



Constitutional Court Journal

# ศาลรัฐธรรมนูญ

ISSN 1513-1246

วารสาร

ปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม พ.ศ.2560

ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

<http://www.constitutionalcourt.or.th>

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
Constitutional Court Journal

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
Office of The Constitutional Court

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

Constitutional Court Journal

ปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2560

ISSN 1513-1246

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

พิมพ์ครั้งที่ 1

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

กุมภาพันธ์ 2561

ราคา 120 บาท

พิมพ์ที่ : บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด

9 ซอยลาดพร้าว 64 แยก 14 แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

โทร. 0-2530-4114 (อัตโนมัติ) โทรสาร 0-2108-8950-51

## บทบรรณาธิการ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดพิมพ์และเผยแพร่วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีละ 3 ฉบับ ฉบับแรก ระหว่างเดือนมกราคม - เมษายน ฉบับที่ 2 ระหว่างเดือนพฤษภาคม - สิงหาคม และฉบับสุดท้ายของปี ระหว่างเดือนกันยายน - ธันวาคม โดยวารสารศาลรัฐธรรมนูญปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม 2560 ฉบับนี้เป็นฉบับที่ 2 ของปี พ.ศ. 2560 เนื้อหาในเล่มมีสาระหลักเกี่ยวกับหลักนิติธรรมและยังเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกองบรรณาธิการได้คัดสรรมาจากบทความของผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์และด้านการบริหารราชการแผ่นดิน โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเผยแพร่และส่งเสริมความรู้และงานทางวิชาการในส่วนที่เป็นของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน รวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ไปยังผู้ที่สนใจและสาธารณชนในวงกว้าง ดังที่ได้ดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องตั้งแต่วารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อปี พ.ศ. 2542

กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้เขียนบทความที่ได้นำเสนอความรู้ทางวิชาการเพื่อเผยแพร่ไปยังผู้สนใจ และขอขอบคุณผู้อุปการคุณและผู้สนใจทุกท่านที่ได้ติดตามวารสารศาลรัฐธรรมนูญเสมอมา กองบรรณาธิการหวังว่าวารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะให้ความรู้และเป็นประโยชน์ต่อการศึกษา ค้นคว้าเพื่อต่อยอดองค์ความรู้ทางวิชาการต่อไป หากมีข้อเสนอแนะประการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวารสารฯ แล้ว กองบรรณาธิการขอน้อมรับด้วยความยินดียิ่ง

บรรณาธิการ



# สารบัญ

หน้า

● พัฒนาการของปรัชญาหลักนิติธรรม.....	1
<i>จิรนิติ หะวานนท์</i>	
● หลักนิติธรรมกับการแก้ปัญหาชาติ.....	11
<i>จรต จุลสิกข์</i>	
● หลักนิติธรรมกับความเสมอภาคทางการศึกษา.....	27
<i>ฉัตรสุดา จันทร์ดียิ่ง</i>	
● ศาลยุติธรรมกับการบังคับใช้กฎหมายภายใต้หลักนิติธรรม.....	41
<i>ธีระพงศ์ จิระภาค</i>	
● การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐธรรมนูญ : การสมรสของคนเพศเดียวกัน.....	55
<i>ปัญญา อุดชาชน</i>	
● หลักนิติธรรมในการสร้างความสมานฉันท์โดยแนวทางสันติวิธี.....	99
<i>พัชรวาท วงษ์สุวรรณ</i>	
● การตรากฎหมายภายใต้หลักนิติธรรม .....	118
<i>พีระศักดิ์ พอจิต</i>	
● หลักนิติธรรมกับการเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐ.....	141
<i>มนตรี กนกวารี</i>	
● หลักนิติธรรมกับการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา.....	166
<i>วันชัย โตความรู้</i>	
● กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักนิติธรรม.....	187
<i>วรรณชัย บุญบำรุง</i>	
● บทบาทของตุลาการศาลปกครองในการดำรงหลักนิติธรรม .....	204
<i>วรวิทย์ กังศศิเทียม</i>	

- เรื่องการเมือง ประชาธิปไตย และนิติธรรม ..... 220  
*วารกรณ์ สามโกเศศ*
- การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อม :  
 ศึกษากรณีบ่อขยะแพรงษา..... 228  
*สมาน ตั้งทองทวี*
- การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญ..... 238  
*สิทธิพร เศาภายน*
- หลักนิติธรรมร่วมสมัย จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ..... 256  
*สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล*
- ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแล  
 กิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม..... 285  
*สุทธิพล ทวีชัยการ*
- หลักนิติธรรมในบริบทของสังคมไทย ..... 299  
*อลงกรณ์ พลบุตร*

# พัฒนาการของปรัชญาหลักนิติธรรม

จิรนิติ หะวานนท์\*

**หลักนิติธรรม (Rule of Law)** หยั่งรากลึกในสังคมตะวันตกมาอย่างยาวนานจนแทรกซึมอยู่ในจิตวิญญาณ บางครั้งเรียกว่าเป็นวัฒนธรรม บางครั้งเรียกว่าเป็นจารีตประเพณี บางครั้งเรียกว่าเป็นจิตสำนึก แล้วแต่ว่าจะกล่าวถึงในหลักวิชาการด้านใด สำหรับประเทศไทยมีการสอนเรื่องหลักนิติธรรมในวิชานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์มาระยะหนึ่ง แต่หลายคนคิดว่าเป็นเรื่องธรรมะในศาสนา ห่างไกลจากกฎหมายและการปกครองบ้านเมืองมากนัก จึงไม่ได้รับการนำมาประยุกต์ใช้ในข้อเท็จจริง กระทั่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เห็นว่าถึงเวลาแล้วที่สังคมไทยจะต้องเชิดชูหลักนิติธรรมขึ้นเป็นหลักการสูงสุดของกฎหมายสูงสุด และให้เกิดผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง มาตรา 3 วรรคสอง จึงบัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ตีความรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และการกระทำต่างๆ ของรัฐ พลเมืองทุกคนจึงหันมาสนใจและพยายามทำความเข้าใจหลักนิติธรรม บทความนี้จะไม่กล่าวถึงความหมายและหลักเกณฑ์ต่างๆ ของหลักนิติธรรมมากนัก เพราะมีนักวิชาการพูดถึงมากอยู่แล้ว แต่จะอภิปรายข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ความเป็นมา เพื่อเข้าใจจิตวิญญาณของหลักนิติธรรมในสังคมตะวันตกมากขึ้น

## ปราชญ์เมธียุคกรีกโรมัน

**เพลโต (Plato)** มีชีวิตอยู่ระหว่างปี 427 ถึงปี 347 ก่อนคริสตศักราช เป็นนักคิด นักวิทยาศาสตร์ นักสังคมวิทยา มีอิทธิพลอย่างสูงต่อหลักการเมืองการปกครองของโลกตะวันตก

เพลโต กล่าวว่า ความดีงาม (good or virtue) คือ การทำหน้าที่ของตนตามความเหมาะสม ความดีงามในรัฐ ได้แก่

1. ความฉลาดในการปกครอง การปกครองควรอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ปกครองที่เป็นนักปราชญ์
2. ความกล้าหาญในการปกป้องความดีงาม ต้องไม่กลัวความยากจน ความทุกข์ทรมาน หรือแม้แต่ว่าความตาย

\* ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



3. การควบคุมตนเอง กล่าวคือ ส่วนที่ดั่งงามต้องควบคุมส่วนที่ด้อย การปกครองเป็นเรื่องของการตกลงร่วมกันว่า ใครปกครอง ใครควรเชื่อฟัง

4. ความถูกต้อง (Justice) หมายถึง การแบ่งงานกันทำตามความเหมาะสมในสังคม ดังนั้น ในทัศนะของเพลโต ความดีงามในรัฐประกอบด้วยคุณลักษณะต่างๆ ที่พลเมืองแต่ละชนชั้นทำหน้าที่อย่างเหมาะสมตามธรรมชาติของแต่ละคน

ประชาธิปไตย (democracy) ของเพลโต ไม่ใช่การปกครองโดยเสียงข้างมากของผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้ง แต่เป็นเรื่องของการมีสิทธิเท่าเทียมกันของผู้ชายที่บรรลุนิติภาวะในการมีส่วนร่วมทางการเมืองในสภาและศาล รวมทั้งการดำรงตำแหน่งต่างๆ ซึ่งแปลให้เห็นว่าการปกครองประเภทนี้ทุกคนมีเสรีภาพในทุกอย่าง ทำให้ขาดระเบียบ ไม่เคารพกฎหมาย เกิดความปรารถนาที่ไร้ประโยชน์และไม่จำเป็น ความเสมอภาคของบุคคลในต้นเหตุทุกอย่างมาจากส่วนของจิตใจชั้นต่ำสุด (ทินพันธุ์ นาคะตะ : 2-3)

**อริสโตเติล (Aristotle)** มีชีวิตอยู่ระหว่างปี 384 ถึงปี 322 ก่อนคริสตกาล เป็นนักวิทยาศาสตร์ นักจิตวิทยา นักปรัชญา จริยศาสตร์ การเมือง ศิลปะการพูด มีคุณูปการต่อวิชาสังคมศาสตร์เป็นอย่างสูง

อริสโตเติล กล่าวว่า มนุษย์เป็นสัตว์การเมืองตามธรรมชาติ มีแรงขับตามธรรมชาติในมนุษย์เข้ามาอยู่ในสังคมเพื่อประโยชน์ร่วมกันตามสัดส่วนที่แต่ละคนมีส่วนร่วม รัฐมิได้เกิดจากคนตกลงกันทำสัญญาประชาคม

ในทัศนะของอริสโตเติล รัฐในอุดมคติ คือ รัฐที่ปกครองในระบอบอภิชนาธิปไตย (aristocracy) คือ การปกครองตามสัดส่วนโดยยึดถือคุณความดี (merit) เป็นหลัก ความเสมอภาคตามสัดส่วน (proportionate equality) คือ สัดส่วนของคุณความดีต่อรัฐซึ่งถือเป็นหลักเฉลี่ยความยุติธรรม (distributive justice)

สรุปว่า ในยุคกรีกโรมัน แม้รัฐปกครองในระบอบกษัตริย์ก็ดี ระบอบอภิชนาธิปไตยก็ดี การปกครองและผู้ปกครองต้องอยู่ในกรอบของความดีงาม ไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจ ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนไปตามความเหมาะสม (ทินพันธุ์ นาคะตะ : 18-19)

## ปราชญ์เมธียุคกลาง

หลังยุคกรีกโรมัน ยุโรปตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางความคิดของคริสต์ศาสนา โดยการนำของวาติกัน ซึ่งนักประวัติศาสตร์เรียกช่วงเวลานี้ว่ายุคกลาง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ศาสนามุ่งให้ผู้ปกครองและประชาชนทำความดีตามความเชื่อในลัทธิศาสนา กระทั่งปลายยุคกลางจึงเริ่มมีปราชญ์เมธีนำเสนอวิธีคิดและแนวคิดใหม่

**เบคอน (Francis Bacon)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1561 – 1626 เบคอนตัดขาดจากแนวคิดยุคกลาง นำเสนอวิธีหาเหตุผลอย่างใหม่ โดยไม่ยึดถือแนวคิดเดิมที่เน้นศรัทธาอยู่เหนือเหตุผล เบคอนเห็นว่าอังกฤษควรมีนิกายศาสนาประจำชาติที่คงไว้เฉพาะหลักการสำคัญของศาสนา ไม่สนใจรายละเอียดทางพิธีกรรมและการปกครองคณะสงฆ์

เบคอนเขียนความเรียง (Essays) ไว้ 10 เรื่อง ในเรื่อง True Law of Free Monarchie เขากล่าวว่าการอ่อนน้อมทำให้พระราชาเป็นสิ่งสมควรและเป็นไปตามธรรมชาติ เน้นว่าอาณาจักรโดยพระราชาต้องเป็นใหญ่สูงสุด นักกฎหมายย่อมถือนิติธรรมคือระเบียบประเพณีแต่เก่าก่อน ส่วนพระราชาต้องถือเอาประโยชน์ของปัจจุบันและอนาคตเป็นสำคัญ

เบคอนถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าความคิดของเขาไม่ให้ความสำคัญแก่ประชาชนเลย แต่ระบบการเมืองที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของประชาชนย่อมยากจะคงอยู่ (ส. ศิวรักษ์ : 73-75)

**ฮอบส์ (Thomas Hobbes)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1588 – 1679 เป็นช่วงเวลาที่เกิดความแตกแยกในประเทศอังกฤษ กองทัพสเปนบุก เกิดกบฏในสก๊อตแลนด์ แนวคิดของเขาถูกกล่าวหาว่าเป็นเผด็จการและถูกต่อต้านจากรัฐสภา

ฮอบส์ตั้งทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) กล่าวว่า ตามธรรมชาติมนุษย์มีความเท่าเทียมกัน ธรรมชาติสร้างมนุษย์ให้เท่าเทียมกันทางกายและทางใจจะแตกต่างกันบ้างแต่ไม่มากนัก แต่มนุษย์มีความต้องการไม่สิ้นสุด ทำให้เกิดความรู้สึกนึกคิดและความที่แตกต่างกันนำไปสู่ความขัดแย้งและความไม่มั่นคงปลอดภัย อย่างไรก็ตามมนุษย์ต้องการรักษาตัวรอดจึงเล็งเห็นว่าการอยู่อย่างโดดเดี่ยวไม่พึ่งพาอาศัยกันทำให้เกิดความไม่มั่นคงของชีวิต จึงเกิดพันธะที่จะต้องสละสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติเพื่อคุ้มครองรักษาชีวิตของตนเอง เป็นพันธะสัญญาที่ผูกพันผู้ทำสัญญาต้องปฏิบัติตามยอมผสมผสานให้ได้กับระเบียบวินัยที่บังคับบุคคลให้ต้องปฏิบัติตาม

กฎธรรมชาติที่เกิดจากความมีเหตุผลมีหลายประการ เช่น ต้องสละสิทธิตามธรรมชาติเพื่อคุ้มครองความสงบสุขและคุ้มครองความปลอดภัยของตนเองจึงไม่อาจทำอะไรทุกอย่างตามอำเภอใจจงปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างที่ยากให้เขาปฏิบัติต่อตัวเอง ต้องทำตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ (ต่อมากลายเป็นหลักกฎหมายแพ่งเรื่อง Freedom of Contract) ต้องยอมรับนับถือในความเท่าเทียมกันของผู้อื่น ต้องกตัญญูรู้คุณ เป็นต้น

พันธสัญญาระหว่างประชาชนกับรัฐ ทำให้ประชาชนต้องเคารพต่ออำนาจอธิปไตยเพื่อความสงบและความมั่นคงนั่นเอง แต่ถ้าวรรัฐอ่อนแอ ปกครองไม่ได้ ทำให้เกิดความสงบและความมั่นคงไม่ได้ ฮอบส์เห็นว่าประชาชนมีสิทธิที่จะบอกเลิกพันธสัญญา ถ้าไม่ได้โดยวิธีทางที่กฎหมายบัญญัติ ก็อาจโดยการจับอาวุธขึ้นต่อสู้ (ทินพันธุ์ นาคะตะ : 59-61 และ ส. ศิวรักษ์ : 84-85)

**ล๊อค (John Locke)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1632 – 1704

ล๊อคกล่าวว่า กฎธรรมชาติ (Natural Law) ต่างจากกฎหมาย (Laws) กฎธรรมชาติเป็นสิ่งที่รู้ได้จากการสังเกต กฎหมายเป็นการวางหลักเกณฑ์ให้ปฏิบัติ กฎธรรมชาติเป็นกฎที่บอกให้รู้ (descriptive) กฎหมายเป็นคำสั่ง (prescriptive) แต่จริยธรรมอยู่นอกเหนือสิ่งอื่นใด จริยธรรม คือ กฎ ข้อบังคับต่างๆ ที่สมเหตุสมผล ต่างจากขนบธรรมเนียมประเพณีและต่างจากกฎหมาย ต้องใช้จริยธรรมมาเป็นมาตรการวัดว่ากฎหมายให้ความยุติธรรมเพียงใดเพราะกฎต่างๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานทางจริยธรรมทั้งสิ้น ซึ่งล๊อคเรียกว่าลัทธิทางธรรมชาติ บุคคลมีความสัมพันธ์กับกฎธรรมชาติเช่นไร รัฐก็ควรออกกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติเช่นนั้น บุคคลรวมตัวกันทำพันธสัญญาและออกกฎหมายมาใช้บังคับ ถ้ากฎหมายตรงกับหลักการของกฎธรรมชาติดีก็สามารถยอมรับได้

ทฤษฎีของล๊อคต่างจากทฤษฎีของฮอบบส์อย่างสิ้นเชิงตรงที่ ถ้ารัฐเข้าไปก้าวล่วงสิทธิของประชาชน เช่น ออกกฎหมายตามอำเภอใจ ไม่อนุญาตให้รัฐสภาประชุมกัน หันไปสวมมิกัดต่อต่างชาติ ล๊อคถือว่ารัฐกระทำมิชอบละเมิดพันธสัญญาขั้นพื้นฐาน ประชาชนก็จะกลับไปสู่สภาวะตามธรรมชาติ มีสิทธิตามธรรมชาติที่จะป้องกันตนเองและต่อสู้กับอำนาจรัฐอันมิชอบนั้น ส่วนฮอบบส์นั้นเห็นว่า ถ้ามีการตรากฎหมายใช้บังคับแล้ว และรัฐปฏิบัติตามวิถีทางที่กฎหมายบัญญัติ ประชาชนยังไม่อาจปฏิเสธอำนาจรัฐ (ส. ศิวรักษ์ : 112-115)

## ปราชญ์เมธียุคคลาสสิก

**เฮเกล (Geroge Wilhem Friedrich Hegel)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1770 – 1831 ประวัติศาสตร์วิวัฒนาการของมนุษยชาติสู่ความสามารถในการตรึงตรองใช้ความคิด เฮเกลนำวิธีคิดที่เข้าถึงสิ่งโดยกระบวนการวิภาษวิธี (dialectic process) ซึ่งวงการการศึกษาเรียกว่า Hegelian triad มี 3 ขั้นตอน คือ (1) ทฤษฎี (thesis) คือ การจับประเด็นหลัก (2) ปฏิทฤษฎี (antithesis) คือ การไตร่ตรองจนเห็นข้อขัดแย้งในประเด็นนั้น (3) สังเคราะห์ทฤษฎี (synthesis) คือ การพิจารณาข้อเท็จจริงและหลักฐานอื่นๆ มาประกอบจนความคิดลงตัว

เฮเกลเห็นว่า บุคคลต่างต้องการผลประโยชน์ของตน แต่ต้องยอมรับความจำเป็นที่ต้องมีรัฐ เพราะรัฐสามารถปกป้องบุคคลจากภัยอันตรายจากเพื่อนร่วมชาติ และภัยอันตรายจากศัตรูภายนอกประเทศ ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจเหนือบุคคล

ผู้มีจริยธรรมคือผู้มีศีลยอมสามารถใช้สติปัญญาวางหลักการกระทำต่างๆ บุคคลควรต้องประพฤติตนสอดคล้องกับการตัดสินใจของมวลชน เสรีภาพที่แท้จริงคือ การตัดสินใจกระทำโดยมุ่งผลประโยชน์ของส่วนรวม เพราะแท้จริงการยอมทำตามจิตรวมในรัฐ คือ การยอมทำตามการตัดสินใจของตนเองโดยหวังประโยชน์ส่วนรวมเหนือประโยชน์ส่วนตัว

ปรัชญาของเฮเกลถูกรัฐบาลนาซีอ้างเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคล ทั้งที่เฮเกลเห็นว่ารัฐที่เจริญแล้วต้องเคารพสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เพราะบุคคลนั่นเองยอมรับให้มีรัฐ (ส. ศิวรักษ์ : 161-168)

**เบนแธม (Jeremy Bentham)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1748 – 1832 เบนแธมคัดค้านทฤษฎีการปฏิวัติฝรั่งเศสอย่างเต็มที่ โดยกล่าวว่า “สิทธิตามธรรมชาติ” เป็นเรื่องเหลวไหลไร้สาระมนุษย์ไม่อาจเท่าเทียมกันได้ ความคิดที่ว่ามนุษย์ควรเท่าเทียมกันก็เป็นเรื่องผิดตรรกะ

เบนแธมกล่าวว่า นิติศาสตร์กับจริยศาสตร์ต้องสัมพันธ์กัน โดยบัญญัติศัพท์ใหม่ว่า Deontology แปลว่า ศาสตร์แห่งสิทธิและหน้าที่ ศีลธรรมหรือจริยธรรมแนะนำความประพฤติของมนุษย์ กฎหมายเป็นคำสั่งที่ใช้บังคับหมู่คนเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวม สองสิ่งนี้แม้ไม่ใช่สิ่งเดียวกันแต่ต้องสัมพันธ์กัน จริยธรรมมีขอบเขตกว้างกว่ากฎหมาย จริยธรรมใช้คำว่า “ควร” กฎหมายใช้คำว่า “ต้อง”

เบนแธมเสนอว่า กฎหมายต้องออกมาเพื่อคุณความดีของประชาชนเพื่อให้มีการเคารพเชื้อเพลิงไม่ขัดขึ้น สถานิติบัญญัติจึงควรทำให้ประชาชนเห็นด้วยกับกฎหมายทุกฉบับที่ออกมาใช้บังคับ ถ้าประชาชนเห็นดีเห็นงามก็เชื่อได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นยุติธรรม ถ้าประชาชนส่วนใหญ่ไม่ยอมรับกฎหมายในที่สุดย่อมหมายถึงการปฏิวัติขึ้น

เบนแธมถือว่าการศึกษายช่วยให้เกิดความสุขแก่บุคคล เขาเป็นผู้ก่อตั้ง University College, London University (ส. ศิวรักษ์ : 202-205)

**มิล (John Stuart Mill)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1806 – 1873

มิลกล่าวว่า รัฐประกอบด้วยกลุ่มคน ซึ่งกลุ่มคนแต่ละกลุ่มพยายามรักษาสถานะของตน ดังนั้นมวลชนไม่มีสิทธิที่จะสั่งให้บุคคลแม้เพียงคนเดียวที่ไม่เห็นด้วยต้องเงยบ (ส. ศิวรักษ์ : 216-217)

## ปราชญ์เมธียุคปัจจุบัน

**รัสเซล (Bertrand Russell 3<sup>rd</sup> Earl Russell)** มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1872 – 1970 เขายอมรับความจำเป็นของการมีรัฐบาลอันชอบธรรมจะมีได้ก็ด้วยการอนุญาตให้แต่ละบุคคลทำการใดๆ ได้อย่างเหมาะสมตามสมควร เสรีภาพของบุคคลเป็นความดีสูงสุดทางการเมือง ถ้ามีการขัดกันระหว่างอำนาจรัฐกับเสรีภาพของบุคคล ต้องถือเอาบุคคลเหนือกว่า ซึ่งแนวคิดนี้อาจยอมให้กลายเป็นสังคมนาซีไปโดย แต่รัสเซลเห็นว่า แม้ในสังคมนาซีไปโดยก็ยังต้องมีนิติธรรมเป็นข้อห้ามบางประการ (ส. ศิวรักษ์ : 228-229)

## คติในพระพุทธศาสนา

จักรวรรดิวัตร หมายถึง วัตรของพระเจ้าจักรพรรดิ พระจริยาที่พระเจ้าจักรพรรดิพึงทรงบำเพ็ญสม่ำเสมอ ธรรมเนียมการทางบำเพ็ญพระราชกรณียกิจของพระเจ้าจักรพรรดิ หน้าที่ของนักปกครองผู้ยิ่งใหญ่ ประกอบด้วย

1. ธรรมาธิปไตย คือ ถือธรรมเป็นใหญ่ เคารพนับถือบูชายำเกรงธรรม ยึดธรรมเป็นหลักเป็นธงชัย เป็นธรรมาธิปไตย
2. ธรรมิการักษา คือ จัดการรักษาป้องกันและคุ้มครองอันชอบธรรมและเป็นธรรม
3. อธรรมการนิเสศนา คือ ห้ามกั้น มิให้มีการอันอธรรมเกิดขึ้นในพระราชอาณาเขต คือ จัดการป้องกัน แก้อภัย มิให้มีการกระทำความผิดความชั่วร้ายเดือดร้อนเกิดขึ้นในบ้านเมือง
4. ธนานุประทาน คือ ปันทรัพย์เฉลี่ยให้แก่ชนผู้ไร้อำนาจ มิให้มีคนขัดสนยากไร้ในแว่นแคว้น
5. ปริปุจฉา คือ ปรึกษาสอบถามปัญหาเกี่ยวกับสมณพราหมณ์ ผู้ประพฤติปฏิบัติชอบ ผู้ไม่ประมาท มัวเมาอยู่เสมอดำกมลอันควร เพื่อให้รู้ชัดการอันดีชั่ว ควรประกอบหรือไม่ เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขหรือไม่ แล้วประพฤติปฏิบัติให้เป็นไปโดยถูกต้อง

ทศพิธราชธรรม พระพุทธเจ้าทรงมีพระพุทธดำรัสเรื่องทศพิธราชธรรมว่า พระราชาที่ดีนั้นประกอบด้วยธรรม 10 ประการ

1. ทาน “ทานัง” คือ การให้ การแบ่งปัน การเสียสละ การเอื้อเฟื้อ หมายถึง การให้ทานด้วยจิตใจที่ดั่งงาม มุ่งเพื่อบูชาพระคุณ เช่น ที่ให้แก่บิดามารดา ถวายแก่พระสงฆ์ เป็นต้น บ้างมุ่งเพื่อสงเคราะห์ เช่นที่ให้แก่คนตกทุกข์ได้ยาก ให้แก่คนทั่วไปด้วยความกรุณาสงสารบ้าง การให้ทานมี 2 ประเภท คือ ธรรมทาน และอามิสทานหรือวัตถุทาน
2. ศิล “ศีลัง” คือ ข้อปฏิบัติขั้นพื้นฐานในทางพระพุทธศาสนา เพื่อควบคุมความประพฤติทางกายและวาจาให้ตั้งอยู่ในความดีงาม มีความปกติสุข เพื่อให้เป็นกติกากำห้ามที่ใช้แก้ปัญหาขั้นพื้นฐาน 5 ปัญหาหลัก ซึ่งทำให้เกิดความสงบสุข และไม่มีการเบียดเบียนซึ่งกันและกันในสังคม
3. ปริจาคะ “ปริจาคัง” คือ การบริจาค การสละสิ่งของและความสุขส่วนตัวเพื่อประโยชน์สุขแก่ผู้อื่น และหมายรวมถึงการสละละทิ้งกิเลส ละความโลภ ความเห็นแก่ตัว ความตระหนี่ ความใจแคบ และการเลิกละนิสัย ตลอดจนความประพฤติที่ไม่ดี ที่ทำให้เกิดความเสียหาย ก่อความบาดหมางทะเลาะเบาะแว้ง

ทศพิธราชธรรมข้อนี้เป็นเรื่องกิเลสจาคะ หมายถึง การสละกิเลส จึงต่างจากทศพิธราชธรรมข้อทานซึ่งเป็นเรื่องของอามิสจาคะ หมายถึง การสละสิ่งของ

4. อาชชวะ “อาชชวัง” คือ ความซื่อตรงในฐานะที่เป็นผู้ปกครอง ดำรงอยู่ในสัจย์สุจริตประพฤติต่อตนเองและผู้อื่นด้วยความจริงใจ ไม่มีมายาสาโดย ไม่มีนอกไม่มีใน

5. มัททวะ “มัททวะวัง” คือ ความอ่อนโยน มีอัธยาศัย ไม่เย่อหยิ่งหยาบคายกระด้างถือพระองค์ มีความงามสง่าเกิดแต่ท่วงทีกิริยาสุภาพนุ่มนวล ละมุนละไม ให้ความรักภักดี แต่มีขาดความยำเกรง แบ่งเป็น ความอ่อนโยนภายนอก คือ อ่อนโยนต่อบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับตัว เป็นการสร้างสรรคซึ่งความรักสามัคคี ส่วนความอ่อนโยนภายใน คือ อ่อนโยนในจิตใจ จิตที่อบรมไว้ดีแล้วมีความเหมาะสมถูกต้อง อ่อนโยน พร้อมทั้งจะทำหน้าที่ใดๆ ก็ได้ จิตใจที่อ่อนโยนแล้ว เหมาะสมที่จะปฏิบัติธรรมะอันสูงขึ้นไปได้ทุกประการ จนสำเร็จประโยชน์

6. ตปะ “ตปะ” คือ มีความอดสาหัสในการปฏิบัติงาน โดยปราศจากความเกียจคร้าน มุ่งทำกิจการที่พึงกระทำและทำให้สำเร็จ รู้จักยับยั้งชั่งใจไม่ยอมให้ลุ่มหลง หมกมุ่นในความสุขสำราญและความปรนเปรอจนทำให้เสียกิจ มีคุณสมบัติเผาะผลาญกิเลสและความชั่วทั้งปวง

7. อักโกธะ “อักโกธัง” คือ ความไม่โกรธ มีความเมตตาต่อคนทั่วไป ไม่ตกลอยอยู่ใต้อำนาจของความโกรธ ไม่ใช้อำนาจบาตรใหญ่ ไม่แสดงความโกรธให้ปรากฏเห็น เช่น ทำร้ายผู้อื่น แม้จะลงโทษผู้ทำผิดก็ทำตามเหตุผล

8. อวิหิงสา “อวิหิงสา” คือ การไม่เบียดเบียน หรือบีบบังคับ ไม่ก่อทุกข์หรือเบียดเบียนผู้อื่น มีความกรุณาต่อคนทั่วไป ไม่หาเรื่องกดขี่ข่มเหงหรือลงอาญาแผ่นดินโดยปราศจากเหตุอันควร ไม่มีการกระทำอันเบียดเบียน หรือกระทบกระทั่งตนเองและคนอื่น การเบียดเบียนตนเองเป็นการทำตนเองให้ลำบากเปล่าๆ ที่ลำบากกันก็เพราะทำเกินกว่าเหตุ ถ้าทำแต่พอดีก็จะไม่ลำบาก

9. ขันติ “ขันติ” คือ การมีความอดทนอดกลั้นต่อสิ่งทั้งปวง รักษา ควบคุมอาการ ภายวาทะ ใจ ให้เรียบร้อย รวมทั้งอดกลั้นต่ออารมณ์ทั้งปวง ไม่แสดงกิริยาวาจาตามอำนาจโลภะ โทสะ โมหะ และอดทนต่อทุกขเวทนาต่างๆ

10. อวิโรธนะ “อวิโรธนัง” คือ ความหนักแน่น ถือความถูกต้อง เทียงธรรมเป็นหลัก ไม่เอนเอียงหวั่นไหวด้วยคำพูดถ้อยคำดี ร้าย อารมณ์ หรือลลภสักการะใดๆ ความไม่มีอะไรพิรุช ความไม่ผิดไปจากแนวแห่งความถูกต้อง พิรุช หมายความว่า ผิดไปจากแนวแห่งความถูกต้อง ที่จะนำมาซึ่งความผิดพลาด อันตราย เป็นโทษ

ในปัจจุบันประชาคมโลกเรียกร้องการบริหารปกครองตามหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ซึ่งสหประชาชาติกำหนดหลักการไว้ 8 ประการ คือ

1. การมีส่วนร่วม
2. การปฏิบัติตามกฎ
3. ความโปร่งใส
4. ความรับผิดชอบ
5. ความสอดคล้องกับสังคม

6. ความเสมอภาค
7. หลักประสิทธิภาพและประสิทธิผล
8. การมีเหตุผล

เห็นได้ว่า ทศพิธราชธรรม กับ ธรรมาภิบาล เป็นเรื่องเดียวกัน ทั้งในเนื้อหาและวิธีการ พระมหากษัตริย์ของไทยทรงใช้ธรรมะในการปกครองประเทศมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน ก่อนที่ชาติตะวันตกจะพูดถึงธรรมาภิบาลเสียอีก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศ โดยทรงดำรงอยู่ในทศพิธราชธรรม ทำให้ชาติไทยดำรงเอกราชและสงบสุขตลอดมา (อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ (4) : 2-26)

## บทวิพากษ์

ในประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ สังคมมนุษย์อยู่ได้ด้วยธรรมะหรือที่ชาวตะวันตกเรียกว่าความดีบ้าง จริยธรรมบ้าง กฎธรรมชาติดั้งเดิมได้กล่าวถึงความดีงาม (good or virtue) อริสโตเติลกล่าวถึงคุณความดี (merit) เบคอนกล่าวว่านักกฎหมายต้องยึดถือนิติธรรมคือระเบียบประเพณีแต่เก่าก่อน ฮอบส์กล่าวว่ากฎหมายเกิดจากความมีเหตุผล ล็อกคกล่าวว่าจริยธรรมอยู่นอกสิ่งอื่นใด จริยธรรมเป็นมาตรฐานวัดกฎหมายต่างๆ เฮเกลกล่าวว่าจริยธรรมของบุคคลย่อมสอดคล้องกับการตัดสินใจของมวลชน เบนแอมกล่าวว่านิติศาสตร์กับจริยศาสตร์ต้องสัมพันธ์กัน มิลกล่าวว่ามวลชนต้องเคารพเสียงคัดค้านของบุคคล และรัสเซลกล่าวว่าถ้ามีการขัดกันระหว่างอำนาจรัฐกับเสรีภาพของบุคคล ต้องถือเอาบุคคลเหนือกว่า เพราะเสรีภาพของบุคคลคือความดีสูงสุดทางการเมือง

ในซีกโลกตะวันออก ก่อนประชาธิปไตยตะวันตก สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้ามีพระราชดำรัสเรื่องจักรวรรดิวัตรและทศพิธราชธรรมอันเป็นธรรมะของผู้ปกครอง แม้สมัยสมบูรณ์ญาสิทธิราชที่พระมหากษัตริย์อยู่นอกกฎหมายก็ยังคงเคารพปฏิบัติตามธรรมะ

ประชาธิปไตยคือผู้นำทางความคิดของมนุษย์ในแต่ละยุคสมัย จะเห็นได้ว่า ทุกยุคสมัยมนุษย์ยกย่องคุณธรรมบางอย่างว่าอยู่นอกกฎหมาย อยู่เหนือสังคม เพราะคุณธรรมเป็นเครื่องหล่อเลี้ยงให้กฎหมายดำรงอยู่ สังคมดำรงอยู่ตลอดจนหล่อเลี้ยงให้มนุษยชาติดำรงอยู่ คุณธรรมนี้อาจมีชื่อเรียกขานต่างๆ กระทั่งศาสตราจารย์ เอ.วี. ไดซี (A.V. Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ดได้รวบรวมบัญญัติศัพท์ขึ้นว่า หลักนิติธรรม (Rule of Law) เพื่อให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนว่ามีธรรมะหรือคุณธรรมที่อยู่เหนือกฎหมาย กฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์กำหนดขึ้น แต่ไม่ว่าผู้ปกครองจะมีอำนาจเพียงใดก็ไม่สามารถกำหนดกฎหมายได้ตามอำเภอใจ กฎหมายต้องเคารพอ่อนน้อมและคล้อยตามธรรมะหรือคุณธรรมนั้นเสมอ ทั้งนี้ เพื่อความดำรงอยู่ของกฎหมายเอง ของสังคม และของมนุษยชาติในที่สุด (อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ (3) : 2)

สำหรับหลักนิติรัฐ (Legal State) แนวคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยเป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย คำอธิบายเรื่องหลักนิติรัฐมาปรากฏชัดเจนในคริสต์ศตวรรษที่ 18 และนำไปสู่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 หลักนิติรัฐเน้นให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันปฏิบัติตามกฎหมาย จึงต้องมีการตรากฎหมายขึ้นอย่างชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะเข้าใจได้ และกฎหมายนั้นต้องถูกต้องและเป็นธรรมเพื่อคุ้มครองความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อกฎหมายด้วย (วรเจตน์ ภาคีรัตน์ : 428-429)

ดังนั้น ในแง่มุมทางประวัติศาสตร์ หลักนิติธรรม (Rule of Law) มีวิวัฒนาการมาก่อนหลักนิติรัฐ (Legal State) ราว 2,000 ปี โดยอยู่ในชื่อเรียกขานอย่างอื่น หลักนิติธรรมเริ่มวิวัฒนาการตั้งแต่มนุษย์เข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมเป็นรัฐ มีการปกครองระบอบอภิชนาธิปไตย ระบอบกษัตริย์จนถึงระบอบประชาธิปไตยในทุกระบอบการปกครองคุณธรรมความดีล้วนเป็นเครื่องหล่อเลี้ยงรักษาสังคม รัฐ และมนุษยชาติไว้ หลักนิติรัฐเพิ่งปรากฏในประวัติศาสตร์มนุษยชาติประมาณ 300 ปีมานี้ เพื่อเป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองระบอบกษัตริย์และนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน



## หนังสืออ้างอิง

1. ทินพันธุ์ นาคะตะ, นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก : ปรัชญาและทฤษฎีทางการเมือง, กรุงเทพฯ : โครงการเอกสารและตำรา สมาคมรัฐประศาสนศาสตร์ นิต้า, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2541.
2. ส. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ศึกษิตสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2546.
3. อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, การนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้กับการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย, เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตร นธบ. รุ่นที่ 2, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 19 ธันวาคม 2556.
4. อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, ปาฐกถาพิเศษ เรื่อง “ทศพิธราชธรรม : ธรรมะสำหรับผู้ปกครอง”, 8 พฤศจิกายน 2555.
5. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 9 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, พ.ศ. 2553.

# หลักนิติธรรมกับการแก้ปัญหาชาติ

จรต จุลลิกชี\*

## บทคัดย่อ

ประเทศไทยมักอ้างว่ามีการปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย เพราะมีการเลือกตั้งและได้แบ่งแยกอำนาจการปกครองออกเป็น 3 ฝ่าย ซึ่งประกอบด้วยฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและศาลที่ต่างฝ่ายต่างเป็นอิสระไม่ขึ้นกับฝ่ายใด นอกจากนี้ยังมีองค์กรคอยตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจอีกด้วย แต่กลางปี พ.ศ.2547 ประเทศไทยเริ่มประสบกับวิกฤติทางการเมือง โดยมีการประชุมประท้วงขับไล่รัฐบาลเรื่อยมา ประชาชนมีความเห็นต่างและเกิดความแตกแยก เกิดความรุนแรงขึ้นหลายครั้งโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย เศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ สภาพสังคมย่ำแย่ วิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นจากความคิดเห็นที่ต่างกันของคนในชาติ หรืออาจเกิดขึ้นจากผู้นำประเทศที่หวังผลประโยชน์ในส่วนตนและพวกพ้องเป็นใหญ่ จึงเป็นที่มาของวลีที่พูดถึงกันอย่างติดหูว่า “สองมาตรฐาน” หรือ “ขาดหลักนิติธรรม” จากนักการเมืองหรือแกนนำทางการเมืองที่ไม่ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยขององค์กรกลางที่คอยถ่วงดุลอำนาจหรือจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และแสดงออกว่าไม่ยอมรับต่อคำวินิจฉัยที่ออกมานั้น จากถ้อยคำหรือวลีดังกล่าวหมายถึง ความไม่เสมอภาค ความไม่ทัดเทียมกันของคนในประเทศ

\* ผู้เชี่ยวชาญประจำประธานศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 3 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยถึงแม้รัฐบาลหรือผู้นำประเทศจะมีอำนาจรัฐอธิปไตย (Sovereign) อยู่ในมือก็ตาม แต่ตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทำให้อำนาจรัฐอธิปไตยถูกจำกัดอำนาจบางประการ ทั้งยังต้องนำ**หลักนิติธรรม (The Rule of Law)** ซึ่งเป็นหลักที่ว่า “มนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองด้วยกฎหมายที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน” มาประกอบใช้ควบคู่กันไปเพื่อให้สังคมมีความสงบสุข ไม่ใช่รัฐบาลจะใช้อำนาจตามอำเภอใจในการบริหารประเทศ แต่รัฐบาลจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย (government under law) เช่นเดียวกันกับประชาชนทั่วไป จึงจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับประชาชนจะไม่เกิดปัญหาและความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐจะได้ดำเนินไปด้วยดี

## ที่มาของหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

แนวความคิดและการค้นหาหลักการปกครองที่ดีเพื่อนำความผาสุกมาสู่มนุษย์ชนและความร่มเย็นของสังคมของชนในชาติ และ**หลักนิติธรรม (The Rule of Law)** นั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องใหม่แต่ได้เกิดขึ้นมานานแล้ว โดยที่เข้าใจกันกว้างๆ เป็นเรื่องของการปรับใช้เหตุผล (reason) และความเป็นธรรม (fairness) จนถึงยุคกรีก ช่วงปี พ.ศ.160 หรือก่อน ค.ศ.384 อริสโตเติล (Aristotle) ได้มีแนวคิดให้เป็นเรื่องของ “ปัญญาที่ตัดขาดแล้วจากอารมณ์ความรู้สึก” (intelligence without passion) แนวคิดนี้เป็นที่ยอมรับกันในยุคนั้น นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับที่เข้าใจของบุคคลทั่วไปว่าหมายถึงการตัดสินใจตามความถูกต้องทางศีลธรรมอันเป็นการค้ำประกันต่ออิสรภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์ระหว่างผู้ได้ปกครองด้วยตนเอง และระหว่างประชาชนกับรัฐบาลที่เป็นผู้ปกครอง<sup>1</sup>

คำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” นั้น เริ่มเป็นรูปธรรมขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 13 ใน ค.ศ.1215 เมื่อพระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในเวลานั้นได้ลงนามในเอกสารชื่อ แมกนา คาร์ตา (Magna Carta) อันเป็นเอกสารพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ ซึ่ง Magna Carta เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาโดยศาสตราจารย์ เอ วิ ไคซี (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดที่ได้เขียนตำราชื่อ Introduction to the Study of the law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ.1885) ศาสตราจารย์ เอ วิ ไคซี ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างชัดเจนว่า “The Rule of Law” มีความสำคัญ 3 ประการคือ

<sup>1</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา. สำนักพิมพ์รามคำแหง พ.ศ.2552 หน้า 347

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบพระราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษ โดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอันยอมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือถืออภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมโดยปกติ

และประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นไม่ใช่ที่มาแห่งกฎหมายหากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ความหมายทั้ง 3 ประการของ “The Rule of Law” ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นนี้ ได้รับการสนับสนุนและวิพากษ์วิจารณ์ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา แนวคิดเรื่อง “The Rule of Law” ตามหลักกฎหมายอังกฤษนี้ได้รับการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง และในเชิงลึกมากขึ้นแทบทั่วทุกมุมโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกเสรี นักกฎหมายส่วนมากก็ถือเอา “The Rule of Law” เป็นอุดมการณ์ร่วมกันเพื่อต่อต้านลัทธิทรราชย์และปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล มีการขยายหลัก The Rule of Law ออกไปครอบคลุมการสร้างเสริมเกียรติศักดิ์ของมนุษย์และการคุ้มครองรักษาสีทิมมนุษย์ชนทุกแห่งทุกมุม<sup>2</sup>

ปัจจุบันหลักนิติธรรม “The Rule of Law” เป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายซึ่งอาจจะแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้นก็ไม่มี ความแตกต่างกัน องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบาย ลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L.Fuller นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกาที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้ต้องมีลักษณะสำคัญคือ

1. กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐ
2. กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
3. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลใช้บังคับในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต

<sup>2</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, หลักนิติธรรม, ยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2554 เอกซัยการพิมพ์และสติเกอร์ หน้า 3

4. กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

5. กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

6. กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

7. กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็ต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

8. กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น<sup>3</sup>

สำหรับประเทศไทยแม้ในอดีตจะไม่ได้ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแต่พระมหากษัตริย์ทุกพระองค์ของประเทศไทยในทุกยุคทุกสมัยก็ทรงปกครองประเทศไทยด้วยหลักทศพิธราชธรรม หรือเรียกอีกอย่างว่า ราชธรรม 10 ประการ คือ ธรรมะของพระราชา กิจวัตรที่พระเจ้าแผ่นดินควรประพฤติปฏิบัติ คุณธรรมของผู้ปกครองบ้านเมือง ธรรมะของนักปกครอง มี 10 ประการ<sup>4</sup> ดังต่อไปนี้

1. ทาน การให้ คือ สละทรัพย์สิ่งของบำรุงเลี้ยง ช่วยเหลือราษฎร และบำเพ็ญสาธารณประโยชน์

2. ศีล ความประพฤติดีงาม คือ สำรวมกาย วาจา ใจ ประกอบแต่การสุจริต รักษากิตติคุณให้เป็นแบบอย่าง และเป็นทีเคารพนับถือของประชาราษฎร์ มิให้มีข้อใดที่ใครจะดูแคลน

3. ปริจาคะ การบริจาค คือ เสียสละความสุขสำราญส่วนตน เป็นต้น ตลอดจนชีวิตของตนเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

4. อาชวะ ความซื่อตรง คือ ซื่อตรงทรงสัตย์ไว้มารยา ปฏิบัติภารกิจโดยสุจริต มีความจริงใจไม่หลอกลวงประชาชน

5. มัททวะ ความอ่อนโยน คือ มีอัธยาศัยไมเย่อหยิ่งหยาบคายกระด้างถือตัว มีความสง่างามเกิดจากท่วงทีกริยาสุภาพนุ่มนวล ละมุนละไม ให้ได้ความจงรักภักดี แต่มีชาติยาเกรง

6. ตปะ ความทรงเดช คือ แผดเผากิเลสตัณหา มิให้เข้ามาครอบงำอำยิจิต ระวังยับยั้งข่มใจได้ไม่ยอมให้หลงไหลหมกหมุ่นในความสุขสำราญและความปรนเปรอ มีความเป็นอยู่สม่ำเสมอหรืออย่างสามัญ มุ่งมั่นแต่จะบำเพ็ญเพียร ทำกิจให้บริบูรณ์

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ ดร., หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, วารสารจลลิกษี ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-กุมภาพันธ์ 2555 กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา หน้า 62

<sup>4</sup> พญาสิทธิ พระมหากษัตริย์แห่งราชวงศ์สุโขทัย, สมุดภาพไตรภูมิพระร่วง, สำนักพิมพ์ธรรมสภา สถาบันบันนัลือธรรม หน้า 79

7. อักโกระ ความไม่โกรธ คือ ความไม่เกรี้ยวกราด ลุอำนาจความโกรธ จนเป็นเหตุให้วินิจฉัยความและกระทำการต่างๆ ผิดพลาดเสียธรรม มีเมตตาประจําใจไว้ระงับความเคืองชุน่ วินิจฉัยความและกระทำการด้วยจิตอันราบเรียบเป็นตัวของตัวเอง

8. อวิหิงสา ความไม่เบียดเบียน คือ ไม่บีบบั่นกดขี่ เช่น เก็บภาษีชูดริต หรือเกณฑ์แรงงานเกินขนาด ไม่หลงระเริงอำนาจ ขาดความกรุณา หาเหตุเบียดเบียน ลงโทษอาชญาแก่ประชาราษฎร์ผู้ใด เพราะอาศัยความอาฆาตเกลียดชัง

9. ขันติ ความอดทน คือ อดทนต่องานที่ตรากตรำ ถึงจะลำบากน่าเบื่อเพียงไรก็ไม่ท้อถอย ถึงจะถูกยั่วถูกหยันด้วยคำเสียดสีถากถางอย่างไร ก็ไม่หมัดกำลังใจ ไม่ยอมละทิ้งกรณีย์ที่บำเพ็ญโดยชอบธรรม

10. อวิโรธนะ ความไม่คลาดธรรมดา คือ วางองค์เป็นหลักหนักแน่นในธรรมคงที่ ไม่มีความเอนเอียงหวั่นไหว เพราะถ้อยคำที่ตีร้าย ลากสักการะ หรืออัญชารมณํ อนิญชารมณํใดๆ สถิตมั่นธรรมทั้งส่วนยุติธรรม คือ ความเที่ยงธรรมก็ดี นิติธรรม คือ ระเบียบแบบแผนหลักการปกครอง ตลอดจนขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามก็ดี ไม่ประพฤติให้เคลื่อนคลาดวิบัติไป

ต่อมาเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองของไทยเป็นระบอบประชาธิปไตยพระมหากษัตริย์ของไทยก็ยังคงไว้ซึ่งทศพิธราชธรรม ต่างกับผู้นำประเทศที่บางครั้งมาจากการรัฐประหารบางครั้งก็มาจากการเลือกตั้งบางคนกลับขาดหลักธรรมของนักปกครอง 10 ประการ ซึ่งหากวิเคราะห์ถึงหลักการของหลักทศพิธราชธรรมแล้ว ก็มีหลักการและด้วยอุดมการณ์เดียวกันและสอดคล้องต้องกันกับหลักนิติธรรมที่นานาประเทศใช้อยู่ในทุกวันนี้ เพียงต่างกันที่รายละเอียดบางประการเท่านั้น ปัจจุบันประเทศในยุโรปบางประเทศมีแนวความคิดที่จะนำเอาการปกครองในระบอบกษัตริย์มาใช้อีกครั้ง เนื่องจากเกิดความล้มเหลวในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ในปี พ.ศ.2540 สักคมไทยได้เริ่มมีแนวคิดที่ต้องการให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนมีการบริหารงานโดยยึดถือหลักคุณธรรมและความโปร่งใส จึงได้นำแนวความคิดที่สร้างขึ้นมากเพื่อแก้ไขเยียวยาปัญหาในการบริหารจัดการองค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชนซึ่งเรียกว่า “หลักธรรมาภิบาล” (GOOD GOVERNANCE) โดยต่อมาได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของหลักธรรมาภิบาลไว้ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 เพื่อให้เกิดการปฏิรูประบบราชการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและก่อประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ซึ่งแนวคิดนี้ก็มาจากหลักนิติธรรมนั่นเอง

จนกระทั่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หลักนิติธรรมก็เริ่มต้นขึ้นเป็นรูปธรรมขึ้นเป็นครั้งแรกของประเทศไทย โดยได้นำเอาหลักนิติธรรมมาบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งในมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของ

รัฐสภา รัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และในมาตรา 78 ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้...(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม” จึงเห็นได้ว่าตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้นำหลักนิติธรรมไว้ดังกล่าวก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยทั้งหมด

### นิติธรรมกับการพัฒนาประเทศ

เมื่อหลักนิติธรรมมีหลักการที่ว่ามนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองด้วยกฎหมายที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน จึงเห็นได้ว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคทัดเทียม ไม่ว่าจะด้วยสิทธิใดๆ ที่พึงมี ก็มีทัดเทียมเสมอกันโดยถ้วนหน้า ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้รวมไปถึงสิทธิในการบริหารประเทศด้วย แม้ว่าในการบริหารประเทศจะต้องรับฟังเอาเสียงของคนข้างมาก แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องรับฟังเสียงข้างน้อยด้วย ไม่ใช่ถือว่าเสียงข้างมากแล้วสามารถจะกระทำตามอำเภอใจได้

ในประเทศที่ปกครองด้วยระบบประชาธิปไตยได้แบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็นสามฝ่าย อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งอำนาจในแต่ละฝ่ายจะแยกออกจากกันและในแต่ละฝ่ายจะมีอิสระไม่ก้าวล่วงซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ ยังมีองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของทั้งสามฝ่ายเพื่อดำเนินการไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะต้องมีหลักนิติธรรมในการบริหารและการดำเนินการที่พอจำแนกได้ดังนี้

### ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา

ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะของสภาคู่หรือสภาเดียว ก็จะได้เห็นได้เด่นชัดว่า หลักนิติธรรมจะมีส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนพัฒนาประเทศชาติ เนื่องจากกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นหลักสำคัญส่วนหนึ่งในการพัฒนาประเทศ และรัฐสภาเป็นผู้มีหน้าที่ในการออกกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ดีจะต้องใช้บังคับกับประชาชนทุกคนได้โดยเสมอภาคกัน ไม่เว้นแม้จะเป็นฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ตราขึ้น และผู้มีหน้าที่ในการบังคับให้เป็นตามกฎหมายก็ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเสมอภาคทัดเทียมกันทุกคน ไม่ว่าผู้นั้นจะยิ่งใหญ่เพียงใดก็ตาม หากกระทำความผิดก็ต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม รัฐสภาจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรากฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลโดยไม่เป็นธรรมย่อมกระทำไม่ได้ เพราะถือว่ารัฐสภาโดยสมาชิกผู้แทนราษฎรได้ใช้อำนาจในการคุกคามประชาชน ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม

สำหรับประเทศไทย พรรคการเมืองบางพรรคตกอยู่ภายใต้อำนาจของนายทุนและมีนายทุนเป็นเจ้าของพรรคการเมือง สมาชิกผู้แทนราษฎรปฏิบัติตามความปรารถนาของนายทุน ขาดอุดมการณ์ ขาดคุณธรรมจริยธรรม ปฏิบัติตามมติของพรรคการเมืองที่นายทุนกำหนดเพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงความถูกต้อง ซึ่งกระทำเพื่อให้ได้มาตามความต้องการของนายทุนอย่างเดียว เมื่อพรรคการเมืองที่มีนายทุนกำกับควบคุมเป็นพรรคการเมืองเสียงข้างมากในรัฐสภา ทำให้รัฐสภาไม่ได้ทำหน้าที่ตามหน้าที่ที่พึงกระทำและให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม จึงเป็นมูลเหตุหนึ่งของการเกิดวิกฤติของประเทศไทย

## ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล

ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลต้องดำเนินการบริหารประเทศให้เป็นไปตามนโยบายที่ให้ไว้กับประชาชน แต่ทั้งนี้ นโยบายนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐหรือมีผลกระทบต่อประชาชน และจะต้องไม่เอื้อให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันหรือต้องไม่เอื้อให้เกิดการทุจริตโดยนโยบาย (corruption by public policy) กับเงินงบประมาณของรัฐในแต่ละปี รวมทั้ง ในการบริหารประเทศจะต้องไม่แสวงหาประโยชน์ให้แก่พวกพ้องจากงบประมาณของรัฐ ตลอดจน รัฐบาลต้องควบคุมเงินงบประมาณของรัฐ ให้มีการกระจายไปสู่ประชาชนโดยเสมอหน้าเท่าเทียมกันทั่วทั้งประเทศและต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม นอกจากนี้ ผู้นำรัฐบาลจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถและมีคุณธรรมยึดมั่นในหลักนิติธรรม หรือหลักทศพิธราชธรรม ที่ผ่านมาประเทศไทยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลมักจะทำหน้าที่ขัดกับหลักนิติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาเจ้าพนักงานของรัฐลุแก่อำนาจแม้จะมีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งในมาตรา 3 วรรคสองบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ก็ตาม แต่ฝ่ายบริหารมักจะเมินเฉยต่อกฎเกณฑ์ที่วางขึ้น จนเกิดปัญหาขึ้นหลายประการในประเทศ

## ฝ่ายตุลาการ

เมื่อบ้านเมืองมีกฎหมายที่ดีเป็นไปตามหลักนิติธรรมแล้ว สิ่งสำคัญประการต่อมาก็คือ การบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องสอดคล้องเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย เพื่ออำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ดังนั้น ทุกขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมเสมอ ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ ไม่ปล่อยให้อิทธิพลจากภายนอกคดโกงในใจตนมาทำลายความยุติธรรมได้<sup>5</sup>

<sup>5</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, หลักนิติธรรม, ยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2554 เอกซัยการพิมพ์และสติเกอร์ หน้า 26 ถึง 27



ฝ่ายตุลาการเป็นเพียงองค์กรเดียวของประเทศไทยที่ประชาชนให้ความไว้วางใจยอมรับด้วยเป็นองค์กรที่อยู่ในกรอบกฎหมายและระเบียบอย่างเคร่งครัด ไม่มีความประพฤติเสื่อมเสีย ออกนอกกรอบนอกทาง การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายอย่างถูกต้องเป็นธรรมตามหลักกฎหมาย ซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า:

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยไว้เกี่ยวกับหลักนิติธรรม ตามคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ตอนหนึ่งว่า “หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนืออบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ”

อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายตุลาการหรือศาลจะเป็นที่ยอมรับนับถือของประชาชนทั่วไป แต่ด้วยกฎหมายที่มีอยู่ได้กำหนดกฎหมายไว้ทำให้ฝ่ายตุลาการหรือศาลไม่ทันสมัยตามยุคตามสถานการณ์

### องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้มีองค์กรอิสระ 4 องค์กร ซึ่งองค์กรอิสระมีบทบาทหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีกระบวนการและมาตรการในการตรวจสอบตั้งแต่การเข้าสู่อำนาจของนักการเมืองโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 229 ถึงมาตรา 241 การตรวจสอบหาข้อเท็จจริงตามข้อร้องเรียนในกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่โดยไม่ชอบของข้าราชการ พนักงานของรัฐหรือราชการส่วนท้องถิ่น พนักงานรัฐวิสาหกิจ การตรวจสอบจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือข้าราชการอย่างเคร่งครัดโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 242 ถึงมาตรา 245 ตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจของรัฐและข้าราชการระดับสูงโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 246 ถึงมาตรา 251 และการใช้

อำนาจตรวจสอบการใช้เงินของแผ่นดินโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 252 ถึงมาตรา 254 แม้องค์กฤษฎีการได้ตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชันของนักการเมืองหรือข้าราชการระดับสูงอย่างเคร่งครัดตามกฎหมายภายใต้หลักนิติธรรมก็ไม่สามารถหยุดยั้งการทุจริตคอร์รัปชันของนักการเมืองและข้าราชการระดับสูงได้

## ภาคเอกชน

นับแต่ปี 2540 ที่ประเทศไทยประสบภาวะวิกฤติเศรษฐกิจ ที่มีปัญหาด้านการเงิน ด้านเศรษฐกิจ และสังคม เนื่องจากประชาชนส่วนหนึ่งตกงาน บริษัทจำนวนไม่น้อยต้องปิดตัวลงเนื่องจากไม่สามารถแก้ไขปัญหาด้านการเงินได้ แนวคิดเพื่อแก้ไขเยียวยาปัญหาในการบริหารจัดการองค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยยึดหลักคุณธรรมและความโปร่งใส ภายใต้หลักกฎหมายและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เน้นการปฏิบัติงานเพื่อพัฒนาและจัดการองค์กรให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความสงบสุข และเรียกหลักนี้ว่าหลักธรรมาภิบาล ซึ่งเป็นหลักที่เชื่อมโยงกับหลักนิติธรรม ที่เน้นความเป็นธรรมในสังคมและประโยชน์สุขของประชาชน จึงได้แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับ ภาครัฐจึงได้ตราขึ้นเป็นกฎหมายเมื่อปี 2546 คือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ซึ่งภาคเอกชนขนาดใหญ่ได้นำหลักธรรมาภิบาลเข้ามาใช้ในองค์กรแล้ว และได้ขยายมาสู่ภาคเอกชนขนาดกลางและเล็กมากขึ้น เพราะได้ผลงานการผลิตที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

จึงเห็นได้ว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการที่สามารถนำมาใช้ประโยชน์และเกิดประสิทธิผลเป็นอย่างมากในการพัฒนาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน แต่ขณะเดียวกันภาครัฐภายใต้การบริหารประเทศของรัฐบาลก่อนมีการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 กลับไม่ใช้หลักนิติธรรมในการบริหารประเทศ ประเทศจึงเกิดวิกฤติขึ้นอีกครั้งหนึ่ง

## วิกฤติปัญหาของไทย

ปัญหาของประเทศไทยหลังจากได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เริ่มก่อตัวขึ้นมาหลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยเกิดขึ้นเนื่องจากประเทศไทยมีประชาชนส่วนหนึ่งที่ยึดติดกับระบอบประชาธิปไตยที่ปลูกฝังกันมาแต่ในอดีตที่ว่า “ประชาธิปไตยคือการปกครองด้วยเสียงข้างมาก อยากรได้ประชาธิปไตยต้องไปเลือกตั้ง” ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่า สมาชิกผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมืองตามมาตรา 107 (4) ที่บัญญัติว่า “เป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งแต่เพียงพรรคเดียว นับถึงวันสมัคร

รับเลือกตั้งเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวัน” จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงว่า ผู้ที่จะลงรับสมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องสังกัดพรรคการเมืองและต้องสังกัดพรรคการเมืองนั้นมาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันจึงจะมีคุณสมบัติที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 101 (3) ก็ได้มีบทบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน ซึ่งแนวความคิดนี้สอดคล้องกับความคิดของนักวิชาการและนักการเมืองกลุ่มหนึ่งที่ว่า “ประชาธิปไตยจะมั่นคง ต้องมีพรรคการเมืองที่มั่นคง” ทำให้ผู้ที่มีความคิดต่างกับพรรคการเมืองที่มีอยู่และไม่มีพรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์เดียวกันไม่สามารถลงสมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ด้วยแนวความคิดที่ว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ไม่สังกัดพรรคการเมืองนั้นสามารถซื้อตัวซื้อเสียงได้ง่ายกว่า แต่แนวคิดนี้ในประเทศไทยกลับเกิดเหตุตรงข้าม เพราะทำให้นายทุนเข้ามามีครอบงำพรรคการเมืองและนายทุนได้เข้าเป็นเจ้าของพรรคการเมืองในที่สุด พรรคการเมืองจึงไม่ใช่ของประชาชนที่มีแนวคิดและอุดมการณ์เดียวอีกต่อไป เมื่อนายทุนสามารถเป็นเจ้าของพรรคการเมืองได้แล้วก็ซื้อพรรคการเมืองเล็กๆ เข้าร่วมกับพรรคการเมืองที่นายทุนนั้นเป็นเจ้าของโดยใช้วิธีควรววมพรรค เพื่อให้พรรคการเมืองที่มีนายทุนเป็นเจ้าของเป็นพรรคการเมืองใหญ่ที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร เมื่อนายทุนที่เป็นเจ้าของพรรคการเมืองเป็นผู้นำประเทศ แต่ขาดจริยธรรมและขาดคุณธรรมในการปกครองประเทศประกอบกับเงื่อนไขของกฎหมายเอื้อประโยชน์ให้ จึงเป็นเหตุให้เกิดระบอบเผด็จการในสภาผู้แทนราษฎรไม่เป็นไปตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ประชาชนส่วนหนึ่งจึงไม่เห็นด้วยกับการกระทำของรัฐบาลในขณะนั้น จึงมีการชุมนุมประท้วงการกระทำของรัฐบาลและขับไล่รัฐบาล การชุมนุมประท้วงรัฐบาลเริ่มต้นชัดเจนในกลางปี พ.ศ.2547 และลุกลามขยายวงกว้างขึ้นทั่วประเทศ แนวความคิดประชาชนจึงเริ่มแตกแยกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งต่อต้านไม่ยอมรับการกระทำของรัฐบาล แต่อีกฝ่ายหนึ่งสนับสนุนรัฐบาล การรวมตัวของทั้งสองฝ่ายมีแนวโน้มที่จะเกิดความรุนแรงขึ้นในประเทศวันที่ 19 กันยายน 2549 คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้เข้ายึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลในขณะนั้น และได้ตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้น เพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยไม่มีการปฏิรูปด้านอื่นๆ ของประเทศเลย แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บทเฉพาะกาล จะได้กำหนดให้รัฐบาลและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องตรากฎหมายขึ้นมารองรับมาตรการหลายประการเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ไม่มีรัฐบาลใดได้ปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีการกำหนดบทลงโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายอื่นๆ ของประเทศ จากการทำไม่ได้มีการแก้ไขปัญหาด้านอื่นๆ ของประเทศ ก็ทำให้ผู้มีอำนาจที่เป็นระดับผู้นำประเทศและประชาชนที่คล้อยตามส่วนหนึ่งที่ไม่เคยมีสามัญสำนึกถึงความถูกต้องให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้

หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในช่วงแรกรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (เป็นรัฐบาลชุดที่ 2 เนื่องจากในปลายปี 2551 พรรคการเมืองที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งสูงสุด ซึ่งเป็นพรรคการเมืองร่างทรงของพรรคที่มีนายทุนกำกับกิจการของพรรคต้องคำพิพากษาให้ยุบพรรคและพรรคการเมืองดังกล่าวแตกออกเป็นพรรคเล็กๆ ในการเลือกนายกรัฐมนตรีในสภาผู้แทนราษฎร หัวหน้าพรรคการเมืองอันดับรองได้เป็นนายกรัฐมนตรี) ต้องเผชิญกับปัญหาที่สะสมมาตั้งแต่ก่อนที่จะมีการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ด้วยความคิดเห็นที่แตกต่างของประชาชนประการหนึ่ง และด้วยการแสวงหาอำนาจและผลประโยชน์จากนักการเมืองที่เคยมีอำนาจอยู่ในบ้านเมืองที่มีอยู่ก่อนอีกประการหนึ่ง จนกลายเป็นกรณีเผาบ้านเผาเมือง มีประชาชนล้มตายไปจำนวนหนึ่ง แต่รัฐบาลชุดดังกล่าวได้นำเอากฎหมายมาใช้อย่างจริงจัง จนปัญหาของประเทศเริ่มคลี่คลายไปในทางที่ดีขึ้น

ต่อมาเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2554 ได้มีการเลือกตั้งใหญ่ทั่วประเทศอีกครั้งหนึ่ง ผลจากการเลือก ปรากฏว่า พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลต้องพ่ายแพ้แก่พรรคการเมืองที่มีนายทุนเป็นผู้กำกับควบคุมพรรค ชัยชนะของพรรคการเมืองที่มีนายทุนเป็นผู้กำกับควบคุมดูเหมือนจะไม่มีปัญหาอะไรต่อประเทศ หากการปกครองของรัฐบาลที่มาจากพรรคการเมืองที่มีนายทุนเป็นผู้กำกับควบคุมเป็นไปตามครรลองคลองธรรม แต่รัฐบาลที่มาจากพรรคนายทุนกลับล้มเหลวในอดีตรอบ โดยการบริหารประเทศไปตามอำเภอใจขาดหลักนิติธรรม ไม่ฟังเสียงคัดค้านจากประชาชนที่เป็นเจ้าของประเทศ ไม่ยึดหลักกฎหมายบ้านเมืองมาใช้ ยึดติดกับประโยชน์พวกพ้องไม่คำนึงถึงประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ขาดความยุติธรรม มีเพียงแต่คำกล่าวอ้างว่า “มาจากการเลือกตั้งและประชาชนส่วนใหญ่เลือกพรรคของตน” ทั้งที่พรรคการเมืองของนายทุนดังกล่าวได้มีประชาชนที่เลือกเพียงสิบห้าล้านเจ็ดแสนคนเศษจากประชากรที่มีสิทธิออกเสียงทั่วประเทศสี่สิบล้านเก้าแสนคนเศษ จึงทำให้การบริหารประเทศของรัฐบาลที่มีพรรคการเมืองของนายทุนเป็นผู้บริหารเกิดความวุ่นวายขึ้นในประเทศอีกครั้งหนึ่ง โดยมีระดับแกนนำของพรรคการเมืองดังกล่าว ปฏิเสธไม่ยอมรับคำวินิจฉัยของศาล และไม่ยอมรับคำวินิจฉัยขององค์กรที่ถ่วงดุลอำนาจของรัฐบาล รวมทั้งภาคเอกชนที่มีความเห็นไม่ตรงกับภาครัฐ ซึ่งหากย้อนไปในศตวรรษที่ 5 จะทำให้นักถึงคำถามของนักบุญออกุสติน (St Augustine) ของคริสตจักรคาทอลิกที่ได้แสดงให้เห็นถึงปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่พัฒนาจนสมบูรณ์อย่างที่เราเข้าใจกันอยู่ทุกวันนี้ โดยได้ตั้งคำถามว่า “หากปราศจากความยุติธรรม รัฐจะแตกต่างอะไรจากรังโจรขนาดใหญ่เล่า”<sup>6</sup>

<sup>6</sup> พิเศษ สอดเย็น, ธงทอง จันทรางศุ, ปรัชญากฎหมาย : ความรู้ทุกพา แปลจากเรื่อง Philosophy of Law: A Very Short Introduction, โดย Raymond Wacks, สำนักพิมพ์ โอเพ็นเวิร์ลด์ มีนาคม 2558 หน้า 23

เมื่อบ้านเมืองเกิดความวุ่นวายขึ้น รัฐบาลไม่มีทางเลือกจึงได้ลาออกแต่ก็ยังคงเป็นรัฐบาลรักษาการ จนกระทั่งความวุ่นวายเริ่มรุนแรงขึ้นและเกิดเหตุร้ายขึ้นหลายครั้ง จนรัฐบาลรักษาการไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ แต่ก็ไม่ยอมสละตำแหน่ง ในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ประกาศรัฐประหารเพื่อให้รัฐบาลรักษาการของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร หมุดอำนาจ

หลังจากได้รัฐประหารแล้ว ได้มีการจัดตั้งรัฐบาลชุดใหม่ขึ้นบริหารประเทศ และรัฐบาลที่มาจากการรัฐประหารก็พยายามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น ท่ามกลางกระแสความวุ่นวายที่ยังไม่มอดสนิท หวังว่ารัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขปัญหาได้ แต่หากศึกษาจากบทเรียนที่เกิดขึ้นในอดีต แม้ว่าจะมีรัฐธรรมนูญจะตราขึ้นด้วยบทบัญญัติที่ดีเพียงใด แต่ก็ไม่สามารถจะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นของประเทศได้ หากประชาชนของประเทศไม่ให้ความร่วมมือประเทศจะไม่สามารถพัฒนาและปกครองไปตามหลักนิติธรรมได้ เพราะประชาชนเป็นตัวการสำคัญที่ทำให้มีการละเมิดหลักนิติธรรม โดยเฉพาะการฉ้อราษฎร์บังหลวงในทุกกระดับ ทุกวงการ ว่าจะจะเป็นวงการราชการหรือวงการทางการเมืองที่คนส่วนใหญ่จะมองเพียงว่าข้าราชการหรือนักการเมืองที่เป็นตัวต้นปัญหาในการทำให้เกิดการทุจริต ฉ้อราษฎร์บังหลวง โดยคนส่วนใหญ่ลืมไปว่าตัวการสำคัญที่แท้จริงคือประชาชนนั่นเอง ปัญหานี้ได้ฝังรากลึกเกาะกินประเทศไทยมาโดยตลอดเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เนื่องจากในทุกยุคทุกสมัยมุ่งพัฒนากิจการด้านอื่นๆ ของประเทศ แต่กลับไม่ให้ความสำคัญจัดให้มีการพัฒนาประชาชนและให้การศึกษาที่ดีแก่ประชาชน ทำให้ประชาชนขาดความรู้ขาดความเข้าใจในหลักการปกครอง หรือความเสมอภาคเท่าเทียมกันที่แท้จริง ประชาชนคนไทยมักไม่ให้ความสำคัญต่อกฎระเบียบและกฎหมายของบ้านเมือง คิดจะทำอะไรก็ไม่คำนึงถึงบุคคลรอบข้าง จึงทำให้ผู้บริหารประเทศที่มีจิตใจไม่บริสุทธิ์ที่ฉวยโอกาสเข้ามาบริหารบ้านเมือง แล้วทุจริตคอร์รัปชันประเทศชาติ จนประเทศไทยไม่ได้มีการพัฒนาให้มีความก้าวหน้าเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่เริ่มพัฒนามาพร้อมๆ กัน การที่นำเอามาตรการด้านกฎหมายมาใช้กับประชาชนในประเทศเพียงอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอ การแก้ไขปัญหาของประเทศ จะต้องแก้ไขปัญหามาตั้งแต่ต้นเหตุอย่างมีระเบียบแบบแผน ทั้งในด้านจิตใจของประชาชนเพื่อส่งเสริมมาตรการทางกฎหมายให้มีประสิทธิภาพเพียงที่จะพัฒนาประเทศชาติได้ ในการพัฒนาประชากรของประเทศ จะต้องเริ่มจากการพัฒนาและให้ความรู้แก่เยาวชนที่มีอายุน้อย รวมทั้งปลูกฝังจิตสำนึกของเยาวชนให้รู้จักผิดชอบชั่วดี เมื่อโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ก็จะเป็นพลเมืองที่ดีของชาติได้ แม้การพัฒนานั้นจะต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนาน และใช้ความอดทน อดกลั้นของทุกฝ่าย ภาครัฐจะต้องส่งเสริมโดยการจัดแผนพัฒนาให้มีประสิทธิภาพในการให้ความรู้แก่ประชาชนอย่างจริงจัง และขยายพันธกิจขององค์กรที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบให้มีเครือข่ายครอบคลุมทั่วประเทศ แม้ในการดำเนินการดังกล่าวจะต้องประสบกับปัญหามากมายประการและใช้ระยะเวลาในการดำเนินการ แต่ก็ถือว่าเป็นคุ้มค่ากับการพัฒนาของประเทศชาติในอนาคต แต่อย่างไรก็ตาม ก็ต้องพัฒนาให้

การศึกษาแก่ประชาชนที่เป็นผู้ใหญ่ควบคู่ไปด้วย เพื่อให้ประชาชนจะได้มีความรู้ มีจิตสำนึกในการรักประเทศชาติไปด้วยเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะขอลำถึงแนวทางการพัฒนาการศึกษาไว้พอสังเขป ดังนี้-

### แนวทางการแก้ไขปัญหา

#### 1. พัฒนาให้ประชาชนมีความรู้ในระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมที่แท้จริง

เนื่องจากระบบการศึกษาของเยาวชนไทยทุกวันนี้ แม้จะมีการพัฒนาทางการศึกษา ในวิทยาการต่างๆ ให้ไม่น้อยหน้าไปกว่าประเทศอื่นๆ แต่กลับไม่ได้บรรลุหลักสูตรความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับหลักนิติธรรม ที่เป็นหลักการและเป็นพื้นฐานในการปกครองเพื่อให้ประเทศมีความความสงบสุขและมีความเจริญก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาประเทศ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องบรรลุหลักสูตรหลักการพื้นฐานในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พร้อมทั้งต้องปลูกจิตสำนึกให้เยาวชนรักประเทศชาติ รักประชาธิปไตย เคารพสิทธิของบุคคลอื่นๆ เคารพกฎระเบียบและกฎหมาย จะทำให้เยาวชนมีระเบียบวินัย เคารพสิทธิของผู้อื่น เคารพกฎหมายของบ้านเมือง ความวุ่นวายของประเทศชาติก็จะลดน้อยลง นอกจากการให้ความรู้ทางทฤษฎีแล้วก็มีความจำเป็นที่ให้เยาวชนได้ปฏิบัติควบคู่กันไป และต้องวางไว้เป็นหลักสูตรการศึกษาที่ต่อเนื่องทั้งทฤษฎีและปฏิบัติ ในระบบการศึกษานี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะได้กำหนดให้รัฐบาลกำหนดนโยบายพื้นฐานเกี่ยวกับการศึกษาไว้ใน หมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ ส่วนที่ 4 แนวนโยบายด้านศาสนา สังคม การสาธารณสุข การศึกษาและวัฒนธรรม ซึ่งเป็นนิมิตหมายอันดีที่จะให้รัฐมีการบริหารราชการแผ่นดินอย่างมีประสิทธิภาพและหวังผลได้ แต่ที่ผ่านมารัฐบาลก็ไม่นำพาการศึกษาของเยาวชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มากนัก

#### 2. การปลูกฝังและปลูกจิตสำนึกให้ประชาชนอยู่ในศีลธรรมอันดีงาม

ปัจจุบันสังคมไทยได้มีความเสื่อมโทรมทางจิตใจและศีลธรรมที่ดิ่งงาม ผู้คนไม่เกรงกลัวต่อบาป ไม่เชื่อในกฎแห่งกรรม ทั้งที่ประชากรของประเทศไทยส่วนใหญ่จะนับถือศาสนาพุทธ แต่กลับไม่ได้มีการอบรมบ่มนิสัยให้เยาวชนและประชาชนทั่วไปเชื่อมั่นและปฏิบัติตนให้เป็นไปตามคำสอนในพุทธศาสนาและไม่เชื่อว่ากฎแห่งกรรมมีอยู่จริง จึงประพடுத்தตัวไม่เกรงกลัวต่อบาป ทั้งที่กฎแห่งกรรมนั้นมิใช่เรื่องเพียงแต่จะส่งผลทันตาหรือไม่เท่านั้น ดังเช่น การทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวง เมื่อได้เงินมาจากการทุจริตนั้นจนร่ำรวย แต่ภายหลังเรื่องที่ทุจริตนั้นถูกเปิดเผยขึ้นให้ปรากฏก็จะถูกจับกุมติดคุกติดตาราง เงินทองที่ได้มาจากการทุจริตก็จะถูกยึดคืนกลับไปเป็นของรัฐ ชีวิตต้องไปอยู่ในคุกในตาราง ไม่มีโอกาสใช้เงินรื้อนั้นอีกเลย ดังนั้น หากมีการปลูกฝังให้เยาวชนและประชาชนได้ตระหนักรู้และเกรงกลัวต่อบาป รู้จักผิดชอบชั่วดี มีความคิดสอดคล้องกับหลักศาสนาที่ว่า ทำดียอมได้ดี ทำชั่วยอมได้ชั่ว ผลแห่งกรรมย่อมตอบสนองต่อสิ่งที่กระทำไม่ช้าก็เร็ว เมื่อเยาวชนเติบโตขึ้นหรือประชาชนทั่วไป

จะได้ประพาดิตนอยู่ในศีลธรรมอันดีงาม ไม่ประพาดิตนที่ก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมและประเทศชาติ บ้านเมือง

### 3. การปลูกฝังและปลูกจิตสำนึกสาธารณะ (Public conscience)

จากทัศนคติของประชาชนที่ไม่ให้นำพาต่อปัญหาของสังคมและปัญหาของประเทศชาติ ด้วยความคิดที่ว่าไม่ใช่เรื่องของฉัน ทำมาหากินจะดีกว่า จึงทำให้ปัญหาการฉ้อราษฎร์บังหลวงและปัญหาต่างๆ ของสังคมและประเทศชาติไม่ได้รับความร่วมมือจากประชาชน จึงจำเป็นต้องปลูกฝังจิตสำนึกสาธารณะในเยาวชนและประชาชนทั่วไปไปพร้อมๆ กัน เพื่อกระตุ้นบรรณาให้เยาวชนและประชาชนทั่วไปเข้ามามีส่วนร่วมในการรับผิดชอบต่อประเทศชาติมากขึ้น โดยรู้จักการเสียสละเพื่อส่วนรวม คอยสอดส่องดูแลไม่ให้มีการทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวงและต้องไม่ทำตัวเป็นตัวการในการกระทำความผิดเสียเอง และให้ประชาชนได้รับรู้ว่า หากประเทศชาติได้มีการพัฒนาให้เศรษฐกิจมีความมั่นคงมั่งคั่ง ตัวประชาชนก็จะมีความสุขความสบายตามไปด้วย และต้องกระตุ้นให้ประชาชนประพาดิตนตามหลักธรรมที่ว่า ความสุขที่แท้จริงคือการให้และการให้เพื่อชาติย่อมเป็นการให้ที่ยิ่งใหญ่

### 4. ต้องปลูกจิตสำนึกในการรับฟังคำโฆษณาชวนเชื่อ

อดีตที่ผ่านมา ปัญหาของประเทศส่วนหนึ่งเกิดจากการโฆษณาชวนเชื่อของฝ่ายการเมือง บางพรรคการเมืองที่มีทั้งทางโทรทัศน์ผ่านดาวเทียม สถานีวิทยุชุมชนที่มีทั่วประเทศแต่ปราศจากการควบคุมการออกอากาศให้เป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักวิชาชีพและการปราศรัยในที่ชุมนุมจนทำให้ผู้ฟังเสพโดยการรับฟังจนหลงเชื่อและคิดว่าเป็นความจริงดังที่บุคคลของฝ่ายการเมืองนั้นกล่าวอ้าง ทั้งที่ความจริงไม่ได้เป็นอย่างที่พูด ซึ่งบางครั้งการไปรับฟังการปราศรัยในที่ชุมนุมได้มีการแจกเงินแจกทอง ทำให้ผู้ไปรับฟังการปราศรัยเป็นหนี้บุญคุณผู้ให้ที่เป็นฝ่ายการเมือง จึงตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองนั้นไปโดยไม่รู้ตัวและยอมตนเป็นพวก ทั้งที่เงินที่นำมาแจกจ่ายเป็นเงินที่ได้มาจากการทุจริตคอร์รัปชั่น หากประชาชนพินิจพิเคราะห์อย่างมีเหตุมีผลก็จะพบความจริงว่า ผู้พูดได้นำเอาเรื่องหลายเรื่องมาตัดต่อให้กลายเป็นเรื่องเดียว และฝ่ายตนเองที่เป็นผู้กระทำความผิดกลับเป็นผู้ที่กระทำถูกต้อง แต่ถูกกลั่นแกล้งโดยกฎหมาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจริง ฝ่ายผู้พูดที่เคยเป็นเสียงข้างมากในรัฐสภาไม่แก้ไขกฎหมายฉบับนั้นไป

ดังนั้น ควรรณรงค์ให้ประชาชนเข้าใจถึงเล่ห์กลอุบายของบุคคลในฝ่ายการเมืองเหล่านี้ว่ามีประวัติความเป็นมาอย่างไร เคยมีพฤติกรรมเยี่ยงไร นำไ้วางใจหรือไม่ เพียงใด หากบุคคลใดมีพฤติกรรมไม่นำไ้วางใจ ก็ไม่ต้องสนับสนุนให้เข้าไปบริหารประเทศหรือบริหารส่วนท้องถิ่น และต้องตรวจสอบผู้บริหารประเทศหรือผู้บริหารส่วนท้องถิ่นว่ามีการทุจริตประพาดิตนมิชอบหรือไม่ หากบุคคลของฝ่ายการเมืองมีการทุจริตประพาดิตนมิชอบหาทางให้เขาพ้นไปจากตำแหน่งตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ พร้อมทั้งเป็นกระบอกเสียงในการต่อต้านไม่ให้บุคคลเหล่านั้นกลับมารับตำแหน่งอีกครั้ง

## บทสรุป

จากบทเรียนของประเทศไทยที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่าประเทศไทยต้องประสบกับความล้มเหลวในหลักนิติธรรม ไม่ว่าจะในระดับผู้นำของประเทศหรือประชาชนทั่วไป ได้ละเมิดต่อหลักนิติธรรม จึงทำให้เกิดเหตุการณ์วุ่นวายขึ้นในประเทศ จึงทำให้หลายฝ่ายเริ่มมองเห็นความสำคัญของหลักนิติธรรม ว่าสามารถแก้ไขปัญหาของประเทศได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประชาชนทั่วไปยังไม่ได้เข้าถึงหลักนิติธรรม จึงสมควรให้ประชาชนได้ศึกษา รับรู้เข้าใจในหลักนิติธรรมกันอย่างจริงจังและกว้างขวางขึ้น จึงจำเป็นต้องผลักดันให้ภาครัฐนำเรื่องหลักนิติธรรมให้เป็นวาระแห่งชาติ เพื่อเผยแพร่ให้ความรู้แก่ประชาชนทั่วประเทศทั้งทฤษฎีและภาคปฏิบัติ เพื่อสร้างจิตสำนึกให้ประชาชนร่วมกันในการพัฒนาประเทศโดยอาศัยหลักนิติธรรม ให้เจริญก้าวหน้าทัดเทียมนานาอารยประเทศ



## บรรณานุกรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, สำนักพิมพ์รามคำแหง พ.ศ.2552

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ ดร., หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, วารสารจลนิตี ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-กุมภาพันธ์ 2555 กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

พญาลิไท พระมหากษัตริย์แห่งราชวงศ์สุโขทัย, สมุดภาพไตรภูมิพระร่วง, สำนักพิมพ์ธรรมสภา สถาบันบันลือธรรม

ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, หลักนิติธรรม, ยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2554 เอกซัยการพิมพ์และสติเกอร์.

พิเศษ สอาดเย็น, ธงทอง จันทรางศุ, ปรัชญากฎหมาย : ความรู้พกพา แปลจากเรื่อง Philosophy of Law: A Very Short Introduction, โดย Raymond Wacks, สำนักพิมพ์ โอเพ่นเวิร์ลด์ มีนาคม 2558

# หลักนิติธรรมกับความเสมอภาคทางการศึกษา

ฉัตรสุดา จันทร์ดียิ่ง\*

## 1. บทนำ

หลักนิติธรรม ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญแห่งกฎหมาย หมายถึงการปกครองโดยกฎหมายจะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมจึงมีความสำคัญและความจำเป็นอย่างยิ่งเป็นหลักการพื้นฐานอันจะนำมาซึ่งความสงบสุขของสังคมไทย นับเป็นหน้าที่ของคนในสังคมต้องตระหนักและยึดหลักนิติธรรมในการดำเนินการในด้านต่างๆ เช่นเดียวกับหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ การรับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ ซึ่งบุคคลย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อย่างเท่าเทียมกันโดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ อาทิเช่น เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น เมื่อเราพูดถึงเรื่องความเสมอภาคนั้น จะเห็นได้ว่าความเสมอภาคทางการศึกษา ก็ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของความเสมอภาคในโอกาสของชีวิต ที่จะสร้างหรือยกระดับมาตรฐานคุณภาพชีวิตของบุคคลให้ดีขึ้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามโครงสร้างสังคมไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันในเรื่องของความเสมอภาค โดยสังคมของเรามีการจำแนกคนออกเป็นสองกลุ่มอย่างเห็นได้ชัด คือ กลุ่มคนที่มีโอกาส และกลุ่มคนที่ขาดโอกาส สังคมลักษณะนี้ ประตุมักเปิดกว้างเสมอสำหรับคนที่มีโอกาส มีเส้นสายทางสังคมและมีฐานะทางการเงินดี คนกลุ่มนี้มักจะได้รับโอกาสดีๆ ในชีวิต มีหน้าที่การงานดี มีรายได้สูง ในขณะที่กลุ่มคนที่ขาดโอกาส ชีวิตมักต้องทำงานหนัก โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้ใช้แรงงานหรือเป็นลูกจ้างที่ไม่ค่อยมีโอกาสเติบโตในองค์กรมากนัก และแน่นอนรายได้ของพวกเขาไม่เพียงพอ แม้ว่าทำงานหนักสักเพียงใดซึ่งในโลกแห่งความเป็นจริง การจะหยิบยื่นโอกาสที่เท่าเทียมหรือความเสมอภาคกันในทุกๆ ด้านให้แก่ประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก แต่เราก็สามารถลดช่องว่างดังกล่าวได้โดยการเริ่มต้นที่เรื่องของการศึกษา

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ต้องการชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของเรื่องความเสมอภาคทางการศึกษา โดยการนำหลักนิติธรรม หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายเข้ามาใช้เป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อใช้ในการลดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษา เพราะความไม่เสมอภาคกันในเรื่องโอกาส

\* กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ต่างๆ ในชีวิตเป็นอุปสรรคสำคัญในการยกระดับมาตรฐานชีวิตทั้งในระดับบุคคลและครอบครัว ตลอดจนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของชุมชนและประเทศนั้นๆ อีกด้วย ดังนั้น การแก้ปัญหา ควรเริ่มต้นที่ความเสมอภาคด้านการศึกษา เราควรที่จะกระตุ้นให้ทุกๆ ฝ่ายในสังคมช่วยกันสร้างความเท่าเทียมและความเสมอภาคกันในการศึกษาโดยนำหลักนิติธรรมมาใช้ปฏิบัติอย่างเอาใจจริงเอาใจหึงมิเช่นนั้น การจะส่งเสริมให้ประชาชนของเรามีโอกาสที่เท่าเทียมกันในด้านอื่นๆ ก็คงเป็นไปได้ยาก

## 2. หลักนิติธรรม

แนวความคิดเรื่อง หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW) เริ่มเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (MAGNA CARTA) ค.ศ. 1215 อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก โดย ศาสตราจารย์ เอ.วี.ไดซี่ (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ดที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งของอังกฤษในปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียมหาราชินีนาถ ไดซี่ได้ให้ความหมายของ THE RULE OF LAW ไว้อย่างกระชับชัดเจน โดยกล่าวว่า “THE RULE OF LAW” มีความสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>1</sup>

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ และ

ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมายหากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่าง ๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ความหมายทั้ง 3 ประการของ “THE RULE OF LAW” ตามที่ไดซี่ให้อธิบายไว้ได้รับการสนับสนุนและวิพากษ์วิจารณ์ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

<sup>1</sup> วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2555 หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW) โดย ศาสตราจารย์พิเศษ ธานินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี

## 2.1 ความหมายของหลักนิติธรรม

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 นิยามคำว่า “นิติธรรม”<sup>2</sup> หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายหลักนิติธรรมที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งกฎหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมซึ่งยึดถือเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หลักนิติธรรมคือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงและอยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup> ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นเสาหลักที่ใช้ค้ำยันหรือกำกับไม่ให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมใดๆ กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือแม้แต่ศาลสถิตยุติธรรมไม่ให้มีการใช้อำนาจและดุลพินิจตามอำเภอใจ

ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้นิยามหลักนิติธรรมว่า<sup>4</sup> “หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อผิดพลาดใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม” ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายเพื่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยจำกัดการใช้อำนาจรัฐของรัฐสภา รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรภาคีรัฐดังกล่าว นั้น มิให้ใช้อำนาจอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สิทธิโชค ศรีเจริญ<sup>5</sup> ได้อธิบายว่า “หลักนิติธรรม” ในบริบทสังคมไทยนั้น ไม่ใช่ “หลักกฎหมาย” แต่เป็นหลัก “ความเป็นธรรมของกฎหมาย” เป็นจิตวิญญาณของกฎหมาย ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายไม่ใช่ความเป็นธรรมเสมอไป แต่กฎหมายที่เป็นธรรมล้วนมีหลักความเป็นธรรมอยู่ในกฎหมายนั้นเสมอ กฎหมายที่เป็นธรรมนั้น

<sup>2</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554

<sup>3</sup> รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดย ดร.สุรพล ศรีวิทยา และคณะ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต พิมพ์ปี 2558 (เสนอ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ)

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>5</sup> วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2555 หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW) โดย ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี

ย่อมมีพื้นฐานมาจากความเป็นธรรมตามหลักศาสนาบ้าง ความชอบธรรมในจารีตประเพณีที่ปฏิบัติร่วมกันมาเพื่อความสงบสุขของสังคมบ้าง การเคารพสิทธิและหน้าที่ของผู้อื่น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการปกป้องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เพื่อให้เกิดความถูกต้องเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย อันเป็นหลักพื้นฐานของการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และเป็นอุดมการณ์สูงสุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข

หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ เป็นหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองบ้านเมืองที่สืบของไทยมาตั้งแต่สมัยโบราณ มุ่งเน้นการปกครองบ้านเมืองเพื่อให้เกิดความสงบสุขของประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งน่าจะเปรียบได้กับหลักทศพิธราชธรรมของพระมหากษัตริย์ในการปกครองพสกนิกรของพระองค์ด้วยความถูกต้องชอบธรรม ในปัจจุบันการปกครองประเทศเป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติให้กลไกในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจปกครองประเทศตั้งแต่อำนาจสูงสุด คือ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ลงมาถึงองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ และท้ายที่สุดคือ หน่วยงานของรัฐในระดับต่างๆ ทั่วประเทศ ซึ่งนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายอยู่แล้ว การปฏิบัติหน้าที่ราชการเหล่านั้นยังต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม คือ หลักความเป็นธรรมของกฎหมายอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิให้ถูกล่วงละเมิดโดยไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม เพื่อสร้างสังคมที่ทุกคนอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุขนั่นเอง

หลักนิติธรรม หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม” โดยอาจจำแนกได้เป็น 2 ประการ<sup>6</sup> คือ

### 1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ

หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ”

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ได้แก่

1. หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ
2. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป

<sup>6</sup> หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม โดยคณะอนุกรรมการวิชาการ ว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ

3. กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ
4. กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ
5. ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี
6. เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ
7. กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

## 2) หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง

หลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมอย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

**สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่**

1. กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน
2. กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง
3. กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล
4. กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม
5. กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน
6. กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม
7. กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้
8. กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบบุคคล
9. กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด
10. กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ และเคารพกฎหมาย
11. กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยโปร่งใส และตรวจสอบได้
12. กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์
13. กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า ด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม

14. กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก
15. นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่
16. นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์ สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

## 2.2 คุณค่าของหลักนิติธรรมที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสังคมไทย

หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมุ่งหวังให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปเพื่อให้สังคมไทยเป็นสังคมแห่งความเป็นธรรม อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข

หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญที่มีความหมายสำหรับสังคมไทยและสังคมโลก เพราะหลักนิติธรรมทำให้เกิดการสร้างหลักเกณฑ์ที่จะควบคุมการใช้อำนาจรัฐมิให้กระทบกระทั่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่ชอบ การกระทำของรัฐจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่เหมาะสม และได้สัดส่วนโดยมีกฎหมายเป็นใหญ่ มิใช่บุคคลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยกฎหมายนั้นต้องมีความเป็นธรรม การกระทำของรัฐต้องมีความเป็นธรรม และรัฐต้องดำเนินการด้วยวิธีการที่ชอบธรรม<sup>7</sup>

คุณค่าของหลักนิติธรรมคือหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่บุคคลในสังคม ซึ่งมีใช่แค่เรื่องกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมเมื่อเกิดเป็นคดีความขึ้นเท่านั้น แต่หลักนิติธรรมยังเป็นหลักประกันความเป็นธรรม ความชอบธรรม และความเสมอภาคในด้านเศรษฐกิจการค้า และในด้านสังคมของบุคคลในภาพกว้างด้วย

โดยเหตุที่เรื่องหลักนิติธรรม<sup>8</sup> ครอบคลุมถึงเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคที่ทุกฝ่ายอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน มีการเคารพถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างโปร่งใสและเป็นธรรม ดังนั้นหลักนิติธรรมจึงสอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย การที่ประเทศจะเป็นประชาธิปไตยต้องเคารพในหลักนิติธรรม เพราะจะทำให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย ภายใต้กฎหมายที่เท่าเทียมไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือการละเมิดกฎหมายเพราะทุกฝ่ายจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายเดียวกัน ด้วยเหตุนี้การคอร์รัปชันจึงเกิดขึ้นได้ยากในสังคมที่กฎหมายเป็นกฎหมายไม่ละเว้นกลุ่มคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด

<sup>7</sup> หนังสือชุด โครงการเวทีความคิด เพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย (Thai Criminal Justice Reform Forum) ลำดับที่ 2 นิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้ : คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2554

<sup>8</sup> <https://www.gotoknow.org/posts/552972> หลักนิติธรรม (Rule of Law) กับการพัฒนาอย่างยั่งยืน

หลักนิติธรรมยังนำไปสู่ความเชื่อมั่นและความเชื่อถือในรัฐ เพราะรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายจะอยู่เหนือกฎหมายไม่ได้ เมื่อรัฐเคารพกฎหมาย ความเชื่อถือ ไว้วางใจของประชาชนก็จะตามมา ทำให้การบริหารงานใดๆ จากรัฐจะได้รับความร่วมมือ และการมีส่วนร่วมจากประชาชน

นอกจากนี้ หลักนิติธรรม ยังนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในโอกาสการเข้าถึงทรัพยากรต่างๆ ในประเทศหรือของโลก การใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่ทำลายสิ่งแวดล้อมที่ชุมชนหรือทุกฝ่ายมีความเท่าเทียมกันในการเข้าใช้ประโยชน์ ทั้งฝ่ายนายทุน และชาวบ้านมีโอกาสได้เข้าถึงและเข้าใช้ทรัพยากรได้เสมอกัน รับผิดชอบซึ่งกันและกัน การเข้าถึงการศึกษาหรือการเข้าถึงบริการสาธารณสุขต่างๆ ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและยุติธรรมของกลุ่มคนต่างๆ

สิ่งเหล่านี้คือพื้นฐานสำคัญ สำหรับการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ตลอดจนสิ่งแวดล้อม ซึ่งถือว่าการพัฒนาแบบยั่งยืน (Sustainable Development) เป็นการพัฒนาของคนในยุคนี้ที่คำนึงถึงลูกหลานและคนรุ่นต่อไป ให้ได้มีโอกาสใช้ทรัพยากรอย่างเท่าเทียมกัน และด้วยการมีหลักนิติธรรมเท่านั้นที่จะทำให้การพัฒนาเป็นไปอย่างยั่งยืนตลอดไป

### 3. ความเสมอภาคทางการศึกษา

ความเสมอภาคทางการศึกษา<sup>9</sup> คือการให้สิทธิและโอกาสในการรับการศึกษาแก่ทุกกลุ่มคนในสังคม โดยไม่ขึ้นกับความแตกต่างกันในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย สถานะบุคคลทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา ฯลฯ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 10 ได้กำหนดว่า “การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย”

ตามที่ได้มีการประชุมระดับโลกว่าด้วยการศึกษา<sup>10</sup> ระหว่างวันที่ 19 – 21 พฤษภาคม 2558 ณ เมืองอินซอน สาธารณรัฐเกาหลี ที่ผ่านมานั้น การประชุมดังกล่าวได้ให้ความสำคัญกับการศึกษาที่อยู่ในเป้าหมายที่ 4 “การศึกษาสำหรับทุกคนอย่างมีคุณภาพและเท่าเทียมกันและการส่งเสริมโอกาสทางการศึกษาตลอดชีวิตเพื่อปวงชน”

<sup>9</sup> [http://www.tobethai.org/autopage2/show\\_page.php?h=22&s\\_id=38&d\\_id=38](http://www.tobethai.org/autopage2/show_page.php?h=22&s_id=38&d_id=38) แนวคิดเรื่องความเสมอภาคทางการศึกษา โดย ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์ ผู้อำนวยการสถาบันอนาคตศึกษาเพื่อการพัฒนา สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ <http://www.ifd.or.th>

<sup>10</sup> <http://www.thaigov.go.th/index.php/th/news-ministry/2012-08-15-09-39-20/item/9240...> การประชุมระดับโลกว่าด้วยการศึกษา ณ เมืองอินซอน สาธารณรัฐเกาหลี



โดยที่ประชุมได้ให้การรับรองปฏิญญาอินซอนว่าด้วยการศึกษา ปี ค.ศ. 2030 ซึ่งมุ่งให้ทั่วโลกจัดการศึกษาโดยคำนึงถึงการให้การศึกษาแก่ทุกคน (inclusive) การพัฒนาคุณภาพการศึกษาให้เท่าเทียมกัน และการศึกษาตลอดชีวิต ซึ่งถือว่าความสำเร็จเกิดจากนโยบายและการวางแผนที่มีประสิทธิภาพ ด้วยความร่วมมือของทุกภาคส่วน นอกจากนี้ ในปฏิญญาดังกล่าวยังได้เรียกร้องให้รัฐบาลของแต่ละประเทศให้ความสำคัญในการจัดสรรงบประมาณให้ภาคการศึกษาให้มากขึ้นอีกด้วย

ดังนั้น ความเสมอภาคทางการศึกษา จึงถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของความเสมอภาคในโอกาสของชีวิต ที่จะสร้างหรือยกระดับมาตรฐานคุณภาพชีวิตของบุคคลให้ดีขึ้น แต่ถึงอย่างไรก็ตามโครงสร้างสังคมไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันในเรื่องของความเสมอภาค โดยสังคมของเรามีการจำแนกคนออกเป็นสองกลุ่มอย่างเห็นได้ชัด คือ กลุ่มคนที่มีโอกาส และกลุ่มคนที่ขาดโอกาสทางการศึกษา ดังนั้น การแก้ปัญหาควรเริ่มต้นที่ความเสมอภาคด้านการศึกษา เราควรที่จะกระตุ้นให้ทุก ๆ ฝ่ายในสังคมช่วยกันสร้างความเท่าเทียมและความเสมอภาคกันในการศึกษาอย่างเอาจริงเอาจัง

### 3.1 นิยามความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษา<sup>11</sup>

คำนิยามที่ 1 ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษา หมายถึง สภาวะการณ์ที่มีการให้หลักประกันแก่เด็กแต่ละคนได้ศึกษาเล่าเรียนตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่ง ตามความสามารถและสติปัญญา ของเด็กแต่ละคน

คำนิยามที่ 2 ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษา หมายถึง ปรากฏการณ์ที่เด็กทุกคนมีโอกาสได้รับบริการการศึกษาที่มีคุณภาพทัดเทียมกัน คำนิยามดังกล่าวนี้ให้ความสำคัญแก่ปัจจัยการผลิต (ซึ่งก็คือบริการการศึกษา) ยิ่งกว่าผลผลิต (ซึ่งก็คือนักเรียนนักศึกษา) การที่เด็กทุกคนได้มีโอกาสเข้าโรงเรียนนั้นยังไม่เป็นการเพียงพอ แต่จะต้องเป็นโรงเรียนหรือสถานศึกษาที่มีคุณภาพทัดเทียมกันด้วย ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษาจึงจะเกิดขึ้น

คำนิยามที่ 3 ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษา หมายถึง สภาวะการณ์ที่เด็กทุกคนมีโอกาสได้พัฒนาทักษะและความสามารถตามที่แต่ละคนมีอยู่โดยธรรมชาติและโดยการส่งเสริมให้ได้ดีที่ สุดและมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

คำนิยามที่ 4 ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษา หมายถึง สภาวะการณ์ที่เด็กทุกคนได้รับถ่ายทอดและพัฒนาทักษะและความรู้ขั้นพื้นฐาน อันจำเป็นแก่การอยู่รอดแห่งชีวิตและการอยู่ร่วมกันในสังคม จนกระทั่งทักษะและความรู้ขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้มีอยู่โดยทัดเทียมกันในตัวเด็ก ความเสมอภาคในโอกาสแห่งการศึกษามีได้หมายความว่าถึงสภาพการณ์ที่เด็กทุกคนได้รับการศึกษา

<sup>11</sup> การสัมมนาเรื่อง “ปฏิรูปอุดมศึกษา : ปัญหาความเสมอภาค” จัดโดยสภาคณาจารย์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศูนย์สารนิเทศ ระหว่างวันที่ 31 พฤษภาคม ถึงวันที่ 1 มิถุนายน 2518

ในปริมาณที่เท่ากัน เราจะต้องยอมรับว่า เด็กแต่ละคนมีสติปัญญาแตกต่างกันโดยกำเนิด สภาพแวดล้อมในครอบครัวและในสังคมของเด็ก ตลอดจนฐานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว ได้มีผลให้การพัฒนาสติปัญญาและความสามารถในด้านต่าง ๆ ของเด็กเป็นไปโดยไม่ทัดเทียมกันมากขึ้น การให้บริการการศึกษาจึงไม่ควรมุ่งจัดสรรให้ในปริมาณที่เท่าเทียมกัน แต่ควรมุ่งจัดสรรให้ในปริมาณที่แตกต่างกัน จนกระทั่งทุกคนมีทักษะและความรู้พื้นฐานทัดเทียมกัน

### 3.2 ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษา

สภาพปัญหาของเรื่อง ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาน่าจะมีที่มาจาก 2 สาเหตุหลัก ๆ ดังนี้

1) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคจากสภาพทางสังคมไทย ซึ่งพอจะขยายความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาค อันเกิดจากปัจจัยทางสังคมที่ส่งผลต่อความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาใน 3 ประเด็นหลักดังนี้<sup>12</sup>

1.1) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาจากฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจของครอบครัว ครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมดีสามารถสนับสนุนให้ลูกได้รับการศึกษาที่ดีได้มากกว่า ดังที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเด็กจากครอบครัวที่ยากจนทั้งในเขตชนบทและเขตเมืองมีโอกาที่จะได้รับการศึกษาในระดับที่ต่ำกว่า และมีคุณภาพที่ต่ำกว่าเด็กที่มาจากครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสังคมสูงกว่า นอกจากนั้นเด็กจากครอบครัวที่ยากจนยังมักจะต้องออกกลางคันไม่สามารถเรียนจนจบระดับการศึกษาขั้นพื้นฐานได้

