



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม  
: กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

จัดทำโดย นายธีรพงษ์ ธิติธางกูร  
รหัส ๕๘๐๓๑๑

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๓  
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
บทนำ	๑
หลักนิติรัฐ (Legal Stare) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law)	๒
๑. ความหมายและลักษณะของหลักนิติรัฐ	๒
๒. ความหมายและลักษณะของหลักนิติธรรม	๕
๓. ความแตกต่างของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม	๘
ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา	๙
๑. การปกครองระบอบประชาธิปไตยกับหลักเสียงข้างมากที่เคารพเสียงข้างน้อย	๑๐
๒. ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	๑๑
๓. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม	๑๒
บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา	๑๓
บทสรุป	๑๔
บรรณานุกรม	๑๖

## ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

นายธีรพงษ์ ธีติธางกูร<sup>๑</sup>

### บทคัดย่อ

ในประการแรก รายงานทางวิชาการฉบับนี้จะสำรวจตรวจสอบความหมาย และลักษณะของหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ตลอดจนเนื้อหาของหลักการทั้งสองดังกล่าว พร้อมทั้งจะได้ชี้ให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสองโดยสังเขป และประการต่อมา มุ่งที่จะศึกษาว่าบทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ตลอดจนวิเคราะห์คำวินิจฉัยคดีกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

จากการศึกษาคำวินิจฉัยที่ ๑๕ - ๑๘/๒๕๕๖ วันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ในส่วนของกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ นั้น พบว่าในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายคำว่า “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยที่รัฐสภาก็ดี คณะรัฐมนตรีก็ดี ศาลก็ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐก็ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ...” ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรานี้ ก็เพื่อเป็นการยืนยันถึงความมีอยู่จริงของหลักนิติธรรม อันเป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ จึงกล่าวได้ว่าหลักนิติธรรมนั้นเป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม มิฉะนั้น กฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย แม้กฎหมายจะถูกตราขึ้นโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมแล้ว การบังคับใช้และการตีความกฎหมายนั้นก็จะต้องกระทำภายใต้กรอบของหลักนิติธรรมด้วย จึงจะเป็นการใช้กฎหมายโดยธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงมิใช่หลักยุติธรรมตามกฎหมาย ส่วนหลักนิติรัฐ มิใช่แค่เพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักการของกฎหมาย หลักของกระบวนการยุติธรรม และหลักของการใช้อำนาจรัฐด้วยหลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญของการเมืองการปกครองในระบบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งหลักนิติธรรมคือความหมายเดียวกับหลักนิติรัฐในความหมายอย่างแคบ กรณีนี้จึงไม่มีอะไรน่ากลางแคลงใจว่าการตีความของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่สอดคล้องกับหลักการและความหมายของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐแต่อย่างใด

<sup>๑</sup> ผู้ทรงคุณวุฒิด้านบริหาร สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

## ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

### บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากไปตรวจสอบประวัติการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะพบว่า แต่เดิมในชั้นยกร่างนั้น ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏเหตุผลในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่าเหตุใดในเวลาต่อมา ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญจึงได้เปลี่ยนแปลงคำว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นคำว่า “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏการอธิบายว่าผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเข้าใจหลักการทั้งสองว่าอย่างไร และโดยสรุปแล้ว หลักการทั้งสองเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น จากการศึกษาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ในส่วนของกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ นั้น ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว นำไปสู่ประเด็นที่น่าสนใจว่า “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยที่รัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ...” ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรานี้ ก็เพื่อเป็นการยืนยันถึงความมีอยู่จริงของหลักนิติธรรม อันเป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ

รายงานทางวิชาการฉบับนี้จะสำรวจตรวจสอบความหมาย และลักษณะของหลักนิติรัฐ และความหมาย และลักษณะของหลักนิติธรรม ตลอดจนเนื้อหาของหลักการทั้งสองดังกล่าว พร้อมทั้งจะได้ชี้ให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสองโดยสังเขป และบทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ตลอดจนวิเคราะห์คำวินิจฉัยคดีกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

## หลักนิติรัฐ (Legal Stare) และหลักนิติธรรม (The Rule of law)<sup>1</sup>

### ๑. ความหมาย และลักษณะของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้สรุปไว้ว่า “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ” โดยศาสตราจารย์ กิตติคุณ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้สรุปลักษณะของหลักนิติรัฐว่า การที่ประเทศใดจะเป็นนิติรัฐได้นั้นจำเป็นต้องมีคุณลักษณะสำคัญสามประการดังนี้ (๑) ในประเทศนั้น กฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด การกระทำต่าง ๆ ในทางปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐมากล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เจ้าหน้าที่นั้นก็ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย (๒) ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีขอบเขตในการใช้อำนาจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ลดหลั่นลงมาเป็นอำนาจที่วัดได้ ก็คือ เป็นอำนาจที่มีขอบเขตเช่นเดียวกัน และต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น (๓) ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งปวงให้เป็นที่ไปด้วยความยุติธรรม โดยต้องมีหลักประกันดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นหลักประกันอันเพียงพอสำหรับประชาชน ตามนัยนี้นิติรัฐจึงยอมให้ศาลเข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในทางอรรถคดีได้

