



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของไทย  
กับบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ของเยอรมัน

จัดทำโดย นายประสาท พงษ์สุวรรณ  
รหัส ๖๔๐๙๒๑

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๙  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของไทย กับบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ของเยอรมัน

ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ<sup>๑</sup>

### ๑. บทนำ

“หลักนิติธรรม” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” เป็นหลักการที่มีสาระสำคัญโดยนำมาใช้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง ส่วน “บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm)” เป็นแนวความคิดของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์และนักนิติปรัชญาชาวออสเตรียที่สำคัญซึ่งมีชื่อเสียงและมีอิทธิพลทางความคิดเป็นอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ ๒๐ โดยปรากฏอยู่ในคำสอนว่าด้วยทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Reine Rechtslehre) แม้แนวความคิดเกี่ยวกับบรรทัดฐานชั้นมูลฐานจะไม่ได้ปรากฏอย่างชัดเจนอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทยเช่นเดียวกับการบัญญัติถ้อยคำของหลักนิติธรรม แต่หลักการทั้งสองต่างมีความสัมพันธ์บางประการที่สัมพันธ์และเกี่ยวเนื่องกัน ในบทความนี้จะได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดของหลักนิติธรรมกับบรรทัดฐานชั้นมูลฐานโดยสังเขป ว่ามีเนื้อหาสาระสำคัญและมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอย่างไร โดยจะได้กล่าวถึงบรรทัดฐานชั้นมูลฐานตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซิน หลักความเป็นนิรันดรตามมาตรา ๗๙ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน หลักนิติธรรม และความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน ตามลำดับ

### ๒. บรรทัดฐานชั้นมูลฐานตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซิน

ฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen)<sup>๒</sup> เป็นนักนิติศาสตร์และนักนิติปรัชญาชาวออสเตรียที่สำคัญซึ่งมีชื่อเสียงและมีอิทธิพลทางความคิดเป็นอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ ๒๐ เกิดในปี ค.ศ. ๑๘๘๑ ที่กรุงปราก ประเทศเชโกสโลวาเกีย ในขณะที่นั้น หรือประเทศสาธารณรัฐเช็ก ในปัจจุบัน เติบโตและได้รับการศึกษาในเวลาต่อมาที่ออสเตรีย เป็นผู้เสนอทฤษฎีทางนิติศาสตร์ชั้นสำคัญที่มีชื่อเสียงเป็นอย่างยิ่งซึ่งเรียกว่า “ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Reine Rechtslehre)”

สำหรับคำอธิบายเกี่ยวกับบรรทัดฐานชั้นมูลฐานที่มีการอธิบายอยู่ในคำสอนว่าด้วยทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Reine Rechtslehre) นั้น ในทัศนะของฮันส์ เคลเซิน กฎหมายเป็นเสมือนสิ่งที่ตั้งอยู่บนระบบแห่งบรรทัดฐานอีกบรรทัดฐานหนึ่งอย่างเชื่อมโยงและสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ กล่าวคือ

<sup>๑</sup> ตลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

<sup>๒</sup> ดู วรรณ ภาศิริรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ ๑, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, หน้า ๔๕๗-๔๘๕; วุฒิชัย จิตตานัน, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ ๖ เล่มที่ ๑๗ พฤษภาคม-สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๗; Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 201ff.

ความสมบูรณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับจะมีที่มาจากกฎเกณฑ์ที่สูงกว่าหรือเหนือขึ้นไปเป็นลำดับขั้นที่ให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายแต่ละฉบับ และสุดท้ายแล้วจะสามารถพิจารณาย้อนไปจนกระทั่งถึงสิ่งที่เรียกว่า “บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm)” ซึ่งบรรทัดฐานชั้นมูลฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์สมมติหรือสมมติฐาน (Fiktion) เพื่อเป็นรากฐานรองรับระบบกฎหมายทั้งระบบ ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบนั้นมีความสมบูรณ์โดยไม่ต้องพิจารณาอีกต่อไปว่ามีบรรทัดฐานทางกฎหมายใดที่มีลำดับศักดิ์สูงหรือเหนือกว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐานนี้อีกหรือไม่ กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าจึงเป็นรากฐานและที่มาของกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเรื่อยลงมา โดยมีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุดและอยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นทั้งปวง อาทิ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติ เป็นต้น ดังนั้น ในเชิงลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กฎหมายบัญญัติที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองลงมา หากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงย่อมไม่อาจใช้บังคับได้