1.2) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาจากภูมิฐานะ สภาพแวดล้อม และภูมิฐานะของเด็ก ส่งผลต่อความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาเป็นอย่างยิ่ง ประชากรวัยเด็กในเขตเมืองมีโอกาที่จะเข้าถึงการศึกษาได้ง่ายกว่า ทั้งด้านระยะทางและคุณภาพของโรงเรียน จากการวิจัยหลายเรื่อง สรุปได้ว่า เด็กในเขตกรุงเทพมหานครได้รับการศึกษาตามเกณฑ์สูงกว่าพื้นที่อื่น ๆ รองลงมาคือ เขตเมืองใหญ่ที่จะมีโอกาสได้รับการศึกษาสูงกว่าเด็กในเขตเมืองเล็กหรือในชนบท

นอกจากนั้นสภาพแวดล้อมของที่อยู่อาศัยจะส่งผลโดยตรงต่อความกระตือรือร้นในการศึกษา เด็กในเขตชุมชนแออัด หรืออยู่ในแหล่งที่มีปัจจัยย่ำแย่ เช่น สถานบันเทิง ยาเสพติด อาจหันเหจากการศึกษาได้โดยง่าย

<sup>12</sup> เอกสารบรรยาย “ยกเครื่องการศึกษาไทยเพื่อลดความเหลื่อมล้ำ” 23 กุมภาพันธ์ 2555 ณ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต หัวข้อ ความเหลื่อมล้ำทางการศึกษาไทย : ที่มาและทางออก โดย รองศาสตราจารย์ ดร. เปรื่อง กิจรัตน์ภร อธิการบดี มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร

1.3) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาจากสถานะและวัฒนธรรมในครอบครัว วัฒนธรรมและวิถีชีวิตของครอบครัวเป็นต้นทุนทางสังคมที่มีผลต่อการศึกษาของเด็ก ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว เด็กในครอบครัวที่มีทั้งพ่อและแม่จะมีโอกาสได้เรียนตามเกณฑ์มากกว่าเด็กจากครอบครัวที่ขาดพ่อแม่ หรือมีพ่อหรือแม่เพียงคนเดียว นอกจากนี้ความเชื่อ วัฒนธรรม การดำเนินชีวิตของพ่อและแม่จะมีผลต่อโอกาสทางการศึกษาของเด็ก ครอบครัวที่พ่อแม่มีการศึกษามักจะส่งเสริมและลงทุนทางการศึกษาให้ลูกมากกว่าครอบครัวที่พ่อแม่มีการศึกษาน้อย นอกจากนี้ยังมีแนวโน้มว่าพ่อแม่ที่มีประสบการณ์ทางการศึกษาเช่นใด มักส่งเสริมลูกให้ไปในทิศทางเดียวกัน

2) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคจากการจัดการศึกษา การบริหารจัดการศึกษา เป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อความเหลื่อมล้ำต่อการศึกษาโดยตรง ใน 3 ประเด็นดังนี้

2.1) การจัดสรรงบประมาณและกำลังคนทางการศึกษา สัดส่วนในการจัดงบประมาณทางการศึกษาเมื่อเปรียบเทียบกับงบประมาณโดยรวมของประเทศค่อนข้างสูง เช่น การกระจายโรงเรียนไปทั่วประเทศ ส่งเสริมให้มีสถานศึกษาระดับอุดมศึกษาในทุกภูมิภาค ส่งเสริมให้มีการจัดการศึกษาฟรี โดยมุ่งให้มีความเสมอภาค ทั้งถึงและเป็นธรรม อย่างไรก็ตามการจัดสรรงบประมาณยังไม่ทำให้เกิดความเสมอภาค โดยสถานศึกษาขนาดเล็กในเขตยากจนโดยเฉพาะในชนบทจะได้รับงบประมาณน้อยกว่ามีครูอาจารย์ตามวุฒิน้อยกว่า ทำให้มีผลสัมฤทธิ์ทางการเรียนต่ำกว่าสถานศึกษาขนาดกลางและขนาดใหญ่ในเขตเมืองใหญ่ โดยเฉพาะเขตกรุงเทพมหานคร ดังนั้น แม้เด็กไทยจะเข้าถึงการศึกษาได้มากขึ้น แต่ผลการเรียนที่เป็นดัชนีชี้วัดความสำเร็จกลับต่ำลง

2.2) การจัดสรรอัตราครูและบุคลากรทางการศึกษา ปัญหาการขาดแคลนครูในบางท้องที่ เช่น เขตชนบทห่างไกล และครูเกินจำนวนนักเรียนในบางท้องที่ เป็นปัญหาที่เผชิญกับการจัดการศึกษาเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เพราะครูเกษียณและลาออกก่อนเกษียณ แต่ได้รับการจัดสรรอัตราทดแทนไม่เป็นไปตามจำนวนที่หายไป อัตราครูที่ขาดแคลนมากได้แก่ ครูที่จบด้านวิทยาศาสตร์ คณิตศาสตร์ และภาษาอังกฤษ ทำให้โรงเรียนต้องใช้ครูที่จบไม่ตรงวุฒิทำการสอน โดยเฉพาะโรงเรียนเขตยากจนจะขาดครูทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ อันส่งผลต่อปัญหาความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาโดยตรง

2.3) ระบบการประเมินคุณภาพการศึกษา แม้การปฏิรูปการศึกษาจะมีระบบประกันคุณภาพการศึกษา และมีการตรวจประเมินคุณภาพทางการศึกษาโดยสำนักงานรับรองมาตรฐานและประเมินคุณภาพการศึกษา (สมศ.) แต่การตรวจประเมินยังเน้นที่ตัวเอกสาร หลักฐานมากกว่าการวัดเชิงคุณภาพตลอดจนการวัดสัมฤทธิ์ผลจากผู้เรียน ซึ่งจะเป็นดัชนีชี้วัดความสำเร็จของการจัดการศึกษา ดังนั้น โรงเรียนเกือบทั้งหมดจึงผ่านการประเมินคุณภาพโดย สมศ. ครูได้วิทยฐานะ แต่ผลการเรียนของนักเรียนกลับตกต่ำเห็นได้จากผลการสอบด้วยข้อสอบมาตรฐาน เช่น O-NET :

Ordinary National Education Test และ A-NET : Advance National Educational Test เป็นต้น นอกจากนั้นคณะผู้ประเมินคุณภาพควรมีมาตรฐานในระดับเดียวกัน เพื่อให้การประเมินน่าเชื่อถือและเป็นธรรม

### 3.3 การศึกษาที่เสมอภาค (Equity)<sup>13</sup>

3.1) ความเสมอภาคด้านคุณภาพการศึกษา (Quality) ซึ่งหมายถึงการที่เด็กในวัยเรียนได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพไม่แตกต่างกัน หรือใกล้เคียงกัน

3.2) ความเสมอภาคด้านโอกาสทางการศึกษา (Opportunity) ซึ่งหมายถึง การที่เด็กวัยเรียนได้มีโอกาสได้รับการศึกษาที่ไม่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็โอกาสในการได้รับการศึกษาในระดับที่สูงขึ้น หรือการได้รับการศึกษาที่ต่อเนื่องเท่าที่ตนเองต้องการและมีศักยภาพโดยไม่ถูกจำกัดจากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจสังคม ไม่ว่าจะเป็เงื่อนไขที่สังคมกำหนดขึ้นหรือเงื่อนไขที่เกิดจากกลไกการตลาด

3.3) ความเสมอภาคด้านการเข้าถึงการศึกษา (Accessibility) หมายถึง การที่เด็กวัยเรียนสามารถที่จะเข้าถึงและได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานได้ไม่แตกต่างกัน และมีทางเลือกสถานศึกษาและระบบการศึกษาตามความต้องการและศักยภาพโดยไม่ถูกจำกัดจากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจและสังคม ไม่ว่าจะเป็เงื่อนไขที่สังคมกำหนดขึ้นหรือเงื่อนไขจากกลไกตลาด

3.4) การชดเชยและสนับสนุนให้กับกลุ่มที่เสียเปรียบทางสังคม (Merit) หมายถึง การชดเชยและมีระบบสนับสนุนที่ให้ความช่วยเหลือให้กับเด็กวัยเรียนที่ต้องมีต้นทุน หรือค่าใช้จ่ายในด้านการศึกษาที่สูงกว่าเด็กกลุ่มอื่น และมีความยากลำบากในการเข้าถึงระบบการศึกษา

3.5) การตอบสนองความจำเป็นแก่กลุ่มเป้าหมาย (Need) หมายถึง การจัดสรรทรัพยากรหรือบริการด้านการศึกษาให้กับกลุ่มที่ขาดแคลนหรือมีความจำเป็นต้องได้รับทรัพยากรหรือบริการเหล่านั้นเพื่อให้ได้รับการศึกษาที่ไม่แตกต่างจากกลุ่มเป้าหมายกลุ่ม

<sup>13</sup> เอกสารวิชาการ สร้างเมืองยุติธรรมผ่านการจัดการศึกษา : สถาบันพระปกเกล้า มกราคม - เมษายน 2557 โดย รัชพร เลียงประเสริฐ

#### 4. บทสรุป

ความเสมอภาคทางการศึกษา คือการให้สิทธิและโอกาสในการรับการศึกษาแก่ทุกกลุ่มคนในสังคม โดยไม่ขึ้นกับความแตกต่างกันในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย สถานะบุคคลทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา ฯลฯ ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ในมาตรา 10 ได้กำหนดว่า “การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย” แต่ถึงอย่างไรก็ตามโครงสร้างสังคมไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันในเรื่องของความเสมอภาค ทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาที่มาจาก 2 สาเหตุ หลัก ๆ คือ

1) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาจากสภาพทางสังคมไทย ไม่ว่าจะเป็นฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจของครอบครัว สภาพแวดล้อมและภูมิสำเนา วัฒนธรรมและวิถีชีวิตของครอบครัว

2) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาจากการจัดการศึกษา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการจัดสรรงบประมาณและกำลังคนทางการศึกษา การจัดสรรอัตราครูและบุคลากรทางการศึกษา ปัญหาการขาดแคลนครูในบางท้องที่ รวมถึงระบบการประเมินคุณภาพการศึกษา

ซึ่งความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษา เป็นอุปสรรคสำคัญในการยกระดับมาตรฐานชีวิตทั้งในระดับบุคคล และครอบครัว ตลอดจนการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมของชุมชน และประเทศชาติด้วย

จากความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาดังกล่าว รัฐควรนำหลักนิติธรรมมาใช้บังคับในการบริหารจัดการศึกษา เนื่องจาก หลักนิติธรรมครอบคลุมถึงเรื่องการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคที่ทุกฝ่ายอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน มีการเคารพถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างโปร่งใสและเป็นธรรม หลักนิติธรรม ยังนำไปสู่ความเท่าเทียมกันในโอกาสการเข้าถึงทรัพยากรต่าง ๆ รวมไปถึงการเข้าถึงการศึกษา โดยต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคและยุติธรรมของกลุ่มคนต่าง ๆ การจัดการศึกษาจึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญของภาครัฐ

ดังนั้น เพื่อเป็นการลดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษา รัฐควรดำเนินการให้เด็กในวัยเรียนได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพไม่แตกต่างกัน หรือใกล้เคียงกัน มีความเสมอภาคด้านคุณภาพการศึกษา ความเสมอภาคด้านโอกาสทางการศึกษา ความเสมอภาคด้านการเข้าถึงการศึกษา รวมไปถึงการชดเชยและสนับสนุนให้กับเด็กหรือกลุ่มที่เสียเปรียบทางสังคม โดยการจัดสรรทรัพยากรหรือบริการด้านการศึกษาให้กับเด็กหรือกลุ่มที่ขาดแคลนหรือมีความจำเป็นต้องได้รับทรัพยากรหรือบริการเหล่านั้นเพื่อให้ได้รับการศึกษาที่ไม่แตกต่างกัน เพื่อเป็นการสรรสร้างและ

พัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีความรู้ความสามารถ ถ้ายทอดค่านิยมและวัฒนธรรมของสังคม ปลุกฝังคุณธรรมของบุคคลในชาติ เพื่อหล่อหลอมให้เป็นสมาชิกที่ดีของสังคมและเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาประเทศ

นอกจากนี้ การศึกษายังทำให้บุคคลมีศักยภาพที่จะพัฒนาตนเอง ยกกระต๊اب คุณภาพชีวิตฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจของตนเองได้ ดังนั้น ในอีกแง่หนึ่งการศึกษาจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการนำไปสู่ความยุติธรรมทางสังคม ความยุติธรรมด้านการศึกษา

สรุป เมื่อรัฐนำหลักนิติธรรมมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดการศึกษาดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ผู้เขียน เชื่อว่าจะสามารถลดความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางการศึกษาลงได้อย่างเห็นได้ชัดเจน และเป็นรูปธรรมขึ้นได้ในอนาคต

## บรรณานุกรม

- วารสารยุติธรรมคู่ขนาน ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2555 หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW) โดยศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554
- รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดย ดร.สุรพล ศรีวิทยา และคณะ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต พิมพ์ ปี 2558 (เสนอ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ)
- หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม โดยคณะอนุกรรมการวิชาการ ว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการ หนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ
- หนังสือชุด โครงการเวทีความคิด เพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมไทย (Thai Criminal Justice Reform Forum) ลำดับที่ 2 นิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้ : คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2554
- เว็บไซต์ <https://www.gotoknow.org/posts/552972> หลักนิติธรรม (Rule of Law) กับการพัฒนาอย่างยั่งยืน
- เว็บไซต์ [http://www.tobethai.org/autopage2/show\\_page.php?h=22&s\\_id=38&d\\_id=38](http://www.tobethai.org/autopage2/show_page.php?h=22&s_id=38&d_id=38) แนวคิดเรื่องความเสมอภาคทางการศึกษา โดย ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์ ผู้อำนวยการสถาบันอนาคตศึกษาเพื่อการพัฒนา สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ <http://www.ifd.or.th>
- เว็บไซต์ <http://www.thaigov.go.th/index.php/th/news-ministry/2012-08-15-09-39-20/item/9240...> การประชุมระดับโลกว่าด้วยการศึกษา ณ เมืองอินซอน สาธารณรัฐเกาหลี การสัมมนาเรื่อง “ปฏิรูปอุดมศึกษา : ปัญหาความเสมอภาค” จัดโดยสภาคณาจารย์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ณ ศูนย์สารนิเทศ ระหว่างวันที่ 31 พฤษภาคม ถึงวันที่ 1 มิถุนายน 2518
- เอกสารบรรยาย “ยกเครื่องการศึกษาไทยเพื่อลดความเหลื่อมล้ำ” 23 กุมภาพันธ์ 2555 ณ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต หัวข้อ ความเหลื่อมล้ำทางการศึกษาไทย : ที่มาและทางออก โดย รองศาสตราจารย์ ดร. เป็รื่อง กิจรัตน์ภร อธิการบดีมหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร 15
- เอกสารวิชาการ สร้างเมืองยุติธรรมผ่านการจัดการศึกษา : สถาบันพระปกเกล้า มกราคม - เมษายน 2557 โดยรัชพร เลี้ยงประเสริฐ

# ศาลยุติธรรมกับการบังคับใช้กฎหมายภายใต้หลักนิติธรรม

ธีระพงศ์ จิระภาค\*

## บทคัดย่อ

รายงานฉบับนี้กล่าวถึง หลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจะขัดหรือแย้งไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้โดยชัดแจ้ง หลักนิติธรรมที่ศาลยุติธรรมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาประกอบการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมแก่ประชาชนชาวไทย และรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมมี 6 ประการได้แก่ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ กฎหมายต้องบังคับเป็นการทั่วไป เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจได้ภายใต้การให้อำนาจโดยกฎหมาย และห้ามยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำในอนาคต และเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ควรมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางในการขออนุมัติงบประมาณของศาลยุติธรรม โดยการกำหนดแนวทางในการจัดสรรงบประมาณให้แก่ศาลยุติธรรมเป็นสัดส่วนที่แน่นอนจากจำนวนงบประมาณแผ่นดินในแต่ละปี โดยกำหนดอัตราขั้นต่ำไว้อย่างแน่นอน ควรกำหนดให้หน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมมีหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายที่มีอยู่เดิมและประกาศใช้ใหม่ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรมหรือไม่ และออกเป็นหนังสือเวียนแจ้งให้ผู้พิพากษาทุกท่านทราบเพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติเดียวกัน และศาลยุติธรรมชั้นต้นควรจัดให้การให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้บังคับใช้กฎหมายอื่นในเขตและจัดให้มีการประชุมร่วมกันเพื่อทราบถึงข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเสี่ยงต่อความขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม

**คำสำคัญ:** หลักนิติธรรม, ศาลยุติธรรม, ผู้พิพากษา

\* ประธานแผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



## Abstract

This report's main point is the Rule of Law. The Rule of Law is the basis of law universally. Acts and court procedure must not conflict with the Rule of Law. The Rule of Law was first written in the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E.2550 (2007 A.D.). The Court of Justice has to rely on six rules: freedom of a Judge, the Ex Post Facto Law, legal announcement to the public, general enforcement of law without discrimination, law enforcement by a government officer, and an exception of guilt for any future behavior. Concerning the freedom of a judge, the annual budget for the Court of Justice in the future should be approved as an accurate percentage of the total annual budget of Thailand but the annual money for the Court of Justice should not lower than an arbitrary fixed amount. An executive part of the Court of Justice should examine all Acts and give any suggestions relative to any conflict of any Acts to the Rule of Law. The Court of Justice should provide guidance to officers in enforcement of the law to avoid breaking the Rule of Law. Meetings between organizations to enforce the Law should be set up for the elimination of any conflict to the Rule of Law.

**KEY WORD:** RULE OF LAW/ COURT OF JUSTICE/ JUDGE

## บทนำ

อริสโตเติล (Aristotle) นักปรัชญาชาวกรีกกล่าวไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์สังคม” การอยู่ร่วมกันของปัจเจกชนทั้งหลายย่อมนำมาซึ่งประโยชน์และความขัดแย้งหลายประการ ความขัดแย้งดังกล่าวย่อมอาจนำมาซึ่งข้อพิพาทอันเป็นจุดเริ่มต้นของความไม่สงบเรียบร้อยของสังคม อันจะกระทบต่อประชาชนและความเจริญก้าวหน้าของรัฐนั้นๆ การกำหนดหลักเกณฑ์ของสังคมเพื่อป้องกันและระงับความขัดแย้งต่างของปัจเจกชนจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง หลักและกฎเกณฑ์อันเป็นที่ถือปฏิบัติในสังคมจะถูกบัญญัติไว้ในรูปของกฎหมาย ซึ่งผู้มีอำนาจในการตราและบังคับใช้กฎหมายก็คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ

รัฐ หมายถึง “ราษฎรที่รวบรวมอยู่ในอาณาเขตอันแน่นอนภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง”<sup>1</sup> กล่าวคือ รัฐประกอบด้วย ราษฎร อาณาเขต อำนาจอธิปไตย และรัฐบาล ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองได้แบ่งหลักการใช้อำนาจอธิปไตยไว้เป็นหลายประเภทตามแต่ละประเทศที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งนักปรัชญาของโลกหลายคนได้คิดค้นรูปแบบการปกครองขึ้น เพื่อสร้างสรรค์สังคมที่ทำให้มนุษย์อยู่ร่วมกันได้โดยสงบสุข จนได้ข้อสรุปว่าสังคมอันชอบธรรมที่ว่าจะเกิดขึ้นได้ต้องเป็นสังคมที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครอง (Rule by law) ใช้กฎหมายเป็นหลักในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ไม่ใช่สังคมที่มีบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลเป็นใหญ่ (Rule by men) เป็นผู้ใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุม ดังเช่นที่ Lord Acton นักประวัติศาสตร์ชาวอังกฤษที่ว่า “อำนาจมีแนวโน้มนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริต อำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริตอย่างเด็ดขาดแน่นอน” ดังนั้น เครื่องมือที่สำคัญในการจัดระเบียบการปกครองสังคมหรือรัฐก็คือกฎหมาย<sup>2</sup>

แม้กฎหมายจะเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและดำเนินการปกครองประเทศอย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่เมื่อมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น จึงเป็นไปได้ยากที่กฎหมายฉบับต่างๆ จะถูกตราขึ้นโดยปราศจากอคติและเอื้อประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลบางกลุ่ม อันอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคม การบัญญัติกฎหมายตามอำเภอใจย่อมไม่อาจลดความขัดแย้งของสังคมได้ แต่ในทางกลับกันยังจะเป็นปัจจัยที่สำคัญในการก่อให้เกิดความรู้สึกไม่เท่าเทียมกันของคนในสังคมและอาจก่อให้เกิดการก่อความไม่สงบของสังคมก็เป็นได้

การบัญญัติกฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการที่สำคัญที่เรียกว่า “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”

<sup>1</sup> หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538), หน้า 37

<sup>2</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน”, <http://www.westlaw.com> เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2556

## หลักนิติธรรม

“หลักนิติธรรม (Rule of Law)” เป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดในประเทศอังกฤษและถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ซึ่งหลักนิติธรรมมีลักษณะเป็นแนวคิดที่เป็นนามธรรมและมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ซึ่งนักปรัชญาและนักกฎหมาย ได้นิยามความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมไว้แตกต่างกันไป ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติธรรม หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม และหลักนิติธรรมนี้จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้”<sup>3</sup>

หลักนิติธรรมได้ถูกกล่าวอ้างในระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานโดยมิได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้โดยชัดแจ้ง ดังปรากฏในมาตรา 3 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” และมาตรา 78 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” บทบัญญัติดังกล่าวย่อมแสดงถึงการให้ความสำคัญต่อการตราและบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทย

## ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่บังคับใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามหลักการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งวางหลักว่ารัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยอิสระ แต่มีข้อจำกัดตามหลักแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภายใต้หลักสำคัญที่เรียกว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย (The Separation of Power)” ตามที่มองเตสกีเยอ (Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de Montesquieu) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ซึ่งอธิบายถึงความจำเป็นของการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยไว้ในหนังสือ “ว่าด้วยเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (De L’ Esprit des Lois)” ในปี ค.ศ. 1748 ว่า “ถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรที่ปกครององค์กร

<sup>3</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, <http://www.westlaw.com> เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2556

เดียวกันรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจปฏิบัติการไว้ในมือ เสรีภาพย่อมจะมีไม่ได้เลย ทั้งนี้เพราะเป็นที่เห็นกันว่ากษัตริย์หรือสภาจะสร้างกฎหมายที่ทารุณขึ้นและใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างทารุณได้”<sup>4</sup>

ศาลยุติธรรมของประเทศไทยในฐานะองค์กรของรัฐที่บังคับใช้อำนาจตุลาการจึงเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากการแทรกแซงขององค์กรที่บังคับใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อันเป็นหลักประกันที่สำคัญประการหนึ่งว่าจะไม่มีการตรากฎหมายและบังคับใช้กฎหมายตามความพอใจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ อันจะนำมาซึ่งความไม่พอใจของประชาชน แต่อย่างไรก็ดี การบังคับใช้กฎหมายของศาลยุติธรรมนั้นก็มีใช้จะสามารถกระทำได้โดยอิสระเสียทีเดียว หากจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมมาประกอบการบังคับใช้กฎหมายด้วย

หลักนิติธรรมในการบังคับใช้กฎหมายนั้น สามารถแยกพิจารณาเป็น 6 ประการได้แก่<sup>5</sup>

1. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
2. กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ
3. กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ
4. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
5. เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจได้ภายใต้การให้อำนาจโดยกฎหมาย
6. ห้ามยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำในอนาคต

### หลัก “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”

ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่หลักในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี หากคู่ความไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นย่อมสามารถใช้สิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นไปยังศาลชั้นอุทธรณ์ และมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นอุทธรณ์ไปยังศาลชั้นฎีกาได้ภายใต้หลักการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยในคดีบางประเภทอาจมีข้อยกเว้นได้ เช่น สิทธิในการอุทธรณ์ข้อกฎหมายโดยตรงต่อศาลฎีกาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 223 ทวิ แม้หลักการทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่ง (Judicial Review) ดังกล่าวจะเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่ประชาชนผู้มีอรรถคดีได้ก็ตาม แต่ความยุติธรรมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้หากอำนาจตุลาการ

<sup>4</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 20 – 24.

<sup>5</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, <http://www.westlaw.com> เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2556

ถูกแทรกแซงจากอำนาจภายนอก ดังคำกล่าวที่ว่า “การประสาทความยุติธรรมจะสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อศาลและผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ปราศจากอิทธิพลอันมิชอบไม่ว่าจะเป็นอิทธิพลจากภายนอกหรือจากการก้าวก่ายของบุคคลในวงการศาลหรือจากบุคคลอื่นใดก็ตาม ผู้พิพากษาจึงต้องถือเรื่องนี้เป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของศาลยุติธรรม” นอกจากสถาบันตุลาการจะต้องมีความเป็นอิสระแล้ว ผู้พิพากษาทุกคนจะต้องมีความเป็นอิสระด้วย<sup>6</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 197 โดยแบ่งแยกหลักความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการออกจากความเป็นอิสระของผู้พิพากษาคือ มาตรา 197 วรรคหนึ่ง บัญญัติรับรองหลักความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการไว้ว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” และในวรรคสองบัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” อีกด้วย

### หลัก “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ”

หลัก “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (Ex post facto law)” หมายความว่า “กฎหมายจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคต นับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายเป็นต้นไปเท่านั้น และกฎหมายจะไม่ใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันใช้บังคับแห่งกฎหมาย”<sup>7</sup> แต่อย่างไรก็ดี อาจมีการบัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ประกาศใช้กฎหมายได้ แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่นำไปใช้บังคับแก่กฎหมายที่บัญญัติบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางอาญา กล่าวคือจะบัญญัติกฎหมายย้อนหลังไปลงโทษแก่การกระทำซึ่งขณะกระทำนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติเป็นความผิดไม่ได้ ตามหลักประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้ขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งตรงกับหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen nulla poena sine lege หรือ No crime no punishment without law)”

<sup>6</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: 2552), หน้า 4 – 5

<sup>7</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ยงพลเทรดดิ้ง, 2542), หน้า 84

หลักที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษได้ถูกนำมาบังคับใช้ในประเทศไทยมาก่อน มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในปี 2499 โดยนำหลักกฎหมายนี้มาใช้กับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งปรากฏตาม **แนวคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489** โดยวินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เป็นข้อบัญญัติตัดอำนาจศาลที่จะตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจึงมีอำนาจตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ (แตกต่างจากในปัจจุบัน ซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ)

ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความหมายของกฎหมาย หากไม่ให้ศาลแปล ศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้

รัฐธรรมนูญฯ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม ประกาศและบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 ยกเลิกเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2489) มาตรา 14 มีข้อความรับรองถึงเสรีภาพของบุคคลในการต่างๆ ดังระบุไว้ นั้น มีความหมายรับรองถึงเสรีภาพในการกระทำด้วย

คำว่ามีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกายตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 14 นั้นมีความหมายว่า ไม่ให้ใครมาทำอะไรแก่เราและหมายถึงเราจะทำอะไรก็ได้ด้วย หากการนั้นอยู่ภายในบังคับของกฎหมาย

คำว่าภายในบังคับแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 14 นั้นหมายถึงว่าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ โดยตรงหรือโดยอ้อม และหมายถึงบทกฎหมายที่มีอยู่ในเวลานั้น **ไม่ใช่หมายถึงบทกฎหมายที่จะมีมาภายหลัง**

กฎหมายใดบัญญัติย้อนหลัง ลงโทษการกระทำ การเขียนการพูด ฯลฯ ที่แล้วมา ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 14 กฎหมายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ จะใช้บังคับไม่ได้

พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังนั้น ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 14 จึงเป็นโมฆะ ส่วนบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำหลังจากใช้พระราชบัญญัตินี้แล้ว เป็นอันใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

สภาผู้แทนราษฎรอาจออกกฎหมายย้อนหลังได้ต่อเมื่อกฎหมายที่ให้ย้อนหลังนั้น ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญฯ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณฯ

ศาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะชี้ขาดกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญฯว่าเป็นโมฆะตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 61 ได้

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตาม พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ อย่างเดียว เมื่อศาลเห็นว่า จะลงโทษตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ ไม่ได้แล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาว่า จำเลยจะมีความผิดตามกฎหมายอื่นหรือไม่”

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมีได้บัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่ได้มีการบัญญัติหลักประกันว่าคุณจะไม่ถูกลงโทษในกรณีที่กฎหมายที่ใช้ในขณะที่กระทำการดังกล่าวมิได้บัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังปรากฏตามมาตรา 39 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดไม่ได้” หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษจึงถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายสำคัญประการหนึ่งที่ศาลยุติธรรมต้องถือปฏิบัติเพื่อธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมภายใต้หลักนิติธรรม

### หลัก “กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ”

หลักที่ว่ากฎหมายต้องมีการประกาศให้ประชาชนรับทราบก่อนมีการใช้บังคับนั้นเป็นหลักกฎหมายที่ถือปฏิบัติสืบเนื่องจากหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ เพราะจะบังคับใช้กฎหมายแก่บุคคลใด บุคคลนั้นจะต้องรับทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตามกฎหมายให้ชัดแจ้งเสียก่อนเนื่องจากบุคคลจะอ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 64 ว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่าผู้กระทำไม่รู้จักกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” การประกาศใช้กฎหมายจึงถือเป็นหลักการที่สำคัญ

แนวทางการประกาศใช้กฎหมายของไทยจะมีการประกาศให้ประชาชนทั่วไปรับทราบในราชกิจจานุเบกษา (The Royal Thai Government Gazette) ซึ่งเป็นหนังสือของทางราชการที่ออกโดยสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อลงประกาศเกี่ยวกับกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ตลอดจนประกาศของกระทรวง และกรมต่างๆ ให้ประชาชนทราบอย่างเป็นทางการ

แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายที่ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วอาจไม่มีผลบังคับทันทีในวันที่ลงประกาศก็ได้ เช่น มีผลนับถัดจากวันที่ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือมีผลบังคับใช้หลังจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหลายวัน หรือมีผลบังคับใช้ในท้องที่ใดจะต้องมีการประกาศในพระราชกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง เป็นต้น

ศาลยุติธรรมจึงมีหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดมีผลใช้บังคับในขณะที่กระทำการอันถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดเกิดขึ้น เพื่อการบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรม

## หลัก “กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” และวรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

การบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะย่อมนำมาซึ่งความรู้สึกไม่เท่าเทียมกันของบุคคลผู้ที่ได้รับประโยชน์หรือโทษจากกฎหมายฉบับดังกล่าว อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมได้ อันเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรมในเรื่องของความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย

แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่การที่ศาลยุติธรรมจะวินิจฉัยข้อกฎหมายทั้งที่มีข้อสงสัยว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมในรูปแบบหนึ่ง ศาลยุติธรรมในฐานะที่พึงสุดท้ายของประชาชนจึงต้องพิจารณาถึงความมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยละเอียดรอบคอบ โดยศาลยุติธรรมมีอำนาจส่งบทกฎหมายดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความได้ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 221 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

หาก มีกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารตรากฎหมายใดเพื่อให้มีผลบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลในฐานะองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบในเบื้องต้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใด ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่คู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ศาลยุติธรรมย่อมมีหน้าที่ในการส่งเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากยอมรับหรือบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการขัดกับหลักนิติธรรม



## หลัก “เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจได้ภายใต้การให้อำนาจโดยกฎหมาย”

คำว่า “สิทธิ” หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้”<sup>8</sup> สิทธิดังกล่าวย่อมนำมาซึ่งอำนาจของเจ้าของสิทธิ เช่น เจ้าของที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งย่อมมีสิทธิหวงกันมิให้บุคคลอื่นเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินแปลงดังกล่าว เป็นต้น อันนำมาซึ่งหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องไม่ล่วงละเมิดสิทธิของเจ้าของสิทธิที่กฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าสิทธิเกิดขึ้นตามกฎหมาย ดังนั้น การจำกัดสิทธิของบุคคลย่อมต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติเช่นกัน

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” หมายถึง “ความสามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนา โดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา ความมีสิทธิที่จะทำจะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น”<sup>9</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ในหมวด 3 โดยมีหลักสำคัญว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นย่อมเกิดขึ้นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย และโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงตามกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องไม่ถูกใช้ให้กระทบหรือล่วงสิทธิของบุคคลอื่นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 ว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” รวมถึงยังปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่งว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

<sup>8</sup> หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 226

<sup>9</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทนามมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์ จำกัด, 2546), หน้า 1217

หลักดังกล่าวเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่สำคัญประการหนึ่ง หลักนี้ใช้บังคับทั้งในทางแพ่งและทางอาญา ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

นอกจากนี้ปัจเจกชนยังได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมิให้ถูกล่วงละเมิดทั้งจากการกระทำของปัจเจกชนอื่นรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย หากสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนรายใดถูกล่วงละเมิดโดยปัจเจกชนรายอื่น ผู้กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวอาจฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนเจ้าหน้าที่รัฐนั้นจะกระทำการใดอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้เช่นกัน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจกระทำเช่นนั้นได้ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” และวรรคสี่ บัญญัติว่า “การค้นตัวบุคคลหรือกระทำการใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ” ทั้งปัจเจกชนยังสามารถใช้สิทธิโต้แย้งการกระทำดังกล่าวได้หากเห็นว่าเป็นการกระทำลงโดยไม่มีอำนาจตามที่บัญญัติในวรรคห้าว่า “ในกรณีที่มีการกระทำซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง ผู้เสียหาย พนักงานอัยการ หรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหาย มีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้สั่งระงับหรือเพิกถอนการกระทำเช่นนั้น รวมทั้งจะกำหนดวิธีการตามสมควรหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยก็ได้”

การจำกัดอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายนั้น นอกจากจะเป็นการคุ้มครองและปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว ยังเป็นการกำหนดบทบาทและหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐไว้โดยชัดแจ้ง เพื่อเป็นการลดข้อโต้แย้งว่าเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการตามหน้าที่หรือไม่ ทั้งยังเป็นการยืนยันหลักนิติธรรมที่ว่า กฎหมายที่บังคับใช้จะต้องมีการประกาศให้ชัดแจ้งอีกด้วย

ศาลในฐานะองค์กรหลักในการบังคับใช้กฎหมายย่อมมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน เช่น การรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนในการดำเนินคดีอาญาว่า พยานหลักฐานดังกล่าวได้มาจากการดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือไม่ การจับกุมและคุมขังบุคคลเป็นไปโดยชอบหรือไม่ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ให้สมกับหน้าที่หลักของศาลในการรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

## หลัก “ห้ามยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำในอนาคต”

การกระทำใดที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดทางอาญานั้นนอกจากจะกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนแล้ว ยังกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมอีกด้วย การบัญญัติกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบแก่การกระทำใดอันอาจเกิดขึ้นในอนาคตย่อมกระทำมิได้ เพราะเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมเช่นกัน

ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรซึ่งมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดถูกบัญญัติขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบในอนาคตหรือไม่ เพราะบุคคลจะต้องถูกบังคับโดยเสมอภาคภายใต้กฎหมาย จะบัญญัติกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ เพราะการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนั้นย่อมนำมาซึ่งความรู้สึกไม่เท่าเทียมกันของปัจเจกชนในสังคมนั้นๆ และอาจนำมาซึ่งความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้

## สรุปและข้อเสนอแนะ

หลักนิติธรรมซึ่งเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญ การบัญญัติกฎหมายจะฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมไม่ได้ ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายย่อมต้องมีหน้าที่หลักในการพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้ย้อนหลังไปเป็นโทษแก่บุคคลใดหรือไม่ กฎหมายฉบับใดมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบแล้วหรือไม่ กฎหมายฉบับใดถูกบัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะหรือไม่ และกฎหมายฉบับใดถูกบัญญัติขึ้นเพื่อยกเว้นการกระทำใดในอนาคตมิให้เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ หากตรวจสอบพบว่ากฎหมายฉบับใดมีลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลยุติธรรมย่อมต้องปฏิเสธไม่บังคับตามกฎหมายฉบับนั้นๆ หรือหากมีข้อโต้แย้งว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจส่งกฎหมายฉบับดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความได้ ทั้งศาลยุติธรรมยังมีอำนาจตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานของรัฐอื่นอีกด้วย หากเจ้าพนักงานของรัฐกระทำการโดยมิชอบย่อมกระทบต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล และหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาถือได้ว่าเป็นหลักสำคัญที่จะส่งเสริมและสนับสนุนทำให้ศาลยุติธรรมสามารถตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดมีลักษณะที่ขัดกับหลักนิติธรรมหรือไม่ และการปฏิบัติของเจ้าพนักงานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันถือได้ว่าเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่ประชาชนนั่นเอง โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมเพื่อให้ดำเนินการสอดคล้องกับหลักนิติธรรมดังต่อไปนี้

ประการแรก แม้ศาลยุติธรรมและกระทรวงยุติธรรมจะถูกแบ่งแยกออกจากกัน อันเป็นข้อยืนยันว่ามีการแบ่งอำนาจตุลาการออกจากฝ่ายบริหาร แต่การของบประมาณของศาลยุติธรรมยังต้องผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาหรือฝ่ายบริหารเช่นเดิม อันอาจก่อให้เกิดการแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรมได้ การกำหนดแนวทางในการจัดสรรงบประมาณให้แก่ศาลยุติธรรมเป็นสัดส่วนที่แน่นอนจากจำนวนงบประมาณแผ่นดินในแต่ละปี โดยกำหนดอัตราขั้นต่ำไว้อย่างแน่นอนย่อมเป็นหลักประกันการแบ่งแยกอำนาจของฝ่ายตุลาการจากฝ่ายนิติบัญญัติ อันจะส่งผลต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ดียิ่งขึ้น

ประการที่สอง จากปริมาณคดีที่เพิ่มขึ้นในแต่ละปี อาจส่งผลให้เกิดความผิดพลาดในการพิจารณาคดีได้ สำนักวิชาการ สำนักงานศาลยุติธรรมในฐานะหน่วยงานธุรการของศาล ควรดำเนินการตรวจสอบกฎหมายที่มีอยู่เดิมและประกาศใช้ใหม่ว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรมหรือไม่ และออกเป็นหนังสือเวียนแจ้งให้ผู้พิพากษาทุกท่านทราบเพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติเดียวกันและป้องกันความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่

ประการที่สาม ศาลยุติธรรมชั้นต้นควรจัดให้มีการให้คำแนะนำในการบังคับใช้กฎหมายแก่ผู้บังคับใช้กฎหมายอื่นในเขตและจัดให้มีการประชุมร่วมกันเพื่อทราบถึงข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่มีความเสี่ยงต่อความขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2533.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ประยูร กาญจนดุล. คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2538.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา Philosophy of Law . พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2531.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัทนามมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์ จำกัด. 2546.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด. 2539.

สำนักงานศาลยุติธรรม. ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์ครั้งที่ 3, 2552.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา. 2550.

สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา. 2550.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ยงพลเทรดดิ้ง. 2542.

หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด. 2538.

### แหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต

กำชัย จงจักรพันธ์. “หลักนิติธรรม ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืน”. <http://www.westlaw.com> เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2556

# การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐธรรมนูญ : การสมรสของคนเพศเดียวกัน

ปัญญา อุดชาชน\*

บทความทางวิชาการนี้ได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 6 ส่วน ส่วนแรกบทนำ ส่วนที่สอง ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วยหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หลักสิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties) และหลักความเสมอภาค (Equality) ส่วนที่สาม การสมรสของคนเพศเดียวกันของต่างประเทศ ส่วนที่สี่กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนที่ห้า วิเคราะห์การสมรสของคนเพศเดียวกันของประเทศไทยและร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และส่วนสุดท้ายบทสรุปและข้อเสนอแนะ

## ส่วนแรก บทนำ

หัวใจหลักของกฎหมายมหาชน (Public Law) คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และการสร้างความสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนกับประโยชน์ของมหาชน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวต้องคำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หลักสิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties) และหลักความเสมอภาค (Equality) ด้วยความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้ รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับทั่วโลกจะบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนของประเทศนั้น ๆ ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ดังตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ซึ่งถือได้ว่าเป็นเอกสารกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ได้นำหลักสำคัญเกี่ยวกับความเสมอภาค (Equality) และหลักคฤณีนิติกระบวนการ (Due Process of Law) และศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ได้นำหลักสำคัญทั้งสองนี้มาเป็นเหตุผลในการพิพากษาเกี่ยวกับการสมรสของคนเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage) ในปี ค.ศ.2015 ว่าการไม่อนุญาต

\* ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ศศ.บ. (รัฐศาสตร์), น.บ., M.P.A. (Detroit), Ph.D., น.ด. (กฎหมายมหาชน), Ph.D (Candidate) การบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ให้มีการสมรสของคนเพศเดียวกันขัดต่อรัฐธรรมนูญ (The U.S. Constitution) ผลของคำพิพากษานี้ ทำให้ทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาจำนวน 50 มลรัฐ มีหน้าที่ต้องรับจดทะเบียนสมรสของคนเพศเดียวกัน คดีนี้เรียกว่าคดี Obergefell v. Hodges ค.ศ.2015

อิทธิพลของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 และคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทยเป็นอย่างมากดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... (ฉบับของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ) มาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ดังนั้น การสมรสของคนเพศเดียวกันย่อมมีอิทธิพลต่อประเทศไทยในอนาคตอันใกล้อย่างหนีไม่พ้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐธรรมนูญ : การสมรสของคนเพศเดียวกัน โดยศึกษาทั้งหลักทฤษฎีและแนวคิด การสมรสของคนเพศเดียวกันในต่างประเทศ คำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ค.ศ.2015 (Same Sex Marriage) และร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เพื่อเป็นประโยชน์ในทางวิชาการและการปรับตัวของกฎหมายและการบริหารกระบวนการยุติธรรมของไทยให้ทันสมัย สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมโลกต่อไป

## ส่วนที่สอง ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้อง

### 2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)<sup>1</sup>

#### 2.1.1 สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกล่าวถึง “คุณค่า” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมาย ตามที่ Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์

<sup>1</sup> ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ (2547). รายงานการวิจัยเรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สถาบันพระปกเกล้า, นนทบุรี, หน้า 14 - 19.

ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเองซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ อันเป็นการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการ ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้คือสิทธิในชีวิต ร่างกายและสิทธิในที่จะได้รับความเสมอภาค

“สิทธิในชีวิตและร่างกาย” เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล ที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายดังไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐได้ สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ จากการทำมนุษย์มีเจตจำนงโดยอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมาตรส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

“สิทธิในความเสมอภาค” สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมาตรส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

### 2.1.2 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะแบ่งการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการคือ 1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ 2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ และ 3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง



2.1.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนุษย์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนุษย์ หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนุษย์ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนุษย์ดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาคดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนได้และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้โดยสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว นั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนา มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

#### 2.1.2.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 มาตรา 29 วรรคสอง หลักห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและหลักการจำกัดและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ จากหลักประกันดังกล่าวนี้เอง ก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพในปัญหาดังกล่าวแม้ในทางตำรากฎหมายของเยอรมันเองจนถึงปัจจุบันนี้ ก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ว่า อะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงใดที่เป็น

การละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กรณีย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระต่อนั้นเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวรัฐมิอาจล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพจึงมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทบต่อสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

### 2.1.2.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ในประเด็นนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้น เป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตนสิทธิหนึ่ง ต่อกรณีปัญหาดังกล่าวในทางวิชาการของเยอรมันนั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง เพราะการบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐาน และเนื่องจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตราต่อ ๆ มาผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดแต่ไม่หมายความรวมถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ ขอบเขตในการพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นขาดความแน่นอนชัดเจนว่ามีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด ดังนั้นตามความเห็นฝ่ายแรกจึงเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 'ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง' อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยฝ่ายนี้ได้โต้แย้งความเห็นฝ่ายแรกที่กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการและขาดความแน่นอนชัดเจนนั้น ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่าลักษณะดังกล่าวนั้นปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน ได้วินิจฉัยยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงต้องผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย

## 2.2 หลักสิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties)

หากพิจารณาที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพจะมีที่มา 3 ทาง คือ มาจากนักปรัชญาการเมือง มาจากการปฏิบัติทางการเมืองการปกครอง และมาจากรัฐธรรมนูญนิยม

### 2.2.1 แนวความคิดมาจากนักปรัชญาการเมือง

ปรัชญาการเมือง หมายถึง ความพยายามที่จะทดแทนความเห็นในเรื่องธรรมชาติของสิ่งที่เป็นการเมืองที่ยังเป็นความพยายามที่จะรู้ทั้งธรรมชาติของสิ่งที่เป็นการเมือง และระเบียบทางการเมืองที่ถูกที่ติดด้วยพร้อม ๆ กัน<sup>2</sup> นักปรัชญาการเมืองที่มีอิทธิพลกับแนวความคิดในสิทธิและเสรีภาพ เช่น ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย และทฤษฎีอนุรักษนิยม เป็นต้น

1) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เช่น เซนต์ ออกัสติน ได้แบ่งสังคมมนุษย์ออกเป็น 2 ประเภท คือ นครของพระเจ้า โดยคนดีจะอาศัยอยู่ในนครนี้ และนครของโลกนี้ โดยแบ่งเป็นนครของคนเลว แต่อย่างไรก็ตามสำหรับนครของโลกนี้ อำนาจทุกอย่างจะมาจากพระเจ้าทั้งหมด ผู้ปกครองมีหน้าที่ปกครองโดยการออกคำสั่งปกครองด้วยความดีและความยุติธรรมและอำนาจต้องได้รับการยอมรับจากคนในสังคม<sup>3</sup> จะเห็นได้ว่า ถึงแม้ว่าผู้ปกครองจะปกครองในฐานะที่เป็นตัวแทนของพระเจ้ก็ตามแต่ประชาชนยังมีสิทธิเสรีภาพในการปกครองโดยการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องเกิดจากการยอมรับของประชาชนด้วย แสดงให้เห็นว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพทางด้านการเมือง นักทฤษฎีการเมืองที่สำคัญอีกท่านหนึ่งคือ เซนต์ โทมัส อควีนาส (Saint Thomas A' Aquinas) ซึ่งมีแนวความคิดได้รับอิทธิพลจากอริสโตเติล ที่กล่าวว่ามนุษย์เป็นสัตว์สังคมมีความจำเป็นที่จะอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นในสังคม ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติ รัฐจะออกกฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพที่จะขัดขึ้นและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหากกฎหมายที่ออกมาขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ แสดงให้เห็นว่า ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติที่พระเจ้าให้มาอยู่แล้ว การที่รัฐจะออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลตามธรรมชาติ ถูกต้องตามทำนองครองธรรม ดังนั้น จึงถือได้ว่าประชาชนมีสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติมาแล้วตั้งแต่กำเนิด ได้รับการคุ้มครองในสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ โดยเป็นรากฐานของการจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้รัฐออกกฎหมายตามอำเภอใจของตนเองได้

2) ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย เช่น จอห์น ล็อก (John Locke) ฌอง ฌาค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และมองเตสกีเยอ (Montesquieu) เป็นต้น จอห์น ล็อก ได้ปฏิเสธลัทธิเทวสิทธิ์และเชื่อว่าโดยธรรมชาติมนุษย์จะมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ กล่าวคือ ทุกคนมีเสรีภาพจะ

<sup>2</sup> Aristotle. Politics. Benjamin Sowett Translated (New York : Random Howa), 1943, Book 1, ch.2. p.55.

<sup>3</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1, สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ. 2538 หน้า 51.

กระทำอะไรก็ได้ภายในขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติ เช่น สิทธิในทรัพย์สินและมีความเสมอภาคกัน จากสิทธิและเสรีภาพที่แต่ละคนมีอยู่ตามธรรมชาติ แต่ละคนจะสละสิทธิและเสรีภาพของตนเอง เพื่ออยู่ภายใต้อำนาจรัฐโดยลักษณะสัญญาประชาคม (Social Contract) และขณะเดียวกันรัฐจะต้องปกครองด้วยความชอบธรรมเคารพในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามธรรมชาติ ดังนั้น หากรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตตามที่ได้กำหนดไว้ ประชาชนก็มีสิทธิที่จะขัดขืนการใช้อำนาจรัฐได้จากอิทธิพลตามแนวความคิดของลัทธิดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในอเมริกาและฝรั่งเศสต่อมา และเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตย ฌอง ฌาค รูสโซ มองว่าประชาชนทุกคนได้มอบสิทธิและเสรีภาพของตนให้อยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไป (General Will) กล่าวคือ อยู่ภายใต้ประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมและแต่ละคนจะมีภาระผูกพันกันทั้งหมดในประชาคมความเสมอภาคกัน ดังนั้น ฌอง ฌาค รูสโซ จะให้ความสำคัญกับเจตจำนงร่วมกันของประชาชน จึงส่งผลให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพโดยตรงในรูปลักษณะการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ส่วนมองเตสกีเออเชื่อว่าเสรีภาพในการกระทำสิ่งใดที่ปราศจากความรับผิดชอบมิใช่เสรีภาพที่แท้จริง เสรีภาพในความหมายที่แท้จริงคือเสรีภาพภายใต้กฎหมายที่อนุญาตให้กระทำในสิ่งที่ควรกระทำและห้ามกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ ดังนั้น รัฐจึงสามารถออกกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นกรณีจำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น เขาจึงเชื่อมั่นในทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริบไตย

3) ทฤษฎีอนุรักษนิยม เช่น เอ็ดมันด์ เบอร์ก (Edmund Burke) ได้ให้ทรรศนะว่า หากสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติไม่อยู่ภายใต้กฎหมายหรือระเบียบของสังคมโดยสามารถกระทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจจะเป็นสิ่งที่อันตรายและไร้ค่า สิทธิและเสรีภาพที่มีคุณค่าและสมควรรักษาเอาไว้จะต้องเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้กฎหมายและระเบียบของสังคม โดยสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาสู่ประโยชน์ของส่วนรวม เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ เอ็ดมันด์ เบอร์ก มองว่าสิทธิและเสรีภาพที่เกิดขึ้นจะต้องอยู่ในกรอบของสังคมการเมืองเท่านั้น<sup>4</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเขาได้ปฏิเสธสิทธินอกสังคมการเมือง ได้แก่ สิทธิตามธรรมชาตินั่นเอง ถือได้ว่าเป็นการทำทลายทฤษฎีธรรมชาตินิยมที่ได้ยึดถือกันมาเป็นเวลานาน

<sup>4</sup> จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์. วิทยานิพนธ์ “การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย” ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2524 หน้า 31.

## 2.2.2 แนวความคิดมาจากการปฏิวัติการเมืองการปกครอง

การปฏิวัติการเมืองการปกครองที่สำคัญที่ถือได้ว่าเป็นรากฐานแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ได้แก่ การประกาศเอกราชและร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 เหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของจอห์น ล็อก เกี่ยวกับแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยอีกทางหนึ่ง การประกาศเอกราชและร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 มีคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) เป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่มีความสำคัญมากทางด้านกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เนื่องจากได้พูดถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สาเหตุของการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกามาจาก 13 มลรัฐ อาณานิคมไม่ยอมขึ้นกับอังกฤษซึ่งเป็นเมืองแม่ จึงเกิดสงครามขึ้นระหว่างทหารของอังกฤษกับทหารของมลรัฐอาณานิคม สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ดังตัวอย่างดังนี้ เมื่อปรากฏว่ามีความจำเป็นที่ประชาชนชาติหนึ่งจำต้องเลิกสัมพันธ์ทางการเมืองที่เคยมีกับประชาชนอีกชาติหนึ่ง เพื่อที่จะแยกทางเดินและเป็นอิสระเท่าเทียมกับชาติทั้งหลายในโลก ตามสิทธิในกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ เจ้า ดังนั้น จึงจำเป็นต้องประกาศสาเหตุซึ่งทำให้ตัดสินใจประกาศเอกราช เพื่อให้มนุษยชาติทั้งหลายได้รับรู้ เราทั้งหลายเชื่อมั่นโดยปราศจากข้อสงสัยในความจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยเท่าเทียมกันและพระเจ้าผู้สร้างได้ให้สิทธิบางประการที่ไม่อาจล้มล้างได้กับมนุษย์เหล่านี้ ซึ่งในบรรดาสิทธิเหล่านี้มีสิทธิในชีวิต เสรีภาพและสิทธิในการแสวงหาความสุข รัฐบาลทั้งหลายตั้งขึ้นก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเหล่านี้และอำนาจอันเป็นธรรมของรัฐบาลทั้งหลายนั้นก็มาจากความยินยอมของผู้ที่อยู่ใต้ปกครองทุกครั้งที่มีรูปแบบการปกครองใดก็ตามกลับทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าวแล้วนี้ ประชาชนมีสิทธิที่จะเปลี่ยนรูปแบบการปกครองนั้นหรือทำลายเสีย แล้วสถาปนารูปแบบการปกครองใหม่ขึ้นตามหลักการและรูปแบบที่ประชาชนเห็นว่าเหมาะสมที่สุดที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและมีความสุขได้...<sup>5</sup> จะเห็นได้ว่าจากตัวอย่างข้อความของคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาได้พูดถึงสิทธิตามธรรมชาติ ความเท่าเทียมกัน ความยินยอม ที่จะอยู่ภายใต้ปกครองและสิทธิที่จะล้มล้างรัฐบาลหากรัฐบาลไม่มีความชอบธรรม แล้วสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นมา หลักการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการมีสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนตามธรรมชาติอย่างแท้จริง

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1. สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2538, หน้า 66 - 67

ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 เป็นเอกสารทางกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งภายหลังจากมีคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อสงครามระหว่างอังกฤษและมลรัฐอาณานิคมของสหรัฐอเมริกาได้สิ้นสุดลง ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นในปี ค.ศ.1787 และได้มีการประกาศใช้ในเวลาต่อมา รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับรองสิทธิต่าง ๆ หลายประการ ดังจะเห็นได้ว่าเหตุผลของการร่างรัฐธรรมนูญได้กล่าวว่า เราประชาชนแห่งสหรัฐเพื่อที่จะจัดตั้งสหภาพที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อที่จะสถาปนาความยุติธรรม เพื่อที่จะประกันความสงบภายใน เพื่อที่จะทำให้มั่นคงซึ่งเสรีภาพที่ได้รับมาแต่ตัวของตนเองและชนชั้นหลัง จึงได้บัญญัติและสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ไว้สำหรับสหรัฐอเมริกา...<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนพลเมืองอเมริกาหลายประการ เช่น การออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง (Expost Facto Law) ไม่ได้ ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยมิให้มีโทษหรือการรับใช้โดยไม่สมัครใจในสหรัฐอเมริกาและในปี ค.ศ.1868 รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ทาสมีฐานะเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา ทำให้ทาสได้มีสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งในฐานะเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกาได้นอกจากนั้นเพื่อไม่ให้รัฐบาลรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ รัฐธรรมนูญยังได้แบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของมองเตสกีเออ โดยมี 3 องค์การ เป็นผู้ใช้อำนาจได้แก่ รัฐสภา รัฐบาล และศาล ตามลำดับ

จากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ดังกล่าว ได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลังจากความยินยอมของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและการถ่วงดุลอำนาจ ตลอดจนการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 2.2.3 แนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นลัทธิที่เกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ.1791 โดยได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อให้มีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด การยอมรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการมีส่วนร่วมของประชาชนและการถ่วงดุลและคานอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งกันและกัน รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของแต่ละประเทศจะแสดงถึงหลักสัญญาประชาคมที่ประชาชนยินยอมสละอำนาจของแต่ละคนที่มีอยู่ตามกฎหมายธรรมชาติ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักสิทธิมนุษยชน ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

<sup>6</sup> กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ : ที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, พ.ศ. 2527, หน้า 19.

ค.ศ.1787 ที่ได้ยึดหลักการปกครองโดยความยินยอมของประชาชน โดยองค์การที่ใช้อำนาจอธิปไตย ต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เช่น รัฐสภา ประธานาธิบดี เป็นต้น หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐในกระบวนการยุติธรรมเมื่อถูกกล่าวหาและสิทธิของประชาชนในการถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) โดยผ่านองค์กรทางวุฒิสภา เป็นต้น

## 2.3 หลักความเสมอภาค (Equality)

หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ได้รับอิทธิพลส่วนหนึ่งมาจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 มาตรา 3 หลักความเสมอภาคอาจแบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ หลักความเสมอภาคทั่วไป และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง<sup>7</sup>

### 2.3.1 หลักความเสมอภาคทั่วไป

#### 1) หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลโดยถือว่าหลักความเสมอภาคนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเห็นว่าหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรคหนึ่งนั้น เป็นหลักข้อห้าม เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอนั้นมีความมุ่งหมาย เพื่อมิให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญในแตกต่างกันตามอำเภอใจ หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันได้เรียกร้องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อแตกต่างใด ๆ เช่น บุคคลทุกคนจะต้องเสียภาษีเท่ากันหมดโดมิต้องคำนึงถึงรายได้ของบุคคลนั้น หรือว่าทุก ๆ คนจะต้องได้รับสิทธิเรียกร้องสำหรับการสงเคราะห์อย่างเท่าเทียมกันโดยมิต้องคำนึงถึงความจำเป็นของบุคคลนั้น การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมายจึงหมายถึงกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ดังนั้น เรื่องของหลักความเสมอภาคจึงต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง โดยนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกัน

<sup>7</sup> ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ (2547). รายงานการวิจัยเรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สถาบันพระปกเกล้า, นนทบุรี, หน้า 24 - 34.

## 2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน

ข้อพิจารณาในการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมตามแนวปฏิบัติของกฎหมายเยอรมันมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีผลจากอำนาจในการบัญญัติกฎหมายองค์กรเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่าองค์กรของรัฐ จะต้องยึดถือหลักความเสมอภาคในส่วนของข้อเท็จจริงที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน นอกจากนี้ การกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างกันนั้นจะต้องพิจารณากฎเกณฑ์โดยรวมของเรื่องนั้น ๆ ด้วย ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัย Suedweststaat-Urteil (ลงวันที่ 25 ตุลาคม 1951) ไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีที่เป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคคือ กรณีที่มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันแต่ไม่อาจจะค้นหาเหตุผลที่สมควร หรือไม่อาจจะค้นหาเหตุผลอันเกิดจากพฤติการณ์ของเรื่องนั้น ๆ หรือเหตุผลที่มีความสำคัญอื่น ๆ ได้จากการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้อาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นโดยอำเภอใจ สาระสำคัญของประเด็นจึงมีได้อยู่ที่ว่า การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนี้มีเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าขาดเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวในกรณีนี้ก็ย่อมเป็นการปฏิบัติอย่างอำเภอใจ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแนวนี้ได้ถือเป็นแนวของคำวินิจฉัยของศาลตลอดมา

## 2.3.2 หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

รัฐธรรมนูญของเยอรมันนอกจากได้บัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาคทั่วไปแล้วยังได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ด้วย โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ดังนี้

- (1) ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (มาตรา 3 วรรคสอง)
- (2) ข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจาก เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เป็นต้น (มาตรา 3 วรรคสาม)
- (3) ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาได้สมรสกันตามกฎหมาย (มาตรา 6 วรรคห้า)
- (4) สิทธิอันเท่าเทียมกันต่อหน้าที่ในทางราชการ (มาตรา 12 วรรคสอง)
- (5) ข้อห้ามมิให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อบังคับใช้กับกรณีในกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 19 วรรคหนึ่ง)
- (6) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อพรรคการเมือง (มาตรา 21)



- (7) ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ (มาตรา 33 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม)
- (8) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง (มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง)
- (9) ข้อห้ามมิให้การจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 101 วรรคหนึ่ง)

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยวางหลักไว้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้วหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องถือว่าเป็นหลักกฎหมายพิเศษ ซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะเนื่องจากละเมิดต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อพิจารณาตามหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้นแล้ว กรณีไม่ขัดกับความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น กรณีนี้จะไม่ย้อนกลับมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก สำหรับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายตามมาตรา 3 วรรคสอง และหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติตามมาตรา 3 วรรคสาม เท่านั้น หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายตามมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชายและดำเนินการเพื่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่”

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางหลักคำวินิจฉัยว่า สำหรับการสมรสที่ได้กระทำระหว่างวันที่ 1 เมษายน 1953 ถึง 30 มิถุนายน 1976 ซึ่งเป็นช่วงที่กฎหมายจำกัดมิให้ใช้ชื่อสกุลของหญิงเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส (BVerfGE 48, 327) ตามมาตรา 1355 ประโยคแรกของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) บทบัญญัติเดิม (ก่อนการแก้ไข) จึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรคสองตามมาตรา 1355 ประโยคแรกได้กำหนดว่า ให้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส โดยมีให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายหญิงเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส ดังนั้น เฉพาะฝ่ายชายจึงสามารถใช้ชื่อสกุลของตนเป็นชื่อสกุลต่อไปได้ ปัญหาว่าชื่อสกุลของฝ่ายใดที่ควรจะเป็นชื่อสกุลหลังการสมรสนั้น ในกรณีนี้กฎหมายได้ยึดโยงกับความเป็นฝ่ายชายกฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของสตรีอันมีผลมาจากมาตรา 3 วรรคสอง GG การทำให้สตรีเสียเปรียบในกรณีนี้ได้รับการแก้ไข แม้จะใช้ชื่อสกุลของสตรีสามารถที่จะเพิ่มต่อจากชื่อสกุลของฝ่ายชายก็ตาม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันสำหรับสตรี ในกรณีการใช้ชื่อสกุลของบุตร เพราะมาตรา 1616 BGB ได้กำหนดให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายบิดาเท่านั้น

## ส่วนที่สาม การสมรสของคนเพศเดียวกันของต่างประเทศ

ในปลายศตวรรษที่ 20 ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเกิดขึ้นในหลายประเทศและขยายตัวกว้างขวางมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างบางประเทศได้รับรองสิทธิในการสมรสของคนเพศเดียวกันไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน สำหรับรูปแบบการรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันจะมีลักษณะแตกต่างกันบ้างในบางประเทศ บางประเทศอาจให้การรับรองในลักษณะเช่นเดียวกันกับการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศ โดยให้ได้สิทธิสืบเนื่องจากการสมรส แต่บางประเทศอาจจำกัดสิทธิบางด้านให้มีความแตกต่างจากการสมรสของบุคคลต่างเพศ โดยมีรายละเอียดกรณีตัวอย่างของต่างประเทศ ดังนี้<sup>8</sup>

ประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงกฎหมายในการรับรองการใช้ชีวิตคู่หรือการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันจะปรากฏอย่างกว้างขวางในยุโรปและบางส่วนในทวีปอเมริกาใต้ สำหรับประเทศในเอเชียแม้จะมีปรากฏข่าวของการแต่งงานและจัดเลี้ยงฉลองการแต่งงานในทางพฤตินัยอย่างเปิดเผยระหว่างคู่รักเพศเดียวกันเกิดขึ้นจำนวนมากในหลายประเทศตั้งแต่ ค.ศ.2000 เป็นต้นมา ไม่ว่าจะในฮ่องกง ไต้หวัน ฟิลิปปินส์ เวียดนาม กัมพูชา หรือสาธารณรัฐประชาชนจีนก็ตาม<sup>9</sup> แต่จนกระทั่ง ค.ศ.2012 ก็ยังไม่มีประเทศใดในเอเชียที่ให้การรับรองการสมรสบุคคลเพศเดียวกันบังเกิดขึ้น<sup>10</sup>

### 3.1 ประเทศสวีเดน

การสมรสในกฎหมายของสวีเดนแต่เดิมมาก็ได้ยอมรับเฉพาะการสมรสระหว่างบุคคลต่างเพศเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ต่อมาได้มีการรับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันโดยได้มีการเสนอกฎหมาย Registered Partnership Act<sup>11</sup> ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อ 1 มกราคม ค.ศ.1995 ซึ่งจะก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างบุคคลที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายนี้ โดยบุคคลที่จะสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ต้องมีดังต่อไปนี้

<sup>8</sup> สมชาย ปรีชาศิลปกุล. บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. พิมพ์โดยมูลนิธิเพื่อสิทธิและความเป็นธรรมทางเพศ. กรุงเทพฯ. 2556. หน้า 30 - 39.

<sup>9</sup> Douglad Sanders, Remembering Jossie and Bonnie: Same-sex Marriage in Asia, A paper presented

<sup>10</sup> Douglas Sanders, Ibid., pp. 4-12

<sup>11</sup> <http://www.ciec1.org/Legislationpdf/Suede-TheRegisteredPartnershipAct.pdf>

### 3.1.1 คุณสมบัติและเงื่อนไข

3.1.1.1 ต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกัน

3.1.1.2 ต้องมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน ในตอนแรกเริ่มของกฎหมายนี้ได้กำหนดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นพลเมืองของสวีเดนและมีถิ่นที่อยู่ในสวีเดนที่จะสามารถทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์อันเป็นการคุ้มครองและรับรองสิทธิพลเมืองของตนในการดำเนินการดังกล่าว แต่ต่อมาได้มีการขยายสิทธิดังกล่าวให้แต่ชาวต่างชาติที่พำนักอยู่ในสวีเดนเป็นเวลาอย่างน้อย 2 ปี ในอันที่จะดำเนินการจดทะเบียนสิทธิความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน

3.1.1.3 อายุของผู้จดทะเบียนต้องไม่ต่ำกว่า 18 ปี

3.1.1.4 ต้องมิใช่เป็นการจดทะเบียนกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางเครือญาติหรือสายโลหิต

3.1.1.5 ต้องมิใช่เป็นการจดทะเบียนความสัมพันธ์ซ้อน อันหมายความว่าในขณะที่ทำการจดทะเบียนตามกฎหมายนี้บุคคลดังกล่าวต้องไม่มีคู่สมรสตามกฎหมาย หรือไม่ได้ทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในขณะเดียวกันกับบุคคลอื่นไว้ก่อนแล้ว อันเป็นการยืนยันถึงหลักการว่าบุคคลคนเดียวไม่อาจมีคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายในช่วงเวลาเดียวกันได้มากกว่าหนึ่งคน

### 3.1.2 วิธีการจดทะเบียนความสัมพันธ์

3.1.2.1 บุคคลที่ต้องการจดทะเบียนความสัมพันธ์ยื่นคำร้องเพื่อตรวจสอบว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

3.1.2.2 มีการสัมภาษณ์จากเจ้าหน้าที่เพื่อตรวจสอบถึงความยินยอมของบุคคลทั้งสองในการจดทะเบียนความสัมพันธ์

3.1.2.3 ผู้พิพากษาศาลแขวงหรือบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งมีอำนาจในการประกาศถึงความสมบูรณ์ของการจดทะเบียนความสัมพันธ์

### 3.1.3 ผลทางกฎหมายของการจดทะเบียน

เมื่อบุคคลได้จดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายนี้ สถานะและความผูกพันของบุคคลทั้งสองก็จะสมบูรณ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้ Partnership Act ได้กำหนดให้คู่ที่จดทะเบียนมีสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรสต่างเพศที่ได้ทำการสมรสกัน<sup>12</sup> ได้แก่ สิทธิในทางทรัพย์สิน หน้าที่ในการอุปการะดูแลซึ่งกันและกัน สิทธิในการรับมรดกกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต การใช้นามสกุลของอีกฝ่าย

<sup>12</sup> Registered Partnership Act, Chapter 3

สิทธิในการทำประกันชีวิตแก่อีกฝ่ายหนึ่ง การรับบำนาญของอีกฝ่ายที่มีสิทธิได้รับเมื่อเสียชีวิต ข้อจำกัดบางประการในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายของสวีเดนคือ การผสมเทียมเพื่อการมีบุตรของคู่จดทะเบียนซึ่งเป็นหญิงรักหญิง ซึ่งได้มีกฎหมายอนุญาตให้สามารถกระทำได้เมื่อ ค.ศ.2005 และการเข้าพิธีทางศาสนาในโบสถ์ ซึ่งสำหรับคู่สมรสต่างเพศแล้วการทำพิธีดังกล่าวจะถือว่าไม่มีผลทางกฎหมายสมบูรณ์ แต่สำหรับคู่จดทะเบียนความสัมพันธ์ซึ่งเป็นเพศเดียวกันจะไม่มีสิทธิในลักษณะเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ อย่างไรก็ตาม มีความพยายามใน ค.ศ.2009 ให้คู่จดทะเบียนความสัมพันธ์สามารถประกอบพิธีทางศาสนาและให้มีผลสมบูรณ์เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ

### 3.2 ประเทศเดนมาร์ก

การสมรสตามกฎหมายครอบครัวของครอบครัวของเดนมาร์กในอดีตจะสามารถกระทำได้ระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น แต่ได้ปรากฏการเคลื่อนไหวของกลุ่มรักเพศเดียวกันในการผลักดันให้เกิดการรับรองการสมรสของเพศเดียวกัน ใน ค.ศ.1968 พรรคสังคมนิยมได้เสนอให้มีการรับรองความสัมพันธ์ของกลุ่มคนรักเพศเดียวกันแต่ไม่ประสบความสำเร็จ กระทั่ง ค.ศ.1984 รัฐสภาได้แก้ไขกฎหมายโดยให้สิทธิแก่บุคคลที่มีชีวิตคู่กับเพศเดียวกัน ต่อมา ค.ศ.1989 รัฐสภาได้ผ่านกฎหมายในการรับรองสิทธิของคู่สมรสเพศเดียวในลักษณะเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ ชื่อ The Danish Registered Partnership Act<sup>13</sup> โดยให้พวกรักเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์รวมทั้งให้สิทธิบางประการในลักษณะเดียวกันกับบุคคลต่างเพศที่ทำการสมรส เช่น สิทธิในการรับมรดก การทำประกันชีวิต การได้รับบำนาญ การลดหย่อนภาษีของคู่สมรส อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อจำกัดบางเรื่องที่ไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ โดยเรื่องสำคัญได้แก่ คู่สมรสแบบเพศเดียวกันจะไม่สามารถจัดพิธีตามศาสนาในโบสถ์ได้ และไม่สามารถขอจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมได้ อย่างไรก็ตามใน ค.ศ.1997 บาทหลวงในเดนมาร์กได้ลงความเห็นยอมรับให้คู่อรักเพศเดียวกันทั้งชายและหญิงสามารถทำพิธีทางศาสนาในโบสถ์ได้

<sup>13</sup> Marianne Delpe KULOW, Same Sex Marriage: A Scandinavian Perspective, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 24 August 2002 no. 4, pp. 419 - 420

### 3.2.1 เงื่อนไขของการจดทะเบียน<sup>14</sup>

เงื่อนไขของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ของคู่อรักเพศเดียวกันตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติเอาไว้ว่าบุคคลที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ต้องเป็นเพศเดียวกัน อันหมายถึงกรณีของชายกับชาย (Gay) และหญิงกับหญิง (Lesbian) ซึ่งจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี เนื่องจากกฎหมายต้องการให้เป็นบุคคลมีวุฒิภาวะเพียงพอในการตัดสินใจซึ่งหลักดังกล่าวก็เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับการสมรสของพวกต่างเพศ ทั้งนี้บุคคลที่จะสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์กันได้นั้น ไม่ได้จำกัดว่าทั้งสองฝ่ายต้องมีถิ่นที่อยู่ในเดนมาร์กและมีสัญชาติเดนมาร์กเพียงฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่หรือถือสัญชาติเดนมาร์กก็สามารถจะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ แต่ใน ค.ศ.1999 ได้มีการแก้ไขให้รวมทั้งผู้ถือสัญชาติอื่นที่มีกฎหมายในลักษณะคล้ายคลึงกัน สามารถที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ได้ และนอกจากนี้ก็ยังให้คู่อรักที่ถือสัญชาติอื่นสามารถจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายนี้ได้ ถ้าทั้งคู่ได้อยู่อาศัยในเดนมาร์กมาเป็นเวลาอย่างน้อย 2 ปี<sup>15</sup>

### 3.2.2 วิธีการจดทะเบียนความสัมพันธ์

วิธีการของการสมรสในเดนมาร์กจะมีอยู่ 2 วิธี คือ การแต่งงานในทางศาสนาหรือ Civil Marriage<sup>16</sup> โดยขึ้นอยู่กับคู่สมรสจะเลือกใช้วิธีแบบใด ก่อน ค.ศ.1997 คู่อรักเพศเดียวกันไม่สามารถใช้วิธีการแต่งงานเหมือนคู่อรักต่างเพศ แต่ภายหลัง ค.ศ.1997 สามารถประกอบพิธีการแต่งงานในโบสถ์ได้อันเป็นการยอมรับให้คู่อรักเพศเดียวกันสามารถใช้วิธีการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในลักษณะเดียวกันกับคู่อรักต่างเพศ

### 3.2.3 ผลตามกฎหมายของการจดทะเบียน

ผลในทางกฎหมายของคู่อรักเพศเดียวกันที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ภายใต้ The Danish Registered Partnership Act ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสมีสิทธิและหน้าที่ในลักษณะเช่นเดียว คู่สมรสต่างเพศ ดังนั้นคู่สมรสเพศเดียวกันจึงมีภาระหน้าที่ในอันต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันเสมือนสามีภรรยาโดยทั่วไป การดูแลทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างการสมรสก็จะดำเนินไปในลักษณะ

<sup>14</sup> ฌนุช คำทอง, “การสมรสของพวกรักร่วมเพศ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2546, หน้า 41 - 65

<sup>15</sup> Steffen Jensen, Recognition of sexual orientation: The Scandinavian Mode. p. 4 สืบค้นจากระบบออนไลน์ [www.gaylawnet.com/ezine/gayrights/scan.rtf](http://www.gaylawnet.com/ezine/gayrights/scan.rtf)

<sup>16</sup> Section 15 (1) Marriage may e contracted as a religious or civil marriage

เดียวกันกับที่คู่สมรสต่างเพศ เมื่อคู่สมรมีสติธิในการดูแลทรัพย์สินในลักษณะเช่นใด คู่สมรสเพศเดียวกันก็ย่อมมีสิทธิเช่นเดียวกัน แม้ตามกฎหมายจะกำหนดให้คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิในลักษณะเดียวกันกับคู่รักต่างเพศ แต่ก็มีประเด็นข้อถกเถียงบางประการในการให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันว่า อาจมีข้อจำกัดในบางเรื่องที่ควรมีลักษณะที่แตกต่างออกไปซึ่งมีประเด็นสำคัญดังนี้

3.2.3.1 การรับบุตรบุญธรรม การรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสเพศเดียวกันเป็นประเด็นที่มีข้อถกเถียงว่าควรอนุญาตให้สามารถกระทำได้เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากความหวาดระแวงว่าถ้าให้คู่สมรสเพศเดียวกันรับบุตรบุญธรรมได้ อาจเป็นการปลูกฝังให้เด็กมีพฤติกรรมรักเพศเดียวกันตาม<sup>17</sup> ซึ่งใน The Danish Registered Partnership Act ได้มีบทบัญญัติว่าการรับบุตรบุญธรรมจะไม่นำมาใช้กับคู่สมรสเพศเดียวกันที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมายนี้<sup>18</sup> จึงทำให้คู่สมรสเพศเดียวกันไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ แต่ใน ค.ศ.1999 ได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ เว้นแต่เด็กนั้นเป็นบุญธรรมจากประเทศอื่นของคู่สมรส

ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้จึงทำให้การรับบุตรบุญธรรมที่เคยให้สิทธิแก่คู่สมรสต่างเพศจึงได้ขยายออกมาให้แก่คู่สมรสเพศเดียวกัน โดยทำให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมได้รวมถึงรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน โดยอาจมีข้อยกเว้นเพียงการรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายที่มาจากประเทศอื่น

3.2.3.2 การเป็นผู้ดูแลบุคคลที่หย่อนความสามารถ คู่สมรสเพศเดียวกันจะไม่สามารถเป็นผู้ที่มีอำนาจในทางกฎหมายในการดูแลบุคคลที่หย่อนความสามารถ เช่น ผู้เยาว์ เพราะเกรงว่าผู้เยาว์อาจเกิดความไม่เข้าใจและอาจมีพฤติกรรมเลียนแบบพฤติกรรมได้<sup>19</sup>

คู่สมรสเพศเดียวกันจะถูกจำกัดสิทธิตามกฎหมายในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิโดยระบุเพศของบุคคลผู้มีสิทธิไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น กฎหมายที่ให้สิทธิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของคู่สมรส เช่น กฎหมายที่ต้องการคุ้มครองสามีหรือภริยาเป็นการเฉพาะก็จะไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับคู่สมรสเพศเดียวกันได้

<sup>17</sup> อนุช คำทอง, อ้างแล้ว, หน้า 50 - 51.

<sup>18</sup> Section 4 (1) The provisions of the Danish Adoption Act regarding spouses shall not apply to registered partners.

<sup>19</sup> อนุช คำทอง, อ้างแล้ว, หน้า 52.

### 3.2.4 การสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์

การสิ้นสุดของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ปรากฏได้ใน 2 ลักษณะด้วยกัน

3.2.4.1 การยกเลิกการจดทะเบียนความสัมพันธ์ อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความไม่สมบูรณ์ของการจดทะเบียนความสัมพันธ์ โดยมีลักษณะ 3 ประการ คือ ประการแรก การจดทะเบียนความสัมพันธ์กระทำกับบุคคลที่มีสายสัมพันธ์ใกล้ชิดทางเครือญาติอันเป็นข้อห้ามตามกฎหมาย ประการที่สอง เป็นการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในขณะที่มีคู่สมรสหรือมีการจดทะเบียนความสัมพันธ์อยู่ ประการที่สาม ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจดทะเบียนความสัมพันธ์โดยขัดกับเจตนาที่แท้จริงของตนเอง

3.2.4.2 การแยกกันอยู่ตามกฎหมายและการหย่า คู่สมรสเพศเดียวกันเมื่อได้จดทะเบียนก็สามารถมีสิทธิในการแยกกันอยู่และการหย่าเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ ในการแยกกันอยู่นั้น กฎหมายกำหนดว่าคู่สมรสเพศเดียวกันจะมีสิทธิขอหย่าได้ต่อเมื่อทั้งคู่ได้แยกกันอยู่เป็นเวลา 6 เดือนแล้ว แม้ทั้งคู่จะยินยอมหย่าขาดจากกันก็ตาม แต่ก็ต้องแยกกันอยู่ภายในระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้ก่อนซึ่งเป็นกรณีของการหย่าด้วยความยินยอม ส่วนในกรณีที่ได้แยกกันอยู่แล้วแต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่ตกลงที่จะหย่า คู่สมรสเพศเดียวกันที่จดทะเบียนความสัมพันธ์จะต้องแยกกันอยู่จนครบ 1 ปี จึงจะมีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องหย่าขาดจากกันได้ นอกจากนี้ยังมีเหตุอื่นที่สามารถเป็นเหตุในการหย่าของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยเหตุดังต่อไปนี้ ประการแรก คู่สมรสที่จดทะเบียนความสัมพันธ์มีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับบุคคลอื่น ประการที่สอง คู่สมรสมีเจตนากระทำทารุณทางเพศ และถ้าคู่สมรสทำการจดทะเบียนความสัมพันธ์ใหม่กับบุคคลอื่น ก็เป็นเหตุให้สามารถขอหย่าขาดได้

### 3.3 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ใน ค.ศ.1999 รัฐสภาของฝรั่งเศสได้ผ่านกฎหมายชื่อ Civil Solidarity Pact<sup>20</sup> โดยเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันที่ต้องการใช้ชีวิตร่วมกัน และคู่รักต่างเพศที่ต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันแต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรส สำหรับ Civil Solidarity Pact เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ที่รับรองสิทธิในการอยู่ร่วมกันเสมือนคู่สมรส กฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิบุคคลที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันแต่ละเพศ แม้ว่าในกรณีของคู่รักต่างเพศจะสามารถมีสิทธิสมรสตามกฎหมาย แต่เนื่องจากบางส่วนไม่ต้องการที่จะทำการสมรสแต่ต้องการอยู่กินร่วมกัน โดยการอยู่ร่วมกันในลักษณะนี้เป็นผลมาจากการที่มีคู่รักจำนวนมากที่ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันโดยมิได้ทำการสมรส และคู่รักเพศเดียวกันก็มีคุณค่าเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศ และอีกเหตุผลหนึ่งก็คือการดำเนินชีวิตคู่ที่หลากหลายรูปแบบ โดยการสมรสเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง

<sup>20</sup> ฌนุช คำทอง, อ้างแล้ว, หน้า 98 - 100

### 3.3.1 เงื่อนไขสำคัญ 4 ประการคือ

- 3.3.1.1 จะเป็นบุคคลเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้
- 3.3.1.2 ต้องเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะ
- 3.3.1.3 ต้องมิใช่บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางเครือญาติ
- 3.3.1.4 ต้องไม่จดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันซ้อน

### 3.3.2 วิธีในการจดทะเบียน

เมื่อบุคคลที่เข้าเงื่อนไขต้องการที่จะจดทะเบียนความสัมพันธ์ตามกฎหมายนี้ บุคคลทั้งสองต้องร้องขอต่อศาลซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลให้ดำเนินประกาศการใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน<sup>21</sup> โดยต้องรับรองว่าในการจดทะเบียนที่เกิดขึ้นมิได้เป็นการจดทะเบียนซ้อน การจดทะเบียนนี้ก็สามารถกระทำได้ในต่างประเทศโดยฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติฝรั่งเศส แต่ในกรณีนี้หน่วยงานที่มีอำนาจในการรับรองการจดทะเบียนคือสถานทูตฝรั่งเศส

### 3.3.3 ผลตามกฎหมายจากการจดทะเบียน

เมื่อบุคคลเข้าทำการจดทะเบียนตาม Civil Solidarity Pact ย่อมทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับคู่สมรส โดยมีผลตามกฎหมายที่สำคัญดังนี้ คือ

3.3.3.1 หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยคู่รักที่จดทะเบียนต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันรวมถึงทางการเงิน รวมถึงหนี้สินที่เกิดขึ้นโดยบุคคลซึ่งเป็นคู่ของตน ซึ่งคู่รักที่ทำการจดทะเบียนต้องทำข้อตกลงในการช่วยเหลือไว้ขณะที่จดทะเบียน

3.3.3.2 ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินบุคคลทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะทำข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินไว้ในขณะที่จดทะเบียนความสัมพันธ์ได้

3.3.3.3 คู่รักที่จดทะเบียนแล้วภายหลัง 3 ปี มีสิทธิเกี่ยวกับภาษี ไม่ว่าจะเป็นการชำระภาษี หรือสิทธิประโยชน์ร่วมกันทางภาษีได้

<sup>21</sup> Civil Solidarity Pact, section 515-3



ตารางแสดงการรับรองสถานะครอบครัวในทางกฎหมายของคูรัักเพศเดียวกัน ในยุโรป จำนวน 49 ประเทศ <sup>22</sup>			
ประเทศ	Marriage	Registered partnership	Cohabitation
Albania	-	-	-
Andorra	-	✓	-
Armenia	-	-	-
Austria	-	✓	✓
Azerbaijan	-	-	-
Belarus	-	-	-
Belgium	✓	✓	✓
Bosnia and Herzegovina	-	-	-
Bulgaria	-	-	-
Croatia	-	-	✓
Cyprus	-	-	-
Czech Republic	-	✓	✓
Denmark	-	✓	✓
Estonia	-	-	-
Finland	-	✓	-
France	-	✓	✓
Georgia	-	-	-
Germany	-	✓	✓
Greece	-	-	-
Hungary	-	✓	✓
Iceland	✓	-	✓
Ireland	-	✓	✓

<sup>22</sup> ILGA-Europe, Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe 2011

ตารางแสดงการรับรองสถานะครอบครัวในทางกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกัน ในยุโรป จำนวน 49 ประเทศ			
ประเทศ	Marriage	Registered partnership	Cohabitation
Italy	-	-	✓ only is some municipalities
Kosovo	-	-	-
Latvia	-	-	-
Liechtenstein	-	✓	-
Lithuania	-	-	-
Luxembourg	-	✓	-
FYR Macedonia	-	-	-
Malta	-	-	-
Moldova	-	-	-
Monaco	-	-	-
Montenegro	-	-	-
The Netherlands	✓	✓	✓
Norway	✓	-	✓
Poland	-	-	-
Portugal	✓	-	✓
Romania	-	-	-
Russia	-	-	-
San Marino	-	-	-
Serbia	-	-	-
Slovakia	-	-	-
Slovenia	-	✓	-

ตารางแสดงการรับรองสถานะครอบครัวในทางกฎหมายของคู่รักเพศเดียวกัน ในยุโรป จำนวน 49 ประเทศ			
ประเทศ	Marriage	Registered partnership	Cohabitation
Spain	✓	✓ some regions only	✓ some regions only
Sweden	✓	-	✓
Switzerland	-	✓	✓
Turkey	-	-	-
Ukraine	-	-	-
United Kingdom	-	✓	✓

### ส่วนที่สี่ กรณีศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา

คำพิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาศาล Obergefell v. Hodges เมื่อปี ค.ศ.2015 ได้สร้างความฮือฮาให้กับคนทั่วโลกว่า กฎหมายมลรัฐ (State Law) ที่ระบุให้มีการสมรสได้เฉพาะคู่สมรสต่างเพศเท่านั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (The U.S. Constitution ค.ศ.1787) ผลคำพิพากษาดังกล่าวได้ผูกพันให้ทุกมลรัฐจำนวน 50 มลรัฐ ต้องปฏิบัติตาม นั่นหมายความว่า การสมรสของคนเพศเดียวกันสามารถกระทำได้แล้ว ทั้งนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ให้เหตุผลว่า สิทธิในการสมรส (Rights to Marry) เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Liberty) ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ความว่า “No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” เพื่อชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการกรณีดังกล่าว ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก สิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และส่วนที่สอง การแต่งงานของคนเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage)

## 4.1 สิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา<sup>23</sup>

### 4.1.1 คำปรารภ (Preamble) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787

คำประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกัน (The Declaration of Independence) ค.ศ.1776 ได้มีอิทธิพลต่อคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 โดยมีประโยคที่แสดงความรู้สึกของคนอเมริกันว่าตนเองเป็นพวกเดียวกันถึงแม้จะอยู่ต่างมลรัฐ มีความหลากหลายทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สีผิว ภาษาและวัฒนธรรม ดังจะเห็นได้จากคำปรารภ ดังนี้

“เราประชาชนแห่งสหรัฐ เพื่อจะก่อตั้งสหภาพให้สมบูรณ์มากขึ้น สถาปนาความยุติธรรม รักษาความสงบภายใน จัดหาการป้องกันประเทศ ส่งเสริมสวัสดิการโดยทั่วไป และสร้างความมั่นคงในเสรีภาพอันศักดิ์สิทธิ์แก่พวกเราและอนุชนรุ่นหลังต่อไป จึงบัญญัติและสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ขึ้นสำหรับสหรัฐอเมริกา”

ด้วยความสำคัญของคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาดังกล่าว คำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ.1819 คดี Mc Culloch Maryland โดยนาย John Marshall ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้อ้างคำปรารภในคำพิพากษาว่า การกระทำของรัฐบาลกลาง (Federal Government) สามารถถลั้งการกระทำของรัฐบาลมลรัฐ (State Government) ได้ จึงถือได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนอเมริกัน

### 4.1.2 บิล อ็อฟ ไรท์ : บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 10 บทแรก (Bill of Rights : Amendments 1-10)

บิล อ็อฟ ไรท์ เป็นสิทธิของพลเมืองอเมริกันที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนโดยเป็นบทของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ 10 บทแรก และรับการให้สัตยาบันพร้อมกันในปี ค.ศ.1791 นอกจากบิล อ็อฟ ไรท์ ทั้ง 10 มาตราแล้ว ยังมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อ ๆ มา จึงถือได้ว่าทั้งบิล อ็อฟ ไรท์ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อมาเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนอเมริกันเช่นเดียวกัน ซึ่งสามารถสรุปขอบเขตเสรีภาพได้ ดังนี้

<sup>23</sup> ปัญญา อุดชาชน. สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 16 เล่มที่ 46. มกราคม - เมษายน 2557.

**4.1.3 เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ** กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ได้ประกาศใช้ในปี ค.ศ.1789 จนถึงปัจจุบัน ค.ศ.2016 มีอายุนานถึง 229 ปี แรกเริ่มดั้งเดิมมีเนื้อหาเพียง 7 มาตราเท่านั้น ประกอบด้วย

มาตรา 1 ข้อที่ 1 กำหนดเรื่องโครงสร้างและหน้าที่ของสภาองเกรสโดยให้ทำหน้าที่ทางนิติบัญญัติ ซึ่งประกอบไปด้วยสภาสูง (Senate) และสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives)

มาตรา 1 ข้อที่ 2 ถึงข้อที่ 7 เป็นการกำหนดจำนวนผู้แทนในแต่ละสภา คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นผู้แทน การเลือกสมาชิกสภาองเกรส กระบวนการที่ใช้ในการตรารัฐธรรมนูญ วิธีการพิจารณาถอดถอนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้พ้นจากตำแหน่ง (Impeachment)

มาตรา 1 ข้อที่ 9 และข้อที่ 10 เป็นบทจำกัดอำนาจบางอย่างของสภาองเกรสและมลรัฐต่าง ๆ

มาตรา 2 ข้อที่ 1 ถึงข้อที่ 4 เป็นการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหาร กำหนดอำนาจฝ่ายบริหารโดยให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี รวมทั้งคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นประธานาธิบดี และรองประธานาธิบดี วิธีการเลือกตั้ง การสาบานตนเข้ารับตำแหน่ง วิธีการและข้อกำหนดอันเป็นมูลฐานที่จะทำให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่ง

มาตรา 3 ข้อที่ 1 เป็นการกำหนดอำนาจตุลาการให้อยู่กับศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลชั้นรองอื่น ๆ ตามที่สภาองเกรสเห็นสมควรจัดตั้งขึ้น

มาตรา 3 ข้อที่ 2 การกำหนดอำนาจของฝ่ายตุลาการและขอบเขตอำนาจของศาลชั้นต้นและขอบเขตอำนาจของศาลอุทธรณ์และการฎีกาของศาลสูง

มาตรา 4 กำหนดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐต่าง ๆ ที่พึงมีต่อกันและความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐทั้งหลายกับรัฐบาลกลาง

มาตรา 4 ข้อที่ 1 การยอมรับและศรัทธาต่อสิทธิที่บุคคลได้มาโดยกฎหมายระหว่างมลรัฐ (Full Faith and Credit)

มาตรา 4 ข้อที่ 2 การให้เอกสิทธิ (Privileges) และความคุ้มครองพลเมืองของมลรัฐอื่น ๆ และการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างมลรัฐต่าง ๆ

มาตรา 4 ข้อที่ 3 บทบัญญัติว่าด้วยการรับมลรัฐใหม่เข้ามารวมอยู่ในสหพันธรัฐด้วยอำนาจการตัดสินใจของสภาองเกรสในการจัดการเกี่ยวกับดินแดนและทรัพย์สินอื่น ๆ

มาตรา 4 ข้อที่ 4 การที่รัฐบาลกลางจะต้องเป็นผู้ดูแลว่าทุกมลรัฐต้องมีการปกครองแบบสาธารณรัฐ การคุ้มครองมลรัฐต่าง ๆ ให้ปลอดภัยจากการรุกรานภายนอก และการที่รัฐบาลกลางจะช่วยเหลือมลรัฐต่าง ๆ ในการระงับความไม่สงบเรียบร้อยภายในแต่ละมลรัฐ

มาตรา 5 ว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมทั้งวิธีการดำเนินการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 6 เป็นผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเช่นเรื่องหนี้สิน สัญญา และอื่น ๆ คักดิ์สูงสุดของกฎหมายซึ่งกำหนดให้รัฐธรรมนูญ กฎหมายและสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดในแผ่นดิน และผู้พิพากษาทั้งหลายในมลรัฐต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตามโดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นภายในแต่ละมลรัฐจะกำหนดไว้ในทางตรงกันข้ามหรือไม่ก็ตาม ในมาตรา 6 นี้กำหนดต่อไปว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการของสหรัฐอเมริกาหรือของมลรัฐต่าง ๆ ต้องสาบานตน (Oath) ในการเข้ารับตำแหน่งและจะต้องสนับสนุนรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 7 มาตราสุดท้าย เกี่ยวกับการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ

#### 4.1.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกบัญญัติไว้ในหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญ (Article V Amendment of Constitution) โดยการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดำเนินได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกโดยรัฐสภา (The Congress) ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของทั้งสองสภา เสนอ และกรณีที่สองโดยรัฐสภาของมลรัฐ จำนวน 2 ใน 3 ขึ้นไปของหลาย ๆ มลรัฐ ประชุมเพื่อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจากสภาของมลรัฐตั้งแต่ 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมดได้ให้สัตยาบันด้วยเหตุนี้ การให้สัตยาบันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละครั้งจึงใช้ระยะเวลาที่แตกต่างกัน

4.1.4.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1 เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาและการเมือง (Religions and political freedom) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ รัฐสภาจะตรากฎหมายสถาปนาศาสนาไม่ได้ หรือจะตรากฎหมายห้ามการปฏิบัติศาสนกิจไม่ได้ หรือจะตัดทอนเสรีภาพในการพูด การตีพิมพ์ หรือการที่ประชาชนจะชุมนุมโดยสงบ และการร้องทุกข์ต่อรัฐบาลเพื่อขจัดความทุกข์ร้อนของประชาชนไม่ได้

4.1.4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 2 เกี่ยวกับสิทธิในการถืออาวุธ (Right to bear arm) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ กองกำลังอาสาสมัครที่มีวินัยเป็นสิ่งจำเป็นในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ดังนั้น สิทธิของประชาชนที่จะมีและถืออาวุธจะต้องไม่ถูกล่วงละเมิด

4.1.4.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 3 เกี่ยวกับการไม่ให้ทหารเข้าพักในบ้าน (Quartering soldiers) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ การห้ามทหารเข้ามาพักในบ้าน

ในยามสงบเด็ดขาดโดยปราศจากการยินยอมของเจ้าของบ้าน แม้กระทั่งในยามสงครามก็ตาม แต่อาจยกเว้นได้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย

4.1.4.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 4 เกี่ยวกับการห้ามค้นและยึดสิ่งของ โดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ (Unreasonable searches and seizures) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ สิทธิของประชาชนในการรักษาความปลอดภัยของตนเอง บ้านเรือน เอกสารและสิ่งของจะต้องไม่ถูกค้นหรือถูกยึดโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ รวมทั้งหมายค้น เว้นแต่มีเหตุผลเพียงพอ โดยการสาบานหรือการยืนยันและระบุสถานที่ที่จะค้น รวมถึงระบุการจับบุคคลและยึดสิ่งของอย่างชัดเจน

4.1.4.5 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หลักนิติธรรม และค่าชดเชยที่เป็นธรรม (Criminal actions - Provisions concerning - Due process of law and just compensation dances) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ การดำเนินคดีอาญาจะกระทำมิได้ถ้าไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากคณะลูกขุนใหญ่ เว้นแต่กรณีที่เกิดขึ้นในกองทัพบก กองทัพเรือ หรือกองกำลังอาสาสมัครในขณะสงครามหรือในขณะที่มีภัยอันตรายต่อสาธารณะ นอกจากนี้บุคคลจะต้องไม่ถูกพิจารณาโทษในเรื่องเดียวกัน 2 ครั้ง บุคคลจะต้องไม่เป็นพยานกล่าวโทษตนเองในคดีอาญา บุคคลจะไม่ถูกกีดกันหรือถูกลิดรอนสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากหลักนิติธรรมและเมื่อทรัพย์สินถูกนำไปใช้ประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมได้รับค่าชดเชยที่เป็นธรรม

4.1.4.6 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 6 เกี่ยวกับสิทธิของผู้ที่ถูกกล่าวหา (Rights of the accused) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ กระบวนการฟ้องร้องทางอาญาทุกคดี ผู้ถูกกล่าวหาจะมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีในศาลโดยเปิดเผยและรวดเร็ว โดยมีคณะลูกขุนที่เป็นกลางในเขตหรือมลรัฐที่เกิดคดีอาญา ผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาโดยละเอียด มีสิทธิเจอปยานที่กล่าวหาตน มีสิทธิเรียกพยานฝ่ายตนมาให้การและมีสิทธิที่จะมีทนายว่าความให้

4.1.4.7 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 7 เกี่ยวกับสิทธิการมีคณะลูกขุนในคดีแพ่ง (Trial by Jury in Civil Cases) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ ตามกฎหมาย Common Law ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินราคาเกิน 20 เหรียญสหรัฐ คู่กรณีมีสิทธิที่จะมีคณะลูกขุนดำเนินคดี เมื่อคณะลูกขุนได้พิจารณาคดีไปแล้ว ห้ามมิให้ศาลสหรัฐอื่นใดไปพิจารณาอีก

4.1.4.8 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 8 เกี่ยวกับการประกันตัวและการลงโทษ (Bail - Punishment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ ห้ามตั้งราคาประกันไว้สูงเกินเหตุ การปรับก็ห้ามปรับจนเกินเหตุ และห้ามลงโทษด้วยวิธีการที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ

4.1.4.9 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 9 เกี่ยวกับสิทธิที่ควรมีอยู่ของพลเมือง (Rights retained by people) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ สิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้กับพลเมืองแล้วนั้น ห้ามนำมาตีความที่จะยกเลิกหรือลดลงโดยเด็ดขาด

4.1.4.10 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 10 เกี่ยวกับอำนาจที่สงวนไว้ให้มลรัฐและประชาชน (Powers reserved to states or people) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1791 กล่าวคือ อำนาจใดที่มีได้มอบให้รัฐบาลสหรัฐ และมีได้ห้ามให้บรรดามลรัฐที่มีอยู่ อำนาจทั้งหลายเหล่านี้ย่อมต้องเป็นของมลรัฐและประชาชน

4.1.4.11 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 11 เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตุลาการศาลสหรัฐ (Suits against states-Restriction of Judicial Power) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1798 กล่าวคือ อำนาจของฝ่ายตุลาการสหรัฐจะไม่ครอบคลุมไปถึงคดีความที่พลเมืองสหรัฐหรือพลเมืองของมลรัฐ รวมทั้งพลเมืองของต่างประเทศมาฟ้องร้องต่อมลรัฐได้

4.1.4.12 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 12 เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี (Election of the President and Vice-President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. 1804

4.1.4.13 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 เกี่ยวกับการเลิกทาส (Slavery prohibited) และอำนาจในการรักษากฎหมายของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Power to enforce amendment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1865 กล่าวคือ ห้ามการมีทาสและการเกณฑ์แรงงานภายในเขตอำนาจของสหรัฐ เว้นแต่เป็นการลงโทษอาชญากรรมตามกฎหมายเท่านั้น รวมถึงรัฐสภามีอำนาจที่จะบังคับใช้มาตรานี้ โดยการตราเป็นกฎหมายตามความเหมาะสม

4.1.4.14 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองสหรัฐ (Citizens of the United States) การแบ่งสัดส่วนและลดจำนวนผู้แทนราษฎร (Representatives-Power to reduce apportionment) การขาดคุณสมบัติดำรงตำแหน่ง (Disqualification to hold office) หนี้สาธารณะ หนี้และค่าเสียหายจากการจลาจล (Public debt not to be questioned-Debts of the Confederacy and claims not to be paid) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1868 บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 นี้ ต้องเป็นบทที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพราะรองรับสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค (The Equality) และหลักวิถีทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) ซึ่งหมายถึง กระบวนการและวิถีทางตามกฎหมายที่การปฏิบัติใด ๆ จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ปี ค.ศ.1954 ระหว่าง Linda Brown และ Board of Education เนื่องจาก Linda Brown เด็กหญิงผิวดำถูกปฏิเสธมิให้เข้าเรียนเกรด 5 ในโรงเรียนเมือง Topdka มลรัฐ Kansas ศาลสูงสุดสหรัฐตัดสินว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดกับหลักความเสมอภาค



4.1.4.15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 เกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งของพลเมืองจากเชื้อชาติและสีผิว (Right of Citizens to vote-Race or color not to disqualify) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1870 กล่าวคือ สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐเนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว หรือเงื่อนไขที่เคยเป็นเข้ารับใช้มาก่อนไม่ได้

4.1.4.16 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 16 เกี่ยวกับภาษีเงินได้โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1913 กล่าวคือ รัฐสภา (The Congress) มีอำนาจกำหนดและเก็บภาษีเงินได้ไม่ว่าจะมีแหล่งที่มาอย่างไร โดยไม่ต้องแบ่งส่วนระหว่างมลรัฐต่าง ๆ และไม่ต้องคำนึงถึงสำมะโนประชากรหรือการนับจำนวนพลเมืองอย่างใด

4.1.4.17 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 เกี่ยวกับที่มาจำนวนคะแนนเสียงและคุณสมบัติสมาชิกวุฒิสภา โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1913 กล่าวคือ วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจากแต่ละมลรัฐ ๆ ละ 2 คน ดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี โดยแต่ละคนมีคะแนนเสียงได้ 1 เสียงสำหรับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาเหมือนกับคุณสมบัติผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติของมลรัฐ

4.1.4.18 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 18 เกี่ยวกับการห้ามของมีนเมา (National prohibition-Intoxicating Liquors) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1919 กล่าวคือ ภายหลังจากการให้สัตยาบันแล้ว ให้ถือว่าการผลิต การขาย การขนส่งภายใน การนำเข้าหรือส่งออกซึ่งเครื่องดื่มของมีนเมาภายในสหรัฐหรือดินแดนในอำนาจของสหรัฐเพื่อการบริโภคถือเป็นการกระทำที่ต้องห้าม

4.1.4.19 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 19 เกี่ยวกับสิทธิสตรีออกเสียงเลือกตั้ง (Women Suffrage) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1920 กล่าวคือ สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐอันเนื่องมาจากเพศไม่ได้

4.1.4.20 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 20 เกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ (Executive and Legislative department-terms of elective officers) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1933 กล่าวคือ วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีสิ้นสุดลงเวลาเที่ยงของวันที่ 20 มกราคม และวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงเวลาเที่ยงของวันที่ 3 มกราคมแห่งปีวาระการดำรงตำแหน่งเหล่านี้ควรจะสิ้นสุดลงแม้ว่ามาตรานี้จะไม่ได้ได้รับการให้สัตยาบัน และให้วาระการดำรงตำแหน่งของผู้สืบทอดเริ่มต้นต่อไป

4.1.4.21 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 21 เกี่ยวกับการยกเลิกบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 18 (Repeal of Eighteenth Amendment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1933 กล่าวคือ ให้ยกเลิกบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 18

4.1.4.22 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22 เกี่ยวกับสมัยดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดี (Terms of Office of the President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1951 กล่าวคือ บุคคลใดจะได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าสองครั้งไม่ได้ และบุคคลใดเมื่อดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าสองปีในวาระดำรงตำแหน่งของผู้อื่นที่ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีแล้ว จะได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่าอีกหนึ่งครั้งไม่ได้ มาตรานี้มีผลบังคับใช้แก่บุคคลที่ได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่แล้วในขณะที่รัฐสภาได้เสนอมาตรานี้อยู่และจะบังคับใช้มาตรานี้ป้องกันบุคคลที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีอยู่แล้ว ไม่ให้ดำรงตำแหน่งหรือรักษาการในตำแหน่งประธานาธิบดีต่อไปจนครบวาระที่เหลืออยู่ไม่ได้

4.1.4.23 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 เกี่ยวกับผู้ออกเสียงเลือกตั้งเขต District (Representation in the electoral college to the District of Columbia) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1961 กล่าวคือ ให้เขต District อันเป็นที่ตั้งรัฐบาลแห่งสหรัฐ มีอำนาจวิธีการตามที่รัฐสภากำหนดผู้มีหน้าที่เลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีให้มีจำนวนเท่ากับจำนวนสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรวมกันตามที่เขต District จะพึงมีในรัฐสภาเสมือนเป็นมลรัฐหนึ่ง แต่จะต้องมีไม่เกินจำนวนผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของมลรัฐที่มีพลเมืองน้อยที่สุด ผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของเขต District นี้ เป็นจำนวนเพิ่มเติมผู้มีหน้าที่เลือกตั้งที่ได้รับแต่งตั้งจากมลรัฐต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ให้ถือว่าผู้มีหน้าที่เลือกตั้งของเขต District นี้ ได้รับแต่งตั้งจากมลรัฐให้มาร่วมประชุมในเขต District และกระทำหน้าที่ดังที่บัญญัติไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมบทที่ 12

4.1.4.24 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 เกี่ยวกับคุณสมบัติผู้เลือกตั้ง (Qualification of electors) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1964 กล่าวคือ สหรัฐและมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือรอนสิทธิประชาชนแห่งสหรัฐในอันที่จะออกเสียงเลือกตั้งขั้นต้น หรือการเลือกตั้งอื่น เพื่อเลือกประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดี หรือเพื่อเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในรัฐสภา ด้วยเหตุที่เป็นผู้ขาดชำระภาษีเลือกตั้งหรือภาษีอื่นมิได้

4.1.4.25 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 25 เกี่ยวกับการสืบทอดตำแหน่งประธานาธิบดี (Succession to Office of President) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1967 กล่าวคือ กรณีประธานาธิบดีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง ตาย หรือลาออก ให้รองประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี

4.1.4.26 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 26 เกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งของผู้มีอายุ 18 ปี (Eighteen year old voting rights) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1971 กล่าวคือ สหรัฐและมลรัฐจะปฏิเสธหรือรอนสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของประชาชนที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปไม่ได้

4.1.4.27 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 27 เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวข้องกับอัตราเงินเดือน (The Compensation) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ.1992 กล่าวคือ กฎหมายใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับอัตราเงินเดือนของสมาชิกวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรจะมีผลบังคับใช้ไม่ได้ จนกว่าภายหลังการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมัยต่อไป

### สรุปการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	มาตรา	ประเด็น
ครั้งที่ 1 ปี ค.ศ.1787 - 1791	1	- เสรีภาพในการนับถือศาสนา - เสรีภาพในการพูด - เสรีภาพในการร่วมชุมนุมกันโดยสงบ - เสรีภาพในการยื่นร้องทุกข์ต่อรัฐบาล
ครั้งที่ 2 ปี ค.ศ.1787 - 1791	2	- สิทธิและเสรีภาพในการถือศาสตราวุธ
ครั้งที่ 3 ปี ค.ศ.1787 - 1791	3	- สิทธิและเสรีภาพในเคหสถาน
ครั้งที่ 4 ปี ค.ศ.1787 - 1791	4	- สิทธิและเสรีภาพในความปลอดภัยทางร่างกาย - สิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สิน
ครั้งที่ 5 ปี ค.ศ.1787 - 1791	5	- สิทธิที่จะถูกพิจารณาคดีด้วยคณะลูกขุน - สิทธิและเสรีภาพในการได้รับความคุ้มครองการลงโทษซ้ำในความผิดเดียวกันจากรัฐไม่ได้ - สิทธิและเสรีภาพในการไม่ถูกบังคับให้กลับคำให้การตนเองในคดีอาญา
ครั้งที่ 6 ปี ค.ศ.1787 - 1791	6	- สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย
ครั้งที่ 7 ปี ค.ศ.1787 - 1791	7	- สิทธิและเสรีภาพในการได้รับการพิจารณาคดีจากลูกขุนแล้วจะมีการพิจารณาใหม่เป็นอย่างอื่นไม่ได้
ครั้งที่ 8 ปี ค.ศ.1787 - 1791	8	- สิทธิที่จะไม่ได้รับการลงโทษอย่างโหดร้ายและทารุณหรือผิดปกติวิสัย

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	มาตรา	ประเด็น
ครั้งที่ 9 ปี ค.ศ.1787 - 1791	9	- สิทธิในการตีความรัฐธรรมนูญจะตีความไปในการตีตรอนสิทธิของผู้อื่นไม่ได้
ครั้งที่ 10 ปี ค.ศ.1787 - 1791	10	- สิทธิที่รัฐธรรมนูญมิได้มอบหมายไว้ให้เป็นของสหรัฐแต่ให้เป็นของมลรัฐและประชาชน
ครั้งที่ 13 ปี ค.ศ.1865	13	- สิทธิและเสรีภาพในหลักประกันความไม่เป็นทาสโดยไม่สมัครใจ
ครั้งที่ 14 ปี ค.ศ.1865	14	- สิทธิในการได้รับความคุ้มครองว่ามลรัฐจะออกกฎหมายใดๆ ที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์หรือความคุ้มครองของสหรัฐไม่ได้
ครั้งที่ 15 ปี ค.ศ.1870	15	- สิทธิในหลักประกันเรื่องเชื้อชาติแลสีผิว
ครั้งที่ 19 ปี ค.ศ.1920	19	- สิทธิและเสรีภาพในการออกเสียงเลือกตั้งโดยไม่มีภารกิจกันทางเพศ
ครั้งที่ 20 ปี ค.ศ.1933	1	- วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี
ครั้งที่ 21 ปี ค.ศ.1933	2	- การห้ามการขนส่งหรือนำเข้าเครื่องดื่มของมึนเมา
ครั้งที่ 22 ปี ค.ศ.1951	1	- การดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีเกินกว่า 2 ครั้งไม่ได้
ครั้งที่ 23 ปี ค.ศ.1961	1	- ผู้มีหน้าที่เลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีในเขต District
ครั้งที่ 24 ปี ค.ศ.1964	1	- การรอนสิทธิประชาชนแห่งสหรัฐในการออกเสียงมิได้
ครั้งที่ 25 ปี ค.ศ.1967	1 และ 2	- การสืบทอดตำแหน่งประธานาธิบดี และรองประธานาธิบดี
ครั้งที่ 26 ปี ค.ศ.1971	1	- สิทธิผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งที่มีอายุ 18 ปี
ครั้งที่ 27 ปี ค.ศ.1992	1	- อัตราเงินเดือนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา

## 4.2 การแต่งงานเพศเดียวกันของคนอเมริกัน<sup>24</sup>

### 4.2.1 คดี Obergefell v. Hodges

ก่อนที่จะมีคดี Obergefell v. Hodges การสมรสระหว่างคู่อภิเษกเพศเป็นไปตามกฎหมายมลรัฐ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา (The U.S. Constitution) บัญญัติว่า เรื่องดังกล่าวควรปล่อยให้เป็นการตัดสินใจของแต่ละมลรัฐเอง โดยแต่ละมลรัฐอาจจะรับรองหรือไม่รับรองการสมรสระหว่างเพศเดียวกันโดยแสดงออกทางการกระทำทางตุลาการหรือทางนิติบัญญัติก็ได้ เช่น รัฐ Massachusetts รับรองให้มีการสมรสระหว่างเพศเดียวกันได้ตามคำพิพากษาศาลสูงสุดของรัฐ Massachusetts ในคดี Goodridge v Department of Public Health ในปี ค.ศ.2004 อันเป็นการกระทำทางตุลาการ หรือรัฐ Minnesota อาจรับรองการสมรสเพศเดียวกันในรูปของพระราชบัญญัติอันเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ เช่นเดียวกับรัฐ Texas หรือ Alabama ก็อาจเลือกที่จะไม่รับรองการสมรสระหว่างคู่อภิเษกเพศ ทั้งนี้ เพราะประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองแบบสหพันธรัฐ (federalism) ซึ่งแต่ละมลรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองตราบท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐ และที่ผ่านมามีคดี Obergefell v. Hodges ก็ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาว่าการไม่รับรองทะเบียนสมรสให้คู่อภิเษกเพศขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐฯ แต่อย่างใด

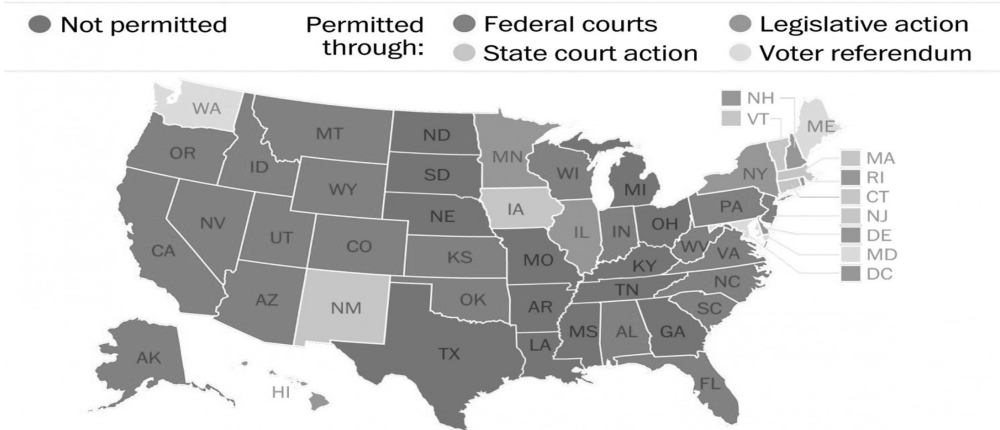
การต่อสู้เพื่อให้การสมรสของคนเพศเดียวกันถูกกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีมาอย่างยาวนานโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับมลรัฐ การต่อสู้ทางการเมืองที่สำคัญครั้งหนึ่งที่รัฐแคลิฟอร์เนียเป็นการต่อต้านข้อเสนอร่างกฎหมายที่ห้ามคนเพศเดียวกันสมรสกัน กล่าวคือ รัฐแคลิฟอร์เนียเคยออกกฎหมายอนุญาตให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้ และมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับคู่สมรสหญิงชาย หลังจากกฎหมายดังกล่าวนี้ออกมาไม่นานก็เกิดการต่อต้านอย่างมากจากกลุ่มคนบางกลุ่มโดยเฉพาะกลุ่มคนที่เคร่งศาสนา ถึงขั้นมีการฟ้องศาลให้ยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว แต่ในที่สุดศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมีคำพิพากษาให้กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ต่อไป เมื่อไม่สามารถต่อสู้กันในศาลได้ จึงเสนอแก้กฎหมายขึ้นมาแทน เรียกว่าร่างกฎหมายที่ให้ยกเลิกการสมรสของคนเพศเดียวกัน

ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐแคลิฟอร์เนีย และเปิดโอกาสให้ประชาชนลงมติว่าจะรับหรือไม่รับร่างกฎหมายนี้ ร่างดังกล่าวมีข้อความที่เป็นใจความสำคัญว่า “only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.” แปลว่าเฉพาะการสมรสระหว่างหญิงกับชายเท่านั้นที่มีความสมบูรณ์หรือเป็นที่รับรองในแคลิฟอร์เนีย

<sup>24</sup> วีจิก เจริญสุข และปณตพร ชโลธร. การแต่งงานของคนเพศเดียวกัน. วารสารศาลยุติธรรม. ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มีนาคม 2559. หน้า 38 - 44.