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันนี้ หลักนิติรัฐอาจแยกพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบสำคัญสองส่วน ดังนี้ (๑) องค์ประกอบในด้านรูปแบบของหลักนิติรัฐ หากพิจารณาในด้านรูปแบบพบว่า หลักนิติรัฐนั้นประกอบด้วยหลักการอันสำคัญอื่น ๆ อีกหลายประการด้วยกัน ได้แก่ หลักการแยกการใช้อำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ หลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี และหลักการประกันสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักการย่อย ๆ เหล่านี้จึงเป็นตัวกำหนดกรอบในการใช้อำนาจรัฐให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น (๒) องค์ประกอบในด้านเนื้อหาของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ ทั้งหลายข้างต้นนั้นยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการจำกัดอำนาจของรัฐเอาไว้ด้วยกฎหมาย ซึ่งได้สร้างกลไกต่าง ๆ ขึ้นมากก็ตาม แต่หากกฎหมายหรือกลไกต่าง ๆ ขึ้นมากก็ตาม แต่หากกฎหมายหรือกลไกเหล่านั้นขาดความชัดเจน แน่นนอน ก็ย่อมไม่อาจนำพารัฐไปสู่ความเป็นนิติรัฐอันสมบูรณ์ได้ โดยองค์ประกอบในด้านเนื้อหานี้ก็ยังประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ อีกหลายประการเช่นเดียวกัน ได้แก่ การห้ามตรากฎหมายย้อนหลังไปให้ผลร้ายแก่บุคคล การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุในการใช้อำนาจรัฐในทางทฤษฎีตามความเห็นของ Theodor Maunz นักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงของเยอรมนีอธิบายว่า องค์ประกอบของหลักนิติรัฐมีสาระสำคัญรวมทั้งสิ้น ๗ ประการ ดังนี้

<sup>1</sup> เรียบเรียงมาจากสุรพล ศรีวิทยา ดร. (2557) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หน้า 12-22

(๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการเพื่อให้มีการควบคุมตรวจสอบและยับยั้งถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ โดยต้องมี “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” (funktionelle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ตัวบุคคล” (personelle Gewaltenteilung) ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

(๒) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung personlicher Grundrechte) หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) ซึ่งถือเป็นสิทธิพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยถือเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องให้ความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนการใช้อำนาจรัฐแทรกแซงสิทธิแทรกแซงสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้อำนาจไว้แล้วเท่านั้น ทั้งนี้ โดยมีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญประกอบด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ ที่สำคัญที่สุดคือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งมีความอิสระและเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(๓) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Justiz und Verwaltung) หรือ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง ที่เชื่อมโยงกับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่กระทบหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนในองค์กรนิติบัญญัติภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญก่อน

(๔) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักกฎหมายสามประการ คือ (๑) หลักความแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อยสองหลัก คือ หลักความชัดเจนของกฎหมายเรียกร้องต่อฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้ออกกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ส่วนหลักคุ้มครองความสุจริตนั้นเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองให้อึดถือความคุ้มครองความสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกเพิกถอนดังกล่าว (๒) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุด

ไปแล้ว และ (๓) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นสายลักษณะอักษรที่มีความสำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐประกอบด้วยหลักย่อย ๓ หลักคือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยมีได้มุ่งหมายเฉพาะเพื่อจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักในทางเนื้อหาที่ห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(๕) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter) เป็นหลักประกันให้ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ โดยเฉพาะจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น ความเป็นอิสระนี้จะต้องวางอยู่บนพื้นฐาน ๓ ประการ คือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา โดยมีหลักประกันความเป็นอิสระสามประการ คือ (๑) ความเป็นอิสระของการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากผู้ใดหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่นใด (๒) ความเป็นอิสระในการจัดการองค์กรของศาลที่มีความเป็นอิสระโดยไม่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่น และ (๓) ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคลของผู้พิพากษา โดยหลักการไม่อาจมีการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล

(๖) หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, sine lege) นอกจากเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้ว หลักนี้ยังมีผลใช้กับเรื่องโทษทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัย และการลงโทษตามข้อบังคับขององค์กรทางวิชาชีพด้วย โดยวางอยู่บนพื้นฐานสี่ประการ คือ (๑) หลักการกระทำโดยการกำหนดความผิดหรือกำหนดโทษต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการกระทำหรือละเว้นการกระทำ (๒) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การกำหนดเงื่อนไขของกฎหมาย (๓) หลักความแน่นอนของกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีกฎหมายอาญายังมีการกำหนดโทษสูงขึ้น ยังต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น (๔) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะกฎหมายอาญาถือเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น รวมทั้งห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล

(๗) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) ตามทัศนะของ Theodor Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ (Kroennung des Rechtsstaates) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ถือเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมันที่ทำให้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของกฎหมายลำดับรองมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นความแตกต่างกันในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐของประเทศภาคพื้นยุโรปกับหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ดังนั้น หลักนิติธรรมใน

