบบของศาลปกครองในรูปแบบเป็นศาลพิเศษหรือศาลชำนาญพิเศษศาลหนึ่งทำนองเดียวกับศาลยุติธรรมโดยมิได้แยกเป็นระบบศาลคู่อย่างกรณีแรก ดังเช่นการจัดระบบศาลของประเทศเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งการจัดระบบศาลหลายศาลอย่างนี้ยังสร้างความเป็นปึกแผ่นและเอกภาพในการปกครองประเทศได้ แม้จะลดความเข้มแข็งของอำนาจตุลาการและหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปบ้าง แต่ขณะเดียวกันในประเทศที่ใช้ระบบศาลหลายศาลเช่นนี้ อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติต้องมีความเป็นอิสระต่อกันอำนาจในการบริหารปกครองประเทศต้องไม่กระจุกตัวอยู่ในมือของคนกลุ่มเดียวในประเทศ การใช้ระบบหลายศาลจึงจะสามารถสร้างการปกครองประเทศให้เป็นไปในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงได้

การที่ประเทศไทยเกิดอ้างว่า รับระบบศาลคู่แบบฝรั่งเศสมาใช้ จึงมิได้เกิดจากความจำเป็นในรูปแบบการปกครองแต่อย่างใด แต่โดยแท้จริงแล้วน่าจะเกิดจากความเข้าใจตามแนวความคิดการแบ่งแยกหน้าที่ที่มีใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ และมองว่าอำนาจของศาลปกครองเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร มิใช่อำนาจตุลาการ โดยมีนักวิชาการกฎหมายมหาชนบางคนถึงกับปฏิเสธว่าไม่มีอำนาจตุลาการด้วยซ้ำ โดยกล่าวว่า อำนาจศาลก็เป็นอำนาจเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอย่างหนึ่ง ทำนองเดียวกับฝ่ายบริหารที่เป็นการใช้กฎหมายอย่างหนึ่งเช่นกัน อันเป็นที่มาของการละทิ้งหลักการแบ่งแยกอำนาจสากลและยึดถือการแบ่งแยกหน้าที่แทนดังจะเห็นได้จากเดิมที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล จึงเริ่มเปลี่ยนแปลงไปนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ เป็นต้นมา โดยกลายเป็นอำนาจอธิปไตยมาจากหรือเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์

ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา ทางคณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นต้นมา โดยตัดคำว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ออกไป แต่ในความเป็นจริงก็เพียงแค่ตัดคำว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ออกไปเท่านั้น ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญยังคงยึดถือตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดิม เพียงจะมีการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญที่สุดให้เป็นไปตามแนวคิดการแบ่งแยกหน้าที่อย่างสมบูรณ์ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้เท่านั้น ที่เกิดการจัดแบบการปกครองอีกแบบหนึ่งขึ้นมาใหม่ตามแนวความคิดตามหลักการแบ่งแยกหน้าที่

แนวความคิดการแบ่งแยกหน้าที่ดังกล่าวและการไม่ยอมรับในอำนาจตุลาการจึงสามารถปรับโครงสร้างศาลปกครองที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารตามระบบศาลคู่ของประเทศฝรั่งเศสสมัยเดิมได้ อันถือว่าเป็นพื้นฐานสนับสนุนให้เกิดระบบศาลปกครองแยกออกจากระบบศาลยุติธรรมเด็ดขาดขึ้นมา ซึ่งเป็นแนวคิดเฉพาะของนักวิชาการกฎหมายของไทยมิได้อยู่บนพื้นฐานความจำเป็นของการมีระบบศาลปกครองแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมอย่างเช่นในต่างประเทศดังที่เข้าใจกัน และระบบศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ไม้อาจถือว่าเป็นระบบศาลคู่ได้ เพราะยังมีศาลอื่น เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลทหาร เป็นต้น หรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ทำนองเดียวกับศาล เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