ท้ายสุดแล้วเมื่อเดือนพฤศจิกายน 2008 ประชาชนมีมติรับร่างกฎหมายนี้ส่งผลให้การสมรสของคนเพศเดียวกันในแคลิฟอร์เนียไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป หลังจากที่กฎหมายมีผลใช้บังคับซึ่งเป็นวันเดียวกับวันที่ประธานาธิบดีโอบามาชนะการเลือกตั้งสมัยแรก ก็เกิดการเดินขบวนประท้วงมากมายและนำมาสู่การนำคดีขึ้นสู่ศาลระดับสหพันธรัฐหรือ federal court เป็นคดีระหว่าง Kris Perry & Sandy Stier and Jeff Zarrillo & Paul Katami (เรียกรวมชื่อโจทก์ว่า Perry) กับจำเลยคือ Schwarzenegger ซึ่งเป็นผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนียในขณะนั้น ในเดือนพฤษภาคม 2009 ที่ ศาล U.S. District Court for the Northern District of California เพื่อให้ศาลตัดสินว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (Federal Constitution) หรือไม่ จำเลยในคดีนี้ซึ่งก็คือ Schwarzenegger ประกาศว่าไม่สนับสนุนกฎหมายและจะไม่ต่อสู้คดีในศาล

### The state of same-sex marriage



Note: A previous version of this map incorrectly classified how same-sex marriage was legalized in New Jersey.

Source: Freedom to Marry

THE WASHINGTON POST

แผนภาพนี้แสดงความชอบด้วยกฎหมายของการสมรสของคนเพศเดียวกันในแต่ละรัฐก่อนคำพิพากษาในคดี Obergefell v. Hodges โดยแต่ละสีมีความหมาย ดังนี้

- สีเขียว การสมรสของคนเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลระดับสหพันธรัฐ
- สีฟ้าอ่อน การสมรสของคนเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลระดับมลรัฐ
- สีแดง ไม่อนุญาตให้มีการสมรสของคนเพศเดียวกัน
- สีเทาเข้ม การสมรสของคนเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายจากการออกกฎหมาย
- สีเทาอ่อน การสมรสของคนเพศเดียวกันชอบด้วยกฎหมายจากการลงประชามติ

ต่อมาเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2010 ผู้พิพากษา Vaughn Walker มีคำพิพากษาว่า กฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นการเลือกปฏิบัติ ผู้ที่สนับสนุนกฎหมายสององค์กรชื่อว่า ProtedMarriage.com นำโดยวุฒิสมาชิก Dennis Hollingsworth และกลุ่ม Campaign for California Families ขอเข้ามาเป็นจำเลยแทน ชื่อคู่ความจึงเปลี่ยนเป็น Hollingsworth v. Perry ยื่นอุทธรณ์ต่อ U.S. Court of Appeals for Ninth Circuit ซึ่งเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ และในวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2012 U.S. Court of Appeals for Ninth Circuit มีคำพิพากษายืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้น กล่าวว่าการกฎหมายไม่ได้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใด ๆ และไม่มีผลใด ๆ นอกเหนือไปจากลดสถานะและศักดิ์ศรีของเกย์และเลสเบี้ยนในแคลิฟอร์เนีย และจัดประเภทของความสัมพันธ์และครอบครัวของเกย์และเลสเบี้ยนอย่างเป็นทางการให้อยู่ในสถานะที่ด้อยกว่าคู่รักเพศตรงข้าม

ต่อมาได้มีการขออนุญาตฎีกาคดีนี้ไปยังศาลฎีกาของสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศ และศาลฎีกาได้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2013 โดยไม่ได้ตัดสินในเนื้อหาของ การห้ามการแต่งงานของคนเพศเดียวกันของมลรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศหรือไม่ แต่ตัดสินในประเด็นกฎหมายวิธีพิจารณาว่าผู้ฎีกาในที่นี้คือ Hollingsworth ไม่มีสิทธิยื่นฎีกาเพราะไม่ใช่คู่ความ โดยชอบ และกรณีต้องบังคับตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นในคดีนี้ เท่ากับว่าการกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับในแคลิฟอร์เนียและคู่รักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้ ในแคลิฟอร์เนีย ปล่อยให้แต่ละมลรัฐยังคงมีความแตกต่างเรื่องการสมรสของคนเพศเดียวกันต่อไป

#### 4.2.2 คำพิพากษาของ The U.S. Supreme Court

ความหลากหลายของกฎหมายในแต่ละมลรัฐดังกล่าวเกิดเป็นประเด็นปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหรัฐฯ ขึ้นสู่ศาลสูงสหรัฐอเมริกาอยู่เป็นเนื่อง ๆ จนกระทั่งคดีล่าสุดคือ Obergefell v. Hodges ในปี ค.ศ.2015 โดยคดีนี้มีประเด็นว่ากฎหมายมลรัฐ (state law) ที่ระบุให้ การสมรสนั้นมีได้เฉพาะระหว่างคู่สมรสต่างเพศนั้นขัดต่อ The U.S. Constitution หรือไม่ และในคดีดังกล่าว ศาลสูงฯ โดยมติเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 เห็นว่ากฎหมายมลรัฐที่ห้ามมิให้คู่รักร่วมเพศจดทะเบียนสมรสขัดต่อ The U.S. Constitution โดยผลของคำพิพากษานี้ทำให้ทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่ต้องรับจดทะเบียนสมรสระหว่างคู่รักร่วมเพศ โจทก์ในคดีดังกล่าวคือ Jim Obergefell โดย Obergefell มีความสัมพันธ์ฉันท์สามีภรรยา กับ John Arthur มาเป็นระยะเวลากว่า 22 ปีก่อนที่ Arthur จะเสียชีวิต Obergefell ขอให้ศาลรับรองการสมรสตามกฎหมายของรัฐแมรีแลนด์ในมรณบัตรของ Arthur ผลของคดี Obergefell v. Hodges จำกัดอยู่เพียงแค่มลรัฐซึ่งเป็นฝ่ายมหาชนมีหน้าที่ต้องรับจดทะเบียนสมรสให้แก่คู่รักร่วมเพศเท่านั้น มิได้มีผลไปถึงการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ระหว่างเอกชนด้วยกัน เช่น ร้านอาหารที่เป็นเอกชนก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ให้คู่รักร่วมเพศเข้าใช้บริการได้

หากกฎหมายของมลรัฐนั้นมิได้ห้ามไว้ เป็นต้น ซึ่งขอบเขตดังกล่าวก็เป็นที่เข้าใจได้อยู่แล้วเนื่องจาก รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารที่วาดด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน กล่าวโดยเฉพาะก็คือเป็นเอกสารที่เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนว่าจะไม่ถูกลิดรอนโดยกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐ แต่ในทางกลับกันความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นอยู่ภายใต้หลักในเรื่อง เสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) นั้นเอง

ผู้พิพากษาที่ให้ความเห็นแย้งบางคนยังมีความเห็นในทำนองว่าการสมรสระหว่างเพศเดียวกันนั้นชอบธรรมในเชิงนโยบายแล้ว แต่ท่านก็ไม่เห็นด้วยกับกระบวนการในเชิงกฎหมาย เช่น Justice Roberts ได้กล่าวในส่วนของความเห็นแย้งว่า “Although the policy arguments for extending marriage to same-sex couples may be compelling, the legal arguments for requiring such an extension are not” กล่าวคือ “ถึงแม้เหตุผลเชิงนโยบายในการขยายการสมรสให้ครอบคลุมถึงคู่รักร่วมเพศจะฟังขึ้น แต่เหตุผลในทางกฎหมายนั้นฟังไม่ขึ้น” ส่วนความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างมากนั้น มองว่า “สิทธิในการสมรส” (right to marry) เป็นเสรีภาพ (liberty) ขั้นพื้นฐาน (fundamental) ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ตามหลัก Due Process Clause ซึ่งบรรจุอยู่ใน Fourteenth Amendment

กล่าวโดยสรุปแล้ว ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) โดยมติเสียงข้างมาก 5 : 4 เห็นว่า การสมรสเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การที่กฎหมายระดับมลรัฐบัญญัติห้ามการแต่งงานเพศเดียวกันของคนอเมริกันขัดต่อรัฐธรรมนูญ (The U.S. Constitution ค.ศ.1787 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14) โดยมีเหตุผลเนื่องจาก การสมรสเป็นเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคลที่บุคคลถึงมีสิทธิเลือกที่จะกำหนดสถานะตนเองไม่ว่าจะเป็นเพศใดก็ตาม การสมรสช่วยเสริมสร้างสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมในครอบครัว และการสมรสเป็นลักษณะพิเศษของการอยู่ร่วมกันของมนุษยชาติ

ส่วนที่ห้า วิเคราะห์การสมรสของคนเพศเดียวกันของประเทศไทยและร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

## 5.1 การสมรสของคนเพศเดียวกันของประเทศไทย

ประเทศไทยได้รับอิทธิพลภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิเสรีภาพ และหลักความเสมอภาคอย่างมากเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก สภาพสังคมไทยในปัจจุบันมีปรากฏเป็นข่าวอยู่บ่อยครั้งเกี่ยวกับการสมรสของคนเพศเดียวกันโดยเป็นการยอมรับในระดับชุมชนแต่ละชุมชนและ



เริ่มแพร่หลายมากยิ่งขึ้น ทำให้สังคมไทยที่ตั้งเดิมมีแนวคิดอนุรักษนิยมในการสมรสของคนต่างเพศได้เปลี่ยนแปลงไปสู่แนวคิดเสรีนิยมที่ให้ความสำคัญด้านสิทธิมนุษยชน สิทธิขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคของบุคคล กระแสเสรีนิยมดังกล่าวไปไกลถึงให้มีการยอมรับให้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... มาตรา 34 วรรคสอง (ฉบับของ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ) โดยได้เพิ่มเติมคำว่า “เพศสภาพ” เพื่อยืนยันหลักความเสมอภาคของบุคคลที่จิตใจไม่ตรงกับเพศที่กำหนด นอกจากนั้นยังได้มีการเสนอร่างกฎหมายเรียกว่า พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาพิจารณาต่อไปด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของกฎหมายไทยลักษณะครอบครัว บรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา 1488 ที่กำหนดไว้ว่า การสมรสจะทำได้ก็ต่อเมื่อ “ชายและหญิง” อายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์, มาตรา 1457 กำหนดว่า การสมรสตามกฎหมายจะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น และมาตรา 1458 การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อ “ชายหญิง” ยินยอมเป็นสามีภรรยาและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ และมาตรา 152 เรื่องต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ทำให้คู่สมรสตามกฎหมายไทยปัจจุบันต้องเป็นคู่สมรสชายหญิงเท่านั้น เพราะฉะนั้นมาตราต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นอุปสรรคต่อการสมรสของคู่สมรสเพศเดียวกันจะต้องได้รับการแก้ไขด้วยพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่จะออกมาใหม่ด้วย ในมุมมองของความหลากหลายทางเพศนั้น ไม่ใช่แค่คนรักเพศเดียวกันที่จะสามารถสมรสกันได้เมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวออกบังคับใช้ แต่ยังมีเรื่องคนข้ามเพศหรือบุคคลที่ได้รับการแปลงเพศแล้ว ดังนั้นการจะแก้ไขกฎหมายทางเพศ ต้องเริ่มจากการแก้ไขสถานะทางเพศของบุคคลที่แปลงเพศแล้ว ควบคู่ไปกับกฎหมายการสมรสของคนเพศเดียวกันด้วย

ความเป็นสากลของกฎหมายร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... ดังกล่าวประเทศทางตะวันตกหลายประเทศเช่น ประเทศเดนมาร์ก ฝรั่งเศส เวิร์มอนต์ แคลิฟอร์เนีย เยอรมัน ใช้กฎหมายรับรองการใช้ชีวิตคู่ลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัตินี้ ส่วนประเทศแคนาดา เบลเยียม สเปน แอฟริกาใต้ นอร์เวย์ สวีเดน โปรตุเกส ไอร์แลนด์ อาร์เจนติน่า ก็มีการแก้กฎหมายแพ่งพาณิชย์ลักษณะครอบครัว เพื่อให้มีการจดทะเบียนสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกัน แต่ในเอเชีย ยังไม่มีประเทศใดให้การยอมรับกฎหมายลักษณะนี้เลย ฉะนั้นถ้าหากไทยผ่านพระราชบัญญัตินี้ ก็จะเป็นประเทศแรกในเอเชีย ที่ให้การยอมรับเรื่องดังกล่าว

## 5.2 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

### 5.2.1 หลักการและเหตุผล

โดยที่ปัจจุบันมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากที่ใช้ชีวิตร่วมกันตั้งครอบครัวทั่วไป แต่สถานภาพของคู่ชีวิตดังกล่าวไม่มีกฎหมายรับรองไว้ จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมีได้ ซึ่งขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตามหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สมควรให้มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิตเพศเดียวกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

### 5.2.2 นิยามศัพท์

**มาตรา 1** พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....”

**มาตรา 2** พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

**มาตรา 3** ในพระราชบัญญัตินี้

“คู่ชีวิต หมายความว่า บุคคลสองคนซึ่งเป็นเพศเดียวกันและได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

“การจดทะเบียน” หมายความว่า การจดทะเบียนขอความลงในทะเบียนเพื่อความสมบูรณ์ทางกฎหมาย

“นายทะเบียน” หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ได้แต่งตั้งขึ้น

**มาตรา 4** ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

### 5.2.3 เงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต

**มาตรา 5** การจดทะเบียนคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กระทำได้เมื่อบุคคลมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ขึ้นไป และมีสัญชาติไทย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย

**มาตรา 6** การจดทะเบียนคู่ชีวิตจะกระทำได้ต่อเมื่อบุคคลนั้นสองฝ่ายแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วยการจดทะเบียนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

**มาตรา 7** การจดทะเบียนจะกระทำมิได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

1) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

2) ถ้าบุคคลทั้งคู่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดา หรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นที่เกิดโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

3) มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว

**มาตรา 8** การจดทะเบียนคู่ชีวิตในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

**5.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิต**

**มาตรา 9** ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

คู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเสมือนคู่สมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น เช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษีสิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและสิทธิอื่น ๆ ตามกฎหมาย

**5.2.5 ทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส**

**มาตรา 10** ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม

**5.2.6 การสิ้นสุดของการเป็นคู่ชีวิต**

**มาตรา 11** คู่ชีวิตยอมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การสมัครใจเลิกกัน โดยการจดทะเบียน หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน

**มาตรา 12** เหตุที่จะขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต มีดังต่อไปนี้

- 1) การฝ่าฝืนเงื่อนไขการจดทะเบียนคู่ชีวิต ตามหมวด 1 แห่งพระราชบัญญัตินี้
- 2) การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือ ถูกข่มขู่ และให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1505 ถึงมาตรา 1508 และมาตรา 1511 ถึงมาตรา 1513 มาบังคับใช้โดยอนุโลม
- 3) กรณีมีเหตุ ตามมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการพิจารณาเหตุตาม 3) แห่งมาตรานี้ ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1517 ถึงมาตรา 1519 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

**มาตรา 13** การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 5 มาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ไม่เป็นเหตุให้บุคคลที่จดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตเสื่อมเสียสิทธิที่ได้มาเพราะการจดทะเบียนคู่ชีวิตก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนการจดทะเบียนคู่ชีวิต แต่การจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ฝ่าฝืน มาตรา 7 ไม่ทำให้คู่ชีวิตเกิดสิทธิรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง

**มาตรา 14** ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยการสิ้นสุดแห่งการสมรส เช่น ผลการเพิกถอนการสมรส สิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ค่าทดแทน ค่าเลี้ยงชีพ และการจัดการทรัพย์สินกรณีการหย่า มาใช้บังคับการสิ้นสุดของการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยอนุโลม

## 5.2.7 มรดก

**มาตรา 15** ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดกมาใช้บังคับกับสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกของคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้โดยอนุโลม

## 5.2.8 บทวิเคราะห์

เมื่อประมวลประเด็นสำคัญตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ตามข้อ 5.2.1 - 5.2.7 ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ดังนี้

5.2.8.1 ร่างกฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นจากกระแสสิทธิมนุษยชน หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักความเสมอภาค ขณะเดียวกันได้รับอิทธิพลจากสังคมต่างประเทศ มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดกว้างให้คนเพศเดียวกันสามารถใช้ชีวิตคู่ได้โดยมีกฎหมายรองรับและเป็นการเปิดกว้างให้บุคคลมีทางเลือกมากขึ้นในการมีชีวิตคู่

5.2.8.2 เป็นการรับรองการสมรสของบุคคล 2 คน โดยไม่ได้มีการระบุเพศ นั้นแสดงว่าบุคคล 2 คนที่มีเพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้และจดทะเบียนถูกต้องภายใต้กฎหมายบัญญัติ

5.2.8.3 เป็นการยอมรับบุคคลที่มีสัญชาติไทย สามารถสมรสจดทะเบียนกับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นได้ และกฎหมายได้บัญญัติความสามารถในการสมรสเกี่ยวกับอายุของคู่สมรสเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว

5.2.8.4 เป็นการให้หลักประกันโดยมีการจดทะเบียนสมรสอย่างเป็นทางการของบุคคลเพศเดียวกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายและก่อให้เกิดสิทธิต่าง ๆ และนิติสัมพันธ์ตามมา

5.2.8.5 เป็นการเคารพในหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ระหว่างความสัมพันธ์ของคู่สมรสทั้งสอง โดยอยู่บนพื้นฐานที่ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติต่อกัน รวมถึงอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา

5.2.8.6 เป็นการยอมรับการจัดการทรัพย์สินของแต่ละคนโดยแยกเป็นทรัพย์สินเดิมและทรัพย์สินสมรสที่ได้มาหลังการสมรสในการหาร่วมกัน รวมถึงเป็นการเคารพหลักการทำสัญญาตามกฎหมายด้วย

5.2.8.7 เป็นการยอมรับการสิ้นสุดการสมรสโดยการหย่าด้วยความสมัครใจของคนทั้ง 2 นอกจากนั้น ยังสามารถฟ้องหย่าได้อีกด้วยหากเกิดจากความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามกฎหมาย

5.2.8.8 เป็นการยอมรับการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว โดยสามารถกระทำได้

5.2.8.9 เป็นการยืนยันให้เห็นว่าคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายนี้มีสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว และสามารถมีสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายอื่น ๆ ที่ได้รับรองสิทธิคู่สมรสต่างประเทศไว้

5.2.8.10 อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้มีข้อห้ามการสมรสของบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติใกล้ชิดไว้เช่นเดียวกัน และมีข้อสังเกตคือร่างกฎหมายฉบับนี้มิได้มีการบัญญัติเรื่องการหมั้นไว้ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว

## ส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 6.1 บทสรุป

ผลการศึกษาพบว่าแนวคิดการสมรสของคนเพศเดียวกัน (Same Sex Marriage) เป็นเรื่องของหลักกฎหมายมหาชนที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องคำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) หลักสิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties) และหลักความเสมอภาค

(Equality) แนวความคิดดังกล่าวมีความชัดเจนขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 โดยสมาคมจิตวิทยาแห่งสหรัฐอเมริกา (American Psychological Association) ได้มีมติลงคำว่ารักเพศเดียวกัน ออกจากรายการความผิดปกติ เมื่อปี ค.ศ. 1973 ดังนี้

“รักเพศเดียวกันไม่มีความหมายถึงความเลวทรามตามที่คิดและเชื่อกันมานานในสังคมทั่วไป หรือเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดมาจากพระเจ้า ซึ่งปัจจุบันจิตแพทย์ได้ให้ความเห็นอย่างรอบคอบว่า รักเพศเดียวกันไม่ได้ทำให้เกิดรูปแบบความผิดปกติทางเพศใด ๆ”

นอกจากนั้นองค์กรอนามัยโลกก็ได้มีความเห็นว่ารักเพศเดียวกันมิใช่อาการเจ็บป่วยทางจิต หรือเป็นความผิดปกติ โดยมีงานวิจัยยืนยันว่าความสัมพันธ์แบบรักเพศเดียวกันไม่เกี่ยวข้องกับ ความผิดปกติทางจิตแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ความเห็นในทางแพทย์ในทิศทางดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สามารถบังเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่อิทธิพลของศาสนาคริสต์ยังมีบทบาทน้อยลงในทางการเมือง โดยแตกต่างไปจากช่วงระยะเวลาก่อนกลางศตวรรษที่ 19 ซึ่งศาสนาคริสต์ยังมีอิทธิพลอยู่อย่างมาก และส่งผลต่อการดำเนินนโยบายและการบัญญัติกฎหมายของแต่ละรัฐที่มีศาสนาคริสต์เป็นศาสนาประจำชาติ ทั้งอังกฤษ ฝรั่งเศส และประเทศเจ้าอาณานิคมต่าง ๆ จึงอยู่ภายใต้การกำกับของแนวความคิดของศาสนาคริสต์ บทบาทของศาสนาคริสต์ที่ลดน้อยลงในทางการเมืองเปิดทางในแนวความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) ได้เข้ามามีอิทธิพลเพิ่มมากขึ้น แนวความคิดแบบเสรีนิยมเห็นว่าบทบาทของรัฐควรมีอย่างจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องการรักษาความปลอดภัยในชีวิตของผู้คน กฎหมายควรบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องความสงบสุขของประชาชนในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกัน สำหรับการกระทำใดที่เป็นเรื่องของศีลธรรมและมิได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นโดยตรง ก็ไม่ใช่หน้าที่ของกฎหมาย หรืออำนาจรัฐที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องในลักษณะของการใช้อำนาจบังคับ บุคคลควรมีอำนาจในการตัดสินใจที่จะเลือกในสิ่งที่เห็นว่าเป็นประโยชน์กับตนเองมากที่สุด หลักการพื้นฐานแบบเสรีนิยมจึงแยกเอาการกระทำที่เป็นหลักศีลธรรมในทางศาสนาโดยถือว่าเป็นสิ่งที่บุคคลแต่ละคนสามารถเลือกได้ด้วยตนเอง แม้ว่าการกระทำนั้น ๆ อาจจะไม่สอดคล้องต่อคำสอนของศาสนาก็ตาม ดังนั้น การกำหนดให้พฤติกรรมรักเพศเดียวกันเป็นความผิดตามกฎหมายย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม

กรณีประเทศไทยการปฏิรูประบบกฎหมายให้ทันสมัยแบบตะวันตกในสมัยรัชกาลที่ 5 บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (2451) กำหนดให้การมีเพศสัมพันธ์ “ผิดธรรมดาตามนุษย์ด้วยชายก็ดีหญิงก็ดี” อันมีความหมายรวมถึงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันถูกจัดว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดซึ่งต้องได้รับการลงโทษ แต่ได้ลดโทษลงให้เหลือจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 3 ปี ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ขึ้นแทนกฎหมายลักษณะอาญาและบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวก็ได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่แต่อย่างใด อันเป็นผลให้การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันไม่เป็นความผิดอีกต่อไป สำหรับเหตุผลที่ไม่มีบทบัญญัติ

ในลักษณะดังกล่าวเนื่องจากไม่เกิดคดีขึ้นและไม่ควรนำมาบัญญัติเอาไว้เพราะอาจทำให้เข้าใจว่า สังคมไทยมีการกระทำเช่นนั้นมากอันเป็นเรื่องน่าอับอายแก่ประเทศชาติ ต่อมาได้มีความเคลื่อนไหว เกิดขึ้นในสังคมไทยโดยพยายามสร้างความชอบธรรมด้วยกฎหมาย (Legalization) เพื่อให้เกิด การยอมรับในสถานะของบุคคลในหลาย ๆ มิติ ทั้งนี้ เนื่องจากอิทธิพลกระแสแนวคิดเสรีนิยมและ อิทธิพลจากหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น มิติที่สำคัญคือแนวคิดการแต่งงานของ คนเพศเดียวกันโดยเริ่มจากการยอมรับในระดับท้องถิ่นจนมีการเสนอกฎหมายในขณะนี้เรียกว่า ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. .... นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน (The Taiwan Constitutional Court) ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม 2560 ว่า บุคคลเพศเดียวกันสามารถ แต่งงานกันได้ เนื่องจาก บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว หมวด 2 ที่ห้ามการสมรสในเพศเดียวกันขัดต่อความอิสราภาพตามมาตรา 22 ของรัฐธรรมนูญ และขัดต่อความ เสมอภาคตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

นับเป็นความก้าวหน้าของกฎหมายไทยที่มีแนวคิดการให้การรับรองสถานะของบุคคลโดยให้ บุคคลมีการสมรสเพศเดียวกันได้โดยถูกต้องตามกฎหมายและสอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ (Human Dignity) หลักสิทธิเสรีภาพ (Rights and Liberties) และหลักความเสมอภาค (Equality) หากประเทศไทยมีกฎหมายรองรับกรณีดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศ แรกที่ให้การยอมรับการสมรสของคนเพศเดียวกันในเอเชีย แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ต้องคำนึงอย่างมาก คือ กฎหมายต้องสอดคล้องกับขนบธรรมเนียมประเพณี สังคม วัฒนธรรม ค่านิยม และศาสนาของ ประเทศนั้น ๆ ชาวไทยส่วนใหญ่นับถือพุทธศาสนาที่เป็นปรัชญาให้คนทำความดี ละเว้นความชั่ว และทำจิตใจให้ผ่องใส ซึ่งมีความสอดคล้องกับหลักนิติธรรม หลักประชาธิปไตย หลักสิทธิมนุษยชน ในการนี้ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... ดังนี้

6.2.1 เพื่อให้มีเหตุผลในประเด็นต่าง ๆ ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวอย่างลึกซึ้ง และมีความ เป็นระบบในการเสนอร่างกฎหมายว่าเกี่ยวข้องกับกฎหมายเดิมอะไรบ้างและต้องแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายเดิมอย่างไร เห็นควรส่งร่างกฎหมายนี้ให้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (The Law Reform Commission) ได้พิจารณาเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของรัฐสภา

6.2.2 เพื่อให้สอดคล้องกับขนบธรรมเนียมประเพณี สังคมของไทย เห็นควรให้มีการศึกษาวิจัย ในทางวิชาการมากขึ้น ทั้งในส่วนของคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติและวิทยานิพนธ์ระดับบัณฑิตศึกษา

6.2.3 เพื่อให้ได้ข้อคิดเห็นโดยการมีส่วนร่วมของประชาชน เห็นควรจัดทำประชาพิจารณ์ ร่างกฎหมาย (Public Hearing in Bill) ฉบับนี้กับกลุ่มเป้าหมายทุกภาคส่วน รวมถึงการยอมรับและ ผลกระทบภาคสังคมที่อาจเกิดขึ้น

## บรรณานุกรม

### หนังสือและวารสาร

กุลพล พลวัน. สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ : ที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร. 2527.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายแพ่ง เล่ม 1. สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร. 2538.

ปัญญา อุดชาชน. สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 16 เล่มที่ 46 กรุงเทพมหานคร. มกราคม - เมษายน 2557.

ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ. รายงานการวิจัยเรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. สถาบันพระปกเกล้า นนทบุรี. 2547.

วิกิจ เจริญสุข และปณตพร ชโลธร. การแต่งงานของคนเพศเดียวกัน. วารสารศาลยุติธรรม. ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มีนาคม 2559.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. บุคคลเพศหลากหลายในระบบกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. กรุงเทพมหานคร. 2556.

### วิทยานิพนธ์

จักรกฤษณ์ กาญจนศุภย์. วิทยานิพนธ์เรื่อง การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลโดยกฎหมาย. ภาควิชานิติศาสตร์. บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพมหานคร. 2524.

ณนุช คำทอง. วิทยานิพนธ์เรื่อง การสมรสของพวกรักร่วมเพศ. คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร. 2546.

### ภาษาต่างประเทศ

Aristotle. Politics. Benjamin Sowell Translated. New York. U.S.A. 1943.

Douglad sanders, Remembering Jossie and Bonnie: Same-sex Marriage in Asia. U.S.A. 2012.

Marianne Delpo KULOW. Same Sex Marriage: A Scandinavian Perspective. International and Comparative Law Review. Los Angeles U.S.A. 2002.

ILGA-Europe. Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bixexual. Trans and Intersex People in Europe. 2011.



**รัฐธรรมนูญ/กฎหมาย/คำพิพากษาของศาล**

The United State of America Constitution 1787.

The U.S. Supreme Court of U.S.A. Judgement 2015.

Registered Partnership Act 1995.

Civil Marriage Act 1997.

Civil Solidarity Pact 1999.

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ....

(ฉบับ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ)

ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ....

# หลักนิติธรรมในการสร้างความสมานฉันท์โดยแนวทางสันติวิธี

พัชรวาท วงษ์สุวรรณ\*

## บทคัดย่อ

ความขัดแย้งทางสังคมมีทั้งแง่ดีและแง่ไม่ดี ความขัดแย้งอาจเป็นในลักษณะในทางสร้างสรรค์และทำลาย ถ้าหากความขัดแย้งในสังคมมีมากเกินไปผลที่ตามมาจะเป็นไปในทางลบ (Negative consequences) ซึ่งมีลักษณะทำลายความสามัคคี เกิดความแตกแยก แต่ถ้าความขัดแย้งอยู่ในจุดที่เหมาะสมก็จะเกิดผลในทางบวก (Positive consequences) ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างสรรค์ เกิดประสิทธิผลให้กับสังคม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากที่จะกำหนดระดับความขัดแย้งว่าความขัดแย้งในระดับใดจึงจะเรียกว่าเป็นจุดที่เหมาะสมที่สุดต่อปัญหาและผลที่ตามมาของความขัดแย้งอยู่ในจุดใดจึงจะเหมาะสมที่สุด ความขัดแย้งที่ส่งผลในทางลบแม้จะยากต่อการเยียวยาแก้ไข แต่ก็อาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในเชิงสร้างสรรค์ก่อให้เกิดความสามัคคีในสังคมได้ โดยการนำหลักนิติธรรมอันเป็นเสาหลักของระบอบประชาธิปไตยมาเป็นกลไกสำคัญในการบูรณาการสร้างความปรองดองสมานฉันท์ร่วมกันเพื่อให้สังคมกลับคืนสู่ความสงบสุขเป็นสังคมธรรมาธิปไตยได้

**คำสำคัญ** ความขัดแย้ง ความสมานฉันท์ หลักนิติธรรม

\* สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## บทนำ

รัฐธรรมนูญที่จะเป็นหลักแห่งนิติรัฐได้นั้นจำเป็นต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญกล่าวถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ รัฐจึงมีฐานะเป็นผู้รับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น ก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น หลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาว่าประเทศใดใช้หลักนิติรัฐประเทศนั้น กฎหมายจะต้องบัญญัติรับรองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาล่วงเกินสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือห้ามมิให้ประชาชนใช้สิทธิและเสรีภาพ<sup>1</sup> เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีความผิดในทางอาญา และรัฐจะต้องแบ่งแยกขอบเขตอำนาจอธิปไตยไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีการควบคุมกลไกการใช้อำนาจของรัฐหรืออำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้อยู่ในกรอบอำนาจ และอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาและพิพากษาคดี โดยไม่ถูกก้าวก่ายหรือแทรกแซงจากอำนาจบริหารและประการสำคัญจะต้องมีตุลาการศาลปกครองไว้ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การปกครองโดยหลักนิติธรรมก็คือ หลักการที่ว่า บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผู้เลือกตั้งหรือแต่งตั้ง ต้องกระทำการภายใต้กฎหมาย และรัฐธรรมนูญการปกครอง โดยใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ดังนั้น การปกครองโดยหลักนิติธรรมโดยนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้น จะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย

แนวคิดเรื่อง “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” (legal state)<sup>2</sup> มีที่มาที่คล้ายคลึงกัน แต่ก็มี ความแตกต่างในตัวเองอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ หลักนิติรัฐนั้นจะเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของรัฐในภาคพื้นทวีป (continental) ในสายโรมานอเจอร์เมนิค (Romano-Germanic) ที่หมายถึง การที่รัฐซึ่งเคยทรงไว้ซึ่งอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้นยอมลดตัวลงมาอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายตลอดจนวางแนวทางที่มาของอำนาจ การใช้อำนาจผ่านช่องทางของกฎหมายทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ “อำนาจที่ไม่จำกัด” ของรัฐสมัยใหม่ได้กลายเป็น “อำนาจตามกฎหมาย” ในแง่หลักนิติรัฐ จึงมีระดับของการอธิบายที่เริ่มตั้งต้นจากระดับโครงสร้างรัฐ (methodological collectivism)

<sup>1</sup> วิษณุ เครืองาม. “หลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ,” คำบรรยายในที่ประชุม สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสถาน, 1 กรกฎาคม 2552. สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. ข้อเสนอแผนการส่งเสริมและพัฒนาธรรมาภิบาลในภาครัฐเพื่อการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีอย่างยั่งยืน. เอกสารการประชุม, หน้า 255

<sup>2</sup> โภคิน พลกุล, หลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 36.

ในการอธิบายความสูงสุดของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ รัฐธรรมนูญ ภายใต้การจัดโครงสร้างที่เป็นระบบไม่ว่าจะเป็นการวางลำดับชั้นของกฎหมาย หรือ การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ก็เพื่ออ้างไว้ซึ่งความสูงสุดของกฎหมายในการจำกัดอำนาจรัฐ ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ของพวกแองโกลแซกซอน (อังกฤษ) ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องด้วยสภาพบริบททางการเมืองที่มีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพในอังกฤษ ในช่วงกลางศตวรรษที่ 17 จึงทำให้หลักนิติธรรมนั้นมีระดับของการอธิบายที่เริ่มต้นจากระดับตัวปัจเจกบุคคล (methodological individualism) กล่าวคือ มุ่งเน้นเรื่องการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อันเป็นผลมาจากความสูงสุดของกฎหมายมากกว่าตัวรัฐ นั่นก็เพราะสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีกฎหมายประกันนั้นก็ไมอาจเรียกได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพ ในทางกลับกันกฎหมายหากไม่ประกันซึ่งเสรีภาพแล้วพลเมืองในรัฐก็จะมีสภาพตกเป็นทาส หรือ เปี้ยล่าของผู้อุปถัมภ์ ซึ่งจะไม่สามารถทำให้คนทุก ๆ คนในรัฐ ซึ่งรวมถึงตัวผู้อุปถัมภ์ด้วยนั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพียงแต่การประกันสิทธิ เสรีภาพ ของแนวคิดนิติธรรมนี้จะไม่มีการจัดระบบโครงสร้างผ่านการจัดวางลำดับชั้นของกฎหมายที่เคร่งครัด เพื่อจำกัดอำนาจรัฐเหมือนกับแนวคิดนิติรัฐ หากแต่กระทำผ่านจารีตประเพณีที่ยึดถือต่อ ๆ กันมาโดยมีเป้าประสงค์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ มากกว่าการพยายามจำกัดอำนาจรัฐด้วยการวางโครงสร้าง และกลไกเชิงสถาบันทางการเมือง

### หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำว่า “Rule of Law” มีการถอดความหมายในภาคภาษาไทย เช่น หลักธรรม หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย นิติธรรมวินัย หลักกฎหมาย หลักธรรมแห่งกฎหมายหรือนิติปรัชญา นิติศตมภ์ ฯลฯ แต่ท้ายที่สุด คำแปลที่เป็นที่ยอมรับและเป็นที่ยอมรับของทุกคนทั่วไปก็คือคำว่าหลัก “นิติธรรม” อนึ่ง คำว่า หลักนิติธรรม ตามนัยที่ปรากฏในบทความนี้ เป็นคนละความหมายกับ คำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นคำเก่าแก่ คำหนึ่งที่ปรากฏมาอย่างน้อยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งหมายความถึง “ขนบธรรมเนียมประเพณีอันดี ซึ่งเป็นที่นิยมสืบต่อกันมาในหมู่ประชาชนแห่งชาติ” โดยนัยนี้ รัชกาลที่ 5 จึงทรงเห็นว่า “การปกครองแบบราชาธิปไตยก็เป็นนิติธรรมของชาติไทยซึ่งจะต้องรักษาไว้ การประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 3 วรรคสอง มีญัตติหนึ่งที่มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง คือ ควรใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเดิมทีเดียวในมาตรา 3 วรรคสองนั้นร่างไว้ว่า<sup>3</sup>

<sup>3</sup> มนตรี รูปสุวรรณ, บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2550), หน้า 44-45.

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ” และได้ให้คำอธิบายว่า “หลักนิติรัฐ” คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ที่มาจากภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” และมีคำแปลในภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” เมื่ออธิบายเช่นนี้ จึงเกิดข้อถกเถียงกันว่าหากต้องการพูดถึง “The Rule of Law” แล้วก็ต้องใช้ คำว่า “หลักนิติธรรม” เพราะคำว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” นั้นมีคำแปลภาษาอังกฤษว่า “Legal State” จากนั้นก็มีการอภิปรายว่าควรจะเลือกใช้คำใด ฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ให้เหตุผลว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (The Civil Law) เหมือนประเทศไทย จึงน่าจะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับประเทศไทยมากกว่า อีกทั้งหลักนิติรัฐ มีความหมายกว้างกว่าหลักนิติธรรมจึงน่าจะให้ความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม

การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญในส่วนของมาตรา 3 นั้นมีการบันทึกเจตนารมณ์ไว้ว่า “เพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้น ต้องสอดคล้องกับนิติธรรมและเพื่อให้เป็นไปตามนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้และ จะใช้อำนาจปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นได้

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้คำแปลของ “หลักนิติธรรม”<sup>4</sup> ไว้ว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” ก่อนหน้านี้นี้คำว่า “หลักนิติธรรม” เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย 2 ครั้งด้วยกัน คือ ในพระราชปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้มีการบรรจุคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในคำปรารภเป็นครั้งแรก และในพระราชปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แต่ไม่เคยปรากฏคำว่า “หลักนิติธรรม” ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญมาก่อนซึ่งรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็นรัฐธรรมนูญไทยฉบับแรกที่มีการนำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นครั้งแรก ในมาตรา 3 วรรคสอง

สำหรับหลักการอื่น ๆ ที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐก็ยังสามารถกำหนดไว้ หลายประการในรัฐธรรมนูญไทยโดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิมนุษยชน เช่น ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในทางการเมือง สิทธิในการชุมนุม สิทธิในชีวิตร่างกาย

<sup>4</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 55.

สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ฯลฯ ซึ่งหากมีการละเมิด ให้สามารถฟ้องร้อง เพื่อให้มีการตรวจสอบของศาลที่เป็นอิสระได้ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาล ยุติธรรม หรือศาลปกครอง

โดยสรุปว่าหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมคือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ที่มีให้ถูกรังแกตามอำนาจต้องมีการสร้างระบบกฎหมายขึ้นเป็นหลักประกันแทนการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจนั้นๆ แต่หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ หลักนิติธรรมมิได้เน้นเนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นตัวตั้ง หากแต่เน้นที่ขั้นตอน หรือกระบวนการเป็นสำคัญ โดยเชื่อว่ากระบวนการที่ดีจะสามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นได้ต่อไปการประกันสิทธิให้แก่ประชาชนจะเป็นหลักประกันในเชิงกระบวนการ การสร้างระบบกฎหมายที่ดีที่มีเนื้อหาในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยให้หลักประกันในทางเนื้อหาเป็นสำคัญ หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักนิติธรรมมาเป็นแนวทางของหลักนิติรัฐในเชิงรูปแบบและกระบวนการโดยเน้นความเป็นธรรมในเชิงกระบวนการ หรือความเสมอภาคในการปฏิบัติแก่ประชาชนทุกคน

### การนำหลักนิติธรรมใช้ในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>5</sup> ได้มีการบัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งการบัญญัติหลักนิติธรรมดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก มิได้มีการขยายความหมายของหลักนิติธรรมโดยตัวบทกฎหมาย แต่เอาเจตนารมณ์ ขนบธรรมเนียม วัฒนธรรมเปรียบเสมือนแนวคิด วิถีชีวิตของชาวตะวันตกหรือความหมายของหลักนิติธรรมตามแนวความคิดทางสหราชอาณาจักรมาใช้กับประเทศไทยเป็นหลัก ซึ่งสหราชอาณาจักรได้นำหลักนิติธรรมมาใช้กับศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งแตกต่างกับประเทศไทยที่นำหลักนิติธรรมมาใช้กับทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตามเจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมในประเทศไทยตามการประชุมสมาร่างรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญนั้น คือ “เจตนารมณ์กำหนดที่มาของอำนาจและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม

<sup>5</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), หน้า 335-336.

สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ แต่การนำหลักนิติธรรมดังกล่าวไปใช้ มิได้เป็นการผูกพันการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กรให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม มิได้บัญญัติไว้ว่าหากองค์กรใดไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ผลของการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดหรือแย้งกับหลักดังกล่าว จะมีผลเป็นอย่างไร โดยหลักแล้วหลักนิติธรรมไม่สามารถอยู่อย่างเอกเทศโดยตัวของมันซึ่งสาระสำคัญของหลักนิติธรรมมีแฝงอยู่ในรัฐธรรมนูญแต่อาจไม่ชัดเจนทำให้เกิดผลดีในการตีความการใช้อำนาจขององค์กรที่มีการมีอำนาจตีความ ส่วนสาระสำคัญของหลักการอื่น ๆ ของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐก็ยังมีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในทางการเมือง สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในการชุมนุม สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น ซึ่งหากมีการละเมิดสามารถฟ้องร้องให้มีการตรวจสอบของศาลได้ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง แต่ไม่มีมาตราใดที่ให้ความหมายและขอบเขตการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ

ประเด็นดังกล่าวมาข้างต้นเป็นเรื่องที่ควรพิจารณาในการปรับปรุงแก้ไขในการพัฒนาโครงสร้างของหลักนิติธรรมมาในรัฐธรรมนูญไทยในโอกาสต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเรื่องการใช้หลักนิติธรรมตามแบบอย่างของสหราชอาณาจักรแทนที่จะเป็นตามรูปแบบของหลักนิติรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักนิติธรรมของสหราชอาณาจักร<sup>6</sup> ได้รับการพัฒนาขึ้นจากการสะสมประสบการณ์ในอดีตจนเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรม ซึ่งเปรียบเสมือนจิตวิญญาณ และประชาชนต่างเคารพนับถือในหลักนิติธรรมเพราะเหมาะสมกับสภาพการเมือง การปกครองต่อระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร เพราะสหราชอาณาจักรนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่สะสมมาเป็นเวลานาน ไม่ได้ใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ความชัดเจนความแน่นอนของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไม่มี แต่เมื่อประเทศไทยนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแนวคิดเหล่านั้นอาจไม่เหมาะสมกับประเทศไทยเสียทีเดียว เพราะประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมาย กฎหมายลายลักษณ์อักษร และรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รวมทั้งการกำหนดหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หลักว่าด้วยลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน ต้องมีการกำหนดขอบเขตของรัฐอย่างชัดเจน โดยการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน

<sup>6</sup> Carl F. Stychin, *Legal Method: Text and Materials* (London: Sweet & Maxell, 1999), pp. 29-30.

ซึ่งแตกต่างจากหลักนิติธรรมของสหราชอาณาจักรที่ศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้เองได้โดยปกติ หรือที่เรียกว่ากฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลในภาษาอังกฤษว่า Judge-made Law ดังนั้น ศาลจะคิดสร้างหลักได้ก็ได้และกลายเป็นพื้นฐานสำคัญของระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร โดยปกติ จะไม่สามารถใช้อำนาจส่วนตัวเปลี่ยนแปลงกฎหมายจารีตประเพณีได้ตามอำเภอ ขณะเดียวกัน สหราชอาณาจักรก็ใช้ระบบศาลเดียว ก็คือ ศาลยุติธรรม โดยมีความแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และใช้ระบบศาลคู่ คือ ศาลยุติธรรมและศาลอื่นๆ เช่น ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะเป็นผู้ค้นหากฎหมายโดยการตรวจสอบจากประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ จะเป็น ผู้วินิจฉัยโดยการตีความกฎหมายมากกว่าจะเป็นผู้สร้างกฎหมาย จึงต้องคำนึงถึงวิธีที่เหมาะสม ในการนำหลักนิติธรรมมาใช้กับประเทศไทย หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐก็ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว คือ หลักนิติธรรมมีได้เน้นเนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นตัวตั้งแต่นั้นที่กระบวนการหรือขั้นตอน เป็นสำคัญโดยเชื่อว่ากระบวนการที่ดีสามารถสร้างความเป็นธรรมได้ แต่หลักนิติรัฐนั้นเน้นที่การสร้าง ระบบกฎหมายที่มีเนื้อหาในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

## แนวคิดที่ใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมที่นำมาใช้กับประเทศไทย

### หลักธรรมาภิบาล

ธรรมาภิบาล คือ<sup>7</sup> ระบบการบริหารงานของภาครัฐต้องมีความรับผิดชอบต่อได้โดยสาธารณะหรือ ตัวแทนของประชาชนทั้งด้านการใช้งบประมาณและวิธีการของการบริหารจัดการต่างๆ นอกจากนี้ ประชาชนควรที่รับรู้ข่าวสารหรือประชาสัมพันธ์ เพื่อให้ทราบถึงผลการดำเนินงานต่างๆ อย่างถูกต้อง และรวดเร็ว ทันสถานการณ์ โดยปัจจุบันประชาชนเองก็ให้ความสำคัญกับปัจจัยที่กล่าวถึงนี้มากขึ้น ในขณะเดียวกันความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมวลชน ก็นับได้ว่าเป็นปัจจัย ที่เอื้อต่อการพัฒนาระบบการบริหารงานให้มีความโปร่งใสและตรวจสอบได้มากยิ่งขึ้นและเพื่อสร้าง ความพึงพอใจให้กับประชาชนอย่างสูงสุด โดยปัจจัยที่สำคัญที่จะสนับสนุนให้ข้าราชการพร้อมให้ บริการประชาชนด้วยความเต็มใจและทุ่มเท ได้แก่ การที่บุคคลเหล่านั้นได้รับการพัฒนาให้มีศักยภาพ มีความรู้ ความสามารถที่ทันต่อการเปลี่ยนแปลง ตลอดจนมีขวัญกำลังใจที่ดีซึ่งเกิดจากได้รับความ ดูแลด้านสวัสดิการค่าตอบแทนที่เหมาะสม และได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในสายงานตาม หลักระบบคุณธรรม ธรรมาภิบาลอาจประกอบไปด้วยหลักการสำคัญหลายประการ แล้วแต่วัตถุประสงค์ ขององค์กรที่นำมาใช้ หลักการที่มีผู้นำไปใช้เสมอคือ การมีส่วนร่วมของประชาชน การมุ่งฉันทามติ

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนากฎหมายมหาชน ในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 47.



การมีสำนึกรับผิดชอบ ความโปร่งใส การตอบสนอง ประสิทธิภาพและประสิทธิภาพ ความเท่าเทียมกันและการคำนึงถึงคนทุกกลุ่มหรือพหุภาคีและการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีนั้นได้ระบุไว้ 6 หลักการดังกล่าวมาแล้วและกลายเป็นหลักการสำคัญที่มีการนำมาใช้ในประเทศไทยอย่างกว้างขวางอยู่ในปัจจุบันนี้ แต่ก็มีคำถามว่าหลักการต่าง ๆ นี้หมายถึงอะไร แล้วจะทราบได้อย่างไรว่ามีธรรมาภิบาลแล้วหรือยัง มีมากหรือน้อย ต้องปรับปรุงอะไรอีกบ้าง คำตอบที่อาจเป็นไปได้ก็คือการจัดทำตัวชี้วัดเพื่อผู้ใช้จะได้เข้าใจและนำไปใช้ตรวจสอบตนเองและผู้อื่นหรือหน่วยงานอื่นได้ หลักการต่าง ๆ ที่อธิบายการมีธรรมาภิบาลและการนำไปประยุกต์ใช้ธรรมาภิบาลอาจประกอบไปด้วยหลักการต่างๆ มากมายแล้วแต่ผู้ที่จะนำเรื่องของธรรมาภิบาลไปใช้ และจะให้ความสำคัญกับเรื่องใดมากกว่ากันและในบริบทของประเทศ บริบทของหน่วยงาน หลักการใดจึงจะเหมาะสมที่สุด สำหรับประเทศไทยแล้ว เนื่องจากได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ที่ให้ความสำคัญกับหลักการสำคัญ 6 หลักการดังกล่าวดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

1. ด้านหลักนิติธรรม Rule of Laws คือ หลักการสำคัญอันเป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติธรรม” ประกอบด้วย 7 หลักการ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติธรรม เพราะหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

1.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หลักนิติธรรมมีความเกี่ยวพันกันกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อันเป็นหลักการสำคัญตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญ

1.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการ หรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน โดยฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจ โดยปราศจากข้อบกพร่อง

<sup>8</sup> หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 127.

1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

1.5 หลักความอิสระของผู้พิพากษา ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้ไต่มนิธรรมของตนเท่านั้น โดยวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ประการ กล่าวคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม

1.6 หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” เมื่อไม่มีข้อบัญญัติทางกฎหมายให้เป็นความผิด แล้วจะเอาผิดกับบุคคลนั้น ๆ มิได้

1.7 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับ

2. หลักด้านหลักคุณธรรม Ethics ประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 หลักการ คือ หน่วยงานปลอดการทุจริต หน่วยงานปลอดจากการทำผิดวินัย และหน่วยงานปลอดจากการทำผิดมาตรฐานวิชาชีพนิยมและจรรยาบรรณ องค์ประกอบของคุณธรรมหรือพฤติกรรมที่พึงประสงค์ที่ปลอดจากคอร์รัปชัน หรือมีคอร์รัปชันน้อยลง คอร์รัปชัน การฉ้อราษฎร์บังหลวง หรือ corruption โดยรวมหมายถึง การทำให้เสียหาย การทำลายหรือการละเมิดจริยธรรม ธรรมเนียมปฏิบัติและกฎหมาย สำหรับพิชภัยของคอร์รัปชันได้สร้างความเสียหายและความเดือดร้อน และเป็นพฤติกรรมที่ส่งผลในทางลบต่อคุณธรรมของการบริหารจัดการอย่างร้ายแรง เมื่อพิจารณาเรื่องของคุณธรรมจึงควรพิจารณาเรื่องต่อไปนี้

2.1 องค์ประกอบคุณธรรมหรือพฤติกรรมที่พึงประสงค์ที่ปลอดจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างใจแจ้งหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายน้อยลง

2.2 องค์ประกอบคุณธรรมหรือพฤติกรรมที่พึงประสงค์ที่ปลอดจากการปฏิบัติที่น้อยกว่าหรือไม่ดีเท่าที่กฎหมายกำหนดหรือปฏิบัติเช่นนี้น้อยลง

2.3 องค์ประกอบคุณธรรมหรือพฤติกรรมที่พึงประสงค์ที่ปลอดจากการปฏิบัติที่มากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือปฏิบัติเช่นนี้น้อยลง

2.4 องค์ประกอบคุณธรรมหรือพฤติกรรมที่พึงประสงค์ที่ปลอดจากการปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่ใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายหรือปฏิบัติเช่นนี้น้อยลง

สำหรับการที่หน่วยงานปลอดจากการทำผิดมาตรฐานวิชาชีพนิยมและจรรยาบรรณนั้นเป็นการกระทำผิดวิชาชีพ ได้แก่ พฤติกรรมที่สวนทางหรือขัดแย้งกับองค์ประกอบของวิชาชีพนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของการมีจรรยาบรรณวิชาชีพ และการประพฤติตามจรรยาบรรณวิชาชีพ

3. ด้านความโปร่งใส Transparency ประกอบไปด้วยหลักการย่อย 4 หลักการ คือ หน่วยงานมีความโปร่งใสด้านโครงสร้าง หน่วยงานมีความโปร่งใสด้านการให้คุณ หน่วยงานมีความโปร่งใสด้านการให้โทษ หน่วยงานมีความโปร่งใสด้านการเปิดเผยข้อมูล

4. หลักการมีส่วนร่วม Participation คือ การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกระบวนการซึ่งประชาชน หรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียได้มีโอกาสแสดงทัศนะ และเข้าร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ ที่มีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน รวมทั้งมีการนำความคิดเห็นดังกล่าวไปประกอบการพิจารณา กำหนดนโยบาย และการตัดสินใจของรัฐ การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นกระบวนการสื่อสารในระบบเปิด กล่าวคือ เป็นการสื่อสารสองทาง ทั้งอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ ซึ่งประกอบไปด้วยการแบ่งสรรข้อมูลร่วมกันระหว่างผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย และเป็นการเสริมสร้างความสามัคคีในสังคม

5. หลักสำนึกรับผิดชอบ Accountability มีความหมายกว้างกว่าความสามารถในการตอบคำถามหรืออธิบายเกี่ยวกับพฤติกรรมได้เท่านั้น ยังรวมถึงความรับผิดชอบในผลงาน หรือปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุผลตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ รวมทั้งการตอบสนองต่อความคาดหวังของสาธารณะ เป็นเรื่องของความพร้อมที่จะรับผิดชอบ ความพร้อมที่จะถูกตรวจสอบได้ โดยในแง่มุมของการปฏิบัติ ถือว่า สำนึกรับผิดชอบเป็นคุณสมบัติหรือทักษะที่บุคคลพึงแสดงออกเพื่อเป็นเครื่องชี้ว่าได้ยอมรับในภารกิจที่ได้รับมอบหมายและนำไปปฏิบัติด้วยความรับผิดชอบ

6. หลักความคุ้มค่า Value for Money หลักการนี้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวมในการบริหารการจัดการและการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด สิ่งเหล่านี้เป็นผลในการปฏิบัติอันเกิดจากการใช้หลักธรรมาภิบาลนั่นเอง

### หลักนิติธรรมในการสร้างความสมานฉันท์โดยแนวทางสันติวิธี

มนุษย์เป็นสัตว์สังคม ซึ่งจะมีชีวิตอยู่รอดได้ก็ต้องสนองตอบความต้องการทางชีวภาพของตนเอง จากลักษณะดังกล่าวมนุษย์จึงมาอยู่ร่วมกันเพื่อตอบสนองความจำเป็นพื้นฐาน คือ การมีชีวิตรอดแต่อย่างไรก็ดี ธรรมชาติก็ได้สร้างให้มนุษย์มีสมองที่พัฒนามากกว่าสัตว์ จึงสามารถเรียนรู้ สร้างสรรค์ความรู้ได้ด้วยตนเอง จากประสบการณ์ในการดำรงชีพ ธรรมชาติก็ได้สร้างให้มนุษย์มีความแตกต่างกัน มนุษย์มีความต้องการที่ไม่เหมือนกัน มีความปรารถนาในชีวิตที่ไม่เหมือนกัน และทุกคนต่างก็ต้องการที่จะบรรลุเป้าหมายของตนเอง เราอาจกล่าวได้ว่า มนุษย์มีความต้องการที่หลากหลายและไม่จำกัด แต่ทรัพยากรที่จะตอบสนองความต้องการของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทางสังคมนั้นมีจำกัด ความขัดแย้งจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยาก ปัจจุบันปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่คนในสังคมไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ต้องเข้าไปเผชิญกับปัญหารับผิดชอบจัดการแก้ไข คือ ปัญหาความขัดแย้งระหว่างบุคคล กลุ่ม ชุมชน หรือระดับประเทศ ซึ่งสาเหตุและปัจจัยที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งนั้นจะต่างกัน

แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม การศึกษาถึงต้นเหตุของปัญหาอย่างเดียว คงไม่เพียงพอในการแก้ปัญหา หากแต่ควรมีการศึกษาวิธีการหรือกระบวนการที่เหมาะสมเพื่อนำมาแก้ปัญหาด้วย

### ความหมายของความขัดแย้ง

ความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525<sup>9</sup> ขัด เป็นคำกริยา หมายถึง ไม่ทำตาม ฝ่าฝืน ขืนไว้ แย้งกัน ไม่ลงรอยกัน แย้ง เป็นคำกริยา หมายถึง ไม่ตรงหรือลงรอยเดียวกัน ต้านไว้ ทานไว้ สรุปความว่า ความขัดแย้ง หมายถึง การกระทำที่ไม่ลงรอย ขัดขืน หรือต่อต้านกัน

เมื่อวิเคราะห์ตามทฤษฎีความขัดแย้ง (Conflict Theory) สังคมเป็นระบบหนึ่งที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นเป็นประจำ สาเหตุของความขัดแย้งอาจเกิดจากความสัมพันธ์ของคนในสังคมที่มีความคิดเห็น อุดมการณ์ วัฒนธรรม หรือผลประโยชน์ตรงข้ามกัน และมีวิธีการต่าง ๆ โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายและศีลธรรม ซึ่งจะนำไปสู่ความแตกแยกของคนในสังคม

จากความหมายดังกล่าวสรุปได้ว่า ความขัดแย้งทางสังคมเป็นความพยายามเพื่อบรรลุถึงเป้าหมายทางสังคม โดยการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ กติกา หรือข้อตกลงที่วางไว้ และทำให้ฝ่ายตรงข้ามหมดความสามารถที่จะไปสู่ความสำเร็จด้วยวิธีอันไม่ชอบธรรมด้วยกฎหมาย ศีลธรรม และประเพณีที่ยอมรับกันในสังคม ความขัดแย้งส่วนหนึ่งเกิดจากการแข่งขันกัน เพื่อบรรลุเป้าหมายที่สังคมยอมรับในระดับสูง แต่การแข่งขันเพื่อให้บรรลุความสำเร็จอาจใช้เวลานาน และมีความต้องการที่มากเกินไป ทำให้ใช้วิธีการไม่เหมาะสมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศีลธรรมส่งผลกระทบต่อคนอื่นและผู้คนในสังคมจนกลายเป็นการสร้างปัญหาแก่สังคมในที่สุด

ความขัดแย้งทางสังคมเป็นปัญหาสังคมที่มีผลกระทบต่อสังคมตั้งแต่ระดับไม่รุนแรงมากนัก จนถึงระดับวิกฤต ตัวอย่างเช่น เหตุการณ์ความรุนแรงใน 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้มีผลรุนแรงมากต่อชีวิตทรัพย์สินของบุคคล และมีผลต่อความเจริญรุ่งเรืองทางวัฒนธรรม และความมั่นคงของชาติ เป็นกระบวนการที่ไม่พึงปรารถนาแต่อาจส่งผลในทางอ้อมที่เป็นประโยชน์กับผู้ที่เกี่ยวข้องได้ เช่น การถือวิกฤตให้เป็นโอกาสก็อาจนำมาใช้กับขบวนการขัดแย้ง โดยให้บุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ความขัดแย้งมีสติและถือโอกาสพัฒนาศักยภาพตนเอง และพัฒนากลุ่มของตนให้มีความเข้มแข็ง เพื่อสามารถต้านทานและต่อสู้กับกลุ่มที่ขัดแย้งกับกลุ่มของตนได้ ความขัดแย้งมีทั้งแง่ดีและแง่ไม่ดี หมายความว่าความขัดแย้งอาจเป็นในลักษณะในทางสร้างสรรค์และทำลาย ถ้าหากความขัดแย้งในสังคมมีมากเกินไป ผลที่ตามมา ก็จะเป็นไปในทางลบ (Negative consequences) ซึ่งมีลักษณะทำลายความสามัคคีแตกแยก แต่ถ้าความขัดแย้งอยู่ในจุดที่เหมาะสมก็จะเกิดผลในทางบวก (Positive consequences) ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างสรรค์ประสิทธิผลให้กับสังคม อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ บางครั้งเป็นเรื่อง

<sup>9</sup> ฉันทนา บรรพศิริโชติ. (2547). ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับสันติวิธี และธรรมชาติของความขัดแย้งในสังคมไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ที่ค่อนข้างยากที่จะกำหนดว่าความขัดแย้งขนาดไหนถึงจะเรียกว่าเป็นจุดที่เหมาะสมที่สุดต่อปัญหาดังกล่าว การสังเกตผลที่ตามมาของความขัดแย้งอยู่ในจุดใดจึงจะเหมาะสมที่สุด แต่ถ้าผลออกมาในทางลบก็ถือได้ว่าเป็นจุดที่ความขัดแย้งนำไปสู่การทำลายมากกว่าการสร้างสรรค ดังนั้นผลของความขัดแย้งจึงมี 2 ลักษณะ คือความขัดแย้งที่ส่งผลในทางบวก และความขัดแย้งที่ส่งผลในทางลบนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในเชิงสร้างสรรค์ให้เกิดความสามัคคีในสังคมปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเป้าหมายเดิมของสังคมที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง เกิดการแลกเปลี่ยนความรู้ความคิดเห็นซึ่งกันและกัน นำไปสู่การปรับตัวให้เข้ากับเปลี่ยนแปลงในสังคมได้อย่างต่อเนื่อง มีเลือกตัวแทนที่เข้มแข็งมีความรู้ความสามารถมาเป็นผู้นำระบายนข้อขัดแย้งระหว่างบุคคลหรือกลุ่มซึ่งเก็บกดไว้เป็นเวลานานเกิดแนวทางแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่เป็นประโยชน์กับสังคมหรือทำให้เกิดคุณภาพในการตัดสินใจลดความตึงเครียดในสังคมได้ หรือทำให้ความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมดีขึ้นทำให้คุณภาพชีวิตการทำงานของบุคคลดีขึ้น และยอมรับความแตกต่างระหว่างบุคคล รู้จักการปรับตัว และการอยู่ร่วมกันอย่างสันติ

ในส่วนของความขัดแย้งที่ส่งผลในทางลบนำไปสู่ความตึงเครียดมากขึ้น หรือมีผลกระทบต่อสุขภาพจิตของคนในสังคมมากขึ้นทำให้สูญเสียทรัพยากรและเวลามากเกินไปเกิดการแบ่งเป็นพรรคเป็นพวกขึ้น ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งมีความรู้สึกว่าเป็นฝ่ายชนะ (Winner) และอีกฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าเป็นผู้แพ้ (Loser) ลักษณะเช่นนี้มีผลทำลายความสัมพันธ์สมาชิกในสังคมขาดความสามัคคี แยกแยกและนำไปสู่ปัญหาความรุนแรงต่างๆ การเอาชนะกันมากกว่าที่จะมองถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมนำไปสู่ความวุ่นวายในสังคมและความมั่นคงของประเทศ

## การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งโดยหลักนิติธรรมกับการสร้างความสมานฉันท์โดยแนวทางสันติวิธี

เมื่อเราเข้าใจเรื่องของความขัดแย้งว่าเป็นเรื่องธรรมดาที่เกิดขึ้นทุกระดับ ตั้งแต่บุคคล ครอบครัว ชุมชน จนถึงระดับประเทศแล้วและเรียนรู้ปัจจัยต่างๆ ที่สัมพันธ์กับความขัดแย้งซึ่งนำไปสู่ปัญหาที่รุนแรงในสังคมไทยได้ การศึกษาหาวิธีการเข้ามาบริหารจัดการไม่ให้เกิดความรุนแรง จึงเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ที่ต้องเรียนรู้ โดยเฉพาะความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมไทยปัจจุบัน ยิ่งเพิ่มความยากลำบากในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งอย่างสันติวิธี

สันติวิธี คือ<sup>10</sup> วิธีการจัดการกับความขัดแย้งวิธีหนึ่ง การใช้สันติวิธีมีเหตุผลสำคัญตรงที่ว่า เป็นวิธีที่มีการสูญเสียน้อยที่สุด ทั้งระยะสั้นระยะยาว ทั้งรูปธรรมและนามธรรม ผิดกับการใช้

<sup>10</sup> จริญญา ภักดีธนากุล. (2556). “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”. ในนักกฎหมายกับการพัฒนาระบบประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ความรุนแรง ซึ่งทุกฝ่ายอ้างว่าเป็นวิธีการสุดท้าย ซึ่งบางกรณีสามารถบรรลุผลในระยะสั้นเป็นรูปธรรมชัดเจน แต่หากความขัดแย้งดำรงอยู่เพียงแต่ถูกกดไว้ โอกาสที่จะเกิดความรุนแรงในระยะยาวย่อมมีอยู่ส่วนในทางนามธรรม เช่น ความเข้าใจอันดีความสามัคคีปรองดองนั้นย่อมเกิดขึ้นได้ยากด้วยวิธีการความรุนแรง บางคนมองสันติวิธีในลักษณะปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจ เช่น การใช้ปฏิบัติการไร้ความรุนแรงเพื่อให้รัฐหรือผู้มีอำนาจเปลี่ยนแปลงนโยบายหรือพฤติกรรมบางคนใช้สันติวิธี เพราะความเชื่อว่าจะให้ผลที่ยั่งยืนและเป็นไปตามหลักจริยธรรม หรือศาสนธรรม บางคนใช้สันติวิธีตามหลักการบริหารเพื่อลดความขัดแย้งไปสู่รูปแบบอื่นที่จะจัดการได้ดีกว่า โดยไม่ใช้ความรุนแรง ลักษณะสำคัญของสันติวิธี คือ ไม่ใช่วิธีที่เฉื่อยชาหรือยอมจำนน หากเป็นวิธีที่เข้มแข็งและต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์ ไม่ใช่ยุทธวิธีที่เลือกใช้ในบางโอกาส หากเป็นยุทธศาสตร์ที่ปฏิบัติได้อย่างสม่ำเสมอ เป็นสัจธรรมที่น่าเชื่อถือ ไม่ใช่วิธีที่ดีในเชิงกระบวนการเท่านั้น หากเป็นวิธีที่หวังผลที่กลมกลืนกับวิธีการด้วย ซึ่งวิธีการที่ดีมีดังต่อไปนี้

สันติวิธีในการต่อสู้เรียกร้อง (Peaceful Demonstration) หมายถึง การที่ไม่พอใจไม่เห็นด้วยกับข้อสรุป หรือการตัดสินใจ การดำเนินการของผู้มีอำนาจ อาจทำได้โดยการประท้วงเรียกร้อง หรือ ต่อสู้โดยการยื่นหนังสือเข้าพบ หรือชุมนุมกันเพื่อแสดงออกถึงการไม่เห็นด้วย ซึ่งในการแสดงออกในความคิดเห็นที่แตกต่างกันนี้ต้องเป็นไปโดยสงบ สันติ ไม่มีอาวุธ ก็ถือเป็นสันติวิธีอย่างหนึ่ง การต่อสู้เรียกร้องในรูปแบบนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การต้อแพ่ง” เป็นกระบวนการที่ไม่เชื่อฟัง แต่ไม่ใช้ความรุนแรง

สันติวิธีในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง (Peaceful Conflict) คือ กระบวนการแก้ไขความขัดแย้งอย่างสันตินั้นคือ เมื่อเกิดความขัดแย้งแล้วจะหาทางออกที่ไม่ใช้ความรุนแรงได้อย่างไร การใช้วิธีการแก้ไขปัญหาย่างสันติ หมายถึง การเจรจาไกล่เกลี่ย จะเป็นการไกล่เกลี่ยกันเองระหว่างผู้ที่ขัดแย้งกัน หรือการมีคนกลาง หรือบุคคลที่สาม จะคนเดียวหรือกี่คนก็ตามมาช่วยในกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่ไม่ได้ทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาด แต่เป็นผู้ดำเนินการในการสร้างกระบวนการเรียนรู้ เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายหาทางออกร่วมกัน

การจัดการความขัดแย้งการเจรจาไกล่เกลี่ยเป็นรูปแบบหนึ่งของการสื่อสารหรือการพูดคุยกันระหว่างคนตั้งแต่สองคนขึ้นไป การเจรจาไกล่เกลี่ยโดยคนกลางการที่คู่กรณีพยายามที่จะแก้ไขปัญหาความแตกต่างระหว่างกัน โดยความช่วยเหลือของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่สามที่เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย คนกลางเป็นคนเดียวหรือสองคนหรือมากกว่าก็ได้แล้วแต่กรณี แต่ต้องเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย และเข้าใจกระบวนการ เหตุการณ์ของความขัดแย้ง สามารถควบคุมสถานการณ์ให้ดำเนินต่อไป และต้องไม่มีผลประโยชน์ที่ซับซ้อน บทบาทหน้าที่คนกลาง มีหน้าที่ช่วยให้คู่กรณีเจรจาหาทางออกร่วมกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั้งสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อันนำไปสู่ทางออกของความขัดแย้ง

ระหว่างกัน โดยพยายามไม่ให้เหตุการณ์เปลี่ยนไปในทางที่จะเอาชนะกันจนฝ่ายหนึ่งแพ้ ฝ่ายหนึ่งชนะ คนกลางไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใดๆ ทั้งสิ้น ในส่วนของอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทโดยมีลักษณะสำคัญคล้ายกับการตัดสินพิพาทของศาล แต่มีการปรับให้เหมาะสม ดังเช่น มีบุคคลที่สามรับฟังปัญหาข้อพิพาท และทำหน้าที่ตัดสิน ซึ่งเมื่อตัดสินแล้วอาจจะผูกพันในการต้องปฏิบัติหรือไม่ผูกพันได้ และการตัดสินพิพาทคือการฟ้องร้องในความหมายทั่ว ๆ ไป ใช้ระบบยุติธรรมโดยอาศัยกติกาที่กำหนดชัดเจนถึงเหตุการณ์และกระบวนการ และอ้างกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการยุติปัญหาประเด็นต่าง ๆ

### การไกล่เกลี่ยด้วยหลักนิติธรรม

การไกล่เกลี่ยด้วยหลักนิติธรรมตั้งอยู่บนสมมุติฐานของธรรมชาติที่เป็นจริงของมนุษย์ มีความขัดแย้ง การหาวิธีสร้างความปรองดอง (healing) มีอยู่ด้วยกันหลายวิธีแต่ในหลักมนุษยธรรมข้อสรุปนี้เกิดจากความเชื่อและค่านิยม ไม่ใช่เป็นการทดสอบเชิงประจักษ์ (empirical testing) ซึ่งอาจจะแปรผันได้ตามวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน พื้นฐานของรูปแบบไกล่เกลี่ยด้วยหลักนิติธรรมจะเชื่อในความสัมพันธ์ของสรรพสิ่ง และความมีมนุษยสัมพันธ์ของมนุษย์ ความสัมพันธ์ของผู้ไกล่เกลี่ยและการสร้างความสัมพันธ์กับคู่ความว่าจะช่วยให้การแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเป็นไปอย่างราบรื่นเชื่อในความสามารถในการสร้างความปรองดองของผู้ไกล่เกลี่ย โดยผ่านกระบวนการซึ่งช่วยให้คู่ความได้แสดงหรือรับความรู้สึกร่วมกัน (โดยการใช้การสนทนา, การให้การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน) เชื่อว่ามนุษย์ส่วนใหญ่ต้องการมีชีวิตที่สงบสุขมนุษย์ส่วนใหญ่มีความต้องการเพิ่มมากขึ้นตามประสบการณ์ชีวิตที่ผ่านมาทุกคนสะสมความเข้มแข็งไว้ภายใน และพร้อมที่จะนำมาใช้เมื่อประสบปัญหา มีการเติบโต (grow) และพร้อมที่จะช่วยเหลือผู้อื่นที่อยู่ในสภาวะการณ์เดียวกัน เชื่อในเกียรติยศและการตัดสินใจของตนเองที่เกิดจากการยอมรับในความขัดแย้งโดยตรง ศักยภาพในการแก้ปัญหาความขัดแย้งโดยการส่งเสริมความรักใคร่ปรองดองกันภายในชุมชนนั้น เป็นสิ่งที่มีอยู่แล้วในขนบธรรมเนียมประเพณีของชุมชนดั้งเดิมทั่วโลก Diane Le Resche (1993) ชี้ให้เห็นว่า “หัวใจในการสร้างความสงบสุขของชาวพื้นเมืองอเมริกันเป็นจิตวิญญาณที่ได้รับการสืบทอดต่อกันมา พวกเขาถือว่าสรรพสิ่งมีความสัมพันธ์กัน ให้ความสำคัญในความเป็นเอกภาพ ความสมานฉันท์ และความสมดุลของจิตวิญญาณ ปัญญา และมิติของกายภาพและอารมณ์ของชุมชนและของประชาชน” ในวัฒนธรรมตะวันตก มิติทางวัฒนธรรมในเรื่องการไกล่เกลี่ยนี้ได้อธิบายไว้ในหนังสือ The Promise of mediation (1994) โดย Bush&Folger<sup>11</sup> กล่าวว่าเน้นที่พลังความสำคัญของอำนาจดั้งเดิมและความตระหนักร่วมกัน

<sup>11</sup> Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger (1994) The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition (The Jossey-Bass Conflict Resolution Series)

ของแต่ละคนในเรื่องของมนุษยธรรม รวมทั้งคุณค่าในเรื่องความเห็นอกเห็นใจกันของคู่ความในความขัดแย้งที่เกิดขึ้น เหล่านี้ทำให้กระบวนการในการสร้างความปรองดองเกิดขึ้นจริง

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า การไกล่เกลี่ยตามรูปแบบหลักนิติธรรมที่ใช้กันในยุโรปนั้น อาจนำมาใช้ในสังคม หรือวัฒนธรรมอื่นไม่ได้ทั้งหมด จะต้องเปลี่ยนแปลงไปตามประสบการณ์ของผู้ไกล่เกลี่ย จะเน้นที่ความสำคัญของหน้าที่ในการสร้างความสงบสุขเป็นสำคัญกำหนดกรอบของบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยในกระบวนการสนทนาและในการร่วมมือซึ่งกันและกัน (mutual aid) ก่อนการไกล่เกลี่ยกับคู่ความ ควรรับฟังเรื่องราวของแต่ละฝ่ายก่อน มีการเตรียมข้อมูล มีการร่วมกระบวนการด้วยความสมัครใจ การประเมินกรณีคดี กำหนดสิ่งที่คาดว่าจะได้รับให้ชัดเจน เตรียมการไกล่เกลี่ยการติดต่อกันอย่างจริงจังและซื่อสัตย์ซึ่งต้องเริ่มตั้งขึ้นก่อนการไกล่เกลี่ยหาเอกลักษณ์และเข้าถึงจุดแข็งของปัญหา ฝึกหัดการสื่อสาร (communication) ไม่มีรูปแบบการไกล่เกลี่ยที่แน่นอน และตายตัวสามารถยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนตามสถานการณ์ รู้และใช้พลังอำนาจของความสงบ (power of silence) กระบวนการส่งเสริมการใช้หลักนิติธรรมโดยแนวทางสันติวิธีมีการสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับความขัดแย้งและสันติวิธี ต้องศึกษาเกี่ยวกับระบบความเชื่อ ความศรัทธา ส่วนความขัดแย้งระดับองค์กร ต้องศึกษาด้านวิทยาการ การบริหารจัดการ และความขัดแย้งระดับประเทศย่อมต้องศึกษาความรู้ทางด้านสังคมวิทยา การเมือง และกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเรื่องสันติวิธีอย่างจริงจัง เพราะเป็นเรื่องสำคัญที่ส่งผลต่อความสงบสุขของบุคคล และสังคม และในการศึกษาเช่นนี้จะอาศัยตำราหรือทฤษฎีต่างประเทศได้เพียงบางส่วนเท่านั้น เพราะสันติวิธีเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นกับบริบทของแต่ละสังคม

กลไกส่งเสริมสันติวิธีทุกสังคมควรก่อตั้งกลไกส่งเสริมสันติวิธี โดยทั่วไปเราอาจแบ่งสังคมเป็น 3 ภาค ได้แก่ ภาครัฐ ภาคธุรกิจเอกชน และภาคประชาสังคม ในส่วนภาครัฐ หน่วยงานของรัฐพึงปฏิบัติตามคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 187/2546 ลงวันที่ 1 กันยายน 2546 ซึ่งมีหลักการว่า “บรรทัดฐานการจัดการความขัดแย้ง ต้องยึดมั่น” “สันติวิธี เป็นวิถีเดียวที่เป็นธรรม และสร้างความสงบสุขที่ยั่งยืน โดยเริ่มต้นที่รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน” คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีย่อมผูกพันทุกหน่วยงานราชการ องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรย่อมมีภารกิจโดยตรงอยู่หลากหลายคงไม่สามารถศึกษาส่งเสริมสันติวิธีในฐานะที่เป็นภารกิจหลักได้ รัฐจึงควรจัดตั้งองค์กรมหาชนอิสระ เพื่อทำหน้าที่ส่งเสริมสันติวิธีโดยเฉพาะภาคธุรกิจเอกชนควรเอาใจใส่เรื่องการศึกษา และประยุกต์ใช้สันติวิธีอย่างจริงจังโดยเฉพาะสันติวิธีในระดับองค์กร ภาคประชาสังคม ควรมีการตื่นตัว ปัจจุบันมีมูลนิธิ เช่น มูลนิธิสันติภาพและวัฒนธรรมหรือมูลนิธิสันติภาพและการพัฒนาแต่ทำงานได้เพียงเล็กน้อยและอยู่ในวงที่แคบ สังคมและรัฐควรให้ความสำคัญสนับสนุนองค์กรในลักษณะนี้ให้เกิดขึ้นมาก ๆ และเปิดโอกาสให้ทำงานแล้วทดสอบประสิทธิผลความขัดแย้งบางประการเช่นในระดับประเทศ



การส่งเสริมหลักนิติธรรมโดยสันติวิธี เช่น เผยแพร่คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง “นโยบายการจัดการความขัดแย้งด้วยสันติวิธี” อย่างกว้างขวาง ศึกษาและพิจารณาตนว่าจะยึดมั่นในสันติวิธีและเริ่มต้นในระดับบุคคล และระดับองค์กร ศึกษากรณีความขัดแย้งระดับประเทศ สร้างกระแสความคิดให้ใช้กระบวนการสันติวิธีอย่างจริงจังเริ่มจากรับฟังความคิดเห็นซึ่งกันและกัน การแสวงหาการคลี่คลายปัญหา สู่การชนะ-ชนะด้วยกัน การคัดค้านความรุนแรงไม่ว่าจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด เป็นต้น เรียกร้องให้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระมหาชน หรือองค์กรกึ่งรัฐที่มีภารกิจส่งเสริมสันติวิธีโดยเฉพาะ และสนับสนุนให้ประเทศไทยมีบทบาทสำคัญด้านสันติวิธีในระดับภูมิภาคสันติวิธีเป็นเรื่องใกล้ตัวเมื่อเริ่มปฏิบัติอย่างจริงจังก็หวังได้ว่าจะเกิดความสุขสงบในจิตใจในบรรดาผู้ใกล้ชิดและในสังคมของเราในที่สุด

### หลักนิติธรรมแนวทางสันติวิธีในรัฐธรรมนูญ

สันติวิธีเป็นวิธีการที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองและส่งเสริม อาทิ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ (ม.44) รวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลยั่งยืน (ม.46)<sup>12</sup> สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการคุ้มครองส่งเสริมและรักษาคุณภาพแวดล้อมย่อมได้รับการคุ้มครอง (ม.56) บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (ม.65)

เป็นหน้าที่ของรัฐในการสนับสนุนหลักนิติธรรมและการสร้างเงื่อนไขสำหรับสันติวิธี โดยรัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการกำหนดนโยบายการตัดสินใจทางการเมือง การวางแผนพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง รวมทั้งการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกระดับ โดยรัฐต้องกระจายอำนาจในท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการท้องถิ่นได้เอง โดยรัฐต้องคอยส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสงวน รักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมทั้งมีส่วนร่วมในการส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข ไร้ซึ่งความขัดแย้ง เป็นสังคมธรรมาธิปไตย

<sup>12</sup> ทศนิยม สักขณาภิชนชัช.(2548).การบริหารสังคมกับโครงสร้างสังคมไทย.พิมพ์ครั้งที่ 1.กรุงเทพมหานคร.สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การนำหลักนิติธรรมในแนวทางสันติวิธีมาใช้ในประเทศไทย

ในการอยู่ร่วมกันในสังคมท่ามกลางมนุษย์ที่ถือกำเนิดบนพื้นฐานที่แตกต่างกัน เป็นธรรมดาที่ความขัดแย้งย่อมเกิดขึ้นโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในการจัดการความขัดแย้งมีทางเลือกหลายวิถีทาง โดยการสร้างความสมานฉันท์ด้วยสันติวิธี ไม่ใช่ความรุนแรงก็เป็นวิธีหนึ่งในการสร้างความเป็นธรรม รักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมอันเป็นหนทางในการสร้างสันติสุขและความมั่นคงของสังคมไทย ควบคู่กับกระบวนการในการสร้างความสมานฉันท์โดยสันติวิธีสามารถดำเนินการได้หลากหลายแบบ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทั้งก่อนเกิดสถานการณ์ ระหว่างเกิดสถานการณ์และหลังจากสถานการณ์ ความขัดแย้งได้ผ่านพ้นไป ซึ่งไม่ว่าความขัดแย้งก่อตัวในแนวทางใดกระบวนการจัดการความขัดแย้งอย่างสันติวิธีโดยการนำหลักนิติธรรมอันเป็นเสาหลักของระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการบริหารจัดการสถานการณ์ความขัดแย้งย่อมประสบความสำเร็จอยู่เสมอ การใช้อำนาจรัฐในการบริหารจัดการสถานการณ์ต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายให้อำนาจ รัฐต้องสนับสนุนและสร้างระบบยุติธรรมในภาคประชาชน เน้นการมีส่วนร่วมในการจัดการแก้ไขปัญหาาร่วมกันโดยจัดตั้งเครือข่ายภาครัฐและภาคประชาชนในพื้นที่เพื่อให้ภาคประชาชนสามารถตรวจสอบภาครัฐได้ สร้างความไว้วางใจระหว่างกัน เพื่อลดปัญหาความขัดแย้งอันเกิดจากความแตกต่างกันในเรื่องต่างๆ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสมานฉันท์และอยู่ร่วมกันในสังคมได้โดยสันติ

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- กรมศาสนา กระทรวงวัฒนธรรม. (2557). **แนวทางการดำเนินงานการสร้างความปลอดภัยของชนในชาติด้วยนิติศาสตร์.** กรุงเทพมหานคร: กระทรวงวัฒนธรรม.
- จรัญ โฆษณานันท์, **นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), หน้า 335-336.
- ฉันทนา บรรพศิริโชติ. (2547). **ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับสันติวิธี และธรรมชาติของความขัดแย้งในสังคมไทย.** พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). (2548). **พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลธรรม.** (พิมพ์ครั้งที่ 13) กรุงเทพมหานคร: เอส.อาร์. พรินติ้ง แมส โปรดักส์.
- โกศิน พลกุล, **หลักกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.
- มนตรี รูปสุวรรณ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2538
- มนตรี รูปสุวรรณ, **บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2550), หน้า 44-45.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ตัวชี้วัดธรรมาภิบาล.** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2544.
- รายงานการวิจัยตัวชี้วัดธรรมาภิบาล สถาบันพระปกเกล้า.** นนทบุรี: โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2544.
- สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2546. **สภาพแวดล้อมทางสังคมกับการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์.**  
<http://www2.nida.ac.th/boonanan/p602/module3.htm>
- หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.

### บทความ

- จรัญ ภักดีธนากุล. (2556). “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”. ใน **นักกฎหมายกับการพัฒนาระบบประชาธิปไตย.** กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

### เอกสารประกอบการบรรยาย

วิชณุ เครืองาม. “หลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ,” คำบรรยายในที่ประชุม  
สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ราชบัณฑิตยสถาน, 1 กรกฎาคม 2552.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. ข้อเสนอแผนการส่งเสริมและพัฒนาธรรมาภิบาล  
ในภาคราชการเพื่อการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีอย่างยั่งยืน. เอกสารการประชุม, 2555.

### เอกสารต่างประเทศ

Bingham, Tom. (2011). **The Rule of Law. (2nd ed.) London** : Penguin Books. Cough,  
J.W. (1955). *Fundamental Law in English Constitutional History.* London:  
Oxford University Press.

Carl F. Stschin. **Legal Method: Text and Materials.** London: Sweet & Maxell, 1999.

Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger (1994) *The Promise of Mediation: Responding  
to Conflict Through Empowerment and Recognition (The Jossey-Bass Conflict  
Resolution Series)*

Saunders, Cheryl and Hassall, Graham. (1997). *Asia-Pacific Constitutional Yearbook.*  
Centre for Comparative Constitutional Studies, University of Melbourne.

# การตรากฎหมายภายใต้หลักนิติธรรม

พีระศักดิ์ พอจิต\*

## 1. บทนำ

สำหรับหลักนิติธรรม แม้ยังไม่สามารถหาข้อยุติเกี่ยวกับความหมายได้ ฝ่ายต่างๆ ยังพยายามเสนอความหมายและสาระสำคัญเรื่อยมา โดยหลังจากที่มีพัฒนาการมายาวนาน มีผู้มองว่าความหมายของหลักนิติธรรมได้เริ่มตกผลึกทางความคิดและเริ่มมีความเห็นที่สอดคล้องตรงกันเป็นที่น่าพอใจระดับหนึ่ง กล่าวคือหลักนิติธรรมเป็นการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นธรรม เป็นแนวคิดที่การปกครองดำเนินไปอย่างเป็นธรรมโดยกลไกของกฎหมาย ซึ่งมีความหมายมากกว่า “การปกครองโดยกฎหมาย” และมีใช่เป็น “หลักแห่งกฎหมาย” อย่างลอยๆ แต่มีแนวโน้มให้เห็นถึงเป้าหมายของหลักการดังกล่าวด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” อันถือเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทั้งนี้ โดยมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อวางกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” การปฏิบัติหน้าที่ทั้งหลายจะต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และในการบังคับใช้กฎหมายจะต้องเป็นไปโดยถูกต้องและเที่ยงธรรมสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ โดยจะใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่ปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับไม่ได้

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาการศึกษาจากเอกสารในชั้นการประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 พบว่าแม้จะมีการอภิปรายถกแถลงระหว่างความหมายของคำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” และ “หลักนิติรัฐ (Legal State)” อยู่บ้างพอสมควรก็ตาม แต่ไม่ปรากฏว่า มีการอภิปรายในทางเนื้อหาสาระถึงความแตกต่างในรายละเอียดของหลักการทั้งสองประการ คงมีเพียงการอภิปรายว่าหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐนั้นมีความหมายกว้างหรือแคบกว่ากันอย่างไรเท่านั้นและหากพิจารณาการศึกษาเอกสารเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่ง

\* รองประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คนที่สอง, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ของคณะกรรมการการวิสามัญชั้นที่กเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ปรากฏการอธิบายถึงความแตกต่างในรายละเอียดของหลักการทั้งสองเช่นเดียวกันคงมีเพียงการอธิบายว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” มีที่มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศกฎหมายตามจารีตประเพณี (Common Law) ส่วน “หลักนิติรัฐ (Legal State)” มีที่มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือประมวลกฎหมาย (Civil Law) พร้อมทั้งอธิบายว่า “หลักนิติรัฐ (Legal State)” มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”

## 2. ความหมายของหลักนิติธรรม (Rule of Law)

องค์การสหประชาชาติ ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรม หมายถึง หลักการในการปกครอง (Principle of Governance) ซึ่งแต่ละบุคคล สถาบัน องค์กร หน่วยงานรวมทั้งรัฐต่าง ๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองนั้น มีความตระหนักรู้ และมีจิตสำนึกในความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ (law) ที่ได้ร่วมกันสร้าง และต่างยอมรับว่า เป็นกฎที่ได้บัญญัติขึ้นโดยความยุติธรรม มิใช่เป็นไปตามอำเภอใจของใครคนใดคนหนึ่งตลอดจนมีผลบังคับใช้ต่อทุกคน และทุกองค์การอย่างเท่าเทียม เสมอภาค และเป็นธรรม รวมทั้งมีความสอดคล้องกับหลักการ และมาตรฐานสิทธิมนุษยชนอันเป็นสากล<sup>1</sup>

ธานินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรม หมายถึง หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราชาย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน อดีตประธานรัฐสภา และประธานกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ<sup>3</sup> ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้ว่า “หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law” สำหรับนักศึกษากฎหมายหรือนักกฎหมายในสมัยปัจจุบันนี้อาจจะได้

<sup>1</sup> ที่มา : <http://www.oja.go.th> สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557

<sup>2</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม, สำนักงานคณะกรรมการพลเรือน, 2552

<sup>3</sup> สำเร็จการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต และสังคมสงเคราะห์ศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปริญญาเอกทางกฎหมายเอกชน (เกียรตินิยม) จากมหาวิทยาลัยปารีส, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง และมหาวิทยาลัยศรีปทุม, ปริญญาบัตร (กิตติมศักดิ์) จากวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, ศาสตราจารย์พิเศษทางนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และอดีตประธานรัฐสภา และประธานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ (คอ.นธ.).

ทราบถึงที่มาแนวคิด และพัฒนาการของหลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law พอสมควรหรือ อาจจะได้ยินกันจนคุ้น แต่สำหรับนักกฎหมายหรืออาจารย์กฎหมายในสมัยก่อนๆ ที่ยังไม่มีตำราหรือ คำแปลที่ชัดเจนมักจะให้ความหมายว่าหมายถึง “หลักแห่งกฎหมาย” หรือ “หลักการปกครองด้วย กฎหมาย” จนกระทั่งได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งทราบว่าในชั้นการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีการอภิปรายกันอย่าง กว้างขวางในประเด็นว่าจะใช้ถ้อยคำใดจึงจะมีความเหมาะสมระหว่างคำว่า “นิติรัฐ” กับคำว่า “นิติธรรม” ซึ่งในที่สุดก็ได้มีมติให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม”

**กำชัย จงจักรพันธ์ กรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ** ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมายอันหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรม จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย หลักนิติธรรมหรือ หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อ หลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมาย ทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีองค์ประกอบหรือสาระสำคัญคือ

1. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ
5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น
6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ

**อาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์** ได้สรุปสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ว่า หลักการปกครอง โดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมนั้น คือเป็นธรรมต่อปัจเจกบุคคล และเป็นธรรมต่อประโยชน์ ส่วนรวมของรัฐ โดยในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกัน ก็ต้องคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรม ทั้งนี้ อาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติธรรมออกได้เป็น (1) การปฏิบัติตามกฎหมายโดยทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of law) กล่าวคือ ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย (2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

(Separation of powers) เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจโดยมิชอบ (3) การมีกฎหมายที่ดี (Good law) อาทิ มีความชัดเจน มีความแน่นอนมั่นคง เคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรม (4) ความชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative legality) (5) ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility) (6) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล (7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน ทั้งนี้ได้สรุปว่าหลักนิติธรรมมีสภาพไม่ต่างจากหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยรายละเอียดคงจะมีการพัฒนาต่อไปในทางวิชาการ<sup>4</sup>

กล่าวโดยสรุป **หลักนิติธรรม หรือ Rule of Law** จึงหมายถึง หลักการในการปกครองรัฐ หรือปกครองประเทศด้วยกฎหมายที่เป็นธรรม ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการมีกฎหมายที่ดีและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยที่กระบวนการยุติธรรมเป็นสาระสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรม ตามกระบวนการและขั้นตอนทางกฎหมาย (Due Process of Law)

### 3. ที่มา แนวคิด และพัฒนาการของ “หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law”

#### 3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม<sup>5</sup>

หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยหลักดังกล่าวมีพัฒนาการมาตั้งแต่ ค.ศ. 1215 ซึ่งพระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในเวลานั้น ได้ลงนามในเอกสารที่ชื่อว่า Magna Carta อันเป็นพันธสัญญาที่พระองค์ให้ไว้แก่ขุนนางในการที่จะจำกัดอำนาจของกษัตริย์ จึงอาจกล่าวได้ว่าเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่บันทึกหลักการปกครองโดยกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ต่อมาใน ค.ศ. 1628 รัฐสภาอังกฤษได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว และในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act ค.ศ. 1679 ซึ่งให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุมย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลได้ จากนั้น รัฐสภาอังกฤษได้ขยายอำนาจออกไปเรื่อยๆ จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ค.ศ. 1688 ซึ่งก่อนที่พระเจ้าวิลเลียมที่ 3 (William III) และสมเด็จพระราชินีนาถแมรีที่ 2 (Mary II) จะขึ้นเป็นกษัตริย์คู่กันนั้น (Joint sovereign) ทั้งสองพระองค์ได้ทรงลงพระนามเห็นชอบ

<sup>4</sup> ดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ “หลักนิติธรรม (Rule of Law)” ในรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541)

<sup>5</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 170-176.



ร่างพระราชบัญญัติที่เรียกกันว่า Bill of Rights ค.ศ. 1689 ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีขึ้นเป็นครั้งแรก<sup>6</sup> Bill of Rights ค.ศ. 1689 นี้มีสาระเป็นการจำกัดอำนาจของกษัตริย์โดยยอมรับอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและต้องเปิดประชุมรัฐสภาอย่างสม่ำเสมอ สมาชิกรัฐสภามีสิทธิและเสรีภาพในการอภิปราย จัดให้มีการเลือกตั้งอย่างเสรี ห้ามผู้นับถือคริสตศาสนานิกายคาทอลิกหรือมีคู่อภิเษกสมรสที่นับถือนิกายคาทอลิกได้รับสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ ห้ามจัดตั้งกองกำลังอิสระ และกษัตริย์จะเก็บภาษีอากรหรือบังคับเงินกู้โดยปราศจากความเห็นชอบของรัฐสภาไม่ได้<sup>7</sup> ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายหลังการประกาศอิสรภาพ รวมทั้ง คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ตลอดจนรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ทั่วโลก อย่างไรก็ตาม โดยที่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องหลักการแยกอำนาจในอังกฤษ ทำให้เกิดปัญหาสำคัญ คือ ระหว่างกษัตริย์ รัฐสภา หรือศาล ผู้ใดจะเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยในทางกฎหมายเป็นที่สุด ซึ่งในเรื่องนี้ปรากฏว่าศาลได้เข้ามามีบทบาทด้วย โดย Sir Edward Coke ได้พิพากษาคดียืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล ว่าเป็นกฎหมายพื้นฐานที่จำกัดอำนาจของกษัตริย์และรัฐสภา<sup>8</sup> การตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่อาจกระทำได้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคำพิพากษาของ Coke จะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครองของอังกฤษเพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น จะอ้าง Common Law ปฏิเสธกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ได้ แต่ถึงกระนั้นแนวความคิดของ Coke ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้<sup>9</sup>

<sup>6</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530), น. 640.