ประเทศอังกฤษจึงมิได้เรียกร่องหรือยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ได้ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) และความเป็นสูงสุดของกฎหมายธรรมดาเท่าเทียมกันกับรัฐธรรมนูญที่ไม่มีลายลักษณ์อักษรโดยไม่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> สรุปรว่า หลักนิติรัฐ (Legal State) มิใช่แค่เพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักการของกฎหมาย หลักของกระบวนการยุติธรรม และหลักของการใช้อำนาจรัฐด้วย หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญของการเมืองการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพื่อความสำเร็จและป้องกันความเสื่อมโทรมของระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม หลักนิติรัฐจึงมีความเชื่อมโยงสอดคล้องกับหลักการปกครองข้ออื่น ๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) หลักนิติธรรม (Rule of law) หลักความยุติธรรมธรรมชาติ (Natural justice) หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) หรือความชอบธรรม (Righteousness) หลักนิติรัฐจึงมิได้ให้ความสำคัญแก่นักกฎหมาย แต่ต้องการนักยุติธรรมที่ไม่ยอมสยบต่อผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

กล่าวโดยสรุป ตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน “นิติรัฐ” ไม่ได้หมายถึง รัฐตามกฎหมาย หรือแสดงสถานะทางกฎหมายของรัฐว่ารัฐเป็นนิติบุคคล หลักนิติรัฐ จึงหมายถึง หลักการปกครองที่มีลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยรัฐยอมรับนับถือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่และยึดมั่นในลัทธิระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) รวมทั้งยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ และใช้อำนาจรัฐในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจรัฐ โดยรัฐต้องรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด จึงเป็นหลักการปกครองเพื่อจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งได้กำเนิดและพัฒนาขึ้นภายใต้อิทธิพลของสกุลกฎหมายโรมานอ -เยอรมนิก (Romano-Germanic) ในประเทศภาคพื้นยุโรป

## ๒. ความหมาย และลักษณะของหลักนิติธรรม

ในปัจจุบัน หลักนิติธรรมของอังกฤษเป็นที่รู้จักกันแพร่หลายอย่างเป็นระบบไปทั่วโลกนั้นมีปอเกิดมาจากแนวความคิดทฤษฎีของศาสตราจารย์ อัลเบิร์ต เว็นน์ ไดซี่ (Albert Venn Dicey) ซึ่งได้ให้นิยามความหมายของหลักนิติธรรม หมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมายหรือความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมาย (Rule or supremacy of law) ในรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยไว้ในหนังสือที่ชื่อว่า The Introduction to the Study of the Law of the Constitution (๑๘๘๕) ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญพื้นฐานของประเทศอังกฤษที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) โดยมีลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมรวมสามประการ ดังนี้ (๑) บุคคลจะต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหาย เว้นแต่จะมีการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมดา (Regular law) ซึ่งยอมรับบังคับใช้โดยศาลธรรมดา หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องไม่ให้การปกครองมีการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (๒) บุคคลทุกคนในแผ่นดินเสมอกันในกฎหมาย (Equality before the law) โดยต้องอยู่ในบังคับกฎหมายธรรมดา (Ordinary law of the land) โดยเท่า

<sup>2</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, (2553) “นิติรัฐกับการปรับตัวของการเมืองไทย” ใน “การเมือง” ของ “รัฐ” และ “ท้องถิ่น” ไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์, Proceedings of the 11<sup>th</sup> National Conference on Political Science and Public Administration (2010), Voi. 1., (วิทยาลัยการปกครองมหาวิทยาลัยมหาสารคาม), หน้า 71



เทียมกันและอยู่ในเขตอำนาจของศาลธรรมดา (Jurisdiction of ordinary tribunals) โดยไม่มีใครมีอภิสิทธิ์อยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งสูงถึงขนาดนายกรัฐมนตรี หรือตำแหน่งเพียงแค่อธิบดีหรือคนเก็บภาษีอากร (๓) บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพได้โดยกฎหมายธรรมดาและเป็นมาจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลธรรมดายอมรับมาบังคับใช้ มิใช่มาจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น

เมื่อพิจารณาถึงการให้ความหมายและลักษณะของหลักนิติธรรม (Rule of law) ของไดซีแล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐเป็นฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำการหรือใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย โดยหากเมื่อใดที่ฝ่ายปกครองนั้นกระทำการละเมิดต่อกฎหมายหรือต่อประชาชนตามอำเภอใจ ก็ย่อมสามารถถูกฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาลยุติธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น อนึ่ง โดยเหตุที่ประเทศอังกฤษนั้นถือว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด (The Sovereignty of parliament) ศาลของอังกฤษจึงไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภา แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ในยุโรป ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นได้รับการรับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ จึงอาจเป็นเหตุทำให้รัฐสภาเองที่มีโอกาสจะกระทำการซึ่งมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเสียเอง

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารัฐสภาของอังกฤษจะทรงอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย แต่จะพบว่ารัฐสภานั้นจะไม่ตรากฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เกิดจากกลไกทางการเมือง กล่าวคือ รัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของรัฐบาล ซึ่งพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรย่อมได้รับการจัดตั้งเป็นรัฐบาล และหากพรรคการเมืองใดสนับสนุนการตรากฎหมายซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน หรือขัดต่อหลักนิติธรรมแล้ว ย่อมส่งผลต่อความไว้วางใจและความนิยมของพรรคการเมืองหรือตัวบุคคลซึ่งทำการสนับสนุนการตรากฎหมายดังกล่าวในทางลบนั่นเอง

