



รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง

**การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม
ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**

โดย

ดร.สุรพล ศรีวิทยา หัวหน้าคณะผู้วิจัย
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม
ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

โดย

ดร. สุรพล ศรีวิทยา หัวหน้าคณะผู้วิจัย
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

สุรพล ศรีวิทยา หัวหน้าคณะผู้วิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.

540 หน้า.

1. การบริหารรัฐกิจ. 2. รัฐธรรมนูญ. I. ชื่อเรื่อง.

351

ISBN 978-974-7725-92-6

ชื่อหนังสือ รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ปีที่พิมพ์ สิงหาคม 2558

จำนวนพิมพ์ 500 เล่ม

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th

ดำเนินการจัดทำโดย กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พิมพ์ที่ บริษัท ธนาเพรส จำกัด
9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว แขวงวังทองหลาง
เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310
โทร. 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951
E-mail: tanapress@gmail.com

“โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าว
จึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม
หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมาย
และอยู่เหนือกฎหมาย”

พระบรมราชาวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตร
แก่นักศึกษาผู้สำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิต
ณ เนติบัณฑิตยสภา
7 สิงหาคม 2515

คำนำ

พระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการ โดยในด้านการศึกษาค้นคว้าวิจัยนั้น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจากนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษา ทั้งภาครัฐและเอกชนทำการศึกษาค้นคว้าวิจัยที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ประโยชน์ในทางวิชาการและจัดพิมพ์เผยแพร่มาอย่างต่อเนื่อง

รายงานการศึกษาค้นคว้า เรื่อง “การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” โดย ดร.สุรพล ศรีวิทยา คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรังสิต เป็นผู้ศึกษาค้นคว้าได้ทำการศึกษาระียบเทียบวิวัฒนาการแนวคิดหลักนิติธรรม และการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส และได้ศึกษาบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้งวิเคราะห์กรณีศึกษาคำพิพากษา/คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศไทยและต่างประเทศด้วย

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาค้นคว้าเล่มนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในการกระจายฐานความรู้สู่สาธารณะออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ดังเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบอบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

๔๘

(นายปัญญา อุดชาชน)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทคัดย่อ

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการทางแนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรไทย รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจหน้าที่การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนวิเคราะห์กรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ทำการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็น (Focus Groups) โดยจัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นตามขั้นตอนการเก็บรวบรวมข้อมูลและการวิเคราะห์ข้อมูลซึ่งนำไปสู่สรุปอภิปรายผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

ผลการวิจัยพบว่า หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักที่สำคัญสูงสุดในการค้ำยันระบอบประชาธิปไตย การพิทักษ์สิทธิมนุษยชน ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมให้เป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริง เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นเครื่องมือที่ใช้จำกัดและควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้มีอำนาจและเป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกองค์กรให้ใช้อำนาจตามกรอบที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดสังคมที่เป็นธรรม และทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข อีกทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า (1) แนวความคิดหลักนิติธรรมซึ่งมีวิวัฒนาการและต้นกำเนิดที่แตกต่างกัน ทำให้มีความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมแตกต่างกันตามบริบทพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยของแต่ละประเทศ (2) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมจะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลอย่างเป็นรูปธรรมได้นั้นต้องอาศัยมาตรการ

ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐโดยองค์กรตุลาการและ/หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากการเมืองอย่างแท้จริง และ (3) คำวินิจฉัยยุติการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมได้พัฒนาหลักการตีความรัฐธรรมนูญจากแนวคิดทฤษฎีนิตินิยม (Legalism) ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) มาสู่แนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ทำให้การบังคับใช้กลไกตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น

การวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะว่า (1) ควรนำแนวคิดของศาสตราจารย์พิเศษ ธานีธรรมกรวิเชียร ที่ว่าหลักนิติธรรมต้องตั้งอยู่ในความถูกต้องชอบธรรม (Righteousness) ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของไทยที่มีอยู่ในหลักทศพิธราชธรรม คือ “อวิโรธนัง” หรือ “ความไม่คลาดในธรรม” ซึ่งพระมหากษัตริย์ไทยได้ทรงยึดถือเป็นหลักการปกครองปวงชนชาวไทยโดยธรรมมาแต่โบราณกาลทุกยุคทุกสมัยตราบจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น “อวิโรธนัง” จึงเป็นบ่อเกิดรากเหง้าสำคัญที่สามารถนำมาพัฒนาเป็น “หลักนิติธรรมไทย” ซึ่งควรนำมากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล (2) ควรมีการจัดทำประมวลหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กร ประกอบด้วย องค์กรนิติบัญญัติของรัฐสภา องค์กรบริหารและองค์กรปกครองของรัฐบาล ทั้งในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรตุลาการของศาลทุกศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกองค์กร ให้ยึดถือเป็นคู่มือปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อพัฒนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้เป็นนิติรัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง (3) ควรมีการพัฒนาแนวคำวินิจฉัยยุติการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทั้งในศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม โดยวิธีการตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยม (Structurism) และวิธีการตีความรัฐธรรมนูญแนวใหม่อื่นๆ ที่พัฒนาไปมากพอสมควรแล้วในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอินเดีย ประเทศอิสราเอล ประเทศแอฟริกาใต้ เป็นต้น (4) ควรมีการปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยจัดระบบกลไกโครงสร้างการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ/หลักนิติธรรมโดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น 4 ฝ่าย ที่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในระบบ “จตุสดมภ์อภิปัตย์” คือ อำนาจรัฐสภาภิบาล อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร

และอำนาจตุลาการให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ทุกองค์การของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐในองค์จตุสดมภ์อธิปัตย์ทั้งสิ้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (5) ควรมีการศึกษาวิจัยแนวความคิดและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมและวิธีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการของกระบวนการประเมินผลสัมฤทธิ์ของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมอย่างเป็นรูปธรรม โดยมีการจัดตั้งองค์กรกลางที่เป็นอิสระทำหน้าที่ประเมินผลดังกล่าวอย่างเที่ยงตรงและเป็นธรรม (6) ควรมีการศึกษาวิจัยตัวชี้วัดองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่จะใช้ในการจัดทำดัชนีชี้วัดระดับมาตรฐานคุณภาพการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทุกองค์การของประเทศไทย (Rule of Law Index of Thailand) ประจำปีเป็นรายองค์กรทุกองค์กรที่ละเอียดกว่า The World Justice Project ซึ่งได้จัดทำดัชนีชี้วัดการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมของประเทศต่างๆ ทั่วโลก (Rule of Law Index) ประจำปีที่เป็นภาพรวมรายประเทศอย่างกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งยังไม่มีการละเอียดของการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเป็นรายองค์กรของแต่ละประเทศ (7) ควรมีการศึกษาวิจัยและพัฒนาแนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์การตามหลักนิติธรรม โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดทฤษฎีและพัฒนาการแนวคำวินิจฉัยของศาลและองค์การตุลาการอื่นของต่างประเทศและของประเทศไทย เพื่อพัฒนาและเสริมสร้างแนวคำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้เข้าสู่ระดับมาตรฐานสากลในอนาคต

ABSTRACT

The purpose of this research is a comparative study of evolution of the rule of law's concepts and the duty performance of state organs in compliance with the rule of law in the United Kingdom, the United States of America, the Federal Republic of Germany, the Republic of France and the Kingdom of Thailand, roles and competence review of duty performance of State organs in compliance with the rule of law according to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550, as well as analysis of cases studies of decisions on the duty performance of State organs in compliance with the rule of law in the United Kingdom, the United States of America, the Federal Republic of Germany, the Republic of France and the Kingdom of Thailand. The research applied a qualitative research methodology by documentary research methods and focus group meeting for the data collection and data analysis leading to the conclusion and recommendations of the research.

The results of this research found that the rule of law is the utmost pillar for democracy regime, human rights protection, legal system and justice process, which is real beneficial for people. The rule of law is an instrument to limit and control the abuse of power by officials and also guided principles to review the parliament, the council of ministers and the courts, as well as constitutional organs and all state organs to exercise their powers within their legal limitation for just society where all person live in peace, their human dignity and liberty are recognized and protected by the Constitution as supreme law of the land. The comparative study found out : (1) The rule of law concept that had different evolution and origin had made its different definition and composition according to the context of democratic development in

KEYWORDS : Duty performance, State organs, Rule of law, Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550.

each country; (2) The duty performance of State organs in compliance with the rule of law shall be efficient and effective depends on judicial review by independent constitutional and judicial organs without political interference; and (3) The judicial decision on duty performance of State organs, that had been developed from the concept of legalism under the positive law school of thought to that of structuralism under the natural law school of thought, had made more effectively the enforcement of judicial review measures on duty performance of State organs.

The research recommends : (1) to develop the concept of Professor Dhanin Khraivician on the “Thai rule of law”, which should be based on “righteousness” according to the ten moral Buddhist disciplines practiced constantly by all the Thai King until now, and formulate its concrete rule and procedure to be applied for duty performance of State organs in compliance with the rule of law in the context of Thai society; (2) to adopt the code of rule and procedure on duty performance in compliance with the rule of law of all State organs in the Parliament, Government both central and local administration, and Courts, as well as constitutional organs and other State organs, to be used as manual of duty performance for the development of Thai democracy under the legal state governed by the rule of law; (3) to develop various judicial decisions on duty performance of State organs in compliance with the rule of law by the Constitutional Court, the Administrative Court and the Court of Justice with the structuralism interpretation methods and other new methods of constitutional interpretation, which had been more developed in foreign countries, such as the United States, India, Israel, South Africa, and so; (4) to reform Thai democracy under the King as Head of State by reorganizing the structural mechanism of government under the legal state by the rule of law, in which the separation of powers shall be divided into 4 powers : sovereign governance power, legislative power, executive power, and

judicial power, to be fully check and balance in the duty performance under the rule of law; (5) to research the rule of law concept and composition, rule and procedure for duty performance of State organs in compliance with the rule of law, as well as its evaluation by independent authority; (6) to research the rule of law indicators that shall be applied “The Rule of Law Index of Thailand” for the evaluation of standards of all State organs duty performance in compliance with the rule of law, similar to The World Justice Project, who announced the Rule of Law Index of various countries in the world every year; (7) to research and development (R & D) of judicial decisions in all cases of State organs duty performance in compliance with the rule of law in order to undertake comparative analyses of theoretical concepts and judicial decision development of both foreign and Thai courts and other judicial organs, as well as to develop and promote new standard of judicial decisions in the Constitutional Court, the Administrative Court, and the Court of Justice in Thailand.

บทสรุปผู้บริหาร

[Executive Summary]

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการทางแนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และราชอาณาจักรไทย รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจหน้าที่การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนวิเคราะห์กรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ทำการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และการประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็น (Focus Groups) โดยจัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นตามขั้นตอนการเก็บรวบรวมข้อมูลและการวิเคราะห์ข้อมูลซึ่งนำไปสู่สรุปอภิปรายผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

สรุปผลการศึกษาวิจัยพบว่า หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักสำคัญสูงสุดที่ค้ำยันระบอบประชาธิปไตย การพิทักษ์สิทธิมนุษยชน ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ให้เป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริง เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นหลักที่ใช้จำกัดควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบของผู้มีอำนาจและใช้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้ใช้อำนาจตามกรอบที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดสังคมที่เป็นธรรมซึ่งทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข อีกทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด จึงพบว่า (1) แนวความคิดหลักนิติธรรมมีวิวัฒนาการและต้นกำเนิดที่แตกต่างกัน ทำให้มีนิยามและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมแตกต่างกันตามบริบทพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยในแต่ละประเทศ (2) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐตามหลักนิติธรรมจะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลอย่างไรเป็นรูปธรรมได้นั้นต้องอาศัยมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาคีรัฐโดยองค์กรตุลาการและองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากการเมือง

อย่างแท้จริง (3) คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ได้พัฒนาหลักการตีความรัฐธรรมนูญจากทฤษฎีนิตินิยม (Legalism) ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) มาสู่ทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ทำให้การบังคับใช้กลไกตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น

1. แนวความคิดและองค์ประกอบหลักนิติธรรมของต่างประเทศกับประเทศไทย

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับหลักนิติรัฐ (Legal State) ได้มีวิวัฒนาการ และต้นกำเนิดที่แตกต่างกันทำให้มีนิยามความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมแตกต่างกันตามบริบทพัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยในแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถสรุปวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในต่างประเทศและประเทศไทยได้ ดังต่อไปนี้

1.1 หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ

ก่อนกำเนิดหลักนิติธรรมปัจจุบันในประเทศอังกฤษนั้น เพลโต (Plato: 429-348 B.C.) นักปรัชญาชาวกรีก เสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งมีความรู้ภูมิปัญญาและทรงคุณธรรมที่สามารถปกครองประเทศด้วยความถูกต้องเป็นธรรม แต่เมื่อถึงสุดท้ายบั้นปลายชีวิตเพลโตก็ยังไม่สามารถค้นพบบุคคลสมบูรณ์แบบที่เป็นราชาปราชญ์นั้นได้ จึงได้เสนอให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครองตามกฎหมาย ต่อมา อริสโตเติล (Aristotle: 384-322 B.C.) ศิษย์เอกของเพลโต จึงได้พัฒนาแนวความคิดของเพลโต โดยเสนอการปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ใดๆ และการปกครองนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

แนวความคิดหลักนิติธรรมปัจจุบันซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากรากฐานระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ของประเทศอังกฤษนั้น มีแนวความคิดโดยสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมยึดถือแนวความคิดความเป็นสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of law) ซึ่งเป็นกฎข้อบังคับความประพฤติของบุคคลในสังคม อีกทั้งยังยึดถืออำนาจสูงสุดของศาล (Supremacy of the courts) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยตัดสินคดีของคู่กรณีพิพาท จึงทำให้องค์กรตุลาการมีอำนาจอิสระที่เป็นกลางเหนืออำนาจบริหารของรัฐบาลในการเป็นหลักประกันเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน แม้ประเทศอังกฤษยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament)

ในการออกกฎหมาย แต่ก็มีเชื่อว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายที่ออกจะต้องเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมด้วย หลักนิติธรรม จึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐและการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเพื่อมิให้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมยังพัฒนาแนวความคิดให้บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่เท่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม โดยปราศจากการแทรกแซงครอบงำจากองค์กรทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) กับการตรวจสอบถ่วงดุลแห่งอำนาจ (Check and balance) เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจตามอำเภอใจ

องค์ประกอบของหลักนิติธรรมอังกฤษตามแนวความคิดของศาสตราจารย์ เอวี ไตซี่ (A.V. Dicey) นั้นสอดคล้องกับแนวความคิดระบอบประชาธิปไตยอังกฤษที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนซึ่งมีการปกครองโดยกฎหมายธรรมดาตามหลักนิติธรรมอันเป็นลักษณะที่สำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ **องค์ประกอบที่ 1** หลักไม่มีกฎหมายไม่มีการลงโทษ : บุคคลต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของตนเว้นแต่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายธรรมดา ซึ่งได้บัญญัติขึ้นโดยกระบวนการอันชอบธรรม และพิพากษาโดยศาลยุติธรรมของแผ่นดิน **องค์ประกอบที่ 2** หลักความเสมอภาคของทุกคนภายใต้กฎหมาย : ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายของแผ่นดิน บุคคลทุกคนต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายธรรมดาโดยเท่าเทียมกันและถูกลงโทษอย่างเดียวกันโดยศาลธรรมดา **องค์ประกอบที่ 3** : รัฐธรรมนูญมาจากกฎหมายธรรมดาที่ศาลยุติธรรมใช้ตัดสินคดีในชีวิตประจำวัน ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา หลักนิติธรรมจึงยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งจำกัดมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ โดยละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ อย่างไรก็ตาม ไตซี่กลับโจมตีระบอบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไตซี่เข้าใจผิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส

ซึ่งทำให้อังกฤษพัฒนากฎหมายปกครองได้อย่างล่าช้าและไม่ประสงคมีศาลปกครองถึงแม้ได้มีการพิสูจน์แล้วว่าศาลปกครองในหลายประเทศคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่าศาลธรรมดาของอังกฤษก็ตาม

1.2 หลักนิติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลังสงครามประกาศอิสรภาพอเมริกาจากการเป็นอาณานิคมอังกฤษยุติลง สหรัฐอเมริกาได้รับแนวความคิดหลักนิติธรรมมาจากประเทศอังกฤษที่มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญหลายลักษณะฉบับแรกของโลก โดยมีจุดเด่นตรงที่สหรัฐฯ ได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งต่อ**หลักศุนิติกกระบวนการ (Due process of law)** โดยเฉพาะบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) และครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า รัฐจะเพิกถอน สิทธิน หรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ ซึ่งหมายความว่า รัฐจะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาตัดสินที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายหลายฉบับนอกเหนือจากรัฐธรรมนูญสหรัฐฯ ก็ยังได้ให้ความสำคัญกับหลักศุนิติกกระบวนการทั้งสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ไม่แต่เฉพาะในกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญานั้น แต่ยังได้ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกฎหมายปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางการปกครอง (Administrative procedure law) อีกด้วย

หลักศุนิติกกระบวนการ (Due process of law) ของสหรัฐอเมริกาแต่เดิมนั้น เน้นแต่กระบวนการที่ถูกต้องเป็นธรรมตามกฎหมาย (Procedural due process of law) ซึ่งต่อมาได้มีวิวัฒนาการมุ่งเน้นพัฒนาขยายความคุ้มครองสาระแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทางเนื้อหา (Substantive due process of law) มากยิ่งขึ้นด้วย ดังปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติซึ่งรับรองหลักศุนิติกกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ที่ว่า บุคคลจะถูกละเมิดสิทธิมิได้หากไม่เป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ก็ยังได้รับรองหลักการที่ว่า บุคคลจะไม่ถูกจับกุมหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้พัฒนาหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา (Due process in criminal justice system) ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้งซึ่งมีวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่โดดเด่นในการพัฒนาหลัก

ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางกฎหมายที่สมบูรณ์ครบถ้วนมากยิ่งขึ้น โดยมีองค์ประกอบสำคัญ คือ หลักมาตรฐานการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย (Proof beyond reasonable doubt standard) หลักเสรีภาพที่ปลอดจากการตรวจค้นและการยึด (Freedom from search and seizure) หลักห้ามการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ (Prohibition on cruel and unusual punishment) หลักสิทธิที่จะปรึกษาทนายความ (Right to counsel) หลักอภิสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นพยานต่อตนเอง (Privilege against self-incrimination) หลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็ว (Right to speed trial) โดยมีศาลที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยหรือพิพากษาอรรถคดีเหล่านี้

แนวความคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่ศาสตราจารย์ ลอน แอล ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) ได้พัฒนาขึ้นในปี ค.ศ. 1964 มีองค์ประกอบรวมทั้งสิ้น 8 ประการ คือ (1) ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่ (2) กฎหมายต้องประกาศให้ทราบล่วงหน้าโดยทั่วถึงกัน (3) การไม่ใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังโดยผิดหลักการ (4) กฎหมายต้องมีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน (5) กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง (6) กฎหมายต้องไม่ใช้บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (7) กฎหมายต้องไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินไปเพื่อให้หยิ่งรากลึกลงในสังคมแต่ต้องปรับตัวให้เข้ากับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ (8) การบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกับกฎเกณฑ์ที่ประกาศไว้ทุกประการ มาตรการต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้บังคับกฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งรวมถึงตั้งแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม เช่น สิทธิการให้ทนายความที่ปรึกษาทำการแทน สิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานที่เป็นพยานต่อตน สิทธิในการอุทธรณ์ เป็นต้น ตลอดจนการมีหลักเกณฑ์ให้มีการตีความกฎหมายได้โดยถูกต้องเที่ยงธรรม ดังนั้น การใช้กฎหมายจึงต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมายที่ต้องยึดถือหลักศีลธรรมภายใน (Inner morality of law) ซึ่งเพิ่มเติมองค์ประกอบหลักนิติธรรมที่สำคัญของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งสิ้น 8 ประการดังกล่าวข้างต้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1964 ศาสตราจารย์ โจเซฟ เรซ (Joseph Rez) ได้เสนอว่า หากหลักนิติธรรมนั้นเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่มี ความหมาย แต่ยังคงมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวความคิดพื้นฐานหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่มีองค์ประกอบรวมทั้งสิ้น 8 ประการ คือ (1) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช้บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยชัดเจน (2) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามสมควร (3) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคง และชัดเจน (4) ความเป็น

อิสระขององค์กรตุลาการจะต้องได้รับการคุ้มครอง (5) การมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice) ตามแนวของกฎหมายอังกฤษ หรือ Due process of law ของสหรัฐอเมริกา นั่นเอง (6) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Judicial review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมาหรือของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง (7) บุคคลต้องสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยง่าย โดยไม่จะควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไป และระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป และ (8) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย ทั้งนี้ โจเซฟ เรซ ได้เสนอให้พัฒนาหลักการทั้ง 8 องค์กรประกอบข้างต้นให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือ องค์กรประกอบที่ 1-3 เป็นหลักนิติธรรมทางสารบัญญัติของกฎหมาย ส่วนองค์กรประกอบที่ 4-8 เป็นหลักนิติธรรมทางกลไกการใช้บังคับกฎหมายโดยศาลหรือองค์กรตุลาการ ซึ่งต้องมีพันธะผูกพันต่อกฎหมายสารบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมและต้องไม่ใช่ดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยลำเอียงตามอำเภอใจ เจฟฟรีย์ โจเวลล์ (Jeffrey Jowell) สรุปว่า หลักนิติธรรมเป็นกลไกการใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedure) ตั้งแต่วิธีการควบคุมดุลพินิจ หลักการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่ในขอบเขตของกฎหมายนั้น และการกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง ขณะเดียวกันหลักนิติธรรมเกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของการกระทำของฝ่ายปกครองต่างๆ ซึ่งเป็นกฎหมายทางสารบัญญัติ (Substance) ดังนั้น หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกา ย่อมถือได้ว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐได้นำมาวินิจฉัยคดีได้ แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเขียนกำหนดไว้ก็ตาม

1.3 หลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat; Etat de droit; Legal State) มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีประสบการณ์จากการปกครองโดยกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมของระบอบนาซี หมายความว่า หลักนิติรัฐต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรม มิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง ดังนั้น ประเทศที่เป็นนิติรัฐจึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครอง ประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใดๆ หรือดำเนินการใดๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับให้อำนาจไว้เท่านั้น และการปฏิบัติหน้าที่ต้องใช้อำนาจในขอบเขตของกฎหมายกำหนดไว้โดยจะกระทำการใดๆ ตามอำเภอใจไม่ได้ แนวความคิดหลักนิติรัฐของเยอรมนีจึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและให้หลักประกัน

สิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หลักนิติรัฐมิได้มีความหมายหยุดยั้งแค่นี้ ยังพัฒนาขยายความถึงหลักที่ว่ากฎหมายต้องยืนอยู่บนหลักเหตุผล หลักเสมอภาค หลักห้ามมีผลย้อนหลังเอาโทษกับบุคคล หลักการไม่มีกฎหมายไม่มีความผิด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกัน ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เป็นต้น

แนวความคิดหลักนิติรัฐของเยอรมนีได้วิวัฒนาการมาให้ความสำคัญกับเนื้อหาสาระการปกครองโดยกฎหมายเพิ่มมากขึ้น ซึ่งทั้งรัฐสภา รัฐบาล และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานอื่นของรัฐจะต้องปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบขอบเขตของกฎหมายตามหลักนิติธรรม โดยมีองค์ประกอบสำคัญ รวมทั้งสิ้น 9 ประการ คือ (1) การกระทำของรัฐบาลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ (2) การมอบอำนาจจะกระทำได้เท่าที่มีข้อจำกัดตามกฎหมาย (3) กระบวนการพิจารณาต้องมีความเป็นธรรมตามกฎหมาย (4) กฎหมายต้องให้โอกาสผู้อยู่ในบังคับที่จะปฏิบัติได้ (5) กฎหมายต้องไม่ถูกใช้ย้อนหลังโดยไม่เป็นธรรม (6) การใช้อำนาจต้องไม่เกินสัดส่วนความจำเป็น การนำคดีสู่ศาลต้องได้รับการคุ้มครอง (7) การตั้งศาลเฉพาะกรณีจะกระทำไม่ได้ (8) การลงโทษทางอาญาสองครั้งในความผิดอย่างเดียวกันจะกระทำมิได้ และ (9) อำนาจตุลาการต้องมีอิสระโดยปราศจากการขัดขวางและแทรกแซง กระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของศาลหรือองค์กรตุลาการก็มีขอบเขตจำกัดตามกฎหมาย ดังเช่นการวินิจฉัยพิจารณาคดีของศาลหรือองค์กรตุลาการต้องเปิดเผยให้ตรวจสอบได้ ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องเคารพหลักการตีความกฎหมาย ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องจำกัดอำนาจตนเองโดยวินิจฉัยเฉพาะปัญหากฎหมายและไม่วินิจฉัยปัญหาการเมืองหรือการกระทำของรัฐบาล (Act of government) ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องตัดสินเฉพาะข้อพิพาทที่แท้จริงในคดี มีชีวิตวินิจฉัยประเด็นนอกคดีหรือประเด็นที่สมมุติขึ้นมา

องค์ประกอบของหลักนิติรัฐเยอรมนียังได้รับการพัฒนาเพิ่มเติมโดยไฮน์ริช ซีเดนทอปฟ์ (Heirich Siedentopf) ในปี ค.ศ. 1993 รวมทั้งสิ้น 7 ประการ คือ (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจในการปกครอง โดยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชน (2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยการใช้อำนาจต้องมีกฎหมายรองรับและมีการใช้อำนาจตามกรอบขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ทั้งในแง่สาระบัญญัติและวิธีพิจารณา (3) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic rights) ของประชาชนจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย (4) สิทธิฟ้องคดีต่อศาลหรือองค์กรตุลาการเพื่อให้บทวนการกระทำของฝ่าย

(2) การสร้างรูปแบบการปกครองที่การกระทำของรัฐไม่สามารถกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่ขึ้นอยู่กับประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตรากฎหมาย แนวความคิดนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองโดยเรียกเสียใหม่ว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat legal) แต่หลักการควบคุมการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองนี้กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์พอสมควร เนื่องจากการเน้นรูปแบบมากกว่าให้ความสำคัญกับเนื้อหาของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลัก Etat légal นี้คือหลักการที่ถือว่าตัวบทกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นใหญ่ ไม่ว่าจะ มีเนื้อหาเป็นเช่นไรก็ตามถือเป็นฐานอำนาจอันชอบธรรมให้ฝ่ายบริหารในฐานะของผู้ปกครองประเทศในการที่จะปกครองประเทศได้ การมีความเชื่อทำนองนี้จึงส่งผลให้เกิดระบบของการปกครองผ่านตัวบทกฎหมาย (Rule by law) โดยมีได้สนใจว่า กฎหมายจะเข้าไปรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่แต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของการคิดพัฒนาไปสู่หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในความหมายปัจจุบัน ที่ฝรั่งเศสยึดถือปฏิบัติอยู่ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1

หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของฝรั่งเศสในปัจจุบันถือเป็นแนวความคิดเสริมหลักการรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat legal) ซึ่งเกิดขึ้นในยุคสาธารณรัฐที่ 3 ที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ให้ครอบคลุมมากขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองตามอำเภอใจและขจัด การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นเพียงการกล่าวอ้างว่าถูกต้องในแง่รูปแบบเท่านั้น แต่ในแง่เนื้อหาสาระกลับ ถูกมองข้ามไป กฎหมายแทนที่จะเข้ามาช่วยปกป้องคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองกลับมาทำร้ายประชาชนในฐานะของผู้ถูกปกครองเสียเอง ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงให้ความสำคัญที่เนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายประกอ บกับการตรากฎหมายด้วยว่า เนื้อหามีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนหรือไม่ หากปรากฏว่ามีลักษณะล่วงละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว การปกครองโดยกฎหมายก็ไม่ใช่การปกครองที่เป็นไป ตามหลักนิติรัฐโดยแท้จริง ซึ่งเป็นไปตามคำนิยามหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของ ศาสตราจารย์ การ์เร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) ที่ว่า “หลักนิติรัฐ หมายถึง การปกครองที่รัฐยอมตนเองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ของตัวบทกฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติอันเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน”

1.5 หลักนิติธรรมของประเทศไทย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 นิยามหลักนิติธรรมว่าคือ “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน” ในประเทศไทย หลักนิติธรรม จึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งกฎหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่ต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ซึ่งยึดถือเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หลักนิติธรรมคือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงและอยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมจึงถือเป็นเสาหลักที่ใช้ค้ำยันหรือกำกับไม่ให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมใดๆ กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือแม้แต่ศาลสถิตยุติธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจและดุลยพินิจตามอำเภอใจ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้นิยามหลักนิติรัฐที่ชัดเจนว่าเป็น “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ” ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียรได้นิยามหลักนิติธรรมว่าคือ “หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เกื้อหนุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคคุ้มครองมนุษย์ชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”

ประเทศไทยได้สถาปนาความเป็นนิติรัฐในระบบประชาธิปไตยที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมหลังจากที่คณะราษฎรได้ทำการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ของความตกลงร่วมกันในลักษณะของสัญญาประชาคมตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) โดยมีกลไกป้องกันมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจและให้ประชาชนมีส่วนร่วมตรวจสอบมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตที่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้

เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทยนั้น พิจารณาได้จาก รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งบันทึกเจตนารมณ์ของมาตรา 3 ไว้ว่า เพื่อกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจนั้นจะต้องสอดคล้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ จะต้องอยู่บนพื้นฐานของ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถ อธิบายให้เหตุผลได้และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้น ไม่ได้ อย่างไรก็ดี รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเจตนารมณ์ของ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญและไม่อาจถือเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักนิติธรรมตาม รัฐธรรมนูญได้ จึงต้องพิจารณาบทมาตราของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับประกอบกับ สภาพแวดล้อมโดยทั่วไปในขณะมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยด้วยเพื่อสกัดเจตนารมณ์ที่ แท้จริงของรัฐธรรมนูญ นอกจากมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 78 (6) ที่บัญญัติ หลักนิติธรรมไว้โดยตรงแล้ว ยังต้องพิจารณามาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญมาสกัด หลักนิติธรรมด้วย เช่น บทบัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแยกและถ่วงดุลอำนาจ หลักความเป็นอิสระของศาล ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม เมื่อไม่มี มาตราใดหรือคำวินิจฉัยของศาลใดที่อธิบายว่าหลักนิติธรรมมีความหมายอย่างไร ขอบเขตของการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญกว้างหรือแคบเพียงใด ก็อยู่ใน อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตีความเพื่อวางบรรทัดฐาน (precedent) ให้ ทุกองค์กรภาครัฐถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ในระหว่างที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาล ก็เป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะช่วยเสนอแนะเพื่อวางหลักเกณฑ์และวิธีการ ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรให้ถูกต้องเหมาะสม ต่อไป

ลักษณะความเป็นนิติรัฐของไทยที่มีการปกครองโดยกฎหมายตาม หลักนิติธรรมมี 3 ประการ คือ (1) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐที่การปกครองต้องเป็นไป ตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่ กฎหมาย ถ้าเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามากล้ากรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมาย ให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่นั้นย่อมจะมีความผิดตามกฎหมายได้ (2) ประเทศไทยเป็น นิติรัฐที่มีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐได้ถูกกำหนดไว้อย่างแน่นอนโดยกฎหมายและ มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐทั้งสามนี้โดยองค์กรรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐมีขอบเขตและมีการ

ควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น (3) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐซึ่งผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ที่มีหลักประกันความเป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีศาลแพ่งและศาลอาญาที่ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่ประเทศไทยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้กระทำผิดในทางอาญาต่อประชาชนหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งได้ ลักษณะความเป็นนิติรัฐของประเทศไทยจึงเป็นรัฐยุติธรรมซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในทางอรรถคดี อีกทั้งยังได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยเฉพาะซึ่งตุลาการศาลปกครองมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการพิจารณาคดีปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายประชาชนจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างพอเพียง

หลักนิติรัฐในประเทศไทยมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ (1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดได้ก็ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้องค์กรฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและในขอบเขตอย่างไร กฎหมายนั้นต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี ต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่แยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ ซึ่งประเทศไทยได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม

โดยหลักนิติรัฐที่แท้จริงนั้น รัฐต้องมีความเป็นนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของรัฐ นอกจากจะกระทำไปตามตัวบทกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ ยังต้องรวมถึงเนื้อหาที่ต้องเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย โดยเคารพหลักการที่ถือว่ารัฐหรือประเทศจะต้องปกครองโดยใช้หลักกฎหมายเป็นใหญ่ตามหลักนิติธรรม รัฐจะดำเนินกิจกรรมหรือทำนิติกรรมทางปกครองใดจะต้องมีกฎหมายรองรับทุกครั้ง ประชาชนทุกคนจะต้องเสมอภาคเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงถูกนำไปใช้กล่าวอ้างเพื่อใช้อำนาจรัฐในการปกครอง หากมีรัฐใดประกาศตนว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยและต้องการสร้างความชอบธรรมในระบอบการปกครอง ตลอดจนต้องการให้นานาอารยประเทศยอมรับนับถือแล้ว ก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องประกาศตนเป็น “นิติรัฐ” ในที่สุด หลักนิติรัฐนอกจากเป็นหลักที่เกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว หลักนิติรัฐยังได้พัฒนาจนกลายเป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการปกครองประเทศอีกด้วย กฎหมายจึงกลายเป็นสิ่งจำเป็นของการปกครองตามหลักนิติธรรมในรัฐสมัยใหม่

หลักนิติธรรมในไทยมีองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองควบคู่หลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายใต้หลักนิติรัฐ ดังนี้

(1) หลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย

(ก) หลักการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 6 บัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ห้ามมิให้บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเหนือกฎหมายอื่นใดที่เป็นกฎหมายในลำดับรองลงไป ตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากโดยต้องใช้วิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้กฎหมายอื่นๆ ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงมีผล 3 นัยคือ นัยแรกรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดซึ่งสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลาย นัยที่สองเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ของประเทศ และนัยที่สามกฎหมายอื่นจะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(ข) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** (Separation of powers) ถือเป็นองค์ประกอบของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ยอมรับกันมาในปฎิญาญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ว่า “รัฐใดมิได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐนั้นมีรัฐธรรมนูญ” โดยเชื่อว่าการแบ่งแยกอำนาจไปให้องค์กรรัฐ 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ใช้อำนาจโดยตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) ซึ่งกันและกันนั้นย่อมป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดตามอำเภอใจของผู้ปกครองได้ และย่อมส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่งบัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ซึ่งพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงแบ่งแยกอำนาจโดยใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี (รัฐบาล) และอำนาจตุลาการทางศาล ซึ่งมีการควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกัน เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มีการตรวจสอบถ่วงดุลกันเพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือต้องไม่มีอำนาจใดที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจนั่นเอง

(ค) **หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน** ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความเชื่อขั้นพื้นฐานว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงมีสิทธิในแดนอิสระที่เรียกว่า “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” ที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ไม่มีใครพรากจากตัวมนุษย์ได้ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพ รัฐธรรมนูญจึงรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนี้โดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพ 5 นัย คือ นัยแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลในการตรากฎหมาย ใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรรัฐทุกองค์กรจึงต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล นัยที่สอง การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น และต้องกระทำเฉพาะที่รัฐธรรมนูญอนุญาตและเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ นัยที่สาม ให้สิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพใช้สิทธิฟ้องศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ นัยที่สี่ ให้สิทธิบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพได้ นัยที่ห้า ให้สิทธิบุคคลร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือร้องขอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ และสิทธิฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้

(ง) **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ** กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการนั้นได้ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องไม่แต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่ก็ต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับการกระทำทางปกครองขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจจึงเป็นหนึ่งในหลักนิติรัฐที่สำคัญมาก คือบรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการใดๆ ได้นั้นก็เพราะกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เพื่อมุ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ หากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ โดยเฉพาะที่ไปล่วงล้ำกระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนแล้ว จะต้องทำเฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนได้ การออกมาตรการใดๆ ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะสร้างภาวะก้ำกึ่งเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำเป็นที่จะต้องมีความหมายรองรับมาตรการดังกล่าวที่แน่นอนเสมอ

(จ) **หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการ** ศาลเป็นองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากศาลยุติธรรมและศาลทหารที่มีมาแต่เดิมรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 สืบสานรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้เพิ่มระบบศาลเป็นครั้งแรกอีก 2 ระบบศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองรวม 4 ระบบศาล ทั้งสี่ระบบใช้อำนาจตุลาการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์เพื่อปฏิบัติหน้าที่รักษากฎหมาย ผู้พิพากษา/ตุลาการต้องวินิจฉัยตัดสินคดีโดยอิสระภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กำหนดบทบาทพิเศษของผู้พิพากษา/

ตุลาการไว้ในมาตราต่างๆที่คุ้มครองสิทธิประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชนโดยตรง หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นหลักการสำคัญที่สุดของหลักนิติธรรม ซึ่งได้รับหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 197 นั้นแบ่งได้เป็นความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา/ตุลาการและความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา/ตุลาการ หลักประกันนี้ทำให้เกิดความเป็นกลางและการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญให้เกิดความเที่ยงธรรมในการพิจารณาพิพากษาหรือวินิจฉัยตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและหลักนิติธรรม

(2) หลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามกฎหมายโดยเฉพาะองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้เป็นที่พึ่งของประชาชนได้อย่างแท้จริง องค์กรประกอบของหลักนิติธรรมที่ใช้ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรยุติธรรมนั้นมีดังนี้

(ก) **หลักกฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป** เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป การตรากฎหมายจะต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไป เป็นการวางกฎกติกากับสังคมเป็นการทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญา หากบุคคลใดได้กระทำการอันกฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นความผิด บุคคลนั้นก็จะมีความผิดและได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลในนิติสัมพันธ์ตามสัญญาต่างๆ เป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน กฎหมายต้องไม่มุ่งใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ แม้กฎหมายจะตราออกมาเพื่อใช้บังคับกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งก็ยังสามารถใช้ได้ หากใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับคนกลุ่มนั้น หรือวิชาชีพนั้น เช่น กฎหมายพรรคการเมืองย่อมใช้บังคับเฉพาะพรรคการเมือง กฎหมายควบคุมธุรกิจหลักทรัพย์ย่อมใช้เฉพาะบุคคลในวงการตลาดหุ้น แต่ก็เป็นการบังคับใช้เป็นการทั่วไปภายในกลุ่มบุคคลเหล่านั้น เช่นนี้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป หลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจออกกฎหมายมุ่งกลั่นแกล้ง ทำลายล้าง หรือลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ กรณีเช่นนี้ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายมิได้ให้ความ

เป็นธรรมกับสังคม แต่กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการทำลายล้างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นปฏิปักษ์กับตน ดังนั้น หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าวย่อมขัดกับหลักนิติธรรมจึงไม่มีผลบังคับใช้ได้

(ข) หลักกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง ตามหลักกฎหมายอาญา กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้ หากขณะกระทำการใดๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา กฎหมายที่ออกมาภายหลังจะบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและมีโทษอาญาย้อนหลังไม่ได้ ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษอาญาอยู่แล้ว กฎหมายที่ตราออกมาภายหลังจะบัญญัติให้มีโทษย้อนหลังหนักขึ้นมิได้ ซึ่งตรงกับสุภาษิตกฎหมายโรมันว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege) โดยไม่มีกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังให้เป็นคุณ จากที่เคยเป็นความผิดให้ไม่มีความผิดก็ดี จากที่เคยมีโทษหนักเป็นโทษเบาลงก็ดี ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ด้วยเหตุนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ตราขึ้นในโอกาสต่างๆ จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ประเทศไทยเคยมีกฎหมายนิรโทษกรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ฉบับ ดังเช่น พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในครั้งการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินสงครามของญี่ปุ่น พ.ศ. 2489 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นิสิต นักศึกษา และประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2489 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499 ซึ่งความถูกต้องเหมาะสมในการออกกฎหมายนิรโทษกรรมนี้เป็นประเด็นเหตุผลทางการเมืองในเหตุการณ์นั้นๆ เป็นคนละประเด็นกับความถูกต้องชอบธรรมตามหลักนิติธรรม

(ค) หลักสันนิษฐานผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์ยังไม่มีผลผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด ก็เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกพิจารณาอย่างขาวสะอาด หลักนิติธรรมจึงมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่ต้องได้รับโอกาสต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ตามขั้นตอนและกระบวนการของกฎหมาย การปิดโอกาส ปิดกั้นมิให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานเข้าสืบพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนจะกระทำไม่ได้ หลักพื้นฐานนี้ป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจรวบรัดใช้อำนาจเบ็ดเสร็จในการจับกุม คุมขัง ลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำ

ความผิดโดยไม่ผ่านกระบวนการต่อสู้คดีในศาลของผู้ต้องหาหรือจำเลย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มาตรา 17 ซึ่งให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีสั่งลงโทษบุคคลใดๆได้โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการยุติธรรม ไม่ให้ออกาสผู้ต้องหาหรือจำเลยในการนำพยานมาสืบพินิจจนต่อสู้คดีเลย บทบัญญัติมาตรานี้จึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับ แม้บทบัญญัตินี้จะถูกบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญก็ตาม เพราะหลักนิติธรรมมีค่าเหนือกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นบทกฎหมายสูงสุด

(ง) **หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษา/ตุลาการ** ในการพิจารณาพิพากษาคดีถือเป็นหลักสำคัญของหลักนิติธรรมเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ เพราะผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นกลไกอำนวยการยุติธรรมขั้นสุดท้ายที่เป็นหลักประกันว่าความยุติธรรมจะเกิดขึ้นจริง ในการพิจารณาวินิจฉัยตัดสินคดีนั้นต้องมั่นใจว่าผู้พิพากษา/ตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริง โดยไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้กระทั่งฝ่ายตุลาการด้วยตัวเอง อีกทั้งผู้พิพากษา/ตุลาการต้องมีความเป็นอิสระจากใจตนเองด้วย คือ ต้องมีใจเป็นกลาง ไม่มีอคติ ไม่ว่าจะคดีอันเนื่องมาจากเหตุใด หลักนิติธรรมข้อนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิมในกฎหมายตราสามดวง ส่วนที่ 3 ว่าด้วยหลักอินทภาษที่วางหลักธรรมในการดำรงตนและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา/ตุลาการว่าต้องวินิจฉัยตัดสินคดีด้วยความเที่ยงธรรม ปราศจากความลำเอียงที่เกิดจากอคติ 4 ข้อ คือ ฉันทาคติคือลำเอียงเพราะรักชอบเห็นแก่ผู้มีสสินบน โทษาคติคือลำเอียงเพราะโกรธ ภัยาคติคือลำเอียงเพราะกลัว โมหาคติคือลำเอียงเพราะหลง

(จ) **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ** ตามหลักกฎหมายมหาชน รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น องค์กรของรัฐไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการมีอำนาจก็เพราะกฎหมายมอบอำนาจให้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น จะใช้อำนาจเกินขอบเขตกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ในการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้มีการชี้แจงเหตุผลของการเพิ่มวรรคสองในมาตรา 3 ไว้ว่า “เพื่อต้องการให้วงกรอกรใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีอยู่สองความหมาย คือ ความหมายแรกหมายถึงการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม และความหมายที่สองหมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องมีกฎหมายรองรับและจะกระทำเกินไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้” ในรัฐที่ยึดถือหลักนิติธรรม รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้

อำนาจได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำใดๆ ที่ไม่มีกฎหมายรองรับจึงไม่ชอบและไม่มีผลใช้บังคับ หลักนิติธรรม จึงมุ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้จริง

(ฉ) **หลักไม่ยกเว้นความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต** กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้า โดยเฉพาะ ภายใต้สังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ความพยายามของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ในอันที่จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของตนเพื่อกระทำการใดๆ อันไม่ถูกต้องไม่ชอบธรรม ย่อมผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย หลักนิติธรรมจึงต้องมิพลั้วตร พัฒนาให้เท่าทันกับสถานการณ์ด้วยเช่นกัน กฎหมายที่อภัยโทษหรือนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่เกิดขึ้นและผ่านมาแล้ว สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม แต่การนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือรับรองให้สิ่งที่จะกระทำในอนาคตซึ่งอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะเท่ากับผู้กระทำการนั้นอยู่เหนือกฎหมาย

2. มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศ

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมจะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลอย่างเป็นรูปธรรมก็จะต้องอาศัยมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐโดยองค์กรตุลาการและ/หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากการเมืองอย่างแท้จริง ซึ่งสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการตรวจสอบดังกล่าวของต่างประเทศได้ ดังนี้

2.1 ในประเทศอังกฤษ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางองค์กรภาครัฐที่แบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐสภา องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาล และองค์กรฝ่ายตุลาการของศาล องค์กรทั้งสามต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) ซึ่งมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา (Parliamentary system) แบบอังกฤษที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) ดังนั้น มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรจึงอยู่ที่รัฐสภาซึ่งมีอำนาจมากกว่าศาล กล่าวคือ สภาสามัญชน (House of Commons) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจึงมีอำนาจในการตรวจสอบทางนิติบัญญัติและการตรวจสอบฝ่ายบริหารต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ส่วนสภาขุนนาง (House of

Lords) ซึ่งเป็นสภาแต่งตั้งทำหน้าที่เป็นศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศ แต่ก็ไม่มีอำนาจเหมือนหนึ่งเป็นศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับศาลสูงสุด (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษ อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายตุลาการจึงไม่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะศาลไม่มีอำนาจพิจารณาทบทวนตรวจสอบ (Judicial review) ว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ก็สามารถตรวจสอบได้ว่าฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจเกินกว่าที่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นให้อำนาจไว้หรือไม่ ระบบรัฐสภาแบบอังกฤษจึงเป็นการควรวรวมอำนาจ (Fusion of powers) ของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารซึ่งมีความซ้อนทับกันมากในด้านตัวบุคคล ผู้ใช้อำนาจ โดยรัฐมนตรีมาจากสภาสามัญชนที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน และรัฐมนตรียังคงเป็นสมาชิกสภานี้ แม้ว่าจะได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้รัฐบาลจะมีเสียงข้างมากในสภาสามัญชนเพียงใดก็ตามก็ยังมิสภานางเป็นองค์กรคอยตรวจสอบและถ่วงดุลอยู่บ้างตามสมควร

2.2 ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แบบอังกฤษ แต่กลับมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกในการปกครองระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี (Presidential system) ที่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในภาคพื้นยุโรป ศาลสูงสุดสหรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญเช่นในประเทศเยอรมนี จึงมีอำนาจมากในการตรวจสอบทบทวน (Judicial review) ร่างกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเพื่อมิให้ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักนิติธรรมในสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับหลักศุภนิติ กระบวนการ (Due process of law) เป็นพิเศษทั้งในเชิงสารบัญญัติ (Substantive due process of law) และในเชิงวิธีพิจารณา (Procedure due process of law) เพื่อตรวจสอบให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง

2.3 ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี องค์กรภาครัฐของเยอรมนีทุกองค์กรต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา โดยมอบให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(Constitutionality) ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผูกพันต้องออกกฎหมายที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รวมทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการบัญญัติกฎหมายที่ไปมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของระบอบประชาธิปไตยและหลักการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ในปี ค.ศ. 1993 รัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ให้สิทธิการร้องทุกข์โดยปัจเจกบุคคล (Individual complaints) ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม การที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจะยื่นร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ก็จะต้องผ่านการดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายให้หมดสิ้นเสียก่อนจึงสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้ตามมาตรา 94 (2) ของกฎหมายพื้นฐานในรัฐธรรมนูญสหพันธ์ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ยกเว้นในสองเรื่องนี่คือ (1) กรณีสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิบุคคลถูกละเมิดอย่างร้ายแรง และ (2) กรณีที่เป็นประเด็นสิทธิทางการเมือง ทั้งสองกรณีนี้บุคคลสามารถยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยไม่ต้องผ่านการเยียวยาทางศาลอื่นก่อน เพราะถ้าผ่านศาลอื่นก่อนก็อาจต้องใช้กระบวนการพิจารณานานจนเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อบุคคลนั้นได้ เนื่องจากบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นกรณีที่ได้เกิดมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขึ้นจริงแล้ว ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่รู้สึกว่ามีหรือมีความเห็นว่าการกฎหมายอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของตนเองโดยที่ยังไม่มีการถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นจริง ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 94 วรรค (2) นี้ ซึ่งกระบวนการเยียวยาโดยศาลอื่นก่อนนั้นจะต้องครอบคลุมทุกประเด็นของข้อเท็จจริงในคดีทั้งหมด ดังนั้น เมื่อคดีผ่านมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะรับสำนวนที่ผ่านการสรุป (Full brief) โดยไม่พิจารณาถกเถียงกันในประเด็นข้อเท็จจริงอีก แต่จะพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น

2.4 ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) มีอำนาจตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในฝ่ายนิติบัญญัติและของรัฐบาลในฝ่ายบริหารเพื่อมิให้รัฐสภาและรัฐบาลออกกฎหมายหรือบทบัญญัติอื่นใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ข้อบังคับของรัฐสภา (réglements des assemblées parlementaires) กฎหมายธรรมดาทั่วไป (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศได้ถูกควบคุมตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ไม่มีองค์กรใดๆ

มาควบคุมตรวจสอบเนื่องจากยังยึดถือหลักความมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา (souveraineté du parlement) อีกทั้งการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ยังได้รวมไปถึงการควบคุมในขณะร่างกฎหมายนั้นด้วย ซึ่งการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) นี้ มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งในคำปรารภ (Préambule) ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในคำปรารภรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี ค.ศ. 1946 และคำประกาศปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ามิได้และกฎหมายจะต้องไม่จัดทำโดยผิดแบบวิธี เช่น แบบวิธีในการร่างและการตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจในการร่างกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น กลไกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันให้รัฐสภาและรัฐบาลของฝรั่งเศสมีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐนั้นมี 3 แนวทาง คือ การตรวจสอบขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล การตรวจสอบการใช้อำนาจจัดทำร่างกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ และการควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงตามรัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958 ตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมการเลือกตั้ง การหาเสียงเลือกตั้ง และการประกาศผลเลือกตั้ง แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของประธานาธิบดีตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของหลักนิติรัฐ ยกเว้นกรณีที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายบริหารตามปกติได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งประธานวุฒิสภาให้ปฏิบัติหน้าที่แทนประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราวได้ หรือเกิดกรณีการถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่ง (empechement) ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่เข้าไปค้นหาความจริงและมีอำนาจสั่งการให้ประธานาธิบดีพ้นออกจากตำแหน่งได้ ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยอันไม่สามารถจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ขึ้นได้ตามกำหนด อันเนื่องมาจากการครบวาระของประธานาธิบดีหรือเกิดเหตุการณ์ที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ตามปกติหรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเลื่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ได้

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำในกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่สั่งการได้อย่างอิสระในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์รุนแรงหรือการรุกรานจากภายนอกประเทศ อันทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลตามปกติไม่อาจกระทำได้อย่างต่อเนื่อง ในการใช้อำนาจพิเศษนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษาหารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้ละเมิดหลักนิติรัฐ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 แก่สาธารณชน รวมทั้งคอยควบคุมและให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ คำแนะนำที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีก็จะไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณชนซึ่งจะรู้กันเฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น

3. มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย

การปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ พระองค์ได้ทรงยึดถือปฏิบัติหน้าที่ตามหลักทศพิธราชธรรม และคำประกาศพระราชปณิธานในวันเฉลิมถวัลย์ราชสมบัติว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรมเพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม” โดยถือเป็นหลักนิติธรรมสูงสุดที่พระองค์ได้ทรงยึดถือปฏิบัติหน้าที่ที่ประมุขแห่งรัฐและทรงครองธรรมเป็นธรรมราชาในการปกครองมหาชนชาวสยามมาตลอดรัชสมัยแห่งการครองราชย์ยาวนานที่สุดในโลกเป็นเวลา กว่า 70 ปี ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐก็ต้องมีกรอบของหลักนิติธรรม ซึ่งรัฐธรรมนูญไทย 17 ฉบับก่อนนี้ไม่เคยเขียนกรอบนี้ไว้ แต่ปัจจุบันนี้การปกครองตามหลักนิติธรรมที่เป็นแนวความคิดนามธรรมได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นรูปธรรมในไทยมากขึ้น

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้รับรองกรอบของหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรก โดยวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ก็ยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 78 ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (1) (6) ดำเนินการให้

หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม” การบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรภาครัฐจึงบริหารตามอำเภอใจไม่ได้ แม้ว่าก่อนหน้าถ้อยคำนโยบายต่างๆ ของรัฐบาล ถ้าไม่ผิดกฎหมายก็ถือว่าทำได้ เพราะถ้อยคำนโยบายอยู่เหนือเหตุผลจะทำอะไรก็ได้ แต่วันนี้แค่ไม่ทำผิดกฎหมายอย่างเดียวคงไม่เพียงพอ เพราะปัจจุบันได้มีการวางกรอบแนวปฏิบัติไว้ ถ้าทำผิดกรอบผิดกฎก็ทำไม่ได้แล้ว ไม่เช่นนั้นคงไม่มีคำว่า “ถูกกฎหมาย แต่ไม่ชอบธรรม” อีกทั้งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐยังต้องไม่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ หมวด 3 มาตรา 26-69 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 แยกวิเคราะห์ตามประเภทขององค์กรภาครัฐได้ดังนี้

3.1 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการตรากฎหมายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งในกระบวนการตราและเนื้อหาของกฎหมาย รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ รัฐสภาจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและจะกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) อีกทั้งต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปได้มุ่งใช้บังคับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง และต้องระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง) ซึ่งมีมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาดังนี้

3.1.1 มาตรการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การใช้อำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมต้องยึดหลักธรรมาธิปไตย หลักรัฐธรรมนูญ และหลักการมีกฎหมายที่ดี จึงต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าเป็นร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยกฎหมายนั้น รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบสถานะและคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาซึ่งใช้อำนาจตรากฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเช่นเดียวกับศาลอื่น ไม่มีอำนาจริเริ่มด้วยตนเอง จะต้องมีการร้องมาสู่ศาลจึงจะมีอำนาจหยิบยกเรื่องขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยได้ดังนี้

(ก) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141, 154

ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งร่างกฎหมายและกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว เมื่อร่างกฎหมายได้ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจใช้สิทธิเข้าชื่อยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า ร่างกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งรัฐธรรมนูญเพื่อส่งคำร้องนั้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย การมีศาลรัฐธรรมนูญตรงนี้เป็นการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่ให้อุทธรณ์จำโดยเสียงข้างมาก เสียงข้างน้อยจึงมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายใดๆ ที่เห็นว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรวจสอบนี้ไม่อาจแก้ไขในขั้นของรัฐสภาได้ จึงต้องใช้องค์กรที่มีความเป็นอิสระอย่างศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบ หรือในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาแล้วมีปัญหาการตรากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือมีบทบัญญัติขัดแย้งรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีอาจรอการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วส่งร่างกฎหมายนั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมได้

(ข) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 211 ของ

รัฐธรรมนูญ ในบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วอาจมีบางฉบับที่มีบทบัญญัติละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน บุคคลที่ได้รับผลกระทบอาจใช้สิทธิทางศาลโต้แย้งว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้แล้วส่งคำร้องเป็นทางการให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ที่เปิดโอกาสให้บุคคลใช้สิทธิทางอ้อมขอให้ศาลส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อบุคคลใดมีปัญหาสิทธิเสรีภาพของตนถูกระทบโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ต้องใช้สิทธิฟ้องคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองหรือศาลทหารก่อนแล้วจึงโต้แย้งต่อศาลนั้นว่าบทบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีการโต้แย้งผ่านศาลปกครองว่าระเบียบตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการจำหน่ายเบียร์ขวดหมัก ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นระเบียบที่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีการใช้สิทธิอุทธรณ์โดยโต้แย้งผ่านศาลปกครองสูงสุดไปศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชบัญญัติสุราฯ มาตรา 24 มาตรา 26 ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าในส่วนของเบียร์ขวดหมักในมาตรา 24 มาตรา 26 นิยามคำว่า “เชื้อสุรา” ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50 เพราะกระทบต่อสิทธิใน

การค้าหรือการประกอบอาชีพของประชาชน การจำหน่ายแบ่งข้าวหมักจึงทำได้โดยเสรี

(ค) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141, 149 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอมิให้มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้ยบยั้งไว้ โดยปกติการยบยั้งร่างพระราชบัญญัติทั่วไปสภาผู้แทนราษฎรจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ก็ต่อล่วงพ้น 180 วันไปแล้ว ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรอาจยกขึ้นมาพิจารณาใหม่โดยไม่ต้องรอให้ครบกำหนด 180 วัน ถ้ามีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้ามาใหม่ที่มีหลักการคล้ายกันกับร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยบยั้งไว้ก็อาจถูกโต้แย้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 177 ว่า ร่างใหม่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 215 ระบุว่า หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเรื่องใดที่ได้มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจไม่รับเรื่องหรือประเด็นนั้นไว้พิจารณาก็ได้

(ง) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 134 ของรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบข้อบังคับการประชุมรัฐสภาว่า ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาหรือร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ถ้ามีปัญหาโต้แย้งว่าเป็นร่างข้อบังคับที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็อาจมีการเข้าชื่อส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยที่ถือเป็นการคุ้มครองเสียงข้างน้อยตามหลักประชาธิปไตย การใช้ช่องทางนี้สาธารณชนจะคอยจับตาดูว่า ร่างข้อบังคับมีความสมเหตุสมผลเป็นกฎหมายที่ดีแค่ไหนตามหลักนิติธรรม ในท้ายสุดก็จะนำไปสู่การตัดสินใจออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาในการเลือกตั้งครั้งต่อไปตามกติกาประชาธิปไตยเพื่อธำรงรักษาหลักนิติธรรมไว้

(จ) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบตามมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในมาตรานี้ที่จะรับคำร้องและเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายใดพร้อมกับความคิดเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่สอง หากกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมกับความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

3.1.2 การตรวจสอบการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา

นอกจากนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีซึ่งดำรงตำแหน่งทางการเมืองในฝ่ายบริหารกับประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการซึ่งดำรงตำแหน่งในฝ่ายตุลาการและกระบวนการยุติธรรมแล้ว วุฒิสภายังมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภานอกจากตำแหน่งในกรณีที่มีพฤติการณ์ต่อไปนี้ ในทางทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ หรือสื่อว่าการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือสื่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 20,000 ชื่อ มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภามาตรา 271 เพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวออกจากตำแหน่งได้ตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ

3.1.3 การตรวจสอบธรรมาภิบาลของรัฐสภาในการตรากฎหมาย

ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบริหารบ้านเมืองที่ดี การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับมีความเข้มงวดมากขึ้น จึงต้องตอบคำถามต่อสังคมให้ได้ว่า การตรากฎหมายในเรื่องนั้นมีความจำเป็นและความสำคัญที่มีประโยชน์ต่อมหาชนส่วนรวมอย่างไร ในทางรัฐศาสตร์ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการดำเนินนโยบายที่รัฐบาลได้ให้สัญญาไว้ต่อประชาชนเพื่อเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ในหมวด 5 มาตรา 75-87 แม้รัฐธรรมนูญให้อำนาจคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายได้ แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีอำนาจที่จะเสนอร่างกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ถ้าเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินก็ต้องให้นายกรัฐมนตรีให้การรับรองเสียก่อน ร่างกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารใช้ในการดำเนินนโยบาย การบริหารตามหลักธรรมาภิบาลในปัจจุบันก็ควรจะออกกฎหมายเท่าที่จำเป็น เพราะยังมีกฎหมายออกมามากเท่าใดก็ยังมีผลไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเท่านั้น การเสนอร่างกฎหมายในวาระแรกรับหลักการ ผู้เสนอร่างจะต้องตอบคำถามหลักการและเหตุผลตามรายการตรวจสอบความสำคัญ

และความจำเป็นในการตรากฎหมายนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมเพื่อใช้อำนาจตรากฎหมายจึงต้องปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional governance) ด้วย

ส่วนเครื่องมือถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยอำนาจบริหารของรัฐบาล นายกรัฐมนตรีมีอำนาจถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์เพื่อตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นเครื่องมือในการบริหารนโยบายของรัฐบาล หากเป็นร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีระบุไว้เป็นนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภาว่ามีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 75) ที่สอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (มาตรา 76 วรรคหนึ่ง) คณะรัฐมนตรีต้องจัดให้มีแผนการตรากฎหมายที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามนโยบายและแผนบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 76 วรรคสอง) ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่สภาผู้แทนราษฎรมิมีมติไม่เห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ถึงกึ่งหนึ่งอาจขอให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อมีมติอีกครั้งหนึ่งได้ อีกทั้งรัฐมนตรียังมีสิทธิเข้าประชุมแถลงข้อเท็จจริงและแสดงข้อคิดเห็นในที่ประชุมรัฐสภาแต่ไม่มีสิทธิออกเสียง ขณะเดียวกันก็มีสิทธิขอให้มีการอภิปรายทั่วไปในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาหากมีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินได้

3.2 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม

3.2.1 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ

(ก) การตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 185 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีตราขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดหรือไม่ กล่าวคือได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

(ข) การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังไม่ได้นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า

หนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 154

(ค) การตรวจสอบปัญหาความขัดแย้งของการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นหรือประธานรัฐสภาอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 214 เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง โดยเฉพาะหากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่มีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่กับคณะรัฐมนตรี ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในปัญหาความขัดแย้งตามหลักนิติธรรมนั้นหรือไม่

(ง) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี ได้แก่ การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ ข้อบังคับ ระเบียบ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีความหรือมีข้อพิพาทกันในศาลก่อน ผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 245

3.2.2 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลปกครอง เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีจะถูกรตรวจสอบ

การใช้อำนาจโดยศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้นหรือไม่นั้น ปัจจุบันยังไม่มีความพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองว่ามีการกระทำใดของคณะรัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้น ส่วนการใช้อำนาจตามกฎหมายของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองชั้นต้น หากการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีคือ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการออกพระราชกฤษฎีกา หรือกฎนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42

3.2.3 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ในกรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีถูกกล่าวหาว่า รำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ ตามกฎหมายอื่น คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทำความเข้าใจสั่งให้อัยการสูงสุดยื่นฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญา เพื่อลงโทษทางอาญาและพิพากษาให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 270 มาตรา 271 และ มาตรา 262 ได้

ส่วนในกรณีการตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 ในกรณีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทุกครั้งที่เข้ารับตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง หากผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินหรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจเสนอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพื่อให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 และ

การร้องขอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฯ พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 263 ไม่ใช่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง แต่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลในฐานะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งการตรวจสอบนี้จะส่งผลกระทบต่อรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่งได้

3.2.4 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยวุฒิสภา การใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยวุฒิสภาในกรณีนี้ คือ การถอดถอนนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีกระบวนการเริ่มจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ริเริ่ม หรือในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้ริเริ่มโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนบุคคลนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง โดยกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และมีคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งความเห็นเสนอต่อวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 มาตรา 271 และมาตรา 274

3.2.5 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา ซึ่งตามกฎหมายมหาชนถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตามหลักนิติธรรม ซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 6 มาตรการ ดังนี้

(ก) **การตั้งกระทู้ถาม รัฐธรรมนูญฯ 2550** ได้บัญญัติหลักการตั้งกระทู้ถามไว้ 2 ประเภทคือ กระทู้ถามตามมาตรา 156 กับกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 การตั้งกระทู้ถามตามมาตรา 156 เป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจยื่นกระทู้ถามรัฐบาลในเรื่องงานในหน้าที่ได้แต่รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผยเพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน และเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถชี้แจง ส่วนการตั้งกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 เป็นหลักการใหม่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เป็นครั้งแรกโดยกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรก่อนเริ่มประชุมในวันนั้นว่าจะถามนายกรัฐมนตรี/รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องนั้นโดย

ไม่ต้องระบุคำถามและให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรบรรจุเรื่องนี้ไว้ในวาระการประชุมวันนั้น การถามและการตอบกระทำตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้สัปดาห์ละหนึ่งครั้ง และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้หนึ่งตั้งกระทู้ถามด้วยวาจาเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินได้เรื่องละไม่เกินสามครั้ง ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร

(ข) การเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักการใหม่ของการขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร โดยมีสมมติฐานว่า ถ้าหากการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะนายกรัฐมนตรีเป็นไปอย่างเป็นระบบ มีรูปแบบและวิธีการยื่นญัตติและข้อกล่าวหาอย่างชัดเจน รวมทั้งมีระเบียบและขั้นตอนการลงโทษที่เป็นรูปธรรมก็จะเสริมสร้างให้ฝ่ายบริหารมีเสถียรภาพในการปฏิบัติหน้าที่มากขึ้น และยังเพิ่มความเป็นผู้นำให้เกิดขึ้นกับผู้นำฝ่ายบริหารอีกด้วย กระบวนการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจมีการเชื่อมโยงสัมพันธ์กับกระบวนการถอดถอนและการดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270-274 ไว้อย่างเป็นระบบ ถ้าฝ่ายค้านยื่นญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร หากข้อกล่าวหาเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 คือ มีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ฝ่ายค้านต้องยื่นข้อกล่าวหาขึ้นไปยังคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินการไต่สวนอีกทางหนึ่งด้วย และหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาข้อกล่าวหาแล้วมีมติว่า ข้อกล่าวหาไม่มีมูลความจริง ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพ้นจากตำแหน่งทันที จะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้จนกว่าวุฒิสภาจะพิจารณามีมติในการถอดถอนออกจากตำแหน่ง อีกทั้งยังต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกด้วย

(ค) การเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาโดยไม่มีการลงมติรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 161 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ แม้ว่าไม่มีการลงมติแต่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่แถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญของการบริหาร

ราชการแผ่นดิน ถือเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี อีกทางหนึ่งโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ

(ง) การตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 135 ระบุให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็น คณะกรรมการสามัญและมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิก ตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดๆ ที่อยู่ใน อำนาจหน้าที่ของรัฐสภาแล้วรายงานต่อรัฐสภา มติตั้งคณะกรรมการวิสามัญนี้ต้อง ระบุกิจการหรือเรื่องให้ชัดเจนและไม่ซ้ำซ้อนกัน การตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณา สอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดๆ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา เป็นไปตามเจตนารมณ์ ของรัฐสภาที่ต้องการจะให้พิจารณาศึกษาในรายละเอียดเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ ก่อนที่จะนำผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา โดยมติความเห็นชอบของรัฐสภาผ่านไปยังคณะรัฐมนตรีต่อไป และถือว่าการพิจารณาศึกษาหรือ สอบสวนประเด็นปัญหาหรืออยู่ที่ใด ๆ ของคณะกรรมการตามที่รัฐสภามอบหมาย นั้นเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินรูปแบบหนึ่ง ผลการพิจารณาเป็นเพียง ข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านรัฐสภาไปยังฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพ ของฝ่ายบริหารหรือมีเงื่อนไขกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด หากวิเคราะห์ เจตนารมณ์ของการปฏิบัติหน้าที่ที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารของระบบคณะกรรมการ แล้ว ต้องการให้การทำงานของฝ่ายบริหารที่ผ่านไปแต่ละวันมีความเชื่อมโยงและ รับผิดชอบต่อรัฐสภาเพื่อให้การบริหารงานของฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างระมัดระวัง และรอบคอบยิ่งขึ้น

(จ) การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดิน ผ่าน กระบวนการพิจารณาของรัฐสภาที่ใช้มานานจนถึงปัจจุบัน คือ การพิจารณาร่าง พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย เพิ่มเติม ร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย ซึ่งงบประมาณรายจ่ายประจำปี ของฝ่ายบริหารก่อนนำมาใช้บังคับต้องได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภา ก่อน การควบคุมในฐานะเป็นผู้พิจารณาอนุมัติของรัฐสภา หากพิจารณาถึงผลของการ ควบคุมคงได้ผลระดับหนึ่งเพราะเป็นการควบคุมทางอ้อมที่รัฐสภามีได้ลงไปควบคุม ในระดับปฏิบัติ อีกทั้งการควบคุมการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภาเป็น ผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายที่คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ กรณีสภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่รับหลักการแห่งพระราชบัญญัติ งบประมาณรายจ่าย แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้รัฐบาลต้องลาออก แต่ตามจารีต

ประเพณีของการปกครองระบอบรัฐสภา รัฐบาลก็มักจะลาออกเพราะถือว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเป็นกฎหมายสำคัญ การที่สภาไม่รับหลักการแห่งร่างกฎหมาย จึงเป็นการไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยปริยาย แต่รัฐบาลอาจเลือกวิธีการยุบสภาแทนการลาออกก็ได้

(จ) การให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา รัฐธรรมนูญไทยในอดีตมีบทบัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาโดยตลอด เพียงแต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจนั้นด้วยพระองค์เองหากแต่ทรงใช้อำนาจผ่านทางคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระองค์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาอยู่ในหมวด 9 คณะรัฐมนตรี ซึ่งอำนาจทำสนธิสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร มิใช่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 190 วรรคสอง มีสนธิสัญญา 3 ประเภทที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบคือ (1) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย (2) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐและ (3) สนธิสัญญาที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการบังคับให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจสังคมอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณ

ตามที่ได้แบ่งมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของคณะรัฐมนตรีไว้ 5 มาตรการข้างต้นเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาล ยกเว้นกรณีเดียวตามมาตรการที่ 5 คือ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา ซึ่งถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” หรือการกระทำทางการเมืองที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาเท่านั้น ส่วนมาตรการที่ 4 กรณีการตรวจสอบโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนทั้งหมดเข้าชื่อเพื่อให้วุฒิสภาถอดถอนให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไม่ถือว่าเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยแท้ เพราะหาชนผู้มิสิทธิเลือกตั้งจำนวน 20,000 คน ก็มีสิทธิเข้าชื่อขอให้ถอดถอนได้เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และข้อกล่าวหาที่ได้เข้าชื่อนั้น หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตรวจสอบแล้วมีมูลคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็จะส่งข้อกล่าวหาขึ้นให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกทางหนึ่งนอกเหนือจากที่ต้องส่งให้วุฒิสภาพิจารณาลงมติการถอดถอนให้ออกจากตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญฯ

มาตรา 274 วรรคสองจึงเป็นการตรวจสอบทางกฎหมายโดยมีองค์กรศาลเป็นผู้ตรวจสอบ จึงไม่ใช่เป็น “การกระทำของรัฐบาล” ที่คณะรัฐมนตรีต้องถูกตรวจสอบและรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภาเพียงอย่างเดียว

ในทางทฤษฎี การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลพิจารณาได้จากองค์ประกอบสามประการ คือ องค์กรผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจกระทำการ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป โดยต้องพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำเป็นลำดับแรก หากเป็นการกระทำโดยองค์กรรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี) ต้องพิจารณาลำดับถัดมาว่า เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ถ้าเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะเมื่อรัฐบาลตัดสินใจกระทำการแล้วต้องพร้อมรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา

กฎหมายไทยและรัฐธรรมนูญได้จำแนกลักษณะการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 9 ประเภท คือ (1) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบราชว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การเลือกและการแต่งตั้งองคมนตรี การให้ออกมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้ง การให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (2) การกระทำที่ทรงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี (3) การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก การประกาศสงคราม (4) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ (5) การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ การพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ (6) การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ (7) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุม

รัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา (8) การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการใดๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน (9) การกระทำในทางนโยบาย ได้แก่ การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของนายกรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของรัฐมนตรี

3.2.6 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรศาลนั้นสามารถทำได้โดยการจัดทำข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำต่อหน่วยงานของฝ่ายบริหาร หากหน่วยงานสังกัดฝ่ายบริหารไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำแล้ว องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็มีอำนาจในการรายงานให้คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารพิจารณาหรือมีบทบาทในการสนับสนุนช่วยเหลือรัฐสภาในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังนี้

(ก) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหาร คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ให้คำแนะนำแก่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีและรายงานผลการปฏิบัติงานระหว่างปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาจัดส่งรายงานนี้ไปยังคณะกรรมการมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา ที่มีหน้าที่ติดตามผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณเพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (7) มาตรา 48 มาตรา 49 และมาตรา 50)

(ข) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหารในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินเรื่องใดในเวลาอันควร ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจส่งเรื่องนี้ไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นเพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีก็ได้ และเมื่อระยะเวลาได้ล่วงเลยไปพอสมควร ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้าง

ของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่น ยังไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันควร และเรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญหรือเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจทำรายงานเรื่องนี้เสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร โดยด่วนก็ได้ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 31)

(ค) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหารตามมาตราการต่างๆ คือ มาตรการที่ 1 ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเว้นการกระทำเพื่อดำเนินการต่อไป ในกรณีที่ยังไม่มีการดำเนินการตามข้อเสนอให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป (รัฐธรรมนูญ มาตรา 275(1)) มาตรการที่ 2 จัดทำรายงานประจำปีประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศเสนอต่อรัฐสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา 275(8)) มาตรการที่ 3 รายงานต่อนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่บุคคลหรือหน่วยงานมิได้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือดำเนินการแล้วแต่ยังไม่แล้วเสร็จโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อให้นายกรัฐมนตรีสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน ในการนี้ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กำหนดรายละเอียดในการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อการสั่งการของนายกรัฐมนตรีด้วย ถ้าไม่มีการดำเนินการหรือสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการฯ มีอำนาจรายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป ในรายงานต่อรัฐสภา หากคณะกรรมการฯ เห็นว่า จะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนโดยส่วนรวม ก็อาจเผยแพร่กรณีที่ไม่ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนให้สาธารณชนทราบก็ได้ (พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 30) มาตรการที่ 4 พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (3) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอปรับปรุงกฎหมาย หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มาตรา 15 (6) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่จัดทำรายงานประจำปีประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเปิดเผย

ต่อสาธารณชน มาตรา 15 (8) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจเสนอความเห็นต่อ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาในกรณีที่ใช้ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยสรุป การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี จึงมีมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตาม หลักนิติธรรมที่เข้มข้นมากกว่าทุกองค์กรของรัฐ เนื่องจากองค์กรบริหารเป็นฝ่าย ที่มีอำนาจและผลประโยชน์มากมายและมักจะใช้อำนาจรัฐนั้นแทรกแซงองค์กร ของรัฐอื่นและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากกว่าทุกองค์กร

3.3 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม

3.3.1 การใช้อำนาจตุลาการของการปฏิบัติหน้าที่ทางการยุติธรรม

ในระบบศาลไทย นับตั้งแต่มีการปฏิรูปการเมืองตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งสืบสานต่อมาโดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ระบบศาลไทยปัจจุบันได้เปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยวไปเป็นระบบศาลคู่ประกอบด้วย 4 ศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง คู่กับศาลยุติธรรม และศาลทหารที่มีอยู่เดิม ทั้งสี่ศาลจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ทางการยุติธรรมให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างเขตอำนาจศาลให้มี “คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท” แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีสถานะเท่าเทียมกับศาลอื่น แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดและผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กร คือ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ (มาตรา 216 วรรคห้า) แม้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ในศาลยุติธรรม แต่ถือว่าเป็นศาลที่แยกออกมาต่างหาก เพราะมีระบบวิธีพิจารณา เป็นระบบไต่สวนที่แตกต่างจากศาลยุติธรรมที่เป็นระบบกล่าวหาโดยผู้พิพากษา ต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตนเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ในการใช้อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญไทยที่มีศาลหลายระบบ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลแต่ละระบบมีลักษณะของความเป็นศาลที่เหมือนกัน 2 ประการ คือ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลทุกศาลต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมและต้องกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระมหากษัตริย์และมีวิธีพิจารณาของตนเองที่เป็นอิสระตามหลักนิติธรรม วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต่างจากศาลอื่นคือ วิธีพิจารณาของศาลอื่นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีวิธีพิจารณาที่ศาลรัฐธรรมนูญตราขึ้นได้เองเพราะรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสามารถตราข้อกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองได้ ในประเด็นนี้จึงทำให้หนักกฎหมายและนักวิชาการบางคน

วิจารณ์ว่า วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญควรตรวขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ดี การที่รัฐธรรมนูญออกแบบนี้เพราะต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ถ้าจะให้รัฐสภาซึ่งอาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตราวิธีพิจารณาก็อาจทำให้เกิดความไม่คล่องตัวและอาจเกิดอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมโดยมีหลักประกันของความเป็นอิสระได้

3.3.2 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษตามหลักนิติธรรม ในระบบศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความผิดและบทลงโทษความผิดประเภทต่างๆ มีบางลักษณะที่บัญญัติถึงความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ผู้พิพากษาเป็นบุคคลในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจสูงสุดที่ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี หากผู้พิพากษาใช้อำนาจในทางมิชอบผลร้ายจะตกแก่คู่ความรวมทั้งผลที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในบ้านเมืองเพราะหากคู่กรณีพิพาทไม่มีความเชื่อถือต่อกระบวนการชี้ขาด คู่กรณีก็อาจไปใช้วิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ โดยเฉพาะการใช้กำลังเข้าแก้มัดหรือบังคับอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตาม ทำให้กลายเป็นข้อพิพาทซ้ำซ้อนขึ้นมาและอาจขยายวงกว้างจนยากที่จะเยียวยาได้ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษด้วยความเป็นธรรมและความซื่อสัตย์จึงเป็นหลักสำคัญของงานยุติธรรม ประมวลกฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติลักษณะความผิดและบทลงโทษผู้พิพากษาและพนักงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมไว้เป็นกรณีเฉพาะต่างจากเจ้าพนักงานอื่นๆ

มาตรา 148, 150 และ 157 ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่วนผู้พิพากษามี 2 มาตราที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 201 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่พันบาทหรือประหารชีวิต ความผิดตามมาตรา 201 นี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ ฯลฯ ในขณะที่ตนอยู่ในตำแหน่ง ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำจะต้องเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ หากไม่กระทำอย่างอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีก็ควรมีใช้ความผิดฐานนี้ การกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ก็คงจะมีความผิดฐานนี้ทั้งนั้น

ส่วนมาตรา 202 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต ปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือประหารชีวิต กรณีนี้ ต่างจากมาตรา 201 คือ เป็นการที่ผู้กระทำความผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดไว้ก่อนที่ตนจะได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น มาตรา 202 บัญญัติ ลักษณะการกระทำผิดไว้เช่นเดียวกับมาตรา 150 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับ เจ้าพนักงานทั่วไปจะต่างกันก็ตรงโทษ ซึ่งตามมาตรา 150 ไม่มีการประหารชีวิต แต่มาตรา 202 ได้กำหนดโทษสูงสุดไว้ถึงประหารชีวิตก็คงมีจุดมุ่งหมายที่จะลงโทษ ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 202 รุนแรงกว่า เนื่องด้วยผลของการกระทำส่งผลกระทบ และกลุ่มบุคคลเหล่านี้ล้วนเป็นนักกฎหมายเป็นผู้ที่จะพิจารณาโทษทางอาญาของผู้อื่นแต่ตนเองกลับมาก่อทำความผิดเสียเอง

3.3.3 มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยการถอดถอนจาก

ตำแหน่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถึงมาตรา 274 หมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ กำหนดกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศหรือความสงบสุขของสังคม ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจถอดถอนเป็นของวุฒิสภา และมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ช.) ทำหน้าที่ในการไต่สวน ซึ่งมาตรา 270 ระบุ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการยุติธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งคือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด รวมทั้งตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่าจะกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มาตรา 270 จึงเห็นได้ว่าบุคคลที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของวุฒิสภามีอยู่ 5 ประเด็นหลัก คือ (1) มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ (2) มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ (3) มีพฤติการณ์ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (4) มีพฤติการณ์ส่อว่า จะกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (5) มีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจ

หน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ส่วนคำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” นั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้คือ “ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใด ในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” และคำว่า “ร่ำรวยผิดปกติ” หมายความว่า “การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมากผิดปกติ หรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติหรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควรสืบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่”

เงื่อนไขการถอดถอนตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 271 ระบุว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสสิทธิเข้าชื่อร้องขอประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติตามมาตรา 274 ให้ถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่งได้ คำร้องขอดังกล่าวต้องระบุพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวกระทำความผิดเป็นข้อๆ ให้ชัดเจน” พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 60 บัญญัติว่า กรณีประชาชนร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 ออกจากตำแหน่งต้องมีผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อจำนวนไม่เกินหนึ่งร้อยคนเพื่อจัดทำคำร้องและรับรองลายมือชื่อประชาชนที่เข้าชื่อจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน มาตรา 60 วรรคสอง ระบุให้ผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อและผู้เข้าชื่อต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา และวรรคสามระบุให้ผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อต้องแสดงตนต่อประธานวุฒิสภาก่อนเริ่มรวบรวมรายชื่อประชาชนผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอ เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับคำร้องขอแล้วจึงทำการตรวจสอบว่าคำร้องขอถูกต้องครบถ้วนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและมาตรา 61 หรือมาตรา 62 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเห็นว่าถูกต้องและครบถ้วนแล้วให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว หากเห็นว่าไม่ถูกต้องครบถ้วนก็ให้แจ้งผู้ร้องขอหรือผู้ริเริ่มทราบเพื่อดำเนินการให้ถูกต้องภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากประธานวุฒิสภาตามมาตรา 63 ถ้าคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้ว่ามีมูลจะต้องหยุดทำหน้าที่ จนกว่าวุฒิสภาจะลงมติว่าจะถอดถอนหรือไม่

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าข้อกล่าวหาที่มาจากกรเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งมีมูลและให้รายงานไปยังประธานวุฒิสภาแล้วให้ประธานวุฒิสภาจัดให้มีการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณาว่ามีมติโดยเร็ว (มาตรา 64) หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานมาให้ทันนอกสมัยประชุม ก็ให้ประธานวุฒิสภาแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณากรณีดังกล่าว โดยประธานรัฐสภาจะลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ในการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณาว่ามีมติดังกล่าว สมาชิกวุฒิสภามีอิสระในการออกเสียงลงคะแนนซึ่งกำหนดว่าการออกเสียงต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ สำหรับมติของวุฒิสภาที่ให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่งนั้น ให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หากที่ประชุมวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่ง กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวนั้นพ้นจากตำแหน่งหรือให้ออกจากราชการนับแต่วันที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอน ทั้งยังตัดสิทธิบุคคลเช่นว่านั้นในการดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือในหน่วยงานราชการหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปี เมื่อวุฒิสภามีมติถอดถอนผู้ใดแล้ว มติดังกล่าวเป็นที่สุดท้ายจะมีการร้องขอให้ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยอาศัยเหตุเดียวกันอีกไม่ได้

3.4 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระตามหลักนิติธรรม

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งสืบสานต่อจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 กำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็น “องค์กรอิสระ” คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญคือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ อีกทั้งยังมีองค์กรอิสระที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญระบุให้มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระ คือ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการ กทช./กสทช. (ซึ่งต่อมายุบรวมเป็นคณะกรรมการ กสทช.) ล้วนเป็นองค์กรอิสระแต่ไม่ได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ได้ระบุให้ไปก่อตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่โดยกฎหมายอื่นมีการบริหารจัดการเป็นองค์กรอิสระที่มีบทบาทสำคัญมากในสังคมเสรีประชาธิปไตย

นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนเห็นว่า องค์กรอิสระซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรกรการใช้อำนาจที่ 4 เพราะมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ 3 ฝ่ายเดิมคือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ซึ่งคงไม่เป็นเช่นนั้นเพราะองค์กรอิสระนี้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เสริมการแบ่งแยกอำนาจ 3 ฝ่าย คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเท่านั้น เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ข้าราชการต่างๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามเป็นอำนาจบริหาร ซึ่งก็มีอำนาจไต่สวนวินิจฉัยข้อพิพาททุจริตในการเลือกตั้งในลักษณะที่เป็นองค์กรกึ่งตุลาการที่เป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นจึงไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจที่ 4 แต่อย่างใด และการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระก็ต้องไปตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรอิสระนี้

การตรวจสอบการใช้อำนาจในการปฏิบัติงานตามหลักนิติธรรมของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ไม่ได้เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยตรงแต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอิสระในการจัดการและควบคุมการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินปฏิบัติหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชน ทั้งสององค์กรอิสระนี้จึงมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐที่ไปละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือนกัน แต่ต่างกันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะตรวจสอบการกระทำเฉพาะหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบการกระทำที่เป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐและของเอกชนก็ได้ ทั้งสององค์กรเป็นองค์กรตรวจสอบให้ข้อเสนอแนะที่นำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขเท่านั้นไม่อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ไม่มีอำนาจบังคับลงโทษ และทำหน้าที่ได้แต่เพียงแจ้งเรื่องให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและผู้บังคับบัญชาหรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแลให้ดำเนินการแก้ไขหรือแจ้งรัฐสภาซึ่งสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะใช้กรรมวิธีการของแต่ละสภาทำการตรวจสอบหรืออาจฟ้องต่อประชาชนและสาธารณชนโดยพิมพ์เอกสารเผยแพร่ต่อไป

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายและประชาชนผู้เสียภาษีได้รับผลประโยชน์ในการใช้จ่ายงบประมาณจากภาษีของ

ประชาชนโดยไม่มีการทุจริต คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นองค์กรรัฐที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องวินัยทางการเงิน การคลังและมีการกำหนดโทษปรับทางปกครอง รวมถึงการตรวจสอบความคุ้มค่าของการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินและควบคุมดูแลในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างมิให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งถ้าตรวจสอบพบว่าการทุจริตที่มีหลักฐานก็มีหน้าที่ส่งเรื่องทุจริตนั้นให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาวินิจฉัยและดำเนินการต่อไป การใช้อำนาจขององค์กรอิสระดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ รวมทั้งองค์การตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งก่อนเข้าสู่อำนาจ ระหว่างการใช้อำนาจ ภายหลังจากใช้อำนาจแล้ว คือ การตรวจสอบบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่ใช้อำนาจรัฐนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักธรรมาภิบาล

4. แนวคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมที่ได้มีพัฒนาการหลักการตีความรัฐธรรมนูญจากแนวคิดทฤษฎีนิตินิยม (Legalism) ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) มาสู่แนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ทำให้การบังคับใช้กลไกตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมมีสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้นเมื่อจอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่สี่ ได้สถาปนาระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ในคำวินิจฉัยคดีประวัติศาสตร์ *Marbury v. Madison* (ค.ศ. 1803) เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากใช้อำนาจบาตรใหญ่ของรัฐบาลสหรัฐ กลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ได้ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของประเภทต่างๆ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิบครั้งของสหรัฐอเมริกาสามารถมีผลบังคับอย่างจริงจัง และได้กลายเป็นบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน (Bill of Rights) ของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ซึ่งได้มีอิทธิพลแพร่หลายไปทั่วโลกในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองยุติลง สิทธิขั้นพื้นฐานใน Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกาซึ่งแพร่หลายเข้าไปในจารีตทางนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย คือ หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) สิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 ว่า

“No person shall be...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” ได้รับรองกลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) และหลักคุณนิติกระบวนการ (Due process of law) ซึ่งเปิดทางให้องค์กรตุลาการภายใต้การนำของศาลสูงสุดสหรัฐ ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ตามหลักนิติธรรม

กลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ซึ่งใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยมได้เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบอีกครั้งในคดี McCulloch v. Maryland (ค.ศ. 1819) ซึ่งตัดสินโดยจอห์น มาร์แชล เช่นกัน ในคดี Marbury v. Madison ปัญหาว่าศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ แม้ไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยจากความหมายโดยนัยของรัฐธรรมนูญว่า ศาลมีอำนาจทบทวนตรวจสอบการกระทำของรัฐสภา และถ้าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็สามารถวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ แต่ในคดี McCulloch v. Maryland เป็นคดีแรกที่ศาลสูงสุดสหรัฐนำหลักพื้นฐานของ Higher law มาใช้ในการพิจารณาปัญหากฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ห้ามมิให้ธนาคารใดๆ ที่ดำเนินงานอยู่ในมลรัฐและมิได้รับมอบอำนาจจากมลรัฐออกตราสารการเงินเว้นแต่มีเอกสารประทับที่ออกโดยตรงทางการมลรัฐ ซึ่งการออกเอกสารดังกล่าวต้องเสียค่าธรรมเนียม และการฝ่าฝืนเป็นความผิดทางอาญา รัฐสภาของรัฐบาลสหรัฐออกกฎหมายจัดตั้งธนาคารสหรัฐ และสาขาบิลติมอร์ของธนาคารได้ออกตราสารการเงินในมลรัฐแมริแลนด์โดยไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ ในการวินิจฉัยว่าการเก็บภาษีธนาคารสหรัฐของมลรัฐแมริแลนด์สามารถมีผลบังคับใช้หรือไม่ มาร์แชลปฏิเสธที่จะระบุข้อความส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนคำวินิจฉัยของตน แต่มาร์แชลอ้างถึงโครงสร้างของการปกครองระบบสหพันธรัฐ โดยสรุปว่า การปกครองระบบนี้ไม่อาจดำรงอยู่ได้ ถ้ามลรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ของตนได้รับเลือกจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งภายในมลรัฐสามารถเก็บภาษีหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐที่ดำเนินงานอยู่ภายในมลรัฐ จึงเสมือนหนึ่งมลรัฐเก็บภาษีจากประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้งทั่วประเทศ มาร์แชลให้เหตุผลอีกว่าอำนาจเก็บภาษีคืออำนาจในการทำลาย กฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ จึงแย้งต่ออำนาจสูงสุดของรัฐสภาของรัฐบาลสหรัฐที่จะจัดตั้งธนาคารและขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐ

ศาลสูงสุดสหรัฐได้ใช้วิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมในคดีทั้งสองข้างต้นและคดีอื่นที่ตามมา (คูบทที่ 5 ข้อ 5.5.2) มาพัฒนาคำวินิจฉัยที่ขยายหรือเปลี่ยนบทบาทผู้ตีความลักษณะนัยอักษรของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลให้ศาลสูงสุดทำหน้าที่เสมือนศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองอย่างเข้มขันและสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ฝ่ายตุลาการจนสถาบันตุลาการอเมริกันถูกใช้เป็นต้นแบบในการพัฒนาสถาบันตุลาการของประเทศต่างๆ ทั่วโลก แม้ฝรั่งเศสที่ยึดหลักยกย่องฝ่ายนิติบัญญัติก็เกือบรับระบบกลไก Judicial review ของสหรัฐอเมริกา โดยใน ค.ศ. 1903 นักนิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชนชั้นนำหลายคนในฝรั่งเศสได้รณรงค์ให้มีการนำระบบกลไก Judicial review มาใช้ แต่การรณรงค์นี้ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากพรรคการเมืองใหญ่หลายพรรคขัดขวางอย่างเต็มที่ เพราะเกรงว่าระบบกลไก Judicial review ตามแบบสหรัฐอเมริกาจะนำมาซึ่งการปกครองโดยความมีอำนาจสูงสุดของฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ที่บั่นทอนอำนาจของฝ่ายการเมืองและฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอยู่ในสหรัฐอเมริกา

หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรมที่พัฒนาโดยมองเตสกีเอมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจตุลาการเข้ามาแทรกแซงการใช้อำนาจนิติบัญญัติสร้างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยมีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดระหว่างอำนาจตุลาการในการตีความกฎหมายเพื่อพิจารณาพิพากษาตัดสินข้อพิพาทและอำนาจนิติบัญญัติในการสร้างกฎหมายออกมาใช้บังคับ แต่ในสหรัฐอเมริกา หลักการแบ่งแยกอำนาจดำรงอยู่ภายใต้การปกครองไตร่ตรองคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการที่ให้อำนาจทั้งสามฝ่ายต่างมีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะตรวจสอบและถ่วงดุลอีกสองฝ่ายได้ การจำกัดอำนาจตุลาการให้อยู่กับภารกิจในการตีความกฎหมายที่มีลักษณะวางเฉยอย่างศาลฝรั่งเศสหรือศาลอังกฤษย่อมเป็นการตัดรอนความเข้มแข็งของฝ่ายตุลาการในการปกครองไตร่ตรอง ดังนั้น อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ที่ได้รับสถาปนาในคดี Marbury v. Madison จึงเป็นการค้ำจุนอำนาจตุลาการโดยเป็นการยกอำนาจตุลาการให้ขึ้นมาเท่าเทียมกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเพื่อให้ทั้งสามอำนาจสามารถคานอำนาจและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

ระบบ Judicial review และแนวคิด Bill of Rights แสดงถึงอิทธิพล Higher law ในสหรัฐอเมริกาซึ่งทำให้ความคิดของผู้พิพากษาสหรัฐเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติแตกต่างจากความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษ ดังเช่น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยฝ่ายตุลาการกฎหมายของทั้งสองประเทศพัฒนามาจากหลัก ultra vires เหมือนกันก็ตาม

ด้วยความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษที่คิดว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของศาลอังกฤษ ผู้พิพากษาอังกฤษคิดว่าศาลทำหน้าที่ช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติโดยเข้าไปควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองให้ใช้อำนาจในขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ ในทางตรงกันข้ามกับความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษ ผู้พิพากษาสหรัฐไม่เคยคิดว่า ศาลเป็นผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยฝ่ายตุลาการ ศาลไม่ได้เข้ามาช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เข้ามาช่วยเหลือปัจเจกชนที่สิทธิเสรีภาพได้รับผลกระทบจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลสหรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเพราะไม่ไว้ใจฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานทางปกครองของฝ่ายบริหารที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผลของความคิดที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้คือ ศาลสหรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในขอบเขตที่กว้างกว่าศาลอังกฤษ

ในประเทศไทย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ตีความรัฐธรรมนูญตามตัวอักษรหรือตามข้อความของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งมิได้ตีความโดยยึดวัตถุประสงค์ที่เห็นได้จากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญอ้าง Higher Law ที่มีได้มีอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ การตีความของศาลรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือต่อเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้ว เสมือนเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยฝ่ายตุลาการ การตีความรัฐธรรมนูญที่ใช้ข้อพิจารณาที่มีได้มีอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญแบบนี้ ถ้าพิจารณาโดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว ถือว่าคำวินิจฉัยนี้เป็นการไม่ชอบอย่างแน่นอน และเป็นคำวินิจฉัยที่ยากอย่างยิ่งสำหรับนักกฎหมายที่ยังยึดติดอย่างเหนียวแน่นกับทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองจะยอมรับกันได้

แต่เหตุผลที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญประกาศชัดเจนว่า ในการวินิจฉัยเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ยึดจารีตนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ดังที่สถาบันตุลาการไทยได้ยึดถือและสั่งสอนกันมาเป็นเวลานานหลายชั่วอายุคนอีกต่อไปแล้ว โดยเฉพาะเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกหลักนิติธรรมขึ้นมาสนับสนุนคำวินิจฉัยว่าเป็น “ความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำคัญของกฎหมาย

ที่อยู่เหนือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ” หรือที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ว่า สถานะของศาลรัฐธรรมนูญเองเป็นสถานะที่รัฐธรรมนูญกำหนด “ให้มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม” เป็นเหตุผลปรัชญาการเมืองที่ปรุงแต่ง “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของรัฐธรรมนูญจนมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของรัฐธรรมนูญ จึงเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญประกาศอย่างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความโดยยึด “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้แนวคิดทฤษฎีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมที่เปิดทางให้ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ที่สำคัญกว่าหน้าที่ในฐานะผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติตามแนวคิดทฤษฎีปฏิฐานนิยม โดยอาณัติแห่งจิตวิญญาณรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่สำคัญที่ควรต้องทำคือ การถ่วงดุลและคานอำนาจนิติบัญญัติอย่างเข้มแข็งจริงจัง โดยค้นหาหลักรัฐธรรมนูญนอกเหนือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นฐานรากสำคัญที่แท้จริงของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลสูงสุดสหรัฐตามหลักนิติธรรม ความเปลี่ยนแปลงในจารีตนิติศาสตร์ของไทยอันเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ นับว่ามีผลไม่น้อยไปกว่าคำวินิจฉัยคดี Marbury v. Madison ที่ศาลสูงสุดสหรัฐสถาปนาระบบ Judicial review ในปี ค.ศ. 1803 และคดี Kevasanand Bharati v. Kerala ที่ศาลฎีกาอินเดียสถาปนาหลักโครงสร้างพื้นฐานในปี ค.ศ. 1973 คำวินิจฉัยนี้จึงสัมพันธ์ต่อนววิชาการนิติศาสตร์และวงการวิชาชีพตุลาการในประเทศไทยอย่างแน่นนอน ปัญหาว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ก้าวหน้าไปไกลขนาดนี้ จะได้รับการยอมรับหรือไม่ น่าจะอยู่ที่ว่า ในบริบทสังคมนิติศาสตร์ไทย ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองอ่อนกำลังลงพอที่ทฤษฎีกฎหมายใหม่ของสำนักโครงสร้างนิยมที่มีนักกฎหมายไม่มากนักรู้จักนี้พอจะแทรกพื้นที่ขึ้นมา มีอิทธิพลในวงการนิติศาสตร์ไทยได้หรือไม่เพียงใด

ในคดีพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ที่สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ คือ รัฐบาลที่จัดตั้งภายหลังประเทศไทยได้รับการยอมรับจากประชาคมมหาอำนาจในสงครามโลกครั้งที่สองว่าเป็นประเทศชนะสงคราม ทันททีที่จัดตั้งรัฐบาลที่ได้รับการสนับสนุนจากประชาคมมหาอำนาจ รัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้บัญญัติเอาผิดกับบุคคลในรัฐบาลชุดที่ประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตรและร่วมมือหรือรู้เห็นเป็นใจกับรัฐบาลญี่ปุ่นและเยอรมนีภายใต้การนำ

ของอโต้ลฟ์ ฮิตเลอร์ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “ผู้ทำสงครามรุกราน” โดยบัญญัติให้การกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต และให้ศาลฎีกาเป็น “ศาลอาชญากรรมสงคราม” ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ ปรากฏว่าศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ฎีกาที่ 1/2489 พิพากษาว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลเป็นการลงโทษบุคคลย้อนหลัง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ ส่วนอำนาจของศาลฎีกาที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลฎีกา และในมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญกลับบัญญัติอีกว่า “สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญ” ศาลฎีกาโดยหลวงจำรูญเนติศาสตร์ ผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งในเวลาต่อมาเป็นประธานศาลฎีกาที่ได้รับการยกย่องว่า เป็นนักกฎหมายยิ่งใหญ่ของไทย ก็ได้เหตุผลในการทำงานเหมือนกับเหตุผลในคดี *Marbury v. Madison* ว่า “ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความกฎหมาย หากไม่ให้ศาลแปลศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้” แต่คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จะไม่ได้รับการชื่นชมและเดินตามโดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหลังๆ อย่างในคดี *Marbury v. Madison* ของสหรัฐอเมริกา คงเป็นเพราะผู้ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้มีเชื้อเหยื่อที่ถูกกระทำทารุณโหดร้ายโดยบุคคลผู้ครองอำนาจรัฐตามแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสถาบันตุลาการ แต่กลับเป็นว่า สถาบันตุลาการคุ้มครองบุคคลผู้ครองอำนาจรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องการกระทำทารุณโหดร้ายเสียเอง

เบื้องหลังคดีนี้มีการพูดไปต่างๆ นานาว่า นักกฎหมายไทยระดับบรมครูที่มีส่วนในการตราพระราชบัญญัตินี้หลายคนรู้กันดีว่า ผลของคำพิพากษาจะออกมาอย่างไร การตราพระราชบัญญัตินี้ก็เพียงเพื่อช่วยคนไทยด้วยกัน โดยประเทศไทยถูกกดดันอย่างหนักจากประเทศมหาอำนาจให้ส่งตัวจอมพลแปลก พิบูลสงครามกับพวกไปดำเนินคดีที่ศาลอาชญากรรมสงครามระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับอดีตผู้นำประเทศอื่นๆ ที่แพ้สงคราม วิธีเดียวที่เป็นข้ออ้างไม่ส่งตัวบุคคลเหล่านี้ไปดำเนินคดีก็คือการตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามกำหนดการกระทำนั้นว่าเป็นความผิดและดำเนินคดีแก่บุคคลเหล่านี้เสียเอง ซึ่งนักกฎหมายระดับบรมครูรู้อยู่แล้วว่า ถึงอย่างไรในที่สุดบุคคลเหล่านี้ก็ต้องถูกยกฟ้อง ความจริงเป็นอย่างไรรายกที่จะยืนยันแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ดูก้าวหน้านั้นนี้ได้ถูกเดินตามและไม่มียุทธศาสตร์ใดๆ ในการพัฒนาวิธีตีความกฎหมายของสถาบันตุลาการไทย ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ยังเป็นทฤษฎีเดียวที่ครอบงำสังคมนิติศาสตร์ไทยอยู่จนผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยทั่วไปเข้าใจว่าวิธีตีความกฎหมายมีอยู่วิธีเดียว คือ วิธีตีความของ

นักนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งห้ามมิให้ศาลนำข้อพิจารณาที่มีได้มีอยู่ใน “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของกฎหมายมาใช้เพราะเป็นการสร้างกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา

แม้ว่าทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะครอบคลุมำบริบทสังคมนิติศาสตร์ของไทย จนผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยเชื่อว่า วิธีตีความกฎหมายของนักนิติศาสตร์สำนักนี้เป็นวิธีตีความกฎหมายวิธีเดียวที่มีอยู่ และต้องนำไปใช้กับการตีความรัฐธรรมนูญด้วยก็มิได้หมายความว่า ความสำเร็จของสถาบันตุลาการไทยที่จะนำวิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมมาใช้ในประเทศไทยจะเป็นการพันวิสัยเสียทีเดียว จากประสบการณ์ของต่างประเทศ นอกจากศาลสูงสุดสหรัฐแล้ว ศาลของประเทศอื่นๆ ที่ใช้วิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมต่างล้วนเคยเป็นศาลที่เคยอยู่ในจารีตนิติศาสตร์แนวสำนักปฏิฐานนิยมทั้งสิ้น ดังเช่นศาลฎีกาอินเดียซึ่งได้รับการยกย่องในการสร้างทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่รู้จักกันในนามหลักโครงสร้างพื้นฐานก็เคยเจริญรอยตามอังกฤษ โดยตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรอยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง แม้แต่อังกฤษเองซึ่งเป็นต้นกำเนิดของนักนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองคนสำคัญ คือ เจรามี เบนธัม และจอห์น ออสติน และได้ชื่อว่ามีนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีแนวคิดอนุรักษนิยมอย่างสุดขีดในขณะนี้กำลังเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ โดยมีนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งรวมตัวกันฟื้นฟูหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจบาตรใหญ่ของฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐสภาซึ่งเป็นกระแสนรัฐธรรมนูญนิยมที่อาศัยคอมมอนลอว์ (Common law constitutionalism) นับวันจะทวีความแข็งแกร่งขึ้นเป็นลำดับ และได้รับการตอบสนองในทางบวกโดยสถาบันตุลาการอังกฤษ ประสบการณ์ของต่างประเทศแสดงให้เห็นว่า การหยั่งรากลึกของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองมิได้เป็นเงื่อนไขของความสำเร็จหรือล้มเหลวของการนำทฤษฎีรัฐธรรมนูญแนวใหม่ของสำนักโครงสร้างนิยมมาปลูกฝัง แต่เงื่อนไขน่าจะเป็นความแข็งแกร่งของความคิดเกี่ยวกับสถานะอันควรแก่การยกย่องของรัฐสภาไทย ซึ่งเป็นรากฐานทางปรัชญาของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมือง

สถานะของรัฐสภาไทยแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากสถานะของรัฐสภาฝรั่งเศสและอังกฤษในช่วงที่ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองรุ่งเรืองสูงสุด และแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากสถานะของพระมหากษัตริย์สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ทรงมีพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนดกฎหมาย ในช่วงที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงนำทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักนี้เข้ามาปลูกฝังแก่ผู้พิพากษาไทย ปัจจุบันนี้

มีความแตกแยกทางการเมืองอย่างรุนแรงในสังคมไทยซึ่งสำแดงปรากฏในรัฐสภาที่เป็นผลให้รัฐสภาไทยอยู่ในสถานะตกต่ำสุดขีดยอมทำลายมนต์ขลังคำสอนนักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยมที่ให้ประชาชนยอมรับกฎหมายของรัฐสภาโดยปราศจากการคานและถ่วงดุลอำนาจอย่างจริงจัง ความคิดของคนทั่วไปมองว่ารัฐสภาไทยมิได้อยู่ในสถานะอันควรแก่การยกย่องอย่างนี้ น่าจะทำให้สถาบันตุลาการไทยมีความชอบธรรมเป็นอย่างสูงที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมที่ควรต้องทำ แต่ไม่ได้กระทำมาเป็นเวลานานคือ การเข้ามาถ่วงดุลและคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเข้มแข็งจริงจัง โดยนำทฤษฎีรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมนี้เข้ามาใช้ดังเช่นในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ดังกล่าวข้างต้น

เหตุการณ์ทางการเมืองปัจจุบันมีความขัดแย้งระหว่างเสียงข้างมากกับเสียงข้างน้อยอย่างรุนแรง เสียงข้างมากในรัฐสภามีแนวโน้มคุกคามคุณค่าและคุณธรรมขั้นพื้นฐานของหลักนิติธรรมในสังคมประชาธิปไตยไทย ปัญหาการทุจริตของนักการเมืองและข้าราชการเป็นสาเหตุสำคัญซึ่งทำให้ประเทศชาติประสบปัญหาวิกฤติอย่างรุนแรงที่หลายภาคส่วนพยายามหาทางออกจากปัญหานี้ แต่นักการเมืองเสียงข้างมากกลับพยายามออกกฎหมายนิรโทษกรรมล้างความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่แก่นักการเมืองและข้าราชการทุกคน ถ้านักการเมืองและข้าราชการที่ถูก คตส. และ ป.ช. กล่าวหา นั่น หรือนักการเมืองกลุ่มเดียวกันนี้ได้ให้ความเห็นขอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ได้สำเร็จ ศาลรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นการกระทำเพื่อเสียงข้างมากทางการเมืองซึ่งครองอำนาจรัฐได้ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากการคานและถ่วงดุลอำนาจอย่างจริงจัง และผลการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญครั้งนี้ทำให้เสียงข้างน้อยถูกข่มเหงรังแกจนอยู่ในสภาพไร้ที่ยืน การผนึกกำลังของเสียงข้างมากจนกลายเป็นระบบเผด็จการรัฐสภาที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองอย่างรุนแรง ลำพังกลไกการตรวจสอบของฝ่ายค้านก็ไม่อาจถ่วงดุลต้านทานพลังเสียงข้างมากทางการเมืองได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจวางเฉยและต้องเข้ามาทำหน้าที่คานอำนาจและถ่วงดุลเสียงข้างมากทางการเมืองในรัฐสภาอย่างเข้มแข็งจริงจัง การเข้ามามีบทบาทของสถาบันตุลาการดังกล่าวไม่ควรถือว่าเป็นการช่วยเหลือฝ่ายค้านหรือขัดขวางการทำหน้าที่ของรัฐสภาและรัฐบาล แต่เป็นการเข้ามามีบทบาทเพื่อให้เกิดดุลยภาพทางการเมืองที่เหมาะสมสำหรับสังคมประชาธิปไตย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงนับว่าออกมากในช่วงเวลาที่เหมาะสม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิมดังกล่าวถูกโจมตีอย่างหนัก

เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยลักษณะเดียวกันนี้ในสหรัฐอเมริกาและอินเดียก่อนหน้านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโจมตีของผู้พิพากษาและนักกฎหมายรุ่นอาวุโสที่บางคนไปไกลถึงขนาดยื่นกรณาวา คำวินิจฉัยนี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยไม่มีอำนาจ จึงเท่ากับไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่การโจมตีของผู้พิพากษาและนักกฎหมายรุ่นอาวุโสเหล่านี้เป็นการโจมตีว่า คำวินิจฉัยนี้ไม่ตัดด้วยหลักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยม (Legal positivism) จึงเรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญโดยใช้วิธีตีความกฎหมายธรรมดาตามแนวความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal justice) โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทในการถ่วงดุลและคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติกับศาลธรรมดาที่มีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกับกรณีพิพาททางแพ่งและทางอาญา ซึ่งข้อเรียกร้องเช่นนี้ยากที่จะรับฟังได้ในยุคแห่งความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional justice) และธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional governance) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม

การดำรงอยู่ร่วมกันของแนวคิดทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันมากกว่าสองทฤษฎีเช่นนี้มิให้เห็นได้ในระบบกฎหมายของประเทศชั้นนำเกือบทุกประเทศ เช่น ในอังกฤษก็มีการดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) และทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) และระบบกฎหมายที่ทฤษฎีรัฐธรรมนูญแตกต่างกันแบบสุดขั้วหลายทฤษฎีดำรงอยู่ร่วมกันอย่างสมดุล คือระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีแนวคิดทฤษฎีปฏิบัตินิยม (Legal pragmatism) เป็นทฤษฎีที่ครอบงำโดยทฤษฎีนี้เข้ามาแทนที่ทฤษฎีรูปนัยนิยมของแลงเดลในช่วงสามทศวรรษแรกของทศวรรษที่ยี่สิบแต่ทั้งทฤษฎีรูปนัยนิยมและทฤษฎีกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ทฤษฎีรูปนัยนิยม เช่น สัจนิยม (Legal realism) ต่างก็มีพื้นที่ของตนพอสมควรในบริบทสังคมนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำให้ทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่ใช้ในศาลสูงสุดสหรัฐจึงมีจำนวนมาก นอกจากแนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) วิธีตีความรัฐธรรมนูญในศาลสูงสุดสหรัฐยังมีอีกถึงห้าวิธี ศาสตราจารย์ฟิลิป บ็อบบิตต์ (Philip Bobbitt) กล่าวว่า แม้ระบบกลไก Judicial review โดยสภาพเป็นการขัดขวางเสียงมหาชนที่มีพลังในสหรัฐอเมริกา แต่วิธีตีความทั้งหกวิธีของศาลสูงสุดสหรัฐนี้มีส่วนสำคัญในการสร้างความชอบธรรมให้กับระบบกลไก Judicial review ของสหรัฐอเมริกา トラบจนเท่าทุกวันนี้ ประสบการณ์การดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันในสหรัฐอเมริกา เป็นสิ่งที่น่าศึกษาสำหรับนักกฎหมายไทย การดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมาย

บ้านเมืองและทฤษฎีนิติศาสตร์แนวใหม่ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยนำมาใช้ใน คำวินิจฉัยนี้ จะพัฒนาการไปสู่ทฤษฎีรัฐธรรมนูญแบบใหม่ บทบาทของนักกฎหมาย รัฐธรรมนูญไทยในการชี้นำสถาบันตุลาการนี้จะมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง

5. ข้อเสนอแนะของการศึกษาวิจัย

5.1 ควรนำแนวความคิดของศาสตราจารย์พิเศษ ชานินทร์ กรัยวิเชียร (ในบทที่ 3 ข้อ 3.5.4) ที่ว่าหลักนิติธรรมต้องตั้งอยู่ใน**ความถูกต้องชอบธรรม (Righteousness)** ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของไทยที่อยู่ในหลักทศพิธราชธรรม คือ **“อวิโรธนัง”** หรือ **“ความไม่คลาดในธรรม”** ซึ่งพระมหากษัตริย์ไทยได้ทรงยึดถือเป็นหลักการปกครองปวงชนชาวไทยโดยธรรมมาแต่โบราณกาลทุกยุคทุกสมัย トラบจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น **“อวิโรธนัง”** จึงเป็นบ่อเกิดรากเหง้าสำคัญที่สามารถนำมา พัฒนาเป็น **“หลักนิติธรรมไทย”** ซึ่งควรนำมากำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบ อย่างเป็นรูปธรรมเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้ สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล

5.2 ควรมีการจัดทำประมวลแนวหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ตาม หลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กร ประกอบด้วย องค์กรนิติบัญญัติของรัฐสภา องค์กรบริหารและองค์กรปกครองของรัฐบาล ทั้งในระดับการบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรตุลาการของศาลทุกศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงาน ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมเพื่อยึดถือเป็นคู่มือปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตาม หลักนิติธรรม เพื่อจรรโลงพัฒนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย ให้เป็นนิติรัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมโดยสมบูรณ์อย่างแท้จริง

5.3 ควรมีการพัฒนาแนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ตามหลักนิติธรรมทั้งในศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม โดยวิธีการ ตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยม (Structurism) และวิธีการตีความ รัฐธรรมนูญแนวใหม่อื่นๆ ที่พัฒนาไปมากพอสมควรแล้วในต่างประเทศ โดยเฉพาะ อย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอินเดีย ประเทศอิสราเอล และประเทศ แอฟริกาใต้ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อจรรโลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยตาม หลักนิติธรรมให้วัฒนาถาวรสืบไป

5.4 ควรมีการปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข โดยจัดระบบกลไกโครงสร้างการปกครองโดยกฎหมายตาม หลักนิติรัฐ/หลักนิติธรรมโดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น 4 ฝ่าย ที่มีการตรวจสอบ

และถ่วงดุลอำนาจในระบบ “จตุสดมภ์อภิปัตย์” คือ อำนาจรัฐสภาภิบาล อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ทุกองค์การของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐในองค์จตุสดมภ์อภิปัตย์ทั้งสี่นั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

5.5 ควรมีการศึกษาวิจัยแนวความคิดและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการของกระบวนการประเมินผลสัมฤทธิ์ของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมอย่างเป็นรูปธรรม โดยมีการจัดตั้งองค์กรกลางที่เป็นอิสระทำหน้าที่ประเมินผลดังกล่าวอย่างเที่ยงตรงและเป็นธรรม

5.6 ควรมีการศึกษาวิจัยตัวชี้วัดองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่จะใช้ในการจัดทำดัชนีชี้วัดระดับมาตรฐานคุณภาพการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทุกองค์การของประเทศไทย (Rule of Law Index of Thailand) ประจำปีเป็นรายองค์การทุกองค์การที่ละเอียดกว่า The World Justice Project ซึ่งได้จัดทำดัชนีชี้วัดการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมของประเทศต่างๆ ทั่วโลก (Rule of Law Index) ประจำปีที่เป็นภาพรวมรายประเทศอย่างกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งยังไม่มีรายละเอียดของการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเป็นรายองค์การของแต่ละประเทศ

5.7 ควรมีการศึกษาวิจัยและพัฒนาแนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์การตามหลักนิติธรรม โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดทฤษฎีและพัฒนากฎหมายแนวคำวินิจฉัยของศาลและองค์กรตุลาการอื่นของต่างประเทศและของประเทศไทย เพื่อพัฒนาและเสริมสร้างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้เข้าสู่ระดับมาตรฐานสากลในอนาคต

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	(4)
บทสรุปผู้บริหาร [Executive Summary].....	(7)
สารบัญ.....	(61)
สารบัญภาพ.....	(70)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหาในการวิจัย.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 กรอบแนวคิดของการวิจัย.....	6
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะในการวิจัย.....	8
1.8 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย	12
1.9 โครงสร้างการเสนอรายงานการวิจัย	12
1.10 แผนการดำเนินงานตลอดโครงการศึกษาวิจัย	13
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีและผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับ	14
การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม	
2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม	14
2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด	33
ของรัฐธรรมนูญ	
2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.....	45
ตามรัฐธรรมนูญ	
2.4 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐและการตรวจสอบ.....	60
การใช้อำนาจอรัฐ	
2.5 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐ.....	72
2.6 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ.....	78

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.7 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ.....	86
2.8 ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง.....	100
บทที่ 3 แนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ของ	107
องค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศและประเทศไทย	
3.1 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม	107
ในประเทศอังกฤษ	
3.1.1 ประวัติพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยแบบอังกฤษ	107
1) ลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญอังกฤษ.....	107
2) ประวัติพัฒนาการของรัฐธรรมนูญอังกฤษ.....	108
3) ป่อเกิดที่มาของรัฐธรรมนูญอังกฤษ.....	109
4) หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ	110
3.1.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของ	112
ประเทศอังกฤษ	
1) แนวความคิดหลักนิติธรรมของของอังกฤษ.....	112
2) วิพากษ์แนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษ.....	114
3) องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมของอังกฤษ.....	116
3.1.3 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตาม.....	118
หลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ	
1) กลไกประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรมใน.....	118
ประเทศอังกฤษ	
2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม.....	119
ของอังกฤษ	
3) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตาม.....	123
หลักนิติธรรมของอังกฤษ	
4) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม.....	125
ของอังกฤษ	
5) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ	126
ตามหลักนิติธรรมอังกฤษ	

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม	127
ในประเทศสหรัฐอเมริกา	
3.2.1 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของ	127
ประเทศสหรัฐอเมริกา	
1) ประวัติพัฒนาการหลักนิติธรรมของประเทศ.....	127
สหรัฐอเมริกา	
2) หลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law).....	129
เป็นหลักนิติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา	
3) พัฒนาการการยอมรับหลักนิติธรรมในประเทศ	132
สหรัฐอเมริกา	
4) ลักษณะองค์ประกอบของหลักนิติธรรม	134
ในประเทศสหรัฐอเมริกา	
3.2.2 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตาม.....	134
หลักนิติธรรมในสหรัฐอเมริกา	
1) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา	135
ในประเทศสหรัฐอเมริกา	
2) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี.....	136
ในประเทศสหรัฐอเมริกา	
3) การปฏิบัติหน้าที่ของศาล.....	138
ในประเทศสหรัฐอเมริกา	
3.3 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐใน.....	139
ประเทศเยอรมนี	
3.3.1 ประวัติพัฒนาการแนวความคิดของหลักนิติธรรม	140
สู่หลักนิติรัฐ	
3.3.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐของ.....	140
ประเทศเยอรมนี	
1) ประวัติพัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐ.....	141
ของประเทศเยอรมนี	

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2) ลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ	150
ในประเทศเยอรมนี	
3.3.3 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติรัฐ	156
เยอรมนีตามหลักนิติรัฐ	
1) ประวัติพัฒนาการระบอบรัฐธรรมนูญนิยม	156
ในประเทศเยอรมนีตามหลักนิติรัฐ	
2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติรัฐ	158
ในประเทศเยอรมนี	
3) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตาม	160
หลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี	
4) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติรัฐ	162
ในประเทศเยอรมนี	
3.4 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐในประเทศ.....	168
ฝรั่งเศส	
3.4.1 ประวัติพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ..	168
ในประเทศฝรั่งเศส	
3.4.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐ	174
ของประเทศฝรั่งเศส	
3.4.3 ลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ.....	178
ในประเทศฝรั่งเศส	
3.4.4 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติรัฐ	182
ในประเทศฝรั่งเศส	
1) กลไกการปกครองระบอบประชาธิปไตย	182
ตามหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส	
2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาและรัฐบาล	184
ตามหลักนิติรัฐ	
3) การปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดี.....	189
ตามหลักนิติรัฐ	

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการ	191
ตามหลักนิติรัฐ	
3.5 แนวความคิดหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในประเทศไทย	193
3.5.1 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรม.....	194
ของประเทศไทย	
1) ประวัติพัฒนาการของแนวความคิดหลักนิติธรรม....	194
ในประเทศไทย	
2) นิยามความหมายและแนวความคิด.....	196
หลักนิติธรรมในประเทศไทย	
3) เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทย....	197
4) ความเป็นนิติรัฐภายใต้หลักนิติธรรม.....	199
ของประเทศไทย	
5) องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม.....	204
ในประเทศไทย	
3.5.2 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตาม.....	216
หลักนิติธรรมในประเทศไทย	
1) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม.....	216
และฝ่ายปกครองของไทย	
2) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและฝ่ายปกครอง..	219
ตามหลักนิติธรรมของไทย	
3) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม.....	221
ของไทย	
4) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ.....	228
ตามหลักนิติธรรม	
3.5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดหลักนิติรัฐ.....	232
กับหลักนิติธรรม	
3.5.4 วิเคราะห์การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ.....	237
ตามหลักนิติธรรมไทย	

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 4	มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ.....	239
	ตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	
	พุทธศักราช 2550	
4.1	หลักพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่.....	239
	ตามหลักนิติธรรม	
4.1.1	หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย.....	240
4.1.2	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	241
4.1.3	หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง	243
	และฝ่ายตุลาการ	
4.1.4	หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน	245
4.2	ลักษณะการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่	246
	ตามหลักนิติธรรม	
4.2.1	การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ	246
	ภายในองค์กรของรัฐ	
4.2.2	การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ	247
	โดยองค์กรภายนอก	
4.3	กลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม	248
	ของรัฐธรรมนูญไทย	
4.3.1	การควบคุมตรวจสอบโดยประชาชนมีส่วนร่วมริเริ่ม	249
4.3.2	การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ	252
4.3.3	การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.....	256
4.4	มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ.....	258
	ตามหลักนิติธรรม	
4.4.1	การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา	258
	ตามหลักนิติธรรม	
4.4.2	การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี.....	264
	ตามหลักนิติธรรม	