<sup>7</sup> อนันต์ชัย เลาหะพันธุ์, ยุโรปสมัยใหม่ ค.ศ. 1492-1815, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและหนังสือ คณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2554), น. 273-274.

<sup>8</sup> Jean-Marie CROUZATIER, คำบรรยายหัวข้อ “ETAT DE DROIT et RULE OF LAW: existe-il des differences entre les deux notions? นิติรัฐ-นิติธรรม: มีความแตกต่างกันระหว่างสองแนวความคิดนี้หรือไม่?, ณ ห้องประชุมปริดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 21 สิงหาคม 2556, แปลโดย โปรตปราน วัฒนศิริธรรม เปริการ์ต, กฤษฎีกาสาร, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2556-มกราคม 2557, น. 24.

<sup>9</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 1, น. 173.

ต่อมา เมื่อ ค.ศ. 1885 Albert Venn Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการพัฒนาหลักนิติธรรม ได้เขียนและเผยแพร่ตำรา Introduction to the Study of the Law of the Constitution ซึ่งเป็นตำรามาตรฐานที่ต้องอ้างอิงเมื่อจะอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม โดย Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และมีเนื้อหาที่สำคัญ คือ<sup>10</sup>

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของฝ่ายบริหารอันได้แก่คณะรัฐมนตรีและฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย จะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้ และบุคคลทั้งหลายย่อมไม่ถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำผิดกฎหมาย

(2) หลักบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะชนชั้นใดต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หากฝ่ายบริหารกระทำการอันขัดต่อกฎหมายย่อมถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะคณะรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ เหนือกว่าราษฎร ซึ่งจากหลักข้อนี้ส่งผลให้ไม่มีศาลปกครองในอังกฤษ และจะเห็นได้ว่าแนวความคิดของ Dicey มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยไม่ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อกฎหมายอื่นใดในการตรากฎหมาย

(3) หลักสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนาขึ้นมาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล ซึ่งแตกต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญและผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ระบบกฎหมายอังกฤษได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่ศาลพัฒนาขึ้นในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นในภาคพื้นยุโรปแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาหลักนิติธรรมในทางทฤษฎีแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดกรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภาจะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาอังกฤษจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น โดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาขึ้นอยู่กับ

<sup>10</sup> A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8 ed. (London: Macmillan, 1915), pp. 107-273.

การสนับสนุนของรัฐบาลซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลสนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งต่อไปย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้วการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าในทางการเมือง ประชาชนอังกฤษนั่นเองเป็นผู้กำหนดทิศทางการตรากฎหมาย ดังนั้น ในประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีตประเพณีที่รับสืบทอดกันมา และในประเทศที่สิทธิและเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติ เช่นประเทศอังกฤษนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นรายมาตรา<sup>11</sup>

นอกจากนั้น จากแนวความคิดของ Dicey จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของหลักนิติธรรมนั้น ไม่ได้อธิบายเฉพาะหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการตรากฎหมายเท่านั้น แต่ยังได้อธิบายถึงแนวความคิดในเชิงรูปแบบและเนื้อหาที่การใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย โดยกฎหมายนั้นต้องประกอบด้วยบทบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักประชาธิปไตย ทั้งนี้ แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายอังกฤษภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้บังคับ Constitutional Reform Act 2005 ซึ่งได้รับรองหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยนิติธรรม (Constitutional principle of the rule of law) ไว้ด้วย

สำหรับประเทศไทย แม้เป็นประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law แต่ระบบกฎหมายไทยก็ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย Common Law ค่อนข้างมาก ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติรับรองหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

นอกจากนั้น ระบบกฎหมายไทยยังได้บัญญัติรับรองสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญฯ 2550 อีกหลายมาตรา เช่น การรับรองหลักบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

<sup>11</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 175.

โดยคณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการณณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ให้คำอธิบายหลักนิติธรรมไว้ว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย<sup>12</sup>

อย่างไรก็ตาม นอกจากหลักนิติธรรมซึ่งระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วในสังคมไทยปัจจุบันยังได้กล่าวอ้างถึง หลักนิติรัฐ ควบคู่กับหลักนิติธรรมอย่างกว้างขวาง จนเกิดความสับสนว่าหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐเป็นหลักเดียวกันหรือไม่ และทั้งสองหลักนี้เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนดังกล่าว จึงเห็นควรที่จะต้องกล่าวถึง หลักนิติรัฐไว้พอสังเขปด้วย

### 3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

คำว่า นิติรัฐ เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า Rechtsstaat ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวใช้เพื่ออธิบายการจำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ภายในกรอบของกฎหมาย และต้องละเว้นการใช้อำนาจโดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้แปลคำว่า Rechtsstaat ตรงตามตัวอักษร เช่น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้แปลเป็น état constitutionnel แต่ตำรากฎหมายฝรั่งเศสยุคหลัง ๆ มักแปลว่า état de droit ระบบกฎหมายอิตาลี แปลว่า Stato di diritto หรือระบบกฎหมายสเปน แปลว่า Estado de derecho เป็นต้น<sup>13</sup>

ในแง่ของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองแล้ว แนวความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครองสำหรับในเยอรมัน เชื่อกันว่า Robert von Mohl ซึ่งได้ศึกษารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในเวลานั้นเป็นอย่างดี เป็นคนแรกที่นำเอาความคิดที่ว่า การดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผล มาอธิบายอย่างเป็นระบบในตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐแห่งราชอาณาจักรเวือร์ทเทิมแบร์ก (Staatsrecht des Koenigreichs Wuerttemberg)

<sup>12</sup> คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการณณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (กรุงเทพมหานคร: สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร), น. 2.

<sup>13</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 144. และ Jean-Marie CROUZATIER, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 21.

ต่อมา แนวความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มชัดเจนมากขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่ในยุโรปได้พัฒนาไปสู่ความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้นในแง่ของเหตุผล กล่าวคือ ถึงแม้ว่ากษัตริย์ยังมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็ตาม แต่การใช้อำนาจนั้นกษัตริย์ก็ต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของนักคิดอย่าง Immanuel Kant ซึ่งนำเอาความคิดว่าด้วยเสรีภาพและเหตุผลมาเป็นศูนย์กลางในปรัชญาของตน ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับนิติรัฐในเวลานี้ คือ การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยนักนิติศาสตร์ผู้เรืองนามของเยอรมันอย่าง Samuel von Pufendorf และ Christian Wolff ได้อธิบายความหมายของสิทธิตามธรรมชาติ คือ สิทธิที่มนุษย์มีติดตัวมาตามธรรมชาติก่อนมีรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต และสิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้ มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง สิทธิตามธรรมชาตินี้เอง ที่ต่อมาจะกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

การตระหนักถึงสิทธิที่กล่าวมานี้ ทำให้ปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ได้เกิดเหตุการณ์ที่ราษฎรเรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้น จากนั้น ราวปลายศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเรื่องนิติรัฐได้ถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ได้เจริญเฟื่องฟูขึ้น โดยสำนักกฎหมายบ้านเมือง เห็นว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ทรงอำนาจตรากฎหมาย ถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้น หลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคล โดยฝ่ายตุลาการเท่านั้น ซึ่งแม้ว่ารัฐประเภทนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่เมื่อไม่มีองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ต่รากฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกว่า รัฐตำรวจ ผลพวงจากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดแนวความคิดเรื่องนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย กล่าวคือ เป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยมและคำนึงถึงความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบัน เมื่อก้าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา

สำหรับองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล โดยประกอบไปด้วยหลักการย่อยที่สำคัญได้แก่ หลักการแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ส่วนองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการด้วยความยุติธรรมและถูกต้อง และบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนได้ เช่น สิทธิได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น เพราะลำพังแต่การให้องค์กรของรัฐ ต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่างๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรมด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ประชาชนจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ และหลักการสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปอย่างพอเหมาะพอประมาณ โดยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม รัฐต้องเลือกเครื่องมือหรือมาตรการที่เหมาะสมที่จะทำให้วัตถุประสงค์นั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ และเป็นเครื่องมือ หรือมาตรการที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ<sup>14</sup> นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ รัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้นๆ ด้วย

หากพิจารณาระบบกฎหมายไทยแล้ว แม้คำว่า หลักนิติรัฐ จะไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเช่นเดียวกับคำว่า หลักนิติธรรม ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า ในแง่ของรูปแบบ ระบบกฎหมายไทยได้เดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐ เช่น การยอมรับหลักการแยกอำนาจตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” หรือการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” หรือการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 เป็นต้นทั้งนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญบับทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม

<sup>14</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น. 145-152. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้ว เจริญรถที่ 1, น. 162-164.

สภาวรัฐธรรมนูญ ได้ให้คำอธิบายหลักนิติรัฐไว้ว่า หลักนิติรัฐ (Rechtstaat/Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซิวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งหมายความรวมถึงหลัก ดังต่อไปนี้<sup>15</sup>

- (1) หลักการแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ
- (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย
- (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์การตุลาการและองค์การฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด
- (4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
- (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (6) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)
- (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

### 3.3 ความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ

เมื่อพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐแล้ว ทั้งสองหลักต่างก็มุ่งสร้างคามยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายและยอมรับในหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความแตกต่างกันในรายละเอียดดังนี้<sup>16</sup>

- (1) ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย ในระบบกฎหมายอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรมนั้นกฎหมายที่ศาลใช้ตัดสินคดีมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า Common Law ซึ่งเมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีก็ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง กฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินคดีของผู้พิพากษาในอดีตที่ยอมรับสืบต่อกันมาด้วย

<sup>15</sup> คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการณณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาวรัฐธรรมนูญ, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 8, น. 2-3.

<sup>16</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เิงอรรถที่ 1, น.176-181.

สำหรับระบบกฎหมาย Civil Law ของภาคพื้นยุโรปที่ใช้หลักนิติรัฐนั้น กฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ผู้พิพากษามีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายเท่านั้น การตัดสินคดีของผู้พิพากษา ในแต่ละคดีจึงไม่มีผลเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ ดังนั้น แนวทางการตัดสินคดีของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

(2) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่ระบบกฎหมาย Common Law ในอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรมไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการประกันสิทธิดังกล่าวโดยฝ่ายตุลาการ ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้หลักนิติรัฐนั้น การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญโดยการบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้มีผลผูกพันทั้ง ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

(3) ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ในอังกฤษซึ่งใช้หลักนิติธรรมถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐอธิปัตย์ รัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบในการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงไม่ต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษเป็นการควบคุมทางการเมืองไม่ใช่ทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ภารกิจของหลักนิติรัฐ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับหลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐจึงกำหนดให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

(4) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี เนื่องจากหลักนิติธรรมถือว่าทั้งราษฎรและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลปกครองเป็นอีกระบบศาลหนึ่ง ในขณะที่ประเทศซึ่งใช้หลักนิติรัฐมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน จึงได้แยกระบบศาลในการพิจารณา คือ มีศาลยุติธรรมที่ใช้ระบบกล่าวหาพิจารณาคดีตามกฎหมายเอกชน ควบคู่ไปกับศาลปกครองที่ใช้ระบบไต่สวนพิจารณาคดีตามกฎหมายมหาชน

(5) ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแยกอำนาจ หลักนิติรัฐถือว่าหลักการแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในขณะที่หลักนิติธรรมไม่ปรากฏเรื่องการแยกอำนาจ



#### 4. การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

โดยที่การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งถึงแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมโดยไม่อาจปฏิเสธได้

กรณีการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น หากพิจารณาตามระบบกฎหมายไทย องค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 นอกจากนี้ การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังต้องตรวจสอบความถูกต้องตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายตามระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ได้แก่

1. วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจ
  - 1.1 วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจนั้นคืออะไร
  - 1.2 มีความจำเป็นต้องทำภารกิจนั้นเพียงใด
  - 1.3 เพื่อแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องใด
  - 1.4 มาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจคืออะไร
  - 1.5 มีทางเลือกอื่นที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันหรือไม่
  - 1.6 ภารกิจนั้นจะแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องนั้นได้เพียงใด
2. ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจ
  - 2.1 รัฐควรทำเองหรือควรให้ภาคเอกชนเป็นผู้ทำ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการคุ้มครองประชาชนประสิทธิภาพ ต้นทุน และความคล่องตัว
  - 2.2 ถ้ารัฐควรทำ รัฐบาลควรเป็นผู้ทำหรือควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทำ
3. ความจำเป็นในการตรากฎหมาย
  - 3.1 ในการทำภารกิจนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายออกมาบังคับหรือไม่ ถ้าไม่ตรากฎหมายจะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปฏิบัติภารกิจอย่างไร
  - 3.2 ถ้าจำเป็นต้องมีกฎหมาย กฎหมายนั้นควรเป็นกฎหมายระดับชาติหรือกฎหมายระดับท้องถิ่น
  - 3.3 ถ้าควรเป็นกฎหมายระดับชาติ จำเป็นต้องใช้บังคับพร้อมกันทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักรหรือควรทยอยใช้เพียงบางท้องที่เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และจะกำหนดอายุของกฎหมายไว้ด้วยได้หรือไม่

3.4 กฎหมายที่จะตราขึ้นควรใช้ระบบควบคุม ระบบกำกับ หรือระบบส่งเสริม

3.5 สภาพบังคับของกฎหมายควรกำหนดเป็นโทษทางอาญาหรือมาตรการบังคับทางปกครอง

#### 4. ความซ้ำซ้อนของกฎหมาย

4.1 ในเรื่องเดียวกันหรือทำนองเดียวกันนี้มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้แล้วหรือไม่ หากมีจะสมควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงภารกิจที่จะทำหรือสมควรมีกฎหมายขึ้นมาใหม่

4.2 ถ้าสมควรมีกฎหมายขึ้นมาใหม่จะดำเนินการอย่างไรกับกฎหมายที่มีอยู่แล้ว สมควรยกเลิก ปรับปรุง หรือแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกันเพียงใดหรือไม่

#### 5. ภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่า

5.1 กฎหมายที่จะตราขึ้นได้สร้างภาระหน้าที่ใดให้เกิดขึ้นแก่บุคคลบ้าง

5.2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้างที่ต้องถูกจำกัด

5.3 การจำกัดนั้นได้จำกัดเท่าที่จำเป็นหรือไม่

5.4 ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้ประโยชน์อะไรบ้าง

5.5 บทบัญญัติในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้โดยไม่เกิดความยุ่งยากหรือภาระหน้าที่เกินสมควรหรือไม่

5.6 เมื่อคำนึงถึงงบประมาณที่ต้องใช้ ภาระหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน และการที่ประชาชนจะต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ เทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับแล้วจะคุ้มค่าหรือไม่

#### 6. ความพร้อมของรัฐ

6.1 รัฐมีความพร้อมในด้านกำลังคน กำลังเงิน ความรู้ ที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

6.2 มีวิธีการอย่างไรที่จะทำให้ผู้ที่ต้องถูกกฎหมายบังคับมีความเข้าใจ มีความพร้อม และปฏิบัติตามกฎหมายอย่างยินยอมพร้อมใจ

#### 7. หน่วยงานที่รับผิดชอบ

มีหน่วยงานอื่นใดที่ปฏิบัติภารกิจซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ ถ้ามี สมควรยุบหน่วยงานนั้นหรือควรปรับเปลี่ยนอย่างไรหรือไม่

#### 8. วิธีการทำงานและการตรวจสอบ

8.1 ในการกำหนดวิธีการทำงานได้กำหนดให้สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือไม่

8.2 มีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจ และกระบวนการที่ทำให้เกิดความรวดเร็ว ไม่ซ้ำซ้อน และมีประสิทธิภาพอย่างไรบ้าง

9. อำนาจในการตราอนุบัญญัติ

9.1 ได้กำหนดกรอบหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการตราอนุบัญญัติที่เป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรไว้เพียงใดหรือไม่

10. การรับฟังความคิดเห็น

10.1 ในการยกร่างกฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นแล้วหรือไม่

10.2 ข้อคัดค้านของผู้เกี่ยวข้องมีประการใด

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่และหลักเกณฑ์การตรวจสอบการตรากฎหมายดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการตรากฎหมายเพื่อทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นไปตามหลักนิติธรรมและสอดคล้องกับการปกครองโดยหลักนิติรัฐ กล่าวคือ อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมาย ทั้งนี้ การตรวจสอบการตรากฎหมายนั้นมีลักษณะของการตรวจสอบแบบป้องกัน เนื่องจากเป็นการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายซึ่งมีส่วนสำคัญที่ทำให้กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งหลายไม่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย<sup>17</sup> และจากการตรวจสอบการตรากฎหมายดังกล่าวย่อมมีส่วนทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนอันเกิดจากข้อบกพร่องของกฎหมายมีน้อยลง เพราะหากได้ตรวจสอบร่างกฎหมายอย่างดีแล้ว ปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายเองก็ไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นน้อยมาก

สำหรับการพิจารณาร่างกฎหมายในกระบวนการชั้นนิติบัญญัติ การตรวจสอบการตรากฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีส่วนสำคัญทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถพิจารณาและกลั่นกรองร่างกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายบริหารได้รวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากเป็นที่เชื่อได้ว่าร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งในด้านรูปแบบและด้านเนื้อหาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว

อย่างไรก็ดี กรณีที่การตรวจสอบร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารจะเป็นไปตามหลักนิติธรรมได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ต้องทำให้การปฏิบัติงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเป็นอิสระในทางวิชาการ เพื่อที่จะได้พิจารณาหลักกฎหมายและวิเคราะห์ผลกระทบ ที่เกิดขึ้นจากการเสนอร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีให้ถูกต้องเหมาะสม รวมทั้งการวางหลักกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม และ

<sup>17</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 67.

โดยที่สภาพสังคมในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งจะต้องมีการตรากฎหมายใหม่หรือปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและสภาพของสังคม จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงองค์การในการตรวจสอบการตรากฎหมายให้ปฏิบัติงานได้รวดเร็วและผลิตงานกฎหมายที่มีคุณภาพเหมาะสมกับการบริหารราชการแผ่นดิน

## 5. การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

### 5.1 กระบวนการเสนอและพิจารณากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติร่วมกันจำนวนไม่น้อยกว่า 25 คน หรือคณะรัฐมนตรี หรือสภาปฏิรูปแห่งชาติตามมาตรา 31 วรรคสอง<sup>18</sup> แต่ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะเสนอได้ก็แต่โดยคณะรัฐมนตรี

ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน หมายความว่า ร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการตั้งขึ้นการยกเลิก ลด เปลี่ยนแปลง แก้ไข ผ่อน หรือวางระเบียบการบังคับอันเกี่ยวกับภาษีหรืออากร การจัดสรร รั้ง รักษา หรือจ่ายเงินแผ่นดิน หรือการโอนงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การกู้เงิน การค้ำประกัน หรือการใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ หรือเงินตรา ซึ่งในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินหรือไม่ ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัย โดยร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือสภาปฏิรูปแห่งชาตินั้น คณะรัฐมนตรีอาจขอรับไปพิจารณาก่อน สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะรับหลักการก็ได้ อนึ่ง การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้กระทำได้โดยวิธีการเดียวกับการตราพระราชบัญญัติ แต่การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้กระทำโดยคณะรัฐมนตรีหรือผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น

ร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายใน 20 วัน นับแต่วันนี้

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 31 บัญญัติว่า

“มาตรา 31 ๑๓๑ ๑๓๑

ในการดำเนินการตาม (1) หากเห็นว่ากรณีใดจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ ให้สภาปฏิรูปแห่งชาติจัดทำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาต่อไป ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้จัดทำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป

๑๓๑

๑๓๑”

ได้รับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2557 กำหนดว่า การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ให้กระทำเป็นสามวาระตามลำดับ ซึ่งการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่หนึ่ง ให้พิจารณาและลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่รับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินั้น

การพิจารณาในวาระที่สอง ให้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการที่สภาตั้งหรือกรรมาธิการเต็มสภา ในกรณีพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการที่สภาตั้งนั้น สภาจะมอบหมายให้คณะกรรมการสามัญประจำสภาหรือคณะกรรมการวิสามัญเป็นผู้พิจารณาก็ได้

สำหรับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่สาม ให้ที่ประชุมสภาลงมติว่าสมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือไม่ การพิจารณาในวาระนี้ไม่มีการอภิปราย<sup>19</sup>

<sup>19</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ.2557

ข้อ 115 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ให้กระทำเป็นสามวาระตามลำดับ

ข้อ 116 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่หนึ่ง ให้พิจารณาและลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่รับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินั้น

เพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามข้อนี้ สภาจะให้คณะกรรมการพิจารณาก่อนรับหลักการก็ได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาให้เสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นมาถึงคณะกรรมการ

ข้อ 118 ในกรณีที่สภามีมติในวาระที่หนึ่ง รับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติไว้พิจารณาให้สภาพิจารณาในลำดับต่อไปเป็นวาระที่สอง

ข้อ 119 การพิจารณาในวาระที่สอง ให้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการที่สภาตั้งหรือกรรมาธิการเต็มสภา ตามปกติให้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการที่สภาตั้ง การพิจารณาโดยกรรมาธิการเต็มสภา จะกระทำได้อต่อเมื่อสมาชิกเสนอญัตติโดยมีผู้รับรองไม่น้อยกว่าสิบคนและที่ประชุมสภานุมัติ

ข้อ 120 ในกรณีพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยคณะกรรมการที่สภาตั้งนั้น สภาจะมอบหมายให้คณะกรรมการสามัญประจำสภาหรือคณะกรรมการวิสามัญเป็นผู้พิจารณาก็ได้

ข้อ 124 เมื่อประธานสภาได้รับร่างพระราชบัญญัติและรายงานของคณะกรรมการตามข้อ 122 แล้ว ให้เสนอสภาเพื่อพิจารณาต่อไปโดยให้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วน

ข้อ 126 ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว ให้สภาพิจารณาเริ่มต้นด้วยชื่อร่าง คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงตามลำดับมาตรา และให้สมาชิกอภิปรายได้เฉพาะถ้อยคำหรือข้อความที่คณะกรรมการมีการแก้ไขเพิ่มเติม ส่วนกรณีที่มีการสงวนคำแปรญัตติหรือการสงวนความเห็นให้อภิปรายได้เฉพาะผู้แปรญัตติที่ได้สงวนคำแปรญัตติหรือกรรมาธิการที่ได้สงวนความเห็นไว้เท่านั้น ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ประชุมสภาจะได้ลงมติเป็นอย่างอื่น

ข้อ 128 เมื่อได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่สองเสร็จแล้ว ให้สภาพิจารณาต่อไปในวาระที่สาม

ข้อ 129 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในวาระที่สาม ให้ที่ประชุมสภาลงมติว่าสมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือไม่ การพิจารณาในวาระนี้ไม่มีการอภิปราย

ข้อ 131 ร่างพระราชบัญญัติซึ่งสภาลงมติในวาระที่สาม สมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายให้เลขาธิการส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังนายกรัฐมนตรี เพื่อนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป

## 5.2 การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

### 5.2.1 การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในสมัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ นั้น ถือได้ว่าเป็นกระบวนการหนึ่งที่สามารถตรวจสอบได้ว่า กระบวนการนิติบัญญัตินั้น เป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์และขั้นตอน คือ

#### การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ

1. การตรวจสอบก่อนที่พระราชบัญญัติจะใช้บังคับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หรือร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาลงมติยืนยันและก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่งนั้น ถ้า

(1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่ไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

2. การตรวจสอบภายหลังที่พระราชบัญญัติใช้บังคับ กล่าวคือ กรณีที่พระราชบัญญัติได้ประกาศใช้บังคับแล้ว หากต่อมาปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ 4 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องเป็นกรณีที่มีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรือศาลอื่น และไม่ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดก็ตาม

หากศาลเห็นเองหรือคู่ความในคดีนั้นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

กรณีที่ 2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ เป็นกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์

กรณีที่ 3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นตามที่มีผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

กรณีที่ 4 การตรวจสอบคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่ว่าจะใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

## 5.2.2 การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ.2557 ข้อ 132<sup>20</sup> กำหนดให้ในกรณีที่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติที่สภาให้ความเห็นชอบแล้วมีข้อความผิดพลาด และสมควรได้รับการพิจารณาทบทวนอีกครั้งก่อนทรงลงพระปรมาภิไธย ประธานสภาอาจขอปรึกษา หรือสมาชิก

<sup>20</sup> ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ.2557

ข้อ 132 ในกรณีที่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติที่สภาให้ความเห็นชอบแล้วและให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายตามข้อ 131 มีข้อความผิดพลาด และสมควรได้รับการพิจารณาทบทวนอีกครั้งก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยประธานสภาอาจขอปรึกษา หรือสมาชิกเสนอญัตติโดยมีผู้รับรองไม่น้อยกว่าสิบคนให้นำร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับมาทบทวนได้อีกครั้งหนึ่ง หากที่ประชุมสภาลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ในวันประชุมก็ให้ดำเนินการได้

การขอปรึกษาหรือญัตติตามวรรคหนึ่งต้องระบุประเด็นที่จะขอนำกลับมาทบทวนและให้เหตุผลที่ชัดเจน

การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำได้เท่าที่จำเป็น และให้กระทำในที่ประชุมสภาโดยคณะกรรมการธิการเต็มสภาเสร็จแล้วจึงให้ดำเนินการตามข้อ 125 ถึงข้อ 131 ต่อไป

เสนอญัตติโดยมีผู้รับรองไม่น้อยกว่าสิบคนให้นำร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับมาทบทวนได้อีกครั้งหนึ่ง หากที่ประชุมสภาลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ในวันประชุมก็ให้ดำเนินการได้ โดยการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำได้เท่าที่จำเป็น และให้กระทำในที่ประชุมสภาโดยคณะกรรมการเต็มสภา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 6 บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ดังนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงได้ยึดหลักนิติธรรม ในการพิจารณาและตรากฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่จะมีความศักดิ์สิทธิ์เป็นที่ยอมรับของสังคมจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม โดยหลักทั่ว ๆ ไปดังนี้

(1) รัฐจะใช้อำนาจได้ตราบทเท่าที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น บุคคลต้องไม่ถูกลงโทษหรือกระทำร้ายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของตน เว้นแต่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดกฎหมายซึ่งได้บัญญัติขึ้นโดยกระบวนการอันชอบธรรม มิใช่ขึ้นอยู่กับอำนาจบังคับตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ

(2) กฎหมายจะต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช้บังคับเฉพาะเจาะจงกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่ต้องบังคับกับทุกคน โดยทุกคนมีความเสมอภาคทางกฎหมายไม่ว่าจะมีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมเป็นอย่างไร หรือมีชาติกำเนิดเป็นอย่างไร ทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายของแผ่นดิน คนทุกคนย่อมถูกบังคับโดยกฎหมายและโทษอย่างเดียวกันหากกระทำผิดเหมือนกัน

### 5.2.3 การกิจในการติดตามการบังคับใช้กฎหมายเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายเป็นจำนวนมาก แต่ยังคงขาดกระบวนการในการติดตามการบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นเพื่อที่จะนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขให้มีความเหมาะสมหรือยกเลิกอย่างเป็นระบบ ที่ผ่านมามีส่วนราชการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมักจะมีการเสนอให้มีการตรากฎหมายใหม่และใช้กฎหมายใหม่โดยไม่ยกเลิกกฎหมายเก่าหรือกฎหมายบางฉบับอาจจะไม่มีการบังคับใช้เพราะใช้ไม่ได้ผล หรือไม่มีการใช้เพราะมีความไม่เหมาะสมหรือสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน หลายกรณีทำให้เกิดข้อสงสัยว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับอยู่หรือไม่ หรือยังคงมีกฎหมายเช่นนั้นอยู่หรือไม่ ดังนั้น จึงสมควรมีการติดตามการบังคับใช้กฎหมายและนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายดังกล่าวอย่างเป็นระบบต่อไป โดยเฉพาะกฎหมายที่มีหลักการหรือลักษณะ ดังนี้

(1) กฎหมายที่ขัดหลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น สิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย



ที่ 12/2555 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคล” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ทั้งนี้คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกันและมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันที่มีจำนวนมากกว่า 100 ฉบับ ให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรากฎหมายของประเทศไทยโดยเฉพาะในกรณีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทางด้านเศรษฐกิจ มักจะมีการบัญญัติความรับผิดชอบของผู้บริหารนิติบุคคลในลักษณะที่เชื่อมโยงกับความผิดของนิติบุคคลควบคู่ไปด้วยกันเสมอ

(2) กฎหมายที่สร้างความไม่เป็นธรรมและมีความเหลื่อมล้ำในสังคม

(3) กฎหมายที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจหรือการประกอบการแข่งขันกับเอกชนโดยไม่จำเป็น หรือกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะการปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับการรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่จะต้องมีการแข่งขันทางการค้าหรือบริการที่ค่อนข้างสูง จึงนับเป็นสิ่งที่ประเทศไทยต้องให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง

(4) กฎหมายที่มีการประกาศใช้บังคับแล้ว แต่ทางปฏิบัติยังไม่มี การบังคับใช้ หรือยังไม่มีการดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

## บทสรุป

ภารกิจด้านการตรากฎหมายถือเป็นหัวใจสำคัญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบร่วมกันในการที่จะทำให้งานพระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงได้พิจารณากฎหมายทุกฉบับให้เป็นไปอย่างรอบคอบและถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมฯ ซึ่งเมื่อร่างพระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว กฎหมายเหล่านั้นจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญให้ฝ่ายบริหารและองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวข้อง ได้ใช้บริหารและปกครองประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลตามหลักนิติธรรม ทั้งนี้ เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของประเทศชาติต่อไป

## ข้อเสนอแนะ

จากบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติที่สะท้อนในห้วงเวลาที่ผ่านมา เมื่อพิจารณาถึงหลักนิติธรรมที่สมาชิกแห่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องยึดถือและปฏิบัติโดยเคร่งครัดแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนี้

1. ในการตรากฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องมีการทบทวนถึงความชอบด้วยเหตุผลและถูกต้องตามหลักนิติธรรมของการออกกฎหมาย ที่มีลักษณะละเอียดอ่อน ส่งผลกระทบต่อสังคมในระดับกว้างขวาง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งส่งผลกระทบต่อบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุข ความสงบเรียบร้อยของสังคม ไม่เลือกปฏิบัติให้เป็นประโยชน์ต่อกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ

2. ในการพิจารณาและลงมติใดๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา จะให้อำนาจองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนในการออกกฎหมายโดยใช้หลักเสียงข้างมากในรัฐสภาได้ก็จริง แต่เนื่องจากระบอบประชาธิปไตยก็ต้องการให้เสียงข้างมากที่เป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยด้วยดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย มิได้เป็นแต่เพียงตัวแทนของเขตพื้นที่ใด หรือกลุ่มสนับสนุนใด เท่านั้น ดังนั้น จึงต้องไม่ละเลยเสียงข้างน้อยที่มีเหตุผล และประการสำคัญที่สุดต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์และความต้องการของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นสำคัญ

3. โดยที่อำนาจบริหาร คือ รัฐบาล ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย ควรที่จะทบทวนถึงความเหมาะสม ถูกต้อง ชอบธรรมของร่างกฎหมายต่างๆ ให้ถ่องแท้ และใช้บทบาทของอำนาจบริหารในการตรวจสอบและถ่วงดุลกับอำนาจนิติบัญญัติ ยับยั้งร่างพระราชบัญญัติบางฉบับที่เห็นว่า มีปัญหาความชอบด้วยหลักนิติธรรม ทั้งนี้ เพื่อบริหารจัดการความขัดแย้งและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

4. สำหรับองค์กรอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยตีความร่างกฎหมายใดว่าขัดแย้งกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็พึงต้องได้พิจารณาหลักนิติธรรมเป็นสำคัญ ดังวิสัยทัศน์ของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดไว้ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักของนิติรัฐและนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

5. ฝ่ายนิติบัญญัติควรเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติอย่างแท้จริง กล่าวคือ การมีส่วนร่วมของภาคประชาชนต้องมีความกว้างขวาง บนพื้นฐานของการแสดงเหตุผล และเป็นไปอย่างสันติวิธี ตั้งแต่กระบวนการนำเสนอจนถึงการอนุมัติเห็นชอบ โดยจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนให้กว้างขวางและทั่วถึง ก่อนที่จะนำเข้าสู่กระบวนการทางรัฐสภา และ

อาจให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจสุดท้ายโดยการออกเสียงลงประชามติ เพื่อเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับการสะท้อนความคิดเห็นเพื่อทบทวนตรวจสอบการใช้อำนาจในฐานะผู้แทนของประชาชนให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริง

## บรรณานุกรม

### กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พุทธศักราช 2557

### หนังสือ

ชานินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม, สำนักงานคณะกรรมการพลเรือน, 2552

แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History)”, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ :วิญญูชน, 2551)

หยุด แสงอุทัย, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : ปรกาศพิริก, 2548)

### บทความ

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, อำนาจดุลพินิจ, <http://www.matichon.co.th> สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2557

### เว็บไซต์

<http://th.wikipedia.org>

<http://www.oja.go.th>

# หลักนิติธรรมกับการเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐ

มนตรี กนกวารี\*

## บทคัดย่อ

สิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ที่สำคัญประการหนึ่ง ดังเช่นที่ระบุในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเป็นหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตาม การเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐอาจเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐจำเป็นต้องดำเนินการดังกล่าวเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่รัฐเห็นว่าสมควรและจำเป็น การเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐที่กระทำโดยชอบธรรมจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึงการที่รัฐต้องดำเนินการดังกล่าวโดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐ และต้องดำเนินการดังกล่าวโดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยรัฐ

**คำสำคัญ** นิติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน ศาลรัฐธรรมนูญ

\* ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นอป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## 1. ความนำ

ความคิดเรื่อง “สิทธิ” มีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน ซึ่งคำว่า “สิทธิ” (right) ในทางตะวันตกนั้นเป็นสิ่งที่มีการถกเถียงกันในเชิงปรัชญาอย่างกว้างขวาง ในทรรศนะของจอห์น ล็อก ถือว่าเรื่องสิทธินั้นเป็นสิ่งที่สำคัญของมนุษย์ทุกคน ในแง่ของความเป็นเจ้าของและการครอบครองสิทธิในทรัพย์สินที่อยู่ตามธรรมชาติ และสิทธิในชีวิตของปัจเจกชน ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการให้ความหมายและความสำคัญของสิทธิในชีวิต และสิทธิในการที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐ รัฐจึงมีเพียงหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนในฐานะที่เป็นเจ้าของรัฐบาล และเป็นผู้รับประกันจากการบริหารงานของรัฐบาล พร้อมทั้งการได้เข้าไปครอบครองสิทธิของปัจเจกชน เมื่อกลับมาพิจารณาถึงสิทธิในทรัพย์สินในทรรศนะของตะวันออกนั้น โดยการพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายตราสามดวง ซึ่งได้สะท้อนถึงบทบาทของรัฐในการจัดการทรัพย์สินในสมัยอยุธยา โดยรัฐได้เข้ามามีบทบาท โดยเริ่มตั้งแต่การจัดโครงสร้างทางสังคมตามระบบศักดินา บทบาทของรัฐในการจัดสรรทรัพย์สินเมื่อเจ้านายและขุนนางเสียชีวิตลง รวมทั้งรัฐยังได้กำหนดแนวทางของรัฐในการควบคุมและป้องกันแรงงานทาสมิให้มีการบาดเจ็บ สูญเสีย สำหรับระบบเศรษฐกิจของอยุธยา อันสะท้อนถึงแนวคิดในการจัดการทรัพย์สินในสมัยอยุธยา ซึ่งสะท้อนให้เห็นหลักการสำคัญของสภาวะและเหตุผลของความชอบธรรมที่รัฐจะเข้ามาจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล

## 2. แนวคิดและทฤษฎี

แนวคิดและทฤษฎีในเรื่องสิทธิในทรัพย์สินที่มีความเกี่ยวข้องกับการนำไปสู่การอธิบายต่อหลักนิติธรรมของกรณีที่รัฐจะเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลและสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล มีแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

**2.1 สิทธิในทรัพย์สิน** แนวคิดในเรื่องทรัพย์สินโดยการพิจารณาผ่านมุมมองต่อสิทธิและการจัดการของรัฐต่อทรัพย์สินของบุคคลสะท้อนได้ดังนี้

**2.1.1 ทรรศนะของตะวันตก** ความหมายของสิทธิตามแนวคิดของจอห์น ล็อก อาจพิจารณาจากแนวคิดในเรื่องบ่อเกิดของสิทธิ ดังนี้<sup>1</sup>

<sup>1</sup> สรวินธุ์ วงษ์สะอาด, แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรรศนะของจอห์น ล็อก, : <https://www.gotoknow.org/posts/566107>, หน้า 3.

1) **ทฤษฎีจากปัจจัยทางศาสนาเป็นพื้นฐาน** ล็อค มีความเชื่อในคริสต์ศาสนาที่ว่า เมื่อพระเจ้าทรงสร้างโลกและมนุษย์ พระองค์เองได้มอบสิ่งต่างๆ ในธรรมชาติให้เป็นสมบัติร่วมสำหรับให้มนุษย์ทุกคนได้กินได้ใช้เสมอหน้ากัน ความเชื่อดังกล่าวนี้ล็อคได้นำมาขยายความต่อโดยกล่าวเสียใหม่ว่า ทุกคนมีสิ่งหนึ่งติดตัวมาตั้งแต่เกิดเหมือนกัน สิ่งนี้คือสิทธิโดยธรรมชาติ (Natural rights) สิทธิที่จะอ้างความเป็นเจ้าของในสิ่งที่พระเจ้าทรงประทานมาให้กินให้ใช้ร่วมกันนั่นเอง คนทุกคนมีสิทธิในลักษณะความเสมอภาค คือ

1.1) ความเชื่อที่ว่าคนเรามีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด คือ มนุษย์ทุกคน แม้ว่าจะมีสิทธิโดยธรรมชาติเท่าเทียมกัน แต่มนุษย์มีความแตกต่างกันในเรื่องความอดสาเหาะบากบั่นนี้คือสาเหตุที่ทำให้คนเรามีฐานะความมั่งคั่งแตกต่างกัน แม้ว่าโดยธรรมชาติทุกคนจะมีสิทธิในสิ่งที่พระเจ้าทรงประทานมาให้เท่าเทียมกันตั้งแต่เกิดก็ตาม

1.2) มนุษย์มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะอ้างความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน คือ ล็อคให้แนวคิดที่ว่าพระเจ้าทรงประทานสิทธิให้มนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกัน แต่บางคนพอใจที่จะสงวนสิทธิของตนเอาไว้ไม่ใช้อย่างเต็มความสามารถ แต่บางคนมีความอดสาเหาะมาก ซึ่งผลแห่งแรงงานนั้นย่อมทำให้เขาสะสมทรัพย์สินส่วนตัวได้มาก ล็อคให้ทฤษฎีว่าสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลควรมีจำกัด กล่าวคือ มนุษย์มีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เขาสามารถหาได้ด้วยแรงกายของเขาและสามารถใช้ประโยชน์เพื่อการดำรงชีวิตโดยไม่สูญเสีย ส่วนเกินจากนั้นไม่ใช่สิทธิของเขาแต่เป็นของผู้อื่น แนวคิดของล็อคในส่วนนี้อาจกล่าวได้ว่าอยู่บนพื้นฐานของข้อจำกัดในการบริโภคของมนุษย์ กล่าวคือ ควรมีทรัพย์สินที่หาได้ด้วยแรงกายพอเพียงเท่าที่จะบริโภคได้โดยไม่ทิ้งสูญเปล่า

1.3) มนุษย์ทุกคนเป็นเจ้าของแรงงานของตน โดยล็อคให้ทฤษฎีว่าอะไรก็ตามที่เป็นผลผลิตแห่งแรงงานของเขาแม้ว่าผืนแผ่นดินตลอดจนสรรพสิ่งที่พระเจ้าทรงสร้างไว้จะเป็นสมบัติร่วมของทุกคนก็ตาม คนแต่ละคนย่อมมีทรัพย์สินส่วนตัว ทรัพย์สินส่วนนี้นอกเสียจากเจ้าของแล้วคนอื่นไม่มีสิทธิ์ แรงงานจากร่างกายของใครและผลงานจากมือของใคร ย่อมเป็นทรัพย์สินของคนผู้นั้น ด้วยเหตุผลนี้แรงงานย่อมเป็นทรัพย์สินของเจ้าของแรงงานโดยไม่มีใครมีสิทธิในสิ่งนี้แม้ว่าครั้งหนึ่งมันจะเคยเป็นสมบัติร่วมของทุกคนก็ตาม ล็อคมีความเห็นว่า พระเจ้าสร้างมนุษย์มาเหมือนกันทุกคนต่างไม่มีอะไรเป็นสมบัติส่วนตัวมาตั้งแต่เกิด เรามีเพียงแรงงานเท่านั้น เมื่อมนุษย์ร่วมกันสร้างสังคมการเมือง มนุษย์ได้ตกลงร่วมกันว่าต่อแต่นี้ไปต่างคนต่างจะเคารพในทรัพย์สินของกันและกันทรัพย์สินที่แต่ละคนลงแรงสร้างสรรค์ขึ้นมาย่อมเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของคนผู้นั้นเขามีสิทธิโดยชอบธรรมในสิ่งที่เขาออกแรงทำมันขึ้นมา คนอื่นจะละเมิดสิ่งดังกล่าวนี้ไม่ได้

2) **ทฤษฎีของสภาวะธรรมชาติมนุษย์** ในทฤษฎีของล็อคในสภาวะธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมาบริสุทธิ์ไม่รู้อะไรเลย โดยการเรียนรู้จากการสังเกตและประสบการณ์และคุณสมบัติ

ประจำตัวมนุษย์ทุกคนก็คือ ความมีเหตุผลอันเป็นสิ่งที่พระเจ้าประทานมาให้แก่มนุษย์ทุกคน เหตุผลของมนุษย์เต็มไปด้วยเมตตาธรรม ใฝ่สันติ การกระทำใดๆ ของมนุษย์อยู่ภายใต้กฎธรรมชาติและมนุษย์จะสามารถเข้าใจกฎธรรมชาติได้ด้วยเหตุผลและประสบการณ์ ในสภาวะธรรมชาติตามธรรมชาติของลัทธิ 2 ลักษณะ คือ<sup>2</sup>

2.1) ภาวะแห่งเสรีภาพ (Liberty) คือ ทำให้มนุษย์สามารถกระทำในสิ่งที่ตนปรารถนาภายใต้ขอบเขตจำกัดแห่งกฎธรรมชาติ โดยหมายถึงสภาพที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างคนต่อกัน หรือหมายถึงเงื่อนไขของชีวิตในสังคม

2.2) ภาวะแห่งความเท่าเทียมกันของทุกชีวิตที่อาศัยอยู่ (Equality) คือ ลัทธิให้ทรรศนะว่า คนที่เกิดมาแล้วย่อมมีเสรีภาพที่สมบูรณ์ มีความสุขอย่างไม่จำกัดต่อสิทธิทั้งหลายทั้งปวง ตามกฎเกณฑ์แห่งธรรมชาติ เสมอภาค เท่าเทียมกับผู้อื่นซึ่งเป็นสมาชิกคนหนึ่งของโลก เขามีอำนาจไม่เพียงแต่ดูแลทรัพย์สิน เขายังมีสิทธิในชีวิตของตน มีเสรีภาพแห่งตน เพราะว่า มนุษย์เกิดมามีความเสมอภาคและอิสรภาพทัดเทียมกัน (Men beings are equal, have equal rights) จะไม่มีบุคคลใดที่จะมีสิทธิทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของผู้อื่น แต่การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติอาจเกิดปัญหาความขัดแย้งขึ้นได้ ทั้งนี้ เพราะภายใต้กฎแห่งธรรมชาติสังคมมนุษย์ปราศจากกลไกในการจัดระเบียบที่ชัดเจน 3 ประการ คือ<sup>3</sup>

2.2.1) สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่ไม่มีกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับร่วมกัน มนุษย์อาจเข้าใจสภาวะธรรมชาติแตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถตกลงกันได้ในบางกรณี

2.2.2) สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่มีตุลาการที่มีความเที่ยงธรรม และเป็นที่ยอมรับร่วมกัน คอยทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทอันอาจเกิดขึ้นภายใต้กฎแห่งธรรมชาติ ซึ่งตุลาการต้องเป็นคนกลางที่ไม่มีประโยชน์ได้เสียกับคู่กรณี

2.2.3) สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่ไม่มีอำนาจบริหารที่จะทำหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินต่างๆ

3) **ทรรศนะสิทธิตามธรรมชาติของจอห์น ล็อก (Natural Rights)** คือ สิทธิตามธรรมชาติเป็นสิทธิที่กำเนิดมาพร้อมกับมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ตามทรรศนะของล็อก หมายถึง สิทธิอันชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนจะพึงมีคือสิทธิในตัวเองสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิเสรีภาพของตนเองสิ่งที่ล๊อคนำมาเป็นหลักฐานสนับสนุนทฤษฎีนี้คือสภาวะตามธรรมชาติ

<sup>2</sup> สรวินธุ์ วงษ์สะอาด, แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรรศนะของจอห์น ล็อก, หน้า 4.

<sup>3</sup> สมบัติ อารังธัญญวงศ์, การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : โครงการเอกสารและตำราคณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์), 2542 หน้า 161.

(State of Nature) ของมนุษย์ และกฎธรรมชาติ (Natural Laws) ซึ่งเป็นสภาพก่อนมีรัฐ โดยมีสิทธิต่างๆ ดังนี้ ล็อคได้กล่าวถึงจำแนกสิทธิและอธิบายถึงสิทธิดังกล่าวในประเด็นต่างๆ ได้ 3 ประเด็น ดังนี้<sup>4</sup>

**3.1 สิทธิในตัวเอง** ในทฤษฎีของล็อคนั้นธรรมชาติของมนุษย์ (Human nature) มนุษย์เมื่อเกิดมาแล้วย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชีวิตร่างกายให้อยู่รอด ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค เป็นต้น ล็อคถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้สงวนและเก็บไว้เพื่อการดำรงชีวิตของมนุษยชาติร่วมกัน ดังนั้น มนุษย์ย่อมมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของในสิ่งเหล่านี้โดยชอบธรรม สิ่งเหล่านี้มีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตมนุษย์ มนุษย์ทุกผู้ทุกนาม มีทรัพย์สิน (Property) ในตัวของตนเอง

**3.2 สิทธิในทรัพย์สิน** ล็อคเชื่อว่า มนุษย์โดยธรรมชาติควรมีสิทธิเท่าเทียมกัน เพราะว่า ทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ปราศออกจากมนุษย์ไม่ได้ (Inalienable rights) และเป็นคุณสมบัติที่เป็นของมนุษย์มาตั้งแต่ก่อนสังคมการเมืองจะถูกสถาปนาขึ้น การเข้าร่วมในพันธะสัญญาเพื่อจัดตั้งรัฐบาล (Civil government) ขึ้นก็เพื่อประกันเสรีภาพในการใช้สิทธินี้ ทั้งนี้เพราะในสภาวะธรรมชาติไม่มีความแน่นอนและสะดวกสบาย ในการใช้สิทธิเหล่านี้ไม่มีอำนาจที่จะคอยคุ้มครองปกป้องสิทธินี้ให้คงอยู่ถาวร และรู้จักสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแต่เนื่องจากมีคนส่วนน้อยฝ่าฝืนกฎหมายจึงทำให้เกิดภัยอันตรายต่างๆ ขึ้นคนเราจึงมีความต้องการสิ่งสามสิ่งได้แก่ กฎหมายที่แน่นอน ผู้ตัดสินที่เที่ยงธรรมและอำนาจบริหารที่จะทำให้การตัดสินเรื่องต่างๆ ดำเนินไปอย่างถูกต้อง เพราะมนุษย์มีธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติด้วยเหตุผล 2 ประการ<sup>5</sup> คือ 1) ความหมายของทรัพย์สินนั้นล็อคมองทฤษฎีที่แตกต่างไปจากหลายทฤษฎีคือทรัพย์สินนอกจากจะเป็นวัตถุสิ่งของต่างๆ แล้วยังหมายรวมถึงร่างกายของมนุษย์และแรงงานมนุษย์ด้วย ดังที่ล็อคได้ให้ทฤษฎีว่า มนุษย์ทุกคนมีทรัพย์สินในตัวของเขาเองไม่มีใครมีสิทธิที่จะใช้นอกจากตัวเขาเอง สิทธิในทรัพย์สินตามความหมายของล็อคจึงมีเหตุผลสองอย่างคือ เหตุผลที่หนึ่ง ที่เป็นความหมายของทรัพย์สินที่เป็นสิ่งของ ร่างกายและแรงงาน คือ ทรัพย์สินที่มีวิญญาณ (วิญญาณกทรัพย์สิน) และทรัพย์สินที่ไม่มีวิญญาณ (อวิญญาณกทรัพย์สิน) 2) การเกิดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ล็อคมองทฤษฎีว่าสรรพสิ่งทั้งหลายในโลกนี้ พระผู้เป็นเจ้าได้ประทานให้แก่มนุษย์ทุกคนหมายความว่าสิ่งทั้งหลายที่มีอยู่ในโลกทั้งหมดเป็นของทุกคนหรือทุกคนมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันแต่กรรมสิทธิ์ส่วนตัวหรือส่วนบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเขาได้ใช้แรงงานเคลื่อนย้ายหรือเก็บเกี่ยวของสิ่งนั้น แรงงานและผลงานจากน้ำมือของเขาอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นของเขาอย่างถูกต้อง อะไรก็ตามที่เขาได้เคลื่อนย้ายสิ่งนั้นออกมาจากที่มันเคยอยู่ก็ถือว่าเขาได้

<sup>4</sup> สรวินธุ์ วงษ์สะอาด, แนวความคิดเรื่องสิทธิในทฤษฎีของจอห์น ล็อค, หน้า 5.

<sup>5</sup> เสถียร หอมขจร, ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 34 - 35.



ใช้แรงงานเข้าไปในสิ่งนั้นโดยสิ่งนั้นถือว่าเป็นของเขา ดังนั้น ล็อคได้กำหนดขอบเขตในการครอบครองสิ่งต่างๆ ไว้ด้วยว่าไม่มีใครมีสิทธิแม้ด้วยแรงงานของตนที่จะมีสิ่งของที่จะครองร่วมกันเกินกว่าที่ตนและครอบครัวของตนอาจใช้ได้นั้นคือแต่ละคนและแต่ละครอบครัวจะต้องใช้ทรัพย์สินหรือครอบครองทรัพย์สินด้วยแรงงานที่พอดีเหมาะแก่ตนเองไม่ฟุ่มเฟือยและการสะสมทรัพย์สินนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นด้วย ถ้าก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น ล็อคถือว่าไม่ถูกต้อง

**3.3 สิทธิเสรีภาพกับสิทธิของปัจเจกชน** ล็อคกล่าวถึงสภาพธรรมชาติไว้ว่า โดยธรรมชาติมนุษย์มีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ (Perfect freedom)<sup>6</sup> มนุษย์จึงมีสิทธิกำหนดการกระทำของตนเองโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับคำยินยอมหรือเจตนาของใครทั้งสิ้น มนุษย์จึงขึ้นอยู่กับกฎธรรมชาติเท่านั้น และกฎธรรมชาตินี้เองได้ให้สิทธิแก่มนุษย์ ได้แก่สิทธิทางด้านความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งเป็นสิทธิส่วนตัว สิทธิในทรัพย์สินที่ปัจเจกชนได้ลงแรงไปกับทรัพยากรของโลก โดยกฎธรรมชาติ ซึ่งเป็นกฎของพระเจ้าได้ให้สิทธิ์ไว้ว่า ชีวิตส่วนตนและทรัพย์สินส่วนตนซึ่งเป็นทรัพย์สินเอกชนต้องได้รับการเคารพ ใครจะละเมิดมิได้ในสภาวะธรรมชาติจะมีกฎธรรมชาติทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ซึ่งจะมีผลผูกพันกับมนุษย์ทุกคน ดังนั้น ถ้าไร้รัฐสิทธิและเสรีภาพจะไม่ได้รับการป้องกันแต่ถ้ามีรัฐ รัฐสามารถประกันถึงสิทธิและเสรีภาพที่มีตามธรรมชาติได้ดีกว่าต่างคนต่างใช้อำนาจบังคับใช้กฎธรรมชาติด้วยตนเอง อำนาจอธิปไตยของรัฐในทรรศนะของล็อคจึงเกิดจากความไว้วางใจของประชาชนที่สามารถป้องกันสิทธิและเสรีภาพของตนได้ ถ้าความไว้วางใจดังกล่าวหมดสิ้นไปเนื่องจากรัฐไม่ป้องกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ปัจเจกชน ย่อมมีสิทธิที่จะโอนอำนาจนั้นให้คนที่เหมาะสมต่อไป

**4) ทรรศนะที่เกิดจากปัจจัยทางการบริหารรัฐ** ในทรรศนะของล็อคการกำเนิดรัฐนั้นมีความหมายว่ารัฐเกิดขึ้นเพราะให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีสิทธิเสรีภาพ การมีสิทธิเสรีภาพนั้นก็คือการพ้นจากการบีบบังคับหรือการทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพ รัฐ (State) เข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญาับประชาชนก็เพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวตามกฎหมาย และถ้ารัฐไม่เคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็เท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าวและประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้ จะเห็นได้ว่า ล็อคได้ให้ความสำคัญและพยายามที่จะแสดงว่าสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน ถ้าไม่มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้วมนุษย์ก็จะใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมนั้นได้ มี 3 ลักษณะคือ<sup>7</sup>

<sup>6</sup> เสถียร หอมขจร, รศ., ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม, หน้า 33.

<sup>7</sup> สรวิชญ์ วงษ์สะอาด, แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรรศนะของจอห์น ล็อค, หน้า 5.

1) การสถาปนารัฐบาล (The Government) คือ การที่มนุษย์ทำสัญญาตกลงที่จะอยู่ร่วมกันสังคมก็เกิดขึ้นจึงเป็นสัญญาที่มนุษย์ร่วมกันเข้าเป็นสังคมเดียวกันแต่การรวมเป็นสังคมการเมืองยังไม่สามารถที่จะทำให้ความบกพร่องในทางธรรมชาติหมดไปได้ ความสงบเรียบร้อยจะเกิดขึ้นก็โดยการสถาปนารัฐบาลขึ้นมาซึ่งถือว่าเป็นสัญญาจัดตั้งรัฐบาลขึ้นปกครองสังคมการเมือง

2) องค์กฤษฎบัญญัติ (The Legislative) คือ การสถาปนากองครที่จะใช้อำนาจนิติบัญญัติขึ้นมาเพื่อวางแผนการให้การดำเนินงานทางสังคมการเมืองเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) มีอำนาจเหนืออำนาจอื่นใดทั้งหมด (Supreme Power) และเป็นสิ่งที่ละเมิดไม่ได้เปลี่ยนแปลงไม่ได้ถ้าประชาชนไม่ยินยอม จากประเด็นนี้ แสดงให้เห็นว่าปัจเจกชนในทรรศนะของลัทธิคือได้ว่ามีบทบาทสำคัญในการร่างระเบียบกฎหมายในการจัดระเบียบในสังคมแห่งรัฐให้เป็นไปในลักษณะมีส่วนร่วมในสิทธิในการวางระเบียบ กฎกติกาในการอยู่ร่วมกันในสังคม

3) องค์การบริหาร (The Executive) คือ องค์การบริหารอยู่ในฐานะเป็นองค์กรที่นำเอาเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติมาปฏิบัติ โดยทั่วไปฝ่ายบริหารไม่มีอิสระที่จะทำอะไรได้ตามเจตจำนงของตน การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นมา

ทั้งนี้ องค์กฤษฎบัญญัติและฝ่ายบริหารควรแยกออกจากกัน โดยสมาชิกของสภานิติบัญญัติและเจ้าหน้าที่รัฐบาลจะต้องไม่ใช่บุคคลเดียวกัน ปัจเจกชนแม้จะมีคุณสมบัติพิเศษก็ไม่ควรให้ทำหน้าที่สองอย่าง คือ บัญญัติกฎหมายและดำเนินการตามกฎหมายร่วมกัน หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ไม่ได้หมายความว่า การยกระดับขององค์กรทั้งสองให้เสมอภาคกันเป็นแต่ไม่ให้อำนาจตกอยู่ในมือขององค์กรใดเพียงองค์กรหนึ่งเท่านั้น และในส่วนของดำเนินงานของฝ่ายบริหารโดยทั่วไปต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่คอยควบคุมฝ่ายบริหาร แต่ในบางกรณีก็สามารถยืดหยุ่นได้คือการดำเนินการนอกเหนือกฎหมายได้ ถ้าการกระทำนั้นต้องเป็นภาวะจำเป็นเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักซึ่งเรียกว่าการใช้สิทธิพิเศษของฝ่ายบริหาร

4) อำนาจตุลาการหรือการตัดสินคดีไม่ควรที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจอิสระการบังคับคดีจำเป็นต้องอาศัยรัฐบาลหรือฝ่ายบริหาร เพราะฉะนั้นอำนาจตุลาการจึงต้องเกี่ยวข้องกับอำนาจบริหาร โดยลัทธิได้แยกองค์กรตุลาการ (Judiciary) จากองค์การบริหารแต่ยังมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันอยู่ไม่เป็นอิสระเสียทีเดียว การแต่งตั้งผู้พิพากษา (Judge) หรือตุลาการให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลซึ่งอยู่ในฐานะผู้บังคับคดีมีฉะนั้นแล้วคำพิพากษาในคดีข้อขัดแย้งต่างๆ จะไม่มีความหมายเพราะขาดองค์กรบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น

2.1.2 ทรศนะของไทย โดยการศึกษาจากกฎหมายตราสามดวง จะเห็นแนวคิดในเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน ดังนี้<sup>๘</sup>

1) ทรัพย์สินสมัยอยุธยา ในสมัยอยุธยามีการจำแนกทรัพย์สิน ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง พบว่า มีความแตกต่างจากปัจจุบัน จะเห็นได้จากมีการใช้เกณฑ์ของการมีชีวิตมาใช้ในการจำแนกประเภทของทรัพย์สิน ในพระไอยการมรดกได้กล่าวถึงประเภทของทรัพย์สินในสมัยโบราณไว้ว่า “...ให้เอาทรัพย์สินอันเป็นสะวิญาณกะทรัพย์ และอะวิญาณกะทรัพย์ทั้งสองประการนั้นแบ่งปันให้แก่บิดามานดาแลลูกหลานชายหญิงแห่งผู้มรดกานั้น” (พระไอยการลักษณะมรดกมาตรา 2) ซึ่งทรัพย์สินทั้งสองประเภทนี้ มีความหมายดังนี้ “สะวิญาณกะทรัพย์” หมายถึง สิ่งที่มีวิญญานหรือชีวิต ได้แก่ ข้าทาสบริวาร สัตว์พาหนะ และสัตว์เลี้ยง เช่น ช้าง ม้า วัว ควาย หมู เป็นต้น และ “อะวิญาณกะทรัพย์” หมายถึง สิ่งที่ไม่มิวิญญานหรือชีวิตซึ่งนับเป็นทรัพย์สิน ได้แก่ เงิน ทอง ที่ดิน เสื้อผ้า เครื่องประดับ เป็นต้น

2) โครงสร้างสังคม กับการจัดสรรทรัพย์สิน ในสมัยอยุธยาการได้มาซึ่งทรัพย์สินจะมาจากบทบาทรัฐ ในการจัดการให้บุคคลแต่ละคนสามารถแสวงหาหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินต่าง ๆ ที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานภาพทางสังคมตามโครงสร้างของระบบศักดินาเป็นหลัก อันจะมีผลต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินด้วยวิธีอื่น เช่น การสืบทอดทรัพย์สินจากมรดก การทำมาหาได้ เป็นต้น โครงสร้างทางสังคมในระบบศักดินาจึงมีผลต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินอย่างไร สังคมไทยสมัยอยุธยามีโครงสร้างการแบ่งคนออกเป็นชนชั้น โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นผู้สูงสุดอยู่ในโครงสร้างทางสังคมและมีเจ้านาย ขุนนาง ไพร่ และทาส เป็นผู้ใต้ปกครอง โดยบุคคลแต่ละชนชั้นนี้จะมีสถานะและหน้าที่ต่อรัฐที่แตกต่างกันอันจะมีผลต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สิน การทำมาหากินและการครอบครองทรัพย์สินด้วยซึ่งบทบาทหน้าที่ของชนชั้นต่าง ๆ มีดังนี้

2.1 เจ้านาย คือ ผู้ที่สืบเชื้อสายมาจากพระมหากษัตริย์ มีหน้าที่ในการช่วยเหลือพระมหากษัตริย์ปกครองบ้านเมือง โดยอาจมีตำแหน่งในระบบการปกครอง ส่วนในยามสงคราม เจ้านายมีหน้าที่ในการช่วยราชการทำสงคราม การทำหน้าที่ช่วยพระมหากษัตริย์ทั้งในการปกครองและการทำสงคราม เจ้านายจะมีไพร่ในสังกัดเป็นฐานกำลังในการทำตามคำสั่ง โดยไม่ต้องไปทำงานอื่นใดให้กับรัฐ เจ้านายจะมีอภิสิทธิ์ที่ไม่ต้องถูกเกณฑ์แรงงาน ไม่ต้องเสียภาษีให้แก่รัฐ ที่ดินของเจ้านายสามารถทำกินได้โดยไม่ถูกเก็บภาษี นอกจากนี้ เจ้านายยังมีรายได้จากเบี้ยหวัดรายปีที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานให้ เจ้านายที่ทรงกรมจะมีรายได้จากบรรณาการที่ไพร่ในสังกัด

<sup>๘</sup> เรื่องวิทย์ ลัมปนาท, รัฐกับสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายตราสามดวง, วารสารวิชาการมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 42 พฤษภาคม - สิงหาคม, 2558, หน้า 3-5.

จะนำบรรณาการมาให้ รวมทั้งผลผลิตในที่ดินที่สามารถนำไปค้าขายได้อีก ดังนั้น เจ้านายอยู่ในฐานะที่สามารถจะครอบครองทรัพย์สิน ทั้งทรัพย์สินที่มีชีวิตตั้งแต่คน (ไพร่, ทาส) สัตว์ และทรัพย์สินที่ไม่มีชีวิต (ที่ดิน เงินทอง และของมีค่าอื่น ๆ)

2.2 ขุนนาง คือ สามัญชนที่ถวายตัวเข้ารับราชการ และได้รับแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ให้มียศ ตำแหน่ง และศักดินา โดยมีศที่พระราชทานแก่ขุนนาง ตั้งแต่ระดับพัน หมื่น ขุน หลวง เมือง พระ ขึ้นไปจนถึงออกญา พระยา และเจ้าพระยา ในการพระราชทานยศแก่ขุนนางผู้ใดก็ตาม ขุนนางนั้นจะได้รับพระราชทานราชทินนามประกอบยศด้วยพร้อมกัน โดยบุคคลที่จะเป็นขุนนางนี้ต้องมีศักดินา 400 ขึ้นไปจนถึง 10,000 โดยจำนวนศักดินานี้จะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าขุนนางผู้ใดมีความสำคัญที่เหนือกว่ากัน นอกจากนี้ขุนนางจะยังได้รับเครื่องยศพระราชทาน มีเสื้อผ้า สัปทน ลอมพอก เจียดหมาก เจียดน้ำ พานหมาก เสลี่ยงคานหาม และเครื่องสรรพาวุธ ซึ่งของพระราชทานเหล่านี้เรียกว่า เครื่องพัทธยา เป็นทรัพย์สินประกอบยศ และไม่ตกเป็นมรดกแก่ทายาท เมื่อขุนนางที่ได้รับเครื่องพัทธยาตายลง ทายาทต้องนำส่งเครื่องพัทธยานี้คืนให้แก่หลวงขุนนางจะมีหน้าที่ในการช่วยพระมหากษัตริย์ดูแลปกครองไพร่พลประจำกรมกองต่าง ๆ ที่ขุนนางได้รับพระราชทานแต่งตั้งตำแหน่งในราชการ เช่น เสนาบดีเจ้ากรม จางวาง ปลัดกรม สมุหบาญชีเจ้าเมือง ปลัดเมือง นายระวาง ยกกระบัตร เป็นต้น โดยมีไพร่หลวงสังกัดกรมกองเหล่านั้น ขุนนาง อาจมีไพร่สมไว้ใช้งานส่วนตัวได้ ในยามสงครามขุนนางจะต้องเกณฑ์ไพร่พลในสังกัดไปร่วมรบตามที่ได้รับคำสั่งจากพระมหากษัตริย์ ขุนนางมีอภิสิทธิ์ไม่ต้องเสียภาษีและไม่ต้องถูกเกณฑ์แรงงาน ซึ่งสิทธินี้ครอบคลุมถึงลูกหลานของขุนนางด้วย ขุนนางไม่มีเงินเดือนประจำ แต่มีรายได้ส่วนหนึ่งจากการทำหน้าที่ ที่ระบุในตำแหน่งที่ตนเองได้รับแต่งตั้ง โดยจะได้รับส่วนแบ่ง เช่น จากการเก็บภาษีอากรค่าธรรมเนียมต่าง ๆ รวมทั้งเมื่อทำความดีความชอบ พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานเบี้ยหวัดเป็นรางวัลให้กับขุนนาง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความดีความชอบ นอกจากนี้ขุนนางยังอาจได้รับบรรณาการต่าง ๆ ที่ไพร่ในสังกัดนำมาให้อีกด้วย ดังนั้น ขุนนางจึงอยู่ในสถานะที่สามารถครอบครองทรัพย์สินประเภทต่าง ๆ ได้ โดยขุนนางจะมีการครอบครองทรัพย์สินมากน้อยเพียงใด ก็ขึ้นอยู่กับโอกาสของการแสวงหาทรัพย์สินให้เพิ่มพูนขึ้นมาในชีวิตของขุนนางแต่ละคน

2.3 ไพร่ คือ สามัญชนส่วนใหญ่ที่อยู่ภายใต้การปกครองของระบบไพร่ ไพร่เป็นราษฎรทั่วไปในสังคมที่มีศักดินาตั้งแต่ 10 จนถึง 25 และหากไพร่นั้นเข้ารับราชการ ก็จะได้รับศักดินาที่สูงขึ้นเป็นลำดับ ไพร่ถือเป็นแรงงานหลักของสังคมอยุธยา โดยไพร่จะแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ไพร่หลวง และไพร่สม ไพร่หลวงทำงานราชการให้กับหลวงหรือพระมหากษัตริย์ ไพร่หลวงในหลายพื้นที่ซึ่งอยู่ห่างไกลจะส่งส่วยแทนการเกณฑ์แรงงานหรือทำราชการมาให้รัฐ จึงเรียกว่า ไพร่ส่วย โดยส่งส่วยเป็นผลผลิตที่มีในท้องถิ่นที่ไพร่อาศัยอยู่ หรือส่งเป็นเงินแทน ส่วนไพร่สมทำงานส่วนตัว

ให้กับเจ้านายหรือขุนนาง รัฐอยุธยาจะใช้แรงงานจากไพร่ในงานสาธารณะต่าง ๆ เช่น ขุดคลอง สร้างกำแพง แนวเมืองหรือถนนหนทางต่าง ๆ สถานะของไพร่หลวงและไพร่สมนี้อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ ดังปรากฏมีความพยายามของไพร่หลวงที่จะหลบหนีออกจากการเป็นไพร่หลวงเพื่อมาเป็นไพร่สมหรือทาส ขณะเดียวกันก็มีความพยายามของพระมหากษัตริย์ ที่จะทำให้ไพร่สมเปลี่ยนมาเป็นไพร่หลวง ดังเมื่อเจ้านายสิ้นพระชนม์ ไพร่สมในสังกัดก็就会被เปลี่ยนมาเป็นไพร่หลวง<sup>9</sup>

ไพร่เมื่อถึงเกณฑ์การขึ้นทะเบียนรับราชการจะต้องขึ้นทะเบียนเข้าสังกัดมูลนาย ซึ่งเจ้านายและขุนนางเป็นผู้ปกครองหรือมูลนาย การขึ้นทะเบียนเป็นไพร่ในสังกัดนี้มีความสำคัญอย่างมาก โดยเฉพาะเรื่องสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย หากไม่ขึ้นทะเบียนในสังกัดมูลนายก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง เช่น ไม่มีสิทธิในที่ดิน ไม่มีสิทธิได้รับความยุติธรรมจากศาลในการฟ้องร้องคดี ไพร่มีหน้าที่ทำงานตามที่เจ้านายหรือขุนนางสั่ง โดยงานส่วนใหญ่เป็นการใช้แรงงานในงานโยธาต่าง ๆ หรือไม่ก็ถูกเกณฑ์ไปราชการสงคราม ไพร่ไม่ว่าจะเป็นไพร่หลวงหรือไพร่สมก็ตาม มีหน้าที่ต้องทำงานให้กับมูลนายในสังกัด โดยหลักฐานที่ปรากฏในสมัยอยุธยาระบุแต่เพียงระยะเวลาของการทำงานของไพร่หลวงว่าต้องรับราชการทำงานให้หลวงปีละหกเดือน หรือไม่ก็ต้องจ่ายเงินค่าราชการปีละหกบาท ต่อมาในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราชจึงมีการปรับค่าราชการขึ้นเป็นสิบสองบาท ส่วนไพร่สมไม่ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับระยะเวลาของการรับราชการ กว่าที่จะพบหลักฐานว่า มีความแตกต่างกันในเรื่องระยะเวลารับราชการก็เข้าสู่สมัยรัตนโกสินทร์<sup>10</sup> การใช้เวลาส่วนหนึ่งของชีวิตให้กับการรับราชการ จึงทำให้ไพร่มีข้อจำกัดของการใช้เวลาในการทำมาหากิน ดังนั้นโอกาสในการสะสมความมั่งคั่งเพื่อให้ได้มาซึ่งการครอบครองทรัพย์สินจึงมีข้อจำกัดพื้นฐานในเรื่องเวลา หรือหากไม่ไปทำงานให้กับราชการก็ต้องเสียเงินแทน การสะสมทรัพย์สินต่าง ๆ จึงมีข้อจำกัดกว่าเจ้านายและขุนนางซึ่งเป็นชนชั้นปกครอง

อย่างไรก็ตาม ไพร่ก็เป็นคนกลุ่มหนึ่งที่เข้าสู่สังคมการค้าด้วย ในฐานะกลุ่มพ่อค้าแม่ขาย<sup>11</sup> ดังนั้น การทำมาหาได้จากการค้าเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเงินทองคงเป็นอีกวิธีหนึ่งของการได้ทรัพย์สินของไพร่

<sup>9</sup> อคิน รัตพัฒน์, ม.ร.ว., สังคมไทยในกฎหมายตราสามดวง: โครงสร้างในกระดองกฎหมายในกฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ), 2535, หน้า 72.

<sup>10</sup> ชัย เรื่องศิลป์, ประวัติสังคมไทยสมัยโบราณก่อนศตวรรษที่ 25, (พิมพ์ครั้งที่ 3), (กรุงเทพฯ: ดันอ้อ แกรมมี่), หน้า 186-187.

<sup>11</sup> วราจกานา นิพัทธ์สุขกิจ, หนึ่งนาง ไม้ฝาง ช่าง ของป่า การค้าอยุธยาสมัยพุทธศตวรรษที่ 22-23, (กรุงเทพฯ: เมืองโบราณ), 2550, หน้า 149-161.

2.4 ทาส คือ กลุ่มคนที่มีใช้มูลนาย เช่น เจ้านายและขุนนาง แต่มีโอกาสที่จะได้อยู่ใกล้ชิดมูลนาย เพื่อคอยทำงานรับใช้ให้กับมูลนาย เพราะมูลนายเป็นผู้ที่มีกำลังทรัพย์และความนิยมที่จะมีทาสไว้ในครอบครอง ส่วนใหญ่มูลนายจะได้ทาสมาจากการกู่หนี้ยืมสิน ทาสทั้งหมด 7 ประเภท ได้แก่ ทาสสินไถ่ ทาสในเรือนเบี้ยทาสที่ได้รับมาด้วยการรับมรดก ทาสที่มีผู้ยกให้ ทาสที่ได้มาจากการที่นายเงินไปช่วยให้พ้นจากโทษทัณฑ์ ทาสที่ช่วยจากทูปภิกขภัย และทาสเชลย เห็นได้ว่า การมีสถานภาพเป็นทาสนั้น ส่วนใหญ่มีความเกี่ยวข้องกับการขาดแคลนทรัพย์สินเงินทองเป็นพื้นฐาน จึงต้องขายตัวลงเป็นทาสเพื่อให้มูลนายใช้เป็นแรงงาน หรือไม่ก็ขายบุตรหรือภรรยาลงเป็นทาส หรือไม่ก็ตกเป็นเชลยจากการพ่ายแพ้สงคราม ทาสไม่มีสิทธิในแรงงานและชีวิตของตนเองมากนัก ทาสต้องทำงานให้กับนายเงินของตนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ทาสจะเป็นชนชั้นล่างสุดของสังคม มีศักดิ์นา 5 แต่ก็ยังเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้บ้าง สามารถทำมรดกหรือสัญญาและมีสิทธิที่จะไถ่ถอนตัวเองออกจากการเป็นทาส (ยกเว้นทาสเชลย)

จากโครงสร้างทางสังคมที่กล่าวมา จะพบว่า สังคมในสมัยอยุธยา นั้นมีระดับชนชั้นที่แตกต่างกันตามโครงสร้างของระบบศักดินา ซึ่งมีผลต่อการได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยทรัพย์สินที่บุคคลทุกสถานภาพได้มาแล้วถือว่ามีความชอบธรรมในการครอบครองที่ไม่มีผู้ใดมีสิทธิคัดค้านเลย คือ การพระราชทานทรัพย์สินจากพระมหากษัตริย์ ดังที่มีการบัญญัติไว้ในพระอัยการเบตเสรจว่า “...สมเด็จพระพุทธเจ้าอยู่หัวให้พระราชทานรังวัน ทรัพย์เสื้อผ้าโคระปือ เงินทองอากรเรือสวนพัศดูทรัพย์สิ่งใด ๆ แก่ไพร่ฟ้าข้าแผ่นดิน ท่านว่าเปนสิทธิ แม้นใครผู้ใดมากกล่าวพิภาษสิ่งสิ้นสรรพเหตุซ่างมาข้าคนโคระปือซึ่งพระราชทานนั้น ท่านมิให้ว่าเลย แม้นเขาผู้ได้สินพทยานั้น ล้มตายแลพี่น้องลูกหลานเขายังได้สิน นั้นเปนสิทธิแล” (พระอัยการเบตเสรจ มาตรา 65)

กล่าวโดยสรุป<sup>12</sup> การพระราชทานทรัพย์สินจากพระมหากษัตริย์เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินในเบื้องต้นที่บรรดาเจ้านายและขุนนางจะได้มา ขณะเดียวกันไพร่และทาสที่เป็นเสมือนทรัพย์ของเจ้านายและขุนนาง ก็สามารถที่จะครอบครองทรัพย์สินอื่นๆ ที่ จำเป็นในการดำรงชีพ รวมทั้งอาจแสวงหาทรัพย์สินเพิ่มเติมขึ้นจากโอกาสที่เปิดกว้างในระบบเศรษฐกิจสังคมของอยุธยา สังคมอยุธยามีการค้าภายในที่มีพลวัตอย่างกว้างขวาง การค้าขายมีความคึกคักเป็นอย่างมาก เพราะมีตลาดจำนวนมาก แบ่งเป็นตลาดบกและตลาดน้ำ บรรยากาศทางเศรษฐกิจที่มีความตื่นตัวในการซื้อขายแลกเปลี่ยน ทั้งในเมืองอยุธยาและเมืองต่าง ๆ ในราชอาณาจักร ทำให้มีกลุ่มพ่อค้าที่เข้ามาค้าขายในระบบเศรษฐกิจจำนวนมาก ซึ่งมีทั้งชาวต่างชาติและไพร่ทาสในสังกัดมูลนายกลุ่มพ่อค้าแม่ขายจึงเป็นกลุ่มคนที่สัมพันธ์กับคนหลายกลุ่ม ตั้งแต่การแสวงหา การผลิต และการนำสินค้ามาสู่ตลาด การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเช่นนี้ทำให้สังคมการค้าเกิดขึ้นอย่างแท้จริง และมีการ

<sup>12</sup> เรื่องวิทย์ ลิมปนาท, รัฐกับสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายตราสามดวง, หน้า 7.

ขยายตัวเชื่อมโยงกับการค้าต่างประเทศ โดยเฉพาะตั้งแต่สมัยพระมหาธรรมราชา (ราชวงศ์สุโขทัย) เป็นต้นมา ซึ่งเป็นระบบเศรษฐกิจแบบไม่ทำเองใช้เอง<sup>13</sup> สภาพเศรษฐกิจเช่นนี้เป็นช่องทางแสวงหารายได้ของพ่อค้าทั้งชาวไทยและต่างประเทศ

**3) รัฐกับการครอบครองที่ดิน ที่นาของเอกชน** การประกาศกฎหมายเรื่องเกี่ยวกับที่ดิน กล่าวถึงพระมหากษัตริย์ว่า ทรงเป็นเจ้าของที่ดินทั่วราชอาณาจักร ดังความว่า “...ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพพระมหานครศรีอยุธยามหาดิลกภพนพรัตนราชธานีบุรีรมย์เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลาย ผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรมิได้” (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 52) จากกฎหมายนี้แสดงให้เห็นว่า แนวคิดในการเป็นเจ้าของที่ดินในสมัยอยุธยา นั้นมีแนวคิดที่ว่าที่ดินในราชอาณาจักรนั้นเป็นของพระมหากษัตริย์ การเข้าอยู่อาศัยครอบครองนั้นเป็นการพระราชทานหรือทรงพระกรุณาให้เข้าอยู่อาศัยทำกิน และหากพระมหากษัตริย์ทรงประสงค์ที่ดินแห่งใดก็ทรงที่จะโปรดให้ราษฎรออกไปจากที่ดินนั้น โดยมีต้องจ่ายค่าชดใช้ใด ๆ ด้วยแนวคิดที่ดินเป็นของพระมหากษัตริย์ การเข้าทำกินหรือหาประโยชน์จากที่ดินจึงต้องมีหลักเกณฑ์กำหนดว่าบุคคลต่างๆ สามารถมีฐานะในทางการปกครองและสังคม ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการเข้าครอบครองหรือใช้ประโยชน์จากที่ดิน โดยมีการกำหนดระบบศักดินาที่กำหนดให้แต่ละบุคคลมีสถานะที่แตกต่างกัน ตามศักดินาของแต่ละบุคคล การกำหนดศักดินาสำหรับขุนนางมีศักดินาตั้งแต่ 400 จนถึงขุนนางระดับสูง เช่น พระยา หรือเจ้าพระยามีศักดินาสูงสุดได้ไม่เกิน 10000 ส่วนในกลุ่มคนทั่วไป ได้แก่ ไพร่และทาสนั้น ก็กำหนดให้มีระดับลดหลั่นกันไปจนศักดินาต่ำสุด คือ ยากจก วนิพก ทาส ลูกทาส ให้มีศักดินาคณะ 5 ศักดินาที่แตกต่างกันนี้ย่อมนำมาซึ่งฐานะทางสังคมการเมือง ที่มีผลต่อการเข้าครอบครองที่ดิน แรงงาน เพื่อใช้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตาม แม้ในหลักการพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของที่ดิน แต่มิได้ทรงหวงแหว่งที่ดินนั้นไว้ พระมหากษัตริย์ทรงเชิญชวนให้ราษฎรเข้าอยู่อาศัยและทำกินบนที่ดินในราชอาณาจักร เห็นได้จากหลายมาตราของกฎหมายตราสามดวง เช่น “...อนึ่งป่าดงทุ่งว่างร้างเทรหาผู้อยู่อาศัยทำมาหากินมิได้ แลผู้ใดชักชวนราษฎรให้เข้ามาทำมาหากิน เอาส่วยสาอากรอนขึ้นพระคลังบ้านานเป็นลหุ” (พระอัยการกระบดศึก มาตรา 63) หรือ “...มาตราหนึ่ง ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเปนแคว้นแคว้นกรุงศรีอยุธยาใช้ที่ราษฎร อย่าให้ซื้อขายแก่กัน อย่าละไว้ให้เปนทำเนแปล่า แลให้นายบ้านนายอำเพอร้อยแขวง แลนายอากรจัดคนเข้าอยู่ในที่นั้น” (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 54) หรือหากที่นั้นถูกทิ้งร้างไว้ 9-10 ปี ให้แขวงจัดให้ราษฎรซึ่งหาที่มีได้นั้นอยู่ อย่าให้ที่นั้นถูกทิ้งร้าง (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 52) ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายตราสามดวง พบว่า การจะได้มาซึ่งที่ดินหรือที่นา นั้น มีวิธีการต่าง ๆ สรุปลงได้ดังนี้<sup>14</sup>

<sup>13</sup> สุชาชัย ยิ้มประเสริฐ, เศรษฐกิจสมัยอยุธยา พ.ศ.2112-2310, วารสารเมืองโบราณ, 31(1), 2548, หน้า 68-90.

<sup>14</sup> เรื่องวิทย์ ลิมปนาท, รัฐกับสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายตราสามดวง, หน้า 9-11.

**3.1) การได้รับพระราชทานจากพระมหากษัตริย์** พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานที่ดินให้แก่บุคคลต่าง ๆ เนื่องมาจากการทำความดีความชอบ ซึ่งมีการระบุถึงตัวเลขศักดิ์ดินนาถดหลั่นกันตามยศ ตำแหน่งและบรรดาศักดิ์ เช่น สมเด็จเจ้าพระยา 30000 เจ้าพระยา 10000 พระยา 1000-10000 พระ 1000-5000 หลวง 800-3000 ขุน 200-1000 หมื่น 200-800 พัน 100-400<sup>15</sup> ซึ่งจะมีการพระราชทานที่ดินให้กับขุนนางเหล่านี้ด้วย

**3.2) การได้รับมรดกตกทอดจากบรรพบุรุษ** กฎหมายได้กำหนดให้ที่ดินเป็นมรดกตกทอดแก่ลูกหลานได้ทำมาหากินในที่ดินนั้นสืบต่อไปได้ ทั้งนี้เพราะที่ดินนั้นได้มีการหักล้างวางพวงมาก่อน จึงควรตกแก่ทายาท ดังการรับรองสิทธิในที่ดินของรัฐที่มีต่อเรื่องดังกล่าวว่า “...มาตราหนึ่งหัวป่าแลที่มีเจ้าของสืบส้าง แลผู้นั้นตายได้แก่ลูกหลาน ถ้าแลผู้ใดไปแผ้วถางเอาเอง ท่านว่าคนผู้นั้นบังอาจ ให้หมิ่นลาหนึ่ง เปนสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง คินที่นั้นให้แก่พี่น้องลูกหลานมัน” (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 55) สิทธิเหนือที่ดินซึ่งจะตกแก่ทายาทนี้ แม้แต่ขุนนางชั้นเจ้าเมืองก็ไม่มีสิทธิที่จะเข้าไปทำนาในที่ดินนั้น ดังที่กฎหมายระบุไว้ว่า “...มาตราหนึ่ง นายอุยในท้องที่แห่งราษฎรร้างหาผู้รับแก้ส่วยหลวงต่อเจ้าเมืองหมิ่นได้ แลเจ้าเมืองเอานานนั้นทำ เจ้าของนาจะเอานานนั้นทำ แลพิจารณาเป็นส้างใช้ ให้คงนาแก่เขา แลให้เจ้าเมืองเรียกเอาส่วยเข้าพระคลังท่านแล” (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 43)

**3.3) การบุกเบิกหักล้างวางพวงจับจองที่ทำกิน** การจับจองที่ดินทำกินต้องมีการแจ้งให้กับมูลนายได้รับรู้และแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายคือ นายน้ำ นายอากรเสนา กำหนดว่าต้องการทำกินในพื้นที่ใด ตำบลใด เจ้าหน้าที่จะเขียนฎีกาโฉนดให้ไว้แก่ผู้ “เล็กรั้งโก่นสร้างใหม่” เป็นการรับรองว่าผู้นั้นได้โก่นสร้างเล็กรั้งที่ตำบลนั้นขึ้นในปีนั้น ถ้าไม่บอกเจ้าหน้าที่ถูกจับได้จะถูกลงโทษ 6 สถาน และปรับใหม่เรียกเอาค่าทางข้าวย้อนหลังไปปีหนึ่ง (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 43 และพระราชกำหนดเก่า 44 แสดงให้เห็นว่า การบุกเบิกจับจองที่ดินทำกินต้องมีการแจ้งให้กับมูลนายได้รับรู้ และแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ เพื่อที่จะมีการตามเก็บภาษีทางข้าวให้กับรัฐได้

**3.4) การที่เจ้าเมืองหรือขุนนางจัดคนเข้าอยู่ทำกิน** การได้มาซึ่งที่ดินอีกวิธีหนึ่ง คือ การที่เจ้าเมืองหรือขุนนางได้จัดคนเข้าอยู่อาศัยทำกินในพื้นที่นอกกรุงศรีอยุธยาที่ดินที่มีการจัดสรรนั้นก็จะเป็นสิทธิแก่ผู้ครอบครองทำกินได้ ดังกฎหมายระบุไว้ว่า “...มาตราหนึ่ง ถ้าที่นอกเมืองหลวงอันเปนแคว้นแคว้นกรุงศรีอยุธยา ไซ้ที่ราษฎร อย่าให้ซื้อขายแก่กัน อย่าละไว้ให้เปนทำเนเปลา แลให้นายบ้านนายอำเพอร้อยแขวง แลนายอากรจัดคนเข้าอยู่ในที่นั้น” (พระอัยการเบตเสจร มาตรา 54) แสดงให้เห็นว่าในสมัยอยุธยามีความต้องการที่จะให้มีการใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์ใน

<sup>15</sup> อคิน รัตพิณณ์, สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์: 2325-2416, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิมพ์เกษตร), 2518, หน้า 209.



การทำกินมาก ดังนั้นเมื่อที่ดินว่างเปล่า เจ้าเมืองจึงมีอำนาจหน้าที่ที่จะสามารถจัดคนเข้าอยู่ทำกินได้ ทั้งนี้เพราะจะทำให้รัฐสามารถเก็บภาษีอากรได้มากตามไปด้วย

**3.5) การซื้อที่ดินเรียกสวนไรนา** การซื้อที่ดิน ที่น่าเป็นอีกวิธีหนึ่งในการได้ที่ดินมา ดังปรากฏกฎหมายกล่าวถึงการซื้อขายที่ดินว่า “...มาตราหนึ่ง ชื่อไรนาเรียกสวนมีเอกสารเป็นค้ำประกัน”(พระอัยการเบตเสจร มาตรา 62) แสดงให้เห็นว่ามีการนำที่ดินไปซื้อขายกัน แม้ว่าในบันทึกของชาวต่างชาติจะมีความเห็นว่า การซื้อขายที่ดินนั้นไม่เป็นที่นิยมในสมัยนั้น<sup>16</sup> แต่คงมีการใช้วิธีนี้ในการได้ที่ดินเพิ่มเติมในการทำมาหากิน การได้มาซึ่งที่ดินด้วยวิธีต่างๆที่กล่าวมานี้ แม้ว่าคนทุกสถานะสามารถที่จะครอบครองที่ดินได้ และในหลักการพระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของที่ดินที่สามารถจะเรียกเอาที่ดินคืนได้ แต่พระมหากษัตริย์ก็มีได้ทรงหวงแหว่งที่ดินนั้นไว้ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชโบายส่งเสริมให้ราษฎรได้เข้าทำกินบนที่ว่างเปล่าเชิญชวนให้ราษฎรเข้าอยู่ในที่ดิน แสดงให้เห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงโปรดให้มีการใช้ประโยชน์ในที่ดินให้มากที่สุด เพื่อประโยชน์ของรัฐที่จะสามารถเก็บภาษีอากรได้มากขึ้นตามไปด้วย

**4) รัฐกับการครอบครองข้าทาสผู้คนของเจ้านายและขุนนาง** การครอบครองผู้คนในสังคมอยุธยา มีลักษณะที่กำหนดให้ผู้ที่มีอำนาจเป็นใหญ่เหนือผู้ใต้ปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้การดูแลของผู้มีอำนาจเหนือกว่า ซึ่งในสมัยอยุธยาจะมีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างไพร่ทาสกับเจ้านายและขุนนาง การได้มาซึ่งไพร่สมของเจ้านายและขุนนางนั้น เป็นการได้มาจากการพระราชทานของพระมหากษัตริย์ ที่พระราชทานยศศักดิ์ พร้อมเครื่องยศต่าง ๆ ให้แก่เจ้านายและขุนนางพร้อมนี้ก็จะพระราชทานไพร่สมมาเป็นบริวารกับเจ้านายและขุนนางนั้นด้วย ดังปรากฏในพระอัยการลักษณมรดก ว่า “...มาตราหนึ่ง สมเด็จพระพุทธเจ้าอยู่หัวพระราชทานผู้คนข้างม้าแลทรัพย์สินของแก่ผู้ใด ก็เปนสิทธิแก่ผู้รับพระราชทานนั้น ถ้าแลเมื่อหน้าไปเข้าคนซึ่งพระราชทานนั้นเกิดลูกชายหญิงสืบไปก็ให้เปนสิทธิแก่ผู้นั้น” (พระอัยการลักษณมรดก มาตรา 33)

การพระราชทานไพร่ทาสและทรัพย์สินต่าง ๆ ให้กับเจ้านายและขุนนางนี้จะเห็นได้ว่า สามารถเป็นทรัพย์สินที่ตกทอดให้แก่ลูกหลานได้ ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินนอกเครื่องพิศุข เช่น ลูกหลานของไพร่ทาสที่เกิดขึ้นหลังจากพระราชทานมาอยู่กับเจ้านายและขุนนางแล้ว ก็จะเป็นสิทธิทางมรดกให้กับลูกหลานขุนนางได้ การพระราชทานไพร่ทาสและทรัพย์สินต่าง ๆ จะพระราชทานตามยศ ตำแหน่งบรรดาศักดิ์ ดังนั้น เจ้านายและขุนนางที่มียศ ตำแหน่งที่สูงกว่าก็จะมีไพร่ทาสที่มากกว่า ผู้ที่มียศตำแหน่งที่ต่อยกว่า นอกจากได้มาจากการพระราชทานแล้ว เจ้านายและขุนนางอาจหาไพร่สมเพิ่มเติมเพื่อสถานภาพและศักดิ์ศรีของเจ้านายและขุนนางเอง เช่น การซื้อคนที่เป็นทาส แล้วปล่อย

<sup>16</sup> ลาลูแบร์, ซีมอง เดอ, ราชอาณาจักรสยาม Du Royaume de Siam, แปลโดย สันต์ ท.โกมลบุตร, (พระนคร: ก้าวหน้า), 2510, หน้า 233, 316.

ให้ทาสนั้นเป็นอิสระหรือเป็นไท เนื่องจากค่าตัวหลุดเพราะเจ้าเงินยกให้ ก็จะต้องมาเป็นไพร่สมของเจ้าเงินที่ซื้อ<sup>17</sup> การมีจำนวนไพร่สมในสังกัดนั้น ไม่มีการกำหนดแน่นอนว่าเจ้านายหรือขุนนางแต่ละตำแหน่งจะมีไพร่สมเท่าใด ดังนั้นวิธีนี้จึงเป็นวิธีหนึ่งในการเพิ่มจำนวนไพร่สมที่เจ้านายและขุนนางสามารถทำได้ สำหรับทาสนั้น เจ้านายและขุนนางอาจได้ทาสมาจากหลากหลายวิธีตามชนิดของทาสแต่ละประเภท ซึ่งจะพบว่า มีทั้งทาสที่ขายตัวลงเป็นทาส การเป็นทาสโดยกำเนิดการได้ทาสมาโดยการยกให้ และทาสเชลย ซึ่งทาสเหล่านี้กฎหมายได้มีการกำหนดให้เจ้านายและขุนนางไม่สามารถดำเนินการตามใจชอบในการใช้แรงงาน เห็นได้จากการมีกฎหมายระบุถึงการเอาพี่น้องลูกหลานไปขายฝากไว้ในเบี้ยหนึ่งแสนขึ้นไปนั้น ได้ระบุว่า มุลนายนั้นต้อง “...ให้ค่อยใช้ค่อยสอยอย่าให้ทำร้ายแก่ผู้คนที่ท่าน ถ้ามันหมิติ ให้เอาไปเวนแก่ผู้ขายคืนเรียกเอาเงิน” (พระไอยการทาสมาตรา 5) แสดงให้เห็นว่า รัฐเน้นในการใช้แรงงานของทาสว่าจะต้องไม่ทำร้ายผู้คนที่รัฐจนทำให้เกิดการบาดเจ็บล้มตาย การครอบครองทาสนั้น แม้ว่ามุลนายจะโกรธเกลียดทาสนั้น แต่มุลนายก็ทำได้เพียงแค่สั่งสอนเท่านั้น การจะลงโทษใด ๆ แก่ทาสนั้นกฎหมายได้ระบุว่าห้ามกระทำทาสถึงตาย ดังที่กำหนดว่า “...ผู้ใดคึงเคียดแก่ข้าคนตนไซ้ ท่านให้ตี แต่ก่อให้หลาบปราบแต่ก่อให้กลัวท่านมิให้ล้มตายเลย ถ้ามันคนร้ายสั่งสอนมิได้ให้ขายมันเสีย ถ้าตีมันตายให้ไหมโดยศักดิ์มือ ไม้ เหลกนั้นแล” (พระไอยการทาสมาตรา 8) นอกจากนี้ ในกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ได้กล่าวถึงการขายฝากคนให้แก่นายเงินนั้นว่า หากค่าตัวต่ำกว่า 14 แสนเบี้ย “...ให้ค่อยใช้สอย ผิดพลั้งสิ่งใดทำแต่ก่อควรอย่าให้เจ้าสินข่มเหงใส่ชื่อคาไซ้ตรวจตีจำทำโดยอุก มีบาดเจ็บคั้นหักบอดประการใด ท่านว่าเจ้าสินมิชอบ” (พระไอยการทาสมาตรา 9) แสดงให้เห็นว่ากรณีที่มีการขายคนลงไว้กับนายเงินนั้น นายเงินมีข้อจำกัดของการใช้งานคนเหล่านั้นด้วย การป้องกันมิให้มีการลงโทษถึงตายนี้แสดงให้เห็นว่า รัฐเห็นความสำคัญของแรงงานที่จะช่วยสร้างผลผลิตและประโยชน์ให้กับมุลนาย ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทางอ้อมแก่รัฐในการเก็บภาษีอากรด้วยจากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า<sup>18</sup> ถึงแม้เจ้านายและขุนนางจะมีอำนาจเป็นใหญ่เหนือไพร่ทาสของตน แต่ก็มีข้อจำกัดในการปฏิบัติต่อไพร่ทาสในหลายกรณี เช่นมิให้ล้มตายหรือมุลนายใส่ชื่อคาจนบาดเจ็บเป็นสิ่งไม่ควรทำ ทั้งนี้เพราะรัฐให้ความสำคัญกับกำลังของผู้คนแรงงานและจำนวนคนของรัฐ ซึ่งจะมีส่วนในการเพิ่มความมั่งคั่งทางรายได้และความแข็งแกร่งด้านความมั่นคงให้กับรัฐ กฎหมายจึงกำหนดไว้เพื่อป้องกันมิให้มุลนายทำให้ผู้คนที่เป็นแรงงานไม่ว่าไพร่ หรือทาสนั้นได้รับการคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ในสังกัดใด ดังนั้นเจ้านายหรือขุนนางก็จะมีกรอบในการครอบครองทรัพย์สินประเภทไพร่ทาสนี้

<sup>17</sup> ชัย เรื่องศิลป์, ประวัติสังคมไทยสมัยโบราณก่อนศตวรรษที่ 25, หน้า 184.

<sup>18</sup> เรื่องวิทย์ ลิมปนาท, รัฐกับสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายตราสามดวง, หน้า 13.

**2.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม** เนื้อหาของหลักนิติธรรม<sup>19</sup> ไคซีย์ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์กับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) และบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามความหมายดังกล่าวเป็นการปฏิเสธความคิดที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ต้องเคารพต่อกฎหมาย รวมทั้งการกำหนดให้บุคคลทั้งหลายย่อมต้องไม่ถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้แม้แต่กษัตริย์ก็ตาม ทั้งนี้ ไคซีย์ยังเห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐบาลและฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย และการกระทำนั้นต้องไม่กระทำการอันก้าวล่วงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่ตนต้องการ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองได้กระทำการที่ขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่จะมีสิทธิพิเศษ เหนือกว่าประชาชนไม่ได้ จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวคิดของไคซีย์ได้มุ่งเน้นถึงความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่ไม่ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย แม้ว่าในปัจจุบันการอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรมอาจมีแตกต่างกันในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ถึงกรกระทำของรัฐ ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ซึ่งในยุคต่อมา ฟุลเลอร์ ได้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะสร้างการปกครองตามหลักนิติธรรม โดยเห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

- 1.1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 1.2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- 1.3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- 1.4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- 1.5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
- 1.6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

<sup>19</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2555), หน้า 167-168.