นอกจากแนวความคิดทฤษฎีหลักนิติธรรมของไดซีแล้ว ลอน โลเบิร์ต ฟูลเลอร์ (Lon Lobeart Fuller) นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกัน ยังได้เสนอแนวความคิดของหลักนิติธรรม ในปี ค.ศ. ๑๙๖๔ ว่าการใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมาย โดยกฎหมายจะต้องมีหลักศีลธรรมภายในของกฎหมาย (Inner morality of law) เป็นหลักยึดของกฎหมายต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งศีลธรรมภายในที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมที่เป็นรูปธรรมรวมแปดประการ ดังนี้ (๑) กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม จะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคนไม่เว้นแม้แต่องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (๒) กฎหมายจะต้องมีการประกาศให้ทราบทั่วไปและประกาศใช้บังคับอย่างเปิดเผย (๓) กฎหมายต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ โดยต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลใช้บังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนไปในอดีต (๔) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม (๕) ไม่มีการวางหลักที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น เพราะกฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง (๖) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องบังคับให้บุคคลกระทำหรือปฏิบัติสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (๗) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควรโดยไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้ (๘) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการ

บังคับให้สอดคล้องกันระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น ข้อนี้กว้างขวางมาก โดยหมายความรวมถึงมาตรการต่าง ๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันรวมถึงตั้งแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม

ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๗ โจเซฟ เรซ (Joseph Rez) ได้เสนอแนวคิดที่ว่า หากหลักนิติธรรมเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่มี ความหมาย แต่ต้องมีหลักการทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานบางอย่างโดยเห็นว่าหลักนิติธรรมอย่างน้อยต้องประกอบด้วยหลักการพื้นฐานแปดประการ คือ (๑) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช้บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยและชัดเจน (๒) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร (๓) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคง และชัดเจน (๔) ความเป็นอิสระของตุลาการจะต้องมีการคุ้มครอง (๕) มีการบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice) ซึ่งตามแนวของกฎหมายอังกฤษ คือ Due process of law นั่นเอง (๖) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Judicial review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง (๗) บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลโดยง่าย โดยไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร และค่าใช้จ่ายมากเกินไป ตลอดจนระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป (๘) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่ปิดเบือนกฎหมาย ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกได้เป็นสองกลุ่ม โดยข้อ (๑) ถึงข้อ (๓) เป็นหลักสาระบัญญัติกฎหมาย ส่วนข้อ (๔) ถึงข้อ (๘) เป็นกลไกในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งทั้งสองส่วนควรมีความสำคัญในเนื้อหาของหลักนิติธรรม และแม้กลไกการบังคับใช้กฎหมายจะเน้นไปที่ศาลก็ตาม แต่ก็เห็นว่าศาลเองก็มีพันธะต้องทำตามกฎหมายและต้องไม่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยลำเอียง ซึ่งในที่สุดหลักนิติธรรมนี้จะมีคุณความดี (Virtue) ในการเป็นระบบพิทักษ์ความดีและป้องกันความชั่วร้าย

ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>3</sup> ได้อธิบายสรุปว่า หลักนิติธรรมหมายถึง หลักการที่เป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและปฏิบัติธรรม มิฉะนั้นกฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย แม้กฎหมายจะถูกตราขึ้นโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมแล้ว การบังคับใช้และการตีความกฎหมายนั้นก็จะต้องกระทำภายใต้กรอบของหลักนิติธรรมด้วย จึงจะเป็นการใช้กฎหมายโดยธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงมิใช่หลักยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสรณะ ใช้กฎหมายเป็นยุติ โดยมีได้คำนึงถึงกฎกติกาของกฎหมายนั้นเลย คำว่า Rule of law มิใช่เพียงแค่ Ruled by law ซึ่งแปลว่า การปกครองโดยใช้กฎหมายเท่านั้น แต่หมายถึงกฎเกณฑ์กติกาของกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งหลักนิติธรรมคือความหมายเดียวกับหลักนิติรัฐ ในความหมายอย่างแคบ ที่คนไทยเข้าใจกันหรือที่นักรัฐศาสตร์พูดกันว่า Rule by law, not by men ไม่ใช่เอาตามความพอใจหรืออำเภอใจของผู้ที่กุมอำนาจรัฐ แต่ต้องเป็นไปตามกฎหมาย

<sup>3</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้วในเชิงอรรถ (2), หน้า 71

<sup>4</sup> หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ”