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.4.3	มาตรการการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาล 277	
	ตามหลักนิติธรรม	
4.4.4	การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระ 282	
	ตามหลักนิติธรรม	
บทที่ 5	กรณีศึกษาคำวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ..... 285	
	ตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศและประเทศไทย	
5.1	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ..... 285	
	ตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศ	
5.5.1	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม..... 285	
	ในประเทศอังกฤษ	
5.5.2	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม..... 290	
	ในสหรัฐอเมริกา	
5.5.3	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐ..... 315	
	ในประเทศเยอรมนี	
5.5.4	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐ..... 326	
	ในประเทศฝรั่งเศส	
5.2	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ..... 338	
	ตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย	
5.2.1	หลักการประชาธิปไตยกับการปฏิบัติหน้าที่ 339	
	ตามหลักนิติธรรม	
5.2.2	คำวินิจฉัยคดีการปฏิวัติรัฐประหารที่ละเมิด 340	
	ต่อหลักนิติธรรม	
5.2.3	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา..... 346	
	ตามหลักนิติธรรม : กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ	
	ที่มาของสมาชิกวุฒิสภา	
5.2.4	คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี 353	
	ตามหลักนิติธรรม : กรณีการโยกย้ายนายถวิล เปลี่ยนศรี	
	ไม่ชอบด้วยกฎหมาย	

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.2.5 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี	358
ตามหลักนิติธรรม : กรณีร่างพระราชบัญญัติกู้เงิน เพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้อง ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	
5.2.6 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของศาล	361
ตามหลักนิติธรรม : กรณีพระราชบัญญัติความร่วมมือ ระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	
5.2.7 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร	365
ตามรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม: กรณีการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
5.2.8 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงาน	371
ของรัฐในการคุ้มครองหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนตามหลักนิติธรรม	
บทที่ 6 สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ	393
6.1 สรุปผลการวิจัยและอภิปรายผล	393
6.1.1 แนวความคิดและองค์ประกอบหลักนิติธรรม	393
ของต่างประเทศกับประเทศไทย	
6.1.2 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร	411
ภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศ	
6.1.3 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร	415
ภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย	
6.1.4 แนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร	436
ภาครัฐตามหลักนิติธรรม	
6.2 ข้อเสนอแนะของการศึกษาวิจัย	445
6.2.1 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งนี้	445
6.2.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป	446
บรรณานุกรม	447

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
1 กรอบแนวคิดของการวิจัย.....	7
2 แสดงองค์ประกอบหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการ บ้านเมืองที่ดี	98

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและที่มาของปัญหาในการวิจัย

วิวัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เริ่มต้นจากหลักการพื้นฐานตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ (Common Law) ที่ยอมรับในคำพิพากษาของศาลว่ามีค่าเป็นกฎหมาย (Judge make law) นอกเหนือจากกฎหมายซึ่งตราโดยรัฐสภา โดยหลักนิติธรรมพัฒนามาจากความพยายามในการจำกัดอำนาจกษัตริย์ และรับรองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษ โดยปรากฏเป็นหลักฐานในยุคกลาง (ในสมัยพระเจ้าจอห์น) คือ มหากฎบัตร (Magna Carta) และพัฒนาเรื่อยมาจนถึงศตวรรษที่ 17 ซึ่งกษัตริย์และรัฐสภานั้นช่วงชิงอำนาจระหว่างกัน โดยสิ่งบ่งชี้ถึงอำนาจประการหนึ่งนั้นคือการออกกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตุลาการได้มีคำพิพากษาที่มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือคานอำนาจในการตรากฎหมายไว้ โดยศาลเห็นว่าไม่ว่ากษัตริย์หรือรัฐสภาก็ ย่อมต้องตรากฎหมายภายใต้หลักพื้นฐานโดยธรรมชาติของกฎหมาย (Common Law) ส่วนศาลก็ต้องผูกพันในอันที่จะต้องใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวภายใต้หลักการดังกล่าวเช่นเดียวกัน

ปัจจุบันประเทศอังกฤษยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) ซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย แต่การออกกฎหมายนั้นต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายภายใต้หลักการสำคัญของหลักนิติธรรม ได้แก่ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาคและปฏิบัติได้ สิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องได้รับการคุ้มครอง ความเป็นอิสระของระบบศาลที่เข้มแข็ง การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

สำหรับประเทศไทยได้นำแนวคิดของหลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายดังกล่าว โดยบทบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งหากพิจารณาว่า ประเทศไทยเป็นประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

(Civil Law) แล้ว บทบัญญัติมาตรานี้ควรบัญญัติโดยใช้คำว่า “นิติรัฐ” แทน คำว่า “นิติธรรม” อย่างไรก็ดี คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้อธิบายถึงหลักการและเหตุผลไว้ในขั้นตอนการประชุมสภา ร่างรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2550 ซึ่งสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมนั้น เป็นคำที่บัญญัติ อยู่ในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยของราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า “หลักพื้นฐาน ของกฎหมาย” ซึ่งหลัก “นิติรัฐ” และ “นิติธรรม” มีความหมายคล้ายคลึงกัน โดยมี หลักการที่สอดคล้องกันสองประการ ได้แก่ หลักการที่หนึ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ของ ภาครัฐจำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หลักการที่สอง แม้ว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจ ไว้ก็ตาม แต่จะใช้อำนาจดังกล่าวนั้น เกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้มิได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันถึงความมีอยู่จริงของหลักนิติธรรม จึงได้บัญญัติให้องค์กรภาครัฐ ซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยและหน่วยงานของรัฐทั้งปวง จะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ หลักนิติธรรม และเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกประการ หนึ่งด้วย

แม้ว่าจะมีความเห็นแตกต่างกันออกไปในทางวิชาการถึงความหมายและ หลักการของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงมีเจตนารมณ์ ของหลักการทั้งสองแล้ว จะเห็นได้ว่า เป็นหลักการซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดการ จำกัดอำนาจรัฐโดยมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ การบัญญัติ หลักนิติธรรมไว้ในมาตราดังกล่าวนี้จึงเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของ “องค์กร ภาครัฐ” ซึ่งหมายถึงหน่วยงานทั้งหมดตาม มาตรา 3 วรรคสองดังกล่าว จำเป็นต้อง มีกฎหมายควบคุมหรือเป็นหลักประกันให้ประชาชนไม่ถูกละเมิดสิทธิจากการใช้ อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่นั้นๆ ทั้งจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 อันเป็นการรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ องค์กรภาครัฐทุกองค์กรยังต้องปฏิบัติหน้าที่อยู่บน พื้นฐานในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยองค์กรภาครัฐต้องไม่ใช้อำนาจรัฐไปละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว และหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญซึ่งว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่มาตรา 78 วรรค 6 ได้กำหนด ให้การบริหารราชการแผ่นดินต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

โดยหลักพื้นฐานทางกฎหมาย ปัญหาการนำหลักนิติธรรมไปใช้บังคับกับการ ปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐได้จริงอย่างมีสัมฤทธิ์ผลนั้น มีความสัมพันธ์และ ขึ้นอยู่กับระดับการพัฒนาของความเป็นประชาธิปไตยและหลักประกันความคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนภายในประเทศนั้นๆ โดยจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยหลายประการ ได้แก่

ความชัดเจนและความสลับซับซ้อนของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กลไกการบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมอย่างเสมอภาคและมีความเป็นธรรม การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐ ตลอดจนการอนุรักษ์ปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างมีธรรมาภิบาล

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐซึ่งใช้อำนาจของรัฐเหนือเอกชนจึงจำเป็นต้องปฏิบัติอยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนุญควบคู่กับหลักนิติธรรม เพื่อไม่เกิดการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาวิจัยถึงขอบเขตของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายขององค์กรภาครัฐว่าเป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดและพัฒนาการของหลักนิติธรรมของต่างประเทศกับประเทศไทย การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมทั้งกรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรมของศาลไทยกับศาลต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาปรับปรุงมาตรฐานคำวินิจฉัยของศาลไทยในคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจหน้าที่ และการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1.2.4 เพื่อวิเคราะห์กรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ซึ่งใช้อำนาจของรัฐเหนือเอกชนหรือประชาชนจำเป็นต้องปฏิบัติอยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญควบคู่กับหลักนิติธรรมโดยไม่ให้เกิดการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพ หรือกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนทั่วไปอย่างเกิดสัมฤทธิ์ผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริงนั้น นอกจากจำเป็นต้องมีกลไกการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมทั้งระบบตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐที่มีประสิทธิภาพแล้ว ยังจะต้องมีกลไกการอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐยินยอมประพฤติปฏิบัติตามหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาลตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ในการวิจัยนี้ ผู้วิจัยได้กำหนดขอบเขตของการวิจัย ดังนี้

1.4.1 ศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.4.2 ศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.4.3 ศึกษาเปรียบเทียบบทบาทและอำนาจหน้าที่ และการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรม โดย “องค์กรภาครัฐ” หมายถึงหน่วยงานทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง

1.4.4 ศึกษากรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.4.5 จัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เป็นต้น เข้าร่วมการการประชุมสัมมนาดังกล่าว

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ได้ใช้ระเบียบวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ในการดำเนินการศึกษาวิจัย โดยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และวิธีการประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็น (Focus Groups) โดยจัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นตามขั้นตอนการเก็บรวบรวมข้อมูลและการวิเคราะห์ข้อมูลซึ่งนำไปสู่สรุปอภิปรายผลการวิจัยและข้อเสนอแนะของการวิจัย ดังต่อไปนี้

1.5.1 การเก็บรวบรวมข้อมูล

1) การวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูล ทุติยภูมิและการศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารวรรณกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติและอนุบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง คำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศไทยและต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้อง รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ตำรากฎหมาย บทความวิชาการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนเอกสารข้อมูลและรายงานการประชุมขององค์กรภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม

2) การประชุมกลุ่มย่อยระดมความคิดเห็น (Focus groups) โดยจัดให้มีการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์จากสถาบันการศึกษา องค์กรภาคประชาชน รวมถึงส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น เข้าร่วมการประชุมสัมมนาดังกล่าว

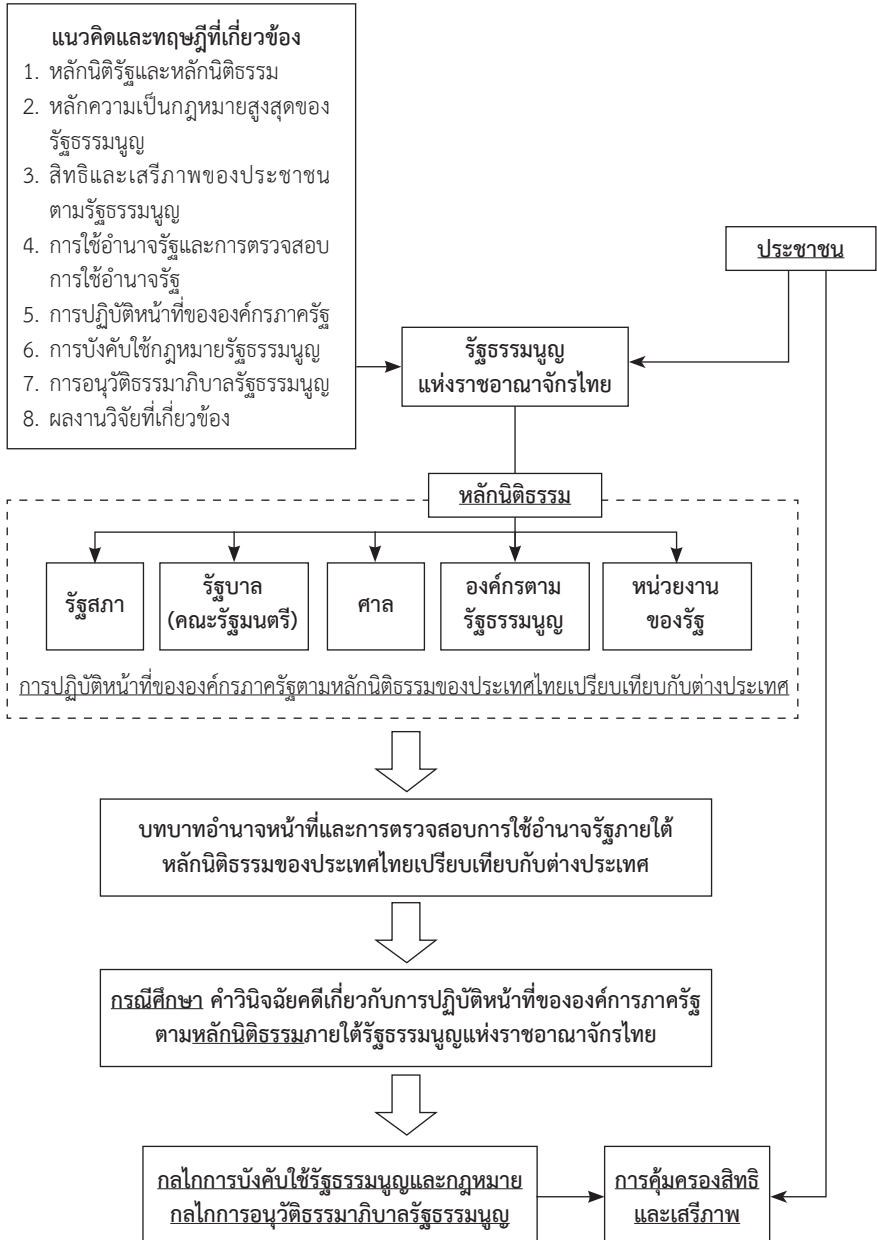
1.5.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้วิจัยได้ใช้วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลและวิธีการวิเคราะห์ข้อมูลแบบสามเส้า (Triangulation) ตามระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพเพื่อวิเคราะห์ข้อมูลเชิงเนื้อหา (Content analysis) วิเคราะห์ข้อมูลเชิงตรรกวิทยา (Logical analysis) และวิเคราะห์ข้อมูลทางนิติวิธี (Juristic method analysis) รวมทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative analysis) เกี่ยวกับวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรม บทบาทอำนาจหน้าที่และการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้งวิเคราะห์กรณีศึกษา คำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศไทย

1.6 กรอบแนวคิดของการวิจัย

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ใช้กรอบแนวคิดโดยวิเคราะห์เปรียบเทียบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐที่ใช้อำนาจของรัฐเหนือเอกชนหรือประชาชน ซึ่งใช้อำนาจรัฐนั้นไปในทางที่ไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายควบคู่กับหลักนิติธรรมที่ทำให้เกิดปัญหาการละเมิด สิทธิหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่ให้หลักประกันการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม โดยศึกษาเปรียบเทียบวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมและบทบาทอำนาจหน้าที่ของการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมจากกรณีศึกษาคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมทั้งประเทศไทย ดังแสดงกรอบแนวคิดของการวิจัยในภาพที่ 1

ภาพที่ 1 กรอบแนวคิดของการวิจัย



1.7 นิยามศัพท์เฉพาะในการวิจัย

หลักนิติรัฐ (Legal State/Etat de droit/ Rechtsstaat) หมายถึง หลักการปกครองที่มีลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยรัฐยอมรับนับถือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่และยึดมั่นในลัทธิระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) รวมทั้งยอมรับอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมรับบังคับ และใช้อำนาจรัฐในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยรัฐต้องรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด จึงเป็นหลักการปกครองเพื่อจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งได้กำเนิดและพัฒนาขึ้นภายใต้อิทธิพลของสกุลกฎหมายโรมานอ-เยอรมนิก (Romano-Germanic) ในประเทศภาคพื้นยุโรป

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หมายถึง หลักการเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งกำเนิดและพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษ ภายใต้อิทธิพลของสกุลกฎหมายเอนโกลแซกซอน ด้วยมุมมองจากประชาชนขึ้นไปสู่อำนาจรัฐ เพื่อให้รัฐต้องยินยอมที่จะรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน โดยมุ่งเน้นถึงหลักการสำคัญ 2 ประการ ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้แก่ การใช้อำนาจรัฐนั้นจะต้องใช้ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมาย และจะต้องไม่ใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้

หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม หมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ อันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศที่บัญญัติถึงการให้อำนาจหน้าที่แก่รัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครองประเทศและการบริการสาธารณะ อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์กระบวนการให้มีองค์กรควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหอันเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐและฝ่ายปกครองที่เกินขอบเขตและขาดความยุติธรรม ดังนั้นกฎหมายมหาชนจึงกำหนดบทบัญญัติที่มุ่งหมายให้รัฐและฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์ของมหาชนที่เป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมประเทศชาติ

ลัทธิระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) หมายถึง แนวคิดอุดมการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเรียกร้องให้มีรัฐธรรมนูญจำกัดและควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและองค์กรของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญตามแนวคิดของรัฐธรรมนูญนิยมมีลักษณะเป็นลายลักษณ์

อักษรและกฎหมายสูงสุดในการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยมีศาลหรือองค์กรพิเศษทำหน้าที่เป็นองค์กรที่ให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายถึง หลักกฎหมายที่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้

สิทธิของประชาชน หมายถึง สิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนที่เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรืองดเว้นกระทำการใดเพื่อประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของตน การให้อำนาจและรับรองสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าว ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดโดยเฉพาะองค์กรของรัฐเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน และในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้การใช้สิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญนั้นบรรลุผล สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังรวมถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐและสิทธิที่ผูกพันผู้ใช้อำนาจรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและพิทักษ์คุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้เพื่อให้มีผลทางปฏิบัติ

เสรีภาพของประชาชน หมายถึง อำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเองตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เป็นสถานะที่ไม่อยู่ภายใต้ความครอบงำของบุคคลอื่น หรือสถานะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวกักขัง เป็นอำนาจของบุคคลในการกำหนดตนเอง (Self-determination) จึงย่อมสามารถเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนาโดยต้องไม่มีความรับผิดชอบต่อการใช้เสรีภาพของตนเองและต้องเคารพต่อการใช้เสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

หน้าที่ของประชาชน หมายถึง ภาระและความรับผิดชอบของประชาชนชาวไทยทุกคน ซึ่งต้องยึดถือปฏิบัติ ในฐานะเป็นพลเมืองของประเทศภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

องค์กรภาครัฐ หมายถึง หน่วยงานทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ประกอบด้วยหน่วยงานของรัฐสภา หน่วยงานของคณะรัฐมนตรี หน่วยงานของศาล หน่วยงานขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหน่วยงานของรัฐอื่นในระบบบริหารราชการแผ่นดินและ

รัฐวิสาหกิจรวมทั้งรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัด

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว

หน่วยงานของรัฐ หมายถึง หน่วยงานของฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐสภา หน่วยงานของฝ่ายบริหารในคณะรัฐมนตรี หน่วยงานฝ่ายตุลาการของศาล หน่วยงานขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหน่วยงานของรัฐอื่นในระบบบริหารราชการแผ่นดินทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น รวมทั้งรัฐวิสาหกิจและรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัด

เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจที่จัดการให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐ อันมีลักษณะเป็นราชการบริหารทั้งที่สังกัดราชการบริหารส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค และองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น

การปฏิบัติหน้าที่ หมายถึง การกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำการ หรือห้ามกระทำการ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะที่เป็นตัวแทนองค์กรของรัฐซึ่งตนสังกัดจะต้องกระทำการนั้นให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐ

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ หมายถึง การกระทำของหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารรัฐกิจ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามพันธกิจแห่งองค์กรของภาครัฐนั้น ภายใต้อำนาจและขอบเขตแห่งกฎหมายตามหลักนิติธรรม

การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ หมายถึง การใช้อำนาจตรวจสอบโดยองค์กรอิสระและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจึงเป็นการให้อำนาจรัฐแก่องค์กรที่เป็นอิสระใช้อำนาจตรวจสอบองค์กรการเมืองและองค์กรราชการประจำได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสมกับสภาพของเรื่อง เพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นธรรมตามหลักนิติธรรม รวมทั้งให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง

การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หมายถึง การควบคุมและกำกับดูแลการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา ประกอบด้วย การควบคุมทางการเมืองโดยประชาชน (เช่น การเลือกตั้ง การวิพากษ์วิจารณ์ การชุมนุมประท้วง ฯลฯ)

การควบคุมทางการเมืองโดยฝ่ายบริหาร (เช่น การยุบสภา) การควบคุมทางกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.) และผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น

การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรรัฐฝ่ายบริหาร หมายถึง การควบคุมและกำกับดูแลการใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย การควบคุมทางการเมืองโดยประชาชน (เช่น การเลือกตั้ง การวิพากษ์วิจารณ์ การชุมนุมประท้วง) การควบคุมทางการเมืองโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (เช่น การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งกระทู้ถาม) การควบคุมทางกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.) และผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น

การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรรัฐฝ่ายตุลาการ หมายถึง การควบคุมและกำกับดูแลการใช้อำนาจตุลาการของศาล ประกอบด้วย การควบคุมทางการเมืองการบริหารโดยเนติบัณฑิตยสภาและคณะกรรมการตุลาการของศาลแต่ละศาล การควบคุมทางกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง การควบคุมทางการเมืองการบริหารโดยองค์กรตรวจสอบที่เกี่ยวข้อง การควบคุมทางกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

การตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐ หมายถึง การควบคุมทางการเมืองการบริหารโดยองค์กรตรวจสอบที่เกี่ยวข้อง การควบคุมทางกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองและศาลยุติธรรม รวมทั้งการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

ธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Governance) หมายถึง หลักการบริหารจัดการที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง และหมวด 13 ว่าด้วยจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งบทบัญญัติอื่นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อให้การปกครองบ้านเมืองและสังคมเป็นไปด้วยความเป็นธรรม ลดการ

ทุจริตคอร์รัปชัน มุ่งเน้นประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการพัฒนาเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน สังคม และประเทศชาติ โดยมีองค์ประกอบสำคัญของหลักการ 6 ประการ ได้แก่ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความรับผิดชอบ หลักการมีส่วนร่วม และหลักความคุ้มค่า

การอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Governance Compliance) หมายถึง การที่รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ยินยอมประพฤติปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาล เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ววรรคสอง และหมวด 13 ว่าด้วยจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งบทบัญญัติอื่นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1.8 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.8.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใช้ประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

1.8.2 หน่วยงานของรัฐและเอกชน และสถาบันการศึกษาสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวไปใช้เป็นประโยชน์หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยขั้นต่อไป

1.8.3 สถาบันการศึกษากับแวดวงวิชาการนิติศาสตร์และวงการศึกษาซึ่งกฎหมายสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวไปใช้เป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญให้ก้าวหน้าสืบต่อไป

1.9 โครงสร้างการเสนอรายงานการศึกษาค้นคว้าวิจัย

ในการวิจัยนี้ ผู้วิจัยได้กำหนดโครงสร้างการเสนอรายงานการวิจัยโดยแบ่งออกเป็น 6 บท ดังนี้

บทที่ 1 บทนำ

บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีและผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม

บทที่ 3 แนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศและประเทศไทย

บทที่ 4 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม

ในการวิจัยเรื่อง “การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ผู้วิจัยได้ดำเนินการประมวลเอกสารและทบทวนวรรณกรรมโดยได้ศึกษาแนวคิดทฤษฎีและผลการวิจัยที่เกี่ยวข้องในบทที่ 2 นี้ เพื่อนำไปใช้เป็นกรอบแนวคิดและกรอบแนวการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส กับประเทศไทย ในบทที่ 3 บทบาทอำนาจหน้าที่และการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ในบทที่ 4 กรณีศึกษาควินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศและประเทศไทยในบทที่ 5 ซึ่งนำไปสู่สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะในบทที่ 6 ดังต่อไปนี้

- 2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม
- 2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- 2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ
- 2.4 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ
- 2.5 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ
- 2.6 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ
- 2.7 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ
- 2.8 ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” เจตนารมณ์ของการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรานี้ ก็เพื่อเป็นการยืนยัน

ถึงความมีอยู่จริงของหลักนิติธรรม อันเป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ¹ อย่างไรก็ตาม การบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ซึ่งถือกำเนิดในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ได้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงทางวิชาการ เนื่องจากโดยสากลแล้วประเทศซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย จะใช้ “หลักนิติรัฐ” เพื่อจำกัดอำนาจรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของหลักการดังกล่าวทั้งสองแล้วพบว่า มีความใกล้เคียงกันเป็นอันมาก หากแต่การบ่งชี้ถึงข้อแตกต่างอย่างเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนได้ แต่หากพิจารณาถึงรายละเอียดของหลักการทั้งสองแล้ว จะพบว่า มีทั้งจุดร่วมและข้อแตกต่างระหว่าง “หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” พอสมควร ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย และบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์) ในศตวรรษที่ 19 ช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 นักคิดเยอรมันที่สำคัญคือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frissherr von Aretin ได้ให้ความหมายอย่างกว้างของคำว่า “นิติรัฐ” หมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปที่การปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป² จึงสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นไปด้วยความสงบสุข

1) ประวัติพัฒนาการแนวความคิดของหลักนิติรัฐ

ในภาษาเยอรมัน หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) แปลว่า “Legal State” “Etat de droit” “State under law” มีแนวความคิดเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 เป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เพื่อปกป้องบุคคลจากผู้ปกครองตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญคือแก่นแท้ของหลักนิติรัฐที่มีเป้าประสงค์มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยจำกัดอำนาจรัฐหรือ

¹ สรุปจาก รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2550 ครั้งที่ 22/2550, วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550.

² อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 233.

ผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งโรเบิร์ต วอน โมห์ล (Robert von Mohl)³ กล่าวถึง “Rechtsstaat” อย่างชัดเจนเป็นคนแรก หลังจากได้ศึกษารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างดีที่มีกรอบแนวคิดคือ การดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรขึ้นอยู่กับกำลังและอำนาจ หากแต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผล ต่อมาหลักนิติรัฐในประเทศภาคพื้นยุโรปได้เริ่มมีพัฒนาการชัดเจนมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นช่วงเปลี่ยนผ่านของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย แม้ว่ากษัตริย์จะยังคงถืออำนาจเด็ดขาดอยู่ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐนี้เองได้ทำให้ประชาชนเรียกร้องถึงเหตุผลของการใช้อำนาจโดยกษัตริย์มากขึ้น สิ่งซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการก่อตัวของหลักนิติรัฐอาจสืบเนื่องมาจากการกลับมาอยู่ในความสนใจของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) เชื่อว่า กฎหมายคือเหตุผลที่ถูกต้อง ซึ่งคริสเตียน โวลฟ์ (Christian Wolff) และ ซามูเอล พูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf) เป็นผู้ริเริ่มพยายามรื้อฟื้นปรัชญากฎหมายธรรมชาติผนวกเข้ากับสิทธิตามธรรมชาติ (Natural rights) เข้าด้วยกัน⁴ กล่าวคือ สิทธิซึ่งคนแต่ละคนนั้นมีติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย ซึ่งสิทธิเหล่านี้มีอยู่ก่อนการมีรัฐ จากพัฒนาการดังกล่าวนี้ส่งผลให้ประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองตระหนักถึงสิทธิของตนมากขึ้น และตอนปลายศตวรรษที่ 18 ถึงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเศรษฐกิจเริ่มมีความเป็นระบบมากขึ้น และประชาชนเริ่มมีฐานะที่มั่นคงมากขึ้น มีทรัพย์สินมากขึ้น จึงได้เริ่มมีการเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 หลักนิติรัฐในรูปแบบที่ผ่านมานั้นได้ถูกเบนออกไป หลังจากได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในช่วง 2-3 ศตวรรษที่ผ่านมา เนื่องจากความเฟื่องฟูของปรัชญาของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal positivism) ซึ่งปฏิเสธแนวคิดในมิติของสำนักกฎหมายธรรมชาติอย่างสิ้นเชิง โดยเห็นวาระบทกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอน และมั่นคง กฎหมายจึงต้องตราขึ้นโดยผู้มีอำนาจปกครอง และถือว่าความเป็นธรรมนั้นคือกฎหมายซึ่งผู้มีอำนาจนั้นได้ตราขึ้นมา หลักนิติรัฐในยุคดังกล่าวจึงเป็นเพียงการกำหนดให้รัฐจะต้องใช้อำนาจภายใต้กฎหมายกำหนด หากแต่ไม่ได้คำนึงถึงว่ากฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยผู้ทรงอำนาจนั้นมีความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), **นิติรัฐ นิติธรรม**, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 321.

⁴ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 323.

การพัฒนาของหลักนิติรัฐหรือแนวคิดในลักษณะเพื่อการจำกัดอำนาจรัฐได้หยุดชะงักลง หรืออาจเรียกได้ว่าเกือบถูกทำลายในสมัยของ ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ซึ่งได้อำศัยกลไกทางการเมืองและรัฐธรรมนูญฉบับไวร์มา เพื่อตรากฎหมายเสริมสร้างอำนาจของพรรคนาซี กระทั่งนำพาประเทศเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สอง อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐได้รับการฟื้นฟูขึ้นใหม่อย่างเป็นระบบมากยิ่งขึ้นในรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับใหม่ ซึ่งมีการตรวจสอบและพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญเองมากขึ้น รวมทั้งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้น ภายหลังจากได้รับบทเรียนจากระบอบนาซี

2) ความหมายและลักษณะของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้สรุปไว้ว่า “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง หรือยอมใช้บังคับ”⁵ โดยศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชณุ เครืองาม ได้สรุปลักษณะของหลักนิติรัฐว่า การที่ประเทศใดจะเป็นนิติรัฐได้นั้นจำต้องมีคุณลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้⁶

2.1) ในประเทศนั้น กฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด การกระทำต่างๆ ในทางปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาถ้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่นั้นก็ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย

2.2) ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีขอบเขตในการใช้อำนาจของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ลดหลั่นลงมาเป็นอำนาจที่วัดได้ ก็คือ เป็นอำนาจที่มีขอบเขตเช่นเดียวกัน และต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น

2.3) ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งปวงให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม โดยต้องมีหลักประกันดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นหลักประกันอันเพียงพอสำหรับประชาชน

⁵ อ้างถึงใน วิชณุ เครืองาม, “ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน”, ในเอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน, หน่วยที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 28, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2545), หน้า 73.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73-74.

ตามนัยนี้ นิตธิรัฐจึงยอมให้ศาลเข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในทางอรรถคดีได้

3) องค์ประกอบของหลักนิตธิรัฐ

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันนี้ หลักนิตธิรัฐอาจแยกพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบสำคัญ 2 ส่วน ดังนี้

3.1) องค์ประกอบในด้านรูปแบบของหลักนิตธิรัฐ หากพิจารณาในด้านรูปแบบพบว่า หลักนิตธิรัฐนั้นประกอบด้วยหลักการอันสำคัญอื่นๆ อีกหลายประการด้วยกัน ได้แก่ หลักการแยกการใช้อำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ หลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี และหลักการประกันสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักการย่อยๆ เหล่านี้จึงเป็นตัวกำหนดกรอบในการใช้อำนาจรัฐให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3.2) องค์ประกอบในด้านเนื้อหาของหลักนิตธิรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อยๆ ทั้งหลายข้างต้นนั้น ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการจำกัดอำนาจของรัฐเอาไว้ด้วยกฎหมาย ซึ่งได้สร้างกลไกต่างๆ ขึ้นมาก็ตาม แต่หากกฎหมายหรือกลไกเหล่านั้นขาดความชัดเจน แน่นอน ก็ย่อมไม่อาจนำพารัฐไปสู่ความเป็นนิตธิรัฐอันสมบูรณ์ได้ โดยองค์ประกอบในด้านเนื้อหานี้ก็ยังประกอบไปด้วยหลักย่อยๆ อีกหลายประการเช่นเดียวกัน ได้แก่ การห้ามตรวจกฎหมายย้อนหลังไปให้ผลร้ายแก่บุคคล การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุในการใช้อำนาจรัฐในทางทฤษฎีตามความเห็นของ Theodor Maunz นักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงของเยอรมนีอธิบายว่า องค์ประกอบของหลักนิตธิรัฐมีสาระสำคัญรวมทั้งสิ้น 7 ประการ⁷ ดังนี้

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิตธิรัฐ เพราะหลักนิตธิรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการเพื่อให้มีการควบคุมตรวจสอบและยับยั้งถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ โดยต้องมีการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionelle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ตัวบุคคล” (personelle Gewaltenteilung) ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

⁷ อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (2), หน้า 234-248.

2) **หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte)** หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) ซึ่งถือเป็นสิทธิพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยถือเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องให้ความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน การใช้อำนาจรัฐแทรกแซงสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้อำนาจไว้แล้วเท่านั้น ทั้งนี้โดยมีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญ ประกอบด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ ที่สำคัญที่สุดคือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งมีความเป็นอิสระและเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

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

4) **หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit)** เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักกฎหมาย 3 ประการ คือ

4.1) **หลักความแน่นอนของกฎหมาย** ซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย 2 หลัก คือ หลักความชัดเจนของกฎหมาย เรียกร้องต่อฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้

ออกกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ส่วนหลักคุ้มครองความสุจริตนั้น เรียกร้องต่อฝ่ายปกครองให้ยึดถือความคุ้มครองความสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกเพิกถอนดังกล่าว

4.2) **หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง** เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว และ

4.3) **หลักความพอสมควรแก่เหตุ** หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีความสำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ประกอบด้วยหลักย่อย 3 หลักคือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยมีได้มุ่งหมายเฉพาะเพื่อจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักในทางเนื้อหาที่ห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

5) **หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter)** เป็นหลักประกันให้ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยเฉพาะจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมาย และพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น ความเป็นอิสระนี้จะต้องวางอยู่บนพื้นฐาน 3 ประการคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา โดยมีหลักประกันความเป็นอิสระ 3 ประการ คือ (1) ความเป็นอิสระของการปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากผู้ใดหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่นใด (2) ความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาลที่มีความเป็นอิสระโดยไม่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่น และ (3) ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคลของผู้พิพากษา โดยหลักการไม่อาจมีการถอดถอนและการโยกย้าย ผู้พิพากษาได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล

6) **หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, sine lege)** นอกจากเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้ว หลักนี้ยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัย และการลงโทษตามข้อบังคับขององค์กรทางวิชาชีพด้วย โดยวางอยู่บนพื้นฐาน 4 ประการ คือ (1) หลักการ

กระทำโดยการกำหนดความผิดหรือกำหนดโทษต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการกระทำหรือละเว้นการกระทำ (2) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การกำหนดเงื่อนไขของกฎหมาย (3) หลักความแน่นอนของกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีกฎหมายอาญายังมีการกำหนดโทษสูงขึ้น ยิ่งต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น (4) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะกฎหมายอาญาถือเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น รวมทั้งห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล

7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) ตามทัศนะของ Theodor Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ (Kroennung des Rechtsstaates) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ถือเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมันที่ทำให้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของกฎหมายลำดับรองมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นความแตกต่างกันในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐของประเทศในภาคพื้นยุโรปกับหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ดังนั้น หลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษจึงมิได้เรียกร้องหรือยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ได้ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) และความเป็นสูงสุดของกฎหมายธรรมดาเท่าเทียมกันกับรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ศาสตราจารย์พิเศษ จริญญา ภัคดิธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ⁸ สรุปรว่า หลักนิติรัฐ (Legal State) มิใช่แค่เพียงหลักกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักของกฎหมายหลักของกระบวนการยุติธรรม และหลักของการใช้อำนาจรัฐด้วย หลักนิติรัฐเป็นหลัก

⁸ จริญญา ภัคดิธนากุล, “นิติรัฐกับการปรับตัวของการเมืองไทย”. ใน “การเมือง” ของ “รัฐ” และ “ท้องถิ่น” ไทย ภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์, Proceedings of the 11th National Conference on Political Science and Public Administration (2010), Vol. 1., (วิทยาลัยการปกครอง, มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, 2553), หน้า 71.

สำคัญของการเมืองการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยเพื่อความสำเร็จและป้องกันความเสื่อมโทรมของระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม หลักนิติรัฐจึงมีความเชื่อมโยงสอดคล้องกับหลักการปกครองข้ออื่นๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) หลักนิติธรรม (Rule of law) หลักความยุติธรรมธรรมชาติ (Natural justice) หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) หรือความชอบธรรม (Righteousness) หลักนิติรัฐจึงมิได้ให้ความสำคัญแก่นักกฎหมาย แต่ต้องการนักยุติธรรมที่ไม่ยอมสยบต่อผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

โดยสรุป ตามทฤษฎีกฎหมายมหาชน “นิติรัฐ” ไม่ได้หมายถึง รัฐตามกฎหมายหรือแสดงสถานะทางกฎหมายของรัฐว่ารัฐเป็นนิติบุคคล หลักนิติรัฐ จึงหมายถึง หลักการปกครองที่มีลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยรัฐยอมรับนับถือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่และยึดมั่นในลัทธิระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) รวมทั้งยอมรับอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมรับบังคับ และใช้อำนาจรัฐในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมายเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยรัฐต้องรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด จึงเป็นหลักการปกครองเพื่อจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งได้กำเนิดและพัฒนาขึ้นภายใต้อิทธิพลของสกุลกฎหมายโรมานอ-เยอรมนิก (Romano-Germanic) ในประเทศภาคพื้นยุโรป

2.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of law) โดยทั่วไปเป็นหลักการที่รัฐหรือรัฐบาลจะปฏิบัติภารกิจใดๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (Rule) ที่แน่นอนและได้ประกาศล่วงหน้าแล้ว อีกทั้งหลักนิติธรรมยังเป็นหลักการเพื่อแสวงหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการจำกัดอำนาจรัฐเฉกเช่นเดียวกับ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งหากจะอธิบายความหมายหรือคำจำกัดความอย่างเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากยิ่งเช่นเดียวกับคำว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมัน แต่หากจะอธิบายถึงหลักนิติธรรมอย่างง่าย ๆ ให้พอเข้าใจก็อาจกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมนั้นเชื่อว่ามนุษย์ไม่สมควรที่จะถูกปกครองโดยมนุษย์ด้วยกันเอง หากแต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย (The Government by the rule of law, not ruled by men) ทั้งนี้ เพื่อให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกละเมิดโดยผู้ปกครองที่ใช้อำนาจปกครอง

1) ประวัติพัฒนาการแนวคิดของหลักนิติธรรม

แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐนั้นปรากฏให้เห็นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมครั้งแรกในสมัยพระเจ้าจอห์นที่หนึ่งจากกรณีที่ประชาชนลุกฮือขึ้นเพื่อเรียกร้องหลักประกันสิทธิของตนในปี ค.ศ. 1215 โดยยื่นคำขาดให้พระเจ้าจอห์นที่หนึ่งยอมตามคำเรียกร้องของพวกเขาโดยลงพระปรมาภิไธยในเอกสารสำคัญที่มีชื่อว่ามหากฎบัตร (Magna Carta) ซึ่งเรียกร้องให้พระมหากษัตริย์ต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมายและสิทธิที่มีมาแต่ดั้งเดิม และให้หลักประกันสิทธิแก่บารอนทั้งหลายในการให้ความยินยอมต่อการเก็บภาษีเพิ่มขึ้นจากเดิม รวมทั้งให้สิทธิแก่ขุนนางในการเลือกตัวแทน 25 คน เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดในมหากฎบัตรและยังมีสิทธิที่จะต่อต้านการตัดสินใจที่ไม่เป็นธรรมของฝ่ายกษัตริย์ได้อีกด้วย⁹

แนวความคิดนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างเด่นชัดในเวลาต่อมา เมื่อมีการตรา Petition of Rights ขึ้น โดยมีเนื้อหาเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นอันมาก ภายหลังจากการตรารัฐธรรมนูญปี 1215 ได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นกระทั่งนำไปสู่การประหารชีวิตพระเจ้าชาร์ลที่ 1 เอกสารดังกล่าวนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยมีชื่อว่า Habeas Corpus Act ซึ่งมีเนื้อหาสาระเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกจับกุม ซึ่งนับเป็นการเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมอย่างเป็นทางการ

หลังจากนั้นปัญหาที่ตามมาประการหนึ่งในช่วงสมัยศตวรรษที่ 17 คือ ปัญหาที่ว่าสถาบันใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจในฐานะเป็นรัฐอธิปไตย เนื่องจากในขณะนั้น กษัตริย์ยังคงมีอำนาจเหนือกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งที่มีการตราโดยรัฐสภา และที่พัฒนาขึ้นโดยศาลในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) กรณีดังกล่าวนี้ได้ข้อยุติโดยศาลเข้ามามีบทบาทจากคำพิพากษาของเซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) ซึ่งได้วางแนวทางไปในลักษณะเป็นการยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายที่พัฒนาขึ้นโดยศาล (Common law) กล่าวคือ กษัตริย์ก็ดี รัฐสภาก็ดี จะตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ อันมีลักษณะขัดต่อ Common law มิได้

2) ความหมายและลักษณะของหลักนิติธรรม

ในปัจจุบัน หลักนิติธรรมของอังกฤษเป็นที่รู้จักกันแพร่หลายอย่างเป็นระบบไปทั่วโลกนั้นมิบังเกิดมาจากแนวความคิดทฤษฎีของศาสตราจารย์ อัลเบิร์ต

⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 37-38.

เว็็นน์ ไดซี่ (Albert Venn Dicey) ซึ่งได้ให้นิยามความหมายของหลักนิติธรรมว่า หมายถึง หลักการปกครองโดยกฎหมายหรือความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมาย (Rule or supremacy of law) ในรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยไว้ในหนังสือที่ชื่อว่า The Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885) ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญพื้นฐานของประเทศอังกฤษที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) โดยมีลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมรวม 3 ประการ¹⁰ ดังนี้

2.1) บุคคลจะต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหาย เว้นแต่จะมีการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมดา (Regular law) ซึ่งยอมรับบังคับใช้โดยศาลธรรมดา หรืออิกนัยหนึ่งจะต้องไม่ให้การปกครองมีการใช้อำนาจดุลยพินิจอย่างกว้างขวาง

2.2) บุคคลทุกคนในแผ่นดินย่อมเสมอกันในกฎหมาย (Equality before the law) โดยต้องอยู่ในบังคับกฎหมายธรรมดา (Ordinary law of the land) โดยเท่าเทียมกันและอยู่ในเขตอำนาจของศาลธรรมดา (Jurisdiction of ordinary tribunals) โดยไม่มีใครมีอภิสิทธิ์อยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งสูงถึงขนาดนายกรัฐมนตรี หรือต่ำเพียงแค่ชั้นพลตำรวจหรือคนเก็บภาษีอากร

2.3) บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพได้มาจากกฎหมายธรรมดาและเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยตัดสินที่ศาลธรรมดายอมรับมาบังคับใช้ มิใช่มาจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น

เมื่อพิจารณาถึงการให้ความหมายและลักษณะของหลักนิติธรรม (Rule of law) ของไดซี่แล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐโดยฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำการหรือใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย โดยหากเมื่อใดที่ฝ่ายปกครองนั้นกระทำการละเมิดต่อกฎหมายหรือต่อประชาชนตามอำเภอใจ ก็ย่อมสามารถถูกฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาลยุติธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น อนึ่ง โดยเหตุที่ประเทศอังกฤษนั้นถือว่า รัฐสภา มีอำนาจสูงสุด (The Sovereignty of Parliament) ศาลของอังกฤษจึงไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภา แตกต่างจากประเทศอื่นๆ ในยุโรป ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นได้รับการรับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ จึงอาจเป็นเหตุทำให้รัฐสภาเองที่มีโอกาสจะกระทำการซึ่งมี

¹⁰ อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, “The Rule of Law”, หน้า 17 และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, หน้า 95.

ลักษณะเป็นการลิดรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเสียเอง

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารัฐสภาของอังกฤษจะทรงอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย แต่จะพบว่ารัฐสภานั้นจะไม่ตรากฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เกิดจากกลไกทางการเมือง กล่าวคือ รัฐสภานั้นย่อมขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของรัฐบาล ซึ่งพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรย่อมได้รับการจัดตั้งเป็นรัฐบาล และหากพรรคการเมืองใดสนับสนุนการตรา กฎหมายซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน หรือขัดต่อหลักนิติธรรมแล้ว ย่อมส่งผลต่อความไว้วางใจและความนิยมของพรรคการเมืองหรือ ตัวบุคคลซึ่งทำการสนับสนุนการตรากฎหมายดังกล่าวนี้ในทางลบนั่นเอง

นอกจากแนวคิดทฤษฎีหลักนิติธรรมของไดซีย์แล้ว ลอน โลเบิร์ต ฟูลเลอร์ (Lon Loberth Fuller) นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกัน ยังได้เสนอแนวความคิดของหลักนิติธรรม ในปี ค.ศ. 1964 ว่า การใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบ กฎหมาย โดยกฎหมายจะต้องมีหลักศีลธรรมภายในของกฎหมาย (Inner morality of law) เป็นหลักยึดของกฎหมายต่างๆ อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งศีลธรรมภายในที่เป็นองค์ประกอบ สำคัญของหลักนิติธรรมที่เป็นรูปธรรมรวม 8 ประการ¹¹ ดังนี้

(1) กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม จะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับ บุคคลทุกคนไม่เว้นแม้แต่องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(2) กฎหมายจะต้องมีการประกาศให้ทราบทั่วไปและประกาศใช้บังคับอย่าง เปิดเผย

(3) กฎหมายต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ โดยต้องได้รับการ ตราขึ้นให้มีผลใช้บังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนไปในอดีต

(4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

(5) ไม่มีการวางหลักที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น เพราะกฎหมายจะต้องไม่มี ข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

(6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องบังคับให้บุคคลกระทำหรือปฏิบัติในสิ่งที่เป็น ไปไม่ได้

(7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควรโดยไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงได้

¹¹ อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เพิ่งอ้างถึงในเชิงอรรถ (10), หน้า 99-100 และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (3), หน้า 335-336.

(8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องกันระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น ข้อนี้น่ากว้างขวางมาก โดยหมายความรวมถึง มาตรการต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันรวมถึงแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม

ต่อมา ใน ปี ค.ศ. 1977 โจเซฟ เรซ (Joseph Rez) ได้เสนอแนวคิดที่ว่า หากหลักนิติธรรมเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่มี ความหมาย แต่ต้องมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานบางอย่างโดยเห็นว่าหลักนิติธรรมอย่างน้อยต้องประกอบด้วย หลักการพื้นฐาน 8 ประการ¹² คือ (1) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยและชัดเจน (2) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร (3) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคง และชัดเจน (4) ความเป็นอิสระของตุลาการจะต้องมีการคุ้มครอง (5) มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice) ซึ่งตามแนวของกฎหมายอังกฤษคือ Due process of law นั่นเอง (6) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Judicial review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง (7) บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลโดยง่าย โดยไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร และค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไป ตลอดจนระยะเวลาพิจารณาคดีไม่ยาวนานเกินไป (8) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกได้เป็น 2 กลุ่ม โดยข้อ (1) ถึงข้อ (3) เป็นหลักสารบัญญัติของกฎหมาย ส่วนข้อ (4) ถึงข้อ (8) เป็นกลไกในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งทั้งสองส่วนควรมีความสำคัญในเนื้อหาของหลักนิติธรรม และแม้กลไกการบังคับใช้กฎหมายจะเน้นไปที่ศาลก็ตาม แต่ก็เห็นว่าศาลเองก็มีพันธะต้องทำตามกฎหมายและต้องไม่ใช่ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยลำเอียง ซึ่งในที่สุดหลักนิติธรรมนี้จะมีคุณความดี (Virtue) ในการเป็นระบบพิทักษ์ความดีและป้องกันความชั่วร้าย

ศาสตราจารย์พิเศษ จริญญา ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้อธิบายสรุปว่า หลักนิติธรรม หมายถึง หลักการที่เป็นกฎกติกาของกฎหมายที่ผู้บัญญัติกฎหมายจะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม มิฉะนั้นกฎหมายนั้นจะไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย แม้กฎหมาย

¹² อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, เติ้งอ้างถึงในเชิงอรธ (11), หน้า 100-101.

จะถูกตราขึ้นโดยชอบด้วยหลักนิติธรรมแล้ว การบังคับใช้และการตีความกฎหมายนั้น ก็จะต้องกระทำภายใต้กรอบของหลักนิติธรรมด้วย จึงจะเป็นการใช้กฎหมายโดยชอบใช้อำนาจโดยธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงมิใช่หลักยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งยึดถือบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสรณะ ใช้กฎหมายเป็นยุติโดยมิได้คำนึงถึงกฎกติกาของกฎหมายนั้นเลย คำว่า *Rule of law* มิใช่เพียงแค่ *Ruled by law* ซึ่งแปลว่า การปกครองโดยใช้กฎหมายเท่านั้น แต่หมายถึงกฎเกณฑ์ กติกาของกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง¹³ ซึ่งหลักนิติธรรมคือความหมายเดียวกับหลักนิติรัฐ ในความหมายอย่างแคบที่คนไทยเข้าใจกันหรือที่นักรัฐศาสตร์พูดกันว่า Rule by law, not by men ไม่ใช่เอาตามความพอใจหรืออำเภอใจของผู้ที่กุมอำนาจรัฐ แต่ต้องเป็นไปตามกฎหมาย

2.1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

หากพิจารณาภาพรวมของแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมแล้ว พบว่า หลักการทั้งสองนี้มีความคล้ายคลึงที่เด่นชัดที่สุดคือปลายทางหรือจุดมุ่งหมายของการสร้างหลักการทั้งสองขึ้นมา กล่าวคือ ต่างก็มีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดกรอบในการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งต่างก็เห็นพ้องว่ารัฐนั้นจะต้องปกครองโดยกฎหมาย มิใช่อำนาจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใด ทั้งนี้ก็เพื่อปลายทางอันสูงสุด คือประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองนั้นได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงข้อแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมแล้วพบว่ามีความแตกต่างในสาระสำคัญ ดังนี้

1) ต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐ (Legal State) มีต้นกำเนิดมาจากปรัชญากฎหมายมหาชนในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) คือ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมุ่งเน้นศึกษาทฤษฎีว่าด้วยรัฐเป็นสำคัญ กล่าวคือ ใช้ “รัฐ” เป็นวัตถุแห่งการศึกษากฎหมาย และสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย ส่วนหลักนิติธรรม (Rule of law) มีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งมีประสบการณ์

¹³ จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้วในเชิงอรธ (8), หน้า 71; จรัญ ภักดีธนากุล, นักกฎหมายกับการพัฒนาระบบประชาธิปไตย, พิมพ์เป็นที่ระลึกในโอกาสวันคล้ายวันสถาปนาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ครบ 41 ปี 18 มิถุนายน 2556, หน้า 49.

ของการถูกกดขี่โดยอำนาจรัฐ หลักนิติธรรมจึงเกิดขึ้นภายใต้ความหวั่นเกรงของการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจโดยมิชอบ¹⁴ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า หากมองจากต้นกำเนิดที่แตกต่างกันของหลักการทั้งสองแล้ว หลักนิติรัฐเป็นมุมมองที่เกิดจากรัฐลงไปสู่ปัจเจกบุคคล ส่วนหลักนิติธรรมนั้นเป็นมุมมองจากปัจเจกบุคคลขึ้นไปสู่รัฐ

2) เนื้อหาสาระของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐนั้นมีลักษณะเป็นการที่รัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้มาจากนักกฎหมายในประเทศเยอรมนี ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นเห็นว่าเป็นเรื่องของโครงสร้างลำดับขั้นของกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมาย และการแบ่งแยกอำนาจอย่างสมดุล ซึ่งองค์กรตุลาการจะต้องใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้น ไม่มีพัฒนาการอย่างเป็นระบบเหมือนเช่นหลักนิติรัฐ แต่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ ตามแนวคิดเสรีนิยม อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรปนั้นเน้นที่รูปแบบและโครงสร้าง (Forme - structure) ตลอดจนวิธีการเพื่อให้สำเร็จตามความมุ่งหมาย (Moyens) แต่ส่วนหลักนิติธรรมนั้นเน้นที่เนื้อหา (Substance) และกระบวนการ (Procedure)¹⁵

3) สกฤของกฎหมายอันเป็นบ่อเกิดของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐนั้นถือกำเนิดและถูกพัฒนาขึ้นภายใต้สกุลกฎหมายโรมัน (Romano-Germanic) ซึ่งยอมรับเรื่องการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน อีกทั้งยังยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่หลักนิติธรรมนั้นถือกำเนิดและได้พัฒนาภายใต้สกุลกฎหมายแองโกลแซกซอน ซึ่งไม่แบ่งประเภทกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและใช้ระบบศาลเดียวคือศาลยุติธรรม อีกทั้งยังยอมรับในความสูงสุดของรัฐสภา มิใช่รัฐธรรมนูญ อนึ่ง หากพิจารณาถึงหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ควรพิจารณาเจตนารมณ์ของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญซึ่งสรุปจากการชี้แจงของคณะกรรมการในการอภิปรายของสมาชิกสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 ได้ดังนี้

อชีพ จารุจินดา ได้ชี้แจงใจความสำคัญว่า “หลักนิติธรรม” นั้นไม่ใช่เป็นคำซึ่ง

¹⁴ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) ไม่เหมือนกับนิติธรรม (Rule of Law) ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), **นิติรัฐ นิติธรรม**, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: มหาวชิราวุธธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 316.

¹⁵ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 317.

ไม่มีความหมาย แต่หลักนิติธรรมนั้น เป็นคำที่บัญญัติอยู่ในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยของราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า หลักพื้นฐานของกฎหมาย และในความเข้าใจพื้นฐานของกฎหมายนั้น ในทางกฎหมายนั้นเข้าใจกันที่ว่าหมายถึง 2 ประการ ประการแรก คือ เรื่องการตรากฎหมายขึ้นว่า การตรากฎหมายขึ้นจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานแห่งความเป็นธรรม กฎหมายจะต้องตราขึ้นโดยให้ความเป็นธรรม โดยทัดเทียมกับประชาชนทั่วไป ประการที่สอง คือ เรื่องการกระทำ หมายความว่า เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีการใช้กฎหมายไปใช้บังคับนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต้องประกอบด้วยเหตุ 2 ประการ ก็คือ 1) ก็ต้องมีกฎหมายรับรองการใช้อำนาจหน้าที่นั้น 2) คือ การกระทำจะเกินเลยไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้...” การบัญญัติคำว่า “นิติธรรม” ไว้ในมาตรา 3 จึงเป็นการยืนยันว่าหลักการดังกล่าวมีอยู่จริง และจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่รัฐทุกประเภท...เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชน¹⁶

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ชี้แจงในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ไว้มีใจความสำคัญคือ “หลักทั้ง 2 หลัก (หมายถึงนิติรัฐและนิติธรรม) มีหลักตรงกันครับว่า หลักที่ 1 คือ หลักที่บอกว่า ถ้าไม่มีกฎหมายนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐคือ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้นนะครับ ซึ่งต่างจากเอกชน เอกชนนั้นถ้าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ แต่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะดำเนินการอย่างไรได้ ถ้าไม่มีกฎหมายนี้ต้องตีความว่า ไม่สามารถดำเนินการได้ เพราะถ้าดำเนินการแล้วก็ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักที่ 2 คือ แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้นี้ ก็จะกำหนดเงื่อนไขกำหนดขอบเขตไว้ว่า มีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตาม หลักที่ 2 ก็คือหลักที่บอกว่าเมื่อกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้...คำว่า นิติธรรม นั้น เป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป หรือพวกเราโดยทั่วไป เป็นคำที่คุ้นเคยและรู้จักกันดีนะครับ แต่คำว่า นิติรัฐ นั้น อาจจะมีคำถามในเชิงของคำว่า มีความหมายกว้างขวางอย่างไรบ้าง ก็ขออนุญาตว่า กรรมาธิการขออนุญาตใช้คำว่า นิติธรรม น่าจะถูกต้องแล้วครับ”¹⁷

¹⁶ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2550 ครั้งที่ 22/2550, วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550, หน้า 50-51.

¹⁷ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2550 ครั้งที่ 22/2550, วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550, หน้า 62-63.

อยู่ในกรอบของกฎหมายรวมทั้งสิ้น 7 ประการ¹⁸ ดังนี้

1) การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of law) ไม่ว่าจะเป็รองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็รเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ (Machinery of Government) โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันและจะไม่มื้องค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เป็รหลักการเบื้องต้นเพื่อมิอำนาจรวมอยู่ในบุคคลเดียวจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มี การคานและดุลกัน (Check and balance) อันจะเป็รการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of power) ได้ง่าย

3) การมีกฎหมายที่ดี (Good law) อันจะเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย (ก) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายนั้น โดยทั่วไปเห็นตรงกันว่า กฎหมายต้องมีความชัดเจน (clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง (certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่ม่ั่นใจในความม่ั่นคงแห่งสิทธิหน้าที่ของตน (security of right and duty) (ข) ในแง่สาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคมและความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสาระนี้จึงสะท้อนถึงการคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอต่อโอกาสกว่ามิให้ต้องเสียเปรียบหรือเสียโอกาสจากความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคมจนเกิดความไม่เป็รธรรม

4) การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative legality) ในการปกครอง ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้นในการใช้อำนาจใดๆ ต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็รฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลง เพื่อให้การนั้นเป็รไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทาง

¹⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (10) (11), หน้า 103-107.

กฎหมายและการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม

5) **ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility)** ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคู่ครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ และในกรณีที่เป็นอาจถูกเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมตามความจำเป็นของรัฐ แต่ก็ตั้งอยู่บนฐานของความเท่าเทียมกันในความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้ได้ มิใช่ผู้ใดต้องสูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (worsen off) ดังนั้นในการรักษาประโยชน์มหาชนอันใดที่จำเป็นต้องทำให้เอกชนใดเสียหาย รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้นให้ตามที่เป็นธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประชาชาติ

6) **การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล** การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิธีการการเมืองแล้ว เมื่อยอมรับว่าการใช้อำนาจทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้มั่นใจได้ว่ามีปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณี que se vident มีการใช้อำนาจที่ผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติธรรม หากรัฐสภาตรากฎหมายโดยผิดหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาคดีของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้

7) **การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน** การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชาธิปไตย การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร การใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งนั้น การที่กล่าวว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย (Last resort) ของประชาชน หมายความว่า ศาลเป็นองค์กรสุดท้ายที่ประชาชนมีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหานี้ตามตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มีใช้ศาลเป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน อนึ่ง ตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้น ทั้งสมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลต่างคำนึงอย่างมากถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก่อนแล้ว และปัญหาส่วนใหญ่ก็ได้จัดไปแล้วตั้งแต่ขณะนั้น (ถ้าเป็นรัฐสภาที่ดีและรัฐบาลที่ดี) เฉพาะปัญหายุ่งยากที่เห็นไม่ตรงกันหรือปัญหาที่เกิดขึ้นโดยความไม่รู้ในอคติต่างๆ เท่านั้น ทำให้จำต้องมีคดีขึ้นสู่ศาล

ดังนั้น ทุกองค์กรที่ดีของรัฐต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิและ

เสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยไม่มีที่เกี่ยววยา
 อย่างเป็นธรรม เพียงแต่บทบาทและช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ
 ประชาชน ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะแตกต่างกัน
 เท่านั้น มิใช่ว่าองค์กรใดจะมีความดีหรือมีอำนาจเหนือองค์กรอื่นเพียงองค์กรเดียว
 จากวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนทำให้มี
 หลักกฎหมายซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมตามมา
 อีกหลายประการ เช่น หลักการเสมอกันในกฎหมาย (Equality before the law)
 หลักสัดส่วนของการใช้อำนาจ (Proportionality) หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังให้
 เป็นโทษแก่บุคคล (Retroactivity) ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
 ของเอกชนนี้ย่อมจะพัฒนาขยายไปตามขอบเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละ
 กาลสมัย หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมจึงได้ตกผลึกทางความคิดที่ชัดเจนจนกลายเป็น
 หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปในที่สุด

โดยสรุป หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชน
 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถือกำเนิดมาจากการพัฒนาของการปกครองระบอบประชาธิปไตย
 ที่ยึดถือ “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” คือ หลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่
 อันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศที่บัญญัติถึงการให้อำนาจ
 หน้าที่แก่รัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครอง
 ประเทศและการบริการสาธารณะ อีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการให้มี
 องค์กรควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ
 หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ทั้งนี้
 เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอันเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของรัฐและฝ่ายปกครอง
 ที่เกินขอบเขตและขาดความยุติธรรม ดังนั้น กฎหมายมหาชนจึงกำหนดบทบัญญัติที่
 มุ่งหมายให้รัฐและฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ
 ของประชาชนและประโยชน์ของมหาชนที่เป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมประเทศชาติใน
 การปกครองระบอบประชาธิปไตย

2.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.2.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายแห่งรัฐ รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุด
 ในการปกครองประเทศที่มีกฎหมายแบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมือง
 การปกครองของรัฐ ประกอบด้วย การกำหนดรูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง

โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งเป็นอำนาจอสูงสุดในการปกครองประเทศ (อำนาจอรัฐ) กฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอรัฐด้วยกัน และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอรัฐ (ผู้ปกครอง) กับประชาชน (ผู้ถูกปกครอง) ในลักษณะที่ผู้ปกครองจะไม่ใช้อำนาจอรัฐตามอำเภอใจในการไปลิดรอนหรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญต้องให้หลักประกันรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมุ่งจำกัดการใช้อำนาจอรัฐของผู้ปกครอง¹⁹ ตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

ตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญตามแบบพิธี กฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐที่จะเป็นรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีได้จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ²⁰ คือ (1) กฎเกณฑ์นั้นต้องบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และ (2) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้นต้องมีกระบวนการจัดทำเป็นพิเศษที่แตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดา เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีข้างต้นกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญก็สามารถถูกจำแนกแตกต่างกันออกไปเป็น 2 รูปแบบรูปแบบแรกคือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written constitution) ซึ่งยึดถือว่ามีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญควบคู่กันไป และอีกรูปแบบหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) อย่างในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญรวบรวมไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว หากแต่กระจัดกระจายกันไปตามจารีตประเพณีซึ่งยึดถือกันมาโดยปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายธรรมดา (Common law) คำพิพากษาของศาลหรือกฎหมายอื่นๆ อีกหลายฉบับด้วยกัน

ดังนั้น ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีจึงไม่มียึดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงมีแต่เฉพาะในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

¹⁹ ดังปรากฏในข้อ 16 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”.

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 3-8.

ที่ทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น ส่วนประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญวิธีเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เสมอ โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงมักจะมีบทบัญญัติเพื่อรับรองฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเอง ในประเทศไทยก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

2.2.2 เหตุผลความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์พิจารณาถึงความความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้

1) ในแง่บ่อเกิดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นสัญญาประชาคม (Social contract) นั้น มีบ่อเกิดของกฎหมายพิเศษแตกต่างจากกฎหมายในลำดับรอง กล่าวคือ ในการจะสถาปนาหรือจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นนั้นต้องใช้อำนาจที่แตกต่างจากการตรากฎหมายในลำดับรอง อำนาจดังกล่าวนั้นจะต้องสูงสุดเหนืออำนาจอื่นใดภายในรัฐ และปราศจากข้อจำกัด เรียกว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง (Constituent power)²¹ อำนาจดังกล่าวนี้เองที่เป็นบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญเป็นที่มาขององค์กรรัฐทั้งหลาย เป็นหลักกำหนดรูปแบบการปกครอง ประมุขของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นประธานาธิบดี หรือกษัตริย์ รูปของรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐเดี่ยว หรือรัฐรวม จึงกล่าวได้ว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจซึ่งล้นพ้น ไร้ขอบเขต และสามารถกำหนดกรอบ รูปแบบ และทิศทางการดำเนินไปของรัฐได้ทั้งสิ้น แตกต่างจากบ่อเกิดของกฎหมายในระดัปรองอื่นๆ ซึ่งอาจมีที่มาจากอำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจบริหาร ซึ่งองค์กรเหล่านี้ล้วนแต่ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การตรากฎหมายในลำดับรองจึงมีอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งใช้อำนาจที่สูงกว่าในการสถาปนา

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 124.

และได้จัดตั้งองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรากฎหมายในลำดับรองขึ้นมาได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีอยู่เหนือทุกส่วนของกฎหมายและสังคมการเมือง ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้ปกครองโดยเสมอกัน ทุกฝ่ายจึงต้องให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนูญในฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุดและสัญลักษณ์แห่งอุดมการณ์ประชาธิปไตย

2) ในแง่อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจอธิปไตยของผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดและสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายลำดับรอง ซึ่งอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอาจมีบ่อเกิดมาจากกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.1) จากการปฏิวัติประชาชน เช่น การปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส เมื่อประชาชนทำการปฏิวัติได้สำเร็จ อำนาจสูงสุดปราศจากขอบเขตย่อมตกแก่ประชาชน ประชาชนย่อมมีความชอบธรรมที่จะเปลี่ยนแปลงการปกครอง กำหนดระบอบการปกครอง หรือกำหนดรูปของรัฐ และก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้ทั้งสิ้น

2.2) จากการประกาศเอกราช เช่น ในสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ทำสงครามในฐานะเป็นอาณานิคมของอังกฤษ และประกาศเอกราชได้สำเร็จ รัฐอาณานิคมซึ่งเป็นเอกราชนั้นก็ย่อมมีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นเอง โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจภายใต้เจ้าอาณานิคมอีกต่อไป

2.3) จากการได้รับเอกราชจากประเทศเจ้าอาณานิคม โดยเจ้าอาณานิคมได้จัดให้มีรัฐธรรมนูญแก่ประเทศอาณานิคม เช่น ประเทศอังกฤษได้ให้เอกราชแก่อินเดียและศรีลังกา ทำให้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญของตนเองหรือกรณีที่อังกฤษได้จัดให้มีรัฐธรรมนูญในประเทศออสเตรเลีย

2.4) จากการพระราชทานรัฐธรรมนูญโดยพระมหากษัตริย์ เช่น ในประเทศญี่ปุ่นที่พระจักรพรรดิของญี่ปุ่นเห็นว่า ประเทศญี่ปุ่นได้พัฒนามาถึงระดับอันเหมาะสมแล้ว จึงได้พระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชน

2.5) จากคณะรัฐประหารร่วมกับพระมหากษัตริย์ กรณีนี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุดในประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากเกิดการรัฐประหาร โดยคณะรัฐประหารนั้นจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญทั้งหลายนั้นก็ได้อุทกฐลเกล้าฯ ถวายเพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธยเป็นการรับรองทั้งสิ้น ยกเว้นในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

3) ในแง่เนื้อหาและวิธีการตรารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งก่อตั้งองค์กรในทางการเมืองทั้งหลายขึ้น โดยหากพิจารณาตามหลักการแยกการใช้อำนาจอันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งในการ

ปกครองในระบบประชาธิปไตยแล้ว รัฐธรรมนูญซึ่งมีบ่อเกิดมาจากอำนาจอธิปไตย อันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองภายในรัฐ จำเป็นต้องมีบทบัญญัติเพื่อก่อตั้ง องค์กรทางการเมืองขึ้น เพื่อใช้อำนาจอธิปไตยในการบริหารกิจการภายในรัฐ โดยแยกออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นอกเหนือจาก อำนาจอธิปไตยซึ่งจำเป็นต้องแยกกันออกไปเพื่อการถ่วงดุลอำนาจแล้ว รัฐธรรมนูญ ยังมีลักษณะสำคัญประการอื่นอีก เช่น การกำหนดรูปของรัฐ การกำหนดรูปแบบ ของประมุข การจัดตั้งองค์กรสำคัญอื่นๆ ตลอดจนอำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลาย ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ

ส่วนกฎหมายลำดับรองนั้นเป็นกฎหมายซึ่งบัญญัติขยายอำนาจหน้าที่ของ องค์กรที่ได้จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกฎหมายซึ่งขยายความเพื่อรองรับ หลักการใดๆ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีสภาพบังคับอย่างเป็นทางการ มากยิ่งขึ้น ตลอดจนเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อปฏิบัติ หรือข้อละเว้น แก่ประชาชนภายใน ประเทศอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น เป็นต้น หากเปรียบเทียบลักษณะของรัฐธรรมนูญกับ กฎหมายลำดับรองแล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายซึ่งมีลักษณะ เป็นการกำหนดบริบทของรัฐในด้านต่างๆ อย่างกว้างๆ และยังเป็นกฎหมายซึ่งให้ อำนาจแก่องค์กรต่างๆ เพื่อให้ดำเนินกิจกรรมภายในรัฐต่อไป ส่วนกฎหมายลำดับรอง นั้นมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีความมุ่งหมายเฉพาะในเรื่องหนึ่งเรื่องใด เพื่อให้เกิด สภาพบังคับอย่างเป็นทางการมากขึ้น

นอกจากความแตกต่างในด้านเนื้อหาของกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญยังมีวิธีการ ตราและการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากที่ได้ประกาศเอกราชจากอังกฤษในการริเริ่มตรา รัฐธรรมนูญนั้น ประชาชนได้ทำการเลือกสภาคอนเวนชันเพื่อประชุมและยกร่าง รัฐธรรมนูญ ซึ่งนำมาสู่การก่อตั้งรูปแบบของสมาพันธรัฐโดยมลรัฐ 13 มลรัฐใน คราวแรกเพื่อสร้างสภาคองเกรส ระบบประธานาธิบดี และศาลสูงที่สุดขึ้น โดยร่าง รัฐธรรมนูญที่สภาคอนเวนชันได้ยกร่างขึ้นนั้น ต้องได้รับคะแนนเสียงสนับสนุน 2 ใน 3 จากสภาคองเกรสที่มาจาก การเลือกของประชาชนในระดับสมาพันธรัฐ นอกจากนี้เมื่อร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบจากสภาคองเกรสแล้ว ก็ต้องได้รับการยอมรับจากรัฐสภาแห่งมลรัฐในแต่ละมลรัฐ ด้วยคะแนนเสียงถึง 3 ใน 4 อีกด้วย²²

²² เฟิงอ่างถิง, หน้า 128.

กรณีการตรารัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ก็ได้กำหนดให้ประชาชนทำการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำการยกร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จ จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับไปขอประชามติจากประชาชนด้วยเสียงข้างมากอีกครั้ง ซึ่งหากร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับจากประชาชน จะต้องเริ่มกระบวนการตรารัฐธรรมนูญใหม่ตั้งแต่ต้นทาง กล่าวคือ เริ่มตั้งแต่การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่²³ การมีส่วนร่วมจากประชาชน ตั้งแต่ต้นทางกระทั่งถึงปลายทางในลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นการตรารัฐธรรมนูญภายใต้หลักสัญญาประชาคม ซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะผูกพันปัจเจกบุคคลทั้งหลายภายในรัฐ ประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยย่อมสมควรมีส่วนร่วมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็มีที่มาซึ่งมีความพิเศษเหนือกว่ากฎหมายลำดับรองเช่นกัน กล่าวคือ ภายหลังจากคณะรัฐประหารได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 โดยมีบทบัญญัติกำหนดให้มีการจัดตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้น โดยการสรรหาประชาชนและบุคลากรในภาครัฐ ตลอดจนนักวิชาการ จำนวนกว่าสองพันคน ให้มาทำการเลือกตั้งภายในเพื่อคัดเลือกให้เหลือ 100 คน เพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 35 คน เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบกับผู้ที่คณะรัฐประหารเลือกอีก 10 คน เพื่อทำการยกร่างและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวผ่านความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงจัดให้มีการทำประชามติเพื่อให้ประชาชนได้ลงมติว่ารับรองรัฐธรรมนูญฉบับนี้หรือไม่ เมื่อประชาชนให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้แล้ว จึงได้ทำการทูลเกล้าฯ เพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้รัฐธรรมนูญต่อไป

ส่วนการตรากฎหมายลำดับรองนั้น อาจเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติได้หลายทาง เช่น คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือประชาชน โดยพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับใดสมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายหรือไม่ เพียงแค่ผ่านการกลั่นกรองโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเท่านั้น แต่ขั้นตอนและอำนาจให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญกับกฎหมายลำดับรองนั้นค่อนข้างแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งสอดคล้องกับความ

²³ เฟิงอั้งถึง, หน้าเดียวกัน.

เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องมีฐานะและความสำคัญเหนือกว่ากฎหมายลำดับรองทั้งปวง

2.2.3 ผลทางกฎหมายจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามมาที่สำคัญ 2 ประการ²⁴ ดังนี้

1) กฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

โดยศักดิ์แห่งความเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเหนือกฎหมายที่เป็นกฎหมายลำดับรองทั้งปวงไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือหลังจากการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแล้วก็จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ถ้าหากยอมให้กฎหมายลำดับรองอื่นๆ ในระบบกฎหมายมีสถานะเหนือกว่าหรือขัดแย้งรัฐธรรมนูญได้ก็ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการขยายอำนาจของรัฐให้กับฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่ขัดหรือละเมิดต่อหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายลำดับรอง

ในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญมิได้เป็นเพียงกฎหมายในการปกครองประเทศเท่านั้น แต่ยังเป็นกฎเกณฑ์ในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์การพิทักษ์คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงพอสมควร ด้วยเหตุผลเนื่องจากรัฐธรรมนูญมีฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุด จึงไม่ควรจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงบ่อยๆ เพื่อป้องกันมิให้รัฐธรรมนูญถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังคำกล่าวของจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ ตอนหนึ่งว่า “...เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหลายมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายทั้งหลายอื่น และไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการในการตรากฎหมายธรรมดา หรือเราจะถือว่ามีความบังคับเสมอกับกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผลก็คือหากฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตจำนงที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถทำได้ตามอำเภอใจของตนทุกเวลา...”²⁵

²⁴ ดูรายละเอียดในเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), หน้า 146-150.

²⁵ อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้วในเชิงจรด (20), หน้า 48-49.

จากคำกล่าวนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายอื่น ซึ่งรัฐธรรมนูญก็จะกำหนดวิธีการและกระบวนการแก้ไขไว้เป็นพิเศษให้แตกต่างจากการแก้ไขกฎหมายธรรมดาอื่นๆ โดยทั่วไป

2.2.4 การพิทักษ์คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะเกิดความมั่นคงได้จำเป็นต้องมีระบบกลไกการพิทักษ์คุ้มครองรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและให้พ้นจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของผู้ปกครอง โดยมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเพื่อมิให้มีการละเมิดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้น 2 มาตรการ²⁶ ดังต่อไปนี้

1) มาตรการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับรอง

การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายลำดับรองทั้งปวงมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญถือเป็นเครื่องยืนยันถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งนอกเหนือจากการพิจารณาในแง่ของลำดับชั้นของกฎหมายตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของ ฮันส์ เคลเสน (Hans Kelsen) แล้ว ยังมีความสอดคล้องกับแนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐไม่ว่าจะหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมก็ตาม กล่าวคือในการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายลำดับรองขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนภายในรัฐ หากอำนาจนิติบัญญัตินั้นสามารถใช้อำนาจตรากฎหมายอย่างไร้ขอบเขต ย่อมนำมาสู่กฎหมายซึ่งไม่เป็นธรรม กระทั่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ หรือบริหารเพื่อการตรากฎหมายอันมีลักษณะส่งเสริมการใช้อำนาจในลักษณะรวบอำนาจได้

อย่างไรก็ดี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มิได้หมายถึงเพียงแค่การตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลำดับรองทั้งหลาย จะมีบทบัญญัติหรือหลักการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมถึงบรรดาการกระทำซึ่งเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในทางลบ ซึ่งรัฐจะกระทำการละเมิดมิได้ หรือสิทธิในทางบวกซึ่งรัฐจะต้องกระทำการ หากไม่กระทำการจึงจะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มิได้

²⁶ คุรยละเอียดในสมยศ เชื้อไทย, เพิ่งอ้างถึงในเชิงอรรถ (25) และในสมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), หน้า 215-229.

หมายความว่าเพียงแค่การพิจารณาเพียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายลำดับรองอื่นได้ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากแต่ยังครอบคลุมไปถึงการกระทำในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอีกด้วย²⁷

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อความดำรงอยู่ในฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีการให้อำนาจแก่องค์กรหนึ่งองค์กรใดเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวนี้แตกต่างกันไป ตามแต่ระบบกฎหมายและบริบทของแต่ละประเทศ ดังต่อไปนี้

1.1) การตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา

เป็นระบบที่ใช้ในประเทศฝรั่งเศสยุคสาธารณรัฐที่ 1-3 ภายใต้อิทธิพลของหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนโดย ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau)²⁸ ซึ่งเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีค่าเป็นกฎหมายสูงสุด อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมาจากประชาชนนั้น ถือได้ว่ากฎหมายซึ่งมาจากฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นสิ่งซึ่งแสดงถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน เช่นนี้ องค์กรซึ่งสมควรจะเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงควรจะเป็นรัฐสภา อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวนี้ก็ได้อุทกเลิกไปในสาธารณรัฐที่ 4 เนื่องจากมีการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับแนวคิดที่ว่ากฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภานั้น มีค่าเท่ากับเจตจำนงร่วมกันของประชาชน เนื่องจาก รัฐสภานั้นเป็นเพียงตัวแทนซึ่งประชาชนเลือกขึ้นมา ย่อมไม่อาจตีค่าว่าเทียบเท่ากับเป็นกฎหมายซึ่งประชาชนตราขึ้นมาเองได้

1.2) การตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

ในปี ค.ศ. 1803 คดี Marbury v. Madison ได้ก่อให้เกิดบรรทัดฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงสุด (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งคำพิพากษาในคดีดังกล่าวนี้ได้วางหลักไว้ว่า “กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภาองเกรสซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้” ดังนั้น จึงเกิดเป็นบรรทัดฐานสืบต่อกันมา ในกรณีที่กฎหมายซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีความสงสัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลมีอำนาจในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำพิพากษาคดี Marbury

²⁷ วุฒิชัย จิตตานุ, “ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโลก (ตอนหนึ่ง)” วารสารยุติธรรมปริทัศน์, หน้า 32. เข้าถึงข้อมูล <http://www.library.coj.go.th/indexarticle2.php?Id-main=27&&No=4&&Title=%A1%AE%CB%1%D2%C3%D1> เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2556.

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างถึงแล้วในเชิงจรด (21), หน้า 185.

v. Madison จึงถือเป็นการยืนยันถึงความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

1.3) การตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษ

องค์กรพิเศษ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส หรือ ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมนีทำหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นริเริ่มขึ้นโดย ฮันส์ เคลเสน (Hans Kelsen) นักปรัชญาชาวออสเตรีย โดยเห็นว่า การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และจะต้องระงับผลของกฎหมายโดยการวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นใช้บังคับมิได้ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางลบ เช่นนี้ องค์กรพิเศษซึ่งจะได้ทำการจัดตั้งขึ้นนั้นย่อมต้องมีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตย โดยให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนในการแต่งตั้ง และศาลพิเศษที่จะทำการจัดตั้งนั้นมีอำนาจเพิกถอนกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภา โดยการวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และให้ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวนั้นมีผลผูกพันทุกองค์กรอื่นและผลบังคับเป็นการทั่วไป

โดยเหตุที่ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” เป็นหลักที่เรียกร้องให้กฎหมายลำดับรองทั้งหลายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ รวมทั้งกฎหมายอื่นที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือประกาศคณะปฏิวัติบางฉบับที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติ จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบันจึงได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายข้างต้นเหล่านั้นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อเป็นหลักประกันในการพิทักษ์คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

นอกจากหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายข้างต้นแล้ว การเรียกร้องให้กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เช่น คำสั่งและการกระทำทางปกครองอื่นใดอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐก็ย่อมต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วยนั้น ย่อมเป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ซึ่งรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบันได้กำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักที่ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีหลักการดังต่อไปนี้²⁹

²⁹ วรพจน์ วิศุรตพิชญ์, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2543), หน้า 15-20.

1.1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักการนี้กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครอง ต้องผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด โดยหากกฎหมายมิได้กำหนดหน้าที่ให้ต้องกระทำ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ไม่กระทำการที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การกระทำทางปกครองที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายย่อมตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ตามกฎหมาย ตามหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย

1.2) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักการดังกล่าวนี้กำหนดให้ฝ่ายปกครองจะสามารถกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เพื่อกระทำการดังกล่าวนี้ กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องมีความชอบด้วยกฎหมายรองรับเหตุผลเบื้องต้น โดยการกระทำทั้งหลายนี้จะต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็นฐานของการใช้อำนาจมิได้ ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายที่มีลักษณะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะอยู่ในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นซึ่งมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายในลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ก็อาจให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเพื่อกระทำการใดๆ ก็ได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากอนุบัญญัติแท้จริงแล้วเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งแสดงออกมารูปของข้อบังคับ ซึ่งจะมีค่าบังคับได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายซึ่งมีค่าเทียบได้กับพระราชบัญญัติเท่านั้น

2) มาตรการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายลำดับรอง

โดยเหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญข้างต้น มาตรการและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงทำได้ยากกว่ากฎหมายลำดับรองอื่น ซึ่งเรียกสภาพนี้ว่า *ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ* (La rigidite constitutionnelle)³⁰ เนื่องจากหลายประเทศส่วนใหญ่ปัจจุบันยังคงถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเกิดมาจากอำนาจสถาปนา

³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน, เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 17- 19.

2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักสำคัญพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั่วโลกต้องบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องโดยชัดเจน

2.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิ (Rights) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองและบังคับให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์อันพึงได้ของตน เช่น สิทธิในการรับมรดก เป็นต้น และโดยที่บุคคลผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นให้มีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของเราเสมอ ซึ่งเป็นความหมายของสิทธิสำหรับกลุ่มประเทศเสรีทุนนิยมทั่วไป แต่ในกลุ่มประเทศสังคมนิยมคอมมิวนิสต์นั้น “สิทธิ” หมายถึง การที่บุคคลเลือกกระทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้น เพื่อประโยชน์ของชนกรรมาชีพ เช่น มาตรา 18 ของรัฐธรรมนูญสหภาพโซเวียต ได้บัญญัติไว้ว่า “ประชาชนสหภาพโซเวียตมีสิทธิทำงาน” คือ มีสิทธิที่จะมีงานทำและได้รับค่าจ้างในการทำงานตามคุณภาพและปริมาณของงาน ดังนั้น “สิทธิ” ตามความหมายที่กล่าวมานี้ จึงเป็นสิทธิทางกฎหมายที่บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองและบังคับให้แก่บุคคลโดยกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ได้

สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึง สิทธิตามกฎหมายมหาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่บุคคลในอันจะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง การรับรองสิทธิดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐ และในบางกรณีได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้นบรรลุผล ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้มีผลในทางปฏิบัติ³² เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในครอบครัว สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

³² โปรดดูรายละเอียดใน บรรเจิด สิงคนะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 48-51.

สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิได้ข้อมูลข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐ สิทธิในการได้รับการศึกษาจากรัฐ สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิผู้บริโภค สิทธิชุมชน เป็นต้น

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง “สถานภาพของบุคคลที่ไม่ขึ้นอยู่กับบุคคลหนึ่งบุคคลใด” หรือหมายถึง “อำนาจที่จะกระทำการใดโดยไม่อยู่ภายใต้การข่มขู่ของผู้อื่น” หรือหมายถึง “อำนาจของบุคคลที่จะกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย” เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย...”³³ เสรีภาพจึงเป็นสถานะที่บุคคลมีอิสระในอันที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามความปรารถนาของตน โดยไม่ถูกแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่นโดยมีกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้ก็ได้

เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึง เสรีภาพตามกฎหมายมหาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองแก่ประชาชนในการกำหนดชะตากรรมของตนเองโดยมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้รัฐ องค์กรของรัฐหรือบุคคลอื่นดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกให้การใช้เสรีภาพของตนนั้นบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น รัฐ องค์กรของรัฐหรือบุคคลอื่นมีหน้าที่เพียงไม่เข้ามารบกวนการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น³⁴ เช่น เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัยในราชอาณาจักร เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในทางวิชาการ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพการรวมกันเป็นสมาคม เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น

ความแตกต่างระหว่างสิทธิกับเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอยู่ตรงที่ว่า สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลพึงมีเพื่อเรียกร้องให้รัฐ องค์กรของรัฐ หรือบุคคลอื่นกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นบรรลุผลหรือสะดวกขึ้น เช่น สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง บุคคล

³³ พรชัย เลื่อนฉวี, *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุรนารี ฉบับที่ 25, 2554), หน้า 151-152.

³⁴ โปรตุเกสละสลวยใน บริจติ สิงคะเนติ, *เพิ่งอ้างถึงในเชิงอรธ* (32), หน้า 51-52.

ผู้ทรงสิทธิจะใช้สิทธิดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อรัฐจัดให้มีการเลือกตั้ง ส่วนเสรีภาพนั้นเป็นอำนาจที่บุคคลพึงมีเพื่อความอิสระในการตัดสินใจที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ด้วยตนเอง แม้เสรีภาพจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ องค์กรของรัฐ หรือบุคคลอื่นเช่นเดียวกับสิทธิ แต่หน้าที่นั้นก็เป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องงดเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลผู้มีเสรีภาพเท่านั้น บุคคลผู้มีเสรีภาพจึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกร้องให้รัฐ องค์กรของรัฐ หรือบุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้น³⁵ เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ผู้ใช้เสรีภาพนั้นย่อมมีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธได้ด้วยตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องรอให้และเรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรของรัฐมาจัดการชุมนุมหรือจัดหาวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้สำหรับการชุมนุมให้แก่ตนก่อนที่จะใช้เสรีภาพนั้น ผู้ใช้เสรีภาพมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงเรียกร้องให้รัฐ องค์กรของรัฐ หรือบุคคลอื่น งดเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นอุปสรรคขัดขวางการชุมนุมของตนเท่านั้น ขณะเดียวกันผู้ใช้เสรีภาพในการชุมนุมนั้นก็ต้องมีความรับผิดชอบให้การชุมนุมที่จัดขึ้นนั้นมีความสงบและปราศจากอาวุธ

2.3.2 บ่อเกิดที่มาของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีกำเนิดมาจากแนวคิดเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” ที่มีอยู่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่ก่อนการกำเนิดรัฐ มีสาระสำคัญคือ มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาด้วยความเท่าเทียมกัน สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานจึงติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่เกิดจนกระทั่งตาย สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และความเสมอภาคทางเพศ เป็นต้น สิทธิตามธรรมชาติมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดอำนาจปกครองของรัฐ โดยอ้างถึงสิทธิตามธรรมชาติว่าเป็นสิทธิที่ผู้ปกครองรัฐจะเข้าไปล่วงละเมิดมิได้ โดยผู้ปกครองมีพันธที่จะต้องงดเว้นไม่ใช้อำนาจรัฐไปละเมิดสิทธิธรรมชาติซึ่งเท่ากับว่าประชาชนมีสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐโดยประชาชนจึงถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น กฎหมายหรือคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ จึงได้รับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค

³⁵ โปรดดูรายละเอียดใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), หน้า 22-23.

ของประชาชนในประเทศต่างๆ ของโลก

1) แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) มีกำเนิดมาจากนักปรัชญาของกรีกในสมัยศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาล³⁶ กฎหมายธรรมชาตินี้มีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ *ประการแรก* เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา คือ ไม่มีเวลาล่วงพ้นสมัย *ประการที่สอง* ใช้ได้กับทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง *ประการที่สาม* อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ คือ รัฐจะออกกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

หลักปรัชญาในแนวความคิดเรื่องนี้คือ ในกรณีที่มีการขัดกันระหว่างกฎหมายของพระเจ้าและกฎหมายของรัฐ บุคคลจะต้องเคารพกฎหมายของพระเจ้า ซึ่งมีความศักดิ์สิทธิ์กว่ากฎหมายที่มนุษย์เขียนขึ้น และมีผู้เคารพอยู่มากมาย ดังนั้นเมื่อมีการขัดกันระหว่างกฎหมายของพระเจ้าและกฎหมายของรัฐแล้ว ย่อมเป็นการชอบธรรมที่จะเลือกปฏิบัติตามกฎหมายของพระเจ้า

นักปราชญ์กลุ่มสโตอิกเป็นกลุ่มนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงเมื่อประมาณสี่ศตวรรษก่อนคริสต์ศักราชซึ่งได้รับแนวความคิดจากเพลโตและอริสโตเติลและเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาติ (Natural law) นั้นใช้บังคับเหนือพระเจ้าและมนุษย์ เป็นกฎหมายที่แนะนำว่าอะไรคือสิ่งที่ต้องทำและสิ่งที่ต้องไม่ทำซึ่งเน้นว่าระเบียบและความมั่นคงเป็นพลังธรรมชาติที่เหนี่ยวรั้งมนุษย์ให้มีชีวิตและปฏิบัติตามธรรมชาติ ถ้าไม่มีสิ่งนี้แล้วสังคมจะปราศจากสันติและความเป็นระเบียบ ระเบียบและความมั่นคงเช่นว่านี้ก็คือนิยามของกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) นั่นเอง

เซนต์ปอล (Saint Paul) นักสอนศาสนาและนักเทววิทยากล่าวถึงบุคคลซึ่งปฏิบัติตามกฎหมายโดยสัญชาติญาณอันเป็นกฎหมายที่เขียนไว้ในจิตใจของคุณโดยความรู้สึก ในความนึกคิดของเซนต์ปอล เชื่อว่าคนเป็นจำนวนมากที่ไม่มีความรู้ทางกฎหมายเลย แต่ปฏิบัติตามกฎหมายโดยสัญชาติญาณ คนเหล่านั้นได้แสดงให้เห็นว่ามีกฎหมายอยู่ในตัวพวกเขาเอง ทั้งนี้เพราะพวกเขาได้แสดงออกซึ่งผลของกฎหมายอันเกิดจากจิตใจตนเอง ความรู้สำนึกของพวกเขาได้รับรองความมีอยู่ซึ่งจะคอยดำเนินหรือวิจารณ์การกระทำของพวกเขา

³⁶ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, *ทฤษฎีการเมืองและสังคม*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดวงแดด, 2535), หน้า 23.

นักกฎหมายโรมันได้นำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในการพัฒนา กฎหมาย เรียกว่า “Jus Gentium” อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวด้วย เนื่องจากแต่เดิมนั้นโรมันมีกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ชาวโรมันเรียกว่า “Jus Civile” แต่ต่อมาเมื่ออาณาจักรโรมันแผ่ขยายออกไป และมีพลเมืองหลายเชื้อชาติมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวดังกล่าวด้วย กฎหมายธรรมชาติจึงมี บทบาทสำคัญ เนื่องจากแนวคิดที่ว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นสามารถใช้ได้กับกฎหมาย ในทุกระบบหรือบังคับได้แก่มนุษย์ทั้งมวลนั่นเอง³⁷ โดยสรุป กฎหมายธรรมชาตินั้น เป็นบ่อเกิดของกฎหมายต่างๆ เนื่องจากกฎหมายธรรมชาติดีถือความถูกต้องดีงาม และความยุติธรรมที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สิ่งเหล่านี้ล้วนฝังแน่นอยู่ในจิตใจของ มนุษย์และสามารถเข้าใจได้ด้วยจิตสำนึก

2) แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติ

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติได้ก่อให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิตาม ธรรมชาติสืบเนื่องกันมา ภายใต้แนวความคิดที่ว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกัน และพระเจ้าสร้างมนุษย์ขึ้นมาและได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ ไม่สามารถโอนให้และไม่มีใครสามารถล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และ สิทธิที่จะหาความสุข โดยรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิ เหล่านี้อย่างเต็มที่ วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์โลกที่ใช้เหตุผล ยอมรับว่าเป็น หลักที่ดี และเชื่อว่าจะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างสันติและมีความสุข”

สิทธิตามธรรมชาตินี้เริ่มมีการยอมรับโดยผู้ถืออำนาจรัฐว่ามีอยู่จริงอย่างเป็น รูปธรรมตั้งแต่สมัยนครรัฐกรีก เช่น สิทธิในการพูดเท่าเทียมกัน และสิทธิในความ เสมอภาคกันตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิพื้นฐานลำดับแรกๆ ที่มีการ ยอมรับกันและยังคงได้รับการยอมรับอยู่ตราบจนทุกวันนี้

จอห์น ล็อก (John Locke) ซึ่งเป็นนักปรัชญาการเมืองที่ต่อต้านกษัตริย์ ด้วย แนวคิดที่ต้องการจำกัดอำนาจกษัตริย์ในสมัยโบราณ ได้เขียนไว้ในหนังสือ “The Letter for Toleration” ย้ำถึงสิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในทรัพย์สินของ บุคคล ซึ่งผู้ปกครองทั้งหลายผูกพันตามกฎหมายธรรมชาตินั้น มีหน้าที่จะต้องให้การ ยอมรับนับถือสิทธิเช่นนั้น³⁸ อย่างไรก็ตาม แนวคิดของจอห์น ล็อก นั้นก็ถูกต่อต้าน จากกลุ่มแนวคิดปฏิฐานนิยม ซึ่งเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นเองตาม

³⁷ กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 7.

³⁸ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 8.

เกิดขึ้นพร้อมกับบุคคล และเป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลนั้น จะจำกัด ลิดรอน หรือให้แก่ผู้อื่นไม่ได้เลย

2.3) เกิดจากลัทธินิยมความรุนแรง (Radicalism) โดยถือว่า การใช้กำลัง “จะถูกกล่าวอ้างเวลาหนึ่งเวลาใดว่าเป็นจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองทั้งมวล” และจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองดังกล่าวนี้คือ “การรักษาไว้ซึ่งสิทธิธรรมชาติของมนุษย์” ตัวอย่างของความคิดนี้ย่อมเห็นได้จากในคำประกาศอิสรภาพอเมริกา (American Declaration of Independence) ซึ่งได้กล่าวอ้างว่า “หากรัฐบาลดำเนินการปกครองไปในทางที่เป็นปรักภัยต่อหลักการดังกล่าวเมื่อใด เมื่อนั้นก็เป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนแปลง หรือล้มเลิกรัฐบาลนั้นเสียก็ได้ และกลับสถาปนารัฐบาลใหม่ขึ้นตามที่เห็นว่าจะทำให้เขาได้รับความปลอดภัย และยังคงความผาสุกให้เกิดขึ้นมากที่สุด”

โดยสรุป แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติเชื่อว่า มนุษย์ทุกคนพึงมีสิทธิทั้งหลายโดยเท่าเทียมกันมักได้รับการต่อต้านจากกลุ่มผู้มีอำนาจทางการเมืองในรัฐ เนื่องจากเห็นว่า การส่งเสริมถึงสิทธิต่างๆ แก่พลเมืองนั้น ย่อมเป็นภัยต่อการปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งอธิปไตยบัญญัติขึ้น เพราะไม่อาจปฏิเสธได้ว่าภายใต้กฎหมายต่างๆ ซึ่งออกโดยอธิปไตยในยุคสมัยดังกล่าวนี้มักมิได้คำนึงถึงความเสมอภาคระหว่างประชาชนกับผู้ปกครอง ตลอดจนมิได้ให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนเท่าที่ควร แต่ในทางกลับกันแนวคิดถึงสิทธิตามธรรมชาตินี้เองที่เป็นรากฐานของการปฏิวัติที่สำคัญๆ ของโลกในเวลาต่อมา ทั้งยังคงแทรกอยู่ตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ว่าด้วยการรับรองสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง

2.3.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจากผู้มีหรือได้รับสิทธิและเสรีภาพได้ 2 ประเภทดังนี้

1) **สิทธิมนุษยชน (Human rights)** หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิดและไม่อาจถูกพรากไปจากมนุษย์ได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์และ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของบุคคลนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนพึงมีขั้นพื้นฐานในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมี “รัฐ” ซึ่งเกิดขึ้นมาทีหลัง *ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นโดยชอบ และไม่มีผู้ปกครองคนใดหรือคณะใดที่จะ*

มีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้⁴¹ ตัวอย่างเช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในครอบครัว ชื่อเสียงเกียรติยศ และความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิและเสรีภาพทางการศึกษา ฯลฯ ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนทุกคนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกันและมีได้แก่กว่าคนนั้นจะเป็นคนสัญชาติใด เชื้อชาติใด หรือนับถือศาสนาใด หากบุคคลคนนั้นได้เข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของรัฐใดก็ตาม บุคคลดังกล่าวก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆ ด้วย⁴²

2) สิทธิพลเมือง (Civil rights or Citizen rights) หมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของรัฐหรือเข้ามามีส่วนร่วมในองค์กรของรัฐ ในสภาพนี้สิทธิพลเมืองย่อมมีได้เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่เกิด “รัฐ” แล้วเท่านั้น โดยรัฐมักจะบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนี้ให้แก่ประชาชนของรัฐตนเท่านั้น เช่น สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ ฯลฯ⁴³ ดังนั้น สิทธิพลเมืองจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนพลเมืองของรัฐตนเท่านั้น หากบุคคลใดเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญซึ่งตนไม่ได้มีสัญชาติของรัฐนั้น บุคคลดังกล่าวก็ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิในสิทธิพลเมืองของรัฐนั้น จึงไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของรัฐนั้น

2.3.4 ขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

นับแต่มีการพัฒนาหลักกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติที่นำไปสู่การปฏิวัติเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพครั้งสำคัญของโลก เช่น การปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส สงครามประกาศอิสรภาพของอเมริกา ยังผลให้แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐประชาธิปไตยเสรีนิยมสมัยใหม่ได้รับการพัฒนาก้าวหน้าเป็นอันมากในปัจจุบัน ซึ่งวางระบบกฎหมายให้อยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมที่รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ก็ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและ

⁴¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (35), หน้า 44.

⁴² โปรดดูรายละเอียดใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (34), หน้า 52-55.

⁴³ โปรดดูรายละเอียดใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 53-69.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อยู่ใต้ปกครองที่รัฐนั้นมิอาจล่วงล้ำละเมิดได้ นอกจากนี้หลักประกันว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจไปละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว รัฐเองต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมๆ กันด้วย สิทธิและเสรีภาพที่รัฐรับรองและคุ้มครองให้แก่ประชาชนในรัฐธรรมนูญมี 3 ประเภท⁴⁴ คือ (1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว (2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา (3) สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเลือกตั้ง

1) หลักเกณฑ์กำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้แล้ว ก็มิได้หมายความว่า บุคคลนั้นจะให้สิทธิและเสรีภาพโดยปราศจากขอบเขตอย่างไรก็ได้ เพราะบุคคลนั้นมีหน้าที่ต้องใช้สิทธิและเสรีภาพให้อยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย 2 ลักษณะดังนี้

1.1) ขอบเขตทั่วไปของการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในทุกเรื่อง

จะต้องอยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้เสมอคือ บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

เนื่องจากบุคคลทุกคนต่างก็มีสิทธิและเสรีภาพด้วยกันทั้งนั้น หากรัฐธรรมนูญยอมให้บุคคลแต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนตามอำเภอใจ ปัญหาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นย่อมเพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้รับความคุ้มครองที่แท้จริง บุคคลแต่ละคนต้องใช้สิทธิและเสรีภาพของตนเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยต้องมีหน้าที่เคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 1-7.

(2) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีที่ใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อดำเนินการให้มีการแบ่งแยกดินแดน ซึ่งกรณีเหล่านี้ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพย่อมไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

(3) การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐธรรมนูญมิได้ให้บุคคลใดอ้างสิทธิและเสรีภาพของตนเพื่อกระทำการอันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ เช่น การทำสัญญายินยอมให้คู่สมรสมีคู่ได้ หรือการแต่งตัวโป๊จนจารมาๆ ในที่สาธารณะ เป็นต้น

1.2) ขอบเขตเฉพาะ นอกเหนือจากขอบเขตทั่วไปของการใช้สิทธิและเสรีภาพในทุกเรื่องตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 28 วรรคหนึ่งแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดขอบเขตเฉพาะสำหรับการใช้สิทธิและเสรีภาพในบางเรื่องเพิ่มขึ้นมาอีก 2 กรณี ดังนี้

(1) เสรีภาพในการถือศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 37 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน จึงเห็นได้ว่าขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เพิ่มขึ้นจากมาตรา 28 วรรคหนึ่ง คือ ต้องไม่เป็นการขัดต่อหน้าที่พลเมือง และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นได้กำหนดไว้ในมาตรา 28 วรรคสองอยู่แล้ว

(2) เสรีภาพในทางวิชาการ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 50 กำหนดไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการ ย่อมได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเห็นได้ว่าขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เพิ่มขึ้นจากมาตรา 28 วรรคหนึ่ง คือ ต้องไม่เป็นการขัดต่อหน้าที่พลเมือง ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นได้กำหนดไว้ในมาตรา 28 วรรคหนึ่งอยู่แล้วเช่นกัน

2) เงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดมิได้ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม แม้สิทธิเสรีภาพและ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือสิ่งที่ประชาชนพึงได้รับและรัฐต้องให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนี้ก็ตาม แต่การใช้สิทธิเสรีภาพที่เกินขอบเขตย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น สังคมหรือประโยชน์สาธารณะ เมื่อรัฐได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมต้องกำหนดกรอบการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้เพื่อความสงบเรียบร้อยด้วยเช่นกัน ซึ่งมีบัญญัติไว้อย่างกว้างขวางในรัฐธรรมนูญว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะกระทำได้ก็แต่โดยกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญจะต้องเปิดช่องให้กระทำได้อោไว้ เพื่อเป็นกรอบการใช้อำนาจอธิปไตย มิให้ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงสิทธิขั้นมูลฐานซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า มีทั้งสิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่รัฐสามารถจำกัดได้และไม่สามารถจำกัดได้⁴⁵ ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จึงกระทำมิได้ เว้นแต่จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29⁴⁶ กำหนดไว้ 5 ประการ ดังนี้

2.1) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่รูปแบบคือ ผู้ตรากฎหมายต้องมีอำนาจตรากฎหมายและทำตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในแง่เนื้อหา ก็ต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนจะทราบได้ว่ากฎหมายนั้นจะใช้จำกัดสิทธิใดและเพียงใด รวมทั้งต้องกฎหมายที่ตราขึ้นโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกำหนด หรือประกาศคณะปฏิวัติ ดังนั้น องค์กรฝ่ายบริหาร

⁴⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 5, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 514.

⁴⁶ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

“กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

“บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

จะออกกฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือระเบียบ) มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้⁴⁷ นอกจากนี้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะกระทำได้เฉพาะเรื่องนั้นๆ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้⁴⁸ เท่านั้น

2.2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้แต่เท่าที่จำเป็น ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหากจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ อันเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปโดยอำเภอใจที่ขัดต่อหลักนิติธรรม ดังนั้น กฎหมายที่จะตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขทั้ง 3 ประการ⁴⁹ ดังต่อไปนี้

(1) *หลักความเหมาะสม* กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ ดังนั้นกฎหมายใดที่เห็นประจักษ์ชัดแล้วว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแท้จริงย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2) *หลักความจำเป็น* กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ หากมีมาตรการกฎหมายที่เหมาะสมหลายมาตรการ ฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

(3) *หลักความได้สัดส่วน* ในความหมายอย่างแคบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือแก่ประชาชนส่วนรวม ดังนั้นหากกฎหมายใดก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนั้นไม่ได้

⁴⁷ ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541 และที่ 24/2543 ซึ่งวินิจฉัยว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่มีอำนาจออกระเบียบหรือประกาศเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้สมัครรับเลือกตั้งและผู้มีสิทธิเลือกตั้ง อันเป็นเหตุนอกเหนือไปจากที่พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541 กำหนดไว้”.

⁴⁸ ดูรายละเอียดในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ประกอบด้วย.

⁴⁹ ดูรายละเอียดในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548, ที่ 11/2549, ที่ 12/2552, ที่ 11/2544 และที่ 1/2551 ประกอบด้วย.

แม้ว่ากฎหมายนั้นจะสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ตามหลักความเหมาะสมและเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดตามหลักความจำเป็นก็ตาม

โดยสรุป กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุเพื่อให้นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและมีความเหมาะสมให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ รวมทั้งต้องกระทำต่อเมื่อมีความจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถใช้มาตรการอื่นได้แล้ว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าผู้ซึ่งถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะสามารถรับสภาพนั้นได้ โดยที่ไม่ก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี

2.3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้อาจต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น⁵⁰ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่มีอำนาจตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁵¹ ซึ่งกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

2.4) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นั้นต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง เงื่อนไขข้อนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจที่ขัดต่อหลักนิติธรรมไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยผ่านกระบวนการตรากฎหมาย และเพื่อป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณีคือ กรณีแรกอาจเป็นการตรากฎหมายที่มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยชัดแจ้งหรือกรณีหลังอาจเป็นการตรากฎหมายที่มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพในลักษณะเป็นนามธรรมซึ่งมีผลใช้บังคับกับกรณีทั่วไปหรือบุคคลทั่วไป แต่ในข้อเท็จจริงแล้วอาจมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับกับกรณีเฉพาะเรื่องหรือบุคคลเฉพาะรายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม

⁵⁰ ดูรายละเอียดในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2542, ที่ 30/2548, ที่ 11/2549, ที่ 7/2549, ที่ 28/2547, และที่ 14/2544 ประกอบด้วย.

⁵¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ (44), หน้า 131.

อินเดีย หรือการตัดต่อพันธุกรรมในมนุษย์ แม้ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองหรือห้ามไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีก็อาจอยู่ภายใต้กรอบแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ⁵⁴ สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องเป็นไปอย่างสมดุลเพื่อมิให้มีการละเมิดต่อบุคคลอื่นหรือต่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องมีองค์กรตรวจสอบเพื่อให้เกิดความสมดุลแห่งสิทธิเสรีภาพที่เหมาะสมของการใช้อำนาจอธิรัฐ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ตรวจการแผ่นดิน

2.3.5 ผู้มีหน้าที่เคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากประชาชนแต่ละบุคคลต้องมีหน้าที่เคารพสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น โดยการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนไม่ให้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นแล้ว องค์กรของรัฐทุกองค์กรยังต้องมีหน้าที่เคารพสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลทุกคน ทั้งนี้ การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานอื่นของรัฐ จะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 26⁵⁵ ด้วยเสมอ และหากบุคคลถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลนั้นก็สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเรื่องขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง⁵⁶ นอกจากนี้ บุคคลนั้นยังสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐและองค์กรของรัฐต้องปฏิบัติตามสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้โดยตรงตามมาตรา 28 วรรคสาม⁵⁷ ตอนต้น แม้ยังไม่ได้มีการตรากฎหมายขึ้นมากำหนดรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพก็ตาม หากการใช้สิทธิและเสรีภาพเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่

⁵⁴ บรรเจิด ลิงคะเนติ, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 514-515.

⁵⁵ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 26 “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”.

⁵⁶ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคสอง “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้ไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”.

⁵⁷ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคสาม “บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้วให้การใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติตามมาตรา 28 วรรคสาม ตอนท้าย

2.4 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐและการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ

อำนาจอรัฐเป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือประชาชนพลเมืองเป็นอย่างมากและกว้างขวางยิ่ง อริสโตเติลเชื่อว่า “รัฐที่ดีนั้นจะต้องมีผู้นำที่ดีและผู้นำที่ดีต้องเคารพกฎหมาย แม้ราษฎรจะดีอย่างไรก็ตาม ถ้าตกอยู่ในรัฐบาลที่เลว มีผู้นำที่เลวไม่เคารพต่อกฎหมายของบ้านเมือง ราษฎรนั้นก็ต้องโชคร้ายเดือดร้อน”⁵⁸ หลักการนี้เป็นบ่อเกิด “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม” เป็นที่ยอมรับยิ่งขึ้นในนาม “หลักนิติรัฐ” (Legal State/Etat de droit) ที่เชื่อว่า รัฐต้องมีอำนาจจำกัดโดยรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐไม่อาจใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เพื่อควบคุมตรวจสอบมิให้การใช้อำนาจอรัฐไม่อาจจะโดยฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายข้าราชการประจำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มีขอบได้ ดังนั้น ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐมีจุดกำเนิดขึ้นมาเนื่องมาจากผู้มีอำนาจได้ใช้อำนาจอรัฐในการบริหารปกครองประเทศโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเองหรือพวกพ้องโดยอาศัยอำนาจรัฐที่มีอยู่เหนือประชาชน

2.4.1 ประวัติพัฒนาการแนวความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐ

โดยศึกษาพัฒนาการของมนุษย์ตั้งแต่ยุคเริ่มต้นจนถึงยุคกลางของยุโรป พบว่าการปกครองพัฒนามาตามสภาพของความเจริญของมนุษย์จนถึงยุคกลางของยุโรป ประเทศต่างๆ รวมทั้งเอเชียและแอฟริกา มีการปกครองลักษณะเดียวกันในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทั้งสิ้น อำนาจการปกครองตกอยู่ที่กษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้กล่าวรวมๆ ว่ากดขี่เอาเปรียบเสียทั้งหมดก็ไม่ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศและแต่ละยุคแต่ละสมัยด้วย ซึ่งในบางยุคก็มีการต่อต้านระบบดังกล่าว

ฌอง โบแดง (Jean Bodin) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส เขียนหนังสือ “วรรณกรรมหกเล่มว่าด้วยรัฐ” (Six Livres de la Republique) เมื่อปี ค.ศ. 1576 เสนอทฤษฎีอำนาจอธิปไตย (Theory of sovereignty) เหตุที่โบแดงเสนอทฤษฎีนี้เพราะต้องการ

⁵⁸ อ้างถึงใน ฌักรร วิทิตานนท์, *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 22.

ให้สภาพการณ์บ้านเมืองพ้นจากสงครามและสภาวะที่ปราศจากกฎหมายโดยสนับสนุนอำนาจสูงสุดของกษัตริย์⁵⁹ โบแดงเป็นคนแรกที่ใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” ซึ่งมีความหมายทางการเมืองดังเช่นที่เข้าใจกันในปัจจุบัน โดยโบแดงเสนอให้อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ กล่าวคือ จำกัดให้อำนาจสูงสุดอยู่ที่การปกครองในรัฐหนึ่งๆ เท่านั้น เพราะโบแดงต้องการลดบทบาทสันตะปาปาที่อิงอยู่กับหลัก “อำนาจสูงสุด” (The supremacy) ซึ่งเป็นอำนาจที่มากมายไร้ขอบเขตของพระเจ้า ทำให้องค์สันตะปาปาในฐานะเป็นตัวแทนของพระเจ้า จึงมีอำนาจเหนือฝ่ายอาณาจักร อำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐหนึ่งๆ นี้เป็นอำนาจที่แบ่งแยกไม่ได้ของรัฐ และกษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นรัฐอธิปไตยเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ ความเป็น “รัฐอธิปไตย” ของกษัตริย์ก็คือ ความเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดินที่แสดงออกถึงอำนาจนี้ได้โดย “การตราหรือยกเลิกกฎหมาย” ด้วยเหตุนี้จึงต้องจัดให้รัฐอธิปไตยอยู่นอกกฎหมายและไม่มีอำนาจใดๆ อีกที่จะเหนือกว่าอำนาจกษัตริย์

จอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ. 1632-1704) นักปรัชญาชาวอังกฤษ เห็นว่า มนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้ สังคมมีวัตถุประสงค์ที่ความผาสุกของมนุษย์ในสังคม ก่อนที่มนุษย์จะมารวมอยู่ด้วยกันเป็นสังคม มนุษย์มีสภาพโดยธรรมชาติที่สงบจิตใจงดงาม มีความเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพเต็มที่ แต่เพราะในสภาพธรรมชาตินั้น มีการละเมิดกฎเกณฑ์ของธรรมชาติและไม่มีสภาพบังคับเนื่องจากเสรีภาพของมนุษย์ แต่ละคนนั่นเอง ด้วยเหตุนี้ มนุษย์จึงมี “เจตนา” ที่จะหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัยนี้ โดยได้ทำสัญญาสังคมขึ้นมาและมนุษย์ทุกคนยินยอมสละสิทธิตามธรรมชาติของตนเพื่อให้สามารถบังคับกันได้เมื่อมีการละเมิดสิทธิและมนุษย์ไม่ได้โอนสิทธิทั้งหมดของตน คงสละแต่เพียงเสรีภาพบางส่วนเพื่อความผาสุกร่วมกัน ดังนั้น อำนาจของสังคมจึงมีไม่มากกว่าขอบเขตเพื่อความผาสุกร่วมกันเท่านั้น จอห์น ล็อก ยืนยันว่า “เสรีภาพ” เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง รัฐหรือผู้ปกครอง ต้องสร้างสถาบันทางการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพนี้ การปกครองต้องใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ และต้องมีการแยกองค์กรเพื่อทำหน้าที่ต่างกัน 3 หน้าที่ คือ (1) การออกกฎหมาย หรืออำนาจนิติบัญญัติ (2) การปฏิบัติตามกฎหมายโดยฝ่ายปกครอง และศาลเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ (3) การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดย จอห์น ล็อก เห็นว่าอำนาจออกกฎหมายกับอำนาจปฏิบัติตาม

⁵⁹ ภิรัชญา วัฒนรุ่ง, *หลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 160.

กฎหมายต้องแยกใช้อำนาจ โดยองค์กรที่ต่างกันอย่างเด็ดขาด แต่อำนาจปฏิบัติตามกฎหมายกับอำนาจดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อาจเกี่ยวข้อกันได้ อำนาจที่สำคัญที่สุด คือ อำนาจออกกฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติเพราะเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน ข้อจำกัดของอำนาจคือการคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของบุคคล จอห์น ล็อก ได้สรุปว่า ประชาชนยังสงวนสิทธิตามธรรมชาติของตนโดยจะตรวจสอบว่าการปกครองที่มีผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำนั้น เป็นธรรม ชอบด้วยเหตุผลตามครรลองของกฎหมายธรรมชาติหรือไม่ หมายถึง ประชาชนผู้ถูกปกครองมีสิทธิที่จะต่อต้านผู้ปกครองที่ไม่เป็นธรรมได้ ปรัชญาของล็อก มีอิทธิพลอย่างมากในอังกฤษและอเมริกา⁶⁰

2.4.2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ

1) แนวความคิดเกี่ยวกับการแยกการใช้อำนาจรัฐ

มองเตสกีเออ (Montesquieu) ได้เขียนหนังสือหลายเล่ม แต่ที่มีชื่อเสียงไปทั่วโลก คือ หนังสือเรื่อง “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l'esprit des lois, 1748) มองเตสกีเออนั้นเป็นผู้เลื่อมใส จอห์น ล็อก อย่างลึกซึ้ง และชื่นชมระบอบการปกครองของอังกฤษมาก มองเตสกีเออเป็นนักกฎหมายที่สนใจค้นคว้าได้เดินทางไปรวบรวมข้อมูลในหลายประเทศ เพื่อกลับมาเขียนเรื่องเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ดังนั้นงานเขียนของมองเตสกีเออจึงคล้ายกับบอริสโตเติลที่เขาชื่นชม คือ ให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงมากกว่าการสร้างการเมืองการปกครองแบบอุดมคติ โดยได้แบ่งอำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย คือ อำนาจนิติบัญญัติ (puissance legislative) อำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง (puissance executrices des chose qui dependent du droit civil) รัฐบาลที่ดีจะต้องเป็นรัฐบาลที่มีอำนาจแต่ละอำนาจใช้โดยองค์กรแต่ละองค์กรแตกต่างกัน “เมื่อบุคคลคนเดียวหรือองค์กรคนเดียวมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน เสรีภาพจะเกิดขึ้นไม่ได้และไม่มีเสรีภาพอีกเช่นกัน ถ้าอำนาจตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติหรือบริหาร” มองเตสกีเออวิเคราะห์รัฐธรรมนูญอังกฤษว่ามีการแบ่งแยกอำนาจนั้น เพราะมีสถาบันกษัตริย์ (อำนาจบริหาร) มีสภาขุนนางซึ่งมีสมาชิกเป็นขุนนางอภิสิทธิ์ชนของสังคม และสภาสามัญ ผู้แทนของประชาชน ซึ่งมองเตสกีเออเห็นว่าสถาบันทั้ง 3 นี้ต้องก่อให้เกิด

⁶⁰ ฎริชญา วัฒนรุ่ง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 170-171.

ดุลยภาพทางสังคม (equilibre social) ให้ได้เพราะตนเป็นผู้แทนชนชั้นต่างๆ ของสังคม แล้วมองเตสติเอสสรุปว่า ระบบกษัตริย์ที่เสรี (monarchie liberale) เป็นระบบที่ดีที่สุดในการก่อให้เกิดเสรีภาพ⁶¹

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจและไม่มี การควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสาม มิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ⁶² นิติรัฐจึงเป็นหลักการปกครองประเทศที่ไม่ถือบุคคลเป็นใหญ่ แต่ถือหลักเกณฑ์และกติกาสังคมเป็นสำคัญ ผู้ปกครองประเทศมิใช่เจ้าของประเทศ เพียงแต่เป็นผู้ที่ประชาชนมอบหมายไว้วางใจให้เข้ามาใช้อำนาจแทนประชาชน และเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนเท่านั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐมิใช่เจ้าของอำนาจรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือตามอารมณ์ของตนมิได้ ต้องใช้ตามหลักเกณฑ์กติกาที่สังคมวางไว้ด้วยความสุจริตไม่เลือกปฏิบัติ ต่อบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม และไม่รุนแรงยอหย่อนจนเกินไปแม้หลักนิติรัฐจะถือหลักเกณฑ์ดีกว่าสำคัญกว่าความรู้สึกของคน แต่แม้มิได้ถือตัวบทกฎหมายเป็นสรณะ บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผู้ปกครองบัญญัติขึ้นนั้น ถ้าปราศจากความชอบธรรมรองรับ สภาพบังคับก็แทบจะไม่มีกฎหมายดังกล่าวย่อมมีสภาพเพียงกระดาษเขียนหมึก ผู้บัญญัติย่อมเสื่อม ผู้บังคับใช้ก็พลอยเสื่อมไปด้วย

2) หลักนิติรัฐกับหลักการใช้อำนาจรัฐ

หลักนิติรัฐปฏิเสธผู้ใช้อำนาจเป็นธรรม (Might is right) แต่เทิดทูนผู้ใช้ธรรมเป็นอำนาจ (Right is might) การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความ

⁶¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) หน้า 70-71.

⁶² บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างถึงไว้ในเชิงอรรถ (32), หน้า 25.

กฎหมาย จะต้องกระทำตามกรอบและครรลองแห่งหลักนิติธรรม (Rule of law) หลักยุติธรรมตามธรรมชาติ (Principle of natural justice) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) อำนาจทุกชนิดมีต้นทุนกำกับกับการใช้อำนาจของรัฐนั้นอยู่ ถ้าหากใช้อำนาจมากย่อมหมดอำนาจได้มากเช่นกัน ครั้นไม่ใช้อำนาจในคราวที่ควรต้องใช้ ผู้ทรงอำนาจนั้นก็กลายเป็นผู้หย่อนสมรรถภาพและประสิทธิภาพ หรือขาดความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม ก็ย่อมจะทำให้เสื่อมจากอำนาจนั้นได้ไม่น้อยกว่าพวกบ้าอำนาจ ถ้าการปกครองที่ดีที่ที่สุดคือ การปกครองที่น้อยที่สุดเป็นค่ากล่าวที่ถูกต้อง การใช้อำนาจที่ดีที่ที่สุดก็ควรจะเป็นการใช้อำนาจที่ได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีที่สุด

หลักนิติรัฐว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือช่วยให้เกิดความถูกต้อง เป็นธรรม และสันติสุขในสังคม มิใช่เครื่องมือสำหรับกดขี่ ช่มเหง เอารัดเอาเปรียบประชาชนหรือผู้อื่น แสวงหาผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) วาระซ่อนเร้นภายใต้ภาพลวงตาว่าเป็นกฎหมายเพื่อประสิทธิภาพในการบริการจัดการบ้านเมืองที่ดี (Good governance) เป็นเป้าประสงค์ของหลักนิติรัฐ แต่มิใช่เป้าประสงค์ประการเดียวเหนือสิ่งอื่นใด อีกหลายประการที่สำคัญยิ่งกว่าประสิทธิภาพ เช่น ความดำรงคงอยู่อย่างสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ผลประโยชน์ของชาติและพัฒนาอย่างยั่งยืนของประชาชนหรือประโยชน์สุขของมหาชนชาวสยาม เป็นต้น หลักนิติรัฐจึงมุ่งให้มีการแบ่งแยกอำนาจและการคานอำนาจตรวจสอบอำนาจอย่างสมดุล เพราะอำนาจมักพาไปให้ใช้ผิด ยิ่งมีอำนาจเพียงใด ก็ผล่อใช้อำนาจตามอำเภอใจได้เพียงนั้น⁶³ ดังที่ลอร์ด แอ็กตัน (Lord Acton) กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่ไม่ชอบและการมีอำนาจเบ็ดเสร็จนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่ไม่ชอบอย่างเด็ดขาด” (Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely)⁶⁴ การมีผู้มีอำนาจเด็ดขาดแต่ผู้เดียวจะไม่เกิดผลดีแก่สังคม ทั้งเพลโต (Plato: 427-347 B.C) และอริสโตเติล (Aristotle: 384- 322 B.C.) ต่างกล่าวถึงการปกครองที่มีองค์กรหลายองค์กรรวมกัน มีอำนาจต่างๆภายในรัฐทำให้การใช้อำนาจเป็นไปตามเหตุผลมากกว่าและทำให้รัฐมีการปกครองที่ดีกว่า⁶⁵

⁶³ จริญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้วในเชิงอรรถ (8), หน้า 72.