1.7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

1.8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว

3. การวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินและหลักนิติธรรมกับกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 13/2556 เรื่องพิจารณาที่ 8/2556 วันที่ 2 ตุลาคม พุทธศักราช 2556 เรื่อง พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากแนวคิดในด้านสิทธิในทรัพย์สินและหลักนิติธรรมกับกรณีคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นในการวิเคราะห์ดังนี้

3.1 กรณีข้อเท็จจริงแห่งคดีและคำวินิจฉัย ในคดีดังกล่าวมีเนื้อหาของข้อเท็จจริงแห่งคดีและคำวินิจฉัยดังนี้

3.1.1 ข้อเท็จจริงในคดี คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบ โดยผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องการประปาส่วนภูมิภาคเป็นผู้ถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลางเพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหาย จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีวางท่อน้ำรูกล้าแดนกรรมสิทธิ์ใต้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม เนื่องจากผู้ฟ้องคดีทั้งสามเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ต่อมาจังหวัดได้ก่อสร้างทางหลวงชนบทรูกล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้ยื่นฟ้องจังหวัดต่อศาลจังหวัดซึ่งศาลจังหวัดได้มีคำพิพากษาให้จังหวัดรื้อถอนทางสาธารณประโยชน์ ในส่วนที่รูกล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม แต่ในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกาปรากฏว่า การประปาส่วนภูมิภาคได้วางท่อน้ำรูกล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม และเมื่อศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จังหวัดรื้อถอนการก่อสร้างทางหลวงชนบทดังกล่าวออกจากที่ดิน การดำเนินการวางท่อน้ำของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการรูกล้าเข้ามาในที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงฟ้องต่อศาลปกครองกลางขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสาม นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้วางท่อน้ำรูกล้าเข้ามาในแดนกรรมสิทธิ์ใต้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสามผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำให้การต่อศาลปกครองกลางสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจวางท่อน้ำผ่านที่ดินของบุคคลใด ๆ ที่มีใช้ที่ตั้งสำหรับที่อยู่อาศัยโดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนการใช้ที่ดินกรณีท่อน้ำมีเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร ซึ่งท่อน้ำที่ได้วางในที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางเพียง ห้าสิบหกเซนติเมตร ฉะนั้นผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีอำนาจในการวางท่อน้ำและไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนการใช้ที่ดิน ให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ทั้งนี้กรณีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับ

คดีนี้มาแล้ว โดยผู้ถูกฟ้องคดีเคยถูกฟ้อง ต่อศาลจังหวัดสมุทรสาคร ซึ่งศาลจังหวัดสมุทรสาครพิพากษาว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิวางท่อน้ำขนาด เส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรได้ ไม่ถือเป็นการละเมิดตามคดีหมายเลขคำที่ 80/2551 และคดีหมายเลขแดงที่ 1193/2552 คดีถึงที่สุดเนื่องจากคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่ได้อุทธรณ์คำพิพากษา ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงไม่มีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองกลาง ผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้ยื่นคำร้อง ขอให้ศาลปกครองกลางพิจารณาส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีทั้งสองให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจใช้ทรัพย์สินของเอกชนในการวางท่อน้ำโดยไม่ต้องจ่ายเงินค่าทดแทน ชดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่ ศาลปกครองกลางเห็นว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าว จึงส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามทางการเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

**3.1.2 ประเด็นวินิจฉัยแห่งคดี** ประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ชดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 41 เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 5 สิทธิในทรัพย์สิน โดยมาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า สิทธิของบุคคล ในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ และวรรคสอง บัญญัติว่า การสืบทอดย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิของบุคคล ในการสืบทอดย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ รัฐธรรมนูญมาตรานี้มีเจตนารมณ์เพื่อประกันความมั่นคง ในการถือครองทรัพย์สิน บุคคลที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยชอบรวมถึงการรับมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง รวมทั้งสิทธิใด ๆ ในการใช้สอยหรือจำหน่ายจ่ายโอน ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น เช่น การอายัด การยึด หรือการริบทรัพย์สินจะกระทำได้ก็แต่โดยกฎหมายให้อำนาจ เป็นต้น หลักการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าว สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 17 โดยเฉพาะในเรื่องอสังหาริมทรัพย์โดยเจ้าของ หรือผู้ครอบครองย่อมมีความผูกพันที่จะใช้หลักกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ ถึงความชอบธรรมในการครอบครองและใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ที่ตนมีกรรมสิทธิ์หรือ สิทธิครอบครองอยู่โดยสมบูรณ์หากแต่อาจมีการจำกัดอำนาจการจัดการทรัพย์สินของเจ้าของ หรือเจ้าของอาจจะต้องยอมรับภาระอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่น ข้อจำกัดอำนาจกรรมสิทธิ์ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นมิใช่หลายประการเท่าที่ปรากฏใน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น เรื่องทางจำเป็น ภาวะจำยอมและการใช้สิทธิบนอสังหาริมทรัพย์ ที่ต้องไม่ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น เป็นต้น ดังนั้น สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลจึงอาจถูกจำกัด ได้โดยกฎหมายตามความจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประเทศชาติโดยรวม แต่การจำกัดสิทธิดังกล่าวนี้ก็ต้องชอบ ด้วยหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงาน ของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวรรคสอง ที่บัญญัติว่า กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการ ทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

สำหรับพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เป็นบทบัญญัติที่มี วัตถุประสงค์ เพื่อปรับปรุงและขยายกิจการประปาในส่วนภูมิภาคให้ดียิ่งขึ้น รวมทั้งให้มีหน้าที่ ดำเนินการเกี่ยวกับ การผลิต จัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปาในส่วนภูมิภาค โดยมาตรา 30 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้อำนาจ การประปาส่วนภูมิภาคในการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ไปได้ เหนือตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ๆ ในเมื่อที่ดินนั้นมีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย เพื่อประโยชน์ ในการผลิต การส่ง และการจำหน่าย น้ำประปา ซึ่งเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ วรรคสอง บัญญัติวิธีการสำหรับการวางท่อน้ำที่มีขนาด เส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป โดยให้ การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจกำหนดบริเวณที่ดิน ที่เดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์โดยมีความกว้าง จากท่อน้ำด้านละไม่เกินสองเมตรห้าสิบเซนติเมตร สำหรับท่อน้ำขนาดดังกล่าว และให้การประปา ส่วนภูมิภาคทำเครื่องหมายแสดงเขตไว้ในบริเวณดังกล่าว ตามระเบียบที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ส่วนวรรคสาม บัญญัติว่า ในบริเวณที่กำหนดตามวรรคสอง ให้การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจรื้อ ถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้น หรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ได้โดยต้องจ่าย ค่าทดแทนในการที่ใช้ที่ดิน และในการรื้อถอนหรือตัดฟัน แล้วแต่กรณี ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ด้วยจำนวนเงินอันเป็นธรรม เว้นแต่เจ้าของหรือผู้ครอบครอง เป็นผู้ได้รับประโยชน์ค้ำค่าในการกระทำ นั้นอยู่ด้วย ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้จำนวนเงินค่าทดแทน ให้นำมาตรา 29 วรรคสาม มาใช้ บังคับโดยอนุโลม และวรรคสี่ บัญญัติว่า เมื่อได้มีการชดใช้ค่าทดแทนแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ดังกล่าวแล้ว หรือเจ้าของ หรือผู้ครอบครองเต็มใจไม่รับหรือไม่มีสิทธิรับค่าทดแทน ต่อไปจะเรียกร้อง ค่าทดแทนอีกมิได้ ส่วนวรรคห้า บัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาค แจ้งเป็นหนังสือ ให้เจ้าของหรือ ผู้ครอบครองทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องทราบในกรณีที่จะดำเนินการตามความในมาตรานี้ โดยให้นำ

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง (2) มาใช้บังคับโดยอนุโลม และให้สิทธิเจ้าของหรือผู้ครอบครอง ทรัพย์สินนั้น อาจยื่นคำร้องแสดงเหตุที่ไม่สมควรทำเช่นนั้นไปยังคณะกรรมการการประปาส่วนภูมิภาค เพื่อวินิจฉัย ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สุด

โดยคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 จะเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจการประปาส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจในการจัดทำ น้ำประปา อันเป็นบริการสาธารณะของรัฐ ในด้านสาธารณสุขปโภค จึงต้องเอื้อให้หน่วยงานของรัฐ ผู้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวสามารถดำเนินการได้ โดยสะดวกเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม แต่การใช้อำนาจเช่นนี้ต้องอยู่บนหลักการเคารพสิทธิของเอกชน ผู้ที่อาจจะต้องได้รับความเดือดร้อน เสียหาย หรือถูกจำกัดสิทธิ หรือถูกรอนสิทธิอันเกิดจากการจัดทำ บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของ ส่วนรวมดังกล่าวด้วย กล่าวคือ การที่รัฐจะใช้ทรัพย์สินอันได้แก่ที่ดิน ซึ่งประชาชนเป็นเจ้าของหรือ ผู้ครอบครองในทรัพย์สินนั้นอยู่ รัฐก็จำต้องชดใช้ค่าทดแทนความเสียหาย อันเป็นธรรมตามควรแก่ กรณีในการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าว อันเป็นหลักการสำคัญของ การใช้อำนาจรัฐที่ปกครอง ในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพ ขึ้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนี้ ว่ารัฐจะไม่กระทำการอันใดที่เป็นการละเมิดหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนเกินความจำเป็น เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจ ว่ารัฐภายใต้การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติธรรม ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ที่ว่าการปฏิบัติหน้าที่ ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยที่รัฐจะ ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากรัฐจะจำกัดสิทธิ และเสรีภาพดังกล่าวแล้วก็ต้องเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและภายในขอบเขตตามที่บัญญัติไว้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ที่ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของ สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติ การประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 แล้วเห็นว่า การประปาส่วนภูมิภาคเป็นบริการสาธารณะ ที่รัฐจำเป็นต้องจัดทำ หรือให้มีขึ้นอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนและการพัฒนาประเทศใน ด้านสาธารณสุขปโภค และสุขอนามัยที่ดีของประชาชน อันเป็นสาธารณประโยชน์และยังมีความสำคัญ ต่อความมั่นคงปลอดภัย ของประเทศด้วย การเข้าไปดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการผลิต การส่ง และ การจำหน่ายน้ำประปา รัฐมีความจำเป็นต้องให้อำนาจแก่การประปาส่วนภูมิภาคในการเดินท่อน้ำและ ติดตั้งอุปกรณ์ไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นที่ดินของบุคคลที่มีเขตที่ตั้งของโรงเรือนหรือที่อยู่อาศัยได้ เพื่อประโยชน์แก่การดังกล่าว โดยผู้เป็นเจ้าของหรือครอบครองทรัพย์สินไม่ได้สูญเสียสิทธิในทรัพย์สิน

ของตน เพียงแต่ถูกจำกัดสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินบางประการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการเข้าใช้บริเวณที่ดินเพื่อเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ของการประปาส่วนภูมิภาค จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินย่อมต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้ ขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย การที่บทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสอง และวรรคสาม ไม่มีการระบุในเรื่องค่าทดแทนไว้โดยชัดแจ้งในกรณีของการวางท่อน้ำที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง ในกรณีท่อน้ำ ที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร การบัญญัติไว้เช่นนี้จึงทำให้เกิดการตีความและยึดถือเป็นหลักกฎหมายว่า ถ้าท่อน้ำที่การประปาส่วนภูมิกานำมาเดินในที่ดินนั้นมีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรแล้วการประปาส่วนภูมิกานี้ก็ไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งเห็นว่าการกรณีนี้ไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะการที่รัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดิน ของบุคคลแม้จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็เป็นการทำให้สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเสื่อมเสียไปอยู่ดี ไม่ว่าขนาดของท่อน้ำจะมีเส้นผ่าศูนย์กลางแปดสิบเซนติเมตรขึ้นไปหรือต่ำกว่าแปดสิบเซนติเมตรลงมากก็ตาม ประกอบกับการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์นั้นก็ต้องมีการกำหนดบริเวณของที่ดินซึ่งเจ้าของหรือ ผู้ครอบครองไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ อันเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม เมื่อพิจารณาสภาพการใช้สิทธิในที่ดินของประชาชนในปัจจุบัน บุคคลทั่วไปย่อมสามารถใช้ประโยชน์ ในที่ดินที่ตนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองได้ ทั้งพื้นที่เหนือพื้นดินและใต้ดินลงไปในระดับความลึก ห้าถึงสิบเมตรแล้วแต่ลักษณะของการใช้สอย ในขณะที่กรณีดังกล่าวเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน กลับไม่สามารถปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น รวมทั้งการปลูกต้นไม้หรือกระทำการใดในบริเวณที่ดินที่มีการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ เนื่องจากอาจทำให้เกิดอันตรายหรือเป็นอุปสรรคต่อระบบการผลิต การส่ง หรือการจำหน่ายน้ำประปา ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวไว้ตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 31

พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เฉพาะในส่วนที่มีได้ กำหนดให้การประปาส่วนภูมิกานี้มีการชดใช้ค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากการจำกัดสิทธิ ในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้น



ให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทน เยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ในส่วนนี้ จึงขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง อีกด้วย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เฉพาะในส่วนที่บัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผล ใดๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยเพื่อประโยชน์ในการผลิต การส่ง การจำหน่ายน้ำประปา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ประกอบ มาตรา 3 วรรคสอง และ มาตรา 29 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

**3.2 การวิเคราะห์หลักนิติธรรมจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ** จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เมื่อนำมาวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องกับหลักนิติธรรม มีประเด็นในการวิเคราะห์ดังนี้

**3.2.1 การวิเคราะห์ตามแนวคิดของไดซี** ซึ่งอธิบายความหมายของหลักนิติธรรมว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์กับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) และบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งตามความหมายดังกล่าวเป็นการปฏิเสธความคิดที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ต้องเคารพต่อกฎหมาย ซึ่งบรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐบาลและฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย และการกระทำนั้นต้องไม่กระทำการอันก้าวล่วงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่ตนต้องการ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองได้กระทำการที่ขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่จะมีสิทธิพิเศษ เหนือกว่าประชาชนไม่ได้ จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวคิดของไดซีได้มุ่งเน้นถึงความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะหน่วยงานของรัฐที่จะต้องการเคารพในสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ เพื่อการดำรงไว้ต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นไปตามทฤษฎีของแนวคิดของล๊อคและทฤษฎีของรัฐในการจัดการทรัพย์สินของประชาชนอย่างเป็นธรรม ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า

“...แม้ว่าการเข้าใช้บริเวณที่ดินเพื่อเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ของการประปาส่วนภูมิภาค จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินย่อมต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้ ขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย การที่บทบัญญัติ

มาตรา 30 วรรคสอง และวรรคสาม ไม่มีการระบุในเรื่องค่าทดแทนไว้โดยชัดแจ้งในกรณีของการวางท่อน้ำที่ไม่เป็นไปตามวรรคสอง ในกรณีท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร การบัญญัติไว้เช่นนี้จึงทำให้เกิดการตีความและยึดถือเป็นหลักกฎหมายว่า ถ้าท่อน้ำที่การประปาส่วนภูมิภาคนำมาเดินในที่ดินนั้นมีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรแล้วการประปาส่วนภูมิภาคก็ไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งเห็นว่ากรณีนี้ไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะการที่รัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดิน ของบุคคลแม้จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็เป็นการทำให้สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเสื่อมเสียไปอยู่ดี ไม่ว่าขนาดของท่อน้ำจะมีเส้นผ่าศูนย์กลางแปดสิบเซนติเมตรขึ้นไปหรือต่ำกว่าแปดสิบเซนติเมตรลงมาก็ตาม ประกอบกับการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์นั้นก็ต้องมีการกำหนดบริเวณของที่ดินซึ่งเจ้าของหรือ ผู้ครอบครองไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ อันเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม เมื่อพิจารณาสภาพการใช้สิทธิในที่ดินของประชาชนในปัจจุบัน บุคคลทั่วไปย่อมสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ตนมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองได้ ทั้งพื้นที่เหนือพื้นดินและใต้ดินลงไปในระดับความลึกห้าถึงสิบเมตรแล้วแต่ลักษณะของการใช้สอย ในขณะที่กรณีดังกล่าวเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินกลับไม่สามารถปลูกสร้างโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอื่น รวมทั้งการปลูกต้นไม้หรือกระทำการใดในบริเวณที่ดินที่มีการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ เนื่องจากอาจทำให้เกิดอันตรายหรือเป็นอุปสรรคต่อระบบการผลิต การส่ง หรือการจำหน่ายน้ำประปา ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวไว้ตามพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 31”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้สะท้อนต่อหลักนิติธรรมของการเข้าใช้ทรัพย์สินของรัฐที่ต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรม อันเป็นการคำนึงถึงสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลกับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของบุคคล ที่รัฐต้องเคารพต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิที่เป็นสิทธิในทางธรรมชาติของมนุษย์และการสร้างความเป็นธรรมต่อการที่รัฐจะไม่ก้าวล่วงต่อสิทธิของบุคคลหรือการกำหนดมาตรการที่เหมาะสมต่อการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิของบุคคล

**3.3 การวิเคราะห์ตามหลักของฟุลเลอร์** แนวคิดของฟุลเลอร์ที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญประการหนึ่ง คือ กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในกรณีของคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นธรรม ดังประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า

“...พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เฉพาะในส่วนที่มีได้กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีการชดใช้ค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากการจำกัดสิทธิ ในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชน เกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐาน ของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย ที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญและหากมีกรณีใดที่เป็น ข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการ ชดใช้ค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติ การประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ในส่วนนี้ จึงขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง อีกด้วย”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้สะท้อนต่อการเสริมสร้างหลักนิติธรรมของ หน่วยงานรัฐ ที่จะต้องคำนึงถึงการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมในกรณีที่รัฐเข้าไปใช้ทรัพย์สิน โดยจะ ต้องคำนึงถึงมาตรการหรือการบังคับใช้กฎหมายต่อบุคคลที่ถูกกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สิน ของตนที่เป็นลักษณะของการก้าวล่วงต่อสิทธิของบุคคลให้เหมาะสมของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่หน่วยงานของรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญของหลักนิติธรรมประการหนึ่ง ที่รัฐ จะต้องบังคับใช้กฎหมายที่เป็นธรรมด้วย มิใช่การบังคับตามกฎหมายไปในทางที่จะกระทบกระเทือนต่อ สาระสำคัญแห่งสิทธิโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อสิทธิในทางธรรมชาติของมนุษย์

## สรุป

สิทธิในทางทรัพย์สินเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลที่รัฐไม่อาจพรากจากบุคคลได้ การที่รัฐ จะเข้าใช้ทรัพย์สินของบุคคลต่างๆ จึงไม่อาจอ้างแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการบังคับใช้ต่อบุคคล ในทรัพย์สิน แต่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมต่อการบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะของการกระทบ กระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิพื้นฐานดังกล่าว โดยการกำหนดมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นธรรมและสอดคล้องต่อหลักสิทธิพื้นฐานของมนุษย์เพื่อให้การ ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายและการคุ้มครองหลักนิติธรรมของหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้ กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ซึ่งเป็นสิ่งที่หน่วยงานภาครัฐจะต้องยึดถือในการดำเนินการ ใช้อำนาจรัฐที่ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 3 ได้บัญญัติให้การ ปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

## บรรณานุกรม

- ชัย เรื่องศิลป์, ประวัติสังคมไทยสมัยโบราณก่อนศตวรรษที่ 25, (พิมพ์ครั้งที่ 3), (กรุงเทพฯ: ต้นอ่อน แกรมมี่).
- เรื่องวิทย์ ลิ้มปนาท, รัฐกับสิทธิในทรัพย์สินจากกฎหมายตราสามดวงวารสารวิชาการมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 42 (พฤษภาคม – สิงหาคม), 2558.
- ลาตูแบร์, ซีมอง เดอ, ราชอาณาจักรสยาม Du Royaume de Siam, แปลโดย สันต์ ท.โกมลบุตร, (พระนคร: ก้าวหน้า), 2510.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2555).
- วรางคณา นิพัทธ์สุขกิจ, หนึ่งกาง ไม้ฟาง ช้าง ของป่า การค้าอยุธยาสมัยพุทธศตวรรษที่ 22-23, (กรุงเทพฯ: เมืองโบราณ), 2550.
- สรวิชญ์ วงษ์สะอาด, แนวความคิดเรื่องสิทธิในทรัพย์สินของจอห์น ล็อค: <https://www.gotoknow.org/posts/566107>.
- สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : โครงการเอกสารและตำรา คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์), 2542.
- สุธาชัย ยิ้มประเสริฐ, เศรษฐกิจสมัยอยุธยา พ.ศ.2112-2310, วารสารเมืองโบราณ, 31(1), 2548.
- เสถียร หอมขจร, ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2540.
- อคิน รพีพัฒน์, ม.ร.ว., สังคมไทยในกฎหมายตราสามดวง: โครงสร้างในกระดองกฎหมายในกฎหมายตราสาม ดวงกับสังคมไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ), 2535.
- อคิน รพีพัฒน์, สังคมไทยในสมัยรัตนโกสินทร์: 2325-2416, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิมพ์แอนด์), 2518.

# หลักนิติธรรมกับการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญา

วันชัย โตความรู้\*

## บทคัดย่อ

ภายใต้ความวุ่นวายซึ่งตึงเครียดและการแตกแยกแบ่งพรรคแบ่งพวก ทำให้ประเทศชาติเกิดความวุ่นวายและเกิดคดีความทางอาญาขึ้นจำนวนมากกับความวุ่นวายที่เกิดขึ้น มีการดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับความวุ่นวายเหล่านั้น และกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นจุดหนึ่งที่ถูกกล่าวหาว่ามีหลายมาตรฐาน หนึ่งในกระบวนการระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการขอปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ซึ่งการขอปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่ใช่จะใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ต้องใช้จริยธรรมและคุณธรรม ความเสมอภาค และหลักเหตุผล ที่มีหลักสำคัญคือการกำหนดให้รัฐจะต้องปฏิบัติต่อประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยความเท่าเทียมกัน รวมทั้งความยุติธรรมและโปร่งใสของบุคลากรขององค์กรที่เกี่ยวข้องด้วย มิเช่นนั้นความยุติธรรม ความเสมอภาคภายใต้การอยู่ร่วมกันของกฎหมายเดียวกันจะไม่เกิดขึ้น จากที่กล่าวมาแล้วนั้นย่อมหมายความว่า การปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญานั้น บุคลากรขององค์กรที่รับผิดชอบจะต้องยึดหลักนิติธรรมในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา มิใช่เป็นการกระทำที่ทำให้บุคคลทั่วไปเคลือบแคลงสงสัย จนกลายเป็นว่าบุคคลนี้สามารถประกันตัวได้เพราะอย่างโน้นเพราะอย่างนี้ ส่วนคนๆ นี้ประกันตัวไม่ได้เพราะอย่างนั้น ซึ่งเป็นที่มาของคำว่าสองมาตรฐาน เมื่อประชาชนมองว่ากระบวนการยุติธรรมไม่เกิดความเป็นธรรมสำหรับเขา ปัญหาต่างๆ ก็จะเกิดขึ้นไม่มีวันจบ ซึ่งจะทำให้บ้านเมืองเกิดความไม่สงบมากยิ่งขึ้น แต่หากสามารถแก้ไขปัญหาเหล่านี้ได้และประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ความวุ่นวายก็จะสงบลง ประเทศก็กลับมาเป็นประเทศที่น่าอยู่น่าอาศัยไปอีกนาน

เมื่อมีการร้องทุกข์กล่าวโทษบุคคลๆ หนึ่งต่อพนักงานสอบสวนหรือบุคคลฟ้องเป็นคดีอาญาต่อบุคคลอีกบุคคลหนึ่งและศาลได้ประทับรับฟ้องก็จำเป็นต้องควบคุมตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหรือจำเลยนั้นตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

\* ผู้เชี่ยวชาญประจำประธานศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

มีจุดมุ่งหมายให้เป็นกระบวนการตามกฎหมายที่รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง จึงต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมาย หากไม่มีการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นอาจจะหลบหนีได้ การควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในระหว่างการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ค้ำประกันจะต้องให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้อย่างอิสระ เต็มที่ เปิดเผยและเป็นธรรมไม่ลำเอียง นอกจากนี้ โดยข้อสันนิษฐานของกฎหมายและปฎิญาสากรว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้สันนิษฐานไว้ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้จะมีการพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย (The Presumption of Innocent)

การควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา แม้ว่าจะต้องดำเนินการตามปฎิญาสากรว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) หรือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) ก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายให้สิทธิผู้ต้องหาหรือจำเลยในการยื่นคำร้องขอปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีได้ และการปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีนั้น บุคคลหรือองค์กรที่พิจารณาคดีจะต้องพิจารณาโดยจริยธรรมและคุณธรรมความเสมอภาคและหลักเหตุผล ซึ่งการปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยสามารถออกมาแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ประการหนึ่ง และเป็นการลดความแออัดของนักโทษในเรือนจำที่รัฐต้องใช้งบประมาณในการดูแลปีละมากๆ อีกประการหนึ่ง จึงถือได้ว่าการปล่อยตัวชั่วคราวมีคุณมากกว่าเป็นโทษ

ปัจจุบันประเทศไทยมีวิธีการขอปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดี 3 วิธี<sup>1</sup> กล่าวคือ

(1) การขอปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีโดยไม่มีประกัน

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106 บัญญัติว่า “คำร้องขอให้ปล่อยผู้ต้องหาหรือจำเลยชั่วคราวโดยไม่ต้องมีประกันหรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกัน ไม่ว่าผู้นั้นต้องควบคุม หรือซึ่งตามหมายศาล ย่อมยื่นได้โดยผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องดังนี้

- (1) เมื่อผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวอยู่และยังไม่ได้ถูกฟ้องต่อศาลให้ยื่นต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณี
- (2) เมื่อผู้ต้องหาต้องขังตามหมายศาลและยังมิได้ถูกฟ้องต่อศาล ให้ยื่นต่อศาลนั้น
- (3) เมื่อผู้ต้องหาถูกฟ้องแล้ว ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้น
- (4) เมื่อศาลอ่านคำพิพากษาศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์แล้ว แม้ยังไม่มีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา หรือมีการยื่นอุทธรณ์หรือฎีกา แล้วแต่ยังไม่ได้ส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ให้ยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้น

ในกรณีที่ศาลชั้นต้นเห็นสมควรให้ปล่อยตัวชั่วคราว ให้ศาลชั้นต้นส่งอนุญาต มิฉะนั้นให้รับส่งคำร้องพร้อมสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเพื่อส่ง แล้วแต่กรณี

- (5) เมื่อศาลส่งสำนวนไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาแล้ว จะยื่นต่อศาลชั้นต้นที่ชำระคดีนั้น หรือจะยื่นต่อศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณีก็ได้

ในกรณีที่ยื่นต่อศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นรับส่งคำร้องไปยังศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกาเพื่อส่ง แล้วแต่กรณี

(2) การขอลอยชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีโดยมีประกัน

(3) การขอลอยชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีโดยมีประกันและหลักประกัน

ซึ่งผู้ที่พิจารณานุญาตการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างการพิจารณาคดีอาญา คือ ตำรวจ (พนักงานสอบสวน) พนักงานอัยการ หรือศาล ที่ต้องใช้หลักนิติธรรมในการพิจารณานุญาต หากองค์กรหรือบุคคลที่มีอำนาจพิจารณานุญาตไม่อยู่ภายใต้จริยธรรม คุณธรรม และหลักนิติธรรม แล้ว การปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างการพิจารณาก็จะไม่เกิดขึ้น และส่งผลถึงการพิจารณาคดีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความจำเป็นต้องแสวงหาพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อสนับสนุนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลย ไม่ได้กระทำความผิดดังที่ได้ถูกกล่าวหาในความผิดนั้นๆ

### ความเป็นมาและความหมาย

#### (1) การปล่อยตัวชั่วคราว

คำว่า “ปล่อยตัวชั่วคราว” หรือ “การปล่อยตัวชั่วคราว” หรือ “ปล่อยชั่วคราว” หมายความว่า ไม่มีบทบัญญัติเป็นคำนิยามไว้ แต่ก็มีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ลักษณะ 4 หมวด 3 ปล่อยชั่วคราว

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ปล่อยชั่วคราว” หมายถึง “ปล่อยผู้ต้องหาหรือจำเลยจากการควบคุมหรือขังชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง ในระหว่างการสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาของศาล โดยไม่มีประกัน มีประกัน หรือมีประกัน และหลักประกัน”

อาจารย์กุล บุญยืน ได้ให้ความหมายของการปล่อยตัวชั่วคราวไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า “การปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา คือ การประกันตัวซึ่งทำได้ตั้งแต่ผู้ต้องหาถูกควบคุมตัวตลอดไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด”<sup>2</sup>

ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ได้ให้ความหมายของการปล่อยตัวชั่วคราวไว้ในหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า “การปล่อยชั่วคราวนี้ก็คือ การประกันตัว จำเลยในคดีอาญาที่ใช้ประมวลเวลานั้นเอง กล่าวคือเมื่อบุคคลหนึ่งถูกจับมา หรือถูกเรียกมาควบคุมไว้ในฐานผู้ต้องหาหรือถูกขังไว้ในฐานะจำเลย ตามปกติแล้วก็จะถูกควบคุมหรือกักขังไว้ตลอดเวลาที่มีการสอบสวน ใต้สวนมูลมูลฟ้องหรือพิจารณา แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นๆ ได้รับการปล่อยตัวไปชั่วคราวได้ คือ การประกันตัวนี้เองในเบื้องต้น เราต้องสังเกตว่า การปล่อยตัวชั่วคราวหรือประกันตัวนี้จะมีได้ไม่จำเพาะแต่ในชั้นศาลเท่านั้นแต่ในระหว่างสอบสวนก็อาจจะปล่อยชั่วคราวหรือให้ประกันตัวไปได้เหมือนกัน”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> กุล บุญยืน, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, นิติบรรณการ:กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2541

<sup>3</sup> สัญญา ธรรมศักดิ์, ศาสตราจารย์, ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาสตราจารย์ ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, จัดพิมพ์เป็นครั้งที่ 4, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา:กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2524

จากความหมายดังกล่าวพอสรุปได้ว่า การปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาคือ การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไประยะเวลาหนึ่งไปจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นมีความผิดหรือไม่ หากผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดก็พิพากษาให้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก็พิพากษาให้ปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นไปแบบถาวร

การปล่อยชั่วคราวมีต้นกำเนิดในประเทศอังกฤษยุคสมัยกลาง (ประมาณ ปี ค.ศ.1066) ตามหลักการดำเนินคดีอาญาที่จำเลยจะต้องมาปรากฏในการพิจารณาคดีทุกนัดจึงจำเป็นต้องกักขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีทำให้รัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดูแลการกักขังเป็นจำนวนมากและได้เกิดปัญหาขึ้นมากมาย เช่น การพิจารณาคดีล่าช้าเพราะผู้พิพากษาต้องเสียเวลาในการเดินทางเนื่องจากศาลมีเขตอำนาจกว้างขวางการเดินทางไม่สะดวกจึงต้องใช้เวลาในการเดินทางมากและจากปัญหาที่มีนักโทษล้นเรือนจำก่อให้เกิดสภาวะการขาดอาหาร คุกต่างๆ เต็มไปด้วยโรคภัยไข้เจ็บทำให้ผู้ถูกกักขังจำนวนมากถึงแก่ความตายก่อนการพิจารณาคดีเสร็จสิ้น และบางคดีผู้บริสุทธิ์ต้องถูกกักขังอยู่โดยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำตัดสินปล่อยตัวไป จากปัญหาดังกล่าวเพื่อเป็นการปลดปล่อยนักโทษที่ศาลยังไม่ได้พิจารณาจึงได้เกิดการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยขึ้น โดยในตอนแรก Sheriff (เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำหน้าที่คล้ายตำรวจมีอำนาจจับกุม คุมขังผู้กระทำความผิดอาญา) เป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้ประกันโดยมีเงื่อนไขให้ตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยเองหรือบุคคลฝ่ายที่สามที่เชื่อถือได้ให้สัญญาว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเหล่านั้นจะมาปรากฏตัวในวันพิจารณาคดีของศาลถ้าผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนี ตัวนายประกันเองจะต้องมอบตัวเองเป็นจำเลยแทน ต่อมาได้พัฒนาเป็นการอุทธรณ์จำนวนเงินประกันแทน โดยในปี ค.ศ.1275 ได้มีการตรา Act of Westminster ขึ้นเพื่อกำหนดอำนาจของ Sheriff ในการให้ประกัน ซึ่งต่อมาได้โอนอำนาจในการให้ประกันไปยังผู้พิพากษาแห่งท้องถิ่น (Justice of the peace) ในปี ค.ศ.1327 และได้พัฒนามาโดยลำดับและมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการประกันตัวรวม 3 ฉบับ คือ The Petition of Right 1692 เป็นการจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์ในการสั่งขังบุคคลโดยไม่แสดงเหตุแห่งการสั่ง The Habeas Corpus Act 1697 เป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของชนสัญชาติอังกฤษซึ่งมีสิทธิได้รับการประกันตัวได้ทั้งก่อนและระหว่างการไต่สวนมูลฟ้อง The Bill of Right 1688 เป็นกฎหมายจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์และศาลมิให้กำหนดหลักประกันในการปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยสูงเกินสมควร และในปัจจุบันมีกฎหมายหลักที่ใช้ในการประกันตัวคือ The Magistrates' Court Act 1952, The Bail Act 1976 และ The Magistrates' Court Act 1980<sup>4</sup>

<sup>4</sup> อารีพร กลั่นนุรักษ์, การปล่อยชั่วคราวโดยกำหนดเงื่อนไข, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ.2545



สำหรับการปล่อยชั่วคราวในประเทศไทยนั้น ในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้ปรากฏหลักฐานในกฎหมายพระอัยการลักษณะตระลาการ ที่ให้อำนาจตระลาการผู้ได้รับอำนาจจากพระมหากษัตริย์ ให้มีหน้าที่ตัดสินความมีอำนาจในการควบคุมกักขังคู่ความซึ่งหมายถึงทั้งโจทก์และจำเลยและมีอำนาจให้ปล่อยชั่วคราวด้วยผู้ประกันจะเป็นตัวความเองหรือบุคคลอื่นก็ได้ การประกันนั้นผู้ประกันต้องได้รับความยินยอมจากบุตรและภรรยาโดยการสลักหลังสัญญาค้ำประกันเพื่อใช้ในการบังคับเอาสินไหมพินัยจากบุตรและภรรยาของนายประกันหากมีการผิดสัญญา เรียกว่า ประกันแบบเทครัวเรือน กฎหมายลักษณะตระลาการได้ใช้เรื่อยมา ครั้นถึงต้นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ได้มีการชำระสะสางกฎหมายเก่าสมัยกรุงศรีอยุธยาแล้วจัดทำขึ้นใหม่เป็นหมวดหมู่เรียกว่าประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 หรือกฎหมายตราสามดวง ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัวไว้ว่า ให้ใช้กับคดีความทุกประเภทไม่ใช่เฉพาะแต่คดีอาญา โดยทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยจะต้องถูกจำขังไว้ นอกจากจะหาผู้มาค้ำประกันเพื่อเป็นประกันในการนำตัวมาส่งศาลตามวัตถุประสงค์ที่จะให้ทั้งสองฝ่ายต้องมาแสดงตนต่อศาลทุกนัดและจะไม่หลบหนีเมื่อต้องถูกบังคับตามคำพิพากษา ซึ่งยังคงเป็นการประกันแบบเทครัวเรือนที่ผู้ประกันและลูกเมียในครัวเรือนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบถูกตีหรือจำขังแทนผู้ที่ตนรับประกัน และการควบคุมนั้นจะคิดค่าใช้จ่ายจากผู้ที่ถูกควบคุมโดยที่ตระลาการเป็นผู้จัดการดูแล ดังนั้น หากคดีล่าช้าเสียเวลาก็ทำให้ต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง การให้ปล่อยชั่วคราวไปจึงเป็นการแก้ปัญหาคดีในเรื่องดังกล่าวได้ สิทธิเสรีภาพของบุคคลที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวจึงเท่ากับเป็นผลพลอยได้เท่านั้น ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ทำการปรับปรุงและบัญญัติกฎหมายตามแบบประเทศอังกฤษ (เนื่องจากขณะนั้นเริ่มมีนักเรียนไปเรียนที่ประเทศอังกฤษจำนวนมาก) ขึ้น 2 ฉบับคือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมิโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) ซึ่งร่างโดยอาศัยกฎหมายอังกฤษเป็นฐานบัญญัติ เรื่องการประกันตัวไว้ในมาตรา 6 และประกาศยกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติ ร.ศ.117 ซึ่งได้ยกเลิกกฎหมายตราสามดวงเกี่ยวกับเรื่องประกันตัวไปจึงได้เกิดหลักเกี่ยวกับการประกันตัวใหม่คือ การประกันตัวมิได้เฉพาะคดีอาญาเท่านั้น คดีแพ่งปกติไม่ต้องมีประกันเว้นแต่เห็นว่าจำเลยไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่งหรือคิดจะหลบหนี ศาลก็อาจเรียกประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สินได้ ยกเลิกการประกันแบบเทครัวเรือนและกำหนดเป็นการทำหนังสือสัญญายอมเสียสินไหมพินัย(เงิน)แทนและการขอถอนสัญญาประกันทำได้โดยบอกกล่าวแก่ผู้พิพากษาที่ให้ประกัน<sup>5</sup>

<sup>5</sup> อารีย์พร กลั่นนุรักษ์, เรื่องเดียวกัน

## (2) หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น เป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุด เพลโต (Plato 429-348 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายเพลโต ก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็อาจจะมีความดีขึ้นมาได้เช่นกัน<sup>6</sup>

คำว่า “นิติธรรม” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (The Rule of law)” ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า “หลักนิติธรรมก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราช หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”<sup>7</sup>

A.V. Dicey ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างกระชับชัดเจน โดยกล่าวว่า “The Rule of Law” มีความสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำ อันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันโดยสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

และประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่ที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมรับบังคับให้<sup>8</sup>

<sup>6</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, หลักนิติธรรม, บริษัท ธนาเพรส จำกัด : กรุงเทพฯ พ.ศ.2552 น.2

<sup>7</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดียวกัน, น.9

<sup>8</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดียวกัน, น.4

นายโคฟี อันนัน อดีตเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติ ได้เสนอนิยามความหมายของหลักนิติธรรมว่า “หลักนิติธรรม หมายถึง หลักการธรรมาภิบาล (good governance) ที่บุคคลทุกคนสถาบันองค์กรต่างๆ ที่มีอยู่ ทั้งภาครัฐและเอกชน รวมถึง ประเทศนั้นๆ เอง มีหน้าที่รับผิดชอบต่อกฎหมายต่างๆ (accountable to laws) ที่ได้ประกาศใช้ (publicly promulgated) ที่ได้บังคับใช้อย่างเท่าเทียม (equal enforced) และได้มีการใช้ตัดสิน พิพากษาอย่างอิสระ (independently adjudicated) และสอดคล้องกับบรรทัดฐานและมาตรฐาน ด้านสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีการวัดด้วยว่าได้มีการยึดหลักการในเรื่องความเป็นสิ่งสูงสุดของกฎหมาย (principle of supremacy of law) ความเสมอภาค ภายใต้กฎหมาย (equality before the law) หลักการรับผิดชอบต่อกฎหมาย (accountability to the law) ความยุติธรรมในการใช้กฎหมาย (fairness in the application of the law) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ (participation on decision-making) ความชัดเจนของกฎหมาย (legal certainty) การหลีกเลี่ยงการกระทำที่ไร้กฎเกณฑ์เป็นไปตามอำเภอใจ (avoidance of arbitrariness and procedural) และหลักความโปร่งใสทางกฎหมาย (legal transparency)” นั้นย่อมแสดงถึงหลักการขององค์การสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับโลกในการคุ้มครองหลักนิติธรรมเพื่อนำไปสู่การสร้างเสมอภาค ความโปร่งใส การไม่เลือกปฏิบัติ อันสอดคล้องกับบรรทัดฐานด้านสิทธิมนุษยชน<sup>9</sup>

The Rule of Law เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษ ความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ “The Common Wealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่ อย่างไรก็ตาม แม้จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คำว่า The Rule of Law ก็เหมือนกับคำว่า Rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ The Rule of Law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษ ซึ่งให้กำเนิดแนวคิดนี้<sup>10</sup>

<sup>9</sup> ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, โครงการวิจัย “หลักนิติธรรมสากลกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน”, [www.nrlcthailand.org/nrlc/2013/download/20150212\\_humanright.pdf](http://www.nrlcthailand.org/nrlc/2013/download/20150212_humanright.pdf)

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ ดร., หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, วารสารจตุรนิติ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-กุมภาพันธ์ 2555 กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

สำหรับประเทศไทยคำว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ไม่มีการใช้อย่างแพร่หลาย แต่คนไทยจะรู้จักกับหลักการปกครองที่มีลักษณะที่มีส่วนคล้ายคลึงกันกับหลักนิติธรรมอยู่บ้าง เช่น หลักทศพิธราชธรรมนิตราษประเพณี สังคหวัตถุ ฯลฯ เมื่อมีนักเรียนไทยไปเรียนด้านกฎหมายที่ประเทศอังกฤษก็เริ่มนำเอาคำว่า “The Rule of Law” มาใช้ แต่ไม่มีใครบัญญัติศัพท์เฉพาะเป็นภาษาไทย แล้วนิยมใช้กัน จนกระทั่งในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาใช้ในความหมายของ The Rule of Law โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง<sup>11</sup> ซึ่งความจริงคำว่า “หลักนิติธรรม” มีปรากฏอยู่ในกฎหมายตราว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ สมัยรัชกาลที่ 6 แต่มีความหมายเพียงว่า กฎหมายธรรมดาเท่านั้น ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ เห็นว่าเป็นคำที่ไพเราะจึงได้นำมาใช้ในความหมายของ The Rule of Law และไม่มีใครคิดเห็นเป็นอย่างอื่น<sup>12</sup> จึงใช้มาจนถึงทุกวันนี้

### หลักการและเหตุผล

การปล่อยชั่วคราวแม้จะเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) หรือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant of Civil and Political Rights) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 8 ศาล ส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 239<sup>13</sup> และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เปิดโอกาสให้จำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญา มากขึ้นโดยบัญญัติไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการ

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสองบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

<sup>12</sup> วิษณุ เครืองาม, ศาสตราจารย์ ดร., ปาฐกถาพิเศษ ในการสัมมนาวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ปี วันพุธที่ 29 เมษายน 2558, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 บริษัท ธนาเพรส จำกัด:กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2559

<sup>13</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 239 บัญญัติว่า “คำขอประกันผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาอย่างรวดเร็วและจะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีได้ การไม่ให้ประกันต้องอาศัยเหตุตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ โดยเฉพาะในกฎหมายและต้องแจ้งเหตุผลให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยทราบโดยเร็ว สิทธิที่จะอุทธรณ์คัดค้านการไม่ให้ประกันย่อมได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลผู้ถูกควบคุม คุมขัง หรือจำคุก ย่อมมีสิทธิพบและปรึกษาทนายความเป็นการเฉพาะตัวและมีสิทธิได้รับการเยี่ยมตามสมควร”

ยุติธรรม มาตรา 39<sup>14</sup> และมาตรา 40 (7)<sup>15</sup> ซึ่งระบุไว้ชัดเจนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์เกินกว่าจะได้จะมีการพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย นั้นย่อมหมายความว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังเป็นผู้บริสุทธิ์ย่อมได้รับสิทธิในการขอให้ปล่อยชั่วคราวได้โดยเสมอภาคทัดเทียมกัน แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยการปล่อยตัวชั่วคราวจะต้องผ่านกระบวนการขององค์กร 3 องค์กรคือ พนักงานสอบสวนซึ่งสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พนักงานอัยการที่สังกัดสำนักงานอัยการแห่งชาติ และศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 109<sup>16</sup> ซึ่งในการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่มีอัตราโทษชั้นสูงเกินสิบปี พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการจะต้องไม่คัดค้านการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยของศาล แต่ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการสามารถคัดค้านการปล่อยชั่วคราวของผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ทุกคดี

จากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยจึงเกี่ยวพันกับหน่วยงานที่ใช้กฎหมาย 3 หน่วยงาน ดังนั้น ในการพิจารณาการปล่อยตัวชั่วคราวของทั้งสามหน่วยงานจึงต้องอยู่ในจริยธรรม คุณธรรม และหลักนิติธรรมหรือหลักแห่งกฎหมาย (The Rule of Law) แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นจำนวนมาก กลับตกอยู่ภายใต้แนวความคิดแห่ง “ปรัชญากฎหมายบ้านเมือง” (The Positive Law Theory) ซึ่งถือว่า “กฎหมายเป็นคำบัญชาของผู้มีอำนาจสูงสุดในทางการเมืองของชุมชนแห่งนั้น” อันเป็นแนวคิดของจอห์น ออสติน นักกฎหมายชาวอังกฤษที่มองกฎหมายว่า คือ ชนิดของ “คำสั่ง” (Command) ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็คำสั่งที่ออกโดยผู้ปกครองที่ชั่วร้ายหรือกดขี่และไร้เหตุผลเพียงใดก็ตาม คำสั่งนั้นก็เป็กฎหมายที่ประชาชนต้องปฏิบัติ

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดมิได้”

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรมดังต่อไปนี้...

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว”

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 109 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องหาหรือถูกฟ้องในความผิดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปี ถ้ามีคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ว่าจะคัดค้านประการใดหรือไม่ ถ้าไม่อาจถามได้โดยมีเหตุอันควร ศาลจะงดการถามเสียก็ได้ แต่ต้องบันทึกเหตุนั้นไว้”

ตาม<sup>17</sup> ตัวอย่างคดีๆ หนึ่ง ครอบครัวของนาง ก มีสามีคือนาย ข อาชีพประกอบธุรกิจฐานะครอบครัวปานกลาง มีบุตรร่วมกัน 1 คน เด็กหญิง ค อายุ 3 ขวบ เรียนหนังสือชั้นอนุบาล ครอบครัวของนาย ข ไม่ชอบนาง ก และนาย ข ได้ทำประกันชีวิตไว้ 10 ล้านบาท ต่อมา นาย ข ถูกฆาตกรรมถึงแก่ชีวิต เจ้าพนักงานสามารถจับบุคคลที่ฆ่านาย ข ได้ และฆาตกรได้ชี้ชัดทอดว่านาง ก ซึ่งเป็นภรรยาเป็นผู้จ้างวานฆ่านาย ข แต่ข้อเท็จจริงกลับได้ความว่า นาย ข เมาสุราแล้วด่าว่าฆาตกรที่ลูกจ้างถึงบรรพบุรุษ ลูกจ้างโมโหจึงกลับไปเอาปืนมาฆ่านาย ข จนถึงแก่ความตาย เมื่อนาง ก ถูกชี้ชัดทอดจึงถูกจับกุมญาติของนาง ก จึงได้ยื่นขอประกันตัวนาง ก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106<sup>18</sup> ทั้งพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการได้คัดค้านคำร้องขอปล่อยชั่วคราวนาง ก โดยให้เหตุผลว่ากลัวจะหลบหนีจึงคัดค้าน และศาลก็ได้มีคำสั่งไม่อนุญาตปล่อยชั่วคราวโดยให้เหตุผลว่า อัตราโทษสูงกลัวว่าจะหลบหนี<sup>19</sup> ประกอบกับพนักงานสอบสวน (ชั้นสอบสวน) หรือพนักงานอัยการโจทก์ (ชั้นพนักงานอัยการ) คัดค้านนาง ก จึงถูกควบคุมตัวเรื่อยมา ส่วนเด็กหญิง ค ครอบครัวนาย ข รับผิดชอบแล้ว เนื่องจากได้รับเงินประกันชีวิต จนกระทั่งศาลชั้นพิพากษาว่า นาง ก ไม่ได้กระทำความผิดก็ใช้เวลาประมาณเกือบ 2 ปีนับแต่วันที่ถูกจับกุม เนื่องจากเป็นคดีที่พิจารณาแบบต่อเนื่องและไม่มีวันว่าง และในที่สุดคดีได้ถึงที่สุดให้นาง ก พ้นความผิดในช่วงที่นาง ก ถูกควบคุมตัวนั้น บรรดาเจ้าหน้าที่ทางธุรกิจก็ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่งต่อศาลเนื่องจากนาง ก ผิดนัดทรัพย์สินถูกยึดแทบล้มละลาย จึงไม่สามารถรับเด็กหญิง ค ที่เป็นบุตรกลับมาเลี้ยงดูได้ จากกรณีดังกล่าวพนักงานสอบสวนซึ่งเป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมขั้นต้นและผู้แสวงหาข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การพิจารณาของพนักงานอัยการ และพนักงานอัยการจะเป็นผู้ทำสำนวนคดีเพื่อขึ้นสู่ศาล หากพนักงานสอบสวนมีจริยธรรม คุณธรรม และดำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรมและปฏิบัติตามคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ 80/2551 เรื่อง การกำหนดวงเงินประกัน การกำหนดหลักทรัพย์ที่อาจใช้เป็นหลักประกันและ

<sup>17</sup> วิชา มหาคุณ, ศาสตราจารย์พิเศษ, และคณะ, จริยธรรมในวิชาชีพนักกฎหมาย, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยมหิดลนครปฐม พ.ศ.2558

<sup>18</sup> โปรดดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108/1 บัญญัติว่า “การสั่งไม่ปล่อยชั่วคราวจะกระทำต่อเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี
- (2) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน
- (3) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น
- (4) ผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกันไม่น่าเชื่อถือ
- (5) การปล่อยชั่วคราวจะเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวนของเจ้าพนักงานหรือการดำเนินคดีในศาล คำสั่งไม่ปล่อยชั่วคราวต้องแสดงเหตุผล และต้องแจ้งเหตุดังกล่าวให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยและผู้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวทราบเป็นหนังสือโดยเร็ว”

การใช้บุคคลเป็นประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ซึ่งออกตามกฎกระทรวงว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการเรียกประกันหรือหลักประกันการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน พ.ศ.2549 โดยกำหนดให้นำหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2548 มาใช้ในชั้นสอบสวน โดยอนุโลมนั้นย่อมไม่คัดค้านการประกันตัวของนาง ก เนื่องจากมีบุตรที่มีอายุเยาว์วัยต้องดูแลและค่าซัดทอดของผู้กระทำความผิดยังมีข้อพิรุธบางส่วนสัณนิษฐานอัยการซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงที่พนักงานสอบสวนเสนอก็ไม่เห็นหลักนิติธรรมในการพิจารณาให้เป็นไปตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ.2547 ทำให้นาง ก ต้องเสียสามเสียลูกบ้านแตกสาแหรกขาดกลายเป็นคนสิ้นเนื้อประดาตัว แม้ว่าภาครัฐจะมีการเงินค่าทดแทนในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องถูกควบคุมตัวไว้ระหว่างการพิจารณาคดีแล้วศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ แต่ก็ไม่ใช่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะได้รับเงินทดแทนตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 เสมอไป แต่สิ่งที่สำคัญไปกว่านั้นคือ คำว่าครอบครัว แล้วผู้ใดจะเยียวยาให้แก่นาง ก เพราะการที่เจ้าพนักงานของทั้งสององค์กรขาดไว้ซึ่งหลักนิติธรรมเสียแล้ว แต่ในทางกลับกัน นักการเมืองผู้มีศักดิ์ศรีสูงส่งของประเทศและมีฐานะร่ำรวย เมื่อถูกดำเนินคดีในข้อหาทุจริตต่อประเทศชาติที่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงมีผลกระทบต่อคนทุกคนในประเทศกลับได้รับการปล่อยชั่วคราวโดยวงเงินประกันที่ถือว่าต่ำกว่าความเป็นจริงเมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของคดี และนักการเมืองเหล่านี้มักจะผิดสัญญาประกัน หนีประกันแทบทั้งสิ้น ซึ่งถือว่าไม่มีความทัดเทียมกันในตัวบุคคลอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมกรณีหนึ่ง

ในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยมีประกันและหลักประกันนั้น หลักประกันจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 114<sup>20</sup> ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่ได้นำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ และได้นำหลักการของหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ด้วยในมาตรา 30 วรรคแรก<sup>21</sup> โดยให้บุคคล

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 114 บัญญัติว่า “เมื่อจะปล่อยชั่วคราวโดยให้มีประกันและหลักประกันด้วย ก่อนปล่อยตัวไป ให้ผู้ร้องขอประกันจัดหาหลักประกันมาดังต้องการ หลักประกันมี 3 ชนิด คือ

- (1) มีเงินสดมาวาง
- (2) มีหลักทรัพย์อื่นมาวาง
- (3) มีบุคคลมาเป็นหลักประกัน โดยแสดงหลักทรัพย์”

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

มีความเสมอภาคทัดเทียมกันไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติสำนักงานศาลบางสำนักงานกลับกำหนดหลักทรัพย์ของที่ดินต่างจังหวัดไม่ทัดเทียมกับที่ดินในกรุงเทพมหานคร เช่น นาย ก และ นาย ข ถูกตั้งข้อกล่าวหาว่าชิงทรัพย์ ที่ศาลในกรุงเทพมหานครต้องใช้หลักทรัพย์ประกันจำนวน 200,000 บาท นาย ก มีที่ดินในกรุงเทพมหานคร 1 แปลง เจ้าพนักงานที่ดินกรุงเทพมหานครประเมินได้ 200,000 บาท นาย ก ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว ส่วน นาย ข มีที่ดินอยู่ในจังหวัดปัตตานี 1 แปลง เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดปัตตานีประเมินได้ 200,000 บาทเท่ากัน แต่นาย ข ไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว เพราะเหตุหลักประกันไม่น่าเชื่อโดยสำนักงานศาลตีราคาประเมินเพียงร้อยละ 60 ของราคาที่ดินที่เจ้าพนักงานที่ดินได้ประเมินไว้ ซึ่งหากนาย ข ไม่มีเงินหรือหลักทรัพย์อื่นก็ไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราว ทั้งที่การประเมินราคาที่ดินเจ้าพนักงานภาครัฐเป็นผู้ประเมินเหมือนกัน จึงเปรียบเสมือนเลือกที่รักมักที่ชัง ไม่ความเสมอภาค เพราะหากนาย ก และนาย ข ผิดสัญญาประกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112<sup>22</sup> การขอใช้กรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยผิดสัญญาตามสัญญาประกันก็มีเพียง 200,000 บาทเท่ากัน ซึ่งลักษณะเช่นนี้จึงไม่จึงเสมอภาคทัดเทียมกันอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม อีกกรณีหนึ่ง

ทั้งสองกรณีที่กำลังมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การปล่อยชั่วคราวปัญหาที่เกิดขึ้นมักเกิดจากความขาดไร่ซึ่งหลักนิติธรรมของเจ้าพนักงานในองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นพื้นฐาน ซึ่งหากไม่มีการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ก็มิไปไม่รู้จบ แต่อีกกรณีหนึ่งที่เป็นปัญหาสำหรับการปล่อยชั่วคราวไม่น้อยก็คือ กรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราวแล้วผิดสัญญาประกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112 จนเป็นที่หนักใจของศาลแม้ว่าจะสามารถปรับเงินตามสัญญาประกันที่ระบุไว้ แต่เมื่อคำนึงถึงการพิจารณาคดีก็จะเกิดปัญหาขึ้นกับศาล จนกลายเป็นว่า ศาลก็ไม่กล้ามีคำสั่งอนุญาตปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย แม้ว่าจะมีระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ.2545 และข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2548 อยู่ก็ตาม หากเป็นเช่นนี้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยขั้นพื้นฐานก็จะไขว้เขว

<sup>22</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112 บัญญัติว่า “เมื่อจะปล่อยชั่วคราวโดยมีประกันหรือมีประกันและหลักประกัน ก่อนปล่อยไปให้ผู้ประกันหรือผู้เป็นหลักประกันลงลายมือชื่อในสัญญาประกันนั้น

ในสัญญาประกันนอกจากข้อความอย่างอื่นอันพึงต้องมีข้อความดังนี้ด้วย

(1) ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวหรือผู้ประกัน แล้วแต่กรณีจะปฏิบัติตามนัดหรือหมายเรียกของเจ้าพนักงานหรือศาลซึ่งให้ปล่อยชั่วคราว

(2) เมื่อผิดสัญญาจะใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้

ในสัญญาประกันจะกำหนดภาระหน้าที่หรือเงื่อนไขให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราว หรือผู้ประกันต้องปฏิบัติเกินความจำเป็นแก่กรณีมิได้”



## แนวทางแก้ไขปัญหา

จากปัญหาที่เกิดขึ้นกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นพื้นฐานของไทย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการแก้ไขทั้งองค์กรที่เกี่ยวข้องและวิธีการ กล่าวคือ

### 1. เจ้าพนักงานหรือองค์กร

การพัฒนาเจ้าพนักงานของรัฐรวมถึงการปรับปรุงพัฒนาองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นพื้นฐานให้มีคุณภาพ มีจริยธรรม คุณธรรมและยึดหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเจ้าพนักงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมถือว่าเป็นองค์กรที่ต้องรักษากฎหมายโดยตรงซึ่งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักวิชาชีพนักกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักสูตรการศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกายึดถือค่านิยมในวิชาชีพที่ต้องปูพื้นฐานในระหว่างการศึกษาคณะนิติศาสตร์รวม 5 ประการ<sup>23</sup> คือ (Stuckey & Others,2007:62)

1. ความตั้งใจปฏิบัติอยู่ในความยุติธรรม (Commitment to justice)
2. เคารพนับถือต่อหลักนิติธรรม (Respect to the rule of law)
3. ดำรงเกียรติศักดิ์ ยึดมั่นในความถูกต้องชอบธรรม มีน้ำใจเป็นนักกีฬา รักความจริง และปราศจากอคติ (Honor, integrity, fair play, truthfulness and condor)
4. ความสามารถที่จะจัดการอย่างละเอียดอ่อน และมีประสิทธิภาพต่อลูกค้าและเพื่อนร่วมงานที่มีความหลากหลาย (Sensitivity and effectiveness with diverse clients and colleagues)
5. การดูแลคุณภาพชีวิต (Nurturing quality of life)

กล่าวโดยสรุป ความหมายของวิชาชีพกฎหมาย หมายถึงกลุ่มบุคคลที่ทำงานโดยมีอุดมการณ์ในการทำงาน เพื่อการเสียสละที่จะให้บริการประชาชนทางด้านกฎหมาย และมีลักษณะพิเศษคือเป็นการทำงานที่เกี่ยวข้องกับการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน โดยมีองค์การ การศึกษาอบรม และข้อประพฤติปฏิบัติหรือวินัยของกลุ่มบุคคลเฉพาะกลุ่ม เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเชื่อมั่นศรัทธา เกียรติยศ และศักดิ์ศรีของผู้ประกอบวิชาชีพจากสาธารณชน<sup>24</sup>

เจ้าพนักงานของรัฐรวมถึงการปรับปรุงพัฒนาองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นพื้นฐานที่ประชาชนไม่ให้ความเชื่อถือ และจำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงให้มีศักยภาพในการทำงานมากยิ่งขึ้น 2 หน่วยงานคือ

<sup>23</sup> วิชา มหาคุณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน.

<sup>24</sup> วิชา มหาคุณ และคณะ, เรื่องเดียวกัน.

## 1.1 ตำรวจ<sup>25</sup>

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือกรมตำรวจในอดีต เป็นหน่วยงานต้นทางของกระบวนการยุติธรรมด้วยภารกิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติหน้าที่ป้องกันปราบปรามอาชญากรรม แก้ไขปัญหาอาชญากรรมให้โทษ ปัญหาสังคม การก่อการร้าย ฯลฯ นั้น จำเป็นต้องใช้ความรู้ความสามารถสติปัญญา ความกล้าหาญ เสียสละ ทุ่มเทศรพกำลัง หรือแม้กระทั่งต้องเอาชีวิตเข้าแลก เพื่อสร้างความสงบสุขให้กับสังคม ตลอดจนสร้างความมั่นใจต่อชีวิต ทรัพย์สินของประชาชน แทนที่จะได้รับค่าชมเชย และเชิดชูเกียรติยศ สมกับความหมายของคำว่า “ผู้พิทักษ์สันติราษฎร์” แต่การณ์กลับปรากฏว่า ทักษะคติของประชาชนที่มีต่อภาพลักษณ์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น ส่งผลตรงกันข้าม และออกมาในทางลบ กลายเป็น “ผู้พิฆาตสันติสุข” เนื่องจากมีกลุ่มเจ้าหน้าที่ตำรวจส่วนน้อย สร้างความเสียหายด้วยการทุจริต ปฏิบัติหน้าที่มิชอบใช้อำนาจหน้าที่รังแกกลั่นแกล้งประชาชน ประพฤติตนเยี่ยงโจร

สาเหตุของปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ เกิดจากปัจจัยปัญหาภายนอกและปัจจัยปัญหาภายใน จำเป็นที่จะต้องได้รับการแก้ไข และกำจัดปัญหาภายนอกเสียก่อนอย่างทันทีทันใดเนื่องจากปัจจัยทั้งสองมีส่วนสัมพันธ์กันอย่างมีนัยสำคัญ ยิ่งไปกว่านั้นรากเหง้าของปัญหาที่เกิดจากปัญหาภายนอกจากฝั่งรากลึกเข้าไปในโครงสร้างกำลังพล เป็นเครือข่ายขุมกำลัง ข้าราชการตำรวจที่ได้รับการแต่งตั้งจากระบบอุปถัมภ์ เป็นอุปสรรคขวางกั้น ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตำรวจที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการบริหารงานบุคคลของผู้บังคับบัญชา โดยเฉพาะเรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายที่กระทบต่อโครงสร้างทั้งระบบ การปูนบำเหน็จรางวัลในการปฏิบัติหน้าที่จนเกิดผลสำเร็จต่อทางราชการตำรวจ ตลอดจนการให้คุณให้โทษ หรือบดทลงโทษ ล้วนแต่มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จากอดีตถึงปัจจุบัน

### 1. ปัจจัยปัญหาภายนอก

ด้วยกำลังพล สองแสนกว่านาย กำลังอาวุธยุทโธปกรณ์ และกฎหมายบัญญัติให้ตำรวจมีอำนาจหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสงบสุขเรียบร้อยของสังคม ประชาชน มีอำนาจจับกุม ตรวจค้น สืบสวน สอบสวน ดำเนินคดี ผู้กระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และพ.ร.บ.ที่เกี่ยวข้องกับความสงบสุขเรียบร้อยของสังคม และประชาชน อีกหลายร้อยฉบับทำให้กลุ่มอำนาจและอิทธิพล จำเป็นต้องเข้ามาควบคุมกำกับดูแล หน่วยงานของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือกรมตำรวจ จากอดีตถึงปัจจุบัน ตั้งแต่สมัยพลตำรวจเอกเผ่า ศรียานนท์ อดีตอธิบดีกรมตำรวจที่ล่วงลับไปสร้างกำลังพลตำรวจ และสรรพกำลัง

<sup>25</sup> การปฏิรูปตำรวจในสถานการณ์สังคมปัจจุบัน, ASTV ผู้จัดการรายวัน, 4 มกราคม 2558, [www.manager.co.th/AstWeekend/ViewNews.aspx?NewsID=9580000000479](http://www.manager.co.th/AstWeekend/ViewNews.aspx?NewsID=9580000000479)

อาวรุชทุโรปรกรรม มีแสนยานุภาพเทียบเคียงได้เท่ากับสามเหล่าทัพเป็นขุมกำลังของรัฐบาลจอมพล ป.พิบูลสงคราม ในการสร้างอิทธิพลทางการเมือง คุกคามฝ่ายตรงข้ามที่เป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายรัฐบาล มีการฆาตกรรมอดีตรัฐมนตรี อย่างอุกอาจ และโหดเหี้ยม จนกระทั่งจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ปฏิวัติ รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม จึงได้แต่งตั้งข้าราชการทหารมาดำรงตำแหน่งอธิบดีกรมตำรวจ อาทิเช่น จอมพลสฤษดิ์ ฯ จอมพลประภาส จารุเสถียร พลตำรวจเอกประเสริฐ รุจิรวงศ์ และพลตำรวจเอก ประจวบ สุนทรางกูร ซึ่งเป็นการเข้าใช้อำนาจทหารเข้าควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตำรวจ เพื่อมิให้ผู้มีอำนาจนำกำลังพลของข้าราชการตำรวจไปสร้างอิทธิพลของตนเอง จนกระทั่งมีการเปลี่ยนแปลง อธิบดีกรมตำรวจที่มาจากข้าราชการตำรวจคนแรก คือ พลตำรวจเอกพจน์ เกษะนันท์ ใน พ.ศ.2516 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงการบริหารประเทศ จากระบบเผด็จการทหาร เป็นประชาธิปไตย ในยุค 14 ตุลาคม 2516 และในสถานการณ์ปัจจุบัน มีกลุ่มนายทหารที่ทำการปฏิวัติ ในนาม คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ก็เข้ามาควบคุมการบริหารงานของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ภายใต้การกำกับดูแลของพลเอกประวิตร วงษ์สุวรรณ รองนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ทำหน้าที่ประธานคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ ซึ่งสังคมกำลังเฝ้าจับตามองว่า จะมีความเปลี่ยนแปลง และปฏิรูประบบตำรวจในอนาคต ไปในรูปแบบและทิศทางใด ที่สำคัญก็คือ เพื่อรองรับการบริหารงานเพื่อประเทศชาติ สังคมและประชาชน หรือเพื่อตนเอง พวกฟ้อง หรือเพื่อสืบทอดการบริหารอำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ต่อไป

## 2. ปัจจัยปัญหาภายใน

ต่อมาในสมัยรัฐบาลพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี เข้ามาบริหารประเทศ ตั้งแต่เมษายน พ.ศ.2544 ได้พยายามเปลี่ยนแปลงระบบราชการในรูปแบบของการปรับปรุงปฏิรูประบบการบริหารราชการทุกกระทรวง ทบวง กรม และกอง ใช้ข้าราชการตำรวจที่ตนไว้วางใจไปดำรงตำแหน่งสำคัญในหน่วยงานอื่น เช่น สำนักงานข่าวกรอง สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด สลับสับเปลี่ยนหมุนเวียนข้าราชการตำรวจออกไปและกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งสูงขึ้น สร้างขุมข่าวกำลังของข้าราชการตำรวจทุกระดับชั้น และใช้นโยบายกำปั่นเหล็ก (IRON FIST) ปราบปรามแก้ไขปัญหายาเสพติด ด้วยการใช้มาตรการฆ่าตัดตอน จนกระทั่งมีผู้เสียชีวิตมากกว่า 2,000 คน ระหว่าง ปีพ.ศ.2546-2548

มีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานตำรวจ คือ พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 และสร้างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมใหม่ คือ กรมสอบสวนคดีพิเศษ ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ.2547 สังกัดกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวน ตรวจสอบ จับกุม และดำเนินคดีอาญาทุกคดีที่เข้าหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการคดีพิเศษกำหนดทำให้รัฐบาลมีอำนาจดูแลยุติการรัฐสภาเรียกว่า

“ระบอบทักษิณ” มีอำนาจและอิทธิพลใช้ข้าราชการตำรวจภายในเครือข่ายกำจัดศัตรูฝ่ายตรงข้ามทางการเมือง มีการทุจริตประพฤติมิชอบในวงข้าราชการ และราชการตำรวจกันอย่างกว้างขวาง ไม่มีผู้ใดทำลายล้างได้ เนื่องจากได้สร้างขุมกำลังและเครือข่าย ด้วยการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจที่ตนไว้วางใจ วางระบบต่อยอด ตั้งแต่ระดับสารวัตรจนถึงผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติไว้หลายชั้น

หากข้าราชการตำรวจผู้ใดเป็นฝ่ายตรงข้ามไม่ยอมมาสวมมิกกี้ก็จะถูกกำจัดไม่ให้ได้รับความก้าวหน้า หรือแม้แต่ใช้อำนาจและอิทธิพลของตน ซึ่งมีอยู่ลึกถึงสำนักงานอัยการสูงสุด หรือแม้แต่ระบบตุลาการก็ถูกแทรกแซง เพื่อกำจัดฝ่ายตรงข้ามทางการเมืองของตน แม้กระทั่งมีการปฏิวัติรัฐบาลทักษิณ ชินวัตร และรัฐบาลยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งเป็นนอมินีของทักษิณถึง 2 ครั้ง ก็ยังไม่สามารถทำลายล้างเครือข่ายกำลังข้าราชการตำรวจที่ระบอบทักษิณ ชินวัตรสร้างไว้ ด้วยการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจที่อ่อนอาวุโส ก้าวข้ามข้าราชการตำรวจอื่นอย่างไรคุณธรรมปราศจากธรรมาภิบาลในการบริหารงานและข้าราชการตำรวจเหล่านี้ที่ได้ดี ก็จะเป็นปัจจัยปัญหาอุปสรรคทำให้ไม่มีข้าราชการตำรวจคนใดกล้าจับกุมหรือถอดยศพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เนื่องจากเกรงกลัวอำนาจ บารมี ทั้งเงิน ทรัพย์สิน ผลประโยชน์ และเครือข่ายทางการเมือง แทรกแซงเข้าทุกอณูของสังคมไทย

#### การแก้ไขปัญหาเชิงโครงสร้าง

##### 1. กระจายอำนาจการบริหารงาน

ปัจจุบันตำรวจมีโครงสร้างแบบศูนย์รวมอำนาจไว้ที่ส่วนกลางมากเกินไป แม้ว่าพ.ร.บ.ตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 ยึดหลักการกระจายอำนาจด้วยการบัญญัติให้ หน่วยงานระดับกองบัญชาการเป็นนิติบุคคล และได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการ เช่นเดียวกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ก็ตาม ไม่ว่าจะการบริหารงานบุคคลแต่งตั้งโยกย้ายงบประมาณ งานจัดซื้อจัดจ้าง แต่ในทางปฏิบัติกลับมีอำนาจจากการเมือง และผู้บังคับบัญชาระดับสำนักงานตำรวจแห่งชาติแทรกแซงทุกหน้างาน จนกระทั่งเกิดความเสียหาย เช่น กรณีสร้างสถานีตำรวจเพื่อประชาชนจำนวน 396 มูลค่าหลายพันล้านบาท และปัจจุบันคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้มีประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติหลายฉบับ เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยตำรวจแห่งชาติตั้งอำนาจกลับไปอยู่ศูนย์กลางรวมอำนาจที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติอีกครั้ง เช่น การแต่งตั้งข้าราชการตำรวจตั้งแต่ระดับผู้กำกับการขึ้นไปจะต้องเสนอเข้าคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) เพื่อพิจารณาเห็นชอบแทนที่จะกระจายอำนาจตามหลักการ

##### 2. การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารงานตำรวจ

ควรต้องมีคณะกรรมการนโยบายตำรวจระดับกองบัญชาการภูธรภาค และนครบาล อีกทั้งระดับตำรวจภูธรจังหวัดและสถานีตำรวจ เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วม แต่ปัจจุบัน

คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ประกาศแก้ไขโครงสร้าง โดยยกเลิกคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ (ก.ตร.) และคณะกรรมการตำรวจแห่งชาติ (ก.ต.ช.) โดยแต่งตั้งคนของฝ่ายทหารเข้าควบคุมการบริหารระดับนโยบาย และการบริหารงานบุคคลของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

3. สร้างกลไกการตรวจสอบภายในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ ให้เข้มแข็งและมีประสิทธิภาพ

ปัจจุบันมีหน่วยงานสำนักงานจเรตำรวจ และสำนักงานตรวจสอบภายใน แต่ไม่ได้รับความสำคัญใช้เป็นเพียงหน่วยงานรองรับแต่งตั้งข้าราชการตำรวจที่ไม่อยู่ในเครือข่ายอำนาจทางการเมือง เพื่อการแก้ไขปัญหาที่กำลังพลเท่านั้น จึงเปรียบประดุจสุสานตำรวจเท่านั้น

#### 4. การถ่ายโอนภารกิจที่ไม่ใช่งานหลักของตำรวจ

ตำรวจควรรับผิดชอบเฉพาะงานด้านป้องกันปราบปรามอาชญากรรม และอำนวยความสะดวกเบื้องต้น เพื่อสร้างความมั่นใจต่อความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชนเท่านั้น อาทิ งานตรวจคนเข้าเมือง งานท่องเที่ยว งานรักษาทรัพยากรและป่าไม้ งานคุ้มครองผู้บริโภค เหล่านี้เป็นต้น และควรมอบหมายภารกิจในการถวายอารักขา รักษาความปลอดภัยแก่สถาบันพระมหากษัตริย์ให้แก่หน่วยงานทหาร เนื่องจากมีกรมทหารมหาดเล็กรักษาพระองค์ เนื่องจากเป็นภารกิจหลักของทหารอยู่แล้ว โดยตำรวจอาจรับผิดชอบเฉพาะการจราจรที่เป็นเส้นทางเสด็จ เพราะมีเช่นนั้น หากให้ตำรวจยังคงทำหน้าที่ต่อไป ตำรวจจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และอาจจะเกิดกรณีกระทบต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งจะทำให้ระคายเคืองพระยุคลบาท และสร้างความเสียหายกระทบต่อความมั่นคงของชาติได้ ดังเช่นกรณี คดีพลตำรวจโทพงศ์พัฒน์ ฉายาพันธุ์ กับพวก

#### 5. การปรับปรุงพัฒนาระบบงานสอบสวน

5.1 ตั้งหน่วยงานรับผิดชอบระบบการสอบสวนไว้ที่หน่วยงานกลาง

5.2 ปรับปรุงสายงานสอบสวนให้มีความเป็นอิสระ

5.3 กำหนดค่าตอบแทนให้มีความเหมาะสมต่อการปฏิบัติงานเทียบเคียงกับกรมสอบสวนคดีพิเศษและพนักงานอัยการ

#### 6. การปรับปรุงการปฏิบัติงานของสถานีตำรวจ

6.1 เน้นการใช้กำลังตำรวจในการป้องกันมากกว่าการปราบปรามตามพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ฯ ร.5 “การจับผู้ร้ายนั้นไม่ถือเป็นการชอบ เป็นแต่นับว่าผู้นั้นได้กระทำการครบถ้วนแก่หน้าที่เท่านั้น แต่จะถือเป็นความชอบต่อเมื่อได้ปกครองป้องกันเหตุร้ายให้ชีวิตและทรัพย์สินของข้าแผ่นดินในท้องถิ่นนั้น อยู่เย็นเป็นสุขพอควร...”

ดังนั้น ข้าราชการตำรวจต้องพึงระลึกไว้ว่าการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมในเขตพื้นที่รับผิดชอบไม่ให้เกิดเหตุร้ายแก่ประชาชนในเขตพื้นที่ของตนเองนั้นแหละคือความสำเร็จในการทำหน้าที่ ข้าราชการตำรวจ...อย่างแท้จริง....

6.2 สร้างระบบการบริหารงานระดับโรงพัก เน้นตำรวจชุมชน ด้วยโครงการ “ONE STOP SERVICE”

#### 7. การพัฒนากระบวนการสรรหา และการผลิตบุคลากรตำรวจ

สร้างระบบการพัฒนา ศึกษา การปฏิบัติงานแต่ละระดับชั้น ให้มีการทบทวนทั้งเนื้อหาด้านกฎหมายวิชาการ เทคโนโลยีอันทันสมัย งานนิติวิทยาศาสตร์ งานพิสูจน์หลักฐาน เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ

8. การปรับปรุงเงินเดือน ค่าตอบแทน และสวัสดิการของตำรวจในภาพรวมอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และระเบียบ

เพื่อให้สังคมและประชาชนต้องกังวลใจกับการแสวงหาผลประโยชน์จากระบบจากแหล่งอบายมุขสถานบริการ ฯลฯ ของข้าราชการตำรวจ เพื่ออ้างว่านำมาพัฒนาหน่วยงานและกำลังพลภายใต้ความรับผิดชอบของตน

## 1.2 อัยการ

สำนักงานอัยการสูงสุด หรือกรมอัยการ สังกัดกระทรวงมหาดไทย ได้จัดตั้งเป็นหน่วยงานอิสระตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 47 และฉบับที่ 49 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2534 ซึ่งได้แยกกรมอัยการออกจากกระทรวงมหาดไทยไปเป็นหน่วยงานราชการอิสระไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี หรือกระทรวงหรือทบวงใด แต่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีโดยตรง โดยเปลี่ยนชื่อจาก “กรมอัยการ” เป็น “สำนักงานอัยการสูงสุด” และเปลี่ยนชื่อตำแหน่ง “อธิบดีกรมอัยการ” และ “รองอธิบดี” กรมอัยการ เป็น “อัยการสูงสุด” และ “รองอัยการสูงสุด” ตามลำดับ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงระบบการบริหารงานยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับงานอัยการให้มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ยิ่งขึ้น และเพื่อมิให้อิทธิพลทางการเมืองก้าวร้าวการดำเนินคดี ซึ่งจะทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนโดยส่วนรวมยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้สำนักงานอัยการสูงสุดจะไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวงหรือทบวงใดก็ตาม ก็ไม่ใช่ว่าสำนักงานอัยการสูงสุดจะเป็นอิสระอย่างศาลเสียเลยทีเดียว เนื่องจากสำนักงานอัยการสูงสุดต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรีโดยตรง

ในสมัยที่นายทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีได้เข้าแทรกแซงสำนักงานอัยการสูงสุดอีกครั้งหนึ่งทำให้สำนักงานอัยการสูงสุดไม่เป็นที่ยอมรับของประชาชน

ดังนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดควรจะเป็นอิสระในการทำงานอย่างแท้จริง และมีองค์กรที่ตรวจสอบเช่นเดียวกับศาล เพื่อให้การทำงานของพนักงานอัยการมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอย่างเต็มที่

## 2. จำแนกประเภทคดีที่ต้องห้ามการปล่อยชั่วคราวและประเภทหลักประกันสูง

การจำแนกประเภทของคดีว่าคดีประเภทใดที่ต้องห้ามไม่ให้มีการปล่อยชั่วคราวหรือคดีประเภทใดที่ต้องใช้หลักประกันสูงอย่างแน่ชัด เพื่อให้ง่ายแก่การพิจารณาว่าคดีใดจะได้รับการปล่อยชั่วคราวอย่างไรซึ่งพอจะจำแนกคดีได้ดังนี้

### 2.1 คดีประเภทต้องห้ามการปล่อยชั่วคราว

คดีที่ไม่สมควรจะได้รับการปล่อยชั่วคราว แม้ตามหลักกฎหมายจะให้อำนาจของศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจว่า ควรปล่อยชั่วคราวหรือไม่อย่างไร แต่หากมีการกำหนดมาตรฐานเอาไว้ว่าคดีประเภทใดไม่ควรได้รับการปล่อยชั่วคราวโดยให้ประชาชนรับรู้โดยทั่วไป ก็จะทำให้ทั้งศาลและประชาชนทั่วไปเข้าใจในระบบที่วางไว้ได้ ไม่ใช่จะต้องให้ญาติพี่น้องของผู้ต้องหาหรือจำเลยเคลือบแคลงสงสัยด้วย โดยปกติทั่วไปที่ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตปล่อยชั่วคราว ศาลมักจะให้เหตุผลว่า “คดีอัตราโทษสูงเกรงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี” จึงทำให้ประชาชนทั่วไปสงสัยว่า ศาลใช้มาตรฐานอะไรมากำหนดว่าจำเลยจะหลบหนี ในทางกลับกันคดีที่มีความผิดในฐานเดียวกันอัตราโทษเดียวกันแต่ศาลกลับมีคำสั่งอนุญาตให้มีการปล่อยชั่วคราวได้

หากภาคนิติบัญญัติหาแนวทางการปฏิบัติในการปล่อยชั่วคราวให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งหมดทั่วประเทศ หรือในคดีที่มีอัตราโทษสูงที่ศาลมักจะไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ก็กำหนดให้ใช้มาตรฐานเดียวกัน โดยให้ศาลทำการไต่สวนอย่างเต็มรูปแบบว่าคดีใดควรได้รับหรือไม่ควรได้รับการปล่อยชั่วคราวอย่างจริงจัง เพื่อให้ประชาชนรับรู้ เข้าถึงกระบวนการเหล่านี้ คำที่ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญามีหลายมาตรฐานก็จะหมดไปส่วนหนึ่ง

### 2.2 คดีประเภทต้องใช้หลักประกันสูง

คดีบางประเภทนอกจากมีโทษจำคุกแล้วยังมีโทษปรับและค่าความเสียหายด้วย เช่นคดีเกี่ยวกับความผิดของนักการเมือง เกี่ยวทั้งหมดของผู้ต้องหาหรือจำเลยมักจะได้รับการปล่อยชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีโดยมีหลักประกันไม่สูงนัก เนื่องจากมองว่าบุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลผู้ทรงเกียรติ แต่ส่วนใหญ่แล้ว บุคคลเหล่านี้กลับผิดสัญญาประกันที่ให้ไว้ต่อศาลและหลบหนีไปอยู่ต่างประเทศ

การปล่อยชั่วคราวบุคคลเหล่านี้ ทำให้ประชาชนทั่วไปมองว่า ไม่ให้ความเสมอภาค ภายใต้กฎหมายเดียวกัน เพราะทั้งที่รู้อยู่แล้วว่า บุคคลเหล่านี้มักจะผิดสัญญาประกันต่อศาลหรือที่เรียกว่าหนีประกันนั้นเป็นไปได้สูง แต่การขอปล่อยชั่วคราวกลับเรียกหลักประกันไม่สูงพอที่จะไม่ให้บุคคลเหล่านี้หลบหนีได้

### บทสรุป

แม้การปล่อยตัวชั่วคราว จะดูไม่ใช่เรื่องสำคัญมากนัก แต่ก็อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะต้องดำเนินการให้อยู่ภายใต้หลักอยู่ในหลักจริยธรรม คุณธรรม และหลักนิติธรรมขององค์กรที่เกี่ยวข้องและหากไม่ดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ปัญหากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยก็จะเกิดขึ้นอยู่ตลอดไป



## บรรณานุกรม

- กุศล บุญเย็น, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, นิติบรรณาการ:กรุงเทพฯ พ.ศ.2541
- จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, สำนักพิมพ์รามคำแหง พ.ศ.2552
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, หลักนิติธรรม, บริษัท ธนาเพลส จำกัด:กรุงเทพฯ พ.ศ.2552
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร, ศาสตราจารย์พิเศษ, จริยธรรมของนักกฎหมาย, โรงพิมพ์ชวนพิมพ์ กรุงเทพฯ พ.ศ.2544
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554
- ภาควิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, โครงการวิจัย “หลักนิติธรรม สากลกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- [www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20150212\\_humanright.pdf](http://www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20150212_humanright.pdf)
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ ดร., หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, วารสารจลนิตี ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-กุมภาพันธ์ 2555 กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการ วุฒิสภา
- วิชา มหาคุณ, ศาสตราจารย์พิเศษ, และคณะ, จริยธรรมในวิชาชีพนักกฎหมาย, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยมหิดล:นครปฐม พ.ศ.2558
- วิชณุ เครืองาม, ศาสตราจารย์ ดร., ปาฐกถาพิเศษ ในการสัมมนาวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ปี วันพุธที่ 29 เมษายน 2558, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 บริษัท ธนาเพลส จำกัด:กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2559
- สัญญา ธรรมศักดิ์, ศาสตราจารย์, ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาสตราจารย์ ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, จัดพิมพ์เป็นครั้งที่ 4, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา:กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2524
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพฯ พ.ศ.2554
- อารีย์พร กลั่นนุรักษ์, การปล่อยชั่วคราวโดยกำหนดเงื่อนไข, วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, พ.ศ.2545
- การปฏิรูปตำรวจในสถานการณ์สังคมปัจจุบัน, ASTV ผู้จัดการรายวัน, 4 มกราคม 2558, [www.manager.co.th/AstvWeekend/ViewNews.aspx?NewsID=9580000000479](http://www.manager.co.th/AstvWeekend/ViewNews.aspx?NewsID=9580000000479)

# กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกับหลักนิติธรรม

วรรณชัย บุญบำรุง\*

## 1. บทนำ

เอกสารวิชาการนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะอธิบายความหมายหรือขอบเขตของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและหลักนิติธรรม แต่ต้องการวิเคราะห์ให้เห็นถึงความสัมพันธ์กันระหว่างสองเรื่องดังกล่าว โดยนักกฎหมายไทยมีความรู้ความเข้าใจเรื่องหลักนิติธรรมในด้านหลักและทฤษฎีอยู่พอสมควร แต่ในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ยังมีความรู้ความเข้าใจแต่ในด้านการปฏิบัติ ซึ่งเป็นเรื่องเทคนิคหรือวิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากนักกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์มาตั้งแต่ก่อนยกร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจนถึงยุคปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นด้านการเรียนการสอนกฎหมาย การยกร่างกฎหมาย นิติวิธี โดยเฉพาะเรื่อง การตีความกฎหมาย และเรื่องสถานะของคำพิพากษาของศาลฎีกา ตลอดจนรูปแบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะเรื่องการสืบพยาน และเรื่องที่สำคัญ คือ เรื่องบทบาทศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งเน้นการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดและการมีบทบาทเชิงรับ (passive) แม้ว่าตามความเป็นจริง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยจะกำหนดหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางประการของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ โดยเฉพาะเรื่องบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะเชิงรุก (active) สถานการณ์ดังกล่าวของไทยส่งผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยโดยเฉพาะเรื่องบทบาทศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณามีสภาพเป็นหมันหรือเป็นกฎหมายที่ตายแล้วตั้งแต่ประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2478 อีกทั้งยังมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในยุคปัจจุบันประสบความล้มเหลว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักการขึ้นสองสถานใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 13) พ.ศ. 2535 ซึ่งต่อมาได้ถูกยกเลิกไปเมื่อปี พ.ศ. 2538 เรื่องวิธีพิจารณาคดีมโนสำเนา และเรื่องวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

\* รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ สถานการณ์ดังกล่าวของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของไทยยังส่งผลต่อหลักนิติธรรมในเรื่องที่คู่ความซึ่งเป็นประชาชนผู้ด้อยโอกาสในการเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice) ไม่มีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ตามหลักฟังความสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็เพราะการที่มีทนายความที่มีความรู้ความสามารถน้อยกว่าทนายความของคู่ความที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า การที่ไม่มีทนายความในคดีมโนสาร่ สิ่งเหล่านี้ทำให้คู่ความที่ด้อยโอกาสมีโอกาสที่จะได้รับการตัดสินคดีไม่เป็นไปตามสิทธิของตนที่แท้จริงหรือแม้กระทั่งแพคดี อันส่งผลกระทบต่อเรื่องความยุติธรรมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องหลักนิติธรรม แต่สิ่งเหล่านี้จะได้รับการบรรเทาเยียวยาหากศาลไทยใช้บทบาทเชิงรุกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดไว้

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีความสัมพันธ์หรือเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม โดยเป็นเรื่องการใช้อำนาจของรัฐอย่างหนึ่ง กล่าวคือ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการซึ่งมีสภาพบังคับทางกฎหมาย และยังถือได้ว่าเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่งที่รัฐจัดทำให้กับประชาชน

## 2. ข้อพิจารณาทั่วไป

สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 4 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังนี้

2.1 องค์ประกอบของกฎหมายมหาชน ในการศึกษากฎหมายมหาชนนั้นมักจะหนีไม่พ้นเรื่อง

(1) การจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐและบุคลากร อันเป็นเรื่องของตัวละครที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ ไม่ว่าจะเป็หลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจหน้าที่แทนหน่วยงานของรัฐ (2) การใช้อำนาจของรัฐ อันเป็นเรื่องการกำหนดบทบาทหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจของรัฐว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร โดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถที่จะใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ แต่รัฐได้จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของตนเองไว้ รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับเอกชน อันเป็นเรื่องของหลักนิติรัฐ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลก็จะเป็นตัวกำหนดวิธีการการใช้อำนาจของรัฐนั่นเอง ซึ่งมีประโยชน์ในการช่วยให้การใช้อำนาจของรัฐมีมาตรฐานหรือมีประสิทธิภาพเหมือนกัน มิใช่ปล่อยให้ขึ้นอยู่กับมาตรฐานหรือประสิทธิภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละบุคคลซึ่งไม่มีความแน่นอน และ (3) การควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ อันเป็นเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไปยังผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งอันเป็นการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง ต่างจากการฟ้องเป็นคดีปกครองเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องการตรวจสอบภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ การตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐดังกล่าว ผู้ตรวจสอบก็จะสามารถพิจารณาได้ว่าได้มีการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานกลางในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ สำหรับกรณีที่เป็นการตรวจสอบ

การใช้อำนาจของศาลในการตัดสินคดีนั้นมิแต่การตรวจสอบภายในฝ่ายตุลาการคือ การโต้แย้งคัดค้าน โดยการอุทธรณ์หรือฎีกา

**2.2 หลักกฎหมายมหาชน** กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนว่าจะผสมผสานประโยชน์ของรัฐกับประโยชน์ของประชาชนให้เกิดความสมดุลหรือการประนีประนอมกันให้เกิดความเหมาะสมอย่างไร เป็นการกำหนดเรื่องการอยู่ร่วมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ถูกปกครองว่าจะอยู่ร่วมกันอย่างไร ทำนองเดียวกับกฎหมายเอกชนที่เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันว่าจะอยู่ร่วมกันอย่างไร กฎหมายมหาชนเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผน (norm) เกี่ยวกับการบริหารราชการและกำหนดอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการ และยังเป็นกลไกหรือเครื่องมือหรือบทบาทในการกำกับการใช้อำนาจปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งสนับสนุนให้การใช้อำนาจปกครองเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ จากความหมายดังกล่าวจะเป็นได้ว่าเป็นความหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกันกล่าวคือ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และเพื่อให้มีประสิทธิภาพทำให้เกิดข้อผิดพลาดได้น้อย เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้มีวิวัฒนาการในต่างประเทศมาเป็นเวลานานจนมีหลักเกณฑ์ที่ได้มาตรฐานที่เชื่อถือได้ว่าจะทำให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นการช่วยให้ศาลสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างสบายใจและได้รับความคุ้มกันจากความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น หากศาลได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หลักการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่สำคัญมีอยู่ 3 ประการคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตย หลักนิติธรรม และประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยหลักนิติธรรมมีความหมายว่าเป็นระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีระบบการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกรอบหรือขอบเขตที่รัฐได้กำหนดเพื่อจำกัดอำนาจของตนเอง (auto-limitation) รัฐในระบบประชาธิปไตยจึงแตกต่างจากรัฐสมัยสมบูรณ์ญาสิทธิราช ซึ่งผู้ปกครองสามารถใช้อำนาจต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ตามอำเภอใจ จากหลักการนี้ จึงมีผลทำให้ต้องมีการควบคุมของฝ่ายปกครองอันเป็นเรื่องการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง และยังคงมีองค์กรหรือกระบวนการที่เป็นอิสระสามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ อันช่วยทำให้ประชาชนมีสิทธิโต้แย้งการใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้มีการควบคุมดังกล่าวได้ ประชาชนจึงไม่ได้เป็นผู้ถูกระทำ (object) แต่เพียงอย่างเดียว แต่เป็นผู้ทรงสิทธิ (subject) ในกระบวนการการใช้อำนาจของรัฐ

หลักกฎหมายมหาชนอีกหลักหนึ่งคือ เรื่องการบริหารงานภาครัฐตามหลักธรรมาภิบาลหรือการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (good governance) อันเป็นเรื่องที่พูดถึงกันบ่อยในปัจจุบัน

โดยต้องมีความโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ อันเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกัน

จากหลักกฎหมายมหาชนที่ได้กล่าวมาข้างต้น หากพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว พอจะยกตัวอย่างของสิทธิต่าง ๆ ของคู่ความที่เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชน เช่น สิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลาง ซึ่งช่วยทำให้มีการตรวจสอบผู้พิพากษาได้ อันเป็นสิทธิที่มีผลมาจากหลักความเป็นกลาง สิทธิที่จะมีโอกาสคัดค้านคำขอของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง สิทธิได้รับทราบเหตุผลของคำพิพากษา เพื่อเปิดโอกาสให้คู่ความสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้พิพากษาโดยการอุทธรณ์ฎีกาต่อไป สิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษา ซึ่งสิทธิสามประการหลังนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักฟังความสองฝ่ายที่จะได้กล่าวถึงในข้อ 4 หลักทั่วไปของกระบวนการพิจารณา

**2.3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญ** สิทธิของคู่ความตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนับได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้มีกำหนดรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 40 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐาน เรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย เรื่องได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอการเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

### 3. จุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณา

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาหรือการดำเนินคดีศาลซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัตินั้น จะมีความเกี่ยวข้องกับสังคมและรัฐอยู่เสมอ โดยสังคมมนุษย์จะดำรงอยู่ได้ก็ต้องอาศัยกฎระเบียบของสังคม การที่รัฐกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนยังไม่เป็นการเพียงพอ แต่ยังมีหน้าที่ที่จะต้องบังคับให้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมด้วย เนื่องจากหากรัฐปล่อยให้เอกชนหรือเจ้าหน้าที่อิสระในการที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามหน้าที่กันเองแล้ว ก็จะทำให้กฎเกณฑ์ของสังคมไม่มีความมั่นคงและเกิดความวุ่นวาย กระบวนการพิจารณาจึงเป็นกลไกที่เป็นทั้งสาธารณประโยชน์และประโยชน์ของประชาชนแต่ละคน รวมทั้งเป็นการนำหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นแบบแผนที่ใช้บังคับกับทุกคนในสังคม ไม่ได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง มาปรับใช้กับกรณีเฉพาะเรื่อง โดยการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้จะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่ดีและมีประสิทธิภาพ ซึ่งได้แก่กระบวนการพิจารณาที่ยุติธรรมและรวดเร็ว หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกระบวนการพิจารณาในศาลก็มีจุดประสงค์เดียวกันคือเพื่อให้ศาลสามารถตัดสินคดีได้อย่างยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการยื่น

คำฟ้อง คำให้การ การเสนอพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ของคู่ความ สิ่งเหล่านี้ถือเป็นการช่วยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องมีโอกาสใช้สิทธิโต้แย้งต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่จุดประสงค์ที่แท้จริงก็เพื่อให้มีข้อเท็จจริงมาสู่ศาลได้อย่างครบถ้วนถูกต้อง ศาลซึ่งเป็นผู้ตัดสินคดีหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อได้รับข้อมูลครบถ้วนหรือถูกต้องมากเท่าใด โอกาสที่จะตัดสินคดีหรือออกคำสั่งทางปกครองผิดพลาดก็จะเกิดขึ้นได้น้อยเช่นเดียวกับการตัดสินใจในเรื่องหนึ่งหากการตัดสินใจนั้นตั้งอยู่บนข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง แม้ผู้ตัดสินจะเป็นผู้ไม่มีความรู้ความสามารถที่จะตัดสินได้ถูกต้อง เรื่องข้อมูลจึงมีความสำคัญในสังคมยุคปัจจุบัน

สำหรับจุดประสงค์อีกเรื่องหนึ่งคือเรื่องความรวดเร็วในการดำเนินคดีในศาล เราจะได้ยินสุภาภิตกฎหมายที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือความไม่ยุติธรรม” เช่น การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดถูกรถชน หากการตัดสินคดีล่าช้าแล้วก็มีผลทำให้ผู้ได้รับความเสียหายที่มีรายได้น้อยต้องได้รับความลำบากในการหาเงินมาเป็นค่ารักษาพยาบาล

#### 4. หลักทั่วไปของกระบวนการพิจารณา

หลักเกณฑ์ของกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ จะได้รับอิทธิพลจากหลักการหรือทฤษฎีสำคัญ ๆ เช่นเดียวกับกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งจะเป็นหลักประกันทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณามีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

##### 4.1 หลักความประสงค์ของคู่ความ

กฎหมายวิธีสบัญญัติและวิธีปฏิบัติในการพิจารณาความเป็นตัวสะท้อนเป้าหมายของสังคมในสังคมซึ่งมีกฎหมายเป็นกรอบในการดำเนินกิจกรรมของบุคคล วิธีพิจารณาความแพ่งจะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแพ่งและสังคม

ความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเป็นเรื่องที่สามารถเข้าใจได้เนื่องจากกฎหมายทั้งสองสาขาเป็นผลผลิตของระบบสังคม วัฒนธรรม การเมือง และเศรษฐกิจเดียวกัน กฎหมายวิธีสบัญญัติอาจเป็นกฎหมายที่เป็นส่วนประกอบของกฎหมายอื่น และตัววิธีพิจารณาเองก็เป็นเรื่องทางเทคนิคเป็นส่วนมาก แต่เทคนิคทางกฎหมายไม่สามารถยุติลงได้ด้วยตัวเองและไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยปราศจากแนวความคิดอยู่เบื้องหลัง ผลกระทบจากแนวความคิดในทางวิธีพิจารณาความแพ่งขึ้นอยู่กับแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแต่ละคนและสังคม เช่นว่าเราอาจเปลี่ยนแปลงหลักวิธีพิจารณาความใหม่ได้ แต่เราจะไม่สามารถเข้าใจการเปลี่ยนแปลงนั้นได้หากไม่ศึกษาหลักดั้งเดิมของวิธีพิจารณาความในกลุ่มประเทศยุโรปและความแตกต่างของระบบดังกล่าวกับที่ใช้ในกลุ่มประเทศสังคมนิยมเสียก่อน เป็นต้น

วิธีพิจารณาความแพ่งของยุโรปตะวันตกและตะวันออกในปัจจุบันมีข้อพิจารณาจากหลัก “ประโยชน์สาธารณะและสวัสดิการ” (public interest and welfare) ตัวอย่างเช่น ทั้งระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ ต่างก็ยอมรับประโยชน์สาธารณะของรัฐที่อยู่เหนือข้อพิพาทบางประเภทของเอกชน เช่น กรณีเกี่ยวกับสถานะของบุคคลและความสัมพันธ์ของครอบครัว ข้อพิพาททางแรงงาน การผูกขาดทางการค้า และการป้องกันสิทธิเสรีภาพทางแพ่ง อย่างไรก็ตาม ในประเทศทางยุโรปตะวันตกและสหรัฐอเมริกา นั้นถือว่าวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเพียงกระบวนการส่วนหนึ่งของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว ซึ่งต่างกับวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นเรื่องของรัฐโดยตรงที่จะเข้าไปใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย สำหรับประเทศในกลุ่มสังคมนิยมของยุโรปตะวันออกใช้หลักประโยชน์สาธารณะและสวัสดิการเพื่อให้ศาลเข้าไปดูแลผลกระทบของวิธีพิจารณาความที่มีต่อบุคคลภายนอก ชุมชน และรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ในรายละเอียดของวิธีพิจารณาของประเศยุโรปตะวันตกอาจมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ก็ถือได้ว่าระบบวิธีพิจารณาของประเศยุโรปตะวันตกมีลักษณะบางประการร่วมกัน ซึ่งจะมีความแตกต่างกับวิธีพิจารณาของประเศยุโรปตะวันออก

ลักษณะของวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่กระบวนการของฝ่ายเอกชนของประเศยุโรปตะวันตกสามารถบ่งชี้ได้จาก “หลักการริเริ่มโดยคู่ความ” (party-presentation) และ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (principle of party disposition) ซึ่งก่อรากมาเป็นระยะเวลายาวนาน โดยได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันตลอดจนถึงกฎหมายของเผ่าเยอรมันในยุคดั้งเดิม ต่อมาจึงเริ่มลดบทบาทลงตั้งแต่ปลายยุคปี ค.ศ. 1700 ในกฎหมายรัสเซียของพระเจ้าเฟรดเดอริคมหาราช และกลับมามีบทบาทมากในศตวรรษที่ 19 โดยอิทธิพลของแนวความคิดเรื่องเสรีนิยม แต่ตั้งแต่ตอนปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปแผ่นดินใหญ่ที่ใช้ระบบซีวิลลอว์จึงเริ่มใช้หลักการไต่สวนโดยศาลมากขึ้น เนื่องมาจากหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นการสนับสนุนให้คู่ความใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและยังมีผลทำให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องล่าช้า แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าหลักความประสงค์ของคู่ความจะถูกนำมาใช้มากหรือน้อยก็ตาม หลักนี้ก็ยังคงเป็นหลักสำคัญในระบบการพิจารณาคดีแพ่งทั้งหลายในยุคปัจจุบัน

หลักการความประสงค์ของคู่ความ เป็นหลักที่มีแนวความคิดว่า ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด โดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาคดีเฉพาะสิ่งที่คู่ความนำเสนอต่อศาล หลักนี้จะตรงกันข้ามกับ “หลักการไต่สวนโดยศาล” (judicial investigation) ซึ่งใช้กันมากในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นหลักที่มีแนวความคิดว่าศาลสามารถเป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีด้วยตนเอง โดยนักกฎหมายได้อธิบายว่าตามหลักนี้ ศาลมีอำนาจค้นหาสาระสำคัญ (material) หรือความจริงในคดี (absolute truth) ดังนั้นศาลจึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาให้แน่ใจถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความนำเสนอและต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริง

ที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย หรืออีกนัยหนึ่งศาลจะต้องไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้นำเสนอต่อศาลด้วย หรืออีกนัยหนึ่งศาลจะต้องไม่พิจารณาว่าเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่เป็นความจริง แม้คู่ความจะเห็นตรงกันว่าเป็นความจริงก็ตามจนกว่าศาลจะได้ไต่สวนให้ได้ความเช่นนั้นก่อน หลักนี้จึงเป็นการโต้แย้งแนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์ของคู่ความตามกฎหมายซึ่งถือว่าการแสดงเจตจำนงโดยอิสระของคู่ความเป็นเพียงวิถีทางเดียวที่จะได้มาซึ่งประโยชน์ตามกฎหมายนั้น และเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของคู่ความจากการเป็นวัตถุทางกฎหมายเอกชนมาเป็นวัตถุแห่งประโยชน์ทางกฎหมายทั่วไป (general legal interest) คู่ความจะสูญเสียสิทธิในการแสดงเจตจำนงอย่างอิสระเพื่อให้ศาลได้ใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การแสดงเจตจำนงของคู่ความกลับกลายมาเป็นเพียงข้อเสนอ (proposals) ซึ่งศาลจะไม่ถูกผูกมัด แต่ศาลจะมีดุลพินิจของตนเองในการดำเนินการใดๆ ที่คู่ความมิได้มีความประสงค์ได้ จากสองหลักการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นหลักที่สอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปนั่นเอง

โดยสืบเนื่องจากหลักดังกล่าว ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละประเทศสามารถแบ่งกลุ่มหรือประเภทโดยพิจารณาจากอำนาจและหน้าที่ของคู่ความและศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ประเทศต่าง ๆ ของยุโรปตะวันตกมีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือ อำนาจของศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความหรือโดยหลักที่เรียกว่า “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (le principe dispositif หรือ The dispositive system) อันเป็นหลักดั้งเดิมหลักหนึ่งมาเป็นระยะเวลายาวนานและได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาความแพ่งในระบบคอมมอนลอว์หรือในระบบซีวิลลอว์ก็ตาม<sup>1</sup> ตามหลักนี้ คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมายสารบัญญัติและการใช้สิทธิในกระบวนการพิจารณา โดยมีสิทธิที่จะเลือกได้โดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้น ขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ (*nemo iudex sine actore; ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*) คู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าควรจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี เป็นผู้กำหนดทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา เป็นผู้เลือกว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนศาลมีคำพิพากษาหรือถอนคดีออกไป ส่วนศาลต้องวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดและไม่มีบทบาทเชิงรุกในกระบวนการพิจารณา หลักนี้จึงส่งผลโดยปริยายทำให้กระบวนการพิจารณามีลักษณะเป็นแบบกล่าวหาซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

<sup>1</sup> รายละเอียดโปรดดู John Henry MERRYMAN and David S. CLARK, *Comparative law : western european and latin american legal systems (cases and materials)*, 1978, p. 655 และ Mauro CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford : Clarendon Press, 1989, pp. 239-246



หลักที่ตรงกันข้ามกับหลักความประสงค์ของคู่ความคือหลักการไต่สวนโดยศาล “principle of officiality” ซึ่งเป็นหลักที่ตัดอำนาจของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยหน้าที่ที่เป็นทางการ (official duty) ของศาลไม่ใช่เพียงการบังคับใช้กฎหมาย แต่ยังรวมถึงการกำหนดขอบเขตของสาระสำคัญอันเป็นมูลเหตุแห่งคดีด้วย ในประเทศเยอรมนีได้มีการนำหลักนี้มาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกับที่ใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น คดีเกี่ยวกับการสมรส การเป็นผู้ปกครองหรือผู้อนุบาล การรับรองบุตร เป็นต้น

สำหรับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้น โดยปกติจะยึดหลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลักมาตั้งแต่ต้นจนกลายเป็นจารีตประเพณี หลักนี้ได้มีการนำมาใช้อย่างเด่นชัดมากที่สุดในเรื่องพยาน โดยหน้าที่ทั้งหมดในการเสนอพยานหลักฐานจะตกอยู่แก่คู่ความในการดำเนินคดี และไม่มีข้อกำหนดหรือคาดหวังว่าศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่เช่นนั้นแต่อย่างใดก็ดี ดังเช่นที่จะได้กล่าวต่อไปในเรื่องรูปแบบกระบวนการแบบกล่าวหาและแบบไต่สวนว่า ไม่มีระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใดที่หลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของกระบวนการแบบกล่าวหานั้นจะถูกนำมาใช้โดยสมบูรณ์ ดังนั้น จึงปรากฏหลักการไต่สวนของศาลอยู่ด้วยในระดับหนึ่ง ดังเช่นในเรื่องที่ศาลอาจเรียกพยานซึ่งคู่ความมิได้นำมาสืบได้ และมีแนวโน้มที่จะมีการนำหลักการไต่สวนโดยศาลมาใช้มากขึ้นโดยนำมาผสมผสานกับหลักความประสงค์ของคู่ความเพื่อให้เกิดความเหมาะสม แต่โดยหลักใหญ่แล้วก็ยังคงถือหลักความประสงค์ของคู่ความอยู่เสมอ

หลักความประสงค์ของคู่ความนี้ประกอบด้วยองค์ประกอบย่อยหลายประการได้แก่ (1) คู่ความเป็นผู้ร้องขอ (2) เอกชนเป็นฝ่ายต่อสู้คดีและฟ้องแย้ง (3) ศาลพิพากษาไม่เกินคำขอ (4) คู่ความมีสิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา และ (5) คู่ความมีสิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ

(1) **หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ** ในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์โดยทั่วไปศาลไม่มีอำนาจริเริ่มคดีเช่นเดียวกับที่นักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศยุโรปตะวันตกและลาตินอเมริกากล่าวว่า หลักคู่ความเป็นผู้ร้องหมายความว่า กระบวนการพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้เว้นแต่โดยการริเริ่มของคู่ความ (*nemo iudex sine actore*) หลักการนี้แสดงให้เห็นถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีทิศทางเดียวกันของระบบกฎหมายต่าง ๆ ในยุโรปตะวันตก อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งแตกต่างจากระบบของประเทศยุโรปตะวันออกที่ให้อำนาจอัยการในการฟ้องคดีแพ่งได้อย่างกว้างขวาง

(2) **หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน** ในประเทศตะวันตก การฟ้องแย้งมีที่มาจากประวัติศาสตร์ในเชิงที่ไม่เป็นที่พึงประสงค์ให้นำมาเป็นวิธีต่อสู้คดี แม้ในปัจจุบันจะยอมให้มีการฟ้องแย้งได้แต่ก็ต้องยกขึ้นโดยคู่ความอย่างมีข้อจำกัด ตัวอย่างเช่น ในประเทศระบบซีวิลลอว์และ

ระบบคอมมอนลอว์ การฟ้องแย้งแต่เดิมต้องมิขึ้นจากการดำเนินกระบวนการหรือเหตุการณ์ที่สืบเนื่องจากคดีเดิม อย่างไรก็ดี เมื่อไม่นานมานี้ในระบบคอมมอนลอว์มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตสิทธิของคู่ความในการฟ้องแย้งเพิ่มมากขึ้น แต่ตรงกันข้ามในประเทศยุโรปตะวันออกที่ใช้ระบบกฎหมายสังคมนิยม ศาลและอัยการมีอำนาจพิจารณาว่ามีประเด็นที่อาจฟ้องแย้งได้ระหว่างคู่ความหรือไม่

(3) **หลักการไม่พิพากษาเกินคำขอ** ศาลในประเทศตะวันตกยึดถือหลักการว่าจะไม่พิพากษาเกินสิ่งที่คู่ความร้องขอ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายเก่าแก่ที่ว่า “*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*” โดยเฉพาะในประเทศระบบซีวิลลอว์จะถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาคดีแพ่ง แต่ในประเทศระบบคอมมอนลอว์และประเทศยุโรปที่เป็นสังคมนิยม ศาลอาจยกเว้นหลักการนี้ได้บ้าง โดยในอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือแนวปฏิบัติที่มีที่มาจากศาล Chancery ซึ่งเป็นศาลคดีเอควิตีว่า ในบางครั้งเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความ ศาลอาจให้การเยียวยาแก่คู่ความได้ หรือเรียกว่าหลักเอควิตีซึ่งเป็นกรณีแตกต่างจากศาลคดีคอมมอนลอว์ แต่เมื่อได้มีการรวมศาลคดีเอควิตีกับศาลคดีคอมมอนลอว์ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักนี้ก็ยังคงได้รับการถือปฏิบัติอยู่ สำหรับประเทศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยมยิ่งยึดถือหลักว่า ในกรณีที่เห็นสมควรเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ของรัฐที่กฎหมายคุ้มครอง ศาลอาจพิพากษานอกเหนือจากที่โจทก์ร้องขอได้ ส่วนประเทศไทยน่าจะมีหลักการทำนองเดียวกับประเทศระบบคอมมอนลอว์ ทั้งนี้ ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 142