ส่วนปัญหาว่า รัฐธรรมนูญมีที่มาจากกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานใดนั้น ในทัศนะของฮันส์ เคลเซินเห็นว่า รัฐธรรมนูญย่อมต้องสามารถค้นหาและตอบคำถามได้เช่นเดียวกันว่า มีที่มาจากกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานใดทำนองเดียวกับการตอบคำถามเกี่ยวกับอำนาจและที่มาในการบัญญัติกฎหมายลำดับรองอื่นแต่ละฉบับ ซึ่งกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานใดเป็นฐานแห่งอำนาจและที่มาในการก่อกำเนิดรัฐธรรมนูญนั้น โดยที่รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายบัญญัติแต่ละฉบับจะมีฐานอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านั้นย้อนเป็นลำดับขึ้นไปจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับแรกสุดในแต่ละระบบกฎหมาย หรือย้อนไปถึงรัฐธรรมนูญฉบับแรกสุดของรัฐแต่ละรัฐ ในขณะที่หากเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกสุด ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของฮันส์ เคลเซิน ฐานแห่งอำนาจในการบัญญัติหรือก่อกำเนิดรัฐธรรมนูญฉบับแรกนั้น จึงย่อมจะมีใช้รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นกฎหมายบัญญัติโดยตรงอีกต่อไป แต่เป็นบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานสมมติว่าเป็นฐานแห่งอำนาจของรัฐธรรมนูญฉบับแรกเพื่อทำให้เกิดความสมบูรณ์ขึ้นในระบบกฎหมายทั้งระบบโดยไม่ต้องแสวงหาคำตอบอีกต่อไปว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐานนั้นมีที่มาจากกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานใดอีกต่อไป

การพิจารณาว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐานนี้ได้เกิดขึ้นและมีอยู่หรือได้รับการยอมรับแล้วหรือไม่นั้น แม้บรรทัดฐานชั้นมูลฐานนี้จะป็นข้อสมมติฐานและมีได้มีลักษณะเป็นกฎหมายบัญญัติก็ตาม แต่ย่อมสามารถพิจารณาได้จาก “ความมีประสิทธิภาพ (Wirksamkeit)” ต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายนั้นอย่างมั่นคงและต่อเนื่องจนกระทั่งได้รับการยอมรับและปฏิบัติตามสำหรับในแต่ละสังคม หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการพิจารณาจากพฤติกรรมในทางข้อเท็จจริงอย่างเป็นภาวีสัยของคนในสังคมว่ายอมรับและถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นนั้นหรือไม่ ดังนั้น การพิจารณาว่ากฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐานในแต่ละระบบกฎหมายของรัฐแต่ละรัฐหรือแต่ละสังคมนั้นได้เกิดขึ้นและมีอยู่หรือได้รับการยอมรับแล้วหรือไม่ จึงต้องต้องพิจารณาจากความมีประสิทธิภาพเป็นสำคัญ หากบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายหรือสังคมนั้น ยอมรับและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานเช่นว่านี้ จึงจะถือว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ในระบบกฎหมายนั้นหรือสังคมนั้นได้เกิดขึ้นแล้ว