⁶⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ, จีระวิชาการพิมพ์, 2540, หน้า 30.

⁶⁵ M.J.C. Vile., *Constitutionalism and the Separation of Powers*. (Oxford: Clarendon Press, 1967), pp. 35-36.

2.4.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ตามทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de droit) รัฐ องค์กรของรัฐ และหน่วยงานของรัฐจะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้⁶⁶ ผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำของรัฐและองค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายเช่นกัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีองค์กรและกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย

ในระยะเริ่มแรก ยังไม่มีการเน้นให้องค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะต้องกระทำการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพราะเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชนเจ้าของอำนาจสูงสุดเองแล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายเสียเอง อีกทั้งเห็นว่าสิ่งที่รัฐสภาตราออกมาซึ่งได้แก่พระราชบัญญัตินั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้วและไม่น่าที่จะขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะการที่องค์กรผู้แทนปวงชนได้ออกพระราชบัญญัติก็เท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่าพระราชบัญญัตินั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในบางประเทศจึงไม่มีองค์กรและกลไกควบคุมพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา เช่น ในประเทศฝรั่งเศสก่อน ปี ค.ศ. 1958 ดังนั้น ในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมุ่งควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นหลัก⁶⁷ แต่ต่อมาเมื่อมีการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นในคดี *Marbury v. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 โดยจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ผู้พิพากษาศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ได้ใช้ตรรกะง่ายๆ ถ้ารัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดาหรือกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ศาลสูงสุดก็ย่อมต้องใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่กฎหมายอื่นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้

⁶⁶ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 154.

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถ* (30), หน้า 275-276.

ต่อมาในปี ค.ศ. 1902 ออสเตรียเป็นประเทศยุโรปประเทศแรกที่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จากนั้นประเทศอื่นๆ ก็ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในระบบของตน ดังนั้นจึงถือกันว่าไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นของรัฐจะต้องเคารพกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศนั้นด้วย ดังนั้นการกระทำใดๆ ของรัฐและองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะถูกศาล (ซึ่งอาจจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมหรือองค์กรพิเศษอื่น เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ) พิจารณาวินิจฉัยตัดสินว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้ ในทางทฤษฎีนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐจึงประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ “หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และ “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ”⁶⁸ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

1) **หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย** กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ย่อมมีหน้าที่ละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวใดๆ อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายนั้นๆ ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย ดังนั้น การกระทำทางปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการได้ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่ก็อาจถูกลบล้างหรือยกเลิกได้ในภายหลัง

2) **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ** กำหนดว่าองค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการนั้นได้ กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานะทางกฎหมายรองรับเหตุผลเบื้องต้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย

⁶⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546), หน้า 20-26.

“ไม่มีอำนาจ” อธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา ซึ่งตามหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม และหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยหลักการแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น โดยปกติได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด เป็นต้น ส่วน “กฎหมายลำดับรอง” (Subordinate legislation) หรืออนุบัญญัติอื่น ซึ่งประกอบด้วย พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น และระเบียบข้อบังคับนั้น อาจให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะกระทำการใดๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน แต่ “กฎหมายลำดับรอง” หรืออนุบัญญัตินั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่งซึ่งจะออกมาใช้บังคับได้ก็แต่โดยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น⁶⁹ ดังนั้น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจจึงถือเป็นหลักพื้นฐานของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายซึ่งองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

2.4.4 หลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย

หลักความเสมอภาคถือเป็นหนึ่งในหลักพื้นฐานที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตย ประกอบด้วย เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ เพราะเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นอย่างจริงจัง หลักความเสมอภาคนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า “ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติหรือได้รับการปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน”⁷⁰ ดังนั้น หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน จึงเป็นกรณีที่ต้องถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการขัดหรือแย้งกับ “หลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย” (Principle of equality before the law) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่นอันเป็นทั้งความเสมอภาคทางสิทธิหรือหน้าที่ซึ่งเป็นภาระทางกฎหมาย

⁶⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงจรด (29), หน้า 15-20.

⁷⁰ โปรตุเกสและเยอรมนีในสมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, ใน วารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (มิถุนายน 2543), หน้า 164-167.

หลักความเสมอภาคในทางกฎหมายยังเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของ คัดค้านการตีความความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายที่แสดงให้เห็นว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันตามธรรมชาติและทุกคนต้องเคารพในสิทธิเสรีภาพของกันและกัน อันมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลและกับสังคม เพราะหลักความเสมอภาคเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มนุษย์จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีหากมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกันกับมนุษย์คนอื่นๆ ในสังคม หลักความเสมอภาคจึงหมายถึงความเสมอภาคในทางกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ไม่ใช่หมายความว่าทุกคนจะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์และความเสมอภาคในทางกฎหมายนี้อาจเป็นไปได้ทั้งในทางสิทธิและในทางหน้าที่หรือภาระ⁷¹ ดังนั้น หลักความเสมอภาคอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน องค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาคในทางกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) หรือสองมาตรฐาน (Double standard)

ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อหลักความเสมอภาค เพราะฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัด อันเป็นการผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายหรืออำนาจในการกำหนดมาตรการที่จะเป็นการแทรกแซงต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมทั้งการกระทำใดที่อาจจะละเมิดต่อหลักความเสมอภาคได้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น โดยหลักทั่วไปแล้ว ภารกิจของฝ่ายปกครองนั้นเกี่ยวกับกฎเกณฑ์อันเป็นเรื่องเฉพาะราย ซึ่งหมายความว่าจะมีการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคได้ เมื่อฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องตั้งแต่ 2 กรณีขึ้นไปโดยปฏิบัติให้แตกต่างกัน ตามหลักแล้ว ในกรณีของฝ่ายปกครองการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายได้ให้อำนาจใช้ดุลพินิจอิสระในการ

⁷¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรอด (35), หน้า 94-97; หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), “คำอธิบายกฎหมายปกครอง”, ใน *ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชน ของปรีดี พนมยงค์*, (กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 154.

เลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งเท่านั้น หากกฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบในทางกฎหมายและกำหนดผลไว้อย่างชัดเจน โดยมีได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อได้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามองค์ประกอบของกฎหมายแล้ว แต่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามผลของกฎหมายในกรณีนี้ย่อมถือว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคเช่นกัน แต่การปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคในกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายอย่างผิดพลาด

หลักความเสมอภาคนั้นนำไปสู่ความผูกพันตนเองของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งความผูกพันดังกล่าวนี้ย่อมได้รับการยืนยันจากการปฏิบัติฝ่ายปกครองอย่างต่อเนื่องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในแนวทางนั้นมา โดยตลอด ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอาจจะใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สำคัญที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจให้แตกต่างกันไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมา แต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติมาเป็นเวลายาวนานในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้เมื่อการเปลี่ยนแปลงนั้นได้ผ่านการไตร่ตรองอย่างมีเหตุผลและการเปลี่ยนแปลงนั้นจะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันในอนาคต

หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อแตกต่างใดๆ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมายหมายถึง กรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันสองข้อเท็จจริงเปรียบเทียบกันในสาระสำคัญเท่านั้น ซึ่งมีความหมายว่าบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งนั้นสามารถเปรียบเทียบกับอีกบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่งหรือข้อเท็จจริงหนึ่งได้ โดยนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้นๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบ Gerhard Leibholz เห็นว่าการพิจารณาว่าอะไรเป็นสาระสำคัญ มีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายนั้น มีหลักอันเป็นสาระสำคัญว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไม่ได้ให้แตกต่างกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกันมิให้เท่าเทียมกัน”⁷²

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถ (32), หน้า 175-179.

2.4.5 หลักการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

คำว่า “การควบคุม” หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครอง ประการหนึ่ง และการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง ส่วน “การตรวจสอบ” หมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือมีนิติกรรมทางปกครองว่าฝ่ายปกครองดำเนินการดีหรือไม่ถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง ในแง่นี้การตรวจสอบจึงหมายถึง การควบคุมก่อนการกระทำ ซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น ดังนั้น การตรวจสอบจึงมีได้หลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้งคัดค้าน การปรึกษาหารือ การไต่สวนทั่วไป การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง สิทธิของคู่ความที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น ขณะเดียวกัน “การเยียวยา” หมายถึง การแก้ไขซึ่งความผิดพลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน อันเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นในตัวว่าเป็นการควบคุมภายหลังการกระทำโดยการทำให้ผลของการละเมิดกฎหมายหมดไปให้มากที่สุด⁷³ ดังนั้น “การควบคุมฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อน อันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งที่เป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองและการควบคุมจากภายนอก เช่น โดยศาล โดยรัฐสภา หรือโดยองค์กรพิเศษ “การควบคุมฝ่ายปกครอง” ก็คือ “การคุ้มครองประชาชน” จากการกระทำของฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนแบ่งได้ 2 ระยะ คือ การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนก่อนและหลังการกระทำทางปกครอง

ในทางทฤษฎี อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่จะออกคำสั่งต่างๆ นั้นอาจจำแนกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory power/Competence lie) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary power/Pouvoir discretionnaire) *อำนาจผูกพัน* คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้นจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้ *อำนาจผูกพัน*แท้ที่จริงก็คือหน้าที่นั่นเอง แต่ที่ยังเรียกกันว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่า คำวินิจฉัย

⁷³ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544), หน้า 267.

สิ่งที่มาเป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของตนนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้น ส่วนอำนาจดุลพินิจ เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน มีผู้พยายามให้คำนิยามของอำนาจนี้ไว้หลายสำนวนด้วยกัน เป็นต้นว่า “อำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า” องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำกรที่สามารเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆประการที่แตกต่างกันออกไป” ให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด “ข้อความคิดที่แท้จริงของดุลพินิจทางปกครองเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในอันที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาการหลายๆ อย่างซึ่งเป็นไปได้ที่จะกระทำและซึ่งเปิดช่องให้วิญญูชนมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าการใดเป็นการอันพึงปรารถนา” ดุลพินิจ คือ อำนาจในอันที่จะออกคำสั่งซึ่งในทางภาวะวิสัยแล้วไม่อาจตัดสินใจได้ว่าถูกหรือผิด” อำนาจดุลพินิจ คือ เสรีภาพที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรเลือกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่างที่แตกต่างกันออกไปและออกคำสั่งตามที่ได้ตกลงใจเลือก⁷⁴

ความจำเป็นที่ต้องควบคุมฝ่ายปกครองในการปกครองระบอบประชาธิปไตย นอกจากจะเป็นระบบการเมืองแล้วยังมีความหมายรวมไปถึงระบบการปกครองโดยกฎหมายที่เรียกว่า “นิติรัฐ” ซึ่งรัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐนั้นด้วย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลำดับใดก็ตาม ในกรณีที่รัฐ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องมีองค์กรและกระบวนการที่เป็นอิสระมาตัดสินปัญหาและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนได้

ระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐประชาธิปไตยจึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะขาดเสียมิได้ ระบบการควบคุมการใช้อำนาจที่เป็นหลักประกันสิทธิ

⁷⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักความชอบด้านกฎหมายและดุลพินิจของฝ่ายปกครอง : หลักสูตรการเรียนรูกฎหมายมหาชนด้วยตนเอง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 106-108.

เสรีภาพของประชาชนจึงต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภท ให้เป็นไปได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ถูกต้องเป็นธรรมและมีหลักการที่ดี เมื่อกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนยังพัฒนาไปเรื่อยๆ ตามบทบาทของรัฐในบริบทเศรษฐกิจสังคมและการเมือง กฎหมายมหาชนบัญญัติที่ใช้บังคับต่อรัฐในบริบทเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง กฎหมายมหาชนบัญญัติที่ใช้บังคับต่อรัฐและองค์กรของรัฐจึงต้องพัฒนาตามไปด้วย องค์กรสำคัญที่สุดที่ทำให้พัฒนาการนี้เป็นไปด้วยดี มีดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนและเอกชน ต้องมีองค์กรควบคุมการกระทำหรือนิติกรรมขององค์กรของรัฐทุกประเภทที่เหมาะสมโดยเน้นความสำคัญของศาลพิเศษในกฎหมายมหาชน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองในฐานะที่เป็นผู้สร้างบรรทัดฐานหรือระเบียบแบบแผนที่เหมาะสมได้ดุลยภาพ⁷⁵

2.5 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐ

2.5.1 แนวคิดและหลักการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐ

ในการใช้อำนาจรัฐนั้น ประชาชนมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเองโดยตรง แต่องค์กรของรัฐจะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐซึ่งมาจากอำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐและเป็นอำนาจของประชาชน ระบบกฎหมายไทยจึงได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นประมุขแห่งรัฐที่มีอำนาจรัฐอธิปไตยเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนโดยผ่านองค์กรของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ คือ ใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และใช้อำนาจตุลาการทางศาล⁷⁶ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐแทนประมุขแห่งรัฐและประชาชนต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ตามหลักประชาธิปไตยที่ยอมรับกันเป็นสากล องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐ ต้องมีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงทางหนึ่งทางใด

⁷⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2531, หน้า 3.

⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

กับประชาชนซึ่งอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะและในระดับความเข้มข้นที่แตกต่างกัน เพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีแรกเป็นกรณีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยในแง่ตัวบุคคล ซึ่งเรียกร้องให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐจะต้องมีความเชื่อมโยงย้อนกลับไปถึงประชาชนได้ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้ที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมมีความเชื่อมโยงกับประชาชนในลักษณะนี้ เพราะการเข้าดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นผลจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่างๆ ฉบับถาวรแล้วพบว่า ส่วนใหญ่แล้วสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นองค์กรของรัฐองค์กรเดียวที่มีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยในลักษณะนี้ ส่วนความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมนั้นจะเกิดขึ้นกับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากองค์กรที่มีความเชื่อมโยงโดยตรงหรือโดยอ้อมจากประชาชน เช่น นายกรัฐมนตรีซึ่งมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมมีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยอ้อมผ่านทางสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรง ในการมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี กษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามคำแนะนำของสภาผู้แทนราษฎร จะแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามพระราชประสงค์ของพระองค์ไม่ได้

2) กรณีที่สองเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยในแง่ของเนื้อหา หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐในทางเนื้อหาจะต้องย้อนกลับไปเชื่อมโยงกับประชาชนได้ เช่น บรรดากฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดจากที่รัฐสภาถวายคำแนะนำและยินยอมให้กษัตริย์ทรงตราขึ้นนั้นย่อมผูกพันให้องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติตามในระบอบประชาธิปไตย รัฐสภาย่อมต้องมาจากประชาชน การเรียกร้องให้บรรดาองค์กรต่างๆ ของรัฐต้องผูกพันตามกฎหมายที่รัฐสภาถวายคำแนะนำและยินยอมให้กษัตริย์ทรงตราขึ้นนั้น ย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐต้องเป็นไปตามเจตจำนงของประชาชน เนื่องจากบรรดาสมาชิกรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งนั้นไม่ได้ดำรงตำแหน่งตลอดไป แต่จะต้องลงสมัครรับเลือกตั้งเมื่อตนดำรงตำแหน่งครบวาระ ด้วยเหตุนี้จึงเชื่อว่าบรรดาสมาชิกเหล่านั้นจะพยายามทำงานให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนเพื่อที่ประชาชนจะเลือกตนเข้ามาเป็นผู้แทนอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้นการออกกฎหมายของรัฐสภาก็ย่อมเป็นไปตามความต้องการของประชาชน การกำหนดให้บรรดาองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง

ผูกพันตามกฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เท่ากับกำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับการให้เป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁷⁷

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยซึ่งเป็นระเบียบทางกฎหมายของรัฐมีจะระบุจุดประสงค์ของรัฐ หรือวัตถุประสงค์ของรัฐไว้ในเรื่องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐหรือที่เรียกว่า “หลักการแห่งนโยบาย” ซึ่งจะเห็นได้ว่าในรัฐธรรมนูญไทย⁷⁸ บัญญัติว่า “บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นเจตจำนงให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน” ดังนั้นการบัญญัติแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องรัฐ แต่ถ้ารัฐใดไม่ทำก็มีทางบังคับทางการเมืองได้โดยการอภิปรายไม่ไว้วางใจ หรือการตั้งกระทู้ถาม ถ้าหากปกครองในระบอบรัฐสภา การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐที่กล่าวมาแล้วจะต้องอาศัยองค์กรของรัฐ

องค์กร (Organ) เป็นแนวความคิดทางกฎหมาย (Legal concept) เพราะในทางกฎหมายถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลมหาชน เป็นผู้ที่ทรงสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง จึงจำเป็นต้องกำหนดให้บุคคลธรรมดาทำหน้าที่แสดงเจตนาและกระทำการ ซึ่งมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย บุคคลธรรมดานี้เรียกว่า “องค์กรของรัฐ” องค์กรของรัฐจึงหมายถึงบุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือเครื่องมือในการแสดงเจตนาและกระทำการต่างๆ ตามภารกิจของรัฐซึ่งมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่องค์กรของรัฐนั้นแตกต่างจากตัวแทนในทางกฎหมายลักษณะตัวการตัวแทนตามกฎหมายแพ่ง คือตามกฎหมายแพ่งนั้น ตัวแทนแสดงเจตนาหรือกระทำการในนามของตนเอง เพียงแต่ได้รับมอบอำนาจให้กระทำแทนบุคคลที่เรียกว่าตัวการ ตัวแทนมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากตัวการ ในเรื่องตัวการตัวแทนจะมีบุคคลอยู่ 3 ฝ่าย คือ (1) ตัวการ (2) ตัวแทน (3) บุคคลภายนอก ส่วนองค์กรของรัฐไม่ได้กระทำการหรือแสดงเจตนาในนามของตนเอง แต่แสดงเจตนาหรือกระทำการในนามของรัฐ การกระทำขององค์กรถือเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น การกระทำของบุคคลธรรมดาตามภารกิจของรัฐในฐานะเป็นองค์กรของรัฐ จึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อตัวบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐแต่มีผลผูกพันรัฐ เมื่อพิจารณาในแง่องค์กรจะเห็นได้ว่ามี

⁷⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 186-187.

⁷⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 75.

บุคคล 2 ฝ่าย คือ รัฐและบุคคลภายนอกเพราะองค์กรของรัฐไม่ถือว่าเป็นสภาพบุคคลในทางกฎหมายแยกจากรัฐแต่องค์กรของรัฐเป็นกลไกในการทำงานของรัฐหรือเรียกว่า “องคายพของรัฐ” นั่นเอง

ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าองค์กรของรัฐประกอบด้วย “อำนาจหน้าที่” ของรัฐ เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และตัวแทนบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่” หรือ “พนักงานเจ้าหน้าที่” องค์กรของรัฐแม้จะต้องประกอบด้วยบุคคลธรรมดาแต่ก็แยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐได้ องค์กรของรัฐจึงมีลักษณะในทางกฎหมายคือไม่มีวันตาย แต่ตัวบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งอาจตายได้และเปลี่ยนแปลงได้ เพราะเป็นสิ่งที่มิชีวิตเช่นตำแหน่งนายกรัฐมนตรีย่อมแยกจากตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐจึงมีสถานะพิเศษคือมี 2 สถานะ คือสถานะส่วนตัว ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา และสถานะข้าราชการซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ ในสถานะส่วนตัว ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐเหมือนเช่นบุคคลธรรมดาโดยทั่วไป แต่ในสถานะที่เป็นองค์กรของรัฐย่อมไม่มีสิทธิและหน้าที่ของตนเองเป็นอิสระจากรัฐ เพราะเป็นกลไกในการแสดงเจตนาหรือการกระทำการต่างๆ ของรัฐ

2.5.2 ลักษณะการแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ

การแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรภาครัฐแยกได้เป็น 2 ลักษณะคือ การแบ่งอำนาจหน้าที่ของรัฐในระดับเดียวกันและในต่างระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกัน การแบ่งอำนาจหน้าที่ในระดับเดียวกันจะเป็นการแบ่งแยกองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ส่วนการแบ่งแยกต่างระดับไม่เท่าเทียมกันนั้น ส่วนใหญ่เป็นการแบ่งอำนาจหน้าที่ในฝ่ายองค์กรบริหารของรัฐ เช่น การจัดระเบียบบริหารราชการของไทยแบ่งออกเป็นรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี โดยรัฐมนตรีฐานะเหนือปลัดกระทรวง และปลัดกระทรวงมีฐานะเหนืออธิบดี เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าองค์กรระดับล่างมักอยู่ในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติ องค์กรในระดับสูงอยู่ฐานะเป็นผู้กำหนดนโยบายและควบคุมตรวจสอบองค์กรระดับล่าง การแบ่งอำนาจหน้าที่กรณีนี้เรียกว่าการแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในระดับบังคับบัญชา

นอกจากนี้ การแบ่งอำนาจหน้าที่อาจแบ่งแยกในลักษณะ “รวมศูนย์อำนาจ” (Centralization) และ “กระจายอำนาจ” (Decentralization) ลักษณะรวมศูนย์อำนาจเป็นการรวมศูนย์การบังคับบัญชาการวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางแห่งเดียว ทั้งนี้เพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งประเทศและเพื่อความสะดวกในการบริหาร

อาจแบ่งอำนาจให้เจ้าหน้าที่ส่วนกลางไปปฏิบัติงานตามพื้นที่ในภูมิภาคต่างๆ แต่การแบ่งสรรอำนาจให้เจ้าหน้าที่ส่วนกลางไปปฏิบัติงานตามพื้นที่ในภูมิภาคต่างๆ ในลักษณะนี้ยังคงรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการเด็ดขาดไว้ในที่ส่วนกลาง ทำให้องค์กรหรือหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่กระจายอยู่ตามภูมิภาคต่างๆ ของรัฐไม่สามารถตัดสินใจดำเนินการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง ทำให้การตัดสินใจล่าช้า เพราะต้องรอคำสั่งจากศูนย์กลาง หรือทำให้การตัดสินใจไม่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่มีปัญหาแตกต่างกันในท้องถิ่นต่างๆ ของประเทศ แต่ต้องปฏิบัติเหมือนกันหมด นอกจากนี้ยังทำให้องค์กรที่รวมศูนย์อำนาจมีลักษณะใหญ่โตมีปัญหาในการบริหารมากมายยากในการแก้ไข

ส่วนการแบ่งอำนาจหน้าที่ในลักษณะ “กระจายอำนาจ” เป็นการแบ่งภารกิจของรัฐให้เล็กลง และมอบอำนาจให้ผู้รับมอบสามารถใช้ดุลพินิจอิสระในการบริหารในขอบเขตที่มอบหมายได้โดยมีนโยบาย มีคนมีเงินและทรัพย์สินของตนเองทำให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ และมองเห็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นง่าย มีประสิทธิภาพมากขึ้น และถ้าเป็นการมอบอำนาจให้ประชาชนในท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็จะทำให้ประชาชนในท้องถิ่นสามารถบริหารท้องถิ่นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของตนเองได้ เป็นลักษณะที่ส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยในตัวเอง อย่างไรก็ตาม องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจการตัดสินใจตามหลักการกระจายอำนาจยังต้องถูกควบคุมโดยองค์กรของรัฐซึ่งมีฐานะเหนือกว่า เพื่อรักษาความเป็นรัฐโดยส่วนรวมเอาไว้ แต่การควบคุมอยู่ในลักษณะใช้อำนาจที่เรียกว่า “อำนาจกำกับดูแล” คือใช้อำนาจควบคุมให้อยู่ในวงเขตของอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ หรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายไม่มีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้ดำเนินการตามแนวทางหรือนโยบายขององค์กรระดับสูงได้ โดยปกติองค์กรในระบบกระจายอำนาจต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล และหากมีข้อขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ก็ต้องชี้ขาดโดยศาล

2.5.3 การจัดแบ่งประเภทขององค์กรภาครัฐ

การจัดตั้งองค์กรของรัฐให้อำนาจหน้าที่ต่างๆ เพื่อดำเนินภารกิจของรัฐโดยปกติ ต้องจัดตั้งโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในระดับใดนั้นขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรนั้นๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยทั่วไปหรือไม่ ถ้ามีจะต้องจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ แต่ถ้าอยู่ในลักษณะเป็นการจัดระเบียบภายในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ อาจจัดตั้งโดย

กฎหมายลำดับรองหรือระเบียบทางบริหารก็ได้ องค์กรของรัฐจึงแบ่งออกได้เป็นหลายประเภทคือ 1) องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม 2) องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม 3) องค์กรสูงสุดและองค์กรลำดับรอง

1) องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนสมาชิกที่ประกอบขึ้นเป็นองค์กรนั้นๆ ถ้าองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกคนเดียวก็จะเป็น “องค์กรเดี่ยว” ถ้าประกอบด้วยสมาชิกหลายคนก็จะเป็น “องค์กรกลุ่ม” (Collective organ) การแสดงเจตนาขององค์กรเดี่ยวนั้นไม่ซับซ้อนเพราะสามารถตัดสินใจและแสดงเจตนาโดยบุคคลคนเดียวไม่ต้องร่วมตัดสินใจกับองค์กรอื่น เพียงแต่พิจารณาเฉพาะขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นก็เพียงพอ เช่น ประมุขแห่งรัฐ นายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นต้น ส่วนองค์กรกลุ่มนั้นการตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนกว่าองค์กรเดี่ยว เพราะองค์กรกลุ่มประกอบด้วยสมาชิกหลายคน เช่น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรลำดับรองลงมาที่อยู่ในรูปคณะกรรมการต่างๆ เป็นต้น

2) องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากจำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา กล่าวคือ ถ้าเรื่องใดกฎหมายกำหนดให้การแสดงเจตนาให้ผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเข้าร่วมแสดงเจตนาหรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องประกอบด้วยการแสดงเจตนาของสององค์กรขึ้น องค์กรที่เข้าร่วมตัดสินใจหรือร่วมแสดงเจตนาทั้งหมดจัดเรียกว่าเป็น “องค์กรร่วม” เพราะองค์กรที่ไม่มีอำนาจตัดสินใจเด็ดขาดหรือแสดงเจตนาในตัวเอง ถ้าแสดงเจตนาโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียวก็มีผลสมบูรณ์ องค์กรนั้นเรียกว่าเป็น “องค์กรเอกเทศ”

องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง เพื่อให้มีการประสานงานหรือร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เพื่อรวมประสบการณ์ความรู้ความสามารถต่างๆ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น เช่น ในระบบสองสภา การตรากฎหมายจะต้องผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภา ในระบบสองสภานี้อาจอยู่ในลักษณะสภาหนึ่งเป็นสภาผู้แทนราษฎรจากการเลือกตั้ง อีกสภาหนึ่งเป็นสภาที่มาจากแต่งตั้งโดยสืบทระกูลหรือสายโลหิต หรือโดยฐานะเป็นผู้ทรงคุณวุฒิหรือในระบบสหพันธรัฐ (Federation State) สภาสูงเป็นสภาที่มาจากผู้แทนรัฐสมาชิก สภาล่างมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในทุกรัฐ เป็นต้น

ในการตรากฎหมาย นอกจากต้องได้รับคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภาแล้ว ยังต้องให้ประมุขของรัฐลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วย ในกรณีนี้ประมุขแห่งรัฐจึงเป็นองค์กรร่วมในการตรากฎหมายของรัฐและมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังนั้นในกรณี “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งเป็นองค์กรริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย “รัฐสภา” เป็นองค์กรพิจารณาให้ความเห็นชอบ และ “พระมหากษัตริย์” ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว องค์กรทั้งหมดจัดเป็นองค์กรร่วมในการใช้อำนาจพิจารณาและให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติ

3) องค์กรสูงสุดและองค์กรลำดับรอง

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน เพราะองค์กรของรัฐต้องเกิดขึ้นหรือจัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย “องค์กรสูงสุด” เป็นองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนด และไม่อยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรอื่น เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น องค์กรสูงสุดถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีได้อยู่ใต้องค์กรอื่นใด บางครั้งจึงเรียกว่าเป็น “องค์กรโดยตรง” หรือ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ส่วน “องค์กรลำดับรอง” เป็นองค์กรที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าองค์กรสูงสุด เพราะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือรัฐสภา องค์กรประกอบนี้จึงอาจเรียกว่า “องค์กรโดยอ้อม” องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ ซึ่งแสดงออกโดยกฎหมายจัดตั้ง แต่ทั้งนี้มิใช่เพียงองค์กรที่กฎหมายกล่าวถึงเท่านั้น แต่จะต้องกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ด้วย โดยปกติองค์กรลำดับรองเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย เช่น อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือคณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ เป็นต้น⁷⁹

2.6 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญนี้จะมีผลต่อ “การกระทำและเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายในราชอาณาจักร”⁸⁰ หมายความว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตอำนาจเหนือ

⁷⁹ สมยศ เชื้อไทย, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (26), หน้า 202-212.

⁸⁰ หยุด แสงอุทัย, 2518, หน้า 90.

อาณาเขตของรัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ และประชาชนหรือบุคคลของรัฐ แต่ก็อาจมีข้อยกเว้น เช่น พระมหากษัตริย์ไทยและพระบรมวงศานุวงศ์ไม่ต้องไปลงคะแนนเสียงเลือกตั้งตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นต้น

2.6.1 องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญจัดเป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับ (Jus cogens) คือ คู่กรณีไม่สามารถเปลี่ยนแปลง⁸¹ ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว บุคคลทุกคนจึงต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยมีองค์กรภาครัฐที่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเพื่อให้มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คือ รัฐสภา รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) ศาล (ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และศาลทหาร) รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ซึ่งตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคสอง การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐก็เพื่อให้มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปตามหลักนิติธรรม

2.6.2 การยกเลิกการใช้และการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญอาจถูกยกเลิกการใช้และการบังคับใช้รัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการ 2 วิธีคือ 1) รัฐธรรมนูญอาจถูกยกเลิกโดยผู้มีอำนาจในการใช้รัฐธรรมนูญและผู้ที่มีอำนาจรัฐอธิปไตย เช่น การปฏิวัติหรือการรัฐประหาร และ 2) รัฐธรรมนูญอาจถูกยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิก นั่นคือ รัฐธรรมนูญฉบับเก่ากำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและมีการดำเนินการแก้ไขหรือเพิ่มเติม ผลก็คือการสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขแล้ว

2.6.3 การพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ

การยกเลิกรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นได้หลายกรณีตามสถานการณ์การเมืองและสังคมของแต่ละประเทศ แต่การยกเลิกกฎหมายสูงสุดของประเทศบ่อยครั้งหรือการกระทำการใดๆ ที่ทำให้รัฐธรรมนูญเสียความเป็นกฎหมายสูงสุดย่อมกระทบต่อหลักการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ (Constitutional regime) รัฐธรรมนูญบางประเทศจึงบัญญัติข้อห้ามการดำเนินการทางการเมืองที่ไม่ใช่วิถีทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดโดยให้มีโทษทางอาญาในความผิดนั้นด้วย เช่น รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 63, 65 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 68-69 อย่างไรก็ตาม การมีจิตสำนึกที่ยึดถือกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นหลักปกครองของประชาชนโดยบุคคลที่ทำหน้าที่ในองค์กร

⁸¹ เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญน่าจะเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล

2.6.4 การตีความรัฐธรรมนูญ

1) แนวทางและวิธีการตีความรัฐธรรมนูญ

การตีความรัฐธรรมนูญเพื่อนำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไปบังคับใช้ให้สัมฤทธิ์ผลนั้นใช้วิธีการตีความเหมือนเป็นกฎหมายทั่วไป *การตีความตามตัวอักษรของกฎหมาย* ถ้าเป็นภาษาธรรมดา ถ้าเกิดจากศัพท์ให้อธิบายไปตามศัพท์ หรือถ้าเป็นบทนิยามก็ให้เข้าใจตามคำนิยามนั้น เมื่ออธิบายเข้าใจได้ด้วยตัวอักษรก็แสดงว่าใช้ได้ แต่ถ้าหากว่ายังไม่เข้าใจพอก็ต้องพิจารณาเพื่อหยั่งถึงความต้องการที่แท้จริงของการบัญญัติบทกฎหมายโดย *การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย* (ทฤษฎีอำเภोजิต และทฤษฎีอำเภอกาญจน์) ซึ่งเจตนาของการใช้การตีความทั้งสองนี้ก็เพื่อที่หยั่งให้ทราบถึงความต้องการที่แท้จริงของการบัญญัติกฎหมายว่าเบื้องหลังที่มาของตัวอักษรนั้นต้องการให้บทกฎหมายนั้นมีความหมายกว้างลึกร้อย่างไร

การที่ต้องมีการตีความก็เพราะความรู้ความเข้าใจในศัพท์ นิยามศัพท์ ความหมายของเนื้อความ ฯลฯ ของบุคคลแต่ละคนแตกต่างกัน ประกอบกับหลักการและวิธีการดำเนินการไม่ใช่เรื่องเดียวกัน วิธีการเป็นการปฏิบัติที่จะแสดงภาพหลักการให้ปรากฏ เช่น การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง 1 คน 1 เสียง จะแสดงถึง “ความเท่าเทียมกัน” เป็นต้น ยิ่งไปกว่านั้นการปรับกฎหมายมาใช้กับสถานการณ์ปัจจุบันโดยยึดแต่ความเข้าใจเดิม โดยไม่ยอมรับสภาพการที่เปลี่ยนแปลงไปแล้วก็ไม่ใช่เป็นการใช้กฎหมายในความหมายของการมีกฎหมายไว้ใช้ ดังนั้นจึงพบว่า การตีความกฎหมายจะต้องเกิดขึ้นพร้อมๆ กับการใช้กฎหมายและจำเป็นต้องใช้การอภิปรายโต้แย้งด้วย หากว่ามีปัญหาขึ้นมาจากการปรับใช้กฎหมายนั้นทั้งนี้เพื่อหาข้อยุติเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายดำเนินการใช้ได้

การตีความกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญประการหนึ่งของการใช้รัฐธรรมนูญที่ผู้ใช้รัฐธรรมนูญจะต้องใช้ความรู้เกี่ยวกับที่มาของแนวความคิดในแต่ละบทบัญญัติ ประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในประเทศอื่นๆ ฯลฯ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้การตีความนั้นเกิดผลได้ดังที่รัฐธรรมนูญต้องการให้เป็น

2) องค์กรที่ทำหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่มีคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญว่าการกระทำใดหรือบทบัญญัติกฎหมาย

อื่นใด (ที่ทำให้ใช้กับคู่กรณี) ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็ต้องมีองค์กรหนึ่งเข้ามาทำหน้าที่ตีความว่าข้อบัญญัติที่เกิดขึ้นเป็นไปตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญเจตนาให้เป็นไปนั้นหรือไม่ ซึ่งองค์กรนี้อาจได้แก่ ศาลยุติธรรม หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือ ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้

3) หลักเกณฑ์การตีความรัฐธรรมนูญ

3.1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละหมวดมีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะพิจารณาบทบัญญัติมาตราใดบทบัญญัติหนึ่งอย่างโดดเดี่ยว ไม่เกี่ยวข้องไปถึงส่วนอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญด้วยไม่ได้ ขณะเดียวกันต้องตีความแต่ละบทบัญญัติไม่ให้ขัดแย้งกันเองด้วย

3.2) หลักผสมผสานความขัดแย้ง ในกรณีที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิสองประเภท จะนำความสำคัญของสิทธิทั้งสองมาชั่งน้ำหนักและตัดสินใจไม่ได้ แต่จะต้องกำหนดขอบเขตของสิทธิทั้งสองให้มีโอกาสใช้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

3.3) หลักความถูกต้องตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร รัฐธรรมนูญมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรต่างๆ ของรัฐให้ทำหน้าที่ร่วมกัน ดังนั้น จะตีความให้องค์กรทำหน้าที่เฉพาะในขอบเขตที่องค์กรนั้นได้รับมอบอำนาจเท่านั้นและจะตีความให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่นี้ไม่ได้ หลักนี้ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับศาลรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ หลักความถูกต้องตามหน้าที่จึงห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความไปในทางที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการริเริ่มของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกเหนือไปจากขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือตีความให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามารับบทบาทบัญญัติกฎหมายเสียเองไม่ได้

3.4) หลักการประสานความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร ถ้าหากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพในทางการเมือง หากเกิดปัญหาในเรื่องนี้ขึ้น แนวทางการแก้ปัญหาที่จะต้องคำนึงถึงประเด็นเหล่านี้เป็นพิเศษ กล่าวคือ การแก้ปัญหาจะต้องมีผลเป็นการช่วยเสริมสร้างเอกภาพหรือรักษาความเป็นเอกภาพไว้ แต่ถ้าหากการรักษาความเป็นเอกภาพจะทำได้โดยวิธีการซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หลักอันนี้ก็จะนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาไม่ได้ เพราะมีฉะนั้นก็เท่ากับว่าการตีความรัฐธรรมนูญได้ก้าวล่วงขอบเขตอันชอบธรรมของตัวเองไป

3.5) หลักอำนาจบังคับของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญนั้นร่างขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง แต่จะต้องบังคับตลอดไป เวลาย่อมทำให้เงื่อนไขต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปด้วย ในการแก้ปัญหาตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงด้วยว่า เมื่อมีการตีความแล้วบทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญจะยังสามารถมีอำนาจบังคับได้เต็มที่ด้วย⁸² ผลของการตีความรัฐธรรมนูญที่มีต่อสถาบันการเมืองการปกครองและองค์กรทางการเมืองอื่นการวินิจฉัยว่ากฎหมาย (ของฝ่ายนิติบัญญัติ) โดหรือ การกระทำทางปกครอง (ของฝ่ายบริหาร) โด ขัดหรือแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญขององค์กรที่มีหน้าที่ตีความตามกฎหมายย่อมมีผลบังคับหรือผูกพันให้องค์กรที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามนั้น

2.6.5 ปัญหาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

ในแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดจากประเทศในแถบยุโรปค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ส่งผลให้ประเทศไทยมีแนวคิดแบ่งประเภทของกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชน (Private law) กับกฎหมายมหาชน (Public law) อย่างชัดเจน ดังนั้นจากแนวคิดของการแบ่งประเภทของกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมาย (Law enforcement) ในแต่ละประเภทก็ผิดแผกแตกต่างกันออกไป โดยหลักการใหญ่ที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดทฤษฎีที่แตกต่างของการบังคับใช้กฎหมายข้างต้นนั้น ได้แก่ ลักษณะของคู่นิติสัมพันธ์ (Legal relationship) กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายเอกชนจะบังคับใช้กับกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง แต่กฎหมายมหาชนจะถูกหยิบยกมาใช้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน รัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่ง ในแง่ของการบังคับใช้ตัวรัฐธรรมนูญบนแนวคิดคู่นิติสัมพันธ์ข้างต้นนั้นมีปัญหาอย่างไร

การบังคับใช้รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายมหาชนจะสามารถบังคับใช้ หรือใช้อ้างยันได้กับกรณีการกระทำของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนเท่านั้น ดังเห็นได้จากบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เช่น มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี

⁸² มนตรี รูปสุวรรณ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), หน้า 28-29.

ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” หรือ มาตรา 83 บัญญัติว่า “รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้ดำเนินการตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง” นั้นแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดพันธกิจ (Constitutional duties) กับรัฐหรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ ตามที่กำหนดไว้ต่อประชาชนอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนตามหลักกฎหมายมหาชนนั่นเอง ฉะนั้น เมื่อรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้จึงเป็นกรณีที่ประชาชนสามารถที่จะกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของรัฐเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) โดยองค์กรที่จะเข้ามาวินิจฉัยว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดๆ ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่คือ องค์กรศาลไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ดี มีประเด็นปัญหาว่า แล้วจะอย่างไรหากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกิดจากเอกชนด้วยตนเอง กล่าวคือ เอกชนเป็นผู้กระทำการ (Private actor) ล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนรายอื่นเสียเอง กลไกในการเยียวยาแก้ไขปัญหานี้คือ “กฎหมายลูก” เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงกฎหมายเทคนิคต่างๆ (Technique law) ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ ในฐานะกฎหมายเอกชนซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะอนุวัติการตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ จากกลไกระบบกฎหมายดังกล่าวก็ไม่น่าจะมีปัญหาใดๆ กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีของการล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำ “ละเมิดตามกฎหมายมหาชน” ผู้เสียหายอาจหยิบยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อยื่นกับรัฐได้ ส่วนกรณีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่เกิดจากเอกชนด้วยตนเองซึ่งเป็นการกระทำ “ละเมิดตามกฎหมายเอกชน” ผู้เสียหายไม่อาจที่จะอ้างตัวบทรัฐธรรมนูญเพื่อเข้ามาเยียวยาแก้ไขได้ หากแต่ต้องกล่าวอ้างถึงตัวบทกฎหมายเอกชนอื่นๆ โดยหลักการนี้ได้รับการยืนยันไว้ในคำพิพากษาของศาลฎีกา 8434-8436/2550 ดังนั้น เพื่อให้เห็นภาพชัดมากขึ้น ขอยกตัวอย่างมาอธิบายพอสังเขป เช่น *นาย ก.* สามารถอ้างได้ว่าการที่ *หน่วยงานของรัฐ* หนึ่งออกกฎเกณฑ์ในการรับเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาทำงานในหน่วยงานของตนว่าต้องเป็นเพศชายเท่านั้นโดยมิได้ให้เหตุผลประการใดๆ เป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ มีการเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องของเพศในการพิจารณารับคนเข้าทำงาน แต่ *นาย ข.* ไม่สามารถที่จะอ้างบทบัญญัติเดียวกัน

ของรัฐธรรมนูญกับกรณีบริษัทเอกชนที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าจะรับพนักงานเข้าทำงานในบริษัทก็แต่เฉพาะเพศชายเท่านั้นได้ ทั้งนี้ อยู่บนแนวคิดการแบ่งประเภทกฎหมายและวิวัฒนาการของการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญโลกคือ เมื่อครั้งโบราณกาลรัฐธรรมนูญถูกเขียนขึ้นมาเพื่อใช้ในการจำกัดอำนาจของรัฐมิให้เข้ามาละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ประเด็นคือแล้วจะอย่างไรหากเอกชนด้วยตัวเองเป็นผู้กระทำการใดๆ อันเป็นการลิดรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนอื่น อีกทั้งเมื่อตรวจสอบกฎหมายเอกชนฉบับอื่นๆ แล้วกลับไม่พบบทบัญญัติหรือกฎหมายใดๆ ที่จะเข้ามาช่วยเยียวยาแก้ไขความเสียหายได้ โดยเฉพาะการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำโดยเอกชนดังกล่าวเป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of expression) เช่น กรณีลูกจ้างถูกห้ามจากนายจ้างไม่ให้พูดคุยหรือแสดงความคิดเห็นทางการเมืองในที่ทำงานก็ดี หรือถูกห้ามมิให้ออกไปร่วมชุมนุมเพื่อเรียกร้องในทางการเมืองก็ดี ซึ่งตรงนี้ถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วโลก กรณีปัญหานี้จึงได้ถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างมากในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศไอร์แลนด์ ประเทศเยอรมนี ประเทศแคนาดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแอฟริกาใต้ ฯลฯ ว่าเกิดช่องว่าง (Loophole) หรือข้อบกพร่องในการทำหน้าที่ของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บทของประเทศที่มุ่งในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่อย่างไร

ข้อถกเถียงข้างต้นนำไปสู่สองแนวคิดคือ บางประเทศอย่างสหรัฐอเมริกา มองว่าไม่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในการเข้ามาคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนระหว่างเอกชนและเอกชนด้วยกันเพราะว่ามี “กฎหมายลูก” เช่น รัฐบัญญัติต่างๆ ประมวลกฎหมายต่างๆ เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว หากไม่มีกฎหมายลูก รัฐสภา ก็อาจดำเนินการออกกฎหมายมาเพื่อการเยียวยาและแก้ไขต่อไปได้ แต่ประชาชนไม่อาจหยิบยกเอาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นมาอ้างอิงโดยตรงกับเอกชนรายใดที่กระทำการอันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพได้ ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎี “การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ” (State action) ที่ศาลสูงสุดได้ยืนยันไว้ในคดี Civil rights cases ในทางกลับกัน บางประเทศอย่างประเทศไอร์แลนด์กลับมองว่ากรณีดังกล่าวถือเป็นช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดในประเทศไอร์แลนด์จึงมีคำพิพากษาอนุญาตให้ประชาชนสามารถกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการอ้างอิงระหว่างกันได้โดยตรง ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าเอกชนคนใดล่วงละเมิดสิทธิหรือ

เสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนเอง โดยให้เหตุผลว่า “คงไม่มีความเป็นธรรมและเหตุผลนักที่รัฐธรรมนูญจะมุ่งคุ้มครองเฉพาะการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ แต่ละเลยเพิกเฉยในการกระทำอย่างเดียวกันเพียงเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นเกิดจากเอกชนด้วยกันเอง ทั้งๆที่รัฐธรรมนูญมีหน้าที่หลักในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”

ในประเทศไทย ปัญหาที่เอกชนเป็นผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนด้วยกันเองนั้นวันจะปรากฏขึ้นในหลายรูปแบบและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ นอกจากการที่นักวิชาการต่างๆ จะมุ่งกล่าวถึงเฉพาะการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่จะต้องนำเอาประเด็นปัญหาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญมานั่งขบคิดและหยิบยกขึ้นมาถกเถียงด้วยเช่นเดียวกันว่า “กรณีหากไม่มีตัวบทกฎหมายใดๆ สามารถเข้ามารับรองและคุ้มครองได้ในการกระทำของเอกชนด้วยกันเองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของเราจะอนุญาตให้หยิบยกเอารัฐธรรมนูญขึ้นมาอ้างยันได้โดยตรงกับเอกชนรายนั้นได้หรือไม่อย่างไร” หากมีการอนุญาตให้สามารถอ้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นยันยันได้กับเอกชนผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพกับเอกชนด้วยกันเองได้โดยตรงแล้ว ควรจะมีการกำหนดประเภทของสิทธิหรือเสรีภาพหรือไม่สำหรับการอนุญาตดังกล่าว เช่น อาจจะอนุญาตให้บุคคลใดๆ สามารถอ้างรัฐธรรมนูญขึ้นอ้างยันกับเอกชนผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้เฉพาะกรณีที่สิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับการกระทบกระเทือนนั้นจะต้องเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐาน” เท่านั้น เป็นต้น อย่างไรก็ตามในระหว่างที่ประเทศไทยกำลังหาข้อสรุปว่าจะไปไปตามแนวคิดแบบใด ทางออกหนึ่งที่พอเอื้อมคว้าแก้ไขกรณีที่เอกชนเป็นผู้กระทำการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนด้วยกันเองได้ในเบื้องต้นคือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายมหาชน (Status Positivus) เพื่อให้รัฐได้กระทำการใดๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองเอกชนผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายจำต้องใช้ช่องทางตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้กำหนดให้ “บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดสิทธิและเสรีภาพได้โดยตรง” ดังนั้นการใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 28 นี้จึงเป็นการเรียกร้องให้รัฐต้องมีมาตรการใดๆ ในการเข้ามาเยียวยาแก้ไขกับกรณีที่เอกชนได้ถูกล่วงแดนแห่งสิทธิเสรีภาพจากการกระทำของเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งหากพิจารณาให้ถี่ถ้วนแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการอ้างยันต่อเอกชนผู้กระทำละเมิดด้วยกันในลักษณะทางอ้อม (Indirect horizontal effect) กล่าวคือ

เป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญด้วยการผ่านตัวกลางอย่างรัฐก่อนที่จะไปมีผลต่อเอกชนนั่นเอง⁸³

2.7 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ

2.7.1 ความหมายและความสำคัญของหลักธรรมาภิบาล

แนวคิดของหลักธรรมาภิบาล (Good governance) ได้ถูกนำเสนอเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 โดยหน่วยงานของสหประชาชาติคือ ธนาคารโลกและโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP)⁸⁴ หลังจากที่มีการอภิปรายเกี่ยวกับผลของนโยบายการปรับโครงสร้างของธนาคารโลก ในช่วงนั้นมีการใช้คำว่า “Good government” อย่างกว้างๆ ที่กล่าวถึงธรรมาภิบาลและรูปแบบของระบบการเมืองที่ครอบคลุมความรับผิดชอบต่อผลการปฏิบัติ (Accountability) และความโปร่งใส (Transparency) อีกทั้งยังมักถูกนำไปเชื่อมโยงกับเงื่อนไขทางการเมือง เช่น ความเป็นประชาธิปไตย ส่งเสริมระบบให้มีพรรคการเมืองหลายพรรค และการเลือกตั้งเสรี⁸⁵ หลังจากนั้นจึงได้มีการนำแนวคิดนี้มาใช้อย่างกว้างขวางของผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการพัฒนาประเทศ โดยเฉพาะผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในองค์การระหว่างประเทศที่มีส่วนร่วมในโครงการให้ความช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ทั่วโลก

ในการประชุม World Economic Forum ที่เมืองดาวอส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ปี ค.ศ. 1999⁸⁶ อดีตเลขาธิการสหประชาชาติ นายโคฟี อันนัน (Mr. Kofi Annan) ได้เรียกร้องให้ธุรกิจแสดงความรับผิดชอบต่อโลก (Good Global Citizenship) ในทุกที่และในทุกประเทศที่ตนทำมาหากินอยู่ด้วยการเคารพต่อหลักต่างๆ ที่เป็นข้อตกลงนานาชาติในเรื่องสิทธิมนุษยชน เรื่องมาตรฐานแรงงาน และเรื่องสิ่งแวดล้อม โดยได้เสนอบัญญัติ 9 ประการ เรียกกันว่า “The Global Compact” หรือ “The UN Global Compact” และต่อมาได้เพิ่มเป็นบัญญัติ 10 ประการ สำหรับธุรกิจ ซึ่งต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2000 ได้มีประกาศเรื่องนี้

⁸³ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, คมนะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, เข้าถึงได้จาก : www.pub-law.net.

⁸⁴ สุรพล ศรีวิทยา และคณะ, การศึกษาแนวทางแก้ไขและป้องกันการทุจริตในภาคเอกชนไทยของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์, รายงานความก้าวหน้าของกรวิจัย, สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2555, หน้า 30-31.

⁸⁵ รัชยา ศานติยานนท์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง รูปแบบใหม่ของการบริหารจัดการที่ดีในมหาวิทยาลัย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 3.

⁸⁶ สุรพล ศรีวิทยา และคณะ, อ่างแล้วในเชิงอรรถ (84), หน้า 31-32.

อย่างเป็นทางการที่สำนักงานใหญ่สหประชาชาติที่นครนิวยอร์ก The UN Global Compact นี้มีลักษณะเป็นกรอบที่ส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วยความเป็นพลเมืองดีของธุรกิจที่มีผู้นำที่สร้างสรรค์ และยอมรับพันธะสัญญาของ Global Compact ด้วยความสมัครใจ ซึ่งธนาคารโลกและธนาคารเพื่อพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank: ADB) ก็ได้นำหลักธรรมาภิบาลและความรับผิดชอบต่อสังคมมาเป็นเงื่อนไขในการปล่อยกู้แทนประเด็นตามหลักประชาธิปไตย

มูลเหตุจูงใจให้ผู้เกี่ยวข้องหันมาให้ความสำคัญต่อหลักธรรมาภิบาลคือ ประสบการณ์จากความล้มเหลวของประเทศที่ได้รับความช่วยเหลือในการพัฒนาตามแนวทางของประเทศตะวันตก เช่น กลุ่มประเทศลาตินอเมริกาและแอฟริกา สาเหตุของความล้มเหลวมืดมิดมาจากการที่รัฐไม่มีขีดความสามารถที่จะดำเนินการตามที่ได้รับคำแนะนำ เพราะประเทศเหล่านี้จะมีรัฐบาลเป็นผู้ตัดสินใจหลัก จึงมีการเรียกร้องให้มีการปรับปรุงการบริหาร ซึ่งรวมถึงการปรับปรุงโครงสร้าง และระเบียบกฎหมายเกณฑ์ที่ค่อนข้างซับซ้อนของรัฐนั้น เพื่อเอื้ออำนวยต่อการนำนโยบายการพัฒนาประเทศไปสู่การปฏิบัติอย่างแท้จริง

ผู้ปฏิบัติงานด้านการบริหารงานภาครัฐโดยตรง นักวิชาการและนักทฤษฎีเกี่ยวกับธรรมาภิบาลต่างคิดสร้างและพัฒนาขั้นตอนที่รองรับเพื่อนำสู่การมีธรรมาภิบาลที่แท้จริง จึงมีความพยายามให้นิยามความหมาย Good governance ที่หลากหลายรูปแบบมีนัยที่แตกต่างกันตามความเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นรัฐ ประชาสังคม และสถาบันที่ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารรัฐ⁸⁷ เช่น สถาบันที่ทำหน้าที่บริหารงานภาครัฐ นอกจากต้องกำหนดบทบาทของตนเองอย่างชัดเจน ในกรอบของสังคมที่ดำเนินไปอย่างมีพลวัตแล้ว เรื่องของระบบและความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานต่างๆ ในกระบวนการตัดสินใจ ตลอดจนความพร้อมของแต่ละหน่วยที่จะแสดงความรับผิดชอบและถูกตรวจสอบได้ ก็เป็นจุดที่สถาบันเหล่านี้ต้องให้ความสำคัญอย่างยิ่งด้วยเช่นกัน⁸⁸ ขณะที่สถาบันที่จัดการศึกษาฝึกอบรมในเรื่องธรรมาภิบาลจะให้ความสนใจไม่เฉพาะแต่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพขององค์กรซึ่งทำหน้าที่ด้านการบริหารงานภาครัฐเท่านั้น แต่ยังสนใจด้วยว่าองค์กรเหล่านี้มีการดำรงรักษาไว้ซึ่งหลักการที่ถูกต้องหรือไม่ และยึดถือระบบคุณค่าประเภทใด

⁸⁷ อ่างถึงในรัชยา ศานติยานนท์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง รูปแบบใหม่ของการบริหารจัดการที่ดี ในมหาวิทยาลัย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 4.

⁸⁸ เพิ่งอ่างถึง, หน้าเดียวกัน.

เพราะต้องดำเนินการรณรงค์ให้เกิดความมั่นใจได้ว่า รัฐบาลจะรักษาระบบการบริหารกิจการแผ่นดินไว้เป็นอย่างดีและสามารถส่งมอบให้แก่รัฐบาลชุดต่อไปเมื่อหมดวาระลงโดยไม่มีส่วนใดบกพร่องเสียหาย

ข้อตกลงของโครงการที่ผ่านการอนุมัติเป็นเครื่องหมายแสดงถึงการมีความตั้งใจที่จะดำเนินการปราบปรามการทุจริต ผู้ที่เข้ามาประมูลเพื่อทำสัญญาบริหารจัดการสินค้าและบริการก็ต้องลงนามในหนังสือให้คำมั่นว่าจะต่อต้านการฉ้อราษฎร์บังหลวง⁹⁹ โดยมีการระบุอย่างชัดเจนว่า พร้อมทั้งจะรับโทษหากถูกตรวจสอบพบว่ามีการเสนอหรือให้สินบนแก่ข้าราชการ เพื่อสร้างความมั่นใจว่าเขาเหล่านั้นจะปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นสูงทางจริยธรรมแล้ว ทั้งยังมีการติดตามตรวจสอบประเทศต่างๆ ที่ได้รับความช่วยเหลือจากธนาคารโลกอย่างใกล้ชิดเพื่อให้มั่นใจว่าการใช้ทรัพยากรที่ธนาคารโลกจัดสรรให้เป็นไปตามครรลองของการยึดถือหลักการอันถูกต้อง ซึ่งถ้าหากจะกล่าวว่ธนาคารโลกเป็นผู้แสดงบทบาทความเป็นผู้ริเริ่มในเรื่อง Good governance ให้ประเทศสมาชิกเพื่อปฏิบัติก็ว่าได้ เนื่องจากธนาคารโลกเป็นเจ้าของพื้นที่ทรงอิทธิพลค่อนข้างสูงและทำหน้าที่เป็นผู้นำในการให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกในเรื่องสำคัญๆ

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development : OECD) ได้ให้นิยามธรรมาภิบาลในลักษณะความสัมพันธ์ วิธีการ และเครื่องมือ ซึ่งก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ทั้งในส่วนที่เป็นการดำเนินการในฐานะของปัจเจกบุคคล และการดำเนินการในลักษณะที่เป็นสถาบัน เช่น พรรคการเมือง หน่วยงานผลิต กลุ่มผลประโยชน์ และสื่อมวลชน โดยจะเน้นการพัฒนาแบบมีส่วนร่วม การเคารพสิทธิมนุษยชน และการพัฒนาประชาธิปไตยซึ่งรวมถึงความชอบธรรมของรัฐบาล กลไกด้านนโยบายของรัฐ และความโปร่งใสของกระบวนการตัดสินใจ โดยถือว่า คุณภาพและประสิทธิภาพของการจัดการการปกครองและการบริหาร มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาและความเจริญของชาติ

องค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ให้ความสำคัญกับธรรมาภิบาล เพราะเป็นหลักการพื้นฐานในการสร้างความเป็นอยู่ของคนในสังคมทุกประเทศให้มีการพัฒนาที่เท่าเทียมกัน และมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น การดำเนินการนี้ต้องเกิดจากความ

⁹⁹ ไชยวัฒน์ คำชู, ธรรมาภิบาล การบริหาร การปกครองที่โปร่งใสด้วยจริยธรรม, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2545), หน้า 25-33.

ร่วมมือระหว่างภาครัฐและเอกชนเพื่อกระจายอำนาจให้เกิดความโปร่งใส ธรรมภิบาล คือการมีส่วนร่วมของประชาชน และสังคมอย่างเท่าเทียมกัน และมีคำตอบพร้อม เหตุผลที่สามารถชี้แจงด้วย โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program: UNDP) ได้นิยามธรรมภิบาลว่าเป็นการดำเนินงานของผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม ที่จะจัดการกับกิจการของประเทศ ในทุกระดับ ที่ประกอบด้วยการมีส่วนร่วม ความโปร่งใส ความรับผิดชอบ รวมถึง ประสิทธิภาพ และประสิทธิภาพ โดยมีพื้นฐานมาจากการให้ความสำคัญต่อการส่งเสริม ให้ประเทศต่างๆ พัฒนาตนเองในลักษณะที่พึ่งตนเองได้ โดยเน้นการพัฒนาที่ให้ความสำคัญแก่ความเท่าเทียมกัน การให้อำนาจ การมีงานทำ และการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม UNDP ก็ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับเรื่องการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์อย่างยั่งยืน การขจัดความยากจน และการบริหารภาครัฐ โดยได้จัดตั้งหน่วยที่เรียกว่าส่วนการบริหารและการจัดการปกครองขึ้น เพื่อดูแลเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบด้านการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินของประเทศต่างๆ จะเน้นองค์ประกอบของการบริหารจัดการที่ดีเฉพาะด้านเศรษฐศาสตร์เพื่อมุ่งสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจระดับมหภาค และการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างเป็นระบบของประเทศสมาชิก ดังนั้น IMF จึงเน้นให้การสนับสนุนความโปร่งใส การสร้างกฎเกณฑ์ที่จะนำไปสู่การสร้างภาคเอกชนที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความมั่นคงทางเศรษฐกิจระยะยาว โดยไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการเมือง การบริหารจัดการเท่าใดนัก

ธีรยุทธ บุญมี⁹⁰ เห็นว่า ธรรมภิบาลเป็นกระบวนการความสัมพันธ์ร่วมกันระหว่าง ภาครัฐ สังคม เอกชน และประชาชน ทำให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพ มีคุณธรรม โปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีความร่วมมือของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะก่อให้เกิดความเป็นธรรม ความโปร่งใส ความยุติธรรม โดยเน้นการมีส่วนร่วมของคนดี ในการสร้างธรรมภิบาลในสังคมไทยนั้น ธีรยุทธ บุญมี เสนอให้มีการปฏิรูประบบ 4 ส่วนคือ ปฏิรูปภาคราชการ ภาคธุรกิจเอกชน ภาคเศรษฐกิจสังคม และปฏิรูปกฎหมายให้ประชาชนมีส่วนร่วมมากขึ้น ซึ่งประชาชนต้องการให้มีการตรวจสอบโดย สื่อมวลชนและนักวิชาการ

⁹⁰ อ้างถึงในบุษบง ชัยเจริญวัฒนะ และบุญมี ลี, รายงานการวิจัยเรื่อง ตัวชี้วัดธรรมภิบาล, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), หน้า 9.

ข้อบังคับประมวลตลอดถึงกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรอื่น อาทิ กฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมประเพณี ศาสนา ศิลธรรม หรือจริยธรรม ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะสร้างสิทธิและการยอมรับในส่วนร่วมของแต่ละภาค

วรภัทร โดธนะเกษม⁹⁴ อธิบายว่า ธรรมาภิบาล (Good governance) หมายถึง การกำกับดูแลที่ดี หรือหมายถึง การใช้สิทธิ์ของความเป็นเจ้าของที่จะปกป้องดูแลผลประโยชน์ของตนเอง โดยผ่านกลไกที่เกี่ยวข้องในการบริหาร โดยหัวใจสำคัญของ Good governance คือความโปร่งใส (Transparency) ความยุติธรรม (Fairness) และความรับผิดชอบในผลของการตัดสินใจ (Accountability)

อมรา พงศาพิชญ์⁹⁵ อธิบายความหมายของธรรมาภิบาล โดยแยกเป็นความหมายระดับนามธรรมและรูปธรรม ความหมายเชิงนามธรรม หมายถึง การดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวม โดยสมาชิกของสังคมนั้นมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน ส่วนความหมายเชิงนามธรรม คือการกำหนดเกณฑ์หรือกฎกติกาเพื่อให้สมาชิกในสังคมนั้นๆ สามารถตรวจสอบดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวมได้ ตัวอย่างของกฎเกณฑ์คือ ความโปร่งใสในการทำงาน ความเสมอภาคในการกระจายผลประโยชน์ ความยุติธรรม เป็นต้น

ไชยวัฒน์ คำชู และคณะ⁹⁶ ให้นิยามธรรมาภิบาล หมายถึง การมีส่วนร่วมคือความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และคือการมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติงาน เพื่อให้หลักประกันว่า การดำเนินนโยบายทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจ วางอยู่บนฉันทานุมัติอย่างกว้างขวางของสังคม โดยมีนัยสำคัญต่อประเด็นในเรื่องความเสมอภาค ความยากจนและคุณภาพชีวิต

บุษบง ชัยเจริญวัฒน์ และบุญมี ลี⁹⁷ ให้ความหมายว่า ธรรมาภิบาลเป็นกลไกเครื่องมือและแนวทางดำเนินงานที่เชื่อมโยงกันของภาคเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง โดยเน้นความจำเป็นของการสร้างร่วมมือจากภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนอย่างต่อเนื่องจริงจังเพื่อให้ประเทศมีพื้นฐานระบอบประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง มีความชอบธรรมของกฎหมาย มีเสถียรภาพ โครงสร้าง และกระบวนการ

⁹⁴ วรภัทร โดธนะเกษม, “การสร้าง Good Governance ในองค์กร”. ในวารสาร กสท., ตุลาคม 2542, หน้า 11-17.

⁹⁵ อมรา พงศาพิชญ์, **ธรรมรัฐและธรรมราชฎีก์กับองค์กรประชาสังคม**, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 4-5.

⁹⁶ ไชยวัฒน์ คำชู, อ้างถึงแล้วในเชิงอรอด (87), หน้า 42-43.

⁹⁷ บุษบง ชัยเจริญวัฒน์ และบุญมี ลี, อ้างถึงแล้วในเชิงอรอด (90), หน้า 10.

การบริหารที่มีประสิทธิภาพ มีความโปร่งใส และตรวจสอบได้ อันจะนำไปสู่การพัฒนาประเทศที่ยั่งยืน

2.7.2 ลักษณะและองค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาล

1) ลักษณะทั่วไปของหลักธรรมาภิบาล

หลักธรรมาภิบาลมีลักษณะสำคัญคือ การบริหารจัดการภาครัฐที่มีประสิทธิภาพ การตรวจสอบได้ (Accountability) มีความโปร่งใส (Transparency) ความรับผิดชอบ (Accountability) และมีกรอบกฎหมายตามหลักนิติธรรม (Rule of law) ซึ่งธนาคารโลกถือว่าหลักธรรมาภิบาลกับหลักประชาธิปไตยเป็นเรื่องที่ไปด้วยกัน เนื่องจากลักษณะหลายอย่างของธรรมาภิบาล เช่น ความรับผิดชอบและความโปร่งใส รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลแก่สาธารณะและการถูกตรวจสอบโดยสาธารณะเป็นเงื่อนไขสำคัญของประชาธิปไตยที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงให้เป็นประชาธิปไตยในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา และส่งเสริมให้เกิดการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพของกลุ่มธุรกิจเอกชนที่ควรมีจิตสำนึกต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม⁹⁸ ดังนั้น หลักธรรมาภิบาลจึงถูกนำมาเป็นเงื่อนไขในการปล่อยเงินกู้ให้แก่ประเทศที่ได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจากธนาคารโลกและกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ประเทศที่ได้รับความช่วยเหลือทางการเงินจะต้องสร้างธรรมาภิบาลให้เกิดขึ้น โดยดำเนินการตามนโยบายสาธารณะที่ได้ตกลงไว้ในสัญญารับการสนับสนุนทางการเงินอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะช่วยให้ประเทศที่ประสบปัญหาสามารถพัฒนาเศรษฐกิจให้กลับสู่เสถียรภาพได้อย่างรวดเร็ว ในระยะยาวสังคมที่มีธรรมาภิบาลจะเป็นสังคมที่มีความเข้มแข็งมั่นคง มีความสมดุลในการบริหารบ้านเมือง และมีภูมิคุ้มกันวิกฤตที่จะเกิดขึ้น จึงได้กลายเป็นมาตรฐานสากลที่องค์การสหประชาชาติต้องการให้เกิดขึ้นในระบบบริหารจัดการรัฐด้วย

คณะกรรมการการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific: UN/ESCAP) ได้กำหนดหลักการของธรรมาภิบาลรวมทั้งสิ้น 8 หลักการ คือ การมีส่วนร่วม (Participatory) การปฏิบัติตามกฎหมาย (Rule of law) ความโปร่งใส (Transparency) ความรับผิดชอบต่อสังคม (Responsiveness) ความสอดคล้อง (Consensus oriented) ความเสมอภาค (Equity and inclusiveness) การมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

⁹⁸ สุรพล ศรีวิทยา และคณะ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (84), หน้า 31.

(Effectiveness and efficiency) และการมีเหตุผล (Accountability)⁹⁹ ซึ่งประเทศไทยมีการนำแนวความคิด CSR และการกำหนดมาตรฐาน ISO ในด้านต่างๆ มาประยุกต์ใช้ในภาครัฐและภาคเอกชน ประกอบกับแนวคิดที่มีอยู่ดั้งเดิม คือ การช่วยเหลือแบ่งปันและการทำบุญให้ทาน จึงได้มีกลุ่มธุรกิจและองค์กรต่างๆ ร่วมกันผลักดันแนวคิด CSR ให้เกิดขึ้นในสังคมไทยอย่างเป็นรูปธรรม มีการจัดตั้งเครือข่ายธุรกิจเพื่อสังคมและสิ่งแวดล้อม (Social Venture Network Asia (Thailand) สถาบันธุรกิจเพื่อสังคม (Corporate Social Responsibility Institute : CSRI) ซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เช่น การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย บริษัท ปูนซีเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) ฯลฯ ได้ร่วมสร้างกระแสความรับผิดชอบต่อสังคมผ่านการจัดทำกิจกรรมการพัฒนาชุมชนต่างๆ ทั่วประเทศ รวมถึงโฆษณาในเชิงสร้างสรรค์และความรับผิดชอบต่อสังคม เป็นต้น

แนวคิดเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาล (Good governance) เมื่อเข้ามาแพร่หลายในประเทศไทยได้มีการบัญญัติศัพท์ไทยขึ้นมาหลายคำ เช่น ธรรมาภิบาล ประชาธิปไตย ธรรมรัฐ ระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี การปกครองโดยธรรม กรอบการกำกับดูแลที่ดี บรรษัทภิบาล เป็นต้น ซึ่งมีการตกลงโดยคณะรัฐมนตรี เมื่อเดือนพฤษภาคม 2542 ให้ใช้คำว่าระบบการบริหารและการจัดการบ้านเมืองที่ดีหรือธรรมาภิบาล (Good governance) มีความหมายในทางบริหารราชการเพื่อให้แตกต่างจากบรรษัทภิบาล (Corporate governance) ในภาคเอกชน ซึ่งธรรมาภิบาลหรือการบริหารจัดการที่ดี คือ ระบบโครงสร้าง กระบวนการต่างๆ ที่ได้วางแนวปฏิบัติหรือวางกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม เพื่อให้ส่วนต่างๆ ของสังคมมีการพัฒนาและอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขและเป็นธรรมเนื่องจากการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี ทุกภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นกลไกภาครัฐภาคธุรกิจเอกชนหรือภาคประชาชน ต่างก็เป็นองค์รวมในการแสดงความคิดเห็นเพราะประชาชนเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรง

ธรรมาภิบาลภาคราชการในองค์กรภาครัฐ เกิดจากภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงของไทยในปี พ.ศ. 2540 ซึ่งผู้ได้รับผลกระทบเห็นว่า สาเหตุส่วนหนึ่งเกิดจากความหย่อนประสิทธิภาพของกลไกการบริหารกิจการบ้านเมือง การบริหารราชการ การกำหนดนโยบายสาธารณะ และการทุจริตมิชอบในวงราชการ อันเป็นความรับผิดชอบต่อภาคราชการทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายประจำ ขณะเดียวกัน

⁹⁹ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 32.

ในภาคประชาชนอันเป็นพลังสำคัญก็มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างความตื่นตัวและรับผิดชอบต่อสังคม ตลอดจนตระหนักในสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่ายเพิ่มขึ้น หากความอ่อนแอและหย่อนประสิทธิภาพไม่ได้รับการจัดการแก้ไขอย่างแท้จริงและรีบด่วนโอกาสที่จะนำพาประเทศฟื้นตัวจากวิกฤติถดถอยเป็นไปได้ยาก ทั้งอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองประเทศยิ่งขึ้นอีกด้วย

ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงได้มอบให้สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศ (TDRI) ศึกษาและจัดทำข้อเสนอแนะในการป้องกันและแก้ไขปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจ โดยให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) นำผลการศึกษาและข้อเสนอแนะของ TDRI มาจัดทำบันทึกเรื่องการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี เสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้มีมติเห็นชอบกับข้อเสนอแนะให้ออกเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อให้ส่วนราชการถือปฏิบัติ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2542 ต่อมาเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2542 ได้ประกาศ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 และเริ่มมีผลบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐ ตั้งแต่วันที่ 11 สิงหาคม 2542 นับได้ว่าเป็นก้าวแรกสำหรับวางฐานในการบริหารราชการแนวใหม่

2) องค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาล

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542¹⁰⁰ ได้กำหนดหลักพื้นฐานของการสร้างธรรมาภิบาล ซึ่งมีองค์ประกอบ 6 ประการ ดังนี้

(1) **หลักนิติธรรม** คือ การตรากฎหมาย กฎข้อบังคับต่างๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคม ไม่เลือกปฏิบัติ และสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมายและกฎข้อบังคับเหล่านั้น โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล

(2) **หลักคุณธรรม** คือ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม สำนึกในหน้าที่ของตนเอง โดยรณรงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดหลักนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นตัวอย่างที่ดีแก่สังคม และส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนพัฒนาตนเองไปพร้อมกัน เพื่อให้คนไทยมีความซื่อสัตย์สุจริต จริงใจ ขยัน อดทน มีระเบียบวินัย และเคารพในสิทธิของผู้อื่น รวมทั้งประกอบอาชีพสุจริตเป็นนิสัยประจำชาติ

¹⁰⁰ สำนักนายกรัฐมนตรี, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542. (กรุงเทพมหานคร : สำนักนายกรัฐมนตรี, 2542).

(3) **หลักความโปร่งใส** คือ การสร้างความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคนในชาติ โดยปรับปรุงกลไกการทำงานขององค์กรทุกวงการให้มีความโปร่งใส มีการให้และรับข้อมูลที่สะดวกเป็นจริงทันการณณ์ เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์อย่างตรงไปตรงมาด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ประชาชนเข้าถึงข้อมูล ข่าวสารได้สะดวกเท่าเทียมกันและมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องชัดเจนได้

(4) **หลักความมีส่วนร่วม** คือ การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้ร่วมคิดเสนอความเห็นในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของประเทศ ไม่ว่าจะด้วยการแจ้งความเห็น การไต่สวนสาธารณะ การประชาพิจารณ์ การแสดงประชามติ หรืออื่นๆ รวมถึงการร่วมตรวจสอบและรับผิดชอบต่อผลของการกระทำนั้น

(5) **หลักความรับผิดชอบ** คือ ความรับผิดชอบได้สร้างกลไกให้ผู้รับผิดชอบความสำนึกในสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่อสังคม การใส่ใจปัญหาสาธารณะของบ้านเมือง และกระตือรือร้นในการแก้ปัญหา ตลอดจนการเคารพในความเห็นที่แตกต่าง และความกล้าที่จะยอมรับผลจากการกระทำของตน

(6) **หลักความคุ้มค่า** คือ การบริหารจัดการใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดให้เกิดประโยชน์คุ้มค่าเพื่อให้เป็นประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวมโดยธรรมาภิบาลให้คนไทยมีความประหยัดใช้ของอย่างคุ้มค่า สร้างสรรค์สินค้าและบริการที่มีคุณภาพสามารถแข่งขันได้ในเวทีโลก และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 มาตรา 3/1 วรรคแรก (ปัจจุบันเป็นฉบับที่ 7 พ.ศ. 2550) ได้กำหนดว่า “... ในการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการต้องใช้วิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี...” พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 มาตรา 3/1 เป็นเพียงข้อมูลกำหนดที่แสดงถึงเป้าหมายหลักที่ต้องดำเนินการ แต่ยังคงขาดการกำหนดวิธีการปฏิบัติของส่วนราชการ และข้าราชการที่จะดำเนินการไปสู่เป้าหมายหลัก โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติราชการ และการสั่งการให้ส่วนราชการและข้าราชการปฏิบัติให้ชัดเจนเป็นแนวเดียวกัน โดยไม่ก่อให้เกิดการใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติของแต่ละส่วนราชการ ทั้งนี้ สามารถวัดผลการปฏิบัติงานได้ รวมทั้งเพื่อประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนได้ จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ขึ้นเพื่อให้ทุกส่วนราชการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ในการประชุมเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2555 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบกับหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมือง

ที่ดีตามที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) เสนอโดยมีองค์ประกอบ 4 หลักการสำคัญและ 10 หลักการย่อย ดังนี้

(1) การบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ (New public management)

ก) **หลักประสิทธิภาพ (Efficiency)** ในการปฏิบัติราชการต้องใช้ทรัพยากรอย่างประหยัดเกิดผลผลิตภาพที่คุ้มค่าต่อการลงทุนและบังเกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม ต้องมีการลดขั้นตอนและระยะเวลาในการปฏิบัติงานเพื่ออำนวยความสะดวกและลดภาระค่าใช้จ่าย ยกเลิกภารกิจล่าสมัยที่ไม่มีความจำเป็น

ข) **หลักประสิทธิผล (Effectiveness)** ในการปฏิบัติราชการต้องมีวิสัยทัศน์เชิงยุทธศาสตร์เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนและผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย เพื่อให้พันธกิจบรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กร วางเป้าหมายปฏิบัติงานที่ชัดเจนและอยู่ในระดับที่ตอบสนองต่อความคาดหวังของประชาชน สร้างกระบวนการปฏิบัติงานอย่างเป็นระบบและมีมาตรฐาน มีการจัดการความเสี่ยงที่มุ่งเน้นผลการปฏิบัติงานเป็นเลิศ และมีการติดตามประเมินผลและพัฒนาปรับปรุงการปฏิบัติงานให้ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง

ค) **หลักการตอบสนอง (Responsiveness)** ในการปฏิบัติราชการต้องให้บริการได้อย่างมีคุณภาพ ดำเนินการแล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด สร้างความเชื่อมั่นไว้วางใจ ตอบสนองตามความคาดหวัง/ความต้องการของประชาชนผู้รับบริการและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่หลากหลายและแตกต่างกันได้อย่างเหมาะสม

(2) ค่านิยมประชาธิปไตย (Democratic value)

ง) **ภาระรับผิดชอบที่ตรวจสอบได้ (Accountability)** การปฏิบัติราชการต้องตอบคำถามและชี้แจงได้เมื่อมีข้อสงสัย มีระบบรายงานความก้าวหน้าและผลสัมฤทธิ์ตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ต่อสาธารณะเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบการให้คุณให้โทษ มีระบบการแก้ไขบรรเทาปัญหาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น

จ) **เปิดเผยโปร่งใส (Transparency)** ในการปฏิบัติราชการต้องปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ตรงไปตรงมา รวมทั้งต้องมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นและเชื่อถือได้ให้ประชาชนได้รับทราบอย่างสม่ำเสมอ ตลอดจนวางระบบให้การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นไปโดยง่าย

(3) ประชาธิปไตย (Participatory State)

ฉ) **หลักนิติธรรม (Rule of law)** ในการปฏิบัติราชการต้องใช้อำนาจของกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับในการปฏิบัติงานอย่างเคร่งครัด ด้วยความเป็นธรรม

ไม่เลือกปฏิบัติ และคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียฝ่ายต่างๆ

ข) ความเสมอภาค (Equity) ในการปฏิบัติราชการต้องให้บริการอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการแบ่งแยกด้านชายหญิง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม และอื่น ๆ อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงโอกาสความเท่าเทียมกันของการเข้าถึงบริการสาธารณะของกลุ่มบุคคลผู้ด้อยโอกาสในสังคมด้วย

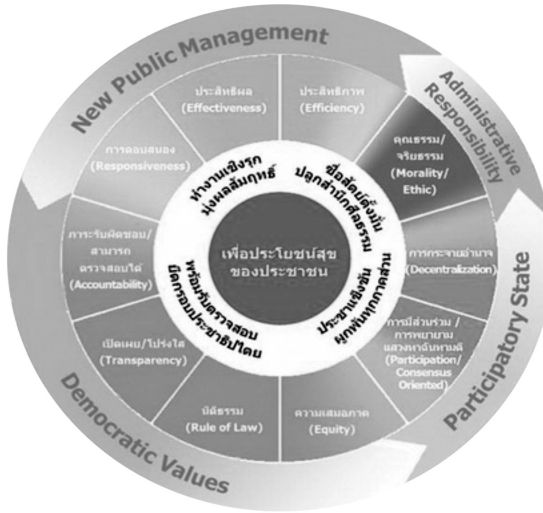
(4) ความรับผิดชอบทางการบริหาร (Administrative responsibility)

ข) การมีส่วนร่วม/การพยายามแสวงหาฉันทามติ (Participation/Consensus oriented) ในการปฏิบัติราชการต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการรับรู้ เรียนรู้ ทำความเข้าใจ ร่วมแสดงทัศนะ ร่วมเสนอปัญหา/ประเด็นที่สำคัญที่เกี่ยวข้องร่วมคิดแก้ไขปัญหา ร่วมในกระบวนการตัดสินใจและการดำเนินงาน และร่วมตรวจสอบผลการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ ต้องมีความพยายามในการแสวงหาฉันทามติหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกลุ่มที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจะต้องไม่มีข้อคัดค้านที่หาข้อยุติไม่ได้ในประเด็นที่สำคัญ

ญ) การกระจายอำนาจ (Decentralization) ในการปฏิบัติราชการควรมีการมอบอำนาจและกระจายความรับผิดชอบในการตัดสินใจและการดำเนินการให้แก่ผู้ปฏิบัติงานในระดับต่างๆ ได้อย่างเหมาะสม มีการโอนถ่ายบทบาทและภารกิจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือภาคส่วนอื่นๆ ในสังคม

ณ) คุณธรรม/จริยธรรม (Morality/Ethics) ในการปฏิบัติราชการต้องมีจิตสำนึก ความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปอย่างมีศีลธรรม คุณธรรม และตรงตามความคาดหวังของสังคม รวมทั้งยึดมั่นในค่านิยมหลักของมาตรฐานจริยธรรมสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนและจรรยาบรรณวิชาชีพ ตลอดจนคุณลักษณะที่พึงประสงค์ของระบบราชการไทย หรือ I AM READY ดังแสดงองค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาลในรูปแบบที่ 2.2

ภาพที่ 2 แสดงองค์ประกอบหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี



ที่มา : คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ, 2555.

3) การประยุกต์ใช้หลักธรรมาภิบาลในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ

การบริหารงานในรูปแบบของธรรมาภิบาลนั้น จะเน้นที่การเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง มั่นคง ไม่ล้มละลาย ไม่เสี่ยงต่อความเสียหาย พนักงานมีความมั่นใจในองค์กรว่าสามารถปฏิบัติงานในองค์กรได้ในระยะยาว การนำธรรมาภิบาลมาใช้ในการบริหารนั้น เพื่อให้องค์กรมีความน่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับจากสังคม ดังนั้นปัจจุบันการบริหารงานในภาครัฐจึงได้รับความสนใจจากประชาชนอย่างมากในเรื่องของความโปร่งใสในการดำเนินงาน ดังนั้น การนำหลักธรรมาภิบาลมาใช้ในหน่วยงานของรัฐ ก็เพื่อให้ประชาชนเกิดความเชื่อถือศรัทธาว่าปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับการทุจริตคอร์รัปชันของหน่วยงานภาครัฐจะลดลง ซึ่งสิ่งที่จำเป็นในการบริหารงานของหน่วยงานในภาครัฐ ประกอบด้วย (1) ภาระรับผิดชอบตรวจสอบได้ (2) ความโปร่งใส (3) การปราบปรามการทุจริตและการประพฤติมิชอบ (4) การสร้างการมีส่วนร่วม (5) การสร้างกรอบทางกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม (6) การตอบสนองที่ทันการ (7) ความเห็นชอบร่วมกัน (8) ประสิทธิภาพและประสิทธิผล (9) ความเสมอภาคและความเกี่ยวข้อง ซึ่งสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

(1) ภาระรับผิดชอบตรวจสอบได้ ผู้ที่มีความรับผิดชอบ คือ บุคคล องค์กร และผู้ที่ทำหน้าที่ในการตัดสินใจ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารงานภาครัฐ ต้อง

มีภาระความรับผิดชอบต่อสาธารณะเกี่ยวกับการกระทำ กิจกรรม หรือการตัดสินใจใดๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสาธารณะ ความรับผิดชอบที่กล่าวมา หมายถึง การเปิดเผยข้อมูล การมีความยุติธรรม ปฏิบัติต่อทุกคนด้วยความเสมอภาค และตรวจสอบได้ โปร่งใส และดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมาย

(2) **ความโปร่งใส** หมายถึง การตัดสินใจและการดำเนินการต่างๆ อยู่บนกฎระเบียบชัดเจน การดำเนินงานของรัฐบาลในด้านนโยบายต่างๆ นั้น สาธารณชนสามารถรับทราบ และมีความมั่นใจได้ว่า การดำเนินงานของรัฐบาลนั้นมาจากความตั้งใจในการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุผลตามเป้าหมายของนโยบาย

(3) **การปราบปรามการทุจริตและการประพฤติมิชอบ** การที่องค์กรภาครัฐใช้อำนาจหน้าที่ หรือการแสวงหาผลประโยชน์ในทางส่วนตัว ถือเป็น การทุจริต และการประพฤติมิชอบทั้งต่อองค์กรภาครัฐเองและองค์กรในภาคเอกชน การปรับปรุงประสิทธิภาพในการทำงานและการทำให้เกิดความโปร่งใส รวมถึงการปฏิรูประบบราชการจะเป็นเครื่องมือในการปราบปรามการฉ้อฉลและเสริมสร้างธรรมาภิบาล

(4) **การสร้างการมีส่วนร่วม** การมีส่วนร่วมเป็นการเปิดโอกาสให้กับประชาชนหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามามีบทบาทในการตัดสินใจดำเนินนโยบาย มีส่วนร่วมในการควบคุมการปฏิบัติงานของสถาบัน การมีส่วนร่วมจะก่อให้เกิดกระบวนการตรวจสอบ และเรียกร้องในกรณีที่เกิดความสงสัยในกระบวนการดำเนินงานของรัฐได้เป็นอย่างดี

(5) **การสร้างกรอบทางกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่เข้มแข็ง** ธรรมาภิบาลมีพื้นฐานการดำเนินการอยู่บนกรอบของกฎหมายโดยไม่เลือกปฏิบัติให้ความเสมอภาคเท่าเทียมเป็นธรรมกับทุกฝ่าย มีกฎหมายที่เข้มแข็ง มีการระบุงการลงโทษที่ชัดเจนและมีผลบังคับใช้ได้ ย่อมช่วยพัฒนาระบบการปกครองเพื่อป้องกันการละเมิดหรือฝ่าฝืน การมีระบบกฎหมายที่ดีจะส่งเสริมการปกครองตามหลักนิติธรรม

(6) **การตอบสนองที่ทันการ** ธรรมาภิบาล หมายถึง การให้การตอบสนองที่ทันการต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย ในเวลาที่ทันการ

(7) **ความเห็นชอบร่วมกัน** สังคมประกอบด้วยบุคคลที่มีความคิดเห็นแตกต่างกัน ธรรมาภิบาลทำหน้าที่เป็นตัวกลางประสานความต้องการที่แตกต่างให้อยู่บนพื้นฐานประโยชน์ส่วนรวมและขององค์การ

(8) **ประสิทธิภาพและประสิทธิผล** ประสิทธิภาพและประสิทธิผลในหลักธรรมาภิบาลนั้นต้องการให้มีการใช้ทรัพยากรต่างๆ ให้เกิดประโยชน์สูงสุดและคุ้มค่ามากที่สุด

(9) **ความเสมอภาคและความเกี่ยวข้อง** หลักธรรมาภิบาลจะเน้นให้บุคลากรทุกคนในองค์กร รู้สึกมีส่วนร่วมหรือรู้สึกเป็นส่วนหนึ่งกับองค์การ บุคคลสามารถมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมหลักที่จะช่วยสร้างความเติบโตให้กับหน่วยงาน

โดยสรุป **หลักนิติธรรม** ถือเป็นองค์ประกอบหลักที่สำคัญของ**หลักธรรมาภิบาล** ในการตรากฎหมาย กฎข้อบังคับต่างๆ ให้ทันสมัยอย่างเป็นธรรมโดยเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ อันเป็นที่ยอมรับของสังคมและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมายและกฎข้อบังคับเหล่านั้น โดยยึดถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional governance) เป็นหลักการบริหารจัดการที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้เจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ววรรคสอง และหมวด 13 ว่าด้วยจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งบทบัญญัติอื่นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ย่อมทำให้การปกครองบ้านเมืองและสังคมเป็นไปด้วยความเป็นธรรม ลดการทุจริตคอร์รัปชัน มุ่งเน้นประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการพัฒนาเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน สังคมและประเทศชาติ โดยมีองค์ประกอบสำคัญของหลักการ 6 ประการ ได้แก่ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความรับผิดชอบ หลักการมีส่วนร่วม และหลักความคุ้มค่า ดังนั้น **การอนุวัติธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional governance compliance)** ในการวิจัยนี้จึงหมายถึง การที่รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ยินยอมประพฤติปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามเจตนารมณ์และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ววรรคสอง และหมวด 13 ว่าด้วยจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐและบทบัญญัติอื่นตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.8 ผลงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2548) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” ผลการวิจัยพบว่า ในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มักจะมอบหน้าที่อื่นที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับ

รัฐธรรมนูญให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญด้วย ดังเช่น หน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ โดยมีเหตุผลคือ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่เป็นหลักประกันความศักดิ์สิทธิ์และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากประชาชนได้รับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้จากการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของอำนาจรัฐที่ชอบที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาพิจารณาปัญหาดังกล่าวได้ เช่น ประเทศเบลเยียม ประเทศเยอรมนี ประเทศโปรตุเกส และประเทศสเปน ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ดังกล่าวสามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยมีองค์กรศาลคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลปกครองก็องค์กรอิสระคือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอยู่แล้วก็ตาม แต่การดำเนินงานต่างๆ ขององค์กรเหล่านี้ก็ยังไม่สามารถบรรลุผลได้เท่าที่ควร เพราะแต่ละองค์กรต่างก็มีข้อจำกัดในด้านบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนเองที่ทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ แต่การจะจัดตั้งองค์กรขึ้นมาใหม่เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ไม่สมควรกระทำ เพราะปัจจุบันเรามีองค์กรต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นมาอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรปรับบทบาทขององค์กรที่มีอยู่แล้ว นั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญให้มาทำการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเต็มที่ เพราะศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็น**ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ**อยู่แล้ว โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอำนาจรัฐสามารถฟ้ององค์กรของรัฐเหล่านั้นได้ด้วยตัวเอง

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้เสนอให้มีการการเพิ่มบทบาทให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยผู้วิจัยได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาจำนวน 5 มาตรา เพื่อเป็นช่องทางเปิดโอกาสให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตุลาการอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจหน้าที่อย่างถูกต้องตามกฎหมาย สามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเพื่อขอให้พิจารณาแก้ไขปัญหาหรือพิจารณาค่าพิพาทคดีที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการ โดยใช้กฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน สามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนได้โดยตรง การเพิ่มบทบาทดังกล่าวให้กับศาลรัฐธรรมนูญจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

อุดม รัฐอมฤตและคณะ (2543) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28” ผลการวิจัยพบว่าการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ถึงสามมาตรา คือ มาตรา 4 ของบททั่วไป มาตรา 26¹⁰¹ และมาตรา 28 ของหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มีเจตนารมณ์ชัดเจนที่จะให้การรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นการทั่วไป นอกเหนือจากให้มีองค์กรที่ไม่ใช่ศาลคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นองค์กรตรวจสอบมิให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติรับรองไว้แล้ว รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 28 วรรคสอง¹⁰² บัญญัติให้บุคคลที่ถูกกล่าวละเมิดสามารถใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีได้เท่ากับเป็นการให้หลักประกันตามหลักนิติรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ให้มั่นคง นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฯ¹⁰³ ได้บัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวงนั้น ย่อมหมายความว่า อำนาจรัฐจะละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดครอบไว้ไม่ได้ กล่าวคือ หากกฎหมายที่ใช้อยู่ฉบับใดฉบับหนึ่งมีผลเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน บุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าว

¹⁰¹ มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญนี้” (ตรงกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550).

¹⁰² มาตรา 28 วรรคสอง ระบุว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” (ตรงกับมาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550).

¹⁰³ มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง (ตรงกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550)

อาจดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลและใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264¹⁰⁴ เพื่อโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและให้ศาลนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นสถาบันสำคัญที่ได้รับมอบหมายให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพราะนอกจากจะเป็นองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งแล้ว ยังเป็นองค์กรที่แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของสิทธิเสรีภาพอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งจะให้ความคุ้มครองแต่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ (2547) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “การยกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล” ผลการวิจัยพบว่า ประเด็นนี้นับเป็นมิติใหม่ในระบบศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ได้รับการนำเข้ามาโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 วรรคสอง¹⁰⁵ ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิด*สิทธิตามทวิสัย* กล่าวคือ ก่อให้เกิดหน้าที่สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องดำเนินการสร้างสรรค์ในด้านต่างๆ ตามสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ละสิทธิเรียกร้อง รวมทั้งผูกมัดฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการให้ต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังมีประเด็น *สิทธิตามออตวิสัย* กล่าวคือ จะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากรัฐ หรือเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของตนได้ ในระบบกฎหมายเยอรมันและอีกหลายประเทศที่ใช้ระบบเยอรมันเป็นต้นแบบ ยังเปิดโอกาสให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิของตนสามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ เมื่อได้ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมจนสิ้นสุดกระบวนการแล้ว ซึ่งรวมถึงกรณีการร้องทุกข์ต่อคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแขนงต่างๆ ด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเฉพาะในประเด็นที่

¹⁰⁴ มาตรา 264 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรื้อการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

“ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้”

“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีที่ปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”.

¹⁰⁵ เพิ่งอ้างถึงในเชิงอรธ (99).

ว่าสิทธิของผู้ร้องทุกข์ดังกล่าวถูกละเมิดหรือไม่เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริง สำหรับของไทย การร้องทุกข์ของประชาชนโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นสิ่งที่กระทำมิได้¹⁰⁶ ผลก็คือ ศาลสูงสุดในแขนงต่างๆ อาจตัดสินใจหรือวินิจฉัยคดีโดยไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไทยกลับไม่อาจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเสนอทางออกที่ไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยใช้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 269 วรรคแรก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดวิธีพิจารณาของศาลได้เอง อันเป็นหนทางที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง

วุฒิชัย จิตตานุกูล (2549) ได้ทำการศึกษาวิจัยเพื่อดัชนีพันธะเรื่อง “กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ” ผลการวิจัยพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลกเป็นระบบรวมศูนย์มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งมีคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญและคำร้องทุกข์ทั่วไปตามรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่มีผลต่อบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลก ส่วนศาลรัฐธรรมนูญไทยพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264¹⁰⁷ และการไม่มีกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการปัญหาทางกฎหมายที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยขาดประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ (2542) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 และ 266” ผลการวิจัยพบว่า ในกรณีของการควบคุมความชอบด้วยแบบรูปธรรมตามมาตรา 264¹⁰⁸ ได้มีการเปลี่ยน

¹⁰⁶ ยกเว้นเฉพาะกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสองที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ให้บุคคลหรือพรรคการเมืองที่ทราบการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ สามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

¹⁰⁷ เพิ่งอ้างถึง ในเชิงอรธ (101).

¹⁰⁸ เพิ่งอ้างถึง ในเชิงอรธ (101).

หลักการจากที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มา โดยกำหนดให้ “คู่ความ” อาจโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบการโต้แย้งของคู่ความต้องทำอย่างไรรอบคอบเพื่อไม่ให้เกิดการประวิงคดี และ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามนัยของมาตรา 264 ควรหมายความถึงเฉพาะกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ส่วนเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266¹⁰⁹ กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้มีการบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติให้มีหมี้องค์กรใหม่ๆ ขึ้นหลายองค์กร จึงอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น กรณีที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ก็ต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ที่ก่อตั้งขึ้นและมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น

นันทวัฒน์ บรมานันท์ (2548) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ” โดยเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ผลการวิจัยเสนอแนะให้มีการจัดองค์คณะใหม่โดยแบ่งออกเป็นสององค์คณะคือ องค์คณะแรกมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และองค์คณะที่สองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาปัญหาทางการเมืองอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีการปรับวิธีพิจารณาคดีใหม่โดยกำหนดให้มีวิธีพิจารณาทั่วไปที่ใช้กับคดีทุกประเภท และวิธีพิจารณาเฉพาะคดีซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะกับคดีแต่ละประเภท

บรรเจิด สิงคะเนติ (2548) ได้ทำการศึกษาวิจัยเรื่อง “การคุ้มครองชั่วคราว และการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” ผลการวิจัยพบว่า จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักนิติรัฐได้ ซึ่งวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ในต่างประเทศนั้นอาจแยกกลไกการกำหนดผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับไว้

¹⁰⁹ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญให้ องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”.

2 รูปแบบ คือ 1) รูปแบบที่ประมุขของรัฐเป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประธานาธิบดีเข้ามามีบทบาทในการดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 2) รูปแบบที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเองเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดว่าจะให้องค์กรใดเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับตามคำวินิจฉัยของตน ซึ่งเป็นรูปแบบที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของประเทศเยอรมนี

บทที่ 3

แนวความคิดหลักนิติธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศ และประเทศไทย

การปกครองโดยนิติรัฐตามหลักนิติธรรมเป็นการบริหารปกครองรัฐหรือสังคมประเทศชาติซึ่งถือกฎหมายเป็นใหญ่ จึงต้องมีระบบกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์สุขของปวงมหาชน แต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยอาศัยวิถีทางระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด อย่างไรก็ตาม การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยนิติรัฐตามหลักนิติธรรมจะประสบความสำเร็จได้นั้น ประชาชน จะต้องมีความเป็นพลเมืองดี (Good citizen) ที่เคารพกฎหมายภายใต้ระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ แนวความคิดหลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศและประเทศไทยย่อมมีความแตกต่างกันตามบริบทของสังคมวัฒนธรรมประชาธิปไตยของแต่ละประเทศ

3.1 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ

ในการศึกษาแนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษได้ลึกซึ้งนั้น ต้องเรียนรู้ประวัติศาสตร์นาการระบอบประชาธิปไตยแบบอังกฤษที่มีลักษณะเฉพาะในการใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งก่อให้เกิดวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่องค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมที่ยาวนานจนเป็นต้นแบบหลักนิติธรรมให้กับประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย

3.1.1 ประวัติพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยแบบอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้พัฒนาต้นแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา (Parliamentary system) ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) อันสืบเนื่องมาจากอังกฤษมีประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองที่มีวิวัฒนาการมาเป็นระยะเวลายาวนาน

1) ลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเดียวที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงไม่ได้ประมวลรวมกันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวโดยเฉพาะ แต่กระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่างๆ และคำพิพากษาต่างๆ

รวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบทอดกันมาจนกลายเป็นจารีตประเพณี ดังนั้น จึงมีความยืดหยุ่นและสามารถเปลี่ยนแปลงได้เสมอเสมือนหนึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีชีวิต โดยมีวิวัฒนาการอันยาวนานของระบอบประชาธิปไตยในประเทศอังกฤษซึ่งสะท้อนการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างตุลาการของกลุ่มชนชั้นต่างๆ รัฐธรรมนูญอังกฤษจึงเป็นการค่อยๆ ลดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลงทีละเล็กละน้อย ดังเห็นจากรัฐธรรมนูญอังกฤษในยุคแรกเป็นการลดอำนาจระหว่างพระมหากษัตริย์กับกลุ่มขุนนาง ต่อมาในศตวรรษที่ 19 ได้มีรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวแทนของชนชั้นกลางมากขึ้นเรื่อยมาจนกลายเป็นรัฐธรรมนูญแบบประชาธิปไตยพร้อมกับหลักนิติธรรมในศตวรรษที่ 20

2) ประวัติพัฒนาการของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

รัฐธรรมนูญอังกฤษในยุคแรกๆ มีพัฒนาการบทบัญญัติที่สำคัญอันเป็นบ่อเกิดที่มาของหลักการสำคัญที่ถูกกำหนดเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญบนหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญอังกฤษดังนี้

2.1) บทบัญญัติมหากฎบัตร (Magna Carta 1215) ในสมัยพระเจ้าจอห์น ได้ทรงมีพระราชประสงค์ต้องการเงินทำสงคราม จึงบังคับให้ประชาชนเสียภาษีมากขึ้นและทำการปกครองโดยการกดขี่ประชาชนทำให้ประชาชนเดือดร้อนจนก่อให้เกิดการรวมกำลังต่อต้านพระมหากษัตริย์ และบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงพระนามในบทบัญญัติกฎหมายบัตรใน ค.ศ. 1215 ซึ่งมีหลักการสำคัญ 3 ประการ ดังนี้ (1) พระเจ้าแผ่นดินจะเรียกเก็บภาษีหรือขอให้ราษฎรให้ความช่วยเหลือไม่ได้ นอกจากจะได้รับคามยินยอมจากที่ประชุมหัวหน้าราษฎร (2) การงดใช้กฎหมาย หรือการยกเว้นไม่ใช้กฎหมายบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะกระทำไม่ได้ (3) บุคคลใดๆ จะถูกจับกุมคุมขัง หน่วงเหนี่ยว หรือขับไล่นอกเขตไม่ได้ นอกจากการนั้นเป็นไปโดยคำพิพากษาที่ชอบตามกฎหมายของบ้านเมือง กฎบัตรมหากฎบัตรจึงถือเป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์การปกครองของอังกฤษซึ่งต้นกำเนิดของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญอังกฤษและวางหลักวิधिพิจารณาความของอังกฤษด้วย

2.2) บทบัญญัติคำขอสิทธิ (Petition of Right 1628) ได้วางหลักพื้นฐานให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิประท้วงพระมหากษัตริย์ ในเรื่องการเก็บภาษีที่ไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจและการกระทำอื่นที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงปฏิบัติทุกข้อ

2.3) พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights 1689) เป็นบทบัญญัติยุติพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ละเมิดและเพิกเฉยต่อการออกกฎหมายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา ซึ่งถือเป็นชัยชนะครั้งสำคัญของสภาสามัญในการต่อสู้กับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาเป็นเวลายาวนาน

2.4) กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ (The Act of Settlement 1701) นั้นไม่เพียงแต่บัญญัติเรื่องของการสืบสันตติวงศ์เท่านั้น แต่ยังได้วางหลักความเป็นอิสระในการพิพากษาคดีของศาล และวางเงื่อนไขหลักการปกครองแบบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเอาไว้อีกด้วย

3) บ่อเกิดที่มาของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

ถึงแม้ว่าอังกฤษไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ประมวลบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งปวงรวมไว้เป็นฉบับเดียวกัน แต่กลับกระจัดกระจายอยู่ในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญอังกฤษยังมีองค์ประกอบจากบ่อเกิดที่มาหลายแหล่งที่สำคัญมีดังนี้

3.1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Statute Law) เป็นบ่อเกิดอันสำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญ อังกฤษประกอบด้วยพระราชบัญญัติที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา (Act of Parliament) และกฎหมายรองที่ตราขึ้นตามอำนาจที่พระราชบัญญัติมอบให้ เช่น พระราชบัญญัติรัฐสภา พระราชบัญญัติสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

3.2) กฎหมายจารีต (Common law) เป็นกฎระเบียบและจารีตประเพณีที่มีมาแต่โบราณซึ่งศาลได้ตีความวินิจฉัยให้ความเห็นชอบด้วย จึงถือเป็นกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานที่มีมาก่อน (Precedent) และกลายเป็นพื้นฐานที่สำคัญของระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภายอมรับบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายจารีตในการบัญญัติกฎหมายของสภา กฎหมายจารีตที่สำคัญ ได้แก่ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เช่น อำนาจในการทำสนธิสัญญา อำนาจประกาศสงคราม อำนาจยุบสภา อำนาจพระราชทานอภัยโทษ เป็นต้น

3.3) ธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions law) เป็นกรอบการประพฤติปฏิบัติเชิงรัฐธรรมนูญที่มีมาเป็นเวลานาน แต่ไม่ถือเป็นกฎหมายเพราะไม่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญแบ่งออกได้คือ (1) ธรรมเนียมใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์และการปกครองระบบคณะรัฐมนตรีที่สำคัญ เช่น พระราชดำรัสที่พระมหากษัตริย์ทรงแถลงในพิธีเปิดรัฐสภาตามที่สภาสามัญเป็นผู้เขียนขึ้นทุกเกล้าถือเป็นการแถลงนโยบายของรัฐบาลใหม่ ธรรมเนียมปฏิบัติที่พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาอย่าง

ถูกต้องตามขั้นตอนสภาแล้ว (2) ธรรมเนียมที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญและวิธีดำเนินการทางรัฐสภา เช่น ขนบธรรมเนียมในรัฐสภาซึ่งสมาชิกที่เข้าอภิปรายในรัฐสภาเป็นครั้งแรกจะมีเอกสิทธิ์ในการพูดโดยไม่มีผู้ใดว่ากล่าวอะไรทั้งสิ้น ประธานสภาต้องไม่ฝักใฝ่กับพรรคการเมืองใด รวมทั้งการที่ขุนนางที่ไม่ใช่ขุนนางกฎหมาย (Law Lords) จะไม่เข้าร่วมพิจารณาคดีในสภาขุนนาง การที่ประธานสภาต้องให้ออกาสแก่สมาชิกพรรคข้างน้อยในสภาได้อภิปรายสลับกันกับสมาชิกพรรคการเมืองข้างมาก (3) ธรรมเนียมที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศในเครือจักรภพ เช่น รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรจะไม่ตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประเทศอาณาจักร เว้นแต่ได้รับการร้องขอและความยินยอมจากประเทศอาณาจักรนั้นๆ

3.4) ข้อเขียนที่เชื่อถือได้ (Work of authority) ผลงานการตีความกฎหมาย โดยอาศัยหนังสือ และข้อเขียนที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวทางในการตีความของรัฐธรรมนูญ เช่น ผลงานเรื่อง An Introduction to the Study of the Law of the Constitution 1885 ของ A. V. Dicey ผลงานของ Walter Bagehot ชื่อ The English Constitution 1867 เป็นต้น ผลงานเหล่านี้เป็นที่ยอมรับในแวดวงการเมือง กฎหมายและวิชาการ ซึ่งได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตีความกฎหมายต่างๆ ของอังกฤษ

3.5) กฎหมายสหภาพยุโรป (European Union Law) เนื่องจากอังกฤษร่วมอยู่ในสหภาพยุโรป (European Union) ตามพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ปี ค.ศ. 1972 อังกฤษจึงยอมรับในความเหนือกว่าของกฎหมาย และระเบียบสนธิสัญญา ข้อผูกพันต่างๆ และการตัดสินใจร่วมกันของสหภาพยุโรป เช่น สภาขุนนางได้มีความเห็นว่า พระราชบัญญัติการค้าทางเรือ ปี ค.ศ. 1988 นั้น ผิดกฎหมายเนื่องจากมีความขัดแย้งกับกฎหมายสหภาพยุโรป

4) หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษบนพื้นฐานของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักพื้นฐาน (Essential constituents) มีผลต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอังกฤษและการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมนั้นมีอยู่ทั้งสิ้น 5 ประการ ดังนี้

4.1) ความเป็นเอกรัฐ (Unitary State) สถานภาพที่อังกฤษเป็นการรวมตัวกันทางการเมืองขึ้นมาเป็นสหราชอาณาจักรของหลายประเทศ แต่อังกฤษกลับคงสภาพเป็นรัฐเดี่ยวตลอดมาอำนาจการปกครองของอังกฤษเป็นของรัฐสภาที่

ลอนดอนแทนที่จะแบ่งให้สภาอื่นๆ ที่อยู่รวมกันเป็นสหราชอาณาจักร เนื่องจากเหตุผลสำคัญคือ อิงแลนดมีประชากรและทรัพยากรที่มากกว่าแคว้นอื่น อีกทั้งมีอำนาจทางการเมืองในประวัติศาสตร์มากพอที่จะทำให้ส่วนอื่นๆ ในสหราชอาณาจักรยอมต่ออำนาจของอิงแลนด

4.2) การปกครองประชาธิปไตยแบบรัฐสภาภายใต้พระมหากษัตริย์เป็นประมุข (Parliamentary government under a constitutional monarchy) ในระบอบรัฐธรรมนูญที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของอังกฤษนั้น พระมหากษัตริย์ทรงมีภารกิจสำคัญตามรัฐธรรมนูญในเชิงพิธีการเป็นสัญลักษณ์ของประเทศ ส่วนในทางการเมืองนั้นทรงกระทำการตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี เช่น อำนาจในการเรียกประชุมสภา ยุบสภา อำนาจในการประกาศสงคราม การแต่งตั้งรัฐมนตรี และการให้อภัยโทษ

4.3) อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Parliamentary sovereignty) อำนาจอธิปไตยโดยรัฐสภาเป็นลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษในการใช้อำนาจบัญญัติกฎหมาย ผู้ใช้อำนาจนี้คือพระมหากษัตริย์สภาขุนนาง และสภาสามัญ พระราชบัญญัติของรัฐสภาถือเป็นกฎหมายสูงสุดไม่มีกฎหมายใดมีอำนาจเหนือกว่า ศาลไม่สามารถพิพากษาว่าเป็นโมฆะ ทำได้เพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติรัฐสภาสามารถถูกตรวจสอบในรูปแบบของการยับยั้งความต้องการในการต่อรองของกลุ่มอิทธิพลที่มีอำนาจและสมาชิกรัฐสภาได้

4.4) หลักนิติธรรม (Rule of law) เป็นแนวความคิดที่ได้ฝังรากลึกอยู่ในรัฐธรรมนูญอังกฤษจนกลายเป็นหลักกฎหมายที่ขาดไม่ได้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักนิติธรรมของอังกฤษจึงเป็นหลักกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับกระบวนการสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเป็นกลางเสมอภาค เพื่อนำไปสู่ความเป็นธรรมในสังคม ส่วนฝ่ายตุลาการคือศาลต้องเป็นอิสระและการตัดสินใจทางด้านตุลาการต้องมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่ต้องได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าศาลอย่างยุติธรรมและเป็นธรรมโดยเสมอภาคกัน หลักนิติธรรมจึงมีไว้เพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจไม่เป็นธรรมทั้งจากรัฐ องค์กรภาครัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลอื่น

4.5) การเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (Membership of the European Union) อังกฤษได้เข้าร่วมในประชาคมยุโรป เมื่อปี ค.ศ. 1973 โดยอังกฤษได้ตรา

พระราชบัญญัติซึ่งยอมรับว่ามีองค์กรตัดสินใจเหนือรัฐตน ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายสหภาพยุโรปที่มีผลบังคับใช้โดยตรงต่อประเทศสมาชิก มีผลผูกมัดโดยทั่วไปในอังกฤษ ความเป็นอิสระของอังกฤษในการดำเนินนโยบายหลายอย่างถูกจำกัดโดยการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป และรัฐสภาอังกฤษไม่สามารถทำการนิติบัญญัติในเรื่องบางเรื่อง และเรื่องที่ได้ก็จะต้องทำในกรอบที่สหภาพยุโรปวางไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) ไม่มีสิทธิพิจารณาให้กฎหมายอังกฤษเป็นโมฆะได้อีกทั้งรัฐสภาของอังกฤษก็สามารถถอนตัวออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปได้ การที่อังกฤษได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปจึงทำให้อังกฤษได้สละอำนาจอธิปไตยบางส่วนไปให้กับองค์กรหลักที่มีอำนาจตัดสินใจเหนือรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปคือ สภายุโรป (European Parliament) คณะมนตรียุโรป (European Council) คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) และศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) รวมทั้งองค์กรอื่นที่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรหลักทั้งสิ้น

3.1.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษ

1) แนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษ

แนวความคิดหลักนิติธรรม (Rule of law) ของอังกฤษจนมีวิวัฒนาการให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนภายหลังคริสต์ศตวรรษที่ 13 จากที่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่บัญญัติอยู่ในมหากฎบัตร (Magna Carta) ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ¹¹⁰ ศาสตราจารย์ อัลเบิร์ต เวนน์ ไดซี (Albert Venn Dicey: 1835-1922) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเรื่องนาม มหาวิทยาลัยออกฟอร์ด จึงได้พัฒนาได้พัฒนาแนวความคิดหลักนิติธรรมจนเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายไปทั่วโลก อีกทั้งยังเป็นหลักกฎหมายที่ฝังรากลึกอยู่ในรัฐธรรมนูญอังกฤษ และเป็นหลักการสำคัญที่ขาดไม่ได้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาของอังกฤษ

ตามแนวความคิดของ เอ.วี. ไดซีนั้น หลักนิติธรรมมีนัยความหมายสำคัญ 3 ประการ¹¹¹ ดังนี้

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช กล่าวคือ บุคคลพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้น

¹¹⁰ ธานินทร์ กรวิเชียร, **หลักนิติธรรม**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2552), หน้า 3.

¹¹¹ ธานินทร์ กรวิเชียร, **เพิ่งอ้างถึง**, หน้า 4; อ้างถึงใน Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: MacMillan, 1959), pp. 188-203.

ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่น ย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดที่อยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาล ยุติธรรมตามปกติ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพ ประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรม ยอมรับบังคับให้

ดังนั้น หลักนิติธรรมของอังกฤษจึงเป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการ ประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ซึ่งรัฐบาลจะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเป็นกลางที่นำไปสู่ความเป็นธรรมโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน ส่วนฝ่ายตุลาการก็ต้องเป็นอิสระและการตัดสินใจทางตุลาการต้องมีจุดมุ่งหมายที่จะ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกันกับปัจเจกบุคคลที่ถูก พิจารณาต่อหน้าศาล ดังนั้น หลักนิติธรรมของอังกฤษจึงเป็นไปเพื่อคุ้มครองปกป้อง สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจไม่เป็นธรรมของรัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ

หลักนิติธรรมของอังกฤษตามแนวความคิดของ เอ.วี. ไดซี (A.V. Dicey) นั้น จึงได้กลายเป็นหลักพื้นฐานในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษที่มี ลักษณะสำคัญ 3 ประการ¹¹² ดังนี้

(1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหมายถึงบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทาง อาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นต้องเป็น โทษตามกฎหมายอันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมาย เท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจมิได้

(2) บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณา พิพากษาคดีซึ่งหมายถึงบุคคลทุกคนต้องถูกกฎหมายบังคับโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน ไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างเอกชน หรือ

¹¹² พิมพ์พิมล นวชัย, “ความแตกต่างของหลักนิติรัฐ นิติธรรม”, ใน *Wanwila in da house*. สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2556 จาก <http://wanwila.exteen.com/20110911/entry>, หน้า 2.

เอกชนกับรัฐทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่จะทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีเหล่านี้ได้ และการพิจารณาพิพากษานี้ต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดทั้งสิ้น

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาของประเทศอังกฤษคือ ศาลนั่นเองเป็นผู้พิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน จึงทำให้เกิดการยอมรับสิทธิเสรีภาพขึ้น ดังนั้น ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงต้องยึดถือการปกครองโดยหลักนิติธรรมบนหลักการว่า บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะเป็นโดยการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งต้องกระทำการภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยใช้อำนาจภายในขอบเขตซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ ซึ่งการปกครองโดยหลักนิติธรรมในนัยที่จะให้เกิดความเป็นธรรมนั้น ก็จะต้องมีการออกกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย

ในปี ค.ศ. 2004 Lord Bringham ได้ขยายองค์ประกอบหลักนิติธรรมอังกฤษทั้งหมด 8 ข้อซึ่งมี 2 ข้อที่ครอบคลุมสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรมในระเบียบกฎหมายระหว่างประเทศด้วยคือ (1) The accessibility of the law (2) Law not discretion (3) Equality before the law (4) The exercise of power (5) Human rights (6) Dispute resolution (7) A fair trial (8) The rule of law in the international legal order (Lord Bringham, 2010, pp. 37-132) ดังนั้น หลักนิติธรรมของอังกฤษจึงถือเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายซึ่งบุคคลเสมอกัน ในกฎหมาย บุคคลต้องรับโทษเพื่อการกระทำผิดอันใดก็ตามเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และต้องได้รับการพิจารณาคดีจากศาลยุติธรรมที่มีความเป็นอิสระในการตัดสินคดีไม่ว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างเอกชนกับรัฐ จึงถือได้ว่าหลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญของประเทศที่ปกครองโดยนิติรัฐที่เป็นรากแก้วของการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยแท้จริง

2) วิพากษ์แนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษ

แนวความคิดหลักนิติธรรมของโดซีย์จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า ไม่อาจสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของหลักนิติธรรมเพราะมุ่งกรณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นได้เฉพาะในประเทศอังกฤษเท่านั้น เนื่องจากปัจจุบันหลายประเทศส่วนใหญ่ทั่วโลกได้ยึดถือกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the constitution) มิใช่หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ในการปกครองประเทศของตนเช่นอังกฤษ จึงต้องประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ใน

รัฐธรรมนูญ แต่ได้ชี้ย้สนับสนุนอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่ระบบศาลมากกว่าอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะได้ชี้ย้อธิบายหลักนิติธรรมตามสภาพสังคมอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบรัฐบาลและระบบศาลที่แข็งแกร่งมากที่สุดประเทศหนึ่ง

นอกจากนี้ เอ.วี ไคซีย์ ยังยอมรับเฉพาะอำนาจศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจของเจ้าพนักงานหรือระบบศาลชำนาญพิเศษ เพราะถือว่าทุกคนเสมอภาคเท่าเทียมกันจึงควรได้รับการพิพากษาจากศาลยุติธรรมเหมือนกัน ซึ่งขัดกับข้อเท็จจริงในสังคมที่บุคคลและสถาบันมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น มีสิทธิเสรีภาพและอำนาจหน้าที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งการปฏิบัติสิ่งที่ต่างกันด้วยมาตรฐานเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมหรือความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ อีกทั้งปัจจุบันระบบศาลชำนาญพิเศษก็เป็นที่ยอมรับของหลายประเทศ เพราะปัญหาในสังคมมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นตามพัฒนาการของสังคมมนุษย์ จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะด้านเพื่อให้การวินิจฉัยปัญหาอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนแก่ประชาชนได้มากที่สุด อีกทั้งยังมีผู้วิจารณ์ถึงขั้นว่าแนวความคิดของเอ.วี ไคซีย์ ทำให้นักกฎหมายอังกฤษไม่ต้องการมีศาลปกครองและเป็นต้นเหตุทำให้ระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษมีพัฒนาการที่ล่าช้า อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี อาจนับได้ว่า เอ.วี ไคซีย์ เป็นผู้บุกเบิกให้หลักนิติธรรมเป็นที่รู้จักแพร่หลายไปทั่วโลก

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา แนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษได้ถูกอภิปรายอย่างกว้างขวางในเชิงลึกมากขึ้นทั่วโลก โดยเฉพาะในโลกเสรีประชาธิปไตย นักกฎหมายส่วนมากได้ยึดถือหลักนิติธรรมเป็นอุดมการณ์ร่วมกันเพื่อต่อต้านระบบทรราชที่กดขี่และละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องใช้หลักนิติธรรมในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ดังนั้นจึงมีการขยายหลักนิติธรรมออกไปให้ครอบคลุมถึงการสร้างเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทุกมิติรอบด้าน ดังเห็นได้จากคำปรารภของปญญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่รับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2491 ระบุถึงหลักนิติธรรมว่า “...เป็นการจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับการคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่ประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออกอันเป็นที่พึงสุดท้ายด้วยการก่อความไม่สงบเพื่อต่อต้านทรราชและการกดขี่...”¹¹³ ปัญหาต่างๆ ที่อยู่ในขอบเขตของหลักนิติธรรมจึงมิใช่มีเฉพาะแต่ปัญหาระบบทรราชที่กดขี่สิทธิและเสรีภาพของ

¹¹³ ธานินทร์ กรวิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (110), หน้า 6.