#### (4) สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา

ในประเทศระบบคอมมอนลอว์ และระบบคอมมอนลอว์ เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว เฉพาะคู่ความ (หรือในบางกรณีผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง) เท่านั้นที่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าว โดยศาลเองไม่มีอำนาจในเรื่องนี้ไม่ว่าจะศาลชั้นสูงที่สุดก็ตาม นอกจากนี้ ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์คำพิพากษาก็จะต้องพิจารณาโดยมีข้อต่อสู้อย่างจำกัดเช่นกัน แต่เมื่อไม่นานมานี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาหลักการสำคัญในเรื่องนี้คือการขยายอำนาจศาลซึ่งพิจารณาอุทธรณ์ให้สามารถริเริ่มการพิจารณาข้อโต้แย้งที่คู่ความมิได้ยกขึ้นในศาลล่างหรือในคำอุทธรณ์ได้ การพัฒนารูปแบบนี้มีที่มาจากการที่ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาต้องมีหน้าที่เพิ่มขึ้นในการวางหลักคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในบางกรณี ซึ่งจะต้องมองไปถึงประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยไม่เฉพาะที่อยู่ในขอบเขตของคดีที่พิจารณาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีผู้ที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาได้ยังคงเป็นคู่ความเท่านั้น

ในทางตรงกันข้าม ประเทศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยมกลับถือหลักสองประการในเรื่องนี้คือประการแรก ศาลอุทธรณ์จะไม่ถูกจำกัดอยู่กับข้อโต้แย้งที่คู่ความยกขึ้น และประการที่สอง การอุทธรณ์คดีสามารถกระทำได้ทั้งฝ่ายรัฐและเอกชน ทั้งนี้ สืบเนื่องจากหลักที่ว่าศาลมีหน้าที่ค้นหาความจริงในคดี (objective truth) ในส่วนขององค์กรของรัฐที่มีอำนาจอุทธรณ์คดี เช่น อัยการหน่วยงานของรัฐ และแม้แต่ศาลอุทธรณ์เอง ซึ่งหลักนี้ปกติไม่ใช้ในประเทศกลุ่มยุโรปตะวันตก เว้นแต่ในบางประเทศ เช่น อิตาลี และฝรั่งเศส แต่จำกัดเฉพาะบางกรณี เช่น คดีเกี่ยวกับการสมรส

### (5) สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ

หลักการสุดท้ายซึ่งสะท้อนให้เห็นหลักการริเริ่มคดีโดยฝ่ายเอกชนในประเทศตะวันตก ได้แก่ การที่คู่ความสามารถยุติคดีได้ไม่ไว้ในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาโดยการตกลงประนีประนอมยอมความ ประเทศในระบบคอมมอนลอว์ถือเป็นกรณีปกติที่คู่ความมักจะทำข้อตกลงร่วมกันในท้ายที่สุดเมื่อได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีกันมาอย่างยาวนาน แม้แต่ในขณะที่ลูกขุนกำลังทำคำชี้ขาดก็ตาม แต่หลักนี้มีข้อยกเว้นเล็กน้อยเช่นเดียวกับหลักข้ออื่น คือ เช่นเพื่อประโยชน์บางประการของสาธารณะ และก็เช่นเดียวกันที่หลักการนี้เป็นไปในทางตรงกันข้ามในประเศยุโรปในกลุ่มสังคมนิยมที่ไม่อนุญาตให้ศาลยอมรับการถอนฟ้องของโจทก์หรือการตกลงประนีประนอมยอมความกันระหว่างคู่ความหากการกระทำเช่นนั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือสิทธิหรือประโยชน์ใดที่กฎหมายให้การคุ้มครอง แนวคิดในเรื่องนี้จะเน้นให้เห็นถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคมและหน้าที่ของศาลที่จะต้องตระหนักถึงประโยชน์สาธารณะมากกว่าความประสงค์ของคู่ความในคดี

#### 4.2 กระบวนพิจารณาแบบไต่สวนและแบบกล่าวหา หรือหลักกล่าวหาและหลักไต่สวน

การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งนั้น จะได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากหลักความประสงค์ของคู่ความ (principle of party disposition) ซึ่งถูกนำมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของโรมันและใช้เรื่อยมาจนได้ลดบทบาทลงเมื่อตอนปลายศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน หลักนี้มีแนวคิดว่าการยุติข้อพิพาททางแพ่งซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชนนั้น ขอบเขตและเนื้อหาสาระของการโต้แย้งกันในคดีรวมทั้งวิธีการสืบพยานจึงควรเป็นเรื่องที่คู่ความจะกำหนด โดยศาลจะต้องถูกจำกัดกรอบในการพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะสิ่งสิทธิที่คู่ความนำเสนอต่อศาล คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีในทางกฎหมายสารบัญญัติและสิทธิในกระบวนการพิจารณา หลักนี้สอดคล้องกับการที่คู่สัญญาที่ได้ก่อนนิติสัมพันธ์ทางแพ่งมีหลักเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนา หลักนี้จะมีอิทธิพลหรือสอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหาที่ว่าคู่ความเป็นผู้ตัดสินใจเลือกว่าจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ เป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดีรวมทั้งทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา คู่ความมีสิทธิเลือกโดยอิสระว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิเหล่านั้น โดยมีสุภาพชกกฎหมายว่า “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีไม่อาจถูกบังคับให้ต้องฟ้องคดีนั้น แต่อยู่ในดุลพินิจของบุคคลนั่นเอง” และจำเลยก็มีสิทธิที่จะต่อสู้คดีหรือต่อสู้เฉพาะในประเด็นใดประเด็นหนึ่งหรือตามดุลพินิจของตน รวมทั้งเป็นดุลพินิจของคู่ความที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนใด ๆ ก็ได้ เป็นผู้เลือกที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป จนศาลมีคำพิพากษาหรือจะถอนคดีออกไป ส่วนศาลจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีมากนักโดยวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด และมีข้อสังเกตด้วยว่า การที่คู่ความไม่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนใด ก็จะมีผลเพียงทำให้คู่ความเสียสิทธิในการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น เช่น การมีภาระการพิสูจน์

การขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณา กรณีต่างกับเรื่องการที่คู่ความที่หน้าที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยสุจริต หากดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริตไม่ว่าจะเรื่องการฟ้องเท็จ การสืบพยานเท็จ การประวิงคดีก็อาจจะถูกลงโทษตามมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องละเมิดอำนาจศาล การให้ชดใช้ค่าเสียหายในคดีนั้นเอง หรือการยกฟ้องเป็นคดีละเมิดต่างหาก

ในทางตรงกันข้ามกระบวนการพิจารณาแบบโต้สวนซึ่งมีวิวัฒนาการเกิดขึ้นที่หลังโดยมักจะใช้กันในช่วงที่รัฐมีอำนาจมากนั้นได้เน้นบทบาทของศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ศาลมีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ และยังไม่ถูกจำกัดให้พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาล แต่ยังมีอำนาจที่จะค้นหาความเป็นจริงเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่จะสามารถทำได้ด้วยกระบวนการพิจารณาในแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยลับ และไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ เนื่องจากศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจของตนว่า พยานหลักฐานใดน่าเชื่อถือ โดยอาจจะไม่จำเป็นต้องพิจารณาเฉพาะพยานหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้กระบวนการพิจารณาแบบนี้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ และเป็นกระบวนการพิจารณาที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก แต่ก็เสี่ยงต่อการที่อาจทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิการต่อสู้คดีของคู่ความได้เพียงพอ

ในศตวรรษที่ยี่สิบ เกิดแนวความคิดใหม่ที่ว่า ถ้ามองในด้านความยุติธรรมที่คู่ความควรจะได้รับหลักการของระบบกล่าวหาแสดงถึงการพิพาทที่เท่าเทียมกัน ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าไม่สามารถที่จะรับรองว่าจะเป็นอย่างนั้นได้ และการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหายังมีข้อเสียที่ทำให้คู่ความมีโอกาสดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต ทำให้เกิดการประวิงคดี หรือทำให้มีการอาศัยเทคนิคทางวิธีพิจารณาในการทำให้เกิดการได้เปรียบกันแม้ว่ารูปคดีจะเสียเปรียบก็ตาม ข้อเสียดังกล่าวย่อมส่งผลในที่สุดทำให้การดำเนินคดีล่าช้าและคู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากขึ้น รวมทั้งทำให้คู่ความไม่ได้รับการตัดสินคดีที่ยุติธรรมตามที่ควรจะเป็น ความเสียหายดังกล่าวเมื่อมีจำนวนมากขึ้น จึงยกระดับจากความเสียหายที่กระทบต่อประโยชน์ของเอกชนเป็นการกระทบต่อประโยชน์ของรัฐด้วย ประเทศที่ใช้ระบบซิวิลลอว์จึงเห็นความจำเป็นเกี่ยวกับอำนาจศาลและพัฒนาแนวคิดใหม่ว่า กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งเป็นบริการของรัฐหรือบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะอำนวยความสะดวกให้ประชาชน และจะบรรลุผลได้ต่อเมื่อเพิ่มบทบาทศาลให้มากขึ้น

กระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของกลุ่มประเทศนี้จึงมีลักษณะโต้สวนมากขึ้น ต่อมาในต้นศตวรรษที่ยี่สิบเอ็ด กลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ก็ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว ได้มีการแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อเพิ่มบทบาทศาลให้มากขึ้นกระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบดังกล่าวต่างก็มีทั้งข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้ง โดยฝ่ายที่สนับสนุนวิธีพิจารณาในแบบกล่าวหาเห็นว่า เนื่องจาก

คดีแพ่งเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความ และกระบวนการพิจารณาเป็นเพียงมาตรการเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่ความ จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่คู่ความควรจะมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ซึ่งสอดคล้องกับ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” นั่นเอง ส่วนผู้พิพากษานั้นควรจะวางตัวเป็นกลาง อำนาจศาลจะถูกจำกัดโดยสิทธิต่าง ๆ ของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลมีบทบาทเป็นเพียงเสมือน “กรรมการตัดสิน” (le juge-arbitre) การแข่งขันกีฬาที่จะพิจารณาปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนกระบวนการพิจารณาในแบบใดส่วนนั้นได้ให้เหตุผลว่า ตามหลักความยุติธรรมย่อมบังคับอยู่ในตัวของมันเองว่าจะต้องประกอบด้วยความเร็วในการพิจารณา โดยผู้พิพากษาจะต้องเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อป้องกันไม่ให้คู่ความพยายามประวิงคดีและยังต้องประกอบด้วยความถูกต้องของคำพิพากษา โดยผู้พิพากษามีภาระหน้าที่ในการที่จะชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นข้อยุติที่ถูกต้องระหว่างคู่ความ

การแบ่งวิธีพิจารณาดังกล่าวออกเป็นสองแบบต่างหากจากกันนั้นเป็นเพียงมุมมองในแง่ทฤษฎีเท่านั้น เพราะในทางความเป็นจริงแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศต่าง ๆ ทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีประเทศใดที่นำวิธีพิจารณาแบบหนึ่งแบบใดแต่เพียงแบบเดียวมาใช้ โดยบางประเทศหรือบางยุคสมัย กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีลักษณะค่อนข้างไปทางแบบใดแบบหนึ่งเท่านั้น หากประเทศนั้นหรือในยุคนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของคู่ความมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายก็จะกำหนดให้สิทธิแก่คู่ความที่จะกำหนดทิศทางในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หากเป็นกรณีในทางกลับกัน กฎหมายก็จะกำหนดอำนาจผู้พิพากษาในการควบคุมกระบวนการพิจารณาไว้อย่างกว้างขวางเช่นกัน

กระบวนการพิจารณาทั้งสองแบบนี้ต่างก็มีข้อด้อยเช่นเดียวกัน โดยกระบวนการที่ค่อนข้างไปทางแบบใดส่วนนั้น แม้ว่าจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความรวดเร็วและคู่ความไม่มีโอกาสเอารัดเอาเปรียบกันอันเนื่องจากการที่ศาลมีบทบาทมากในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ศาลก็ต้องระมัดระวังในเรื่องการวางตัวเป็นกลางและในเรื่องสิทธิต่อผู้คดีของคู่ความ โดยศาลจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่า แม้ว่าเป้าหมายหนึ่งของกระบวนการพิจารณาแบบใดส่วนนั้น จะต้องการให้ได้ความเป็นจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์ (objective truth) ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่หมายความว่าศาลจะต้องเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาความจริงอย่างเต็มตัว แต่เป็นเพียงการเข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการค้นหาความจริงเท่านั้น ส่วนกระบวนการที่ค่อนข้างไปทางแบบกล่าวหาว่านั้น แม้จะมีข้อดีในเรื่องที่ศาลวางตัวเป็นกลางและคู่ความมีอิสระค่อนข้างมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ก็มีปัญหาในเรื่องที่คู่ความได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปในทางที่ไม่สุจริต ทำให้เกิดการได้เปรียบในทางเชิงกระบวนการพิจารณาหรือทำให้เกิดการประวิงคดีได้

ลักษณะในเชิงมหาชนของวิธีพิจารณาความแพ่งอันเป็นการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนนั้น อาจมีทั้งข้อดีและข้อเสียในแต่ละระบบกฎหมาย ทางหนึ่งอาจเป็นการปกป้องประโยชน์สาธารณะในคดี แต่ทางหนึ่งอาจเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิของเอกชน ตัวอย่างเช่น การฟ้องคดีร่วมโดยทั่วไปอาจทำให้การดำเนินคดีเกิดความรวดเร็วแต่ทางหนึ่งก็อาจเกิดความล่าช้าในการพิจารณา ทำให้ไม่เกิดความยุติธรรมอย่างเต็มที่เพราะความล่าช้าหากเกิดปัญหาว่าแต่ละประเด็นจะต้องรอการวินิจฉัยในประเด็นอื่นของคุณ่ความทุกคน นอกจากนั้น การให้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแก่ศาลอาจส่งผลให้เกิดความไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยและทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว

แม้จากประสบการณ์ในการเพิ่มลักษณะเชิงมหาชนของวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปจะไม่แสดงให้เห็นว่าสิทธิของเอกชนจะถูกลดทอนลงเสมอไป แต่นักกฎหมายของประเทศคอมมอนลอว์จำนวนมากพากันเรียกวินิจฉัยของประเทศซีวิลลอว์ว่า “วิธีพิจารณาแบบไต่สวน” เพราะมีการให้อำนาจศาลในการกำหนดแนวทางและควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณา และเรียกวินิจฉัยของตนเองว่า “วิธีพิจารณาแบบกล่าวหา” เสมือนว่าเป็นวิธีการเฉพาะของแต่ละระบบความเข้าใจผิดในเรื่องความแตกต่างนี้สามารถเห็นได้ชัดในการอธิบายเป็นหลายแนวทางดังนี้

**แนวทางแรก** ในทางประวัติศาสตร์ คำว่า “แบบไต่สวน” (inquisitorial) มีความหมายเฉพาะหมายถึงการพิจารณาอย่างเป็นทางการโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นโดยไม่คำนึงถึงหลักประกันสิทธิในทางวิธีพิจารณาความ ซึ่งมีได้มีการรับมาใช้ในการดำเนินคดีแพ่งของระบบกฎหมายใดในทั้งสามระบบหลักที่กล่าวถึงในที่นี้ (คอมมอนลอว์ ซีวิลลอว์ และสังคมนิยม) ซึ่งความหมายที่ยกขึ้นในข้อนี้ไม่สามารถอธิบายถึงความแตกต่างของวิธีปฏิบัติในการพิจารณาความได้

**แนวทางที่สอง** คำคำนี้อาจถูกนำมาใช้ในปัจจุบันซึ่งหมายถึงการที่ศาลหรืออัยการมีอำนาจแทนคู่ความในการควบคุมวัตถุประสงค์แห่งคดี (subject matter of the cases) เช่น การริเริ่มคดี การโต้แย้งคำฟ้อง การโต้แย้งคำพิพากษา หรือการกำหนดเงื่อนไขในการประนีประนอมยอมความ ซึ่งลักษณะของการกระทำดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องมีลักษณะในเชิงลบเสมอไป การกระทำดังกล่าวอาจเป็นแค่เพียงอำนาจหน้าที่เพื่อประชาชนส่วนใหญ่ในการใช้กฎหมายสารบัญญัติที่ตั้งที่พบในระบบกฎหมายสังคมนิยม ซึ่งหากถือตามความหมายเช่นนี้ก็จะไม่ถือว่าวิธีพิจารณาความแพ่งใด ๆ ทั้งในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์เรียกว่าวิธีพิจารณาแบบไต่สวนเลย ดังเช่นในประเทศตะวันตกยังอาจเห็นการเน้นการควบคุมวัตถุประสงค์แห่งคดีโดยคู่ความในคดีส่วนใหญ่ เนื่องจากหลักความประสงค์ของคู่ความยังคงได้รับการยึดถืออยู่แม้สภาพสังคมจะเปลี่ยนไป

**แนวทางที่สาม** คำคำนี้อาจเป็นเพียงการนำมาใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงอำนาจของศาลหรืออัยการในการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งรวมถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ตามความหมายนี้อาจถือได้ว่าทั้งในประเทศในระบบกฎหมายสังคมนิยมและประเทศในระบบซีวิลลอว์ที่ก้าวหน้าที่สุด

มีวิธีพิจารณาแบบไต่สวนได้ แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาที่มีแนวโน้มของวิธีพิจารณาไปในแนวทางนี้ นอกจากนี้หากพิจารณาลักษณะวิธีพิจารณาของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีอำนาจกำกับดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา การดำเนินการดังกล่าวก็อาจถือเป็นการพิจารณาแบบไต่สวนตามความหมายนี้ได้เช่นกัน และแม้ว่าจะมีความเสี่ยงจากการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยศาลอยู่บ้าง แต่ตามความเป็นจริงแล้วก็ยากที่จะพบได้ในการดำเนินการตามหลักการนี้ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว

Capelletti และ Garth เห็นว่า การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างวิธีพิจารณาแบบไต่สวนและแนวปฏิบัติของระบบคอมมอนลอว์ซึ่งยังมีข้อสงสัยอยู่ที่นี่ไม่น่าจะเป็นประโยชน์แต่อย่างใด แม้การถือหลักประโยชน์สาธารณะอาจกีดขวางลักษณะการกล่าวหาและลักษณะเชิงเอกชนของวิธีพิจารณาความ แต่ก็มิได้หมายความว่า จะเป็นการทำให้คู่ความเสียการควบคุมสิทธิในทางสารบัญญัติแต่ประการใด ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วไม่ควรวิตกกังวลว่าวิธีพิจารณาจะเป็นแบบไต่สวนหรือแบบกล่าวหา แต่ควรพิจารณาว่าเป็นวิธีพิจารณาที่มีการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานในทางวิธีพิจารณาของคู่ความหรือไม่มากกว่า การที่ศาลมีอำนาจไต่สวนอยู่บ้างไม่ว่าจะมากหรือน้อยอาจกระทบกระเทือนสิทธิของคู่ความอยู่บ้าง แต่การใช้อำนาจดังกล่าวก็เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของเอกชนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งและเป็นหลักประกันให้คดีดำเนินไปอย่างมีความพร้อมได้เช่นกัน

สำหรับประเทศไทยนั้น แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะได้กำหนดอำนาจของศาลไว้ค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ก็ตาม เช่น เรื่องละเมิดอำนาจศาล (มาตรา 30 มาตรา 31 และมาตรา 33) อำนาจศาลที่จะเรียกให้คู่ความหรือพยานมาชี้แจงข้อเท็จจริงต่อศาลและซักถามพยานตามที่เห็นจำเป็น (มาตรา 19 มาตรา 116 (1) และมาตรา 119) อำนาจในการเรียกพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในคดีมาสืบตามที่เห็นจำเป็น (มาตรา 86 วรรคท้าย และมาตรา 87 (1)) อำนาจตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ (มาตรา 99 วรรคหนึ่ง) แต่ในทางปฏิบัติศาลไม่ค่อยจะใช้อำนาจดังกล่าวเท่าใดนัก อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 236 บัญญัติให้การนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะโดยศาลยุติธรรมต้องดำเนินการดังกล่าวภายในปี พ.ศ. 2545 จึงได้มีการเพิ่มบทบาทศาลมากขึ้นในการควบคุมกระบวนการพิจารณาให้รวดเร็วขึ้น โดยเฉพาะเรื่องการบริหารจัดการคดี (case management)

สำหรับหลักการไต่สวนโดยศาลจะสอดคล้องหรือคู่กันกับกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวนหลักนี้ใช้กันมากในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและคดีปกครองรวมทั้งวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วย โดยมีแนวความคิดว่าศาลหรือเจ้าหน้าที่สามารถรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหลายในคดีหรือในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วยตนเอง ทั้งนี้ มีเหตุผลว่าคดีอาญา คดีปกครอง และวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้นไม่ได้เป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชนแต่เพียงอย่างเดียว แต่เป็นเรื่องผลประโยชน์ของรัฐด้วย และรัฐจะมีบทบาทมากกว่า นอกจากนี้ในคดีปกครองนั้น เนื่องจากมีจุดประสงค์เป็นการ

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐเอง เป็นกรณีที่รัฐได้สร้างวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐเอง ศาลซึ่งจะทำหน้าที่ตรวจสอบได้ก็ต้องเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริง เพื่อให้เกิดความสมดุลหรือการประนีประนอมระหว่างผลประโยชน์ทั่วไปของรัฐกับผลประโยชน์ของประชาชน ซึ่งตามข้อ 5 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ถึงกับระบุไว้อย่างชัดเจนว่า วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน ส่วนคดีแพ่งจะค่อนข้างไปทางกล่าวหา สำหรับกรณีของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องออกคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องเจ้าหน้าที่จึงต้องใช้อำนาจอย่างแท้จริงในการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือพิจารณาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อไม่ให้มีคำสั่งผิดพลาดซึ่งอาจจะถูกเพิกถอนในภายหลัง กระบวนพิจารณาจึงค่อนข้างไปทางไต่สวน เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลจะเป็นผู้สืบพยานในการควบคุมกระบวนพิจารณาและในการค้นหาข้อเท็จจริง การเริ่มกระบวนพิจารณาและการค้นหาข้อเท็จจริงจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับคู่กรณีแต่เพียงฝ่ายเดียว

#### 4.3 หลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่ายหรือหลักการโต้แย้งหรือคัดค้านต่อผู้คดี

หลักนี้นับได้ว่าเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญที่สุดหลักหนึ่งของกระบวนพิจารณา และการที่จะดูว่ากระบวนพิจารณาใดเป็นกระบวนพิจารณาที่ได้มาตรฐานตามหลักสากลหรือไม่ กระบวนพิจารณานั้นก็ต้องประกอบด้วยหลักนี้เป็นสำคัญ ในประเทศที่ใช้ระบบคอนมอนลอว์ถือว่าเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งในสองประการของหลักใหญ่ที่เรียกว่า “natural justice” หรือหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ส่วนอีกหลักหนึ่งคือหลักความเป็นกลางซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีในศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองและรวมทั้งวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น อำนาจตุลาการของศาลรวมทั้งอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานส่วนใหญ่ของหลักความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรมหรือหลักความเป็นอิสระของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งจะมีได้ต่อเมื่อศาลหรือเจ้าหน้าที่ได้รับรู้ข้อเท็จจริงทุกอย่าง และประชาชนไม่ได้เป็นเพียงวัตถุอย่างหนึ่งของคำพิพากษาหรือคำสั่งทางปกครอง แต่มีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิในกระบวนพิจารณา เนื่องจากกระบวนพิจารณาที่มีลักษณะเผด็จการโดยคู่ความหรือผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่มีโอกาสรักษาประโยชน์ของตนเอง ต้องรอคำสั่งตัดสินของศาลหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่แต่อย่างเดียวดังเช่นในอดีตนั้น ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดในปัจจุบัน โดยเฉพาะในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ได้บัญญัติรองรับไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 28 วรรคสอง

ความจริงแล้ว สิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลหรือในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องหรือเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นเครื่องมือส่งเสริมให้หลักฟังความสองฝ่ายสามารถเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติหรือให้คู่ความมีส่วนร่วมในการพิจารณา โดยในการดำเนินคดี



ในศาลจะประกอบด้วย สิทธิของคุณในการได้รับแจ้งว่ามีการฟ้องคดีต่อตนและได้รับการแจ้งเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาภายในระยะเวลาอันสมควร สิทธิของคุณในการเสนอหรือโต้แย้งพยานหลักฐาน สิทธิที่จะต้องมีความอยู่ด้วยในขณะที่สืบพยานข้อเท็จจริง สิทธิที่จะไม่ถูกผูกพันโดยคำพิพากษาที่ตนมิได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดี คำพิพากษาต้องแสดงผล การโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษา เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์อื่นที่สืบเนื่อง เช่น การห้ามศาลใช้ประโยชน์จากข้อเท็จจริงที่ตนรู้มาเองโดยคู่ความไม่มีโอกาสโต้แย้งคัดค้าน หลักนี้มีข้อยกเว้นในบางกรณีอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ที่สำคัญกว่า เช่น การที่จะลงโทษคู่ความที่ไม่ร่วมมือในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การพิจารณาโดยขาดนัด หรือกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เช่น การขอคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณา

ในคดีแพ่งของไทย ได้กำหนดรับหลักนี้ไว้ในมาตรา 103 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนคดีปกครองมีกำหนดไว้ในมาตรา 55 วรรคสอง และมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

สำหรับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ได้แก่ สิทธิในการมีทนายความหรือที่ปรึกษาและผู้ทำการแทน (มาตรา 23 และมาตรา 24) สิทธิได้รับคำแนะนำและได้รับแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณา (มาตรา 27) สิทธิได้รับแจ้งผลกระทบที่เกิดขึ้นก่อนออกคำสั่ง (มาตรา 30) สิทธิตรวจดูเอกสารของเจ้าหน้าที่ และสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน (มาตรา 31) สิทธิได้รับทราบเหตุผลของคำสั่ง (มาตรา 37) สิทธิในการอุทธรณ์คำสั่ง (มาตรา 44) เป็นต้น สิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการส่งเสริมให้คู่กรณีมีส่วนร่วมในการพิจารณา

กรณีมีข้อสังเกตว่า หลักฟังความสองฝ่ายนั้นความสำคัญไม่ได้เป็นการเน้นเฉพาะเรื่องสิทธิที่จะโต้แย้งคัดค้านเท่านั้น แต่เน้นอยู่ที่ว่าคู่ความหรือคู่กรณีจะมี “โอกาส” ในการโต้แย้งคัดค้านหรือไม่ ซึ่งสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นก็เป็นการช่วยให้คู่ความหรือคู่กรณีที่สามารถใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้านได้อย่างเต็มที่นั่นเอง เช่น สิทธิในการตั้งทนายความก็เพื่อเป็นการช่วยเหลือคู่ความหรือคู่กรณีที่สามารถใช้สิทธิในการโต้แย้งคัดค้านได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง

#### 4.4 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย/โปร่งใส

หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยใช้กับการดำเนินคดีในศาล โดยเป็นแนวความคิดของการบริหารงานยุติธรรมแบบเสรีนิยมที่ต่อต้านการพิจารณาคดีลับของศาลบางศาลในสมัยก่อน แต่ไม่ถือเป็นหลักการที่เด็ดขาดมีข้อจำกัดบางประการ เช่น ต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่น ส่วนวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองนั้นไม่ได้ให้ความสำคัญกับการที่วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะต้องเปิดเผย แต่มีหลักโปร่งใสซึ่งเป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยให้ประชาชนสามารถ

ตรวจสอบได้ไม่ว่าจะตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ เจ้าหน้าที่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณาหรือไม่ เจ้าหน้าที่ได้ให้สิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะสิทธิที่เกี่ยวกับหลักฟังความสองฝ่ายหรือไม่ เจ้าหน้าที่ได้ทำคำสั่งถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ (มาตรา 34 – มาตรา 41) เจ้าหน้าที่ได้แจ้งคำสั่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือไม่ (มาตรา 68 – มาตรา 74)

#### 4.5 หลักความเป็นกลาง

สถาบันใดจะถือว่าเป็นศาลหรือไม่ก็ต่อเมื่อมีมาตรการคุ้มครองด้านตัวบุคคลมีหลักพื้นฐานทางวิธีพิจารณาปรากฏอยู่ การคุ้มครองที่ถือเป็นหลักคือ “หลักความเป็นกลาง” ในการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานดั้งเดิมหลักหนึ่งในสองหลักของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ของอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “due process of law” ส่วนอีกหลักหนึ่งคือ หลักฟังความสองฝ่าย หลักที่เกิดขึ้นในสมัยหลัง ๆ เช่น หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยหลักเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจากฝ่ายบริหาร หลักนี้ก่อให้เกิดหลักตามมาคือ สิทธิการคัดค้านผู้พิพากษา

### 5. บทสรุป

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจรัฐในส่วนที่เป็นอำนาจตุลาการ จึงต้องกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการเป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อให้การใช้อำนาจของผู้พิพากษาเกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ โดยกำหนดหลักการที่สำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาขึ้นและได้มีการรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรม หลักการดังกล่าวจึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม

# บทบาทของตุลาการศาลปกครองในการดำรงหลักนิติธรรม

วรวิทย์ กังคศิเทียม\*

## 1. บทนำ

ศาลปกครองของไทยเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอันมีรากฐานการก่อตั้งมาจากหลักนิติธรรม (The Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ The Legal State) เนื่องจากบทบาทสำคัญที่สุดของศาลปกครองที่ศาลปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นก็เพื่อเป็นองค์กรสร้างหลักประกันความเป็นธรรมในสังคมภายใต้วิสัยทัศน์ของศาลปกครองที่มุ่งหมายให้ “ศาลปกครองเป็นสถาบันหลักของประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอำนวยความยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง โดยมุ่งให้เกิดความสมดุลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการดำเนินงานของรัฐ เพื่อประโยชน์สาธารณะ”<sup>1</sup> โดยศาลปกครองทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมทางปกครองรวมทั้งต้องการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคล การกระทำทางปกครองใดๆ มิชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจมีคำสั่งหรือคำสั่งให้เกิดการยุติความเสียหายจากการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือเพิกถอน และอาจมีคำสั่งให้เกิดการเยียวยาซึ่งความเสียหายเหล่านั้นตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงอำนาจตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

## 2. ข้อเปรียบเทียบระหว่างหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

ในปัจจุบันซึ่งเป็นยุคแห่งการวิวาทะกันเรื่องความชอบธรรมตามระบอบประชาธิปไตย บ่อยครั้งที่มีนักปราชญ์การกล่าวอ้างถึงคำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” และ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)” จึงขออธิบายที่มา รวมถึงความเหมือนและความแตกต่างของทั้งสองคำนี้ในเบื้องต้น

### 2.1 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

“The Rule of Law” หรือที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้น ได้เคยปรากฏการถกเถียงถึงคำแปลของคำนี้มานานแล้ว จึงมีการแปลคำว่า “The Rule of Law” นี้

\* ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> ดุราลัยเถิดเพิ่มเติมใน แผนยุทธศาสตร์ศาลปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2554-2557 จัดทำโดยสำนักงานศาลปกครอง

ด้วยคำต่างๆ นานา อาทิเช่น หลักธรรม, หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย, นิติธรรมวินัย, หลักกฎหมาย, หลักธรรมแห่งกฎหมาย, นิติปรัชญา, นิติศตมภ์, หลักนิติธรรมและหลักความยุติธรรมตามกฎหมาย เป็นต้น<sup>2</sup> แท้จริงแล้วอุดมการณ์หลักนิติธรรมได้มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน โดยผู้ที่กล่าวถึงหลักนิติธรรมเป็นคนแรก คือ อริสโตเติล ซึ่งมีได้หมายความว่าหลักดังกล่าวในยุคนั้นจะเป็นไปได้จริงหรือดำรงอยู่ในรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่เป็นอยู่ทุกวันนี้<sup>3</sup> แต่หลักนิติธรรมได้รับการกล่าวถึงหรืออธิบายกันอย่างเป็นระบบจริงจังเมื่อเกิดประเด็นปัญหาเรื่องการคุกคามอิสรภาพของปัจเจกบุคคล หรือเมื่อเกิดการเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย เมื่อราวศตวรรษที่ 19 นี้เอง คำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” ได้ถูกทำให้เป็นที่แพร่หลาย (popularized) อย่างเป็นระบบขึ้นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษคือ เอ.วี. ไดซี (A.V. Dicey) (1835 - 1922) จากหนังสือ “Law of the Constitution” ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี 1885 แบบฉบับของหลักนิติธรรมตามทัศนะของไดซีแสดงออกโดยนัยสำคัญ 3 ประการ<sup>4</sup> คือ

1) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Court) ของแผ่นดิน

2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใดๆ ทุกคน (ไม่ว่าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน

3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากหรือได้มาจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup>

<sup>2</sup> จริญญา โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531, หน้า 333.

<sup>3</sup> โภคิน พลากุล, “สังคมไทยไปไม่ถึงนิติรัฐ”, พิมพ์เผยแพร่ใน [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), 2551.

<sup>4</sup> A.V. Dicey, “Law of the Constitution”, with an introduction by E.C.S. Wade, (English language book society & Macmillan 1979), pp. 187-203.

<sup>5</sup> จริญญา โฆษณานันท์, “บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ หลักนิติธรรม (Historico-Societal Context of the Rule of Law Ideology)”, ลงพิมพ์ใน นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 66-67.

อย่างไรก็ตามโดซีได้เน้นย้ำอย่างมากให้การใช้อำนาจของรัฐบาลเป็นไปตามหลักกฎหมายสามัญของ Common Law ในฐานะแหล่งที่มาเดียวของกฎหมายมหาชน (public Law) ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศอื่นในยุโรปอาทิ ฝรั่งเศสซึ่งพัฒนาระบบกฎหมายปกครอง (droit administratif) ขึ้นมาจากทัศนะของโดซีที่ปรากฏเช่นนั้นก็เพราะโดซีมีความเชื่อมั่นต่อศาลยุติธรรมว่าเป็นแหล่งที่มาสำคัญของความถูกต้องหรือการค้ำประกันสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน นับว่าเป็นการปฏิเสธต่อระบบการควบคุมที่ใช้อำนาจอย่างอื่นนอกจากกระบวนการในศาลยุติธรรมธรรมดา และด้วยอิทธิพลจากทัศนะของโดซีนี้เองที่ส่งผลทำให้กฎหมายมหาชนอังกฤษยุคหนึ่งเป็นเวลานานจนถึงประมาณเกือบครึ่งศตวรรษที่ 20<sup>7</sup>

ในประเทศไทยเราใช้คำว่า “นิติธรรม” ก่อนคำว่า “นิติรัฐ” เพราะได้รับอิทธิพลมาจากนักกฎหมายไทยที่จบการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษ เป็นที่น่าเสียดายที่แทบไม่มีนักกฎหมายที่จบจากอังกฤษอธิบายหลักนิติธรรมอย่างครบถ้วนถูกต้องด้วยจิตวิพากษ์ความเป็นจริงแห่งประวัติศาสตร์ โดยหลักนิติธรรมไทยในสมัยปัจจุบันได้ปรับตัวตามประสบการณ์การเรียนรู้และทำความเข้าใจของนักกฎหมายไทยซึ่งสาระสำคัญของหลักนิติธรรมในปัจจุบันที่ยอมรับนับถือกันในวงการนิติศาสตร์จึง มีดังนี้

1) การปกครองต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการปกครองที่เป็นธรรมภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายจะกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายผู้ปกครองรัฐไว้อย่างแน่ชัด และกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ผู้อยู่ใต้การปกครองโดยศาลเพื่อควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจมิให้ขัดต่อกฎหมาย หรือนอกเหนือกฎหมาย

2) สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3) เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครอง ย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน<sup>8</sup>

<sup>6</sup> E.C.S. Wade, an introduction to the book A.V. Dicey, “Law of the Constitution” (London, Macmillan & Co.Ltd, 1962), p. CXIV อ้างใน จริฎ โฆษณานันท์, เพิ่งอ้าง, หน้า 68-69.

<sup>7</sup> โภคิน พลกุล, เพิ่งอ้างในเชิงอรรถที่ 3, หน้า 1.

<sup>8</sup> ประยูร กาญจนกุล, “หลักนิติธรรมไทย”, ลงพิมพ์ใน นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 140.

ดังนั้น “หลักนิติธรรม” ในทางนิติศาสตร์จึงเป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งจำกัดอำนาจรัฐเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้เป็นไปโดยเสมอภาคกันตามกฎหมาย

## 2.2 หลักนิติรัฐ (RECHTSSTAAT)

คำว่า “นิติรัฐ” นั้นมีผู้ให้อธิบายไว้มาก โดยเฉพาะนักกฎหมายที่จบจากประเทศภาคพื้นยุโรป<sup>9</sup> จะขอนำสาระสำคัญมาอธิบายดังต่อไปนี้

กล่าวถึง “Rechtsstaat หรือ นิติรัฐ” เป็นหลักที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในเยอรมัน โดย Johann Fichte (1762 - 1814) ได้เสนอความคิดค่อนข้างชัดว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐต้องปกครองตามบทกฎหมาย โดยมีองค์กรอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐอันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่อง “นิติรัฐ” แต่คำว่า “นิติรัฐ” อันเป็นที่นิยมในเยอรมันมีการใช้เป็นครั้งแรกโดย Carl Theodor Welcker ในหนังสือของเขาเมื่อปี ค.ศ. 1813<sup>10</sup> และต่อมาได้มีการใช้โดยบารอน ฟอน อาร์ติน (Baron Von Aretin) ในปี ค.ศ. 1824 และโดยโรเบิร์ต ฟอน โมล (Robert Von Mohl) ในปี ค.ศ. 1829<sup>11</sup> ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ในระยะแรกยังไม่ตรงกันนัก แต่มีแนวโน้มไปในทางเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายแห่งเหตุผล โดยรัฐมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และจะต้องมีองค์กรที่เป็นกลางกำกับดูแลการที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. 1856 ฟรีดริช จูเลียสตาห์ล (Friedrich Julius Stahl) เห็นว่า “นิติรัฐ” มีความหมายมากกว่าการปกครองโดยกฎหมายแต่ต้องเป็นระบอบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนด้วย<sup>12</sup> ซึ่งรูดอล์ฟ ฟอน เกไนส์ท (Rudolf von Gneist) นักกฎหมายชาวเยอรมันซึ่งเคยเข้ามาศึกษากระบวนกรปกครองของอังกฤษได้เสนอความเห็นที่รัฐ เป็นองค์กรปกครองตนเองและเป็นการปกครองที่ต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยมิชอบอำนาจจำกัดตามที่กฎหมาย

<sup>9</sup> โภคิน พลกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 1-2.

<sup>10</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde. “The Origin and Development of Concept of Rechtsstaat”, State Society and Liberty : Studies in Political Theory and Constitutional Law, 1991, pp. 48 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”, ลงพิมพ์ในหนังสือ รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, 2541, หน้า 68-69.

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 49.

<sup>12</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 54.

กำหนด แต่เห็นว่า ควรมีระบบศาลปกครอง (Administrative Court) ที่เป็นอิสระและเป็นคนละระบบกับศาลยุติธรรมโดยเห็นว่าศาลยุติธรรมจะควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ไม่ดีเพียงพอ<sup>13</sup> ซึ่งทัศนะของ Rudolf von Gneist ได้บุกเบิกแนวความคิดการเกิดศาลปกครองขึ้นเพื่อเป็นองค์กรที่จะสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอยู่ไม่น้อย ซึ่งนักกฎหมายไทยได้ซึมซับและศึกษาเกี่ยวกับหลักนิติรัฐดังกล่าวมา ดังที่ทนายศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้เคยสรุปหลักสำคัญภายใต้หลักนิติรัฐไว้ ดังนี้

- 1) กฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิ่งใดในการปกครองประเทศ
- 2) ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐมีจำกัดไว้แน่นอน
- 3) ศาลมีอิสระในการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการปกครอง<sup>14</sup>

อย่างไรก็ตามทั้งนิติรัฐหรือ Rechtsstaat เหมือนกับหลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law คือ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการให้เหตุผลและความยุติธรรม ซึ่งแม้ว่าจะมีจุดกำเนิดแตกต่างกัน รวมทั้งมีการใช้ถ้อยคำที่ต่างกันในภาษาต่างๆ และแม้จะมีการใช้ถ้อยคำ “Rechtsstaat” (หรือ État de droit หรือ Stato di diritto หรือ Estado de Derecho) แปลเป็น “The Rule of Law” ก็ตามแต่ในแง่ความคิดขั้นพื้นฐานของหลักนิติรัฐและนิติธรรมต่างก็ขยับเข้ามาใกล้กันมากขึ้น อันเป็นข้อบ่งชี้ว่า ข้อความคิดของหลักกฎหมายทั้งสองกำลังจะเข้าสู่กระบวนการหลอมรวมกัน ภายใต้การโต้เถียงในเวทีระดับนานาชาติ และภายใต้เครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศ และในยุคศตวรรษที่ 19 นั้น การตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการถือเป็นประเด็นหลักของการถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ หรือ Rechtsstaat โดยนักกฎหมายมีแนวคิดแยกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรก ได้แก่ ออตโต แบร์ (Otto Bähr) ผู้ซึ่งเชื่อมั่นในเขตอำนาจที่กว้างขวางของศาลยุติธรรม ในขณะที่รูดอล์ฟ กไนซ์ (Rudolf Gneist)<sup>15</sup> เห็นควรให้มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกขึ้นมาต่างหากโดยที่ผลกระทบของจิตวิญญาณของเสรีภาพแห่งความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติรัฐ (Rechtsstaat) ปรากฏในแผนปฏิรูปประเทศเยอรมนี ทั้งนี้มีรัฐแรกของเยอรมันที่จัดตั้ง

<sup>13</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 56 และ Georg Nolte, “General Principle of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective”, Modern Law Review, 1994 pp.199.

<sup>14</sup> หยุด แสงอุทัย, หลักกฎหมายทั่วไป คำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2506, หน้า 90-93.

<sup>15</sup> คาร์ล-เพเตอร์ ชอมเมอร์มัน, การสัมมนาทางวิชาการ “หลักประกันสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” ณ ศาลปกครอง เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2554 (แปลและเรียบเรียงโดย เชิดวุฒิ สีนทิมลบูรณ์), 2554, หน้า 33-50.

ศาลปกครองขึ้น คือ มลรัฐบาเดน (Baden) ในปี ค.ศ. 1865 โดยในสถานการณ์ ขณะนั้นศาลปกครองทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นในเยอรมันมิได้มีอำนาจเต็มในการพิจารณาข้อพิพาท รวมถึงยังไม่มีการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าฝ่ายปกครองต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญและเป็นอิสระ อีกทั้งแนวคำพิพากษาศาลปกครองยังได้ช่วยสร้างหลักกฎหมายทั่วไปในเวลาต่อมา และเชื่อมโยงกฎหมายปกครองซึ่งกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมาย กฎ หรือคำสั่งต่างๆ เข้าด้วยกัน

### 3. บทบาทของศาลปกครองในการดำรงหลักนิติธรรมในสังคม

ในปัจจุบันศาลที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการปกครองหรือความชอบกฎหมายของการกระทำทางปกครองของไทยก็คือ ศาลปกครอง ซึ่งนับตั้งแต่ศาลปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นได้ปรากฏบทพิสูจน์ว่า ศาลปกครองได้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้เป็นอย่างดีเช่นเดียวกับอีกหลายๆ ประเทศในโลกที่มีองค์กรศาลปกครองต่างก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า ศาลปกครองสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้ดีกว่าศาลธรรมดาของอังกฤษ แม้แต่ผู้เขียนตำรากฎหมายปกครองอังกฤษเองในสมัยใหม่นี้ก็มักตำหนิความผิดพลาดของโดซีเยเกี่ยวกับทัศนะที่เห็นว่าควรมีเพียงศาลยุติธรรมธรรมดาเพียงศาลเดียวเสมอ<sup>16</sup>ซึ่งหลักนิติรัฐนี้เป็นหลักที่มีความสัมพันธ์กับการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด กล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ”<sup>17</sup> หลักการดังกล่าวในวิชากฎหมายปกครองเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” (Principle of the Legality of Administrative Action)<sup>18</sup>

<sup>16</sup> F.H.Lawson, “Dicey Revisited I”, 7 Political Studies 109 (1959) อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”, รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, 2541, หน้า 86-89.

<sup>17</sup> Michel FROMONT, Alfre RIEG, op.cit., pp.13 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, 2538, หน้า 108.

<sup>18</sup> Michel STASSINOPOULOS, Traité des actes administratifs, Paris, L.G.D.J., 1973, pp.18-19., เพิ่งอ้าง หน้า 108-109



ระบบศาลปกครองของไทยได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรมครั้งแรกตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองก็ได้รับการบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ไว้ในมาตรา 223 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติรวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและให้อำนาจซึ่งแน่นอนที่ศาลปกครองจะมีความผูกพันต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งหลักการสำคัญประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ชัดเจนก็คือ “หลักนิติธรรม” อันได้รับการบัญญัติถึงโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นมีเหตุผลปรากฏอยู่ในบันทึกที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน 2550 อันพอสรุปความได้รวมความได้ว่า เหตุที่สภาร่างรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำว่า “หลักนิติธรรม” แทนที่จะเป็นคำว่า “หลักนิติรัฐ” นั้นน่าจะมาจากความที่ว่าคำทั้งสองคำนี้มีความใกล้เคียงกันมาก ถึงแม้จะมีถิ่นกำเนิดที่มา หรือถ้อยคำภาษาที่เรียกแตกต่างกัน กล่าวคือ ทั้งสองหลักการนั้นปรากฏหลักการที่ตรงกันตามที่ท่านศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ แสดงทัศนะแก่ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 เมื่อวันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน 2550 รวมความว่า ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐเป็นคำที่มีความหมายคล้ายคลึงกัน ในทางวิชาการแม้ว่าจะพูดว่าต่างก็ต่างก็เล็กน้อย ความจริงหลักทั้ง 2 หลักมีหลักตรงกัน หลักที่ 1 คือ หากไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐ คือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น ต่างจากเอกชน เอกชนนั้นถ้าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ หลักที่ 2 แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการใดก็จะกำหนดเงื่อนไขกำหนดขอบเขตไว้ว่า มีขอบเขตน้อยเพียงใด

อย่างไรบ้าง ซึ่งเห็นว่าคำว่า “นิติธรรม” นั้นเป็นคำที่คนทั่วไปคุ้นเคยและรู้จักกันดี แต่คำว่านิติรัฐ อาจทำให้เกิดคำถามในเชิงถ้อยคำว่ามีความหมายกว้างขวางอย่างไรบ้าง การใช้คำว่า “นิติธรรม” จึงน่าจะถูกต้องแล้วนั่นเอง<sup>19</sup>

เมื่อศาลปกครองเป็นองค์กรหนึ่งที่ต้องรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรมและมีรากฐานของการก่อตั้งมาจากหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นข้าราชการของศาลปกครองปฏิบัติหน้าที่ในอำนาจฝ่ายตุลาการย่อมมีบทบาทสำคัญที่จะดำรงรักษาหลักนิติธรรมนี้ไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อความสงบร่มเย็นของสังคม

โดยความหมายทั่วไป “หลักนิติธรรม” เองเป็นหลักธรรมพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ปกครองประเทศพึงยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเที่ยงธรรมในการปกครองบ้านเมือง ดังนั้น ตุลาการเองก็มีหลักนิติธรรมสำหรับผู้เป็นตุลาการที่ต้องรักษาในเบื้องต้นนั้นคือ ผู้ซึ่งเป็นตุลาการหรือเป็นผู้ตัดสินคดีพิพาททั้งหลายต้องไม่มีอคติหรือความลำเอียง 4 ประการ คือ ฉันทาคติ (ลำเอียงเพราะรักหรือชอบใจ), โทสาคติ (ลำเอียงเพราะโกรธหรือไม่พอใจ), ภยาคติ (ลำเอียงเพราะกลัวภัยหรือภัยอันตรายใดๆ) และสุดท้ายคือ โมหาคติ (ลำเอียงเพราะความหลง หรือวินิจฉัย โดยไม่กระจำงแจ้งในความจริง)<sup>20</sup> ซึ่งหลักอคติ 4 เป็นหลักนิติธรรมที่ตุลาการพึงระมัดระวังในการทำ คำวินิจฉัยตัดสินทุกคราวดังที่บุพตุลาการได้ถ่ายทอดจากรุ่นสู่รุ่นมาช้านานอันเป็นหลักการที่ได้รับการตราไว้ในคัมภีร์พระมนูธรรมศาสตร์ ซึ่งหลักดังกล่าวในการเรียนการสอนกฎหมายสมัยใหม่ พึงเทียบเคียงได้กับหลักการความเป็นกลางและเป็นอิสระ และต้องการให้ความเสมอภาคแก่คู่กรณี ทั้งสองฝ่ายในการชี้แจงแสดงเหตุผลหรือที่เรียกว่าหลักการฟังความสองฝ่าย ซึ่งเป็นหลักการอันสำคัญที่ผู้เป็นตุลาการจะได้สร้างความเชื่อมั่นและศรัทธาในการวินิจฉัยยรรรถคดีได้ เมื่อผู้เป็นตุลาการมีความเที่ยงธรรมและรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรมดังกล่าวแล้ว คำวินิจฉัยของศาลอันเป็นที่ยุติข้อพิพาท ก็จะได้รับการยอมรับจากคู่กรณีและยังได้รับการยอมรับในสังคมอย่างแน่นอน ดังที่กล่าวมาแล้วถึงนัยสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรมที่ได้อธิบายไว้ นั่นคือประการที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นมิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลมาจากความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับนับถือไม่ หากแต่มีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้<sup>21</sup> ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับกรณีของศาลปกครองก็เช่นเดียวกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้เกิดจากเพียงเพราะรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดๆ รับรองหรือกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้นหาไม่ หากแต่การกระทำทางปกครองได้รับการตรวจสอบให้การกระทำ

<sup>19</sup> บันทึกที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน 2550 หน้า 62-63.

<sup>20</sup> ประยูร กาญจนตุล, “หลักนิติธรรมไทย”, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, หน้า 144-145.

<sup>21</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 3, หน้า 31.

ทางปกครองนั้นต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจ ดุลพินิจนั้น ก็จะต้องเป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายโดยการตรวจสอบของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ สร้างหลักประกันในทางดังกล่าว ซึ่งนอกจากตุลาการศาลปกครองซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ประสิทธิประสาท ความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจะต้องเข้าใจกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างถ่องแท้แล้ว แน่แน่นอนว่าการเข้าถึงและ ตระหนักถึงการรักษาไว้ซึ่งความเป็นธรรมนั้นสำคัญอย่างยิ่ง ดังพระบรมราโชวาท ของพระบาทสมเด็จพระ เจ้าอยู่หัวที่ได้พระราชทานไว้ในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา ณ ศาลาศิลป์ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2514 อันมีเนื้อความตอนหนึ่งว่า “กฎหมายบ้านเมืองนั้นโดยหลักการมีไว้สำหรับรักษาความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยในแผ่นดิน ด้วยการจัดสรร อำนาจสิทธิเสรีภาพแก่บุคคลโดยถ้วนหน้าและเสมอหน้า แต่ความจริงที่เป็นอยู่ปรากฏ ว่าในบางเรื่องบางกรณีการใช้กฎหมายมักไม่ได้ผลสมบูรณ์ ตรงตามหลักการอันเป็นเจตนารมณ์ที่แท้ันัก อาจนำไปสู่ความยุ่งยากและความรำฉาน ซึ่งเป็นความเสียหาย และอันตราย ผู้มีหน้าที่ด้านกฎหมาย จะต้องคิดอ่าน กระทำการให้กฎหมายได้เป็นปัจจัยผดุงความเที่ยงธรรม และสงบสุขอย่างแท้จริง

กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญ ยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีใดๆ โดยคำนึงถึงแต่ความถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น จะไม่เป็น การเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ การใช้กฎหมายจึงจะมีความหมายและผลที่ควรจะได้” พระบรมราโชวาท ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่ได้พระราชทาน ดังกล่าวนี้นี้ ย่อมแสดงให้เห็นถึงบทบาทอันสำคัญของผู้เป็นผู้พิพากษาและตุลาการที่จะดำรงไว้ ซึ่งหลักนิติธรรมและยังสามารถส่งเสริมให้เกิดความเข้าใจถึงหลักนิติธรรมผ่านแนวคำวินิจฉัย ที่เผยแพร่สู่สาธารณะอีกด้วย

#### 4. หลักกฎหมายที่ได้รับการวางหลักโดยคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ด้วยบทบาทแห่งความเป็นตุลาการศาลปกครองผู้ซึ่งมีหน้าที่คอยตรวจสอบมิให้ผู้ที่ใช้อำนาจ ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจโดยทุจริต หรือใช้อำนาจรัฐฝ่ายปกครองไปในทางที่มีชอบด้วยกฎหมาย นอกจากต้องพิพากษาข้อพิพาทต่างๆ ตามบทกฎหมายแล้ว บ่อยครั้งคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ได้ช่วยอุดช่องว่างของกฎหมาย ช่วยเชื่อมประสานกันระหว่างกฎหมายและความเป็นธรรม กับทั้ง มีการวางหลักการหรือแนวทางการปฏิบัติให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผ่านคำวินิจฉัยเช่นเดียวกับ ศาลสภาแห่งรัฐหรือ Conseil D’ Etat ของฝรั่งเศสที่ได้มีคำวินิจฉัยอันเป็นที่ยอมรับว่าได้สร้าง คุญูปการแก่วงการกฎหมายอย่างกว้างขวาง ไม่เฉพาะในประเทศเท่านั้นแต่ต่อระบบกฎหมาย ภูมิภาคพื้นยุโรป และประเทศอื่นๆ อย่างกว้างขวาง ดังเช่นที่ศาลสภาแห่งรัฐได้เคยปรากฏคำวินิจฉัย

ที่วางหลักกฎหมายปกครองที่ชี้ให้เห็นถึงหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ อาทิ หลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการเคารพความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการเคารพลำดับชั้นต่างๆ ของกฎหมาย หลักความยุติธรรมตามหลักกฎหมายทั่วไป หลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ซึ่งทั้งหมดก็เป็นหลักการส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐและเป็นหลักนิติธรรมของสังคม<sup>22</sup> อันเป็นแบบอย่างของศาลปกครองทั่วโลก

ศาลปกครองของไทยก็ได้รับอิทธิพลแนวคิดจากศาลสภาแห่งรัฐ หรือ Conseil D' Etat อยู่ไม่น้อย ดังนั้น ศาลปกครองของไทยเองก็มุ่งหมายให้คำวินิจฉัยที่เผยแพร่สู่สาธารณะนั้น เป็นการวางหลักกฎหมายที่ดี เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย สร้างเสริมเข้าใจอันดีในหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมด้วยความมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่เป็นธรรมอันอาจทำให้เกิดความขัดแย้งในสังคม โดยศาลปกครองมีความเชื่อมั่นว่าการอ้างไว้ซึ่งหลักนิติธรรมด้วยการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครองด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมนี้จะสามารถส่งเสริมให้เกิดหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างแท้จริงในสังคมไทยซึ่งเป็นสังคมประชาธิปไตยอันเป็นสังคมแห่งการเคารพในสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผ่านมาหลายๆ คดีซึ่งได้วางหลักกฎหมายปกครองที่น่าสนใจในหลายกรณี ดังต่อไปนี้

### 1) “หลักความได้สัดส่วน”: คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.239/2556

**หลักกฎหมาย :** เมื่อการดำเนินการปรับปรุงพื้นถนนซอยพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นไปโดยชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครองและได้ดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามฟ้องเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามนัยตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่อย่างใด และเมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นเรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดอีกต่อไป ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่าการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ฟ้องคดีที่จะได้ใช้สอยทรัพย์สินของตนได้อย่างปกติสุข กรณีจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นยกฟ้องผู้ฟ้องคดีและคืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

<sup>22</sup> โภคิน พลกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, หน้า 1.

**ข้อเท็จจริงในคดี :** ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ 107124 ซอยวัฒนานนท์ 1 ถนนสรองประภา แขวงสีกัน เขตดอนเมือง กรุงเทพมหานคร เดิมซอยวัฒนานนท์ 1 เป็นถนนในโครงการหมู่บ้านวัฒนานนท์ ก่อสร้างมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2523 ผู้ฟ้องคดีอยู่อาศัยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2524 จนถึงต้นปี พ.ศ. 2549 ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานเขตดอนเมือง) ได้ว่าจ้างผู้รับจ้างวางท่อระบายน้ำและปรับปรุงพื้นผิวจราจรซอยวัฒนานนท์ 1 จากถนนคอนกรีตเป็นถนนลาดยางมะตอยสูงจากพื้นถนนเดิม 35 เซนติเมตร ซึ่งทำให้ถนนที่สร้างใหม่มีระดับสูงกว่าบ้านของประชาชนที่อาศัยอยู่ในซอยดังกล่าวรวมทั้งบ้านผู้ฟ้องคดีด้วย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำรถยนต์เข้าออกจากบ้านได้ตามปกติ ในระหว่างการก่อสร้างถนนใหม่ผู้ฟ้องคดีต้องนำรถยนต์ไปจอดในที่จอดรถของเอกชน ตั้งแต่วันที่ 17 เมษายน 2549 จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2549 เสียค่าใช้จ่ายในส่วนนี้จำนวน 5,000 บาท และค่าใช้จ่ายในการจ้างช่างก่อสร้างเทคอนกรีตยกพื้นบริเวณประตูรั้วหน้าบ้านให้สูงเท่ากับระดับถนนที่ก่อสร้างใหม่ ทำท่อระบายน้ำเชื่อมกับท่อระบายน้ำที่วางขึ้นใหม่ วางรางประตูรั้วเหล็กใหม่ เป็นเงินจำนวน 25,000 บาท รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 30,000 บาท ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองร่วมกันชดใช้เงิน 30,000 บาท และดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีของต้นเงินจำนวน 30,000 บาท นับแต่วันฟ้องคดีจนถึงวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองชำระหนี้เสร็จสิ้น เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กรุงเทพมหานคร) อาศัยอำนาจตามมาตรา 89 (6) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ดำเนินการปรับปรุงพื้นถนนและท่อระบายน้ำในถนนซอยพิพาทและผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 89 (6) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 โดยมีได้เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีในทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สิน ผู้ฟ้องคดียังคงมีสิทธิในทรัพย์สินและสามารถใช้สอยทรัพย์สินได้เช่นเดิม เพียงแต่ได้รับผลกระทบจากการที่พื้นหน้าบ้านบริเวณที่จอดรถของตนมีระดับต่ำกว่าพื้นถนนภายหลังการปรับปรุงข้างเท่านั้น มิได้กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด อีกทั้งการดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็เพื่อให้ระดับของพื้นถนนพิพาทและท่อระบายน้ำของถนนพิพาทมีระดับสูงขึ้นเสมอกับถนนซอยก้านบังเพื่อป้องกันน้ำท่วมเมื่อฝนตกโดยไม่ปรากฏว่า มีระดับความสูงเกินกว่ามาตรฐานค่าความสูงของถนนในเขตกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2543 ของเขตดอนเมืองแต่อย่างใด การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นไปอย่างมีเหตุผล เหมาะสม พอสมควร แก่เหตุ และเป็นการกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นทำให้การปรับปรุงถนนสามารถป้องกันน้ำท่วมซึ่ง

ได้อย่างแท้จริง กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติใน มาตรา 48 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แม้ผู้ฟ้องคดีจะได้รับ ความเสียหายจากการที่พื้นถนนมีระดับความสูงที่เพิ่มขึ้นทำให้น้ำท่วมขังพื้นหน้าบ้านบริเวณที่จอดรถ เวลาฝนตกและทำให้รถยนต์เข้าออกบ้านได้ไม่สะดวกก็ตาม แต่ผลเสียที่ผู้ฟ้องคดีได้รับถือได้ว่าเป็นผลกระทบโดยปกติธรรมดาที่ในการปรับปรุงพื้นถนนทั่วไปจะต้องมีการยกระดับพื้นถนนและ ท่อระบายน้ำให้สูงขึ้นกว่าเดิม ซึ่งถือไม่ได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเป็นพิเศษแตกต่างจาก ที่ได้รับผลกระทบจากการปรับปรุงถนนนี้หรือการปรับปรุงถนนโดยทั่วไปแต่อย่างใด กรณีจึงถือว่า ได้สัดส่วนกันระหว่างมาตรการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เลือกใช้ให้วัสดุประสงค์ในการจัดทำบริการ สาธารณะบรรลุผลกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามหลักความได้สัดส่วนของ การกระทำทางปกครองที่กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองเลือกใช้มาตรการในการจัดทำบริการ สาธารณะที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแท้จริงโดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ ประชาชนน้อยที่สุดเพียงเท่าที่จำเป็น และนอกจากการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเป็นประโยชน์ ต่อประชาชนผู้อยู่อาศัยโดยส่วนใหญ่ในถนนซอยพิพาทแล้ว ผู้ฟ้องคดีเองก็ยังได้รับประโยชน์จาก การปรับปรุงถนนดังกล่าวด้วยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อการดำเนินการปรับปรุงพื้นถนนซอยพิพาทของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นไปโดยชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครองและได้ดุลภาพ ระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการดำเนินการของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามฟ้องเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมาย แห่งแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามนัยตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่อย่างใด และเมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่ การกระทำของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มิได้เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี กรณีจึงไม่จำต้องวินิจฉัยใน ประเด็นเรื่องค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดอีกต่อไป ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่าการดำเนินการ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ฟ้องคดีที่จะได้ใช้สอยทรัพย์สิน ของตนได้อย่างปกติสุข กรณีจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชดใช้ค่าเสียหายนั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นยกฟ้อง ผู้ฟ้องคดีและคืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

## 2) หลักสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ : คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 247/2552

**หลักกฎหมาย :** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 64 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การ เอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น มาตรา 66 บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมนุม

ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีวิอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม และมาตรา 67 วรรคสาม บัญญัติว่า สิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง

**ข้อเท็จจริงในคดี :** เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า การรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาค้นคว้าประวัติศาสตร์และโบราณคดี รวมทั้งอนุรักษ์ปกป้องพื้นที่สำคัญทางประวัติศาสตร์และโบราณคดีในจังหวัดนครปฐม สร้างจิตสำนึกความเป็นเจ้าของมรดกทางวัฒนธรรมแก่ชุมชนเพื่อการพัฒนาและเป็นแหล่งเรียนรู้ ซึ่งได้ก่อตั้งมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 โดยสมาชิกรวม 7 คน แสดงให้เห็นได้ว่าการรวมกลุ่มกันเพื่อรักษาอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น เมื่อการรวมกลุ่มของผู้ฟ้องคดีเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยรวมของชุมชนและของประเทศชาติ ตามหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นชุมชนดั้งเดิมที่มีลักษณะทางสังคมและวัฒนธรรมมายาวนาน และมีการรวมกลุ่มกันของบุคคลหลายๆ คน ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### 3) หลักคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ : คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 407/2552

**หลักกฎหมาย :** การที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครอง ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างไม่มีทางที่จะเยียวยาได้อีก อีกทั้งจะทำให้ระบบการบริหารราชการแผ่นดินที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐต้องเสียไป ทำให้เกิดการใช้อำนาจทางปกครองโดยไม่ชอบได้ง่าย นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงเจตนาของผู้ฟ้องคดีเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีมิได้มีเจตนาที่จะปล่อยปละละเลยใช้สิทธิในทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเอง กรณีดังกล่าวจึงถือว่ามีเหตุจำเป็นอื่นที่ศาลปกครองสามารถรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้ ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม สมควรที่ศาลปกครองจะรับคดีนี้ไว้พิจารณาตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

**ข้อเท็จจริงในคดี :** ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดนครราชสีมา สาขาปากช่อง) ได้มีคำสั่งลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2550 สอบสวนเปรียบเทียบตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ออกโฉนดที่ดินให้แก่ นาง พ. โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้ที่ดินของนาง พ. ซ้อนทับกับที่ดินของผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่เกิน 7 วัน นับจากวันที่ระบุในคำสั่งนั้น จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีอย่างช้าที่สุด เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2550 ผู้ฟ้องคดีต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองภายในหกสิบวันนับแต่วันทราบคำสั่งตามมาตรา 60 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับมาตรา 49 แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ แต่อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีนี้ต่อศาลจังหวัดสกลนคร เมื่อวันที่ 14 กันยายน 2550 ศาลจังหวัดสกลนครมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเนื่องจากเห็นว่าคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภาค 3 มีคำพิพากษา ลงวันที่ 17 กันยายน 2551 ว่า ในกรณีที่ศาลชั้นต้นไม่รับคำฟ้อง เนื่องจากคดีอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หากโจทก์อุทธรณ์คำสั่ง ไม่รับคำฟ้องของศาลชั้นต้น ศาลชั้นต้นต้องมีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ เนื่องจากโจทก์จะต้องไปฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจ จึงพิพากษายกคำสั่งของศาลชั้นต้นโดยให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ ศาลจังหวัดสกลนครอ่านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2552 และมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง และโดยที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ยื่นฎีกาต่อศาลฎีกาภายในเวลาที่กำหนดคดีจึงเป็นที่ยุติตั้งแต่ระยะเวลาฎีกาลิ้นสุดลงตามมาตรา 147 วรรคสอง และมาตรา 247 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในวันที่ 6 มีนาคม 2552 กรณีดังกล่าวจึงถือว่ากำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีสะดุดหยุดอยู่เท่ากับระยะเวลาตั้งแต่วันยื่นคำฟ้องจนถึงวันที่คดีของศาลอื่นนั้นถึงที่สุด ตามข้อ 31 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2543 กล่าวคือ ระยะเวลาการฟ้องคดีเริ่มนับตั้งแต่วันที่ 26 กรกฎาคม 2550 ถึงวันที่ 13 กันยายน 2550 สะดุดหยุดอยู่ตั้งแต่วันที่ 14 กันยายน 2550 จนถึงวันที่ 6 มีนาคม 2552 ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงล่วงพ้นไปแล้ว 50 วัน คงเหลือระยะเวลาการฟ้องคดีอยู่อีก 10 วัน ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองภายในวันที่ 16 มีนาคม 2552 เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2552 จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ประกอบกับมาตรา 49 แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ แต่เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 41 ประกอบกับการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองมีผลโดยตรงต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง หากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองเป็นจริงตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง การที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าวของหน่วยงานทางปกครอง ย่อมทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างไม่มีทางที่จะ



เย็ยวยไต้ อ็กัทังจะทไ้ห้ระบบการบรหึการราชการแผ่นดินท็อยู่ภายไต้หลักนัตุรฐัตุองเส็ยไป และเม็อพ็จารณาถึงเจตนาของผู้พ็องคคืท็มิไต้ปล็อยปละละเล็ยใช้สัหึทัทางศาลเพ็อคู้มครองสัหึทัของตน กรณัจึงถ็อว่าม็เหตุจําเป็นอื่ท็ศาลปกครองสามารถบคคืนั้ไวัพ็จารณาไต้ เพ็อประโยชนัแห่งความ ยุตุธรรม ตามมาตรา 52 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จ้ดตั้งศาลปกครองฯ

ดั่งตัวอย่งแนวคําวินัจฉัยท็ยกมานั้ยอมแสดงให้เห็นบทบาทของศาลปกครองในการวางหลักกฎหมายมหาชนท็สําคัญ ไม่วาจะเป็น หลักความไต้สัดสวน หลักสัหึทัชุมชนตามรัฐธรรมนุญ หลักคู้มครองประโยชนัสาธารณะ หลักความเสมอภาคและเทําท็ยเม็กันตามกฎหมาย หลักของสัฎญาทางปกครอง ฯลฯ ซึ่ปรากฏในคําวินัจฉัยของศาลปกครองท็ผ่านมานับเป็นการสร้างบรหึทฐานแก่สังคมและยังม็การพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนใหม่อัยงไม่หยุดยั้ง และการวินัจฉัยท็บรหึทัยตุธรรมภายไต้หลักนัตุธรรมนั้ยอมจะทไ้เก็ทประโยชนัแก่สังคมโดยรวม

## 5. บทสรุป

แนวคุดและสาระสําคัญของหลักนัตุธรรมอาจมีความแตกต่างกับหลักนัตุรฐัอยู่บางประการตรงท็หลักนัตุธรรมให้ความสําคัญกับความม็อานาจสูงสุดของระบบศาล โดยศาลเป็นท็มาแห่งสัหึทัความคักดีสัหึทัของสัหึทัและเส็รภาพท็เก็ทจากการท็ศาลยอมรับบงคับให้ ดั่งนั้ การท็จะดํารงรักษาไวัซึ่หลักนัตุธรรมในสังคมนั้จําเป็นอัยงท็องคักรตุลาการจะต็องทําหน้าท็ในการประสัหึทัประสาทความยุตุธรรมให้เก็ทซึ่ เม็อการวินัจฉัยอรรถคคืทังปวงด้วยความเป็นกลางและเป็นอัสระ ปราศจากอคคื 4 ในการพ็จารณาพ็พาคษาซ็อพ็พาทแล้ว ตุลาการยอมจะเป็นผู้ท็มบทบาทในการคู้มครองสัหึทัเส็รภาพของประชานท็รับรองไวัในรัฐธรรมนุญ ซึ่ในประเทศท็ใช้ระบบศาลคู้มครองจ้ดตั้งองคักรศาลปกครองซึ่นั้ได้รับการยอมรับโดยทัวไปว่าฝัายปกครองต็องถูกตรวจสอบโดยองคักรตุลาการท็มีความเช็ยวชาญและเป็นอัสระแยกต่างหากจากศาลยุตุธรรม ซึ่ตลอดระยะเวลาท็าวาสัปท็ที่ศาลปกครองไต้ถ็อกําเนิดอย่งเป็นปึกแผ่นภายไต้การรับรองโดยรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้แนวคํापัพาคษาศาลปกครองไต้ช่วยสร้างหลักกฎหมายทัวไปและวางหลักปฏับัตัราชการท็ดีให้แก่สังคมเป็นอันมากโดยคําวินัจฉัยของศาลปกครองไต้เช็มร็อยกฎหมายปกครองซึ่กระจ้ดกระจายอยู่ในกฎหมาย กฎ หรือคําสังต่างๆ เข้าด้วยกันและปรากฏออกมาทางคําวินัจฉัยซึ่เผยแพร่ออกไปสู่อสาธารณะ และไม่วาในปัจจุบันหรืออนาคตศาลปกครองไต้รับความคาคดหวังจากประชานท็จะเป็นองคักรท็ธํารงไวัซึ่หลักนัตุธรรมแก่สังคมเสมอไป

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544

สำนักงานศาลปกครอง, รวมคำพิพากษาศาลปกครองที่น่าสนใจ 10 ปี ศาลปกครอง “หลักประกัน  
ความเป็นธรรมในสังคม”, กรุงเทพฯ : พี.เพรส, 2554.

สำนักงานศาลปกครอง, หลักประกันสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง, กรุงเทพฯ : พี.เพรส, 2554.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, การปาฐกถาพิเศษเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา  
7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 เรื่อง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวกับรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ :  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555.

ศูนย์ศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง,  
รวมหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, กรุงเทพฯ : 2547.

ศูนย์ศึกษาตีปกรอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักความเสมอภาคและ  
การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม, 2548.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, นิติรัฐ นิติธรรม, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

### บทความทางวิชาการ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, “หลักนิติธรรม” ลงพิมพ์ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ  
90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

โกคิน พลกุล, “สังคมไทยไปไม่ถึงนิติรัฐ?”, www.pub-law.net, 2551.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (บทความทางวิชาการ), หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, พิมพ์เผยแพร่ในเว็บไซต์  
<http://www.enlightened-jurists.com/page/103> และในเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net> 18

สำนักกฎหมาย สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและ  
นิติธรรม”, ลงพิมพ์ใน จุลนิติ ปีที่ 7 ฉบับที่ 4 กรกฎาคม – สิงหาคม, 2553.

อักษราทร จุฬารัตน์. บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ. “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของ  
หลักนิติรัฐและนิติธรรม” จุลนิติ ก.ค – ส.ค 2553

# เรื่องการเมือง ประชาธิปไตย และนิติธรรม

วรากรณ์ สามโกเศศ\*

## (1) คำนำ

การเมือง ประชาธิปไตย และนิติธรรม โยงใยถึงกันเนื่องจากรัฐที่มีนิติธรรมจำเป็นต้องเป็นรัฐที่รับรองหรือคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นประชาธิปไตย นอกจากนี้ทุกคนต้องเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเสมอหน้ากันอีกด้วย

บทความนี้จะกล่าวถึงประเด็นประชาธิปไตยและนิติธรรมโดยนำเอาสภาพการณ์การเมืองของ 3 ประเทศ ดังที่ผู้เขียนได้เขียนไว้เองเพื่อให้เป็นความรู้แก่สาธารณชนใน 3 ข้อเขียนซึ่งได้แก่

(1) อองซาน ซูจี กับตำแหน่งประธานาธิบดี (2) สองหญิงชิงเต๋นในบังคลาเทศ และ (3) จิตมุ่งร้ายจะทำลายตน โดยตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2557 และตีพิมพ์ในสกุลไทย ฉบับวันที่ 13 มกราคม 2557 และฉบับวันที่ 24 มกราคม 2557 ตามลำดับ

## (2) ข้อเขียน

### (2.1) อองซาน ซูจี กับตำแหน่งประธานาธิบดี

คนจำนวนมากทั้งในและต่างประเทศเชียร์ให้อองซาน ซูจี เป็นประธานาธิบดีจากการเลือกตั้ง ในปี 2015 แต่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเมียนมาร์ โอกาสของเธอมิ่ไม่มากนัก ถ้าหากไม่มีการรีบแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ทหารได้เป็นผู้เขียนขึ้นเมื่อ 6 ปีก่อน

เมียนมาร์มีรัฐธรรมนูญน้อยกว่าไทยมาก รัฐธรรมนูญฉบับแรกของเมียนมาร์ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1947 หลังจากได้รับเอกราชจากอังกฤษหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมียนมาร์ใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 1947 จนถึงปี 1962 ก็ยกเลิกไปเมื่อนายพลเนวินปฏิวัติ ซึ่งทำให้ทหารมีบทบาทสำคัญในการบริหารประเทศจนถึงบัดนี้

รัฐธรรมนูญฉบับที่สองประกาศใช้ในปี 1974 หลังจากมีการลงประชามติรับรองในปี ก่อนหน้า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เมียนมาร์มีสภาเดียวที่ผู้แทนมาจากพรรค BSPP (Burma Socialist Programme Party) โดยมีวาระ 4 ปี และนายพลเนวินเป็นประธานาธิบดี

\* อธิการบดีมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลังจากเหตุการณ์ประท้วงครั้งใหญ่ของประชาชนในวันที่ 8 เดือน 8 ของปี 1988 (8888 Uprising) ก็มีการเลือกตั้งทั่วไป ถึงแม้พรรคขององซาน ซูจี จะชนะแต่ทหารก็ยังคงครองอำนาจอยู่ภายใต้ชื่อ SLORC (State Law and Order Restoration Council) โดยรัฐบาลทหารประกาศไม่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 1974

เมียนมาร์ไม่มีรัฐธรรมนูญจนกระทั่งมีการร่างฉบับที่ 3 ในปี 2008 และผ่านประชามติ โดยระบุว่า เป็นก้าวสำคัญสู่ประชาธิปไตย ซึ่งตรงข้ามกับความเห็นของพรรค NLD (National League for Democracy) ขององซาน ซูจี และประชาชนจำนวนมาก

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับ 2008 รัฐสภา (Union Assembly) ประกอบด้วย 2 สภา คือ สภาผู้แทนราษฎร (People's Assembly) มี 440 ที่นั่ง และสภาแห่งชาติ (National Assembly) มี 224 ที่นั่ง นอกจากนี้ 3 กระทรวงต้องดูแลโดยทหารคือกระทรวงกลาโหม มหาดไทย และกิจการชายแดน

ในสภาผู้แทนราษฎร มีที่นั่งกันไว้ให้กองทัพ 110 ที่นั่งในที่นั่งทั้งหมด 440 ที่นั่ง และในสภาแห่งชาติมีที่นั่งกันไว้ให้กองทัพ 56 ที่นั่งในที่นั่งทั้งหมด 224 ที่นั่ง

ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นอย่างน้อยร้อยละ 20 หรือ 110 ที่นั่งของสภาผู้แทนราษฎร ต้องให้ความเห็นชอบ ซึ่งหมายความว่าถ้าทหารไม่เห็นด้วยก็ไม่มีทางแก้ไขได้เลย

ถึงแม้จะมีเสียงคัดค้านรัฐธรรมนูญฉบับ 2008 อย่างไร ผู้นำทหารซึ่งเป็นผู้นำประเทศด้วยก็เห็นหน้าใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ในการเปิดประเทศ เหตุการณ์ที่น่าสนใจก็คือในปี 2012 หลังจากที่องซาน ซูจี ได้รับอิสรภาพไม่นาน พรรคของเธอก็ลงเลือกตั้งชิง 46 ที่นั่งในบริเวณใกล้เคียง กู้ ผลก็คือพรรค NLD ของเธอชนะท่วมท้นได้ 43 ที่นั่งจาก 46 ที่นั่ง

อุปสรรคขององซาน ซูจี สู่การเป็นประธานาธิบดีก็คือมาตรา 59f ซึ่งระบุว่าบุคคลที่จะเป็นประธานาธิบดีได้นั้นคู่สมรสหรือลูกต้องไม่ถือสัญชาติอื่น แต่ไม่ห้ามหากบุคคลผู้นั้นจะอยู่ในตำแหน่งอื่นที่มีการเลือกตั้ง

มาตรา 59f ทำให้องซาน ซูจี ซึ่งสามีและลูกชาย 2 คนถือสัญชาติอังกฤษ ไม่อาจเป็นประธานาธิบดีได้หากไม่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรานี้ซึ่งหมายความว่าทหารจะต้องให้ความเห็นชอบด้วย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ร่างโดยปราศจากการมีส่วนร่วมของประชาชน (หากไม่นับประชามติ) ในขณะนี้จึงมีกว่า 2,500 ข้อเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญจากสมาชิก หากพิจารณาแก้ไขกันจริงจังอาจใช้เวลาเป็นปี ๆ และต้องมีการถกเถียงกันมากมายจากสมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน ซึ่งกว่า ร้อยละ 70 เป็นเชื้อสายพม่า ส่วนที่เหลือเป็น 135 ชนกลุ่มน้อย

ณ ปัจจุบันข้อเสนอแก้ไขมาตรา 59f ซึ่งทหารดูจะยอมผ่อนปรนก็คือตัดเงื่อนไขคู่สมรสเป็นคนต่างชาติดอกไป (สามีเธอตายไปแล้ว) เหลือแต่เงื่อนไขการถือสัญชาติเมียนมาร์ของลูก ซึ่งหมายความว่าเธอจะเป็นประธานาธิบดีได้ก็ต่อเมื่อลูกทั้งสองของเธอยอมเปลี่ยนสัญชาติเป็นเมียนมาร์

เรื่องนี้เป็นปัญหาสำหรับเธอมากเพราะเธอมีความขัดแย้งกับลูกชายคนโตจนถึงกับไม่พบหน้ากันมานานแล้ว และลูกทั้งสองพำนักอยู่ต่างประเทศ เธอบอกว่าลูกของเธอมีเส้นทางของเขา เธอไม่อาจบังคับให้เขาเปลี่ยนสัญชาติเป็นเมียนมาร์ได้

เมื่อสถานการณ์ถูกสร้างขึ้นมาเช่นนี้ การจะได้เป็นประธานาธิบดีหรือไม่จึงอยู่ที่ฝั่งของเธอ ถ้าไม่มีการตัดมาตรา 59f ออกไปทั้งหมดแล้ว เธอจะมีโอกาสได้เป็นประธานาธิบดีก็ต่อเมื่อลูกของเธอทั้งสองยอมเปลี่ยนสัญชาติ

ถ้าข้อเสนอแก้ไขมาตรา 59f ยังคงเป็นอยู่ดังที่เสนอกันโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงอนาคตของเมียนมาร์ก็ชวนไว้กับการตัดสินใจของลูกสองคนของเธอ (ซึ่งเธอไม่ได้ยุ่งใกล้ชิดในขณะที่เขาโตขึ้นเพราะเธอถูกกักไว้ในบ้านเป็นเวลากว่า 20 ปี และสามีก็จากไปด้วยโรคร้ายในขณะที่ถูกกักไว้โดยมิได้เห็นหน้ากันเลย)

น่าสงสารเธอที่ยืนหยัดต่อสู้เพื่อคนเมียนมาร์มายาวนาน ไม่ยอมก้มหัวให้ใครจนได้อิสรภาพ แต่ก็ไม่อาจได้เป็นประธานาธิบดีเพื่อแก้ไขปัญหาของชาติตามความคาดหวังของคนเมียนมาร์ เพราะเงื่อนไขรัฐธรรมนูญที่ได้วางหมากกันไว้

## (2.2) สองหญิงชิงเด่นในบังคลาเทศ

การเมืองบังคลาเทศเป็นที่สนใจของชาวโลกเพราะไม่น่าเชื่อว่าการประท้วง การกีดกัน การบอยคอตการเลือกตั้งและความรุนแรงที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นวิธีการต่อสู้ระหว่างฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายตรงข้ามนั้น ล้วนเป็นฝีมือของสองหญิงผู้เกลียดกันเข้ากระดูกดำ โดยทั้งสองเคยเป็นนายกรัฐมนตรีมาแล้วคนละ 2 สมัย

คนแรกคือนายกรัฐมนตรีหญิงคนปัจจุบันชื่อ Sheikh Hasina อายุ 66 ปี เป็นลูกสาวของผู้ถือกันว่าเป็นบิดาประเทศบังคลาเทศ นาย Sheikh Mujibur Rahman หรือเรียกกันสั้น ๆ ว่า Mujib

คนที่สอง คือ Khaleda Zia ภรรยาหม้าย อายุ 68 ปีของอดีตรัฐมนตรีที่มาจากพรรครัฐประหารในปี 1977 ชื่อ นายพล Zia Rahman ผู้เป็นประธานาธิบดีต่อจาก Mujib

หญิงทั้งสองผ่านความเจ็บปวดในชีวิตมาด้วยกัน แต่ก็ดูจะไม่เห็นใจกันเลย ชับเคี้ยวแข่งขันชิงดีชิงเด่นตลอดเวลาที่ผ่านไปกว่า 20 ปีที่ผ่านมา Mujib พ่อของ Hasina ถูกสังหารในปี 1975 หลังจากได้เป็นประธานาธิบดีคนแรกเมื่อบังคลาเทศได้เกิดเป็นประเทศขึ้นในปี 1971

สำหรับ Khaleda Zia หรือ Zia นั้นสามีถูกสังหารเช่นกันในปี 1981 แต่ยังมีน้ำหนักน้อยกว่ากรณีของ Hasina เพราะพ่อของเธอถูกสังหารพร้อมกับครอบครัวเกือบทั้งหมด เธอรอดชีวิตกับน้องสาวเพราะอยู่นอกประเทศในขณะเกิดเหตุ

บังคลาเทศนั้นเดิมมีชื่อว่าปากีสถานตะวันออก เป็นส่วนหนึ่งของประเทศที่มีอีกดินแดนหนึ่งคือปากีสถานตะวันตกเป็นส่วนประกอบ ทั้งตกและออกรวมกันเป็นประเทศโดยดินแดนสองส่วนไม่อยู่ติดกันเพราะมีอินเดียคั่นอยู่

ปากีสถานตะวันออกตื่นรนต่อสู้เป็นเอกราชโดยมี Mujib เป็นหัวหน้าคนสำคัญ หลังจากต่อสู้กับปากีสถานตะวันตกจนประชาชนตายไปนับล้านคน ปากีสถานตะวันออกก็ได้เอกราชและเปลี่ยนชื่อประเทศเป็นบังคลาเทศ ส่วนปากีสถานตะวันตกก็เปลี่ยนชื่อเป็นปากีสถาน

การเมืองในทั้งสองประเทศมีความรุนแรง ต่อสู้กันดุเดือดทั้งในกติกานอกกติกานาง Benazir Bhutto นายกรัฐมนตรีสองสมัยของปากีสถานก็ถูกสังหารในปี 2007 ทั้งสองประเทศดูจะมีวัฒนธรรมที่เหมือนกันอยู่สองเรื่องคือความรุนแรงทางการเมืองและคอร์รัปชัน

หลังจากนายพล Zia Rahman ประธานาธิบดีบังคลาเทศสามีของนาง Khaleda Zia ถูกลอบสังหารในปี 1981 ประเทศก็ตกอยู่ในความวุ่นวาย ในปี 1982 นายพล Hossain Mohammad Ershad ทำรัฐประหารและขึ้นเป็นประธานาธิบดี สามารถครองอำนาจอยู่เป็นเวลานานระหว่าง 1982 ถึง 1990

เมื่อรัฐบาลเผด็จการถูกกดดันหนักจากต่างประเทศและในประเทศให้กลับสู่ระบอบประชาธิปไตย การเลือกตั้งก็เกิดขึ้นในปี 1991 โดยเปลี่ยนการปกครองจากรบอบประธานาธิบดีมาเป็นระบอบรัฐสภา นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจบริหารสูงสุด

Zia ลงแข่งเลือกตั้งเป็นหัวหน้าพรรค BNP ซึ่งสามีเธอเป็นคนตั้งขึ้น โดยมีนโยบายเศรษฐกิจเสรี ส่วน Hasina ก็ลงแข่งเป็นหัวหน้าพรรค Awami League (AL) สืบทอดอุดมการณ์โน้มน้าวเพียงสังคมนิยมของพ่อเธอ ทั้งสองแข่งขันกันเข้มข้น ในที่สุด Zia ก็เป็นผู้ชนะได้เป็นนายกรัฐมนตรีหญิงคนแรกของโลกมุสลิม

Zia เป็นนายกรัฐมนตรีระหว่าง 1991-1996 ท่ามกลางการประท้วงและความรุนแรงเกือบตลอดเวลา เมื่อมีการเลือกตั้งในปี 1996 Hasina ผู้นำฝ่ายค้านก็บอยคอตการเลือกตั้ง ระดมสรรพกำลังต่อต้านและประท้วงอย่างดุเดือด ในที่สุด Hasina ก็ชนะเลือกตั้งได้เป็นนายกรัฐมนตรีแทนที่ Zia ซึ่งกลับไปเป็นผู้นำฝ่ายค้าน

ในระหว่างการครองอำนาจของ Hasina ครั้งแรก ระหว่าง 1996-2001 Zia ก็ประท้วงก่อกวนนายกรัฐมนตรีเฉกเช่นที่ Hasina เคยทำเมื่อครั้งเป็นผู้นำฝ่ายค้าน

เมื่อการเลือกตั้งในปี 2001 มาถึง Zia ก็ลงเลือกตั้งและสามารถเอาชนะ Hasina ได้กลับมาเป็นนายกรัฐมนตรีสมัยที่ 2 และระหว่างที่เธอครองอำนาจระหว่าง 2001-2006 Hasina ก็ไม่ได้อยู่เฉย ก่อความประท้วงตามวัฒนธรรมที่เคยเป็นกันมา

ในการเลือกตั้งปี 2006 Hasina ก็บอยคอตเลือกตั้ง ประท้วงอย่างรุนแรงจนทหารทน 'วีรกรรม' ของสองนางพญาไม่ไหวเข้ามาจัดตั้งรัฐบาลระหว่างที่ยังไม่มีการเลือกตั้งเพื่อล้างบางคอร์รัปชันและความชั่วร้ายต่าง ๆ เช่น การลอบสังหาร ความรุนแรงในการประท้วง การอุ้มฝ่ายตรงข้าม และสื่อ ฯลฯ

รัฐบาลชุดนี้จับทั้งสองนางขึ้นศาลพร้อมบรรดาพรรคพวกและลูก 2 คนของ Zia ในข้อหาคอร์รัปชัน แต่เมื่อขึ้นศาลทั้งสองก็หลุด ยิ่งไปกว่านั้นในการเลือกตั้งในปี 2008 Hasina ก็ชนะเลือกตั้งอย่างท่วมท้น กลับมาเป็นนายกรัฐมนตรีสมัยที่สอง

ทั้งสองพยายามจะเป็นนายกรัฐมนตรีสองสมัยต่อเนื่องกันแต่ก็ไม่อาจทำได้เพราะฝ่ายค้านต่อสู้หนักหน่วงโดยใช้ทุกกลวิธี

เมื่อถึงเวลาต้องเลือกตั้งใหม่เพราะครบเทอมในต้นปี 2014 Hasina ก็พยายามเต็มที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีสองสมัยต่อเนื่องกัน กล่าวคือครองอำนาจ 2008-2013 ยังไม่พอ ต้องการต่อออกไปอีกถึง 2018 ดังนั้นจึงห้ามฝ่ายค้านชุมนุม ใช้ตำรวจเป็นมือเป็นแขน ไม่ยอมให้มีการตั้งรัฐบาลรักษาการดูแลเลือกตั้งดังที่เคยทำกันมา

Zia หัวหน้าฝ่ายค้านกับพรรคเล็กอื่น ๆ จึงรวมหัวกันบอยคอตเลือกตั้ง ไม่ส่งคนจากพรรค BNP ลงสมัคร โดยทำทุกอย่างเหมือนที่ Hasina เคยทำกับเธอในตอนเลือกตั้งปี 1996 ความรุนแรงต่าง ๆ จึงประทุขึ้นดังที่เราเห็นกันในสื่อตลอดช่วงเวลาต้นปี 2014 ที่ผ่านมา

นี่คือเรื่องราวของสองหญิงคู่แค้น ผลัดกันเป็นนายกรัฐมนตรีท่ามกลางคนตายนับสิบ ๆ คนทุกครั้งที่มีการเลือกตั้ง โดยไม่ยอมลดราวาศอกให้กันถึงแม้จะอยู่ในวัยปลายชีวิตด้วยกันทั้งคู่แล้วก็ตาม

### (2.3) จิตมุ่งร้ายจะทำลายตน

การมีจิตมุ่งร้ายแม้แต่เพียงเล็กน้อยต่อผู้อื่นก็สามารถปิดโอกาสก้าวหน้าในชีวิตของมนุษย์คนหนึ่งได้อย่างไม่น่าเชื่อ โดยเฉพาะในอาชีพนักการเมืองที่มีเรื่องอ่อนไหวอยู่รอบตัว ดังตัวอย่างของนักการเมืองอเมริกันผู้หนึ่ง

ในหมู่ประชาชนของรัฐฝั่งตะวันออกของสหรัฐอเมริกาและในพรรครีพับลิกันไม่มีใครไม่รู้จัก Chris Christie ผู้ว่าการรัฐนิวเจอร์ซีย์ ผู้โด่งดังในความสามารถในการทำงาน ในการพูดอย่างไม่กลัวเกรง และในการแสดงความกล้าให้ปรากฏ

เพียงเมื่อปลายเดือนที่แล้วเป็นที่คาดกันอย่างกว้างขวางว่าในการเลือกตั้งประธานาธิบดี ครั้งต่อไปคือใน ค.ศ. 2016 เขาจะเป็นตัวเต็งในการเป็นตัวแทนของพรรคเข้าแข่งชิงตำแหน่ง ประธานาธิบดีกับตัวแทนจากพรรคเดโมแครต อย่างไรก็ตามในปัจจุบันสิ่งที่คาดกันนั้นน่าจะเป็นหมันไป เสียแล้วอันเนื่องมาจากการมีจิตมุ่งร้ายต่อคนอื่น

Christie ปัจจุบันอายุ 52 ปี เรียนจบด้านกฎหมาย และประสบความสำเร็จในการ เป็นทนายความในรัฐนิวเจอร์ซีย์ เขามีบทบาทในการเมืองท้องถิ่นอยู่พักหนึ่ง เคยทำงานหาเสียงให้ ประธานาธิบดีบุชผู้ลูกก่อนที่จะเป็นอัยการของรัฐนิวเจอร์ซีย์ระหว่าง ค.ศ. 2002-2008 ในฐานะอัยการ เขาเคยปราบคอร์รัปชัน อาชญากรรม การค้าอาวุธ ฯลฯ จนมีชื่อเสียง

ต่อมาเขาหลงสมัครเลือกตั้งเป็นผู้ว่าการรัฐนิวเจอร์ซีย์และชนะได้ครองตำแหน่งในปี 2009 และในเทอมที่ 2 ที่เริ่มในปี 2013 เขาก็ชนะเลือกตั้งอย่างท่วมท้นได้เป็นผู้ว่าการรัฐอีกหนึ่งสมัย ในปลายปีเดียวกันนี้เขาก็ได้รับเลือกให้เป็นนายกสมาคมผู้ว่าการรัฐที่มาจากพรรครีพับลิกันซึ่งเป็น ตำแหน่งที่สำคัญ มีโอกาสสูงที่จะได้เป็นตัวแทนพรรคลงแข่งประธานาธิบดีต่อไป

Christie เป็นที่ชื่นชมของประชาชนเพราะเขาปราบปรามอาชญากรรมไม่ไว้หน้า ประกาศตนว่าเป็นคนที่เกลียดชังการเล่นการเมืองชนิดสกปรก การหลอกลวงประชาชน ในการเป็น ผู้ว่าการรัฐของเขาจะไม่มีสิ่งเหล่านี้ได้เด็ดขาด เพราะชีวิตเขาต้องการรับใช้ประชาชนโดยไม่เกี่ยง ความเป็นพรรค และจะไม่ทำงานการเมืองชนิดมีลูกเล่นสกปรกต่าง ๆ ดังที่มีอยู่ดาษดื่น

คำพูดนี้แหละที่ประชาชนจำได้และชื่นชอบเขา และคำพูดนี้เช่นกันที่กลับมาทิ่มแทงเขา จนคาดว่าหมดโอกาสที่จะได้เป็นตัวแทนพรรคไปแข่งประธานาธิบดี

เรื่องมันก็มีอยู่ว่าวันหนึ่งในเดือนกันยายนปี 2013 ประชาชนที่ใช้สะพาน The George Washington Bridge ซึ่งเชื่อมเกาะแมนฮัตตันหรือนิวยอร์กซิตี้กับเมืองเล็ก ๆ ชื่อ Fort Lee ของ รัฐนิวเจอร์ซีย์ พบว่ารถที่ผ่านสะพานนี้ติดกันยาวเป็นกิโลเมตรเป็นเวลาถึง 4 วัน เนื่องจากสะพานนี้มีผู้ใช้กันหนาแน่นเป็นพิเศษในแต่ละวันขนาดติดอันดับสูงสุดของประเทศเพราะผู้คนข้ามไปมาเพื่อไป ทำงานบนเกาะแมนฮัตตัน

เมื่อ Fort Lee กลายเป็นลานจอดรถทั้งวันทั้งคืน ผู้คนซึ่งเดือดร้อนกันมากก็ด่ากันขรม ว่าเกิดจากการปิดหลายช่องจราจรและปิดบูธเก็บเงินค่าผ่านทางก่อนขึ้นสะพานซึ่งการทำเรือของรัฐ เป็นผู้ดูแล เมื่อผู้คนเอะอะกันมากขึ้น รัฐสภาของรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็สอบสวนหาความจริงว่าเกิดอะไรขึ้น

สิ่งที่พบก็คือผู้บริหารคนหนึ่งของการทำเรือซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการจราจรเป็นผู้สั่งให้ ปิดช่องจราจรและบูธเก็บเงินโดยพลการและปิดบังประชาชนก่อนดำเนินการโดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ให้ ผังเมือง Fort Lee ทราบ เมื่อสอบสวนลึกเข้าผู้บริหารผู้นี้ซึ่งเป็นเด็กที่นาย Christie ฝากฝังทำงานก็ ลาออกไป



ผู้สอบสวนก็ได้ว่าได้เกิดลูกเล่นทางการเมืองขึ้นแล้ว แต่ยังหาหลักฐานมัดไม่แน่นพอ จนกระทั่งเมื่อกลางเดือนมกราคมของปีใหม่นี้ หนังสือพิมพ์ยักษ์สองฉบับของประเทศก็ตีพิมพ์อีเมลหลายฉบับของบรรดาลูกน้องนาย Christie

อีเมลที่ส่งระหว่างเพื่อนที่การทำงานเกี่ยวกับหัวหน้าทีมงานของนาย Christie ซึ่งให้เห็นว่าทั้งสองจงใจทำให้รถติดเพื่อสั่งสอนนายกเทศมนตรีเมือง Fort Lee ที่ไม่ได้ออกมาประกาศสนับสนุนการแข่งขันเป็นผู้ว่าการรัฐของนาย Christie ก่อนหน้านั้น พุดง่าย ๆ แบบไทยก็คือแกล้งให้รถมันติด ‘ให้มันรู้บ้างว่าไผ่เป็นไผ่’

นอกจากนี้มีอีเมลหลายฉบับที่เขียนทำนองตอกตีใจและสะใจที่รถติดเพื่อสั่งสอน และเมื่อนายกเทศมนตรีเขียนมารายงานสถานการณ์ว่ารถติดกันขนาดหนักก็ยังเขียนตอบไปว่า ‘ฉันทิดหรือเปล่าที่กำลังยิ้มอยู่’

ปฏิกริยาของประชาชนส่วนใหญ่ในรัฐนิวเจอร์ซีย์ที่เห็นอีเมลเหล่านี้คือความโกรธ ชิงชัง ลูกเล่นการเมืองซึ่งเป็นพฤติกรรมกลับแกล้งกันจนทำให้ประชาชนเดือดร้อนหนัก (รถติดหนัก 4 วัน โดยเปิดบูธจ่ายเงินค่าผ่านทางเพียงบูธเดียวจาก 4 ช่องจราจรที่วิ่งเข้าจ่ายเงิน) โดยเฉพาะรถพยาบาล ส่งคนป่วยฉุกเฉินและรถรับส่งนักเรียน

ที่สำคัญมากก็คือมันเป็นการกระทำที่ตรงข้ามกับสิ่งที่นาย Christie พุดมาโดยตลอด ยิ่งอ่านอีเมลก็ยิ่งชัดขึ้นว่ารู้เรื่องนี้กันทั้งทีมงาน และไม่น่าเชื่อว่าลูกน้องจะคิดเล่นเกมสั้นขึ้นเอง โดยไม่ได้รับการสนับสนุนจากนาย Christie

สิ่งที่เกิดตามมาก็คือผู้ว่าการรัฐออกมาปฏิเสธอย่างแข็งขันว่าเขาไม่รู้เรื่องเลยแม้แต่น้อย แต่ประชาชนจำนวนมากไม่เชื่อว่าทีมงานจะถล่มรวมหัวกันกลับแกล้งให้เกิดความปั่นป่วนขนาดใหญ่ เช่นนี้ได้เป็นเวลาถึง 4 วัน เพราะเมื่อเกิดขึ้นเพียง 1-2 วันแรก นาย Christie ในฐานะผู้ว่าการรัฐ ก็จะต้องสอบถามและสั่งให้ลูกน้องแก้ไขหากมั่นใจว่าเขาไม่ได้ร่วมเล่นเกมสั้นการเมืองนี้ด้วย

ภาพพจน์ของนาย Christie พังย่อยยับ โอกาสที่จะได้เป็นคู่แข่งประธานาธิบดีจาก พรรครีพับลิกันซึ่งมีโอกาสเป็นประธานาธิบดีสูงด้วยเพราะพรรคเดโมแครตได้เป็นมา 8 ปีแล้วหายไปทันที สิ่งที่เขาพูดไว้กลับมาทิ่มแทงเขาอย่างฉกรรจ์ ผู้คนเห็นว่าโดยแท้จริงแล้วเขาเป็นเพียงนักการเมืองธรรมดาที่ชอบมีลูกเล่นการเมืองแบบสั่ว ๆ เหมือนคนอื่น ๆ ที่น่าเบื่อหน่าย

ในสังคมที่พัฒนาแล้วซึ่งประชาชนมีความสำนึกในความเป็นพลเมืองสูง การกระทำใดๆ ของนักการเมืองที่แสดงออกถึงความมาดร้ายซึ่งไม่เหมาะสม ไม่ถูกทำนองครองธรรมแล้ว ก็จะทำให้ไม่มีที่ยืนในสนามการเมือง

จิตที่ไม่เป็นกุศล มุ่งร้ายทำลายคนอื่นอย่างตั้งใจจะนำไปสู่ความพินาศของตนเอง ได้อย่างไม่ยากนัก

### (3) การวิเคราะห์

#### (3.1) การวิเคราะห์

ไม่มีคำใดที่มีคำจำกัดความกว้างขวางและถกเถียงกันได้มากเท่ากับคำว่าประชาธิปไตย (democracy) เนื่องจากแนวคิด ประชาธิปไตย ประสพการณ์ของแต่ละคนซึ่งเกี่ยวข้องกับประชาธิปไตยแตกต่างกัน ดังนั้นจึงไม่มีความเห็นพ้องกันในความหมาย อย่างไรก็ตามหัวใจสำคัญของประชาธิปไตยก็คือ การที่ “ประชาชน” เป็นผู้มียุทธศาสตร์สำคัญในรูปแบบของการปกครองรัฐประเภทนี้

ลักษณะสำคัญของประชาธิปไตยที่พอเห็นตรงกันก็คือความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองอย่างเท่าเทียมกัน มีเสรีภาพ และมีหลักนิติธรรม

พม่าถึงแม้ประชาชนจะมีเสรีภาพในการเลือกตั้งพรรคใดก็ได้ซึ่งเป็นเครื่องมือของการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน แต่การขาดองค์ประกอบของหลักนิติธรรมหลายประการ เช่น ทุกคนไม่มีความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย (นางอองซาน ซูจี ไม่มีสิทธิได้เป็นประธานาธิบดี เพราะรัฐธรรมนูญข้อ 97f ที่ตั้งใจเขียนขึ้นเพื่อให้เธอขาดคุณสมบัติอันไม่ทำให้เกิดสิทธิอย่างทัดเทียมกับผู้นำพรรคคนอื่น ๆ) นอกจากนี้สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนบางกลุ่มไม่ได้รับการรับรองอย่างเสมอหน้ากัน (ชาวโรฮิงญาซึ่งเกิดบนแผ่นดินพม่าฝั่งตะวันตกซึ่งอยู่ติดกับบังคลาเทศ ไม่ได้ถูกนับรวมไว้ในสำมะโนประชากรด้วยซ้ำ) อย่างไรก็ตามการมีสิทธิเลือกตั้ง หรือการเข้าถึงความยุติธรรมจากกฎหมายอย่างเสมอหน้าคนอื่นเลย)

สำหรับบังคลาเทศนั้นขาดหลักนิติธรรมจากการไร้ความมั่นคงและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน และที่หนักที่สุดก็คือคอร์รัปชันซึ่งมีอย่างดาษดื่นในทุกระดับ

ในประเด็นของการจำกัดอำนาจของรัฐบาลและมีการถ่วงดุลตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่ถกเถียงกันว่าคราใดที่ฝ่ายใดมีอำนาจก็พยายามบั่นทอนการถ่วงดุลอำนาจ และองค์กรอิสระไม่สามารถจำกัดการใช้อำนาจอันเกินขอบเขตของรัฐบาลไม่ว่าฝ่ายใดเป็นผู้ครองอำนาจก็ตาม

ในสังคมที่มีข้อขัดแย้งรุนแรงอย่างยาวนานของสองฝ่าย ฝ่ายที่อยู่ในอำนาจมักเลือกปฏิบัติในการใช้กฎข้อบังคับของกฎหมายกับฝ่ายตรงข้ามอย่างไม่เคารพกฎกติกา

กรณีของสหรัฐอเมริกานั้นน่าสนใจ เนื่องจากในภาพรวมเป็นรัฐที่มีหลักนิติธรรมชัดเจนอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ อย่างไรก็ตามการดำเนินงานของฝ่ายการเมืองสามารถละเมิดหลักนิติธรรมได้อย่างง่ายดาย ตัวอย่างของการเมืองท้องถิ่นในรัฐนิวเจอร์ซีย์เตือนใจว่าสภาวการณ์นิติธรรมนั้นไม่คงที่สามารถแปรเปลี่ยนไปตามการกระทำของผู้กุมอำนาจรัฐ

การเลือกใช้กฎหมายอย่างจงใจเพื่อสร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้อื่นเพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นโดยแท้จริงแล้วคือคอร์รัปชันในรูปแบบหนึ่ง หากทำสำเร็จแล้วคือฝ่ายตรงข้ามได้เรียนรู้อบทเรียนและจำเป็นต้องให้ความร่วมมือในอนาคต ก็เท่ากับว่าผู้กระทำได้รับผลตอบแทนที่มีใช้เงินทองหากแต่เป็นการได้รับเลือกตั้งอีกครั้งซึ่งก็คือการได้รับผลประโยชน์ทางการเมืองนั่นเอง

การใช้อำนาจที่รัฐมอบให้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็คือคอร์รัปชัน

# การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ ในคดีสิ่งแวดล้อม : ศึกษากรณีบ่อขยะแพรกษา

สมาน ตั้งทองทวี\*

## บทคัดย่อ

ปัจจุบันมีการฟ้องร้องดำเนินคดีที่เป็นข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมในศาลยุติธรรมเป็นจำนวนมาก เฉพาะแต่ในปี พ.ศ. 2555-2556 ก็มีจำนวนการฟ้องร้องดำเนินคดีถึง 18,332 คดีด้วยกัน ในคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมส่วนมากมักจะมีโจทก์หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจำนวนมาก หากมีการดำเนินคดีตามวิธีการปกติก็จะใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีที่ยาวนาน และเป็นภาระค่าใช้จ่ายสูงของทุกฝ่าย เป็นผลให้ผู้ได้รับผลกระทบได้รับการเยียวยาล่าช้า ไม่ได้ได้รับความยุติธรรมดังคำที่กล่าวหาว่าความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือการไม่ได้รับความยุติธรรม หากว่าได้มีการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมที่มีการฟ้องร้องคดีที่ศาลยุติธรรม ก็จะสามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็ว เป็นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้ดีขึ้นและยังเป็นการสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68 มาตรา 188 วรรคสองและมาตรา 258 ง. (3) ด้วย ในบทความนี้ผู้เขียนได้หยิบยกการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในคดีสิ่งแวดล้อมกรณีของเพลิงไหม้บ่อขยะแพรกษามาเป็นกรณีศึกษา อันเป็นกรณีที่ศาลได้เลือกที่จะนำวิธีไกล่เกลี่ยในศาลมาใช้ เป็นคดีที่โจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายรวมถึง 2,349 ราย รวมทุนทรัพย์ในคดีทั้งสิ้น 235,895,610 บาท ในคดีดังกล่าวนี้ศาลสามารถไกล่เกลี่ยให้เกิดการประนีประนอมยอมความกันได้ด้วยดี โดยจำเลยได้ยอมจ่ายค่าชดเชยจำนวน 3,000 บาท แก่ผู้เสียหายแต่ละราย เป็นผลทำให้คดีระงับโดยเร็ว อีกทั้งจำเลยได้ยินยอมจัดทำแผนฟื้นฟูให้ขยะในพื้นที่หมดไปด้วย อันจะเป็นผลดีแก่สิ่งแวดล้อมของประชาชนพื้นที่ตลอดไป

\* อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยปทุมธานี อดีตรองผู้อำนวยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, วศ.บ.โยธาโครงสร้าง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย., Ph.D. Environmental Engineering สถาบันอินซ่า (ตุลูล) ประเทศฝรั่งเศส, น.ด. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

## Abstract

At the present, there are many lawsuit cases due to environmental dispute in the Court of Justice. During the year of B.E. 2555 to B.E. 2556, there were up to 18,332 environmental cases filed to the court. Each cases involved quite a number of plaintiffs or damaged persons, so the trial process would normally take so much time and resources for all parties concerned, especially for the damaged persons who would suffer for having to wait long for court decision, and so not obtaining fairness as the legal maxim: justice delayed is justice denied. Therefore, other approach should be tried out for better justice in environmental conflicts. Mediation, one of the Alternative Dispute Resolution (ADR), would be a good alternative in addition to litigation for solving problem of environmental disputes. It should certainly help to render faster remedy for both the effected persons and the damaged environment, and so giving a better justice. In addition. Such alternative could also help to comply with the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 section 68, section 188 paragraph 2, and section 258 Ngor (3). This article presents a case study where mediation process has been introduced by the court to resolve the dispute for the case of environmental damages due to garbage fire which has taken place at Prak Ka Sa garbage dumping site involving 2,349 persons impaired by noxious fume from the fire. Total compensation of all plaintiffs demanded was amounted to 235,895,610 Baht. The mediation process has proceeded so that finally the defendants agreed to pay 3,000 Baht compensation to each plaintiff and also to prepare a clean up plan for the dumping site in order to restore good environmental condition for the neighbourhood.