### ๓. หลักความเป็นนิรันดรตามมาตรา ๗๙ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือ รัฐธรรมนูญเยอรมัน

มาตรา ๗๙ วรรคหนึ่ง ประโยคแรก ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน บัญญัติว่า การแก้ไขกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญสามารถกระทำโดยกฎหมาย ทั้งนี้ จะแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญก็ได้ นอกจากนี้ ความในวรรคสาม ของบทบัญญัติมาตรา ๗๙ ได้บัญญัติหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อหลักความเป็นสหพันธรัฐ หลักความมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ และหลักการพื้นฐานที่บัญญัติอยู่ในมาตรา ๑ และมาตรา ๒๐ ย่อมไม่อาจกระทำได้ ทั้งนี้ ในทางวิชาการเรียกหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัดของการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ว่า “หลักความเป็นนิรันดร (Ewigkeitsklausel)”<sup>๓</sup> อันเป็นหลักการที่เป็นกลไกในการป้องกันตนเองของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นโครงสร้างหลักของรัฐธรรมนูญที่แม้กฎหมายใดก็ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญหลายมาตราประกอบกันแล้วเห็นได้ว่า หลักความเป็นนิรันดร (Ewigkeitsklausel) ประกอบด้วย (๑) หลักความเป็นสหพันธรัฐ (๒) หลักความมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ และ (๓) หลักที่บัญญัติอยู่ในมาตรา ๑ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันไม่อาจล่วงละเมิดได้ และมาตรา ๒๐ ซึ่งกล่าวถึงหลักประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักสาธารณรัฐ หลักความผูกพันของการใช้อำนาจนิติบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญ และหลักความผูกพันของการใช้อำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น อนึ่ง สำหรับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) นั้น โดยที่บทบัญญัติมาตรา ๒๐ ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน มิได้บัญญัติคำว่า “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)” ไว้อย่างชัดแจ้ง แต่เมื่อพิจารณาความในวรรคสามของมาตรา ๒๐ ย่อมเห็นได้ว่าหมายรวมถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความผูกพันของการใช้อำนาจนิติบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญ และหลักความผูกพันของการใช้อำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งในทางวิชาการถือเป็นองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ดังนั้น โครงสร้างหลักของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่แม้กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือ “หลักความเป็นนิรันดร (Ewigkeitsklausel)” จึงครอบคลุมถึงหลักนิติรัฐด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักนิติรัฐจึงไม่อาจกระทำได้ ซึ่งหลักการที่ปรากฏอยู่ในวรรคสามของมาตรา ๗๙ ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะไม่อาจถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงโดยวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ (Verfassungsänderung) หากกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญใดขัดหรือแย้งกับความในวรรคสามของมาตรา ๗๙ ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงตกเป็นโมฆะ (nichtig)<sup>๔</sup> เนื่องจาก “หลักความเป็นนิรันดร (Ewigkeitsklausel)” ที่บัญญัติอยู่ในมาตราดังกล่าวมีลำดับศักดิ์สูงกว่าบทบัญญัติอื่นของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

<sup>๓</sup> Ulrich Battis/Christoph Guys, Einführung in das Staatsrecht, 5. Aufl., Berlin, S. 164; Hartmut Maurer, Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 3. Aufl., München, S. 127f.

<sup>๔</sup> BVerfGE 30, 1/24.

## ๔. หลักนิติธรรม

### ๔.๑ แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม (Rule of Law)

“หลักนิติธรรม (Rule of Law)” เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีพัฒนาการเริ่มต้นมาจากประเทศอังกฤษ โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษที่มีชื่อเสียง คือ เอ.วี.ไดซี่ (A.V. Dicey) หลักนิติธรรมในทัศนะของไดซี่มีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ๓ ประการ<sup>๕</sup> ได้แก่

*ประการที่หนึ่ง* ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดตามอำเภอใจ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายและต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Court)

*ประการที่สอง* ไม่มีบุคคลโดยอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งใดหรือเงื่อนไขประการใด ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของรัฐหรือบุคคลธรรมดา ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน และ

*ประการที่สาม* หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า แก่นหรือสาระสำคัญอันแท้จริงของหลักนิติธรรม ได้แก่ การที่บุคคลทุกคนย่อมต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายและระบบศาลเดียวกัน ดังนั้น หลักนิติธรรมในทัศนะของไดซี่ การจัดตั้งศาลปกครองนอกเหนือไปจากศาลธรรมดาหรือศาลยุติธรรม เพื่อให้มีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองสำหรับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือการกระทำทางปกครอง จึงทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เอกชนซึ่งเป็นคู่กรณีอีกฝ่ายในคดี นอกจากนี้ โดยที่ประเทศอังกฤษมิได้มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นกฎหมายสูงสุดตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจสูงสุด รัฐสภาจึงสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อีกทั้งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิได้เป็นการคุ้มครองโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด แต่เกิดขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ

### ๔.๒ แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)

“หลักนิติรัฐ” หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Rechtsstaat” มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาจากประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งแนวความคิดอันเป็นสาระสำคัญที่เป็นความมุ่งหมายของหลักนิติรัฐ ได้แก่ ความต้องการที่จะนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเกณฑ์จำกัดอำนาจรัฐโดยรัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกันการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ หลักนิติรัฐเป็นหลักการ

<sup>๕</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๐, หน้า ๓๕๖.

ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และเมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการบัญญัติรับรอง อยู่ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว ประกอบกับการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากการใช้อำนาจรัฐขององค์กรใช้อำนาจใดก็ตามที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากกฎหมายให้อำนาจไว้แล้วนั้น จึงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของหลักนิติรัฐแล้วเห็นได้ว่า หลักนิติรัฐจะประกอบด้วยองค์ประกอบที่เป็นหลักการย่อยหลายประการ ซึ่งในทางวิชาการอาจมีความเห็นเกี่ยวกับองค์ประกอบย่อยของหลักนิติรัฐแตกต่างกันออกไป เช่น

ตามแนวความคิดของ Theodor Maunz<sup>๖</sup> เห็นว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยองค์ประกอบ ดังนี้

- (๑) หลักแบ่งแยกอำนาจ
- (๒) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- (๓) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ
- (๔) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- (๕) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (๖) หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย
- (๗) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

สำหรับหลักนิติรัฐในทัศนะของ Hartmut Maurer<sup>๗</sup> เห็นว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยองค์ประกอบที่เป็นหลักการย่อย ดังนี้

- (๑) หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte)
- (๒) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)
- (๓) หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรใช้อำนาจรัฐ (Die Rechtsbindung der staatlichen Organe)
- (๔) หลักการกระทำทางปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจ (Grundsatz des Gesetzesvorbehalts)
- (๕) หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระ (Rechtsschutz)
- (๖) หลักความรับผิดชอบของรัฐ (Staatshaftung)
- (๗) หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafrechts- und Strafprozeßrechtsgrundsätze)
- (๘) หลักความมั่นคงของกฎหมาย หรือหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Rechtssicherheit)
- (๙) หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

จากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันทั้งสองข้างต้นต่อหลักนิติรัฐเห็นได้ว่า แม้จะมีความแตกต่างในส่วนองค์ประกอบบางประการของหลักนิติรัฐ แต่ความแตกต่างนี้เป็นเพียงความแตกต่างเฉพาะในส่วนที่เป็นหลักการย่อยเท่านั้น หาได้กระทบต่อสาระสำคัญของหลักนิติรัฐที่มุ่งนำมาใช้

<sup>๖</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ ๕, กรุงเทพฯ : วิทยุชนะ, ๒๕๕๘, หน้า ๒๔.

<sup>๗</sup> Hartmut Maurer, Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 3. Aufl., München, S. 215ff.

เพื่อเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ตลอดจนคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ

#### ๔.๓ ความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

นอกจากความแตกต่างทางด้านพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักนิติธรรมเป็นหลักที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์ และหลักนิติรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบซีวิลลอว์ จะพบว่า หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐยังคงมีความแตกต่างกันบางประการ อาทิ เมื่อพิจารณาในแง่แนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ โดยที่หลักนิติรัฐถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักอันเป็นองค์ประกอบย่อยที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งประการหนึ่ง ในขณะที่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบย่อยของหลักนิติธรรมแล้วไม่ปรากฏว่า มีการกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งเมื่อพิจารณาความแตกต่างในแง่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เนื่องจากประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติธรรมและเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล จึงมิได้เป็นการคุ้มครองโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการสูงสุด แต่องค์กรตุลาการจะทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ประเทศเยอรมนีซึ่งยึดถือแนวความคิดของหลักนิติรัฐ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการอันเป็นองค์ประกอบย่อยที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจึงได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งหลักดังกล่าวมีผลใช้บังคับโดยตรงและผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ทั้งองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ นอกจากนี้ โดยที่แนวความคิดของหลักนิติธรรมเห็นว่า ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งใดหรือเงื่อนไขประการใด ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ดังนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่มีการแบ่งแยกสาขากฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน ด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากประเทศเยอรมนีที่มีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกัน โดยมีศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาคดีพิพาทคดีพิพาทที่มีลักษณะเป็นคดีปกครอง