เดียวกัน และอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน ดังนั้น ไตซีจึงได้ปฏิเสธระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ระบบศาลในอังกฤษนั้นไม่มีการแยกศาลออกเป็นหลายๆ ศาล เช่น ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ

3.3) รัฐธรรมนูญอังกฤษเป็นผลที่เกิดจากกฎหมาย (Ordinary law) ที่พัฒนาโดยศาลยุติธรรมผ่านวิธีการที่รู้จักกันในประเทศอังกฤษว่ากฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ซึ่งให้ความคุ้มครองทางกฎหมายกับประชาชนทั่วไปไม่เหมือนกับในประเทศอื่นๆ ที่จะมีการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ สมัยหนึ่งหลักนิติธรรม (Rule of law) ของอังกฤษนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ หลักกฎหมายของอังกฤษได้เกิดขึ้นและพัฒนาการมาจากคำพิพากษาตัดสินของศาลที่ดำเนินการต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนานตลอดมาจนสามารถสร้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีให้เกิดขึ้นซึ่งแตกต่างจากประเทศอื่นๆ จึงเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมของอังกฤษในสมัยนั้นต่างกับหลักนิติรัฐ (Legal State) ในประเทศในทวีปยุโรป ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อ 3.3-3.5 ต่อไป

โดยสรุป หลักนิติธรรม (Rule of law) ของอังกฤษมุ่งควบคุมการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายตามหลักความเป็นสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of law) ตามแนวความคิดของเอ.วี. ไตซี (A.V. Dicey) 3 ประการคือ (1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นแต่มีการละเมิดกฎหมายชัดเจนและต้องลงโทษตามขบวนการปกติของกฎหมายต่อศาลปกติ (2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ประชาชนทุกคนต้องอยู่ใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ไม่ว่าเจ้าหน้าที่รัฐหรือคนธรรมดา (3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ควรมีสถานะพื้นฐานของประชาชน เป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาไม่ได้เกิดจากการรับรองคำประกันพิเศษโดยรัฐธรรมนูญดังประเทศอื่นๆ ในกลุ่มประเทศระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) รวมทั้งประเทศไทย ต่อมา เอฟ.เอ.ไฮยิก (F.A. Hayek) ลูกศิษย์ของ เอ.วี. ไตซี เป็นนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ ได้พัฒนาแนวความคิดหลักนิติธรรมซึ่งเน้นย้ำว่าการที่รัฐบาลจะปฏิบัติภารกิจใดๆ ต้องอยู่ภายใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (rule) ที่แน่นอนและได้ประกาศล่วงหน้า ช่วยให้คาดการณ์ได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจใด ในสถานการณ์ใดและช่วยให้วางแผนกิจการส่วนตัวต่างๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้กฎหมายดังกล่าว

3.1.3 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ

1) กลไกประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นสหราชอาณาจักรที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional monarchy) โดยพระมหากษัตริย์ รัฐสภา รัฐบาลและศาลใช้อำนาจอธิปไตยในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งบางส่วนมาจากกฎหมายจารีตประเพณีและอีกบางส่วนมาจากกฎหมายที่ร่างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หลักการสำคัญที่สุดในการปกครองของอังกฤษคือ **หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา** (Supremacy of parliament) กล่าวคือ รัฐสภามีอำนาจในการตราหรือยกเลิกพระราชบัญญัติใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาถือเป็นกฎหมายสูงสุด จึงไม่มีกฎหมายใดรวมทั้งรัฐธรรมนูญมีอำนาจเหนือกว่ากัน ศาลไม่มีอำนาจพิพากษาว่ากฎหมายเป็นโมฆะหรือขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญเหมือนอย่างศาลในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) จึงทำได้เพียงการตีความกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งในทางกฎหมายประเพณีผู้บริหารอำนาจนี้จึงประกอบด้วย 3 สถาบันคือ พระมหากษัตริย์ สภาขุนนาง และสภาสามัญ

เอวี ไดซี (A.V. Dicey) นักกฎหมายอังกฤษได้กล่าวถึงหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษไว้ว่า “รัฐสภามีสิทธิที่จะออกกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายใดๆ ก็ได้ ไม่มีผู้ใดในอังกฤษที่จะมีสิทธิเพิกเฉยหรือละเมิดต่อกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา” ในขณะที่คาวานาห์ (Kavanagh) ได้นิยามหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาว่า “รัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งอังกฤษมีสิทธิในการที่จะบัญญัติ หรือไม่บัญญัติกฎหมายใดๆ และไม่มีบุคคลใดจะได้รับการยอมรับโดยกฎหมายอังกฤษที่จะมีสิทธิล้มล้างกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา” ด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายใด เช่น รัฐธรรมนูญอยู่เหนือพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา จึงเท่ากับว่าพระราชบัญญัติรัฐสภาถือเป็นกฎหมายสูงสุด โดยสรุป ระบบรัฐสภาซึ่งมีอำนาจสูงสุดและเป็นหลักการปกครองอังกฤษในปัจจุบันนั้นมีวิวัฒนาการมาจากสภาใหญ่ (Great Council) ของกษัตริย์สมัยก่อนที่พระมหากษัตริย์ทรงอาศัยสภาเป็นที่ปรึกษาและสภาก็ขยายจำนวนมากขึ้นตามสถานการณ์นานาประการ

ราชวงศ์อังกฤษเป็นราชวงศ์หนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันพระมหากษัตริย์ที่มีความยั่งยืน และได้รับการยอมรับโดยลักษณะสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์ของอังกฤษ ประกอบด้วย (1) ระบบกษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และสืบทอดโดยการ

สืบสันตติวงศ์ แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (2) พระมหากษัตริย์ คือประมุขของประเทศ เป็นสัญลักษณ์ของประเทศ และรัฐธรรมนูญมีบทบาททางพิธีการ (3) พระมหากษัตริย์ทรงเป็นกลางทางการเมืองไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใด (4) พระมหากษัตริย์ต้องนับถือศาสนาคริสต์นิกายอังกฤษ (Church of England) (5) พระมหากษัตริย์ กษัตริย์จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ (6) พระมหากษัตริย์ทรงบรรลุนิติภาวะเมื่อมีพระชนมายุได้ 18 พรรษา (7) อำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ การบริหารอำนาจในปัจจุบัน โดยผ่านการถวายคำแนะนำจากผู้นำฝ่ายบริหารคือ นายกรัฐมนตรี เช่น อำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ พระราชอาณัติ ผู้พิพากษา อำนาจในการยุบและเรียกประชุมสภา การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ (8) พระมหากษัตริย์ทรงทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) รัฐบาลในฐานะผู้รับสนองพระบรมราชโองการต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อพระมหากษัตริย์ โดยสรุป สถาบันการปกครองของอังกฤษเริ่มจากรัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันนิติบัญญัติที่ถือว่ามีความสำคัญสูงสุด ตามด้วยรัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการตามลำดับ ซึ่งสะท้อนให้เห็นชัดเจนถึงระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษที่ไม่ได้ใช้หลักแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดระหว่างสถาบันการเมืองต่างๆ ของอังกฤษ

2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมของอังกฤษ

รัฐสภาอังกฤษเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 เมื่อมีบทบัญญัติมหาบัตร (Magna Carta) ซึ่งทำให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงรับฟังคำปรึกษาหารือจากขุนนางและผู้นำชุมชน การเข้าเฝ้าเพื่อให้คำปรึกษานั้นจึงเป็นที่มาของการเกิดรัฐสภาอังกฤษ ในระยะแรกเริ่มรัฐสภาจะมีกษัตริย์เข้าร่วมประชุมด้วยเสมอ แต่ในสมัยต่อมาบทบาทของพระมหากษัตริย์ในรัฐสภาเป็นเพียงพิธีการเท่านั้น จากวิวัฒนาการความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ทำให้สถาบันทางการเมืองของอังกฤษมีเสถียรภาพมั่นคงรัฐสภาจึงเป็นสถาบันหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งของระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษ ซึ่งได้กลายเป็นแบบอย่างของการปกครองแบบรัฐสภาในหลายๆ ประเทศทั่วโลก

รัฐสภาอังกฤษมีอำนาจหลักในการบัญญัติกฎหมายขึ้น เพื่อบังคับแก่กิจการทั้งปวง รวมทั้งบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการปกครองให้มีผลเป็นรัฐธรรมนูญ ภายหลังลักษณะอักษรด้วย และมีหน้าที่สำคัญ 3 ประการคือ (1) พิจารณาออกกฎหมาย และพระราชบัญญัติต่างๆ (2) พิจารณาข้อเสนอเกี่ยวกับนโยบายด้านภาษีและการคลังของรัฐบาล (3) พิจารณานโยบายและกำกับดูแลการบริหารของรัฐบาล องค์ประกอบ

ของรฐสภาอังกฤษที่แบงเป็นสภาสามัญชน (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords) ในทางทฤษฎีนั้นไ้รวมเอาพระมหากษัตริย์เข้าไว้เป็นส่วนหนึ่งของรฐสภาด้วย

2.1) การปฏิบัติหน้าที่ของพระมหากษัตริย์

สหราชอาณาจักรมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและสัญลักษณ์ของประเทศและทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยการลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายต่างๆ และแม้จะไม่มีอำนาจใดๆ ทางการเมือง แต่ก้ทรงใช้อำนาจการบริหารผ่านคณะรัฐมนตรีได้ และทรงมีอำนาจในการเรียกประชุมหรือยุบสภา ตลอดจนให้ความเห็นชอบต่อร่างพระราชบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากผู้ที่ป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในรฐสภาได้ อย่างไรก็ดี พระมหากษัตริย์ก็มีสิทธิที่จะได้รับทราบถึงนโยบายต่างๆ ของรฐบาล ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีจะต้องเข้าเฝ้าถวายรายงานทุกสัปดาห์ บทบาทที่สำคัญทางการเมืองของพระมหากษัตริย์คือ การกล่าวพระราชดำรัสต่อที่ประชุมรฐสภาในการเปิดสมัยประชุมรฐสภาเดือนพฤศจิกายนของทุกปีที่ถือว่าพระราชดำรัสดังกล่าวเป็นการแถลงนโยบายของรฐบาล

2.2) การปฏิบัติหน้าที่ของสภาขุนนาง

(ก) องค์ประกอบของสภาขุนนาง (The House of Lords) สภาขุนนางของอังกฤษนับเป็นสภาที่เก่าแก่และใหญ่ที่สุดในโลก ประกอบด้วยสมาชิกประมาณ 1,000 คน (จำนวนอาจเปลี่ยนแปลงได้) สมาชิกของสภานี้ที่มิได้มาจากการเลือกตั้งและประชาชนไม่มีอำนาจที่จะถอดถอน หรือควบคุมสมาชิกสภาขุนนาง สมาชิกสภาขุนนางสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ (1) ขุนนางฝ่ายศาสนา (Lords Spiritual) ได้แก่ ผู้นำทางศาสนจักรที่ดำรงตำแหน่งที่สำคัญๆ ของคริสตศาสนิกายต่างๆ หรือบุคคลระดับสูงทางฝ่ายศาสนาของ Church of England ในระดับ Archbishops ประมาณ 25-30 คน เป็นสมาชิกเฉพาะตัวไม่มีการทดแทนโดยการสืบทอดสายโลหิต สมาชิกประเภทนี้จะมืบทบาทสำคัญในกรณีที่มีปัญหาทางศาสนา ปัญหาทางจริยธรรมและศีลธรรม (2) ขุนนางฝ่ายฆราวาส (Lords Temporal) ซึ่งมีทั้งที่เป็นโดยสืบทอดสาย เช่น ราชวงศ์ที่เป็นชาย ท่านผู้หญิง ขุนนางที่มีบรรดาศักดิ์สูงโดยตำแหน่ง เช่น ขุนนางกฎหมาย (Law Lords) ที่มีความสามารถ และมีชื่อเสียงมีบทบาทสำคัญในฐานะเป็นศาล และให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมาย และโดยการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต เนื่องด้วยทำความดีความชอบแก่ประเทศ ไม่มีการสืบทอดจํานวนสมาชิกสภา ขุนนางมีไม่ต่ำกว่า 900 คน แต่ในทางปฏิบัติสมาชิกจะมาประชุมคราวละประมาณ 1 ใน 3 ของสมาชิกที่เข้าประชุมอย่างสม่ำเสมอมีประมาณ 50-60 คน เท่านั้น

(ข) บทบาทอำนาจหน้าที่ของสภาขุนนาง ในอดีตสภาขุนนางมีอำนาจมาก แต่ต่อมาเมื่อมีการขยายสิทธิเลือกตั้งในศตวรรษที่ 19 ฐานะของสามัญชนสูงขึ้น เพราะใกล้ชิดกับประชาชน ทำให้มีความเป็นประชาธิปไตย ในขณะที่สภาขุนนางจำกัดกลุ่มอยู่เฉพาะผู้ที่ป็นเจ้านายมีตระกูล และในปี ค.ศ. 1911 ได้มีพระราชบัญญัติ Parliament Act 1911 และ 1949 ซึ่งเป็นการลดอำนาจสภาขุนนางอย่างเป็นทางการ แม้อำนาจของสภาขุนนางได้ลดน้อยลงมากในปัจจุบัน แต่สภาขุนนางเป็นสัญลักษณ์ในเชิงอนุรักษ์นิยมของอังกฤษ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมอังกฤษโดยมีหน้าที่หลักคือ (1) อำนาจความสะดวกในการพิจารณาร่างกฎหมายที่ไม่เร่งด่วน และไม่เป็นปัญหาขัดแย้งกันมากในรัฐสภา ร่างกฎหมายประเภทนี้จะเสนอต่อสภาขุนนางก่อน (2) ทบทวนร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาจากสภาสามัญชน และสามารถยับยั้งร่างกฎหมายไว้ช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น (3) ในกรณีที่เกิดมีความสำคัญสำหรับสาธารณชน สภาขุนนางก็จะเป็นผู้พิจารณาฎีกาในชั้นสุดท้าย สภาขุนนางจึงมีหน้าที่สำคัญเป็นศาลสูงสุดของประเทศ

2.3) การปฏิบัติหน้าที่ของสภาสามัญชน

(ก) องค์ประกอบของสภาสามัญชน (The House of Commons) สภาสามัญชนเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่มีบทบาทในการปกครองประเทศอย่างแท้จริง โดยมีวิวัฒนาการมาจากความตั้งใจที่จะให้เป็นตัวแทนของประชาชนในประเทศ โดยไม่จำกัดชั้นวรรณะเพื่อให้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศคอยวิพากษ์วิจารณ์ และควบคุมการบริหารประเทศของรัฐบาล สมาชิกสภาสามัญประกอบด้วย สมาชิกจำนวน 659 คน (แล้วแต่จำนวนประชากร) แบ่งเป็น 529 ที่นั่งจากอังกฤษ 72 ที่นั่งจากสกอตแลนด์ 40 ที่นั่งจากเวลส์และ 18 ที่นั่งจากไอร์แลนด์เหนือ ซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขต เขตละหนึ่งคน (Single constituency) โดยผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดในแต่ละเขตเลือกตั้งจะเป็นผู้ชนะ วาระของสภาสามัญชนมีอายุกำหนดคราวละ 5 ปี หลังการเลือกตั้งทั่วไปแต่ละคราว แต่นายกรัฐมนตรีอาจเสนอให้พระมหากษัตริย์ยุบสภาก่อนครบวาระ และให้มีการเลือกตั้งทั่วไปก่อนครบกำหนดได้ หรือรัฐสภาอาจมีวาระมากกว่า 5 ปีได้หากจำเป็นต่อประเทศชาติ หรือภาวะฉุกเฉิน สมาชิกสภาสามัญชนส่วนใหญ่จะประกอบอาชีพอย่างอื่นในขณะดำรงตำแหน่ง นักการเมืองอาชีพมีเป็นส่วนน้อยเท่านั้น

(ข) บทบาทอำนาจหน้าที่ของสภาสามัญชน สภาสามัญชนซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน และสะท้อนความเป็นประชาธิปไตยของอังกฤษมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสถาบันฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญดังต่อไปนี้

(1) **หน้าที่ในการตรวจสอบทางนิติบัญญัติ** สภาสามัญใช้เวลาส่วนใหญ่ในการตรวจสอบพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐบาล ซึ่งขั้นตอนพิจารณากฎหมายของสภาสามัญชน แบ่งออกเป็นวาระแรกนำเสนอร่างพระราชบัญญัติอย่างเป็นทางการต่อที่ประชุมสภา โดยไม่มีการอภิปราย วาระที่ 2 อภิปรายหลักการของร่างพระราชบัญญัติ โดยรัฐมนตรี ส.ส. คณะกรรมาธิการ และรายงานต่อที่ประชุมสภาเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม ถ้าไม่มีการแก้ไขจึงเข้าสู่วาระที่สาม เพื่อให้ทั้งสภาพิจารณาผ่านร่างพระราชบัญญัติ โดยการลงมติเมื่อผ่านขั้นตอนของสภาสามัญชนครบแล้วจึงเสนอร่างฯ ไปยังสภาขุนนาง หากสภาขุนนางมีข้อแก้ไขก็จะกลับสู่สภาสามัญชนในขั้นตอนของการอภิปรายขอแก้ไขของสภาขุนนาง (The Lords' Amendments) เมื่อผ่านร่างฯ ทั้งสองสภาแล้ว จึงถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยเป็นพระราชบัญญัติ (Act)

(2) **หน้าที่ในการตรวจสอบฝ่ายบริหาร** สภาสามัญชนมีหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบฝ่ายบริหารซึ่งกระทำได้โดยการอภิปราย (Debates) ทั้งในรูปแบบที่ผู้นำฝ่ายค้านเสนออภิปรายนโยบายของรัฐบาลกระทำได้ 20 ครั้งต่อสมัยประชุม เรียกว่า Opposition Days หรือรัฐบาลอาจหยั่งหาความคิดเห็นในเรื่องที่ยังไม่ได้กำหนดเป็นนโยบายเรียกว่า Adjournment และส.ส. อาจยกเรื่องที่มีความเร่งด่วนมาอภิปรายให้รัฐบาลจัดการ เรียกว่า Emergency ซึ่งมีเพียง 4 ครั้งต่อสมัยประชุม การอภิปรายช่วยให้ประชาชนมีข้อมูลตรวจสอบรัฐบาลได้มากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติการอภิปรายเมื่อมีการลงคะแนนเสียงฝ่ายรัฐบาลก็เป็นฝ่ายชนะอยู่เสมอ การตั้งกระทู้ถาม (Question Time) ทุกชั่วโมงแรกของการประชุมมีช่วงเวลา Question Time เพื่อให้ ส.ส. สามารถตั้งคำถามต่อรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งในเรื่องที่เป็นความรับผิดชอบของรัฐมนตรีที่งานนั้นและให้รัฐมนตรีมีเวลาเตรียมตัวเพียง 2 วัน เพื่อตอบคำถาม นอกจากนี้ยังมีช่วงเวลา Prime Minister's Questions ให้ผู้นำฝ่ายค้านตั้งกระทู้ถามนายกรัฐมนตรีในลักษณะเดียวกัน โดย ส.ส. สามารถถามเสริมได้ การตั้งคณะกรรมาธิการเฉพาะเรื่อง (Select Committees) เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ และตรวจสอบการทำงานของกระทรวงต่างๆ ซึ่งคณะกรรมาธิการของสภาสามัญสามารถแบ่งออกได้ดังนี้

(2.1) คณะกรรมาธิการเต็มสภา (Committee of the Whole House) ประกอบด้วยสมาชิกทั้งหมด ของสภาสามัญทำหน้าที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่มีความสำคัญ

(2.2) คณะกรรมการสามัญ (Standing Committee) ซึ่งมีประมาณ 5-7 คณะ คณะหนึ่งมีประมาณ 20-50 คน เลือกจากพรรคต่างๆ ตามอัตราส่วนของที่นั่ง

ในสภาสามัญ และรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัตินั้นเป็นกรรมาธิการด้วย

(2.3) คณะกรรมาการวิสามัญ (Select Committees) เพื่อทำหน้าที่เฉพาะเรื่องที่ต้องอาศัยความชำนาญพิเศษ เช่น คณะกรรมาธิการกิจการบัญชีของรัฐ คณะกรรมาธิการ พิจารณากฎหมายเฉพาะเรื่อง

(2.4) คณะกรรมาธิการร่วมกันสองสภา (Joint Committees) เป็นคณะกรรมาธิการร่วมกันที่ได้รับการแต่งตั้งจากสภาสามัญชน และสภาขุนนาง เพื่อร่วมกันพิจารณาเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น ร่างพระราชบัญญัติเอกชนที่สำคัญๆ

(3) **หน้าที่ในการควบคุมทางการคลัง** เป็นวิธีการที่สภาสามัญชนใช้ควบคุมการบริหารงานของรัฐบาล โดยการอนุมัติงบประมาณ ให้ความเห็นชอบการใช้จ่ายงบประมาณ และคอยตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาล จะเห็นได้ว่า รัฐสภาเป็นสถาบันที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบการเมือง และการปกครองของอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาททางด้านนิติบัญญัติและบทบาทในฐานะสถาบันที่คอยค้ำจุนอำนาจของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม อำนาจของรัฐสภาอังกฤษในปัจจุบันกลับลดน้อยถอยลง เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เนื่องจากระบบพรรคการเมืองที่เข้มแข็งของอังกฤษนั่นเอง

3) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรมของอังกฤษ

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอังกฤษ คือ รัฐบาลทำหน้าที่หลักรับผิดชอบในการบริหารงานของประเทศ โดยมีนายกรัฐมนตรีซึ่งได้รับแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์เป็นหัวหน้ารัฐบาลและรัฐมนตรีอื่นๆ ทั้งหมด ก็ได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์โดยการเสนอแนะของนายกรัฐมนตรี กระบวนการจัดตั้งรัฐบาลตามธรรมเนียมปฏิบัติ หัวหน้าพรรคการเมืองซึ่งได้จำนวนที่นั่งเสียงข้างมากในสภาสามัญชนและได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาสามัญชน หัวหน้าพรรคนั้นจะได้รับแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ให้เป็นนายกรัฐมนตรีและได้รับมอบหมายให้จัดตั้งคณะรัฐบาล

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการสรรหาบุคคลเป็นรัฐมนตรีเพื่อประกอบขึ้นเป็นคณะรัฐมนตรีโดยเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งรัฐมนตรีส่วนใหญ่ที่มักเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งปกติจะถูกเลือกจากบุคคลในพรรคของตนเพื่อเสถียรภาพทางการเมืองโดยนายกรัฐมนตรีจะพิจารณาจากการยอมรับในตัวรัฐมนตรีของสมาชิกรัฐสภา สมาชิกพรรค และประชาชน รวมถึงการให้โอกาสแก่นักการเมืองรุ่นใหม่ที่มีความสามารถได้เป็นรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม รัฐบาลจำเป็นต้องแต่งตั้งรัฐมนตรี

ซึ่งเป็นสมาชิกของสภาขุนนางด้วย เพื่อเป็นโฆษกในการอธิบายนโยบายและการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลต่อสภาขุนนาง

ในการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี เช่น รายงานกิจการงานฝ่ายบริหารต่อองค์พระประมุข รวมทั้งเป็นประธานของคณะรัฐมนตรีควบคุมงานของทุกกระทรวง ตัดสินปัญหาข้อขัดแย้งของกระทรวงต่างๆ และอนุมัติการตัดสินใจที่สำคัญของกระทรวงต่างๆ ในกรณีที่ไม่ต้องเสนอที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เป็นต้น นอกจากนี้ นายกรัฐมนตรียังมีอำนาจในการป้องกันประเทศ การต่างประเทศ เศรษฐกิจ และความมั่นคงแห่งชาติ โดยที่อำนาจที่สำคัญที่สุดของนายกรัฐมนตรีก็คือ อำนาจในการยุบสภาโดยกราบบังคมทูลขอให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยุบสภาและให้มีการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่เมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องปรึกษาคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด

ส่วนคณะรัฐมนตรี (Cabinet) นั้นมีวิวัฒนาการมาจากคณะองคมนตรีในสมัยโบราณ ซึ่งเป็นที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ และในศตวรรษที่ 18 ได้ค่อยๆ เป็นอิสระจากสถาบันกษัตริย์ จนเชื่อมโยงใกล้ชิดกับประชาชนมากขึ้นเรื่อยๆ ในปัจจุบันมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Departmental Ministers) ที่มีหน้าที่รับผิดชอบงานของกระทรวงต่างๆ ประมาณ 22 คน รวมกับรัฐมนตรีช่วยว่าการ (Ministers of State) อีก รวมเป็นคณะรัฐบาลกว่า 100 คน ซึ่งตามกฎหมายไม่มีการกำหนดเรื่องจำนวนรัฐมนตรี โดยอยู่ในตำแหน่งเป็นเวลา 5 ปี คณะรัฐมนตรีต้องได้รับความสนับสนุนจากสมาชิกสภาสามัญชนเสียงข้างมาก ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงไม่ได้เป็นอิสระจากสภาสามัญชน แต่ต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อสภาสามัญชน และเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดระหว่างกันนั่นเอง

คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่หลักคือ การร่างกฎหมาย ตัดสินนโยบาย และเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ นอกจากนั้น คณะรัฐมนตรียังรับผิดชอบในการควบคุมและประสานงานกระทรวงสำคัญๆ ของประเทศ มอบหมายให้กระทรวง ทบวง กรม รับนโยบายไปปฏิบัติ อีกทั้งคณะรัฐมนตรีอาจเสนอให้ยุบสภาสามัญชนเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้อีกด้วย โดยสรุป ฝ่ายบริหารโดยการนำของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีจึงเป็นกลไกสำคัญในการบริหารประเทศ โดยเชื่อมโยงกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะสมาชิกสภาสามัญชนจะได้รับการแต่งตั้งขึ้นมาเป็นนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี ทำให้ฝ่ายบริหารจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากสมาชิกสภาสามัญชน และจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและประชาชน

4) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรมของอังกฤษ

ศาลอังกฤษปฏิบัติหน้าที่เป็นฝ่ายตุลาการ ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากวงการวิชาชีพนักกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี หรือ ประธานสภาขุนนาง อำนาจของฝ่ายตุลาการในระบอบประชาธิปไตยแบบอังกฤษมีน้อยกว่าอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร เนื่องจากศาลมีหน้าที่อย่างจำกัดในการตีความพระราชบัญญัติที่รัฐสภาเป็นผู้ออก โดยไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติฉบับใดมีลักษณะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Sovereignty of parliament) ที่มีอำนาจสูงสุด

อย่างไรก็ดี ฝ่ายตุลาการของอังกฤษนั้นมีความยึดโยงกับรัฐสภามาก ดังเห็นได้จากกรณีที่หัวหน้าฝ่ายตุลาการ คือ Lord Chancellor มีหน้าที่แต่งตั้งผู้พิพากษาไม่ทางตรงก็ทางอ้อม และอาจเป็นหัวหน้าคณะผู้พิพากษาเมื่อสภาขุนนางทำหน้าที่ศาลอุทธรณ์ และก็เป็นนักกฎหมายอาวุโสที่เป็นสมาชิกสภาขุนนาง (Law Lords) ซึ่งทำหน้าที่ประธานสภาขุนนาง ขณะเดียวกันก็เป็นรัฐมนตรีอยู่ในคณะรัฐมนตรีด้วย (The Cabinet) ทำหน้าที่หัวหน้าฝ่ายกฎหมายของรัฐบาล โดยนัยนี้ทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมสามารถเข้าตรวจสอบการทำงานของฝ่ายตุลาการได้ ขณะเดียวกัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวง Home Office (Home Secretary) ก็มีอำนาจเสนอให้ศาลอุทธรณ์พิจารณาคดีใหม่ หากมีข้อเท็จจริงปรากฏเพิ่มขึ้นมาลักษณะนี้ เป็นลักษณะสำคัญของประชาธิปไตยอังกฤษที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและบริหารกับอำนาจตุลาการ

ลอร์ดวูลฟ์ (Lord Woolf) อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (The Master of the Rolls) และอดีตประมุขตุลาการ (Lord Chief Justice) ของอังกฤษและเวลส์กล่าวว่า หลักนิติธรรมใช้บังคับได้ผลดีในสหราชอาณาจักรก็เพราะระบบกระบวนการยุติธรรมของอังกฤษได้รับการพัฒนาโดยรัฐสภาและศาลยุติธรรมมาเป็นเวลานาน อีกทั้งคุณภาพของระบบการศาลยุติธรรมและระบบวิชาชีพกฎหมายของอังกฤษสูงมาก ผู้ที่อยู่ในวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นโซลิซิเตอร์ (Solicitor) หรือ เนติบัณฑิต (Barrister) ได้ผ่านการอบรมที่เข้มงวดกวดขันและมีมาตรฐานสูงมาก ทั้งมีสอบการแข่งขันกันอย่างจริงจัง แม้แต่ผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมแล้วก็ยังต้องหมั่นฝึกฝนตนเองอยู่เสมอ

ส่วนผู้พิพากษาศาลอังกฤษเองก็ได้รับการคัดเลือกจากบรรดาทนายความที่ประสบความสำเร็จอย่างรุ่งโรจน์ในการประกอบวิชาชีพทนายความมาแล้ว ยิ่งกว่านั้นผู้พิพากษาแต่ละท่านมีเกียรติประวัติในด้านความรู้ ความสามารถ ความซื่อสัตย์

สุจริต และครองตนโดยยึดมั่นในสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมก่อนเป็นผู้พิพากษาอยู่แล้ว เมื่อเป็นผู้พิพากษาก็ได้นำเอาความรู้และประสบการณ์ของการเป็นทนายความมาใช้ ในการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาด้วย เท้าที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏว่ามีผู้พิพากษา ศาลสูงของอังกฤษคนใดถูกลงโทษให้ออกจากตำแหน่งเลย บรรดาผู้พิพากษาอังกฤษ จึงเป็นผู้ร่วมสร้างวัฒนธรรมแห่งความเป็นอิสระของศาลและเป็นผู้ใฝ่ลึบทินมัวหมอง โดยสิ้นเชิง (Total incorruptibility)

นอกจากนี้ ลอร์ดดูลฟยังได้ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ไว้ว่า สังคมใดก็ตามจะอยู่ได้ด้วยความสะดวกสบายโดยอาศัยหลักนิติธรรมนั้น หลักนิติธรรม มีกฎเกณฑ์อย่างไรบ้างย่อมแล้วแต่สถานการณ์การปกครองระบอบประชาธิปไตยในแต่ละสังคมเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งอย่างน้อยที่สุด ในสังคมนั้นควรจะมีการปฏิบัติหน้าที่ของ ศาลตามหลักนิติธรรม¹¹⁵ คือ (1) ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคล ซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน (2) ผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ และเป็นผู้มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้ (3) หลักการนั่งพิจารณาคดีและตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร (4) วิธีการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษา (5) วิธีพิจารณาคดีของศาลที่เที่ยงธรรมและมีเหตุผล (6) กฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยต้องมีความแน่นอนชัดเจนและมีความพอดีเป็นธรรม

5) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมของอังกฤษ

ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษได้อาศัยกลไก การตรวจสอบควบคุมอำนาจ (The Control of power) ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ (Parliamentary system) โดยรัฐธรรมนูญเชื่อมโยงกับทฤษฎีเสรีนิยมมีแนวคิดที่จะหลีกเลี่ยงการกระจุกตัวของอำนาจอย่างยิ่ง โดยให้มีการแบ่งอำนาจกันระหว่างฝ่ายต่างๆ ในการทำหน้าที่ (Separation of powers) ตลอดจนให้บุคลากรไม่ซ้อนกัน ฝ่ายต่างๆ จึงจะตรวจสอบและถ่วงดุลกันได้ (Check and balance) นั่นเอง ในอังกฤษปัจจุบัน การแยกอำนาจในแง่ของการใช้ตัวบุคคลต่างกันมีอยู่ในกรณีของฝ่ายตุลาการ แต่ก็ไม่ถึงกับเด็ดขาด แต่ในแง่ของการทำหน้าที่โดยอิสระมีมากกว่าที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมีต่อกัน แต่ก็ไม่ได้เด็ดขาดอีกเช่นกัน อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายตุลาการ จึงไม่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะศาลไม่มีอำนาจพิจารณาตรวจสอบทบทวนว่า

¹¹⁵ ธาณิชร์ กรัยวิเชียร, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 7.

พระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Judicial review) แต่สามารถตรวจสอบว่าฝ่ายบริหารใช้อำนาจเกินกว่าที่พระราชบัญญัติให้ไว้หรือไม่ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารนั้นมีความซ้อนทับกันมากในด้านตัวบุคคล โดยรัฐมนตรีมาจากรัฐสภา ซึ่งส่วนหนึ่งคือ สภาสามัญชนที่มาจาก การเลือกตั้งโดยประชาชน และรัฐมนตรียังคงเป็นสมาชิกสภา นี้ แม้ว่า จะได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีแล้วก็ตาม การมีความซ้อนทับกันสะท้อนให้เห็นถึงการที่ถือว่าอำนาจอภิไธยของรัฐสภาเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งนั่นเอง แต่เพียงสังเกตว่าแม้รัฐบาลจะมีเสียงข้างมากในสภาสามัญชนเพียงใดก็ตาม แต่ทว่า ก็ยังมีสภาขุนนางเป็นองค์กรคอยตรวจสอบและถ่วงดุลอยู่บ้างตามสมควร

3.2 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

1) ประวัติพัฒนาการหลักนิติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดหลักนิติธรรมได้เริ่มมีอิทธิพลในระบบกฎหมายอเมริกันตั้งแต่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 ได้แก่ หลักการไม่ออกกฎหมายย้อนหลัง หลักการไม่ลงโทษบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นการเฉพาะ หลักการคุ้มครองโดย Writ of Habeas Corpus หมายความว่า ศาลอาจจะให้การเยียวยาได้หากมีการควบคุมตัวบุคคลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ ยังมีหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) และหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งได้รับหลักประกันความมั่นคงในเรื่องระยะเวลาในการทำงานตลอดชีวิตและอัตราเงินเดือนที่สูง รวมทั้งหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดี *Mallbury v. Madison* ซึ่งวินิจฉัยว่า ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ (Judicial review of the constitutionality of the legislation) หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาเหล่านี้ล้วนได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดหลักนิติธรรมของอังกฤษเกี่ยวกับ “หลักศุภนิติกระบวนการ” (Due process of law) ซึ่งสืบสานพัฒนาการมาจากบทบัญญัติของมหากฎบัตร (Magna Carta) ที่ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก ซึ่งพระเจ้าจอห์นแห่งอังกฤษถูกบีบบังคับจากเหล่าขุนนางให้พระราชทานเสรีภาพแก่ประชาชนชาวอังกฤษ ในยุคหลังจึงถือว่ามหากฎบัตรเป็นการยอมตนของพระมหากษัตริย์ต่อการปกครองโดยกฎหมายซึ่งพระองค์ทรงยอมอยู่ภายใต้กฎหมายนั่นเอง แต่เดิมบัญญัติมหากฎบัตรเมื่อปี ค.ศ. 1217 (พ.ศ. 1760) ไม่มีคำว่า Due process of law มีแต่คำว่า “โดยกฎหมายของแผ่นดิน”

ซึ่งในภาษาลาตินว่า “Per Legum Terra” เมื่อมีการเปลี่ยนราชบัลลังก์พระมหากษัตริย์ที่ครองราชย์ต่อมา ก็มีการยืนยันเอกสารมหากฎบัตรที่ออกโดยพระเจ้าจอห์นตลอดมา จนถึงปี ค.ศ. 1357 (พ.ศ. 1897) ในรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 คำว่า “Due process of law” จึงได้ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ

ในขณะที่ไม่มีส่วนใดของเอกสารเหล่านี้ระบุว่าอะไรที่หมายถึง “กฎหมายของแผ่นดิน” หรือ “หลักคุณนิติกระบวนการ” (Due process of law) คำสองคำนี้เริ่มปรากฏใน เอกสาร Petition of Right of 1628 ซึ่งมีข้อฎีกาไว้ว่า “เสรีชนถูกจำคุกหรือถูกกักขังเฉพาะโดยกฎหมายของแผ่นดิน หรือโดยหลักคุณนิติกระบวนการ (Due process of law) และมีโทษโดยการสั่งการพิเศษโดยปราศจากข้อหาของพระเจ้าแผ่นดิน” ตามความเข้าใจของชาวอังกฤษ Due process มีความหมายตามที่เดเนียดเวสเตอร์ นักการเมือง และรัฐบุรุษสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่าเป็นกฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งๆ ที่มีการพิจารณาก่อนแล้วจึงตัดสินลงโทษ ซึ่งดำเนินการโดยการสอบสวนและมีคำพิพากษาหลังการพิจารณา จึงเห็นว่าสิทธิเสรีภาพนั้นมีความสำคัญสำหรับชาวตะวันตกมาก เพื่อหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพนี้ ชาวอังกฤษได้รับรู้กันมาเกือบเจ็ดร้อยปีแล้ว เมื่อมีอาณานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกาช่วงทศวรรษ 1600 ชาวอาณานิคมจึงได้ใช้คำว่า “Due process of law” ในกฎหมายฉบับต่างๆ ของตน จึงกล่าวได้ว่า Due process เป็นหัวใจที่สำคัญของ “กลไกมาตรการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ” (Constitutional safeguard) นั่นเอง

ส่วน Due process ที่เป็นกลไกมาตรการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เช่น การจับ การคุมขัง การค้นนั้น บัญญัติอยู่ใน “พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของพลเมือง” (Bill of Rights) คำว่า “Bill of Rights” อาจไม่ค่อยเป็นที่คุ้นหูสำหรับนักกฎหมายไทย แต่สำหรับชาวอเมริกันโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายหรือไม่ คำนี้จะเป็นที่คุ้นเคยพอๆ กับคำว่า The Rule of law และ Due process of law ซึ่งเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของเสรีภาพปัจเจกชนที่ก่อรูปเป็นเป็นชีวิตแห่งกฎหมายและการปกครองของสหรัฐอเมริกา “Bill of Rights” เป็นเอกสารที่สร้างขึ้นมาหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ปี ค.ศ. 1688 ในประเทศอังกฤษ ผลของการปฏิวัติในช่วงปี ค.ศ. 1688 – 1689 พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ได้ถูกขับออกจากราชสมบัติ และพระเจ้าวิลเลียมได้ขึ้นครองราชย์แทน ตามเอกสารนี้ นอกจากกำหนดให้พระเจ้าวิลเลียมได้ขึ้นครองราชย์แล้ว ยังกำหนดห้ามมิให้พระมหากษัตริย์ใช้อำนาจบางอย่าง เช่น การפקใช้กฎหมายการขึ้นภาษีอากร หรือการคงกองทัพไว้โดยปราศจากความเห็นชอบของรัฐสภา เอกสาร “Bill of Rights” ยังประกาศว่า เสรีภาพการพูดในรัฐสภาไม่อาจ

ถูกโต้แย้งได้ และยังมีพิทักษ์คุ้มครองบุคคลที่ถูกกล่าวหาทางอาญาจากการเรียกหลักประกันสูงเกินไป อีกทั้งยังกำหนดให้มีการพิทักษ์ปกป้องสิทธิเสรีภาพอื่นๆ ด้วย

ด้วยความมีอิทธิพลของ “Bill of Rights” ต่อชาวอังกฤษที่เป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานสามกลุ่มคือ (1) สิทธิในจิตสำนึก (Right of conscience) เช่น สิทธิในการนับถือศาสนา เป็นต้น (2) สิทธิของบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญา (3) สิทธิในทรัพย์สิน เมื่อมีการก่อตั้งอาณานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกาเมื่อหนึ่งศตวรรษต่อมา บทบัญญัติ “Bill of Rights” ก็ได้กลายเป็นแนวคิดสำคัญของการปกครอง และกฎหมายของอาณานิคมในสิบสามมลรัฐที่ต่อมาวมกันเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีถึงเจ็ดมลรัฐที่รับ “Bill of Rights” เป็นรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ส่วนอีกหกมลรัฐที่เหลือก็ได้บรรจุสาระของ “Bill of Rights” ไว้ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐ มลรัฐที่รับ “Bill of Rights” เป็นมลรัฐแรก ก็คือ มลรัฐเวอร์จิเนีย และ “Bill of Rights” ของมลรัฐเวอร์จิเนียนี้ได้กลายเป็นต้นแบบทั้งแก่มลรัฐต่างๆ และสหรัฐอเมริกาเองในเวลาต่อมา

ในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้อาศัย “Bill of Rights” เป็นแหล่งที่มาในการกำหนดหลักการขั้นพื้นฐานและสถาบันของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา แต่ปฏิเสธที่จะเพิ่ม “Bill of Rights” เข้าไปในรัฐธรรมนูญ เพราะเห็นว่ารัฐธรรมนูญเองกำหนดมาตรการคุ้มครองจากการใช้อำนาจของรัฐบาลที่เพียงพออยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม หลังจากการประชุมเพื่อรับรัฐธรรมนูญได้ผ่านไปแล้ว ในวงกระบวนการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญโดยมลรัฐต่างๆ ในระหว่างปี ค.ศ. 1787 ถึง 1789 มลรัฐที่ให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญได้ชี้ให้เห็นถึงความบกพร่องที่เกิดจากการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ และเสนอรายการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในที่สุดฝ่ายที่สนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญและสัญญาว่าจะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลังจากรัฐธรรมนูญได้รับสัตยาบันแล้ว จึงได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญทันทีโดยการยอมรับ “Bill of Rights” คือ การแก้ไขสิบครั้งแรก สำหรับชาวอเมริกันแล้ว คำว่า “Bill of Rights” กับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขสิบครั้งแรกนี้จึงใช้แทนกันได้

2) หลักศุนีนิติกระบวนการ (Due process of law) เป็นหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกา

แนวคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกามีจุดเด่นตรงที่ให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับกระบวนการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายหรือหลักศุนีนิติกระบวนการ (Due process of law) ถือเป็นหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีวิวัฒนาการที่รับเอา

แนวความคิดหลักนิติธรรมนี้มาจากประเทศอังกฤษ¹¹⁶ และได้รับรองหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) และในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งได้วางหลักกฎหมายว่า รัฐจะเพิกถอน สิทธอน หรือกระทำกรใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต เสรีภพ และทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ หมายความว่า รัฐจะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายหลายฉบับของสหรัฐอเมริกายังได้ให้ความสำคัญแก่หลักกระบวนการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายหรือหลักศุนนิติกระบวนการ (Due process of law) อีกในหลายเรื่อง¹¹⁷ ซึ่งไม่ใช่เฉพาะเรื่องสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในทางกฎหมายอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น แต่ยังได้รวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆ ด้วย เช่น กฎหมายปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative procedure law) ก็ได้ยึดหลักกระบวนการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายปกครองที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำกรตามแนวทางที่ถูกต้องชอบธรรมของกฎหมายตามหลักศุนนิติกระบวนการด้วย

ตามความเข้าใจของชาวอเมริกันในปัจจุบันนี้ “หลักศุนนิติกระบวนการ” (Due process of law) มีแนวความคิดสองนัย คือ หลักศุนนิติกระบวนการเชิงสารบัญญัติ (Substantive due process of law) และ หลักศุนนิติกระบวนการเชิงวิธีพิจารณา (Procedural due process of law) สำหรับหลักศุนนิติกระบวนการเชิงสารบัญญัติ (Substantive due process of law) หมายถึง การให้ความคุ้มครองด้านเนื้อหาสาระเกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนตามหลักการของลัทธิเสรีนิยมซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐ (The Supreme Court) ถูกโจมตีอย่างมาก ที่ยึดถือหัวใจของลัทธิเสรีนิยมสี่ประการ เช่น แนวคิดเสรีนิยมเชิงแข่งขันเสรี (Competitive liberalism) แนวคิด

¹¹⁶ คำว่า “Due process of law” นี้ได้ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎบัตรแมกนาคาร์ตาในปี ค.ศ. 1354 ในรัชสมัยของพระเจ้า เอ็ดเวิร์ดที่ 3 ของอังกฤษซึ่งเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนว่า “ไม่มีผู้ใดจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภพของประชาชน ได้เว้นแต่ โดยวิถีทางที่ถูกต้องและชอบธรรมตามกฎหมายเท่านั้น”

¹¹⁷ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย และกมลทิพย์ คติการ (บรรณาธิการ), หนังสือชุดโครงการเวทีความคิดเห็นเพื่อการปฏิรูป กระบวนการยุติธรรม ไทย ลำดับที่ 2 “หลักนิติธรรมกับสังคมไทย: คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้”, จัดพิมพ์โดย โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), สิงหาคม 2552, หน้า 14.

ปัจเจกชนนิยม (Individualism) แนวคิดที่ว่าสิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกชนเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และละเมิดสิทธิมิได้ และแนวคิดของรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัดไปโยงกับหลักกฎหมายของลัทธิเสรีนิยม เช่น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นต้น หลักกฎหมายเหล่านี้ขึ้นอยู่กับข้อสันนิษฐานของแนวคิดแบบเสรีนิยมว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกัน แต่ความจริงไม่เป็นเช่นนั้น อำนาจต่อรองของคนความจริงไม่เท่าเทียมกัน มีการเอาไรต์เอาเปรียบกันโดยข้อเท็จจริง เพื่อผ่อนบรรเทาการเอาไรต์เอาเปรียบกันระหว่างชนชั้น ฝ่ายการเมืองเสนอมาตรการแก้ไขการเอาไรต์เอาเปรียบกันระหว่างชนชั้นในรูปของกฎหมายสังคมนิติบัญญัติ โดยกฎหมายเหล่านี้เรียกว่าเป็นการสร้าง “มือที่มองเห็น” มาช่วยมือที่มองไม่เห็นตามแนวคิดทฤษฎีของอาดัม สมิธ แต่ฝ่ายตุลาการที่ยึดแน่นกับแนวคิดเสรีนิยมไม่ยอมรับมาตรการนี้ อย่างเรื่องสัญญาจ้างแรงงานมีการออกกฎหมายกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ ศาลสูงสุดสหรัฐก็วินิจฉัยว่าขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญที่ว่าทุกคนมีเสรีภาพในการทำสัญญากัน หรืออย่างเรื่องกฎหมายกำหนดให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยกรณีถูกจ้างประสบอันตรายในขณะทำงานให้นายจ้าง ศาลสูงสุดสหรัฐก็ถือว่าขัดหรือแย้งต่อหลักนิติกระบวนการ (Due process of law) ซึ่งกำหนดให้นายจ้างรับผิดชอบที่ไม่มีใครผิด

หลักนิติกระบวนการเชิงสารบัญญัติกับเชิงวิธีพิจารณามีคุณค่าสองอย่างที่แย้งกันอยู่ในตัวคือ การคุ้มครองปัจเจกชนตามลัทธิเสรีนิยมกับการรักษาผลประโยชน์ของมหาชนตามลัทธิประชาธิปไตย ความขัดแย้งกรณีนี้ของสหรัฐอเมริกามีความรุนแรงมาก ถึงขนาดมีการเผชิญหน้ากันระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายการเมือง ประธานศาลสูงสุดสหรัฐกล่าวถึงประวัติศาสตร์ของฝ่ายตุลาการอเมริกันว่ามีเหตุการณ์สองอย่างที่ถือเป็นผลงานชิ้นโบว์ดำของศาลสูงสุดสหรัฐ อย่างแรกคือกรณีศาลสูงสุดยืนหยัดคว่ำกฎหมายสังคมนิติบัญญัติ โดยอาศัยหลักนิติกระบวนการที่กล่าวมานี้ อีกอย่างหนึ่งเป็นเรื่องการรักษาสถานะเดิมตามลัทธิเสรีนิยมเหมือนกันคือ คว่ำกฎหมายของมลรัฐที่จะปลดปล่อยทาส การปลดปล่อยทาสในสหรัฐอเมริกาเป็นการปลดปล่อยตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่สิบสาม ความจริงฝ่ายการเมืองสหรัฐมีความคิดจะปลดปล่อยทาสก่อนมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ศาลสูงสุดสหรัฐคว่ำกฎหมายดังกล่าวในคดี Dred Scott โดยอ้างถึงสิทธิในลักษณะของเจ้าของทาส

หลักนิติกระบวนการที่ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย (Due process of law) ของสหรัฐอเมริกาแต่เดิมนั้นเน้นในเรื่องกระบวนการ (Procedural due process

of law) ซึ่งต่อมำได้มีวิวัฒนาการมุ่งเน้นพัฒนาขยยควมคุมครองสิทธิเสรีภพของประชาชนในทงเนือหำ (Substantive due process of law) มำกขึ้นด้วยซึ่งได้แก่ บทบัญญัติที่รับรองหลักกระบวนการที่ถูกต้องตมกฎหมายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ว่า บุคคลจะถูกละเมิดสิทธิมิได้หำไม่เป็นไปตมกระบวนการที่กฎหมายกำหนด (Due process of law) และในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 ก็ได้รับรับรองหลักการที่ว่าบุคคลจะไม่ถูกจับหำไม่มีกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว สหรัฐอเมริก่ายังได้พัฒนาหลักนิติธรรมในด้านกฎหมายอำญำและวิธีพิจารณาควมอำญำ (Due process in criminal justice system) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาหลายฉบับ¹¹⁸ อันเป็นวิวัฒนาการที่โดดเด่นในการพัฒนาหลักควมคุมครองของประชาชนในทงกฎหมาย ได้แก่ การพัฒนาหลักการพิสูจน์โดยปราศจำข้อสงสัย (Proof beyond reasonable doubt standard) หลักเสรีภพที่ปลอดจำการตรวจค้นและการยึด (Freedom from search and seizure) การหำมการลงโทษที่โหดร้ายและผิดปกติ (Prohibition on cruel and unusual punishment) หลักสิทธิที่จะปรึกษำทนายควม (Right to counsel) หลักอภิสิทธิ์ที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง (Privilege against self-incrimination) และหลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยรวดเร็ว (Right to speed trial) เป็นต้น¹¹⁹ ดังนั้น ผู้ที่ตีควมกฎหมายเพื่อคุมครองสิทธิและเสรีภพของประชาชนอเมริก้นตมหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) ก็คือ ศาลที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยพิพำกษาคดีต่งต่ง นันเอง

3) พัฒนาการการยอมรับหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริก้นัน นักกฎหมายอเมริก้นยอมรับหลักนิติธรรม (Rule of law) เป็นเพียงบงกลุ่มเท่านั้น ซึ่งก็ยอมรับอย่งไม่เต็มที่นัก ตมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา การใช้อำนัจนิตบัญญัติและอำนัจบริหารนันถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญและโดยอำนัจสูงสุดของรัฐคือ อำนัจของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States) ที่สามารถวินิจฉัยว่าเรื่องใดและภยใต้เงื่อนไขอย่งไรบ้ำงที่องค์กรใช้อำนัจอริปไตยฝ่ำยต่งต่ง ของรัฐจะปฏิบัติหน้าทีหรือกระทำกรได้หรือไม่ตมรัฐธรรมนูญ¹²⁰ ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงมี

¹¹⁸ จุฑารัตน์ เอืออำนย และกมลทิพย์ คติกร (บรรณำธิกร), เพิ่งอ้งถึง, หน้า 14.

¹¹⁹ จุฑารัตน์ เอืออำนย และกมลทิพย์ คติกร (บรรณำธิกร), เพิ่งอ้งถึง, หน้า 15.

¹²⁰ ธำนินทร์ กรัยวิเชียร, อ้งถึงแล้วในเชิงอรธ (110), หน้า 8.

อำนาจวินิจฉัยให้องค์กรภาครัฐของสหรัฐอเมริกาต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมได้ทั้งในแง่กฎหมายบัญญัติและในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ

ในปีพ.ศ. 2501 เนติบัณฑิตสภาอเมริกันได้จัดตั้งคณะกรรมการพิเศษขึ้นคณะหนึ่งเพื่อส่งเสริมสันติภาพของโลกโดยอาศัยกฎหมาย (A Special Committee on World Peace through Law) ว่าจะสามารถทำอะไรจึงจะสร้างสันติภาพให้เกิดขึ้นในโลกได้โดยอาศัยกฎหมายของนานาชาติ ซึ่งต่อมาในปีพ.ศ. 2506 ได้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศ ณ กรุงเอเธนส์ ประกาศปฏิญญาว่าด้วย The World Rule of Law และได้จัดตั้งศูนย์ส่งเสริมสันติภาพโลกด้วยกฎหมาย (A World Peace through Law) ขึ้นในโอกาสเดียวกันนั้นด้วย¹²¹ ดังนั้น หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีวิวัฒนาการเข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างสันติภาพโลกโดยส่งเสริมให้ประเทศต่างๆ ให้อึดถือหลักการปกครองโดยกฎหมาย

ส่วนนักกฎหมายอเมริกันที่มีชื่อเสียงและยังแบ่งรับแบ่งสู้ไม่ยอมรับหลักนิติธรรมอย่างเต็มที่ เช่น ฟรีดริช เฮเยก (Fridrich Hayek) โรเบอร์โต อังเกอร์ (Roberto Unger) ไบรอัน เซ็ท ทามาฮา (Brian Z. Tamanaha) ได้ให้เหตุผลว่ามีการให้อำนาจศาลยุติธรรมมากเกินไป เนื่องจากหลักนิติธรรมที่ว่านี้อาจใช้ได้เฉพาะในบางประเทศหรือในบางสถานการณ์เท่านั้น และอาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันขึ้นในหมู่ประชาชนด้วยกันเองหรือระหว่างรัฐกับประชาชน เพราะบุคคลผู้มีอำนาจควบคุมกลไกของรัฐอาจไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนก็ได้ แต่หากสามารถป้องกันไม่ให้บุคคลเหล่านั้นลุแก่อำนาจได้ หลักนิติธรรมของสหรัฐก็จะประโยชน์แก่ปัจเจกบุคคลและสังคม¹²² หลักนิติธรรมของสหรัฐเป็นหลักเดียวกันกับหลักรัฐธรรมนูญอเมริกันหรือไม่นั้นยังไม่ชัดเจนนัก เพราะมีนักกฎหมายอเมริกันบางท่านเห็นว่า หลักการของนิติธรรมนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมที่อยู่เบื้องหลังทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ ที่มีใช้รัฐธรรมนูญ ปัญหาเกี่ยวกับหลักนิติธรรมจึงอาจจะมีปัญหาแต่เพียงว่า ปัญหาสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องต่างๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) เท่านั้น หากแต่ยังมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) โดยทั่วไปด้วย

¹²¹ ฮานินท์ กรัยวิเชียร, อ้างใน David M. Walker, The Oxford Companion to Law, (London: Clarendon Press, 1980), p. 1094.

¹²² ฮานินท์ กรัยวิเชียร, อ้างใน Brian Z. Tamanaha, Rule of Law in the United States”, **Asian Discourses of Rule of Law**, edited by Randall Peerenboom (London : Routledge, 2004), p.75.

4) ลักษณะองค์ประกอบของหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันแม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรมอาจแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้นไม่ได้แตกต่างกันมากนัก ซึ่งประกอบด้วยความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันเห็นว่ากฎหมายที่ทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้ต้องมีลักษณะองค์ประกอบที่สำคัญ 8 ประการ¹²³ คือ (1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ (2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย (3) กฎหมายจะต้องได้รับการตรารขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต (4) กฎหมายจะต้องได้รับการตรารขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม (5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง (6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้ (7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ (8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

3.2.2 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) แบบอังกฤษ แต่สหรัฐอเมริกาก็กลับมีการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกในลักษณะที่เป็นสัญญาประชาคม (Social contract) ตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) แบบประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญ 3 ประการ¹²⁴ ดังนี้

¹²³ L. L. Fuller, *The Morality of law*, Revised Edition, New Haven : Yale University Press, 1969. pp. 46-91.

¹²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ, สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554: หน้า 23.

(1) จำกัดอำนาจของผู้ใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (2) สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมโดยเฉพาะสังคมที่แม้มีความเสมอภาคกันทางกฎหมาย แต่มีความไม่เท่าเทียมกันในความเป็นจริงเพราะเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม จึงจำเป็นที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นกติกากฎหลักของสังคมต้องมีบทบาทในการสถาปนาความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นตามหลักนิติธรรม โดยให้ความคุ้มครองผู้ที่ยากแอกว่า และ (3) สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลในระบบการเมือง จึงต้องใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพเพียงพอในการบริหารประเทศด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาของคนในสังคมได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐจึงยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) มิได้ยึดหลักการมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) เช่นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ

1) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในประเทศสหรัฐอเมริกา

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาเป็นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาร่างกฎหมายและตรากฎหมายออกใช้บังคับภายในรัฐหรือประเทศนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการตรากฎหมายตามหลักนิติธรรมนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภา รัฐสภาจะตรากฎหมายใดๆ ขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้ระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ข้อดีของระบบนี้คือ ไม่ต้องจัดองค์กรในการพิจารณาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่และมีความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีเนื่องจากใช้อำนาจที่วินิจฉัยกฎหมายอยู่แล้ว ข้อเสียของระบบนี้สองประการคือ ทำให้อำนาจตุลาการที่ไม่ได้มาจากประชาชนเหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติทั้งที่อำนาจนิติบัญญัติมาจากประชาชน และทำให้เกิดระบบการกระจายอำนาจในการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากศาลทุกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีเนื่องจากความรู้ความชำนาญหรือประสบการณ์ของศาลย่อมแตกต่างกัน

2) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการกำหนดนโยบายของรัฐโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อบริหารกระบวนการยุติธรรมทุกประเทศนั้น มักจะเกิดความขัดแย้งระหว่างแนวคิด 2 หลักการ คือ หลักนิติธรรมกับหลักการควบคุมอาชญากรรมเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่จะใช้เพียงหลักการใดหลักการหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่จะมีลักษณะผสมผสานของสองหลักการนี้เสมอ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกานั้น มีความใกล้เคียงกับแนวความคิดของหลักนิติธรรมโดยอาศัยหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) มากกว่าระบบบริหารกระบวนการยุติธรรมของประเทศอื่น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมที่ดีนั้นนอกจากจะต้องมีประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม และแก้ไขปรับปรุงให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีเข้าสู่สังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้วยังต้องมีมาตรการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมในทุกขั้นตอนตามหลักนิติธรรมด้วย¹²⁵ ดังนั้น ประสิทธิภาพหรือความสำเร็จของกระบวนการยุติธรรม จึงขึ้นอยู่กับการประสานหลักการในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและเข้ากับความเป็นจริงในการบังคับใช้กฎหมายและการดำเนินคดีอาญา ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงดุลยภาพที่เหมาะสมระหว่างหลักการควบคุมอาชญากรรมกับหลักนิติธรรมนั่นเอง¹²⁶ นอกจากนี้ อาจเพิ่มมาตรการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือเรียกว่าหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการปราบปรามอาชญากรรมของเจ้าหน้าที่ตำรวจกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเพิ่มกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่มิให้เกินขอบเขตจนกลายเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งให้อำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน โดยมีกฎหมายจำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมิให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมาย

¹²⁵ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, กระบวนการยุติธรรมบนเส้นทางของการเปลี่ยนแปลง (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), หน้า 11.

¹²⁶ บรรศักดิ์ อวรรณโณ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (124), หน้า 12.

ให้ไว้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจึงต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย¹²⁷ ซึ่งในการปกครองแบบประชาธิปไตยจึงมีการแบ่งแยกผู้ใช้อำนาจหน้าที่ไว้ 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตยของมองเตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งเขียนไว้ในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (L’Esprit des lois) ในปี ค.ศ. 1744 เหตุผลของการแบ่งแยกการใช้อำนาจเป็น 3 อำนาจนี้ ก็เพื่อให้แต่ละองค์กรของรัฐมีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ในส่วนของผู้ใช้อำนาจตุลาการนั้น จะเป็นการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดจากผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและผู้ใช้อำนาจบริหารเพื่อเป็นการประกันความเป็นอิสระของศาล มิให้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม¹²⁸ การนำหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็เพื่อให้มีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งตามหลักการของนานาประเทศต่างให้ความสำคัญกับมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในชั้นการสืบสวนสอบสวนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการใช้อำนาจในการจับและควบคุมตัวผู้ถูกจับ เนื่องจากการใช้อำนาจที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด ดังนั้น จึงจะต้องมีมาตรการควบคุมหรือกระบวนการตรวจสอบก่อนที่จะมีการจับกุมโดยนาระบบของการออกหมายมาใช้ ซึ่งในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาจึงให้ผู้มีอำนาจออกหมายจับเพียงองค์กรเดียวคือศาล ทำให้ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ดุลยพินิจในการจับกุมผู้หนึ่งผู้ใดได้ อันเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่มิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

นายจูเลียน อัสซานจ์ ผู้ก่อตั้งเว็บไซต์วิกิลีกส์ ได้แถลงเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน 2556 ในบริเวณสถานทูตเอกอัครราชทูตในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้เป็นที่พำนักลี้ภัยจากการจับกุมของทางการอังกฤษมาเกือบ 1 ปีแล้วที่กรุงลอนดอนว่า¹²⁹ กระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกากำลังประสบความสำเร็จทางด้าน

¹²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 53-54. ซึ่งคำว่า “อำนาจ” ใน “Separation of Powers” ของมองเตสกีเออในที่นี้ว่าหมายถึง “องค์กร” (Organs) มากกว่า เนื่องจากอำนาจอริปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แบ่งแยกมิได้ (อ้างอิงจากชาญชัย แสงศักดิ์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 48).

¹²⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 49.

¹²⁹ สำนักข่าวไทย, “ผู้ก่อตั้งเว็บไซต์วิกิลีกส์ระบุ หลักนิติธรรมของสหรัฐกำลังประสบความสำเร็จทางด้าน” ใน TNA News, 8 มิถุนายน 2556.

หลักนิติธรรม โดยสหรัฐอเมริกากำลังถอยห่างออกจากโครงการสอดส่องดูแลการเปิดโปงเครือข่ายจารกรรม โดยได้กล่าวหาว่า รัฐบาลสหรัฐพยายามที่จะ “ปกปิด” กิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวกับความพยายามโจรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งหนังสือพิมพ์ของสหรัฐรายงานเมื่อวันพฤหัสบดีที่ผ่านมาว่า หน่วยข่าวกรองของสหรัฐได้ทำการลอบฟังข้อมูลส่วนตัวในปริมาณมหาศาลของชาวอเมริกัน และชาวต่างประเทศในสหรัฐ จำนวนหลายล้านคน ผ่านทางโทรศัพท์ อีเมล การใช้งานเว็บไซต์ ขณะที่นายบารัค โอบามา ประธานาธิบดีสหรัฐก็ได้ปกป้องความเคลื่อนไหวดังกล่าว ระบุว่า สิ่งนี้ทางการสหรัฐทำเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งสหรัฐจำเป็นต้องกระทำการดังกล่าว เพื่อปราบปรามผู้ก่อการร้าย และสร้างความสมดุลระหว่างกระบวนการรักษาความปลอดภัยของสหรัฐ กับความเป็นส่วนตัวของผู้คน

3) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) เป็นแนวความคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือองค์กรตุลาการจะต้องยึดถือการใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล เนื่องจากตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐหรือรัฐบาลกลาง จะสามารถดำเนินคดีกับผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วยหลักของความเป็นธรรมและวิธีพิจารณาตามกฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองต่อบุคคลตามมาตรฐานขั้นต่ำภายใต้หลักแห่งเสรีภาพ (Liberty) นอกจากนี้ กระบวนการตามกฎหมายในรัฐประชาธิปไตยซึ่งดำเนินไปในแต่ละขั้นตอนนั้นก็จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องเป็นธรรมและเหมาะสมตามหลักนิติธรรม¹³⁰ ดังนั้น หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาก็ให้ความสำคัญกับความเป็นธรรมตามกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลและองค์กรตุลาการตามขั้นตอนต่างๆ โดยยึดถือกฎหมายหรือหลักนิติธรรมมากกว่าแนวความคิดในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม เนื่องจากการค้นหาข้อเท็จจริง ซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจและอัยการหรือฝ่ายปกครอง ในบางกรณีอาจกระทำในที่ไร้ฐานซึ่งก็อาจใช้วิธีการล่อลวง ชูเชื้อ หรือการสร้างพยานหลักฐานขึ้นใหม่ได้ เนื่องจากหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกายึดถือกฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาคดีอาญาหรือไต่สวนข้อกล่าวหา จึงต้องมีลักษณะเป็นทางการและเปิดเผยในศาลสถิตยุติธรรม ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง

¹³⁰ ประธาน วัฒนวานิชย์, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม”, ใน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กันยายน – พฤศจิกายน, 2550), หน้า 154.

และข้อกฎหมายต่อหน้าองค์กรคณะของผู้พิพากษาที่เป็นกลางและอิสระโดยไม่ลำเอียง เข้ากับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้ บุคคลนั้นจะต้องไม่ถูกกล่าวหาว่าประกอบอาชญากรรมเพียงเพราะมีพยานหลักฐานว่าบุคคลนั้นได้กระทำเท่านั้น แต่เขาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณาพิพากษาชี้ขาดตามตัวบทกฎหมายต่างๆ ที่ให้การปกป้องคุ้มครองบุคคลนั้นอย่างถี่ถ้วนแล้วว่าบุคคลนั้นมีความผิด¹³¹ ดังนั้น หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นหลักประกันกระบวนการพิจารณาคดีอาญาให้ดำเนินการไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย แม้จะมีความแตกต่างในทางปฏิบัติ แต่ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวมเช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่าหลักการควบคุมอาชญากรรมนั้นอาจส่งผลดีต่อสังคมโดยรวมในแง่ของการปราบปรามอาชญากรรมที่ได้ผลมากกว่า แต่ก็อาจจะเกิดผลเสียในแง่ของการใช้อำนาจรัฐที่มีอย่างกว้างขวางเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ในขณะที่หลักนิติธรรมโดยผ่านกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายของหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) ในสหรัฐอเมริกาจึงให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งอาจส่งผลให้ขั้นตอนและวิธีดำเนินการสืบสวนสอบสวนตลอดจนการพิจารณาพิพากษาเป็นไปอย่างเที่ยงซำก็ได้

3.3 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

ในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ประเทศเยอรมนีถือเป็นประเทศต้นกำเนิดและต้นแบบของหลักนิติรัฐ ซึ่งมีแนวความคิดที่มีได้มุ่งแต่เพียงรูปแบบที่ยึดเฉพาะตัวบทกฎหมายให้อำนาจและใช้บังคับอย่างเดียว แต่ยังคงคำนึงถึงเนื้อหาของตัวบทกฎหมายที่มีองค์กรตุลาการเข้ามาพิทักษ์รักษามีให้รัฐเข้ามาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย จึงมีลักษณะเป็นหลักนิติรัฐประชาธิปไตย (Democratic Rechtsstaat) ซึ่งวางแนวความคิดพื้นฐานที่เป็นกรอบในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างน้อย 3 ประการคือ (1) ต้องยึดหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ที่กำหนด “กฎหมายของบรรดากฎหมายทั้งปวง” (2) ต้องยึดหลักประชาธิปไตย (Democracy) และ (3) ต้องเคารพในสิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งมีประวัติพัฒนาการแนวความคิดของหลักนิติรัฐมาเป็นเวลายาวนาน

¹³¹ ประธาน วัฒนวานิชย์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 15.

3.3.1 ประวัติพัฒนาการแนวความคิดของหลักนิติธรรมสู่หลักนิติรัฐ

แนวคิดปรัชญาว่าด้วยรัฐมิได้กำหนดหลักนิติรัฐเป็นองค์ประกอบของรัฐ แต่กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนที่ถูกปกครองซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในกฎหมายมหาชนเพราะถือว่ากฎหมายมหาชนนั้นมีได้ว่าด้วยอำนาจของรัฐที่จะบังคับเอาแก่ประชาชนได้ฝ่ายเดียว แต่ว่าด้วยบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีต่อประชาชนซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่งด้วย เนื่องจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) และสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) ได้มีแนวคิดพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนไปในแนวทางที่เป็นธรรมและให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์จากกฎหมายมหาชนได้เช่นเดียวกับจากกฎหมายเอกชน เช่น นำไปใช้เป็นมูลฐานในการฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เป็นต้น

รากฐานปรัชญาว่าด้วยหลักนิติรัฐมีประวัติพัฒนาการมานานตั้งแต่สมัยกรีกโบราณเมื่ออริสโตเติล (384-322 B.C.) มีแนวคิดแตกต่างจากเพลโตที่เสนอการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) เป็นการปกครองที่ดีที่สุดว่าการปกครองด้วยมนุษย์เป็นสิ่งไม่ดีเพราะมนุษย์มักมีอารมณ์ แต่การปกครองด้วยกฎหมาย (Rule of law) นั้น จะไม่มีอารมณ์ที่มีขอบของมนุษย์ แต่รัฐต้องมีกฎหมายที่ดีและถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดจึงเป็นสิ่งที่ดีที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจและทำให้สังคมมีความมั่นคง ทั้งนี้ รัฐที่ดีจึงต้องมีผู้นำที่ดีที่เคารพกฎหมาย แม้ประชาชนจะตีอย่างไร ถ้าตกไปอยู่ในรัฐที่เลว มีผู้นำเลว ไม่เคารพต่อกฎหมาย ประชาชนได้การปกครองของรัฐนั้นก็ย่อมเดือดร้อนจากการปกครองที่กดขี่โดยอำนาจรัฐ ดังนั้น หลักนิติธรรม (Rule of law) จึงก่อให้เกิดแนวความคิดของนิติรัฐขึ้นในระบบกฎหมายต่างๆ อันมีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติลที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยปุถุชน หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยปุถุชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้อต่อการมีความเสมอภาคและเสรีภาพ เพราะหากมีการปกครองโดยหลักนิติธรรมอยู่จริง ทุกคนก็จะมีเสมอภาคและมีเสรีภาพเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ปราศจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ แนวความคิดนี้จึงเป็นที่มาของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

3.3.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี

หลักการจำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้นตรงกับ

คำว่า “Rechtsstaat” หรือ “หลักนิติรัฐ” โดยมีแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐ ในมิติที่เป็นมุมมองจากการที่รัฐจำกัดอำนาจตนเองภายใต้กฎหมายในลักษณะจาก บนลงสู่ล่าง ซึ่งมีความแตกต่างในรายละเอียดกับ “หลักนิติธรรม” (Rule of law) ที่มีแนวคิดพื้นฐานเป็นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐจากการเรียกร้องโดยประชาชน ซึ่งแนวความคิดหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนีได้มีวิวัฒนาการมายาวนาน ดังต่อไปนี้

1) ประวัติพัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี

หลักนิติรัฐได้ถือกำเนิดขึ้นในประเทศเยอรมนีโดยในหมู่ของนักวิชาการ เยอรมันทางกฎหมายเองก็ยังมีกรถเถียงกันอยู่พอสมควรว่าใครเป็นผู้นำเอา ความคิดว่าด้วย “รัฐที่อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย” หรือ “Rechtsstaat” มาอธิบาย ขยายความจนเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายเป็นคนแรก บ้างก็กล่าวว่าสองคนแรกที่ นำเอาหลักการดังกล่าวมาพูดถึงคือ โรเบิร์ต วอน โมลท์ (Robert von Mohl)¹³² เฟร์ดดิริช จูเลียส สตัทท์ (Friedrich Julius Stahl)¹³³ ส่วนเอ็มมานูเอล คานต์ (Immanuel Kant) นักปราชญ์ผู้โด่งดังก็กล่าวถึงหลักนิติรัฐไว้ในงานเขียนของท่าน¹³⁴ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นท่านผู้ใดที่ได้อธิบายหลักการดังกล่าวขึ้นก่อนหรือหลังก็ตาม แต่ วัตถุประสงค์ของนักวิชาการทั้งสามต่างก็มีวัตถุประสงค์เดียวกัน นั่นก็คือ การควบคุม มิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจอันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนได้โดยไม่มีเหตุมีผลอันควร ทั้งนี้แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐได้รับ อิทธิพลมาจากความคิดเสรีนิยมภายหลังจากที่ได้เกิดจากการปฏิวัติครั้งใหญ่ขึ้นใน ประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789¹³⁵ อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศเยอรมนีได้มีแนว ความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐมาอย่างยาวนานตั้งแต่ในสมัยศตวรรษที่ 17 ซึ่งเป็นยุคที่ประเทศเยอรมนีมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อมาใน ศตวรรษที่ 18 ประเทศในทวีปยุโรปได้เข้าสู่ยุคที่ถูกครอบงำโดยปรัชญาของศาสนา คริสต์ตราบจนกระทั่งนักปรัชญาชาวเยอรมัน เช่น ซามูเอล พูเฟนดอล์ฟ (Samuel von Pufendorf) ได้นำปรัชญากฎหมายธรรมชาติของสำนักสโตอิกมาพัฒนาต่อ

¹³² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, อ้างถึงแล้วใน นิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 321.

¹³³ Alain Laquière, “Etat de Droit and National Sovereignty in France”, in 261 the Rule of Law History, Theory and Criticism. Vol. 80 (2007).

¹³⁴ Maria Luisa Fernandez Esteban, “The Rule of Law”, in The European Constitution: 81 (Kluwe Law International, 1999).

¹³⁵ กมลชัย รัตนสากวาศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย: 2544) หน้า 106.

โดยฟูเฟนดอล์ฟเห็นว่า แม้อำนาจอธิปไตยนั้นจะเป็นอำนาจสูงสุดอันล้นพ้นและมีอาจแบ่งแยกได้ แต่อำนาจอธิปไตยนั้นก็ไม่ควรตกอยู่แก่ปัจเจกบุคคล รัฐบาล หรือกลุ่มบุคคลโดยอย่างผูกขาด อำนาจเช่นว่านี้จึงสมควรถูกใช้อย่างจำกัด¹³⁶ การกลับมาของสำนักกฎหมายธรรมชาติโดยฟูเฟนดอล์ฟนั้นได้แสดงให้เห็นถึงการตระหนักในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อันเป็นรากฐานของการจำกัดอำนาจรัฐในเวลาต่อมา

การจำกัดอำนาจรัฐที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกับหลักนิติรัฐในปัจจุบันเริ่มมีการพัฒนาและถกเถียงกันอย่างแพร่หลายมากขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 19 ในตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐแห่งราชอาณาจักรวัวร์ตเทิมแบร์ก (Staatsrecht des Koenigreichs Wuerttemberg) โดยโรเบิร์ต วอน โมลท์ (Robert von Mohl) ได้อธิบายหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ไว้ว่า “นิติรัฐ คือ รัฐที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง ภายใต้อำนาจรัฐตามความชอบด้วยเหตุผลของกฎหมาย กฎหมายจึงมิใช่เครื่องมือในการใช้อำนาจรัฐตามแนวคิดเชิงปฏิฐานนิยมเท่านั้น แต่จะต้องประกอบไปด้วย หลักสิทธิและเสรีภาพ (อิสราภาพและความเชื่อ) หลักทางการเมืองการปกครอง (การควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐสภา) หลักความชอบด้วยกฎหมาย (ความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย) ด้วย”¹³⁷ แต่เนื่องจากในช่วงเวลานั้นได้ถูกครอบงำโดยแนวคิดปฏิฐานนิยม (Legal positivism) แนวคิดของนิติรัฐในทางเนื้อหาจึงถูกบิดเบือนไปในลักษณะที่ทำให้ความสำคัญแก่หลักนิติรัฐเชิงรูปแบบ ตามอย่างสำนักคิดปฏิฐานนิยม ซึ่งยึดความเป็นกฎหมายโดยบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐาธิปัตย์เป็นหลัก ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ซึ่งเชื่อในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ และความเป็นธรรมของกฎหมาย กล่าวคือ แนวคิดตามหลักกฎหมายธรรมชาติซึ่งให้คุณค่ากับการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของปัจเจกชนได้ถูกแทนที่ด้วยการพิจารณากฎหมายในแง่ของอำนาจในการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการยึดถือเอาบทบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยรัฐาธิปัตย์มีค่าเป็นกฎหมาย โดยมีได้คำนึงถึงเนื้อหาสาระของบทบัญญัติดังกล่าวว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่

ต่อมา หลักนิติรัฐซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติดังที่โมลท์อธิบายไว้ได้ถูกฟื้นฟูขึ้นอีกครั้งภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งมีมูลเหตุเกิดจากการที่พระเจ้าฟร็ิดริช วิลเฮล์มทรงได้สละราชสมบัติหลังเยอรมนีพ่ายแพ้ในสงครามโลก

¹³⁶ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส”. ใน รวบรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 11, หน้า 378-379.

¹³⁷ บุญศรี มีวงศ์โอชะ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553: หน้า 117-121.

ครั้งที่ 1 จึงนำมาสู่การสถาปนาระบอบสาธารณรัฐขึ้น โดยมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นที่โรงละครแห่งชาติ ณ เมืองไวมา (Weimar) จึงเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับไวมา” เนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีช่องโหว่ที่ถูกฮิตเลอร์ใช้ในการรวบอำนาจการปกครอง แม้มีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสให้ศึกษา แต่รัฐธรรมนูญฉบับไวมาก็กลับเลือกวิถีทางของตนเองโดยกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจพิเศษนอกเหนือจากการเป็นประมุขแห่งรัฐ ยังได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการงดเว้นการใช้รัฐธรรมนูญในบางมาตราได้ในกรณีที่ประเทศอยู่ในภาวะฉุกเฉิน จึงเป็นจุดอ่อนของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาประการแรก และจุดอ่อนอีกประการหนึ่งคือ การกำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ง่าย โดยอาศัยเพียงจำนวนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกจากทั้งสองสภาเท่านั้น เมื่อมีความต้องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนโดยการรับรองสิทธิในการมีงานทำของชนชาวเยอรมัน อันเกิดจากการต่อรองทางการเมืองระหว่างฝ่ายทุนนิยมเสรีกับฝ่ายที่มีแนวคิดแบบสังคมนิยม แต่การรับรองการทำงานเช่นว่านี้กลับไม่สามารถปฏิบัติได้จริง เนื่องจาก ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีนั้น รัฐไม่สามารถเข้าไปประกอบธุรกิจหรือแทรกแซงได้โดยตรง และเพื่อมิให้ประชาชนนำสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ขึ้นอ้างได้ นักกฎหมายในขณะนั้นจึงต้องตีความรัฐธรรมนูญว่า เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่อำนาจรัฐ ประชาชนจึงยังไม่อาจอ้างรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ จึงจำเป็นต้องรอให้มีรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องออกมารองรับสิทธิเช่นว่านี้เสียก่อน

การตีความเช่นนี้ประกอบกับวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งได้กล่าวไปแล้ว โดยมิได้มีการกำหนดบทบัญญัติหรือหลักการใดๆ ภายในรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้มีการแก้ไข สถานะและความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญฉบับไวมานี้จึงเสียไป ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วกฎหมายฉบับใดซึ่งผ่านการพิจารณาจากสภาด้วยเสียงสนับสนุนที่สูงกว่าหรือเท่ากับ 2 ใน 3 แม้จะมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญก็สามารถบังคับใช้ได้ ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองประกอบกับสภาพเศรษฐกิจตกต่ำในยุโรปทำให้ประชาชนชาวเยอรมันต้องตกงานสูงถึง 6 ล้านคน จึงเป็นช่องทางให้พรรคนาซีนำปัญหานี้เป็นนโยบายในการหาเสียง กระทั่งนำมาสู่ชัยชนะในการเลือกตั้งอย่างท่วมท้นสามารถกุมเสียงข้างมากในสภาได้อย่างเด็ดขาด หลังจากนั้นจึงได้มีการตรากฎหมายเพื่อยกเลิกสิทธิขั้นพื้นฐานและมอบอำนาจให้รัฐบาลตรากฎหมายได้เอง ต่อมาเมื่อประธานาธิบดี ฟอน ฮินเดนบวร์กได้ถึงแก่อสัญกรรม ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) จึงได้ควรวรมตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ของตนเองกับประธานาธิบดีเข้าด้วยกันและนำประเทศเยอรมนีเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 ในที่สุด

หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นฝ่ายพ่ายแพ้สงครามและประเทศถูกแบ่งออกเป็น 2 ส่วน เป็นเยอรมนีตะวันตกและตะวันออกโดยฝ่ายพันธมิตรและรัสเซียเข้าควบคุมกันคนละส่วนตามลำดับ อีกทั้งต้องเสียค่าปฏิกรรมสงครามให้แก่ฝ่ายพันธมิตรและรัสเซียเป็นจำนวนมหาศาล จึงทำให้ประเทศเยอรมนีอยู่ในสภาวะเกือบจะสิ้นชาติ บทเรียนที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ซึ่งมีรากฐานมาจากแนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal positivism) ได้ทำให้เกิดการฟื้นฟูหลักนิติรัฐตามแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติขึ้น เมื่อเวลาผ่านไประยะเวลาหนึ่งฝ่ายสัมพันธมิตรจึงค่อยๆ คืบอำนาจให้แก่ชาวเยอรมันโดยการเริ่มให้มีการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น ตลอดจนระดับมลรัฐต่างๆ ก่อน และในที่สุดจึงได้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic Law) ขึ้นในปี ค.ศ. 1948 ภายใต้แนวทางการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งมีการคำนึงถึงการจำกัดอำนาจรัฐเป็นสิ่งสำคัญ โดยต้องไม่ปล่อยให้รัฐสามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจต่างๆ จึงต้องถูกควบคุมตรวจสอบ และเป็นที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งให้อำนาจและก่อตั้งองค์การทางการเมืองทั้งหลายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ทั้งนี้ จึงได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อตรวจสอบควบคุมกฎหมายหรือการกระทำของรัฐมิให้ล่วงล้ำดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รูปแบบของนิติรัฐเช่นนี้ คาร์โล ตัวริ (Karlo Tuori)¹³⁸ ได้ให้คำจำกัดความว่าเป็น “นิติรัฐประชาธิปไตย” (Democratic Rechtsstaat) โดยรัฐซึ่งจะเป็นนิติรัฐได้ต้องมีหลักในการปกครองประเทศอย่างน้อย 3 ประการ คือ¹³⁹ (1) ต้องมีหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันเป็นการ

¹³⁸ นักวิชาการกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยเฮลซิงกิ (University Helsinki) ประเทศฟินแลนด์ ได้จำแนกหลักนิติรัฐหรือ Rechtsstaat ออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้ 1. นิติรัฐแบบเสรีนิยม (Liberal Rechtsstaat) 2. นิติรัฐเชิงรูปแบบ (Formal Rechtsstaat) 3. นิติรัฐเชิงเนื้อหา (Substantive Rechtsstaat) และ 4. นิติรัฐประชาธิปไตย (Democratic Rechtsstaat) อ้างถึงใน พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. “วิวัฒนาการของ หลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส” อ้างแล้วในเชิงอรธ (136), หน้า 380.

¹³⁹ Maria Luisa Fernandez Esteban, The Rule of Law in the European Constitution 86 (Kluwer Law International, 1999), อ้างถึงใน พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส” เพิ่งอ้างถึง, หน้า 381.

กล่าวถึงตัวเนื้อหาของสาระของหลักนิติรัฐว่าจะมีความยุติธรรมหรือไม่อย่างไรในความเป็นจริง¹⁴² ดังนั้น หลักนิติรัฐของเยอรมนีในยุคนี้จึงถูกเรียกขานกันเป็นภาษาเยอรมันว่า “Gesetzesstaat” (Statutory State)¹⁴³ แทนที่จะเป็น “Rechtsstaat” เหมือนที่เราเรียกขานกันในปัจจุบัน ทั้งนี้ เนื่องจากคำว่า “Gesetz” หมายถึง กฎหมาย (กฎหมายที่ถูกตราขึ้น)¹⁴⁴ ซึ่งมีความแตกต่างกับคำว่า “Recht” อยู่เพียงเล็กน้อยที่หมายถึง กฎหมาย หรือ “สิทธิ” ได้ด้วย จึงสรุปได้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 19 หลักนิติรัฐถูกเข้าใจและพัฒนาไปในทางด้านกรปกครองโดย “ตัวกฎหมาย” (Rule by law) เท่านั้น มิได้เข้าไปดูเนื้อหาในตัวกฎหมายนั้นเลยว่ามีมุ่งเน้นไปในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือไม่ มีความยุติธรรมหรือไม่ หลักนิติรัฐเชิงรูปแบบได้ถูกหยิบยกไปอ้างอิงและกล่าวถึงจากนักการเมืองและนักวิชาการต่างๆ มากมายจนในที่สุดช่วงยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งถือได้ว่าเป็นยุคเรืองอำนาจของพรรคนาซีโดยฮิตเลอร์ได้ขึ้นครองอำนาจและมีการใช้ตัวกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาในการเช่นฆ่าผู้คนเยี่ยงผักปลา¹⁴⁵ จึงนำไปสู่การถกเถียงกันถึงความหมายของหลักนิติรัฐอีกคราหนึ่งหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ว่า แท้ที่จริงแล้วหลักนิติรัฐมีนัยเป็นเช่นไร นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่ยุคที่ฮิตเลอร์ปกครองประเทศเยอรมนีถือได้ว่าเป็นยุคของการใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศโดยแท้จริง¹⁴⁶ ในขณะที่นักวิชาการฝ่ายเสรีนิยมได้กล่าวโจมตีอย่างหนักหน่วงกับแนวคิดข้างต้น จนส่งผลให้มีการหันเข้ามาให้ความสำคัญและตระหนักในส่วนของเนื้อหาในตัวบทกฎหมายด้วย เนื้อหาของกฎหมายจำต้องมีเนื้อความที่มีลักษณะของการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประสิทธิภาพของความยุติธรรม อันมีลักษณะของมิติทางสังคม (Social aspect)¹⁴⁷ และทางประชาธิปไตย (Democratic aspect) มากขึ้น รัฐไม่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้ขอบเขตได้อีกต่อไปโดยการควบคุมและกำกับดูแลของรัฐธรรมนุญอันเป็นกฎเกณฑ์กติกาสูงสุดของประเทศ ซึ่งมีศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹⁴³ Michael Stolleis and Thomas Dunlop, *A History of Public Law in Germany 1914-1945* 353 (Oxford University Press, 2004).

¹⁴⁴ Michael Stolleis and Thomas Dunlop, เพิ่งอ้างถึง.

¹⁴⁵ Michael Stolleis and Thomas Dunlop, เพิ่งอ้างถึง.

¹⁴⁶ Michael Stolleis and Thomas Dunlop, เพิ่งอ้างถึง.

¹⁴⁷ Werner Birkenmaier, *The Rule of Law: “Rechtsstaat” - The Rule of Law in the Federal Republic of Germany-its Significance, Principles, and Harzards* 61 (Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997).

ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของกฎหมาย¹⁴⁸ การพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the constitution) จึงเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี

อนึ่ง หลักการที่มีได้มุ่งเน้นแต่เพียงรูปแบบด้วยการยึดแนวคิดที่ว่า มีตัวบทกฎหมายให้อำนาจและใช้บังคับอย่างเดียว หากแต่ต้องไปพิจารณาและคำนึงถึงเนื้อหาของตัวบทกฎหมายอันมีองค์การตุลาการเข้ามาปกป้องรักษามีให้รัฐเข้ามาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้มีนักวิชาการบางท่านให้คำจำกัดความเป็น “หลักนิติรัฐประชาธิปไตย” (Democratic Rechtsstaat)¹⁴⁹ อันมีแนวคิดพื้นฐานเป็นกรอบในการปกครองประเทศอย่างน้อย 3 ประการ คือ¹⁵⁰ (1) ต้องยึดหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันเป็นการกำหนดและสถาปนา “กฎหมายของบรรดากฎหมายทั้งปวง” (2) ต้องยึดหลักประชาธิปไตยและ (3) ต้องเคารพในสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

ถึงแม้ว่าหลังจากที่มีการถกเถียงที่นำไปสู่การนิยามหลักนิติรัฐใหม่ในประเทศเยอรมนีแล้วก็ตาม หลักการดังกล่าวก็ยังถือได้ว่าไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก หากแต่หลักนิติรัฐในเยอรมนีกลับชัดเจนมากขึ้นผ่านการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht : Federal Constitutional Court) คือ ศาลได้ขยายความพร้อมวางหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐไว้ในเนื้อหาของคำวินิจฉัยศาลในคดีต่างๆ ว่า ตามหลักนิติรัฐต้องมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนรวม 12 หลัก คือ (1) หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากตามการปกครองระบอบประชาธิปไตย (2) หลักการตามกฎหมายเลือกตั้งที่มีการบัญญัติไว้ (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) (4) หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการโต้แย้ง (Rights of opposition) (5) หลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (6) หลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของ

¹⁴⁸ Wolfgang Horn, the Rule of Law: Rule of Law and the Social State.

¹⁴⁹ Karlo Tuori นักวิชาการทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยเฮลซิงกิ (University Helsinki) ประเทศฟินแลนด์ ได้ทำการจำแนกแจกแจงหลักนิติรัฐ หรือ Rechtsstaat ออกเป็น 4 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้ 1) นิติรัฐแบบเสรีนิยม (Liberal Rechtsstaat) 2) นิติรัฐเชิงรูปแบบ (Formal Rechtsstaat) 3) นิติรัฐเชิงเนื้อหา (Substantive Rechtsstaat) และ 4) นิติรัฐประชาธิปไตย (Democratic Rechtsstaat).

¹⁵⁰ Maria Luisa Fernandez Esteban, “The Rule of Law in the European Constitution”, 86 (Kluwe Law International, 1999).

ภาคีรัฐ (Lawfulness in administration) (7) หลักสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความเสมอภาค (8) หลักสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (9) หลักการคุ้มครองประชาชนที่จะไม่ถูกจับกุมคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (10) หลักไม่โทษหากไม่มีกฎหมาย (No punishment without law) (11) หลักห้ามตรากฎหมายย้อนหลัง และ (12) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ (Rights to a court hearing)¹⁵¹ ซึ่งทำให้หลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนีมีพัฒนาการขององค์กรประกอบที่ครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ (Legal State) นั้นเกิดจากประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญที่จะเป็นนิติรัฐได้นั้นต้องมีบทบัญญัติประการสำคัญของหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จึงเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆของประชาชนได้นั้นย่อมมีอยู่วิธีเดียวกันก็คือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผู้มั่งรัฐอยู่เสมอ ดังนั้น แนวความคิดหลักนิติรัฐจึงได้มีวิวัฒนาการเกิดขึ้นจากการที่ประชาชนต่อสู้กับการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยประชาชนได้เริ่มเรียกร้องเสรีภาพขึ้นก่อน จึงเห็นได้ว่าการที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะเป็นประเทศที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐได้นั้นต้องมีลักษณะองค์ประกอบสำคัญ ดังนี้

1) ในประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดทั้งหมด การกระทำต่างๆในทางปกครอง โดยเฉพาะการกระทำของตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมายโดยมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย ถ้าหากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เข้ามาล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของรัฐโดยไม่มีการกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นก็ย่อมจะมีความผิดทางอาญา

2) ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอนโดยกฎหมาย เริ่มแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีขอบเขตในการใช้อำนาจของรัฐ อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ลดหลั่นลงมาก็คือเป็นอำนาจที่วัดได้ คือ เป็นอำนาจที่มี

¹⁵¹ Werner Birkenmaier, The Rule of Law: "Rechtsstaat"-the Rule of Law in the Federal Republic of Germany-its Significance, Principles, and Harzards 61 (Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997).

ขอบเขตเช่นเดียวกัน และต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น กล่าวคือ ในประเทศที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ บุคคลย่อมทราบได้จากกฎหมายว่า ตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นนั้นมีอำนาจหน้าที่เพียงใดและจะมีขอบเขตในการใช้อำนาจรัฐกับประชาชนได้หรือไม่เพียงใด

3) ในประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐนั้น ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะต้องมีหลักประกันดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ และเพียงแต่รัฐใดจะจัดให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระ สำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ก็มีศาลแพ่งและศาลอาญาประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่จะต้องให้ศาลยุติธรรมควบคุมฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐได้ว่าเจ้าหน้าที่นั้นได้กระทำความผิดในทางอาญาต่อประชาชนหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งหรือไม่ โดยนัยนี้นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางอรรถคดี ปัญหาจึงมีว่าการที่รัฐบางรัฐได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยเฉพาะนั้น จะยังคงเป็นนิติรัฐอยู่หรือไม่ ซึ่งคำตอบข้อนี้ก็คือแล้วแต่ตุลาการศาลปกครองจะเป็นอิสระหรือไม่ ถ้าเป็นอิสระรัฐนั้นก็เป็นนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะความสำคัญอยู่ที่หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมาย ซึ่งจะมีได้ก็ต่อเมื่อผู้พิพากษาหรือตุลาการที่วินิจฉัยคดีเป็นอิสระอย่างแท้จริง แต่การจัดตั้งศาลโดยเฉพาะขึ้น เช่น ศาลปกครองประกอบด้วยตุลาการที่รอบรู้ในวิชาการปกครองและกฎหมายปกครองย่อมจะอำนวยประโยชน์ เพราะทำให้ศาลที่จัดตั้งขึ้นไว้ สามารถวินิจฉัยคดีได้ถูกต้องขึ้น และเมื่อตุลาการในศาลปกครองดังกล่าวเป็นอิสระก็เป็นหลักประกันอันพอเพียงสำหรับประชาชน

โดยสรุป ประเทศเยอรมนีนั้นถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบของหลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรป ขณะเดียวกันประเทศฝรั่งเศสก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่ทำให้ความสำคัญหลักนิติรัฐเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของฝรั่งเศสกับระบอบกษัตริย์ที่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจอันเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 อีกทั้งยังได้เห็นการเข้าครองอำนาจเผด็จการของฮิตเลอร์ในประเทศเยอรมนีว่า แม้อิตเลอร์เองได้เข้ามาสู่อำนาจด้วยกระบวนการเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยก็ตาม¹⁵²

¹⁵² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, ในนิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 278.

แต่กลับได้ใช้วิถีทางประชาธิปไตยดังกล่าวในการตรากฎหมายต่างๆ เพื่อให้อำนาจในการสถาปนาระบบนาซีและดำเนินการเช่นฆ่าประชาชนชาวยิวโดยละเมิดสิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง¹⁵³ ซึ่งถือเป็นความผิดกฎหมายที่อันตรายอย่างยิ่งจนกระทั่งนำประเทศเยอรมนีเข้าสู่หายนะในสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังนั้น จึงได้เป็นการนำไปสู่การสร้างหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เช่นเดียวกัน

2) ลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี

ในระบบกฎหมายเยอรมันปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วนคือ องค์ประกอบในเชิงรูปแบบและองค์ประกอบในเชิงเนื้อหา ดังต่อไปนี้

ความเป็นนิติรัฐในเชิงรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในเชิงรูปแบบจึงเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลโดยรวมเอาหลักการสำคัญอีกหลายประการที่มีผลเชิงโครงสร้างอำนาจรัฐคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ความเป็นนิติรัฐในเชิงเนื้อหา คือ รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง ในเชิงเนื้อหานิติรัฐย่อมต้องเป็นรัฐแห่งความยุติธรรม แม้ได้มีหลักนิติรัฐในเชิงรูปแบบเพื่อจำกัดอำนาจรัฐในเบื้องต้นแล้วก็ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากรัฐนั้นตรากฎหมายขึ้นโดยมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม นิติรัฐเชิงเนื้อหาจึงเรียกร้องให้รัฐต้องตรากฎหมายที่มีความชัดเจน แน่นนอน และเพียงพอซึ่งประชาชนจะเข้าใจและเชื่อถือได้ ทั้งจะต้องไม่มีผลย้อนหลังที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลอีกด้วย¹⁵⁴ รัฐที่มีการใช้อำนาจเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือนโยบายที่ได้กำหนดไว้โดยตรากฎหมายขึ้นเป็นฐาน

¹⁵³ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 279.

¹⁵⁴ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส”. ใน OK NATION BLOC, สืบค้นจาก www.oknation.net/blog/print.php?id=75404 เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2556.

อำนาจเพื่อบรรลุเป้าหมาย (Rule by Law) จึงแตกต่างจากรัฐซึ่งเป็นนิติรัฐที่มีการใช้อำนาจตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อมิให้ล้วงล้ำเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยปราศจากความเป็นธรรม นอกจากนี้ยังต้องถูกจำกัดอำนาจภายใต้หลักการสำคัญๆ ทั้งหลายดังที่ได้กล่าวมาแล้วอีกด้วย ดังนั้น ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจขัดแย้งกัน จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการนี้เข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องค์กรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น

2.1) องค์ประกอบในเชิงรูปแบบของหลักนิติรัฐ

เมื่อพิจารณาในเชิงรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญคือหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีและหลักการประกันสิทธิปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

(1) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** เรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

(2) **หลักความชอบด้วยกฎหมาย** ของการกระทำขององค์กรของรัฐ เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครอง หลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แล้ว ในกรณีที่บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถทวนกลับไปแก้ไข เปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบ ความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษอาญาก็กระทำไม่ได้

นอกจากหลักนิติรัฐในเชิงเนื้อหาจะเรียกร้องการคุ้มครองความไว้นื้อ เชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายแล้ว ยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่า บังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลัก นิติรัฐที่ปรากฏในเยอรมนีจึงมีสองมิติ คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิ หรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นไต่ถามรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิ ของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิใน ร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน โดยเฉพาะบางกรณีในรัฐที่เป็นสังคมนิยมหรือรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat) สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลเรียกร้องให้รัฐ กระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น อีกมิติหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจ รัฐทุกองค์กรโดยตรง

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งในเชิงเนื้อหาของนิติรัฐคือ หลักความได้สัดส่วน ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุ วัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุ วัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วยเหตุนี้แนวความคิด The end justifies the means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับนิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือ หรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบ กฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์ นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การ ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะ จะได้รับ การใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ใน นิติรัฐ นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้าม การกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อ

หลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน ให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้นๆ ด้วย

2.3) หลักกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นรัฐที่มีกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย การที่รัฐจะกระทำการใดต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หลักนิติรัฐจึงต้องมีหลักกฎหมายเป็นองค์ประกอบ 7 หลักดังนี้

(1) **หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ** ตามทัศนะของ Maunz หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งหมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้นและหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้

(2) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** เป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่มีการแบ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหาร โดยแต่ละฝ่ายต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ (Check and balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองที่เป็นความมุ่งหมายของหลักนิติรัฐ

(3) **หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ** เนื่องจากหลักนิติรัฐมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค เพราะว่ามีสิทธิทั้งสองประการนี้เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องเคารพขอบเขตและเสรีภาพของปัจเจกชน การที่รัฐจะแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพจะพึงทำได้เมื่อปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น

(4) **หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง** เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดีต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ

(5) **หลักความชอบกฎหมายในเชิงเนื้อหา** เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์กฎหมาย 3 ข้อคือ 1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย 2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง 3) หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หรือหลักสมควรแก่เหตุ

(6) **หลักความอิสระของผู้พิพากษา** วางอยู่บนหลักพื้นฐาน 3 ประการคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐและความอิสระจากสังคมเป็นหลักสำคัญของหลักนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองอำนาจตุลาการให้รอดพ้นจากการแทรกแซงจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ หลักความอิสระนี้ช่วยให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม

(7) **หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีความผิด”** หลักนี้เป็นหลักประกันในทางกฎหมายอาญา ซึ่งนอกเหนือจากเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้ว หลักดังกล่าวยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัย และข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย

โดยสรุป หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญ คือ รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายและเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการปกครองตามหลักนิติรัฐ

2.4) ผลในทางกฎหมายของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนั้นมียุทธประสงค์สูงสุดทำอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐ ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงได้ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนดังนี้

(1) **หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย** กำหนดให้กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควร ว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดภายในขอบเขตอย่างไรประการหนึ่ง และต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่ออารังรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะหรือกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ ตามหลักนี้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด จึงทำให้ฝ่ายบริหารผูกพันต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการซึ่งควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรบริหารขัดต่อกฎหมายและการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรบริหารและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ เช่น ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรตุลาการนั้นจึงต้องมีความเป็นอิสระที่แท้จริงจากองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ในการปฏิบัติหน้าที่นั้น องค์กรตุลาการไม่จำต้องฟังคำสั่งบังคับบัญชาจากองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติโดยมีกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยเป็นธรรม รับฟังคู่ความและใช้เหตุผลในคำวินิจฉัยชี้ขาด

3.3.3 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

1) ประวัติพัฒนาการระบอบรัฐธรรมนูญนิยมเยอรมนีตามหลักนิติรัฐ

หลังจากพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ได้เพียง 4 ปี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) สาเหตุที่ใช้คำว่า “กฎหมายพื้นฐาน” เพราะเป็นข้อกำหนดเพียงชั่วคราวของรัฐธรรมนูญเยอรมนีเท่านั้น เนื่องจากขณะนั้นประเทศเยอรมนีได้ถูกแบ่งออกเป็นเยอรมนีตะวันตกและเยอรมนีตะวันออก ด้วยเหตุนี้จึงได้กำหนดไว้ในมาตรา 146 ว่า รัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับนี้ จะสิ้นสุดการมีผลบังคับใช้ทันทีที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ประชาชนชาวเยอรมันทั้งประเทศได้ให้ความเห็นชอบในการลง

ประชามติอย่างเสรี¹⁵⁵ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 เยอรมนีตะวันตกและเยอรมนีตะวันออกได้รวมเป็นประเทศเดียวกันเป็น “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” กฎหมายพื้นฐานที่ร่างขึ้นมาเพื่อใช้เพียงชั่วคราวในตอนแรกจึงได้กลายเป็นกฎหมายแม่บทรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยสมบูรณ์บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐไว้ในหลายมาตราสรุปได้ดังนี้

1.1) มาตรา 1 ได้บัญญัติข้อกำหนดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในหมวด 1 สิทธิพื้นฐานตั้งแต่มาตรา 1-19 ได้บัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้และสิทธิพื้นฐานย่อมผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการในฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่พิทักษ์ปกป้องสิทธิพื้นฐานเหล่านี้ ขณะเดียวกัน มาตรา 18 ก็ได้บัญญัติการสูญเสียสิทธิพื้นฐานนั้น หากผู้นั้นใช้สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไปในทางที่ผิดเพื่อต่อต้านระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นผู้ประกาศการสูญเสียสิทธิและขอบเขตการสูญเสียสิทธินั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทสำคัญและมีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ¹⁵⁶ เนื่องจากสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดกฎหมายพื้นฐานนี้ต่างได้รับอิทธิพลจากประสบการณ์สมัยนาซีปกครองประเทศเยอรมนีเรื่องอำนาจและได้ใช้อำนาจรัฐเผด็จการละเมิดสิทธิเสรีภาพของมนุษย์โดยเฉพาะชาวเยอรมันเชื้อสายยิวจึงได้ใช้บทเรียนนี้มาบัญญัติการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรงและผูกมัดอำนาจรัฐในการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ โดยอาศัยมาตรา 20 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในหลักการพื้นฐานเชิงสถาบันการเมืองและการพิทักษ์ปกป้องระบอบรัฐธรรมนูญนี้ไว้ด้วย

1.2) มาตรา 2 ได้บัญญัติข้อกำหนดเรื่องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่ต้องมาก่อนอำนาจรัฐ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม ซึ่งเสรีภาพของบุคคลจะละเมิดมิได้ การลิดรอนสิทธิเหล่านี้กระทำได้ก็แต่โดยอาศัยกฎหมายตามหลักนิติรัฐเท่านั้น อีกทั้ง มาตรา 19 วรรค (4) ก็ยังได้ให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่บัญญัติเป็นข้อบังคับ

¹⁵⁵ รูดอล์ฟ โดล์เซอร์, “วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี: กรณีการใช้สิทธิของประชาชนยื่นฟ้องคดีรัฐธรรมนูญ”. ในศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 12 ปี, (กรุงเทพฯ, บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2553), หน้า 4-5.

¹⁵⁶ รูดอล์ฟ โดล์เซอร์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 9.

กฎหมายว่าหากสิทธิของบุคคลใดถูกล่วงละเมิดโดยองค์กรหน่วยงานของรัฐ บุคคลนั้นจะใช้สิทธิทางศาลเยียวยาได้ ซึ่งในกรณีที่ไม่มีการกำหนดเป็นเขตอำนาจของศาลใดไว้ โดยเฉพาะให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถใช้สิทธิเยียวยานั้นต่อศาลยุติธรรมได้ ทั้งนี้ บทบัญญัติตามวรรคนี้ย่อมไม่กระทบต่อบทบัญญัติในประโยคที่สองของมาตรา 10 วรรค (2) นั้นเท่ากับว่าไม่ว่ากรณีใดๆ จะช่วยให้บุคคลนั้นสามารถเข้าถึงศาลสามัญได้ แม้ไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ก็ตาม

ดังนั้น รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติรูปแบบการปกครองของเยอรมนีในระบอบสหพันธ์สาธารณรัฐโดยรวมหลายมลรัฐเข้าด้วยกันด้วยระบบรัฐสภาประยุกต์ (Applied parliamentary system) ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขและนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาสหพันธ์ (Bundesrat) ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวเยอรมันมาก ดังเห็นได้จากหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิมนุษยฐานันั้นได้บัญญัติไว้ถึง 19 มาตรา เช่น มาตรา 1 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติว่า ศักดิ์ศรีเกียรติภูมิของมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐจะต้องเคารพและปกป้องเกียรติของมนุษย์ เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติให้ประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิในการลงประชามติเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส กล่าวคือ เมื่อได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการโอนดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่งของมลรัฐหนึ่งไปให้อีกมลรัฐหนึ่งนั้น ก็ต้องนำกฎหมายนั้นไปให้ประชาชนที่อาศัยอยู่ในมลรัฐเดิมออกเสียงประชามติเพื่อขอความเห็นชอบและสนับสนุนอีกด้วย

2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายและตรากฎหมายออกใช้บังคับจึงมีความสำคัญในการนำหลักนิติธรรมไปปฏิบัติ ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเกี่ยวพันกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการ โดยเฉพาะในกรณีสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ (Soziale Grundrechte)¹⁵⁷ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันที่ต้องกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้และต้องตรากฎหมายไม่ให้กระทบสิทธิเสรีภาพของ

¹⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3*. (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 75-77.

ประชาชนตามหลักนิติธรรม

2.1) สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของประเทศเยอรมนีได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายและกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดเพื่อให้สิทธิเสรีภาพด้านต่างๆ นั้นมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากพ้นระยะเวลาอันสมควร รัฐสภาก็ยังมิได้ออกกฎหมายดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิทางศาลสำหรับประชาชนผู้ทรงสิทธิในกรณีนั้นที่จะฟ้องร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งหากเทียบเคียงกับแนวคำวินิจฉัยของศาลเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมนีได้เคยวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนั้น อาจเทียบเคียงกับการละเว้นไม่กระทำการของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ หากเป็นการละเว้นที่ขัดกับสิทธิเสรีภาพ บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพของตนย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ตามมาตรา 95 วรรคหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แต่การฟ้องต่อศาลในกรณีนี้จะต้องเป็นกรณีการละเว้นนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้อง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีความเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายหรือไม่นั้นย่อมเป็นความอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติก็จริง แต่การละเว้นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดสิทธิทางศาลในการฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการออกกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง จึงจะทำให้บุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ถ้าหากยังมีได้ออกกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญ ยังได้เคยวินิจฉัยคดีที่มีผู้ฟ้องร้องว่าฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดสิทธิผู้ฟ้อง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติละเว้นไม่ออกกฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาษีการค้า ซึ่งมีผลทำให้บุคคลนั้นต้องเสียภาษีที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลนั้น

2.2) สิทธิเสรีภาพก่อให้เกิดข้อจำกัดแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายซึ่งมีได้สองกรณีคือ กรณีแรกเป็น**ข้อจำกัดทางรูปแบบ**ได้แก่ การออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ กรณีที่สองเป็น**ข้อจำกัดทางเนื้อหา**ได้แก่ หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ตามมาตรา 29 วรรคสอง การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพมิได้ ซึ่งในมาตรา 29 วรรคหนึ่งได้กำหนดว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือ

หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นตามมาตรา 29 ววรรคสอง อีกทั้งมาตรา 30 ววรรคหนึ่งก็ยังคงกำหนด ให้การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาคด้วย

2.3) ความผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติได้ก่อให้เกิดอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแก่ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันต้องออกกฎหมายที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนและรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดหลักการนี้ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นขัดแย้งกับหลักการดังกล่าวหรือไม่ คือละเมิดข้อจำกัดทางรูปแบบและทางเนื้อหาหรือไม่ การตรวจสอบนี้ก็มีข้อจำกัดเช่นกันเพราะองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากที่สุด เนื่องจากเป็นองค์กรที่มาจากประชาชนโดยตรง ดังนั้นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลมักจะไม่ใช่ไปก้าวล่วงในแดนที่เป็นความอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะเป็นฝ่ายที่มีความเป็นอิสระในการบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์มหาชน ดังนั้นเพื่อประโยชน์มหาชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ในกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระค่อนข้างกว้างขวางเพื่อพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดซึ่งบรรลุประโยชน์มหาชนจะมีมาตรการใดที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการบรรลุมาตรการดังกล่าว ศาลจึงจะตรวจสอบเฉพาะในกรณีเหล่านี้เมื่อเป็นกรณีที่ขัดกับความสมเหตุสมผลอย่างชัดเจนเท่านั้น

3) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจบริหารในการปกครองประเทศตามหลักนิติธรรมโดยใช้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ในประเทศเยอรมนีฝ่ายบริหารจะต้องยึดหลักการพื้นฐานของความผูกพันของสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตาม**หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง** (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งประกอบด้วย 2 หลักย่อยคือ **หลักเงื่อนไขของกฎหมาย** (Gesetzesvorbehalt) และ **หลักความมาก่อนของกฎหมาย** (Gesetzesvorrang) ในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐนั้น คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยยึดถือหลักความมาก่อนของกฎหมายนั่นคือ มาตรการของฝ่าย

ปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ กล่าวคือจะขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ไม่ได้ โดยรวมถึงการออกกฎหมายลำดับรอง คำสั่งทางปกครองและการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นๆ ด้วย มาตรการของฝ่ายปกครองจึงขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองไม่ได้ โดยต้องมีความผูกพันของฝ่ายปกครอง¹⁵⁸ ดังนี้

3.1) การตรวจสอบของศาลในกรณีที่กฎหมายให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจนั้น ศาลสามารถตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ในกรณีถ้อยคำบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง เช่น คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” “ความสงบสุขของประชาชน” “เพื่อความเหมาะสม” เป็นต้นซึ่งศาลจะจำกัดตนเองไม่เข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาเพราะเห็นว่าเป็นขอบเขตอิสระของฝ่ายปกครอง ศาลจะพิจารณาแต่เพียงการใช้การตีความนั้นอยู่ภายในขอบเขตที่ขอบด้วยเหตุผลตามหลักนิติรัฐหรือไม่ และศาลยังสามารถตรวจสอบการใช้หรือการตีความถ้อยคำของบทบัญญัติกฎหมายนั้นได้ว่าขัดกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ เพราะการตรวจสอบดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตของการพิจารณาโดยอิสระของฝ่ายปกครองการใช้หรือการตีความถ้อยคำดังกล่าว

3.2) ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักกฎหมายเยอรมันไม่ถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหมดที่ต้องผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพนั้น เพราะมีการกระทำของฝ่ายปกครองมากมายที่กระทำโดยอาศัยพื้นฐานของกฎหมายเอกชน การกระทำของฝ่ายปกครองบนพื้นฐานของกฎหมายเอกชนในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ถูกผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพ 3 ลักษณะ¹⁵⁹ ดังนี้

(ก) การกระทำทางแพ่งของฝ่ายปกครอง เช่น การจัดซื้อจัดจัดหาอุปกรณ์เครื่องมือเครื่องใช้ในสำนักงาน การซื้อที่ดิน การเช่าอาคารสถานที่ เป็นต้น ซึ่งอาศัยพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง การกระทำของฝ่ายปกครองลักษณะนี้ย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(ข) การดำเนินกิจการธุรกิจของรัฐวิสาหกิจในรูปของหน่วยงานเอกชนเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการแข่งขันในภาคธุรกิจ โดยดำเนินการในรูปของ

¹⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 77-78.

¹⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 78-79.

บริษัทเอกชนหรือองค์กรภาคเอกชนซึ่งมิได้ใช้ความได้เปรียบกว่าของอำนาจมหาชนมาเป็นเงื่อนไขในการแข่งขัน การดำเนินธุรกิจของฝ่ายปกครองเปรียบเสมือนเอกชนรายหนึ่งเท่านั้นจึงไม่ผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพแต่อย่างใด

(ค) การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองในรูปของกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะการดำเนินกิจการอันเป็นการสาธารณูปโภคซึ่งฝ่ายปกครองย่อมมีเสรีภาพที่จะจัดการภารกิจของฝ่ายปกครองบางประการในรูปของการจัดองค์กรตามกฎหมายเอกชน เมื่อฝ่ายปกครองได้เลือกรูปแบบเอกชนดำเนินภารกิจดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมไม่ผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นกัน

4) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

การปฏิบัติหน้าที่ของศาลเป็นการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐที่ใช้อำนาจตุลาการโดยอิสระซึ่งในประเทศเยอรมนีศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทสำคัญที่เป็นหลักประกันให้องค์กรตุลาการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมซึ่งในประเทศเยอรมนีเรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Rechtstaatsprinzip) ปัจจุบันนี้ศาลรัฐธรรมนูญในโลกนี้มี 2 รูปแบบ คือ รูปแบบแรกเรียกว่า “ออสเตรียโมเดล” ได้ตั้งขึ้นครั้งแรกที่ประเทศออสเตรียในปี ค.ศ. 1920 มีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐคือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ส่วนอีกรูปแบบหนึ่งเรียกว่า “เยอรมันโมเดล” ได้ตั้งขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณปี 1950 มีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐ 3 ประการ คือ (1) การพิทักษ์กติกาสเสรีประชาธิปไตย (นิติรัฐ-ประชาธิปไตย) (2) การคุ้มครองสิทธิของฝ่ายข้างน้อยและ (3) การ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁶⁰ ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรมนั้น ประเทศเยอรมนีได้กำหนดช่องทางยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้ 4 ช่องทาง¹⁶¹ คือ (1) การยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Constitutional complaints) ตามกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ในมาตรา 93 ของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับตามกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) มาตรา 93 วรรค (2) หรือที่เรียกว่า การตรวจสอบแบบนามธรรม (Abstract reviews) (3) การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

¹⁶⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, “ศาลรัฐธรรมนูญกับระบบเสียงข้างมาก”. ใน หนังสือพิมพ์แนวหน้า วันศุกร์ที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2556.

¹⁶¹ รูดอล์ฟ โดล์เชอร์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (155), หน้า 6.

หรือไม่ หรือการตรวจสอบแบบรูปธรรม (Concrete control) (4) การร้องทุกข์โดยปัจเจกบุคคล (Individual complaints)

ตามหลักนิติธรรมประเทศที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีศาลที่มีขอบเขตอำนาจในการพิทักษ์ปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ในปี ค.ศ. 1993 ประเทศเยอรมนีได้ปรับปรุงกระบวนการขั้นตอนการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง¹⁶² แต่การที่บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจะยื่นร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้จะต้องผ่านการดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายให้หมดสิ้นเสียก่อนจึงสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้ตามมาตรา 94 (2) ของกฎหมายพื้นฐานในรัฐธรรมนูญสหพันธ์คือต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ยกเว้นในสองเรื่องนี้คือ (1) กรณีสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิบุคคลถูกละเมิดอย่างร้ายแรงและ (2) กรณีที่เป็นประเด็นทางการเมือง ทั้งสองกรณีนี้บุคคลสามารถยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านการเยียวยาทางศาลอื่นก่อน เพราะถ้าผ่านศาลอื่นก่อนก็อาจต้องใช้กระบวนการพิจารณานานจนเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อบุคคลนั้นได้ เนื่องจากบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นกรณีที่ได้เกิดมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขึ้นจริงแล้ว ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่รู้สึกรู้ว่าหรือมีความเห็นว่ากฎหมายอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของตนเองโดยที่ยังไม่มีการถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นจริง ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 94 (2) นี้ ซึ่งกระบวนการเยียวยาโดยศาลอื่นก่อนนั้นจะต้องครอบคลุมทุกประเด็นของข้อเท็จจริงในคดีทั้งหมด ดังนั้น เมื่อคดีผ่านมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะรับสำนวนที่ผ่านการสรุป (Full brief) โดยไม่พิจารณาถกเถียงกันในประเด็นข้อเท็จจริงอีก แต่จะพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น

ตลอดเวลาที่ผ่านมาในประเทศเยอรมนีนั้นได้มีการยื่นคำร้องทุกข์มาสู่ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีมากขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรหลักของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อการพิทักษ์ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวเยอรมันได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล นับตั้งแต่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) เป็นรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีฉบับชั่วคราวในปี ค.ศ. 1949 จนได้กลายเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรภายหลังการรวมเยอรมนีตะวันออกเข้าเป็นประเทศเดียวกันกับเยอรมนีตะวันตกในปี ค.ศ. 1990 จึงถือเป็นบทพิสูจน์ได้ถึงการมีรัฐธรรมนูญที่สามารถบังคับใช้หลักนิติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

¹⁶² ดูรายละเอียดกระบวนการขั้นตอนในรูตอล์ฟ โดล์เซอร์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (155), หน้า 9-10.

ของประชาชนชาวเยอรมันได้มากที่สุด ในประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมนี ดังนั้น กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งมีเจตนารมณ์วางหลักการคุ้มครองสิทธิพื้นฐาน และสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการให้ความยุติธรรมทางสังคมบนหลักนิติธรรม ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น จึงเป็นความภาคภูมิใจของชาวเยอรมัน และเป็นต้นแบบของการเป็นประเทศที่มีการปกครองโดยนิติรัฐตามหลักนิติธรรม ให้กับประเทศต่างๆ ทั่วโลก นอกจากนี้ ในหมวดว่าด้วยองค์กรตุลาการยังได้บัญญัติ หลักพื้นฐานของการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่ถือเป็น หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและสถานะทางกฎหมายของผู้พิพากษา ตลอดจนความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการรวม 4 ประการ¹⁶³ ดังนี้

4.1) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaesigkeit von Justiz)

ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 20 (2) GG หลักนี้เป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ที่เชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ เข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการ จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กร ที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่มี ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของ รัฐธรรมนูญโดยผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้ กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องเป็น กฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากผู้แทนของประชาชนแล้ว หลักความผูกพันต่อการ ใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค โดยถือว่าหลักความ เสมอภาคของการใช้กฎหมายเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนประการ หนึ่ง ซึ่งแยกพิจารณาออกได้ 3 รูปแบบดังนี้

(1) ฝ่ายตุลาการจะพิจารณาพิพากษาเรื่องใดๆ ให้แตกต่างกันไปจาก บทบัญญัติของกฎหมายที่เรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในลักษณะปฏิเสธ ซึ่งเป็นความผูกพันที่จะไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของ

¹⁶³ บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ของเยอรมนี”. เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องบทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคมเยอรมัน, จัดโดย สถาบันนโยบายศึกษาร่วมกับมูลนิธิคอนราต อาเดนาัวร์ และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิต พัฒนบริหารศาสตร์: 24 พฤศจิกายน 2555 และบรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและ คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 25-30.

กฎหมาย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจาก บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะการบังคับใช้ในเรื่องนั้นๆ หรือ บทบัญญัติในลักษณะที่ผูกพัน โดยฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตาม องค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

(2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้ บทบัญญัติของกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการ เรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนเองเคร่งครัดต่อกฎหมาย

(3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนด ให้มีการใช้ดุลพินิจ โดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ใดๆ

4.2) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhängigkeit der Richter)

มาตรา 97 GG¹⁶⁴ บัญญัติหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ให้ ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ทั้งสิ้น โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและพิจารณาพิพากษาภายใต้ มโนธรรมของตนเองเท่านั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญ หลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองมิให้มีการแทรกแซง องค์กรตุลาการจากองค์กรอื่นของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากองค์กรของรัฐในฝ่าย อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ฝ่าย คือ ความเป็นอิสระจากคู่ความ (Parteienunabhängigkeit) อิสระจากรัฐ (Staatsunabhängigkeit) และอิสระจากสังคม (Gesellschaftsunabhängigkeit)

¹⁶⁴ มาตรา 97 GG บัญญัติว่า (1) ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระและอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น (2) ผู้พิพากษา ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาตลอดชีพ การให้ผู้พิพากษาดังกล่าวออกไปอาจกระทำได้ หากขัดกับเจตนาของผู้พิพากษานั้น การให้ผู้พิพากษาออกก่อนระยะเวลาหรือให้พ้นจากตำแหน่งในระยะ เวลาหนึ่ง หรือโยกย้ายไปอยู่ในตำแหน่งอื่น หรือการให้เกษียณอายุก่อนระยะเวลา อาจกระทำได้เฉพาะ โดยคำพิพากษาของศาล และเฉพาะจากเหตุผลและตามที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย ให้ฝ่ายนิติบัญญัติ กำหนดการเกษียณอายุในกรณีที่ผู้พิพากษามีอายุครบเกษียณ ให้ผู้พิพากษานั้นมีสิทธิได้รับบำเหน็จ บำนาญ การเปลี่ยนแปลงหน่วยงานของศาลหรือเขตพื้นที่การปกครองอาจมีการโยกย้ายผู้พิพากษาไปยัง ศาลอื่นได้หรืออาจให้ออกจากตำแหน่งได้ แต่ทั้งนี้ต้องได้รับเงินเดือนเต็มจำนวน

ความไม่เป็นอิสระจาก 3 ฝ่ายดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ปรากฏในรูปแบบต่างๆ ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษาซึ่งอาจแบ่งออกได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) **ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ** (die sachliche Unabhangigkeit) เป็นการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย หลักความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษามีได้คุ้มครองผู้พิพากษาเฉพาะจากการแทรกแซงโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นเท่านั้น หากแต่ยังมุ่งคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อม ซึ่งอาจจะมีผลมาจากการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา

(2) **ความเป็นอิสระในทางองค์กรตุลาการ** (die organisatorische Unabhangigkeit) หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาลซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการก็ดี ศาลก็ดี หรือผู้พิพากษาก็ดีต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ในอำนาจขององค์กรอื่น ไม่ว่าจะโดยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม

(3) **ความเป็นอิสระในทางส่วนบุคคล** (die personliche Unabhangigkeit) โดยหลักนี้การถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดต่อความประสงค์ของผู้พิพากษาวันแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาลหลักนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 98 GG¹⁶⁵ ความเป็นอิสระส่วนบุคคลนี้มุ่งให้

¹⁶⁵ มาตรา 98 บัญญัติกำหนดสถานะทางกฎหมายของผู้พิพากษาไว้ว่า

(1) สถานะทางกฎหมายของผู้พิพากษาของสหพันธ์ให้กำหนดโดยกฎหมายพิเศษของสหพันธ์

(2) ในกรณีที่ผู้พิพากษาของสหพันธ์กระทำการใดในตำแหน่งหน้าที่หรือนอกเหนือจากตำแหน่งหน้าที่ อันเป็นการละเมิดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือละเมิดหลักการตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์โดยคำร้องของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยด้วยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ให้ย้ายผู้พิพากษานั้นไปอยู่ในตำแหน่งอื่น หรืออาจให้ผู้พิพากษานั้นออกจากตำแหน่งโดยมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญได้ ในกรณีที่ผู้พิพากษานั้นได้กระทำการอันเป็นการละเมิดโดยเจตนาอาจให้ปลดผู้พิพากษานั้นออกจากตำแหน่งได้

(3) สถานะทางกฎหมายของผู้พิพากษาของมลรัฐให้กำหนดโดยกฎหมายพิเศษของมลรัฐ สหพันธ์อาจออกกฎหมายวางหลักเกณฑ์ทั่วไปได้เท่าที่มาตรา 74a วรรคสี่ ไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(4) มลรัฐอาจกำหนดเรื่องการแต่งตั้งผู้พิพากษาในมลรัฐนั้น ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐพิจารณา ร่วมกับคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาก็ได้

(5) มลรัฐอาจกำหนดตกเกณฑ์ให้สอดคล้องกับความในวรรคสองสำหรับผู้พิพากษาของมลรัฐได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่กระทบกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐที่ใช้บังคับอยู่ การวินิจฉัยเกี่ยวกับการฟ้องผู้พิพากษาให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์.