## 1. บทนำ

ช่วงวันที่ 16-22 มีนาคม 2557 ได้เกิดเหตุการณ์ที่ประชาชนทุกคนได้ทราบและเป็นที่หวั่นวิตกถึงผลกระทบอันรุนแรงที่เกิดขึ้นกับการเกิดเพลิงไหม้บ่อขยะที่ตั้งอยู่ที่ตำบลแพรกษา อำเภอมือง จังหวัดสมุทรปราการ หรือที่รู้จักกันในนามบ่อขยะแพรกษา ซึ่งใช้เวลานานกว่าหนึ่งสัปดาห์เพลิงที่ไหม้ถึงจะมอดดับสนิทลง เหตุการณ์ดังกล่าวมีผลสืบเนื่องมาจาก เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปล่อยให้มีการขุดดินเพื่อนำดินในพื้นที่ของบ่อขยะแพรกษาไปจำหน่าย ส่งผลให้พื้นที่บริเวณบ่อขยะแพรกษามีลักษณะเป็นบ่อน้ำขนาดใหญ่ซึ่งต่อมาได้ใช้เป็นที่ทิ้งขยะมานาน เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลแพรกษา ได้เคยไปตรวจสอบบริเวณดังกล่าวแล้วรายงานว่าเป็นพื้นที่โล่งทิ้งที่ในความเป็นจริงที่ดินบริเวณดังกล่าวมีลักษณะเป็นบ่อน้ำไม่สมควรใช้เป็นที่ทิ้งขยะได้ หากได้มีการจัดทำเป็นบ่อทิ้งขยะจะทำให้ประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณดังกล่าวได้รับผลกระทบในการดำเนินชีวิตตามปกติ เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 290 ที่กำหนดให้องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการอนุญาตให้จัดทำบ่อขยะแพรกษา<sup>1</sup>

ต่อมาประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากเหตุการณ์เพลิงไหม้บ่อขยะแพรกษาได้รับความเสียหายทั้งด้านสุขภาพและด้านเศรษฐกิจ จึงได้รวมตัวกันขอความช่วยเหลือจากสภานายความแห่งประเทศไทย ดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อเรียกร้องให้มีการจ่ายค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนแก่ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากเหตุเพลิงไหม้บ่อขยะดังกล่าวและพร้อมทั้งให้จำเลยฟื้นฟูพื้นที่ให้สภาพบ่อขยะใหม่หมดไป

## 2. การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อม

โดยปกติแล้วการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมมักจะมีระยะเวลาที่นาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีโจทก์หรือจำเลยจำนวนมากดังเช่นในคดีสิ่งแวดล้อม ปกติแล้วการดำเนินคดีจะใช้เวลายาวนานกว่าที่คดีจะสิ้นสุด จึงควรหามาตรการอื่นที่จะสามารถยุติข้อพิพาทโดยเร็วเพื่อเป็นประโยชน์ต่อทั้งตัวโจทก์ผู้ฟ้องคดีและตัวจำเลยผู้ถูกฟ้องคดี จึงได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการนำการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในศาลยุติธรรม

<sup>1</sup> สรุปรจากคำพิพากษาศาลปกครองคดีหมายเลขแดงที่ ส.743-744/2559

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหมายถึง กระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือข้อพิพาทในกระบวนการเจรจาต่อรอง โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะสำคัญคือการดำเนินการจะต้องเริ่มต้นและดำเนินไปบนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่พิพาท การรักษาความลับและการไม่มุ่งหาข้อสรุปผูกมัดแต่ส่งเสริมให้คู่พิพาทแสวงหาทางออกร่วมกัน<sup>2</sup>

กระบวนการระงับข้อพิพาทที่ถูกลำมาใช้กรณีคดีแพ่ง มักจะมีอยู่ด้วยกันสองรูปแบบ คือ 1. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และ 2. กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทั้งสองรูปแบบสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติทางกฎหมายต่างๆ<sup>3</sup> สำหรับกระบวนการเจรจาไกล่เกลี่ยซึ่งจะมีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นตัวกลางช่วยในการเจรจา หากประสบความสำเร็จก็จะมีการบัญญัติเป็นกฎหมายรองรับไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850-852 ซึ่งได้กำหนดลักษณะของสัญญาประนีประนอมเป็นการยอมผ่อนผันให้แก่กัน มีเอกสารลงลายมือชื่อทั้งสองฝ่าย และกำหนดให้สัญญาประนีประนอมที่เกิดขึ้นมาบังคับใช้แทนในเรื่องเดียวกันก่อนหน้า และในกรณีพิพาทใดๆ ที่เป็นคดีความในศาลประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ก็ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการไกล่เกลี่ยประเด็นข้อพิพาทได้ในทุกขั้นตอนของคดี โดยศาลสามารถดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือพร้อมกันทั้งสองฝ่าย และศาลสามารถแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลขึ้นมาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยประนีประนอมด้วย ตามแนวทางที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา โดยหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ การมีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ ถือเป็นเปิดช่องให้คู่ความสามารถเลือกใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในชั้นศาลได้ทุกเมื่อ แม้ว่ากระบวนการทางศาลจะดำเนินไปมากแล้วก็ตาม ทั้งนี้ศาลสามารถมีบทบาทสนับสนุนการเจรจาไกล่เกลี่ยได้หากคู่ความไม่สามารถหาตัวกลางได้ และสุดท้ายก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา 138 ว่าในกรณีที่คู่ความตกลงกันได้ และศาลเห็นว่าไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายให้ศาลจดยางานและพิพากษาไปตามนั้น และกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลได้เฉพาะกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฉ้อฉลคำพิพากษาละเมิดความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือคำพิพากษาได้ผิดเพี้ยนไปจากข้อตกลงประนีประนอม

การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในศาลนี้เป็นการดำเนินการของศาลเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายแห่งรัฐ ศาล และการปฏิรูปประเทศ ดังนี้

<sup>2</sup> ตะวัน มานะกุล. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย. หน้า 1-2

<sup>3</sup> รายงาน : กระบวนการยุติธรรมทางเลือก ทางเลือกของความยุติธรรม ตอน 2 การระงับข้อพิพาทในชั้นศาลไทย และบทเรียนเบื้องต้นจากต่างประเทศ. สืบค้นจาก [http://v-reform.org/v-report/alternative\\_justice/](http://v-reform.org/v-report/alternative_justice/)

1. มาตรา 68 ที่กำหนดให้รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร<sup>4</sup>

2. มาตรา 188 วรรคสอง ที่กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติ ทั้งปาง<sup>5</sup>

3. มาตรา 258 ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่างๆ ให้เกิดผลดังต่อไปนี้ ง. ด้านกระบวนการยุติธรรม (3) เสริมสร้างและพัฒนาวัฒนธรรมองค์กรขององค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ในกระบวนการยุติธรรมให้มุ่งอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยสะดวกและรวดเร็ว<sup>6</sup>

การนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านสิ่งแวดล้อมมาใช้ในศาล เป็นการช่วยให้คดีพิพาทยุติลงได้อย่างรวดเร็ว โดยคู่กรณีพอใจทั้งสองฝ่าย และผู้เสียหายได้รับการเยียวยาในระดับที่ยอมรับได้อย่างรวดเร็ว จึงเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับข้อบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นอย่างดี

สำหรับการนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมนั้น ประเทศไทยไม่ได้นำมาใช้เป็นประเทศแรก ในต่างประเทศได้มีการดำเนินการกันมาก่อนแล้วอย่างได้ผล ผู้เขียนได้ศึกษาในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อดูเป็นแนวทางที่อาจสมควรปรับใช้กับประเทศไทยดังนี้

### การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำเอากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา โดยเฉพาะในคดีที่มีประเด็นซับซ้อนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของหลายฝ่าย ในระหว่างปี ค.ศ.1974-1984 มีการใช้วิธีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีสิ่งแวดล้อมประมาณ 160 เรื่อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของมลพิษทางอากาศ การใช้ที่ดินและการทิ้งขยะที่เป็นสารพิษ ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกามีความพยายามส่งเสริมให้การไกล่เกลี่ยเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมแทนการฟ้องคดีต่อศาล ในการนี้รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้งสถาบันระงับความขัดแย้งด้านสิ่งแวดล้อม (Institute for Environmental Conflict Resolution) ขึ้นโดยได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลกลางให้ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางด้านสิ่งแวดล้อม<sup>7</sup>

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188 วรรคสอง

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 258 ง. (3)

<sup>7</sup> คมวัชร เอียงอ่อง. (ม.ย.-พ.ค. 2551). การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR) มาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในสหรัฐอเมริกา. วารสารยุติธรรมปริทัศน์ 2, 4. หน้า 102-103

สถาบันระดับความขัดแย้งด้านสิ่งแวดล้อม (Institute for Environmental Conflict Resolution) ของสหรัฐอเมริกาเป็นหน่วยงานอิสระ ทำหน้าที่ให้บริการสาธารณะโดยช่วยเหลือในด้านการต่อรองเจรจา การไกล่เกลี่ย และการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นนอกเหนือจากการใช้สิทธิฟ้องคดีทางศาล ตัวอย่างของการนำเอากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่นกรณี Military Community Compatibility Committee (MC3) ซึ่งปัญหาความขัดแย้งจากเสียงของเครื่องบินฝึกซ้อมที่ฐานทัพอากาศ The Davis Monthan Air Force Base ก่อความเดือดร้อนมายาวนานแก่ชาวบ้านแถบ Tucson จนกระทั่งในปี 2005 ปัญหาทวีความรุนแรงขึ้น สถาบันฯ จึงได้เชิญชาวบ้านที่ได้รับผลกระทบมาร่วมพูดคุย เพื่อที่จะหาหนทางลดเสียงดังโดยที่ฐานทัพยังคงทำการฝึกซ้อมได้ มีผู้อำนวยการหรือผู้ประสานงานในการเจรจา มีการตั้งคณะกรรมการร่วมระหว่างฝ่ายทหารและพลเรือน Military Community Compatibility Committee (MC3) ขึ้นประกอบด้วยตัวแทนชาวบ้าน ผู้ประกอบธุรกิจ คณาจารย์จากสถานศึกษาที่ได้รับผลกระทบ ผู้นำองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เจ้าหน้าที่จากฐานทัพอากาศ และผู้แทนจากวุฒิสมาชิกในพื้นที่ โดยคณะกรรมการร่วม MC3 เสนอแนวทาง 24 ข้อ เกี่ยวกับการปฏิบัติการของฐานทัพอากาศและระเบียบการใช้ที่ดิน และในเดือนกันยายน 2006 ได้มีการแจ้งแนวทางทั้งหมดแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ฐานทัพอากาศ รัฐบาลส่วนท้องถิ่น เป็นต้น ซึ่งเห็นชอบด้วยกับแนวทางดังกล่าว ทำให้การร้องเรียนเกี่ยวกับผลกระทบทางเสียงได้เริ่มลดน้อยลง<sup>8</sup>

การดำเนินการไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทเรื่องปัญหาสิ่งแวดล้อมของสหรัฐอเมริกา ในกรณีนี้ซึ่งมีผู้ได้รับผลกระทบเป็นจำนวนมาก และเป็นการเจรจาไกล่เกลี่ยที่ได้ข้อตกลงร่วมกันและจบลงได้ด้วยดี นับเป็นตัวอย่างที่ประเทศไทยสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางดำเนินการได้

### 3. การไกล่เกลี่ยประนีประนอมกรณีเพลิงไหม้บ่อขยะแพรกษา

ชาวบ้านรวม 12 หมู่บ้านใน ตำบลแพรกษา อำเภอมะนัง จังหวัดสมุทรปราการ ที่ได้รับผลกระทบจากเหตุเพลิงไหม้บ่อขยะ ตำบลแพรกษา เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2557 รวมตัวกันเป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายกรมย์พล สมุทรสาคร นายเด่นตรง ตั้งเด่นไชย นางบุญไทย ตั้งเด่นไชย องค์การบริหารส่วนตำบลแพรกษา เป็นจำเลย 1-4 คน รวมทั้งหมด 11 ส่วนวน ศาลแพ่งแผนกสิ่งแวดล้อมได้เลือกที่จะนำกระบวนการไกล่เกลี่ยกรณีพิพาทในศาลมาใช้ในคดีนี้ โดยได้เริ่มการไกล่เกลี่ยมาตั้งแต่เดือนเมษายน 2558 ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน และเนื่องจากคดีนี้มีผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมมาก

<sup>8</sup> วินัย เรืองศรี. (6 สิงหาคม 2551) .การระงับข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. สืบค้นจาก <http://elib.coj.go.th/Ebook/data/semi/semi7.4.pdf> เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2560



ในการเจรจาศาลจึงได้หาแนวทางในการแก้ไขปัญหาและฟื้นฟูสภาพแวดล้อมไปพร้อมกันไปด้วย โดยจัดให้มีตัวแทนฝ่ายโจทก์ ตัวแทนภาคประชาชน และตัวแทนฝ่ายจำเลย ทนายความของทั้งสองฝ่าย ผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อมและหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมเจรจา

ผลของการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความกรณีเพลิงไหม้บ่อขยะแพรกษานี้เป็นผลสำเร็จลงด้วยดี คือ ฝ่ายจำเลยยินยอมชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ทุกคนในจำนวนเงินที่โจทก์พอรับได้และยินยอมที่จะจัดทำแผนฟื้นฟูพื้นที่ขยะให้หมดไป ฝ่ายโจทก์ยอมถอนฟ้องรวม 10 คดีจากทั้งหมด 11 คดี โจทก์ 2,000 กว่าราย ได้รับการบรรเทาความเสียหายรายละเอียด 3,000 บาท มีเพียงคดีหมายเลขดำที่ สว 1/2558 ที่ยังมีได้ถอนฟ้องโดยอยู่ระหว่างรอผลการพิจารณาจัดทำแผนการฟื้นฟูสภาพสิ่งแวดล้อมร่วมกันและร่างข้อตกลงเพื่อเป็นเงื่อนไขในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>9</sup> กันในทุกศาลเพื่อศาลได้พิพากษาตามยอมต่อไป

คดีพิพาทดังกล่าวนับเป็นคดีตัวอย่างของคดีสิ่งแวดล้อม ที่มีโจทก์ซึ่งได้รับความเสียหายรวมถึง 2,349 ราย รวมทุนทรัพย์ทั้งหมด 235,895,610 บาท ที่ได้มีการนำเอาการนำกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มาใช้เพื่อเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสิ่งแวดล้อม

#### 4. วิเคราะห์การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในกรณีบ่อขยะแพรกษา

สำหรับตัวอย่างของการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในคดีบ่อขยะแพรกษานี้ นับได้ว่าเป็นมิติใหม่ของการระงับข้อพิพาทในคดีสิ่งแวดล้อมได้เป็นอย่างดี แม้ว่าคู่ความในคดีดังกล่าว คือ ฝ่ายโจทก์จะได้รับเงินชดเชยเพียง 3,000 บาทเท่านั้น แต่ก็สามารถทำให้คดีพิพาทสามารถยุติลงได้ เป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย ทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของคู่ความไม่สิ้นเปลืองมาก หากว่ามีการดำเนินคดีด้วยวิธีการดำเนินคดีโดยปกติ การมีโจทก์รวมถึง 2,349 ราย ก็จะต้องใช้ระยะเวลาในการสืบพยานอีกนาน อีกทั้งในคดีดังกล่าวนี้หากแม้เมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว ฝ่ายโจทก์ชนะคดีได้รับเงินชดเชยค่าความเสียหายซึ่งก็คงได้เท่าที่จะพิสูจน์ต่อศาล แต่โจทก์ก็ยังคงอาจมีความยุ่งยากในการบังคับคดี การระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในคดีบ่อขยะแพรกษานี้ นอกจากโจทก์ที่เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจะได้รับการเยียวยาที่รวดเร็วแล้วยังได้ช่วยส่งผลทำให้คู่ความในคดีทั้งฝั่งโจทก์และฝั่งจำเลยลดการเผชิญหน้าลงได้อีกทางหนึ่ง อีกทั้งจำเลยยอมรับที่จะทำแผนฟื้นฟูด้วย ซึ่งช่วยทำให้สิ่งแวดล้อมในพื้นที่พิพาทดีขึ้น ดังนั้นในอนาคตหากว่าได้มีการนำเอาการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมมากขึ้นก็จะเป็นการดีทั้งต่อโจทก์ที่เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายและสภาพสิ่งแวดล้อมนั่นเอง

<sup>9</sup> หนังสือพิมพ์ผู้จัดการฉบับวันที่ 7 ธันวาคม 2559

ปัจจุบันปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมชั้นต้น และแผนกคดีสิ่งแวดล้อม ในศาลฎีกาในช่วงปี พ.ศ. 2555 ถึง พ.ศ. 2556 เป็นจำนวนมากถึง 18,332 คดี<sup>10</sup> โดยแบ่งเป็น ในส่วนของศาลยุติธรรมชั้นต้น ปี พ.ศ. 2555 จำนวน 9,089 คดี ปี พ.ศ. 2556 จำนวน 8,701 คดี รวม 17,790 คดี ในส่วนของศาลฎีกาปี พ.ศ. 2555 จำนวน 256 คดี ปี พ.ศ. 2556 จำนวน 286 คดี รวม 542 คดี

จะเห็นได้ว่ามีคดีสิ่งแวดล้อมที่มีการฟ้องร้องให้ศาลยุติธรรมพิจารณาคดีอยู่เป็นจำนวนมาก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมและเกิดกระบวนการยุติธรรมที่รวดเร็ว ควรมีการนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมมาใช้ในทุกคดีที่สามารถทำได้

นอกจากความเห็นของผู้เขียนที่เห็นด้วยกับการเอาวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ ในคดีสิ่งแวดล้อมแล้ว ยังมีความเห็นของท่านภัทรศักดิ์ วรรณแสง ผู้พิพากษาศาลฎีกาที่มีความเห็นว่า ควรสนับสนุนวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีโดยการไกล่เกลี่ยในศาล ที่มีผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อม โดยเชื่อว่าจะทำให้บทบาทและภารกิจของศาลในการอำนวยความ ยุติธรรมและในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมสามารถเสริมไปด้วยกันได้<sup>11</sup>

การนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อม : ศึกษากรณีบ่อขยะ แพรกษาจึงนับว่าเป็นคดีตัวอย่างที่ดีที่ทำให้ข้อพิพาทดังกล่าวทางด้านสิ่งแวดล้อมยุติลงด้วยความ รวดเร็วสามารถนำความยุติธรรมมาสู่ชุมชนที่ได้รับผลกระทบได้ทันการณ์ช่วยลดปัญหาความล่าช้า ของการเยียวยาตามที่มีคำกล่าวทางกฎหมายที่ว่า ความยุติธรรมที่ล่าช้า คือ การปฏิเสธความยุติธรรม (justice delayed is justice denied) นอกจากนี้การประนีประนอมยอมความกันระหว่างโจทก์และ จำเลยยังนำมาซึ่งความสมานฉันท์ในชุมชน ลดการเผชิญหน้าระหว่างคู่กรณีและพื้นที่ที่มีปัญหามลพิษ ปนเปื้อนได้รับการฟื้นฟูด้วย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในคดีสิ่งแวดล้อมอื่นๆ จะได้เอากรณีการไกล่เกลี่ย ในคดีสิ่งแวดล้อมบ่อขยะแพรกษานี้ไปใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการต่อไปด้วยเช่นกัน

<sup>10</sup> สภาปฏิรูปแห่งชาติ.(2558).วาระปฏิรูปพิเศษ 6 : การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อม. หน้า 3

<sup>11</sup> ภัทรศักดิ์ วรรณแสง.บทบาทของศาลยุติธรรมกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม (The role of the Court of justice and the Environmental Law).สืบค้นจาก <http://www.dlo.co.th/node/252>

## 5. สรุป

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมมักจะมีโจทก์หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจำนวนมาก หากว่ามี การดำเนินคดีตามวิธีการปกติก็จะใช้ระยะเวลาในการดำเนินคดีในศาลที่ยาวนาน และค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้น หากมีการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) ด้วยวิธีการ ไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมที่มีการฟ้องร้องคดีที่ศาลยุติธรรมก็จะเป็นการดี เพราะมีความรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย และโจทก์ผู้เสียหาย ก็ได้รับการเยียวยาในเวลาอันรวดเร็ว อีกทั้งยังเป็นวิธีการเยียวยาสิ่งแวดล้อมที่มีปัญหามลพิษปนเปื้อน ที่ดีที่สุดด้วย เนื่องจากหากรอให้คดีถึงที่สุดเสียก่อนฝ่ายโจทก์จึงจะได้รับการเยียวยาตามคำพิพากษา ของศาล จะเป็นความล่าช้าที่โจทก์ผู้เสียหายจะไม่ได้รับความยุติธรรมตามสมควรและสิ่งแวดล้อม ที่ถูกทำให้เสื่อมสภาพลงก็จะยังไม่ได้รับการฟื้นฟูอีกนานและก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ต่อไปอีก ศาลได้นำกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยมาใช้ในคดีบ่อขยะแพรกษา ซึ่งประสบ ความสำเร็จด้วยดี ดังนั้นคดีสิ่งแวดล้อมต่างๆ จึงควรได้นำแนวทางของคดีบ่อขยะแพรกษานี้ไปใช้ เพื่อช่วยอำนวยความสะดวกยุติธรรมของประชาชนผู้เดือดร้อนและสิ่งแวดล้อมที่ถูกทำให้เสื่อมลงได้ดีขึ้น

## บรรณานุกรม

- คมวัชร เอื้องอ่อง.(เม.ย.-พ.ค. 2551). การนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (ADR). มาใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในสหรัฐอเมริกา.วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ 2, 4.
- คำพิพากษาศาลปกครองคดีหมายเลขแดงที่ ส.743-744/2559
- ตะวัน มานะกุล.กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทย. (ม.ป.ท.)
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง.บทบาทของศาลยุติธรรมกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม (The Role of the Court of Justice and the Environmental Law ). สืบค้นจาก <http://www.dlo.co.th/node/252>
- รายงาน : กระบวนการยุติธรรมทางเลือก ทางเลือกของความยุติธรรม ตอน 2 การระงับข้อพิพาทในชั้นศาลไทย และบทเรียนเบื้องต้นจากต่างประเทศ. สืบค้นจาก [http://v-reform.org/v-report/alternative\\_justice\\_/](http://v-reform.org/v-report/alternative_justice_/)
- วินัย เรืองศรี. (6 สิงหาคม 2551) .การระงับข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา. สืบค้นจาก <http://elib.coj.go.th/Ebook/data/semi/semi7.4.pdf>
- สภาพัฒนาการปฏิรูปแห่งชาติ.(2558).วาระปฏิรูปพิเศษ 6 : การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อม. สำนักการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร : กรุงเทพมหานคร
- หนังสือพิมพ์ผู้จัดการฉบับวันที่ 7 ธันวาคม 2559

# การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญ

สิทธิพร เสงี่ยม\*

รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายได้ให้การยอมรับต่อหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลแต่ละคนได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานอันสำคัญแห่งหลักนิติรัฐ ที่รัฐจะต้องให้การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสิทธิมนุษยชน โดยการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาค ที่การบัญญัติกฎหมายจะต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายแต่ความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติ จึงทำให้ต้องอาศัยหลักการในรัฐธรรมนูญมาเป็นกฎเกณฑ์คุ้มครองผู้อ่อนแอกว่า<sup>1</sup> เรื่องเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรต้องมีบัญญัติไว้ เช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีแนวความคิดมาจากรากฐานรัฐธรรมนูญนิยมประกอบด้วย กรอบ 3 ประการ<sup>2</sup> ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ กรอบที่หนึ่ง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กรอบที่สอง การตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย และกรอบที่สาม ให้องค์กรทางการเมืองมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้พิจารณาได้จากคำปรารภของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จัดทำใหม่มีสาระสำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาชนชาวไทย ... การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นรูปธรรม การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระอื่นสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสุจริต เทียบธรรม”

\* ผู้ทรงคุณวุฒิด้านคดี, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 1 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพ ฯ : วิญญูชน, 2550), หน้า 113.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 114 - 115.

<sup>3</sup> โปรดดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยผ่านกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งกระบวนการตรวจสอบก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้บังคับ และกระบวนการตรวจสอบหลังจากกฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว<sup>4</sup> ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความผูกพันต่อการรับรองและการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันถือว่าเป็นภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองประชาชนมิให้ถูกระทบกระเทือนจากการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแสดงให้เห็นว่า ได้ปฏิบัติภารกิจที่สำคัญยิ่งในการพิทักษ์คุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในบทนี้มีหัวข้อศึกษา ประกอบด้วย

- ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- หลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
- บทสรุป

## 1 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และทำหน้าที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้เป็นจริงได้ในทางปฏิบัติโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติต่อเนื่องให้มีศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวด 10 ศาล ส่วนที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความเหมือนกันมากที่สุด ได้แก่ การทำหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นจริงได้ในทางปฏิบัติโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนความแตกต่างที่สำคัญซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่มีบัญญัติไว้ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้มีขึ้น ได้แก่ ช่องทางให้ประชาชนยื่นคำร้องต่อ

<sup>4</sup> โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 มาตรา 154 มาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 และมาตรา 257.

ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 อันมีผลทำให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงตามขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหัวข้อนี้ จะกล่าวถึง แนวคิดพื้นฐานการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 1.1 แนวคิดพื้นฐานการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup>

การใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือเพื่อกำหนดรูปแบบการปกครองและสร้างองค์กรตลอดถึงกลไกต่าง ๆ ในระบบอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดการองค์การบริหารของรัฐนั้น มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศต่างยุคสมัยกันไป อันเป็นไปตามแนวความคิดของรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งมีพื้นฐานความคิดริเริ่มจากอริสโตเติลกล่าวถึงรัฐธรรมนูญว่า มีลักษณะ 3 รูปแบบของระบบ ได้แก่

- ระบบกษัตริย์ (Monarchy)
- ระบบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy)
- ระบบสาธารณรัฐ (Constitutional Republic)

การมีรูปแบบที่แตกต่างกันของรัฐธรรมนูญนั้น แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นตัวแปรสำคัญในการปกครอง ซึ่งการปกครองที่ดีหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญอันเป็นแม่บทการปกครองประเทศ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความมั่นคงถาวรและแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยาก ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นพื้นฐานสำคัญ เพื่อป้องกันการบัญญัติกฎหมายขึ้นโดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้กฎหมายนั้นๆ เป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้<sup>6</sup> หลักความคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น เมื่อมีการปฏิวัติประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาที่แยกตัวออกจากประเทศอังกฤษโดยสหรัฐอเมริการ่างรัฐธรรมนูญขึ้นที่เมือง Philadealphia วันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1787 นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก และเป็นต้นแบบหรือแม่บทแห่งพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยมอันสมบูรณ์ที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งรัฐตน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ดังกล่าวนี้นักกฎหมายและนักวิชาการบางท่านกล่าวว่า เป็นต้นกำเนิดความคิดรัฐธรรมนูญนิยม

<sup>5</sup> วุฒิชัย จิตตานุ, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 4, 11 (พฤษภาคม – สิงหาคม, 2545) :, หน้า 22 – 24.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

หลักความคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือเพื่อกำหนดรูปแบบการปกครอง ทั้งในระบบประธานาธิบดีก็ดี ระบบรัฐสภาก็ดี ระบบกึ่งประธานาธิบดีหรือกึ่งรัฐสภาก็ดี ระบบสังคมนิยมก็ดี รวมตลอดทั้งการใช้รัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดกลไกต่างๆ ขึ้นในระบบนั้น จะสังเกตเห็นได้จากระบบการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Check and Balance) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers) และการจัดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้น ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญในการใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ

แนวคิดรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และจากคดี Marbury V. Madison ค.ศ. 1803 ส่งผลให้ศาลปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำตัดสินของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา จึงเป็นการถ่วงดุลอำนาจการออกกฎหมายที่อาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภา โดยมีขอบ คดีดังกล่าวเป็นการวางหลักแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และเป็นความคิดของบทบาทอำนาจหน้าที่ศาลในการตรวจสอบกฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นับแต่นั้นเป็นต้นมา จากนั้นจึงได้เกิดแนวคิดจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในทวีปยุโรป

แนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในยุโรปมีขึ้นภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 ตามแนวคิดของ Hans Kelsen ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญต่างจากศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมเป็นอำนาจสำคัญอำนาจหนึ่งทางอำนาจตุลาการ การตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการลบล้างต่อบทบัญญัติกฎหมายของอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารที่ได้ตรากฎหมายขึ้น ดังนั้น เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ สมควรที่จะจัดตั้งศาลรูปแบบพิเศษที่มาจากความร่วมมืออำนาจ (Centralized) โดยการเลือกหรือแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ตัดสินตามรัฐธรรมนูญจากอำนาจสำคัญทั้งหมด ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความไม่ลำเอียงและมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาด และเพื่อความแน่นอนเป็นบรรทัดฐานเดียวกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดของ Hans ก็คือ การตั้งองค์กรพิเศษเฉพาะขึ้น รูปแบบศาลในระบบการรวมศูนย์อำนาจแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม โดยให้จัดตั้งเป็นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญอันมีที่มาจากความคิดแห่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักการแบ่งแยกอำนาจ<sup>7</sup> เป็นผลให้รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 บัญญัติให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกและเป็นแม่แบบแห่งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน และต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปมีความตื่นตัวในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ทั้งนี้ เพื่อปกป้องพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพพลเมืองด้วยการยกวางรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ตามแนวความคิด

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.



รัฐธรรมนูญนิยมด้วยการสร้างระบบองค์กร ศาลรัฐธรรมนูญขึ้น มีอำนาจหน้าที่จำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญและเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองโดยตรงอีกด้วย

ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปตะวันออกอันได้แก่ประเทศ Albania, Bulgaria, Croatia, Latvia, Lithuania, Poland, Rumania, Russia, Slovakia, Slovenia, และ Czech Republic ก็ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมขึ้นเช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งนั้นจะมีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญให้มั่นคงในระบบการเมืองและคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมเหล่านี้ มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านรัฐธรรมนูญและเสริมสร้างความมั่นคงแห่งรัฐธรรมนูญได้อย่างถาวร สำหรับประเทศไทยได้นำหลักความคิดตามรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) มาปรับใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพื่อจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น

## 1.2 บทบาทศาลรัฐธรรมนูญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะหน้าที่หลักซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” และมาตรา 216 วรรคห้า บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ” แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์มุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญในสถานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในขณะที่ตัวรัฐธรรมนูญได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่นั้นคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

วรรคสอง กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย วรรคสาม บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม” การที่รัฐธรรมนูญมาตรา 29 บัญญัติเช่นนี้ ชี้ให้เห็นถึงรากฐานความคิดของหลักนิติรัฐและเป็น “มาตร” ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายด้วย<sup>8</sup> ซึ่งเป็นเหตุผลที่รัฐธรรมนูญต้องการจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในการตรากฎหมายอันมีผลล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้โดยอำเภอใจ รัฐธรรมนูญต้องการคุ้มครองปัจเจกชนให้พ้นจากการใช้อำนาจรัฐที่อยู่นอกกรอบของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

การที่องค์กรนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ต้องดำเนินการตรากฎหมายสอดคล้องกับเงื่อนไขตามมาตรา 29<sup>9</sup> ดังนี้

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญให้กระทำได้เท่าที่จำเป็นอันเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐซึ่งอยู่ในรัฐธรรมนูญ แม้โดยสภาพแล้วองค์กรนิติบัญญัติไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วย

(1.1) หลักความเหมาะสม มาตราการที่องค์กรนิติบัญญัติใช้ในการตรากฎหมายต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐได้กำหนดไว้ ความเป็นไปได้ที่จะบรรลุต่อวัตถุประสงค์นั้น อย่างน้อยการมีความเหมาะสมเพียงบางส่วนก็เป็นการเพียงพอไม่จำเป็นต้องมีความเหมาะสมอย่างสมบูรณ์

(1.2) หลักความจำเป็น หมายถึง เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมโดยก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ทั้งที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้วย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็นและขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

<sup>8</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, (มิถุนายน) 2543 : 184 - 194.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน.

(1.3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ โดยมีหลักการว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการตามมาตรการกับวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกรณีวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบหรือไม่ ให้เริ่มพิจารณาสิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองปัจเจกชนก่อน หลังจากนั้นจึงพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของมาตรการตามกฎหมายที่ล่วงละเมิดสิ่งที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะคุ้มครองนั้น

(2) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

เป็นบทบัญญัติที่เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติต้องปฏิบัติและมีค่าบังคับในทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายใดตราขึ้นกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิเสรีภาพได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ ต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ การตรากฎหมายในลักษณะใดจะถึงขนาดเรียกได้ว่า กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพ ไม่อาจกำหนดเป็นนิยามเพื่อใช้ทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาระดับความรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิเสรีภาพนั้นประกอบกัน

(3) หลักกฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกรณีหรือเฉพาะบุคคล

การให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยต้องตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้น อย่างน้อยมีเหตุผล 2 ประการ

ประการที่หนึ่ง เหตุผลเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

ประการที่สอง เหตุผลในการป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับ

สิทธิเสรีภาพ

การที่กำหนดให้กฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย เพราะการออกคำสั่งทางปกครองกับกฎหมายมีจุดเหมือนกัน คือ เป็นการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐ แต่กฎหมายกับคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันในสาระสำคัญโดยกฎหมาย

เป็นเรื่องที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป มีลักษณะเป็นนามธรรม ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นเรื่องที่ใช้บังคับเฉพาะรายมีลักษณะเป็นรูปธรรม หลักการตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปยังช่วยคุ้มครอง ปังเจกชนมิให้รัฐเลือกปฏิบัติ โดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับด้วยกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันความเสมอภาค และความเท่าเทียมกันในผลทางกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม ดังนั้น หลักการของกฎหมายต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเฉพาะกรณีหรือเฉพาะบุคคลตามมาตรา 29 วรรคสอง มีผลเป็นการต่อย้ำหลักความเสมอภาค และทำให้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมได้ทางหนึ่ง

กฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ย่อมถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้

(4) หลักการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการนี้ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติคำนึงว่ากำลังทำหน้าที่ตรากฎหมายอันเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอยู่ ดังนั้น องค์กรนิติบัญญัติจึงสมควรกระทำได้เฉพาะที่ต้องการแก้ปัญหาของประชาชนส่วนรวมจริง ๆ เท่านั้น และยังเป็นเครื่องช่วยให้องค์กรนิติบัญญัติในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามหลักการระบубทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนี้ ไม่ใช่บังคับกับกฎหมายซึ่งได้ตรารขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะใช้บังคับ ส่วนการระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติจะต้องระบubeพาะบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายนั้น องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยระบубทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทุกมาตราไว้ในกฎหมาย ซึ่งมีมูลเหตุจูงใจที่จะป้องกันมิให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหาได้ไม่ การฝ่าฝืนไม่ระบубทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมส่งผลให้กฎหมายทั้งฉบับนั้นใช้บังคับมิได้

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ภายใต้ขอบเขตและข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ในขณะที่เดียวกันรัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญในสถานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติหากมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้กฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ต่อไป

## 2. หลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพ หลักการประกันและข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองไว้ นั้น สามารถนำมาใช้ปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม หน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญมอบหมายให้เพื่อใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ

### (1) การควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ

การควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายนั้น หมายถึง การตรวจสอบร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการตรากฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การป้องกันมิให้ร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมได้ทั้งเนื้อหาของกฎหมายและวิธีการในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นวิธีการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะป้องกัน โดยร่างกฎหมาย<sup>10</sup> ที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย

ก. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

ข. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154

ค. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 และมาตรา 185

ง. การพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติว่ามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ หรือไม่

<sup>10</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2546, หน้า 160.

## (2) การตรวจสอบกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเพิ่มช่องทางให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยการใช้สิทธิต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับโดยศาลรัฐธรรมนูญ สามารถสรุปช่องทางที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ประกอบด้วย

ก. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับโดยผ่านกระบวนการศาล (ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

ข. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับโดยผ่านกระบวนการผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1)

ค. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับโดยผ่านกระบวนการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

ง. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับโดยบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังประกาศใช้บังคับนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2542 ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยเท่านั้น และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26-34/2545 ว่า การที่ผู้ร้องโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประเด็นนี้ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 กล่าวคือ การตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกต้องแย้งขึ้นมานั้นต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 คือ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีความหมายถึงเฉพาะ “เนื้อหา” ได้แก่ เนื้อความของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีข้อความที่ไม่ต้องตามหรือขัดแย้งต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ แต่ไม่รวมถึงกระบวนการในการตรากฎหมายซึ่งอยู่ในชั้นร่างกฎหมาย

รายละเอียดเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีทั้งการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านองค์การตามรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 มาตรา 245 มาตรา 257 และบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์การตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 บัญญัติถึงบทบาทศาลรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยมีผลเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งที่สิทธิเสรีภาพนั้นจะเป็นสิทธิเสรีภาพนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม ทำให้เห็นถึงบทบาทสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญด้วยการมีคำวินิจฉัย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 เป็นการบัญญัติเพื่อในอนาคตอาจเกิดมีและพบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเรื่องใหม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ให้แก่ปัจเจกชน ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 บัญญัติไว้เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการใช้คำวินิจฉัยรับรองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้งได้แสดงถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญใช้คำวินิจฉัยเพื่อปกป้องประชาชนมิให้ถูกคุกคามจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจโดยองค์กรณีบัญญัติอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพซึ่งอาจเกิดขึ้นใหม่ในอนาคตได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะยังมีได้บัญญัติให้การคุ้มครองไว้ก็ตาม

หลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งมีทั้งการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย และการควบคุมตรวจสอบกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับแล้ว บทความนี้จะศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นถึงช่องทางที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ หากเห็นว่ามิชอบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น อนึ่ง รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีองค์การตามรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นองค์การศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แต่กระนั้นก็ตามในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญให้ความสำคัญดังปรากฏตามคำปรารภ จึงให้องค์การตามรัฐธรรมนูญนั้นๆ

เสนอเรื่องพร้อมความเห็นว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอีกทางหนึ่ง

### ก. ตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

รัฐธรรมนูญบัญญัติช่องทางตามมาตรา 211 ในการส่งความเห็นเป็นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สรุปได้ว่า ในการที่ศาลซึ่งหมายถึง ศาลทั่วไปจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลนั้นเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 และยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างการส่งคำร้องเช่นนั้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้ศาลนั้นดำเนินการพิจารณาคดีหลักต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความที่ศาลนั้นได้ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัย ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องที่ส่งมาโดยศาลนั้นไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วินิจฉัยไปตามคำร้องตามมาตรา 211 ให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่คำวินิจฉัยนั้นจะไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว

การเสนอความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลเป็นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 คือ ศาลและหมายถึงศาลทั่วไป ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร โดยต้องเป็นการใช้กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้นบังคับแก่คดีใดคดีหนึ่งในศาล และมีผู้ริเริ่มหรือคู่ความโต้แย้งต่อศาลที่ได้พิจารณาคดีหลัก เพื่อเสนอความเห็นพร้อมเหตุผลเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย การเสนอความเห็นตามมาตรา 211 มีสองวิธี คือ

วิธีที่หนึ่ง การที่ศาลเห็นเองซึ่งศาลนั้นต้องพิจารณาแล้วและเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายนั้น อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลนั้นจะต้องทำความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วยว่า กฎหมายนั้นมาตราใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร และอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด

วิธีที่สอง คู่ความในคดีซึ่งได้พิพาทกันอยู่ในศาลนั้นโต้แย้งว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยคู่ความที่โต้แย้งต้องเสนอเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ประการใด



นอกจากนั้นศาลรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นมาก่อนด้วย หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในวิธีการหนึ่งวิธีการใดแล้ว ศาลนั้นก็ส่งความเห็นเช่นนั้นต่อสำนักงานศาลนั้น ๆ เพื่อส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป

### ข. การตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1)

รัฐธรรมนูญบัญญัติช่องทางตามมาตรา 245 (1) ในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเป็นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สรุปได้ว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

การเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเป็นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) คือ ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมความเห็นว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บทเฉพาะกาล มาตรา 300 วรรคห้า ได้บัญญัติสรุปว่า ในระหว่างที่ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับ การรับคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินที่เสนอความเห็นพร้อมด้วยเหตุผลกรณี จึงเป็นไปตามข้อกำหนด ฯ ข้อ 17 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดี (18) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) จึงเป็นช่องทางที่ผู้ตรวจการแผ่นดินใช้ในการเสนอบทบัญญัติกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

### ค. การตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

รัฐธรรมนูญบัญญัติช่องทางตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเป็นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สรุปได้ว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหา

เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นเป็นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) คือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่เสนอเรื่องพร้อมความเห็นในกรณีให้เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามช่องทางข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 (อาศัยบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 300 วรรคห้า) ข้อ 17 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดี (19) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) จึงเป็นช่องทางที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ใช้ในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีให้เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

บทบาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีทั่วไปจึงได้แก่ องค์กรศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 และองค์กรที่มีใช้ศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) องค์กรดังกล่าวจำเป็นต้องขอความร่วมมือจากองค์กรศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดได้ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองและคุ้มครองไว้ ซึ่งจะส่งผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับต่อไปมิได้โดยอาศัยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับการทำหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น ในการพิจารณาเรื่องร้องเรียนจากบุคคลเบื้องต้นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดได้ตรารขึ้นโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองไว้ หรือไม่ โดยเฉพาะสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 เป็นต้น หากผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เห็นชอบด้วยตามที่บุคคลนั้นได้ร้องเรียนไว้ จะต้องเสนอเรื่องเป็นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 เป็นอันใช้บังคับมิได้

### ง. การใช้สิทธิยื่นคำร้องของบุคคลต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ และวรรคสอง การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้เพื่อให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่รัฐธรรมนูญได้วางข้อจำกัดไว้ในวรรคสอง ว่า การใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

หลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ประกาศใช้แล้ว เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 212 เป็นเรื่องใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำสั่งที่ 43/2551 เป็นบรรทัดฐานกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำร้องของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กล่าวคือ มีหลัก 3 ประการ ได้แก่

หนึ่ง เป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยตรงและมีผลกระทบเกิดขึ้นแล้วมิใช่เป็นความรู้สึกหรือการมีความเห็นว่าบทกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตน ส่วนสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามหมวด 3 ตั้งแต่ส่วนที่ 1 ถึงส่วนที่ 13 และบุคคลเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ประกอบแล้วเห็นว่ามีหมวด 3 เป็นสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยโดยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยเท่านั้นจึงจะเป็นบุคคลที่มีสถานะเป็นชนชาวไทย สอดคล้องกับแนวทางในการใช้สิทธิของบุคคลยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังได้ศึกษามา

สอง ต้องยื่นคำร้องเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ต้องกล่าวอ้างว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด และต้องระบุเรื่องอันเป็นเหตุให้ใช้สิทธิพร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องโดยระบุให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตนอย่างไร อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว

สาม ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

นอกจากคำร้องต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการแล้ว คำร้องต้องเป็นกรณีที่คุณคนนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีหลักเกณฑ์การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามช่องทางข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 (อาศัยบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 300 วรรคห้า) ข้อ 18 ข้อ 21 ข้อ 22 กล่าวคือ คำร้องต้องทำเป็นหนังสือใช้ถ้อยคำสุภาพ และมีรายการต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ กรณีบุคคลไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว หมายถึง บุคคลนั้นได้ใช้สิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลทั่วไปศาลใดศาลหนึ่งมาก่อนแล้ว (ศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง หรือศาลทหาร) และขอให้ศาลส่งความเห็นว่าคุณบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้น ละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแต่ศาลนั้นไม่ส่งความเห็นเช่นนั้น หลังจากคดีถึงที่สุดแล้วบุคคลนั้นต้องใช้สิทธิ โดยร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและบุคคลนั้นยังต้องใช้สิทธิโดยร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อบุคคลได้ดำเนินการใช้สิทธิยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลและยื่นคำร้องขอต่อศาลแล้วตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 และใช้สิทธิยื่นร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินแล้วไม่ได้รับการสนองตอบในเวลาอันสมควร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และใช้สิทธิยื่นร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้วไม่ได้รับการสนองตอบในเวลาอันควรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) จึงถือว่าไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

เมื่ออยู่ในเกณฑ์ทั้ง 3 ประการแล้ว บุคคลจึงใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ในการใช้สิทธิเสนอคำร้องว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติที่ให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนเป็นจำนวนมากแต่ในทางปฏิบัติสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อาจถูกกระทบได้จากการดำเนินงานขององค์กรของรัฐโดยเฉพาะการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับขององค์กร นิติบัญญัติซึ่งอาจไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขึ้นโดยการคุ้มครองผ่านกระบวนการทางศาลได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผล

ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐ อีกทั้งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรา กฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังจากกฎหมายประกาศใช้ บังคับแล้ว ทั้งนี้เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2552 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 53 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

กรณีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้ ในลักษณะบังคับ มีตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554 ร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... มีข้อความ (เนื้อหา) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อความในร่างทั้ง 74 ร่างมาตรา รวมทั้ง ในส่วนคำปรารภแล้ว มีมติเอกฉันท์ เห็นว่า คำปรารภและร่างมารตรารวม 73 ร่างมาตรา ไม่มีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ร่างมาตรา 64 โดยศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก (มติ 5 : 4) เห็นว่า ร่างมาตรา 64 ที่ให้ยกเลิกความในมาตรา 111 และให้ใช้ความแทนดังกล่าวขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีมติเป็นเอกฉันท์ว่าร่าง มาตรา 64 ที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่เป็นสาระสำคัญ จึงให้ร่างมาตรา 64 เป็นอัน ตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสอง และให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่า ด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... กลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เพื่อพิจารณาตามลำดับ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 วรรคสาม

### 3. บทสรุป

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่บทบัญญัติใดของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กร นิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หลักทั้งหลาย เหล่านี้ล้วนเป็นหลักการสำคัญของการปกครองในระบบนิติธรรมและระบบนิติรัฐ ที่รัฐเสรีประชาธิปไตย ใช้เป็นพื้นฐานประการหนึ่งในการจัดองค์กรแห่งรัฐ โดยมีรัฐธรรมนูญถูกใช้เป็นเครื่องมือในการบัญญัติ หลักการสำคัญ ๆ เช่นนี้ไว้เป็นรูปแบบแห่งการปกครอง ทั้งนี้เป็นไปตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม อำนวยหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เห็นถึงสภาพแห่งปัญหาของการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในลักษณะองค์กรรูปแบบศาลในระบบรวมศูนย์อำนาจที่แยกออกจากศาลยุติธรรมอย่างเด็ดขาด มีบทบาทสำคัญต่อการทำหน้าที่หลักเพื่อประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อมิให้ร่างกฎหมายหรือกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 141 มาตรา 154 มาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)

การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสถานะองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้สร้างผลผลิตเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรม เมื่อมีการเสนอความเห็นตามช่องทางการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนช่องทางหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนและกระบวนการในลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการโดยศาล ทั้งตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้อำนาจไว้ จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็จะมีคำวินิจฉัยใช้เป็นเครื่องมือคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อมิให้กระบวนการตรากฎหมายและบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติอันมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น สามารถผ่านกระบวนการตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญและใช้เป็นกฎหมายต่อไปได้ เพราะการเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ประชาชนต้องแบกรับภาระจากกฎหมายที่มีชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ต่อไป

# หลักนิติธรรมร่วมสมัย จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล\*

## บทคัดย่อ

ในประการแรก บทความนี้ประสงค์ที่จะศึกษาและนำเสนอสถานการณ์ปัจจุบันของประเทศไทย เกี่ยวกับการมีอยู่ การยอมรับและการบังคับใช้หลักนิติธรรมหรือไม่ คำว่าหลักนิติธรรมนั้นเป็นที่รู้จักกัน ในประเทศไทยมาร่วมศตวรรษแล้ว แต่ความเข้าใจในความหมายและขอบเขตของหลักนิติธรรมดูเหมือน จะเป็นเพียงความคิดเชิงปรัชญามากกว่าที่จะคิดเห็นว่าเป็นหลักการในรูปธรรมที่จะสามารถนำมาใช้ เป็นประโยชน์เพื่อคานอำนาจระหว่างรัฐ รัฐสภาและศาลได้

ในประการต่อมา บทความนี้มุ่งที่จะศึกษาว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับร่างกฎหมาย ของรัฐสภาฉบับ ซึ่ง เป็นคำวินิจฉัยแรกที่พิจารณาและนำหลักนิติธรรมตามบทบัญญัติมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญมาเป็นประเด็นในการวินิจฉัยนั้น สอดคล้องกับแนวคิดของสากลในเรื่อง หลักนิติธรรมหรือไม่

จากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้เลือกใช้แนวคิดความหลักนิติธรรมแบบกว้างในคดีดังกล่าว ร่างพระราชบัญญัติ ที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาจึงถูกวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่ากระบวนการพิจารณา ร่างกฎหมายดังกล่าว นั้น มิได้เป็นไปโดยถูกต้องและขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังวินิจฉัยว่า เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีความชอบธรรมและ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าทั้งกระบวนการในการพิจารณาและผ่านกฎหมาย และเนื้อหาของร่างกฎหมายนั่นเอง จะต้องดำเนินการไปโดยถูกต้องและเป็นธรรม เป็นธรรมในที่นี้ ย่อมหมายถึงเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ไม่ใช่เพียงฝ่ายข้างมาก กฎหมายต้องได้รับความเคารพยึดถือ และสามารถใช้เป็นสิ่งดูแลและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยมิชอบ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือที่ฝ่ายรัฐบาล หรือรัฐสภาใช้แสวงประโยชน์โดยรูปแบบที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีไม่มีอะไรน่ากลางแคลงใจว่า การตีความของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่สอดคล้องกับหลักการและความหมายของหลักนิติธรรมทั้งที่เป็น แนวคิดดั้งเดิมหรือแนวคิดร่วมสมัยแต่อย่างใด

เห็นได้ชัดว่า นี่เป็นเพียงบทเริ่มต้น และหวังว่าเป็นรุ่งอรุณของหลักนิติธรรมสำหรับประเทศไทย

\* ทนายความอาวุโส, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญ

## ABSTRACT

This paper purports, in the first place, to present the present situation in Thailand vis-à-vis the presence, the recognition and the enforcement of the rule of law principle. Despite the fact that the term “rule of law” appeared in Thailand perhaps about a century ago, the understanding of the meaning and scope of the rule of law principle have until very recently been more in the form of conceptions, rather than a concrete legal fundamental whereby it could be used as effective means to balance the state powers with that of the parliament and the courts.

Another aim of this paper is to explore whether the recent decision of the Constitutional Court, which being the first time ever, has dealt with the issue of the rule of law as provided in Paragraph 2 of Section 3 of the Thai Constitution, B.E. 2550, is in line with universal conceptual approach to the rule of law.

The study of the Constitution Court’s decision of 20 November, 2013, reveals that the Constitution Court has chosen to apply the substantive interpretation to the meaning of the rule of law. In that case, a bill passed by the Parliament was adjudged unconstitutional because the procedures in the three readings of the bill were not properly carried out and were against the provisions of the Constitution. In addition, the contents of the law proper was also viewed and declared by the Constitution Court as unfair and unconstitutional. In effect, both the procedural activities in enacting a law and the contents of the law itself must be properly and fairly carried, and “fairness” means fair to all, not only the majority in the House. The law should be preeminent and can effectively serve as a check against the abuse of power, not a mere tool for a government or the parliament to seek advantages in a legalistic fashion. There is little doubt that the interpretation of the Constitution Court is consistent with both the traditional and contemporary perspective of the “rule of law” principle.

Obviously, this is only the beginning, and hopefully the dawn of the rule of law era for Thailand.



## 1. ความนำ

“กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรม หากเป็นแต่เพียงบทบัญญัติหรือปัจจัย ที่ตราไว้เพื่อรักษาความยุติธรรม ผู้ใดก็ตาม แม้ไม่รู้กฎหมาย แต่ถ้าประพฤติปฏิบัติด้วยความสุจริตแล้ว ควรจะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเต็มที่ ตรงกันข้าม คนที่รู้กฎหมาย แต่ใช้กฎหมายไปในทางทุจริต ควรต้องถือว่าทุจริต และกฎหมายไม่ควรคุ้มครองจนเกินเลยไป เพราะฉะนั้น จึงไม่สมควรจะถือว่าการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินมีวงกว้างอยู่เพียงแต่ขอบเขตของกฎหมาย จำเป็นต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย ข้าพเจ้าปรารถนาเป็นอย่างยิ่งที่จะเห็นท่านทั้งหลายฝึกหัดตนให้เป็นคนกล้า คือกล้าที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามความถูกต้องเที่ยงตรง ทั้งตามกฎหมายและศีลธรรม โดยไม่หวั่นไหวต่ออิทธิพลหรืออคติใดๆ ทั้งหมด ให้เป็นคนที่มีมั่นคงในสัจย์สุจริตและความถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ไม่ปล่อยให้ความสุจริตยุติธรรมถูกข่มขี่ให้มัวหมองได้ ทั้งนี้ เพื่อท่านจักได้สามารถกำจัดสิ่งๆ ที่เรียกว่าช่องโหว่ในกฎหมายให้บรรเทาเบาบางและหมดสิ้นไป”<sup>1</sup>

ผู้เขียนขออัญเชิญพระบรมราโชวาทข้างต้นมาเป็นปฐมวรรคของบทความนี้ เพื่อแสดงให้เห็นว่าแม้กฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์บัญญัติขึ้นมาใช้กับการปกครองสังคมและบ้านเมือง โดยมีจุดมุ่งหมายหลักให้เกิดความสงบเรียบร้อยและความยุติธรรมแก่สังคมและบ้านเมือง แต่เมื่อเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้บัญญัติขึ้นตัวกฎหมายเองจึงอาจมีข้อบกพร่องอันเนื่องมาจากความบกพร่องไม่สุจริตของมนุษย์นั่นเองประการหนึ่ง และแม้กฎหมายเองจะได้รับการบัญญัติขึ้นโดยสุจริตยุติธรรม การใช้กฎหมายนั้นก็อาจไม่สุจริตหมดจด อีกประการหนึ่ง ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่ดี การหิบบกกฎหมายที่มีอยู่เพื่อใช้บังคับก็ดี จึงสมควรต้องกระทำไปโดยสุจริตยุติธรรม มุ่งต่อประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติโดยรวมเป็นสิ่งสำคัญ หาไม่แล้วกฎหมายนั่นเอง จะกลับกลายเป็นเครื่องมือที่ทำลายประเทศชาติและสังคมนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากน้ำมือของคณะบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจอรัฐในขณะใดขณะหนึ่ง

การใช้อำนาจอรัฐจึงจำเป็นต้องมีกรอบ และกรอบของการใช้อำนาจอรัฐหรืออีกนัยหนึ่งก็คือการบังคับใช้กฎหมาย จึงต้องอิงอยู่กับอีกหลักสำคัญอีกหลักหนึ่ง คือหลักความชอบธรรมหรือหลักศีลธรรม ในการศึกษากฎหมายของไทยที่ผ่านมา นักศึกษากฎหมายจะได้รับการสอนในวิชากฎหมายเบื้องต้นให้รู้จักศีลธรรมในฐานะเป็นที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่โดยแท้จริงแล้วศีลธรรมย่อมเป็นยิ่งกว่าที่มาของกฎหมาย ศีลธรรมต้องถือเป็นหัวใจของกฎหมาย ตั้งแต่ในชั้น

<sup>1</sup> พระบรมราโชวาท พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ ในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ณ อาคารใหม่ สวนอัมพร วันจันทร์ที่ 29 ตุลาคม 2552

กระบวนการสร้างกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมาย ตลอดจนในชั้นบังคับใช้กฎหมายดังที่มาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม”

ในปัจจุบันนี้ มีการกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” มากขึ้น มีการแสดงความคิดเห็น การอภิปราย การให้ความหมาย ตลอดจนเริ่มเห็นการอ้างอิงถึงหลัก “นิติธรรม” ในวงกว้างขึ้น “นิติธรรม” เป็นคำที่นักกฎหมายไทยรู้จักกันมานานพอสมควร<sup>2</sup> และเป็นแนวคิดทางนิติศาสตร์และการเมือง การปกครองที่ประเทศต่างๆ ยอมรับกันมาช้านานและใช้เป็นฐานรากของการบัญญัติและ ใช้กฎหมายในเกือบทุกกรณี กล่าวคือ ไม่ว่าจะอยู่ในชั้นบัญญัติกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย ตลอดจน ในการตีความกฎหมาย ควรจะต้องมีกรอบๆ หนึ่งควบคุมบังคับอยู่อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งก็คือกรอบศีลธรรม หรือหลักนิติธรรมนั่นเอง มนุษย์ที่ดำรงชีวิตภายในกรอบของศีลธรรม ย่อมเป็นที่พึงปรารถนาและเป็นสุข ฉะนั้นใด ระบบกฎหมายที่ประกอบไปด้วยหลักนิติธรรมย่อมเป็นหลักประกันแก่สังคมภายใต้กฎหมาย นั้นๆ ว่าพวกเขาจะได้รับการดูแลและปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐที่อาศัยกฎหมายเหล่านั้น อย่าง เสมอภาคและเป็นธรรม

## 2. หลักนิติธรรมร่วมสมัย

### 2.1 แนวคิดหลักนิติธรรมตามกฎหมายอังกฤษ

นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นกันว่า “หลักนิติธรรม” เป็นหลักที่เกิดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบคอมมอนลอว์มาจากคำว่า Rule of Law<sup>3</sup> นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ยอมรับว่า กฎบัตร แมกนาคาร์ตา (MAGNA CARTA) ที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างพระเจ้าจอห์นที่ 1 แห่งอังกฤษ กับเหล่าขุนนางหรือเจ้าผู้ครองแคว้นต่างๆ ในอังกฤษ เมื่อปี ค.ศ. 1215 ซึ่งพระเจ้าจอห์นที่ 1 ยอมลดทอนอำนาจเด็ดขาดของตนลงโดยยอมผูกพันภายใต้ กฎบัตรแมกนาคาร์ตา และยอมรับรู้ สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎร น่าจะเป็นจุดตั้งต้นที่ก่อให้เกิดหลักธรรมในการใช้กฎหมายและอำนาจ

<sup>2</sup> คำว่า “นิติธรรม” ปรากฏในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานมาหลายยุค แต่ให้ความหมายไว้แตกต่างกัน นิติธรรม ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 634 หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หน้า 587 ให้ความหมาย ว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” ขณะที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หน้า 441 และพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ให้ความหมายเหมือนกันว่า “หลักกฎหมาย” ส่วน พจนานุกรมของกรมตำรวจ กระทรวงธรรมการ พ.ศ. 2470 ให้ความหมายของคำ “นิติธรรม” ว่า “วินัยบัญญัติ, กฎหมายบ้านเมือง” คำ “นิติธรรม” หรือ “นิติธรรม” จึงเป็นคำที่ปรากฏที่ใช้ในภาษาไทยมาไม่น้อยกว่า 80 ปีแล้ว

<sup>3</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หน้า 634 แสดงที่มาของคำ “นิติธรรม” ว่ามาจากคำภาษาอังกฤษ Rule of Law ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานฉบับก่อน ๆ นั้น เพียงให้ความหมายแต่ไม่ได้แสดงที่มาของคำ

ปกครองขึ้น และได้มีการพัฒนาไปสู่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองจนเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากแนวคิดของ Albert V. Dicey ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด<sup>4</sup> นอกจากนี้ อังกฤษเองก็ถือกฎบัตรแมกนาคาร์ตาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตของตน จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎบัตรแมกนาคาร์ตาคงจะเป็นการนำหลักนิติธรรม มาเป็นพื้นฐานของการบังคับใช้กฎหมายและการใช้อำนาจปกครองอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรก ของประเทศตะวันตก<sup>5</sup> ตามหลักฐานที่พบ อังกฤษมีการใช้หรืออ้างอิงถึง Rule of Law มาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1500 แล้ว<sup>6</sup> อย่างไรก็ตาม แม้จะพบว่ามีความรู้จักใช้คำนี้มานานหลายศตวรรษ แต่ความหมาย ก็ไม่เป็นที่แน่นอนยุติ และยังปรากฏความเห็นและความเข้าใจที่แตกต่างกันจนทุกวันนี้<sup>7</sup>

สำหรับในประเทศไทย มีนักนิติศาสตร์ให้คำแปลกันไว้มากมาย มีทั้งคำแปลที่เน้นไปทาง หลักกฎหมาย เช่น หลักกฎหมาย หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย หลักพื้นฐานของกฎหมายและ คำแปลที่นำหลักธรรมมาประกอบศัพท์ เช่น หลักธรรม นิติธรรมวินัยธรรมะแห่งกฎหมาย เป็นต้น ทำให้เห็นว่านักกฎหมายไทยยังมีมุมมองที่แตกต่างกันในความหมายของ Rule of Law ไม่น้อย<sup>8</sup>

<sup>4</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. “หลักนิติธรรม” (บรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรมเนติบัณฑิต สมัยที่ 61 ในวันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552) สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552, หน้า 3-4. ดู Albert V. Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. (London : MacMillan, 1959 Tenth Edition, Reprinted 1971) pp. 183-205.

<sup>5</sup> แต่แนวคิดเรื่องหลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น มีมาตั้งแต่สมัยยุคกรีกโบราณ เริ่มจาก เพลโต นักปรัชญาชาวกรีก (Plato 429-348 B.C.) ที่เห็นว่าการปกครองที่ดีที่สุด คือการปกครองโดย Philosopher King คือ คนเก่งและมีคุณธรรม แต่คงเป็นเพราะหาคนเช่นนั้นได้ยาก จึงเปลี่ยนแนวคิดมาให้มีความสำคัญกับ “กฎหมาย” แทน ซึ่งต่อมา Aristotle (384-322 B.C.) รับแนวคิดนี้มาขยายความว่า การปกครองโดย กฎหมายน่าจะเป็นการปกครองที่ดีที่สุด ดู ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. “หลักนิติธรรม”. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 2-3.

<sup>6</sup> Oxford English Dictionary (OED), ที่คำ “Rule of Law” ระบุว่าคำดังกล่าวมีในประเทศอังกฤษใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1500 โดยบุคคลที่ชื่อว่า John Brout และ William Barand

<sup>7</sup> ดู Tamanaha, Brian Z. (2004), on the Rule of Law. Cambridge University Press, pp. 3-5 และดู Black’s Law Dictionary, 9th Edition, p. 1448 (Thomson Reuters, 2009) ซึ่งให้บทนิยามไว้หลายความหมาย เช่นในนิยามแรก ให้ความหมายว่า “substantive legal principle” ส่วนนิยามที่สองให้ความหมายว่า “supremacy of regular as opposed to arbitrary power.”

<sup>8</sup> ดู กำชัย จงจักรพันธ์ “หลักนิติธรรม”. บทบัณฑิตย เล่มที่ 68 ตอน 4 (ธันวาคม 2555) หน้า 27-28. ซึ่งได้อ้างที่มาของ คำแปลต่าง ๆ จากนักกฎหมายไทยหลายท่านตั้งแต่ พ.ศ. 2498 เป็นต้นมาจนปัจจุบัน; และโปรดดู จริญญา รักดีธนากุล “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ” รพี 55 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555 (ถอดเทป จากคำบรรยายพิเศษเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการดำรงหลักนิติธรรม” ในการบรรยายทางวิชาการเนื่องในวาระครบ 14 ปี ศาลรัฐธรรมนูญในวันพฤหัสบดีที่ 29 มีนาคม 2555 ณ โรงแรมมิราเคิลแกรนด์ กรุงเทพมหานคร, หน้า 94-96. นอกจากนี้ โปรดดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541), หน้า 29

หลักนิติธรรมตามแนวคิดของนักกฎหมายอังกฤษ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ<sup>9</sup> คือ ประการแรก บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลยุติธรรม บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระบุให้การกระทำนั้นเป็นความผิดเท่านั้น

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันทางกฎหมาย ไม่มีบุคคลใดเป็นอภิสิทธิชน แต่ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย

ประการที่สาม สิทธิของบุคคลมิใช่เกิดจากรัฐธรรมนูญ หากแต่เกิดจากการที่ศาลยุติธรรมยอมรับบังคับสิทธิให้

ในยุคของศาสตราจารย์ Dicey หลักทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นคงเป็นที่กล่าวขานสรรเสริญและยอมรับเป็นแนวคิดที่ก้าวหน้า แต่ในยุคปัจจุบัน เราจะเห็นว่าหลักทั้งสามประการมีจุดอ่อนอยู่ไม่น้อย และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางทั้งจากนักนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ว่าเป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่ศาลยุติธรรมจนเกินไป กลายเป็นว่าศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด และเป็นที่มาแห่งสิทธิทั้งหลาย

## 2.2 หลักนิติรัฐ

หลักการอีกแนวหนึ่งซึ่งได้รับการกล่าวขานแพร่หลายและมักนำมาเทียบเคียงกับหลักนิติธรรม คือ หลักนิติรัฐ ผู้สนใจจึงควรพิจารณาและทำความเข้าใจถึงแนวคิดของหลักนิติรัฐบ้าง หากนำหลักนิติธรรมตามแนวอังกฤษมาเปรียบเทียบกับหลักนิติรัฐตามแนวคิดของเยอรมันและฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นความแตกต่างว่าจุดเน้นของหลักนิติรัฐกลับมิใช่อำนาจการวินิจฉัยพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม แต่เน้นที่ตัวบทกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับและรองรับสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎร เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาแห่งสิทธิ หลักนิติรัฐ จึงมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ<sup>10</sup> คือ

1. รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายมีลำดับชั้น และกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับสูงกว่าไม่ได้ กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้

<sup>9</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4 หน้า 3; Albert v. Dicey, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 188-205, โดย Dicey ได้ให้ทรรศนะถึงความหมายและแนวคิดขององค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งสามประการตามหลักกฎหมายอังกฤษอย่างละเอียดตั้งแต่หน้า 188-201 และให้ความหมายโดยสรุปในหน้า 202-203.

<sup>10</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 12.

2. มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเพื่อเป็นหลักประกันมิให้มีการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ ซึ่งรัฐก็ต้องกระทำไปภายในกรอบที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำเท่านั้น

3. มีการกำหนดขอบเขตหรือการจำกัดอำนาจรัฐไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย โดยฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและศาล เป็นอิสระจากกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและตรวจสอบ

ในปัจจุบัน แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมและนิติรัฐเองก็ได้พัฒนาไปมาก ความแตกต่างในจุดเน้นที่เดินกันคนละแนวในยุคเริ่มต้นก็เปลี่ยนไป และเริ่มมีการผสมผสานแนวคิดกันมากขึ้น ในยุคแรกเริ่มที่ส่วนมากเห็นกันว่า หลักนิติรัฐน่าจะมีความครอบคลุมกว้างกว่าหลักนิติธรรม เพราะนอกจากหลักใหญ่สามประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังประกอบด้วยหลักย่อยอีกหลายประการ<sup>11</sup> เช่น ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักเกี่ยวกับลำดับชั้น หรือศักดิ์ของกฎหมาย ในขณะที่หลักนิติธรรมตามแนวคิดของอังกฤษนั้น ไม่มีการกล่าวถึงหลักย่อยเหล่านี้<sup>12</sup> แต่นั้นเป็นยุคเริ่มแรกของทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ในยุคปัจจุบัน น่าจะถือได้ว่าหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีแนวคิดที่ใกล้เคียงกันมากขึ้น แม้อาจจะยังมีรายละเอียดบางประการที่แตกต่างกันได้ ก็ไม่น่าจะเป็นปัญหามากนักในการที่จะนำหลักดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ประการสำคัญก็คือเนื้อหาของสาระของแนวคิดที่ว่า ระบบกฎหมายและการใช้อำนาจรัฐทั้งระบบควรอยู่ในกรอบของความชอบธรรมเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด<sup>13</sup> ดังนั้น น่าจะถือว่าหลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐ มีอุดมการณ์ในแนวทางเดียวกัน<sup>14</sup> ความสำคัญน่าจะอยู่ที่ทุกคนควรตระหนักในความสำคัญของหลักนิติธรรม และยึดหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่และดำรงไว้ซึ่งกฎหมาย

<sup>11</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร. เรื่องเดียวกัน หน้า 13. และ โปรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)” รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม., หน้า 233-248.

<sup>12</sup> สมยศ เชื้อไทย “หลักนิติรัฐ”. รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 136; และโปรดดู ประยูร กาญจนดุล. “หลักนิติธรรมไทย”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 154

<sup>13</sup> ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร” รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 113-114

<sup>14</sup> ปัญหาว่านักกฎหมายมีมุมมองและเข้าใจหลัก Rule of Law กว้างแคบเพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่ถูกถกเถียงกันมานานแล้วทั้งในประเทศและในหมู่นักกฎหมายไทย ดู กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 8, หน้า 28-29.

จากการตื่นตัวของสังคมในยุคปัจจุบันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ทำให้หลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาให้มีความครอบคลุมและยืดหยุ่นขึ้นกว่าเดิม ในปัจจุบัน หลักนิติธรรมของอังกฤษเองก็แตกต่างไปจากยุคดั้งเดิมและพัฒนาไปตามยุคสมัยของสังคมและอย่างน้อยเห็นกันว่าต้องครอบคลุมถึงองค์ประกอบต่อไปนี้<sup>15</sup>

1. มีศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคลซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน
2. มีผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ และเป็นผู้มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้
3. มีหลักการนั่งพิจารณาคดีและตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร
4. มีวิธีการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษา
5. มีวิธีพิจารณาคดีของศาลที่เที่ยงธรรมและมีเหตุผล
6. กฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยต้องมีความแน่นอน ชัดเจน มีความพอดีและเป็นธรรม

อย่างไรก็ดี เห็นกันว่าหลักนิติธรรมตามกฎหมายอังกฤษยังยึดโยงอยู่กับตัวกฎหมายมากเกินไป ถือว่ากฎหมายนั้นแหละคือความเป็นธรรม เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายออกกฎหมายจึงทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมาย อันเป็นที่มาของระบบที่เรียกว่า “Supremacy of Parliament”<sup>16</sup> ทำให้หลักนิติธรรมของอังกฤษมีจุดอ่อน จึงมีการเสนอแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมที่มีความยืดหยุ่นกว่าเดิมและน่าจะเป็นที่ยอมรับกันได้ในวงกว้างยิ่งขึ้น โดยเห็นว่า หลักนิติธรรมที่เหมาะสมนั้น น่าจะมีองค์ประกอบและสาระสำคัญต่อไปนี้<sup>17</sup>

1. กฎหมายใช้บังคับเป็นการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ
5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น
6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้น

ในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ

<sup>15</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 7

<sup>16</sup> แต่ศาสตราจารย์ Dicey เห็นว่าหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภานั้น เป็นหลักที่รองรับความสูงสุดของกฎหมาย (“The Sovereignty of Parliament favours the supremacy of the law of the Land”), ดู Albert V. Dicey, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4, pp 39-85, 406-414

<sup>17</sup> กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8, หน้า 32.

## 2.3 หลักนิติธรรมในบริบทขององค์กรสากล

### 2.3.1 International Bar Association (IBA)

หลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญที่จะช่วยค้ำยันความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ ให้สามารถขับเคลื่อนไปอย่างยั่งยืนและเป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริง เพราะโดยแท้จริงแล้ว กระบวนการยุติธรรมมักจะถูกบิดเบือนและใช้ไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ผู้มีอำนาจรัฐในมือ หากปราศจากหลักนิติธรรมแล้ว ก็จะไม่มีความเชื่อใจที่จะควบคุมการใช้อำนาจรัฐหรือของผู้มีอำนาจทั้งหลายตามอำเภอใจ หลักนิติธรรมจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดในทุกสายของวิชาชีพนิติศาสตร์และการเมืองการปกครอง ดังจะเห็นได้จากการที่คณะมนตรีของ International Bar Association (IBA) หรือเนติบัณฑิตยสถานนานาชาติ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจากเนติบัณฑิตยสภาและสหภาพทนายความทั่วโลก ซึ่งเป็นองค์กรวิชาชีพกฎหมายที่ใหญ่ที่สุด ได้มีมติ<sup>18</sup> ให้บรรดาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และรัฐบาลของทุกประเทศให้ความเคารพและถือปฏิบัติในหลักนิติธรรมหรือ Rule of Law ซึ่งครอบคลุมถึงประเด็นต่าง ๆ ต่อไปนี้

1. หลักว่ารัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย
2. การแยกอำนาจอธิปไตยยอมเป็นหลักประกันของหลักนิติธรรมที่ดี
3. การใช้มาตรการหรือการลงโทษที่ป่าเถื่อนหรือขาดมนุษยธรรมนั้น เป็นการขัด

ต่อหลักนิติธรรม

4. การข่มขู่และการทุจริตทุกประเภท เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักนิติธรรม
5. เสรีภาพในการรับข่าวสาร การแสดงความคิดเห็น และการแสดงออก

ต้องกระทำภายใต้ขอบเขตของหลักนิติธรรม และจะได้รับการประกันว่ากระทำได้ก็ในรัฐที่ยึดถือหลักนิติธรรมเท่านั้น

6. ความเป็นประชาธิปไตยยอมไม่อาจมีได้ในรัฐที่ไม่ยึดถือหลักนิติธรรม

7. หลัก res judicata เป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

8. สิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีความเกี่ยวพันและต้องพึ่งพา

หลักนิติธรรม

<sup>18</sup> “The IBA calls upon all countries to respect these fundamental principles. It also calls upon its members to speak out in support of the Rule of Law within their respect communities.” Commentary on the IBA Council ‘Rule of Law’ Resolution of September 2005, adopted by the International Bar Association on 8 October, 2009. www.ibanet.org

### 2.3.2 หลักนิติธรรมในบริบทของสหประชาชาติ

สหประชาชาติให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่า เป็นหลักการบริหารจัดการที่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา องค์กร และนิติบุคคลทั้งหลาย ทั้งภาคเอกชนและภาครัฐ รวมทั้งรัฐเองด้วยต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว และมีสภาพบังคับอย่างเสมอภาค และมีองค์รวินิจฉัยชี้ขาดโดยอิสระและซึ่งสอดคล้องกับหลักการและมาตรฐานของหลักสิทธิมนุษยชนสากล หลักนิติธรรมจะต้องประกอบไปด้วยมาตรการที่จะทำให้มั่นใจว่าจะต้องยึดหลักความสูงสุดของกฎหมาย ความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย การสามารถอธิบายชี้แจงเหตุผลได้ ความเป็นธรรมในการใช้บังคับกฎหมาย หลักการแบ่งแยกและคานอำนาจ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความแน่นอนของกฎหมาย ไม่มีการกระทำที่ไร้เหตุผลหรืออำเภอใจ มีกระบวนการและตัวบทกฎหมายที่โปร่งใส<sup>19</sup>

พิจารณาจากความหมายของหลักนิติธรรมของสหประชาชาติจะเห็นได้ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมได้ขยายตัวไปมากกว่าแนวความคิดดั้งเดิมอย่างมาก เพราะไม่เพียงแต่จำกัดอยู่กับหลักเรื่องอำนาจเด็ดขาดของศาลยุติธรรมอย่างหลักนิติธรรมของอังกฤษในยุคแรกเริ่ม และไม่จำกัดอยู่กับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและลำดับศักดิ์ของกฎหมายอย่างหลักนิติรัฐของเยอรมันและฝรั่งเศสในยุคต้น หรือแม้กระทั่งหลักการบริหารจัดการที่ดี

<sup>19</sup> “For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.” ดู Report of the Secretary-General of the United Nations on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, (S/2004/616). ในเรื่องหลักนิติธรรมนี้ สมัชชาสหประชาชาติให้ความสนใจมาก และได้เริ่มบรรจุเป็นวาระประจำตั้งแต่ปี ค.ศ. 1992 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีมติเกี่ยวกับประเด็นเรื่องหลักนิติธรรมติดต่อกันในการประชุมเมื่อ ค.ศ. 2004 ดู A/RES/91/39, A2RES/62/70, ARES63/128. <http://www.org/en/ruleoflaw>: accessed 23/1/2004



(good governance)<sup>20</sup> หรือหลักที่ว่าทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย (Rule by Laws) ที่เป็นแนวคิดเชิงหลักนิติธรรมประยุกต์ในกึ่งศตวรรษที่ผ่านมาเท่านั้น หากแต่ขยายไปครอบคลุมถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของภาครัฐ การบริหารธุรกิจหรือกิจการของภาคเอกชน ตลอดจนวิถีชีวิตประจำวันของประชาชนภายในรัฐนั้น ๆ ว่าควรมีหลักประกันในอันที่จะได้รับการบริหารจัดการและคุ้มครองดูแลตามแนวคิดของหลักนิติธรรมด้วย ไม่ใช่เพียงอ้างอิงกฎหมายอย่างเดียว เพราะหากเป็นเช่นนั้น ภาครัฐที่ใช้อำนาจปกครอง ย่อมสามารถใช้อำนาจครอบงำเพื่อออกกฎหมายที่เอื้อประโยชน์แก่ตนและพวกพ้องได้โดยง่าย ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าหลักนิติธรรมตามความหมายของสหประชาชาติในปัจจุบัน ครอบคลุมถึงองค์ประกอบต่าง ๆ ดังนี้

- (1) การที่บุคคลทุกคนในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือเอกชน บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล และรัฐเอง ต่างก็อยู่ภายใต้กฎหมาย
- (2) กฎหมายที่ใช้บังคับนั้น ต้องเป็นกฎหมายที่มีประกาศใช้แล้ว อย่างชัดเจน
- (3) กฎหมายมีสภาพบังคับต่อบุคคลทุกคนในรัฐอย่างเท่าเทียม
- (4) เมืองครที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมายโดยอิสระ
- (5) กฎหมายสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากล
- (6) รัฐและเอกชนถือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมาย
- (7) ทุกคนเสมอภาคกันในทางกฎหมาย
- (8) มีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเป็นธรรม
- (9) มีระบบแบ่งแยกและคานอำนาจ
- (10) ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ
- (11) กฎหมายมีความแน่นอนและชัดเจน
- (12) ไม่มีการกระทำหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ
- (13) มีกระบวนการขั้นตอนและกฎหมายที่โปร่งใส

<sup>20</sup> หลักการบริหารจัดการที่ดีหรือ Good Governance ตามที่ UNESCAP เสนอนั้น ประกอบด้วย หลัก 8 ประการ คือ Participatory, consensus oriented, accountable, transparent, responsive, effective and efficient, equitable and inclusive, follows the rule of law. UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) 2007. What is good governance ? <http://www.unescap.org/pdd/prs/projectactivities/ongoing/gg/governance.asp>. รัฐบาลไทย มีการออกกฎหมายรองรับหลักการบริหารจัดการที่ดีไว้ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 โดยกำหนดวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีไว้ในมาตรา 6 ซึ่งประกอบด้วยหลักการ 7 ประการ ที่เน้นไปที่การบรรลุเป้าหมาย หรือสัมฤทธิ์ผลของภารกิจยิ่งกว่าวิธีการหรือกระบวนการที่นำไปสู่การบรรลุเป้าหมายของภารกิจ จึงอาจเป็นไปได้ว่าเพื่อให้สามารถบรรลุเป้าหมายของภารกิจ อาจต้องใช้กระบวนการที่สวนทางกับหลักธรรมาภิบาล ดังที่เห็นได้จากวิธีการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลในช่วงระหว่างปี 2556-2557 ซึ่งก่อให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองที่ร้ายแรงที่สุดครั้งหนึ่งของประเทศไทย

หลักนิติธรรมยุคใหม่ในระดับสากลตามแนวคิดและข้อเสนอแนะของสหประชาชาติจึงไม่เพียงแต่มีองค์ประกอบของแนวคิดดั้งเดิมทั้งของหลักนิติธรรมตามหลักกฎหมายอังกฤษและตามหลักนิติรัฐของภาคพื้นยุโรป แต่ยังได้ขยายกรอบความคิดในเรื่องหลักนิติธรรมออกไปครอบคลุมถึงหลักการบริหารจัดการที่ดี อันเป็นหลักสำคัญของการบริหารจัดการธุรกิจภาคเอกชนอีกด้วย โดยเฉพาะการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ที่มีความโปร่งใส การขยายและพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมของสหประชาชาติข้างต้น ทำให้สามารถนำหลักนิติธรรมไปใช้ในภาคปฏิบัติ กล่าวคือในชีวิตประจำวันของประชาชนในชาติในบริบทต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น ไม่เพียงเป็นหลักปรัชญาหรือแนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายอย่างที่เข้าใจกันโดยมาก

### 2.3.3 World Justice Project : การจัดทำ Rule of Law Index เพื่อวัดระดับธรรมาภิบาลของรัฐ

การเคลื่อนไหวที่ได้รับความสนใจจากประชาคมโลกอย่างมากเกี่ยวกับหลักนิติธรรมก็คือ การนำหลักนิติธรรมมาใช้ในลักษณะเชิงประยุกต์โดยนำมาเป็นฐานในการจัดทำโครงการพิเศษขึ้นมาขององค์กร World Justice Project ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไร โดยการนำหลักนิติธรรมมาเป็นฐานหรือแกนในการประเมินประเทศต่างๆ รวม 100 ประเทศในประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับหลักนิติธรรม โดยจัดทำเป็นดัชนีหลักนิติธรรม (Rule of Law Index) เพื่อใช้ชี้วัดประเด็นสำคัญๆ เกี่ยวกับหลักนิติธรรมในหลากหลายมิติ ที่สามารถสะท้อนให้เห็นว่าประเทศนั้นๆ มีและใช้หลักนิติธรรมในการบริหารจัดการประเทศหรือไม่ โครงการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ มีความตื่นตัวและตระหนักในหลักนิติธรรมในหลากหลายมิติ เพื่อให้เกิดประชาคมโลกที่มีคุณภาพ โดยเฉพาะประชาคมที่มีการพัฒนาและมีความเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืน มีรัฐบาลที่มีความรับผิดชอบ และเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยเห็นว่า หลักนิติธรรมย่อมเป็นหลักประกันของการส่งเสริมและปรับปรุงระบบสาธารณสุขให้ความมั่นใจว่าชุมชนจะมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ต่อวิถีชีวิตของตน เป็นหลักของความมั่นคงและปลอดภัยต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของชุมชน ตลอดจนเป็นสิ่งที่จะใช้ต่อสู้กับความยากจนแร้นแค้น ดังนั้น จึงควรถือเป็นหน้าที่หลักของรัฐบาลที่จะต้องส่งเสริมหลักนิติธรรมในมิติต่าง ๆ อย่างเต็มกำลังและไม่เพียงแต่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐเท่านั้น ภาคเอกชนและธุรกิจอุตสาหกรรมในทุกภาคส่วนย่อมตระหนักและต้องการหลักนิติธรรมทั้งสิ้น เพื่อเป็นหลักประกันว่า การลงทุนและธุรกิจของตน จะได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายจากภาครัฐโดยเท่าเทียมกันและอย่างเป็นธรรม หลักนิติธรรมในยุคใหม่จึงถูกนำไปใช้ในแวดวงที่กว้างขวางขึ้น จนแทบมองไม่เห็นแนวคิดดั้งเดิมในลักษณะของแนวปรัชญากฎหมายอีกต่อไป

ในการจัดทำดัชนีหลักนิติธรรมครั้งนี้ องค์กร World Justice Project ได้นำสาระสำคัญของหลักนิติธรรมสากล รวม 4 ประการ (four universal principles) กล่าวคือ

1. รัฐบาล เจ้าหน้าที่ของรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ ตลอดจนราษฎรทั่วไปทุกคนต่างอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบตามกฎหมาย
2. กฎหมายต้องชัดเจน มีการประกาศเผยแพร่ แน่นนอนและยุติธรรมและใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน ป้องกันสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้ง ความปลอดภัยของชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน
3. กระบวนการจัดทำบริหารและบังคับกฎหมายต้องเป็นกระบวนการที่เข้าถึงและตรวจสอบได้เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ
4. มีกระบวนการยุติธรรมที่รวดเร็ว โดยองค์กรที่มีความสามารถ มีจริยธรรมอิสระและเป็นกลาง มีจำนวนเพียงพอ มีทรัพยากรเพียงพอ

ทั้งนี้ โดยนำหลักนิติธรรมสากลดังกล่าวทั้งสี่ข้อมาพัฒนาแยกเป็นหัวข้อย่อยรวมเก้าหัวข้อเพื่อการจัดทำดัชนีหลักนิติธรรมในประเทศต่าง ๆ โดยมุ่งสะท้อนให้เห็นธรรมาภิบาลในประเทศเหล่านั้น<sup>21</sup>

จากรายงานดัชนีหลักนิติธรรมในประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวม 97 ประเทศ ประจำปี 2012-2013<sup>22</sup> เพื่อบ่งชี้ให้เห็นถึงระดับของหลักนิติธรรมในแต่ละประเทศนั้น ประเทศไทยถูกจัดกลุ่มอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกและแปซิฟิก (East Asia and Pacific) ซึ่งมีอยู่ 14 ประเทศ (รวมเขตปกครองอิสระฮ่องกง) ประกอบด้วย ประเทศออสเตรเลีย กัมพูชา จีน ฮ่องกง อินโดนีเซีย ญี่ปุ่น มาเลเซีย มองโกเลีย นิวซีแลนด์ ฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) สิงคโปร์ ประเทศไทย เวียดนาม ปรากฏว่า ในแต่ละหัวข้อที่เป็นตัวชี้วัดของดัชนีหลักนิติธรรม ซึ่งมีการจัดอันดับไว้รวม 14 ลำดับเท่ากับจำนวนของประเทศในกลุ่มนี้นั้น ปรากฏว่าลำดับที่ประเทศไทยได้สูงสุดคือ ลำดับ 7 ในหัวข้อสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ส่วนในหัวข้ออื่น ๆ ประเทศไทยอยู่ในลำดับเกินกว่ากึ่งหนึ่งทั้งสิ้น ซึ่งก็คือสอบตกนั่นเอง โดยสรุปได้ดังนี้ คือ

ในหัวข้อแรก การมีอำนาจที่อยู่ในขอบเขตจำกัดของรัฐบาล (Limited Government Powers) ไทยได้ลำดับ 10

หัวข้อที่ 2 การปลอดจากคอร์รัปชัน (Absence of Corruption) ไทยได้ลำดับ 11

<sup>21</sup> Agrast, M., Botero, J., Martinez, J. & Pratt, C. WJP Rule of Law Index 2012-2013, Washington, D.C. : The World Justice Project. Executive Summary.pp. 2-5. ISBN : 978-0-9882846-3-0. <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>:Accessed 23/1/2004.

<sup>22</sup> ดู Agrast, M., Botero, J., Martinez, J. & Pratt, C. เรื่องเดียวกัน, pp.180.

หัวข้อที่ 3 ความมีระเบียบและความมั่นคงปลอดภัย (Order and Security) ไทยได้ลำดับ 13

หัวข้อที่ 4 สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ไทยได้ลำดับ 7

หัวข้อที่ 5 ความโปร่งใสของภาครัฐ (Open Government) ไทยได้ลำดับ 8

หัวข้อที่ 6 สภาพบังคับของกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ (Regulatory Enforcement) ไทยได้ลำดับ 9

หัวข้อที่ 7 กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง (Civil Justice) ไทยได้ลำดับ 11 และ

หัวข้อที่ 8 กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) ไทยได้ลำดับ 8

จากลำดับข้างต้น จะเห็นได้ว่า นอกจากในหัวข้อเรื่องการให้ความสำคัญและการบริหารจัดการเกี่ยวกับสิทธิขั้นมูลฐาน ซึ่งอิงอยู่กับปฏิญญาสากลที่ประเทศไทยได้ลำดับ 7 ซึ่งหมายถึงว่าอยู่ในลำดับดีกว่าประเทศอื่นๆ อีก 7 ประเทศในกลุ่มนี้แล้ว หัวข้ออื่นที่พอจะดูได้ก็ดูเหมือนจะได้แก่หัวข้อที่ 5 ในเรื่องความโปร่งใสของภาครัฐและหัวข้อที่ 8 กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไทยได้ลำดับ 8 เท่ากัน หัวข้อที่เหลือซึ่งล้วนเป็นหัวข้อที่มีความสำคัญต่อภาคเศรษฐกิจและสังคมนั้น ล้วนอยู่ในลำดับที่น่าเป็นห่วงทั้งสิ้น ดัชนีในหัวข้อที่ 9 ที่สะท้อนว่าการบริหารจัดการด้านสภาพบังคับของกฎหมายของประเทศไทยอยู่ในลำดับ 9 ย่อมแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยอาจมีกฎหมายที่มีเนื้อหาใกล้เคียงหรือคล้ายกับของอารยประเทศ แต่กฎหมายเหล่านั้นไม่ได้มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง หรือใช้บังคับอย่างไม่เท่าเทียมกัน

ที่น่าเป็นห่วงที่สุดน่าจะเป็นดัชนีในหัวข้อ 2 เรื่องการปลอดจากคอร์รัปชัน ซึ่งฟ้องประชาคมโลกว่าในจำนวน 14 ประเทศในภูมิภาคเอเชียและแปซิฟิกที่ได้รับการประเมินในปี 2013 ประเทศไทยอยู่ในลำดับดีกว่าอีกเพียง 3 ประเทศ คือ มองโกเลีย กัมพูชา และอินโดนีเซีย ที่ได้รับการจัดอันดับที่ 12, 13 และ 14 ตามลำดับ เป็นการยากที่จะเชื่อว่าเป็นเรื่องคอร์รัปชัน ประเทศไทยถูกจัดอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าประเทศจีน ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม ในขณะที่หัวข้อ ความเป็นระเบียบและมั่นคงปลอดภัยนั้น ประเทศไทยถูกจัดอยู่ในลำดับที่สูงประเทศฟิลิปปินส์เพียงประเทศเดียวเท่านั้น คืออยู่ในลำดับ 13 จาก 14 ประเทศในกลุ่ม

เมื่อปรากฏว่าปัจจัยทั้ง 8 ประการที่ประชาคมโลกเห็นว่ามีความสำคัญและสัมพันธ์โดยตรงต่อการที่แต่ละประเทศจะยึดและดำรงหลักนิติธรรมเป็นหลักในการบริหารประเทศนั้น เป็นสิ่งที่ประเทศไทยยังไม่อาจจัดให้เกิดขึ้น ได้อย่างเป็นรูปธรรม การที่ประเทศไทยไม่สามารถสร้างหลักนิติธรรมให้เป็นหลักพื้นฐานของประเทศ โดยอาศัยปัจจัยชี้วัดทั้ง 8 ประการดังกล่าวย่อมเกิดผลกระทบในเชิงลบต่อประเทศไทยอย่างรุนแรงในสายตาของประชาคมโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุน ที่จะต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ ด้วยความระมัดระวัง เพราะเมื่อพิจารณาจากระบบการจัดดัชนี

หลักนิติธรรมและลำดับที่ประเทศไทยได้รับแล้ว เห็นได้โดยง่ายว่าประเทศไทยยังขาดหลักนิติธรรมในการบริหารจัดการในเกือบทุกด้าน หากประเทศไทยเพิกเฉยต่อปัจจัยเหล่านี้ และไม่นำพาต่อการปฏิรูปประเทศเพื่อปรับปรุงปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว ก็คาดว่าไม่เพียงแต่ประชาคมโลกจะมองประเทศไทยในเชิงลบและขาดความเชื่อถือเท่านั้น แต่การลงทุนและการขยายตัวภาคเศรษฐกิจและการค้าย่อมจะได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงและเป็นเหตุให้เกิดภาวะเศรษฐกิจถดถอยอย่างร้ายแรง อันอาจนำมาซึ่งภาวะการณ์ล้มละลายทางเศรษฐกิจได้โดยง่าย<sup>23</sup>

### 3. หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เราอาจต้องยอมรับว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น มีลักษณะพิเศษ อันเนื่องมาจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ แม้ในรูปแบบของกฎหมาย ประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลของทวีปยุโรปเป็นหลัก แต่ในการใช้กฎหมาย โดยเฉพาะในการศึกษาและตีความกฎหมาย นักกฎหมายไทยจะคุ้นเคยกับระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมาก ทั้งนี้ เนื่องจากในยุคต่อเนื่องจากการปฏิรูประบบกฎหมายของไทยในรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 ถึงที่ 7 ติดต่อกันมานั้น นักกฎหมายไทยเลือกไปศึกษาต่อในต่างประเทศในอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้พิพากษาของไทย ทำให้แนวความคิดในการใช้และตีความกฎหมายนั้น โน้มเอียงไปทางแนวคิดของระบบกฎหมายอังกฤษ อีกประการหนึ่งในบรรดาภาษาต่างประเทศนั้น ภาษาอังกฤษเป็นภาษาที่คนไทยสามารถทำความเข้าใจได้ง่ายกว่าภาษาอื่น ๆ และจากความสากลของภาษาอังกฤษนั่นเอง ทำให้ตำรับตำรากฎหมายต่างประเทศที่คนไทยสามารถหาอ่านศึกษาเพิ่มเติมได้นั้น เกือบทั้งหมดเป็นภาษาอังกฤษและเกี่ยวกับกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบคอมมอนลอว์

ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หลักนิติธรรม ดูจะเป็นสิ่งที่อยู่ในตำรากฎหมายที่ว่าด้วยหลักปรัชญาทางกฎหมาย หรือประวัติศาสตร์กฎหมายสากล นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่น่าจะมองหลักนิติธรรม ในฐานะเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ในเชิงแนวคิดหรือหลักปรัชญาว่า หากจะตีความหรือบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมแล้ว ควรนำหลักนิติธรรมมาประกอบกับการตีความหรือบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ แต่ก็เป็นเพียงแนวคิดเท่านั้น หากมีอะไรบังคับให้ต้องตีความ

<sup>23</sup> ควรเปรียบเทียบกับดัชนีของธนาคารโลกที่ได้จัดทำระบบชี้วัดธรรมาภิบาลของนานาประเทศซึ่งเรียกว่า World Governance Indicators โปรตดูภาคผนวก “เสียดสีท่อนจากผู้อ่าน” เขียนโดยศาสตราจารย์กิตติคุณบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในธานินทร์ กรียวิเชียร, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 74-77.

หรือบังคับใช้กฎหมายไปตามหลักนิติธรรมไม่ ที่เห็นได้ชัดก็คือ การไม่นำหลักนิติธรรมมาใช้กับการตีความหรือบังคับใช้กฎหมายก็หาจะมีผลที่จะทำให้การตีความหรือบังคับใช้กฎหมายนั้นเสียไปหรือกลายเป็นไม่มีผลแต่อย่างใด ยิ่งหากเป็นในชั้นสร้างหรือบัญญัติกฎหมายแล้ว ก็ยิ่งมองไม่เห็นว่าการหลักนิติธรรมในเชิงความคิดนี้จะแทรกตัวเข้าไปในกระบวนการนั้นอย่างไร

แต่เมื่อมีการนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาพการณ์จึงเปลี่ยนไป เพราะการที่หลักนิติธรรมได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมจึงกลายเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายไทยทั้งระบบ ณ วันที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นต้นมา

ข้อที่น่าสังเกตประการหนึ่งก็คือ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้น เป็นมาตราเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจโดยพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดและเป็นของปวงชนชาวไทยนั้น ทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองอีกว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้นิยามความหมายของหลักนิติธรรมไว้ด้วย ก็พอจะอนุมานจากบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรคสองนั้น ได้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ จะต้องใช้อำนาจอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีความเป็นธรรมสามารถอธิบายและให้เหตุผลถึงการใช้อำนาจได้ และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติของกฎหมายรองรับมิได้

นอกจากมาตรา 3 วรรคสอง ที่วางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญว่า จะต้องยึดหลักนิติธรรมเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังได้บัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 78(6) ในหมวดว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไว้อีกมาตราหนึ่ง ให้รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม บทบัญญัติมาตรา 78 (6) จึงเป็นการตอกย้ำถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมที่ภาคีรัฐจะต้องปฏิบัติตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไปตามแนวทางของรัฐธรรมนูญ เพราะหากหน่วยงานทางกฎหมายของรัฐปราศจากอิสระในการดำเนินการแล้ว การให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐหรือการตรวจสอบย่อมไม่สามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะความเห็นอาจถูกครอบงำจากฝ่ายการเมืองหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ ทำให้ความเห็นถูกบิดเบือน เพื่อที่ผู้ใช้อำนาจรัฐสามารถนำความเห็นนั้นมาเป็นข้ออ้างต่อการกระทำของตนได้ เมื่อการให้ความเห็นยังไม่สามารถกระทำได้โดยอิสระแล้ว ย่อมปวยการที่จะไปหวังว่า

หน่วยงานนั้นๆ จะสามารถตรวจสอบการดำเนินการของรัฐหรือตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐได้ เจตนารมณ์ของมาตรา 78(6) จึงเป็นการขยายความของมาตรา 3 วรรคสองว่า การใช้อำนาจรัฐหรือการบริหารราชการแผ่นดินไปตามหลักนิติธรรมนั้น รวมถึงการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและการตรากฎหมายของรัฐด้วย ซึ่งรัฐจะต้องให้มีหน่วยงานทางกฎหมายดำเนินการให้ความเห็นว่าถูกต้องและชอบธรรมหรือไม่ อันหมายถึงว่า แม้มีกฎหมายระบุให้รัฐสามารถดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ หน่วยงานนั้น ก็พึงให้ความเห็นถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ รวมตลอดถึงการเสนอออกกฎหมาย ก็พึงให้ความเห็นหรือตรวจสอบว่าสาระสำคัญของกฎหมายนั้น ชอบธรรมหรือไม่ หากเนื้อหาสาระไม่เป็นปัญหาด้านความถูกต้องชอบธรรม กระบวนการตรากฎหมายถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ มาตรา 78 (6) จึงเป็นบทบัญญัติที่เสริมให้เห็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ว่าต้องการให้หลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐและองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง<sup>24</sup>

อย่างไรก็ดี ต้องยอมรับว่าการที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้นั้นมีทั้งผลดีและผลเสีย ผลดีคือทำให้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญเสมือนสิ่งมีชีวิต เพราะสามารถพัฒนาและปรับความหมายหรือขยายความไปตามกาลสมัย ผลเสียก็คือ ทำให้ขาดความแน่นอน หรือความเป็นมาตรฐานเดียว ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้หลากหลาย<sup>25</sup> แต่เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว จะเห็นว่าน่าจะมีผลดีมากกว่าผลเสีย เพราะในยุคปัจจุบันระบบสื่อสารทำให้เกิดความเชื่อมโยงกันเกือบทั่วโลกแนวคิดต่างๆ ทางกฎหมายจึงได้รับประโยชน์จากนวัตกรรมการสื่อสารในปัจจุบันด้วย เมื่อหลักนิติธรรมเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับกว้างขวางในประชาคมโลก โดยเฉพาะในอารยประเทศ และในองค์กรสหประชาชาติ การจะค้นหาความหมายของหลักนิติธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปนั้น จึงมิใช่เรื่องยากและไม่ได้จำกัดอยู่ในเฉพาะตำรากฎหมาย

<sup>24</sup> เจตนารมณ์ดังกล่าวเห็นได้จากในชั้นร่างรัฐธรรมนูญ มีการชี้แจงเหตุของการเพิ่มวรรคสองใน มาตรา 3 ว่า เพื่อต้องการวางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีอยู่สองความหมาย คือ ความหมายแรก (ซึ่งมีความหมายอย่างแคบ : thin or formalist rule of law) หมายถึง การตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม และความหมายที่สอง (ซึ่งมีความหมายอย่างกว้าง : thick or substantive rule of law) หมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องมีกฎหมายรองรับและจะกระทำเกินไปกว่าขอบเขต หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้. โปรดดูรายละเอียดใน. รายงานการประชุมสมัชชาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550, หน้า 50-51). สำหรับความหมายของหลักนิติธรรมอย่างแคบ (Formal) และอย่างกว้าง (Substantive) นั้น โปรดดู Craig, Paul P. (1997). "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law : An Analytical Framework". Public Law, 467.