#### ๔.๔ หลักนิติธรรมในบริบทของรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ได้มีการบัญญัติและกล่าวถึงหลักนิติธรรม โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ด้วยกันสองมาตรา กล่าวคือ มาตรา ๓ วรรคสอง บัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และ**หลักนิติธรรม** เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม และมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่าการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อ**หลักนิติธรรม**

ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาย้อนไปถึงรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าจะพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรม โดยปรากฏอยู่ในมาตรา ๓ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยทั้งสองฉบับดังกล่าวที่กล่าวถึงหลักนิติธรรมแล้วนั้น มีข้อสังเกตว่า ความเข้าใจในความหมายและเนื้อหาของคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทย มีหลักการเช่นเดียวกับหลักนิติธรรมที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในระบบกฎหมายต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งปรากฏจากข้ออภิปรายของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้น<sup>๔</sup> ที่แต่เดิมในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญเริ่มแรกจะใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” มิใช่ “หลักนิติธรรม” และต่อมาได้มีการเปลี่ยนจากคำว่า “หลักนิติรัฐ” มาเป็นคำว่า “หลักนิติธรรม” โดยไม่ปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนอย่างเป็นสาระสำคัญว่า เหตุใดจึงพิจารณาเปลี่ยนแปลงถ้อยคำดังกล่าว นอกจากเหตุผลเพียงว่า คำว่า “หลักนิติธรรม” เป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไปคุ้นเคยและรู้จักกันดีมากกว่าคำว่า “หลักนิติรัฐ”<sup>๕</sup> ประกอบกับในระบบกฎหมายไทย จะมีการใช้คำว่าหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐอย่างควบคู่กันไปโดยไม่ได้พิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างในทางเนื้อหาเชิงรายละเอียดอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ดี หากจะค้นหาเจตนารมณ์อันแท้จริงของหลักนิติธรรมในบริบทดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยว่ามีความหมาย ขอบเขต และผลทางกฎหมายอย่างไร ย่อมที่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวความคิดของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)” ที่ปรากฏในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ของประเทศภาคพื้นยุโรป กับ “หลักนิติธรรม (Rule of Law)” ที่ปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักการที่เป็นสาระสำคัญของทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความหมายคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักทั้งสองประการดังกล่าวต่างเป็นหลักที่มุ่งนำมาใช้เพื่อควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจรัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐมิให้เกินขอบเขตและอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย มิให้ใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

<sup>๔</sup> รายงานการประชุมสภากร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๐ วันจันทร์ที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๕๐ ระเบียบวาระที่ ๓ หน้า ๕๘-๗๑.

<sup>๕</sup> ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้อภิปรายความแตกต่างในทางเนื้อหาของคำว่า “หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” โดยสรุปสาระสำคัญว่า คำทั้งสองดังกล่าวมีความหมายใกล้เคียงกัน นิติธรรมนั้นมาจากคำว่า “The Rule of Law” ซึ่งเป็นหลักที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ส่วนนิติรัฐมาจากคำว่า “Rechtsstaat” เป็นหลักที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบซีวิลลอว์ ซึ่งกรรมการยกร่างได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วว่า ทั้งสองหลักมีความหมายคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำใดถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ แม้ทั้งสองคำข้างต้นอาจมีความหมายแตกต่างกันบ้าง แต่คำว่า “นิติธรรม” เป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไปคุ้นเคย ซึ่งหากใช้คำว่า “นิติรัฐ” อาจมีข้อสงสัยว่ามีความหมายอย่างไร ดังนั้น กรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาใช้คำว่า “นิติธรรม”.