เกิดความมั่นคงต่อความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ทางตุลาการ (die sachliche Unabhangigkeit) ของผู้พิพากษา การก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้พิพากษามีได้เกิดเฉพาะกรณีที่มีการสั่งการโดยตรงต่อผู้พิพากษาเท่านั้น กรณีที่ถือว่ากระทบกระเทือนต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเช่นกันคือ หากผู้พิพากษาที่วินิจฉัยคดีไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่งแล้วจะเกิดผลกระทบต่อสถานะในทางตำแหน่งผู้พิพากษาของตน ด้วยเหตุนี้เองจึงจำเป็นต้องให้หลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการอยู่ในตำแหน่งของผู้พิพากษา

4.3) ข้อห้ามการจัดตั้งศาลพิเศษ

มาตรา 101 GG ได้บัญญัติข้อห้ามจัดตั้งศาลพิเศษไว้ว่า การจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งมีอาจจะกระทำได้ บุคคลไม่อาจถูกทำให้พ้นจากการพิจารณาโดยอำนาจของผู้พิพากษาที่มีอำนาจตามกฎหมายได้ ส่วนการจัดตั้งศาลขึ้นมาใหม่นั้นจะกระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

4.4) สิทธิพื้นฐานในทางศาล

มาตรา 103 GG ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานในทางศาลตามหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการคือ (1) ในการพิจารณาของศาล บุคคลย่อมมีสิทธิในการแสดงข้อเท็จจริง แสดงความเห็นหรือพยานหลักฐานต่างๆ ต่อศาล (2) การกระทำที่อาจถูกลงโทษทางอาญาได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและได้กำหนดลักษณะความผิดดังกล่าวไว้ก่อนที่จะเกิดการกระทำนั้น (3) ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาทั่วไป บุคคลต้องไม่รับโทษในการกระทำเดียวกันเกินกว่าหนึ่งครั้ง

โดยสรุป ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐนั้น หากปราศจากหลักนิติรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ล้วนไร้ความหมาย แนวคิดพื้นฐานที่แสดงให้เห็นหลักนิติรัฐคือ กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดที่มีเพียงกฎหมายเท่านั้นที่ควบคุมทุกอย่างในสังคมประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม กฎต่างๆ สร้างขึ้นจากการตัดสินใจร่วมกันของผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน หาใช่มาจากการตัดสินใจโดยผลการหรือการตัดสินใจของมนุษย์คนเดียวหรือบุคคลเพียงกลุ่มเดียวที่มีอำนาจอยู่ในช่วงเวลานั้น ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงเป็นการกำกับข้อบังคับ คุณจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อคุณละเมิดกฎหมายเท่านั้น กฎหมายต้องบังคับใช้กับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน (เรียกว่าความเสมอภาคของกฎหมาย) หากไม่เป็นเช่นนั้น ถือว่ากฎหมายนั้นเป็นไปโดยผลการ ซึ่งจะขัดกับหลักนิติรัฐ นอกจากนี้ การใช้หลักนิติรัฐยังรวมถึงการบังคับใช้กฎหมายไม่เพียงแต่กับประชาชนพลเมืองเท่านั้น แต่องค์กรของรัฐตั้งแต่รัฐสภา รัฐบาล ศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กำหนดกฎหมาย ล้วนอยู่ใต้ข้อบังคับของกฎหมาย

หลักใหญ่ใจความของหลักนิติรัฐคือ การจำกัดอำนาจรัฐและการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อว่าแม้แต่เจ้าหน้าที่ที่ได้รับการคัดเลือกหรือผู้ว่าไม่สามารรถใช้อำนาจในทางที่ผิดโดยไม่ถูกดำเนินคดีหรือจำคุกได้ หลักนิติรัฐรับรองการจำกัดอำนาจดังกล่าวด้วยการกำหนดให้มีการแบ่งแยกอำนาจการบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการออกจากกัน ผลก็คือ ความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีก็เกิดขึ้นได้ นอกเหนือจากการบังคับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมแล้ว หลักนิติรัฐยังปกป้องเสียงข้างน้อยไม่ให้ถูกกดขี่แบ่งแยก และป้องกันมิให้บุคคลหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมีสิทธิพิเศษเมื่อทุกคนได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมาย สิทธิพิเศษหรือการเลือกปฏิบัติใดๆ ก็ไม่สามารถกำหนดให้เกิดขึ้นได้ หลักนิติรัฐ (Legal State) จึงเกิดขึ้นได้ในรัฐที่มีการปกครองภายใต้กฎหมายบนหลักนิติธรรม (The Rule of law) ในระบอบประชาธิปไตย และไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในสังคมที่มีการกดขี่ในรัฐตำรวจ (Police State) หรือรัฐเผด็จการอื่นใดได้ เนื่องจากระบอบเหล่านั้นก็จะไม่ยอมให้มีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน หรือยอมให้ผู้พิพากษาและตุลาการเป็นอิสระในการวินิจฉัยและพิจารณาพิพากษาคดี จึงเป็นระบอบการปกครองที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

3.4 แนวความคิดและการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

แม้ว่าประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ได้เป็นประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ก็ตาม แต่หากพิจารณาถึงหลักการจำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมายแล้ว ประเทศฝรั่งเศสก็มีหลักการนี้เช่นเดียวกันซึ่งเรียกว่า หลัก “*Règne de la loi*” หรืออาจแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “การปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย”¹⁶⁶ หลักการดังกล่าวนี้เองที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการปฏิวัติครั้งใหญ่ของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งปัจจุบันนี้หลักนิติธรรมในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่าหลักนิติรัฐ “*Etat de droit*” ซึ่งมีประวัติและวิวัฒนาการ ดังนี้

3.4.1 ประวัติพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐในฝรั่งเศส

ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งกษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว แนวคิดอำนาจอธิปไตยในช่วงเวลานั้นจึงเป็นไปเพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งแก่

¹⁶⁶ Maria Luisa Fernandez Esteban, “The Rule of Law” in *The European Constitution* 75 (Kluwe Law International, 1999) อ้างใน พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส” อ้างถึงแล้ว, หน้า 3.

สถาบันกษัตริย์¹⁶⁷ ในสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ฝรั่งเศสประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง เนื่องจากต้องแบกรับภาระหนี้สินจากการใช้ทรัพยากรไปเพื่อการทำสงคราม เมื่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 มีพระชนมายุเพียง 5 พรรษาขึ้นครองราชย์ ผู้สำเร็จราชการในเวลานั้น ก็ไม่ได้ปฏิรูประบบเศรษฐกิจหรือแก้ไขปัญหานี้สินดังกล่าว แต่กลับมีการใช้จ่ายอย่างฟุ่มเฟือย แม้ในภายหลังได้พยายามทำการปฏิรูปเศรษฐกิจ แต่กลับถูกขัดขวางจากฝ่ายขุนนางและพระ แสดงให้เห็นถึงความอ่อนแอของสถาบันกษัตริย์ที่ไม่อาจบริหารจัดการปกครองประเทศได้ ฝ่ายขุนนางและพระจึงมีอิทธิพลครอบงำการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสจนกระทั่งมีเอกลิทธิเหนือคนธรรมดา

แม้พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้พยายามปฏิรูปการเมืองการปกครองและเศรษฐกิจหลายครั้ง แต่การปฏิรูปที่กระทบกระเทือนถึงระบบฐานันดรต่างๆ ก็มักถูกขัดขวางและไม่ประสบความสำเร็จทุกครั้งไป แนวคิดการปฏิรูปของนักปราชญ์ทั้งหลาย เช่น มองเตสกีเออและฌอง ฌาร์ค รูสโซ จึงได้ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงกันอย่างแพร่หลาย เมื่อความตกต่ำทางเศรษฐกิจยังคงดำเนินไปกับการปกครองขาดเสถียรภาพ ในที่สุดจึงเกิดการปฏิวัติใหญ่ขึ้นเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 โดยประชาชนลุกฮือบุกเข้าทำลายคุกบาสทิลซึ่งถูกใช้เป็นที่กักขังนักโทษทางการเมืองอันถือเป็นสัญลักษณ์แห่งการกดขี่ การปฏิวัตินี้เกิดขึ้นโดยปราศจากการต่อต้านจากกองกำลังของฝ่ายกษัตริย์ ซึ่งอาจเนื่องมาจากภาวะความตกต่ำทางเศรษฐกิจและความไม่สงบภายในประเทศที่ยืดเยื้อมานานตั้งแต่สมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เป็นต้นมา

ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในประเทศฝรั่งเศสจึงสิ้นสุดลงจากการปฏิวัติครั้งนี้ ภายหลังจากการปฏิวัติสำเร็จก็ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นฉบับแรกซึ่งได้รับเอาแนวความคิดของมองเตสกีเออในเรื่องการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อจำกัดอำนาจรัฐและอำนาจกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยมุ่งหมายให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองอย่างค่อยเป็นค่อยไป¹⁶⁸ บทบัญญัติที่สำคัญเพื่อการจำกัดอำนาจรัฐ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้เกิดขึ้นพร้อมกับการปฏิวัติและรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791 คือ ปณิญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้ถูกนำมาเป็นอารัมภบทในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791 ด้วยนั้นมีหลักการสำคัญคือ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

¹⁶⁷ Laurent Pech. Rule of Law in France, สืบค้นจาก Available from papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929099, 25 July 2013.

¹⁶⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. หน้า 86-87.

หลักการแยกการใช้อำนาจอธิปไตย หลักการให้ความยินยอมของพลเมืองในการจัดเก็บภาษี รวมถึงหลักการที่สอดคล้องกับคำขวัญในการปฏิบัติคือ หลักความเสมอภาคของมนุษย์ สิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติย่อมไม่อาจจำกัดได้ การห้ามกักขังตามอำเภอใจ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพของสื่อมวลชน หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลจะล่วงละเมิดมิได้¹⁶⁹

นอกจากการจำกัดอำนาจกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นวิวัฒนาการในการจำกัดอำนาจรัฐแล้วก็ยังมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับพระราชอำนาจของกษัตริย์ซึ่งเดิมเคยเชื่อกันว่าได้รับอำนาจมาจากพระเจ้าได้ถูกเปลี่ยนเป็นการได้รับอำนาจมาจากประชาชนเพื่อการปกครองประเทศ จึงถือเป็นการสิ้นสุดแนวคิดลัทธิเทวสิทธิ์อีกด้วย ส่วนพระราชอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินนั้น กษัตริย์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภาและไม่สามารถยุบสภาได้ แต่การกระทำทุกอย่างของกษัตริย์ต้องมีการลงชื่อสนองราชโองการโดยรัฐมนตรีที่กษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งเอง 2 คน รวมถึงการห้ามมิให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารที่เป็นหลักการแยกการใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดของมองเตสกีเออ ส่วนสิทธิเลือกตั้งในสมัยนั้นยังไม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปที่เปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง แต่ถูกกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของพลเมืองที่มีความพร้อมทางการเมืองมากที่สุดเท่านั้น โดยการตัดสิทธิจากจำนวนทรัพย์สิน ดังนั้น จึงถือได้ว่าในสมัยนั้นชั้นกรรมสิทธิ์เป็นผู้มีอำนาจในทางการเมือง¹⁷⁰

ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1793 ได้ใช้แนวความคิดของรุสโซในการเลิกระบอบกษัตริย์และสถาปนาระบอบประธานาธิบดีตามขึ้น โดยมีวิวัฒนาการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เด่นชัด โดยเปลี่ยนแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมาเป็นอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและการเลือกตั้งทั่วไปเป็นสิทธิไม่ใช่หน้าที่ แม้ยังจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งให้เป็นสิทธิของเพศชายเท่านั้น สิทธิความเสมอภาคกันของมนุษย์ได้ถูกยกฐานะขึ้นให้สูงกว่าเสรีภาพของบุคคล นอกจากนี้ยังมีการรับรองสิทธิในการใช้กำลังเข้าต่อต้านการกดขี่ของรัฐอีกด้วย¹⁷¹ แม้ว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้ถูกประกาศใช้เนื่องจากเกิดการต่อต้านโดย

¹⁶⁹ ชาซูซีย์ แสวงศักดิ์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ** แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 259-260.

¹⁷⁰ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 260-261.

¹⁷¹ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 261-263.

นักปฏิวัติหัวรุนแรงจึงได้ถูกเลื่อนการประกาศใช้ออกไปโดยไม่มีกำหนด แต่แนวคิดร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สร้างแรงบันดาลใจให้แก่ักปฏิวัติทั้งหลาย หากพิจารณาถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เห็นได้ว่า แม้ไม่มีวิวัฒนาการในการจำกัดอำนาจรัฐที่ชัดเจน แต่ได้สร้างแนวทางระบอบสาธารณรัฐไว้ให้แก่ักปฏิวัติในเวลาต่อมา สิ่งที่เห็นได้ชัดเจนในร่างรัฐธรรมนูญนี้คือการให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนท่ามกลางความผันผวนทางการเมืองโดยรับรองสิทธิต่อต้านการกดขี่และยกฐานะความเท่าเทียมกันของบุคคลให้มีความสำคัญสูงกว่าเสรีภาพส่วนบุคคล

ต่อมาได้มีการยกร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1795 ซึ่งปฏิเสธแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1793 ของรุสโซและกลับมาใช้แนวคิดทางการเมืองของมองเตสกีเออแทน ซึ่งปฏิญญาฉบับใหม่มีการจำกัดไม่ให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพเท่ากับรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1793 โดยยกเลิกสิทธิในการต่อต้านการกดขี่ ไม่มีการรับรองความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และสิทธิเลือกตั้งกลับถูกจำกัดไว้โดยฐานะทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791 ดังนั้นตลอดระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1795 ใช้บังคับได้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอย่างรุนแรงจนนำมาสู่การรัฐประหารทั้งสิ้น 4 ครั้ง ในที่สุดนโปเลียน โบนาปาร์ตก็ได้เข้ายึดอำนาจและสถาปนาระบอบจักรวรรดิขึ้นในปี ค.ศ. 1799¹⁷² และได้มีการยกร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นภายใต้อิทธิพลของนโปเลียนปลายปี ค.ศ. 1799 โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาที่เอื้อต่อการใช้อำนาจเผด็จการของนโปเลียนอย่างมาก แม้มีการกำหนดให้ประชาชน (เพศชาย) มีสิทธิเลือกตั้ง แต่ในทางปฏิบัติประชาชนไม่สามารถเลือกตั้งผู้ใดได้เลย อีกทั้งยังไม่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ แก่ประชาชน คงมีเพียงแค่การละเมิดมิได้ในเคหสถาน เสรีภาพของปัจเจกชน สิทธิในการร้องทุกข์เท่านั้นที่ได้รับการรับรอง กรณีเช่นว่านี้เองที่เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาการค้าทาสในประเทศอาณานิคมของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1802¹⁷³

การสถาปนาระบอบจักรวรรดิของนโปเลียนเท่ากับเป็นการทำให้หลักนิติรัฐซึ่งกำลังได้รับการพัฒนาในฝรั่งเศสต้องชะงักลง

¹⁷² เิงอ้างถึง, หน้า 263.

¹⁷³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของฝรั่งเศส” เข้าถึงข้อมูลได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=392>, เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2556.

ภายหลังการเข้าสู่อำนาจของโนเบิลเนียนก็ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงอีกครั้งในปี ค.ศ. 1814 ซึ่งเป็นการสถาปนาระบอบกษัตริย์ให้กลับมาอีกครั้งจากความพยายามและการประนีประนอมของฝ่ายนิยมกษัตริย์และฝ่ายเสรีนิยมที่ต้องการให้มีกษัตริย์ แต่ต้องจำกัดอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งกลับไปสู่หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของ กษัตริย์และกษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ประชาชนหรือผู้แทนราษฎร แต่ก็ยังมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนอยู่บ้าง เช่น มีการรับประกันความเสมอภาคโดยกฎหมาย ความเสมอภาคในการเสียภาษี ความเสมอภาคในการทำงาน เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์¹⁷⁴ เป็นต้น โดยหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองครั้งล่าสุดก็ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่เป็น วัฏจักรคล้ายคลึงกันอีกรอบหนึ่งโดยกลับไปสู่ระบอบสาธารณรัฐ แล้วกลับมาสู่ ระบอบจักรวรรดิ และสุดท้ายจบลงที่การประนีประนอมกันทางการเมืองเช่นเดิม

ในปี ค.ศ. 1848 ฝรั่งเศสได้กลับเข้าสู่ระบอบสาธารณรัฐที่ 2 และกลับเป็น จักรวรรดิที่ 2 ในปี ค.ศ. 1852 และกลับเข้าสู่สาธารณรัฐที่ 3 ในปี ค.ศ. 1875 ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญคือการเปลี่ยนมาสู่ระบบที่ยึดถือหลักอำนาจอธิปไตย เป็นของรัฐบาลแบบอังกฤษ¹⁷⁵ ในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 นั้น ฝรั่งเศสเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ สงครามแก่เยอรมนี จอมพลเปแต็งผู้นำของฝรั่งเศสจึงทำสัญญาสงบศึกกับอิตเลอร์ ผู้นำของเยอรมนีในปี ค.ศ. 1940 และเข้าสู่ช่วงเวลาของการยึดครองโดยเยอรมนี ที่จอมพลเปแต็งได้นำระบบการปกครองแบบใหม่ที่เรียกว่า ระบอบวีซี (Vichy) โดย รัฐธรรมนูญฉบับวีซีได้พยายามรวบอำนาจทางการเมืองทั้งหมดไว้ที่นายพลเปแต็ง แต่ผู้เดียว คล้ายกับรูปแบบของลัทธินาซีและลัทธินาซีฟาสซิสต์เป็นหลักในการปกครอง ดังนั้น ในช่วงการปกครองดังกล่าวสิทธิและเสรีภาพก็ได้ถูกกลืนจนยกเลิกลงไป เช่น เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เสรีภาพในการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สิทธิในความมั่นคง เสรีภาพในการรับฟังวิทยุต่างชาติ เสรีภาพในการสมาคม เสรีภาพในการชุมนุม สิทธิ ในการประท้วงและเสรีภาพของสหภาพ เสรีภาพในการเคลื่อนไหว¹⁷⁶ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อเยอรมนีพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ต่อฝ่ายสัมพันธมิตรและ สหภาพโซเวียต ระบอบการปกครองแบบวีซีในฝรั่งเศสก็ล่มสลายลงไปด้วย

¹⁷⁴ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 2.

¹⁷⁵ ชาลส์ แซงคักกี, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*, อ้างถึงแล้วใน *เชิงอรธ* (169), หน้า 272.

¹⁷⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของฝรั่งเศส*, อ้างถึงแล้วใน *เชิงอรธ* (173).

หลังจากนายพลเดอโกลซึ่งไม่ยอมรับอำนาจของเยอรมนีและได้ตั้งรัฐบาลพลัดถิ่นที่ประเทศอังกฤษได้กลับคืนสู่ประเทศฝรั่งเศสในฐานะผู้นำรัฐบาลชั่วคราวแห่งรัฐฝรั่งเศสได้ทำประชาคมคิดว่าควรจะกลับคืนสู่ระบอบสาธารณรัฐที่ 3 หรือสถาปนาระบอบสาธารณรัฐที่ 4 ผลปรากฏว่าประชาชนลงคะแนนเสียงให้สถาปนาระบอบสาธารณรัฐที่ 4 อย่างท่วมท้นถึง 96.4% ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 นี้ได้เพิ่มสิทธิเสรีภาพใหม่ที่ไม่เคยได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ เช่น สตรี เด็ก คนชรา คนงาน สิทธิในการศึกษาอบรม¹⁷⁷ ส่วนการจำกัดและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรรัฐนั้น ประธานาธิบดีภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ถูกลดบทบาทลงโดยอยู่ในฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐ ส่วนนายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจบริหารอย่างแท้จริง แต่ก็มี การถ่วงดุลอำนาจของนายกรัฐมนตรีอย่างเข้มข้น โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในทางกลับกันการยุบสภากลับมีเงื่อนไขที่ยุ้งยากและเข้มงวด ซึ่งเป็นไปตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา แม้ว่าระบอบการปกครองและหลักการในการจำกัดอำนาจรัฐของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความทันสมัยในรูปแบบและมีวิวัฒนาการของหลักนิติรัฐที่ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น แต่ภายใต้หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภากลับทำให้การบริหารของรัฐบาลขาดเสถียรภาพอย่างมาก

ความอ่อนแอและขาดเสถียรภาพของรัฐบาลในสาธารณรัฐที่ 4 ได้ก่อให้เกิดปัญหาการจลาจลและการกบฏของกองกำลังทหารฝรั่งเศสในแอลจีเรีย รัฐสภาในขณะนั้นจึงได้มีมติเชิญให้นายพลเดอโกลเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเพื่อให้นำความสงบกลับคืนมาและเตรียมเปลี่ยนระบอบการปกครองใหม่¹⁷⁸ เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ซึ่งหลักนิติรัฐจึงได้รับการพัฒนาอย่างเด่นชัดที่สุดโดยมีการผสมผสานหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของของปวงชนเข้าด้วยกัน มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามปฏิญญาสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 โดยยึดถือหลักการว่าด้วยความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ มีการแยกการใช้อำนาจและระบอบรัฐธรรมนูญนิยม¹⁷⁹ ซึ่งถือเป็นหลักการและองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสอันเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันนี้

ภายใต้ความผันผวนทางการเมืองตลอดเวลานับร้อยปีของการเปลี่ยนแปลงการปกครองตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 วิวัฒนาการหลักนิติรัฐของฝรั่งเศส

¹⁷⁷ เฟ็งอังกิ่ง.

¹⁷⁸ ชาลูซัย แสงศักดิ์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. อังกิ่งแล้วในเชิงอรรถ (169), หน้า 282.

¹⁷⁹ เฟ็งอังกิ่ง. หน้า 283-284.

เป็นเรื่องการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยที่สร้างเสถียรภาพในการเมืองการปกครอง และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนมาอย่างยาวนานมากกว่ามุ่งจำกัดอำนาจรัฐดังที่มีความพยายามในช่วงต้นของการปฏิวัติ เนื่องจากบริบททางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสนั้นแตกต่างจากเยอรมนีซึ่งได้รับความเสียหายและบทเรียนจากลัทธินาซี จึงเกิดแนวทางในการจำกัดอำนาจรัฐที่ชัดเจน ส่วนฝรั่งเศสนั้นก็กลับมีการช่วงชิงอำนาจและการเปลี่ยนระบอบการปกครองสลับไปมาระหว่างระบอบกษัตริย์จักรวรรดิ และสาธารณรัฐมาโดยตลอด ซึ่งเมื่อไม่อาจใช้รูปแบบการปกครองใดได้นานเพียงพอที่จะก่อให้เกิดแนวทางแก้ไขปัญหาการใช้อำนาจรัฐ การพัฒนาหลักนิติรัฐในฝรั่งเศสจึงดำเนินไปอย่างไม่ต่อเนื่องเท่าที่ควร

3.4.2 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติรัฐในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของฝรั่งเศสในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่กษัตริย์ทรงใช้อำนาจเผด็จการตามอำเภอใจที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ได้ทรงตรัสว่า “Etat, c’est moi” ซึ่งแปลว่า “รัฐคือพระองค์เอง” ซึ่งเป็นการถือนิติสิทธิเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังเป็นประเทศเพื่อนบ้านที่มีพรมแดนติดกับเยอรมนีจึงได้เห็นการเข้าครองอำนาจเผด็จการระบอบนาซีของฮิตเลอร์ในประเทศเยอรมนีว่า แม้อิตเลอร์เองได้เข้ามาสู่อำนาจด้วยกระบวนการทางประชาธิปไตยก็ตาม แต่กลับอาศัยวิถีทางประชาธิปไตยเพิ่มอำนาจเผด็จเช่นฆ่าประชาชนด้วยการตรากฎหมายต่างๆ มาเพื่อให้อำนาจในการดำเนินการถือนิติสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁸⁰ และได้เข้ามายึดครองประเทศฝรั่งเศสในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งถือเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น จึงนำไปสู่วิวัฒนาการสร้างหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ขึ้นในประเทศฝรั่งเศสด้วยเช่นเดียวกัน

ถึงแม้ว่าประเทศฝรั่งเศสไม่ได้เป็นผู้คิดค้นหลักนิติรัฐเป็นประเทศแรกอย่างเช่นประเทศเยอรมนี แต่กลับพบว่าฝรั่งเศสก็ได้มีวิวัฒนาการแนวความคิดของหลักนิติรัฐในความพยายามควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐเช่นเดียวกัน โดยเรียงลำดับตั้งแต่การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งมีอำนาจสูงสุดลงมาจนกระทั่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจหรือการกระทำใดๆ จำต้องถูกควบคุมโดยต้องอยู่บน

¹⁸⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, นิติรัฐ นิติธรรม, หน้า 278.

พื้นฐานของการรับรองตามตัวบทกฎหมาย แนวความคิดดังกล่าวเรียกว่า “Règne de la loi”¹⁸¹ ซึ่งแปลว่า “การปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย” นั่นเอง หลักการปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย (Règne de la loi) นี้เกิดขึ้นมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1789¹⁸² ซึ่งหลักการนี้มีสาระสำคัญว่าในกรณีพระมหากษัตริย์รวมจนถึงขุนนางและเจ้าหน้าที่ของรัฐใดๆ ก็ตาม หากจะมีการใช้อำนาจในทางปกครองหรือกระทำการใดๆ จะสามารถใช้อำนาจหรือกระทำได้อีกแต่เฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ การใช้อำนาจและการกระทำการดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามกระบวนการ (procedure) และเงื่อนไขที่กฎหมายที่กำหนดไว้ด้วย จากหลักการนี้เองทำให้เกิดอีก 2 หลักการ¹⁸³ ขึ้นตามมาดังนี้

1) เป็นการสถาปนาการปกครองในรูปแบบ “ธรรมนูญาธิปไตย” (Nomocracy) คือ การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย การกระทำการใดๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน กฎหมายที่ถูกตราขึ้นจึงจะเป็นการบัญญัติโดยเจตจำนงของประชาชนและมีลักษณะที่มีเหตุผล (ratio) จึงส่งผลให้เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

2) เป็นการสถาปนารูปแบบของการปกครองที่การกระทำของรัฐไม่สามารถกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่ขึ้นอยู่กับประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตราตัวบทกฎหมาย ท้ายที่สุดแล้วแนวคิดนี้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในคำประกาศปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง¹⁸⁴ อีกด้วย

อย่างไรก็ดี หลักการนี้ได้ถูกเรียกใหม่ว่า หลัก “Etat légal” แปลว่า “รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย” แต่ความหมายของหลักควบคุมการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองนี้กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์พอสมควร เนื่องจากเป็นการเน้นในแง่รูปแบบมากกว่าที่จะเน้นไปในแง่เนื้อหา¹⁸⁵ หลักรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat légal) นี้จึงเป็นหลักการ

¹⁸¹ นักวิชาการในประเทศเบลเยียมท่านหนึ่งได้กล่าวว่า หลัก “Règne de la loi” นี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นก่อนหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนีเสียอีก.

¹⁸² Maria Luisa Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution* 75 (Kluwer Law International, 1999).

¹⁸³ Maria Luisa Fernandez Esteban, *เพิ่งอ้างถึง*.

¹⁸⁴ มาตรา 5 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายจะห้ามได้ก็แต่เฉพาะการกระทำที่ส่งผลร้ายต่อสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่กฎหมายมิได้ห้ามไว้ การนั้นจะถูกห้ามมิให้ทำไม่ได้ และไม่มีผู้ใดที่จะถูกบังคับให้จำต้องกระทำการใดๆ หากกฎหมายมิได้กำหนดไว้ให้ต้องกระทำ”.

¹⁸⁵ Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, in *74 South California Law Review*. 1330 (2001).

ที่ถือว่าตัวบทกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นใหญ่ ไม่ว่าจะมีความเป็นอย่างไรก็ตามถือเป็นฐานอำนาจอันชอบธรรมให้กับฝ่ายบริหารในฐานะผู้ปกครองประเทศในการที่จะปกครองประเทศได้¹⁸⁶ การมีความเชื่อทำนองนี้จึงส่งผลให้เกิดระบบการปกครองผ่านตัวบทกฎหมาย (Rule by law) โดยมีได้สนใจว่ากฎหมายจะเข้าไปรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่แต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของการคิดพัฒนาไปสู่หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในความหมายปัจจุบันที่ประเทศฝรั่งเศสยึดถือและปฏิบัติอยู่ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1

หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของฝรั่งเศสในปัจจุบันจึงถือเป็นแนวความคิดเสริมหลักรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat légal) ที่เกิดขึ้นในยุคสาธารณรัฐที่ 3 ซึ่งยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ให้มีความครอบคลุมมากขึ้นในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองตามอำเภอใจได้เพื่อจำกัดการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา¹⁸⁷ ซึ่งเป็นแต่เพียงการกล่าวอ้างว่าถูกต้องในแง่รูปแบบเท่านั้น แต่ในแง่เนื้อหาสาระกลับมองข้ามไป กฎหมายแทนที่จะช่วยคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองกลับเข้ามาทำร้ายประชาชนในฐานะของผู้ถูกปกครองเสียเอง ดังนั้น หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของฝรั่งเศสจึงได้ให้ความสำคัญที่เนื้อหาของตัวบทกฎหมายว่าในการตรากฎหมายนั้นมีเนื้อหาที่ล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่ หากปรากฏว่ามีลักษณะเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว การปกครองโดยใช้ตัวบทกฎหมายทำนองนี้ไม่ใช่การปกครองที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐโดยแท้จริง ซึ่งตรงตามการให้คำนิยามหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของศาสตราจารย์ การ์เร เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg)¹⁸⁸ ว่า “หลักนิติรัฐหมายถึง การปกครองที่รัฐยอมตนเองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของตัวบทกฎหมายอันมีบทบัญญัติอันเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน”

แนวความคิดหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสได้เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้นเมื่อการ์เร เดอ มัลแบร์ (Carré

¹⁸⁶ Laurent Pech, Rule of Law in France 16 (Peerenboom Publishing 2004).

¹⁸⁷ Georg Nolte, European and US Constitutionalism (Science and Technology of Democracy), 174 (Council of Europe Publishing, 2005).

¹⁸⁸ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (180), หน้า 278.

de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐใหม่จนเป็นที่ยอมรับนับถือทั่วไปในวงการนักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสและเป็นรากฐานของความหมายของนิติรัฐในกฎหมายมหาชนของนานาประเทศในปัจจุบันว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้น หมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย และยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”¹⁸⁹ ในแง่นี้นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายมิใช่โดยมนุษย์ (Government of law, not of men) ตามอำเภอใจ¹⁹⁰ เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องถูกผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้นด้วย

โดยสรุป เมื่อเปรียบเทียบวิวัฒนาการของแนวความคิดหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสกับเยอรมนีพบว่า แนวความคิดนี้ถือกำเนิดเกิดขึ้นเพื่อควบคุมวิธีการ (method) หรือกระบวนการ (procedure) ของการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าด้วยเจตจำนงที่ดีหรือไม่ให้อยู่บนพื้นฐานความถูกต้องชอบธรรมผ่านรูปแบบของกฎหมายที่นำไปสู่ความศักดิ์สิทธิ์สูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of law) ที่ได้ยึดถือเป็นหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐเพื่อปฏิเสธการสร้างความชอบธรรมให้กับแนวคิดที่ว่า “จะกระทำด้วยวิธีการใดก็ได้หากเป้าหมายนั้นดีก็เพียงพอแล้ว” (The end justifies the means)¹⁹¹ ดังนั้นหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสกับเยอรมนีจึงมีวิวัฒนาการคล้ายคลึงกันคือก่อนที่สองประเทศนี้กลายเป็นนิติรัฐที่แท้จริงตามหลักนิติธรรม (Rule of law) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามวิถีทางระบอบประชาธิปไตยจนกลายเป็นประเทศต้นแบบของหลักนิติรัฐในปัจจุบัน ทั้งสองประเทศได้ผ่านการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย (Rule by law) โดยมีได้พิจารณาว่ากฎหมายนั้นมีเนื้อหาสาระเป็นเช่นไร มีการบังคับใช้อย่างเท่าเทียมและจำกัดสิทธิเสรีภาพมาก

¹⁸⁹ Carré de Malberg, René, *Contribution à la Théorie générale de l'État : Tome I*. Paris : Sirey, 1920, p. 489.

¹⁹⁰ Michel Troper, “Obedience and Obligation in the Rechtsstaat” in *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p.95.

¹⁹¹ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส”. ใน OK NATION BLOC, 2555.

จนเกินกว่าเหตุหรือไม่อันเกิดเข้าใจผิดคลาดเคลื่อนว่าการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย (Rule by law) เป็นการปกครองที่ยึดหลักนิติธรรม (Rule of law) เพราะมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจให้กระทำได้ หากยึดถือแนวคิดนี้เป็นหลักนิติรัฐแล้วก็จะไม่แตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizeistaat) เพียงแต่ปรับเปลี่ยนวิธีการและกระบวนการสู่การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย เท่านั้น

3.4.3 ลักษณะองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสนั้นเป็นผลมาจากสภาพสังคมยุโรปภายหลังสงครามโลกทั้งสองครั้ง ซึ่งประเทศยุโรปได้ตระหนักถึงภัยร้ายของอำนาจรัฐบาลเผด็จการอดอล์ฟ ฮิตเลอร์แห่งเยอรมนีซึ่งขึ้นสู่อำนาจโดยวิถีทางประชาธิปไตย แต่เมื่อได้รับอำนาจเต็มที่แล้วกลับกลายเป็นเผด็จการโดยอาศัยอำนาจของรัฐสภาเป็นตรายางออกกฎหมายกดขี่ชนฆ่าประชาชน หลักนิติรัฐจึงมุ่งที่จะจำกัดอำนาจของรัฐบาลหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมายที่เป็นประชาธิปไตยและรัฐบาลหรือผู้ปกครองจะตรากฎหมายและใช้อำนาจตามอำเภอใจของตนไม่ได้ หลักนิติรัฐของฝรั่งเศสในปัจจุบันนี้จึงได้ถูกนำมาใช้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยมีลักษณะองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ¹⁹² ดังนี้

1) การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมืองและมีสภาพบังคับกับประชาชนที่อยู่ใต้ปกครองทุกคนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ในแง่รัฐทฤษฎีในปัจจุบันยอมเป็นนิติรัฐเนื่องจากการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น นิติรัฐในเชิงรูปแบบนั้นจึงเป็นการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ (Rule by law) มากกว่าจะเป็นการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) กฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้รัฐที่ปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือย่อมไม่มีหลักประกันว่าเป็นกฎหมายที่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากกฎหมายเหล่านั้นอาจถูกตราขึ้นโดยผู้เผด็จการก็ได้และโดยกระบวนการตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายเหล่านี้ผู้เผด็จการสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาตามอำเภอใจ สุดแล้วแต่ผู้เผด็จการจะเห็นว่าวิธีการใดสามารถบรรลุเป้าหมายได้ วิธีการจึงไม่มีความสำคัญเท่าเทียมกับเป้าหมาย รัฐประเภทนี้จึงเป็นนิติรัฐ (Legal State) เพียงรูปแบบ แต่เนื้อหาเป็นรัฐเผด็จการหรือรัฐตำรวจ

¹⁹² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรมกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”. ใน นิติราษฎร์, 2554. สืบค้นจาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/97/The-Rule-of-Law.html> เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2557.

(Police State) ซึ่งการ์เร่ เดอ มัลแบร์¹⁹³ ได้มีความเห็นว่า “รัฐตำรวจเป็นรัฐซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระ และด้วยความริเริ่มของตนเองเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยสรุปแล้วระบบรัฐตำรวจตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า เป้าหมาย (ends) สำคัญกว่าวิธีการ (means) เสมอ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรมันไม่ใช่ประเด็นสำคัญ”

2) การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา การ์เร่ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) มีความเห็นว่า นิติรัฐในเชิงเนื้อหา นั้นมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้

2.1) การ์เร่ เดอ มัลแบร์ กล่าวว่า “ในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน” นิติรัฐจึงเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น

2.2) เมื่อพิจารณาหลักนิติรัฐประกอบกับปรัชญาเสรีประชาธิปไตยและแนวคิดที่ว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติซึ่งถือว่า มีกฎเกณฑ์แห่งธรรมะอีกชั้นหนึ่งที่สูงและเหนือกว่ากฎหมายของรัฐ โดยเหตุนี้กฎหมายที่บัญญัติภายใต้นิติรัฐจึงไม่ใช่กฎหมายที่มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ หรือซึ่งตราขึ้นโดยกระบวนการอย่างใดก็ได้ แต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดย (1) อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย คือ ตราขึ้นโดยความเห็นชอบของประชาชนโดยตรงหรือขององค์กรผู้แทนปวงชนในระบอบประชาธิปไตย โดยผู้แทน และ (2) เนื้อหาของกฎหมายไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ มีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตั้งอยู่บนหลักการเคารพการใช้สิทธิและรักษาเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไป กฎหมายที่บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมานี้ได้แก่กฎหมายสูงสุดของแผ่นดินหรือรัฐธรรมนูญ จึงสามารถให้หลักประกันสถานภาพทางกฎหมายของประชาชนได้ดีที่สุด

2.3) กฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยต้องบัญญัติไว้เป็นการล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ รวมทั้งหลักเกณฑ์วิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

¹⁹³ อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (189), หน้า 488.

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจได้มีมานานแล้ว แต่ได้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยการนำเสนอของมองเตสกีเออซึ่งเป็นหัวใจองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศสเพื่อการสถาปนาสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับกันมาแต่ดั้งเดิมไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ว่า “รัฐใดมิได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐนั้นมีรัฐธรรมนูญ”¹⁹⁴ โดยเชื่อกันว่าการแยกอำนาจรัฐออกไปยังองค์กรของรัฐต่างๆ ให้องค์กรเหล่านั้นจำกัดและควบคุมการใช้อำนาจซึ่งกันและกันย่อมสามารถป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด ซึ่งย่อมส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิประชาชนโดยปริยาย ในศตวรรษที่ 17 แม้นักนิติศาสตร์หลายท่านได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ เช่น Aristotle, Jean Bodin, Pufendorf และ John Locke แต่มองเตสกีเออ (Montesquieu : 1689-1755) ได้สร้างทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ในหนังสือจิตวิญญาณแห่งกฎหมาย (L’Esprit des lois) ที่มีความชัดเจนกว่าคนอื่น ๆ ซึ่งได้มีผลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างดี

มองเตสกีเออสนใจรูปแบบการปกครองของอังกฤษหลังจากที่ได้เยือนประเทศอังกฤษในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 โดยได้กล่าวชื่นชมความสำเร็จในการปกครองประเทศของอังกฤษว่า “การที่ประเทศอังกฤษมีเสรีภาพในทางการเมืองมากที่สุด เพราะใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ ได้แบ่งแยกไปยังอำนาจ หรือองค์กรต่างๆ โดยไม่มีอำนาจหรือองค์กรใดที่จะมีอำนาจโดยเด็ดขาดที่จะบีบบังคับประชาชนได้ เสรีภาพของประชาชนจะไม่มีเลย ถ้าอำนาจเหล่านั้นไปรวมอยู่ที่องค์ใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว”¹⁹⁵ ดังนั้นในแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจสามฝ่ายด้วยกันคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ¹⁹⁶ “หากมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลคนเดียว หรือองค์กรใช้อำนาจจะดับสูงเพียงองค์กรเดียวแล้ว เสรีภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากย่อมเป็นที่เกรงกันว่า กษัตริย์เพียงพระองค์เดียวนั้นหรือสภาซิเนทเพียงสภาเดียวนั้นจะออกกฎหมายพระราชย์เพื่อใช้บังคับแบบพระราชย์ได้”

¹⁹⁴ สาธิต บำเรอจิต, “นิติรัฐ”. ใน สำนักงานเพื่อนนิติทนายความ, วันอังคารที่ 3 พฤศจิกายน 2552.

¹⁹⁵ สาธิต บำเรอจิต, เพิ่งอ้างถึง.

¹⁹⁶ สาธิต บำเรอจิต, เพิ่งอ้างถึง.

นอกจากนี้แล้วเสรีภาพก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากมิได้มีการแบ่งแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นผู้ตรากฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหาร ก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบกดขี่ทุกอย่างย่อมสูญเสียไป หากมนุษย์คนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันของผู้ถืออำนาจหรือของขุนนางหรือแม้กระทั่งของประชาชน สามารถใช้อำนาจทั้งสามฝ่ายนี้ได้กล่าวคือ มีอำนาจที่จะตรากฎหมาย ดำเนินการให้เป็นไปตามมติสภารณะและตัดสินคดีอาชญากรรมหรือความขัดแย้งระหว่างปัจเจกบุคคล”¹⁹⁷ มองเตสกีเออจึงไม่ต้องการให้อำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว เพราะตามธรรมชาติบุคคลใดก็ตามซึ่งมีอำนาจอยู่ในมือมักใช้อำนาจเกินเลยเสมอ ดังนั้นเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงต้องจัดให้มีอำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง ตามวิถีทางแห่งกำลัง หรือที่เรามักได้ยินคำกล่าวที่ว่า อำนาจย่อมหยุดยั้งได้ซึ่งอำนาจ หรือที่เรียกว่า “Power stop Power” มองเตสกีเออ ยังได้กล่าวต่อไปว่า การแบ่งแยกอำนาจนั้นจะมีได้แต่เฉพาะในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ส่วนในประเทศที่มีการปกครองในระบอบเผด็จการหรือสังคมนิยม หรือคอมมิวนิสต์ อำนาจทั้งสามจะถูกรวบให้เป็นอำนาจเดียวและถูกใช้โดยบุคคลเดียวหรือคณะบุคคลเดียว

ในการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็นสามอำนาจ มองเตสกีเออยังได้เรียกร้องให้มีการจัดแบ่งอำนาจและแยกตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจเป็นแต่ละคนอีกด้วยโดยกล่าวว่า “ห้ามสวมหัวโขนสองใบในขณะเดียวกัน” ซึ่งตรงกับหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest) คือ ห้ามบุคคลเดียวกันดำรงตำแหน่งในองค์ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในขณะเดียวกัน เนื่องจากอาจเกิดกรณีที่ผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจระหว่างองค์กรได้ เช่น ผู้ที่เป็นสมาชิกรัฐสภาได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในขณะเดียวกันก็ย่อมสามารถลงคะแนนเสียงในฐานะที่เป็นสมาชิกรัฐสภาเพื่อสนับสนุนตนเองหรือพวกพ้องในฐานะของฝ่ายบริหารได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จะไม่สามารถทำให้เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and balance) ได้อย่างเต็มรูปแบบ ดังนั้น มองเตสกีเออจึงเห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจเป็นการมอบอำนาจอธิปไตยโดยแยกการใช้อำนาจอธิปไตยให้กับองค์กรของรัฐ 3 ฝ่าย คือ องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย องค์กรบริหารคือรัฐบาลทำหน้าที่ใช้กฎหมายในการบริหารรัฐ องค์กร

¹⁹⁷ สาธิต บำเรอจิต, เพิ่งอ้างถึง.

ตุลาการทำหน้าที่ตีความกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาคดีตัดสินคดีต่างๆ ภายใต้ระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and balance) ระหว่างองค์กรทั้งสามนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตุลาการนั้นโดยหลักนิติรัฐแล้วต้องเป็นอำนาจที่มีอิสระและจะไปอยู่ร่วมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้โดยเด็ดขาด

3.4.4 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

1) กลไกการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่เป็นสัญญาประชาคม (Social contract) ตามหลักการรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งมีแนวความคิดในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ¹⁹⁸ ดังนั้นหลักการรัฐธรรมนูญนิยมจึงมีแนวความคิดในการใช้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the constitution) เพื่อจำกัดอำนาจรัฐและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ค.ศ. 1958 จึงได้ใช้แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการสถาปนากการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบกึ่งประธานาธิบดี (Semi-presidential system) ซึ่งผสมผสานระบบประธานาธิบดี (Presidential system) แบบสหรัฐอเมริกากับระบบรัฐสภา (Parliamentary system) แบบอังกฤษขึ้นเป็นนวัตกรรมระบอบประชาธิปไตยรูปแบบที่สามเป็นประเทศแรกของโลก

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับนี้ จึงได้บัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอำนาจอัยการเป็นของประชาชนพลเมืองชาวฝรั่งเศส การใช้อำนาจอำนาจอัยการของประชาชนชาวฝรั่งเศสโดยผ่านทางสภาผู้แทนราษฎรในฝ่ายนิติบัญญัติ และประธานาธิบดีฝรั่งเศสเป็นประมุขแห่งรัฐในฝ่ายบริหาร ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างก็มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ประธานาธิบดี

¹⁹⁸ ออมร จันทรมบูรณ, *คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย*. กรุงเทพมหานคร, 2541 : หน้า 9.

กับนายกรัฐมนตรีซึ่งมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ร่วมกันเป็นหัวหน้ารัฐบาลในการบริหารปกครองประเทศ นอกจากนี้ ประชาชนชาวฝรั่งเศสยังสามารถใช้สิทธิแสดงความคิดเห็นผ่านกระบวนการลงประชามติ (Référéndum) ตามรัฐธรรมนูญหมวด 1 ที่ได้บัญญัติอำนาจอภิไธยไว้ในมาตรา 3 ว่า อำนาจอภิไธยเป็นของปวงชน ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอภิไธยทางสภาผู้แทนราษฎร และประธานาธิบดีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนและโดยวิธีการออกเสียงประชามติ อีกทั้งหมด 16 ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 89 วรรคสองว่า¹⁹⁹ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐบาลหรือของสมาชิกรัฐสภาต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความอย่างเดียวกัน และจะมีผลบังคับใช้ได้ภายหลังจากได้รับความเห็นชอบจากประชาชนด้วยวิธีการออกเสียงประชามติแล้วเท่านั้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 จึงได้ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างมากตามเจตนารมณ์คำขวัญในรัฐธรรมนูญคือ ความเสมอภาค เสรีภาพ และภราดรภาพ

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติรัฐของฝรั่งเศสจึงอยู่ในกรอบกลไกประชาธิปไตยในระบบการปกครองแบบกึ่งประธานาธิบดีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 การใช้อำนาจรัฐที่ได้มาโดยการแบ่งแยกอำนาจอภิไธย 3 ฝ่ายคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีประธานาธิบดีใช้อำนาจบริหารร่วมกับนายกรัฐมนตรีที่แต่งตั้งคณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีสามารถถูกถอดถอนได้โดยสภาผู้แทนราษฎร โดยการลงมติไม่ไว้วางใจเพื่อแสดงให้เห็นว่านายกรัฐมนตรีจะต้องผ่านการสนับสนุนโดยเสียงส่วนมากของรัฐสภาฝรั่งเศส ซึ่งประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทำหน้าที่ผ่านร่างกฎหมายและงบประมาณ รวมทั้งตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารผ่านทางกรรมากรรมที่สุดของรัฐสภา โดยมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ที่มีฐานะคล้ายคลึงศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปฏิบัติหน้าที่รับรองให้บทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สมาชิกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้รับการคัดเลือกจากประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภา อนึ่งอดีตประธานาธิบดียังดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย ส่วนอำนาจตุลาการนั้นฝรั่งเศสใช้ระบบกฎหมาย

¹⁹⁹ อมาร จันทรสมบุรณ์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 11.

สืบทอดจากประมวลกฎหมายนโปเลียนโดยแบ่งเป็นระบบสองศาลคือ ศาลแพ่งและอาญา (ดูแลคดีแพ่งและอาญา) และศาลปกครอง (ดูแลคดีปกครองเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ) โดยแต่ละฝ่ายจะมีศาลสูงสุด คือ ศาลยุติธรรมสูงสุด (ศาลฎีกา) ในคดีแพ่งและอาญา และศาลปกครองสูงสุดในคดีปกครอง โดยรัฐบาลฝรั่งเศสรวมถึงหน่วยงานและองค์กรอิสระอื่นๆ ต่างมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอีกหลายทางด้วย

ประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองแบบรัฐเดี่ยว และแบ่งการปกครองย่อยเป็น แคว้น (région) จังหวัด (départements) และเทศบาล (communes) ซึ่งมีขอบเขตการปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งด้านการคลังและงบประมาณที่รัฐบาลกลางไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงได้ นอกจากนี้ ประเทศฝรั่งเศสได้เป็นสมาชิกก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community) และประชาคมยุโรป (European Community: EC) ซึ่งต่อมาภายหลังจึงได้พัฒนาเป็นสหภาพยุโรป (European Union: EU) ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงต้องถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้กับสหภาพยุโรปตามธรรมนูญแห่งสหภาพยุโรป และรัฐบาลฝรั่งเศสจำต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาและกฎข้อบังคับแห่งสหภาพยุโรป

2) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาและรัฐบาลตามหลักนิติรัฐ

ในประเทศฝรั่งเศส การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในฝ่ายนิติบัญญัติและของรัฐบาลในฝ่ายบริหารต้องถูกควบคุมและตรวจสอบโดยคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) เพื่อมิให้รัฐสภาและรัฐบาลออกกฎหมายหรือบทบัญญัติอื่นใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ข้อบังคับของรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) กฎหมายธรรมดาทั่วไป (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) ได้ถูกควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ไม่มีองค์กรใดๆ มาควบคุมตรวจสอบเนื่องจากยังยึดถือทฤษฎีความมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา (souveraineté du parlement) อีกทั้งการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ยังได้รวมไปถึงการควบคุมในขณะร่างกฎหมายนั้นด้วย ซึ่งการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) นี้มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958

(ฉบับปัจจุบัน)²⁰⁰ ซึ่งคำปรารภ (Préambule) ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตาม ที่บัญญัติไว้ในคำปรารภรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี ค.ศ. 1946 และคำประกาศปฏิญญา สิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับ รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับศักดิ์ที่ สูงกว่ามิได้และกฎหมายจะต้องไม่จัดทำโดยผิดแบบวิธี เช่น แบบวิธีในการร่างและ การตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจในการร่างกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น กลไก ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันให้ รัฐสภาและรัฐบาลของฝรั่งเศสมีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐนั้นมี 3 แนวทาง ด้วยกัน²⁰¹ ดังนี้

2.1) การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างรัฐสภา และรัฐบาล

รัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958 ได้มีบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตในการตรา กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหาร สามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ แม้รัฐสภาจะเป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ได้ถูก จำกัดอำนาจดังกล่าวไว้ในมาตรา 34 ซึ่งได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสภาในการตรา รัฐบัญญัติ (loi) ได้เฉพาะเรื่อง ส่วนเรื่องอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในมาตรา 34 ได้ให้เป็นอำนาจ ของฝ่ายบริหารที่สามารถออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) ได้²⁰² ตาม มาตรา 37 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “เรื่องใดที่ไม่อยู่ในการตรา รัฐบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ใน อำนาจการตรา กฎหมายของฝ่ายบริหาร รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ใน อำนาจการตรา กฎหมายของฝ่ายบริหารอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากการที่ ได้รับความเห็นจากรัฐสภาแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภาย หลัง จากวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่า รัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ใน

²⁰⁰ ผอง โคลด กอลลิยาร์ด, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส”, ใน การฟ้องคดีต่อศาล รัฐธรรมนูญโดยประชาชน : แนวทางปฏิบัติและปัญหาอุปสรรคในฝรั่งเศสและสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบของไทยกับฝรั่งเศส. (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549), หน้า 92-93.

²⁰¹ ผอง โคลด กอลลิยาร์ด, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 94-101.

²⁰² ครุยาละเอียดของบทบัญญัติมาตรา 34 ใน ผอง โคลด กอลลิยาร์ด, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (200), หน้า 94-95.

อำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน” บทบัญญัติ มาตรา 34 จึงได้จำกัดอำนาจของรัฐสภาในตราบัญญัติเพื่อกำหนดหลักการที่สำคัญเท่านั้น ส่วนเนื้อหาสาระของกฎหมายมอบให้เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะบัญญัติกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของกฎหมายตามมาตรา 37 ต่อไป ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่ควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาและของรัฐสภาให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ โดยตรวจสอบว่ากฎหมายที่จัดทำโดยฝ่ายรัฐสภาจะไม่เกินขอบเขตที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 34 ซึ่งหากรัฐสภาตรากฎหมายเกินกว่าขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ก็จะเป็นการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตการตรากฎหมายของรัฐสภาที่ รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้กับฝ่ายบริหารในมาตรา 37

2.2) การควบคุมการใช้อำนาจจัดทำร่างกฎหมายที่รัฐธรรมนูญ บังคับไว้

ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับของรัฐสภาที่รัฐธรรมนูญ บังคับไว้ให้ต้องจัดทำต้องส่งร่างกฎหมายนั้นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้ได้ตามบทบัญญัติมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958²⁰³ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบรรดากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎ ข้อบังคับของรัฐสภาจึงตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยอัตโนมัติของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 61 ระบุว่าก่อนประกาศใช้ร่างกฎหมายเหล่านี้จะต้องผ่านการ ตรวจสอบและได้รับการยืนยันจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนว่าไม่ขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงจะประกาศใช้ร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับนั้นได้

²⁰³ มาตรา 61 บัญญัติว่า “ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและก่อนที่จะมีการ ใช้บังคับข้อบังคับของรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกันก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือ นายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือ ประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองก่อนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต่อวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลา หนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยย่อมทำให้การันระยะเวลา ที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมายหยุดลง”.

ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาไม่เกินหนึ่งเดือน เว้นแต่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉินเร่งด่วนซึ่งจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาแปดวัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ แต่ถ้าหลักการสำคัญของร่างนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะสามารถวินิจฉัยว่าร่างนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ได้

เหตุผลที่ต้องบังคับให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็เพราะว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับจึงต้องทำการตรวจสอบให้แน่นอนว่าได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนร่างข้อบังคับของรัฐสภานั้นก็ต้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนประกาศใช้ว่าร่างข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นกัน เพราะเนื้อหาของข้อบังคับรัฐสภาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมาย หากขั้นตอนและวิธีการนั้นผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติก็จะเกิดปัญหาตามมาในภายหลังได้ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตีความที่เคร่งครัดมากในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจและวิธีพิจารณาของรัฐสภาเพราะมีความสำคัญในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาในการปฏิบัติหน้าที่ออกกฎหมายที่ต้องให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ อีกทั้งบรรดาข้อบังคับที่ออกมาแก้ไขข้อบังคับเดิมก็ต้องผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดด้วยเช่นกัน

2.3) การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้

กฎหมายธรรมดา (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หากมีการร้องขอตามบทบัญญัติมาตรา 61 วรรคสอง สำหรับกฎหมายธรรมดาระดับรัฐบัญญัติ²⁰⁴ และมาตรา 54 สำหรับพันธกรณี

²⁰⁴ มาตรา 61 วรรคสองในเชิงอรรถ (203).

ระหว่างประเทศ²⁰⁵ ดังนี้

(1) การควบคุมกฎหมายธรรมดา (lois ordinaires) หลังจากที่ร่างกฎหมายได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วและกำลังรอประกาศใช้ตามมาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญ²⁰⁶ ถ้าประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร จำนวนสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 60 คนหรือจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 60 คน มีเหตุอันควรสงสัยว่าร่างกฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บรรดาผู้ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เหล่านี้สามารถร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการพิจารณาดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน เว้นแต่กรณีที่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉินเร่งด่วน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างกฎหมายดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

การวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกระทำได้ 2 วิธี คือ **วิธีแรก** วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่สามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้ **วิธีที่สอง** วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญสามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นเฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะส่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก็ได้ การควบคุมนี้ใช้ได้เฉพาะร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเท่านั้นไม่ได้รวมถึงกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของประชาชนโดยการลงคะแนนเสียงประชามติ (référéndum)

²⁰⁵ ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาใดสภาหนึ่ง หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน และได้มีมติว่าความผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การอนุญาตให้มีการให้สัตยาบันหรือให้ความผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว.

²⁰⁶ มาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดว่า ประธานาธิบดีจะต้องประกาศใช้กฎหมายภายในระยะเวลา 15 วัน หลังจากที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งในช่วงระยะเวลา 15 วันนี้ก็เป็นช่วงที่ผู้ที่มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดสามารถร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ถ้าเกิดความสงสัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.

ที่ถือว่ามาจากความต้องการที่แท้จริงของประชาชนซึ่งเป็นการเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามหลักนิติรัฐนั่นเอง

รัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958 กำหนดให้ประชาชนออกเสียงประชามติได้ 3 กรณีคือ การออกเสียงประชามติต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติต่อร่างกฎหมายที่ประธานาธิบดีเสนอให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติต่อการเปลี่ยนแปลงเขตแดนของประเทศ²⁰⁷ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงประชามติ รวมทั้งปฏิบัติหน้าที่ประกาศผลประชามติ²⁰⁸ นั้นด้วย

(2) การควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ถูกร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา นั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มิใช่แก้ไขร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลัก ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้หมายความรวมถึงสนธิสัญญา (traités) และความตกลง (accord) ระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้ ผู้มีสิทธิร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาคือ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือให้ประเทศคู่สัญญาทบทวนร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นเสียก่อน รัฐสภาจึงจะสามารถให้การภาคยานุวัติแก่ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวนี้ได้

3) การปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีตามหลักนิติรัฐ

ในระบบการเมืองปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงตามรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี

²⁰⁷ มอง โคลด กอลลิยาร์ด, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (200), หน้า 106-107.

²⁰⁸ รัฐกำหนดที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 กำหนดว่า รัฐบาลจะต้องปรึกษากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกกรณีที่เกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงประชามติทั้ง 3 กรณีและยังมีหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์การที่จะเผยแพร่ขั้นตอนและวิธีการในการลงคะแนนเสียงแสดงประชามตินั้นให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐด้วย.

ค.ศ. 1958 ตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมการเลือกตั้ง การหาเสียงเลือกตั้งและการประกาศผลเลือกตั้ง แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของประธานาธิบดีตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของหลักนิติรัฐ ยกเว้นในกรณีที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารตามปกติได้²⁰⁹ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งประธานวุฒิสภาให้ปฏิบัติหน้าที่แทนประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราวได้ หรือเกิดกรณีการถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่ง (empeachment)²¹⁰ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่เข้าไปค้นหาความจริงและมีอำนาจสั่งการให้ประธานาธิบดีพ้นออกจากตำแหน่งได้ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยและไม่สามารถจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ขึ้นได้ตามกำหนด อันเนื่องมาจากการครบวาระของประธานาธิบดีหรือเกิดเหตุการณ์ที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามปกติหรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเลื่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ได้

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำในกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่สั่งการได้อย่างอิสระทุกอย่างในกรณีที่เกิดวิกฤติการณ์ที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอกประเทศ อันทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลตามปกติไม่อาจกระทำได้อย่างต่อเนื่อง ในการใช้อำนาจพิเศษนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษาหารือกับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้ละเมิดหลักนิติรัฐ²¹¹ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วยรวมทั้งจะ คอยควบคุมและให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจ

²⁰⁹ เช่น ป่วยหนักรักษาไม่หายหรือเป็นบ้า ถูกลักพาตัวไป ถูกลอบสังหาร หายสาบสูญ เป็นต้น.

²¹⁰ ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Impeachment” คือ กรณีที่รัฐสภากล่าวหาว่าประธานาธิบดีกระทำความผิดและประพฤติมิชอบในหน้าที่ซึ่งรัฐสภามีอำนาจไต่สวนและร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจสั่งให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้.

²¹¹ มีการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 16 เพียงครั้งเดียวในปี ค.ศ. 1961 เมื่อเกิดการแย่งชิงอำนาจรัฐโดยการใช้กำลังทหาร ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคดีกรณีนี้ในสองประเด็นคือ (1) เกิดเหตุร้ายแรงซึ่งคุกคามต่อสถาบันชาติและ (2) เป็นการขัดขวางต่อการบริหารงานตามปกติของรัฐบาล ดังนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงอนุมัติให้ใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวได้.

ตามอำเภอใจที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ คำแนะนำที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีนั้นจะไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณชนซึ่งจะรู้กันเฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น

4) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการตามหลักนิติรัฐ

ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการตามหลักนิติรัฐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลักที่สำคัญในการควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจัดทำขึ้นนั้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อมิให้ผู้มีอำนาจจัดทำกฎหมายคือ รัฐสภาและรัฐบาลใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจตามอำเภอใจและเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้มิให้ถูกระทบหรือละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบของผู้มีอำนาจจัดทำกฎหมาย ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสที่ปกครองโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จึงยอมรับและเคารพต่อสถานะหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) จึงจำเป็นต้องมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ

กลไกการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเป็นระบบการควบคุมเชิงป้องกัน (Preventive control) คือ กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ จึงทำให้หน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนนี้มีใช้มีหน้าที่ดังเช่นศาลยุติธรรม ซึ่งจะชี้ว่าบทบัญญัติใดถูกต้องหรือไม่ถูกต้องที่เป็นมาตรการแก้ไขในภายหลัง แต่เป็น “มาตรการ” ในการป้องกันมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้เท่านั้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ดังเช่นศาลยุติธรรม แต่มีบทบัญญัติของกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอยู่ 4 ประเภท²¹² ดังนี้

²¹² ผอง โคลด กอลลิยาร์ด, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (200), หน้า 108-109.

4.1) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี ค.ศ. 1958 ตั้งแต่มาตรา 56 ถึงมาตรา 63 โดยเฉพาะมาตรา 61 ที่ได้กำหนดวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับของรัฐสภา

4.2) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญฯ ได้บัญญัติให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาและการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงได้มีการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้นออกมาใช้บังคับคือ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ซึ่งผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วรวม 4 ครั้ง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวแบ่งเป็น 3 หมวดคือ องค์ประกอบการทำงานและบทบัญญัติอื่นๆ เฉพาะในหมวด 2 เท่านั้นที่ได้บัญญัติถึงการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและบทบัญญัติอื่น

4.3) กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร รัฐกฤษฎีกา (décret) ที่ 59-1293 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ซึ่งออกตามความในมาตรา 15 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินงานของสำนักงานคณะกรรมการตุลาการมีการกำหนดถึงการรับเรื่องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย

4.4) กฎเกณฑ์ภายใน ไม่ปรากฏว่ามีกฎเกณฑ์ภายในเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเอาไว้ มีเพียงกฎเกณฑ์ภายในเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเท่านั้น

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาและมีการตรวจสอบคำร้องเรียบร้อยแล้ว ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งให้ทำหน้าที่เป็นตุลาการเจ้าของเรื่อง (Rapporteur) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 ของรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 การพิจารณาวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็นการประชุมปรึกษาหารือกันในระหว่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยกันเองฝ่ายเดียว ซึ่งแตกต่างจากระบบศาลทั่วไปที่คู่กรณีจะมีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาด้วย ที่เป็นเช่นนี้เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง (organe politique)

จึงมิได้ใช้ชื่อคำว่า “ศาล” (Cour) แต่ใช้คำว่า “สภา” (Conseil) แทน โดยมีรูปแบบเดียวกับคณะกรรมการทั้งหลาย ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ และคงบัญญัติไว้แต่เพียงใน มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญว่า “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตลอดจนกระบวนการวิธีพิจารณาและการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย”²¹³ เมื่อตุลาการเจ้าของเรื่องได้ทำหน้าที่ศึกษาเรื่องทั้งหมดจากเอกสารที่เลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดเตรียมให้โดยใช้วิธีศึกษาจากเอกสารและการสอบถามจากบรรดาผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายทั้งหมดเสร็จแล้วก็จะต้องจัดทำร่างคำวินิจฉัยเสนอความเห็นของตนต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาในที่ประชุมครบองค์ประชุมอย่างน้อย 7 คนขึ้นไปโดยลงมติที่ต้องได้เสียงเกินกึ่งหนึ่ง หากมีคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงชี้ขาด

3.5 แนวความคิดหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในประเทศไทย

หลักนิติธรรมถือเป็นแนวความคิดทางทฤษฎีนิติศาสตร์ที่สำคัญยิ่งในประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น ประเทศไทยเองก็ได้รับรองหลักนิติธรรม โดยได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกไว้ในส่วนคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ตามลำดับ จนกระทั่งคำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นได้มาปรากฏอยู่ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ หากใช้เพียงแค่ส่วนของคำปรารภเฉกเช่นเดิมไม่ มาตรา 3 ววรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้สะท้อนให้เห็นว่า แนวความคิดทางทฤษฎีนี้หาใช่ นามธรรมที่ล่องลอยไม่มีตัวบทกฎหมายใดมารองรับ หากแต่เป็นหลักการที่ได้มีการรับรองคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ (Constitutional value) ซึ่งส่งผลให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม²¹⁴ อย่างไรก็ดี ในสังคมไทยที่ผ่านมาได้มีการหยิบยกหลักนิติธรรมขึ้นมาถกเถียงกันอย่างกว้างขวางเกือบทุกวงการด้วยความเข้าใจที่ถูกบ้าง ผิดพลาดคลาดเคลื่อนบ้าง ดังนั้น จึงต้องศึกษาให้ทราบถึงวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของประเทศไทย ซึ่งมีจุดกำเนิดมาจากต่างประเทศนั้น ได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยว่ามีนิยาม ความหมาย แนวความคิด สาระสำคัญ และองค์ประกอบเป็นอย่างไรบ้าง อันจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ถูกต้องในท้ายที่สุด

²¹³ ฉวง โคลด กอล็ลียาร์ด, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (200), หน้า 121-122.

²¹⁴ จำรูญ เจริญกุล, “The Rule of Law” ใน *ตุลพาท* เล่ม 1 ปีที่ 9 (ธันวาคม พ.ศ. 2505), หน้า 60.

3.5.1 วิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของประเทศไทย

นับตั้งแต่ได้เปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) ในปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้สถาปนาเชิดชูความเป็นนิติรัฐที่มีการปกครองโดยหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายที่ผู้ปกครองอยู่ใต้กฎหมายและอำนาจที่ผู้ปกครองใช้จึงได้ถูกกำหนดให้เป็นไปตามหลักกฎหมาย ฐานะของสถาบันทางกฎหมายได้มีการสถาปนาขึ้นเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปกครองตามหลักนิติธรรมและกฎหมายแทนที่จะปกครองโดยอำเภอใจ ดังนั้นจึงเป็นการสร้างระบบหลักการ ธรรมาธิษฐานขึ้นมาแทนการยึดตัวบุคคลหรือบุคคลาธิษฐาน²¹⁵ หลักนิติธรรมเป็นที่รู้จักในประเทศอังกฤษซึ่งมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่เป็นประเทศแรก สหรัฐอเมริกาซึ่งได้ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) เช่นเดียวกับอังกฤษก็ได้นำเอาหลักนิติธรรมไปใช้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกภายหลังจากที่ได้ประกาศเอกราชปลดปล่อยจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ขณะที่หลักนิติรัฐก็ได้มีวิวัฒนาการมานานเช่นกันในประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี เป็นต้น ความจริงประเทศไทยก็คงได้รู้จักหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมกันมานานแล้วเช่นกันในหมู่นักศึกษากฎหมายของไทยที่ไปเรียนต่อในแถบประเทศดังกล่าว แต่น่าจะเห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนมากยิ่งขึ้นเมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองขึ้นสืบต่อเนื่องมาตามลำดับเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

1) ประวัติพัฒนาการของแนวความคิดหลักนิติธรรมในประเทศไทย

หลักนิติธรรม (The Rule of law) เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษมาหลายร้อยปี ในสมัยแรกที่ว่าว่า “The Rule of law” ได้เข้ามาในประเทศไทย อาจารย์วิกรม เมาลานนท์ แปลว่า “หลักนิติธรรม” โดยอธิบายว่า นิติแปลว่า “กฎหมาย” สดมภ์ แปลว่า “เสาหลัก” เหมือนกับคำว่าจตุสดมภ์ที่แปลว่าเสาหลักทั้งสี่ นิติสดมภ์

²¹⁵ สิทธิกร ศักดิ์แสง, การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขรัฐธรรมนูญ ไทย, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

ก็คือเสาหลักทางกฎหมายตรงกับ “The Rule of law” ไม่มีใครใช้ตามท่าน²¹⁶ ท่านอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ แปลว่า “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” ก็ไม่มีคนเรียกตาม ต่อมาภายหลังใครก็ไม่รู้ได้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ก็ดูจะยอมรับกัน²¹⁷ เมื่อหลักเดียวกันนี้ได้ถูกนำไปใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี สวิตเซอร์แลนด์ อิตาลี เบลเยียม เป็นต้น ต่างก็เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State) แต่แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) เช่นเดียวกับอังกฤษได้ยอมรับหลักนิติธรรม กลับไม่ใช้คำว่า “The Rule of law” แบบอังกฤษ แต่กลับเรียกว่า “หลักคุณนิติกระบวนการ” (Due process of law) เมื่อมาถึงประเทศไทยก็เรียกว่า “หลักนิติธรรม” (The Rule of law) ซึ่งเอนเอียงไปทางอังกฤษ เพราะประเทศไทยมีนักกฎหมายจบจากประเทศอังกฤษเป็นจำนวนมาก

หลักนิติธรรมคืออะไร เป็นหลักที่ใหญ่ครอบคลุมจักรวาล ความจริงก็คืออะไรก็ได้ เพราะไม่มีการให้คำนิยามไว้ จึงถือเป็นการบกพร่องที่รัฐธรรมนูญเอาคำที่คุ้นเคยกัน แต่ยังไม่รู้ชัดว่าหลักนิติธรรมคืออะไรมาใส่ไว้โดยไม่บัญญัติคำนิยามไว้ด้วยจนไม่รู้ว่าคืออะไร หากยึดถือตามตำราและนำมาสอนในห้องเรียนก็วิเคราะห์กันได้มาก แต่เมื่อเป็นศัพท์กฎหมายต้องชัดเจน ผิดไปนิดหนึ่งก็ไม่ใช่ ขาดก็ไม่ได้หรือเกินก็ไม่ได้ และยังเป็นคำในรัฐธรรมนูญโดยไม่มีการนิยามไว้ เลยทำให้ดูประหลาด แต่ประหลาดอย่างนั้นศาลก็ได้ฝ่าฟันความประหลาดในการจะวินิจฉัยว่าเรื่องนี้ขัดนิติธรรม เรื่องนั้นไม่ขัดนิติธรรม ถ้าพบว่าเรื่องใดที่มีการเสนอมาแล้วไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม จำไว้ให้ตัวต่อให้ถูกกฎหมาย ต่อให้ถูกเวลา ต่อให้ถูกบุคคล ต่อให้มีผลดีทางการเมือง แต่ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมก็อาจจะผิดได้ ดังนั้น หลักนิติธรรมคืออะไรเมื่อมีการกระทำใดๆ ก็ตามจะต้องมีกฎหมายรองรับ และกฎหมายนั้นก็ต้องเป็นกฎหมายที่ดี ถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องมีการนำตัวไปฟ้องศาล ศาลนั้นต้องเป็นศาลที่ตั้งขึ้นตามปกติมีมาตรฐานเดียวและไม่ใช่ว่าศาลพิเศษ หลักกฎหมายที่ใช้บังคับในการวินิจฉัยและพิจารณาพิพากษาคดีก็จะต้องมีเหตุผล มีความจำเป็น มีความชอบธรรม และมีความเหมาะสม โดยเป็นที่ยอมรับเป็นไปตามหลักนิติธรรม

²¹⁶ สาธิต บำเรอจิต, “นิติรัฐ”. ใน สำนักงานเพื่อนนิติทนายความ, วันอังคารที่ 3 พฤศจิกายน 2552.

²¹⁷ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 2: หน้า 634 ; วิกรม งามานนท์, “อัยการเมืองอังกฤษ”. ใน ดุลพาท เล่ม 12 ปีที่ 2 (ธันวาคม พ.ศ. 2489), หน้า 85.

2) นิยามความหมายและแนวความคิดหลักนิติธรรมในประเทศไทย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 นิยามคำว่า “นิติธรรม” หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายหลักนิติธรรมที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งกฎหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมซึ่งยึดถือเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หลักนิติธรรมคือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงและอยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ²¹⁸ ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นเสาหลักที่ใช้ค้ำยันหรือกำกับไม่ให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมใดๆ กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือแม้แต่ศาลสถิตยุติธรรม ไม่ให้มีการใช้อำนาจและดุลยพินิจตามอำเภอใจ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้สรุปแนวความคิดของหลักนิติรัฐไว้ได้อย่างชัดเจนว่าเป็น “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง หรือยอมใช้บังคับ” ส่วนศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้นิยามหลักนิติธรรมว่า²¹⁹ “หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม” ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายเพื่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยจำกัดการใช้อำนาจรัฐของรัฐสภา รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายซึ่งให้อำนาจแก่องค์กรภาครัฐดังกล่าวมานั้น มิให้ใช้อำนาจอันเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

²¹⁸ กำชัย จงจักรพันธ์, “หลักนิติธรรม”. คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 29 มีนาคม 2556 จาก k-rc.net/imageupload/21576/_1.pdf.

²¹⁹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, *หลักนิติธรรม*. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ : บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2552), หน้า 23.

3) เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทย

ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้มีการถกเถียงกันว่าจะเรียกหลักนี้กันว่าหลักอะไร นักกฎหมายที่จบจากฝรั่งเศสและเยอรมนีได้เสนอให้ใช้ “หลักนิติรัฐ” นักกฎหมายที่จบจากอังกฤษและจากที่อื่นคุ้นกับคำว่านิติธรรมก็เสนอให้ใช้ “หลักนิติธรรม” ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ได้มีการอภิปรายอย่างกว้างในญัตติเกี่ยวกับมาตรา 3 วรรคสองในประเด็นว่าควรใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “หลักนิติธรรม” ซึ่งในร่างแรกได้ใช้ข้อความว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรอื่นและหน่วยงานของรัฐจะต้องเป็นไปตาม**หลักนิติรัฐ**” (Legal State, Etat de droit, Rechtsstat) โดยให้คำอธิบายว่า หลักนิติรัฐคือหลักการปกครองโดยกฎหมายที่มาจากคำภาษาอังกฤษว่า “The Rule of law” ฝ่ายสนับสนุนให้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ให้เหตุผลว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) เช่นเดียวกับประเทศไทยจึงเป็นหลักการที่สอดคล้องกับประเทศไทยมากกว่า อีกทั้งหลักนิติรัฐมีความหมายกว้างกว่าหลักนิติธรรม จึงน่าจะให้ความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ส่วนฝ่ายสนับสนุนให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ได้อภิปรายว่าความจริงแล้วหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีหลักการใกล้เคียงกันมาก ต่างกันเฉพาะเพียงรายละเอียดเท่านั้น การเลือกใช้คำโดยย่อไม่แตกต่างกันในหลักการและเจตนารมณ์ แต่เหตุที่ควรใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” มากกว่าก็เนื่องจากสังคมไทยได้รู้จักคำนี้มานานแล้วและเป็นคำที่คนไทยคุ้นเคยมากกว่าคำว่า “นิติรัฐ” ในที่สุดสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติด้วยคะแนนเสียง 58 เสียงจากผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมด 90 คนให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานทั้งหลายของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม** ซึ่งหน่วยงานอื่นของรัฐประกอบด้วย 20 กระทรวง 148 กรม 75 รัฐวิสาหกิจ 25 องค์การมหาชน ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรมและถ้าไม่ปฏิบัติตามหลักนิติธรรมก็ผิดหลักรัฐธรรมนูญ

การค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญนั้นควรพิจารณาว่า ประเทศไทยจะนำหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของหลักนิติธรรมมาใช้กับสังคมไทยได้ทั้งหมดหรือไม่ ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณิชกรวิเชียร เห็นว่า ประเทศไทยจะรับหลักนิติธรรมของอังกฤษมาใช้ทั้งหมดเลยคงไม่เหมาะสมกับประเทศไทยนักด้วยเหตุผล 4 ประการ²²⁰ ดังนี้

²²⁰ ธาณิชกร วิเชียร, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 19-21.

เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นั้นพิจารณาค้นหาได้จากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญในบันทึกเจตนารมณ์ของมาตรา 3 ไว้ว่า “เพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้นก็ต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานทั้งหลายของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และบทบัญญัติกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้”²²¹ อย่างไรก็ดี รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้นและยังไม่อาจถือเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาบทมาตราของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับประกอบกับสภาพแวดล้อมโดยทั่วไป ในขณะที่มีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยด้วยเพื่อสกัดเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น นอกจากมาตรา 3 วรรคสองและมาตรา 78 (6) ที่ได้บัญญัติหลักนิติธรรมไว้โดยตรงแล้ว ยังต้องพิจารณามาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญมาสกัดหลักนิติธรรมด้วย เช่น บทบัญญัติที่มีการประกันสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกและถ่วงดุลอำนาจ หลักความเป็นอิสระของศาล เป็นต้น ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักที่สำคัญของหลักนิติธรรม แต่ไม่มีมาตราใดหรือคำพิพากษาของศาลใดที่ให้คำอธิบายว่าหลักนิติธรรมมีความหมายที่แท้จริงเช่นไร ขอบเขตของการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญนั้นกว้างหรือแคบเพียงใด ดังนั้นจึงอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตีความเพื่อวางบรรทัดฐาน (precedent) ให้ทุกองค์กรของรัฐถือปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมต่อไป แต่ในระหว่างที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยหรือพิพากษาของศาลในเรื่องนี้ก็จะต้องเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะช่วยกันเสนอแนะในเบื้องต้นเพื่อวางกรอบแนวทางการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรให้ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

4) ความเป็นนิติรัฐภายใต้หลักนิติธรรมของประเทศไทย

นิติรัฐ (Rechtsstaat, Etat de droit) เป็นรัฐที่ใช้หลักการจัดโครงสร้างการปกครองในการบริหารรัฐที่ถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ทุกๆ ภาคส่วนภายในรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจรัฐและฝ่ายประชาชน/เอกชนที่ถูกปกครองล้วนต้องอยู่

²²¹ คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 2.

ภายใต้กฎหมาย หลักนี้จึงทำให้รัฐที่เป็นนิติรัฐ (Etat de droit) แตกต่างจากรัฐตำรวจ (Etat de police) ซึ่งเป็นรัฐที่ “ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใดๆ รัฐตำรวจเป็นรัฐที่ตั้งอยู่บนหลักคิดที่ว่าวิธีการใดๆ ก็ใช้ได้ หากบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย”²²² หลักนิติรัฐจึงเป็นผลความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและสมาชิกในประชาคมมนุษย์ที่แสวงหาความยุติธรรมและความแน่นอนของกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นแนวความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่จะเป็นนิติรัฐได้นั้นต้องมีบทบัญญัติให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้ รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จึงเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนได้นั้นย่อมมีอยู่วิธีเดียวก็คือ การที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผู้กมัตริย์อยู่เสมอ

ความเป็นนิติรัฐของประเทศไทยเกิดขึ้นจากการที่ประชาชนภายใต้การนำของคณะราษฎรต่อสู้กับการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ด้วยการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 โดยประชาชนได้เรียกร้องสิทธิเสรีภาพในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ภายใต้รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บนพื้นฐานของหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งเป็นกลไกป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจ เป็นการให้ประชาชนมีส่วนร่วมและตรวจสอบเพื่อไม่ให้ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต เป็นการยอมรับและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยถือว่ารัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ของความตกลงร่วมกันในลักษณะของสัญญาประชาคม แนวความคิดนี้ได้มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยได้รับความนิยมแพร่หลายอย่างกว้างขวาง²²³ จึงมีอิทธิพลต่อการสถาปนาความเป็นนิติรัฐขึ้นในประเทศไทยภายหลังการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมี

²²² René Carre de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l'État : Tome I. Paris : Sirey, 1920: CNRS (réimpression), 1962: p. 488; อ้างถึงใน วิษณุ วัฒนุญและคณะ, ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ดอกเบญจ, ตุลาคม 2551.

²²³ ปัญญา อุดชาชน, “ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558”. ใน วารสารรัฐศาสตร์, ปีที่ 60 ฉบับที่ 3 เดือนมีนาคม 2555, หน้า 19.

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 โดยมีลักษณะความเป็นนิติรัฐ ดังนี้

4.1) ในประเทศไทยนั้น การปกครองจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมายหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐเข้ามากล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานก็ย่อมจะมีความผิดทางอาญาได้

4.2) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐที่มีขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐได้ถูกกำหนดไว้อย่างแน่นอนโดยกฎหมายและมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีขอบเขตในการใช้อำนาจของรัฐ อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐที่ลดหลั่นลงมาก็เป็นอำนาจที่วัดได้ คือ เป็นอำนาจที่มีขอบเขตเช่นเดียวกันและมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น เช่น ในประเทศไทยบุคคลย่อมทราบได้จากกฎหมายว่า ตำรวจมีอำนาจหน้าที่เพียงใด จะใช้อำนาจจากประชาชนได้หรือไม่เพียงใด

4.3) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐซึ่งผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยมีหลักประกันความเป็นอิสระดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีศาลแพ่งและศาลอาญาประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่ประเทศไทยให้ศาลยุติธรรมสามารถควบคุมฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าพนักงานได้ว่าพนักงานได้กระทำความผิดในทางอาญาต่อประชาชนหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งได้ ลักษณะความเป็นนิติรัฐของประเทศไทยจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานในทางอรรถคดี นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยเฉพาะซึ่งประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองที่รอบรู้ในวิชาปกครองและมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการพิจารณาคดีปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายประชาชนจึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างพอเพียง

ความเป็นนิติรัฐนี้เองก่อให้เกิดหลักนิติธรรม (Rule of law) ขึ้นในระบบกฎหมายไทยอันมีที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติลที่ว่า การปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยปُلุชน หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยปُلุชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้ออำนวยต่อการทำให้บ้านเมืองมีชื่อมีแป (Law and order) ที่ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาค (equality) และเสรีภาพ (liberty) มากกว่า เพราะการปกครองโดยหลักนิติธรรม

มีหลักประกันให้ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย โดยปราศจากความหวาดกลัวว่าผู้ปกครองจะใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจมาละเมิดหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองบนพื้นฐานของหลักรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ซึ่งกำหนดสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญได้เป็น 3 ประเภทหลัก²²⁴ ดังนี้

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง รวมทั้งสิทธิในการแสดงประชามติ

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องดำเนินการดำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (Public interests) ซึ่งในบางกรณีรัฐก็จำเป็นต้องบังคับให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อประชาชนว่าองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากรายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ากรายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไรบ้าง

ในประเทศไทยหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสาระสำคัญรวม 3 ประการ²²⁵ ดังนี้

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็จะต้องมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

²²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 4.

²²⁵ สาธิต บำเรอจิต, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (216), หน้า 5.

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่ออำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง โดยแยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้โดยประเทศไทยได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม

ดังนั้น หลักนิติรัฐที่แท้จริง รัฐนั้นจึงต้องมีความเป็นนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ การกระทำใดๆ ของรัฐ นอกจากจะกระทำไปตามตัวบทกฎหมายที่ได้ให้อำนาจเอาไว้ยังต้องรวมถึงเนื้อหาที่ต้องเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย ประกอบเข้าไว้กันด้วย²²⁶ โดยเคารพหลักการที่ถือว่ารัฐหรือประเทศจะต้องบริหารหรือปกครองโดยใช้หลักกฎหมายเป็นใหญ่ตามหลักนิติธรรม รัฐจะดำเนินกิจกรรมหรือทำนิติกรรมใดทางปกครองจะต้องมีกฎหมายรองรับอยู่ก่อนแล้ว ประชาชนพลเมืองทุกคนจะต้องเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว หลักนิติรัฐจึงถูกนำไปใช้กล่าวอ้างเพื่อใช้เป็นอำนาจรัฐในการปกครอง หากมีรัฐใดประกาศตนว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยและต้องการสร้างความชอบธรรมในการปกครอง ตลอดจนต้องการให้นานาอารยประเทศยอมรับนับถือแล้วก็หลีกเลี่ยง

²²⁶ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส”. ใน OK NATION BLOC, สืบค้นจาก www.oknation.net/blog/print.php?id=75404 เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2556, หน้า 3.

ไม่พ้นที่จะต้องประกาศตนเป็น “นิติรัฐ” ในที่สุด หลักนิติรัฐนอกจากเป็นหลักที่เกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐที่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว หลักนิติรัฐยังได้พัฒนาจนกลายเป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมขององค์กรภาครัฐในการปกครองประเทศอีกด้วย กฎหมายจึงกลายเป็นสิ่งจำเป็นของการปกครองในรัฐสมัยใหม่ ทั้งในฐานะตัวแทนของความชอบธรรมและทั้งในฐานะของเครื่องมือการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย

5) องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมในประเทศไทย

หลักนิติธรรม (Rule of law) ในประเทศไทยมีองค์ประกอบในสาระสำคัญจากการสถาปนาหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองควบคู่ไปกับหลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) ดังต่อไปนี้

5.1) หลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย

(1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ห้ามมิให้บทบัญญัติ กฎ หรือข้อบังคับใด ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม (เชิงอุดมการณ์) และกระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญต่างจากกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาตราขึ้นซึ่งการจัดร่างรัฐธรรมนูญจะมีกระบวนการพิเศษ เช่น เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมไม่ทางตรงก็ทางอ้อม (เชิงกระบวนการ) อีกทั้งอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจออกกฎหมายธรรมดาแต่เป็นอำนาจอันเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญและเป็นอำนาจที่สูงล้นพ้นไม่มีสิ่งใดอยู่เหนือและผูกมัดได้ กล่าวคือ เป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญแล้วรัฐธรรมนูญก็ไปจัดตั้งองค์การทางการเมืองทุกองค์กรอีกลำดับหนึ่ง (เชิงบ่อเกิดที่มา) รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายก่อตั้งระบอบการเมืองและองค์การทางการเมืองการปกครองทุกองค์กรชั้นตลอดจนการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการจัดแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย (เชิงเนื้อหาสาระ) ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเหนือกฎหมายอื่นใดซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับรองลงไป

ตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมนั้น ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลสำคัญ 2 ประการในระบบกฎหมาย คือ **ประการแรก** กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ. 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” **ประการที่สอง** การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยาก และโดยวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้กฎหมายอื่นๆ จากข้อกำหนดและลักษณะสำคัญของรัฐ จึงทำให้รัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับและเป็นที่มาของนิยามว่า²²⁷ “รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดของรัฐ” โดยมีหมายความว่า 3 นัยตามแนวความคิดของจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ว่า **นัยแรก** รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดที่สูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลาย **นัยที่สอง** เป็นแหล่งที่ทำให้เกิดกฎหมายต่างๆ ของรัฐ และ **นัยที่สาม** กฎหมายอื่นของรัฐจะต้องถูกตรวจสอบโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ

(2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ถือเป็นองค์ประกอบของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับกันมาแต่ดั้งเดิม โดยได้มีการกล่าวถึงในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ว่า รัฐใดมิได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐนั้นมีรัฐธรรมนูญโดยเชื่อว่าการแยกอำนาจรัฐออกไปยังองค์กรของรัฐต่างๆ ในองค์กรเหล่านั้นจำกัดและควบคุมการใช้อำนาจซึ่งกันและกันย่อมสามารถป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดซึ่งย่อมส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย องค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นทั้งหลักการเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐและหลักการเกี่ยวกับการกำหนดภารกิจของรัฐพร้อมกันทีเดียวในหลักเดียวกันนี้²²⁸ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการของนิติรัฐไม่อาจจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบอบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจ

²²⁷ สาธิต บำเรอจิต, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (216), หน้า 7.

²²⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 411.

ใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

(3) หลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความเชื่อขั้นพื้นฐานว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ จึงมีสิทธิเสรีภาพที่จะสร้างสรรค์ตนเอง มนุษย์ทุกคนจึงมีแดนอิสระที่จะคิด จะเชื่อและจะทำตามที่ตนต้องการได้ สิทธิในแดนอิสระดังกล่าวเรียกว่า “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” ซึ่งเป็นสิทธิติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ไม่มีใครพรากจากตัวมนุษย์ได้ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินและเสรีภาพ เป็นต้น ประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายจึงรับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศ และยกย่องให้รัฐธรรมนูญมีนิติฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพรวม 5 นัยคือ **นัยแรก** รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลในการตรากฎหมาย ใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรรัฐทุกองค์กรจึงต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล **นัยที่สอง** การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น และต้องกระทำเฉพาะที่รัฐธรรมนูญอนุญาตและเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ **นัยที่สาม** ให้สิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพใช้สิทธิฟ้องศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ **นัยที่สี่** ให้สิทธิบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามหน้าที่ในการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม **นัยที่ห้า** ให้สิทธิบุคคลร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็ได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยที่หลากหลายอย่างกว้างขวางรวม 3 กลุ่มหลัก ดังต่อไปนี้

กลุ่มที่หนึ่ง : สิทธิเสรีภาพในฐานะความเป็นมนุษย์

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะปฏิบัติการอันเป็นการกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนมิได้ อีกทั้งยังขยายสิทธิ

เสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นแม่บทของสิทธิเสรีภาพอื่น โดยห้ามการทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ยกเว้นการลงโทษ ประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติ **สิทธิในคดีอาญา** ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับสิทธิ ที่สำคัญคือ (1) บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมาย ที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ (2) ในคดีอาญาต้อง สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด (3) บุคคลจะถูกจับโดยไม่มี หมายของศาลมิได้และจะต้องนำตัวผู้ถูกจับไปศาลภายใน 48 ชั่วโมง (4) สิทธิผู้ต้องหา ที่จะให้ทนายความเข้าฟังการสอบสวนและสิทธิจำเลยซึ่งถูกคุมขังและศาลพิพากษา ถึงที่สุดว่าไม่ได้กระทำความผิดย่อมมีสิทธิที่จะเรียกค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายจากรัฐ (5) สิทธิพยานและผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะได้รับความคุ้มครองและค่าตอบแทน จากรัฐ สิทธิผู้เสียหายในคดีอาญาที่จะได้รับการบรรเทาความเสียหายหรือได้รับความ ช่วยเหลือจากรัฐ **สิทธิในครอบครัวและความเป็นอยู่ส่วนตัว** ได้กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ คุ้มครองบุคคลในครอบครัวจากการใช้ความรุนแรง รวมทั้งเสริมสร้างและพัฒนาความ เป็นปึกแผ่นของครอบครัวในฐานะหน่วยสำคัญสูงสุดของสังคม **สิทธิเสรีภาพทาง มโนธรรมและศาสนา** รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการถือศาสนานิกายหรือลัทธินิยม ในศาสนาและรับรองเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติและกำหนดให้รัฐ คุ้มครองและอุปถัมภ์พระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น สร้างความสมานฉันท์ระหว่าง ศาสนาทุกศาสนา และนำหลักธรรมศาสนามาพัฒนาคุณธรรมและคุณภาพชีวิต

กลุ่มที่สอง : สิทธิเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้รับรองให้บุคคลมีสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ 10 ประการ ได้แก่ **สิทธิในการรับบริการสาธารณสุข** ที่มีมาตรฐานอย่างเสมอภาคกัน และผู้ยากไร้มีสิทธิรักษาพยาบาลโดยไม่คิดมูลค่า **สิทธิเด็กและเยาวชน** ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และในกรณี ที่ไม่มีผู้ดูแล รัฐต้องเลี้ยงดูและให้การศึกษาบรม **สิทธิคนชรา** ซึ่งมีอายุครบหกสิบปี และไม่มีรายได้มีสิทธิให้ได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ **สิทธิผู้พิการหรือทุพพลภาพ** ที่จะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ รวมทั้งให้คนหูหนวกและเป็นใบ้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง **สิทธิผู้บริโภค** ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกำหนดให้มีองค์การอิสระให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการเพื่อ คุ้มครองผู้บริโภค **สิทธิชุมชนท้องถิ่น** ดั้งเดิมมีสิทธิในการอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีต ประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่น และมีส่วนร่วม ในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมร่วมกับ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น บุคคลมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ความหลากหลายทางชีวภาพและสิ่งแวดล้อมที่ดี รวมทั้งสิทธิในการฟ้องหน่วยงานให้ปฏิบัติหน้าที่รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิของสื่อมวลชน โดยรัฐธรรมนูญห้ามปิดโรงพิมพ์ สถานีวิทยุและโทรทัศน์ รวมทั้งกำหนดให้ความถี่ที่ใช้สำหรับวิทยุ โทรทัศน์ และโทรคมนาคมอื่นเป็นทรัพยากรของชาติเพื่อสาธารณประโยชน์ภายใต้การกำกับขององค์การอิสระ และคุ้มครองให้พนักงานหรือลูกจ้างของเอกชนที่ประกอบกิจการด้านสื่อมวลชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกิจการสื่อมวลชนมีเสรีภาพในการเสนอข่าวหรือความเห็นโดยอิสระเท่าที่ไม่ขัดต่อจรรยาบรรณแห่งการประกอบวิชาชีพ กำหนดให้รัฐจัดโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศให้ทั่วถึงทั้งประเทศ สิทธิในการศึกษา รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานแบบให้เปล่าอย่างน้อยสิบสองปี จัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาแห่งชาติและพัฒนาวิชาชีพครู รวมทั้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดการศึกษาและมีอาชีพตามความเหมาะสมในแต่ละท้องถิ่น สิทธิในความเสมอภาคของบุคคล รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองบุคคลเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคล กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน กำหนดให้รัฐสามารถปฏิบัติที่เป็นคุณแก่ผู้เสียเปรียบและด้อยโอกาส เช่น สตรี เด็ก คนพิการ ผู้เป็นเอดส์ กำหนดให้การพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับบุคคลเหล่านี้ต้องมีผู้แทนองค์การเอกชนเกี่ยวกับบุคคลเหล่านี้จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามเป็นกรรมการวิสามัญร่วมพิจารณาร่างกฎหมายนี้ด้วย

กลุ่มที่สาม : สิทธิเสรีภาพในความเป็นพลเมือง

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้รับรองสิทธิเสรีภาพในความเป็นพลเมืองของชนชาวไทย 4 ด้าน

ด้านที่หนึ่ง : สิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนในเมืองระดับชาติ คือ

- (1) ให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนมีสิทธิเข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (2) ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอให้ถอดถอนนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลทั้งหลายหรือข้าราชการระดับสูงได้ หากมีพฤติการณ์ส่อทุจริตหรือร้ายแรงผิดปกติ (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีสิทธิออกเสียงประชามติในเรื่องที่คณะรัฐมนตรีขอปรึกษา (4) บุคคลอายุสิบแปดปีบริบูรณ์มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสมาชิก

ด้านที่สอง : เสรีภาพในการรวมตัวของประชาชน คือ (1) การส่งเสริมเสรีภาพในการรวมตัวทุกรูปแบบ เช่น เสรีภาพในการรวมกลุ่มกันเป็นสมาคม สหภาพ สหกรณ์กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง การรวมตัวเป็นกลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ (2) การกำหนดให้องค์กรประชาชนมีบทบาทมากขึ้นในระบบการเมือง โดยให้มีองค์การอิสระเข้าร่วมในการให้ความเห็นหรือพิจารณาเรื่องต่างๆ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม องค์การอิสระที่เป็นตัวแทนผู้บริโภค สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ องค์การเอกชนช่วยควบคุมการเลือกตั้ง ผู้แทนองค์การเอกชนในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือผู้แทนองค์การเอกชนด้านเด็ก สตรี ผู้พิการ หรือคนชรา ในคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก สตรี ผู้พิการ และคนชรา

ด้านที่สาม: สิทธิในการรับรู้และให้ความเห็นในเรื่องสาธารณะ คือ (1) สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่เป็นสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ (2) สิทธิในการขอข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการอนุมัติ อนุญาต หรือดำเนินโครงการที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย หรือส่วนได้เสียของตนหรือชุมชน รวมทั้งการแสดงความเห็นและการทำประชาพิจารณ์ (3) สิทธิในการมีส่วนร่วมรับรู้หรือคัดค้านหรืออุทธรณ์การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ที่กระทบหรืออาจกระทบต่อตน

ด้านที่สี่ : สิทธิในการปกครองตนเองของประชาชนในท้องถิ่น คือ (1) ท้องถิ่นมีอิสระ ทั้งในเรื่องอำนาจหน้าที่การเงินและภาษี และการบริหารงานบุคคล (2) สมาชิกสภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้ง (3) ผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจมาจากการเลือกตั้งโดยตรง หรือความเห็นชอบของสภาท้องถิ่น (4) การพัฒนาจังหวัดที่มีความพร้อมให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ได้ตามที่คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาจะกำหนด (5) ประชาชนในท้องถิ่นมีสิทธิถอดถอนผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ (6) ประชาชนในท้องถิ่นจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมีสิทธิเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นได้

(4) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจกำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำกระนั้นได้ หลักการกระทำทางปกครองก็ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกเรื่องไม่แต่เพียงให้องค์กรฝ่าย

ปกครองกระทำการอยู่ในกรอบขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่ก็ต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับการกระทำทางปกครองขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย หากไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจจึงเป็นหนึ่งในหลักนิติรัฐที่สำคัญมากคือ “บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น” การที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่างๆ ได้นั้นก็เพราะกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เพื่อมุ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะหากจะต้องล่วงล้ำไปกระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนแล้ว จะต้องทำเฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจตนไว้เท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนได้ การออกมาตรการใดๆ ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำล่วงเข้าไปในดินแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำเป็นที่จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าวนี้เสมอ

(5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการ

องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการคือ ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากศาลยุติธรรมและศาลทหารที่มีมาแต่เดิมแล้ว โดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้สืบสานต่อเนื่องกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้เพิ่มระบบศาลขึ้นมาใหม่เป็นครั้งแรกอีก 2 ระบบศาลคือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง รวมทั้งหมด 4 ระบบศาล ศาลทั้งสี่ระบบศาลเป็นองค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ อำนาจตุลาการมีหน้าที่ในการรักษากฎหมาย ผู้พิพากษาจึงต้องเป็นกลาง ต้องตัดสินอย่างคนที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น

ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กำหนดบทบาทพิเศษของผู้พิพากษาไว้ในมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะในทางอาญาซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชนโดยตรง หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดในหลักนิติธรรมของประเทศ หลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

ที่ได้รับการประกันไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 197 จึงมีส่วนสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับหลักที่ว่าศาลจะต้องตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย และหากหลักการแบ่งแยกอำนาจมีไว้เพื่อที่จะไม่ให้มีการใช้อำนาจไปในทางที่ผิดแล้วก็เป็นสิ่งจำเป็นที่องค์กรแต่ละองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐไว้ โดยหลักการแล้วในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องเป็นอิสระจากองค์กรอื่นๆ ด้วย

หลักประกันว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท²²⁹ คือ ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา ซึ่งหลักประกันดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ทำให้ความเป็นกลางและการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น หลักความเป็นอิสระดังกล่าวของผู้พิพากษาจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นและไม่ใช่ว่าจะทำให้สิทธิพิเศษอะไรแก่ผู้พิพากษา หากแต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความเป็นอิสระดังกล่าว โดยวางตนในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ไม่ให้เกิดข้อครหาต่อความไว้วางใจในความเป็นอิสระแห่งตนในการพิจารณาพิพากษาหรือวินิจฉัยตัดสินคดีที่เป็นไปตามหลักนิติธรรมและกฎหมาย

5.2) หลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้เป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริง องค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่ใช้ควบคุมการปฏิบัติขององค์กรยุติธรรมดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

(1) หลักกฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป

หลักการสำคัญของหลักนิติธรรมประการหนึ่งคือ กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกล่าวคือ การตรากฎหมายจะต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไปเป็นการวางกฎกติกาสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญาหากบุคคลใดได้กระทำการอันกฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นความผิด บุคคลนั้นๆ ก็จะมีคามผิดและได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลในนิติสัมพันธ์ตามสัญญาต่างๆ เป็นการทั่วไป ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน กฎหมายต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือกับคนใด

²²⁹ สาธิต บำเรอจิต, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (216), หน้า 9.

คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง²³⁰ แม้กฎหมายจะตราออกมาเพื่อใช้บังคับกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง อาชีพหรือวิชาชีพหนึ่งใดก็ยังสามารถใช้ได้ หากใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับคนกลุ่มนั้นๆ อาชีพหรือวิชาชีพนั้นๆ เช่น กฎหมายพรรคการเมืองย่อมใช้บังคับกับเฉพาะพรรคการเมือง กฎหมายเกี่ยวกับแพทย์ย่อมใช้บังคับเฉพาะแพทย์ กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจหลักทรัพย์ย่อมใช้เฉพาะบุคคลในวงการตลาดหุ้น แต่เป็นการบังคับใช้เป็น การทั่วไปในกลุ่มสาขาอาชีพหรือวิชาชีพนั้นๆ เช่นนี้ไม่ขัดกับหลักที่ว่ากฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป ดังนั้น หลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจออกกฎหมายมุ่งกลั่นแกล้ง ทำลายล้างหรือลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายมิได้เป็นเครื่องมือในการให้ความเป็นธรรมกับสังคม แต่กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการทำลายล้างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นปฏิปักษ์กับตน หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าวย่อมขัดกับหลักนิติธรรมจึงไม่มีผลบังคับใช้ได้

(2) หลักกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง

ตามหลักกฎหมายอาญานั้น กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้²³¹ หากในขณะกระทำการใดๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา กฎหมายที่ออกในภายหลังจะบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและมีโทษอาญา ย้อนหลังไม่ได้ และในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษอาญาอยู่แล้ว กฎหมายที่ตราออกมาในภายหลังจะบัญญัติให้มีโทษย้อนหลังหนักขึ้นมิได้ด้วย หลักนี้ตรงกับสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ” (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege) โดยไม่มีกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังให้เป็นคุณ จากที่เคยเป็นความผิดให้ไม่เป็นความผิดก็ดี จากที่เคยมีโทษหนัก เป็นโทษเบาลงก็ดี ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมในข้อนี้²³² ด้วยเหตุนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ตราขึ้นในโอกาสต่างๆ หลายครั้งจึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งในประเทศไทยได้เคยมีกฎหมายนิรโทษกรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ฉบับ ดังเช่น พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในครั้งการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินการสงครามของญี่ปุ่น พุทธศักราช 2489 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นิสิต นักศึกษาและประชาชน ซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2489

²³⁰ กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (218), หน้า 8.

²³¹ ธานินทร์ กรีวิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (219), หน้า 30.

²³² กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (218), หน้า 9.

พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499 แม้แต่ในต่างประเทศเองก็มีการออกและใช้กฎหมายนิรโทษกรรม ดังเช่น Charles II, 1660 An Act of Free and General Pardon Indemnity and Oblivion (The Indemnity and Oblivion Act 1660) ของประเทศอังกฤษ และ The Spanish 1977 Amnesty Law เป็นต้น²³³ อย่างไรก็ตาม ความถูกต้องเหมาะสมของการออกกฎหมายนิรโทษกรรมดังกล่าวนี้เป็นประเด็นเหตุผลทางการเมืองในเหตุการณ์นั้นๆ ซึ่งเป็นคนละประเด็นของความถูกต้องชอบธรรมตามหลักนิติธรรม

(3) หลักสันนิษฐานผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์

ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์ที่อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด²³⁴ หลักให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่มี ความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิดนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกพิจารณาอย่างขาวสะอาด²³⁵ หลักนิติธรรมจึงมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะต้องได้รับโอกาสต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีของตนอย่างเต็มที่ตามขั้นตอนและกระบวนการของกฎหมาย การปิดโอกาส ปิดกั้นมิให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานเข้าสืบพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนจะกระทำไม่ได้ หลักการพื้นฐานนี้ป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจรัฐรวบรัดใช้อำนาจเบ็ดเสร็จในการจับกุม คุมขัง ลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยไม่ผ่านกระบวนการต่อสู้คดีในศาลของผู้ต้องหาหรือจำเลย บทบัญญัติมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502²³⁶

²³³ อ้างถึงใน กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (218), หน้า 9-10.

²³⁴ โปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555.

²³⁵ เสนาะ เอกพจน์, “THE RULE OF LAW”. ใน *คูลพาท ปีที่ 8 เล่มที่ 9* กันยายน พ.ศ. 2540, หน้า 982-1003.

²³⁶ ในสมัยรัฐบาลของ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มาตรา 17 บัญญัติไว้ว่า “ในระหว่างที่รัฐธรรมนูญนี้ในกรณีที่มีนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวิน หรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายใน หรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการหรือระทำการใดๆ ได้และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็น คำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

“เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการได้สั่งการหรือระทำการใดไปตามความในวรรคก่อนแล้วให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ”

ซึ่งให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการยุติธรรม ไม่ให้โอกาสแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการนำพยานมาสืบพินิจจนต่อสู้อคดีเลย บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับ แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ตาม **เพราะหลักนิติธรรมมีค่าเหนือกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นบทกฎหมายสูงสุด**

หลักการพื้นฐานในข้อนี้ย่อมมีผลเป็นการห้ามมิให้กฎหมายมีบทสันนิษฐานเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดในข้อเท็จจริงหรือบทสันนิษฐานเด็ดขาดในความผิด เพราะบทสันนิษฐานเด็ดขาดดังกล่าวย่อมมีผลทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่สามารถนำสืบพินิจจนโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้เลย จึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้หลักการพื้นฐานดังกล่าวมิได้หมายความว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะมีบทสันนิษฐานข้อเท็จจริงไว้ก่อน หรือมีบทสันนิษฐานความผิดไว้ก่อนไม่ได้ เพราะบทสันนิษฐานไว้ก่อนดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานหลักฐานเข้าสืบพินิจจนโต้แย้งบทสันนิษฐานไว้ก่อนได้ จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมในข้อนี้ ขณะเดียวกัน หลักการพื้นฐานนี้ก็มิได้หมายความว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะถูกจำกัดหรือถูกลิดรอนสิทธิบางประการในระหว่างที่อยู่ในกระบวนการดำเนินคดีความไม่ได้ トラบเท่าที่การถูกจำกัดและลิดรอนสิทธินั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ที่มีเหตุผลและสมควรแก่เหตุ แต่การที่จะจำกัดหรือลิดรอนสิทธินั้น ก็จะต้องไม่มีลักษณะเดียวกับผู้กระทำความผิดที่ศาลได้มีคำพิพากษา เด็ดขาดว่ามีความผิดแล้ว เช่นไม่สามารถจะนำผู้ต้องหาหรือจำเลยไปจำคุกเช่นเดียวกับผู้ที่ได้รับโทษจำคุกเด็ดขาดโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว เป็นต้น

(4) หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษา

หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญของหลักนิติธรรมเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ เพราะผู้พิพากษาเป็นกลไกในการอำนวยความยุติธรรมขั้นสุดท้ายและเพื่อเป็นหลักประกันว่าความยุติธรรมจะเกิดขึ้นจริง ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลายโดยผู้พิพากษานั้นจะต้องมั่นใจว่าผู้พิพากษามีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางอย่างแท้จริงในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระไม่ถูกแทรกแซงทั้งจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติหรือแม้กระทั่งฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง นอกจากนั้นผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระจากใจตนเองด้วย คือ ต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะป็นอคติอันเนื่องมาจากสาเหตุใด²³⁷ ดังนั้น หลักนิติธรรมใน

²³⁷ ธาณิชทร์ กรียวิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (219), หน้า 30-36.

ข้อนี้จึงสอดคล้องตรงกับหลักกฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิม คือ กฎหมายตราสามดวง ส่วนที่ 3 ว่าด้วยหลักอินทภาษที่วางหลักธรรมในการดำรงตนและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตุลาการที่จะต้องพิจารณาตัดสินอรรถคดีด้วยความเที่ยงธรรม ปราศจากความลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดอันเกิดจากอคติ 4 ประการคือ ฉันทาคติคือลำเอียงเพราะรักชอบเห็นแก่อำมีสสินบน โทษาคติคือลำเอียงเพราะโกรธ ภัยาคติคือลำเอียงเพราะกลัว และโมหาคติคือลำเอียงเพราะหลง

(5) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

ตามหลักกฎหมายมหาชน รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น²³⁸ องค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการมีอำนาจก็เพราะกฎหมายมอบอำนาจให้ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น จะใช้อำนาจเกินขอบเขตกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ในการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้มีการชี้แจงเหตุผลของการเพิ่มวรรคสอง ในมาตรา 3 ไว้ว่า “เพื่อต้องการให้วางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีอยู่สองความหมาย คือ ความหมายแรกหมายถึงการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม และความหมายที่สองหมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องมีกฎหมายรองรับและจะกระทำเกินไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้”²³⁹ ในรัฐที่ยึดถือหลักนิติธรรม รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำใดๆ ที่ไม่มีกฎหมายรองรับจึงไม่ชอบและไม่มีผลใช้บังคับ หลักนิติธรรมจึงมุ่งรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยแท้จริง

(6) หลักไม่ยกเว้นความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ²⁴⁰ ภายใต้สังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ความพยายามของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ในอันที่จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของตนเพื่อกระทำการใดๆ อันไม่ถูกต้อง ไม่ชอบธรรม ย่อมผันแปรเปลี่ยนแปลงไป

²³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย”. ใน **รพี'51** (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 60 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551) หน้า 28.

²³⁹ ดูรายละเอียดในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550, หน้า 50-51.

²⁴⁰ กำชัย จงจักรพันธ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (218), หน้า 14.

ยุคสมัย หลักนิติธรรมจึงต้องมีพลวัต พัฒนาให้เท่าทันกับสถานการณ์ด้วยเช่นกัน กฎหมายที่อภัยโทษหรือนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่เกิดขึ้นและผ่านมาแล้ว สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม แต่การนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือรับรองให้สิ่งที่จะกระทำในอนาคตซึ่งอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะเท่ากับ ผู้กระทำการนั้นอยู่เหนือกฎหมาย

3.5.2 การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐในการบริหารราชการแผ่นดินต้องมีกรอบของหลักนิติธรรม (Rule of law) ซึ่งที่ผ่านมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 17 ฉบับก่อนนี้ไม่เคยเขียนกรอบนี้ไว้เลย แต่ปัจจุบันนี้การปกครองโดยนิติรัฐตามหลักนิติธรรมซึ่งเป็นแนวคิดทฤษฎีที่มีสภาพนามธรรมได้ถูกนำมาใช้ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองและกำหนดกรอบของหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรก โดยบัญญัติวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ของทุกองค์กรภาครัฐให้ เป็นไปตามหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ก็ยังได้บัญญัติวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 78 ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (1) (6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ดังนั้น ในการบริหารราชการแผ่นดินนั้น องค์กรภาครัฐจึงบริหารไปตามอำเภอใจไม่ได้แล้ว ถึงแม้ว่าก่อนหน้านี้ นั้น ถือว่านโยบายต่างๆ ของรัฐบาลนั้นถ้าไม่ผิดกฎหมายก็ต้องถือว่าทำได้ เพราะถือว่า นโยบายอยู่เหนือเหตุผลจะทำอะไรก็ได้ แต่วันนี้แค่ไม่ทำผิดกฎหมายอย่างเดียวคงไม่เพียงพอแล้ว เพราะในปัจจุบันได้มีการวางกรอบแนวปฏิบัติไว้ ถ้าทำผิดกรอบ ผิดกฎก็ทำไม่ได้แล้ว ไม่เช่นนั้นคงไม่มีคำว่า “ถูกกฎหมาย แต่ไม่ชอบธรรม”

1) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมของไทย

รัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่มีหน้าที่หลักในการตรากฎหมายและยังปฏิบัติหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กฎหมายให้หลักประกันตาม

หลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 27 ได้รับความรับรองว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาไทยจึงต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติในการพิจารณาร่างกฎหมายและออกกฎหมายซึ่งมีความสำคัญในการนำหลักนิติธรรมไปปฏิบัติ เพราะกฎหมายเป็นกลไกสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม การตรากฎหมายทุกฉบับจึงต้องเคารพและคำนึงถึงหลักนิติธรรมเสมอ หากองค์กรนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการตรากฎหมายไม่คำนึงถึงและปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมโดยตรากฎหมายที่ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมแล้ว การที่จะให้องค์กรของรัฐอื่นซึ่งนำกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาไปใช้บังคับนั้นให้ถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรมก็คงเป็นไปได้ยากอย่างยิ่ง²⁴¹ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรภาครัฐเรียกร้องให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ดังนั้นในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น รัฐสภาไทยจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการนี้ยังเรียกร้องให้รัฐบาลที่เป็นองค์กรบริหารและองค์กรฝ่ายปกครอง รวมถึงศาลและองค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายที่ใช้บังคับอยู่จริงซึ่งรัฐสภาได้ตราขึ้นตามหลักนิติธรรม²⁴² อันเป็นหลักประกันให้ฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ขัดต่อกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นในกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะมีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็จะต้องมีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้เท่านั้น จึงจะสามารถกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำนั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และยังต้องผูกพันกับการบัญญัติกฎหมายไม่ให้กระทบกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ

²⁴¹ ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (219), หน้า 30.

²⁴² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”. ใน PUBLIC LAW NET, บทความเมื่อวันที่ 31 มกราคม 2553. สืบค้นจาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx>, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2556.

รับรองไว้ โดยความผูกพันเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²⁴³ ดังนี้

1.1) บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้กำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติออกกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิเสรีภาพมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติบรรลุเป้าหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่ต้องผูกพันในการตรากฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในสารัตถะเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพนั้นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้

1.2) ข้อจำกัดของรัฐสภาในการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพมีทั้งข้อจำกัดทางรูปแบบและข้อจำกัดทางเนื้อหาซึ่งจะเป็นหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ผูกพันองค์กรนิติบัญญัติตามมาตรา 29²⁴⁴ และตามหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ด้วย

(ก) ข้อจำกัดในทางรูปแบบ ได้แก่ การออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายตามหลักนิติธรรม และ

(ข) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา ได้แก่ หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามหลักนิติธรรมต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง การจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพจึงต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (proportionality) และเท่าที่จำเป็น อีกทั้งก็ต้องออกกฎหมายนั้นให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคด้วย

รัฐสภาจึงต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยต้องคำนึงถึงข้อจำกัดในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ผูกพันต่อองค์กรนิติบัญญัติมิได้ทั้งใน

²⁴³ บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 74-77.

²⁴⁴ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ นั้นบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

“กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

“บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอนุโลม”

รูปของการให้อำนาจนิติบัญญัติกระทำการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ และ/หรือในรูปของการให้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายในลักษณะของการไม่กระทำการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

1.3) การออกกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่ผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนทำให้เกิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักนิติธรรมซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการผู้มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติว่าการออกกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัตินั้นละเมิดต่อกฎเกณฑ์อันเป็นการสร้างหลักประกันให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้หรือไม่ โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักนิติธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่ตรวจสอบการละเมิดได้ทั้งข้อจำกัดในทางรูปแบบและข้อจำกัดในทางเนื้อหา²⁴⁵ อย่างไรก็ตาม การที่รัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรงจึงมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากที่สุดและย่อมมีอิสระในการออกกฎหมายที่มุ่งผลโดยตรงต่อประโยชน์มหาชน (Public interests) ซึ่งทำให้สามารถออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมักจะไม่วางใจในแดนที่เป็นความเป็นอิสระของรัฐสภาต่อมาตรการใดที่เหมาะสมและจำเป็นในการบรรลุมาตรการอันเป็นประโยชน์ต่อมหาชนนอกจากเมื่อมีการใช้มาตรการออกกฎหมายที่ขัดกับความสมเหตุสมผลอย่างชัดเจนเท่านั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว

2) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและฝ่ายปกครองตามหลักนิติธรรมของไทย

ในประเทศไทย การปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเป็นปัญหาของบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพกฎหมายในองค์กรของรัฐเป็นส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกิดจากตัวบทกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมที่ไม่เคร่งและสอดคล้อง

²⁴⁵ สิทธิพร เศาภายน, “สิทธิการยื่นข้อร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”. ใน ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน. กรุงเทพฯ: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2553. หน้า 31.

กับหลักนิติธรรม นอกจากส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมายโดยตรงแล้ว ปัญหาวิกฤติการณ์สำคัญของหลักนิติธรรมในสังคมไทยก็คือ ปัญหาที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจบริหารในการปกครองที่ไม่เคารพและสอดคล้องกับหลักนิติธรรม โดยเฉพาะปัญหาเจ้าพนักงานลูกแก่อานาจซึ่งกลายเป็นวิกฤติการณ์ที่น่าเป็นห่วงยิ่งในสังคมไทย เพราะเป็นเรื่องผู้ที่มีอำนาจรัฐอยู่ในมือ หรือผู้บังคับใช้กฎหมายกลับละเมิดกฎหมายเสียเอง²⁴⁶ เจ้าพนักงานที่ลูกแก่อานาจ โดยมากเป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานป้องกันปราบปรามโจรผู้ร้าย ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพและความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงทำให้มีโอกาสเสี่ยงต่อการลูกแก่อานาจมากขึ้น เพราะหลงผิดคิดว่าเมื่อตนมีอำนาจรัฐอยู่ในมือแล้ว สามารถกระทำทุกสิ่งทุกอย่างได้ตามอำเภอใจโดยไม่เกรงกลัวอาญาแผ่นดิน ไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรม จึงมักจะล่วงละเมิดกฎหมายเสียเอง เช่น การอุ้มฆ่า การฆาตกรรม การวิสามัญฆาตกรรมโดยไม่มีเหตุอันจะอ้างได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ยัดเยียดข้อหาเท็จให้ผู้บริสุทธิ์ ซ่อมผู้ต้องหาหรือพยาน สร้างหลักฐานเท็จ เป็นต้น ปัญหาเหล่านี้เกิดจากการลูกแก่อานาจของเจ้าพนักงานที่ละเมิดหลักนิติธรรมทั้งสิ้น นับเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายและขัดกับหลักนิติธรรมอย่างร้ายแรง เพราะผิดทั้งกฎหมาย ผิดทั้งศีลธรรมและความถูกต้องชอบธรรมจนประชาชนไม่มีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ตลอดจนไม่แน่ใจว่าวันใดวันหนึ่งตนเองอาจตกเป็นเหยื่อของการใช้อานาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐ²⁴⁷ วิกฤติการณ์นี้ส่งผลให้เกิดความแตกแยกระหว่างประชาชนกับเจ้าพนักงานของรัฐและทำให้รัฐไม่ได้รับความร่วมมือจากประชาชนในการเป็นหูเป็นตาสอดส่องดูแลความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ซึ่งย่อมกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีภายใต้รัฐบาลนั้นเป็นการใช้อานาจรัฐของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองดำเนินการรับผิดชอบในการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อย ตลอดจนศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งหน้าที่หลักของรัฐในการจัดให้มีการบริการสาธารณะที่มักจะยึดถือเอาประสิทธิภาพของการปฏิบัติงานในความรับผิดชอบของรัฐบาลเป็นที่ตั้ง จึงยอมอยู่ในวิสัยที่คุกคามสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เสมอ จนทำให้รู้สึกว้าสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นอุปสรรค

²⁴⁶ ธานินทร์ กรีวิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงจรด (219), หน้า 48.