การจัดการศาลปกครองตามแนวความคิดการแบ่งแยกหน้าที่ จึงไม่อาจเรียกว่าเป็นระบบศาลคู่ตามที่อ้างกัน รวมทั้งสถานะและอำนาจหน้าที่ที่จัดเลียนแบบโครงสร้างศาลปกครองของระบบศาลยุติธรรมจึงมีเนื้อหาไม่แตกต่างไปจากศาลพิเศษศาลหนึ่ง หรือไม่ได้เหนือกว่าศาลชำนาญพิเศษของศาลยุติธรรมศาลใดศาลหนึ่งด้วยซ้ำไป แต่กลับมีสถานะแตกต่างไปจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระทั่วไป กล่าวคือมีรูปแบบคล้ายคลึงกับระบบศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสสมัยเดิม ที่จะอิงอยู่กับฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลทำนองเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพียงแต่ตุลาการในศาลปกครองจะมีอิสระเฉพาะในเวลาพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น อันเป็นการยอมรับหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามความหมายอย่างแคบที่เข้าใจกันเองและไม่มีใครเขายึดถือเช่นนี้

แนวความคิดจัดตั้งศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ มีพื้นฐานแนวคิดและความจำเป็นแตกต่างกับต่างประเทศโดยสิ้นเชิง เพียงแต่พยายามอาศัยเค้าโครงมาจากต่างประเทศเท่านั้น แต่ความเป็นจริงแล้วกลับอยู่บนพื้นฐานแนวคิดเฉพาะของนักวิชาการกฎหมายมหาชนของไทย และเป็นที่ยืนยันว่าได้จัดโครงสร้างและองค์ประกอบตุลาการศาลปกครองให้มีส่วนเชื่อมโยงทำนองเดียวกับเป็นอำนาจอันหนึ่งอันเดียวกับอำนาจบริหาร เพื่อให้แตกต่างกับระบบศาลยุติธรรม และสามารถจัดองค์ประกอบตุลาการศาลปกครองส่วนหนึ่งให้มาจากข้าราชการ

หรือผู้ที่เคยเป็นข้าราชการในสังกัดฝ่ายบริหารได้ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายในเชิงฝ่ายบริหาร หรือร่างกฎหมายแก่ฝ่ายบริหารที่มุ่งใช้อำนาจเพื่อรักษาอำนาจรัฐ หาใช่ผู้ได้รับการฝึกฝนให้เชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายในเชิงตุลาการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคของประชาชน และรูปแบบการใช้อำนาจหรือการพิจารณาพิพากษาเป็นแบบการใช้อำนาจในเชิงบวกหรือออกคำสั่งที่พยายามเรียกว่าระบบได้สวน โดยเข้าใจผิดว่า การพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งของศาลยุติธรรมเป็นระบบกล่าวหาอันเป็นระบบที่ใช้เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งไม่มีประเทศไหนเขาใช้ระบบกล่าวหากับคดีแพ่งกัน ทั้งเป็นรูปแบบที่ศาลปกครองใช้อำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เองอย่างเต็มที่ในการหาพยานหลักฐานเองในฐานะที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในระบบราชการบริหาร ซึ่งหากตุลาการศาลปกครองยึดติดกับแนวคิดหรือความคุ้นเคยแบบราชการฝ่ายบริหารด้วยแล้ว ย่อมห่างไกลกับการใช้อำนาจตุลาการตามหลักสากลที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคของประชาชน รวมทั้งการใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความยุติธรรมเท่านั้น

ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวล่วงไปวินิจฉัยเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดของคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยไม่คำนึงถึงระบบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ ความเป็นมา และองค์ประกอบของตุลาการศาลปกครองด้วยเลย ไม่ได้พิจารณาว่าการยุบโอนงานและข้าราชการของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และคณะกรรมการร้องทุกข์ภูมิภาคกองวิเคราะห์กฎหมาย และร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปเป็นของสำนักงานศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕ อันอาจถือว่ากระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพเรื่องราวร้องทุกข์ และไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณา อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งของประชาชน ตามมาตรา ๖๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเป็นหลักประกันสิทธิพลเมืองตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาว่าโครงสร้างคณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวว่าเป็นไปตามหลักการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการศาลปกครอง หรือมีเค้าโครงใกล้เคียงกับโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเลยหรือไม่ ทั้งยังมีได้พิจารณาว่ามีลักษณะเป็นการจัดตั้งศาลของฝ่ายบริหารอย่างเห็นได้ชัดหรือไม่ ซึ่งเท่ากับยกอำนาจตุลาการส่วนหนึ่งที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้กลายเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร หรือกลายเป็นการจัดการของอำนาจรัฐไปแทนที่จะเป็นอำนาจจัดการของประชาชน นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อีกหลายเรื่องหลายมาตราที่ล่อแหลมต่อการขัดรัฐธรรมนูญอีกด้วย

โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญยังมิได้วินิจฉัยไปถึงกรณีตามมาตรา ๕๕ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่บัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แต่งตั้งอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น รองอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น และตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ก่อนเสนอชื่อให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง อันมิได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามมาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งนายกรัฐมนตรีอาจจะกลายเป็นผู้รับเคราะห์ในการเสนอสิ่งที่ไม่บริสุทธิ์ต่อพระมหากษัตริย์อย่างเต็มที่

หรือมาตรา ๑๐๐ ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่บัญญัติให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๕๘ และตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา ๕๕ อันมิใช่ตุลาการในศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๒๗๕ (๒) เลือกระบบการตุลาการศาลปกครอง ซึ่งจะเป็นปัญหาต่อไปว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองดังกล่าว อาจมิใช่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๕ อีกปัญหาหนึ่งตามมา

หรือการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วยตนเองเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดและให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามมาตรา ๕๘ วรรคสาม ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ก็มีได้เป็นไปตามการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา ๒๗๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติว่า “การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป” ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครอง มิได้ยินยอมให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วยตนเองเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้คำนึงถึงว่าอาจส่งผลกระทบต่อระบบโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ทั้งผลคำวินิจฉัยหาได้หยุดยั้งหรือทำให้ปัญหาหมดไป แต่กลับอาจจะทำให้ปัญหารุกกลามต่อไปอย่างกว้างขวาง กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรอื่นอีกหลายครั้ง หลายทอด และกระทบกระเทือนต่อความบริสุทธิ์และความสง่างามของศาลปกครองเองด้วยวิธีการหรือกระบวนการเช่นนี้ก็มิได้เกิดผลดีต่อองค์กรของรัฐองค์กรใดเลย มีแต่ต่อเค้าว่าจะสร้างความเสียหายแก่รัฐธรรมนูญ การปกครองประเทศ และองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องตามมา จึงเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้คำวินิจฉัยเห็นว่าควรยกคำร้องเช่นกัน

ประการที่เก้า วุฒิสภาเป็นองค์กรอิสระในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจหน้าที่อื่นอีกหลายประการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทหลายประการดังที่ได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น แต่ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญและวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และถ่วงดุลหรือคานอำนาจซึ่งกันและกันในการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญเลย การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก่อนที่จะนำความขึ้นกราบบังคมทูล ฯ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๗๗ วรรคสอง บัญญัติว่า ต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภาก่อนตามลำดับ ดังนั้น วุฒิสภาจึงมีอำนาจที่จะต้องพิจารณาก่อนว่า ตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ที่นายกรัฐมนตรีเสนอมาเพื่อขอความเห็นชอบนั้น คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้ให้ความเห็นชอบมาก่อนตามรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่อย่างมีอิสระโดยไม่อาจมีการแทรกแซงจากองค์กรอื่นใดได้ หากปรากฏว่ายังไม่ได้รับความเห็นชอบ วุฒิสภาก็มีอำนาจที่จะไม่ให้ความเห็นชอบหรือให้ความเห็นชอบ หรือดำเนินการอย่างอื่นใดตามที่เห็นสมควรต่อไปอย่างมีอิสระปราศจากการแทรกแซงขององค์กรอื่นใดได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาก็ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน แต่กรณีนี้ปรากฏว่า วุฒิสภาได้ปฏิเสธไม่ให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อตุลาการศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ที่นายกรัฐมนตรีเสนอมาโดยยังไม่ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อนตามรัฐธรรมนูญ จึงต้องถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นอิสระของวุฒิสภา โดยศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้าไปก้าวกายแทรกแซงการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ ดังนั้นตามปัญหาข้อ ๒ ที่กล่าวว่ากรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบแก่รายชื่อตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน ๒๓ คน ดังกล่าวข้างต้น และส่งคืนนายกรัฐมนตรี เป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจวินิจฉัยได้ เหตุผลและรายละเอียดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับวุฒิสภาปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยส่วนตัวของผู้ทำคำวินิจฉัยที่ ๕๓/๒๕๕๒ ลงวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๒ แล้ว

ด้วยเหตุผล ๕ ประการดังกล่าวข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญจึงควรรยกคำร้องของประธานรัฐสภาทั้งสองข้อดังกล่าว

วินิจฉัยให้ยกคำร้องของประธานรัฐสภา

นายปรีชา เถลิมวณิชช์
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