### ๓. ความแตกต่างของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม<sup>5</sup>

หากพิจารณาภาพรวมของแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมแล้ว พบว่า หลักการทั้งสองนี้ มีความคล้ายคลึงที่เด่นที่สุด คือ ปลายทางหรือจุดมุ่งหมายของการสร้างหลักการทั้งสองขึ้นมา กล่าวคือ ต่างก็มีจุดหมายที่ก่อให้เกิดกรอบในการใช้อำนาจอรัฐ ซึ่งต่างก็เห็นพ้องว่ารัฐนั้นต้องปกครองโดยกฎหมาย มิใช่ อำนาจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใด ทั้งนี้ก็เพื่อปลายทางอันสูงสุด คือประชาชนผู้ได้ปกครองนั้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงข้อแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมแล้ว พบว่า มีความแตกต่างในสาระสำคัญ ดังนี้ (1) พิจารณาจากต้นกำเนิด ข้อความคิด เรื่อง “นิติรัฐ” มีวิธีการศึกษา (Approach methodology) ตั้งต้นเริ่มจากรัฐ เพราะเป็นธรรมเนียมของ นักกฎหมายมหาชนและนักปรัชญาภาคพื้นยุโรปที่มุ่งเน้นศึกษาทฤษฎีว่าด้วยรัฐเป็นสิ่งสำคัญ กล่าวคือ ใช้ข้อ ความคิดว่าด้วย “รัฐ” เป็นวัตถุแห่งการศึกษา และสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายนั่นเอง ในขณะที่ข้อความคิดเรื่อง “นิติธรรม” นั้น มีต้นกำเนิดจากความห่วงใยในการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ หลักนิติธรรมจึงมุ่งหมายไปที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน กล่าวให้ถึงที่สุด หลักนิติรัฐเป็น มุมมองจากรัฐ แต่หลักนิติธรรมเป็นมุมมองจากปัจเจกชน (2) พิจารณาทางภาษาศาสตร์ คำว่า “Law” ใช้ ภาษาอังกฤษ หากแปลเป็นภาษาฝรั่งเศสและเยอรมันแล้ว มีสองคำ หนึ่ง คือ “Droit (ฟ)” หรือ “Recht (ย)” ซึ่งหมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมด และสอง คือ “Loi” ซึ่งหมายถึงเฉพาะ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ในขณะที่คำว่า “Droit” ของฝรั่งเศสนั้น นอกจากจะหมายความว่า “กฎหมาย” (Law) ได้แล้ว ยังหมายความว่า “สิทธิ” (Right) อีกด้วย (3) พิจารณาทางเนื้อหาสาระ หลักนิติรัฐเกี่ยวกับกรณีที่ยุทธยอมตนลงมาอยู่ภายใต้กฎหมายเป็นเรื่องของโครงสร้างลำดับชั้นทางกฎหมาย (Hierarchie des norms) เป็นเรื่องของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de legalité) ที่สถาปนาให้ กฎหมาย เป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจมหาชน (Sources et limitations) เป็นเรื่องการแบ่งแยก อำนาจอย่างสมดุล (Separation des pouvoirs) และเป็นเรื่องบทบาทขององค์กรตุลาการ ในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย (Controle juridictionnel) ในขณะที่หลัก นิติธรรมนั้น ไม่มีกรอบความคิดที่เป็นระบบระเบียบเท่ากับหลักนิติรัฐ แต่สร้างหลักขึ้นมาเฉพาะเรื่องเฉพาะ ราวตามแนวคิดเสรีนิยม เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ของรัฐ กล่าวให้ถึงที่สุดหลักนิติรัฐของภาคพื้นยุโรปเน้นที่รูปแบบ - โครงสร้าง (Form - Structure) และ วิธีการในการไปให้ถึงเป้าประสงค์ (Moyens) ในขณะที่หลักนิติธรรมของแองโกล - แซกซอน เน้นที่เนื้อหา (Substance) และกระบวนการ (Procedure) (3) พิจารณาจากสกุลกฎหมาย หลักนิติรัฐ กำเนิดและ พัฒนาสกุลกฎหมายขึ้นมาในกฎหมายระบบ Romano-Germanic ซึ่งยอมรับการแบ่งแยกกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชนยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในขณะที่หลัก

<sup>5</sup> ปิยะบุตร แสงกนกกุล, "นิติรัฐ" (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ "นิติธรรม" (Rule of Law) ในเอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓), หน้า ๓๑๖.

นิติธรรม กำเนิดและพัฒนาสกุลกฎหมายในระบบกฎหมายแอลโกล - แซกซอน ซึ่งไม่มีการแบ่งแยกกฎหมาย เอกชน - มหาชน ไม่มีการแบ่งแยกศาลยุติธรรม - ศาลปกครอง และยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Suprematie du Parlement)

**ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา**

“ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรตุลาการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งหนึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญยิ่งองค์กรหนึ่งที่จะนำพาให้กลไกต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญสามารถขับเคลื่อนไปได้สมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังมีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กร ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาวิถีทางการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนของไทย

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ก่อนที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ทำการปกครองประเทศและมีประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สิ้นสุดลง เมื่อวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ๒๕๕๗ นอกจากอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิหรือเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๖๘ และมาตรา ๒๓๗) อีกด้วย โดยในรายงานทางวิชาการฉบับนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ตลอดจนบทวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

**คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา**

คำวินิจฉัยคดีประวัติศาสตร์ของศาลรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยที่ ๑๕ - ๑๘/๒๕๕๖) เมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ ในคดีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภา (สว.) ว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ หรือไม่ ตามคำร้องของผู้ร้องทั้งสี่ประกอบด้วย ๑) พล.อ. สมเจตน์ บุญถนอม สว. สรรหา ๒) นายวิรัตน์ กล้ายาศิริ ส.ส. สงขลา พรรคประชาธิปัตย์ ๓) นายสาย กังกวะคิน ส.ว. สรรหา และ ๔) นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตัดสินประเด็นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มา ส.ว. นั้นขัดต่อ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ แต่ในส่วนยุบพรรคนี้ให้ยกคำร้อง ซึ่งคำวินิจฉัยมีเนื้อหาสาระเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม ดังนี้

#### ๑. การปกครองระบอบประชาธิปไตยกับหลักเสียงข้างมากที่เคารพเสียงข้างน้อย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้ให้นิยามความหมายของหลักการประชาธิปไตยที่เชื่อมโยงสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมว่า “...หลักการปกครองแบบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวความคิดของบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลใด และมีใช้การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจากระบบการเลือกตั้งเท่านั้น บุคคลที่มาจากจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติทำให้วิธีการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจากประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้ง หรือการเลือกตั้งของฝ่ายการเมืองเท่านั้น เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หากใช้เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรมแต่อย่างใด”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ยังได้อธิบายหลักการแห่งเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนและหนักแน่นที่มุ่งให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม โดยข้อสัถย์สุจริตปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ไว้อย่างชัดเจนในข้อความตอนหนึ่งว่า “...เจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมือง ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม มีความเป็นอิสระและข้อสัถย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองใดบิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากความชอบธรรมทุกรูปแบบ อีกทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กร หรือสถาบันการเมือง หยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้าง เพื่อใช้เป็นฐานสนับสนุน คำจูนในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน หรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้น ๆ...”

และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญยังได้ยืนยันหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเสียงข้างมากที่ต้องเคารพเสียงข้างน้อยว่า “...ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น แม้จะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากทะเลาะหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงฝ่ายข้างน้อยโดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกันจนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้ จะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากแต่จะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศอย่างชัดแจ้ง...กรณีนี้ต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือนหรืออำนาจอำเภอใจของบุคคล กลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยให้ตั้งมั่นอยู่บนหลักการแบ่งการแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจของปวงชนชาวไทย เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่นั้น ให้อยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อตัดทอนและคานอำนาจซึ่งกันและกันได้เหมาะสม มิใช่แบ่งแยกให้เป็นอิสระของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ตาม...”

อีกทั้ง “..องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การใช้อำนาจองค์กรเหล่านี้จึงถูกจำกัดการใช้ อำนาจทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา จึงมีผลให้การใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้นำเอาหลัก นิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐบาลภายใต้หลักการที่ว่า “นอกจากการใช้อำนาจตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตาม หลักนิติธรรม กรณีนี้จึงใช้การปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากแต่เพียง เท่านั้น หากจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย”

และกล่าวต่อไปว่า “การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่มิได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยิกยกมาใช้ อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจท่ามกลางความซับซ้อนระหว่าง ผลประโยชน์ส่วนตัว หรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม และการใดก็ตามที่จะนำมาซึ่งการนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิบาท บาดหมางแตกแยกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน การนั้นย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญนี้ตามนัย มาตรา ๖๘ นั่นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณีต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริต ฉ้อฉล มีประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมิฉะนั้นจะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศ อาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ให้ไปตกอยู่กับบุคคล หรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจ โดยปราศจากความชอบ ธรรม หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความ เป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรม จึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาก็ดี คณะรัฐมนตรีก็ดี ศาลก็ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐก็ดี จะต้องยึดถือเป็น แนวทางในการปฏิบัติ...”<sup>6</sup> ดังนั้น คำวินิจฉัยจึงหักล้างข้ออ้างความชอบธรรมของเสียงข้างมากเพื่อใช้อำนาจ นิติบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาที่เป็นเผด็จการเสียงข้างมากซึ่งขัดต่อหลักนิติธรรม

## ๒. ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ หน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุม ความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในอัน ที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปแบบ ควบคู่ ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๖ วรรคห้า ที่ว่า “คำวินิจฉัยของ

<sup>6</sup> กาแฟดำ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : เสียงข้างมากกับหลักนิติธรรม” ในกรุงเทพธุรกิจออนไลน์, การเมือง : ทศนะวิจารณ์, วันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๖. สืบค้นจาก [www.bangkokbiznews.com/](http://www.bangkokbiznews.com/) เมื่อวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๖ ; เอเอสทีวีผู้จัดการ, คำวินิจฉัยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ครั้งประวัติศาสตร์ เปิดโปงเผด็จการรัฐสภา : กรณีแก้ไข รัฐธรรมนูญ ที่มา สว. ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖. กรุงเทพมหานคร, บริษัท โรงพิมพ์ตะวันออก จำกัด (มหาชน), ๒๕๕๖.

ศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์การของรัฐ” ประกอบ มาตรา ๒๗ ที่ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยการตรากฎหมาย การใช้บังคับ กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง แม้การเปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธาน และเสียงข้าง มากที่สิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากดังกล่าว จะต้องไม่ ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาหรือการละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวมรัดปิดการอภิ ปรายและปิดการประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์ ต่อฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม<sup>7</sup>

ส่วนการเริ่มนับระยะเวลาในการย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรบัญญัติเพียง ๑ วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒๕ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง ด้วย การ กำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง และ มาตรา ๑๒๕ วรรคหนึ่ง อีกทั้งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒๒ ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่า สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกพันมัดแห่งอาณัติมอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาว ไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อีกทั้งต้องบัญญัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามที่บัญญัติไว้ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง ที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๑ และ มาตรา ๑๑/๑ นั้น ยังขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ เลือกลงตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔๑<sup>8</sup> ที่จะต้องส่งร่าง กฎหมายดังกล่าวนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งขัดกับการ ถ่วงดุลและคานอำนาจ อันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถออก กฎหมายได้ตามอำเภอใจโดยอาศัยเสียงข้างมากปราศจากการตรวจสอบ ซึ่งละเมิดความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม

### ๓. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้วางมาตรฐานแห่งการตีความหมายของการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยที่สามารถเปรียบเทียบกับมาตรฐานของสากลโดยยืนยันว่า “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ”

<sup>7</sup> กาแฟดำและเอ เอส ที่วีผู้จัดการ, เพ็งอ้างถึง.

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๔๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”.

เป็นกลไกสำคัญของระบอบการปกครองประชาธิปไตยในการถ่วงดุลและคานอำนาจทางการเมืองอื่น ๆ เพื่อให้เป็นที่พึ่งพาของประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ ได้อย่างเป็นรูปแบบ โดยให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมโดยตรงในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมือง ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้มีคุณภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบระบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องสุจริต และเป็นธรรม ตามหลักนิติธรรม

ถึงแม้การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ทำได้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมีหลักฐานชัดเจนว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส) และสมาชิกวุฒิสภา (ส.ว) ซึ่งมีเสียงข้างมาก ได้พยายามผลักดันแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างมีเงื่อนไขความเคลือบแคลงน่าสงสัยโดยมีการเสียบัตรและปลอมแปลงเอกสารการประชุมวาระแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งข้อความในสำเนาไม่เหมือนต้นร่าง เนื้อหาการแก้ไขมีประเด็นปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) และเร่งรัดกระบวนการพิจารณาอย่างสังเกตุ อีกทั้งยังตัดสิทธิการอภิปรายของผู้แปรญัตติเท่ากับเป็นการใช้เสียงข้างมากในสภา กระทำการในสิ่งที่ผิดหลักนิติธรรม และขัดแย้งกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม อย่างนี้ผิดหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในความหมายที่แท้จริงอย่างแน่นอน

### **บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา**

หลายปีที่ผ่านมา มีคำกล่าวจากบุคคลในหลายภาคส่วนว่าให้ทุกคนเคารพยึดถือและปฏิบัติตามหลักนิติธรรม จนกล่าวได้ว่าไม่มีบุคคลใดปฏิเสธถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมว่าเป็นหลักการสำคัญที่จะต้องได้รับการเคารพยึดถือและปฏิบัติตาม จนแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ ยังได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาคณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่นำคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ มิได้บัญญัติว่า หลักนิติธรรมมีความหมายอย่างไร มีสาระสำคัญอย่างไร และหากฝ่าฝืนผลของการฝ่าฝืนเป็นเช่นใด บุคคลทั้งหลายซึ่งอ้างถึงหลักนิติธรรมจึงต่างอธิบายหลักนิติธรรมไปตามความรู้ความเข้าใจตามการศึกษาค้นคว้า ตามการตีความของแต่ละบุคคลเอง หลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำวินิจฉัยที่ ๑๕ - ๑๘/๒๕๕๖ เมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖ สรุปได้ว่า กระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ความเข้าใจในเรื่องหลักนิติธรรมจึงมีอยู่อย่างแตกต่างหลากหลาย มีผู้แสดงความคิดเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยในคดีนี้ โดยฝ่ายที่เห็นพ้องด้วย เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ได้แสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ว่า เนื้อหาสาระแห่งหลักนิติธรรมที่เป็นมาตรฐานสากล กระบวนการตุลาการของไทยได้ยืนหยัด ยึดมั่น และยึดถือหลักนิติธรรม