## ๕. ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน

ในบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่าหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมในบริบทที่เข้าใจและปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทย เป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญในฐานะเกณฑ์ที่นำมาใช้จำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย มิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจนั้นตามอำเภอใจ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) แม้จะมีใช้หลักที่บัญญัติเป็นถ้อยคำอย่างชัดเจนอยู่ในรัฐธรรมนูญ แต่โดยที่กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐานซึ่งเกิดขึ้นมาจากคำสอนว่าด้วยทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Reine Rechtslehre) ของฮันส์ เคลเซน ซึ่งเห็นว่าการกฎหมายเป็นเสมือนสิ่งที่ตั้งอยู่บนระบบแห่งบรรทัดฐานอีกบรรทัดฐานหนึ่งอย่างเชื่อมโยงและสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ โดยเป็นกฎเกณฑ์สมมติหรือสมมติฐาน (Fiktion) เพื่อเป็นรากฐานรองรับระบบกฎหมายทั้งระบบ ทำให้ระบบกฎหมายแต่ละระบบนั้นมีความสมบูรณ์โดยไม่ต้องพิจารณาอีกต่อไปว่ามีบรรทัดฐานทางกฎหมายใดที่มีลำดับศักดิ์สูงหรือเหนือกว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐานนี้อีกหรือไม่ กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าจึงเป็นรากฐานและที่มาของกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเรื่อยลงมา

สำหรับการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน จะพิจารณาเปรียบเทียบในแง่มุมต่าง ๆ เพื่อเชื่อมโยงและแสดงให้เห็นว่า หลักการทั้งสองนี้มีความเกี่ยวเนื่องและสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน โดยจะพิจารณาตามลำดับ ดังนี้ ๕.๑ ความสัมพันธ์ต่อรัฐธรรมนูญ ๕.๒ ความสัมพันธ์ในแง่ผลทางกฎหมายกรณีบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม และบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน และ ๕.๓ ความสัมพันธ์ในแง่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

### ๕.๑ ความสัมพันธ์ต่อรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยเป็นหลักการที่มีสถานะทางกฎหมายและค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะได้มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ โดยที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า หลักนิติธรรมที่ปรากฏในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของไทย แท้จริงแล้วเป็นหลักนิติธรรมที่มีแนวความคิดสอดคล้องกับหลักนิติรัฐในบริบทที่เข้าใจอย่างเป็นสากล ดังนั้น รัฐธรรมนูญของไทยจึงมีแนวความคิดของหลักนิติธรรมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์มากกว่าแนวความคิดของหลักนิติธรรมที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติและสะท้อนให้เห็นถึงหลักนิติธรรมโดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ทั้งที่บัญญัติเป็นถ้อยคำโดยตรง อันได้แก่ มาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง หรือบัญญัติในลักษณะที่สามารถเข้าใจได้ว่าหมายถึงองค์ประกอบย่อยของหลักนิติรัฐ อาทิ มาตรา ๓ วรรคหนึ่งที่บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติมาตราดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ว่ามีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นหนึ่งในหลักการย่อยที่สำคัญของแนวความคิดของหลักนิติรัฐ หรือมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือ

แย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งความในวรรคนี้สะท้อนให้เห็นถึง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” อันเป็นองค์ประกอบย่อยของหลักนิติรัฐ หรือ มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ซึ่งนอกจากจะบัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้โดยชัดเจนแล้ว ความตอนท้ายของวรรคดังกล่าวยังได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า การตรากฎหมายเช่นนี้จะต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล “เกินสมควรแก่เหตุ” และ “จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้” ซึ่งสาระสำคัญของความทั้งสองส่วนนี้ต่างสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดของหลักนิติรัฐได้อย่างชัดเจน โดยหมายถึง “หลักความได้สัดส่วน” และ “หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหลักการย่อยทั้งสองประการนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี เมื่อกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของหลักนิติธรรมที่นอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว แนวความคิดอันเป็นรากฐานของหลักนิติธรรมยังนำมาใช้ในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องนั้น<sup>๑๐</sup> ด้วยเหตุนี้ หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักที่เกิดขึ้นพร้อมกับอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ<sup>๑๑</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำหรือเนื้อหาบางประการ ซึ่งเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นภายหลังหรือเป็นอำนาจที่รับมาจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ จึงไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการยกเลิกหลักนิติธรรมได้ อันสอดคล้องกับ “หลักความเป็นนิรันดร์ (Ewigkeitsklausel)” ที่บัญญัติในมาตรา ๗๙ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเป็นหลักการที่เป็นกลไกในการป้องกันตนเองของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นโครงสร้างหลักของรัฐธรรมนูญที่แม้กฎหมายใดก็ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

สำหรับบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซน ที่เห็นว่ากฎหมายเป็นเสมือนสิ่งที่ตั้งอยู่บนระบบแห่งบรรทัดฐานอีกบรรทัดฐานหนึ่งอย่างเชื่อมโยงและสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ โดยความสมบูรณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับจะมีที่มาจากกฎเกณฑ์ที่สูงกว่าหรือเหนือขึ้นไปเป็นลำดับขั้นที่ให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายแต่ละฉบับ และสุดท้ายแล้วจะสามารถพิจารณาย้อนไปจนกระทั่งถึงสิ่งที่เรียกว่าเป็นบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน เมื่อพิจารณาในด้านลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าจึงเป็นรากฐานและที่มาของกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเรื่อยลงมาโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายบัญญัติที่เป็นกฎหมายสูงสุด และเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงมีที่มาจากบรรทัดฐานชั้นมูลฐานซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญ และอาจถือได้ว่าบรรทัดฐานชั้นมูลฐานเป็นอำนาจที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับหลักนิติธรรม ซึ่งโดยแท้จริงแล้วบรรทัดฐานชั้นมูลฐานตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซน จึงสามารถเทียบเคียงได้กับหลักการที่มี

<sup>๑๐</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, กรุงเทพฯ : วิทยุชน, หน้า ๓๗.

<sup>๑๑</sup> ในความเห็นทางวิชาการอาจมีการเรียกอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแตกต่างกัน อาทิ “อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” โปรตดู วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ ๓, กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, หน้า ๗๓ หรือ “อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง” โปรตดู บวรศักดิ์ อรรถนิธิน, กฎหมายมหาชน เล่ม ๓ ที่มาและนิติวิธี, กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๓๘, หน้า ๑๙.

ลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานขั้นมูลฐานของความเป็นรัฐ (Staatsfundamentalnorm)<sup>๑๒</sup> โดยปรากฏอยู่ในมาตรา ๗๙ ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ด้วยเช่นกัน ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานขั้นมูลฐานจึงไม่อาจกระทำได้เช่นเดียวกับการไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการยกเลิกการปกครองภายใต้หลักนิติธรรม

## ๕.๒ ความสัมพันธ์ในแง่ผลทางกฎหมายกรณีบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรมและบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน

เมื่อได้พิจารณาสถานะทางกฎหมายของหลักนิติธรรมและบรรทัดฐานขั้นมูลฐานแล้วจะเห็นได้ว่า แม้หลักนิติธรรมจะมีสถานะทางกฎหมายนอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว หลักนิติธรรมยังถือเป็นหลักอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งนำมาใช้ในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติทางกฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องนั้น ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจรัฐที่ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเพียงอำนาจที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญโดยให้มีผลเป็นการยกเลิกหลักนิติธรรม จึงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สำหรับบรรทัดฐานขั้นมูลฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานสมมติอันเป็นฐานแห่งอำนาจและที่มาในการก่อกำเนิดรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงมีที่มาจากบรรทัดฐานขั้นมูลฐานซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญโดยผู้ทรงอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ บรรทัดฐานขั้นมูลฐานของรัฐแต่ละรัฐอาจมีหลักการอันเป็นรากฐานแตกต่างกันออกไปซึ่งเกิดขึ้นและสัมพันธ์กับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองของแต่ละรัฐ สำหรับประเทศไทย หากจะค้นหาว่า กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานใดมีลักษณะเป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐานนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้ในปัจจุบัน จะพบว่า บรรทัดฐานขั้นมูลฐานปรากฏอยู่ในหมวด ๑ บททั่วไป ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ตั้งแต่มาตรา ๑ ถึงมาตรา ๕ กล่าวคือ มาตรา ๑<sup>๑๓</sup> หลักความเป็นรัฐเดี่ยว มาตรา ๒<sup>๑๔</sup> หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาตรา ๓<sup>๑๕</sup> หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติธรรม โดยเฉพาะหลักความผูกพันของการใช้อำนาจนิติบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญ และหลักความผูกพันของการใช้อำนาจฝ่ายบริหารและตุลาการต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น มาตรา ๔<sup>๑๖</sup> หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรี

<sup>๑๒</sup> Stern, das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl., S.104.