<sup>25</sup> ศาสตราจารย์วิชญ์ เครืองาม เห็นว่าการบัญญัติรับรองเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเหมาะสม แต่อันตรายคือไม่มีแนวทางรองรับในรัฐธรรมนูญว่าคืออะไร ดู ภาคผนวก: เสียงสะท้อนจากผู้อ่าน ในธานินทร์ ภิรัชวิเชียร อ่างแล้ว เจริญรถที่ 4, หน้า 68-69

#### 4. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

ที่น่าสนใจก็คือหลักนิติธรรมตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ได้มีคำวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 15-18/2556 จึงเป็นเรื่องที่น่าติดตามศึกษาเป็นอย่างยิ่งว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาและวินิจฉัยวางหลักในเรื่องหลักนิติธรรมไว้อย่างไรและมีขอบเขตการบังคับใช้เพียงใด

ข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยดังกล่าวสืบเรื่องมาจากการที่มีบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญรวมสี่คำร้อง<sup>26</sup>ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ร้องอ้างว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 311 คนได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยผู้ร้องเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้โดยมีข้อเท็จจริงว่าได้มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภาคนละฉบับกับที่สมาชิกรัฐสภาได้ยื่นต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนี้ในคราวประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการผู้ถูกร้องที่ 1 ยังใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ กล่าวคือ มีการสั่งการให้กำหนดระยะเวลาในการยื่นคำแปรญัตติภายใน 15 วัน นับจากวันที่รัฐสภารับหลักการ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 3 มาตรา 26 และมาตรา 27 และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 96 อีกทั้งการที่ผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 ผลัดกันทำหน้าที่ประธานที่ประชุมโดยตัดสิทธิการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภา ในฐานะผู้สงวนคำแปรญัตติและผู้สงวนความเห็นเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 130 และมาตรา 293 (4) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 99 และในคราวประชุมเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง ผู้เป็นประธานที่ประชุมรัฐสภาก็มิได้ดำเนินการพิจารณาโดยเรียงลำดับมาตรา จึงเป็นการพิจารณาที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291(4) มีผลทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสียไปทั้งฉบับ นอกจากนี้ พฤติการณ์ของผู้ถูกร้องที่ 2 ซึ่งทำหน้าที่เป็นรองประธานรัฐสภาในการประชุมดังกล่าว ยังแสดงถึงความไม่เป็นกลางและมีประโยชน์ทับซ้อนจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้จะทำให้ตนมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้ทันที พฤติกรรมของประธานและรองประธานที่ประชุมรัฐสภาแสดงให้เห็นว่าต้องการเร่งรัดให้มีการ

<sup>26</sup> เป็นเรื่องพิจารณาที่ 36/2556, 37/2556, 41/2556 และ 43/2556 ระหว่างพลเอกสมเจตน์ บุญถนอม กับคณะที่ 1 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ที่ 2 นายสาย กังกเวดิน กับคณะที่ 3 และนายพีระพันธ์ สาสิรัฐวิภาค กับคณะที่ ผู้ร้อง ประธานรัฐสภา ที่ 1 รองประธานรัฐสภา ที่ 2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ที่ 3 ถึง 312 ผู้ถูกร้อง



แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาอย่างชัดเจนว่ามีความมุ่งหมายเพื่อให้ตนได้มาซึ่งอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสืบไป กรณีจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 และมาตรา 122

สำหรับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ผู้ร้องเห็นว่าหลักการและเหตุผลของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง โดยตรงจากประชาชน เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทำให้วุฒิสภาไม่อาจทำหน้าที่ตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร และทำให้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐถูกทำลาย ประกอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5 ในส่วนคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาที่เปลี่ยนแปลงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามความในมาตรา 115 (5) ของรัฐธรรมนูญ ทำให้บุคคลที่เป็นบุพการี คู่สมรส หรือบุตรของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองสามารถสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 ยังทำให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินหนึ่งวาระได้ มีผลทำให้สมาชิกวุฒิสภาชุดปัจจุบันสามารถลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาต่อเนื่องได้ทันที เป็นการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการขัดแห่งผลประโยชน์ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 11 ยังตัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 12 ยังทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหาที่จะครบวาระในเดือนกุมภาพันธ์ 2560 ต้องสิ้นสุดลงในวันที่มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเดือนเมษายน 2557 อันเป็นการลบล้างสิทธิในการดำรงตำแหน่งของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหา นอกจากนี้ ผู้ร้องเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ มิใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากกรณีมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐและเปลี่ยนแปลงรูปแบบการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาทำให้คุณภาพของการตรวจสอบตามระบบรัฐสภาเสียไป รวมทั้ง ได้ลดทอนคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นสมาชิกวุฒิสภา โดยการยกเลิกสาระสำคัญในมาตรา 115 (5) และแก้ไขลักษณะต้องห้ามในมาตรา 115 (6) (7) และ (9) นอกจากนี้ ในกระบวนการพิจารณารายมาตรา ยังมีสมาชิกวุฒิสภาใช้บัตรแสดงตนและลงคะแนนแทนผู้อื่นโดยวิธีการเสียบัตรในช่องเสียบัตรและกดปุ่มแสดงตนลงมติแทนสมาชิกวุฒิสภาผู้ซึ่งเป็นเจ้าของบัตรดังกล่าว ทั้งที่มีข้อเท็จจริงว่าสมาชิกวุฒิสภาผู้ซึ่งเป็นเจ้าของบัตรไม่ได้อยู่ในห้องประชุม ทำให้ผลการนับองค์ประชุมและผลการลงมติไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง การกระทำได้กล่าวถือเป็นการออกเสียงหรือลงมติเกินกว่าหนึ่งเสียง จึงขัดต่อ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคสาม และไม่เป็นกรปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตและมีได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของปวงชนชาวไทยซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 และมาตรา 126 วรรคสาม

ผู้ร้องทั้งสองจึงมีคำขอในสาระสำคัญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมฯ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ และการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหมดเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสั่งให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดเลิกการกระทำดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับเรื่องตามคำร้องของผู้ร้องทั้งสองรายไว้พิจารณา โดยวินิจฉัยว่าในกรณีที่มิพพฤติการณ์ตามมาตรา 68 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น ผู้พบเห็นมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้ ไม่ได้ถูกจำกัดสิทธิที่จะต้องยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุดเท่านั้น

สำหรับประเด็นสำคัญในคำวินิจฉัยที่ต้องการนำเสนอในบทความนี้ก็คือ เนื้อหาและกระบวนการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวอ้างในคำร้องนั้น หากมีข้อเท็จจริงฟังได้ตามคำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปวินิจฉัยในเนื้อหาและกระบวนการได้มากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะในกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมาย ซึ่งเคยถกกันมาว่าเป็นพื้นที่ในขอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ในปัญหานี้ ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญทำการไต่สวนพยานผู้ร้องและพยานหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่อ้างในคำร้องแล้ว ฟังได้ว่ามีข้อเท็จจริงที่รับฟังได้ตามคำร้อง จึงได้กำหนดประเด็นวินิจฉัยไว้รวม 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช .... เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช .... เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

การพิจารณาประเด็นแห่งคดีทั้งสองประเด็นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีข้อวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ในปัญหานี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกคำปรารภของรัฐธรรมนูญมาสนับสนุนแนวคิดเกี่ยวกับความมุ่งหมายของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยว่าล้วนแต่มีวัตถุประสงค์ที่จะออกแบบหรือสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในอันที่จะทำให้ประชาชนเข้ามา มีบทบาทและส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งสร้างระบบตรวจสอบและ

ถ่วงดุลระหว่างองค์กรหรือสถาบันทางการเมือง เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการใช้อำนาจอัติปไตยซึ่งเป็นของประชาชน ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงมีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม มีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองใดบิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาดปราศจากความชอบธรรมทุกรูปแบบ ทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองหยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้างเพื่อใช้เป็นฐานสนับสนุนค้ำจุน ในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้น ๆ

ศาลรัฐธรรมนูญยังได้หยิบยกหลักการถือเอามติเสียงข้างมากขึ้นพิจารณาว่า “ถึงแม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติฝ่ายข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากทะเลาะหรือใช้อำนาจอำเภอใจกดขี่ข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อย โดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกันจนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้...จะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศไปอย่างชัดเจน ซึ่งหลักการพื้นฐานสำคัญนี้ได้รับการยืนยันมาโดยตลอดว่าจำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือน หรืออำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอัติปไตยของประชาชน...ในการนี้อาจกล่าวว่าการ้องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอัติปไตย ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือ**ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น**<sup>27</sup> ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขต**ทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา** กรณีจึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้”

จากการวางหลักสำคัญพื้นฐานดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้หยิบยกหลักนิติธรรมขึ้นวินิจฉัยว่า “ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงได้นำ**หลักนิติธรรม**มากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตาม**หลักนิติธรรม**ด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึง**หลักนิติธรรม**ควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยิบยกมาสนับสนุนการใช้อำนาจ

<sup>27</sup> แสดงให้เห็นว่าแนวคิดในประเทศไทยถือตามหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชน โดยรวมย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิาทบาดหมาง และแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 ววรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา 68 นั้นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณีจึงต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริตย่อมมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมิเช่นนั้นจะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ ให้ไปตกอยู่แก่บุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

**หลักนิติธรรม**ถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝงหลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา กิติ คณะรัฐมนตรี กิติ ศาล กิติ รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ กิติ จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ

“ส่วนหลักการปกครองแบบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชนโดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และมีใ้การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจาก การชนะเลือกตั้งเท่านั้น .... เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หากใ้เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตาม **หลักนิติธรรม** แต่อย่างใด

“ในขณะที่เดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในอันที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ...เมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องทั้งสี่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ววรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้”

สำหรับประเด็นแห่งคดีประการแรกที่ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้แยกวินิจฉัยออกเป็นสามประเด็นย่อยตามข้อเท็จจริงที่ได้จากการไต่สวนพยานหลักฐาน คือ (1) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฯ ที่ใช้ในการประชุมพิจารณาร่วมกันของรัฐสภาว่ามีใช่เป็นฉบับเดียวกันกับที่มีการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรในฐานะสำนักงานเลขาธิการรัฐสภา เนื่องจากมีการแก้ไขที่ขัดกับหลักการเดิมโดยมีการเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงหลักการที่สำคัญจากร่างเดิมหลายประการ ทั้งมีการดำเนินการในลักษณะปกปิดข้อเท็จจริงไม่แจ้งข้อความจริงว่าได้มีการจัดทำร่างขึ้นใหม่ให้สมาชิกรัฐสภาทราบทุกคน จึงมีผลทำให้การดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการ เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง และวินิจฉัยว่าการกำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าการอภิปรายแสดงความคิดเห็นในการบัญญัติกฎหมาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภาโดยเฉพาะผู้ที่ได้ขอแปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือกรรมาธิการที่สงวนความเห็นไว้ ย่อมมีสิทธิที่จะอภิปรายแสดงความคิดเห็นและเหตุผลในประเด็นที่ได้แปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือได้สงวนความเห็นไว้ เมื่อผู้ถูกร้องทั้งสองได้ผลัดกันทำหน้าที่ประธานที่ประชุมได้มีการตัดสิทธิผู้ขออภิปรายในวาระที่หนึ่ง และตัดสิทธิผู้ขอแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็น เป็นจำนวนถึง 57 คน โดยอ้างว่าความเห็นดังกล่าวขัดต่อหลักการ ทั้งๆ ที่ยังไม่ได้มีการฟังการอภิปราย และยังได้ใช้เสียงข้างมากในที่ประชุมปิดการอภิปราย ซึ่งแม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานที่ประชุม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากดังกล่าว จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่ฟังความคิดเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อ **หลักนิติธรรม** (2) การนับระยะเวลาในการแปรญัตติ ย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อ **หลักนิติธรรม** ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสองด้วยการกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง และ (3) วิธีการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนนั้น จะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 122 กล่าวคือ ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อีกทั้ง ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ส่วนการใช้อำนาจของสมาชิกรัฐสภานั้น มาตรา 126 วรรคสาม ได้กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน การปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภานั้น การแสดงตนในการออกเสียงลงคะแนนถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนที่จะต้องมาแสดงตนในการประชุมเพื่อพิจารณาญัตติต่าง ๆ ละครั้งด้วยตนเอง และในการนี้ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในแต่ละเรื่องได้เพียงครั้งละหนึ่งเสียงเท่านั้น การกระทำใดที่เป็นเหตุให้ผลการลงคะแนนผิดไปจากความเป็นจริง การกระทำนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่มีสมาชิกรัฐสภาหลายรายมิได้มาออกเสียงลงมติในที่ประชุมรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การดำเนินการดังกล่าวนอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาตามบทบัญญัติมาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสาม มีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนของรัฐสภาในการประชุมนั้นๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริต

สำหรับปัญหาในประเด็นที่สองว่า การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ร่างขึ้น โดยใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เป็นแม่แบบ โดยได้แก้ไขหลักการในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาจากเดิมเพื่อให้โอกาสแก่ประชาชนทุกภาคส่วน ทุกสาขาอาชีพ ได้มีส่วนร่วมในการทำหน้าที่ของวุฒิสภา ทั้งได้กำหนดคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาให้เป็นอิสระจากการเมืองและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วย 2 สภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ให้มีดุลยภาพระหว่างกัน โดยกำหนดบทบาทของวุฒิสภาให้เป็นองค์กรตรวจทานกลั่นกรองการทำงานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและถ่วงดุลอำนาจสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง การแก้ไขหลักการในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิก เป็นการแก้กลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏแล้วในอดีต ทำให้วุฒิสภากลับไปเป็นสภาญาติพี่น้อง สภาของครอบครัวและสภาผิวเมีย เปิดช่องให้ผู้ร่วมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีโอกาสได้อำนาจการปกครอง และการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเหมือนกับสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป นอกจากนี้ การแก้ไขที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาให้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมือง ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถควบคุมอำนาจเหนือรัฐสภาได้อย่าง

เบ็ดเสร็จเด็ดขาด อีกทั้งเนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ไม่ต้องส่งร่างกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนขัดกับหลักการดุลและคานอำนาจอันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ จึงมีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นการทำให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้หยิบยกหลักนิติธรรม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ขึ้นมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยถึงขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเอง และที่สำคัญกว่าคือ ในประเด็นกระบวนการเสนอและพิจารณากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งการพิจารณาถึงเนื้อหาของร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติจัดทำขึ้นทำให้หลายฝ่ายกังขาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจและควรมีอำนาจเช่นนั้นหรือไม่ และหลักนิติธรรมที่ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยเป็นหลักพื้นฐานในการพิจารณาวินิจฉัยความไม่ชอบธรรมของฝ่ายผู้ถูกร้อง ซึ่งทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐสภาทั้งในบริบทของกระบวนการเสนอและพิจารณาร่างกฎหมาย ตลอดจนในเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่เว้นแม้กระทั่งเชิงพฤติกรรมของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น เป็นหลักการและคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับความหมายของหลักนิติธรรมอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลหรืออารยประเทศอย่างน้อยเพียงใด โดยเฉพาะความหมายของหลักนิติธรรมร่วมสมัยในศตวรรษที่ 21 นี้

#### 4. บทสรุป : หลักนิติธรรมจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงหลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคสองและมาตรา 78(6) ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยแรกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่หยิบยกหลักนิติธรรมขึ้นมาวินิจฉัย เนื่องจากก่อนหน้าที่จะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติใดทั้งในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นอธิบายหรือขยายความว่าหลักนิติธรรมหมายถึงอะไร ทั้งไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยใดอธิบายความหมายไว้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 จึงเป็นคำวินิจฉัยแรกที่ให้อรรถาธิบายถึงที่มาและความสำคัญ ตลอดจนผลจากการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถือเป็น “รุ่งอรุณของหลักนิติธรรมไทย” โดยแท้

จากการศึกษาวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าหลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายและสภาพบังคับของหลักนิติธรรมประกอบด้วยสาระสำคัญต่อไปนี้ คือ

(1) หลักนิติธรรมเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง และแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ

(2) การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณีต้องเป็นไปตามโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริต ฉ้อฉล มีผลประโยชน์ทับซ้อน หรือวาระซ่อนเร้นมิได้

(3) การใช้เสียงข้างมากตามอำเภอใจ โดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกัน จนทำให้ฝ่ายข้างน้อยไม่มีที่ยืนตามสมควร จะกลับกลายเป็นระบบเผด็จการเสียงข้างมาก ขัดแย้งต่อระบบการปกครองประชาธิปไตย

(4) หลักการพื้นฐาน คือจำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือนหรืออำนาจอำเภอใจของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน

(5) องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กรล้วนถูกจัดตั้งขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านการกระบวนกรและเนื้อหา จึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ ไม่สามารถจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความหมายและสภาพบังคับของหลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นกับหลักการและแนวคิดต่าง ๆ ของหลักนิติธรรมทั้งในยุคดั้งเดิมและยุคร่วมสมัยตามที่ได้นำเสนอข้างต้น ในบทความนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้หยิบยกหรืออ้างอิงแนวคิดต่าง ๆ ของหลักนิติธรรมมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงอย่างครบถ้วนเบ็ดเสร็จก็ตาม แต่โดยนัยแห่งอรรถแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นหลักการที่ประกอบด้วยอุดมการณ์เดียวกับหลักนิติธรรมในบริบทของสากลนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ดี ฝ่ายนิติบัญญัติที่ดี ศาลหรือองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องประกอบไปด้วยเจตนารมณ์ที่เสริมสร้างระบอบประชาธิปไตยที่เป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายข้างมากหรือข้างน้อย การใช้อำนาจเช่นว่านั้น จึงต้องชอบธรรมทั้งในกระบวนการหรือวิธีการ กล่าวคือ มีความโปร่งใส ไม่รวบรัด เปิดเผยและตรงไปตรงมา และอีกประการหนึ่ง คือ เนื้อหาของเรื่องที่ต้องการจะกระทำนั้นก็ต้องชอบธรรมและเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนด้วย หลักหรือแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคดีดังกล่าวข้างต้น จึงสอดคล้องกับหลักการของหลักนิติธรรมในมิติต่าง ๆ และหากจะนำแนวคิดหรือหลักประยุกต์ในระดับสากลดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอข้างต้นแล้ว โดยเฉพาะความหมายของหลักนิติธรรมอย่างกว้าง



(thick or substantive conceptions) น่าจะยังมีพื้นที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงล้ำเข้าไปในพฤติกรรม และกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ของภาครัฐอีกหลากหลาย ไม่เว้นแม้แต่นโยบายที่รัฐบาลแถลงไว้

หากไม่ยึดถือแนวคิดกล่าวข้างต้นแล้ว หลักนิติธรรมที่กล่าวกันว่าเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อการประกันถึงกระบวนการยุติธรรมที่โปร่งใสและเป็นธรรม ตลอดจนเป็นหลักที่จะใช้ในการควบคุมและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐทั้งหลายย่อมไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้ ต่อเมื่อหลักนิติธรรมได้รับการยอมรับนับถือ และมีสภาพบังคับตามแนววินิจฉัยข้างต้น จึงจะทำให้หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักสำคัญให้ตัวบทกฎหมาย การบัญญัติกฎหมาย กระบวนการบังคับใช้กฎหมาย และการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนอย่างแท้จริง ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย “ประชาธิปไตย” จึงต้องคู่กับ “หลักนิติธรรม” เสมอ เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง หากไม่แล้วระบอบประชาธิปไตยก็จะไม่แตกต่างไปจากระบอบเผด็จการเสียงข้างมาก

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กำชัย จงจักรพันธ์ “หลักนิติธรรม”. บทบัณฑิตย เล่มที่ 68 ตอน 4 (ธันวาคม 2555)  
คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5 ก วันที่ 8 มกราคม 2557
- จรัญ ภัคศิธนากุล “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ” รพี 55 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555 (ถอดเทปจากคำบรรยายพิเศษเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการดำรงหลักนิติธรรม” ในการบรรยายทางวิชาการเนื่องในวาระครบ 14 ปี ศาลรัฐธรรมนูญ ในวันพฤหัสบดีที่ 29 มีนาคม 2555 ณ โรงแรมมิราเคิลแกรนด์ กรุงเทพมหานคร
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541)
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “หลักนิติธรรม” (บรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรมเนติบัณฑิต สมัยที่ 61 ในวันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552) สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา, 2552
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493
- บรรเจิด สิงคะเนติ “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553
- สมยศ เชื้อไทย “หลักนิติรัฐ”. รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม. โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ภาคผนวก “เสียงสะท้อนจากผู้อ่าน” เขียนโดยศาสตราจารย์กิตติคุณบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในธานินทร์ กรัยวิเชียร วิเชียร. “หลักนิติธรรม” (บรรยายในการอบรมหลักสูตร ภาคจริยธรรมเนติบัณฑิต สมัยที่ 61 ในวันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552) สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552
- ปทานุกรมของกรมตำรวจ กระทรวงธรรมการ พ.ศ. 2470

ประยูร กาญจนดุล. “หลักนิติธรรมไทย”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล นิติรัฐ นิติธรรม. โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร” รวบรวมโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม. โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553

วิชญ์ เครื่องาม ภาคผนวก: เสียงสะท้อนจากผู้อ่าน เขียนโดยศาสตราจารย์วิชญ์ เครื่องาม ใน ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร วิเชียร. “หลักนิติธรรม” (บรรยายในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรม เนติบัณฑิต สมัยที่ 61 ในวันอาทิตย์ที่ 12 กรกฎาคม 2552) สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552

### ภาษาอังกฤษ

Agrast, M., Botero, J., Martinez, J. & Pratt, C. WJP Rule of Law Index 2012-2013, Washington, D.C. : The World Justice Project. ISBN : 978-0-9882846-3-0. <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>:Accessed 23/1/2004.

Albert V. Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. (London : MacMillan, 1959 Tenth Edition, Reprinted 1971)

Black’s Law Dictionary, 9th Edition, (Thomson Reuters, 2009)

Commentary on the IBA Council ‘Rule of Law’ Resolution of September 2005, adopted by the International Bar Association on 8 October, 2009. [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org)

Craig, Paul P. (1997). “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law : An Analytical Framework”. Public Law, 467

Oxford English Dictionary (OED)

Tamanaha, Brian Z. (2004), on the Rule of Law. Cambridge University Press

Report of the Secretary-General of the United Nations on the Rule of Law and Transitional

Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, (S/2004/616). <http://www.org/en/ruleoflaw>:accessed 23/1/2004

UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) 2007. What is good governance? <http://www.unescap.org/pdd/prs/projectactivities/ongoing/gg/governance.asp>

# ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎเกณฑ์ ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม

สุทธิพล ทวีชัยการ\*

## บทนำ

คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) มีอำนาจหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 (“พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553”) ทั้งนี้ มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการโทรคมนาคมโดยให้ใช้วิธีการประมูลเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 41 ในกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นมิได้กำหนดวิธีการในการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีเพื่อการประกอบกิจการทางธุรกิจ นอกจากนี้เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการโทรคมนาคมให้นำส่งเป็นรายได้ของแผ่นดิน ขณะที่เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ให้นำส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ (“กองทุนฯ”) ดังนั้น จึงเกิดข้อสังเกตว่าการที่กฎหมายกำหนดวิธีการที่ต่างกันเช่นนี้ขัดต่อหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต้องการให้มีหน่วยงานเพียงหน่วยงานเดียวเพื่อจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ โดยภารกิจในการจัดสรรคลื่นความถี่ รัฐธรรมนูญฯ มิได้แยกให้ดำเนินการแตกต่างกันระหว่างคลื่นความถี่ที่จัดสรรในกิจการโทรคมนาคมและคลื่นความถี่ที่จัดสรรในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

\* เลขานุการคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย อดีตกรรมการ กสทช., ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนจึงจัดทำรายงานนี้ขึ้นเพื่อศึกษาว่าการที่ พ.ร.บ. องค์กรจัดการคดีความถึง พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการจัดสรรคดีความที่ต่างกันระหว่างการจัดสรรคดีความเพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์และการจัดสรรคดีความเพื่อกิจการโทรคมนาคมนั้นขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่

## ความหมายของหลักนิติธรรม

แม้ว่าหลักนิติธรรม หรือ rule of law เป็นที่อ้างถึงอย่างมากในปัจจุบัน แต่เป็นที่น่าสงสัยว่า “หลักนิติธรรม” ตามความหมายของผู้กล่าวอ้างตรงกับนิยามของคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่นักปรัชญาหรือนักนิติศาสตร์เคยให้นิยามไว้หรือไม่

### 1. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ (formalistic approach)

ในยุคแรก การอธิบายคำว่า “หลักนิติธรรม” เน้นที่กระบวนการตราและบังคับใช้กฎหมาย โดยหลักนิติธรรมเป็นที่เริ่มรู้จักในศตวรรษที่ 19 โดยศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวอังกฤษ Albert V. Dicey<sup>1</sup> หลักนิติธรรมในความหมายของ Dicey นั้นประกอบไปด้วยหลัก 3 ประการ คือ

(1) บุคคลไม่อาจถูกลงโทษทางอาญานอกจากเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบ และได้รับการตัดสินโดยศาลยุติธรรม<sup>2</sup>

(2) หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่หรือประชาชนอยู่ภายใต้ศาลเดียวกัน คือ ศาลยุติธรรม และ

(3) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองโดยศาลยุติธรรม<sup>3</sup>

หลักแรกนั้น อาจมีความสับสนอยู่บ้างเพราะมีหลายองค์ประกอบทำให้หลักนิติธรรมอาจหมายถึงหลักความสูงสุดของกฎหมายธรรมดา ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ไม่ว่าจะจนหรือรวย หรืออาจหมายถึงการที่กฎหมายนั้นตราขึ้นโดยชอบ โดยเน้นที่กระบวนการตรากฎหมายและไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย หรืออาจหมายถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยการให้ศาลเป็นผู้ตัดสินว่าบุคคลนั้นสมควรได้รับการลงโทษหรือไม่<sup>4</sup> ส่วนหลักที่สองและสามนั้นอธิบายถึงความหมายของหลักนิติธรรมที่มีความชัดเจนเพียงพอ

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” ใน รพี ’51 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551, 25.

<sup>2</sup> Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publication.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>, 13 กุมภาพันธ์ 2557

<sup>3</sup> บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 26.

<sup>4</sup> อ้างแล้ว และ Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publication.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>,

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักทั้งสามของ Dicey อาจจะรวมความหมายของคำว่า “หลักนิติธรรม” หลายๆ ความหมายในปัจจุบันไว้ แต่ก็เห็นได้ว่า Dicey เน้นความสูงสุดของกฎหมายซึ่งตรงกันข้ามกับความ เป็นใหญ่ของบุคคลและเน้นถึงความสำคัญของศาลยุติธรรมในการรักษาความสูงสุดของกฎหมาย นั้นไว้เพื่อป้องกันการบังคับใช้กฎหมายต่อบุคคลตามอำเภอใจนั่นเอง<sup>5</sup>

หลักการท่านองเดียวกันนี้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 แห่งรัฐธรรมนูญของ สหรัฐอเมริกา (fifth amendment) เช่นกัน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมาย common law เช่นเดียวกับอังกฤษจึงได้รับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษ โดย Fifth Amendment มีใจความสำคัญว่า “บุคคล...ไม่อาจถูกพรากจากชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สิน โดยปราศจากศุภนิติกระบวนการ (due process of law)”<sup>6</sup> โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ยืนยันหลัก due process of law ในคดี **Miranda v. Arizona** โดยวางหลักไว้ว่าผู้ต้องหาในคดีอาญาต้องได้รับการแจ้งสิทธิต่างๆ ของผู้ต้องหา ก่อน การสอบสวน มิฉะนั้น ถ้อยคำใดๆ ที่ผู้ต้องหาให้ไว้จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้ ในกรณีนี้ คำรับสารภาพของนาย Miranda ผู้ต้องหา (และจำเลยในเวลาต่อมา) ซึ่งได้ให้ไว้ก่อนการแจ้งสิทธิ จึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานมิได้<sup>7</sup>

ทั้ง Fifth Amendment และคำพิพากษาคดี **Miranda v. Arizona** มุ่งเน้นที่กระบวนการ ปรับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจในการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น จึงอาจสรุปอย่างกว้างๆ ได้ว่าความหมายแรกของหลักนิติธรรมเน้นที่กระบวนการ ตราและกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย หากกฎหมายตราขึ้นโดยฝ่าฝืนกระบวนการที่กำหนดไว้ หรือ การบังคับใช้กฎหมาย เช่น การจับหรือคุมขัง ฝ่าฝืนกระบวนการตามกฎหมาย ย่อมเป็นการฝ่าฝืน หลักนิติธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการนี้ไม่ให้ความสำคัญกับเนื้อหาของ กฎหมายว่าเป็นธรรมหรือไม่ เพียงใด เพราะฉะนั้นแม้กระทั่งกฎหมายที่ปรากฏการเลือกปฏิบัติ เช่น กฎหมายกีดกันคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ก็เป็นกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมได้ หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นถูกต้องตามกระบวนการ<sup>8</sup>

<sup>5</sup> บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 26.

<sup>6</sup> อ้างแล้ว.

<sup>7</sup> **Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436, Legal Information Institute, Cornell University Law School, [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436#writing-USSC\\_CR\\_0384\\_0436\\_ZO](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436#writing-USSC_CR_0384_0436_ZO), 13 กุมภาพันธ์ 2557

<sup>8</sup> David Ingram, *Law: Key Concepts in Philosophy*, Continuum: 2007, 33.

## 2. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา (substantive approach)

ต่อมาสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law theorists) เกิดความคับข้องใจว่า หลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอาจก่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ เพราะระดับคุณธรรมของกฎหมายขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นการพึ่งพาตัวบุคคลผู้ร่างกฎหมายมากเกินไป หากผู้ตรากฎหมายคำนึงถึงเนื้อหาของกฎหมายก็เป็นการดี หากไม่ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อนได้

หลักการนี้มีอิทธิพลมาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ซึ่งประกาศไว้ชัดเจนว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำอะไรๆ ที่กฎหมายไม่ห้ามและกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นเครื่องจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนได้ โดยกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็เพื่อความสงบสุขของสังคมเท่านั้น การจำกัดเสรีภาพตามอำเภอใจของผู้ปกครองจะทำได้ไปอีกต่อไป ทั้งการตรากฎหมายต้องเป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชน<sup>9</sup>

Lon Fuller ซึ่งเป็นปรมาจารย์ด้านกฎหมาย จึงได้อธิบายว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วย 8 ข้อ ดังต่อไปนี้

- (1) ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่
- (2) กฎหมายต้องประกาศให้ทราบล่วงหน้าโดยทั่วกัน
- (3) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง
- (4) กฎหมายต้องบัญญัติไว้ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจโดยมิชอบ
- (5) กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง
- (6) กฎหมายต้องไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้
- (7) กฎหมายต้องยั่งยืน คงอยู่เพื่อให้หยั่งรากลึกในสังคม แต่ต้องปรับตัวให้เข้ากับสภาพ

ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมได้

- (8) การบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ประกาศไว้ทุกประการ<sup>10</sup>

จึงเห็นได้ว่า หลักนิติธรรมของ Lon Fully ประกอบไปด้วยทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ สำนักกฎหมายธรรมชาติจึงเกิดแนวคิดที่ว่ากฎหมายจะประกอบไปด้วยหลักนิติธรรมเมื่อเนื้อหาของกฎหมายนั้นเองมีความเป็นธรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาพิจารณาทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายก็ตกกันคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ไม่สามารถเป็นไปตามหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาได้เลย แม้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบทุกกระบวนการก็ตาม

<sup>9</sup> บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 27.

<sup>10</sup> บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 29.

### 3. หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมถึงหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาด้วย โดยมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

แน่นอนว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับได้จะต้องตราขึ้นโดยชอบ หลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง จึงหมายถึงหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอย่างชัดเจน แต่เมื่อมาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย ซึ่งครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงย่อมหมายความว่า กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามจะต้องมีความเป็นธรรมด้วย (มี morality of law) มิฉะนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจะเป็นธรรมและเป็นไปตามหลักนิติธรรมอย่างไร

ดังนั้น หลักนิติธรรมตามความหมายในมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ จึงหมายความว่า รวมทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องและเนื้อหากฎหมายต้องเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติและตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันด้วย

การวิเคราะห์ความสอดคล้องของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กับหลักนิติธรรม

แม้ว่ามาตรา 47 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระองค์กรหนึ่งทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ โดย “คลื่นความถี่” หมายถึง คลื่นความถี่ที่ใช้ในการส่งวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และโทรคมนาคม แต่มาตรา 305 แห่งรัฐธรรมนูญฯ กลับกำหนดให้กฎหมายจัดตั้งองค์กรตามมาตรา 47 ประกอบไปด้วยสองหน่วยย่อยภายในองค์กรเดียวกัน โดยแยกอำนาจหน้าที่ออกจากกัน องค์กรหนึ่งทำหน้าที่กำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ และอีกองค์กรหนึ่งกำกับการประกอบกิจการโทรคมนาคม ดังนั้น ในปัจจุบันแม้ว่า กสทช. จะเป็นองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ แต่หากเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ (กสท.) จะเป็นผู้ดำเนินการแทน กสทช. และหากเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทค.) จะเป็นผู้ดำเนินการแทน กสทช. ตามมาตรา 35 และมาตรา 38 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ตามลำดับ



การที่คณะกรรมการย่อยที่ได้รับมอบอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายให้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติราชการแทน กสทช. ในภารกิจบางประการซึ่งมีหลักการตามรัฐธรรมนูญเหมือนกัน จะเกิดปัญหาเรื่องมาตรฐานการดำเนินงานที่แตกต่างกันและจะกระทบต่อหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่จะศึกษาต่อไปโดยจำเป็นต้องทำการวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าว สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักนิติธรรมอย่างไร

**1. พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมและกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่มาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญ วางหลักการไว้เหมือนกัน**

ตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น แม้ว่า กสทช. และ กทค. ต่างก็มีหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่เช่นเดียวกัน เพียงแต่คลื่นความถี่นั้นจะถูกนำไปใช้ในกิจการประเภทใดเท่านั้น แต่วิธีการใช้คลื่นความถี่ก็มีได้แตกต่างกันอย่างใด แต่ก็เป็นที่น่าแปลกกว่าในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 มิได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง นอกจากการประกอบกิจการทางธุรกิจเท่านั้นที่ใช้วิธีการประมูลคลื่นความถี่ โดยที่มาตรา 41 ระบุไว้เพียงว่า “ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้” แต่ในทางกลับกันการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ **ซึ่งต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่**” ซึ่งหมายความว่ามาตรา 45 ได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งให้กระทำได้โดยการประมูลคลื่นความถี่เพียงวิธีการเดียวเท่านั้น

ดังนั้น ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์สามารถจัดสรรคลื่นความถี่ได้หลายวิธีเว้นแต่เฉพาะการประกอบกิจการทางธุรกิจเท่านั้นที่จะต้องใช้วิธีการประมูล แต่ในกิจการโทรคมนาคมการจัดสรรคลื่นความถี่ต้องใช้การประมูลเท่านั้น จึงเป็นที่น่าสงสัยว่าการจัดสรรคลื่นความถี่โดยหน่วยงานเดียวกัน (ซึ่งในกรณีนี้ต้องถือว่าเป็นการจัดสรรคลื่นความถี่โดยหน่วยงานเดียวกันเพราะทั้ง กสทช. และ กทค. ก็ต่างดำเนินการแทน กสทช.) แต่กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ต่างกันเช่นนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติและสุ่มเสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตามอำเภอใจอันเป็นการขัดหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมาตรา 47 วรรคหนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้คลื่นความถี่ “**เป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ**” และมาตรา 47 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้ในการจัดสรรคลื่นความถี่ “**ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในระดับชาติและระดับท้องถิ่น**”

## 2. การที่ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้ใช้วิธีการจัดสรรคลื่นความถี่แตกต่างกันระหว่างกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

หากพิจารณาตามความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ อาจสรุปได้ว่าการกำหนดวิธีการที่ต่างกันในการจัดสรรคลื่นความถี่ระหว่างกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม เป็นไปตามหลักนิติธรรมเนื่องจากมาตราที่ 41 และมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ตราขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการตามรัฐธรรมนูญฯ แต่หากพิจารณาตามความหมายของหลักนิติธรรมเชิงเนื้อหา ความแตกต่างดังกล่าวอาจขัดต่อหลักนิติธรรม เนื่องจากคลื่นความถี่เป็นทรัพยากรของชาติ และการจัดสรรคลื่นความถี่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของชาติและระดับท้องถิ่น แต่การกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ต่างกันเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรม (ไม่มี morality of law) และไม่สามารถตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบัน อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาและหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ อย่างสิ้นเชิง

ผู้เขียนเห็นว่า ในกิจการโทรคมนาคมที่บังคับให้ใช้วิธีการประมูลในการจัดสรรคลื่นความถี่เท่านั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเนื่องจากเหตุผลสองประการหลักๆ ดังนี้

(1) พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดคุณสมบัติของกรรมการ กสทช. ไว้อย่างสูง โดยกำหนดให้มีผู้เชี่ยวชาญหลายด้าน อาทิเช่น ผู้เชี่ยวชาญด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม ด้านกฎหมาย ด้านเศรษฐศาสตร์ และด้านการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้ กสทช. ใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมเป็นประโยชน์สูงสุดต่อชาติและประชาชน จึงเห็นได้ชัดว่าการกำหนดคุณสมบัติเช่นนี้ กฎหมายต้องการใช้ประโยชน์จากความรู้ความเชี่ยวชาญของกรรมการ กสทช. เพื่อให้กรรมการ กสทช. ดำเนินการอันจำเป็นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด จึงสามารถอนุมานได้ว่ากฎหมายต้องการให้ดุลพินิจกรรมการในการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ด้วย เพราะคลื่นความถี่เป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดของชาติและรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้สงวนไว้ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ กรรมการ กสทช. จึงต้องหาวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่จะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุด พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 แต่การกำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคมใช้วิธีการประมูลเท่านั้น ในขณะที่ไม่จำกัดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เป็นการจำกัดดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ที่เป็น กทค. ขณะที่ไม่จำกัดดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ที่เป็น กสท. ฉะนั้น การกำหนดวิธีการแบบสองมาตรฐานเช่นนี้จึงเป็นการจำกัดดุลพินิจกรรมการ กสทช. ที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน

ทั้งนี้ อาจมีผู้กังวลว่าหากไม่มีการจำกัดดุลพินิจกรรมการ กสทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่ ด้วยวิธีการประมูล กรรมการ กสทช. อาจใช้วิธีการที่เอื้อผลประโยชน์ต่อผู้ประกอบการบางกลุ่มหรือไม่

การตอบคำถามนี้ ต้องพิจารณา มาตรา 41 วรรคสี่ แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 แม้ว่ามาตรา 41 จะมีได้กำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่สำหรับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 จะให้ดุลพินิจแก่กรรมการ กสทช. กำหนดวิธีการใดก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะมาตรา 41 วรรคสี่ บัญญัติไว้ว่า “การอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น ในด้าน...ประโยชน์สาธารณะอื่น รวมทั้งการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและต้องดำเนินการในลักษณะที่มีการกระจายการใช้ประโยชน์โดยทั่วถึงในกิจการด้านต่างๆ ให้เหมาะสมแก่การเป็นทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งเป็นการกำหนดกรอบดุลพินิจของกรรมการ กสทช. ในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้อย่างชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้เหมาะสมและเป็นธรรมกว่าการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมอย่างมาก เพราะเป็นการให้ดุลพินิจแก่กรรมการ กสทช. มากพอที่จะได้ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาอาชีพของตน แต่ในขณะเดียวกันการใช้ดุลพินิจนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้กรอบเพื่อประโยชน์สาธารณะตามมาตรา 41 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2553 นอกจากนี้ ดุลพินิจดังกล่าวยังถูกกำกับโดยมาตรา 47 แห่ง รัฐธรรมนูญฯ อีกชั้นหนึ่งซึ่งกำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ในระดับชาติและระดับท้องถิ่นอีกด้วย

(2) การจำกัดดุลพินิจกรรมการ กสทช. ในกิจการโทรคมนาคมอาจเป็นการขัดขวางการจัดสรรคลื่นความถี่ “เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดในระดับชาติและระดับท้องถิ่น” ตามรัฐธรรมนูญด้วย เพราะในบางกรณี การประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมอาจไม่ใช่วิธีการที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน เช่น กรณีกิจการดาวเทียมสื่อสาร เป็นต้น

เนื่องจากนิยามคำว่า “กิจการโทรคมนาคม” ในมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 “รวมถึง กิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร” ด้วย ดังนั้น ในกิจการดาวเทียมสื่อสาร กสทช. จึงต้องดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่ด้วยวิธีการประมูลด้วย

ปกติแล้วแรงจูงใจหลักในการใช้วิธีการประมูลในการจัดสรรคลื่นความถี่คือการได้มาซึ่งมูลค่าทางการตลาดที่แท้จริงของทรัพยากรสาธารณะ (extract market value of a public resource) ซึ่งกรณีนี้คือคลื่นความถี่<sup>11</sup> โดยการประมูลตอบสนองสองเป้าหมายหลัก คือ ช่วยหาผู้เสนอที่ให้

<sup>11</sup> รายงานการศึกษาแนวปฏิบัติระดับนานาชาติสำหรับการอนุญาตประกอบการดาวเทียมและองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องฉบับล่าสุด Nordicity การศึกษาเพื่อ Industry Canada. พฤศจิกายน 2553, 40.

ราคาสูงสุด และผู้เสนอที่จะนำทรัพยากรไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการได้รับการอนุญาต ซึ่งจะนำไปสู่การใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด (effective use of resource) ทั้งนี้ จะสามารถตอบสนองเป้าหมายหลักสองเป้าหมายนี้ได้จะต้องมีผู้ประกอบการหลายรายที่ให้ความสนใจในการประมูลเพื่อก่อให้เกิดการแข่งขันและได้มูลค่าสูงสุดจากคลื่นความถี่ที่ประมูลนั้น และสิทธิที่ได้จากการประมูลจะต้องเป็นสิทธิเด็ดขาด (exclusive right) หรืออย่างน้อยจะต้องมีผู้มีสิทธิจำนวนจำกัด และเป็นจำนวนที่ทราบได้แน่นอน (definite number of right holders)

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันในกรณีดาวเทียมสื่อสารประเทศไทยมีผู้ประกอบการดาวเทียมสื่อสารเพียงรายเดียวเท่านั้น ประกอบกับลักษณะของธุรกิจดาวเทียมสื่อสารนั้นต่างจากธุรกิจอื่นโดยทั่วไป โดยธุรกิจดาวเทียมสื่อสารมีผู้ประกอบการในสองระดับ คือผู้ให้บริการช่องสัญญาณดาวเทียมสื่อสาร (Satellite Service Operator) ในอวกาศ และผู้ให้บริการดาวเทียมสื่อสารภาคพื้นดิน (Earth Satellite Service Provider) ในประเทศแต่ละประเทศ

กรณีการให้บริการช่องสัญญาณดาวเทียมสื่อสารในอวกาศเกี่ยวข้องกับทรัพยากรโทรคมนาคมสองส่วน กล่าวคือ

- (1) วงโคจรดาวเทียม และ
- (2) คลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน

วงโคจรดาวเทียมนั้นเป็นทรัพยากรในอวกาศที่ไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นเจ้าของ แต่อยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีกติการ่วมกันในกระบวนการและขั้นตอนให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้ตำแหน่งวงโคจรดาวเทียม (satellite orbit filings) โดยมีสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Union หรือ ITU) เป็นผู้ประสานงานในขั้นตอนดังกล่าว ซึ่งกรณีประเทศไทย กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเป็นสมาชิก

ส่วนคลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน เช่น คลื่นความถี่ย่าน KU Band, C Band สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศเป็นผู้กำหนดมาตรฐานทางเทคนิคซึ่งประเทศสมาชิกทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยต่างยอมรับ เพื่อให้การสื่อสารดาวเทียมภาคพื้นดินกับสถานีดาวเทียมในอวกาศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ปราศจากการรบกวนของคลื่นสัญญาณระหว่างดาวเทียมหลายๆ ดวง

กสทช. นั้นมีอำนาจกำกับดูแลเฉพาะกรณีการจัดสรรคลื่นความถี่ดาวเทียมบนภาคพื้นดิน แต่ไม่มีอำนาจจัดสรรวงโคจรดาวเทียม โดย กสทช. มีเพียงหน้าที่ในการสนับสนุนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในกระบวนการจองตำแหน่งวงโคจรดาวเทียมเท่านั้น

ดังนั้น การจัดสรรคลื่นความถี่ด้วยการประมูลจึงไม่เหมาะกับกิจการดาวเทียมสื่อสาร เนื่องจากลักษณะเฉพาะของกิจการดาวเทียมสื่อสารที่ กสทช. ไม่สามารถให้สิทธิเด็ดขาดในวงโคจรดาวเทียมได้ ประกอบกับย่านคลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการดาวเทียมสื่อสารมีลักษณะที่แตกต่างจาก

คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เนื่องจากผู้ประกอบการสามารถใช้คลื่นความถี่ ยานเดียวกันนี้พร้อมๆ กันได้ในทางสากล จึงแทบไม่มีประเทศใดในโลกที่มีการประมูลคลื่นความถี่สำหรับ กิจการดาวเทียมสื่อสาร ดังนั้น การประมูลคลื่นความถี่จึงไม่ใช่วิธีที่ดีที่สุดในการได้มาซึ่งมูลค่าทางตลาด ที่แท้จริงของคลื่นความถี่ แต่เมื่อมาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ซึ่งรวมถึงกิจการดาวเทียมสื่อสาร ต้องใช้ วิธีการประมูล ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักนิติธรรมเชิงเนื้อหาอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของปรมาจารย์ทางกฎหมายของสหรัฐ คือ Lon Fuller ที่ได้กล่าวว่า กฎหมายย่อมไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้และกฎหมายต้องสามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาพ ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมได้

ในแนวทางปฏิบัติที่เป็นสากลนั้น กรณีกิจการโทรคมนาคม นอกจากวิธีการประมูลคลื่น ความถี่ยังมีวิธีการอื่นอีกมากมายในการจัดสรรคลื่นความถี่ เช่น การประกวดราคาโดยยื่นซองข้อเสนอ (beauty contest) ซึ่งต้องนอกจากราคาแล้วยังต้องพิจารณาคุณภาพงานที่เสนอด้วย

นอกจากนี้ การประมูลคลื่นความถี่ยังเป็นวิธีการที่ทำให้ผู้ประกอบการที่ประกอบการอยู่ใน ตลาดอยู่แล้วได้เปรียบผู้ประกอบการใหม่ที่กำลังจะเข้าตลาดเดียวกัน เนื่องจากผู้ประกอบการใน ตลาดย่อมมีอำนาจทุนสูงกว่าผู้ประกอบการใหม่ ซึ่งการนี้ก็ส่งผลต่อสาธารณชนในฐานะผู้บริโภค เพราะเมื่อการ แข่งขันในตลาดถูกจำกัดลง ผู้บริโภคก็ไม่ได้ประโยชน์สูงสุดไม่ว่าในด้านราคาหรือในด้านบริการปัจจุบัน จึงเริ่มมีการมองหาวิธีการอื่นในการจัดสรรคลื่นความถี่ เช่น ในประเทศอังกฤษ Ofcom (หน่วยงาน ที่มีอำนาจหน้าที่เทียบเคียงกันได้กับ กสทช.) จะกันคลื่นความถี่บางคลื่นไว้สำหรับผู้ประกอบการ รายใหม่เพื่อให้เกิดความแข่งขันในตลาดมากขึ้น<sup>12</sup>

กรณีจึงไม่แนชัดอีกต่อไปว่าการประมูลคลื่นความถี่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อ ชาติและประชาชนเสมอไป เนื่องจากมีองค์ประกอบมากมายที่ต้องคำนึงถึงไม่ว่าจะเป็นจำนวน ผู้ประกอบการในตลาดปัจจุบัน ผู้ประกอบการรายใหม่ หรือลักษณะของธุรกิจ ดังนั้น การที่ มาตรา 45 แห่ง พ.ร.บ.องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ เพื่อกิจการโทรคมนาคมต้องทำโดยวิธีการประมูลเท่านั้นจึงขัดต่อหลักนิติธรรมเชิงเนื้อหา และเมื่อ หลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและ หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา มาตรา 45 ดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญฯ ด้วย

<sup>12</sup> Spectrum value of 800MHz, 1800MHz and 2.6 GHz, A DotEcon and Aetha Report for Ofcom, กรกฎาคม 2555, v, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/award800mhz/statement/spectrum-value.pdf>

3. พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคมต้องส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดิน แต่กลับกำหนดให้เงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ

นอกจากวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่แตกต่างกันระหว่างกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ กับกิจการโทรคมนาคมแล้ว พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ยังมีวิธีการบริหารจัดการเกี่ยวกับเงินที่ได้จากการประมูลในแต่ละกิจการต่างกันด้วย โดยเงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องนำส่งเข้ากองทุนวิจัยและพัฒนากิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์สาธารณะ (“กองทุนฯ”) ตามมาตรา 53 (2) ประกอบ มาตรา 41 วรรคหก ในขณะที่เงินที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเมื่อหักค่าใช้จ่ายแล้วให้ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง

จุดนี้จึงเป็นอีกประเด็นที่น่าสนใจว่าการบริหารจัดการรายได้จากการประมูลคลื่นความถี่ซึ่งนำไปใช้ประโยชน์ในแนวทางเดียวกันที่ต่างกันขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่

4. การที่ พ.ร.บ. องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การบริหารจัดการรายได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แตกต่างกัน ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เนื่องจากปัจจุบันมีการหลอมรวมของเทคโนโลยี รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 47 จึงกำหนดให้มีองค์กรเพียงองค์กรเดียวในการจัดสรรคลื่นความถี่เพื่อให้การจัดสรรคลื่นความถี่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนอย่างแท้จริง การบริหารจัดการเงินที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ไม่ว่าจะเป็นเพื่อกิจการโทรคมนาคม หรือกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ จึงควรมีเพียงมาตรฐานเดียว และมาตรฐานนั้นควรเป็นการนำส่งรายได้ที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่เข้ารัฐเพื่อเป็นรายได้แผ่นดิน

ปัจจุบันการกำหนดวิธีการบริหารจัดการรายได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเนื่องจากการบริหารจัดการที่แตกต่างกัน ทั้งๆ ที่ลักษณะของสิ่งทีนำมาจัดสรรนั้นไม่แตกต่างกันเลย นั่นคือเป็นคลื่นความถี่ด้วยกันทั้งสองกรณี แม้จะถูกนำไปใช้ในกิจการต่างกัน แต่ตามมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ก็ไม่ได้บัญญัติให้มีการวางกติกากิจการการบริหารจัดการรายได้ด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ฉะนั้น เมื่อสิ่งทีนำมาจัดการเป็นสิ่งเดียวกัน จึงต้องมีการบริหารจัดการในลักษณะเดียวกันจึงจะเป็นไปตามหลักนิติธรรม

นอกจากนี้ ในอนาคตจะเกิดการหลอมรวมเทคโนโลยีมากขึ้นโดยผู้ประกอบการ โทรคมนาคมและผู้ประกอบการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์จะให้บริการเดียวกันมากขึ้น เช่น บริการอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ในอนาคตโครงข่ายเคเบิลทีวีกับโครงข่ายโทรศัพท์ประจำที่จะถูกนำมาใช้เป็นโครงข่ายเพื่อให้บริการอินเทอร์เน็ตมากขึ้น โทรทัศน์จะไม่ใช้โทรทัศน์ตามบ้านอีกต่อไปแต่จะเป็นโทรทัศน์บนโทรศัพท์เคลื่อนที่ จึงเห็นได้ว่ากิจการทั้งสองประเภทนั้นจะถูกหลอมรวมอย่างแท้จริงและจำเป็นต้องมีการบริหารจัดการเพียงวิธีเดียวจึงจะเกิดประสิทธิภาพสูงสุดแก่ประชาชน

การกำหนดให้รายได้ที่ได้จากการจัดสรรคลื่นความถี่ส่งเข้าเป็นรายได้แผ่นดินนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่าเนื่องจากการกำหนดให้ส่งรายได้ที่ได้จากการประมูลคลื่นความถี่ในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เข้ากองทุนฯ เท่านั้น ไม่น่าจะเหมาะสมเพราะกองทุนฯ ตามมาตรา 52 มีวัตถุประสงค์ที่กว้างเกินไปจนเปรียบเสมือนไม่มีการกำหนดกรอบใดๆ ในการนำเงินกองทุนฯ มาใช้

มาตรา 52 แห่ง พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ไว้ดังนี้

“(1) ดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม อย่างทั่วถึง ตลอดจนส่งเสริมชุมชนและสนับสนุนผู้ประกอบการบริการชุมชน ตามมาตรา 51 (วิทย์ชุมชน)

(2) ส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาทรัพยากรสื่อสาร การวิจัยและพัฒนาด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม รวมทั้งความสามารถในการรู้เท่าทันสื่อ เทคโนโลยีด้านการใช้คลื่นความถี่ เทคโนโลยีสารสนเทศ เทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้พิการ ผู้สูงอายุ หรือผู้ด้อยโอกาส ตลอดจนอุตสาหกรรมโทรคมนาคม และอุตสาหกรรมต่อเนื่อง

(3) ส่งเสริมและสนับสนุนการพัฒนาบุคลากรด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคม และเทคโนโลยีสารสนเทศ ตลอดจนการดำเนินการขององค์กรซึ่งทำหน้าที่จัดทำมาตรฐานทางจริยธรรมของการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

(4) สนับสนุน ส่งเสริม และคุ้มครองผู้บริโภคด้านกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม

(5) สนับสนุนการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ โดยจัดสรรเงินให้แก่กองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์”

วัตถุประสงค์ของกองทุนฯ นี้ครอบคลุมแทบจะทุกด้านและบางส่วนซ้ำซ้อนกับงานประจำของสำนักงาน กสทช. ที่มีอยู่แล้ว

นอกจากนี้ การกำหนดให้สามารถนำเงินกองทุนฯ มาใช้ตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ตามมาตรา 52 (5) เป็นการไม่กำหนดกรอบการใช้เงินกองทุนฯ แต่อย่างใด เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีมาตรการกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ จึงอาจทำให้เกิดข้อสงสัยในความรับผิดชอบ (accountability) ในเงินกองทุนฯ ในส่วนนี้ได้เนื่องจากไม่มีกลไกตรวจสอบการใช้เงินในกองทุนใดๆ

ทั้งนี้ อาจมีการโต้แย้งว่าคณะกรรมการบริหารกองทุนฯ เป็นผู้บริหารจัดการกองทุนฯ จึงสามารถตรวจสอบการใช้เงินในกองทุนได้ แต่หากพิจารณาสัดส่วนกรรมการในคณะกรรมการบริหารกองทุนฯ จะเห็นได้ว่ามีกรรมการเพียงสองท่านที่มาจาก กสทช. คือ ประธาน กสทช. และเลขาธิการ กสทช. กรรมการอีก 4 ท่านเป็นข้าราชการประจำ ได้แก่ ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เลขาธิการคณะกรรมการการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ อธิบดีกรมบัญชีกลาง และผู้อำนวยการศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ ซึ่งกรรมการ 4 ท่านนี้ กับประธาน กสทช. จะร่วมกันคัดเลือกกรรมการอีก 5 ท่าน ทั้งหมดจึงประกอบกันเป็นคณะกรรมการบริหารกองทุนฯ ดังนั้น สัดส่วนกรรมการในคณะกรรมการบริหารกองทุนฯ ที่มีกรรมการเพียงสองท่านมาจาก กสทช. จึงไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ที่เกี่ยวกับภารกิจของ กสทช.

จากเหตุผลข้างต้นการที่ พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดการบริหารจัดการรายได้จากการประมูลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์อย่างหนึ่ง และกิจการโทรคมนาคมอีกอย่างหนึ่ง ต่างกันจึงเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ

## บทสรุป

เมื่อพิจารณา พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 ซึ่งกำหนดให้ กสท. จัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ และ กทค. จัดสรรคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม แต่ในกรณีกิจการโทรคมนาคม พ.ร.บ. องค์การจัดสรรคลื่นความถี่ฯ พ.ศ. 2553 กำหนดให้การจัดสรรคลื่นความถี่ต้องกระทำโดยการประมูลเท่านั้น ในขณะที่กรณีกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ กฎหมายมิได้กำหนดวิธีการไว้โดยเฉพาะเจาะจง เว้นแต่กรณีการประกอบกิจการทางธุรกิจที่กฎหมายบัญญัติว่าให้ต้องใช้วิธีการประมูลคลื่นความถี่ ซึ่งการกำหนดวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่ลักลั่นกันเช่นนี้ขัดต่อหลักนิติธรรมมาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญฯ เพราะการประมูลคลื่นความถี่มิได้นำมาซึ่งประโยชน์สาธารณะสูงสุดเสมอไป เช่น ในกรณีกิจการดาวเทียมสื่อสาร จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม เป็นการเลือกปฏิบัติ และไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย



นอกจากนี้ การที่กำหนดให้รายได้จากการประมวลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมไม่ต้องนำส่งเข้ากองทุนฯ แต่กลับต้องส่งเข้ารัฐหลังหักค่าใช้จ่ายแล้ว ในขณะที่รายได้จากการประมวลคลื่นความถี่เพื่อกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ต้องนำส่งเข้ากองทุนฯ ยังขัดต่อหลักนิติธรรมอีกด้วย เนื่องจากเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งๆ ที่คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการทั้งสองประเภทไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใดจึงขัดต่อหลักนิติธรรมและการกำหนดวัตถุประสงค์กองทุนฯ ตามมาตรา 52 ยังเป็นการกำหนดกรอบทำงานซ้ำซ้อนกับภารกิจงานประจำของสำนักงาน กสทช. และอาจก่อให้เกิดความไม่โปร่งใสในการจัดการกองทุนได้เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ จึงเท่ากับยังไม่มีกำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนฯ ที่ชัดเจน การกำหนดการบริหารจัดการรายได้จากการประมวลคลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมกับกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่ต่างกันจึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ตามมาตรา 3 วรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” ใน *รพี’ 51* สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551.  
 รายงานการศึกษาแนวปฏิบัติระดับนานาชาติสำหรับการอนุญาตประกอบกิจการดาวเทียมและองค์ประกอบที่เกี่ยวข้อง ฉบับล่าสุด Nordicity การศึกษาเพื่อ Industry Canada. พฤศจิกายน 2553.

### ภาษาอังกฤษ

Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>.  
 David Ingram, **Law: Key Concepts in Philosophy**, Continuum: 2007.  
**Miranda v. Arizona**, 384 U.S. 436, Legal Information Institute, Cornell University Law School, [http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436#writing-USSC\\_CR\\_0384\\_0436\\_ZO](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436#writing-USSC_CR_0384_0436_ZO).  
**Spectrum value of 800 MHz, 1800 MHz and 2.6 GHz**, A DotEcon and Aetha Report for Ofcom, กรกฎาคม 2555, <http://stakeholder.ofcom.org.uk/binaries/consultations/award-800mhz/statement/spectrum-value.pdf>.

# หลักนิติธรรมในบริบทของสังคมไทย

อลงกรณ์ พลบุตร\*

## บทคัดย่อ

รายงานฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอความเป็นมา แนวคิด และวิวัฒนาการของการนำหลักนิติธรรมไปปรับใช้ตามสภาพและบริบทของแต่ละประเทศ เพื่อให้ตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมซึ่งเปรียบเสมือนเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในการปกครองประเทศและบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาลปิตัยที่พึงมีต่อประชาชนให้มีคุณธรรมและมีจิตสำนึกในการเคารพหรือใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประการสำคัญเพื่อให้ประชาชนคนไทยได้เข้าใจและให้ความสำคัญต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลปิตัยว่าเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...ที่จะมีการลงประชามติในเวลาอันใกล้นี้ มาตรา 3 วรรคแรก อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ วรรคสอง รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กฤษฎีกา และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายและหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวมหรือไม่

\* รองประธานสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศคนที่หนึ่ง, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## บทนำ

หลักนิติธรรม The Rule of Law เป็นแนวคิดในการปกครองประเทศด้วยความถูกต้อง เป็นธรรมโดยกฎหมาย ซึ่งอยู่คู่กับสังคมไทยมาเป็นเวลานานตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 เมื่อปี พ.ศ. 2475 พระมหากษัตริย์สยามทุกพระองค์ได้ทรงยึดถือปฏิบัติตามหลักความซื่อตรง เทียงธรรมแห่งทศพิธราชธรรมในการปกครองประเทศ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลปัจจุบันได้ทรงยึดมั่นปฏิบัติตามหลักราชธรรม 10 แห่งทศพิธราชธรรม นับแต่วันที่พระองค์ ได้ทรงขึ้นครองราชย์เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2489 ซึ่งได้ทรงประกาศในพิธีราชาภิเษกว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรม เพื่อประโยชน์สุขแห่งชาวยสยาม”

จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่เราจะทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ว่าหลักนิติธรรมคืออะไร เหตุใด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้งร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... ที่จะมีการลงประชามติในเวลาอันใกล้นี้ต้องบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคแรก อำนาจ อธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ วรรคสอง รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระและหน่วยงาน ของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรมเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

## หลักนิติธรรมมีความหมายอย่างไร

หลักนิติธรรมเกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ โดยมีพื้นฐานมาจากประวัติศาสตร์ที่ผู้ปกครองประเทศใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียวไม่มีใครสามารถเข้าไปตรวจสอบหรือควบคุมได้ หรือที่เรียกว่า “การปกครองแบบอำนาจนิยม” (Authoritarianism) กล่าวคือ เมื่อคนใดคนหนึ่งมีอำนาจอย่างล้นพ้นแล้ว โดยธรรมชาติของอำนาจย่อมทำให้คู่แข่งอำนาจอันนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยไม่ได้คำนึงถึงบุคคลอื่นว่าการใช้อำนาจของตนจะเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลอื่นหรือไม่ประการใด อีกทั้งยังเป็นการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดช่วยเหลือพวกพ้องของตน โดยมีได้คิดคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมและมาตรการที่ผู้ปกครองอำนาจนิยมในสมัยนั้นนิยมใช้กันมากที่สุด เช่น การสังหารชีวิต การสั่งจำคุกโดยไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาล การสั่งขึ้นคำอากรตามอำเภอใจโดยมิได้รับความยินยอมจากรัฐสภา ฯลฯ จึงนำไปสู่แนวคิดการกำกับการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งสมัยนั้นก็หมายถึง “กษัตริย์” ให้ใช้อำนาจอยู่ในกรอบหรือหลักเกณฑ์ที่ออกโดยความยินยอมของประชาชนซึ่งก็คือ “รัฐสภา” จะเห็นได้ว่าลักษณะการปกครองตามแนวคิดนี้เป็นการปกครองโดยยึดกฎหมายเป็นหลัก (Supremacy of Laws) และด้วยหลักการนี้จึงนำไปสู่วลีที่นักกฎหมายคุ้นเคยและใช้กันอย่างติดปากว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” หรือ Legality ทั้งหมดนี้ถูกคิดขึ้นมาเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิด ซึ่งเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม

อย่างไรก็ตามก่อนจะเกิดแนวคิดนี้มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางมากกว่าตกลงแล้วการปกครองประเทศที่ดีควรยึดที่ตัวบุคคลเป็นหลักหรือควรยึดที่ตัวบทกฎหมายเป็นหลัก ก็คงต้องย้อนกลับไป ในสมัยกรีกโบราณ เมื่อเพลโต (Plato 429-348 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกเสนอว่าการปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ที่เน้นปกครองโดยตัวมนุษย์เป็นหลัก ที่มีคุณสมบัติเป็นคนดีมีความรู้และมีคุณธรรม เมื่อได้คนที่ดีมีคุณธรรมมาปกครองประเทศจึงจะดีที่สุดในที่สุดท้ายเพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ แต่สำหรับอริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.) ศิษย์เอกของเพลโตมีความเห็นแย้งแนวคิดของเพลโตผู้เป็นอาจารย์ว่าเป็นไปไม่ได้ในโลกของความเป็นจริง เพราะในการที่จะแสวงหาบุคคลที่มีคุณสมบัติเพียบพร้อมตามที่กำหนดไว้มาปกครองประเทศ ซึ่งการยึดตัวบุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องในเรื่องของผลประโยชน์ที่ค่อนข้างอันตรายเพราะตราบดีที่มนุษย์ยังมีความรู้สึกนึกคิด มีความรัก โลภ โกรธ หลงอาจนำไปสู่การปกครองที่ไม่เป็นธรรม ไม่เป็นเหตุเป็นผลได้ ดังนั้นการปกครองที่น่าจะถูกต้องเหมาะสม เป็นเหตุเป็นผล และเป็นกลางมากกว่าความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ ก็คือ ตัวบทกฎหมายนั่นเอง โดยอริสโตเติลมองว่า กฎหมายนั้นเป็นเหตุเป็นผลในตัวเอง ไม่มีความรัก โลภ โกรธ หลง ฉะนั้นการปกครองโดยยึดกฎหมายจึงน่าจะมีคุณธรรม เป็นเหตุเป็นผลมากกว่า จนในที่สุดแนวคิดเรื่องราชาปราชญ์ของเพลโตก็คลายลงและหันมาให้ความสำคัญกับกฎหมายของอริสโตเติลผู้เป็นลูกศิษย์

ในเวลาต่อมาแนวคิดเรื่อง The Rule of Law เริ่มเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา Magna Carta ค.ศ.1215 ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างพระเจ้าจอห์นที่ 1 แห่งกรุงอังกฤษกับบรรดาขุนนางผู้ครองแคว้นต่างๆ ในอังกฤษ ลงนามเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 1215 ที่ทุ่งหญ้ารันนี่เมด (Runnymede) ซึ่งปัจจุบันอยู่ในเมืองซอร์รี (Surrey) กฎบัตรนี้ส่งผลให้ข้อขัดแย้งอย่างรุนแรงหลายเรื่องยุติลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการเรียกเก็บภาษีอากรอย่างหยาบโหดเกินกว่าพระราชกฤษฎีกาจะทรงได้รวมทั้งการถูกกดขี่ต่างๆ จากข้าราชการบริพาร ในพระองค์ที่ลู่แก่อำนาจ สัญญาซึ่งเป็นกฎบัตรนี้มีผลทำให้กษัตริย์ทรงยอมรับรัฐสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรและทรงยอมพระองค์อยู่ภายใต้กฎบัตรนี้ ซึ่งหลักการนี้ต่อมากลายเป็นหลักการที่สำคัญ ในหลักนิติธรรมปัจจุบันและถือเป็นวิวัฒนาการครั้งสำคัญที่มีอิทธิพลต่อประวัติศาสตร์อันยาวนาน ของประเทศอังกฤษซึ่งนำมาสู่กฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน และเป็นที่น่าสังเกตด้วยว่า เมื่อพระเจ้าจอห์นที่ 1 ทรงลงนามในกฎบัตรสำคัญแมกนาคาร์ตาครั้งนั้นแล้ว บรรดาขุนนางทั้งหลาย ก็ถวายความจงรักภักดีต่อพระองค์ตามเดิม แต่พระเจ้าจอห์นที่ 1 ทรงตระบัดสัตย์ โดยทรงประกาศว่า กฎบัตรนี้เป็นโมฆะ เพราะพระองค์ถูกข่มขู่ให้ลงพระนาม ซึ่งต่อมาพระเจ้าจอห์นที่ 1 ก็สิ้นพระชนม์ ในปีถัดมาพระเจ้าเฮนรีที่ 3 พระราชโอรสของพระเจ้าจอห์นที่ 1 สืบทอดสมบัติต่อตั้งแต่นั้น พระชนมายุ 9 พรรษา แต่ก็ได้มีผู้ใดทักท้วงความไม่สมบูรณ์ของกฎบัตรแมกนาคาร์ตา จึงถือว่า กฎบัตรแมกนาคาร์ตาคือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ (THE UNWRITTEN ENGLISH CONSTITUTION) และถือว่าเป็นพันธะผูกพันจำกัดพระราชอำนาจของฝ่ายบริหาร (THE CROWN) ของพระประมุขอังกฤษทุกพระองค์มาตราบเท่าทุกวันนี้

### หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอังกฤษ

The Rule of Law ได้รับการพัฒนาต่อมาจนเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก โดยศาสตราจารย์ เอ. วี. ไดซี (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดที่มีชื่อเสียงของ อังกฤษในปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียมหาราชินีนาถ ไดซีได้ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างกระชับว่ามีความสำคัญสามประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช กล่าวคือ บุคคลพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษ โดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่ที่มาแห่งกฎหมายหากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ความหมายทั้งสามประการของ The Rule of Law ตามที่ได้อธิบายให้คำอธิบายไว้นี้ได้รับการสนับสนุนและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าไม่สามารถสร้างหลักทั่วไปของหลักนิติธรรมได้ เพราะได้อธิบายมุ่งเน้นเฉพาะแต่กรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศอังกฤษเท่านั้น โดยเฉพาะในปัจจุบันในหลายประเทศถือเอารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและต้องมีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ได้กลับสนับสนุนความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาลยุติธรรมมากกว่าความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้อธิบายตามสภาพสังคมของอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบศาลแข็งแกร่งมากที่สุดประเทศหนึ่ง นอกจากนี้ได้อธิบายยอมรับเฉพาะอำนาจของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่ยอมรับอำนาจและดุลพินิจของเจ้าพนักงานหรือระบบศาลชั้นฎีกาพิเศษ เนื่องจากถือว่าทุกคนเสมอภาคกันจึงควรได้รับการวินิจฉัยและพิพากษาจากศาลยุติธรรมเหมือนกัน ซึ่งขัดกับข้อเท็จจริงในสังคมที่บุคคลและสถาบันในสังคมมีความหลากหลาย มีสิทธิ อำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน การปฏิบัติต่อสิ่งที่ต่างกันด้วยมาตรฐานเดียวกันก็อาจก่อความยุติธรรมขึ้นได้อีกทั้งปัจจุบันระบบศาลชั้นฎีกาพิเศษก็เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศ เพราะปัญหาสังคมมีความซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการของสังคม จึงมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะด้านเพื่อให้การวินิจฉัยปัญหาอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชนให้ได้มากที่สุด

## หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอเมริกา

ระบบกฎหมายอเมริกาให้การรับรองหลักนิติธรรมไว้หลายประการตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ.1787 ก็เริ่มมีหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ปรากฏอยู่ เช่น เรื่องการไม่ออกกฎหมายหรือการลงโทษบุคคลหรือกลุ่มคนเป็นการเฉพาะ การคุ้มครองโดย Writ of Habeas Corpus หมายความว่าศาลอาจจะให้การเยียวยาได้หากมีการควบคุมตัวบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ยังมีเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ รวมถึงเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษาซึ่งได้รับหลักประกันในเรื่องระยะเวลาในการทำงานตลอดชีวิตและเรื่องเงินเดือน

ประเด็นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญและถือเป็นจุดเด่นคือเรื่องหลักการ Due process ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของ หลักนิติธรรมหลัก Due process ของอเมริกาเน้นทั้งเรื่องกระบวนการ (Procedural Due Process) และเรื่องเนื้อหา (Substantive Due Process) บทบัญญัติที่รับรองหลักการโดยเฉพาะที่เน้นย้ำในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขครั้งที่ 5 เช่น ที่ได้กำหนดหลักการที่ว่าบุคคลจะถูกละเมิดสิทธิมิได้หากไม่เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด (Due Process of Law)

และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 เช่น หลักที่ว่าบุคคลจะไม่ถูกจับหากไม่มีกฎหมาย นอกจากนี้สหรัฐอเมริกายังได้พัฒนาหลักนิติธรรมกับกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา (Due Process in Criminal Justice System) ในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ อีกหลายประการ ซึ่งนับเป็นตัวอย่างของความโดดเด่นในการพัฒนาคำคุ้มครองสิทธิของประชาชนในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นหลักการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย (beyond reasonable doubt standard) หลักเสรีภาพที่ปลอดจากการตรวจค้นและการยึด (freedom from search and seizure) การห้ามลงโทษที่โหดร้ายและผิดปกติ (prohibition on cruel and unusual) หลักเรื่องสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษา (right to counsel) หลักกสิสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (privilege against self-incrimination) และหลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็วที่สุด (right to a speedy) เป็นต้น

นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายต่างๆ ของสหรัฐอเมริกายังให้ความสำคัญของหลัก Due process ในหลายเรื่องซึ่งมิใช่แค่เรื่องหลักประกันสิทธิมนุษยชนหรือหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น หากแต่รวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นด้วย เช่น กฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Law) ก็กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามแนวที่ดีตามกฎหมาย

### หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายสากล

นอกเหนือจากประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law) หลักนิติธรรมยังเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายสากล โดยข้อตกลงระหว่างประเทศทั้งหลายก็ให้การยอมรับหลักนิติธรรมในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลด้านสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right) หรือกระทั่งอนุสัญญาสิทธิเด็ก (Convention on the right of the child) ต่างก็ให้ความสำคัญกับเรื่องหลักนิติธรรม โดยเฉพาะกระบวนการ Due Process of Law ยิ่งไปกว่านั้นในอนุสัญญา ICCPR ก็กำหนดหลักการเรื่องกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair trial) ซึ่งประกันสิทธิของบุคคลได้อย่างเป็นระบบไว้อีกด้วย

### หลักนิติธรรมในสังคมไทย

ศาสตราจารย์ ธานินทร์ ภัยวิเชียร ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิเสรีภาพแห่งมนุษย์ชนทุกแ่งมุม รัฐต้องให้ความคุ้มครองมนุษย์ชนให้พ้นจากลัทธิตหาราช หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่ารัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายบ้านเมือง

ศาสตราจารย์ ดร.ลิขิต วีรเวศิน ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม คือ การปกครองบ้านเมืองโดยใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามหลักสากลซึ่งแตกต่างจากการใช้การปกครองโดยคน (rule of men) ซึ่งมีอำนาจเด็ดขาด กระทำตามอำเภอใจ หลักนิติธรรม (the rule of law) ต่างจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบ้านเมืองปกครองโดยอำนาจเผด็จการ การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองภายใต้อำนาจเผด็จการเป็นลักษณะ (the rule by law)

การที่บ้านเมืองจะมีหลักนิติธรรม (the rule of law) ได้นั้น กฎหมายจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ 3 ประการหลัก

1. เป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐอธิปไตย (Sovereign) ซึ่งหมายถึงผู้มีอำนาจสูงสุดในบ้านเมืองขณะนั้น เช่น สภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน หรืออำนาจเด็ดขาดจากรัฐบาลทหารที่มาจากการยึดอำนาจ ทั้งสองส่วนนี้ถือว่าเป็นรัฐอธิปไตย ประเด็นอยู่ที่ว่ารัฐอธิปไตยที่เป็นสภาที่มาจากประชาชนนั้นมีโอกาสที่จะออกกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ส่วนที่มาจากการปฏิวัติรัฐหารนั้นเริ่มต้นเป็นอำนาจที่ขาดความชอบธรรม หรือ political legitimacy จึงยากที่จะนำไปสู่หลักนิติธรรมได้

2. กฎหมายต้องมีลักษณะสากล (Universal tic) บังคับใช้ทั่วไป ไม่ใช่ออกกฎหมายเพื่อคนๆ เดียวหรือคนกลุ่มเดียว หรือกฎหมายที่ใช้นั้นแม้จะใช้ทั่วไปในสังคม แต่มีข้อยกเว้นมากมายจนข้อยกเว้นจะกลายเป็นกฎหมาย ก็ไม่ถือว่าเป็นหลักสากล การออกกฎหมายเฉพาะตัวบุคคลเฉพาะการณ์ ย่อมยากที่จะอธิบายว่าเป็นหลักนิติธรรม

3. กฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับ (Sanction) หรือที่เรียกเป็นภาษาต่างๆว่า enforcement กล่าวคือต้องนำกฎหมายไปบังคับเสมอภาคกันโดยไม่คำนึงถึงเหล่ากำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา สถานะทางสังคม การบังคับกฎหมายต้องเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมไม่ใช่กระทำโดยอำเภอใจ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะออกมาเป็นลักษณะครบสองข้อข้างต้นคือมาจากรัฐอธิปไตยอย่างถูกต้องมีลักษณะสากลแต่ถ้าการบังคับกฎหมายมีการเลือกปฏิบัติกฎหมายนั้นก็จะเป็นหมันและขาดความชอบธรรม หลักนิติธรรมย่อมเกิดไม่ได้ความยุติธรรมย่อมไม่มี เมื่อความยุติธรรมไม่มี ความสามัคคีย่อมไม่เกิดการจะพูดถึงการอยู่ร่วมกันโดยสันติ มีความปรองดองอย่างสันติสุข กฎหมายจะต้องคงไว้ซึ่งความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักการอันศักดิ์สิทธิ์

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม หมายถึง การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นใหญ่มีใจคนเป็นใหญ่ ซึ่งในประเทศนี้ถือหลักการนี้เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างราษฎรด้วยกันหรือระหว่างราษฎรกับข้าราชการหรือแม้กระทั่งระหว่างราษฎรกับผู้มีอำนาจใหญ่โตของบ้านเมือง ไม่ว่าฝ่ายใดผิดหรือฝ่ายใดถูกควรจะต้องบังคับการให้เป็นอย่างใดแล้ว กฎเกณฑ์หรือเครื่องวัดที่จะนำมาชี้ขาดปัญหาเหล่านี้ ก็คือตัวบทกฎหมายของบ้านเมือง ไม่ใช่ชี้ขาด



บังคับบัญชาตามอารมณ์หรือตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ ถ้าหลักการนี้ฝังรากลึกลงในฐานของประเทศชาติบ้านเมืองได้อย่างมั่นคงแล้ว บ้านเมืองนั้นก็น่าจะมีชื่อมีแปทำให้ผู้มีอำนาจมีกำลังมากกว่าไม่กล้าและไม่อาจข่มเหงผู้ที่มีกำลังน้อยกว่าได้ ผู้มีปัญญาฉลาดกว่าไม่กล้าและไม่อาจใช้สติปัญญาของตนเองเอารัดเอาเปรียบผู้มีสติปัญญาต่อยกว่า อาจกล่าวโดยสรุปว่าหลักนิติธรรมแบบไทยก็คือหลักไม่ให้คนข่มเหงและเอารัดเอาเปรียบกันโดยถือกฎหมายเป็นหลักในการปกครองบ้านเมืองนั่นเอง

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งจำกัดอำนาจทางกฎหมายทางนิติบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้เป็นไปโดยเสมอภาคกันตามกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม หมายถึง กฎหมายเป็นใหญ่ มีความเสมอภาค และในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้น ต้องระงับข้อพิพาทโดยศาล โดยพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรมไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ออกกฎหมายลงโทษย้อนหลังให้โอกาสในการนำพยานเข้าสู้หรือกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมที่เรียกว่า Fair trial ซึ่งเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม ว่ามีองค์ประกอบอยู่สี่ประการ ประการแรก องค์ประกอบด้านสาระ ซึ่งหมายถึง หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ประการที่สอง คือ องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่ ประการที่สาม คือ องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ และประการที่สี่ประการสุดท้าย คือ องค์ประกอบด้านเป้าหมายซึ่งหมายถึง การใช้การตีความกฎหมาย และการตัดสินใจคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม

ศาสตราจารย์ จริญญา รักดีธนากุล ได้อธิบายคำว่า The Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม ว่าเป็นธรรมของการบริหารกฎหมาย ธรรมการบริหารบ้านเมือง ธรรมในการปกครองของผู้สร้าง กฎเกณฑ์ กติกา ผู้ตีความกฎเกณฑ์ ซึ่งต้องอยู่ในกรอบธรรม ทั้งนี้ซึ่งไม่แตกต่างกับธรรมาธิปไตยไม่ว่าจะปกครองรูปแบบใด หากอยู่ในธรรมาธิปไตยก็สามารถทำให้ประเทศผาสุกได้

เมื่อพิจารณาจากหลักการนิติธรรมที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นวิวัฒนาการในเรื่องนี้จากนานาประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมได้พัฒนามาเป็นเวลายาวนานแล้ว ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย บทบาทของศาล กระบวนการยุติธรรม การบริหารราชการแผ่นดิน ล้วนมีหัวใจของเรื่องเดียวกันทั้งสิ้น คือ ต้องตั้งอยู่ในความถูกต้องและชอบธรรม ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของประเทศไทยที่ยึดถือเป็นหลักในการปกครองประเทศมาตราบทุกวันนี้ คือหลัก อภิธรรม° หรือ

ความไม่คลาดธรรม หลักธรรมประการที่ 10 ในทศพิธราชธรรมนั่นเอง อันเป็นอมตะธรรมของพระมหากษัตริย์ในการปกครองพสกนิกรในพระองค์โดยธรรมมาตั้งแต่ครั้งโบราณกาลและไม่เคยล่วงสมัย ทั้งยังสอดคล้องกับหลักนิติธรรมของนานาประเทศในปัจจุบัน และถือเป็นรากเง้าของหลักนิติธรรมของประเทศไทย

หลักนิติธรรมในประเทศไทยปรากฏเป็นรูปธรรมมากขึ้นเมื่อมีการนำมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 1 บททั่วไป มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

และในหมวดที่ 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 3 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 78 (6) บัญญัติว่า

“มาตรา 78 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐ ตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

### เหตุใดจึงต้องบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากเป็นครั้งแรกที่ประเทศไทยนำเอาหลักนิติธรรมมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงมีการถกเถียงกันว่ามีความจำเป็นหรือไม่ อย่างไร ซึ่งในการประชุมของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีการอภิปรายถึงประเด็นนี้เช่นกัน ฝ่ายที่คัดค้านให้เหตุผลว่า เป็นที่เข้าใจกันดีอยู่แล้วว่าการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและโดยถูกต้องชอบธรรม ซึ่งเป็นหลักที่สามารถสกัดได้จากตัวบทมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสองอีก และรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งต้องมีการทำประชามติ หากนำเอาศัพท์เทคนิค (Technical Terms) ที่ยังมีการถกเถียงและตีความกันอย่างกว้างขวางมาบัญญัติไว้ ก็อาจเกิดปัญหาเรื่องความเข้าใจของประชาชนได้ อันจะนำไปสู่การตีความที่ยุ่งยากและอาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของการใช้อำนาจในมาตรา 3 วรรคหนึ่งก็เป็นได้ หรือหากจะบัญญัติไว้ก็ควรใช้คำที่สามารถเข้าใจได้ง่าย ไม่จำเป็นต้องตีความอีก เช่น ต้องเป็นไปตามคลองธรรมแห่งกฎหมายหรือต้องเป็นไปตามหลักแห่งกฎหมาย เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่ก็ยังให้การสนับสนุนว่าควรมีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่ามีการพูดถึงกันอยู่มากในสังคม แต่ยังไม่เคยมีการนำเรื่องนี้มาบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย จึงปรากฏอยู่เสมอว่ามีการละเลยและไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ดังนั้นเพื่อเป็นการแสดงเจตนาของกร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การปกครองประเทศเป็นไปตามหลักนิติธรรมและเป็นการยืนยันว่าหลักนี้มีอยู่จริง และจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติตามจากบรรดาองค์กรของรัฐทุกประเภท จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจทั้งหลายว่า การใช้อำนาจหน้าที่นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายและโดยถูกต้องชอบธรรมตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการบันทึกเจตนาของร่างไว้ว่า “เพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้และจงใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

## หลักนิติธรรมกับฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความสำคัญอย่างมากในการนำหลักนิติธรรมไปปฏิบัติ เพราะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ตรากฎหมายที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการที่จะปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักนิติธรรม ในการตรากฎหมายทุกครั้งจึงต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนตามหลักนิติธรรม กล่าวคือกฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป หมายถึงต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับโดยเสมอภาคกัน มิใช่ใช้บังคับกับเฉพาะบางคนบางกลุ่มหรือเป็นการออกกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับบางคนบางกลุ่ม มิฉะนั้นจะทำให้กฎหมายกลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจ

ฉะนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องยึดถือและปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมและดำเนินตามแนวพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชที่มีพระราชดำรัสในพิธีเปิดประชุมรัฐสภา ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2538 โดยมีข้อความตอนหนึ่งว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกแห่งรัฐสภานี้ จึงมีผลโดยตรงต่อความเจริญมั่นคงของประเทศและทุกข์สุขของประชาชน ขอให้ทุกคนได้ตระหนักถึงความสำคัญและความรับผิดชอบในการะอันใหญ่ดังกล่าว แล้วร่วมมือปรองดองกันปฏิบัติภารกิจทั้งปวงโดยเต็มสติปัญญา ความสามารถ ด้วยความสุจริตเที่ยงตรง ด้วยความคิดพิจารณาอันสุขุมรอบคอบ ประกอบด้วยเหตุผลอันถูกต้องตามหลักนิติธรรมและคุณธรรม เพื่อให้งานของชาติดำเนินก้าวหน้าไปจนบรรลุผลเลิศบังเกิดประโยชน์อันสมบูรณ์ทุกด้าน”

## หลักนิติธรรมกับฝ่ายตุลาการ

เมื่อบ้านเมืองมีกฎหมายที่ดีเป็นไปตามหลักนิติธรรมแล้วสิ่งสำคัญประการต่อมาก็คือ การบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องสอดคล้องเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ดังนั้น ทุกขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมเสมอ ผู้พิพากษาต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ ไม่ปล่อยให้อิทธิพลจากภายนอกหรืออคติภายในใจตนมาทำลายความยุติธรรมได้

ดังที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชมีพระบรมราโชวาทที่เกี่ยวกับคำว่า “หลักนิติธรรม” โดยตรงที่ทรงพระราชทานแก่นักกฎหมายในวาระต่างๆ ดังนี้

“กฎหมายนั้นไม่ใช่ตัวความยุติธรรม เป็นแต่เพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งสำหรับใช้ในการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น การใช้กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายใช้เพื่อรักษาความยุติธรรมไม่ใช่เพื่อรักษาบทของกฎหมายเอง และการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินก็ได้มีดวงแคบอยู่เพียงแค่ออบเชยของกฎหมาย หากต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย”

## หลักนิติธรรมกับฝ่ายบริหาร

การบริหารราชการแผ่นดินต้องกระทำภายใต้กฎหมายด้วยความเป็นธรรม ไม่บิดเบือนกฎหมายด้วยอำนาจรัฐที่ไม่เป็นธรรม ไม่ใช่อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ไม่ทุจริตต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไม่ละเมิดหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม

ปัญหาที่สำคัญของหลักนิติธรรมในสังคมไทย คือ การที่ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลมีการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ได้คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งที่คณะรัฐมนตรีกระทำโดยตรงหรือโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องสิทธิทางการเมือง ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายกับประชาชน ซึ่งประชาชนจะออกมาเรียกร้องสิทธิหรือตำหนิติเตียนวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาล ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายจึงค่อนข้างสุ่มเสี่ยงและหลีกเลี่ยงไม่ได้กับการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ฉะนั้นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ละเมิดกฎหมายและไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรมจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของสมาชิกรัฐสภา องค์กรตุลาการ และประชาชน และให้ประชาชนในฐานะผู้เสียหายจากการกระทำนั้นมีสิทธิในการฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบและควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารมิให้ละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรมในทุกขั้นตอน เพื่อเป็นหลักประกันของประชาชนว่าการกระทำของฝ่ายบริหารจะไม่ทำให้ประชาชนได้รับความเสียหาย

## หลักนิติธรรมกับประชาชน

นอกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมแล้ว ประชาชนทั่วไปก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นกัน เพราะประชาชนเป็นตัวการสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาการละเมิดหลักนิติธรรม โดยเฉพาะปัญหาการฉ้อราชบังหลวงที่มีอยู่ในทุกระดับทุกวงการ ไม่ว่าจะเป็นวงการเมืองหรือวงการรวมถึงวงการธุรกิจภาคเอกชนด้วย ซึ่งปัญหาการฉ้อราชบังหลวงคนส่วนมากพุ่งเป้าไปที่ข้าราชการแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยลืมนึกไปว่าตัวการฉ้อราชบังหลวงรายใหญ่ที่สุดคือประชาชนในฐานะเป็นเครื่องมือในการให้สินบาทคาดสินบนแก่พนักงานเจ้าหน้าที่และยังเป็นตัวการสำคัญในการหลีกเลี่ยงภาษีอากรและประการสำคัญคือการซื้อสิทธิขายเสียง

การที่ประชาชนปล่อยให้ปัญหาเหล่านี้ฝังรากลึกกลงไปก็จะกลายเป็นปัญหาที่เกาะกินและทำลายประเทศชาติ เพราะประชาชนมองว่าการฉ้อราชบังหลวงเป็นเรื่องธรรมดา ขอเพียงให้มีผลงานจะโกงบ้างก็ไม่ใช่ไร ที่ผ่านมามีประชาชนส่วนใหญ่มองว่าปัญหาเหล่านี้ไม่ใช่ธุระของตนจึงไม่ยอมเข้าไปมีส่วนในการแก้ไขโดยมิได้พิจารณาให้ถ่องแท้ว่าหากปล่อยให้ปัญหาเหล่านี้ยู่ต่อไปก็ตั้งแต่จะทวีความรุนแรงเพิ่มขึ้นและสร้างความเสียหายอย่างใหญ่หลวงให้กับประเทศชาติอย่างเหตุการณ์ที่ผ่านมา ซึ่งสุดท้ายผู้ที่ได้รับผลกระทบก็คือประชาชน

ประการสำคัญคือการที่ประชาชนส่วนใหญ่เข้าใจว่าหลักนิติธรรมเป็นเรื่องของฝ่ายกฎหมายหรือนักวิชาการโดยไม่ได้คิดว่าแท้จริงแล้วปัญหาต่างๆที่มีการละเลยไม่ยึดถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรมนั้น นอกจากกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมแล้ว ตัวบุคคลหรือประชาชนก็เป็นอีกปัญหาหนึ่งที่สำคัญ เพราะหลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย การกระทำทุกอย่างไม่ว่าบุคคลใดองค์กรใดจะกระทำสิ่งใดก็ล้วนแต่ต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมอยู่เสมอคือถูกต้องชอบธรรม ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญในการที่จะดำรงและรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรมในสังคมไทย

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการอธิบายความหมายของหลักนิติธรรมที่กล่าวมาข้างต้นแล้วแต่ให้ความสำคัญที่มุ่งเน้นการสร้างจิตสำนึกในการใช้อำนาจรัฐในการปกครองประเทศชาติให้เกิดความเป็นธรรมเสมอภาคและปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นหลักการปกครองประเทศในอุดมคติของคนทั่วโลก

แต่หากวิเคราะห์ถึงสถานการณ์บ้านเมืองในประเทศไทยปัจจุบันอาจถือเป็นสิ่งบ่งชี้ได้ว่าหลักนิติธรรมที่มีการกล่าวถึงกันอย่างกว้างขวาง มีการให้ความหมายกันอย่างหลากหลายในสังคมไทย แต่ผู้คนในสังคมยังไม่ตระหนักหรือให้ความสำคัญอย่างเพียงพอ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายการเมือง ฝ่ายราชการ ฝ่ายเอกชน หรือแม้แต่ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศ ทุกฝ่ายล้วนปล่อยปละละเลยให้ผู้ที่ใช้อำนาจรัฐ

ในแต่ละยุคแต่ละสมัยใช้อำนาจในการปกครองบ้านเมือง ตามอำเภอใจทำให้หลักนิติธรรมในสังคมไทย ล้มเหลว และเกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองอย่างที่ผ่านมามาจนนำไปสู่การรัฐประหารยึดอำนาจ

อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะบัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม ก็ตามแต่ทุกฝ่ายก็มิได้ยึดถือปฏิบัติ ดังนั้นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...ที่จะมีการลงประชามติในเวลาอันใกล้นี้ได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหา จึงได้ มีการปรับบทบัญญัติ ในมาตรา 3 วรรคสองให้มีความชัดเจนมากขึ้นและมุ่งเน้นให้ฝ่ายการเมือง ฝ่ายราชการ ในฐานะ ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม โดยคำนึงถึง ประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนจึงบัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และ หลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชน

อีกทั้งได้กำหนดบทบาทให้ประชาชนมีหน้าที่ที่ชัดเจนมากขึ้นซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นกลไกสำคัญ ที่ให้ประชาชนได้ปกป้องคุ้มครองและรักษาสีทิตตามหลักนิติธรรม คือ การกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่ ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือลงประชามติอย่างอิสระโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของประเทศเป็นสำคัญ และไม่ร่วมมือหรือสนับสนุนการทุจริตและประพฤติมิชอบทุกรูปแบบซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 50 หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย และบทบัญญัติที่มีความสำคัญอีกมาตราหนึ่ง คือ มาตรา 77 วรรคสอง ซึ่งได้บัญญัติให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ตรากฎหมายต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่ได้รับ ผลกระทบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการ ตรากฎหมายทุกขั้นตอน และเมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้รัฐต้องจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมายตามรอบระยะเวลาและต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนา กฎหมาย ทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้นเพื่อให้การปกครอง ประเทศเป็นไปตามหลักนิติธรรมทุกฝ่ายจึงต้องสำนึกและยึดถือปฏิบัติ

## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความ

- ธานินทร์ กรัยวิเชียร      หลักนิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 ตุลาคม 2552
- ลิขิต ธีรเวคิน              หลักนิติธรรมและความสงบเรียบร้อยในสังคม,  
18 สิงหาคม 2554 นสพ.สยามรัฐ
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์        หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม, บทความวิชาการ, จุฬานิติ  
มกราคม 2555
- อรรถพล ใหญ่สว่าง        หลักนิติธรรม, บทความวิชาการ, จุฬานิติ  
มกราคม 2557
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย      หลักนิติธรรมกับสังคมไทย คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้,  
พฤษภาคม 2554
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย   หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมไทย, ความเห็นทางวิชาการ,  
มกราคม 2555 จุฬานิติ
- คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ, หลักนิติธรรม, กันยายน 2557

# กองบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

## ขอเชิญชวนส่งบทความทางวิชาการเพื่อลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญมีภารกิจหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งคือการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สาธารณชนได้รับความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน และอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงได้จัดพิมพ์วารสารศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจซึ่งวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มแรก ได้จัดพิมพ์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา

**เป้าหมาย :** สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ขอเชิญชวนบุคลากรในหน่วยงานภาครัฐ/เอกชน สถาบันการศึกษา เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชนทั่วไป ที่มีองค์ความรู้ทางด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ส่งบทความทางวิชาการเพื่อลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

**วัตถุประสงค์ :** เพื่อสนับสนุนส่งเสริมและพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ

**ระยะเวลาการจัดพิมพ์ :**

วารสารศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดพิมพ์ปีละ 3 เล่ม ตามกำหนดหัววงระยะเวลา คือ

- เล่มที่ 1 ระหว่างเดือนมกราคม - เมษายน
- เล่มที่ 2 ระหว่างเดือนพฤษภาคม - สิงหาคม
- เล่มที่ 3 ระหว่างเดือนกันยายน - ธันวาคม

**ระยะเวลาการเผยแพร่ :**

วารสารศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเผยแพร่หลังจากสิ้นรอบระยะเวลาตามกำหนดการจัดพิมพ์ในแต่ละรอบนั้นๆ

**แนวทางปฏิบัติในการนำเสนอบทความ :** สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแนวทางการเขียนบทความทางวิชาการ ดังนี้

1. ต้องเป็นบทความทางวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ



2. ลักษณะของบทความเพื่อนำลงพิมพ์เผยแพร่ ต้องเป็นบทความทางวิชาการ ด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับ ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ บทความทางวิชาการนั้น ประกอบด้วย ชื่อเรื่อง บทนำ เนื้อเรื่อง บทสรุป และการอ้างอิง

3. รูปแบบการอ้างอิงบทความทางวิชาการให้อ้างอิงในเนื้อเรื่องเป็นรูปแบบของการใส่เชิงอรรถตัวเลข ดังนี้

ภาษาไทย ชื่อ-สกุล//ชื่อเรื่อง//เมืองที่พิมพ์//ผู้พิมพ์//ปีที่พิมพ์//หน้าที่อ้างอิง//  
ภาษาอังกฤษ ชื่อ-สกุล//ชื่อเรื่อง//ครั้งที่พิมพ์//เมืองที่พิมพ์//ผู้พิมพ์//ปีที่พิมพ์.

4. เงื่อนไขการรับบทความและการนำลงพิมพ์ มีดังนี้

(1) บทความทางวิชาการที่นำเสนอต้องไม่เคยลงพิมพ์เผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอขอลงพิมพ์ในสื่อสิ่งพิมพ์ใดๆ

(2) บทความทางวิชาการที่ลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องผ่านการตรวจสอบและประเมินคุณภาพความสมบูรณ์ของเนื้อหาโดยคณะกรรมการพิจารณาเผยแพร่ บทความวิชาการทางสื่อสิ่งพิมพ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หากคณะกรรมการฯ มีความเห็นและข้อสังเกตเพิ่มเติมต่อบทความที่ผ่านการตรวจสอบและประเมินคุณภาพแล้ว กองบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งให้ผู้เขียนบทความได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงต่อไป และจะนำบทความลงพิมพ์เผยแพร่ภายหลังจากที่ผู้เขียนบทความได้แก้ไขปรับปรุงแล้ว สำหรับบทความที่ไม่ผ่านการพิจารณาจะแจ้งให้ทราบและส่งคืนต่อไป

5. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญขอสงวนสิทธิ์ในการพิมพ์เผยแพร่บทความทางวิชาการที่ผ่านการพิจารณาแล้ว ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มใดก็ได้ตามความเหมาะสม

6. ผู้เขียนบทความทางวิชาการสามารถส่งต้นฉบับบทความทางวิชาการในช่องทางต่างๆ ดังนี้

(1) ส่งในรูปแบบเอกสาร จำนวน 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดีที่บรรจุเอกสารบทความทางวิชาการ โดยส่งไปที่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

(2) ส่งในรูปแบบไฟล์เอกสารเวิร์ดทาง E-mail : journal@constitutionalcourt.or.th โดยสามารถสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่โทรศัพท์หมายเลข 0 2141 7675 และ 0 2141 7681 ในวันเวลาราชการ

**คำตอบแทนในการเขียนบทความ :**

ผู้เขียนบทความทางวิชาการจะได้รับคำตอบแทนในการเขียนบทความเมื่อได้มีการนำ

บทความทางวิชาการลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ตามอัตราที่กำหนดไว้  
สถานที่จัดส่งบทความ :

ผู้สนใจส่งบทความทางวิชาการได้ตามที่อยู่ด้านล่างนี้

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ)  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่

กรุงเทพมหานคร 10210 E-mail : journal@constitutionalcourt.or.th

การสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ :

ผู้สนใจสามารถสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อรับวารสารรัฐธรรมนูญ  
ได้ที่ กลุ่มงานคลังและพัสดุ สำนักบริหารกลาง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หมายเลขโทรศัพท์ 0 2141 7680, 0 2141 7635

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติม :

สามารถสอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ  
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา  
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ) ชั้น 5 เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง  
เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 หมายเลขโทรศัพท์ 0 2141 7675 และ 0 2141 7681  
ในวันเวลาราชการ หรือดูรายละเอียดทางเว็บไซต์ [www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th)



# ใบสมัครสมาชิก “วารสารศาลรัฐธรรมนูญ”

## วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550  
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ  
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

สมัครสมาชิก ค่าสมาชิก 300 บาท  
(1 ปี 3 เล่ม รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ราคาจำหน่าย เล่มละ 120 บาท

ขอสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร.....

ประจำปี พ.ศ..... เล่มที่.....

ตั้งแต่ พ.ศ..... ถึง พ.ศ.....

เล่มที่..... (ระบุให้ชัดเจน)

พร้อมนี้ได้แนบธนาคัตติ

ส่งจ่าย ปณฝ.ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 10215 / เชื้อธนาคาร / ตัวแลกเงิน จำนวนเงิน.....บาท

โดยส่งจ่ายในนาม ผู้อำนวยการกลุ่มงานคลังและพัสดุ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง

เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทร. 02 141 7777

หรือ ติดต่อโดยตรงได้ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทร. 0 2141 7681 โทรสาร 0 2143 9515

การส่งบทความเพื่อลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญและการติดต่อเรื่องอื่น ๆ กับกองบรรณาธิการ  
โปรดแจ้งสถานที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก พร้อมเบอร์โทรศัพท์และ E-mail (ถ้ามี)



วารสาร

ISSN 1513-1246

# ศาลรัฐธรรมนูญ Constitutional Court Journal

ปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม - สิงหาคม พ.ศ.2560

## ที่ปรึกษา

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

## บรรณาธิการ

นายเชาวนะ ไตรมาศ

## ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์

พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

## กองบรรณาธิการ

นายมนตรี กนกวารี

นายสิทธิพร เสาภายน

นายบุญเสริม นาคสาร

นางอัจฉริยา อนันตพงษ์

นางสาวอัจฉราพร พรหมกตา

## คณะเจ้าหน้าที่

นางสาววิจิตราภรณ์ โพธิ์ชัย

นายรงค์รัชต์ จันทร์สุวรรณ

นายเจนวิวัฒน์ ต้องประสงค์

นายนิติกร จิรฐิติกาลกิจ

นางสาวพัชราภรณ์ ทองปานดี

## ติดต่อหน่วยงานรับผิดชอบ :

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทรศัพท์ 0 2141 7681

โทรสาร 0 2143 9515

<http://www.constitutionalcourt.or.th>

## การสมัครเป็นสมาชิก :

ค่าสมัครสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีละ 300 บาท (รวมค่าจัดส่งไปรษณีย์)

“บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเป็นวรรณกรรมของผู้เขียน  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย”

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550  
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ  
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210  
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500  
[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th)