อย่างชัดเจนเพียงใดมาตั้งแต่ระบบศาลยุติธรรมในอดีตมาจนถึงระบบศาลคู่ของศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองในปัจจุบัน ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีทั้งบุคคลในคณะรัฐบาล ประธานสภาทั้งสอง สมาชิกวุฒิสภา ฝ่ายรัฐบาล นักวิชาการฝ่ายรัฐบาลในประเด็นหลัก ๆ โดยอ้างว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคดีนี้ไว้พิจารณา ไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเสียงข้างมาก ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจก้าวล่วงอำนาจของรัฐสภาได้ นักวิชาการบางคนได้วิจารณ์จุดอ่อนสำคัญที่ทำให้เกิดการปรับใช้หลักนิติธรรมอย่างผิดพลาดและไร้เหตุผลหนักแน่นของศาลรัฐธรรมนูญในอดีตหลาย ๆ คราว ดังเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕/๒๕๕๑ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๘ - ๒๙/๒๕๕๕ รวมทั้ง คำวินิจฉัยคดีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภา โดยกลางแกลงใจในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการบางท่านจึงวิจารณ์ว่า แม้หลักนิติธรรมในมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญไม่มีนิยามใด ๆ แต่หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของตุลาการ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม เป็นปรากฏชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙๗ วรรคสอง : ความเป็นอิสระและเป็นธรรมในการใช้อำนาจตุลาการ และมาตรา ๒๐๑: การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการ โดยปราศจากอคติเพื่อให้เกิดความยุติธรรม เนื้อหาของหลักนิติธรรมในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นผลของการแสวงหาจุดร่วมหรือสิ่งที่เป็นความเห็นสอดคล้องลงรอยกันมากที่สุดในเรื่องหลักนิติธรรมของไทยเพื่อพัฒนาจากหลักการที่เป็นนามธรรมมาสู่รูปธรรม โดยเฉพาะในเรื่องที่ทุกฝ่ายยอมรับตรงกัน และด้วยความตระหนักถึงความมีพลวัตของหลักนิติธรรม ที่อาจพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปภายใต้บริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป จึงยังคงเปิดโอกาสให้กับความคิดเห็นใหม่หรือหลักการที่อาจเกิดขึ้นใหม่ได้เสมอจึงเชื่อมั่นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะเป็นก้าวที่สำคัญในอันที่จะทำให้ “หลักนิติธรรม” ได้หยั่งรากลึกลงในสังคมไทย

## บทสรุป

หากพิจารณาภาพรวมของแนวคิดเกี่ยวหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมโดยสังเขปแล้ว พบว่า หลักการทั้งสองนี้มีปลายทางหรือจุดมุ่งหมายของการสร้างหลักการทั้งสองขึ้นมาเพื่อก่อให้เกิดกรอบในการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งต่างก็เห็นพ้องว่ารัฐนั้นต้องปกครองโดยกฎหมาย มิใช่อำนาจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใด หลักกฎหมายที่ได้จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ได้แก่ ความหมายของหลักการประชาธิปไตยที่เชื่อมโยงสัมพันธ์กับหลักนิติธรรม ว่า “...หลักการปกครองแบบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวความคิดของบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลใด และมีใช่การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจากกระบวนการเลือกตั้งเท่านั้น บุคคลที่มาจากจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติหาใช่วิธีการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจากประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้ง หรือการเลือกตั้งของฝ่ายการเมืองเท่านั้น เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หาใช่เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรมแต่อย่างใด” ทั้งนี้ก็เพื่อปลายทางอันสูงสุด คือ ประชาชนผู้ได้ปกครองนั้นได้รับ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังวางมาตรฐานแห่งการตีความหมายของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่สามารถเปรียบเทียบกับมาตรฐานของสากลโดยยืนยันว่า “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” เป็นกลไกสำคัญของระบอบการปกครองประชาธิปไตยในการถ่วงดุลและคานอำนาจทางการเมืองอื่น ๆ เพื่อให้เป็นที่พึ่งพาของประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๖๘ ได้อย่างเป็นรูปแบบ โดยให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมโดยตรงในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมือง ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบระบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องสุจริต และเป็นธรรมตามหลักนิติธรรม ดังนั้น หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ที่ฝ่าฝืน ชัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรมดังกล่าว ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ และการให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง และมีความเป็นอิสระเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกต้องแย้งว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์สุดท้ายของการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนโดยรวมภายใต้หลักนิติธรรม ดังปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจบนรากฐานที่ว่า “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน”

## บรรณานุกรม

- กาแฟคำ, (2556) “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : เสี่ยงข้างมากกับหลักนิติธรรม” ในกรุงเทพธุรกิจออนไลน์, การเมือง : ทศนะวิจารณ์, วันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๖. สืบค้นจาก [www.bangkokbiznews.com/](http://www.bangkokbiznews.com/) เมื่อวันที่ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๖ ; เอเอสทีวีผู้จัดการ, คำวินิจฉัยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ครั้งประวัติศาสตร์ เปิดโปงเผด็จการรัฐสภา : กรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มา สว. ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๖. กรุงเทพมหานคร, บริษัท โรงพิมพ์ตะวันออก จำกัด (มหาชน), ๒๕๕๖.
- จรัญ ภัคศิธนากุล, (2553) “นิติรัฐกับการปรับตัวของการเมืองไทย” ใน “การเมือง” ของ “รัฐ” และ “ท้องถิ่น” ไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์, Proceedings of the 11<sup>th</sup> National Conference on Political Science and Public Administration (2010), Voi. 1., (วิทยาลัยการปกครองมหาวิทยาลัยมหาสารคาม),
- ปิยบุตร แสงกนกกุล, (2553) "นิติรัฐ" (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับ "นิติธรรม" (Rule of Law) ในเอกบุณวงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓)
- สุรพล ศรีวิทยา ดร. (2557) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550