²⁴⁷ ธานินทร์ กรีวิเชียร, เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

ขีดขวางต่อภารกิจของรัฐบาล²⁴⁸ ดังนั้น ประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องยึดถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตามหลักนิติธรรม เพื่อจะได้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองของรัฐบาล หรือให้อำนาจองค์กรดังกล่าวนี้ไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้นตามเงื่อนไขหลักย่อยของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอีก 2 ประการ คือ หลักเงื่อนไขของกฎหมายและหลักความมาก่อนของกฎหมายซึ่งการกระทำทางปกครองนั้นจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่ได้ โดยมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับความผูกพันของสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรฝ่ายบริหาร²⁴⁹ ซึ่งเป็นกลไกรับผิดชอบของรัฐบาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยมีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายบริหารที่กฎหมายให้มีหรือใช้ดุลพินิจได้นั้น ศาลชอบที่จะตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจนั้นเป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือไม่ หรือมีการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ การตรวจสอบของศาลก็จะจำกัดตนเองไม่เข้าไปตรวจสอบในแง่ของเนื้อหาภายในขอบเขตความเหมาะสมซึ่งเป็นแดนอิสระขององค์กรฝ่ายบริหาร ศาลจะพิจารณาแต่เฉพาะเพียงว่าการตีความขององค์กรฝ่ายบริหารนั้นอยู่ในขอบเขตและชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ ซึ่งศาลอาจตรวจสอบการใช้หรือการตีความถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวได้อีกทางหนึ่งว่าเป็นการขัดกับสิทธิเสรีภาพหรือไม่ ด้วยเหตุผลที่การตรวจสอบในประเด็นการขัดกับสิทธิเสรีภาพนี้อยู่นอกเหนือขอบเขตความเหมาะสมซึ่งเป็นแดนอิสระขององค์กรฝ่ายบริหารในการตีความโดยแท้

3) การปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรมของไทย

เมื่อประเทศไทยมีกฎหมายที่ดีซึ่งรัฐสภาได้ตราขึ้นโดยมีบทบัญญัติเป็นไปตามหลักนิติธรรมแล้ว สิ่งสำคัญที่สุดในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมได้อย่างมีสัมฤทธิ์ผลจริงจังก็คือ การบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย ศาลจึงเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนตามหลักนิติธรรม ดังนั้นทุกขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมายโดยศาลจึงต้องเคารพและสอดคล้องกับ

²⁴⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างถึงแล้วในเชิงจรด (224), หน้า 112.

²⁴⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างถึงแล้วในเชิงจรด (243) หน้า 77-78.

หลักนิติธรรมเสมอ ซึ่งผู้พิพากษาและตุลาการต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมอย่างอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงและไม่ปล่อยให้อิทธิพลจากภายนอกหรืออคติภายในใจตนมาทำลายความยุติธรรมและหลักนิติธรรมนั้นได้ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นไปตามหลักนิติธรรมได้นั้นจำเป็นต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการสองนัยคือ **ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการกับความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาและตุลาการ**²⁵⁰ หลักประกันนี้ช่วยให้ศาลมีความเป็นกลางและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น รวมทั้งเป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นและไม่ใช้การให้สิทธิพิเศษแก่ผู้พิพากษาและตุลาการ แต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการที่ต้องรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความเป็นอิสระโดยวางตนในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ให้เกิดข้อครหาต่อความไว้วางใจในความเป็นอิสระแห่งตน ดังนั้นจึงมีหลักประกันให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการเป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนี้

3.1) ความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการ

การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ (มาตรา 197 วรรคหนึ่งในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550) โดยมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 197 วรรคสองว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ผู้พิพากษาและตุลาการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระและอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น ในการพิจารณาตัดสินคดีผู้พิพากษาจึงไม่อาจได้รับคำสั่งใดๆ และไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ส่วนความมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ผู้พิพากษาและตุลาการต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย แม้ตนเองจะไม่เห็นด้วยกับกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ตาม ผู้พิพากษาและตุลาการจึงไม่อาจตัดสินคดีไปตามความนึกคิดของตนเอง แต่ก็ไม่ได้ห้ามผู้พิพากษาและตุลาการไม่ให้พัฒนาหลักกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นมาซึ่งเป็นผลมาจากการตีความกฎหมายหรือการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียง ยกเว้นการเทียบเคียงที่เป็นผลร้ายแก่จำเลยในคดีอาญา เนื่องจากความเป็นกลางและการอยู่

²⁵⁰ สาธิต บำเรอจิต, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (216), หน้า 11.

ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น ผู้พิพากษาและตุลาการจึงไม่อาจทำหน้าที่อื่นๆ ในเวลาเดียวกันได้อีก หากหน้าที่อื่นๆ ดังกล่าวนั้นมีเนื้อหาอย่างเดียวกัน แต่ในกรณี ดังกล่าวนั้น ผู้พิพากษาต้องฟังคำสั่งแม้ว่าในขณะที่ตนทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา ตัดสินคดีจะไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งใดๆ เลยก็ตาม

ศาลเป็นองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรบริหาร การใช้อำนาจ ตุลาการของศาลจึงไม่อาจมีคำสั่งและอิทธิพลอื่นใดจากฝ่ายบริหารเข้ามาแทรกแซงได้ ความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารนั้น ไม่ได้ครอบคลุมเฉพาะแต่เรื่องการทำคำพิพากษา ตัดสินคดี แต่รวมถึงการทำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาหรือกระบวนการทั้งก่อน และหลังมีคำพิพากษาศัดสินคดี เช่น การกำหนดวันนัดการจ่ายคดีโดยคณะกรรมการ ของศาล การให้เหตุผลในการตัดสินคดี เป็นต้น และเพื่อมิให้องค์กรตุลาการมีความ สัมพันธ์ในเรื่องผลประโยชน์กับฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญจึงได้ป้องกันมิให้ผู้พิพากษา และตุลาการมีความเกี่ยวพันกันหรืออาจจะมีผลประโยชน์ร่วมกันโดยการบัญญัติ กำหนดห้ามมิให้ผู้พิพากษาและตุลาการเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่ง ทางการเมือง ใดๆ ก็ดี ความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ไม่รวมถึง เรื่องที่เกี่ยวกับงานธุรการของศาล การที่ผู้พิพากษาศัดสินคดีไปตามแนวคำพิพากษา ของศาลที่สูงกว่าจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ ความเห็นดังกล่าวก็ได้รับการสนับสนุนจาก ความเห็นทางฝ่ายวิชาการบางส่วน โดยให้เหตุผลว่า มาตรา 197 นั้นมีไว้เพียงเพื่อ ค้ำครองอำนาจตุลาการจากการแทรกแซงจากอำนาจอื่นๆ ที่ไม่ใช่อำนาจตุลาการ ใดๆ ก็ดี หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ยังใช้กับอำนาจฝ่ายตุลาการเองด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้พิพากษาจึงไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับ แนวคำพิพากษาของศาลที่สูงกว่าและสามารถเปลี่ยนแนวคำพิพากษาที่เป็นอยู่หรือไม่ เติงตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวก็ได้ ใดๆ ก็ดี ในบางกรณี หากมีกฎหมาย บัญญัติไว้เป็นพิเศษ ผู้พิพากษาต้องถูกผูกมัดโดยผลของคำพิพากษาของศาลอื่น ทั้งผู้พิพากษาและตุลาการก็ยังได้รับความคุ้มครองในความเป็นอิสระโดยการป้องกัน มิให้ผู้บังคับบัญชาในสายงานของตุลาการเองนั้นมีอิทธิพลต่อคำพิพากษาของตน จึงได้กำหนดให้การโยกย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการจะกระทำโดยมิได้รับความ ยินยอมจากผู้พิพากษาหรือตุลาการผู้นั้นมิได้

นอกจากนี้ ศาลยังต้องมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เหตุผล ที่หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาใช้กับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติด้วยนั้นเป็นไปตาม หลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะถ้าผู้พิพากษาและตุลาการต้องทำตามคำสั่งจาก ฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ผู้พิพากษาก็ไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐที่แยกออกมาจากฝ่าย

นิติบัญญัติ หากแต่เป็นเพียงผู้รับคำสั่งจากฝ่ายนิติบัญญัติ **ความเป็นอิสระจากเอกชนและประชาชน** หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการนั้น ใช้กับอติพิพลาต่างๆ ที่มาจากเอกชนด้วย หลักประกันว่าด้วยความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ได้ให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาแต่ละคนในอันที่จะปฏิเสธอิทธิพลใดๆ อันมิชอบของบุคคลที่สาม ขณะเดียวกันอำนาจที่ได้มาดังกล่าวนี้ ก็ถือว่าเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องตัดสินใจคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ความเป็นอิสระ “ภายใน” ของผู้พิพากษานั้นไม่อาจที่จะให้หลักประกันดังกล่าวได้ หากแต่เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาแต่ละคนไปที่จะรักษาไว้ซึ่งความเป็นอิสระ “ภายใน” แห่งตนต่ออิทธิพลต่างๆ

3.2) ความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษาและตุลาการ

ผู้พิพากษาและตุลาการก่อนถึงเวลาเกษียณอายุราชการไม่อาจถูกให้ออกจากราชการหรือห้ามปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร หรือให้ไปอยู่ในตำแหน่งอื่นหรือให้เกษียณอายุโดยขัดกับความต้องการของตน เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลและเฉพาะตามเหตุผลและตามแบบที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดช่วงอายุที่ผู้พิพากษาจะต้องเกษียณอายุราชการเมื่อผู้พิพากษามีอายุถึงเกณฑ์ดังกล่าว ในการโยกย้ายตัวอาคารศาลหรือเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาล ผู้พิพากษาอาจถูกโยกย้ายให้ไปปฏิบัติหน้าที่ยังศาลอื่น แต่จะทำได้เช่นนั้นได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของผู้พิพากษามาตรา 197 วรรคสามของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างถูกดำเนินกิจการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอันอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” นอกจากนี้ในวรรคสามผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ได้

3.3) หลักนิติธรรมกับกระบวนการยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

ศาลเป็นองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีโดยการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ให้เข้ารูปคดีที่พิพาทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีมากที่สุด กฎหมายจึงเป็นกลไกความยุติธรรม

ของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลจึงสามารถใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ในการตีความกฎหมายและปรับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้โดยอิสระเพื่อยุติข้อพิพาทที่เกิดจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีความผูกพันอยู่กับสิทธิเสรีภาพที่ศาลอาจวินิจฉัยคดีชี้ขาดได้สองลักษณะคือ **ลักษณะที่หนึ่ง** ศาลเป็นองค์กรตุลาการที่จะต้องตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารว่าองค์กรนั้นๆ ได้ดำเนินการขัดกับสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองคุ้มครองไว้แล้วหรือไม่ **ลักษณะที่สอง** ความผูกพันที่องค์กรตุลาการเองก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพด้วยเช่นกัน²⁵¹ ซึ่งความผูกพันของสิทธิเสรีภาพต่อฝ่ายตุลาการด้วยการปฏิบัติหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักสำคัญนั้นสามารถใช้เป็นหลักประกันเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรมได้ดีกว่าในระบบอื่น ๆ²⁵² ด้วยเหตุผล ดังนี้

- (1) ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ตกอยู่ใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมทั้งขององค์กรทางการเมือง ได้แก่ รัฐสภา รัฐบาล และฝ่ายปกครอง
 - (2) เมื่อประชาชนได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีไม่ได้
 - (3) วิธีพิจารณาของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้
 - (4) ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาและ/หรือคำวินิจฉัยเสมอ
- ดังนั้น ลักษณะองค์กรตุลาการของศาลที่ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารคือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีหน้าที่หลักในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและควบคุมกฎหมายที่ใช้บังคับแล้วหรือร่างกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่เช่นนี้เป็นผลให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้อย่างมีเอกภาพเพื่อประโยชน์ของประชาชน มิให้องค์กรผู้มิอำนาจในการตรากฎหมายใช้

²⁵¹ สิทธิพร เสาภายน, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (245), หน้า 34-35.

²⁵² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ**. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), หน้า 162-163.

อำนาจเกินขอบเขตจนกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลนั้นจึงเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม เนื่องจากรัฐได้ยอมให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลเพื่อเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐว่าจะละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ความเป็นนิติรัฐของประเทศนั้นจะปรากฏขึ้นเมื่อรัฐนั้นยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลและองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระเท่านั้น

3.4) หลักนิติธรรมกับกระบวนการยุติธรรมในการดำเนินคดีอาญา

หลักนิติธรรมของการดำเนินคดีอาญาต่อบุคคลในกระบวนการยุติธรรมไทยนั้นเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานทั้งหลายซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดหรือความบริสุทธิ์ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหาานั้น ก็จะต้องหาพยานหลักฐานต่างๆ ทั้งพยานที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องหาและพยานที่เป็นโทษต่อผู้ต้องหาด้วย จึงจะถูกต้องตามหลักนิติธรรมซึ่งหลักนิติธรรมในกระบวนการยุติธรรมมิได้มีเพียงเท่านั้น แต่มีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้มากมายหลายประการ²⁵³ ดังนี้

- (1) ห้ามการทรมาน การลงโทษอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 32 วรรคสอง ตรงกับ ICCPR ข้อ 7)
- (2) ห้ามจับกุมหรือควบคุมตัวโดยไม่มีเหตุผลตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 32 วรรคสอง ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (3) สิทธิได้รับแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และจะต้องได้รับแจ้งถึงข้อหาที่ถูกจับกุมในขณะจับกุม (ICCPR ข้อ 9)
- (4) ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องได้รับการสันนิษฐานว่าไม่มีความผิด (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ตรงกับ ICCPR ข้อ 14 อนุ 2)

²⁵³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะกระทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกกล่าวหา เพื่อจะรู้ว่าผู้กระทำผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา และมาตรา 226 พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีค่านับสัญญา ชูเชิญ หลอกลวงหรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน.

- (5) สิทธิพื้นฐานในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผย (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (2) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14 อนุ 1)
- (6) สิทธิผู้ถูกจับในการนำตัวไปศาลโดยพลัน (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (3) ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (7) สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยรวดเร็วตามสมควร (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (3) ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (8) สิทธิได้รับการประกันตัว (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (7) ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (9) สิทธิขอให้ศาลสั่งปล่อยหากถูกควบคุมตัวโดยมิชอบ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 28 และมาตรา 32 วรรคห้า ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (10) สิทธิได้รับค่าทดแทนหากคุมขังหรือหากถูกคุมขังหรือถูกควบคุมตัวโดยมิชอบ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (5) ตรงกับ ICCPR ข้อ 9)
- (11) ผู้ต้องหาต้องไม่ถูกคุมขังร่วมกับผู้ต้องขังตามคำพิพากษา (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (6) ตรงกับ ICCPR ข้อ 10)
- (12) ผู้ต้องหาที่เป็นเด็กต้องแยกควบคุมมิให้ปะปนกับผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (6) ตรงกับ ICCPR ข้อ 10)
- (13) ระบบราชทัณฑ์ต้องมีความมุ่งหมายให้ผู้ต้องขังกลับตัวเป็นคนดี (ICCPR ข้อ 10 อนุ 3)
- (14) สิทธิได้รับการแจ้งข้อหาในภาษาที่เข้าใจได้ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (4) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14)
- (15) สิทธิมีเวลาในการเตรียมต่อสู้คดี และติดต่อทนายความที่ตนเลือก (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (7) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14)
- (16) สิทธิในการพิจารณาคดีต่อหน้าจำเลยหรือต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือผ่านทนายความที่ตนเลือก (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (2) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14)
- (17) สิทธิได้รับแจ้งว่ามีสิทธิพบทนายความ (ICCPR ข้อ 14 อนุ 3)
- (18) สิทธิขอให้รัฐจัดหาทนายความให้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (7) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14 อนุ 3)
- (19) สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อตน (ICCPR ข้อ 14 อนุ 3)
- (20) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากล่าม โดยไม่คิดมูลค่า (ICCPR ข้อ 14 อนุ 3)

(21) สิทธิไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรีภัยต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (4) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14 อนุ 3)

(22) สิทธิในการอุทธรณ์ ฎีกา (ICCPR ข้อ 14 อนุ 5)

(23) สิทธิได้รับค่าชดเชยจากการถูกลงโทษตามคำพิพากษาอันถึงที่สุด แต่ภายหลังมีการกลับคำพิพากษาหรือมีข้อเท็จจริงใหม่ que แสดงว่าได้มีการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่มีชอบ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (5) ตรงกับ ICCPR ข้อ 14 อนุ 6)

(24) สิทธิไม่ถูกดำเนินคดีซ้ำในความผิดที่ได้รับโทษแล้วหรือได้รับการปล่อยตัวแล้วตามกฎหมาย (ICCPR ข้อ 14 อนุ 7)

หลักนิติธรรมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาข้างต้นจึงมีหลักการสำคัญลำดับต้นก็คือสิทธิได้รับการสอบสวนโดยไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความเป็นปรีภัยต่อตนเองหรือให้รับสารภาพผิด หรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม มีโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และสิทธิได้รับการประกันตัวตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 40 (7) ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสิทธิในการมีโอกาสุดต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และการได้รับการประกันตัวเป็นสิ่งสำคัญมากของผู้ต้องหาในคดีอาญาเป็นอย่างยิ่ง

4) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศไทยนั้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติในรัฐสภา องค์กรบริหารของรัฐบาล และองค์กรตุลาการในระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมของไทยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระนั้นได้เกิดขึ้นครั้งแรกในยุคแห่งการปฏิรูปการเมืองของประเทศไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (ฉบับประชาชน) ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 (ฉบับประชามติ) ก็ได้สืบสานเจตนารมณ์สำคัญเพื่อให้้องค์กรตามรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการทำหน้าที่ของฝ่ายการเมือง ฝ่ายปกครอง และฝ่ายราชการในด้านต่างๆ รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเป็นกลไกและกระบวนการขั้นตอนสำคัญในการปฏิรูปการเมืองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีกระบวนการสามขั้นตอนนำไปสู่เป้าหมายที่ทำให้การเมืองที่บริสุทธิ์โปร่งใสและการเมืองที่สะอาดมีคุณภาพ กล่าวคือ การปฏิรูปกระบวนการเข้าสู่อำนาจ การปฏิรูปกระบวนการใช้อำนาจและการปฏิรูปกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจ ซึ่งในขั้นตอนหลังนี้ไปสู่องค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างๆ ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยแบ่งออกเป็น

สองประเภทหลัก²⁵⁴ คือ องค์กรตรวจสอบที่เป็นศาลและองค์กรตรวจสอบที่ไม่ใช่ศาล **องค์กรตรวจสอบที่เป็นศาล**คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ส่วน**องค์กรตรวจสอบที่ไม่ใช่ศาล**คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดิน

แม้ว่าในต่างประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent regulatory agency) มานานแล้ว โดยองค์กรอิสระจัดเป็นสถาบันทางการบริหารเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารรัฐที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโครงสร้างระบบบริหารรูปแบบเดิมมีข้อจำกัด เนื่องจากมีการจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมบังคับบัญชาตามลำดับชั้น ทำให้เกิดความล่าช้าและขาดประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ส่วนรวมและสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่องค์กรอิสระในประเทศไทยได้ถือกำเนิดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้นนั้นก็เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายการเมือง ฝ่ายปกครอง และฝ่ายราชการในด้านต่างๆ ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกทางหนึ่งด้วย นอกเหนือจากศาลและองค์กรตุลาการ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 75 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้พอเพียงกับการบริหารงานโดยอิสระขององค์กรฝ่ายตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และองค์กรอิสระคือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ทั้งนี้ เนื่องจากระบบเดิม องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกับองค์กรผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอยู่ในองค์กรเดียวกันคือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ ต่างก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจ แต่ในขณะที่เดียวกันองค์กรนั้นเองก็มีหน้าที่ในการตรวจสอบกันเองด้วย ระบบที่ถูกออกแบบขึ้นมาใหม่ได้จัดตั้งให้แยกกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจออกจากกลไกการ

²⁵⁴ คณิน บุญสุวรรณ, **คู่มืออ่านรัฐธรรมนูญฉบับใหม่: โครงสร้างและหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2543), หน้า 44-45.

ใช้อำนาจเพิ่มเติมผ่านองค์กรพิเศษซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรเฉพาะนอกจากองค์กรตุลาการนั่นก็คือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้งห้าองค์กรดังกล่าว โดยมีเจตนารมณ์ที่จะเสริมช่องว่างในโครงสร้างการบริหารประเทศ เนื่องจากปัญหาการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ผ่านมายังไม่สามารถที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล เพราะถูกรอบงำและแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองและฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจอยู่ในรัฐสภาและรัฐบาลนั่นเอง

องค์กรอิสระจึงเป็นกลไกตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนของแผ่นดิน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของประชาชนและเพื่อให้การปฏิรูปทางการเมืองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลงบประมาณ และการดำเนินงานธุรการอื่น ก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้ กลไกตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเป็นการตรวจสอบทางการเมืองกันในรัฐสภาต่อมาเห็นว่าไม่เพียงพอต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง เป้าหมายการตรวจสอบอาจไม่บรรลุผล พอมามีรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต้องการให้มีการตรวจสอบเป็นอิสระจึงมีองค์กรอิสระเกิดขึ้น จากการตรวจสอบในรัฐสภาจึงมีการตรวจสอบนอกสภาเกิดขึ้นร่วมด้วย องค์กรอิสระถ้าทำงานได้อิสระปลอดพ้นจากการแทรกแซงโดยทำหน้าที่ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นกลาง กล้าหาญ ซื่อสัตย์สุจริต การตรวจสอบที่เกิดขึ้นก็จะเกิดผลกลับมาที่องค์กรอิสระ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) เป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการควบคุมการเลือกตั้งให้บริสุทธิ์ยุติธรรม

รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงมีเจตนารมณ์ในการปฏิรูปกระบวนการเข้าสู่อำนาจของนักการเมือง โดยให้มีการเลือกตั้งที่สุจริตเที่ยงธรรมเพื่อให้ได้คนดีมีความสามารถเข้ามาบริหารประเทศ มีกระบวนการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใสและกระบวนการถอดถอนผู้ใช้อำนาจในทางมิชอบให้ออกจากตำแหน่งอันเป็นจุดกำเนิดของการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นมารองรับภารกิจในการปฏิรูปการเมืองดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) เป็นองค์กรอิสระมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมและการควบคุมตรวจสอบที่จะลดและขจัดกาที่เสียหายเพื่อให้คนดีมีคุณภาพคุณธรรมเข้าสู่ระบบการเมือง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เป็นองค์กรที่มีบทบาทเน้นที่การปราบปราม

การทุจริต คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ให้ปฏิบัติหน้าที่ในการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ขณะที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็เป็นองค์กรอิสระที่เกิดขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของรัฐใช้จ่ายไปโดยชอบด้วย กฎหมายหรือถูกต้องตามระเบียบข้อบังคับ ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาให้ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้การปกป้องคุ้มครองและกำกับดูแลผลประโยชน์ประชาชนในการรับเรื่องร้องทุกข์ความเดือดร้อนของประชาชนให้ได้รับความเป็นธรรมจากการใช้อำนาจรัฐด้วย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระมาสนับสนุนกลไกการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอยู่เดิม ซึ่งมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักนิติธรรมในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักของนิติรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง²⁵⁵ นอกจากนี้ จำเป็นต้องมีกลไกที่มีใช้องค์กรฝ่ายตุลาการก็คือ องค์กรอิสระเพื่อเยียวยาปัญหาของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐหรือการกระทำของบุคคล และการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการใช้กลไกทางศาลอาจมีข้อจำกัดบางประการเพราะจะต้องใช้ระยะเวลาอันพอสมควรในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล รวมถึงการที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องและการดำเนินคดีในศาลด้วย

อย่างไรก็ดี องค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความสุจริตในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั้น ก็จะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเองตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นกัน องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะปฏิบัติตามหลักนิติธรรมนั้นได้ก็จำเป็นต้องยึดถือหลัก 3 ประการ²⁵⁶ ประการแรกคือ **หลักความเป็นอิสระ** ซึ่งความเป็นอิสระขององค์กร

²⁵⁵ สำนักบรรณสาร มหาวิทยาลัยวงษ์เขาลิตกุล, “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ”. 17 กรกฎาคม 2555 สืบค้นเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2556 จาก library.vu.ac.th/km/?p=582 .

²⁵⁶ สำนักบรรณสาร มหาวิทยาลัยวงษ์เขาลิตกุล, เพิ่งอ้างถึง.

ตามรัฐธรรมนูญก็ต้องมีความเป็นอิสระนับตั้งแต่ในเรื่องที่มาและการเข้าสู่อำนาจของบุคคลโดยจะต้องมีการสรรหาและคัดสรรบุคคลที่เป็นอิสระจากทุกฝ่ายให้เข้ามาทำหน้าที่ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้อย่างเป็นอิสระแท้จริง นอกจากนี้ยังต้องมีความเป็นอิสระในเรื่องการกำหนดนโยบายและการดำเนินงานขององค์กรและ อิสระในเรื่องงบประมาณ รวมถึงมีหน่วยธุรการหรือสำนักงานที่เป็นอิสระด้วย ประการที่สองคือ **หลักความเป็นกลาง** โดยไม่เป็นฝักฝ่ายในทางการเมืองและปฏิบัติหน้าที่อย่างปราศจากอคติไม่ลำเอียง เพราะรัก โกรธ หลง กลัว เช่นเดียวกับศาลและองค์กรตุลาการ ประการสุดท้ายคือ **หลักดำรงความยุติธรรม** องค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องสามารถดำรงความยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีความซื่อตรงเที่ยงธรรมและมีความชอบธรรม รวมทั้งมีความชอบด้วยเหตุผลด้วย

โดยสรุป องค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรของรัฐที่ได้รับมอบหมายอำนาจหน้าที่ที่เป็นอิสระให้ดำเนินการเกี่ยวกับภารกิจควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเป็นองค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ ซึ่งได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระและปลอดพ้นการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่นหรือสถาบันการเมืองอื่น รวมทั้งอยู่เหนือการแสวงหาการกดดันใดๆ ที่เกิดขึ้นภายในสังคมในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งด้วย

3.5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรม

โดยทั่วไป หลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมมีความเหมือนกันและความแตกต่างกัน ความเหมือนกันก็คือ หลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมเป็นแนวความคิดและหลักการที่กำเนิดและวิวัฒนาการพัฒนาขึ้นเพื่อมุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเป็นแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ซึ่งมุ่งกำกับหรือเป็นหลักให้กับกฎหมายเพื่อให้กฎหมายต้องดี ต้องชัดเจน ต้องมีเหตุผล ต้องปฏิบัติได้ ต้องนำไปสู่ความยุติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา²⁵⁷ อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันก็เพราะว่า หลักนิติรัฐมีจุดกำเนิดและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐเป็นหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) และหลักนิติรัฐนี้เองที่มีอิทธิพลเผยแพร่ไปทั่วยุโรปโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ

²⁵⁷ กำชัย จงจักรพันธ์, “หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม”. สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2556 จาก <https://m.facebook.com/>, หน้า 1.

กฎหมายซีวิลลอว์เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี แต่หลักนิติธรรมเป็นแนวความคิด และหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ (Common law) และหลักนิติธรรมก็มีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกับ ประเทศอังกฤษ

หลักนิติรัฐให้ความสำคัญที่สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้น ผู้ปกครอง จึงมีอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการ ใช้อำนาจโดยมีหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่หลักนิติธรรมเน้นที่ความมีอำนาจสูงสุด ของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้กับ ประชาชน แต่กฎหมายที่จะออกมามีผลใช้บังคับได้ต้องตั้งอยู่บนหลักนิติธรรม จุดเริ่มต้นและจุดเน้นอาจแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญต่างมุ่งเน้นจำกัดอำนาจของ ผู้ปกครองเหมือนกันซึ่งหลักนิติรัฐได้พัฒนาและวิวัฒนาการไปจนถึงจุดที่มีการ แบ่งแยกระบบศาลออกเป็นศาลพิเศษและศาลยุติธรรมทั่วไป แต่หลักนิติธรรมกลับ ไม่มีการแบ่งแยกระบบศาลและยังคงยึดถือระบบศาลเดียวคือศาลยุติธรรมเท่านั้น นอกจากนี้ หลักนิติรัฐยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the constitution) แต่หลักนิติธรรมกลับยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ซึ่งกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาจะมีฐานะเหนือกว่า กฎหมายเฉพาะคดี (Case law)

หลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมจึงเปรียบเสมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกันที่ต่าง มุ่งให้ร่มเงาแก่ประชาชนให้ได้รับความยุติธรรมโดยมุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง แต่ต้นไม้ทั้งสองไปเจริญงอกงามในสองดินแดนที่มีประวัติวิวัฒนาการแนวความคิดและ ระบบกฎหมายรวมทั้งสภาพแวดล้อมและบริบทสภาพสังคมที่แตกต่างกัน เมื่อได้ดิน ใต้น้ำได้ปุ๋ยได้อากาศที่แตกต่างกัน ต้นไม้ทั้งสองก็ย่อมพัฒนาเติบโตแตกกิ่งก้านสาขา แตกต่างกันไปบ้าง มีบางส่วนเหมือนบางส่วนต่างกัน มีจุดเน้นเหมือนบ้างต่างบ้าง แต่ก็เป็นความต่างบนความเหมือนกัน²⁵⁸ จึงทำให้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเป็น **หลักธรรมแห่งกฎหมาย**ที่นักกฎหมายไม่ว่าในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) และระบบ คอมมอนลอว์ (Common law) ต่างได้ยึดถือและเรียกร้องให้องค์กรของรัฐทั้งสี่ฝ่าย คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเพื่อให้

²⁵⁸ กำชัย จงจักรพันธ์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 2.

มันใจไต้ว่าหลักธรรมแห่งกฎหมายทั้งสองนี้จะนำไปสู่ความผาสุกและความยุติธรรมโดยแท้จริง

กฎหมายเป็นสิ่งที่นำมาใช้ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้โดยสงบสุข มนุษย์จึงได้วางรากฐานกฎเกณฑ์ต่างๆ ไว้เพื่อควบคุมมนุษย์ด้วยกันเอง ผู้ที่ออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้น หากขาดหลักการที่กำหนดขอบเขตให้เป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องชอบธรรมก็จะนำไปสู่การใช้ดุลยพินิจตามใจชอบมากเกินไปจนใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงผู้ที่ด้อยกว่า ดังนั้น จึงต้องใช้หลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมควบคู่กันไปเสมอเปรียบเสมือนเหรียญที่ต้องมีสองด้านเสมอเพราะว่าทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมนั้นต่างมีทั้งข้อดีและข้อบกพร่องในตัวเองเมื่อใช้หลักการใดแล้วควรมีอีกหลักการประกอบกัันอย่างแยกกันไม่ได้ แม้วาสองหลักนี้มีความแตกต่างที่สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบได้²⁵⁹ ดังนี้

1) ความแตกต่างทางด้านนิยามความหมาย

หลักนิติรัฐ (Legal state, Rechtsstaat, Etat de droit) หมายถึง รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย มิใช่ด้วยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือคณะบุคคลใดคณะบุคคลหนึ่ง กล่าวคือ รัฐปกครองด้วยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์ (Government of law, not of man) ตามหลักกฎหมายมหาชนที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองจะกระทำมิได้” การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงต้องถูกตรวจสอบการใช้อำนาจได้ทั้งภายในและภายนอก ต้องมีการถ่วงดุลอำนาจกันและกัน เพื่อเป็นหลักประกันให้ประชาชนมีความไว้วางใจว่าตนเป็นผู้เป็นเจ้าของสิทธิจะได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม ดังนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายทุกคนต้องเสมอภาคกันก็เพื่อบังคับอำนาจปกครองของรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมายนั่นเอง

หลักนิติธรรม (The Rule of law) หมายถึง ความเป็นธรรมที่มีอยู่ในกฎหมาย หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” อันเป็นกฎระเบียบแบบแผนที่สังคมยอมรับ และยินยอมพร้อมใจกันปฏิบัติตามกฎระเบียบนั้น ในหนังสือ Introduction to the Study of the Law of the Constitution ของ Albert V. Dicey หลักนิติธรรมมีหลักสำคัญ 3 หลัก

²⁵⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (242) หน้า 7-8 ; และพิมพ์พิมล นวชัย, “ความแตกต่างของหลักนิติรัฐ นิติธรรม”, ใน Wanwila in da house. สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2556 จาก <http://wanwila.exteen.com/20110911/entry>.

คือ 1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ 2) บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และศาลเดียวกันจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษา 3) หลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาของประเทศ ศาลเป็นผู้พิพากษาคดีสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่ทำให้เกิดการยอมรับสิทธิเสรีภาพขึ้นมาได้

2) ความแตกต่างทางด้านบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากต้นกำเนิด นิติรัฐมีวิธีการศึกษาตั้งแต่ต้นเริ่มจากทฤษฎีรัฐโดยใช้ “รัฐ” เป็นวัตถุแห่งการศึกษาและสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย เพราะถือทฤษฎีว่าด้วยรัฐเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งศาลในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) มีลักษณะเป็นระบบกฎหมายปิด ข้อดีระบบนี้คือความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ แต่ข้อด้อยก็มีตรงการปรับตัวให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในขณะนั้น แต่ด้วยการประมวลถ้อยคำขึ้นในตัวเองเป็นถ้อยคำเชิงหลักการหรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ศาลในกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) จึงมีความสามารถในการตีความตัวบทกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมและสภาพสังคมในขณะนั้นได้ ส่วนหลักนิติธรรมมีต้นกำเนิดมาจากการที่ประชาชนวันเกรงการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ หลักนิติธรรมจึงมุ่งที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ของอังกฤษ กฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการตัดสินเป็นกฎเกณฑ์ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร และในคดีที่ได้รับการตัดสินไปแล้วจนกลายเป็นหลักตัดสินคดีตกทอดมาเป็นลำดับ กฎหมายในระบบนี้จึงมิได้มีแต่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเท่านั้น (Statute law) แต่ยักรวมถึงหลักการและแนวคำพิพากษาคัดสินคดีของผู้พิพากษา (Case law) ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมาจนเป็นบรรทัดฐาน (precedent) ด้วย จึงส่งผลให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพสังคมตลอดเวลา เพราะศาลมีอำนาจตัดสินได้ตามอำเภอใจ แต่ศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว (Satre Decisis) การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงกระทำได้โดยยาก

ความแตกต่างด้านสกุลกฎหมาย หลักนิติรัฐกำเนิดและพัฒนาในสกุลกฎหมายโรมานอ-เยอรมนิก (Romano-Germanic) ซึ่งแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร มีศาลแยกออกจากกันเป็นระบบที่มีศาลเฉพาะและศาลพิเศษ หลักนิติธรรมกำเนิดในสกุลกฎหมายแองโกล - แซกซอน (Anglo-Saxon) ซึ่งไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ไม่ใช้ตัวบทกฎหมายในการพิจารณาคดี ไม่มีการแบ่งแยกศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ซึ่งยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy

of the parliament) เพราะโดยหลักนิติธรรมถือว่าทั้งประชาชนและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

3) ความแตกต่างทางด้านเนื้อหาสาระของหลักกฎหมาย

หลักนิติรัฐมีเนื้อหาว่ารัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมาย (Auto limitation) จึงยึดถือลำดับชั้นทางกฎหมาย (Hierarchie des normes) หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de l'égalité) ที่ให้กฎหมายบังคับมาและข้อจำกัดของอำนาจมหาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างสมดุล (Séparation des pouvoirs) บทบาทขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (Controle juridictionnel) เน้นรูปแบบกับโครงสร้างของกฎหมาย และวิธีการให้ถึงเป้าหมายตามจุดประสงค์ของหลักกฎหมาย ส่วนหลักนิติธรรมไม่มีเนื้อหาและแบบแผนชัดเจนแน่นอน ไม่มีกรอบตายตัวเปลี่ยนแปลงตามกรณีต่างๆ ที่เน้นกระบวนการที่ก่อให้เกิดผลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ

4) ความแตกต่างทางด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในหลักนิติรัฐนั้น รัฐคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นลายลักษณ์อักษร ในรูปแบบของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ เช่น ในประเทศเยอรมนี การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญของประเทศ เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง ในการตรากฎหมายใช้บังคับ องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถตราขึ้นขัดหรือแย้งได้ มิฉะนั้นจะถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนหลักนิติธรรมนั้นไม่มีลายลักษณ์อักษรเป็นหลักประกันแน่นอน แต่ในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

5) ความแตกต่างทางด้านการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ตามหลักนิติรัฐ องค์กรนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ จึงกำหนดให้มืองค์กรที่คอยควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการตรากฎหมายย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการ ส่วนหลักนิติธรรมนั้นถือว่ารัฐเป็นรัฐสภาธิปไตย ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ จึงไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมืองไม่ใช่ทางกฎหมาย

6) ความแตกต่างทางด้านการแบ่งแยกอำนาจ

หลักนิติรัฐยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักสำคัญอันจะขาดมิได้เพื่อ

ให้เกิดการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากกว่าและกระทำการตามอำเภอใจ ส่วนหลักนิติธรรมนั้นไม่ปรากฏให้เห็นถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากรัฐสภาและรัฐบาลมีความเชื่อมโยงแยกอำนาจกัน แต่ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างยอมรับความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

โดยสรุป หลักนิติรัฐนั้นกำหนดอำนาจหน้าที่และการควบคุมตรวจสอบอำนาจของรัฐไว้ โดยที่รัฐจะกระทำการใดๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และจะกระทำการใดที่นอกเหนือกฎหมายบัญญัติไว้มิได้ ส่วนหลักนิติธรรมนั้น คนทุกคนต่างมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน กฎหมายเดียวกัน และศาลเดียวกัน โดยที่กฎหมายนั้นจะต้องมีความเป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับของสังคม

3.5.4 วิเคราะห์การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมไทย

เมื่อพิจารณาแนวความคิดหลักนิติรัฐของเยอรมนีและฝรั่งเศสกับหลักนิติธรรม (Rule of law) ของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่มีวิวัฒนาการต้นแบบของหลักนิติธรรมในต่างประเทศตั้งที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยขอเสนอแนวความคิด**หลักนิติธรรมไทย**ที่ได้มีวิวัฒนาการมาเป็นเวลาช้านานเช่นกันในแนวสายกลางตามแนวความคิดของศาสตราจารย์พิเศษธานีทร กรีย์วิเชียรว่า “หลักนิติธรรมก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษย์ชนให้พ้นจากลัทธิตหาราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”²⁶⁰ ดังนั้น แนวความคิดหลักนิติธรรมในบริบทที่แตกต่างกันทั้งในด้านระบบกฎหมายและสารบัญญัติของตัวบทกฎหมาย รวมทั้งระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมในกรอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แตกต่างกันมากน้อยอย่างไรก็ตาม แต่มีแนวความคิดหลักตรงกันอยู่อย่างเดียวกันคือ หลักนิติธรรมนั้นต้องตั้งอยู่ใน**ความถูกต้องชอบธรรม (Righteousness)** ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของไทยประการหนึ่งที่อยู่ในหลักทศพิธราชธรรมคือ “อวิโรธนัง” หรือ “ความไม่คลาดในธรรม” ที่เป็นอมตะธรรมของพระมหากษัตริย์ไทยที่ได้ทรงยึดถือเป็นหลักในการปกครองปวงชนชาวไทยโดย

²⁶⁰ ธานีทร กรีย์วิเชียร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (219), หน้า 3.

ธรรมมาแต่โบราณกาลตลอดมาทุกยุคทุกสมัยตราบจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น “อวิโรจน์” จึงเป็นบ่อเกิดรากเหง้าที่สำคัญของหลักนิติธรรมไทยที่สามารถนำมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล

บทที่ 4

มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ ตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

โดยทั่วไป รัฐใดจะเป็นนิติรัฐที่มีการปกครองโดยหลักนิติธรรมหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากระบบการปกครองก่อนในเบื้องต้นว่าเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยต้องมีการกำหนดให้เป็นของประชาชน และประชาชนมีวิถีทาง บทบาท และส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดถึงลักษณะของอำนาจ องค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจใน 3 ฝ่ายคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยกำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเป็นรูปธรรมซึ่งให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจเพื่อมิให้มีการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยให้หลักประกันในความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวและไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงอยู่ที่ศาลยุติธรรม ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบศาลมากกว่าหนึ่งระบบและมีศาลรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองก็จะเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง²⁶¹ ในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ส่วนศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำสั่ง และการกระทำอื่นของฝ่ายปกครองซึ่งรวมไปถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย

4.1 หลักพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยพบว่า การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมต้องยึดถือหลักการสำคัญ 2 หลักคือ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกันจนกล่าวได้ว่าหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิด

²⁶¹ ปัญญา อุดชาชน, “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”. ใน หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันที่ 6 ธันวาคม 2556, หน้า 2.

หลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนหลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักใหญ่ที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรภาครัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมโดยแบ่งออกเป็นหลักย่อยได้ 4 ประการคือ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ (Separation of powers) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ และหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งวิเคราะห์หลักพื้นฐานดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

4.1.1 หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย

หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรของรัฐผู้ใช้ อำนาจนั้นโดยแบ่งออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ระบุว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” โดยหลักการแล้วทั้งสามอำนาจนี้ต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดหากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้จึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจอาจแยกพิจารณาอย่างเป็นระบบได้ในแง่ของความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐที่แตกต่างกัน 2 ประการคือ “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” (funktionelle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” (personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกร่องให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้ง บุคคลเข้าสู่อำนาจใดอำนาจ

หนึ่ง หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionelle Gewaltenteilung) และในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung) แล้วย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกันที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จขณะเดียวกันก็จะไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง²⁶² ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จึงทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองตามความมุ่งหมายสำคัญของหลักนิติรัฐ

4.1.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในการใช้อำนาจรัฐปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมนั้น ทุกองค์กรต้องเคารพต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ (Supremacy of the Constitution) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้เป็นการย้ำให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีมาตรการสำคัญที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ 2 ประการ คือ²⁶³ **ประการแรก** การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of law) นั้น รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ (The Supreme law of the land) กฎหมายลำดับรองลงมาทั้งหมด ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติพระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และกฎหมายของหน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบังคับตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และข้อบัญญัติเมืองพัทยา จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ **ประการที่สอง** การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีวิธีการและรูปแบบที่พิเศษและยากกว่ากฎหมายธรรมดา เมื่อวิเคราะห์จากมาตรการทั้งสองนี้คือ การตรวจสอบความชอบด้วย

²⁶² อ้างถึงใน ปัญญา อุตชาชน, เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

²⁶³ อ้างถึงใน ปัญญา อุตชาชน, เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

รัฐธรรมนูญของกฎหมายและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดาเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

นอกจากนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี เป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ตั้งขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ. 1961 ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิ้น 17 คน มีวาระดำรงตำแหน่ง 12 ปี ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวและเกษียณอายุ 65 ปี มีประเด็นที่น่าสนใจคือ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในวันที่ 12 กันยายน 2553) มาตรา 148²⁶⁴ คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (Constitutional amendment) ได้ แต่อำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้ต้องตรวจสอบได้เฉพาะรูปแบบ (Form) เท่านั้น กระบวนการร้องขอให้ตรวจสอบดำเนินการได้โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือสมาชิกวุฒิสภา 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด (The Grand National Assembly) จำนวน 550 คน ภายใน 10 วันก่อนประกาศใช้บังคับ รูปแบบ (Form) ดังกล่าวคือ กระบวนการพิจารณาของวุฒิสภา เช่น องค์กรประชุม วิธีการลงคะแนนเสียง และมติเสียงส่วนใหญ่ เป็นต้น ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้านรูปแบบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นว่ามีกระบวนการตราชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำวินิจฉัยถือว่าเด็ดขาดจะอุทธรณ์ต่อไปอีกไม่ได้

ถ้าหากพิจารณาอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว พบว่า อำนาจศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีทั้งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2012) มาตรา 148 ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐชิลีตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐชิลี ค.ศ. 1980 มาตรา 82 (2) และมีทั้งโดยคำพิพากษาของศาล (Judge made law) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรเลียตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

²⁶⁴ อ้างถึงในปัญญา อุดชาชน, เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

เมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2001 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 เป็นต้น²⁶⁵ ด้วยเหตุจากการที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยผ่านกลไกต่างๆ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นต้น จากหลักนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งโลกสากลยอมรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม คงขจัดความสงสัยได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งได้จัดตั้งขึ้นตามแนวความคิดของฮันส์ เคนเซิน (Hans Kelsen) ที่ได้รับยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งศาลรัฐธรรมนูญของโลกและส่งผลให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่อมา โดยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็เป็นต้นแบบในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไทย ประกอบกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ของไทยก็เป็นผลผลิตของสภาร่างรัฐธรรมนูญและการออกเสียงประชามติ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อย่างแน่นอน

4.1.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไป หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz) หรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” นั้นเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายฝ่ายปกครองก็ดีหรือของฝ่ายตุลาการก็ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชนโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจาก กฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการได้²⁶⁶ ดังนี้

²⁶⁵ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2556 จาก www2.ect.go.th/modules/m_files_store/download.php?ref..., หน้า 3.

²⁶⁶ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 5.

(1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Gurdastz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ดังนี้

(1.1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมาย ย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(1.2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องให้ทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบทสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นจึงย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

(2) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ” (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ²⁶⁷ ดังนี้

(2.1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เรียกว่า “ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ” ซึ่งเป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่าง

²⁶⁷ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 3-4.

ไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เท่านั้น

(2.2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้อุบายอย่างเท่าเทียมกัน โดยบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำหนึ่งถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

(2.3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการ ถ้าหากกฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการอาจมีการใช้ดุลพินิจได้โดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

4.1.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”²⁶⁸ รัฐเสรีประชาธิปไตยได้ยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นก็เพื่อความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความสำคัญต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้โดยมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองและคุ้มครอง

นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการเพื่อให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้

²⁶⁸ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 4.

บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie) หลักประกันที่สำคัญคือ หลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้ใช้สิทธิในทางศาลได้

4.2 ลักษณะการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม

ลักษณะวัตถุประสงค์หรือสิ่งใหม่ๆที่จะควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ **ประการที่หนึ่ง** การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์และ **ประการที่สอง** การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจในแง่การทุจริตต่อหน้าที่หรือการกระทำผิดต่อสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่า ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลหรือกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ลักษณะการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมจึงอาจแบ่งประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้เป็น 2 ประเภทหลัก คือ การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรของรัฐกับการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกองค์กรของรัฐ

4.2.1 การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายในองค์กรของรัฐ

โดยทั่วไป การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรของรัฐเฉพาะองค์กรบริหารและฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีการควบคุมตรวจสอบได้ทั้ง 2 ลักษณะ คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติก็ตีหรือองค์กรตุลาการก็ดี การควบคุมภายในองค์กรนั้นจะมีการควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ซึ่งในการวิจัยนี้จึงไม่ได้ศึกษาการควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรของรัฐ เนื่องจากไม่มีความเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมขององค์กรของรัฐในฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและ

หน่วยงานของรัฐตามมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

4.2.2 การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายนอก

การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายนอกสามารถแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะคือ 1) การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง 2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ และ 3) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ²⁶⁹ ซึ่งวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

1) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง

การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองเป็นการเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง เพราะโดยหลักการแล้วองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ คือ หน้าที่ทางนิติบัญญัติโดยมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายและในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาและตามกฎหมายซึ่งต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคสองและมาตรา 78 (6) ในส่วนที่ 3 ว่าด้วยแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน²⁷⁰ ทั้งนี้ บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติในด้านการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในระบบรัฐสภาอาจใช้วิธีการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งคณะกรรมการสอบสวน หรือการตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองก็ยังมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น การที่ฝ่ายบริหารคุมเสียงข้างมากในรัฐสภาหรือการที่พรรคฝ่ายค้านมักสนใจควบคุมตรวจสอบแต่ความบกพร่องเฉพาะที่ทำให้เกิดปัญหาต่อเสถียรภาพของรัฐบาลเท่านั้น ดังนั้น การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองจึงมีความเหมาะสมเฉพาะกับการตรวจสอบในเชิงนโยบายหรือควบคุมและตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่เป็นปัญหาสำคัญๆ ทางนโยบายเท่านั้น

2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการมอบหมายให้องค์กรอิสระต่างๆดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบภายใน

²⁶⁹ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 5-8.

²⁷⁰ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 2.

รัฐเพิ่มขึ้น รวมทั้งมุ่งหมายเพื่อปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนั้น เพื่อให้เจตนารมณ์ดังกล่าวของรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงได้มีการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นหลายองค์กร เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย เช่น การเข้าชื่อถอดถอนบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และการเข้าชื่อริเริ่มเสนอร่างกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนได้ด้วย เป็นต้น ดังนั้น กลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งสืบสานต่อจากฉบับปี พ.ศ. 2540 อาจแยกการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมตรวจสอบโดยประชาชนมีส่วนร่วมในการริเริ่มและการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรของรัฐ

4.3.1 การควบคุมตรวจสอบโดยประชาชนมีส่วนร่วมริเริ่ม

การควบคุมตรวจสอบโดยประชาชนมีส่วนร่วมในการริเริ่มอาจแยกออกได้ 2 กรณี คือ 1) การเข้าชื่อถอดถอนให้ออกจากตำแหน่ง และ 2) การเสนอเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งทำให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมริเริ่มโดยตรงในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมโดยมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนนี้ด้วย

1) การเข้าชื่อถอดถอนให้ออกจากตำแหน่ง

การเข้าชื่อถอดถอนให้ออกจากตำแหน่งอาจแยกออกได้เป็น 2 ระดับ คือ 1.1) ระดับการปกครองส่วนกลาง และ 1.2) ระดับการปกครองส่วนท้องถิ่น

1.1) ระดับการปกครองส่วนกลาง

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 271 ได้บัญญัติให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติตามมาตรา 164 ถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่งได้ คือ ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครอง อัยการสูงสุดที่มีพฤติการณ์ร้ายชัดผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่ง

หน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายออกจากตำแหน่งได้ คำร้องขอนี้ต้องระบุพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวกระทำความผิดเป็นข้อๆ ให้ชัดเจน ส่วนรายละเอียดในการเข้าชื่อของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ในหมวด 5 “การถอดถอนจากตำแหน่ง” ได้กำหนดรายละเอียดไว้ว่า เมื่อปรากฏว่าผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติหรือกฎหมาย วุฒิสภามีอำนาจดำเนินการให้ผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ผู้ดำรงตำแหน่งที่อาจถูกถอดถอนได้ตามมาตรา 58 คือ (1) นายกรัฐมนตรี (2) รัฐมนตรี (3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (4) สมาชิกวุฒิสภา (5) ประธานศาลฎีกา (6) ประธานศาลรัฐธรรมนูญ (7) ประธานศาลปกครองสูงสุด (8) อัยการสูงสุด (9) กรรมการการเลือกตั้ง (10) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (11) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (12) กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (13) รองประธานศาลฎีกา (14) รองประธานศาลปกครองสูงสุด (15) หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร (16) รองอัยการสูงสุด และ (17) ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง

กรณีที่ประชาชนร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 ออกจากตำแหน่งได้นั้นจะต้องมีผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อจำนวนไม่เกินหนึ่งร้อยคน เพื่อดำเนินการจัดทำคำร้องและรับรองลายมือชื่อของประชาชนที่เข้าชื่อจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน โดยผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อและผู้เข้าชื่อต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อและผู้เข้าชื่อต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อต้องไปแสดงตนต่อประธานวุฒิสภาก่อนเริ่มรวบรวมรายชื่อประชาชนผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอ

เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับคำร้องขอให้ถอดถอนแล้ว ให้ประธานวุฒิสภาดำเนินการตรวจสอบและพิจารณาว่าคำร้องขอถูกต้องและครบถ้วนตามกฎหมายหรือไม่ หากเห็นว่าถูกต้องและครบถ้วนแล้วให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เพื่อดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่า ข้อกล่าวหาที่มาจาก การเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งมีมูล และได้รายงานไปยังวุฒิสภาแล้วให้ประธานวุฒิสภาจัดให้มีการประชุมวุฒิสภาเพื่อ พิจารณามีมติโดยเร็ว

1.2) ระดับการปกครองส่วนท้องถิ่น

ตามมาตรา 285 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้ให้สิทธิแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด เห็นว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไปให้สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ จำนวนผู้มีสิทธิเข้าชื่อ หลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อ การตรวจสอบรายชื่อและการลงคะแนนเสียงให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น รายละเอียดการเริ่มต้นกระบวนการในการนำชื่อถอดถอนนั้นได้กำหนดรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการเข้าชื่อร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อดำเนินการให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้ใดหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เพราะเหตุที่ไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไป โดยให้ถือเกณฑ์จำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่ง ดังนี้

- (1) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่เกินหนึ่งแสนคน ต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (2) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินหนึ่งแสนคนแต่ไม่เกินห้าแสนคน ต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินกว่าห้าแสนคนแต่ไม่เกินหนึ่งล้านคน ต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสองหมื่นห้าพันคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินกว่าหนึ่งล้านคน ต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสามหมื่นคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับคำร้องให้ดำเนินการส่งคำร้องนั้นให้แก่บุคคลที่จะถูกลงคะแนนถอดถอนจัดทำคำชี้แจงเพื่อแก้ข้อกล่าวหาตามคำร้องยื่นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งคำร้องจากผู้ว่าราชการจังหวัด หลังจากนั้น

ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแจ้งให้คณะกรรมการการเลือกตั้งทราบภายในเจ็ดวันนับแต่วันรับคำสั่งแจ้ง เพื่อดำเนินการจัดให้มีการลงคะแนนถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นต่อไป

2) การเสนอเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดิน

นอกเหนือจากการเข้าชื่อถอดถอนของประชาชนแล้ว ประชาชนยังอาจทำการเสนอเรื่องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินได้ หากข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินดังนี้

2.1) เป็นเรื่องการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม

2.2) เป็นเรื่องการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่ชอบธรรม ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบ หรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตามอันเป็นการขัดหรือละเมิดต่อหลักนิติธรรม

โดยที่ระเบียบของผู้ตรวจการแผ่นดินได้กำหนดให้ผู้พบเห็นเหตุการณ์อาจร้องเรียนไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินได้ ดังนั้น การเริ่มต้นกระบวนการสอบสวนของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงอาจเริ่มต้นได้ ไม่เพียงเฉพาะกรณีที่เกิดจากการร้องเรียนของผู้เสียหายเท่านั้น การให้ผู้พบเห็นเหตุการณ์นั้นสามารถร้องเรียนได้ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนในการเริ่มต้นเพื่อนำไปสู่การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

4.3.2 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

โดยทั่วไป การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรของรัฐอาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะคือ การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการและการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนของการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายตุลาการนั้นแบ่งออกได้ดังนี้คือ 1) ศาลรัฐธรรมนูญ 2) ศาลปกครอง 3) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และ 4) ศาลยุติธรรม

1) ศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐทั้งหมด ส่วน

การควบคุมตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันเป็นการตรวจสอบในลักษณะเฉพาะตัวบุคคลมีกำหนดไว้ในกรณีต่อไปนี้

(ก) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 91) ซึ่งการตรวจสอบสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวตามมาตรา 91 นั้น ได้เชื่อมโยงกับการกระทำอันต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคแรก²⁷¹ หรือมาตรา 266²⁷² ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(ข) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีเป็นการเฉพาะตัว ตามมาตรา 182 ทั้งนี้ โดยได้เชื่อมลักษณะที่ห้ามมิให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีกระทำการใดๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 266²⁷³, 268, 269 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(ค) อำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับคุณสมบัติของกรรมการการเลือกตั้ง หรือมีการกระทำอันต้องห้ามหรือไม่ตามมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

2) ศาลปกครอง

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 สืบต่อจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยให้เป็นระบบศาลคู่ที่แยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม

²⁷¹ มาตรา 265 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้อง (1) ไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น (2) ไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม (3) ไม่รับเงินหรือประโยชน์ใดๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจปฏิบัติต่อบุคคลอื่นๆ ในธุรกิจการงานตามปกติ (4) ไม่กระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 48

²⁷² มาตรา 266 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องไม่ใช้สถานะหรือตำแหน่งการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซงเพื่อประโยชน์ของตนเอง ของผู้อื่น หรือของพรรคการเมือง ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในเรื่องต่อไปนี้ (1) การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินงานในหน้าที่ประจำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น (2) การบรรจุ แต่งตั้ง ย้าย โอน เลื่อนตำแหน่ง และเลื่อนเงินเดือนของข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือ (3) การให้ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำและมีใช้ข้าราชการการเมือง พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ กิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือราชการส่วนท้องถิ่น พ้นจากตำแหน่ง

²⁷³ มาตรา 266 อ้างถึงแล้ว, ในเชิงอรรถที่ (272).

โดยมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 (มาตรา 276 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาทที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือ ในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยตนเอง ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ต่อมาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐดังนี้

(ก) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะ เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(ข) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ค) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(ง) คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

โดยสรุป ศาลปกครองซึ่งได้จัดตั้งขึ้นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ซึ่งทำให้ระบบการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองมากขึ้น และทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีความโปร่งใสถูกต้องตรวจสอบได้มากขึ้น

3) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มีศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นองค์กรพิเศษในการควบคุมตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกองค์กรหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาญาตามปกตินั้น ไม่เหมาะสมกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดในกรณีที่น่าายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่นถูกกล่าวหาว่าร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา

ในการพิจารณาคดีนั้นให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองยึดสำนวนของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นหลัก ในการพิจารณาและอาจไต่สวนหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร การพิจารณาคดีให้ถือเสียงข้างมากโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องทำความเห็น ในการวินิจฉัยคดีเป็นหนังสือพร้อมทั้งต้องแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ คำสั่ง และคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้เปิดเผยและเป็นที่สุด รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542

4) ศาลยุติธรรม

การควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรมเป็นการตรวจสอบตามกฎหมายทั่วไป ซึ่งในที่นี้คือประมวลกฎหมายอาญาอันเป็นกฎหมายที่กำหนดการตรวจสอบไว้เป็นการทั่วไปสำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยมิชอบของนักการเมืองและข้าราชการประจำ ซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(ก) ความผิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น ได้แก่ ความผิดตั้งแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ถึงมาตรา 152 และมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญาคือ ความผิดฐานเจ้าพนักงานยกยอกตามมาตรา 147 ความผิดฐานเจ้าพนักงานข่มขืนใจหรือจูงใจ

ให้บุคคลมอบให้ซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ตามมาตรา 148 ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดตามมาตรา 150 ความผิดฐานเจ้าพนักงานใช้อำนาจในตำแหน่งโดยทุจริตตามมาตรา 151 ความผิดฐานเจ้าพนักงานเข้ามีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นตามมาตรา 152 ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 157

(ข) ความผิดที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐหรือผู้อื่น คือ ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานทำลายทรัพย์สินหรือเอกสารในการปกครองตามมาตรา 158 ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานทำอันตรายหรือเครื่องหมายที่ประทับที่ทรัพย์สินหรือเอกสารเพื่อเป็นหลักฐานในการยึดตามมาตรา 159 ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานทำให้ผู้อื่นรู้ความลับในราชการตามมาตรา 164 ความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานละทิ้งงานหรือกระทำการเพื่อให้หยุดชะงักหรือเสียหายตามมาตรา 166

4.3.3 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 1) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ 2) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน 3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน และ 4) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

1) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยบัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ดังนี้

(ก) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นต่อวุฒิสภากรณีที่มีการร้องขอเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกจากตำแหน่ง

(ข) ได้สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นส่งไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 275

(ค) ได้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

(ง) ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริง รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(จ) ดำเนินการส่งเรื่องให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนสิทธิหรือเอกสารสิทธิที่เจ้าหน้าที่รัฐได้อนุมัติ หรืออนุญาตให้สิทธิประโยชน์ หรือออกเอกสารสิทธิแก่บุคคลใดไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือระเบียบของทางราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการ

2) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดเรื่องการตรวจเงินแผ่นดินไว้ในหมวด 11 ตามมาตรา 352-354 ส่วนรายละเอียดนั้นเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ซึ่งได้บัญญัติให้ “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การให้คำปรึกษาและแนะนำการเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน และการกำหนดโทษปรับทางปกครอง รวมทั้งการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด

3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่งที่สามารถร่วมในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ โดยได้กำหนดเรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินไว้ในมาตรา 242-245 โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินไว้ดังนี้

(3.1) พิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี (ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น (ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการ พนักงาน ลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3.2) จัดทำรายงานพร้อมทั้งเสนอความเห็นและข้อเสนอแนะต่อรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยใน

เรื่องนั้นๆ โดยตรง หากแต่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คอยรับเรื่องหรือคอย สอดส่องดูแล ว่ามีการกระทำใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อน ไม่เป็นธรรมต่อประชาชน ในกรณีเหล่านี้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาก็จะส่งเรื่อง นั้นๆ ไปให้องค์กรผู้มีความสามารถในการพิจารณาวินิจฉัยดำเนินการต่อไป

4) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 257 ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมทั้งเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีเห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และฟ้องต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

4.4 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม

4.4.1 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

1) หลักการทั่วไปของการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ที่ต้องยึดถือหลักสำคัญ 3 ประการ²⁷⁴ คือ (ก) หลักธรรมาธิปไตยเป็นหลักปฏิบัติหน้าที่ในฐานะความเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่และมีกระบวนการตัดสินใจบนฐานของฝ่ายเสียงข้างมากที่มีมโนธรรมสำนึกแห่งเหตุผลที่มีคุณธรรมโดยมีหลักฐานอ้างอิงและรักษาประโยชน์ที่ยุติธรรมของประชาชนส่วนใหญ่ในการสร้างกฎหมายที่ติดตามหลักนิติธรรม²⁷⁵ (ข) หลักรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 4 ในบททั่วไปและมาตรา 26-69 ในหมวดสามว่าด้วยสิทธิ

²⁷⁴ ปราณพงษ์ ดิลกัทธ, “อำนาจรัฐกับกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ”. ใน รวมบทความทางวิชาการของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549), หน้า 422-474.

²⁷⁵ โปรดดูรายละเอียดหลักธรรมาธิปไตยใน สุรพล ศรีวิทยา, รายงานการวิจัยเรื่อง การปฏิรูปประชาธิปไตยไทยภายใต้กรอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับธรรมาธิปไตย. ปทุมธานี : สำนักวิจัย มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557.

และเสรีภาพของชนชาวไทย โดยเฉพาะที่ระบุไว้ในมาตรา 27 ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย และโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองแล้วจึงต้องผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย (ค) หลักการมีกฎหมายที่ดีเป็นหลักนิติธรรมสำคัญในการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ดีต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลัง มีการประกาศใช้ให้ทราบทั่วไป ไม่บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควร ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่น อีกทั้งการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในปัจจุบันก็เข้มงวดขึ้นตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบริหารบ้านเมืองที่ดีด้วย

2) มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการตราบทบัญญัติของกฎหมายนั้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในกระบวนการตราและเนื้อหาของสาระของกฎหมาย หลักรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า การตรากฎหมายใดที่จะไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้รัฐสภาก็จะไปตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้และการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพก็ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) อีกทั้งต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง โดยต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง) ซึ่งมีมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

2.1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตรากฎหมายของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมก็จะต้องยึดถือหลักการ 3 ประการคือ หลักกรรมมิปไตย หลักรัฐธรรมนูญ และหลักการมีกฎหมายที่ดีดังกล่าวข้างต้น จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าเป็นร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบสถานะและคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาซึ่งผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายนั้นให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเช่นเดียวกับศาลใดๆ จึงไม่มีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินการ

ด้วยตนเอง จะต้องมีการฟ้องหรือคำร้องมาสู่ศาลจึงจะมีอำนาจหน้าที่ยับยั้งเรื่องนั้น ขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยได้ ซึ่งมีคำร้องที่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักนิติธรรมได้ใน 5 กรณี²⁷⁶ ดังต่อไปนี้

(1) คำร้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141 และ 154 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งร่างกฎหมายและกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว เมื่อร่างกฎหมายได้ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภา ไม่ว่าจะเป็ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติทั่วไป สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถใช้สิทธิเข้าชื่อยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า ร่างกฎหมายนี้ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือมีบทบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะส่งคำร้องนั้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย การมีศาลรัฐธรรมนูญตรงจุดนี้ เป็นการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่ให้ถูกรอบงำโดยเสียงข้างมาก โดยเสียงข้างน้อยมีอำนาจที่จะให้มีการตรวจสอบร่างกฎหมายใดๆ ที่เห็นว่ามิมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรวจสอบนี้ไม่อาจแก้ไขในชั้นของรัฐสภาได้ จึงต้องใช้องค์กรที่มีความอิสระเป็นกลางอย่างศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาพิจารณาตรวจสอบ เช่น ร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าตราขึ้นโดยไม่ชอบรัฐธรรมนูญ มีผลให้ร่างกฎหมายนี้ตกไป ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาแล้วมีปัญหาการตรากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือมีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีอาจขอการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย แล้วส่งร่างกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยจึงเป็นกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

(2) คำร้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ ในบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วอยู่จำนวนหลายร้อยฉบับอาจมีบางฉบับที่มีบทบัญญัติไปละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน บุคคลที่ได้รับผลกระทบนั้นสามารถจะใช้สิทธิทางศาลโต้แย้งว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจึงต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้แล้วส่งคำร้องเป็นทางการให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ที่เปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถใช้สิทธิทางอ้อมขอให้ศาลส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้

²⁷⁶ ปธานพงษ์ ดิลกัทร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (274), หน้า 457-463.

ซึ่งไม่อาจยื่นคำร้องโดยตรงไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เมื่อประชาชนเกิดปัญหาสิทธิเสรีภาพของตนเองถูกกระทบโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ต้องใช้สิทธิฟ้องคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองหรือศาลทหารก่อนแล้วจึงโต้แย้งต่อศาลนั้นว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในอีกกรณีเป็นการโต้แย้งผ่านทางศาลปกครองวาระจะเทียบตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493²⁷⁷ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการจำหน่ายแบ่งข้าวหมัก ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยว่าระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบที่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีการใช้สิทธิอุทธรณ์โดยโต้แย้งผ่านศาลปกครองสูงสุดไปศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชบัญญัติสุราฯ มาตรา 24 และมาตรา 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่าในส่วนของแบ่งข้าวหมักในมาตรา 24 และมาตรา 26 นั้นนิยามของคำว่า “เชื้อสุรา” ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 50 เพราะไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการค้าหรือการประกอบอาชีพของประชาชน เมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ การจำหน่ายแบ่งข้าวหมักก็สามารถทำได้โดยเสรี

(3) คำร้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141 และ 149 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอมิให้มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้ยบยั้งไว้ โดยปกติการยบยั้งร่างพระราชบัญญัติถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติทั่วไป สมาชิกวุฒิสภาจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ต้องล่วงพ้น 180 วันไปแล้ว ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สมาชิกวุฒิสภาอาจยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้โดยไม่ต้องรอให้ครบกำหนด 180 วัน ถ้ามีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้ามาใหม่ที่มีหลักการคล้ายกันกับร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยบยั้งไว้ก็อาจถูกโต้แย้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายเสียงข้างน้อยส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 177 ว่าร่างใหม่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ส่วนรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 215 ระบุว่าในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเรื่องใดหรือประเด็นใดที่ได้มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเป็นเรื่องหรือประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยแล้วศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่รับเรื่องหรือประเด็นดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

(4) คำร้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญ

²⁷⁷ ปราณพงษ์ ดิลภัทร, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 460.

ในการตรวจสอบข้อบังคับการประชุมของรัฐสภานั้นไม่ว่าจะเป็นร่างข้อบังคับการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรหรือร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาหรือร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภานั้น ถ้าหากมีปัญหาโต้แย้งว่าเป็นข้อบังคับการประชุมที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็อาจมีการเข้าชื่อส่งคำร้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองเสียงข้างน้อยตามหลักประชาธิปไตยในการใช้ช่องทางนี้สาธารณชนก็จะคอยจับตามองว่า ร่างข้อบังคับดังกล่าวนั้นมีความสมเหตุสมผลเป็นกฎหมายที่ดีแค่ไหนตามหลักนิติธรรม ในท้ายที่สุดก็จะนำไปสู่การตัดสินใจออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาการเลือกตั้งครั้งต่อไปตามกติกาประชาธิปไตยเพื่อดำรงรักษาหลักนิติธรรมไว้

(5) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบตามมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญ

ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญในการรับคำร้องและเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้ 2 กรณีคือ กรณีแรก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดพร้อมด้วยความคิดเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และกรณีที่สอง หากกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดๆ มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความคิดเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

2.2) การตรวจสอบการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา

นอกจากนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีซึ่งดำรงตำแหน่งทางการเมืองในฝ่ายบริหารกับประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการซึ่งดำรงตำแหน่งในฝ่ายตุลาการและกระบวนการยุติธรรมแล้ว วุฒิสภายังมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาออกจากตำแหน่งในกรณีที่มิประพฤติสุจริตในทางทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ หรือสื่อว่าการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือสื่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือ

สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 20,000 ชื่อผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอ ต่อประธานวุฒิสภาตามมาตรา 271 เพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลผู้ดำรง ตำแหน่งดังกล่าวข้างต้นออกจากตำแหน่งนั้นได้ตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ

2.3) การตรวจสอบบรรณาภิบาลของรัฐสภาในการตรากฎหมาย

ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบริหารบ้านเมืองที่ดี²⁷⁸ การตรากฎหมาย ขึ้นใช้บังคับในปัจจุบันนี้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น จึงต้องสามารถตอบคำถามต่อสังคม ให้ได้ว่า การตรากฎหมายในเรื่องต่างๆ นั้นมีความจำเป็นและความสำคัญที่มีประโยชน์ ต่อมหาชนส่วนรวมอย่างไร ในทางรัฐศาสตร์ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐ ในการดำเนินนโยบายที่รัฐบาลได้ให้สัญญาไว้ต่อประชาชนในการเข้ามาบริหาร ราชการแผ่นดินตามแผนนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ในหมวด 5 มาตรา 75-87 ถึงแม้รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) เป็นผู้เสนอ ร่างกฎหมายได้ แต่ขณะเดียวกันสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีอำนาจที่จะเสนอร่าง กฎหมายได้เช่นเดียวกัน และถ้าเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินจะต้องให้ นายกรัฐมนตรีให้การรับรองเสียก่อน ร่างกฎหมายนั้นจะเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร ใช้ในการดำเนินนโยบายดังกล่าว แนวทางการบริหารจัดการตามหลักธรรมาภิบาล ในยุคปัจจุบันนี้ก็ควรจะออกกฎหมายเท่าที่จำเป็น เพราะยังมีกฎหมายออกมามาก เท่าใดก็ยังมีผลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นเท่านั้น ในการเสนอร่างกฎหมายในวาระแรกรับหลักการ ผู้เสนอร่างนั้นจึงต้องตอบคำถาม หลักการและเหตุผลตามรายการตรวจสอบความสำคัญและความจำเป็นในการ ตรากฎหมายนั้น ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมเพื่อใช้ อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาล รัฐธรรมนูญ (Constitutional Governance) ด้วย

นอกจากนี้ เครื่องมือในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยอำนาจ บริหารของรัฐบาลนั้น นายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐในการตราพระราชกฤษฎีกายกสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี ก็มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นเครื่องมือในการบริหารนโยบายของรัฐบาล

²⁷⁸ โปรดดูรายละเอียดหลักธรรมาภิบาลใน สุรพล ศรีวิทยาและคณะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การศึกษาแนวทาง แก้ไขและป้องกันกรทุจริตในภาคเอกชนไทยของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์. (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, ภาครกิจวิทยาการสาขานิติศาสตร์), 2557.

หากเป็นร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีระบุไว้เป็นนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภาว่ามีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 75) ที่ต้องสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (มาตรา 76 วรรคหนึ่ง) คณะรัฐมนตรีก็จะต้องจัดให้มีแผนการตรากฎหมายที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามนโยบายและแผนบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 76 วรรคสอง) สำหรับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่สภาผู้แทนราษฎรมิมีมติไม่เห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ถึงกึ่งหนึ่งอาจจะขอให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อมีมติอีกครั้งหนึ่งได้²⁷⁹ นอกจากนี้ รัฐมนตรียังมีสิทธิเข้าประชุมแถลงข้อเท็จจริงและแสดงข้อคิดเห็นในที่ประชุมรัฐสภาแต่ไม่มีสิทธิออกเสียง ขณะเดียวกันก็มีสิทธิขอให้มีการอภิปรายทั่วไปในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินได้ด้วย

4.4.2 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม

1) หลักการทั่วไปของการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรของรัฐทางการเมืองที่ใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ จึงมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งเป็นราชการบริหารส่วนกลาง หรือไม่ว่าจังหวัด อำเภอซึ่งเป็นราชการส่วนภูมิภาค หรือไม่ว่าองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นทุกประเภททั้งห้ารูปแบบคือ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล (อบต.) กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา (สองรูปแบบหลังนี้ไม่ถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ)²⁸⁰ ในฝ่ายบริหารจึงมีเพียงคณะรัฐมนตรีเท่านั้นที่มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยต้องใช้มติของคณะรัฐมนตรีส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยการตรวจสอบการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ละกระทรวงซึ่งกระทรวงทุกกระทรวงไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะส่งคำร้องดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้

คณะรัฐมนตรีประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอีก 35 คน รวมเป็นรัฐบาลจึงเป็นคณะบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เพื่อดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินในการปกครองประเทศตามระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจ

²⁷⁹ ปราบพงษ์ ดิลกัทธ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (274), หน้า 442-443.

²⁸⁰ ปราบพงษ์ ดิลกัทธ, เพิ่งอ้างถึง, หน้าเดียวกัน.

บริหารของคณะรัฐมนตรีแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ²⁸¹ คือ **ลักษณะที่หนึ่ง** เป็นการใช้อำนาจทางบริหารคือ อำนาจในการกำหนดนโยบาย วางนโยบายในการปกครอง วางนโยบายในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐ ครอบคลุมไปถึงการกระทำทางรัฐสภาของฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภาและการเสนอกฎหมายเพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารนโยบาย รวมถึงการดำเนินนโยบายต่างประเทศในความสัมพันธ์กับนานาประเทศทั่วโลก **ลักษณะที่สอง** เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง การใช้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการดำเนินนโยบายโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือผ่านทางองค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งตรงจุดนี้เองอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของการกระทำทางปกครองโดยมีศาลปกครองเป็นองค์กรสำคัญที่เข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบมติคณะรัฐมนตรีได้ ถ้ามติคณะรัฐมนตรีนั้นมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคล เช่น มติคณะรัฐมนตรีในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือกรณีการดำเนินการทางวินัย เป็นต้น ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจที่ศาลปกครองสามารถเข้ามาตรวจสอบได้

2) มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม

มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มี 6 มาตรการคือ 1) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ 2) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลปกครอง 3) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง 4) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยวุฒิสภา 5) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา 6) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ²⁸² ดังนี้

2.1) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ

²⁸¹ ปราณพงษ์ ดิลภัทร, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 464-465.

²⁸² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”, ใน *หนังสือคู่มือการศึกษาวินัยกฎหมายปกครอง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา*, 2547, หน้า 151-154.

(ก) การตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 185 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีตราขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดหรือไม่ กล่าวคือ ได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

(ข) การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ร่างกฎหมายใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังไม่ได้นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 154

(ค) การตรวจสอบปัญหาความขัดแย้งของการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐ

ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นหรือประธานรัฐสภาอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 214 เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง โดยเฉพาะหากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่มีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่กับคณะรัฐมนตรี ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในปัญหาความขัดแย้งนั้นหรือไม่

(ง) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดย คณะรัฐมนตรี

ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีได้แก่ การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ ข้อบังคับ ระเบียบ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีความหรือมีข้อพิพาทกันในศาลก่อน ผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 245³⁸³

2.2) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดย ศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีจะถูกละเมิดตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้นหรือไม่ ปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง ว่ามีการกระทำใดของคณะรัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้น ส่วนการใช้อำนาจตามกฎหมายของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอาจถูกละเมิดตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองชั้นต้น หากการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี คือ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการออกพระราชกฤษฎีกาหรือ

²⁸³ โปรตดูรายละเอียดใน สีหนาท ประยูรรัตน์และคณะ, การสร้างความร่วมมือในการปราบปรามคอร์รัปชัน. เอกสารประกอบการสัมมนาผลการศึกษา วันที่ 15 มิถุนายน 2548 ณ โรงแรมทวิน ทาวเวอร์ กรุงเทพมหานคร, หน้า 21-25.

กฎนั้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42

2.3) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(ก) การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คือ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีถูกกล่าวหาว่ารั่วรัยผิดปกติ กระทบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกระทบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งความเห็นส่งให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฯ เพื่อลงโทษทางอาญาและพิพากษาให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 270 มาตรา 271 และ มาตรา 262

(ข) ในกรณีการตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 ในกรณีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี มีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทุกครั้งที่เข้ารับตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง หากผู้ใดใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินหรือใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจเสนอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพื่อให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 263 และการร้องขอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 263 ไม่ใช่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง แต่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลในฐานะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบดังกล่าวนี้จะส่งผลต่อรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่งไป

2.4) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยวุฒิสภา

การใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยวุฒิสภาในกรณีนี้ คือ การถอดถอนนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีกระบวนการเริ่มจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

เท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ริเริ่ม หรือในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้ริเริ่มโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง โดยกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และมีคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภามาตรับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 มาตรา 271 และมาตรา 274

2.5) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา

มาตรการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา ซึ่งตามกฎหมายมหาชนถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจแยกออกได้เป็น 6 มาตรการดังต่อไปนี้

(ก) การตั้งกระทู้ถาม

รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักการตั้งกระทู้ถามไว้ 2 ประเภทคือ กระทู้ถามตามมาตรา 156 กับกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 การตั้งกระทู้ถามตามมาตรา 156 เป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติสามารถยื่นกระทู้ถามรัฐบาลในเรื่องเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้แต่รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ความเปิดเผยเพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน และเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถชี้แจง สำหรับการตั้งกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 เป็นหลักการใหม่ที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2550 เป็นครั้งแรกโดยกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรก่อนเริ่มประชุมในวันนั้นว่าจะถามนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องนั้นโดยไม่ต้องระบุคำถามและให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรบรรจุเรื่องดังกล่าวไว้ในวาระการประชุมวันนั้น การถามและการตอบกระทู้ตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้สัปดาห์ละหนึ่งครั้ง และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้หนึ่งตั้งกระทู้ถามด้วยวาจาเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินนั้นได้เรื่องละไม่เกินสามครั้ง ทั้งนี้ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร

(ข) การเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักการใหม่ของการขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร ภายใต้ข้อสมมติฐานที่ว่า ถ้าหากการควบคุมหรือการตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะนายกรัฐมนตรี เป็นไปอย่างเป็นระบบ มีการกำหนดรูปแบบและวิธีการยื่นญัตติและข้อกล่าวหาอย่างชัดเจน รวมทั้งมีระเบียบและขั้นตอนการลงโทษที่เป็นรูปธรรมแล้ว จะเป็นการเสริมสร้างให้ฝ่ายบริหารมีเสถียรภาพในการปฏิบัติหน้าที่มากขึ้น และยังจะเป็นการเพิ่มศักยภาพความเป็นผู้นำให้เกิดขึ้นกับผู้นำฝ่ายบริหารอีกด้วย กระบวนการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจมีการเชื่อมโยงและสัมพันธ์กับกระบวนการถอดถอนและการดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270-274 ไว้อย่างเป็นระบบ กล่าวคือ ในขณะที่ฝ่ายค้านยื่นญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้น หากข้อกล่าวหาเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 คือ มีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ฝ่ายค้านจะต้องยื่นข้อกล่าวหาดังกล่าวไปยังคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินการไต่สวนอีกทางหนึ่งด้วย และหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาข้อกล่าวหาแล้ว มีมติว่า ข้อกล่าวหาอันนั้นมีมูลความจริง ผู้ถูกกล่าวหา นั้นจะต้องพ้นจากตำแหน่งทันที จะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้จนกว่าวุฒิสภามี พิจารณามีมติในการถอดถอนออกจากตำแหน่ง นอกจากนี้ยังจะต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกด้วย

(ค) การเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน โดยไม่มีการลงมติ

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 161 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภাজำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า จะไม่มีการลงมติ แต่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหา สำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน ถือเป็น การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ ของคณะรัฐมนตรีในการบริหารราชการแผ่นดินอีกทางหนึ่งโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ

(ง) การตั้งคณะกรรมการ

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 135 กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการสามัญและ มีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญ เพื่อกระทำการพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา แล้วรายงานต่อรัฐสภา มติตั้งคณะกรรมการวิสามัญนั้นต้องระบุกิจการหรือเรื่องให้ ชัดเจนและไม่ซ้ำหรือซ้อนกัน การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำการพิจารณาสอบสวน หรือศึกษาเรื่องใดๆ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาเป็นไปตามเจตนารมณ์ของ รัฐสภาที่ต้องการจะให้พิจารณาศึกษาในรายละเอียดเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ ก่อนที่จะนำผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา โดยมติความเห็นชอบของรัฐสภาผ่านไปยังคณะรัฐมนตรีต่อไป และถือว่าการพิจารณาศึกษาหรือ สอบสวนประเด็นปัญหาหรืออุบัติเหตุใด ๆ ของคณะกรรมการตามที่รัฐสภามอบหมาย นั้นเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินรูปแบบหนึ่ง ผลการพิจารณาเป็นเพียง ข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านรัฐสภาไปยังฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพ ของฝ่ายบริหารหรือมีเงื่อนไขกำหนด ให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด หากพิจารณา วิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของการปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารของระบบ คณะกรรมการแล้ว ต้องการจะให้การทำงานของฝ่ายบริหารที่ผ่านไปแต่ละวันนั้น มีความเชื่อมโยงและรับผิดชอบต่อรัฐสภา เพื่อให้การบริหารงานของฝ่ายบริหาร เป็นไปอย่างระมัดระวังและรอบคอบยิ่งขึ้น

(จ) การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดิน

การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดินผ่านกระบวนการ พิจารณาของรัฐสภาที่ใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานจนถึงปัจจุบันคือ การพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย ซึ่งหมายความว่า งบประมาณรายจ่ายประจำปีใดๆ ของฝ่ายบริหารก่อนที่จะนำออกมาใช้บังคับนั้น จะต้องได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาก่อน อย่างไรก็ตาม การควบคุมในฐานะเป็น ผู้พิจารณาอนุมัติของรัฐสภาดังกล่าว หากพิจารณาถึงผลของการควบคุมแล้ว ค่อนข้างจะได้ผลในระดับหนึ่งและเป็นการควบคุมโดยทางอ้อม ทั้งนี้ เพราะรัฐสภา มิได้ลงไปควบคุมดูแลถึงในระดับปฏิบัติ²⁸⁴ นอกจากนี้ การควบคุมการใช้อำนาจ

²⁸⁴ โปรตดูรายละเอียดใน มนตรี รูปสุวรรณและคณะ, รายงานการวิจัยเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่าย นิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารและเสถียรภาพของรัฐบาล”. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 14-22.

ของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอนี้ ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมิได้ไม่รับหลักการแห่งพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้รัฐบาลต้องลาออก แต่ตามจารีตประเพณีของการปกครองในระบอบรัฐสภา รัฐบาลก็มักจะลาออกเพราะถือว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเป็นกฎหมายสำคัญ การที่สภาผู้แทนราษฎรไม่รับหลักการแห่งร่างกฎหมายนั้น จึงเท่ากับการไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยปริยายนั่นเอง²⁸⁵ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลอาจจะเลือกวิธีการยุบสภาแทนการลาออกก็ได้

(จ) การให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา

รัฐธรรมนูญของไทยในอดีตที่ผ่านมา มีบทบัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาโดยตลอด เพียงแต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจด้วยพระองค์เองแต่ทรงใช้อำนาจผ่านทางคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 และบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสนธิสัญญานั้น อยู่ในหมวดของ “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งหมายความว่า อำนาจทำสนธิสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร มิใช่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ สำหรับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรคสองนั้น มีสนธิสัญญา 3 ประเภท ที่ต้องให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบคือ (1) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย (2) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ และ (3) สนธิสัญญาที่จะต้องออกกฎหมายอนุวัติการหรือบังคับให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศ

ตามที่ได้แบ่งมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของคณะรัฐมนตรีไว้ 5 มาตรการข้างต้นเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาล ยกเว้นกรณีเดียวคือตามมาตรการที่ 5 คือการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาซึ่งถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” หรือการกระทำทาง

²⁸⁵ โปรดดูรายละเอียดใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, คำอธิบายกฎหมายการคลัง. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 278.

การเมืองที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเท่านั้น ส่วนมาตรการที่ 4 กรณีการตรวจสอบโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนทั้งหมดเข้าชื่อเพื่อให้วุฒิสภาดูดอนให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งนั้น ไม่ถือว่าเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยแท้ เพราะว่าในขณะเดียวกันนั้น ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 20,000 คน ก็มีสิทธิเข้าชื่อขอให้ถอดถอนได้เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และข้อกล่าวหาที่ได้เข้าชื่อนั้น หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตรวจสอบแล้วมีมูล คณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็จะต้องส่งข้อกล่าวหาขึ้นให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกทางหนึ่งนอกเหนือจากที่ต้องส่งให้วุฒิสภาพิจารณาลงมติการถอดถอนให้ออกจากตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 274 วรรคสองจึงเป็นการตรวจสอบทางกฎหมายโดยมีองค์กรศาลเป็นผู้ตรวจสอบด้วย จึงไม่ใช่เป็นเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” ที่คณะรัฐมนตรีต้องถูกตรวจสอบและรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภาเพียงอย่างเดียว

การพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ ในทางทฤษฎีแล้วจำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบสามประการ²⁸⁶ คือ องค์กรผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจกระทำการ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป โดยต้องพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำเป็นลำดับแรก หากเป็นการกระทำโดยองค์กรรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี) ก็ต้องพิจารณาในลำดับถัดมาว่า เป็นเรื่องของการกระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ถ้าเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะเมื่อรัฐบาลตัดสินใจกระทำการลงแล้วก็ต้องพร้อมที่ต้องรับผิดชอบต่อการเมืองต่อรัฐสภา การกระทำของรัฐบาลในกฎหมายไทย โดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญได้จำแนกลักษณะการกระทำของรัฐบาลเป็น 9 ประเภท²⁸⁷ ดังนี้

(1) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การเลือกและการแต่งตั้งองคมนตรี และการให้ออกมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์

²⁸⁶ สาโรช โชติพันธุ์, การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2541, หน้า 68.

²⁸⁷ สาโรช โชติพันธุ์, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 69-70.

พ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

(2) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งรัฐมนตรี และการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกรัฐสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก การประกาศสงคราม

(4) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

(5) การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ การพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์

(6) การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ

(7) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุมรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

(8) การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการใดๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน

(9) การกระทำในทางนโยบาย ได้แก่ การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของนายกรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของรัฐมนตรี

2.6) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรศาลนั้นสามารถทำได้โดยการจัดทำข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำต่อหน่วยงานของฝ่ายบริหาร หากหน่วยงานสังกัดฝ่ายบริหารไม่ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำแล้ว องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็มีอำนาจในการ

รายงานให้คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารพิจารณา หรือมีบทบาทในการสนับสนุนช่วยเหลือรัฐสภาในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร²⁸⁸ ดังต่อไปนี้

(1) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการสนับสนุนช่วยเหลือรัฐสภาในการตรวจสอบฝ่ายบริหาร คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ให้คำแนะนำแก่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีและรายงานผลการปฏิบัติงานระหว่างปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ เพื่อให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาดำเนินการจัดส่งรายงานดังกล่าวไปยังคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและคณะกรรมการของวุฒิสภา ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการติดตามผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณเพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (7) มาตรา 48 มาตรา 49 และมาตรา 50)

(2) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดินในการสนับสนุนช่วยเหลือรัฐสภาในการตรวจสอบฝ่ายบริหาร ในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเรื่องใดในเวลาอันควร ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจส่งเรื่องดังกล่าวไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นนั้นเพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีก็ได้ และเมื่อระยะเวลาได้ล่วงเลยไปพอสมควรแล้ว ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่นยังไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันควร และเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญหรือเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจทำรายงานเรื่องนั้นเสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นการด่วนก็ได้ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 31)

²⁸⁸ บุญเสริม นาคสาร, “การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรี”. ใน รวบรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549), หน้า 500-502.

โดยสรุป การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจึงมีมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมที่เข้มข้นมากกว่าทุกองค์กรของรัฐ เนื่องจากองค์กรบริหารเป็นฝ่ายที่มีอำนาจและผลประโยชน์มากมายและมักจะใช้อำนาจรัฐนั้นแทรกแซงองค์กรของรัฐอื่นและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากกว่าทุกองค์กร

4.4.3 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม

1) หลักการทั่วไปของการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม

นับตั้งแต่มีการปฏิรูปการเมืองตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 (ฉบับประชาชน) และได้สืบสานต่อเนื่องโดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 (ฉบับประชามติ) ระบบศาลไทยในปัจจุบันได้ปรับเปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยวไปเป็นระบบศาลคู่ประกอบด้วย 4 ศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองคู่กับศาลยุติธรรม และศาลทหารที่มีอยู่เดิม ทั้งสี่ศาลจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ทางกระบวนการยุติธรรมให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองกับศาลยุติธรรมและศาลทหารให้มี “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีสถานะเท่าเทียมกับศาลอื่น แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเด็ดขาดและผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรคือ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ (มาตรา 216 วรรห้า) นอกจากนี้ แม้ว่าศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะอยู่ในศาลยุติธรรม แต่ก็ถือว่าเป็นศาลที่แยกออกมาต่างหาก เพราะมีระบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาความเป็นระบบไต่สวนที่แตกต่างจากศาลยุติธรรมที่เป็นระบบกล่าวหาอย่างชัดเจนโดยผู้พิพากษาต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตนเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

การใช้อำนาจตุลาการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบันมีศาลหลายระบบ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของศาลในแต่ละระบบมีลักษณะของความเป็นศาลที่เหมือนกัน 2 ประการคือ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลทุกศาลต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมและต้องกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์โดยก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระมหากษัตริย์และมีวิธีพิจารณาของตนเองที่เป็นอิสระตามหลักนิติธรรม วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต่างจากศาลอื่นคือวิธีพิจารณาของศาลอื่นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีวิธีพิจารณาที่ศาลรัฐธรรมนูญตราขึ้นได้เองเพราะรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

สามารถตราข้อกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองได้ ในประเด็นนี้จึงทำให้นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนวิจารณ์ว่า วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญควรตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญออกแบบเช่นนี้เพราะต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ถ้าจะให้รัฐสภาซึ่งอาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตราวิธีพิจารณาก็อาจจะทำให้เกิดความไม่คล่องตัวและอาจเกิดอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมโดยมีหลักประกันของความเป็นอิสระได้

2) มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตามหลักนิติธรรม

ในระบบศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความผิดและบทลงโทษสำหรับความผิดประเภทต่างๆ นั้น คงมีบางลักษณะที่บัญญัติถึงความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ผู้พิพากษานับเป็นบุคคลในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจสูงสุดที่ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม เพราะการใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณีทั้งหลายนั้น หากผู้พิพากษาคนใดใช้อำนาจไปในทางมิชอบแล้วผลร้ายจะตกแก่คู่ความ รวมทั้งผลในการรวมที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในบ้านเมืองได้ เพราะหากประชาชนหรือคู่กรณีพิพาททั้งหลายไม่มีความเชื่อถือต่อกระบวนการชี้ขาดเสียแล้ว คู่กรณีก็จะหันไปใช้วิธีระงับข้อพิพาทอย่างอื่นๆ โดยเฉพาะการใช้กำลังเข้าแก้มัดหรือบังคับอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตามข้อตกลง อันจะทำให้กลายเป็นข้อพิพาทซ้ำซ้อนขึ้นมาและอาจขยายกว้างจนยากที่จะเยียวยาได้ ความชอบธรรมและการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ของผู้พิพากษาจึงเป็นหลักสำคัญของงานยุติธรรมของประเทศ ประมวลกฎหมายอาญาจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะความผิดและบทลงโทษผู้พิพากษาและพนักงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมไว้เป็นกรณีเฉพาะต่างจากเจ้าพนักงานอื่นๆ

มาตรา 148, 150 และ 157 เป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่วนผู้พิพากษานั้นมีอยู่ 2 มาตราที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 201 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่งไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่พันบาทหรือประหารชีวิต ความผิดตามมาตรา 201 นี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สิน

หรือประโยชน์ ฯลฯ ในขณะที่ตนอยู่ในตำแหน่ง ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะต้องเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ เช่น สำหรับผู้พิพากษาก็คงจะหมายถึงกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีนั่นเอง หากไม่กระทำอย่างอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี ก็คงมิใช่ความผิดฐานนี้ ทั้งนี้การกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ก็คงจะมีความผิดฐานนี้ทั้งนั้น ส่วนมาตรา 202 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือประหารชีวิต

กรณีนี้ต่างจากมาตรา 201 คือ เป็นการที่ผู้กระทำผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดไว้ก่อนที่ตนจะได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น มาตรา 202 นี้ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะการกระทำผิดไว้เช่นเดียวกับมาตรา 150 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับเจ้าพนักงานทั่วไปจะต่างกันก็ตรงโทษ ซึ่งตามมาตรา 150 ไม่มีการประหารชีวิต แต่มาตรา 202 ได้กำหนดโทษสูงสุดไว้ถึงประหารชีวิตก็คงจะมองเห็นจุดมุ่งหมายได้ว่ากฎหมายเน้นที่จะลงโทษผู้กระทำผิดตามมาตรา 202 รุนแรงกว่า เนื่องด้วยผลของการกระทำส่งผลรุนแรงและกลุ่มบุคคลเหล่านี้ล้วนเป็นนักกฎหมาย เป็นผู้ที่พิจารณาโทษทางอาญาของผู้อื่นแต่ตนเองกลับมากกระทำเสียเอง

3) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยกระบวนการถอดถอนจากตำแหน่ง

กระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศหรือความสงบสุขของสังคมได้รับการนำมาดำเนินการอย่างจริงจังที่ได้กล่าวในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 270 ถึงมาตรา 274 อันเป็นส่วนหนึ่งของหมวด 12 เรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจถอดถอนนี้เป็นของวุฒิสภา และมีคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำหน้าที่ในการไต่สวน รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 บัญญัติว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุด ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่าจะกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่า

จงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้

บทบัญญัติวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับกับผู้ดำรงตำแหน่งต่อไปนี้ด้วย คือ (1) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน และกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (2) ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ทั้งนี้ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในมาตรา 270 จึงเห็นได้ว่าบุคคลที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของวุฒิสภามีอยู่ 5 ประเด็นหลักคือ (1) มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ (2) มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ (3) มีพฤติการณ์ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (4) มีพฤติการณ์ส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (5) มีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ดังนั้น บุคคลที่จะถูกตรวจสอบได้ตามรัฐธรรมนูญนั้นจึงรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกา ซึ่งเป็นประมุขสูงสุดของศาลยุติธรรมและรองประธานศาลฎีกาด้วย คำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” นั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้คือ “ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใด ในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” และคำว่า “ร่ำรวยผิดปกติ” หมายความว่า “การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมากผิดปกติ หรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติหรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่”

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ออกมาบังคับใช้ในส่วนของการถอดถอนจากตำแหน่ง มาตรา 58 ถึงมาตรา 65 ใช้วิธีการไต่สวนข้อเท็จจริงตามมาตรา 43 ถึงมาตรา 57 การไต่สวนนั้นจุดมุ่งหมายต้องการให้มีพยานหลักฐานชัดเจนที่ลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับตำแหน่งประธานศาลฎีกาและรองประธานศาลฎีกานั้น รัฐธรรมนูญใช้คำว่า มีพฤติการณ์ส่อ ซึ่งมีได้หมายความว่าต้องมีพยานหลักฐานชัดเจนเช่นแนวคิดในการดำเนินคดีอาญาทั่วไป จึงให้วุฒิสภาใช้อำนาจนี้ในการตรวจสอบโดยกระบวนการลงมติอันเป็นกลไกทางการเมือง

62 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเห็นว่าถูกต้องและครบถ้วนแล้วให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว หากเห็นว่าไม่ถูกต้องครบถ้วนก็ให้แจ้งผู้ร้องขอหรือผู้เริ่มทราบเพื่อดำเนินการให้ถูกต้องภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากประธานวุฒิสภาตามมาตรา 63 ถ้าหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้ว่ามีมูลจะต้องหยุดทำหน้าที่ จนกว่าวุฒิสภาจะลงมติว่าจะถอดถอนหรือไม่

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าข้อกล่าวหาที่มาจากกรเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งมีมูลและให้รายงานไปยังประธานวุฒิสภาแล้วให้ประธานวุฒิสภาจัดให้มีการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณามติโดยเร็ว (มาตรา 64) และหากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ส่งรายงานมาให้นอกสมัยประชุม ก็ให้ประธานวุฒิสภาแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณารณคดีดังกล่าว และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณารณคดีดังกล่าว และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ในการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณามติดังกล่าวนี สมาชิกวุฒิสภามีอิสระในการออกเสียงลงคะแนน ซึ่งกำหนดว่าการออกเสียงต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับสำหรับมติของวุฒิสภาที่ให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่งนั้น ให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หากที่ประชุมวุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่ง กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวนั้นพ้นจากตำแหน่งหรือให้ออกจากราชการนับแต่วันที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอน ทั้งยังตัดสิทธิบุคคลเช่นว่านั้นในการดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือในหน่วยงานราชการหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปี เมื่อวุฒิสภามีมติถอดถอนผู้ใดแล้วมติดังกล่าวเป็นที่สุดจะมีการร้องขอให้ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยอาศัยเหตุเดียวกันอีกไม่ได้

4.4.4 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระตามหลักนิติธรรม

นอกจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่หลักการแบ่งแยกอำนาจได้แบ่งออกเป็น 3 ฝ่ายคือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการดังกล่าวข้างต้นแล้วรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งสืบสานต่อจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญใหม่เพิ่มขึ้นมาคือ “องค์กรอิสระ” ได้แก่ คณะกรรมการ

การเลือกตั้ง (กทต.) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญคือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นอกจากนี้ยังมีองค์กรอิสระอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญได้ระบุให้มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระคือ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการ กทช./กสช. (ซึ่งต่อมาถูกรวมเป็นคณะกรรมการ กสทช.) ล้วนเป็นองค์กรอิสระแต่ไม่ได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญได้ระบุให้ไปก่อตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่โดยกฎหมายอื่น โดยให้มีการบริหารจัดการเป็นรูปแบบขององค์กรอิสระซึ่งมีบทบาทสำคัญมากในสังคมเสรีประชาธิปไตย

นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนเห็นว่า องค์กรอิสระซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรการใช้อำนาจที่ 4²⁸⁹ เนื่องจากมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ 3 ฝ่ายเดิมคือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ซึ่งคงไม่เป็นเช่นนั้นเพราะองค์กรอิสระเหล่านี้มีการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นการเสริมการแบ่งแยกอำนาจสามฝ่ายคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเท่านั้น เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ข้าราชการต่างๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามเป็นอำนาจบริหาร ขณะเดียวกันก็มีอำนาจในการไต่สวนวินิจฉัยข้อพิพาททุจริตในการเลือกตั้งในลักษณะที่เป็นองค์กรกึ่งตุลาการซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นจึงไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจที่ 4 แต่อย่างใด และการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระก็ต้องไปไปตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรอิสระนี้

มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอิสระในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กทต.) ไม่ได้เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอิสระในการจัดการและควบคุมการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมและสุจริตเที่ยงธรรมตามหลักนิติธรรม ส่วนผู้ตรวจการ

²⁹ ปราบพจน์ ดิลกวัชร, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (274), หน้า 444.

แผ่นดินปฏิบัติหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชนและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนและส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน ทั้งสององค์กรอิสระนี้จึงมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐที่ไปละเมิดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือนกัน แต่ที่ต่างกันคือผู้ตรวจการแผ่นดินจะตรวจสอบการกระทำเฉพาะหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบการกระทำที่เป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐและของเอกชนก็ได้ อย่างไรก็ตาม ทั้งสององค์กรเป็นองค์กรตรวจสอบที่ให้ข้อเสนอแนะแล้วนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขเท่านั้น จึงไม่อำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ไม่มีอำนาจบังคับลงโทษ และทำหน้าที่ได้แต่เพียงแจ้งเรื่องไปให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและผู้บังคับบัญชาหรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแลให้ดำเนินการแก้ไขหรือแจ้งไปทางรัฐสภาซึ่งสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะใช้กรรมวิธีการของแต่ละสภาเข้ามาทำการตรวจสอบหรืออาจฟ้องต่อประชาชนและสาธารณชนโดยพิมพ์เอกสารเผยแพร่ต่อไป

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้เงินงบประมาณแผ่นดินให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายและประชาชนผู้เสียภาษีได้รับผลประโยชน์ในการใช้จ่ายงบประมาณจากภาษีของประชาชนโดยไม่มีการทุจริตคอร์รัปชัน ดังนั้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นองค์กรของรัฐที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม โดยมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องวินัยทางการเงินการคลังและมีการกำหนดโทษปรับทางปกครอง รวมถึงการตรวจสอบความคุ้มค่าของการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินและควบคุมดูแลในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างมิให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันซึ่งถ้าตรวจพบว่าการทุจริตที่มีหลักฐานก็มีหน้าที่ส่งเรื่องทุจริตนั้นให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาวินิจฉัยและดำเนินการต่อไป การใช้อำนาจขององค์กรอิสระดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งก่อนเข้าสู่อำนาจ ระหว่างการใช้อำนาจ ภายหลังจากใช้อำนาจแล้ว คือ การตรวจสอบบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่ใช้อำนาจรัฐนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักธรรมาภิบาล

บทที่ 5

กรณีศึกษาคำวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ในต่างประเทศและประเทศไทย

5.1 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมใน ต่างประเทศ

5.5.1 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษ

1) คำวินิจฉัยคดีของศาลเกี่ยวกับแนวความคิดทั่วไปของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of law) เป็นแนวความคิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น อัลเบิร์ต เวนน์ ไดซี่ (Albert Venn Dicey) โจเซฟ ราซ (Joseph Raz) เฟรดริช ฮาเย็ค (Friedrich Hayek) และเทรโรว์ อัลลัน (Trevor Allan) ได้พัฒนาขึ้นเป็นหลักธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งหลักนิติธรรมมุ่งเน้นการสร้างรัฐบาลที่ปกครองโดยใช้กฎหมาย (Legal government) เพื่อรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อย (Law and order) ของสังคมและไม่ให้เกิดสถานการณ์อนาธิปไตย (Anarchy) ในระบอบประชาธิปไตย โดยสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ไปละเมิดหรือกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นปัจเจกชนในสังคมประชาธิปไตย²⁹⁰ ซึ่งไดซี่ได้สรุปองค์ประกอบของหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการ คือ (1) ความเหนือกว่าของกฎหมายธรรมดาในการต้านอิทธิพลของการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง (Predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power) (2) บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคตามกฎหมาย (Equality before law) (3) กฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่สิ่งที่มาแต่เป็นผลของสิทธิปัจเจกชน (Law of the constitution are not the source but the consequence of the rights of individuals)²⁹¹ ศาลอังกฤษได้ใช้แนวความคิดหลักนิติธรรมนี้พิจารณาพิพากษา

²⁹⁰ Bradley, A. W.; Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law* (15 ed.). Harlow, United Kingdom: Longman. ISBN 9781405873505, 2011 : p. 95.

²⁹¹ Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London : MacMillan, 1959.

ตัดสินในสถานการณ์เฉพาะแห่งคดีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศอังกฤษเพื่อกำหนดขอบเขตทั้งรูปแบบทางกฎหมาย (Legal form) และเนื้อหาสาระ (Substantive content) ของหลักนิติธรรม ดังต่อไปนี้

1.1) รูปแบบทางกฎหมาย (Legal form) ของหลักนิติธรรม

การใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรนั้นๆ หากการปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ได้กระทำนอกกฎหมาย และกฎหมายมิได้กำหนดให้อำนาจไว้ย่อมถือเป็นการกระทำที่มีขอบ (*ultra vires*) และอาจบังคับใช้หรือลงโทษโดยศาล ดังคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษในคดี **Entick v. Carrington** ว่า “ถ้าหากนี่คือสิ่งที่พบอยู่ในหนังสือตำรากฎหมายอังกฤษ แต่กฎหมายนั้นมิได้มีอยู่ในประเทศนี้ (“If this is law it would be found in our books, but no such law ever existed in this country”).”²⁹² โจเซฟ ราซ (Joseph Raz) จึงได้ระบุลักษณะการปกครองตามกฎหมายว่า ถ้าหากเจตจำนงภายในการปกครองนั้นแสดงออกภายนอกโดยมีข้อจำกัดทางกฎหมายและเคารพต่อกฎหมายก็ถือได้ว่าเป็นการปกครองโดยหลักนิติธรรม²⁹³ ในคำวินิจฉัยคดี **R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2)** การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลอังกฤษพบว่ามิได้อยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย เนื่องจากอำนาจที่เพิ่มเติมนั้นได้มอบให้แก่ผู้ใช้อำนาจในนามของรัฐบาลโดยไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ในสหราชอาณาจักรการลงโทษแก่ผู้ละเมิดกฎหมายสามารถดำเนินการได้เฉพาะโดยกระบวนการศาลธรรมดา (ordinary court procedure) ซึ่งในประเทศอื่นอาจจะถูกพิจารณาโดยศาลพิเศษ (designated courts)²⁹⁴ หน่วยงานของรัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายของตนเอง อย่างไรก็ตาม ประมุขแห่งรัฐย่อมได้รับความคุ้มกัน (immunity) จากการดำเนินคดีฟ้องร้องในศาล ยกเว้นกรณีประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยการพิจารณาพิพากษาคดีในศาล²⁹⁵ ในคดี **M v. Home Office** รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยของอังกฤษต้องรับผิดชอบต่อการหมิ่นอำนาจศาลอังกฤษ (contempt of court) ขณะเดียวกันการกระทำของรัฐสภา (Acts of Parliament) ซึ่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การกักขังผู้ต้องสงสัยเป็นผู้ก่อการร้ายอย่างไม่มีกำหนด

²⁹² Bradley, A. W.; Ewing, K. D., อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (290), หน้า 95-96.

²⁹³ Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”. *Law Quarterly Review*, 1977.

²⁹⁴ Bradley, A. W.; Ewing, K. D., อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (290), หน้า 96.

²⁹⁵ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 96-97.

โดยปราศจากการตัดสินใจในศาลถือเป็นการละเมิดหลักนิติธรรม²⁹⁶ ซึ่งตรงกับแนวความคิดหลักนิติธรรมของโดซีว่า มนุษย์อาจจะถูกลงโทษสำหรับการละเมิดกฎหมาย แต่เขาไม่สามารถถูกลงโทษนอกเหนือไปกว่านั้น “a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else”²⁹⁷

1.2) เนื้อหาสาระ (Substantive content) ของหลักนิติธรรม

เนื้อหาสาระของหลักนิติธรรมที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษได้เกิดคำถามว่าการปกครองควรอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายใดมากกว่าการปกครองนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายใด หลักนิติธรรมจะถูกหยิบยกขึ้นมาเมื่อพิจารณาอำนาจของฝ่ายปกครองที่ขัดแย้งกันในการปฏิบัติตามบรรทัดฐานสิทธิมนุษยชนของภาคพื้นยุโรปที่ระบุอย่างแจ่มชัดในพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998) และละเมิดหลักพื้นฐานทางนิติบัญญัติใหม่ของอังกฤษ²⁹⁸ การตีความที่ขัดแย้งกันนี้ว่า ถ้าหากในกรณีหลักนิติธรรมจะต้องบังคับใช้สิทธิพื้นฐานหลักที่สำคัญหรือสิทธิที่รับรองไว้โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกคุมขังโดยไม่มีกำหนด และปราศจากการดำเนินคดีโดยศาลซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี *A v. Home Secretary* และในคดี *R (Corner House Research) v. Director of the Serious Fraud Office* ซึ่งจำเลยยอมให้ความห่วงใยในเรื่องความมั่นคงแห่งชาติอยู่เหนือการสอบสวนการตัดสินใจในสัญญาซื้อขายอาวุธของกองทัพซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอแนะว่า หลักนิติธรรมนั้นบังคับใช้จุดมุ่งหมายที่มีอิทธิพลของกฎหมายและอาจจะเป็นคุณค่าเพียงเล็กน้อย²⁹⁹

เทรวอร์ อัลเลน (Trevor Allan) เห็นว่า หลักนิติธรรมเป็นกลไกป้องกันสิทธิต่อต้านการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่มีความรับผิดชอบ (irresponsible legislative encroachment) ต่อรัฐบาลซึ่งมีอำนาจมากโดยมีเสียงข้างมากสนับสนุนในสภาสมาชิก³⁰⁰ หลักนิติธรรม (Rule of law) จึงเป็นหลักตรงกันข้ามกับการปกครองโดยคน (Rule by men) ซึ่งบุคคลคนเดียวอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจกับคนอื่นได้และประชาชนต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจาก

²⁹⁶ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 97.

²⁹⁷ Dicey, A. V., อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (291).

²⁹⁸ Bradley, A. W.; Ewing, K. D., อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (290), หน้า 97-98.

²⁹⁹ เพิ่งอ้างถึง, หน้า 98.

³⁰⁰ Allan, Trevor, “Legislative Supremacy and the Rule of Law : Democracy and Constitutionalism”. Cambridge Law Journal, 1985 : pp. 111-112.

การใช้อำนาจของรัฐบาลดังกล่าว³⁰¹ โดยยึดถือหลักนิติธรรมเป็นแกนสนับสนุนให้รัฐบาลต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในกรอบอำนาจตามกฎหมาย³⁰² ดังนั้นรัฐบาลจึงต้องละเว้นจากการใช้อำนาจดุลพินิจ (discretionary powers) ให้มากที่สุด

2) คำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับหลักความกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม

แนวความคิดที่ว่ารัฐสภาไม่อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อออกกฎหมายใดๆ ที่มีเนื้อหาวางไรก็ได้ตามอำเภอใจซึ่งเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมนั้น เป็นที่มาอันสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the constitution) ถึงแม้ว่าประเทศอังกฤษได้ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of the parliament) ก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1610 ในคดีนายแพทย์ Thomas Boham³⁰³ ซึ่งนายแพทย์ Boham ได้เปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภาแห่งกรุงลอนดอนที่ได้รับการรับรองโดยพระมหากษัตริย์และรัฐสภาอังกฤษ ศาลของแพทยสภาได้พิพากษาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์ Boham ตามข้อบังคับของแพทยสภา ค่าปรับที่ได้จากนายแพทย์ Boham ต้องตกเป็นของประธานแห่งแพทยสภา และประธานศาลแห่งแพทยสภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้พิพากษาว่า ข้อบังคับของแพทยสภา นั้น ขัดต่อหลัก Common law ที่ว่า “ไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตัวเองมีส่วนได้ส่วนเสียได้” บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลัก Common law (common right and reason) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common law ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือที่รัฐสภารับรองของ Common law และหลักการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายธรรมดาที่มีต่อ Common law ซึ่งปรากฏในคดีนายแพทย์ Thomas Boham ได้มีอิทธิพลอย่างมากต่อคดี Malbury v. Madison ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะกล่าวถึงคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ในหัวข้อ 5.5.2 ต่อไป

³⁰¹ เติ้งอ่าจิ่ง, หน้า 112-113.

³⁰² เติ้งอ่าจิ่ง, หน้า 113.

³⁰³ J.W. Cough, *Fundamental Law in English Constitutional History*. London : Oxford University Press, 1955 : 32-35.

ดังนั้น แม้ว่ารากฐานของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ถือกำเนิดในประเทศอังกฤษ โดยอาศัยหลักกฎหมายจากคดีนายแพทย์ Thomas Boham ก็ตาม ศาลอังกฤษกลับไม่ได้พัฒนาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางตรงกันข้าม หลังจากศาลได้มีคำพิพากษาคดีนายแพทย์ Thomas Boham แล้ว อังกฤษได้หันกลับไปถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทน³⁰⁴ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่าประเทศอังกฤษประสบความสำเร็จในการสถาปนาอำนาจรัฐสภาและการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แล้ว ตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 (Petition of Rights in 1627; Bill of Rights in 1689) แม้ในปัจจุบันนี้ อังกฤษก็ยังยังคงเป็นประเทศที่ไม่แยกลำดับชั้นในทางกฎหมาย (Hierarchy of law) ของรัฐธรรมนูญ โดยแยกรัฐธรรมนูญออกมาให้มีลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ดังประเทศภาคพื้นยุโรปในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

3) คำวินิจฉัยคดีของศาลในการใช้อำนาจตุลาการตีความกฎหมายตามหลักนิติธรรม

ในคดี *Pepper v. Hart* [1993] 1 All. E.R. 42, HL. ศาลสภาขุนนาง (ศาลฎีกา) ของอังกฤษได้นำหลักการตีความตามเจตนารมณ์มาปรับใช้โดยขยายออกไปให้ครอบคลุมถึงการตีความกฎหมายทุกฉบับภายในประเทศอังกฤษควบคู่ไปกับหลักการตีความดั้งเดิมของอังกฤษ กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณากฎหมายทั้งตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อมกัน แต่ถ้าตัวบทกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วและไม่ปรากฏว่าผลแห่งการตีความตามตัวอักษรจะถึงขนาดเกิดผลประหลาดหรือขัดต่อสามัญสำนึกหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ศาลก็ไม่อาจตีความกฎหมายให้ผิดไปจากข้อความที่ชัดเจนนั้นได้ ศาลต้องถือเอาความหมายตามตัวอักษรเป็นสำคัญ และถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายประสงค์จะใช้ถ้อยคำดังกล่าวตามความหมายธรรมดา ตรงกันข้ามแม้ข้อความนั้นจะชัดเจน แต่ถ้าทำให้เกิดผลประหลาดหรือขัดแย้งต่อสามัญสำนึกหรือเกิดความอยุติธรรมขึ้น³⁰⁵ ดังนั้น

³⁰⁴ Albert V. Dicey, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (291) : 37-38. “The principle of Parliamentary sovereignty mean neither more or less than this, namely that the Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having the right to override or set aside the legislation of Parliament.”

³⁰⁵ กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายยุติธรรม, “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม”. ใน *จตุรนิติ* กรกฎาคม-สิงหาคม 2553, หน้า 15-17.

ศาลอังกฤษจึงต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายตามหลักนิติธรรมเป็นสำคัญ ในคดี *Marquis of Linlithgow v. North British Railway (1912) S.C. 1327* ซึ่งมีประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่า “น้ำมันในหิน” (deposits of oil shale) อยู่ในความหมายของคำว่า “แร่ธาตุ” (minerals) ตามพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งที่รัฐสภาตราขึ้นใน ค.ศ. 1817 หรือไม่ หากถือว่าน้ำมันในหินเป็นแร่ธาตุ ก็ย่อมตกเป็นของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของที่ดิน เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า แร่ธาตุที่อยู่ในพื้นดินให้ตกเป็นสิทธิของเจ้าของที่ดิน แต่ถ้าน้ำมันในหินไม่อยู่ในความหมายของคำว่าแร่ธาตุก็จะตกเป็นของจำเลยผู้อ้างว่าน้ำมันในหินเป็นของตน เนื่องจากในปีที่พระราชบัญญัติดังกล่าวประกาศใช้บังคับ ยังไม่มีการขุดน้ำมันในหินขึ้นมาใช้ น้ำมันในหินดังกล่าวจึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “แร่ธาตุ” อันจะตกได้แก่เจ้าของที่ดิน ศาลสภานางซึ่งเป็นศาลสูงสุดของอังกฤษได้วินิจฉัยว่า สิ่งใดจะถือเป็นแร่ธาตุตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่ตรากฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับเท่านั้น เมื่อปรากฏว่าผู้บัญญัติกฎหมายในขณะนั้นไม่เคยเห็นหรือไม่เคยรู้จักน้ำมันในหินมาก่อนจะถือว่าน้ำมันในหินเป็นแร่ธาตุไม่ได้ จึงพิพากษาให้น้ำมันในหินตกเป็นของจำเลย³⁰⁶ อย่างไรก็ตาม หากเหตุการณ์เดียวกันนี้เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) เช่น ประเทศเยอรมนี ผลแห่งคดีอาจตรงกันข้ามกับที่เกิดในประเทศอังกฤษ เนื่องจากศาลเยอรมนีสามารถพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายต่างไปจากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่ตรากฎหมายได้ โดยถือว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ของตนเองเป็นเอกเทศและเป็นอิสระจากผู้บัญญัติกฎหมาย ศาลสามารถตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะที่เกิดข้อพิพาทได้ ศาลเยอรมนีจึงสามารถตีความว่า น้ำมันในหินเป็นแร่ธาตุตามความหมายของกฎหมายดังกล่าวและให้ตกเป็นของโจทก์ผู้เป็นเจ้าของที่ดินได้

5.5.2 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States) เป็นฝ่ายตุลาการที่มีอิทธิพลมากที่สุดในการปกครองของสหรัฐอเมริกาและมีอำนาจมากที่สุดในการคานอำนาจและตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติ คือ สภาคองเกรสและฝ่ายบริหาร คือ ประธานาธิบดีและรัฐบาลสหรัฐ อีกทั้งยังทำหน้าที่เช่นเดียวกัน

³⁰⁶ เฝิงอ่างถึง, หน้า 18-19.

กับศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ของบางประเทศซึ่งมีลือไว้ในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาแต่เก่าก่อน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการตีความตัวบทกฎหมายที่มีปัญหา ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีอำนาจในการตรากฎหมาย แต่ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร รูปแบบการตีความโดยฝ่ายตุลาการที่สำคัญที่สุดได้แก่การที่ศาลสูงสุดสหรัฐซึ่งเป็นศาลรัฐบาลกลางสามารถวินิจฉัยตัดสินว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามความหมายของรัฐธรรมนูญสหรัฐ และบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment) ฉบับต่างๆ ศาลสูงสุดสหรัฐจึงเป็นองค์กรตุลาการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมในการใช้อำนาจตรวจสอบทบทวนโดยฝ่ายตุลาการหรือ “ตุลาการภิวัฒน์” (Judicial review) ให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารใช้อำนาจรัฐปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมโดยมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจถึงการใช้อำนาจตุลาการภิวัฒน์ของศาลสูงสุดสหรัฐจึงต้องศึกษาประวัติศาสตร์พัฒนารูปแบบแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐ ตั้งแต่คดี Marbury v. Madison ในปี ค.ศ. 1803 จนถึงคดีต่างๆ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่มีความสำคัญต่อการพิทักษ์รักษาหลักนิติธรรม ดังต่อไปนี้

1) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐในคดี Marbury v. Madison (ค.ศ. 1803) : ต้นกำเนิดการใช้อำนาจตุลาการภิวัฒน์ (Judicial Review) ตามหลักนิติธรรม

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรใช้ในประเทศแรกในโลกในปี ค.ศ. 1787 ซึ่งมีศาลสูงสุด (The Supreme Court) ปฏิบัติหน้าที่เป็นองค์กรตุลาการเช่นศาลรัฐธรรมนูญ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาคดีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ก่อนที่สหรัฐอเมริกาจะได้มีรัฐธรรมนูญ แนวความคิดของ Sir Edward Coke ซึ่งอังกฤษได้รับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในคดีนายแพทย์ Thomas Boham ดังกล่าวในข้อ 5.5.1 ข้างต้น ได้เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายทั่วไปเมื่อมีการตั้งถิ่นฐานในสหรัฐอเมริการาวศตวรรษที่ 17 แม้ในเวลาต่อมาประเทศอังกฤษได้หันกลับไปยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการตรากฎหมาย แต่นักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งส่วนมากไปจากอังกฤษ ยังคงรักษาหลักการมีอำนาจจำกัดของรัฐสภาในการตรากฎหมายไว้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการธำรงไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกัน

สิทธิเสรีภาพของพลเมือง แนวความคิดนี้จึงได้ปรากฏชัดเจนขึ้นในปี ค.ศ. 1788 เมื่ออเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) ซึ่งได้เป็นผู้ร่วมยกร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา³⁰⁷ ได้แสดงความเห็นสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจของผู้พิพากษาในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม

ในปี ค.ศ. 1803 แนวความคิดดังกล่าวจึงได้ถูกนำมาใช้บังคับในทางปฏิบัติเป็นครั้งแรกต่อมาที่สหรัฐอเมริกาในคดีที่สำคัญมาก คือ คดี **Marbury v. Madison** ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในการเลือกตั้ง ปี ค.ศ. 1800 Thomas Jefferson (ประธานาธิบดีคนที่ 3 : 1743-1826) สังกัดพรรครีพับลิกันชนะ ซึ่งทั้งการเลือกตั้งตำแหน่งประธานาธิบดีและสภาองเกรส ฝ่ายที่แพ้การเลือกตั้ง ได้แก่ พวกนิยมรัฐบาลกลาง (Federalist) คือ John Adams (ประธานาธิบดีคนที่ 2 : 1797-1801) ซึ่งกำลังพ้นจากตำแหน่ง เพื่อที่จะสามารถคุมอำนาจฝ่ายตุลาการไว้ John Adams จึงได้แต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสหรัฐฯ จำนวน 42 ตำแหน่งขึ้นมาใหม่ (บางตำแหน่งเป็นตำแหน่งตลอดชีพ) ในวันสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของตนเอง หนึ่งในจำนวนผู้พิพากษาใหม่ คือ William Marbury ได้รับแต่งตั้งเป็น “Justice of the peace” เพื่อรักษาอำนาจบางส่วนของพรรคการเมืองของตนไว้ แต่ยังไม่ได้รับตราสารแต่งตั้งจากประธานาธิบดี เนื่องจากประธานาธิบดี John Adams ลืมตราสารแต่งตั้งไว้ในห้องทำงานของประธานาธิบดี ซึ่งได้ถูกประธานาธิบดี Jefferson ได้เข้าครอบครองและปฏิเสธที่จะส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้กับ Marbury แม้ว่าตราสารดังกล่าวจะได้รับการลงนามแล้ว สภาเซเนตได้ให้ความยินยอม และประธานาธิบดี John Adams (ก่อนหน้านี้ได้รับการแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสุดสหรัฐฯ แต่ยังไม่ทำหน้าที่รัฐมนตรีรับผิดชอบเรื่องนี้อยู่) ได้ประทับตราเรียบร้อยแล้วก็ตาม แต่ประธานาธิบดี Jefferson ซึ่งเป็นประธานาธิบดีคนใหม่เห็นว่าการแต่งตั้งดังกล่าวไม่สมบูรณ์และไม่มีความหมาย รัฐบาลใหม่จึงไม่ส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้ Marbury

ด้วยเหตุนี้ Marbury จึงได้ยื่นฟ้อง James Madison รัฐมนตรีคนใหม่ที่ได้รับผิดชอบเรื่องนี้ต่อศาลสูงสุดสหรัฐฯ โดยตรงเพื่อให้ Madison ส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้ตน โดย Marbury ได้อ้างพระราชบัญญัติตุลาการ ค.ศ. 1789 (Judiciary Act 1759) ซึ่งให้อำนาจศาลสูงสุดสั่งให้รัฐมนตรีปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามกฎหมายได้ (writ

³⁰⁷ โปรดดูรายละเอียดใน Alexander Hamilton, The Federalist Paper (Clinton Rossiter edit.), 1961 Nr. 51, p. 468.

of mandamus) เพื่อสนับสนุนคำฟ้องของตน John Marshall ประธานศาลสูงสุด ยอมรับความผูกพันของตราสารแต่งตั้ง (ซึ่งตนได้มีส่วนรับผิดชอบอยู่ด้วย) และยืนยันว่าผู้พิพากษามีหน้าที่คุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาล³⁰⁸ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา Article 3 Section 2 ได้บัญญัติให้ศาลสูงสุดพิจารณาคดีเป็นศาลแรกได้เฉพาะคดีที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ทางการทูตเป็นคู่ความเท่านั้น ไม่ใช่คดีที่บุคคลธรรมดาเป็นคู่ความ (ในคดีนี้ William Marbury เป็นบุคคลธรรมดา) ดังนั้น พระราชบัญญัติตุลาการ ค.ศ. 1789 (Judiciary Act 1759) ที่สภาเซเนตได้มอบอำนาจให้ศาลสูงสุดสหรัฐพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้ ดังนั้น ประธานศาลสูงสุดสหรัฐ John Marshall ซึ่งเป็นพวกนิยมรัฐบาลกลาง จึงได้วินิจฉัยตัดสินว่า การแต่งตั้งและการส่งมอบตราสารแต่งตั้งมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะพระราชบัญญัติตุลาการ ค.ศ. 1789 (Judiciary Act 1759) ได้ให้อำนาจแก่ศาลสูงสุดสหรัฐในสิ่งที่ไม่มีการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาค.ศ. 1787 ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนให้ศาลสูงสุด (The Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ดังนั้น ในคดี **Marbury v. Madison** จึงมีประเด็นที่สำคัญมาก คือ ศาลสูงสุดมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ในบางประเทศซวีลลอว์ในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ได้หรือไม่ คดีนี้ได้เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษา จอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานศาลสูงสุดสหรัฐได้วินิจฉัยตัดสินว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภาองเกรสซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ โดยศาลสูงสุดให้เหตุผลว่า เมื่อศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ศาลจึงมีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายแก่กรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นความจำเป็นอยู่เองที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่า อะไรคือกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับได้ นั่นคือศาลสูงสุดสหรัฐจึงได้มีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจเช่นนั้นก็ตาม³⁰⁹ ซึ่งเป็นการยืนยันอำนาจผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดย

³⁰⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ”. ใน *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปีธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 191-201.

³⁰⁹ กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายวุฒิสภา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (305), หน้า 32.

ฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น (Superior paramount law)³¹⁰ ที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมายซึ่งมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเพียงความพยายามที่ไร้ความหมายของประชาชนในการที่จะจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่มีขอบเขตจำกัด **คดี Marbury v. Madison** จึงกลายเป็นบรรทัดฐานที่มีอิทธิพลมากต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ นับจากคดีนี้ ศาลสูงสุดสหรัฐได้ตัดสินวินิจฉัยให้กฎหมายมลรัฐที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้เป็นจำนวนมากกว่า 100 ฉบับ จึงกล่าวได้ว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ได้หยั่งรากลึกลงในทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญนับแต่นั้นเป็นต้นมา ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ไม่ได้ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ

การสร้างหลักนิติธรรมและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งมีสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ ตามมาด้วยการควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติออกไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงสุดสหรัฐ เมื่อปี ค.ศ. 1803 ใน **คดี Marbury v. Madison** และการสร้างทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือ อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมืองอยู่เหนือและเป็นที่มาของอำนาจขององค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น เช่น อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา โดยเซเยส (Séyès) ได้นำเสนอให้จัดตั้ง “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” (Jurie constitutionnaire) ขึ้นเพื่อควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญใน ปี ค.ศ. 1795³¹¹ ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็เคยวินิจฉัยไว้โดยใช้หลักเดียวกันนี้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่า “อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญโดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองเมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเอง

³¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (308), หน้า 197.

³¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ปาฐกถาเรื่องการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ”. สืบค้นจาก www.kpi.ac.th/kpith/.../การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม.pdf เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556, หน้า 2.

กลับไปแก้รัฐธรรมนูญเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา” ซึ่งเป็นที่มาของยุคใหม่ที่จอห์น อาดัมส์ ประธานาธิบดีคนที่ 2 กล่าวว่า รัฐบาลสหรัฐอเมริกา “เป็นรัฐบาลของกฎหมาย ไม่ใช่รัฐบาลของมนุษย์” (a government of laws, and not of men) ซึ่งยุโรปเรียกว่า “นิติรัฐ” นั่นเอง

คดี Marbury v. Madison ได้วางหลักการตุลาการภิวัตน์ (Judicial Review)³¹² ซึ่งมีผู้ใช้เรียกกันว่าการใช้อำนาจตุลาการก้าวล่วงไปในขอบข่ายของฝ่ายบริหาร ซึ่งมองว่าเป็นการผิดหลักประชาธิปไตยในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอัติปไตยตามหลักการที่มองเตสกีเออ (Montesquieu) ได้วางไว้เมื่อหลายร้อยปีมาแล้ว ซึ่งทุกวันนี้ประเทศไทยก็ยังยึดติดอยู่กับหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ ทั้งที่ความจริงสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปมาก จากยุคของมองเตสกีเออ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ต้องแยกกัน ไม่ยุ่งเกี่ยวกันเป็นทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจในสมัยโบราณ ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในสังคมปัจจุบันที่ว่าศาลก็ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี ส่วนรัฐสภาที่มีอำนาจนิติบัญญัติในการปฏิบัติหน้าที่ออกกฎหมาย แต่ทุกองค์กรต่างเป็นอิสระซึ่งจะต้องทำปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ก่อนหน้าที่จะมีศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองก็ไม่มีปัญหา เพราะสมัยก่อนไม่มีคดีในทางกฎหมายมหาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับสังคมเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคดีปกครอง คดีรัฐธรรมนูญ หรือคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้มีการตัดสินคดีในบริบทของกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เคยเห็นหรือไม่เคยมีประสบการณ์กันมาก่อน จึงได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ศาลใช้อำนาจตุลาการไปก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา หรืออำนาจบริหารของรัฐบาล แต่ในปี ค.ศ. 1803 ที่สหรัฐอเมริกา เมื่อสองร้อยกว่าปีมาแล้ว ก่อนมีประมวลกฎหมายนโปเลียน ได้เคยมีปัญหเกิดขึ้นในทำนองนี้ในคดี **Marbury v. Madison** ก็ไม่เห็นมีใครพูดว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ที่เป็นต้นกำเนิดของตุลาการภิวัตน์ใช้อำนาจตุลาการเข้าไปก้าวก่ายฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเลย

2) พัฒนาการคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐจากคดี Marbury v. Madison ถึงคดี Obamacare

ภายหลังจากที่คดี **Marbury v. Madison (ค.ศ. 1803)** ศาลสูงสุดสหรัฐได้มีคำวินิจฉัยตัดสินว่ากฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรสนั้นขัดแย้งและไม่ชอบด้วย

³¹² กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายวุฒิสภา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (309), หน้า 33.

รัฐธรรมนูญ (unconstitutional) ซึ่งได้ขยายอำนาจของศาลสูงสุด (ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี หรือประเทศไทย) โดยสถาปนาอำนาจตรวจสอบทบทวนกฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรส (Acts of Congress) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญให้เป็นโมฆะ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มิได้บัญญัติโดยแจ้งชัดให้อำนาจตุลาการภิวัตน์ (Judicial review) ดังกล่าวนี้แก่ศาลสูงสุดก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจนิติบัญญัติของสภาองเกรสและอำนาจบริหารของรัฐบาลสหรัฐฯ ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยได้มีพัฒนาการ คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดที่สำคัญหลังจากคดี *Marbury v. Madison* จนถึง คดี *Obamacare*³¹³ สรุปได้ดังต่อไปนี้

2.1) คำวินิจฉัยคดี *McCulloch v. Maryland* (ค.ศ. 1819)

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า กฎหมายมลรัฐแมรีแลนด์ได้ห้ามมิให้ธนาคารใดๆ ที่ดำเนินงานอยู่ภายในมลรัฐและมิได้รับมอบอำนาจจากมลรัฐออกตราสารการเงิน เว้นแต่ได้มีเอกสารประทับที่ออกโดยทางการมลรัฐ ซึ่งการออกเอกสารดังกล่าวต้องเสียค่าธรรมเนียม และการฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญา สภาองเกรสของรัฐบาลกลางสหรัฐฯ ได้ออกกฎหมายจัดตั้งธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกา (Bank of the United States) และสาขาบัตติมอร์ของธนาคารฯ ได้ออกตราสารการเงินในมลรัฐแมรีแลนด์โดยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายมลรัฐ

ในการวินิจฉัยว่าการเก็บภาษีธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกาของมลรัฐแมรีแลนด์สามารถมีผลบังคับใช้หรือไม่ จอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐฯ ได้ปฏิเสธที่จะระบุข้อความส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนคำวินิจฉัยของตน แต่มาร์แชลกลับอ้างถึงโครงสร้างของการปกครองระบบสหพันธรัฐ โดยสรุปว่า การปกครองระบบดังกล่าวไม่อาจดำรงอยู่ได้ ถ้ามลรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ของตนได้รับเลือกจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งภายในมลรัฐ สามารถเก็บภาษีหน่วยงานของรัฐบาลกลางสหรัฐฯ ซึ่งดำเนินงานอยู่ภายในมลรัฐ จึงถือเสมือนหนึ่งมลรัฐเก็บภาษีจากประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้งทั้งประเทศ มาร์แชลได้ให้เหตุผลอีกประการหนึ่งว่า อำนาจเก็บภาษีคืออำนาจในการทำลาย กฎหมายมลรัฐแมรีแลนด์จึงแย้งต่ออำนาจสูงสุดของ

³¹³ Supreme Court of the United States, “Milestone Cases in Supreme Court History”. In *History and Government, Supreme Court*, สืบค้นจาก from WWW.infoplease.com. เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2557.

สภาองเกรสและรัฐบาลกลางสหรัฐที่จะจัดตั้งธนาคารและขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐ³¹⁴

ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐจึงได้ยืนยันอำนาจของสภาองเกรสในการออกกฎหมายจัดตั้งธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกา โดยได้วินิจฉัยตัดสินว่า อำนาจของสภาองเกรสดังกล่าวเป็นอำนาจโดยปริยาย (implied powers) ซึ่งมีใช้อำนาจตามที่ระบุไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (enumerated powers) คิดนี้จึงมีความสำคัญ 2 ประการ คือ **ประการที่ 1** คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักการของอำนาจโดยปริยาย (Doctrine of implied powers) ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่ระบุไว้ตามรัฐธรรมนูญ **ประการที่ 2** จอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐได้ใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยม (structuralism) เป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาในคดี McCulloch v. Maryland เมื่อ ค.ศ. 1819 ผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐ จึงได้รับการยกย่องว่าเป็นนักกฎหมายที่ยิ่งใหญ่แห่งประวัติศาสตร์ทางการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

2.2) คำวินิจฉัยคดี Gibbons v. Ogden (ค.ศ. 1824)

คำวินิจฉัยคดีนี้ได้ให้นิยามความหมายอย่างกว้างเกี่ยวกับสิทธิอำนาจของสภาองเกรสในการออกกฎหมายข้อบังคับทางการค้าระหว่างมลรัฐ จากข้อเท็จจริงแห่งคดีซึ่ง Aaron Ogden ได้ยื่นฟ้องต่อศาลมลรัฐนิวยอร์กได้กล่าวหา Thomas Gibbons ในการแข่งขันดำเนินธุรกิจบริการเรือข้ามฟากระหว่างท่าเรือมลรัฐนิวยอร์กกับท่าเรือมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ Orden ได้รับสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) ในการให้บริการเดินเรือข้ามฟากในท่าเรือมลรัฐนิวยอร์กตามกฎหมายมลรัฐนิวยอร์ก ในขณะที่ Gibbons ได้รับใบอนุญาตให้บริการเดินเรือข้ามฟากจากจากรัฐบาลกลางสหรัฐ Gibbons ได้ตกเป็นฝ่ายแพ้ในคดีนี้และได้อุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดสหรัฐ ซึ่งได้กลับคำพิพากษาของศาลมลรัฐนิวยอร์ก โดยวินิจฉัยตัดสินว่า กฎหมายมลรัฐนิวยอร์กไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) เนื่องจากอำนาจในการออกกฎระเบียบทางการค้าระหว่างมลรัฐ ซึ่งได้รับต่อมาจากกฎหมายข้อบังคับว่าด้วยการเดินเรือของรัฐบาลกลางที่เป็นอำนาจสิทธิขาดจำเพาะของสภาองเกรส Gibbons จึงได้รับสิทธิให้บริการเรือข้ามฟากที่ทำเรือมลรัฐนิวยอร์กจากใบอนุญาตที่ออกโดยรัฐบาลกลาง

³¹⁴ วิชัย วิวิทเสวี, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในมุมมองทฤษฎีรัฐธรรมนูญ”. ใน สำนักข่าวอิศรา, วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นจาก www.isranews.org/เรื่องเด่น/item/20893-constitutional-court-1.html, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2556.

ด้วย ซึ่งถือได้ว่า จอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานศาลสูงสุดสหรัฐ ได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานต่อมาในศตวรรษที่ 20 เพื่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิพลเมือง (civil rights) ในการแข่งขันดำเนินธุรกิจการค้าระหว่างมลรัฐได้โดยเสรี³¹⁵ ซึ่งเป็นการตรวจสอบควบคุมให้องค์กรหน่วยงานของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ต้องปฏิบัติตามที่ตามหลักนิติธรรม โดยไม่ไปละเมิดสิทธิในการแข่งขันทางการค้าเสรี ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

2.3) คำวินิจฉัยคดี Dred Scott v. Sandford (ค.ศ. 1857)

คดี Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)³¹⁶ เป็นคดีที่ถือได้ว่าเป็นหัวเลี้ยวหัวต่อที่สำคัญของประวัติศาสตร์กระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการละเมิดหลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรง ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือว่าเมื่อเดวิด สก็อต (Dred Scott) ทาสผิวดำชาวมลรัฐเวอร์จิเนีย ได้เดินทางร่วมกับศัลยแพทย์จอห์น เอ. เมอร์สัน ไปยังมลรัฐอิลลินอยส์ และต่อมายังมลรัฐวิสคอนซิน ซึ่งเป็นรัฐฝ่ายเหนือที่ห้ามมีทาสตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐและสนธิสัญญาระหว่างรัฐต่อมา เดวิด สก็อต ได้แต่งงานกับแฮเรียต โรบินสัน ซึ่งเป็นทาสที่ นพ.เอเมอร์สันซื้อมาขณะปฏิบัติหน้าที่เช่นกัน ทั้งคู่มีลูกซึ่งตามกฎหมายมลรัฐต้องเป็นอิสระชน แต่ครอบครัวเอเมอร์สันรวมถึงภริยา ปฏิเสธจะไถ่อิสรภาพของครอบครัวสก็อตให้เป็นไท รวมถึงการกระทำของ นพ. เอเมอร์สัน ได้ละเมิดรัฐธรรมนูญ กฎบัตร และสนธิสัญญาหลายฉบับที่ห้ามมีทาสในมลรัฐเขตเหนือ เดวิด สก็อต จึงได้ฟ้องคุณนายเอลิซา แซนด์ฟอร์ด ภริยาของ นพ.เอเมอร์สัน ภายหลัง นพ.เอเมอร์สันเสียชีวิตที่ไอโอวา ดังนั้น เพื่อเรียกร้องอิสรภาพของครอบครัวสก็อต คดีนี้จึงได้ต่อสู้กันยาวตั้งแต่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ต่างพิพากษายกฟ้องไม่ยอมรับที่จะบังคับคดีให้ เพราะศาลอ้างว่า Dred Scott เป็นทาส ต้องใช้กฎหมายของรัฐฝ่ายใต้มาบังคับแก่กรณี เพราะเขามีสถานะไม่ต่างไปจากทรัพย์สินของนายทาส เนื่องจากคุณนายแซนด์ฟอร์ดเป็นประชากรของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ จึงเกิดปัญหากฎหมายขัดกันของมลรัฐ ในที่สุดคดีนี้จึงได้ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดสหรัฐฯ ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญของ

³¹⁵ James C. Foster, Susan M. Leeson, Constitutional Law : Cases in Context, Volume II Civil Rights and Civil Liberties, 1998 : pp.11-17.

³¹⁶ หอสมุดรัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกา <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/DredScott.html> “Dred Scott v. Sandford”; www.wikipedia.org ภายใต้อ้างว่า dred scott decision หรือค้นได้จาก www.findlaw.com ในหัวข้อ Cases & Codes ในชื่อคดีว่า Dred Scott V. John F.A. Sanford, 60 U.S. 398(1857).

ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยวิธีการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เรียกร้องอภัยคำสำนวนคดีมาจากศาลอุทธรณ์ (Certiorari to the Supreme Court) และ Dred Scott ก็ได้เขียนอุทธรณ์นำเสนอคดีความของตนต่อศาลสูงสุดสหรัฐ ตามระเบียบทั้งในแง่ปัญหาข้อเท็จจริงและในปัญหาข้อกฎหมาย ในเวลาต่อมาศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้วินิจฉัยว่ากรณีของ Dred Scott เป็นกรณีที่ต้องนำกฎหมายของรัฐฝ่ายใต้มาใช้บังคับในคดีเมื่อ Dred Scott เป็นทาสหรือเป็นลูกหลานของทาสที่มาจากแอฟริกาและนำเข้าสู่สหรัฐอเมริกาจึงมิใช่พลเมืองของสหรัฐอเมริกา เขาจึงไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ทาสจึงมีอาจฟ้องร้องเพื่อเรียกเอาความเป็นอิสระเสรีภาพจากนายทาสตามที่เขาต้องการได้ไม่พิพากษายืนในให้ยกฟ้อง

ศาลสูงสุดสหรัฐในสมัยที่ผู้พิพากษา โรเจอร์ บรูค ทานีย์ (Roger Brooke Taney) เป็นประธานศาลสูงสุด ได้วินิจฉัยคดีนี้ด้วยมติ 7-2 ว่า คำประกาศสิทธิ (Bill of Rights) ใช้ได้เฉพาะการจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal government) ไม่บังคับใช้กับรัฐบาลมลรัฐ (State government) ดังนั้น ทาสจึงไม่มีสิทธิเป็นพลเมืองและไม่มีสิทธิฟ้องร้องในศาล อีกทั้งศาลยังให้ความเห็นต่อว่า หากทาสมีสิทธิเป็นพลเมืองแล้ว ขนเผ่าอินเดียนจะมีสิทธิเสรีภาพในการเดินทาง การประกอบอาชีพ ไปจนถึงการถือครองอาวุธ ซึ่งเป็นอันตรายและให้สิทธิของพลเมืองไม่ได้ในคำวินิจฉัยนี้ก็ได้มีการสะกดชื่อของคุณนายแซนด์ฟอร์ด “Sandford” ผิดเป็น “Standford” เนื่องด้วยความเร่งรีบทำคำวินิจฉัยภายใต้การกดดันของประธานาธิบดี เจมส์ บุกานัน ซึ่งต้องการให้ปัญหาทาสจบลงโดยเร็วที่สุด นอกจากนั้น คำวินิจฉัยในคดีนี้ยังล่วงละเมิดอำนาจของสภาองเกรสตามรัฐบัญญัติปรองดองแห่งมิสซูรี ซึ่งห้ามการมีทาสในรัฐตอนเหนืออีกด้วย โดยการประกาศว่ารัฐบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

ผลจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐเช่นนี้ทำให้สถาบันศาลของสหรัฐอเมริกาถูกประชาชนและนักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฝ่ายเหนือวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรง ถึงขั้นไม่เชื่อถือในความยุติธรรม และส่งผลให้ประธานาธิบดี อับราฮัม ลินคอล์น ได้รับเลือกตั้งในเวลาต่อมา สุดท้ายเมื่อความยุติธรรมหาไม่ได้จากระบบตุลาการ จุดแตกหักจึงนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างมลรัฐฝ่ายเหนือที่สนับสนุนการเลิกระบบทาสกับมลรัฐฝ่ายใต้ที่สนับสนุนการมีทาส จนเป็นชนวนเหตุหนึ่งที่น่าไปสู่สงครามกลางเมืองในปี ค.ศ. 1869 ซึ่งทำให้ชาวอเมริกันล้มตายกันหกแสนกว่าคน เดวิด สก็อต โจทก์ผู้ฟ้องคดี หลังจากแพ้คดีก็ต้องกลับไปเป็นทาส และตายด้วยวัยโรครัน 17 เดือนต่อมา ก่อนจะได้เห็น

สหรัฐอเมริกาในสงครามกลางเมืองและการเลิกทาส ส่วนผู้พิพากษาศาลสูงสุดที่เขียนคำวินิจฉัย ก็ได้ตายอย่างยากจนและอดอยากเพราะที่ดินถูกภัยสงครามเผาผลาญและถูกยึดราคาบในวัย 84 ปี ในวันเดียวกับที่มลรัฐแมริแลนด์บ้านเกิดของท่านได้ประกาศปลดปล่อยทาส ภายหลังจากสงครามกลางเมืองสิ้นสุดลงแล้ว คำวินิจฉัยในคดีนี้ได้ถูกลบล้างไปด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 13 (ค.ศ. 1865) ฉบับที่ 14 (ค.ศ. 1868) และฉบับที่ 15 (ค.ศ. 1870) เพื่อยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับระบบทาสในสหรัฐอเมริกา คำวินิจฉัยในคดีนี้จึงมีข้อเตือนสติว่า คำวินิจฉัยของศาลที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมโดยไม่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพ และไม่เห็นคนเป็นคน ผลก็คือสงครามกลางเมืองนั่นเอง

2.4) คำวินิจฉัยคดี Plessy v. Ferguson (ค.ศ. 1896) และคำวินิจฉัยคดี Brown v. Board of Education of Topeka (ค.ศ. 1954)

คดี Plessy v. Ferguson (ค.ศ. 1896) เป็นคดีที่โด่งดังมากอีกคดีหนึ่งซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐได้วางหลักการแบ่งแยกอย่างเท่าเทียมกัน (Separate but equal doctrine) ไว้ในคำวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติของมลรัฐ หลุยเซียน่าที่กำหนดหน้าที่ให้การรถไฟแยกโบกี้สำหรับผู้โดยสารที่เป็นคนผิวขาวและคนผิวดำออกจากกัน และห้ามผู้โดยสารที่เป็นชาวผิวขาวใช้โบกี้สำหรับคนผิวดำ ส่วนผู้โดยสารที่เป็นคนผิวดำก็ห้ามใช้โบกี้สำหรับคนผิวขาว เป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องจาก “หลักการแบ่งแยกอำนวยความสะดวกอย่างเท่าเทียมกัน” (equal but separate accommodations) ให้กับคนผิวดำและคนผิวขาวในบริการเดินทางสาธารณะ ไม่ถือว่าละเมิด “หลักการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” (equal protection under the laws) ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 (14th Amendment) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐโดยปกป้องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแบ่งแยกสีผิว (racial segregation) อีกทั้งศาลสูงสุดยังได้อ้างอิงกฎหมาย Jim Crow Law ของมลรัฐทางใต้ของสหรัฐที่ยังยึดถือการแบ่งแยกสีผิว ศาลสูงสุดจึงได้วินิจฉัยว่า การแบ่งแยกที่นั่งในรถไฟระหว่างโบกี้สำหรับคนผิวขาวกับคนผิวดำจึงสามารถทำได้ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญสหรัฐ แต่ผู้พิพากษาศาลสูงสุด John Marshall Harden ได้ออกมาทำการประท้วงคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า “The thin disguise of equal accommodations....will mislead anyone.”³¹⁷ ซึ่งถือได้ว่าเป็นคดีที่มีผู้พิพากษวิจารณ์ทั้งสนับสนุนและคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐอย่างมากมาย เนื่องจากเป็นแนวคำวินิจฉัย

³¹⁷ Supreme Court of the United States, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (313).

แนวอนุรักษนิยมที่ไม่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ต่อมา ในคดี **Brown v. Board of Education of Topeka** (ค.ศ. 1954) ศาลสูงสุดสหรัฐได้กลับแนวคำวินิจฉัยของตนเองในคดี **Plessy v. Ferguson** ข้างต้น และได้วินิจฉัยให้หลักการแบ่งแยกสีผิวในโรงเรียนเป็นโมฆะ โดยได้พิพากษาตัดสินด้วยมติเอกฉันท์ว่า กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การแบ่งแยกโรงเรียนสำหรับคนผิวขาวและคนผิวดำขัดกับรัฐธรรมนูญสหรัฐ คำวินิจฉัยคดี **Brown v. Board of Education** จึงทำให้หลักการแบ่งแยกอย่างเท่าเทียมกัน (Separate but equal doctrine) ซึ่งใช้มาตั้งแต่คดี **Plessy v. Ferguson** ในปี ค.ศ. 1896 ได้ยุติลง³¹⁸ ผู้พิพากษา **Earl Warren** ยังได้โต้แย้งว่า “การแบ่งแยกสิ่งอำนวยความสะดวกทางการศึกษาในสถานศึกษาสาธารณะถือว่าเป็นความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกันโดยธรรมชาติ”³¹⁹ ผลคำวินิจฉัยในคดี **Brown v. Board of Education** ได้นำไปสู่การยกเลิกการแบ่งแยกสีผิวในทางนิตินัยในทุกอาณาบริเวณแห่งการดำรงชีวิตสาธารณะ (public life) ของประชาชนชาวอเมริกันโดยไม่แบ่งแยกสีผิว จึงถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐที่ก้าวหน้ามากคดีหนึ่ง ซึ่งเป็นการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

2.5) คำวินิจฉัยคดี **Locher v. New York** (ค.ศ. 1905) และ คำวินิจฉัยคดี **Muller v. Oregon** (ค.ศ. 1908)

ในช่วงที่สหรัฐอเมริกาเริ่มมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ศาลสูงสุดมีบทบาทสำคัญในการตีความบทบัญญัติกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal law) กับกฎหมายมลรัฐ (State law) ที่เกี่ยวกับสังคมและเศรษฐกิจ ศาลสูงสุดจึงได้วางหลักการรับรองเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชน โดยเห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการทำสัญญาตกลงกันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง โดยอาศัยรัฐธรรมนูญสหรัฐ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 (14th Amendment) ซึ่งศาลสูงสุดได้ถือตามความเห็นของ **James Madison** ผู้ร่วมก่อตั้งประเทศที่เห็นว่า รัฐควรวางตัวเป็นกลางระหว่างการแข่งขันกันของกลุ่มเศรษฐกิจ ลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม (Laissez-faire) ซึ่งยึดหลักเสรีภาพของเอกชนในการดำรงชีวิตเศรษฐกิจที่

³¹⁸ Supreme Court of the United States, เพิ่งอ้างถึง.

³¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พฤษภาคม 2550 : หน้า 33.

อิสเรีโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรใช้บังคับกฎหมายเข้าควบคุมเศรษฐกิจในลัทธิทุนนิยม เช่น ในปี ค.ศ. 1905 ศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยในคดี **Locher v. New York** ว่า กฎหมายมลรัฐนิวยอร์กกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาทำงานและเงื่อนไขการทำงานมอบขมบ่งเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 เนื่องจากขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญา³²⁰ ในคดีนี้จึงมีผู้วิจารณ์ว่า ศาลสูงสุดสหรัฐได้วินิจฉัยตัดสินไปในแนวอนุรักษนิยมเกินไป

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 1908 ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ได้กลับแนวคำวินิจฉัยในคดี **Muller v. Oregon** ต่อด้านกฎหมายมลรัฐออริกอนที่ให้สตรีทำงานในโรงงานชักรีดถึงวันละ 10 ชั่วโมง โดยมีการรวบรวมประจักษ์พยานหลักฐานต่างๆ มาประกอบ เช่น รายงานแพทย์ผู้ตรวจโรงงาน เจ้าหน้าที่ผู้ตรวจโรงงาน และนักสังคมสงเคราะห์ ข้อเสนอแนะของหนังสือพิมพ์และรายงานของนักสังเกตการณ์เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพคนงาน³²¹ จึงเห็นได้ว่า ศาลสูงสุดสหรัฐได้เริ่มกลับแนวคำวินิจฉัยในเรื่องกฎเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจเสรีนิยมโดยเห็นว่า เสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในหลักประกันของหลักคุณนิติกระบวนการ (Due process of law) ตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีได้ยึดถือหลักการรับรองเสรีภาพในการทำสัญญา ระหว่างเอกชนแต่เพียงอย่างเดียว หลักกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต้องสัมพันธ์กับประโยชน์ของสังคมด้วย ซึ่งถือเป็นการวินิจฉัยคดีแนวใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อน นับเป็นธรรมเนียมการปฏิบัติว่า ศาลสูงสุดสหรัฐจะต้องนำสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เชื่อถือได้มาประกอบการพิจารณาคดีด้วย

2.6) คำวินิจฉัยคดี **Roe v. Wade (ค.ศ. 1973)** และคำวินิจฉัยคดี **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (ค.ศ. 1992)**

คดีนี้มีผลกระทบต่อสังคมอเมริกันได้จนถึงปัจจุบันนี้ เพราะวก่อนปี ค.ศ. 1973 ไม่เคยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง และมลรัฐเกือบทั้งหมดในสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายท้องถิ่นที่ระบุว่า การทำแท้งเป็นเรื่องผิดกฎหมาย แต่มีข้อแม้ว่าทำแท้งได้ในกรณีชีวิตผู้เป็นแม่ตกในขีดอันตรายและต้องรักษาชีวิตไว้ ดังนั้น ในสมัยก่อนการทำแท้งในเกือบทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกา เลยทำให้ผู้หญิงที่

³²⁰ Supreme Court of the United States, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (313).

³²¹ วรรณมา สุพรรณธะริตา, “ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากับการจัดทำคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ”. ใน PUBLIC LAW NET, 7 เมษายน 2556. สืบค้นจาก pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=900 เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2556.

ต้องการทำแท้งต้องไปคลินิกเถื่อนหรือทำเองด้วยซ้ำ ซึ่งเป็นสภาพแบบนี้อยู่นานพอสมควร จนทำให้มลรัฐใหญ่บางรัฐ เช่น แคลิฟอร์เนียกับนิวยอร์กได้เปลี่ยนกฎหมายว่าการทำแท้งไม่ได้เป็นเรื่องผิดกฎหมายอีกต่อไป จึงทำให้มลรัฐอื่นๆ เริ่มไขว่เขวและอยากหาแนวทางที่ควรทำตามหรือปฏิบัติตาม การริเริ่มของคดีนี้เกิดขึ้นที่มลรัฐเท็กซัส ซึ่งดั้งเดิมมีกฎหมายห้ามทำแท้งโดยเด็ดขาดตราบิตที่ชีวิตผู้เป็นแม่ไม่ตกอยู่ในสภาพอันตราย

ในปี ค.ศ. 1969 นาง Norma L. McCorvey พบว่า ตนเองได้ตั้งท้องลูกคนที่ 3 ซึ่งทำให้เธอเกิดความกลุ้มใจและอยากที่จะเอาเด็กออก เมื่อปรึกษาหารือกับเพื่อนซึ่งบอกว่าตามกฎหมายในมลรัฐเท็กซัสและเกือบทุกที่ของสหรัฐอเมริกาผู้หญิงไม่มีสิทธิที่จะเลือกเอาเด็กออกจากท้องตราบิตที่ร่างกายแม่นั้นไม่ได้รับอันตราย และแนะนำให้เธออ้างกับหมอว่าตนเองนั้นถูกข่มขืน แต่ปัญหาอยู่ที่ว่าข้ออ้างนี้ไม่สามารถทำได้ เพราะหมอต้องการคำแจ้งความเพื่อเป็นหลักฐาน แต่เมื่อเธอไม่ได้ถูกข่มขืนจริง จึงทำให้ไม่มีใบแจ้งความ เธอจึงตัดสินใจพยายามหาคลินิกเถื่อน แต่ปรากฏว่าคลินิกเถื่อนทุกที่ที่เธอไปนั้นถูกสั่งปิดจากตำรวจเพราะฝ่าฝืนกฎหมายเรื่องทำแท้ง ต่อเมื่อวันเวลาได้ผ่านไปทุกๆ วัน บวกกับความเครียดที่อยากจะเอาเด็กออกให้ได้ เธอจึงเกิดความสงสัยและเกิดความโกรธที่ตัวเธอควรมีสิทธิเลือกทำในสิ่งที่ตนเองตั้งใจอยากทำ เพราะเป็นสิทธิของตัวเองที่จะเลือกได้ เลยเข้าไปปรึกษาข้อกฎหมายกับทนายความ 2 คนที่ชื่อ Linda Coffee และ Sarah Weddington เพื่อดูว่าสามารถแก้ไขกฎหมายนี้ได้หรือไม่ อาจไม่ทันที่ตัวเธอเอง แต่เพื่อผู้หญิงคนอื่นๆ ที่ตกอยู่ในสภาพเดียวกัน

ในปีถัดมาทนายความ 2 คนนี้ได้ยื่นฟ้องต่อศาลท้องถิ่นในมลรัฐเท็กซัส โดยตั้งชื่อ Jane Roe เป็นชื่อนามสมมติแทนชื่อนาง McCorvey ส่วนฝ่ายจำเลยคือมลรัฐเท็กซัสได้ให้อัยการสูงสุดในมลรัฐเป็นผู้รับเรื่องชื่อว่า Henry Wade ฝ่ายโจทก์ที่คลอลูกไปแล้วก่อนที่ศาลมลรัฐเท็กซัสจะตัดสินได้ให้การต่อหน้าศาลว่าตัวเองยอมรับว่าโกหกว่าถูกข่มขืน แต่ต้องอ้างว่าถูกข่มขืนเพื่อทำแท้ง แต่พอไม่มีหลักฐานก็เหมือนตัวเองถูกตัดสินพิพากษา ในที่สุดทางศาลเห็นด้วยกับฝ่ายโจทก์ว่าสิทธิของเธอถูกละเมิด แต่เธอไม่ถึงกับที่จะแก้กฎหมายห้ามทำแท้งขึ้นมาได้ ทนายความจึงยื่นถึงศาลฎีกาเพื่อให้เกิดการแก้ไขกฎหมายได้ ในที่สุดวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1971 เรื่องนี้ถึงศาลสูงสุดพร้อมกับคดีอื่นๆ ที่มีเรื่องราวใกล้เคียงกัน หลังจากมีการโต้เถียงกันรอบแรกระหว่างคณะตุลาการ 9 ท่าน มีความเห็นพ้องกันว่ากฎหมายห้ามทำแท้งในมลรัฐเท็กซัสควรมีการปรับแก้เพราะกฎหมายที่มีอยู่คลุมเครือและไม่ค่อยชัดเจนนัก ในวันที่

ในการทำแท้งนั้นได้ หากจำเป็นต้องกระทำเพื่อประโยชน์ที่มีอาจไม่รักษาไว้ได้

ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ ประโยชน์ที่กล่าวถึงนั้นหมายถึงสุขภาพของแม่หรือชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาหรือไม่ ในประเด็นเกี่ยวกับชีวิตของเด็กในครรภ์มารดานั้น ศาลสูงสุดในคดี *Roe v. Wade* ได้สร้างเกณฑ์เงื่อนไขไตรมาศรายสามปี (trimester) เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยทำแท้งรวม 3 ประการ คือ (1) ในช่วงสามเดือนแรกของการตั้งครรภ์ มารดาที่ตั้งครรภ์ย่อมมีเสรีภาพในการทำแท้งโดยปริบูรณ์ (2) ในระยะสามเดือนถัดไป รัฐจึงย่อมมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการทำแท้งและกำหนดกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งได้ หากกฎหมายนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสุขภาพของหญิงมีครรภ์ และ (3) ในช่วงสามเดือนสุดท้าย หากทารกในครรภ์มารดาอาจมีชีวิตอยู่นอกมดลูกของมารดา รัฐอาจห้ามทำแท้งได้ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐยังคงยึดแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ในคดี *Planned Parenthood v. Casey* แม้ว่าศาลก็ไม่ได้เห็นว่าการตีความของมลรัฐเพนซิลวาเนียซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้สร้างเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งขึ้นมาใหม่³²⁴ กล่าวคือใช้หลัก undue-burden แทนหลัก test trimester ได้ ซึ่งตามหลัก undue-burden รัฐสามารถกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งได้ หากไม่กระทบกระเทือนสิทธิในการทำแท้งโดยไม่จำเป็น โดยหลักการใหม่นี้ ศาลสูงสุดจึงได้พิพากษาว่ากฎหมายว่าด้วยการทำแท้งของมลรัฐเพนซิลวาเนียในส่วนที่กำหนดให้หญิงมีสามีต้องแจ้งสามีของตนก่อนการทำแท้งเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐได้

เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐในคดีเกี่ยวกับการทำแท้งสองคดีข้างต้น พบว่า ศาลสูงสุดยังคงถือหลัก *Stare decisis*³²⁵ อยู่ แต่ในคดี *Planned Parenthood v. Casey* ศาลก็ได้วินิจฉัยเหมือนกันทุกครั้งว่า การยึดถือหลัก *Stare decisis* ไม่ได้เป็นไปโดยปราศจากข้อยกเว้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีรัฐธรรมนูญ ศาลพยายามที่จะชี้แจงน้ำหนักระหว่างผลร้ายของการยึดถือตามแนวคำวินิจฉัยเดิมกับการยกเลิกหรือเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเดิม ทั้งนี้ โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณาที่สำคัญรวมทั้งสิ้น 4 ประการ ดังนี้ (1) คำวินิจฉัยเดิมเป็นคำวินิจฉัยที่โดย

³²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้างถึง : หน้า 42-43.

³²⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้างถึง : หน้า 27. หลัก *Stare decisis* เป็นหลักกฎหมายที่ศาลยึดถือปฏิบัติกันอยู่ในระบบกฎหมายจารีตธรรม (The Common Law System) โดยได้กำหนดให้ศาลชั้นต้นต้องผูกพันต่อคำพิพากษาที่ศาลสูงสุดตัดสินไว้และกำหนดให้ศาลชั้นต้นต้องผูกพันต่อคำพิพากษาที่ตนเคยตัดสินไว้ก่อนหน้านั้นด้วย.

เนื้อหาสาระแล้วไม่สามารถปฏิบัติได้ใช้หรือไม่ (2) ศาลอาจจะเลิกยึดถือตามคำวินิจฉัยเดิมโดยที่ไม่กระทบต่อประโยชน์อันควรมีควรได้ของคุณค่าที่เชื่อมั่นต่อแนวคำวินิจฉัยตัดสินของศาลนั้นหรือไม่ (3) คำวินิจฉัยเดิมเป็นคำวินิจฉัยตัดสินที่ในทางทฤษฎีแล้วได้พ้นสมัยไปแล้วหรือไม่ (4) ข้อเท็จจริงที่เป็นฐานของแนวคำวินิจฉัยเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ นักกฎหมายอเมริกันได้อภิปรายโต้แย้งกันเกี่ยวกับหลักความผูกพันของศาลสูงสุดที่มีต่อคำวินิจฉัยก่อนหน้านี้ของตนเอง (หลัก Stare decisis) โดยปราศจากข้อยกเว้นกันมาเป็นเวลายาวนานพอสมควร ก็เพื่อให้การยึดถือแนวคำวินิจฉัยเดิมและการยกเลิกหรือเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเดิมในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลนั้นจะต้องเคารพต่อหลักศุนีนิติกระบวนการ (Due process of law) ที่เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย

ดังนั้น ความเห็นส่วนใหญ่ในคดี **Planned Parenthood v. Casey** ศาลสูงสุดสหรัฐไม่อาจยกเลิกแนวคำวินิจฉัยเดิมในคดี **Roe v. Wade** ได้ เพราะไม่มีเหตุเข้าตามหลักเกณฑ์พิจารณา 4 ประการข้างต้นแต่อย่างใด ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยเดิมในคดี **Roe v. Wade** ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักหน่วง เพราะเป็นครั้งแรกที่การทำแท้งนั้นได้ถูกยอมรับอย่างเป็นทางการในสังคมอเมริกันโดยศาลสูงสุดว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้เกิดมีทฤษฎีใหม่ๆ หรือมูลฐานของข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยในคดี **Roe v. Wade** ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปจนกระทั่งต้องเลิกยึดถือตามแนวคำวินิจฉัยเดิม ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสูงสุดสหรัฐยังได้นำเอาหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บรรดาผู้หญิงมีต่อคำวินิจฉัยเดิมมาเป็นเครื่องช่วยในการพิจารณาวินิจฉัยตัดสินคดี **Planned Parenthood v. Casey** ได้อีกด้วย ศาลสูงสุดจึงได้พิเคราะห์ถึงสถานะในทางสังคมของผู้หญิงเป็นสำคัญ โดยศาลสูงสุดเห็นว่าการที่ผู้หญิงจะสามารถมีอาชีพการงานตลอดจนสถานะในทางสังคมเท่าเทียมกับผู้ชายได้นั้นก็จะต้องเริ่มต้นจากการอนุญาตให้หญิงมีกรรมสิทธิ์ที่จะตัดสินใจก่อนว่า ตนจะรักษาชีวิตในครรภ์ของตนไว้หรือไม่ ศาลสูงสุดจึงได้มีความเห็นต่อไปด้วยว่าศาลไม่อาจวินิจฉัยให้การทำแท้งกลายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะหากวินิจฉัยในลักษณะเช่นนั้นแล้ว ความเชื่อมั่นศรัทธาทั้งหลายทั้งปวงที่บุคคลมีต่อคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐก็ย่อมถูกทำลายลงไปด้วย

โดยสรุป เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐดังกล่าวข้างต้นพบว่า การผูกพันยึดถือแนวคำวินิจฉัยเดิมๆ ตามหลัก Stare decisis อย่างเคร่งครัดโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยไม่ว่ากรณีใดๆ นั้น ไม่เคยปรากฏในระบบ

กฎหมายอเมริกัน ถึงแม้ว่าศาลสูงสุดสหรัฐจะได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยเดิมๆ ศาลสูงสุดก็ไม่ได้กระทำโดยอำเภอใจโดยไม่มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขใดๆ อันจะเป็นการขัดต่อหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหรัฐได้รับประกันไว้เป็นหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ศาลสูงสุดจึงได้พยายามหาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ใช้ในการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ กันนั้น โดยไม่เป็นการละเมิดหลักนิติธรรมและหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยสหรัฐอเมริกา

2.7) คำวินิจฉัยคดี Bush v. Gore (ค.ศ. 2000)

การเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2000 ได้มีปัญหา นับคะแนนเสียงเลือกตั้งที่มลรัฐฟลอริดาในการแข่งขันกันระหว่าง George Bush แห่งพรรครีพับลิกันและ Al Gore แห่งพรรคเดโมแครต จึงเกิดคดี **Bush v. Gore**³²⁶ ที่เป็นการฟ้องร้องระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งประธานาธิบดีจนถึงศาลสูงสุดสหรัฐ ซึ่งได้วินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาลฎีกามลรัฐฟลอริดา (Florida Supreme Court) ที่ออกคำสั่งให้มีการนับคะแนนเสียงบัตรเลือกตั้งประธานาธิบดีใหม่ทั้งหมดซ้ำอีกครั้งหนึ่งโดยให้ใช้คนนับคะแนนใหม่ด้วยมือ (manual recount) ตามที่อัล กอร์ ได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลฎีกามลรัฐฟลอริดา เพราะบัตรเลือกตั้งจำนวนมากมีปัญหาการเจาะรู

³²⁶ Bush v. Gore, US Supreme Court Opinion : “The petition presents the following questions: whether the Florida Supreme Court established new standards for resolving Presidential election contests, thereby violating Art. II, §1, cl. 2, of the United States Constitution (Article II, § 1, cl. 2 specifies the number of electors per state, and, most relevant to this case, specifies the manner in which those electors are selected, stipulating that: “Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors... This clause arguably gives power to only one branch of Florida’s state government i.e., the state legislature.) and failing to comply with 3 U.S.C. § 5 regulates the “determination of controversy as to appointment of electors” in Presidential elections. Of particular relevance to this case was the so-called “safe harbor” provision, which allows states to appoint their electors without Congressional interference if done by a specified deadline: “If any State shall have provided ... for its final determination of ... the appointment of all or any of the electors of such State ... at least six days before the time fixed for the meeting of the electors, such determination ... shall be conclusive.” Since the electors were set to meet December 18, the “safe harbor” deadline was December 12, just one day after the Court heard oral arguments in this case.

ไม่ผ่าน จึงทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์นับคะแนนไม่ได้ แต่ศาลสูงสุดสหรัฐได้วินิจฉัยตัดสินด้วยคะแนนเสียงข้างมาก 7 ต่อ 2³²⁷ ว่า การนับคะแนนเลือกตั้งใหม่ตามคำพิพากษาของศาลฎีกามลรัฐฟลอริดาได้ละเมิดต่อหลักการพิทักษ์คุ้มครองความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา (Constitution's equal protection) และหลักประกันศุภนิติกระบวนการ (Due process guarantees) อันไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพราะมาตรฐานการนับคะแนนย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐของประเทศ และศาลสูงสุดสหรัฐยังได้ตัดสินย้อนสำนวนคดี (remand) ไปยังศาลฎีกามลรัฐฟลอริดา ด้วยคะแนนเสียง 5 ต่อ 4 เพื่อเยียวยาโดยให้คงกำหนดเวลานับคะแนนใหม่ต่อไปจนถึงสุดลงภายในเวลาเที่ยงคืน³²⁸ ดังนั้น ผลคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดในคดีนี้จึงทำให้การเลือกตั้งประธานาธิบดียุติลงโดย George W. Bush ได้เป็นผู้ชนะการเลือกตั้งในครั้งนี้

การที่ศาลสูงสุดสหรัฐได้ออกคำสั่งให้ยุติการนับคะแนนใหม่ และยกประโยชน์ให้ จอร์จ บุช ชนะการเลือกตั้งประธานาธิบดี ทั้งๆ ที่ อัล กอร์ มีคะแนนนำในการนับคะแนนรวมทั้งประเทศ แต่ได้คะแนนเสียงตามหลัง จอร์จ บุช ที่มลรัฐฟลอริดาเพียงประมาณ 200 กว่าคะแนนเท่านั้น ซึ่งตามระบบเลือกตั้งของสหรัฐอเมริกาในอดีต คะแนนเสียงเลือกตั้งที่มลรัฐฟลอริดามักจะเป็นตัวตัดสินชัยชนะในการเลือกตั้ง

³²⁷ ศาลสูงสุดสหรัฐได้ใช้บทบัญญัติ The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment มาเป็นพื้นฐานการคำวินิจฉัยตัดสินในคดี Bush v. Gore บัญญัติไว้ว่า : “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. 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.” อีกทั้งยังได้อ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐ: According to 28 U.S.C. § 1257: “Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States...”

³²⁸ Supreme Court of the United States, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ 313; Bush v. Core from Wikipedia, the free encyclopedia, สืบค้นจาก en.wikipedia.org/wiki/Bush_v._Gore; PBS. “Bush v. Gore 2000”. In **Supreme Court History**. The Future of the Court : Landmark Cases, From www.pbs.org/wnet/supremecourt/future/landmark_bush.html; วรณา สุพรรณธวัช, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ 321.

ประธานาธิบดีสหรัฐเสมอมา คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐในคดีนี้นับได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่อุกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงที่สุดคดีหนึ่ง³²⁹ ศาสตราจารย์กฎหมายของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ได้วิจารณ์ว่า “เป็นคำพิพากษาที่ไร้ความยุติธรรมที่สุด (Supreme injustice)” เป็นไปได้อย่างไรที่ผู้พิพากษาศาลสูงจะลงคะแนน 5-4 ให้เป็นประโยชน์ต่อประธานาธิบดี จอร์จ บุช โดยที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมาก 5 คนนั้น ก็คือผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีสังกัดพรรครีพับลิกันนั่นเอง คดีนี้มีปัญหาตั้งแต่เรื่องเขตอำนาจของศาล ซึ่งมีผู้พิพากษาศาลสูงสุดท่านหนึ่งได้ให้สัมภาษณ์ภายหลังว่า เมื่อมองย้อนกลับไปศาลสูงสุดไม่ควรรับพิจารณาคดีนี้ตั้งแต่แรก ปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลสูงสุดใช้ในการวินิจฉัยตัดสินคดี หรือ ปัญหาที่ว่าแม้จะตัดสินเช่นนั้น ศาลสูงสุดก็น่าจะอธิบายเหตุผลได้ดีกว่านี้ หรือมีคำสั่งที่ดีกว่านี้

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดดังกล่าว อัล กอร์ ได้ออกมาแถลงว่า แม้ว่าตนเองไม่เห็นด้วยอย่างที่สุดต่อคำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐ แต่ก็ขอยอมรับคำวินิจฉัยตัดสินในคดีนี้ และยอมรับผลชี้ขาดแล้ว (Finality of the outcome) เพราะเชื่อมั่นในหลักนิติธรรม (Rule of law) ดังสุภาษิตว่า “ไม่ได้อยู่ภายใต้ตัวบุคคล แต่อยู่ภายใต้พระเจ้าและกฎหมาย” (Not under man, but under God and law) และเรียกร้องให้ประชาชนในประเทศสหรัฐอเมริกาหันหน้าเข้าหากันภายใต้การนำของ ประธานาธิบดี จอร์จ บุช ทั้งๆ ที่นักวิชาการในสหรัฐอเมริกาเกือบทั้งหมดแทบจะไม่มีใครเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว แม้ว่าจะแสดงความไม่เห็นด้วย หรือวิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยนี้อย่างไร แต่ก็ไม่มีใครออกมากล่าวอ้างว่า คำวินิจฉัยตัดสินควรจะเป็นโมฆะ ไม่ต้องยอมรับคำตัดสินของศาล ทุกคนได้วิจารณ์ศาลสูงสุดสหรัฐอย่างหนักหน่วง แต่ด้วยความเคารพศาลว่า ภายใต้อำนาจกฎหมาย ศาลเป็นผู้ให้คำวินิจฉัยตัดสินชี้ขาดขั้นสุดท้ายและผูกพันทุกองค์กร (final words) แม้ว่าประชาชนอเมริกันต่างไม่พอใจผู้พิพากษาเป็นรายบุคคล ไม่พอใจในกิจการเมืองเป็นรายบุคคล แต่ก็ยังเชื่อมั่นในสถาบันศาลและระบบการเลือกตั้ง จึงไม่ต้องการออกมาเคลื่อนไหวเดินขบวนประท้วงผลการเลือกตั้งประธานาธิบดีกลางถนน โดยต่างก็หวังว่าศาลสูงสุดอาจจะกลับหลักแนวคำวินิจฉัยตัดสินเสียใหม่ในอนาคต และทุกคนก็ได้ยอมรับผลคำวินิจฉัยที่ชี้ขาดของศาลสูงสุดแล้วตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม

³²⁹ ดูรายละเอียดการวิเคราะห์และวิพากษ์วิจารณ์คำวินิจฉัยคดี Bush v. Gore ใน Howard Gillman, *The Votes That Counted : How the Court Decided the 2000 Presidential Election*. Chicago, University of Chicago Press, 2003: pp. 81-92.

จากผลการสำรวจความคิดเห็น (pole) ของประชาชนชาวอเมริกันต่อคำวินิจฉัยในคดีนี้ พบว่า ประชาชนอเมริกันไม่พอใจผู้พิพากษาศาลสูงสุดเป็นรายบุคคล แต่ความเชื่อมั่นต่อศาลสูงสุดโดยภาพรวม ในฐานะสถาบันหลักในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกา ก็ยังคงได้รับความเชื่อมั่นในระดับที่สูงยิ่ง และประชาชนยอมรับการตัดสินของศาลสูงสุด ถึงแม้ว่า จอร์จ บุช ได้เป็นประธานาธิบดีเป็นสมัยที่สอง แต่อยู่ในวาระที่สองของการเป็นประธานาธิบดีนั้น คณะเนนสำรวจความเชื่อมั่นที่ประชาชนมีต่อรัฐบาลอยู่ต่ำกว่า 30% หมายความว่า มีประชาชนอเมริกันกว่า 70% ไม่ยอมรับการทำงานของบุช เป็นเวลาต่อเนื่องนานเกือบ 3 ปี วัฒนธรรมประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาล (กฎหมาย) และการเลือกตั้ง (การเมือง) ในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น หลังคำวินิจฉัยตัดสินของศาลสูงสุด อัล กอร์ จึงหยุดดำเนินการใดๆ ต่อไป ไม่เรียกร้องให้ใครออกมาเดินขบวนโดยไม่ยอมรับคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดและไม่ยอมรับจอร์จ บุชเป็นประธานาธิบดี เพราะ อัล กอร์ ยอมรับว่าขึ้นทำเช่นนั้น พรรคเดโมแครตก็อาจจะหมดโอกาสที่จะได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งครั้งหน้าก็ได้

2.8) คำวินิจฉัยคดีคดี Burwell v. Hobby Lobby : กฎหมายประกันสุขภาพ Obamacare ละเมิดเสรีภาพความเชื่อทางศาสนาหรือไม่ ?

ข้อเท็จจริงของคดี Burwell v. Hobby Lobby³³⁰ มีอยู่ว่า บริษัท Hobby Lobby และบริษัทอีกจำนวนหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ซึ่งล้วนเป็นบริษัทหากำไรที่ถือหุ้ันโดยคนในครอบครัวจำนวนไม่กี่คน (closely-held corporation) ได้ยื่นฟ้องร้องว่ากฎหมายประกันสุขภาพ Obamacare ละเมิดเสรีภาพทางศาสนาของพวกตน โดยบังคับให้บริษัทต้องจ่ายเงินเข้ากองทุน Obamacare ซึ่งมีบางแผนของประกันสุขภาพที่รวมเอาการคุมกำเนิดบางประเภทที่ป้องกันไม่ให้เกิดตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในผนังมดลูกเอาไว้ด้วย โดยเจ้าของบริษัทมีความเชื่อตามศาสนาคริสต์อย่างบริสุทธิ์ใจว่า ชีวิตเริ่มต้นที่การปฏิสนธิ และการคุมกำเนิดดังกล่าวก็ไม่ต่างจากการทำแท้งแต่อย่างใด กฎหมายประกันสุขภาพ Obamacare จึงเป็นการบังคับให้พวกเขาต้องจ่ายเงินให้คนไปทำแท้งโดยผ่านทาง การจ่ายเงินของบริษัทดังกล่าว

ศาลสูงสุดสหรัฐได้มีคำวินิจฉัยตัดสินในคดี Burwell v. Hobby Lobby ด้วยคะแนนเสียง 5 ต่อ 4 ว่า ตามกฎหมาย Religious Freedom Restoration

³³⁰ Wikipedia. "Burwell v. Hobby Lobby". From Wikipedia, the free encyclopedia. สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2557 จาก en.wikipedia.org/wiki/Burwell_v._Hobby_Lobby.

Act (RFRA) รัฐบาลจะสร้างภาระอย่างมีนัยสำคัญ (substantial burden) ให้กับบุคคล (person) ในด้านการปฏิบัติทางศาสนาไม่ได้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า เป็นไปเพื่อประโยชน์อันน่าเชื่อถือได้ของรัฐบาล (compelling governmental interest) และเป็นไปโดยวิธีการที่จำกัดที่สุด (least restrictive mean) ดังนั้น จึงมีปัญหากฎหมายสี่ประเด็นที่ต้องพิจารณาในคดีนี้³³¹ ดังนี้

ประเด็นแรก บริษัทเป็นบุคคลหรือไม่? ศาลสูงสุดได้ชี้ว่า บริษัทก็เป็นบุคคลตามกฎหมาย RFRA โดยการปกป้องสิทธิทางศาสนาของบริษัทก็เพื่อจะปกป้องสิทธิทางศาสนาของคนที่มาร่วมกันเป็นบริษัท มิฉะนั้น เท่ากับว่า คนที่ต้องการจะทำมหากินโดยการรวมเป็นบริษัทก็ต้องสละความเชื่อของตนเองทิ้งไป

ประเด็นที่สอง รัฐบาลสร้างภาระอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่? ศาลสูงสุดได้ตัดสินว่า ใช่ เพราะเป็นการบังคับให้บริษัทต้องเสียเงินจำนวนมากปีละหลายสิบล้านหรือหลายร้อยล้านเหรียญสหรัฐ หรือไม่ก็เสียค่าปรับหลายล้านเหรียญสหรัฐเพื่อทำตามกฎหมายนั้น และศาลยังได้ชี้ต่อไปว่า เรื่องนี้ไม่ใช่เป็นหน้าที่ของศาลที่จะไปบังคับบอกว่าอะไรคือความเชื่อที่ถูกต้องของแต่ละบุคคล หรือของแต่ละศาสนา

ประเด็นที่สาม รัฐบาลไปเพื่อประโยชน์อันน่าเชื่อถือได้ของรัฐบาลหรือไม่? ศาลสูงสุดได้ยอมรับว่า ใช่ การให้ประกันสุขภาพและการคุมกำเนิดก็ถือเป็นผลประโยชน์ที่น่าเชื่อถือได้

ประเด็นที่สี่ รัฐบาลใช้วิธีที่จำกัดน้อยที่สุดหรือไม่? ศาลได้ตอบว่า ไม่ เพราะยังมีวิธีการอื่นๆ อีกที่รัฐบาลสามารถทำได้ เช่น การให้รัฐบาลจ่ายเงินแทนบริษัทเหล่านั้น และรัฐบาลก็ไม่ได้แสดงหลักฐานที่น่าเชื่อถืออื่นๆ ว่าเป็นวิธีที่จำกัดที่สุด นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้ออกกฎที่ว่า องค์กรไม่แสวงหากำไรที่มีวัตถุประสงค์ด้านศาสนาเอง (เช่น โบสถ์) ก็ไม่ต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนเพื่อสนับสนุนแผนคุมกำเนิดแต่อย่างใด ในเมื่อนิติบุคคลที่แสวงหากำไรกับที่ไม่แสวงหากำไรไม่มีอะไรที่ต่างกันในเรื่องนี้ ก็ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าทำไมถึงมีมาตรฐานที่ต่างกันแล้วบอกว่า อันหนึ่งเป็นวิธีจำกัดที่สุดในขณะที่อีกอันหนึ่งไม่ใช่

ข้อวิเคราะห์คดีนี้คือ ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า คำพิพากษานี้จำกัดเฉพาะกับบริษัทที่ถือหุ้นด้วยคนจำนวนน้อย (closely-held corporation) ซึ่งโดยมากหมายถึง บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นไม่เกิน 5 คน ไม่ใช่กับบริษัทใหญ่ๆ อย่างบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และจำกัดเฉพาะกับการคุมกำเนิดเท่านั้น

³³¹ ดูคำวินิจฉัยฉบับเต็มใน Supreme Court of the United States. “Burwell v. Hobby Lobby”. สืบค้นเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2557 จาก http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf.

ไม่ได้ไปไกลถึงหัตถกรรมอย่างอื่น (เช่น การให้วัคซีน หรือการถ่ายเลือด) อีกทั้งเป็นที่น่าสังเกตว่าศาลสูงสุดไม่ได้หวั่นหวาดประเด็นทางด้านสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหรัฐ แก้ไขฉบับที่ 1 (First Amendment) ซึ่งว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออกขึ้นมาแต่อย่างใด จึงไม่ใช่การปกป้องที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปเท่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เช่น ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย มองต่างอย่างมาก โดยให้เหตุผลหลายอย่าง เช่น ความเห็นเสียงข้างมากเท่ากับทำให้ศาลลงไปตัดสินว่า อะไรคือความถูกต้องของแต่ละศาสนา เพราะแต่ก่อนศาลก็เคยบอกว่า การไม่จ่ายเงินเข้ากองทุนประกันสังคมด้วยเหตุด้านศาสนานั้นไม่ได้ในคำวินิจฉัยในคดี *US. v. Lee* นอกจากนี้ คนที่ตัดสินใจเรื่องคุมกำเนิดจริงๆ ไม่ใช่บริษัท แต่เป็นลูกจ้างที่ตัดสินใจทางความเชื่อ การจ่ายเงินเข้ากองทุนเป็นการจ่ายในลักษณะทั่วไปไม่ได้บอกเป็นการเฉพาะว่าเงินไหนใช้ทำอะไร อีกทั้งเสียงส่วนน้อยเห็นว่า นิติบุคคลนั้นไม่ได้มีชีวิตจิตใจด้วยตนเอง บริษัทหากำไรจึงแตกต่างจากองค์กรไม่แสวงหากำไรทางศาสนาด้วยวัตถุประสงค์ที่ต่างกัน เพราะองค์กรศาสนาเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ด้านศาสนา แต่บริษัทเกิดจากการแยกตัวระหว่างบุคคลธรรมดา กับนิติบุคคล เพื่อจะเข้าไปสู่โลกของผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ไม่ได้อยู่ในโลกเดิมที่บุคคลมีความเชื่อทางศาสนา

ข้อวิจารณ์คดีนี้คือ นับเป็นอีกครั้งที่นิติบุคคลได้รับการขยายสิทธิออกไปจากสิทธิเดิมๆ ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้สิทธินิติบุคคลในการทำสัญญาและบังคับสัญญา (เช่น ในคดี *Dartmouth College v. Woodward* ปี ค.ศ. 1819) และได้รับการปกป้องคุ้มครองตามหลักนิติธรรมจากศุภนิติกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process) และความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน (Equal protection) ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหรัฐ ฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) (เช่น คดี *Santa Clara v. Southern Pacific Railroad* ปี ค.ศ. 1886 และ คดี *Pembina Consolidated Co. v. Pennsylvania* ปี ค.ศ. 1888) และเมื่อไม่นานมานี้ ก็ได้รับการรับรองว่ามีเสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) อย่างน้อยในแง่การบริจาคเงินเพื่อแสดงออกทางการเมือง (เช่น ในคดี *Citizens United v. FEC* ปี ค.ศ. 2010) และต่อมาในคดี *Burwell v. Hobby Lobby* นี้ ที่ทำให้มีสิทธิในศาสนา (แม้ว่าจะยังไม่ยกไปถึงขั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญก็ตาม) นอกจากนี้ นักวิชาการหลายท่านยังบอกว่า ยังไม่สามารถคาดเดาได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดในคดีนี้จะนำผลอะไรมาให้กับกฎหมายอเมริกันบ้าง เพราะแม้จะเป็นคำวินิจฉัยที่ค่อนข้างแคบและจำกัดอยู่ที่บริษัทที่ถือหุ้นโดยคนจำนวนน้อย (closely-held corporation) แต่จากสถิติ พบว่า บริษัทในสหรัฐจำนวนกว่า 90% เป็นบริษัท

ประเพณี และมีแรงงานอยู่ในบริษัทเหล่านี้กว่า 52% และก็ไม่ทราบว่าศาลแต่ศาลของสหรัฐอเมริกาจะตีความคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้กว้างหรือแคบเพียงใด

โดยสรุป พัฒนาการคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐจากคดี *Marbury v. Madison* ถึงคดีกฎหมายประกันสุขภาพ *Obamacare* พบว่า การวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ศาลเกินกรอบอำนาจหน้าที่ของศาลในการตีความข้อกฎหมาย (Judicial activism) โดยการใช้อำนาจดุลพินิจและความคิดเห็นส่วนตัวมากเกินไปในการวินิจฉัยคดี หรือการตีความเกินตัวบทกฎหมาย เช่น คดีที่ถูกวิจารณ์ว่าศาลสูงสุดอนุรักษ์นิยมมากเกินไปในคดี *Lochner v. New York* (ค.ศ. 1905) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงื่อนไขการทำงานและเวลาการทำงานอบขนมปังของมลรัฐนิวยอร์กเป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญสหรัฐ เนื่องจากขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน (undamental rights) และเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชน หรือคดีที่ถูกวิจารณ์ว่าเสรีนิยมมากเกินไปในคดี *Roe v. Wade* (ค.ศ. 1973) ซึ่งเป็นคดีแรกที่ศาลได้รับรองสิทธิผู้หญิงในการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนบุคคล (individual rights) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (constitutional fundamental rights) ที่ได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 14 (14th Amendment) ว่าด้วยศุนิตีกระบวนการ (Due Process Clause) ตามหลักนิติธรรม หรือคดีที่ถูกวิจารณ์ว่าก้าวหน้ามากในคดี *Brown v. Board of Education* (ค.ศ. 1954) ซึ่งห้ามการเลือกปฏิบัติเนื่องจากการแบ่งแยกสีผิวระหว่างคนผิวขาวกับคนผิวดำในสถานที่ศึกษา และในคดี *Bush v. Gore* (ค.ศ. 2000) ซึ่งแนวการวินิจฉัยตีความของศาลสูงสุดในลักษณะดังกล่าวทำให้ศาลถูกวิจารณ์ได้ว่าปฏิบัติหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายเสียเอง หรือกรณีที่ศาลขยายกรอบอำนาจของรัฐบาลกลางสหรัฐมากเกินไปจนเป็นการแทรกแซงเขตอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ หรือกรณีการแทรกแซงของฝ่ายตุลาการในประเด็นที่เป็นปัญหาข้อขัดแย้งทางการเมืองเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีสหรัฐ เช่น ในคดี *Bush v. Gore* เป็นกรณีที่ศาลได้พิจารณาประเด็นปัญหาการนับคะแนนเลือกตั้งซึ่งศาลสั่งระงับให้มีการนับคะแนนใหม่ ส่วนข้อวิจารณ์อื่นๆ เช่น อำนาจศาลสูงสุดที่มีมากเกินไปในการคุ้มครองสิทธิบุคคล (individual rights) ศาลไม่ตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารเท่าที่ควรและไม่เลือกคดีขึ้นพิจารณาที่มากพอ ศาลมีกระบวนการพิจารณาที่ไม่เปิดเผย (secret proceeding) และสร้างวัฒนธรรมให้คนเกรงกลัวกฎหมายมากเกินไปแทนที่จะเห็นกฎหมายเป็นเครื่องมือในการป้องกันคนกระทำผิด การไม่มีเกษียณอายุของผู้พิพากษาศาลสูงสุดซึ่งก็ได้มีผู้โต้แย้งสนับสนุนว่าประเด็นนี้เองที่ทำให้คำพิพากษาของศาล

สูงสุดสหรัฐเป็นคำวินิจฉัยอันทรงพลังยิ่งเพราะศาลเป็นอิสระอย่างแท้จริงโดยไม่อาจถูกแทรกแซงทางการเมืองได้

5.5.3 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมนี

1) วิวัฒนาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีอำนาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งประเทศเยอรมนีเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ความพยายามฟื้นฟูการปกครองโดยหลักนิติรัฐ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ออสเตรียเป็นประเทศแรกที่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอของฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ในปี ค.ศ. 1919 ตามด้วยศาลรัฐธรรมนูญเช็กโกสโลวาเกียในปี ค.ศ. 1920 และขยายไปยังประเทศเยอรมนีในปี ค.ศ. 1949 โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ และควบคุมได้แม้แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้ขัดหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้วางไว้ ไม่ให้ขัดหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจและการห้ามกระจายรูปแบบสหพันธ์โดยเรียกบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขนี้ว่า **Eternity Clause** (มาตรา 1 ถึงมาตรา 20) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 79 วรคสาม ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญนี้ก็ได้ขยายไปยังประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1958 โดยจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ที่มีอำนาจเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ และได้ขยายไปอีก 40 ประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยซึ่งก่อนปี พ.ศ. 2540 ได้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้มีจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็ได้สืบสานการมีศาลรัฐธรรมนูญไทยต่อมาจนถึงปัจจุบัน

ในประเทศเหล่านี้จึงได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทั่วไป คล้ายกฎหมายและผูกพันรัฐสภาในฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาลในฝ่ายบริหาร และศาลอื่นๆ ในฝ่ายตุลาการให้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมโดยไม่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ของไทยว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจควบคุมมิให้มีการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอันเป็นการขัดหรือละเมิดต่อหลักนิติธรรม เช่น ศาลฎีกาอินเดียได้วินิจฉัยไม่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดหลักการพื้นฐานมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1967 ในคดี I.C. Golak Nath and Ors. v. State of Punjab and Anr. และในคดี Kesavananda Bharati v. The State of Kerala ปี ค.ศ. 1973³³² ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักว่า รัฐสภาไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียให้ขัดต่อ “โครงสร้างพื้นฐาน” (basic structure) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปราศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญได้

คำวินิจฉัยคดีดังกล่าวข้างต้น แม้ไม่ได้มีข้อบัญญัติให้อำนาจศาลนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดียก็ตาม แต่ศาลฎีกาอินเดียก็ได้วางหลักว่า “ข้อจำกัดนี้เกิดจากความจำเป็นที่เห็นได้ชัดในการที่จะธำรงไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญนิยม” รัฐสภา ซึ่งพรรคคองเกรสของนางอินทรา คานธี มีเสียงข้างมากเด็ดขาดต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 เพื่อเอาชนะการเลือกตั้ง โดยบัญญัติว่า “จะไม่มีข้อจำกัดใดในอำนาจของรัฐสภาที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งศาลฎีกาอินเดียก็ได้วินิจฉัยการพยายามขยายอำนาจรัฐสภาและลดอำนาจศาลต่อไปว่า การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 42 นี้ใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ในคดี Minerva Mills v. Union of India ปี ค.ศ. 1980³³³ โดยวินิจฉัยว่า รัฐสภาอาจมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มอำนาจโดยไม่มีข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ตนเองหาได้ไม่ เพราะอำนาจ “แก้ไขเพิ่มเติม” ไม่ใช่ “อำนาจทำลาย” รัฐธรรมนูญ

นอกจากศาลฎีกาอินเดียแล้ว ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่เคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นที่ 8 (Proposition 8) ซึ่งมีความว่า “เฉพาะการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ที่จะถือว่ามีผลตามกฎหมาย และเป็นที่ยอมรับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย” โดยประชาชนชาวมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ลงประชามติเห็นชอบร้อยละ 52.27 ในปี ค.ศ. 2008 ทำให้มีผู้นำคดีไปฟ้องศาลสหรัฐเป็นคดี Perry v. Schwazenegar ปี ค.ศ. 2010³³⁴ ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมลรัฐ

³³² บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, “ปาฐกถาเรื่องการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ”. สืบค้นข้อมูลจาก www.kpi.ac.th/kpith/.../การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม.pdf เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556 หน้า 11.

³³³ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, เพิ่งอ้างถึง หน้า 11-12.

³³⁴ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ภายใต้โครงการปฏิรูปสถาบันการเมือง). กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2556).

แคลิฟอร์เนียนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ศาลชั้นต้นสหรัฐพิพากษาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญสหรัฐจริง จึงใช้บังคับไม่ได้ มลรัฐแคลิฟอร์เนียอุทธรณ์ แต่ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืนตามศาลชั้นต้น ศาลสูงสุดสหรัฐก็ตัดสินไม่รับฟ้องในคดี *Hollingsworth v. Perry* ปี ค.ศ. 2013³³⁵ ดังนั้น ในยุคนี้การปฏิรูปประชาธิปไตยเน้นที่การสร้างเสถียรภาพให้รัฐบาล การขจัดเผด็จการรัฐสภา ตลอดจนการฟื้นฟูหลักนิติธรรม โดยการสร้าง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ให้มีอำนาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมเพื่อไม่ให้ถูกละเมิดโดยองค์กรอื่นของรัฐที่รัฐธรรมนูญได้ตั้งขึ้นมา

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันให้มีหลักการตีความที่ศาลมีอิสระกว้างขวาง

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นมีคดีที่แสดงให้เห็นถึงแนวทางหรือหลักการตีความในลักษณะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอิสระค่อนข้างกว้างขวางมาก (Liberal interpretation) คือ **คดีเจ้าหญิง Soraya** ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า เจ้าหญิง Soraya อติตมเหสีของซาร์แห่งอิหร่าน ได้ยื่นฟ้องหนังสือพิมพ์ Die welt เรียกค่าเสียหายจากการที่หนังสือพิมพ์ดังกล่าวลงข่าวที่เป็นการหมิ่นประมาทตน แม้ว่ามูลเหตุแห่งคดีจะเป็นเรื่องทางอาญา ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันที่ใช้อยู่ไม่เป็นเหตุให้เจ้าหญิง Soraya สามารถเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งได้ แต่ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีคำพิพากษาให้เจ้าหญิง Soraya ได้รับค่าเสียหายจากการถูกหมิ่นประมาท โดยให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคล (protection of personality) นั้น เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงคุณค่าของสังคมที่ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว ซึ่งควรที่การตัดสินของศาลต้องสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคม ต่อมาจำเลยได้คัดค้านคำพิพากษาของศาลยุติธรรมดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยกล่าวอ้างว่าผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมได้ตัดสินคดีโดยตีความกฎหมายไกลไปกว่าหน้าที่ของการเป็นผู้พิพากษาและที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า ความเห็นเดิมๆ ที่ว่าผู้พิพากษาจะต้องกระทำ แต่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านรัฐสภานั้น บัดนี้ความเห็นดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว โดยรัฐธรรมนูญนี้ได้นิยามและเห็นชอบในคุณค่าของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวด้วยการใช้ถ้อยคำในมาตรา 20 (3) 2 Germany Constitution : Chapter II - Federation and States : Article 20 [Basic

³³⁵ ชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้างถึง.

Principles of State, Resistance] ; “...(3) Legislation is subject to the constitutional order; the executive and the judiciary are bound by law and justice...”³³⁶ คำว่า “law and justice” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าในกรณีที่มีช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องอุดช่องว่างนั้น ผู้พิพากษาอาจใช้สิ่งต่างๆ ไม่แต่เฉพาะตัวบทกฎหมาย (Statute) เท่านั้น ผู้พิพากษาต้องสามารถที่จะใช้เหตุผลในด้านความยุติธรรม (sense of justice) หรือหลักทั่วไปของความยุติธรรมที่เป็นที่ยอมรับในสังคมนั้นๆ ได้ด้วย

ดังนั้น เมื่อมีคำกล่าวที่นักการเมืองไทยชอบพูดกันเวลามีปัญหาการตีความกฎหมาย แล้วก็บอกว่าเมื่อใช้หลักนิติศาสตร์ไม่ได้ก็ให้ใช้หลักรัฐศาสตร์นั้น คงเป็นเพราะนักการเมืองไทยส่วนใหญ่ไม่เข้าใจวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย กฎหมายที่มีผลใช้บังคับนั้น ต้องผ่านกระบวนการในการตรากฎหมายของรัฐสภา โดยผ่านการพิจารณาอย่างรอบด้านทั้งด้านนิติศาสตร์ และด้านการเมืองการปกครองประเทศ ซึ่งถือเป็นหลักรัฐศาสตร์ ตลอดจนด้านเศรษฐศาสตร์ ด้านสังคมวิทยา และด้านอื่นๆ เพราะฉะนั้น จึงไม่ใช่ใช้หลักนิติศาสตร์ไม่ได้แล้วให้ไปนำหลักรัฐศาสตร์หรือหลักการอื่นๆ มาใช้ในการตีความกฎหมาย ซึ่งน่าจะเป็นเพียงการพยายามหาเหตุผลเพื่อทำให้ดูดีเท่านั้น เพราะกฎหมายก็คือกฎหมาย แต่การตีความกฎหมายนั้นต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ วัตถุประสงค์ และความเป็นธรรมตามหลักนิติธรรมในกรอบของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งมีแนวทางในการใช้และการตีความกฎหมายอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องไปใช้หลักรัฐศาสตร์หรือหลักอะไรอื่นๆ อีกทั้งสิ้น

3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งปฏิบัติหน้าที่สำคัญในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และคดีข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือระหว่างรัฐบาลสหพันธ์กับรัฐบาลมลรัฐ ในคดีที่ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ส่วนใหญ่เป็นการร้องให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือร้องขอให้วินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะ เนื่องจากกระบวนการในการตรากฎหมายมีการลงมติฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เช่น

³³⁶ กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายจุฬาลงกรณ์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (305), หน้า 34-35.

คดีกฎหมายคนเข้าเมือง (Immigration Act (Zuwanderungsgesetz) case)³³⁷ ซึ่งสมาชิกสภาตัวแทนมลรัฐได้เป็นผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากการลงมติออกเสียงลงคะแนนให้ความเห็นชอบต่อร่างกฎหมายฉบับนี้ในสภาตัวแทนมลรัฐเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คดีนี้มีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายสรุปได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Basic Law) ร่างกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องสำคัญตามที่กำหนดไว้ เมื่อผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ต้องเสนอให้สภาตัวแทนมลรัฐ (Bundesrat) พิจารณาให้ความเห็นชอบ จึงจะประกาศใช้บังคับได้ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองฉบับที่เป็นคดีนี้ เมื่อผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ก็ได้เสนอให้สภาตัวแทนมลรัฐพิจารณาให้ความเห็นชอบตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ

สภาตัวแทนมลรัฐ (Bundesrat) ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับการแต่งตั้งจากแต่ละมลรัฐ แต่ละมลรัฐจะมีคะแนนเสียงโหวตในสภาไม่เท่ากัน ขึ้นอยู่จำนวนพลเมืองของมลรัฐ บางมลรัฐมีคะแนนเสียงโหวตเพียง 1 เสียง บางมลรัฐมีเสียงโหวตสูงสุดถึง 17 เสียง การตั้งตัวแทนเข้าเป็นสมาชิกในสภาตัวแทนมลรัฐจะตั้งตัวแทนเท่าจำนวนเสียงโหวตก็ได้ ในการออกเสียงลงคะแนน รัฐธรรมนูญเยอรมันได้ยอมรับให้มีการตั้งกลุ่มลงคะแนนเสียง (block vote) ด้วย เพราะมีจุดมุ่งหมายให้การลงคะแนนเสียงของแต่ละมลรัฐเป็นเอกภาพไปในทิศทางเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาร่างกฎหมายคนเข้าเมืองฉบับนี้ สมาชิกสภาตัวแทนมลรัฐได้อภิปรายถึงเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้และยังมีการอภิปรายถึงวิธีการลงคะแนนเสียงด้วย ผู้แทนของมลรัฐบางรัฐได้คัดค้านกฎหมายฉบับนี้ เพราะเกรงว่าจะมีผลกระทบต่อการทำงานของประชากรซึ่งอาจทำให้อัตราการว่างงานสูงขึ้น แต่ปรากฏว่าผู้แทนอีกส่วนหนึ่งของมลรัฐเดียวกันนั้นได้ลงมติสนับสนุนร่างกฎหมายฉบับนี้ ทำให้มีเสียงข้างมากเห็นชอบกับกฎหมายฉบับนี้ สมาชิกสภาตัวแทนมลรัฐจำนวนหนึ่งจึงได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นโมฆะ เนื่องจากการลงมติของผู้แทนมลรัฐไม่เป็นเอกภาพ ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว จึงได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2545 ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นโมฆะ เนื่องจากการลงมติไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของ

³³⁷ คดีที่ BVerfG, 2BvF/02 of 12/18/2002, สืบค้นจากและอ้างถึงในสกอล หายสุทธีวารินทร์, “การลงมติและกระบวนการตรากฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ : คดีในเยอรมันและฝรั่งเศส”. ใน **หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ**, การเมือง : ทศนะวิจารณ์, วันที่ 22 ตุลาคม 2556.

รัฐธรรมนูญ³³⁸ ดังนั้น คำวินิจฉัยคดีนี้จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักนิติรัฐเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักการการแบ่งแยกอำนาจของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจการตรากฎหมายเป็นของรัฐสภาที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ แต่การตรากฎหมายก็ต้องเป็นไปตามกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หากไม่เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักนิติรัฐ

เนื่องจากประเทศเยอรมนีได้รับบทเรียนจากการปกครองระบอบนาซีฮิตเลอร์ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” และนำสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ มาประมวลไว้ในหมวดแรกของรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 19 มาตรา (มาตรา 1 – มาตรา 19) ซึ่งบัญญัติหลักประกันคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในมาตรา 1 เสรีภาพในการกระทำการและสิทธิในชีวิตร่างกายในมาตรา 2 ความเสมอภาคเท่าเทียมกันในทางกฎหมายในมาตรา 3 และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในมาตรา 5 เป็นต้น องค์การของรัฐไม่ว่าในฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานนี้เสมอ หลักการผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้ถูกรับไว้ในมาตรา 20 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้น การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการใช้และการตีความกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องคำนึงถึงและเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักนิติรัฐอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะองค์การตุลาการหรือศาลทั้งหลาย แนวความคิดที่ว่าศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาไปถึงเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเรื่องที่แปลกและยอมรับไม่ได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน

กฎหมายพื้นฐานเยอรมันได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 1 ให้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Menschenwürde) เป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด และเป็นเรื่องที่ไม่สามารถตั้งข้อสงสัยได้เลยว่าความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะถูกละเมิดล่วงเกินได้แค่ไหนเพียงใด เพราะ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ได้ถูกเขียนเป็น

³³⁸ คดีที่ BVerfG, 2BvF/02 of 12/18/2002, เพิ่งอ้างถึง.

ตัวหนังสือตัวใหญ่ในระบบกฎหมายเยอรมัน (Die Menschenwürde wird groß geschrieben) และ ไม่ใช่เพียงแค่อธิบายน้ำหมึกที่เขียนอยู่บนกระดาษเท่านั้น แต่การใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวอย่างแท้จริง ดังนั้น การนำผู้ต้องหาเข้าขังมาแถลงข่าวแล้วยังไม่พอ ยังให้ผู้ต้องหาดังกล่าวคาบถุงยาบ้าระหว่างการแถลงข่าว และให้สัมภาษณ์ส่าทักภายหลังว่าพวกเค้าไม่ใช่ฆาตกรแต่เป็นอมนุษย์นั้น จึงเป็นเรื่องที่เรียกว่าด้วยสภาพของสังคมเยอรมันในปัจจุบันนั้น เหตุการณ์ดังกล่าวไม่อาจเป็นเรื่องที่จะนึกถึงได้แต่อย่างใด เพราะว่ากรณีตามตัวอย่างดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาถึงหลักที่ว่าต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าที่ศาลจะมีคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นๆ เป็นผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้ความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามหลักนิติรัฐ ซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดีที่สำคัญ³³⁹ ดังต่อไปนี้

4.1) การตีพิมพ์เผยแพร่รูปถ่ายของเจ้าหญิงแห่ง Monaco ท่านหนึ่งในนิตยสารฉบับหนึ่ง ซึ่งภาพดังกล่าวเป็นภาพที่ถูกบันทึกในสถานที่ที่เป็นสถานที่เปิดเผยสาธารณะไม่ได้ถูกบันทึกในสถานที่ที่เป็นที่ส่วนตัวแต่อย่างใด ดังนั้น การเผยแพร่รูปถ่ายดังกล่าวจึงไม่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของเจ้าของภาพแต่อย่างใด (คดีที่ BVerfGE 101, 361)

4.2) กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางอากาศ ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถยิงเครื่องบินโดยสารพลเรือนที่ถูกยึดโดยพวกก่อการร้ายได้นั้น ขัดต่อสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 วรรคสอง และขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานของผู้โดยสารที่อยู่บนเครื่องบินนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเยอรมัน และไม่มีผลในทางกฎหมาย (BVerfGE 115, 118)

4.3) การพิพากษามีของผู้ตายในฐานะละเลยไม่ช่วยเหลือภรรยา เนื่องจากตนและภรยานั้นมีความเชื่อในทางศาสนาอย่างเคร่งครัด โดยแทนที่จะเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลตามคำสั่งแพทย์ แต่กลับไปดำเนินการสวดภาวนา

³³⁹ นรินทร์ อธิสาร, 60 ปี กฎหมายพื้นฐาน-60Jahre Grundgesetz. 27 มิถุนายน 2552. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2557 จาก <https://bordeure.wordpress.com/tag/basic-law/>.

ตามพิธีการศาสนาของตน จนในท้ายที่สุดภรรยาของจำเลยถึงแก่ความตายในที่สุด ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า ภรรยาของจำเลยได้ปฏิเสธการเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล โดยที่จำเลยไม่ได้พูดคุยก่อกันให้ภรรยาของตนเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า คำพิพากษาศาลดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเสรีภาพในความเชื่อทางศาสนาของจำเลย ดังนั้น การกล่าวหาจำเลยว่าละเลยไม่ดำเนินการให้ภรรยาของจำเลยกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการขัดต่อความเชื่อของทั้งจำเลยและภรรยาเองนั้น จึงไม่ชอบ คำพิพากษาของศาลดังกล่าวละเมิดสิทธิในความเชื่อของจำเลยซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (คดีที่ BVerfGE 32, 98)

4.4) ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองแห่งหนึ่ง ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสตรีชาวิวใต้แสดงความไม่เห็นด้วยที่ในห้องพิจารณาคดีมีไม้กางเขนประดับอยู่และเรียกร้องให้มีการปลดเอาไม้กางเขนนี้ออกไปจากห้องพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งศาลก็ได้ปฏิเสธ ผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแขวนไม้กางเขนไว้ในห้องพิจารณาคดีในกรณีนี้ (ซึ่งไม่ใช่กรณีทั่วไป) อาจเป็นการทำให้ผู้ที่เข้าร่วมพิจารณาคดีมีความรู้สึกว่าถูกบังคับให้อยู่ภายใต้ไม้กางเขน ซึ่งนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในความเชื่อซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยยกคำสั่งให้ต้องมีการนำไม้กางเขนออกจากห้องพิจารณาคดี (คดีที่ BVerfGE 35, 366)

4.5) การที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำร้องขอแก้ไขสถิติบัตรของผู้ร้องทุกข์ที่ร้องขอให้เปลี่ยนคำระบุเพศของผู้ร้องทุกข์ที่ได้ผ่านขั้นตอนการผ่าตัดแปลงเพศจากเพศชายมาเป็นเพศหญิงนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นการขัดต่อสิทธิของบุคคลในการที่บุคคลจะกำหนดเอกลักษณ์ และโชคชะตาของตนเอง (คดีที่ BVerfGE 49, 286, BVerfGE 60, 123)

4.6) การดำเนินการก่อตั้งสถาบันทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันนั้นไม่เป็นการละเมิดมาตรา 6 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานที่คุ้มครองการสมรส (ซึ่งในระบอบกฎหมายเยอรมันหมายถึงระหว่างชายและหญิงเท่านั้น) ดังนั้น มาตรา 6 วรรคหนึ่งดังกล่าว จึงไม่ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันแต่อย่างใด แม้ว่าการกำหนดสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจะมีความใกล้เคียงกับการสมรสก็ตาม (คดีที่ BVerfGE 105, 313)

5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิบุคคลโดยทางศาลตามหลักนิติรัฐ

การปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยทางศาลตามหลักนิติรัฐนั้นเกิดจากกฎหมายเยอรมันได้ให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ดังนั้นกฎหมายพื้นฐานจึงได้สร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยผ่านองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาตัดสินคดี โดยอาศัยหลัก **Rechtsschutzgarantie** ที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่ของกฎหมายพื้นฐาน³⁴⁰ หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันที่ให้ความคุ้มครองบุคคลต่อการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งหมายถึงการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น หลักดังกล่าวนี้ไม่ได้กำหนดให้ประกันเฉพาะแต่กรณีที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิจะต้องสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เท่านั้น แต่ยังได้เรียกร้องหรือมีเป้าหมายว่า การคุ้มครองสิทธิโดยศาลดังกล่าวนี้จะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย ดังนั้น การออกกฎหมายหรือการตีความกฎหมายที่มีหรือเป็นไปในทางที่ส่งผลให้มีการตัดสิทธิของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิใน การที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาตัดสินคดีของศาลได้นั้น จึงเป็นกรณีที่ไม่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการตามหลักนิติรัฐแต่อย่างใด

หากนำตัวอย่างในระบบกฎหมายไทยเช่นในกรณีของมาตรา 239 วรรคหนึ่ง ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด” มาตีความประกอบกับหลักคุ้มครองสิทธิโดยศาลในกรณีนี้ย่อมหมายถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถโต้แย้งใดๆ ได้อีกแล้วในขั้นตอนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือไม่สามารถโต้แย้งต่อองค์กรอื่นๆ ได้ แต่กรณีดังกล่าวไม่อาจตีความได้ว่าเป็นที่สุดจนถึงขั้นตัดสิทธิการใช้สิทธิทางศาลของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่อย่างใด หรือกรณีของมาตรา 16 ของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่มีเนื้อหาว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”³⁴¹ ได้เกิดคำถามตามมาต่อการ

³⁴⁰ นรินทร์ อธิสาร, เพิ่งอ้างถึง.

³⁴¹ นรินทร์ อธิสาร, เพิ่งอ้างถึง.

กำหนดมาตรานี้ไว้ในพระราชกำหนดฉบับนี้ว่าเพื่ออะไร? หากคำตอบคือเพียงเพื่อที่จะตัดสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบที่ไม่ให้เข้าสู่กระบวนการของศาลปกครองเท่านั้นก็พอช่วยก่อให้เกิดความเข้าใจและยอมรับได้ เพราะผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตนสามารถไปใช้สิทธิต่อศาลอื่นได้เช่นศาลยุติธรรมอันเป็นศาลที่มีเขตอำนาจครอบคลุมกว้างกว่าศาลปกครองเป็นต้น แต่หากคำตอบคือเพื่อตัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีไปสู่ศาลในทุกระชั้นแล้วนั้นบทบัญญัติมาตรานี้ย่อมขัดกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยศาลตามหลักนิติธรรมอย่างแน่นอน

6) คำวินิจฉัยศาลฎีกาเยอรมันเพื่อพิทักษ์รักษาหลักนิติรัฐในการดำเนินคดีอาญา

ในการล่อให้กระทำความผิดนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันแต่เดิมศาลจะไม่ลงโทษจำเลยที่ถูกล่อให้กระทำความผิด (ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด) หากการล่อให้กระทำความผิดดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักนิติรัฐ เช่น ถ้าจำเลย (คือผู้ที่ถูกล่อให้กระทำความผิด) ยังไม่เคยถูกลงโทษมาก่อน จำเลยเป็นผู้ติดยาเสพติด เป็นต้น อย่างไรก็ตามก็ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ หากว่าตัวผู้ค้ายาเสพติดเป็นผู้เข้าหาตัวผู้ล่อให้กระทำความผิดเอง³⁴² นอกจากนี้ คำถามของเจ้าพนักงานตำรวจที่ถามหญิงโสเภณีว่า เธอพร้อมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเขาหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยวินิจฉัยไว้ว่าไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ³⁴³ การล่อให้กระทำความผิดที่ขัดต่อหลักนิติรัฐตามแนวคำพิพากษาศาลเยอรมันข้างต้นจะนำไปสู่อุปสรรคในกระบวนการพิจารณาคดี ผลในทางกฎหมายก็คือ กระบวนการพิจารณาไม่อาจที่จะดำเนินต่อไปได้ ศาลจึงไม่อาจที่จะวินิจฉัยลงในเรื่องของคดีได้ และต้องยุติคดีลง ในทางตรงกันข้าม แนวคำพิพากษาศาลเยอรมันในปัจจุบันเห็นว่าการล่อให้กระทำความผิดที่เป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐนั้นเป็นแต่เพียงเหตุในการลดโทษอย่างสำคัญ (wesentlichen Strafmilderungsgrund) และลงโทษจำเลยในอัตราขั้นต่ำตามกฎหมาย ส่วนความเห็นในทางวิชาการนั้นยังไม่มีที่ยึด นักวิชาการบางฝ่ายเห็นไปในทำนองเดียวกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันแต่เดิม สำหรับศาสตราจารย์ Roxin กลับเห็นว่า การล่อให้กระทำความผิดที่เป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐนั้น เป็นเหตุตัดในการลงโทษที่เป็นเรื่องในทางสารบัญญัติ ซึ่งผลในทางกฎหมายก็คือการยกเว้นโทษให้จำเลยนั่นเอง และไม่ใช่ว่าเรื่องอุปสรรคในกระบวนการพิจารณาคดี

³⁴² BverfG NJW, 1987, 1870: อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวีโรจน์พัฒน์, สืบค้นข้อมูลจาก tiwanni.hc.blogspot.com/2011/03/24292551.html เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2557.

³⁴³ BverfG NJW, 1987, 1870 เพิ่งอ้างถึง.

เพราะการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งขัดต่อหลักนิติรัฐนั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับแต่แรกในเรื่องของกระบวนการพิจารณา แต่เกี่ยวข้องกับตั้งแต่แรกในเรื่องของการเกิดขึ้นของการกระทำความผิด³⁴⁴ ด้วยเหตุนี้ศาสตราจารย์ Roxin จึงเห็นว่า รัฐจึงไม่มีสิทธิลงโทษจำเลยในกรณีดังกล่าว

7) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญสหพันธ์บางมาตรา

เจตนารมณ์เบื้องต้นของการร่างกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นก็เพื่อใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจนกว่าจะได้มีการรวมประเทศเยอรมนีตะวันตกกับเยอรมนีตะวันออกและชาวเยอรมันทั้งปวงจะได้มีมติให้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนี้จึงได้มีบทมาตราที่ได้บัญญัติถึงความเป็นนิรันดร์ของบทมาตราในกฎหมายพื้นฐานบางมาตราซึ่งไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ (Eternity Clause) ได้แก่ มาตรา 1 ถึงมาตรา 20 โดยมาตรา 79 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐานหรือที่เรียกว่า Ewigkeitsklausel/Ewigkeitsgarantie กำหนดห้ามการแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานไว้สามประการ คือ ห้ามเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสหพันธ์รัฐ ห้ามเปลี่ยนแปลงหลักการเข้ามามีส่วนร่วมของมลรัฐทั้งหลายในกระบวนการนิติบัญญัติในระดับสหพันธ์รัฐ และห้ามเปลี่ยนแปลงหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักนิติธรรมที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานยังได้บัญญัติรับรองหลักการสำคัญไว้ 6 ประการคือ (1) หลักประชาธิปไตย และหลักสาธารณรัฐ (Demokratieprinzip und Republik) (2) หลักสหพันธ์รัฐ (Bundesstaatsprinzip) (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilungsprinzip) (4) หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) (5) หลักรัฐสวัสดิการ (Sozialstaatsprinzip) และ (6) สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ (Widerstandsrecht) จึงเห็นได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานได้ให้หลักประกันกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามหลักนิติรัฐและหลักการสำคัญที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงกฎหมายพื้นฐานในส่วนนี้จึงไม่สามารถกระทำได้

³⁴⁴ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจน์พัฒน์, สืบค้นข้อมูลจาก tiwannihc.blogspot.com/2011/03/24292551.html เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2557.

8) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในฐานะเป็นองค์การตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) เปิดทำการอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1951 มีสำนักงานศาลตั้งอยู่ ณ เมือง Karlsruhe ในมลรัฐ Baden-Württemberg ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นศาลที่มีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในระบบกฎหมายของเยอรมนี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ถูกขนานนามว่าเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Die Hüter der Verfassung) แม้ว่าที่มาของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 16 คน จะมีที่มาจากคัดเลือกของฝ่ายการเมือง อันได้แก่รัฐสภา (Bundestag) และสภาผู้แทนมลรัฐ (Bundesrat) แต่ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมืองแต่ประการใดไม่ ในทางตรงกันข้ามกลับแสดงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายของตนได้อย่างเข้มแข็ง ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของตุลาการแต่ละคนนั้นมีระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง 12 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น เขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่สำคัญๆ เช่น การพิจารณาคดีกรณีการใช้สิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ การควบคุมกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การพิจารณาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ การพิจารณาข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐ การสั่งห้ามพรรคการเมือง เป็นต้นด้วยผลงานในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และบทบาทการวางตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ทำให้คำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยที่ต้องรับฟังและให้ความสำคัญแต่ไม่ใช่เพราะว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดให้องค์กรทั้งหลายต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น แต่ด้วยเหตุที่ว่าเนื้อหาและเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยที่เต็มไปด้วยหลักวิชาการซึ่งได้ถูกนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างแท้จริงก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้นักแก้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและก่อให้เกิดการยอมรับคำวินิจฉัยนั้นอย่างแท้จริง

5.5.4 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

1) คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ให้ปฏิบัติหน้าที่สำคัญโดยมีอำนาจในการพิจารณาว่าร่างกฎหมาย ก่อนที่ประธานาธิบดีจะลงนามประกาศใช้บังคับชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับแล้วคู่ความที่มีคดีอยู่ในศาลสามารถร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ใช้บังคับแล้วและจะใช้กับคดีในศาลนั้น ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่ คดีที่มีการร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้วินิจฉัยในคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่า กฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะคล้ายคลึงกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ร้องขอให้วินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะ เนื่องจากกระบวนการในการตรวจกฎหมายไม่เป็นที่ไปตามขั้นตอนที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ ดังเช่น **คดีเกี่ยวกับกฎหมายการเลือกตั้งสมาชิกสภาส่วนท้องถิ่น**³⁴⁵ ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝรั่งเศสจำนวนหนึ่งได้ยื่นเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นที่ผ่านการเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแล้วไม่ชอบด้วยกระบวนการตรวจกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะร่างกฎหมายฉบับนี้มีหลักการแรกเริ่มเกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงต้องให้เสนอให้วุฒิสภาเป็นผู้พิจารณาเป็นลำดับแรก ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 39 (2) แต่กลับมีการเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณาในลำดับแรก พร้อมทั้งร้องด้วยว่ากฎหมายฉบับนี้ฝ่าฝืนหลักการว่าด้วยความเสมอภาคในการเลือกตั้ง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 39 และพิจารณาเนื้อหาของร่างกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งท้องถิ่นฉบับนี้แล้ว จึงเห็นว่าเป็นกฎหมายที่มีหลักการแรกเริ่มเกี่ยวข้องกับองค์กรปกครองท้องถิ่น ต้องด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 39 ที่บัญญัติให้เสนอให้วุฒิสภาเป็นผู้พิจารณาเป็นลำดับแรก แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ได้เสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อน จึงมีคำวินิจฉัย ที่ 2011-632 DC เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2554 ว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะ เนื่องจากกระบวนการในการตรวจกฎหมายไม่เป็นที่ไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ส่วนประเด็นอื่นไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย³⁴⁶ ดังนั้น คำวินิจฉัยในคดีนี้จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการ

³⁴⁵ สกล หาญสุทธิวารินทร์, “การลงมติและกระบวนการตรวจกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ : คดีในเยอรมันและฝรั่งเศส”. ใน **หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ**, การเมือง : ทศชนวิจารณ์, วันที่ 22 ตุลาคม 2556.

³⁴⁶ สกล หาญสุทธิวารินทร์, เพิ่งอ้างถึง.

นิติบัญญัติ...”³⁴⁷ ก็ตาม รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 19 ได้กำหนดให้ การกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดีจะต้องมีการลงนามร่วม (contreseign) โดยนายกรัฐมนตรีหรือโดยรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ ซึ่งแม้ว่าจะต้อง มีการลงนามร่วมกันเพื่อประกาศใช้ แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นการกระทำของ ประธานาธิบดี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1957 ในคดี *Chambre de commerce d’Orleans* ตอนหนึ่งว่า “...การลงนาม ร่วม (contreseign) เป็นเรื่องของรูปแบบ ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจ...”³⁴⁸ นอกจากนี้ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นในชั้นศาล ศาลก็จะต้องตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ กระทำของประธานาธิบดีหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในมาตราเดียวกันก็ได้กำหนดยกเว้น ไม่ต้องมีการลงนามร่วมกับประธานาธิบดีในบางกรณี เช่น กรณีการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือการให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีการลาออก (มาตรา 8) กรณี การประกาศกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติ (มาตรา 11) กรณีการประกาศยุบสภา (มาตรา 12) กรณีการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี (มาตรา 16) กรณีการส่งสาส์น ชี้แจงประเด็นต่างๆ ไปยังรัฐสภา (มาตรา 18) กรณีการร้องขอต่อคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญให้พิจารณาว่ามติหรือข้อผูกพันระหว่างประเทศขัดต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 14) กรณีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 3 คน และการแต่งตั้ง ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (มาตรา 56) และกรณีการร้องขอให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย (มาตรา 61) การ กระทำทั้งหลายที่กำหนดไว้ในมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ ประธานาธิบดีลงนาม แต่เพียงผู้เดียวเพื่อประกาศใช้กฎหมายหรือเพื่อการดำเนินการดังกล่าว

ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการกระทำของประธานาธิบดีที่ มีลักษณะผสมซึ่งเป็นทั้งการกระทำทางปกครอง (actes administratifs) กับการ กระทำทางรัฐบาล (actes de gouvernement)³⁴⁹ ด้วย จึงทำให้การกระทำของ ประธานาธิบดีในลักษณะนี้ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง เนื่องจาก

³⁴⁷ Christophe GUETTIER, “Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République”. In *Revue du Droit Public*: 40eme Anniversaire de la Constitution de la République 5-6/1998.

³⁴⁸ Christophe GUETTIER, เพิ่งอ้างถึง.

³⁴⁹ การกระทำทางรัฐบาล (actes de gouvernement) เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล กับรัฐสภา เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การออกกฎหมายประกาศใช้กฎหมาย และการกระทำที่เกี่ยวกับ ความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น การเจรจาและการทำสนธิสัญญา

ประเทศฝรั่งเศสได้ยึดถือหลักที่ว่าการกระทำใดๆ ของผู้บริหารประเทศโดยเฉพาะ ประมุขแห่งรัฐ จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน การกระทำทางรัฐบาลที่แต่เดิมมีขอบเขตกว้างมากก็ได้ลดลงเหลือเฉพาะแต่การกระทำของรัฐบาลในส่วนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งการกระทำบางอย่างของประธานาธิบดีที่กำหนดให้ต้องมีการร่วมลงนามโดยฝ่ายบริหารเพื่อถ่ายโอนความรับผิดชอบทางการเมืองไปยังรัฐบาล ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการประกาศใช้บังคับกฎหมายด้วยการออกรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้บังคับกฎหมาย (decret de promulgation des lois) การให้อภัยโทษตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 17 หรือ การออกรัฐกฤษฎีกาแต่งตั้งคณะทำงานแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ตลอดจนการกระทำที่ประธานาธิบดีไม่ต้องการลงนามร่วมกับนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้ ศาลปกครองยังได้ปฏิเสธที่จะพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีที่ไม่ได้กระทำในกับต่างประเทศ การประกาศสงคราม เป็นต้น ฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส หรือ การกระทำของประธานาธิบดีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายต่างประเทศ ในคำวินิจฉัยตัดสินคดี **Societe le Nichel** เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1933³⁵⁰ ว่า คำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศสในฐานะเป็นผู้บริหารร่วมของรัฐอิสระ Andorra ซึ่งตั้งอยู่ที่พรมแดนระหว่างฝรั่งเศสกับสเปนนั้น ไม่เป็นคำสั่งทางปกครองของฝรั่งเศส จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองมีอำนาจเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีซึ่งได้กระทำลงไปในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในกรณีที่ประธานาธิบดีเข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ หรือเข้าไปแทรกแซงในกิจการที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองอื่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดหลายกรณีที่ได้วินิจฉัยถึงเรื่องการแบ่งอำนาจในการบริหารงานระหว่างประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรี เช่น ในเรื่องอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1987 (ฉบับปัจจุบัน) ได้จำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ว่าสามารถ

³⁵⁰ Christophe GUETTIER, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (347).

³⁵¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส”. ใน PUBLIC LAW NET. 20 ธันวาคม 2547. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2557 จาก www.pub-law.net/.

จัดทำกฎหมายได้เฉพาะในเรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 เท่านั้น³⁵¹ ส่วนเรื่องอื่นๆ นอกเหนือจากมาตรา 34 เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะจัดทำกฎหมายของฝ่ายบริหาร (réglementaire) ถึงแม้อำนาจของประธานาธิบดีในการตราฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร (décrets réglementaires) จะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทำหน้าที่เป็นประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรี ดังนั้น ฎีกาต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าให้ทำโดยคณะรัฐมนตรีจึงต้องลงนามโดยประธานาธิบดี อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารบางฉบับที่มีได้ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี แต่ประธานาธิบดีได้ลงนามประกาศใช้ ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากประธานาธิบดีได้ทำลงโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) เนื่องจากรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลที่จะดำเนินการ ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วินิจฉัยโดยวางบรรทัดฐานไว้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Sicard et autres เมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1962³⁵² ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประธานาธิบดีในการลงนามในฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารจะหมดไป หากนายกรัฐมนตรีได้ลงนามร่วม (contreseign) ในฎีกาก่อนนั้น โดยศาลปกครองเห็นว่าการลงนามร่วมของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายเพียงพอที่จะทำให้รัฐฎีกาก่อนนั้นมีผลสมบูรณ์ในแง่ของตัวผู้กระทำ

นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีซึ่งไม่ได้ทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure) ในการจัดทำคำสั่ง กฎ ระเบียบต่างๆ ซึ่งอยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีที่จะจัดทำหรือไม่ เนื่องจากการไม่กระทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดเป็นปัญหาที่กระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังที่ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยในคดี Fessard de Foucault³⁵³ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากนาย Fessard de Foucault เอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำ Kazakhstan ได้รับโทรเลขจากกระทรวงการต่างประเทศเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994 แจ้งว่า คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน

³⁵² นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้างถึง.

³⁵³ Christophe GUETTIER, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (347).

ค.ศ. 1994 แต่งตั้งนาย Alain Ricard ไปเป็นเอกอัครราชทูตแทนตน ดังนั้น นาย Fessard de Foucault จึงได้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดีฉบับนี้³⁵⁴ ซึ่งได้ให้ตนพ้นจากตำแหน่งเอกอัครราชทูต เนื่องจากประธานาธิบดีไม่ทำตามมาตรา 65 ของกฎหมายลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905 ซึ่งกำหนดให้ต้องแจ้งให้ผู้ที่จะถูกให้พ้นจากตำแหน่งทราบล่วงหน้าก่อน เรื่องดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกระบวนการจัดทำคำสั่งที่กฎหมายกำหนดไว้

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดี **Lemaesquier** เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1963³⁵⁵ ได้พิจารณาตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือแม้กระทั่งรัฐกฤษฎีกาซึ่งเกิดจากรูปแบบการกระทำของประธานาธิบดี เนื่องจากการกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น คำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือแม้กระทั่งรัฐกฤษฎีกาต่างก็มีรูปแบบ (forme) ในการจัดทำซึ่งศาลปกครองให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวพอสมควร เช่น คำสั่งจะต้องมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการกระทำของประธานาธิบดีนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำจะมุ่งเน้นไปที่การลงนามร่วม (contresign) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องต้องลงนามร่วมในการกระทำเหล่านั้น ซึ่งหากการกระทำใดๆ ของประธานาธิบดีที่ต้องการลงนามร่วมขาดการลงนามร่วม ศาลปกครองก็จะไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่ประธานาธิบดีลงนามโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) แต่จะถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำ (la forme de l'acte) ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดกับหลักนิติรัฐ

ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการบางอย่าง เช่น การออกรัฐกฤษฎีกา คำสั่ง กฎหรือระเบียบต่างๆ เป็นต้น เนื่องจากประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำต่างๆ ฝ่ายเดียวได้ เช่น การออกคำสั่งหรือการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐในการจัดทำรัฐกฤษฎีกา รัฐกำหนด หรือคำสั่งต่างๆ ตาม

³⁵⁴ มาตรา 13 วรรค 3 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งเอกอัครราชทูต ฝรั่งเศสประจำต่างประเทศ

³⁵⁵ Christophe GUETTIER, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (347).

ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ให้อำนาจไว้ ดังนั้น ในคดี Rubin de Servens³⁵⁶ ศาลปกครองได้พิจารณาการกระทำต่าง ๆ ของประธานาธิบดีเมื่อครั้งที่นายพล Charles de Gaulle ได้มีคำสั่งตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ³⁵⁷ ในการจัดตั้งศาลทหารพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาความผิดต่อความมั่นคงของประเทศ ต่อมาศาลทหารพิเศษได้ลงโทษ Rubin de Servens และพวก นาย Rubin de Servens จึงได้ฟ้องศาลปกครองสูงสุดโดยอ้างว่าคำสั่งของประธานาธิบดีฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีการละเมิดต่อหลักกฎหมายอาญาทั่วไป และขัดต่อหลักที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องนี้แล้วเห็นว่า “... ประธานาธิบดีได้มีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) ที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายได้...” นอกจากนี้ เนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวยังมีสาระเป็นการจัดตั้งศาลและกำหนดวิธีพิจารณาคดีอาญาในศาลที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่ อันเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ³⁵⁸ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวจึงมีสาระเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อันมีสถานะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจึงได้มีคำสั่งยกคำฟ้องดังกล่าว

ในการใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีโดยบิดผันและผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด (détournement de pouvoir) เป็นเรื่องสำคัญที่ศาลปกครองมีประสบการณ์อย่างมากในการพิจารณาวินิจฉัย โดยศาลปกครองจะ

³⁵⁶ Christophe GUETTIER, เพิ่งอ้างถึง.

³⁵⁷ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 16 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธะกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน จนเป็นเหตุให้การดำเนินการตามปกติของสถาบันการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นสำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว โดยจะต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี และประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนประธานาธิบดีจะต้องแถลงการณ์ใช้มาตรการฉุกเฉินดังกล่าวให้ประชาชนทราบ มาตรการดังกล่าวจะต้องดำเนินไปในระยะเวลาจำกัดที่สุดและเป็นไปเฉพาะเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อให้การดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐเป็นไปตามปกติ โดยประธานาธิบดีจะต้องปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องการใช้มาตรการดังกล่าว รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เองระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้”.

³⁵⁸ Christophe GUETTIER, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (347).

พิจารณาจาก “มูลเหตุจูงใจ” ซึ่งทำให้เกิดการกระทำต่างๆ ที่ถูกนำขึ้นมาฟ้องต่อศาลปกครองว่าเป็นมูลเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในกรณีที่มีการนำเรื่องนี้เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ศาลปกครองก็จะดูว่าการกระทำของประธานาธิบดีเกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเมืองหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ศาลปกครองก็จะไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องดังกล่าว เนื่องจากถือว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) แต่ถ้าหากการกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเมืองและเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร การกระทำดังกล่าวก็จะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (acte administratif) ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่³⁵⁹ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดี **Prince Napoléon**

สรุปได้ว่า ในปี ค.ศ. 1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งญาติของตนคือ เจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต ขึ้นเป็นนายพล ต่อมา เมื่อยุคของจักรพรรดินโปเลียนสิ้นสุดลง กระทรวงกลาโหมจึงได้พิมพ์ทำเนียบรายชื่อทหารขึ้นโดยมีการระบุชื่อนายพลต่างๆ ยกเว้นชื่อเจ้าชายนโปเลียน ต่อมาเจ้าชายได้มีหนังสือสอบถามไปยังกระทรวงกลาโหมถึงการที่ไม่ปรากฏชื่อของตนในทำเนียบทหารว่าเป็นเพราะการผิดพลาดหรือเป็นเพราะเจตนา ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้ตอบเจ้าชายว่า การแต่งตั้งเจ้าชายเป็นนายพลไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขพิเศษของระบอบการปกครองที่ได้ยกเลิกไปแล้วจึงทำให้การแต่งตั้งไม่เป็นผล เจ้าชายจึงฟ้องต่อศาลปกครองขอให้พิจารณาว่าการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วมีคำวินิจฉัยคดี **Prince Napoléon** เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 ว่า³⁶⁰ การดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมือง มีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งให้ยกฟ้องเรื่องดังกล่าว

2.2 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีในคดี **Delmas** ซึ่งมีข้อเท็จจริงสรุปว่า

³⁵⁹ Christophe GUETTIER, เพิ่งอ้างถึง.

³⁶⁰ Christophe GUETTIER, เพิ่งอ้างถึง.

เมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1981 ประธานาธิบดีได้ออกรัฐฤษฎีกาเพื่อกำหนดวันให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งได้มีผู้ร้องนำรัฐฤษฎีกาดังกล่าวไปฟ้องศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้เพิกถอน แต่ศาลปกครองสูงสุดก็ได้ยกคำร้องโดยกล่าวว่า เนื่องจากรัฐฤษฎีกาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 59 ที่ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น ผู้ร้องจึงได้ร้องต่อไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้เพิกถอนรัฐฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาและได้มีคำวินิจฉัยในคดี **Delmas** เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1981 ว่า³⁶¹ รัฐฤษฎีกาดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการเลือกตั้งอย่างใดก็ดี การวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นที่กล่าวขวัญและวิพากษ์วิจารณ์ไปทั่วว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” อันเป็นหน้าที่ของรัฐบาล

2.3 การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีโดยศาลอาญาสูงสุด

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนนั้น ถือเป็นสถาบันการเมืองที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ จึงสมควรที่จะมีความเป็นอิสระในการทำงานมากกว่าองค์กรอื่นๆ³⁶² แต่ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้มีการสร้างกลไกระบบตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีตามหลักนิติรัฐไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 ของหมวด 9 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (ฉบับปัจจุบัน) นอกจากศาลปกครองสูงสุดและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวอีกด้วย โดยให้อำนาจศาลอาญาสูงสุด (*La Haute Cour de Justice*) ทำหน้าที่พิจารณาเฉพาะความผิดในกรณีที่ประธานาธิบดีมีการกระทำอันเป็นการทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง (*haute trahison*) เท่านั้น³⁶³ แม้ว่ากระทำความผิดการบริหารประเทศอื่นๆ ในฐานะประมุข

³⁶¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (351) ; สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทย, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548.

³⁶² นันทวัฒน์ บรมานันท์, เพิ่งอ้างถึง.

³⁶³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “ระบบการพิจารณาความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศไทย”, ในหนังสือรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2540. (กรุงเทพฯ: มานนคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม), หน้า 105.

แห่งรัฐ ประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด แต่การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งประธานาธิบดีนั้นก็จะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐด้วย

โดยสรุป ระบบกลไกควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐโดยองค์กรที่มีสถานะเป็นศาลที่ใช้อำนาจตุลาการนั้น จึงกล่าวได้ว่า การกระทำของประธานาธิบดีอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลจะเป็นเรื่องแปลกในทางวิชาการ เพราะโดยปกติการควบคุมนิติกรรมทางปกครองทั้งหลายส่วนใหญ่มักจะเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 5 ได้กำหนดอำนาจของประธานาธิบดีในการปฏิบัติหน้าที่ดูแลให้มีการเคารพบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลให้การดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐเป็นไปโดยปกติและมีความต่อเนื่องของรัฐ ดังนั้น บทบาทของประธานาธิบดีในฐานะที่เป็น “ผู้ควบคุม” จะถูก “ควบคุม” ได้หรือไม่ จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐ

3) คำวินิจฉัยคดี S.A.S v. France เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามหลักนิติรัฐ

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้มีคำตัดสินเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2557 ในคดี S.A.S v. France³⁶⁴ ว่า กฎหมายห้ามปิดบังใบหน้าในที่สาธารณะของฝรั่งเศสไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) หลังจากที่หญิงอิสลามชาวฝรั่งเศสยื่นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ยกเลิกกฎหมายห้ามปิดบังใบหน้าดังกล่าว ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า ในปี ค.ศ. 2010 ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายห้ามสวมใส่เครื่องแต่งกายที่เป็นการปิดบังใบหน้าในที่สาธารณะเป็นการทั่วไป เว้นแต่จะมีเหตุผลด้านสุขภาพ อาชีพ หรือเป็นการใส่เพื่อกิจกรรมด้านกีฬา เทศกาล ศิลปะ หรือชนบประเพณี ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับ ตามอัตราโทษระดับสองคือไม่เกิน 150 ยูโร กฎหมายฉบับนี้ได้สร้างภาระอย่างมากให้กับหญิงชาวอิสลามซึ่งมีความเชื่อทางศาสนาให้ใส่ burqa หรือ niqab ซึ่งเป็นผ้าคลุมเพื่อปิดบังใบหน้าจนมองเห็นเพียงแต่ตาของผู้สวมใส่เท่านั้น

³⁶⁴ ดูรายละเอียดคดี S.A.S v. France ใน <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145466%22%7D>.

ในกระบวนการตรากฎหมายฉบับนี้ของฝรั่งเศสได้มีความเห็นที่แตกต่างกันมาก โดยสำนักงานศาลปกครองของฝรั่งเศส (Conseil d'État) ได้ศึกษาความเป็นไปได้ของกฎหมายฉบับนี้และตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้ตามหลักนิติรัฐว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสและกฎหมายสิทธิมนุษยชนของยุโรป โดยเห็นว่าอาจสามารถออกกฎหมายฉบับนี้ในลักษณะเฉพาะได้ แต่ไม่ควรออกกฎหมายในลักษณะการห้ามเป็นการทั่วไป ขณะเดียวกันในชั้นรัฐสภาของฝรั่งเศสได้มีการระบุว่า กฎหมายฉบับนี้ออกมาเพื่อควบคุมการปกปิดใบหน้าในที่สาธารณะ ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยสาธารณะ และอาจไม่ครบตามความต้องการขั้นต่ำของการอาศัยร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ ก่อนหน้าที่จะมีการออกกฎหมายฉบับนี้หลายปี อดีตประธานาธิบดีนิโกลา ซาร์กอซี ได้ให้ความเห็นว่า การที่ผู้หญิงต้องถูกบังคับให้หลบซ่อนอยู่หลังม่านคลุมหน้าเป็นพฤติกรรมที่ไม่ควรมีอยู่ในประเทศฝรั่งเศส

ต่อมา ในชั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ของฝรั่งเศส ซึ่งพิจารณาในลักษณะการทบทวนกฎหมายเชิงนามธรรม (abstract review) กล่าวคือ การทบทวนตัวบทกฎหมายกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยไม่มีข้อเท็จจริงแห่งคดี ซึ่งก่อนการมีผลใช้บังคับของกฎหมายเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไม่ถือว่าผิดสัดส่วนกับเป้าหมายที่วางไว้เพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ แต่ในกรณีที่เป็นสถานที่บูชาทางศาสนาที่เปิดไว้ให้กับสาธารณะ รัฐบาลจะห้ามไม่ให้บุคคลสวมใส่ผ้าคลุมหน้าไม่ได้ ในชั้นศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ศาลได้พิจารณาความขัดแย้งของกฎหมายฉบับนี้กับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป โดยเน้นไปที่การพิจารณาความขัดแย้งกับข้อ 8 (สิทธิว่าด้วยชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว) ข้อ 9 (สิทธิในเสรีภาพทางความคิด ความตระหนักคิด และศาสนา) และข้อ 14 (การห้ามการเลือกปฏิบัติ) แล้ว ศาลจึงได้ยอมรับว่า เสรีภาพในการแต่งตัวหรือในรูปลักษณะที่ปรากฏเป็นเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้สิทธิเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวและการสวมผ้าคลุมหน้าก็ถือเป็นการแสดงออกทางศาสนา ภายใต้ข้อ 8 และข้อ 9 จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าเป้าหมายของกฎหมายนั้นมีความสมเหตุสมผลกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือไม่เพียงใด

ในเป้าหมายแรกว่าด้วยความปลอดภัยสาธารณะ ศาลมีความเห็นว่า การห้ามไม่ให้ใส่ผ้าคลุมหน้าทางศาสนาเป็นการทั่วไปไม่มีความได้สัดส่วนกับเป้าหมาย เนื่องจากหากต้องการจะป้องกันภัยที่เกิดจากการปกปิดตัวตน รัฐก็สามารถบังคับให้ผู้ปกปิดใบหน้าแสดงตัวตนได้ ในกรณีที่เกิดเหตุขึ้นแล้วหรือ ในส่วนคำร้องของรัฐบาล

การปกครองอันทรงธรรม และความยุติธรรมหาได้ไม่ ต่อเมื่อทรงใช้พระราชอำนาจ ตัดสินคดี หรือวางพระราชกำหนดบทพระไอยการถูกต้องตรงตามพระธรรมศาสตร์ ประเพณีการปกครองอันทรงธรรม และความยุติธรรมแล้ว จึงจะสามารถจัดเป็น พระราชศาสตร์อันเป็นกฎหมายลูกของพระธรรมศาสตร์ได้ ซึ่งก็เห็นชัดเจนว่า หลักนิติธรรม (The Rule of law) นั้นย่อมอยู่เหนือพระราชอำนาจล้นพ้นของ พระมหากษัตริย์ในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

5.2.1 หลักการประชาธิปไตยกับการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยปัจจุบัน หลักนิติธรรม (The Rule of law) แยกออกไม่ได้จากหลักประชาธิปไตย บุคคลจึงไม่อาจรับแต่หลักประชาธิปไตย แต่ปฏิเสธหลักนิติธรรมหาได้ไม่ ใครทำลายความยิ่งใหญ่ของหลักนิติธรรม ผู้นั้นก็ ย่อมเป็นผู้ทำลายระบอบประชาธิปไตยด้วย แต่หลักนิติธรรมก็ไม่ใช่ว่าบทกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรซึ่งตรงกับคำว่า “Legislation” ที่เกิดจากเจตจำนงในการเขียน กฎเกณฑ์ของมนุษย์ที่มีอำนาจการเมือง หลักนิติธรรมคือแนวทางการปกครองที่ มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) อันเป็นความเป็นธรรม ที่บริสุทธิ์ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องแอบแฝง ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็น ลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานอื่นของรัฐต้องยึดเป็นแนวทางปฏิบัติหน้าที่³⁶⁵ และเป็นรัฐธรรมนูญ ที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งนักนิติศาสตร์สำนักโครงสร้างนิยม (Structuralism) เรียกว่า “Higher law” คือ กฎหมายที่อยู่สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวง ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) เรียกว่า “องค์อธิปัตย์แห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Bloc de constitutionalité) ในการ ปฏิบัติหน้าที่นั้น รัฐสภาจะใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็น รัฐบัญญัติ (Loi) ให้ขัดต่อหลักนิติรัฐและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งคำประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 หลักการพื้นฐานของ กฎหมายแห่งสาธารณรัฐไม่ได้ ซึ่งศาลจะเป็นผู้ค้นหามาใช้ในการควบคุมกฎหมาย และการกระทำไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ³⁶⁶ แม้ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (The Supreme

³⁶⁵ ดูรายละเอียดคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

³⁶⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ปาฐกถาเรื่องการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ”. สืบค้นจาก www.kpi.ac.th/kpith/.../การเมืองภายใต้หลักนิติธรรม.pdf เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556 หน้า 19.