<sup>๑๓</sup> มาตรา ๑ ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๒ ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

<sup>๑๕</sup> มาตรา ๓ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

<sup>๑๖</sup> มาตรา ๔ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ความเป็นมนุษย์อันไม่อาจล่วงละเมิดได้ และมาตรา ๕<sup>๑๗</sup> หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ “หลักความเป็นนิรันดร์ (Ewigkeitsklausel)” ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๗๙ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัดของการแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการที่เป็นกลไกในการป้องกันตนเองของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นโครงสร้างหลักของรัฐธรรมนูญที่แม้กฎหมายใดก็ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้น จะเห็นได้ว่า เป็นหลักการที่มีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญอย่างเดียวกันกับความในมาตรา ๑ ถึงมาตรา ๕ ที่ปรากฏอยู่ในหมวด ๑ บททั่วไป ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ดังนั้น เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงอำนาจที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐานจึงไม่อาจกระทำได้และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### ๕.๓ ความสัมพันธ์ในแง่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาแนวความคิดของหลักนิติธรรมในบริบทของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งเป็นหลักนิติธรรมที่ตั้งอยู่บนแนวความคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งถือว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการอันเป็นองค์ประกอบย่อยที่สำคัญประการหนึ่ง และเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับการคุ้มครองมิให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้และเพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงกระทำโดยองค์กรตุลาการ

สำหรับกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานชั้นมูลฐานตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซน เห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายบัญญัติที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดและอยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นทั้งปวง กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองลงมาและเป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งจากแนวความคิดดังกล่าวจึงมีส่วนสำคัญที่สนับสนุนให้มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมทั่วไป เนื่องจากศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการการพิพากษาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการก้าวล่วงถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร และเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามหลักบรรทัดฐานชั้นมูลฐานจึงจำเป็นต้องจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ<sup>๑๘</sup> ทั้งนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวถึงอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕ วินิจฉัยในประเด็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๒๙๑ สามารถแก้ไขโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ เห็นว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรง

<sup>๑๗</sup> มาตรา ๕ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

<sup>๑๘</sup> วุฒิชัย จิตตานัน, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ ๖ เล่ม ๑๗ พฤษภาคม - สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๗, หน้า ๖๗.

ในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง กลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจจัดตั้งรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง ซึ่งอาจเทียบเคียงกับหลักบรรทัดฐานชั้นมูลฐานในทัศนะของฮันส์ เคลเซน ได้เช่นกัน

## ๖. บทสรุป

เมื่อพิจารณาที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าย่อมมีที่มาจากกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า เช่น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติ เป็นต้น ดังนั้น ในเชิงลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจใช้บังคับได้ ส่วนปัญหาว่า รัฐธรรมนูญมีที่มาจากหลักเกณฑ์หรือกฎหมายใดนั้น ตามความเห็นของฮันส์ เคลเซน เห็นว่า รัฐธรรมนูญย่อมมีที่มาจากบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) ซึ่งเป็นหลักที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ อันสอดคล้องกับ “หลักความเป็นนิรันดร์ (Ewigkeitsklausel)” ที่บัญญัติในมาตรา ๗๙ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของหลักนิติธรรมที่นอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว แนวความคิดอันเป็นรากฐานของหลักนิติธรรมยังนำมาใช้ในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย ตลอดจนนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องนั้น ด้วยเหตุนี้ หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่อยู่เหนือกว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอื่นทั่วไป ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน (Grundnorm) จึงย่อมไม่อาจกระทำได้ เช่นเดียวกับการไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการยกเลิกการปกครองภายใต้หลักนิติธรรม