Court) ก็เคยตีความหลักสิทธิการกระบวน (Due process of law) ก็คือหลักนิติธรรมไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 (5th Amendment) ว่ารวมถึงการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องบอกสิทธิในการให้การและการมีทนายให้ผู้ต้องหาทั้งที่ไม่มีมาตราใดในรัฐธรรมนูญสหรัญเซียนไว้เลยก็ตาม³⁶⁷ ศาลฎีกาอินเดียก็เคยควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียไม่ให้เป็นการทำลายรัฐธรรมนูญเสียเอง³⁶⁸ ศาลฎีกาไทยก็เคยใช้ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญหลายคดี ที่สำคัญคือศาลฎีกาใช้หลักนิติธรรมควบคุมการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของคณะรัฐประหารว่า จะออกกฎหมายมาให้ขัด “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ไม่ได้³⁶⁹ ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ยึดถือแต่เฉพาะตัวหนังสือของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของกฎหมาย แต่ได้พิจารณาหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสะท้อนคุณธรรมชั้นสูงทางกฎหมายจึงชอบด้วยหลักนิติศาสตร์และหลักความยุติธรรมทุกประการ

5.2.2 คำวินิจฉัยคดีการปฏิวัติรัฐประหารที่ละเมิดต่อหลักนิติธรรม

การยกเลิกรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดโดยการปฏิวัติรัฐประหารนั้นถือเป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรม จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายอาญา และกฎหมายระหว่างประเทศ การปฏิวัติหรือการรัฐประหารจึงเป็นความผิดฐานกบฏ แต่ผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหารเมื่อปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จย่อมเป็นที่รับรองตามกฎหมายภายในของทุกรัฐ ผลอันเกิดจากเหตุนี้อาจสมบูรณ์และชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ทั้งๆ ที่ไม่มีสิทธิปฏิวัติหรือรัฐประหาร แต่ถ้าปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จแล้วคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารก็ย่อมเป็นรัฐอธิปไตย จัดตั้งรัฐบาลโดยชอบด้วยกฎหมายได้ คำสั่งทั้งปวงที่คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารประสงค์จะให้ เป็นกฎหมาย จึงถือว่าเป็นกฎหมายของแผ่นดินของแผ่นดินหรืออาจมีตรากฎหมายนโรโทษกรรมไว้ด้วยก็ได้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างไม่ให้มีการฟ้องคดีขึ้นในภายหลัง³⁷⁰ นอกจากปัญหาการยอมรับอำนาจ

³⁶⁷ ดูรายละเอียดคำวินิจฉัยศาลสูงสุดสหรัฐในคดี *Miranda v. Arizona*, 1966.

³⁶⁸ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธ (366).

³⁶⁹ ดูรายละเอียดคำพิพากษาฎีกาที่ 912/2536, 913/2536, 921/2536, 1131/2536.

³⁷⁰ ดังคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี *Well v. Bain* ว่า “การใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลนั้นก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามสองประการ คือ ถ้าสำเร็จก็จะเป็นการสถาปนารัฐอธิปไตยใหม่ แต่ถ้าไม่สำเร็จก็จะเป็นกบฏ”, อ้างถึงใน *จริย โฆษณานันท์, ปรัชญากฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 424-425.

คณะปฏิวัติรัฐประหารแล้ว ยังมีประเด็นที่สำคัญมากคือ เมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหารเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยใช้กำลังซึ่งไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ สิ่งที่คณะปฏิวัติรัฐประหารมักกระทำเสมอระหว่างหรือหลังจากความสำเร็จของการทำการปฏิวัติรัฐประหารก็คือ การยกเลิกรัฐธรรมนูญและการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติขึ้นใช้บังคับเป็นชุดๆ³⁷¹ ตามมา

กรณีศึกษาคำวินิจฉัยผลทางกฎหมายในการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหารต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายตามหลักนิติธรรม โดยคณะปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้³⁷² ดังนี้

1) ผลทางกฎหมายในการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหาร

ผลทางกฎหมายในการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหารที่ผ่านมา ซึ่งมีการยอมรับถือว่าเป็นการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหารสำเร็จโดยออกกฎหมายนิรโทษกรรม หรือรองรับการกระทำไว้ในกฎหมายว่าชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเห็นว่าการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังอันมิชอบนี้ ไม่มีผลต่อระบบกฎหมายของรัฐหรือบรรดาความสมบูรณ์ของกฎหมายอื่นๆ ในระบบกฎหมาย เนื่องจากถือว่าการรัฐประหารเป็นการเปลี่ยนตัวรัฐสภาธิบดีเท่านั้น เว้นแต่จะมีการประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารออกมายกเลิกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้ถูกยกเลิกโดยคณะปฏิรูปในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 นั้น พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ (กฎหมายธรรมดาทั่วไป) คงมีผลใช้บังคับอยู่ แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาขยายเนื้อหารายละเอียดและมีความสำคัญใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมากนั้น ย่อมสิ้นผลไปด้วยกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบางฉบับยังคงอยู่ด้วยเหตุผล คือ มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้

³⁷¹ สิทธิกร ศักดิ์แสง, การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 93-100.

³⁷² สิทธิกร ศักดิ์แสง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 100-112.

2) สถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหาร

สถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติโดยคณะปฏิรูปในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) นั้น เป็นกฎหมายที่สมบูรณ์หรือไม่ ยังเป็นข้อถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ 2 แนวทาง³⁷³ ดังนี้

แนวทางแรก ถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ ประกาศของคณะปฏิวัติเป็นบ่อเกิดที่มาของกฎหมายและมีฐานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์เมื่อพิจารณาจากความหมายบ่อเกิดที่มาของกฎหมายในแง่ของการจัดทำกฎหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทย รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งที่เป็นฉบับชั่วคราวและฉบับถาวรที่ยกมาประกอบนั้นถือว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติเป็นบ่อเกิดที่มาของกฎหมายที่เน้นความสมบูรณ์ในตัวธรรมดาตามกฎหมายเชื่อมโยงกับสภาพความเป็นรัฐอธิปไตยหรือผู้ถืออำนาจปกครองสูงสุดในแผ่นดิน ตามแนวความคิดสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Positive law) ของ จอห์น ออสติน (John Austin) และ ฮันส์ เคลเสน (Hans Kelsen) ซึ่งกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์) ได้นำแนวความคิดว่า กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐอธิปไตย มาถ่ายทอดและได้ปลุกฝังอยู่ในจิตสำนึกของนักกฎหมายไทยจำนวนมาก ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 : “...ข้อเท็จจริงได้ความว่า ใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไขยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์...”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 : “...ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อ พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยความแนะนำหรือความยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสถาบันนิติบัญญัติของ

³⁷³ สิทธิกร ศักดิ์แสง, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 100-112; สิทธิกร ศักดิ์แสง, “การยกเลิกกฎหมายนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักนิติรัฐหรือไม่” ใน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยตาปี ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 เมษายน-มิถุนายน 2550.

ประเทศก็ตาม ดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 ฉะนั้นคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 (บุคคลอันธพาล) ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองนั้นด้วย...”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ได้รับรองประกาศของคณะปฏิวัติไว้ในมาตรา 29 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือการกระทำประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่ได้กระทำประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้รัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ที่เกี่ยวกับการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใดหรือเป็นรูปใด และไม่ว่าจะกระทำประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการให้ถือว่า การกระทำประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นเป็นการกระทำประกาศหรือชอบด้วยกฎหมาย”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523 “...แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็ได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ประกาศหรือคำสั่งนั้นยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่...”

คำพิพากษาฎีกาที่ 6411/2534 : เมื่อคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้สำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้ ประกาศของคณะปฏิวัติ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 มีใช้คำสั่งที่มีผลให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา แต่เป็นเรื่องของการให้ถอนสัญชาติไทยของบุคคลบางจำพวก แม้จะย้อนหลังกระทบถึงสิทธิของจำเลยหรือประชาชนก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 36 บัญญัติไว้ว่า “บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่ง ในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อและให้ถือว่าประกาศ

หรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ขัดด้วยกฎหมายและขัดด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 : ในประเด็นต้องวินิจฉัยข้อ 12 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ใช้บังคับกับการยุบพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ย้อนหลังได้ เพราะถือว่าประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ยอมรับหลักการกระทำของคณะปฏิวัติชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 309 ว่า “บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งกิตติศักดิ์ ปรกติได้วิพากษ์มาตรา 309 นี้ว่า “มีความหมายเท่ากับการตรารัฐธรรมนูญขึ้นภายใต้หลักการว่า หากเป็นประกาศ เป็นคำสั่ง หรือการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติแล้ว แม้ในอนาคตข้างหน้าเมื่อรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลบังคับใช้แล้ว หากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ แทนที่ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้นจะสิ้นผลไป การณ์กลับกลายเป็นว่าในกรณีเช่นนี้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องหลีกเลี่ยงให้ประกาศของคณะปฏิวัติ”³⁷⁴ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า มาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักนิติธรรมที่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

แนวทางที่สอง *ไม่ถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ตามหลักนิติธรรม* ปัญหาที่ยังเป็นประเด็นถกเถียงกันว่า ประกาศของคณะปฏิวัติเป็นบ่อเกิดที่มาของกฎหมายและมีฐานะเป็นกฎหมาย ทำให้มีการวิพากษ์ถึงการนำแนวความคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Positive law) มาตัดสินความในเรื่องประกาศของปฏิวัติถือเป็นกฎหมายหลังการกระทำปฏิวัติรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน

³⁷⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, “เมื่อนิโโทษกรรมกลายเป็นเรื่องล้าหลังและไร้ประโยชน์”. ในวารสารวันระพี 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 65.

2549 ว่า เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่าใดนัก ซึ่งเป็นการทำลายหลักนิติธรรม (Rule of law) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ และนักนิติศาสตร์แนววิพากษ์ได้วิจารณ์แนวความคิดหลักนิติธรรมไว้ 3 ประการ³⁷⁵ ว่า **ประการแรก**หลักนิติธรรมเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในสังคมเสรีนิยมที่เน้นเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในท่ามกลางความหลากหลายเชิงพหุนิยมในทัศนคติทางศีลธรรมและการเมือง การขาดแบบวิถีการให้เหตุผลทางกฎหมายที่สามารถใช้ทัศนคติส่วนตัวทางศีลธรรมและการเมืองเบื้องหลังของการใช้อำนาจทางกฎหมาย **ประการที่สอง** เป็นประเด็นเรื่องความขัดแย้ง (Contradictions) สับสนในแนวคิดทางกฎหมายแบบเสรีนิยมที่ยากจะปรับประสานกันได้กับแต่ละบริบทสังคมนำไปสู่ความไม่เด็ดขาดแน่นอนของกฎหมาย (Legal indeterminacy) และ**ประการที่สาม** แนวคิดหลักนิติธรรมเป็นเครื่องมือหนึ่งของการกดขี่และการครอบงำทางความคิด โดยถูกสร้างขึ้นเพื่อปิดบังซ่อนเร้นความไม่เสมอภาคทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจชั้นพื้นฐานโดยชนชั้นนำนายทุนที่ครอบงำสังคม

เมื่อพิจารณาความเห็นทั้งสองแนวข้างต้น พบว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ คือ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) เมื่อวันที่ 19 กันยายน ถึง 30 กันยายน 2549 ถือเป็นบ่อเกิดที่มาของกฎหมายในด้านรูปแบบตามหลักแนวความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Positive law) แต่เมื่อพิจารณาในด้านเนื้อหาของสาระของประกาศของคณะปฏิวัติเป็นบ่อเกิดที่มาของกฎหมายตามหลักนิติธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาแต่ละฉบับว่าเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ รัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานที่ตั้งขึ้นมาเฉพาะกิจนั้นใช้อำนาจชอบธรรมหรือไม่ ใช้อำนาจลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ซึ่งภาระหน้าที่นี้ก็ควรจะเป็นศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดต่อไป แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจไม่ชอบธรรมหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการละเมิดหลักนิติธรรม ก็จะไม่เป็น “กฎหมาย” ที่สมบูรณ์ตามแนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ก็ควรจะดำเนินการยกเลิกเสีย เช่น การตราพระราชบัญญัติมายกเลิกประกาศนั้น เป็นต้น

³⁷⁵ Andrew Altman, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*. Princeton : Princeton University Press, 1993, p. 10. อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญาแนววิพากษ์*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550, หน้า 13-14.

5.2.3 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม :กรณี การแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

คำวินิจฉัยคดีประวัติศาสตร์ของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 ในคดีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภา (สว.) ว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และล้มล้างการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่ ตามคำร้องของ 4 คณะบุคคล ประกอบด้วย 1) พล.อ.สมเจตน์ บุญถนอม ส.ว.สรรหา 2) นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ส.ส.สงขลา พรรคประชาธิปัตย์ 3) นายสาย กังสเวทิน ส.ว.สรรหา และ 4) นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตัดสิน ประเด็นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มา ส.ว. นั้นขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 แต่ในส่วนยุบพรรคคนนั้นให้ยกคำร้อง³⁷⁶ ซึ่งคำวินิจฉัยมีเนื้อหาสาระสำคัญ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมดังนี้

1) การปกครองระบอบประชาธิปไตยกับหลักเสียงข้างมากที่เคารพเสียงข้างน้อย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้ให้นิยามความหมายของหลักการ ประชาธิปไตยที่เชื่อมโยงสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมว่า “... หลักการการปกครองแบบ ประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวความคิดของบุคคลใด หรือกลุ่มบุคคลใด และมีใช้การ ปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจากระบบการเลือกตั้งเท่านั้น บุคคลที่มา จากการเลือกตั้งของประชาชน แต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือ กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติหาใช้วิธีการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีความ มุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนโดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจาก ประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้ง หรือการเลือกตั้งของฝ่ายการเมือง เท่านั้น เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความ ต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หากใช้เป็นเหตุให้ ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรม แต่อย่างใด”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ยังได้อธิบายหลักการแห่งเจตนารมณ์ ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนและหนักแน่นที่มุ่งให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐ

³⁷⁶ ไทยรัฐออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัยประวัติศาสตร์ (ฉบับเต็ม) แก่ รธน. ที่มา สว. ชดม. 68”. สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2557 จาก www.thairath.co.th/content/384202.

ตามหลักนิติธรรม โดยข้อสัจสุจริตปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ไว้อย่างชัดเจนในข้อความตอนหนึ่งว่า “... เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมือง ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้อง ขอบธรรมมีความเป็นอิสระและข้อสัจสุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองใดบิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากความชอบธรรมทุกรูปแบบ อีกทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กร หรือสถาบันการเมือง หยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้าง เพื่อใช้เป็นฐานสนับสนุน คำจูนในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน หรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้นๆ ...”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ยืนยันหลักประชาธิปไตยของการปกครองโดยเสียงข้างมากที่ต้องเคารพเสียงข้างน้อยว่า “... ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น แม้จะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากละเลยหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจตกขี่ชนเผ่าฝ่ายข้างน้อยโดยไม่พึงเหตุผล และขาดหลักประกันจนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้ จะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากแต่จะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศอย่างชัดแจ้ง... กรณีนี้ต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือน หรืออำนาจอำเภอใจของบุคคล กลุ่มบุคคลฝ่ายใดหนึ่งที่ใช้มาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยให้ตั้งมั่นอยู่บนหลักการแบ่งการแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจของปวงชนชาวไทย เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่นั้น ให้อยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อตัดทานและคานอำนาจซึ่งกันและกันได้ อย่างเหมาะสม มีชี้แบ่งแยกให้เป็นอิสระของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ ...”

“... องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะ เป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การใช้อำนาจองค์กรเหล่านี้จึงถูกจำกัดการใช้อำนาจทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา จึงมีผลให้การใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงได้นำเอาหลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐบาลภายใต้หลักการที่ว่า นอกจากการใช้อำนาจตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรม

กรณีนี้จึงใช้การปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมาก แต่เพียงเท่านั้น หากจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย”

“การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่มิได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหุบยกมาใช้ อำนาจตามอำเภอใจ เพื่อให้บรรลุเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจท่ามกลาง ความซับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตน หรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของ ประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม และการได้ก็ตามที่จะนำมาซึ่ง การนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิาท บาดหมางแตกแยกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน การนั้นย่อมขัดต่อ **หลักนิติธรรม**ตามมาตรา 3วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญนี้ตามนัยมาตรา 68 นั่นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจ ทุกกรณีต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริต ฉ้อฉล มีประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระ ซ่อนเร้นมิได้ เพราะมิฉะนั้นจะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจ สูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ให้ไปตกอยู่แก่บุคคล หรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจ โดยปราศจากความชอบธรรม หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจาก หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง **หลักนิติธรรม**จึงเป็น หลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงาน ต่างๆ ของรัฐก็ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ...”³⁷⁷ ดังนั้น คำวินิจฉัยจึง หักล้างข้ออ้างความชอบธรรมของเสียงข้างมากเพื่อใช้อำนาจนิติบัญญัติในการ ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาที่เป็นเผด็จการเสียงข้างมากซึ่งขัดต่อหลักนิติธรรม

2) ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมาย

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญ ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้

³⁷⁷ กาแพต่า, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : เสียงข้างมากกับหลักนิติธรรม”. ในกรุงเทพฯธุรกิจออนไลน์, การเมือง : ทศกวีวิจารณ์, วันที่ 22 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นจาก www.bangkokbiznews.com/ เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2556; เอเอสทีวีผู้จัดการ, คำวินิจฉัยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ครั้งประวัติศาสตร์ เปิดโปงเผด็จการรัฐสภา : กรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่มา สว. 20 พฤศจิกายน 2556. กรุงเทพมหานคร, บริษัท โรงพิมพ์ตะวันออก จำกัด (มหาชน), 2556.

หลักการควบคุมความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในอันที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้นได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปแบบ ควบคู่ไปกับการดำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคห้า ที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์การของรัฐ ประกอบมาตรา 27 ที่ว่าสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงโดยการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง แม้การเปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธาน แม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงมากดังกล่าว จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกสภาหรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดการประชุมเพื่อไม่ให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม³⁷⁸

ส่วนการเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองด้วย การกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง อีกทั้งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 122 ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือความครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อีกทั้งต้องบัญญัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ที่ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยว่า เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 11 และมาตรา 11/1 นั้น ยังขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

³⁷⁸ กาแฟดำและเอเอสทีวีผู้จัดการ, เพิ่งอ้างถึง.

และสมาชิกวุฒิสภาที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 141³⁷⁹ ที่จะต้องส่งร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งขัดกับการถ่วงดุลและคานอำนาจ อันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ โดยอาศัยเสียงข้างมากปราศจากการตรวจสอบ ซึ่งละเมิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม

3) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้วางมาตรฐานแห่งการตีความหมายของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่สามารถเปรียบเทียบกับมาตรฐานของสากล โดยยืนยันว่า “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” เป็นกลไกสำคัญของระบอบการปกครองประชาธิปไตยในการถ่วงดุลและคานอำนาจทางการเมืองอื่นๆ เพื่อให้เป็นที่พึ่งพาของประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 ได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมโดยตรงในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมือง ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบระบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้อง สุจริต และเป็นธรรมตามหลักนิติธรรม

ถึงแม้การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ทำได้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมีหลักฐานชัดเจนว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) และสมาชิกวุฒิสภา (ส.ว.) ซึ่งมีเสียงข้างมาก ได้พยายามผลักดันแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างมีเงื่อนไขความเคลือบแคลงน่าสงสัยโดยมีการเสียบบัตรแทนและปลอมแปลงเอกสารการประชุมวาระแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งข้อความในสำเนาไม่เหมือนต้นร่าง เนื้อหาการแก้ไขมีประเด็นปัญหาการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) และเร่งรัดกระบวนการ

³⁷⁹ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”.

พิจารณาอย่างผิดสังเกต อีกทั้งยังตัดสิทธิการอภิปรายของผู้แปรญัตติเท่ากับเป็นการใช้เสียงข้างมากในสภา กระทำการในสิ่งที่ผิดหลักนิติธรรม และขัดแย้งกับความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคม อย่างนี้ผิดหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในความหมายที่แท้จริงอย่างแน่นอน

4) วิพากษ์คำวินิจฉัยคดีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

หลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำวินิจฉัยคดีนี้ว่า กระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้มีผู้แสดงความคิดเห็นทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยในคดีนี้ ฝ่ายที่เห็นด้วยต่างก็เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้แสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ว่า เนื้อหาสาระแห่งหลักนิติธรรมที่เป็นมาตรฐานสากล กระบวนการตุลาการของไทยได้ยืนหยัดยึดมั่น และยึดถือหลักนิติธรรมอย่างชัดเจนเพียงใดมาตั้งแต่ระบบศาลเดียวของศาลยุติธรรมในอดีตมาจนถึงระบบศาลคู่ของศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองในปัจจุบัน³⁸⁰ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีทั้งบุคคลในคณะรัฐบาล ประธานสภาทั้งสอง สมาชิกวุฒิสภาฝ่ายรัฐบาล นักวิชาการฝ่ายรัฐบาลในประเด็นหลักๆ โดยอ้างว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคดีนี้ไว้พิจารณา ไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเสียงข้างมาก ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจก้าวล่วงอำนาจของรัฐสภาได้ นักวิชาการบางคนได้วิจารณ์จุดอ่อนสำคัญที่ทำให้เกิดการปรับใช้หลักนิติธรรมอย่างผิดพลาดและไร้เหตุผลหนักแน่นของศาลรัฐธรรมนูญในอดีตหลายๆ คราว ดังเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551 หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555 รวมทั้งคำวินิจฉัยคดีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภา โดยกลางแคลงใจในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการบางท่านจึงวิจารณ์ว่า³⁸¹ แม้หลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญไม่มีนัยใดๆ แต่หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของตุลาการ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมมีปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญในมาตรา 197 วรรคสอง : ความเป็นอิสระและเป็นธรรมในการใช้อำนาจตุลาการ และมาตรา 201 : การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการโดยปราศจากอคติเพื่อให้เกิดความยุติธรรม

³⁸⁰ กาแฟดำและเอสทีวีผู้จัดการ, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถ (378).

³⁸¹ จริญญา โฆษมานันท์. 2556. “นิติธรรมมาของศาลรัฐธรรมนูญไทย”. ใน โลกวันนี้, 26 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นข้อมูลจาก <http://prachatai.com/j> เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2557.

Richard Nixon ต้องลาออกจากตำแหน่ง ศาลสูงสุดสหรัฐได้เคยวินิจฉัยว่า ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจที่จะถอนพยานหลักฐานจากศาลสูงสุดจะใช้พิจารณา คดีที่ประธานาธิบดีถูกกล่าวหา แม้ฝ่ายทนายความของประธานาธิบดีจะได้แย้งว่า ศาลสูงสุดไม่มีอำนาจก้าวล่วงไปถึงอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่ศาลสูงสุดได้โต้แย้งว่า เฉพาะศาลเท่านั้นเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถ ก้าวล่วงเข้ามาใช้อำนาจตุลาการและบอกศาลว่าจะคิดและทำอย่างไร ศาลเป็นผู้มี อำนาจตีความรัฐธรรมนูญในประการที่แตกต่างจากความเชื่อของฝ่ายบริหารได้ ศาสตราจารย์ Stephen B. Young จึงได้สรุปว่า ในหลายคดีศาลสูงสุด (Supreme Court) ของสหพันธรัฐซึ่งทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญ ในประเทศไทยได้ใช้อำนาจเพื่อยืนยันกั้นกลางระหว่างประชาชนและรัฐบาลที่เห็นแก่ตัว ซึ่งใช้อำนาจโดยมิชอบ ดังนั้น ความเห็นต่างๆ ของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญครั้งนี้ก็เป็นสิทธิที่สามารถกระทำได้โดยสุจริต แต่ละท่านก็คิดว่า ความเห็นของตนถูกต้องซึ่งอาจจะผิดหรืออาจจะถูกก็ได้ และก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่อง รับรองได้ว่าความเห็นของท่านใดเป็นความเห็นที่ถูกต้อง และก็ไม่สามารถบังคับให้ ผู้อื่นต้องเชื่อหรือปฏิบัติตามได้ แต่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็น ศาลตามรัฐธรรมนูญและไม่ใช่องค์กรอิสระตามที่มิใช่ผู้เข้าใจผิด ได้กระทำโดยตุลาการ ที่มีคุณสมบัติและความรู้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดโดยได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจาก องค์กรพระมหากษัตริย์และมีคำวินิจฉัยภายใต้พระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์โดย คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 9 ท่าน ไม่ใช่เพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง การวินิจฉัยของ ตุลาการแต่ละท่านก็คือความเห็นที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักเหตุผลตามข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย แต่ละท่านอาจเห็นไม่เหมือนกัน แต่ความเห็นของตุลาการมีข้อยุติ ด้วยเสียงข้างมากถือเป็นคำวินิจฉัยของศาลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 216 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

5.2.4 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม : กรณีการโยกย้ายนายถวิล เปลี่ยนศรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำวินิจฉัยที่ 9/2557 ความเป็นรัฐมนตรีของ น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 รวมทั้งรัฐมนตรีที่ร่วมลงมติ กรณีโยกย้าย นายถวิล เปลี่ยนศรี เลขาธิการสภา ความมั่นคงแห่งชาติ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2557 ซึ่งร้อง

โดยนายไพฑูริย์ นิตตะวัน สมาชิกวุฒิสภาและคณะ รวม ๒๘ คน ถือเป็นคดีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม³⁸³ สรุปสาระสำคัญได้ว่า รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๘๑ บัญญัติว่า คณะรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่งต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ มาตรา ๑๘๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว เมื่อ (๑) ตาย (๒) ลาออก (๓) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (๔) สภาผู้แทนราษฎรมิมีมติไม่ไว้วางใจ ตามมาตรา ๑๕๘ หรือมาตรา ๑๕๙ (๕) ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา ๑๗๔ (๖) มีพระบรมราชโองการให้พ้นจากความเป็นรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๘๓ (๗) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา ๒๖๗, ๒๖๘ หรือมาตรา ๒๖๙ (๘) วุฒิสภามีมติตามมาตรา ๒๗๔ ให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง

การพ้นจากตำแหน่งของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๘๐ วรรคหนึ่ง จึงเป็นกรณีการพ้นจากตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ตามมาตรา ๑๘๒ วรรคหนึ่ง กล่าวคือ เฉพาะการพ้นจากตำแหน่งของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา ๑๘๐ วรรคหนึ่งนั้น ยังมีได้ทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามมาตรา ๑๘๒ วรรคหนึ่ง เนื่องจากมาตรา ๑๘๑ บัญญัติให้ยังต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ ดังนั้น กรณีคำร้องนี้จึงแตกต่างจากการสิ้นสุดจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นๆ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้องภายหลังจากที่ความเป็นรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของบุคคลเหล่านั้นสิ้นสุดลง ก่อนที่จะมีคำวินิจฉัย เพราะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเหล่านั้นไม่มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติในตำแหน่งที่สิ้นสุดลงแล้วแต่อย่างไร ประกอบกับมาตรา ๑๘๒ มีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนมิให้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้าม ดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี มาปฏิบัติหน้าที่อันมีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจ และชอบที่จะรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

³⁸³ คมชัดลึกออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัยศาลรธน. ฟัน ‘ปู’ โยก ‘ถวิล’ เอื้อพวกพ้อง”. ใน หนังสือพิมพ์คม ชัด ลึก, การเมือง : ชาวทั่วไป, วัน พุธที่ ๘ พฤษภาคม ๒๕๕๗. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๕๗ จาก www.komchadluek.net/detail/20140508/184260.htm.

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปในประเด็นที่ 2 ว่า การกระทำของผู้ถูกร้องตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเป็นที่สุดไว้ในคำพิพากษาเป็นข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายที่มีความเกี่ยวเนื่องกับคดีนี้ เป็นอันเด็ดขาดมิอาจกล่าวอ้างโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้ จึงขอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องรับฟังมาใช้เป็นฐานตั้งต้น ประกอบการตรวจค้นหาความจริงและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคดีนี้ต่อไป

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดี นายถวิล เปลี่ยนศรี เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ เมื่อปี 2552 เป็นต้นมา ต่อมาคณะรัฐมนตรีโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2554 จากนั้นสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือลับมาก ที่ นร. 0401.2/2418 ลงวันที่ 4 กันยายน 2554 ซึ่งเป็นวันอาทิตย์ ถึงรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี น.ส.กฤษณา สีสลักษ์ แจ้งว่า มีตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ ตำแหน่งเลขที่ 6 ว่างอยู่ เห็นควรให้ความเห็นชอบและยินยอมการรับโอนผู้ฟ้องคดีมาดำรงตำแหน่งดังกล่าว และขอรับความเห็นชอบและยินยอมการโอนจากรองนายกรัฐมนตรี พล.ต.อ.โกวิท วัฒนะ ในฐานะรัฐมนตรีเจ้าสังกัดหน่วยงาน โดยสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี มีหนังสือลับมาก ที่ นร. 0401.2/8303 ลงวันที่ 4 กันยายน 2554 ถึง พล.ต.อ.โกวิท วัฒนะ แจ้งว่า รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี เห็นชอบ และมีความประสงค์จะขอรับโอน และรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ได้มีหนังสือลับมาก ที่ นร. 0401.2/8302 ลงวันที่ 5 กันยายน 2554 ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรีขอให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเป็นวาระทราบจร ในวันที่ 6 กันยายน 2554 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อนุมัติให้นำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีตามที่เสนอ ต่อมาคณะรัฐมนตรีมีมติวันที่ 6 กันยายน 2554 อนุมัติตามเสนอ จากนั้นได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 14 ตุลาคม 2554 ให้ พล.ต.อ.วิเชียร พจน์โพธิ์ศรี พ้นจากตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 26 ตุลาคม 2554 ให้ พล.ต.อ.เพรียวพันธ์ ดามาพงศ์ พ้นจากตำแหน่งรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะอยู่ในฐานะหัวหน้ารัฐบาล แต่การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ต้องมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย อีกทั้งข้อเท็จจริงจากการไต่สวน และบันทึกถ้อยคำยืนยัน

นายกรัฐมนตรี ระบุว่าวันที่ทำหนังสือดังกล่าวเป็นวันที่ 5 กันยายน 2554 แต่ภาพถ่ายบันทึกข้อความฉบับเดียวกัน ที่ได้มาจาก นายถวิล เปลี่ยนศรี ก่อนหน้านั้น ระบุว่าวันที่เป็นวันที่ 4 กันยายน 2554 ซึ่งแสดงว่าภาพถ่ายเอกสาร 2 ฉบับนี้ ต้องมีการแก้ไขวันที่ทำเอกสารให้ผิดเพี้ยนไปจากความจริง โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อปกปิดความจริง

กรณีนี้จึงแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นปกติของการดำเนินการอันเป็นการพิรุณโจ่งแจ้ง จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นไปในทางเอื้อประโยชน์ให้ พล.ต.อ.เพรียวพันธ์ ซึ่งเป็นญาติของผู้ถูกร้อง มีโอกาสขึ้นดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ การกระทำของผู้ถูกร้องจึงมีลักษณะใช้อำนาจในตำแหน่ง โดยมีผลประโยชน์ทับซ้อนและมีวาระซ่อนเร้น ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคสอง อีกประการหนึ่งด้วย นอกจากนี้ปรากฏข้อเท็จจริงที่รู้จักโดยทั่วไปว่า พล.ต.อ.เพรียวพันธ์ เป็นลุงของหลานอาของผู้ถูกร้อง ย่อมถือว่าเป็นเครือญาติของผู้ถูกร้อง จึงมีเหตุให้เชื่อได้ว่า การกระทำของผู้ถูกร้องมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและของประชาชนแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำที่มีเจตนาอำพรางหรือแอบแฝง เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือพวกพ้อง อันเป็นการกระทำที่ต้องห้าม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 ประกอบมาตรา 266 (2) และ (3) อันมีผลทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง เป็นการเฉพาะตัว ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7)

รัฐธรรมนูญมาตรา 181 ได้บัญญัติให้เฉพาะกรณีที่คณะรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 180 วรรคหนึ่ง เท่านั้น ซึ่งต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ แต่ไม่ได้หมายรวมถึงกรณีที่ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ตามมาตรา 182 ด้วย ดังนั้นผู้ถูกร้องจึงไม่อาจอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 181 ได้อีกต่อไป จึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อไปว่า เมื่อความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงจะเป็นเหตุให้ความเป็นรัฐมนตรีของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะสิ้นสุดลงด้วยหรือไม่ คดีนี้หากรัฐมนตรีคนใดมีส่วนร่วมในการลงมติอันเป็นการก้าวก่าย หรือแทรกแซงข้าราชการประจำ โดยการโอนย้ายนายถวิล เปลี่ยนศรีไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ย่อมเป็นเหตุให้ความเป็นรัฐมนตรีผู้นั้นสิ้นสุดลงเป็นการเฉพาะตัว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ตามไปด้วย และไม่อาจอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective responsibility)

ของคณะรัฐมนตรีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย สำหรับประเด็นตามคำขอผู้ร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ดำเนินการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 172 และมาตรา 173 โดยรวมนั้น ไม่อยู่ในขอบเขตเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับพิจารณาวินิจฉัย จึงให้ยกคำขอส่วนนี้

5.2.5 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม : กรณีร่างพระราชบัญญัติกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ 3-4/2557 เรื่องประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติกู้เงิน 2 ล้านล้านบาทนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งกระบวนการและเนื้อหาถือ จึงเป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม³⁸⁴ สรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องของประธานรัฐสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งความเห็นของสมาชิก 2 คำร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง และมาตรา 170 หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

³⁸⁴ กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัย! ศาลธน.ชี้ 2 ล้านล้านขัด ธน.” ใน หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ : การเมือง, วันที่ 12 มีนาคม 2557. สืบค้นจาก www.bangkokbiznews.com เมื่อวันที่ 14 เมษายน 2557; โปรดดูรายละเอียดคำวินิจฉัยใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (ฉบับเต็มอย่างไม่เป็นทางการ)”. ใน ไทยรัฐออนไลน์, วันที่ 25 มีนาคม 2557 สืบค้นจาก www.thairath.co.th/content/412314. เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2557.

หรือไม่นั้น คำร้องทั้งสองมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ตามที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... แล้ว และอยู่ในช่วงเวลาก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยนั้น ผู้ร้องเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกระบวนการตราไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรมีการกดบัตรแสดงตนและลงคะแนนแทนกัน

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้อง คำชี้แจง เอกสารประกอบของผู้ร้อง และการไต่สวนพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ได้กำหนดประเด็นวินิจฉัย รวม 2 ประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ และประเด็นที่สอง ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สำหรับประเด็นที่หนึ่ง ศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ได้จากการไต่สวนฟังข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติได้ว่า นายนิศร ทองธีราช สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จ. สกลนคร พรรคเพื่อไทย (พท.) ได้ใช้บัตรแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนในระบบอิเล็กทรอนิกส์แทนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรายอื่น ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 20 กันยายน 2556 พิจารณาร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ซึ่งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 122 บัญญัติว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยโดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมาย หรือความครอบงำใด และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ และมาตรา 126 วรรคสาม บัญญัติว่า สมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนนแล้ว เห็นว่า การลงคะแนนเสียงแทนกันในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 และมาตรา 126 วรรคสาม ศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเสียงข้างมาก 6 ต่อ 2 เสียง เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวง

ยุทธศาสตร์ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากที่พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายเงินแผ่นดินบัญญัติไว้ ทำให้การควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินดังกล่าวไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องว่าด้วยกรอบวินัยการเงินการคลังที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวด 8 ร่างพระราชบัญญัติในส่วนดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติเอกฉันท์ 9 ต่อ 0 ว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ จึงมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม ซึ่งระบุว่า ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีสั่งการดำเนินงานเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย ถ้าศาลวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราโดยไม่ถูกต้องให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นการตกไป

โดยสรุป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้วางหลักการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีซึ่งใช้อำนาจบริหารในการออกกฎหมายกู้เงินเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณ ซึ่งละเมิดต่อหลักนิติธรรม

5.2.6 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม : กรณีพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยกลางที่ 4/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁸⁵ ซึ่งมีสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมว่า ในกรณีที่ศาลอาญาส่งคำโต้แย้ง

³⁸⁵ รายงานพิเศษสำนักข่าวอิศรา, คำวินิจฉัยฉบับเต็ม “กม.สืบพยานต่างประเทศ” ขัดหลักนิติธรรมใน รธน.” ใน หนังสือพิมพ์แนวหน้า, วันพุธที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2556. สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2556 จาก www.naewna.com/politic/50279.

ของจำเลย (พล.ต.ท.สมคิด บุญถนอม จำเลย กับพวก รวม 5 คน) ในคดีอาญา หมายเลขดำที่ อ.119/2553 คดีลักพาตัวและฆาตกรรมนายโมฮัมหมัด อัลรูไวลี นักธุรกิจชาวซาอุดีอาระเบีย เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กรณีที่โจทก์ยื่นคำร้องขอสืบพยานโจทก์ คือ พ.ต.ท.สุวิชัย แก้วผลึก ในประเทศกัมพูชา และซาอุดีอาระเบีย โดยอ้างว่า พ.ต.ท.สุวิชัย เป็นพยานปากสำคัญที่เป็นผู้รู้เห็นเหตุการณ์ ในการกระทำความผิดของจำเลยทั้ง 5 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ซึ่งต่อมาจำเลยทั้ง 5 ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลอาญาส่งคำโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 12 (2) มาตรา 37 และมาตรา 41 เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 40 โดยอ้างเหตุผลสรุปได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการและวิธีการสืบพยานว่าให้ดำเนินการอย่างไร อันเป็นผลทำให้จำเลยทั้ง 5 ไม่สามารถตามประเด็นไปสืบพยานในต่างประเทศได้ จำเลยไม่ได้รับสิทธิให้เข้าฟังการพิจารณาคดี การสืบพยาน การคัดค้านเอกสารประกอบคำเบิกพยาน การคัดค้านผู้พิพากษา อีกทั้งมาตรา 41 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่เป็นธรรม ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของจำเลย ศาลและจำเลยถูกบังคับให้ยอมรับพยานหลักฐานที่ได้มาโดยกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7)

ขณะที่ฝ่ายโจทก์ได้ยื่นคำร้องคัดค้านคำโต้แย้งของจำเลยทั้ง 5 สรุปได้ว่าการสืบพยานในต่างประเทศ ย่อมต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลประเทศผู้รับคำร้องขอ โดยยึดหลักว่าเมื่อเป็นการสืบพยานแล้ว ย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ผ่านกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม โดยเปิดเผย และดีที่สุดเท่าที่จะทำได้ จำเลยและทนายจำเลยมีสิทธิเข้ารับฟังการสืบพยาน การถามค้านพยานในต่างประเทศ การโต้แย้งคัดค้านการอ้างเอกสารประกอบคำเบิกความ อันถือได้ว่าเป็นการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย “การที่โจทก์ขอให้ส่งประเด็นไปสืบพยานปากนี้ในศาลต่างประเทศนั้น เนื่องด้วยมีความจำเป็นที่พยานไม่อาจเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้ ดังนั้น หากปฏิเสธมิให้พยานผู้รู้เห็นเหตุการณ์เข้าเบิกความในคดีย่อมถือเป็นการปิดป้องและปิดบังข้อเท็จจริงอันอาจส่งผลให้คำพิพากษาขาดข้อเท็จจริงที่สำคัญและกระทบต่อความยุติธรรม”

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำโต้แย้ง คำคัดค้านคำโต้แย้ง และเอกสารอื่นๆ

ประกอบแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย รวม 4 ประเด็นโดยเฉพาะ ประเด็นที่ 4 ในส่วนหลักนิติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 12 (2) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 40 หรือไม่

(2) พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 39 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 หรือไม่

(3) พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 29 และมาตรา 39 หรือไม่ และ

(4) พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่

คำวินิจฉัยในประเด็นที่ (1) เรื่องบทบาทของผู้ประสานงานกลาง ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่าเป็นการขอให้ส่งคำร้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ มิใช่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ และมีใช้การจำกัด สิทธิและเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในกระบวนการยุติธรรม คำโต้แย้งในประเด็นนี้ จึงไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย

คำวินิจฉัยในประเด็นที่ (2) เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีในการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ เป็นบทบัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษ มิใช่เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับโทษอาญาของบุคคล หรือบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด หรือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด คำโต้แย้งในประเด็นนี้ จึงไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย

คำวินิจฉัยในประเด็นที่ (3) เรื่องให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานและเอกสารที่รับฟังได้ตามกฎหมาย มิใช่เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ หรือการรับโทษอาญาของบุคคล ทั้งนี้บทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด คำโต้แย้งในประเด็นนี้ จึงไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย และ

คักวินิกฉัยในประเด้นทึ (4) พิกกรณแล้วเห็นว่ พระรชบักญญติฉบับนี้ มีเจตนารมณเพื่อปองกันและปรบปรมอชญกรรณทึมีการกระทำร่วมกันเป็น เครือช่ยอชญกรรณในดินแดนหลายประเทศ และกระบวนกรยติธรรมทางอชญา ของแต่ละประเทศโดยล่ำฟ้งไม่อชงปองกันและปรบปรมได้อย่างเด็คชชด จำต้อง อาศัยควมร่วมมือระหว่างประเทศ สมควรกำหนดมตรกรให้ควมช่ยเหลือและ รับควมช่ยเหลือระหว่างประเทศในเร่องทางอชญา ซึ่งพระรชบักญญติฉบับนี้ มตร 36 มตร 37 มตร 38 และ มตร 39 เป็นบทบักญญติทึกำหนดหลักเกณช และวิธีกรในการขอควมช่ยเหลือจกต่งประเทศ ซึ่งเป็นเร่องกรดำเนินกรของ องคักรฝ่ยบริหกร บทบักญญติแห่งกฎหมยดังกล่าว จึงมิได้ชัดหรือแยงต้อ **หลัก นิติธรรม** ท้งมิได้จักคัสสิทึและเสรีภพของบุคคล หรือสิทึในกระบวนกรยติธรรม

ศาลรัฐธรรมนภยจึงมีมติ 7 ต้อ 2 ว่ พระรชบักญญติควมร่วมมือระหว่าง ประเทศในเร่องทางอชญา พ.ศ.2535 มตร 36 มตร 37 และมตร 39 ไม่ชัด หรือแยงต้อรัฐธรรมนภย พ.ศ. 2550 มตร 3 วรรคสอง มตร 29 และมตร 40 (2) (3) (4) (7)

ส่วนประเด้นทึได้แยงว่ พระรชบักญญติฉบับนี้ มตร 41 ซึ่งให้บรรดพชน หลักฐนและเอกรสรทึได้มตามพระรชบักญญติฉบับนี้ให้ลือว่เป็นพชนหลักฐน และเอกรสรทึรับฟ้งได้มตามกฎหมยนั้น ศาลรัฐธรรมนภยได้วินิกฉัยว่ “เป็นบทบักญญติ ทึบักบให้จ่าเลยต้องถูกผูกมัดมตามพชนหลักฐนและเอกรสรทึได้มจกกร สึบพชนของโจททึในศาลต่งประเทศทึจ่าเลยไม่มีโอกสรตรวจหรือรับทรบพชน หลักฐนหรือต้อสูคัคัได้อย่างเพียงพอ แมกรรับฟ้งพชนหลักฐนของศาลต้องเป็นไป ตามประมวลกกฎหมยวิธีพิกกรณควมอชญา มตร 227 และมตร 227/1 ทึบักญญติให้ศาลใช้คูลพินจวินิกฉัยซึ่งน่ำหนกพชนหลักฐนทึจ่าเลยไม่มีโอกสธม ค่านด้วยควมระมัตระวัง และไม่ควรเชือพชนหลักฐนดังกล่าวโดยล่ำฟ้งเพื่อลงโทษ จ่าเลยก็มตาม แต่หลักเกณชดังกล่าวก็มิได้เป็นช้อห้ามเด็คชชด โดยแยงเปิดโอกสให้ ศาลนำพชนหลักฐนเช่นนี้ไปใช้ประกอบกับพชนหลักฐนอื่นได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่ จ่าเลย” ซึ่งรัฐธรรมนภย มตร 40 (2) (3) (4) (7) ได้รับรองและค้อมครองสิทึใน กระบวนกรยติธรรมไว้ ไม่ว่จ่าจะเป็นสิทึทึจ่าจะรับกรพิกกรณโดยเปิดเผย กรได้ รับทรบช้อเท็จจริงและตรวจเอกรสรอย่างเพียงพอ กรมีโอกสในการต้อสูคัคัอย่าง เพียงพอ กรได้รับควมช่ยเหลือในทางคคัจกทนายควม อึกท้งแยงไม่สอดค้องกับ กติกรระหว่างประเทศว่ด้วยสิทึพลเมืองและสิทึทางกรเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ช้อ 14.3 อันเก็ยว่กับสิทึทึ จ่าจะรับกรพิกกรณต้อหน้า

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) อีกทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง” ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมติ 5 ต่อ 4 ว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ.2535 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ซึ่งยืนยันว่า การปฏิบัติหน้าที่ของศาลในการใช้อำนาจตุลาการตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามบทบัญญัติ มาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

5.2.7 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม : กรณีการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ลงวันที่ 25 มีนาคม 2557 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ จึงเป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม³⁸⁶ สรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

1) ประเด็นวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) บัญญัติให้ผู้ร้อง (คือผู้ตรวจการแผ่นดิน) มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ “เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่ากรณีที่ศาลอื่นจะส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ตาม

³⁸⁶ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 (ฉบับเต็มอย่างไม่เป็นทางการ)”. ใน *ไทยรัฐออนไลน์*, วันที่ 25 มีนาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2557 จาก www.thairath.co.th/content/412314.

คำร้อง เป็นกรณีที่ผู้ร้องได้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยว่า การดำเนินการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง มาตรา 93 วรรคสอง มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 235 และ มาตรา 236 (1) และ (2) หรือไม่

เมื่อพิจารณาเนื้อความในคำร้องทั้งหมดเห็นได้ว่า ผู้ร้องมีความประสงค์จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ด้วย เนื่องจาก การดำเนินการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 อันเป็นประเด็นปัญหาตามคำร้อง เป็นการดำเนินการที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในพระราชกฤษฎีกา ยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 จึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว และถึงแม้พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ แต่พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้มิใช่พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติซึ่งอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง หากแต่เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุที่พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ เป็นกฎหมายเฉพาะที่มีลักษณะพิเศษซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง อันเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภา และเป็นส่วนที่สำคัญของบทบัญญัติเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร จึงถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ที่ผู้ร้องอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

ประกอบกับการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 นั้น ไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จสมบูรณ์ในวันเดียวกันได้ ทั้งยังทำให้เกิดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาอีกหลายประการ ซึ่งไม่มีองค์กรอื่นใดนอกจากศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ได้ คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับพิจารณาวินิจฉัยไว้ได้กรณีจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(1) ประกอบกับข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (18) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

2) ประเด็นวินิจฉัย

พระราชกฤษฎีกากยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาประเด็นตามคำร้องนี้ มีเหตุแห่งคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยก่อนว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ได้กระทำเป็นวันเดียวกันที่วราขอาณาจักร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง หรือไม่ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชกฤษฎีกากยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ได้กำหนดให้มีการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2556 ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ดำเนินการจัดการเลือกตั้งโดยกำหนดวันให้พรรคการเมืองจะยื่นบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ ตั้งแต่วันที่ 23 ธันวาคม 2556 ถึงวันที่ 27 ธันวาคม 2556 และกำหนดวันรับสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ตั้งแต่วันที่ 28 ธันวาคม 2556 ถึงวันที่ 1 มกราคม 2557 แต่ปรากฏว่าได้มีการชุมนุมทางการเมืองประท้วง และขัดขวางการสมัครรับเลือกตั้งเป็นผลให้เขตเลือกตั้งจำนวน 28 เขต ไม่มีผู้สมัครรับเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญมาตรา 108 วรรคสอง บัญญัติชัดเจนว่า “... วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันที่วราขอาณาจักร” การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง ให้กำหนดวันเลือกตั้งเป็นวันเดียวกันที่วราขอาณาจักรนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปตามหลักพื้นฐานของการเลือกตั้งที่สำคัญ ได้แก่ หลักการเลือกตั้งโดยเสรี กล่าวคือ ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคนย่อมใช้ สิทธิโดยปราศจากการบังคับ หรือกีดกันทางจิตใจหรือการใช้อิทธิพลใดๆ ที่มีผลต่อการตัดสินใจ ไม่ว่าจะการใช้อิทธิพลเหล่านี้จะมาจากฝ่ายใดๆ ทั้งระหว่างการเลือกตั้งและภายหลังการเลือกตั้ง ต้องไม่ให้เกิดการควบคุมทิศทางทางการเมืองลงคะแนนเสียงไม่ว่าจะเป็นโดยการกระทำในรูปแบบใด ผู้ออกเสียงเลือกตั้งต้องตัดสินใจลงคะแนนได้อย่างอิสระภายใต้กระบวนการสร้างความคิดเห็นทางการเมืองที่เปิดเผย หลักการเลือกตั้งโดยเสรีนี้จึงครอบคลุมถึงการตระเตรียมการเลือกตั้งและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ครอบคลุมถึงการหาเสียงเลือกตั้งด้วย จึงเห็นได้ว่าการกำหนดวันเลือกตั้งเป็นการทั่วไปมากกว่าหนึ่งวัน จะทำให้พฤติกรรมการหาเสียงพฤติกรรมการลงคะแนนเลือกตั้ง หรือบรรดาเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในวันเลือกตั้งเป็นการทั่วไปที่กำหนดขึ้นในวันหนึ่งจะมีอิทธิพลต่อการเลือกตั้งที่กำหนดขึ้นในอีกวันหนึ่งได้

วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง เป็นวันที่เมื่อกำหนดขึ้นแล้ว ผู้เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งมีหน้าที่ต้องไปดำเนินการต่างๆ เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่กำหนดไว้ ในพระราชกฤษฎีกานั้น คือ การรับสมัครผู้สมัครรับเลือกตั้ง การประกาศชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง และการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ส่วนวันลงคะแนนเลือกตั้งนั้น กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินการจัดการเลือกตั้งทั่วไปตามที่พระราชกฤษฎีกากำหนดไว้ การกำหนดวันลงคะแนนเลือกตั้งนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งในการใช้สิทธิเลือกตั้ง ซึ่งวันลงคะแนนเลือกตั้งอาจมีได้หลายวัน เช่น การลงคะแนนเลือกตั้งนอกเขตเลือกตั้งตามมาตรา 94 การลงคะแนนเลือกตั้งก่อนวันเลือกตั้งตามมาตรา 95 แต่การใช้สิทธิเลือกตั้งนั้น จะมีได้ก็ต่อเมื่อมีผู้สมัครรับเลือกตั้งอยู่ในวันที่ลงคะแนนเลือกตั้งเพื่อให้ผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งสามารถลงคะแนนเลือกตั้งได้ ในขณะที่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปจะต้องมีเพียงวันเดียวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง

กรณีปัญหาที่ไม่มีผู้สมัครรับเลือกตั้งใน 28 เขตเลือกตั้งนั้นเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ในส่วนที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการดำเนินการจัดให้มี การลงคะแนนเลือกตั้งใหม่แล้ว เห็นว่า มาตรา 78 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดวันลงคะแนนเลือกตั้งใหม่ในกรณีที่การลงคะแนนเลือกตั้งในหน่วยเลือกตั้งแห่งใดไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากเกิดจลาจล อุทกภัย อัคคีภัย เหตุสุดวิสัย หรือเหตุจำเป็นอย่างอื่น ซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันเลือกตั้งและมาตรา 108 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้ง กำหนดวันลงคะแนนเลือกตั้งใหม่ในกรณีก่อนวันเลือกตั้ง ถ้ามีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งในหน่วยเลือกตั้งใด หรือในเขตเลือกตั้งใด จะมีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม อันเกิดจากการกระทำของเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการเลือกตั้งหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ส่วนการจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่นั้น มาตรา 88 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้งที่มีผู้สมัครแบบแบ่งเขตเลือกตั้งคนเดียวและผู้สมัครนั้นได้รับคะแนนเลือกตั้งน้อยกว่าร้อยละสิบของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเลือกตั้ง

นั้นหรือไม่มากกว่าจำนวนบัตรเลือกตั้งที่ไม่ประสงค์จะลงคะแนน

มาตรา 103 วรรคหก เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้งใดที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งภายหลังวันลงคะแนนเลือกตั้ง แต่ก่อนวันประกาศผลการเลือกตั้ง มาตรา 109 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้ง จัดให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือนับคะแนนใหม่ในหน่วยเลือกตั้งใดหรือทุกหน่วยในเขตเลือกตั้งใดกรณีเมื่อได้มีการนับคะแนนเลือกตั้งแล้ว ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งนั้นมีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม หรือการนับคะแนนเป็นไปโดยไม่ถูกต้องและมาตรา 111 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลฎีกาสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ในกรณีเมื่อประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า การเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งใดมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใดหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการใดๆ โดยไม่สุจริตเพื่อที่จะให้ตนเองได้รับเลือกตั้ง หรือได้รับเลือกตั้งมาโดยไม่สุจริต โดยผลของการที่บุคคลหรือพรรคการเมืองได้กระทำ ทั้งนี้ อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กล่าวข้างต้น ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งในการกำหนดให้มีการลงคะแนนเลือกตั้งใหม่หรือจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ รวมทั้งให้อำนาจศาลฎีกาสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่เฉพาะในกรณีที่มีผู้สมัครรับเลือกตั้งแล้ว แต่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดทำให้ไม่อาจลงคะแนนเลือกตั้งได้หรือมีข้อเท็จจริงที่ทำให้การเลือกตั้งนั้นไม่สุจริตและเที่ยงธรรม เหตุแห่งคำร้องในคดีนี้ เขตเลือกตั้งที่เป็นปัญหาทั้ง 28 เขตไม่มีผู้สมัครรับเลือกตั้ง ถือว่ายังไม่มีจัดการเลือกตั้งทั่วไปใน 28 เขตเลือกตั้งนี้มาก่อนเลย จึงไม่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งและศาลฎีกาที่จะให้จัดการเลือกตั้งใหม่ได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน โดยเป็นสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวนสามร้อยเจ็ดสิบห้าคนและสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อจำนวนหนึ่งร้อยยี่สิบห้าคน” และมาตรา 93 วรรคหก ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุการณ์ใดๆ ทำให้การเลือกตั้งทั่วไปครั้งใดมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ถึงห้าร้อยคน แต่มีจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบห้าของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด ให้ถือว่าสมาชิกจำนวน

นั้นประกอบเป็นสภาผู้แทนราษฎร แต่ต้องดำเนินการให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้ครบจำนวนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันและให้อยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎรที่เหลืออยู่” เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญ มาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะให้สภาผู้แทนราษฎรมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้ครบตามจำนวนห้าร้อยคนโดยต้องมาจากการเลือกตั้งเป็นการทั่วไปในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสองด้วย ดังนั้น การจัดการเลือกตั้งเพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใน 28 เขตเลือกตั้งที่เป็นปัญหา จึงต้องจัดให้มีขึ้นในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มิได้ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งและศาลฎีกาในการจัดการเลือกตั้งใหม่ใน 28 เขตเลือกตั้งดังกล่าว

การที่จะดำเนินการจัดการเลือกตั้งใน 28 เขตเลือกตั้งนั้นต่อไป จำเป็นต้องมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่อีกวันหนึ่งย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและก่อให้เกิดข้อโต้แย้งทางกฎหมายต่อไปไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งเป็นผลที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่แท้อันจะทำให้วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปครั้งนี้มีสองวันคือวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 และวันที่จะกำหนดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่สำหรับ 28 เขตเลือกตั้งที่ยังไม่เคยมีการรับสมัครรับเลือกตั้งมาก่อนเลย ซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง ที่บัญญัติให้กำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร แต่ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งจะได้ดำเนินการจัดการเลือกตั้งตามอำนาจหน้าที่แล้วก็ตาม เมื่อการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่สามารถที่จะดำเนินการให้เป็นไปในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสองได้ เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเกิดจากมูลเหตุสำคัญ คือ การกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีความขัดแย้งและความแตกแยกของชนในชาติอย่างรุนแรง และมีการขัดขวางการสมัครรับเลือกตั้ง

การจัดการเลือกตั้งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว ย่อมทำให้การจัดการเลือกตั้ง

ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 2/2557 ว่า หากมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่ต่างจากวันเลือกตั้งทั่วไปเดิมที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรก็สามารถทำได้โดยเป็นอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบร่วมกันของนายกรัฐมนตรีและประธานกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมาย เพื่อให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปสำเร็จลุล่วงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ และมีการดำเนินการเลือกตั้งเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ไปแล้วแต่ไม่สามารถจัดให้มีการเลือกตั้งสำหรับ 28 เขตเลือกตั้ง ซึ่งยังไม่เคยมีการรับสมัครเลือกตั้งมาก่อนเลย จึงถือได้ว่า ในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ มิได้เป็นวันที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร มิถือเป็นการเลือกตั้งที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นผลให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหาเกี่ยวกับความขัดด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ มิได้จัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร อันเป็นการไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง การพิจารณาวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องในข้ออื่นๆ ไม่อาจทำให้ผลการวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปจึงไม่จำต้องวินิจฉัยเหตุแห่งคำร้องในข้ออื่นๆ อีก ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากกว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง

5.2.8 คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการคุ้มครองหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of law) เป็นหลักปรัชญาทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและยึดถืออ้างอิงในคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลไทยและศาลของต่างประเทศ

ทั่วโลกมานานแล้ว ในศาลไทยได้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1935/2541 มีสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม สรุปว่า “... ในกรณี เป็นผู้เสียหายเสพติดนั้น ย่อมเกิดผลร้ายแก่ตัวผู้เสพ ซึ่งพึงต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขเป็นเบื้องต้น ส่วนปัญหาที่โจทก์อ้างว่าเป็นบ่อเกิดแห่งอาชญากรรมนั้นเป็นเพียงแนวโน้ม ซึ่งมีได้เป็นจริงทุกกรณี トラบดใดที่ผู้เสพติดยังมีได้กระทำการใดขึ้นเป็นการก่ออาชญากรรม การลงโทษรุนแรงไว้ก่อนย่อมเป็นดังกล่าวลงโทษล่วงหน้า สำหรับความผิดที่ยังมิได้เกิด เป็นการลงโทษที่ขัดต่อ**หลักนิติธรรม** เป็นนโยบายการป้องกันที่ผิดและสร้างปัญหาให้มากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงแห่งคดีไม่ปรากฏว่าจำเลยมีการกระทำที่เป็นส่วนแห่งการก่ออาชญากรรม หรือมีส่วนสนับสนุนแพร่กระจายยาเสพติด เหตุผลต่างๆ ที่โจทก์อ้างในฎีกา จึงเป็นการสรุปที่ให้ผลร้ายแก่จำเลยที่เกิดเหตุ และไม่อาจรับฟังเปลี่ยนแปลงดุลพินิจของศาลล่างทั้งสองที่ให้การลงโทษจำคุกแก่จำเลยได้” ดังนั้น จึงมีหลักกฎหมายเพื่อการคุ้มครองหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ว่า “หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจนแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจกระทำการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้” ดังปรากฏให้เห็นจากตัวอย่างคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลไทยดังต่อไปนี้

1) คำวินิจฉัยคดีของศาลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

1.1) การคุ้มครองและรับรองหลักความเสมอภาคของชายและหญิงว่ามีสิทธิเท่าเทียมกัน

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198³⁸⁷ กรณีพระราชบัญญัติที่ชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งนางผณิตรา ภัคเกษม และคณะ ได้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินฯ เพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ว่า พระราชบัญญัติที่ชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12

³⁸⁷ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 198 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง เพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี”.

มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30³⁸⁸ หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลสามี” มีความหมายในลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น ต่างจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติขนานนามสกุล พ.ศ. 2456 มาตรา 6 ใช้คำว่า “...แต่คงใช้ชื่อตัวแลชื่อสกุลเดิมของตนได้” ย่อมแสดงเจตนารมณ์ชัดเจนว่า หญิงเมื่อทำการสมรสแล้วยังคงมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้ เมื่อพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2484 และพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มีการแก้ไขหลักการดังกล่าว โดยใช้ถ้อยคำเดียวกันในลักษณะเป็นบทบังคับ ย่อมแสดงว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคลฯ มีเจตนารมณ์ไม่ประสงค์ให้หญิงมีสามีมีสิทธิใช้ชื่อสกุลเดิมของตนต่อไป โดยได้เปลี่ยนแปลงหลักการจากเดิมที่ให้หญิงมีสามีมีสิทธิที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้ เปลี่ยนมาเป็นการบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียว

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลเนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลนั้น เป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ เทือกเถาเหล่ากอของตน และเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้มีการแบ่งแยกว่า เป็นสิทธิของชายหรือหญิง อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานการณ์สมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพหรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน จึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลได้

ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย

³⁸⁸ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ซึ่งวรรคสองและวรรคสามระบุว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง...เพศ...อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้”.

สูงสุดของประเทศ กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญถือเป็นโมฆะบังคับใช้ไม่ได้ จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐเพื่อรักษา ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมในการคุ้มครองสิทธิ ความเสมอภาคระหว่างเพศชายและเพศหญิง โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อกันอย่าง ไม่เป็นธรรมโดยเหตุแห่งเพศซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญของหลักนิติธรรมด้วย

1.2) การคุ้มครองเกี่ยวกับหลักประกันความเป็นธรรมจากการพิจารณา คดีของศาล

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 เรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของ รัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณี พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณา คำร้องเรียนของจำสิบเอก เอนก อุทธิยา และจำสิบเอก พนม เทพศิริ แล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ซึ่งบัญญัติว่า “การนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษา หรือตุลาการ ซึ่งมีได้นั่งพิจารณาคดีใด จะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันอันมิอาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย บัญญัติ” มีเจตนารมณ์ต้องการให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการผู้ที่นั่งพิจารณาคดีเป็นผู้ทำ คำพิพากษาเท่านั้น เนื่องจากได้เห็นหรือรับทราบข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานต่างๆ ในคดีที่พิจารณานั้นด้วยตนเองโดยตรง ส่วนมาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติ ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ซึ่งบัญญัติว่า “คดีที่ศาลจังหวัดทหารไม่มีอำนาจ พิพากษา ให้ศาลจังหวัดทหารทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือ ศาลทหารกรุงเทพพิพากษา แล้วแต่กรณี” หมายความว่าบางคดีที่ศาลจังหวัดทหาร มีแต่อำนาจพิจารณาไม่มีอำนาจพิพากษา ศาลจังหวัดทหารนั้นต้องส่งสำนวนไป ให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพเป็นผู้พิพากษาคดีเท่ากับว่าศาลจังหวัด ทหารซึ่งเป็นศาลที่นั่งพิจารณาคดีมิได้เป็นผู้ทำคำพิพากษาแต่ศาลมณฑลทหารหรือ ศาลทหารกรุงเทพซึ่งไม่ได้นั่งพิจารณาคดีกลับเป็นศาลที่ทำคำพิพากษาแทนศาล จังหวัดทหารนั้น ทั้งตามมาตรา 19 ดังกล่าวก็มีได้บัญญัติไว้ว่าแต่เฉพาะในกรณีที่มี เหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันอันมิอาจก้าวล่วงได้อย่างใด และในการพิจารณาคดี ของศาลทหารก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ซึ่งใช้บังคับเฉพาะกับการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้น มาตรา 236 ของ รัฐธรรมนูญจึงต้องใช้บังคับกับการพิจารณาคดีของศาลทหาร นับตั้งแต่วันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญ เป็นต้นไป พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19

วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มีได้เป็นผู้นั่งพิจารณา คดีเป็นผู้ทำคำพิพากษาได้ เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 จึงยื่น คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ได้บัญญัติ เป็นหลักการประกันสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล โดยการ นั่งพิจารณาต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้ทำคำพิพากษาหรือ คำวินิจฉัยคดีต้องเป็นผู้ที่นั่งพิจารณาคดีนั้น ผู้ที่มีได้นั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะ ไม่อาจทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอัน มีอาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติในข้อยกเว้นนี้ หมายความว่า ผู้ที่มีได้นั่ง พิจารณาคดีใดจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ นอกจากจะมีเหตุสุดวิสัย หรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจก้าวล่วงได้ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้ว ยังจะต้อง เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นด้วย ศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ และศาลทหารประจำหน่วยทหาร ต่างก็เป็น ศาลชั้นต้นด้วยกัน แต่เมื่อศาลจังหวัดทหารได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี อาญาใดตามอำนาจที่ระบุไว้โดยกฎหมายแล้ว หากจะพิจารณาคดีลงโทษเกินกว่าที่ กฎหมายกำหนดไว้กลับไม่มีอำนาจพิพากษา ต้องทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ ศาลชั้นต้นประเภทเดียวกัน ได้แก่ ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพ แล้วแต่กรณี เป็นศาลที่ทำคำพิพากษา ตามมาตรา 19 วรรคสาม ซึ่งศาลมณฑลทหารหรือ ศาลทหารกรุงเทพดังกล่าวก็มิได้ดำเนินการออกนั่งพิจารณาคดีมาแต่เริ่มแรก แต่ประการใด ประกอบกับมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายถึงเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุ จำเป็นอื่นอันมีอาจก้าวล่วงได้ ยกเว้นไว้แต่ประการใด ดังนั้น มาตรา 19 วรรคสามนี้ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 236 และบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ได้บัญญัติว่า มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 236 มาใช้บังคับกับการ พิจารณาคดีของศาลยุติธรรมในระยะเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ โดยไม่ระบุให้ใช้กับศาลอื่นด้วย ดังนั้น ศาลทหารจึงไม่อาจอ้างบทเฉพาะกาล ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญ ศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญถือเป็นโมฆะบังคับใช้มิได้ จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม

1.3) การคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลสัญชาติไทยในการใช้สิทธิทางการเมือง

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ผู้ร้อง) ได้ยื่นคำร้องพร้อมความเห็นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยมีข้อเท็จจริง สรุปได้ว่าผู้ร้องได้พิจารณาหนังสือร้องเรียนของปลัดกระทรวงมหาดไทยแล้ว เห็นว่า มาตรา 20 ที่บัญญัติคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลว่า “(1) มีสัญชาติไทยโดยการเกิด แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” เป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในกฎหมายของบุคคลและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเชื้อชาติ ผู้ร้องจึงเสนอเรื่องพร้อมความเห็นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา 20 (1) แล้วเห็นว่า เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล โดยผู้สมัครต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด และผู้มีสัญชาติไทยแต่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย โดยในขณะตราพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ นั้น อยู่ในระหว่างการใช้บังคับพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 19 โดยกำหนดให้ต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มมากขึ้น แต่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องนี้อยู่ในระหว่างการใช้บังคับกฎหมายใหม่ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ซึ่งมาตรา 29 บัญญัติให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้อง

มีคุณสมบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 107 บัญญัติคุณสมบัติเรื่องสัญชาติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิดเพียงอย่างเดียว ไม่มีการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวมีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด การที่พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ มาตรา 20 (1) ในส่วนคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นการกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องมีคุณสมบัติทางการศึกษาแตกต่างกันตามเชื้อชาติของบุคคล ทั้งที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าวไม่มีสถานะของบุคคลแตกต่างกันแต่อย่างใด ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในกฎหมาย ดังนั้น การกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลที่มีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วยนั้น จึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ประกอบกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 107 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาฯ มาตรา 29 ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลฯ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 และใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญถือเป็นโมฆะบังคับใช้มิได้ จึงเป็นการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม

1.4) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการและการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/ 2547 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2547 เรื่อง ศาลปกครองสูงสุดที่ส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24

และมาตรา 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46³⁹⁹ และมาตรา 50³⁹⁰ หรือไม่ ผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัดไววัฒน์) ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลางโดยเห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการประกอบอาชีพและการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นการประกอบธุรกิจผลิตและขาย แป้งข้าวหมักเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ขอให้ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมสรรพสามิต) ยกเลิกสัญญาที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องขายแป้งข้าวหมักในสถานที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด และให้เจ้าพนักงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใดๆ ที่ยื่นคำขอ อนุญาตขายแป้งข้าวหมักโดยเสรีทั่วประเทศ ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดทำหรือขาย เชื้อสุรา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิต มาตรา 26 บัญญัติว่า ใบอนุญาตซึ่งออกตามความในมาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 17 และมาตรา 24 ให้ใช้ได้เฉพาะในสถานะที่ระบุไว้ในใบอนุญาต และผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องแสดง ใบอนุญาตนั้นไว้ในที่เปิดเผยเห็นได้ง่าย ซึ่งระเบียบกรมสรรพสามิตว่าด้วยการทำและ ขายแป้งข้าวหมัก พ.ศ. 2524 กำหนดขึ้นเพื่อให้เจ้าพนักงานสรรพสามิตใช้เป็น แนวทางในการใช้ดุลพินิจพิจารณาคำขออนุญาตทำหรือขายแป้งข้าวหมัก (เชื้อสุรา) ตามมาตรา 24 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 ระเบียบฉบับนี้ จึงชอบด้วยกฎหมายกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า ระเบียบของผู้ถูกฟ้องคดีฉบับนี้ กำหนด ให้ทำและขายแป้งข้าวหมักได้เฉพาะในสถานที่ที่ได้รับอนุญาต ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ นั้นเห็นว่าเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการ แข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญมิได้มีลักษณะบริบูรณ์

³⁸⁹ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 ได้บัญญัติไว้ว่า “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อม มีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีภูมิปัญญาท้องถิ่น ... และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย บัญญัติ”.

³⁹⁰ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือ ประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”.

“การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะที่เป็นประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชน ในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”.

หากแต่รัฐสามารถออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ เมื่อพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มีวัตถุประสงค์ควบคุมและตรวจสอบการทำและขายแบ่งข้าวหมัก เพื่อป้องกันมิให้หน้าแบ่งข้าวหมักไปใช้ในการทำสุราเถื่อน การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว จึงเป็นไปเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและการคุ้มครองผู้บริโภค อันเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยข้อ 5 ของระเบียบกรมสรรพสามิตเป็นไปเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า แบ่งข้าวหมักเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่น แต่โดยที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 บัญญัติให้การทำและขายแบ่งข้าวหมัก จะต้องได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานสรรพสามิตก่อน จึงถือเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ไว้ ผู้ฟ้องคดีต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว จึงมีคำพิพากษายกฟ้องของผู้ฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดพิจารณา เห็นว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้จะต้องใช้บทบัญญัติ มาตรา 24 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาบังคับ เมื่อผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ โต้แย้งว่า บทบัญญัตินี้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 และมาตรา 50 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ไว้ชั่วคราวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากรณีตามคำร้อง ผู้ร้องได้รับอนุญาตให้ทำและขายแบ่งข้าวหมัก แต่ต้องค้าแบ่งข้าวหมักในสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาต คือ ที่ตั้งสำนักงานของผู้ร้องเท่านั้น ไม่อาจทำธุรกิจค้าแบ่งข้าวหมักได้โดยเสรีทั่วประเทศ ที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา ซึ่งรวมถึงแบ่งข้าวหมักด้วย เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 นั้นพิจารณาแล้วเห็นว่า ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเพื่อการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับแปรรูปข้าวหมักไว้ ผู้ร้องจึงไม่อาจโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้

ส่วนพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 หรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติอยู่ในหมวด 5 ว่าด้วยเชื้อสุรา การมีถ้อยคำว่า “เชื้อสุรา” ปรากฏอยู่ในมาตราต่างๆในหมวด 5 ดังกล่าว โดยมีได้ มีการบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ การพิจารณาความหมายของคำว่า “เชื้อสุรา” จึง

ต้องใช้บทนิยามทั่วไปในมาตรา 4 ที่ว่า “เชื้อสุรา” หมายความว่า แป้งเชื้อสุรา แป้งข้าวหมัก หรือเชื้อใดๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้ว สามารถทำให้เกิด แอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงแป้งข้าวหมักแล้ว เห็นว่า แป้งข้าวหมัก มีลักษณะไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลใน ชุมชนท้องถิ่นต่างๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร ยารักษาโรค เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือ ขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่า หมายความว่ารวมถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้น ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราเฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและ การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมและเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้น เกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกรณี ไม่เป็นไปตามข้อยกเว้นในการจำกัดเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง ข้างต้น มาตรา 24 เฉพาะในความหมายดังกล่าว จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และใช้บังคับไม่ได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 26 ที่ระบุไว้ใน ใบนุญาตนั้น เป็นมาตราต่อเนื่องเกี่ยวกับมาตรา 24 ซึ่งเมื่อวินิจฉัยแล้วว่า มาตรา 24 ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแป้งข้าวหมัก ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 บทบัญญัติมาตรา 26 ในส่วนของการบังคับ ใช้ใบนุญาตตามมาตรา 24 เฉพาะการขออนุญาตให้ทำหรือขายเชื้อสุราที่เป็นแป้ง ข้าวหมัก จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และใช้บังคับไม่ได้ด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 เฉพาะความ ในส่วนที่ หมายถึงแป้งข้าวหมัก จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และใช้บังคับมิได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญถือเป็นโมฆะบังคับใช้ไม่ได้ จึงเป็นการรักษา ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม คำวินิจฉัยในคดีนี้ จึงเป็น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะสิทธิการ ประกอบอาชีพ (Right to work)

1.5) การคุ้มครองการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนตาม หลักนิติธรรม

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 68 และ มาตรา 69 ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นมาใหม่เป็นครั้งแรกในหมวด 3 สิทธิและ

เสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งไม่เคยมีสิทธินี้มาก่อนในรัฐธรรมนูญของไทย 17 ฉบับที่ผ่านมา ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555³⁹¹ ตามที่ได้มีผู้ร้องให้ศาลวินิจฉัยว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณากร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ เป็นการล้มล้างการปกครองหรือเป็นการให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองโดยวิถีทางที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งขัดกับมาตรา 68 หรือไม่ โดยสรุปคำวินิจฉัยได้ว่า ประชาชนผู้ได้ทราบถึงพฤติกรรมซึ่งฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องร้องผ่านอัยการสูงสุดได้เพียงช่องทางเดียว เพราะสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเป็นสิทธิของประชาชน ไม่ใช่สิทธิของอัยการสูงสุดแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นเหตุผลใหญ่ของคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องตรงจากประชาชนตามมาตรา 68 วรรคสองได้

ส่วนในประเด็นการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมายกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับมีคำวินิจฉัยว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หากจะต้องมีการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ ก็จะต้องมีการทำประชามติก่อน แต่รัฐสภาสามารถที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ในรายมาตราตามเจตนารมณ์ของมาตรา 291 อย่างไรก็ดี พฤติกรรมของผู้ถูกร้องซึ่งประกอบด้วยรัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) และสมาชิกวุฒิสภา (ส.ว.) ยังไม่ได้เป็นการล้มล้างการปกครองหรือเป็นการให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครอง โดยวิถีทางที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยในระหว่างที่ผู้ถูกร้องดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลวินิจฉัยได้ว่ามีพฤติกรรมดังกล่าวหรือไม่ จนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เมื่อยังไม่มีความผิดเกิดขึ้น จึงมีคำวินิจฉัยให้ยกคำร้องทั้งหมด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 นับเป็นคุณูปการต่อประเทศชาติอย่างยิ่ง³⁹² เพราะเป็นคำวินิจฉัยที่ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ

³⁹¹ จริญญาภัคดิธนากุล, “หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย”. ใน วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2555-พฤษภาคม 2556 : หน้า 1-7.; และโปรดดูรายละเอียดใน จักรพงศ์ ลิ้มสุวรรณ, กลไกทางกฎหมายในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต, หน้า 155-224 และภาคผนวก ข หน้า 276-305.

³⁹² ยินดี วีชรพงศ์ ต่อสุวรรณ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพให้ประชาชนเป็นผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเอง”. ในหน้าแรกผู้จัดการออนไลน์, 28 สิงหาคม 2555. สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2557 จาก www.manager.co.th/daily/viewnews.aspx?NewsID...

ประชาชนในความเป็นผู้เสียหายมีสิทธิที่จะดำเนินคดีอาญาต่อการกระทำของสมาชิก รัฐสภาหรือมีการใช้อำนาจรัฐที่ได้กระทำอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยละเมิดต่อ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งประชาชนมีสิทธิที่จะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนของตนเองให้อยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญและ กฎหมายตามหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรคสองได้ ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ อย่างเป็นรูปธรรม เพื่อชำระไว้ซึ่งระบอบประชาธิปไตยและอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยได้อย่างแท้จริง ถ้าประชาชนสามารถควบคุมให้ผู้ใช้อำนาจรัฐปฏิบัติหน้าที่ใน กรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้นั้น ย่อมนำมาซึ่งความปรองดองของคนในชาติ ได้อย่างยั่งยืน การทุจริตก็จะลดลง คุณธรรมและธรรมาภิบาลก็จะพัฒนาสูงขึ้น หากประชาชนและทุกองค์การของรัฐได้ศึกษาเข้าใจคำวินิจฉัยนี้แล้ว ความสงบสุข ความปรองดอง ความมีคุณธรรมและธรรมาภิบาล ความซื่อสัตย์สุจริตในการปฏิบัติ หน้าที่ตามหลักนิติธรรมย่อมจะเกิดขึ้นได้อย่างถาวร

2) คำวินิจฉัยคดีของศาลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตาม หลักนิติธรรม

2.1) การคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2549 เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรคหนึ่ง (1) กรณี ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... มาตรา 20 ที่บัญญัติให้เพิ่มความ เป็นมาตรา 46/1 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29³⁹³ และมาตรา

³⁹³ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 (และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550) มาตรา 29 บัญญัติตรงกันว่า “การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระ สำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

“กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งนี้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

“บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”.

44³⁹⁴ หรือไม่ ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 95 คน และสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 79 คน รวม 174 คนเห็นว่า มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่...) พ.ศ. ซึ่งบัญญัติให้เพิ่มความเป็นมาตรา 46/1 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมกันในเขตทางหลวงในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจรหรืออาจเป็นอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือผู้ใช้ทางหลวง เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง หรือเป็นการเดินแถว ขบวนแห่ หรือชุมนุมกันตามประเพณีหรือวัฒนธรรม หรือเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรืออยู่ในเขตที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” และวรรคสองบัญญัติว่า “การขออนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” นั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 เนื่องจากมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยมุ่งหมายบังคับโดยเฉพาะเจาะจงใช้แก่การชุมนุม จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมอย่างแจ้งชัด ขัดต่อเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มาตรา 20 ที่บัญญัติว่า “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 46/1 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดชุมนุมกันในเขตทางหลวง ในลักษณะที่เป็นการกีดขวางการจราจร หรืออาจเป็นอันตรายหรือเสียหายแก่ยานพาหนะหรือผู้ใช้ทางหลวง เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงหรือเป็นการเดินแถว ขบวนแห่ หรือชุมนุมกันตามประเพณีหรือวัฒนธรรม หรือเป็นกิจกรรมเพื่อประโยชน์สาธารณะหรืออยู่ในเขตที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 เนื่องจากเป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเกินความจำเป็น และ

³⁹⁴ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 44 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ”

“การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการณีสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือการประกาศใช้กฎอัยการศึก”.

กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เพราะการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 44 บัญญัติไว้ และเมื่อวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่...) พ.ศ. มาตรา 20 ที่บัญญัติให้ความเป็น มาตรา 46/1 เป็นอันตกไปแล้ว ข้อความในมาตรา 30 ของร่างพระราชบัญญัติ ทางหลวง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ที่บัญญัติให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 73/1 แห่ง พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นการกำหนดโทษ เฉพาะข้อความที่ว่า “มาตรา 46/1” ซึ่งเป็นส่วนที่เชื่อมโยงกับมาตรา 20 เป็นอันตกไปด้วย

2.2) ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 กรณีระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผลคำวินิจฉัย ตัดสินว่า ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 126 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 6 เหตุผล ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 29³⁹⁵ สรุปคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญได้ว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ข้อ 6 ทวิ ซึ่งออก โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการ การเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 ซึ่งบัญญัติให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งมี อำนาจดังต่อไปนี้ “... (7) สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือออกเสียงประชามติใหม่ในหน่วย เลือกตั้งใดหน่วยเลือกตั้งหนึ่ง หรือทุกหน่วยเลือกตั้ง หรือสั่งให้มีการนับคะแนนใหม่ เมื่อมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า การเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติในหน่วย เลือกตั้งนั้นๆ มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณา ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด” นั้น เป็นการออกหลักเกณฑ์ที่มีสาระเกินมาตรา 10 (7) ให้อำนาจไว้ แม้คณะกรรมการการเลือกตั้งจะอ้างว่า ระเบียบคณะกรรมการ การเลือกตั้งฯ เป็นการออกตามความในมาตรา 10 (7) ตอนท้ายที่บัญญัติว่า “... ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด” ก็เป็นข้ออ้าง

³⁹⁵ มยุรี จำรัส, การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2550: หน้า 115 และ 168-169.

ผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่งหรือไม่ ผลคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตัดสินยกคำร้อง เนื่องจากระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ฯ ไม่ได้ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง ซึ่งเหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 29³⁹⁶ สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่งต้องออกโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้นระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ดังกล่าว จึงไม่เป็นบทบัญญัติตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง จึงให้ยกคำร้อง ซึ่งท้ายคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ได้ระบุว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 24/2543 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2543 เรื่อง ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 126 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่บทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามหลักนิติธรรม

2.4) การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 เรื่อง ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 38 วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 ซึ่งประธานวุฒิสภาได้ส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 77 คนให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 30 วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งผลคำวินิจฉัยตัดสินว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48³⁹⁷ สรุปคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ว่า

³⁹⁶ มยุรี จำรัส, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 115-116 และ 171.

³⁹⁷ มยุรี จำรัส, เพิ่งอ้างถึง, หน้า 116 และ 173-174.

ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติกรณีเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี ที่ไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิตตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง หรือไม่แจ้งสถานที่ผลิตและการย้ายสถานที่ผลิตตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หรือไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 11 หรือการใช้เครื่องหมายรับรองการผลิตและเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 13 หรือการปลอมหรือเลียนแบบเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 15 หรือการไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักรตามมาตรา 16 หรือกรณีการไม่แจ้งการจำหน่ายจ่าย โอนเครื่องจักร หรือเครื่องจักรที่พ้นจากการครอบครอง มาตรา 17 ให้ศาลมีคำสั่งริบเครื่องจักรได้ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ การรับทรัพย์สินเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ (1) การริบทรัพย์สินที่ศาลจะต้องริบไม่ว่าจะเป็นของบุคคลใดก็ตาม ตามมาตรา 32 (2) ทรัพย์สินที่ศาลจะต้องริบ เว้นแต่เป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด ตามมาตรา 34 (3) ทรัพย์สินที่อยู่ในดุลพินิจของศาลว่าจะริบทรัพย์สินหรือไม่ก็ได้ เว้นแต่เป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยการกระทำความผิดตามมาตรา 33 เห็นว่าการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีทรัพย์สินนั้นไว้เป็นความผิดกรณีตามร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด การริบเครื่องจักรที่ใช้ผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีหากไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ไม่แจ้งสถานที่ผลิตหรือย้ายสถานที่ผลิต ไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ไม่ใช่เครื่องหมายรับรองการผลิต ไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักร ไม่แจ้งการจำหน่าย จ่าย โอนเครื่องจักรให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น โดยศาลไม่มีความจำเป็นต้องริบเครื่องจักรหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของเครื่องจักรจะรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดหรือไม่หรือไม่คำนึงว่าเจ้าของเครื่องจักรได้พิสูจน์ว่ารู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ เป็นการริบโดยเด็ดขาด ไม่ได้พิจารณาถึงความผิดและความเหมาะสมในการลงโทษ เป็นการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า มาตรา 38 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติ การผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ จึงไม่เป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสี่ และเมื่อวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 38 วรรคหนึ่งเป็นอันตกไป ข้อความร่างพระราชบัญญัติฯ มาตรา 38 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “เครื่องจักรที่ศาลสั่งริบ ให้นำไปใช้ประโยชน์ในทางราชการหรือจำหน่ายให้แก่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจหรือทำลายตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด” เป็นข้อความให้ดำเนินการต่อเครื่องจักรที่ศาลสั่งริบตามมาตรา 38 วรรคหนึ่งจึงตกไป

2.5) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของประชาชนตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2552 เป็นกรณีศึกษาที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเรื่องคดีอาญาที่ศาลจังหวัดสระบุรี ส่งมา ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้เปิดร้านข้าวต้มรอบดึก ขายข้าวต้ม ขายน้ำชากาแฟ ไม่มีแอลกอฮอล์ ไม่มีดนตรีอินเทอร์เน็ต เพราะฉะนั้นจึงไม่ใช่สถานบริการหรือสถานเริงรมย์ แต่เป็นร้านขายข้าวต้มรอบดึกในช่วงเวลาตี 1 ถึงตี 5 ที่เปิดขายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด ผ่าฝืนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 พ.ศ. 2515 ข้อ 3 ที่ห้ามว่าใครจะขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลาตี 1 ถึง ตี 5 ต้องได้รับอนุญาตเป็นพิเศษ ในกรุงเทพฯ ต้องไปขออนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ (ปัจจุบันคือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) ในต่างจังหวัดต้องไปขออนุญาตจากผู้ว่าราชการจังหวัด ชาวบ้านที่จะประกอบอาชีพทำมาหากินโดยสุจริตขายกาแฟ ขายน้ำแข็งไส ขายน้ำเต้าหู้ ขายเต้าหอย ขายอาหารตามสั่งในตลาดได้รุ่งต่างๆ เขาคงไม่มีทางจะเข้าถึงเพื่อรับใบอนุญาตจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ว่าราชการจังหวัด เพราะฉะนั้นเขาจึงทำอาชีพไปตามสามัญสำนึกว่า เขาประกอบอาชีพสุจริต สัมมาชีพ ไม่ได้ขายยาบ้า ขายอบายมุข ที่ควรจะต้องปราบปราม เขาขายสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรม แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจที่จังหวัดสระบุรีด้วยเหตุใดไม่ทราบไปจับเจ้าของร้านข้าวต้มนี้มาดำเนินคดีข้อหาฝ่าฝืนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ซึ่งมีอัตราโทษปรับกระหนลง 5,000 บาท วันหนึ่งคืนหนึ่งขายก็กระหน อาจจะเป็นร้อยกระหน แล้วขายมาก็คืนแล้ว เป็นเดือนเป็นปี เรียงกระหนลงโทษสำหรับโทษปรับกระหนลง 5,000 บาท โดยไม่มีขอบเขตจำกัดเพราะไม่เหมือนโทษจำคุกเรียงกระหนลงโทษแล้วอย่างมาก

ต้องไม่เกิน 50 ปี จึงยอมมองแค่โทษปรับ 5,000 บาทเท่านั้น³⁹⁸ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยตัดสินว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 พ.ศ. 2515 ข้อ 3 เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น จึงขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามหลักนิติธรรม

2.6) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบกิจการขายตรงและตลาดแบบตรง

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555 เป็นกรณีศึกษาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ส่งมาจากศาลจังหวัดบุรีรัมย์ในคดีอาญาตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งได้บัญญัติฐานความผิดทางอาญาเอาไว้หลายฐานความผิด และมาตรา 54 บัญญัติว่า ถ้านิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด ก็ให้บรรดากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลผู้รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นด้วย เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น จำเลยได้โต้แย้งว่า กฎหมายขายตรงฉบับนี้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ในคดีอาญาต้องให้สันนิษฐานว่า ผู้ต้องหาและจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของอารยสากลประเทศ และเป็นพันธะกรณีประเทศไทยไปผูกพันตัวเองไว้ใน International Covenant on Civil and Political Rights ของสหประชาชาติด้วย กฎหมายบทนี้ไม่เพียงแต่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเท่านั้น แต่ยังขัดแย้งต่อมาตรฐานสากลขั้นต่ำของโลกที่ประเทศไทยได้มีพันธะกรณีผูกพันอยู่ด้วย เพราะฉะนั้นจึงมีการอภิปรายวิเคราะห์กันอย่างลึกซึ้งในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีความเห็นที่หลากหลายเพราะว่ากฎหมายลักษณะนี้มีนัยร้ายฉบับ ถ้าให้กฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะมีผลกระทบถึงกฎหมายฉบับอื่นๆ ด้วย แล้วก็จะมีความเท่ากับเปิดทางให้มีเรื่องเข้ามาสู่ศาลรัฐธรรมนูญอีกนับร้อยเรื่อง อีกประการหนึ่งกฎหมายลักษณะนี้มีได้มีเป็นจำนวนมากฉบับเท่านั้น แต่ยังคงมีความสำคัญต่อการปราบปรามอาชญากรรมร้ายแรงอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมทาง

³⁹⁸ จริญ ภักดีธนากุล, “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”. ถอดความจากการบรรยายพิเศษ “เรื่องศาลรัฐธรรมนูญกับการดำรงหลักนิติธรรม” ใน การสัมมนาทางวิชาการเนื่องในวาระครบรอบ 14 ปีของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 29 มีนาคม 2555 ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น.

เศรษฐกิจที่กระทำโดยนิติบุคคลและบุคคลที่บริหารนิติบุคคลนั้น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญย่อมจะทำให้กระทบกระเทือนถึงนโยบายในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมของประเทศและจะไปเข้าทางของบรรดาอาชญากรทางเศรษฐกิจที่ทำความผิดได้ง่ายขึ้น และทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำงานยากขึ้น ซึ่งความเห็นทั้งสองด้านนี้กำลังกันมาก เมื่อศาลรัฐธรรมนูญลงมติกันจึงเป็นมติเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 โดยนายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ประธานศาลรัฐธรรมนูญได้ออกเสียงคนสุดท้ายวินิจฉัยอยู่ฝ่ายเสียงข้างมากกว่าพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง³⁹⁹ และต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ว่าด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามหลักนิติธรรม

2.7) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประเมินภาษีเงินได้ของสามีกับภรรยา

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 เป็นกรณีศึกษาเรื่องที่ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) ถึง (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรื่องในทำนองเดียวกันนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 48/2545 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 80 แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีผลผูกพันการวินิจฉัยตามคำร้องในคดีนี้ของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะมีข้อเท็จจริงและประเด็นที่เป็นสาระสำคัญเพิ่มเติมจากเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยพิจารณามีคำวินิจฉัยไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยอีกได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 215

ประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมีเจตนารมณ์หารายได้เข้าสู่รัฐสำหรับใช้ในการบริหารประเทศ โดยกำหนดภาระหน้าที่ให้ประชาชนเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีให้แก่รัฐ รวมถึงกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการคำนวณภาษี อัตราภาษี วิธีการชำระภาษี และหน่วยงานจัดเก็บภาษี ส่วนภาษีเงินได้นั้นได้ถูกจัดแบ่งออกเป็นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและภาษีเงินได้นิติบุคคล ซึ่งมีรายละเอียดแตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี โดยมาตรา 57 ตี วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ถ้าสามีและภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ให้ถือเอาเงินที่พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบ

³⁹⁹ จริญญา ภักดีธนากุล, เพิ่งอ้างถึง.

การยื่นรายการและเสียภาษี แต่ถ้าภาษีค้างชำระและภริยาได้รับแจ้งล่วงหน้า ไม่น้อยกว่า 7 วันแล้ว ให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วย” และ มาตรา 57 เบญจ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าภริยามีเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (1) ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ไม่ว่าจะจะมีเงินได้พึงประเมินอื่นด้วยหรือไม่ ภริยาจะแยกยื่น รายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี เฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรีกี่ได้”

การที่ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี บัญญัติให้นำเงินได้พึงประเมินของ ภริยาเป็นเงินของสามีนั้น ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากตอนที่ต่างฝ่ายต่าง แยกยื่นเมื่อยังไม่มีกรมสรรพากร ประกอบกับมาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการ และเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรี ทำให้สามีภริยาที่ภริยาประกอบอาชีพที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) ถึง (8) ไม่ได้รับความเป็นธรรม ถือเป็นภาระจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกินความจำเป็นและ กระทบต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพของหญิงมีสามี และยังเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมให้เกิดเป็นเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของ บุคคล ระหว่างหญิงโสดและหญิงมีสามีที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (2) ถึง (8) และระหว่างภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) กับภริยาที่มีเงินได้พึง ประเมินตามมาตรา 40 (2) ถึง (8) อีกด้วย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6⁴⁰⁰ ซึ่งกำหนดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่บทบัญญัติใดของกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามหลักนิติธรรม

2.8) การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อคนซึ่งพิการ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 เป็นกรณีศึกษาเรื่องการ เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อคนซึ่งพิการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 30 หรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญฉบับ ปี 2550 มีหลักการเดียวกันกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 แต่ได้เพิ่ม คำว่า “ความพิการ” ไว้ในวรรคสามของมาตรา 30 ด้วย จึงแสดงให้เห็นเจตนารมณ์

⁴⁰⁰ จริญ ภักดีธนากุล, เพิ่งอ้างถึง.

ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการคุ้มครองสิทธิของผู้พิการไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีอยู่ด้วย การคุ้มครองความพิการนี้จึงไม่ได้มุ่งให้ความช่วยเหลือคนพิการเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งที่จะให้โอกาสและส่งเสริมให้คนพิการสามารถประกอบอาชีพเลี้ยงตัวเองได้เพื่อไม่เป็นภาระแก่รัฐและสังคม สิ่งสำคัญเป็นการสร้างคุณค่าและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ให้แก่ผู้พิการด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาโดยมติเสียงข้างมากมีคำวินิจฉัย 15/2555 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เฉพาะข้อความที่ว่า “... กายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” โดยมีได้กำหนดว่ากายหรือจิตใจลักษณะใดเป็นความไม่เหมาะสมจนถึงขนาดว่าไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตุลาการได้ จึงเป็นการจำกัดสิทธิในการบรรจุเข้ารับราชการตุลาการโดยมิได้คำนึงถึงความรู้ความสามารถอันเป็นภารกิจหลักของตุลาการหรือผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 30 วรรคสาม และขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการของสหประชาชาติ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเฉพาะข้อความที่ว่า “... กายหรือจิตใจไม่เหมาะสม...” จึงมีปัญหาคความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม⁴⁰¹ เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งกำหนดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่บทบัญญัติใดของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามหลักนิติธรรม

⁴⁰¹ จริญ ภักดีธนากุล, เพิ่งอ้างถึง.

บทที่ 6

สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

6.1 สรุปผลการวิจัยและอภิปรายผล

หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักที่สำคัญสูงสุดในการค้ำยันระบอบประชาธิปไตย การพิทักษ์สิทธิมนุษยชน ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม ให้เป็นที่พึงของประชาชนได้อย่างแท้จริง เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นเครื่องมือที่ใช้จำกัดและควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบของผู้มีอำนาจทั้งหลาย หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักที่สำคัญที่ใช้ในการควบคุมและตรวจสอบรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกองค์กรให้ใช้อำนาจตามกรอบที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดสังคมที่เป็นธรรม และทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข อีกทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จากการศึกษาวิจัยครั้งนี้พบว่า (1) แนวความคิดหลักนิติธรรมมีวิวัฒนาการและต้นกำเนิดที่แตกต่างกันทำให้มีความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมแตกต่างกันตามบริบทพัฒนาการระบอบประชาธิปไตยของแต่ละประเทศ (2) การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมจะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลอย่างเป็นรูปธรรมได้นั้นต้องอาศัยมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐโดยองค์กรตุลาการและ/หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากการเมืองอย่างแท้จริง และ (3) คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมได้พัฒนาหลักการตีความรัฐธรรมนูญจากแนวคิดทฤษฎีนิตินิยม (Legalism) ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) มาสู่แนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) มากยิ่งขึ้น ทำให้การบังคับใช้กลไกตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมมีสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้น

6.1.1 แนวความคิดและองค์ประกอบหลักนิติธรรมของต่างประเทศกับประเทศไทย

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับหลักนิติรัฐ (Legal State) ได้มีวิวัฒนาการและต้นกำเนิดที่แตกต่างกันทำให้มีนิยามความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมแตกต่างกันตามบริบทพัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยในแต่ละ

ประเทศ ซึ่งสามารถสรุปวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวความคิดและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในต่างประเทศและประเทศไทยได้ ดังต่อไปนี้

1) หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ

ก่อนกำเนิดหลักนิติธรรมปัจจุบันในประเทศอังกฤษนั้น เพลโต (Plato: 429-348 B.C.) นักปรัชญาชาวกรีก เสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งมีความรู้ภูมิปัญญาและทรงคุณธรรมที่สามารถปกครองประเทศด้วยความถูกต้องเป็นธรรม แต่เมื่อถึงสุดท้ายบั้นปลายชีวิต เพลโตก็ยังไม่สามารถค้นพบบุคคลสมบูรณ์แบบที่เป็นราชาปราชญ์นั้นได้ จึงได้เสนอให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครองตามกฎหมาย ต่อมาอริสโตเติล (Aristotle: 384-322 B.C.) ศิษย์เอกของเพลโต จึงได้พัฒนาแนวความคิดของเพลโต โดยเสนอการปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ใดๆ และการปกครองนั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

แนวความคิดหลักนิติธรรมปัจจุบันซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากรากฐานระบอบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ของประเทศอังกฤษนั้น มีแนวความคิดโดยสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมยึดถือแนวความคิดความเป็นสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of law) ซึ่งเป็นกฎข้อบังคับความประพฤติของบุคคลในสังคม อีกทั้งยังยึดถืออำนาจสูงสุดของศาล (Supremacy of the courts) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่ปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยตัดสินคดีของคู่กรณีพิพาท จึงทำให้องค์กรตุลาการมีอำนาจอิสระที่เป็นกลางเหนืออำนาจบริหารของรัฐบาลในการเป็นหลักประกันเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน แม้ประเทศอังกฤษยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ในการออกกฎหมาย แต่ก็มีใช้ว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายที่ออกจะต้องเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมด้วย หลักนิติธรรม จึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐและการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเพื่อมิให้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมยังพัฒนาแนวความคิดให้บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่เท่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่ใช้

อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม โดยปราศจากการแทรกแซงครอบงำจากองค์กรทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) กับการตรวจสอบถ่วงดุลแห่งอำนาจ (Check and balance) เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจตามอำเภอใจ

องค์ประกอบของหลักนิติธรรมอังกฤษตามแนวความคิดของศาสตราจารย์ เอ.วี. ไคซี (A.V. Dicey) นั้นสอดคล้องกับแนวความคิดระบอบประชาธิปไตยอังกฤษที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ในการบัญญัติกฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนซึ่งมีการปกครองโดยกฎหมายธรรมดาตามหลักนิติธรรมอันเป็นลักษณะที่สำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ **องค์ประกอบที่ 1** หลักไม่มีกฎหมายไม่มีการลงโทษ : บุคคลต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของตน เว้นแต่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายธรรมดาซึ่งได้บัญญัติขึ้นโดยกระบวนการอันชอบธรรม และพิพากษาโดยศาลยุติธรรมของแผ่นดิน **องค์ประกอบที่ 2** หลักความเสมอภาคของทุกคนภายใต้กฎหมาย : ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายของแผ่นดิน บุคคลทุกคนต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายธรรมดา โดยเท่าเทียมกันและถูกลงโทษอย่างเดียวกันโดยศาลธรรมดา **องค์ประกอบที่ 3** รัฐธรรมนูญมาจากกฎหมายธรรมดาที่ศาลยุติธรรมใช้ตัดสินคดีในชีวิตประจำวัน ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา หลักนิติธรรมจึงยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งจำกัดมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ โดยละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ อย่างไรก็ตาม ไคซีกลับโจมตีระบอบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไคซีเข้าใจผิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ซึ่งทำให้อังกฤษพัฒนากฎหมายปกครองได้อย่างล่าช้าและไม่ประสอผลมีศาลปกครอง ถึงแม้ได้มีการพิสูจน์แล้วว่าศาลปกครองในหลายประเทศคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่าศาลธรรมดาของอังกฤษก็ตาม

2) หลักนิติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลังสงครามประกาศอิสรภาพอเมริกาจากการเป็นอาณานิคมอังกฤษยุติลง สหรัฐอเมริกาได้รับแนวความคิดหลักนิติธรรมมาจากประเทศอังกฤษที่มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์ฉบับแรกของโลก โดยมีจุดเด่นตรงที่สหรัฐฯ ได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งต่อ**หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law)** โดยเฉพาะบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) และครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ซึ่งได้วางหลัก

กฎหมายไว้ว่า รัฐจะเพิกถอน สิทธิตอน หรือกระทำการใดๆ อันเป็นผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ ซึ่งหมายความว่า รัฐจะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายหลายฉบับนอกเหนือจากรัฐธรรมนูญสหรัฐก็ยังได้ให้ความสำคัญกับหลักศุนีติกระบวนการทั้งสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่แต่เฉพาะในกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น แต่ยังได้ให้ความสำคัญสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกฎหมายปกครองและวิธีปฏิบัติรัฐกิจทางการปกครอง (Administrative procedure law) อีกด้วย

หลักศุนีติกระบวนการ (Due process of law) ของสหรัฐอเมริกาแต่เดิมนั้นเน้นแต่กระบวนการที่ถูกต้องเป็นธรรมตามกฎหมาย (Procedural due process of law) ซึ่งต่อมาได้มีวิวัฒนาการมุ่งเน้นพัฒนาขยายความคุ้มครองสาระแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทางเนื้อหา (Substantive due process of law) มากยิ่งขึ้นด้วยดังปรากฏชัดเจนในบทบัญญัติซึ่งรับรองหลักศุนีติกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 5 (Fifth Amendment) ที่ว่า บุคคลจะถูกละเมิดสิทธิมิได้หากไม่เป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) ก็ยังได้รับรองหลักการที่ว่าบุคคลจะไม่ถูกจับกุมหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้พัฒนาหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา (Due process in criminal justice system) ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ซึ่งมีวิวัฒนาการแนวความคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่โดดเด่นในการพัฒนาหลักความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางกฎหมายที่สมบูรณ์ครบถ้วนมากยิ่งขึ้น โดยมีองค์ประกอบสำคัญ คือ หลักมาตรฐานการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย (Proof beyond reasonable doubt standard) หลักเสรีภาพที่ปลอดจากการตรวจค้นและการยึด (Freedom from search and seizure) หลักห้ามการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ (Prohibition on cruel and unusual punishment) หลักสิทธิที่จะปรึกษาทนายความ (Right to counsel) หลักสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นพยานต่อตนเอง (Privilege against self-incrimination) หลักสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็ว (Right to speed trial) โดยมีศาลที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยหรือพิพากษาอรรถคดีเหล่านี้

แนวความคิดหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่ศาสตราจารย์ ลอน แอล ฟุลเลอร์

(Lon L. Fuller) ได้พัฒนาขึ้นในปี ค.ศ. 1964 มีองค์ประกอบรวมทั้งสิ้น 8 ประการ คือ (1) ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่ (2) กฎหมายต้องประกาศให้ทราบล่วงหน้า โดยทั่วถึงกัน (3) การไม่ใช้บังคับกฎหมายย้อนหลังโดยผิดหลักการ (4) กฎหมายต้องมีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน (5) กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง (6) กฎหมายต้องไม่ใช้บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (7) กฎหมายต้องไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินไปเพื่อให้หยั่งรากลึกลงในสังคมแต่ต้องปรับตัวให้เข้ากับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ (8) การบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ประกาศไว้ทุกประการ มาตรการต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้บังคับกฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งรวมถึงตั้งแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม เช่น สิทธิการให้ทนายความที่ปรึกษาทำการแทน สิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตน สิทธิในการอุทธรณ์ เป็นต้น ตลอดจนการมีหลักเกณฑ์ให้มีการตีความกฎหมายได้โดยถูกต้องเที่ยงธรรม ดังนั้น การใช้กฎหมายจึงต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมายที่ต้องยึดถือหลักศีลธรรมภายใน (Inner morality of law) ซึ่งเพิ่มเติมองค์ประกอบหลักนิติธรรมที่สำคัญของสหรัฐอเมริกา รวมทั้งสิ้น 8 ประการดังกล่าวข้างต้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1964 ศาสตราจารย์ โจเซฟ เรซ (Joseph Rez) ได้เสนอว่า หากหลักนิติธรรมนั้นเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่ได้มีความหมาย แต่ยังต้องมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวความคิดพื้นฐานหลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกา ที่มีองค์ประกอบรวมทั้งสิ้น 8 ประการ คือ (1) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช้บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยชัดเจน (2) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามสมควร (3) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคง และชัดเจน (4) ความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการจะต้องได้รับการคุ้มครอง (5) การมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice) ตามแนวของกฎหมายอังกฤษ หรือ Due process of law ของสหรัฐอเมริกานั้นเอง (6) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Judicial review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมาหรือของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง (7) บุคคลต้องสามารถคัดค้านผู้ศาลได้โดยง่าย โดยไม่จะควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไป และระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป และ (8) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควร มีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย ทั้งนี้ โจเซฟ เรซ ได้เสนอให้พัฒนาหลักการทั้ง 8 องค์ประกอบข้างต้น ให้ถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือ องค์ประกอบที่ 1-3 เป็นหลักนิติธรรมทางสารบัญญัติของกฎหมาย ส่วนองค์ประกอบที่ 4-8 เป็น

คือ (1) การกระทำของรัฐบาลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ (2) การมอบอำนาจจะกระทำได้เท่าที่มีข้อจำกัดตามกฎหมาย (3) กระบวนการพิจารณาต้องมีความเป็นธรรมตามกฎหมาย (4) กฎหมายต้องให้ออกาสผู้อยู่ในบังคับที่จะปฏิบัติได้ (5) กฎหมายต้องไม่ถูกใช้ย้อนหลังโดยไม่เป็นธรรม (6) การใช้อำนาจต้องไม่เกินสัดส่วนความจำเป็น การนำคดีสู่ศาลต้องได้รับการคุ้มครอง (7) การตั้งศาลเฉพาะกรณีจะกระทำไม่ได้ (8) การลงโทษทางอาญาสองครั้งในความผิดอย่างเดียวกันจะกระทำมิได้ และ (9) อำนาจตุลาการต้องมีอิสระโดยปราศจากการขัดขวางและแทรกแซงกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของศาลหรือองค์กรตุลาการก็มีขอบเขตจำกัดตามกฎหมาย เช่น การวินิจฉัยพิจารณาคดีของศาลหรือองค์กรตุลาการต้องเปิดเผยให้ตรวจสอบได้ ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องเคารพหลักการตีความกฎหมาย ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องจำกัดอำนาจตนเองโดยวินิจฉัยเฉพาะปัญหากฎหมายและไม่วินิจฉัยปัญหาการเมืองหรือการกระทำของรัฐบาล (Act of government) ศาลหรือองค์กรตุลาการต้องตัดสินเฉพาะข้อพิพาทที่แท้จริงในคดี มีชีวิตวินิจฉัยประเด็นนอกคดีหรือประเด็นที่สมมุติขึ้นมา

องค์ประกอบของหลักนิติรัฐเยอรมนียังได้รับการพัฒนาเพิ่มเติมโดยไฮน์ริช ซีเดนต์อปฟ์ (Heirich Siedentopf) ในปี ค.ศ. 1993 รวมทั้งสิ้น 7 ประการ คือ (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและคานอำนาจในการปกครองโดยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของประชาชน (2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยการใช้อำนาจต้องมีกฎหมายรองรับและมีการใช้อำนาจตามกรอบขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ทั้งในแง่สารบัญญัติและวิธีพิจารณา (3) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic rights) ของประชาชนจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย (4) สิทธิฟ้องคดีต่อศาลหรือองค์กรตุลาการเพื่อให้ทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่กฎหมายได้ (5) หลักความได้สัดส่วน (proportionality) โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงความจำเป็นให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้มาตรการที่ได้สัดส่วนกันและมาตรการที่ใช้ต้องไม่เกิดภาระเกินควรแก่เอกชนและปัจเจกชนเกินควร (6) ความแน่นอนของกฎหมายเพื่อให้บุคคลมีความเชื่อมั่นในกฎหมายและในสิทธิต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย รวมทั้งหลักการคุ้มครองความเชื่อในผลทางกฎหมายและหลักการไม่ใช้บังคับกฎหมายย้อนหลัง (7) ความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของเอกชนและปัจเจกชนที่ถูกละเมิดหรือต้องเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ

4) หลักนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศส

นอกจากประเทศเยอรมนีที่เป็นต้นแบบของหลักนิติรัฐในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ประเทศฝรั่งเศสเป็นอีกประเทศหนึ่งทีสถาปนาหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ด้วยเหตุผลวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ การเมืองการปกครองซึ่งระบอบกษัตริย์ฝรั่งเศสใช้อำนาจตามอำเภอใจในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน และได้เห็นการขึ้นมาใช้อำนาจปกครองประเทศเยอรมนีของฮิตเลอร์ด้วยกระบวนการเลือกตั้ง แต่กลับใช้วิถีทางประชาธิปไตยละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานและสังหารประชาชนด้วยการตรากฎหมายต่างๆ มาเพื่อให้อำนาจดำเนินการนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย อันนำไปสู่การสร้างหลักนิติรัฐขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution) เมื่อปี ค.ศ. 1789 ตามแนวความคิดของ “การปกครองด้วยกฎหมาย” (Règne de la loi) เพื่อควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐเช่นเดียวกัน การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ ขุนนาง และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำทางปกครองใดๆ จำต้องถูกควบคุมให้อยู่บนพื้นฐานของการรับรองตามตัวบทกฎหมาย การใช้อำนาจทางปกครองหรือการกระทำของพระมหากษัตริย์ ขุนนาง และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสามารถใช้อำนาจ หรือกระทำได้ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ การใช้อำนาจกระทำการดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามกระบวนการ (Procedure) และเงื่อนไขที่กฎหมายที่กำหนดเอาไว้ด้วย

แนวความคิดข้างต้นได้นำไปสู่การสร้างหลักนิติรัฐของฝรั่งเศส 2 หลักการ คือ (1) การปกครองโดยตัวบทกฎหมาย การกระทำใดๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน ทั้งนี้ กฎหมายที่ถูกตราขึ้นเป็นการตราขึ้นโดยเจตจำนงของประชาชน กฎหมายที่ออกมาจึงมีลักษณะที่มีเหตุผล (ratio) ที่ส่งผลให้เป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (2) การสร้างรูปแบบการปกครองที่การกระทำของรัฐไม่สามารถกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่ขึ้นอยู่กับประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตรากฎหมาย แนวความคิดนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองโดยเรียกเสียใหม่ว่า รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat légal) แต่หลักการควบคุมการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองนี้กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์พอสมควร เนื่องจากเป็นการเน้นรูปแบบมากกว่าให้ความสำคัญกับเนื้อหาของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลัก Etat légal นี้คือหลักการที่ถือว่าตัวบทกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นใหญ่ ไม่ว่าจะ มีเนื้อหาเป็นเช่นไรก็ตามถือเป็นฐานอำนาจอันชอบธรรมให้ฝ่ายบริหารในฐานะของผู้ปกครองประเทศในการที่จะปกครองประเทศได้ การมีความเชื่อทำนองนี้จึงส่งผล

ให้เกิดระบบของการปกครองผ่านตัวบทกฎหมาย (Rule by law) โดยมีได้สนใจว่า กฎหมายจะเข้าไปรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่แต่อย่างใด จึงเป็นที่มาของการคิดพัฒนาไปสู่หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในความหมายปัจจุบัน ที่ประเทศฝรั่งเศสยึดถือและปฏิบัติอยู่ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1

หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของฝรั่งเศสในปัจจุบันถือเป็นแนวความคิดเสริมหลักการรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Etat legal) ซึ่งเกิดขึ้นในยุคสาธารณรัฐที่ 3 ที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the parliament) ให้ครอบคลุมมากขึ้นเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองตามอำเภอใจและขจัด การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นเพียงการกล่าวอ้างว่าถูกต้องในแง่รูปแบบเท่านั้น แต่ในแง่เนื้อหาสาระกลับ ถูกมองข้ามไป กฎหมายแทนที่จะเข้ามาช่วยปกป้องคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองกลับมาทำร้ายประชาชนในฐานะของผู้ถูกปกครอง เสียเอง ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงให้ความสำคัญที่เนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายประกอบกับการตรากฎหมายด้วยว่า เนื้อหามีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนหรือไม่ หากปรากฏว่ามีลักษณะล่วงละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว การปกครองโดยกฎหมายก็ไม่ใช่การปกครองที่เป็นไปตาม หลักนิติรัฐโดยแท้จริง ซึ่งเป็นไปตามคำนิยามหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ของ ศาสตราจารย์ การ์เร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) ที่ว่า “หลักนิติรัฐ หมายถึง การปกครองที่รัฐยอมตนเองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ ของตัวบทกฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติอันเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน”

5) หลักนิติธรรมของประเทศไทย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 นิยามหลักนิติธรรมว่าเป็น “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน” ในประเทศไทย หลักนิติธรรม จึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ซึ่งกฎหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่ต้องไม่ฝืนหรือขัดหรือแย้งต่อ หลักนิติธรรมซึ่งยึดถือเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้ บังคับไม่ได้ หลักนิติธรรมคือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงและอยู่เหนือแม้กระทั่ง รัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมจึงถือเป็นเสาหลักที่ใช้ค้ำยันหรือกำกับไม่ให้กฎหมายและ

กระบวนการยุติธรรมใดๆ กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือแม้แต่ศาลสถิตยุติธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจและดุลยพินิจตามอำเภอใจ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้นิยามหลักนิติรัฐที่ชัดเจนว่าเป็น “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง หรือยอมใช้บังคับ” ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียรได้นิยามหลักนิติธรรมว่าคือ “หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”

ประเทศไทยได้สถาปนาความเป็นนิติรัฐในระบอบประชาธิปไตยที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมหลังจากที่คณะราษฎรได้ทำการปฏิวัติ พ.ศ. 2475 เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ของความตกลงร่วมกันในลักษณะของสัญญาประชาคมตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) โดยมีกลไกป้องกันมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจและให้ประชาชนมีส่วนร่วมตรวจสอบมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจเกินขอบเขตที่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้

เจตนารมณ์ของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญไทยนั้นพิจารณาได้จากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งบันทึกเจตนารมณ์ของมาตรา 3 ไว้ว่า เพื่อกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจนั้นจะต้องสอดคล้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ จะต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายให้เหตุผลได้และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้ อย่างไรก็ดี รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและไม่อาจถือเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของหลักนิติธรรมตาม

รัฐธรรมนูญได้ จึงต้องพิจารณาบทมาตราของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับประกอบกับสภาพแวดล้อมโดยทั่วไปในขณะมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยด้วยเพื่อสกัดเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ นอกจากมาตรา 3 วรคสอง และมาตรา 78 (6) ที่บัญญัติหลักนิติธรรมไว้โดยตรงแล้ว ยังต้องพิจารณามาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญมาสกัดหลักนิติธรรมด้วย เช่น บทบัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกและถ่วงดุลอำนาจ หลักความเป็นอิสระของศาล ฯลฯ ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม เมื่อไม่มีมาตราใดหรือคำวินิจฉัยของศาลใดที่อธิบายว่าหลักนิติธรรมมีความหมายอย่างไร ขอบเขตของการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญกว้างหรือแคบเพียงใด ก็อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตีความเพื่อวางบรรทัดฐาน (precedent) ให้ทุกองค์กรภาครัฐถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ในระหว่างที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลก็เป็นหน้าที่ของนักกฎหมายที่จะช่วยเสนอแนะเพื่อวางหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรให้ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

ลักษณะความเป็นนิติรัฐของไทยที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมมี 3 ประการ คือ (1) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐที่การปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามากล้ำกรายสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่นั้นย่อมจะมีความผิดตามกฎหมายได้ (2) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐที่มีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐได้ถูกกำหนดไว้อย่างแน่นอนโดยกฎหมาย และมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐทั้งสามนี้โดยองค์กรรัฐและเจ้าหน้าที่รัฐมีขอบเขตและมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น (3) ประเทศไทยเป็นนิติรัฐซึ่งผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ที่มีหลักประกันความเป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีศาลแพ่งและศาลอาญาที่ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่ประเทศไทยให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งได้กระทำผิดในทางอาญาต่อประชาชนหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งได้ ลักษณะความเป็นนิติรัฐของประเทศไทยจึงเป็นรัฐยุติธรรม ซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในทางอาชญาคดี อีกทั้งยังได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยเฉพาะซึ่งตุลาการศาลปกครองมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการพิจารณาคดีปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายประชาชน

จึงเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างพอเพียง

หลักนิติรัฐในประเทศไทยมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ (1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างใดก็ได้ก็ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าให้องค์กรฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและในขอบเขตอย่างไร กฎหมายนั้นต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ตีความการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ตี ต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารอาจเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่แยกต่างหากจากองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ ซึ่งประเทศไทยได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม

โดยหลักนิติรัฐที่แท้จริงนั้น รัฐต้องมีความเป็นนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ การกระทำใดๆ ของรัฐ นอกจากจะกระทำไปตามตัวบทกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ ยังต้องรวมถึงเนื้อหาที่ต้องเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยด้วย โดยเคารพหลักการที่ถือว่ารัฐหรือประเทศจะต้องปกครองโดยใช้หลักกฎหมายเป็นใหญ่ ตามหลักนิติธรรม รัฐจะดำเนินกิจกรรมหรือทำนิติกรรมทางปกครองใดจะต้องมีกฎหมายรองรับทุกครั้ง ประชาชนทุกคนจะต้องเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงถูกนำไปใช้กล่าวอ้างเพื่อใช้เป็นอำนาจรัฐในการปกครอง หากมีรัฐใดประกาศตนว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยและต้องการสร้างความชอบธรรมในระบอบการปกครอง ตลอดจนต้องการให้นานาอารยประเทศยอมรับนับถือแล้วก็หลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องประกาศตนเป็น “นิติรัฐ” ในที่สุด หลักนิติรัฐนอกจากเป็นหลักที่เกิดขึ้นมาเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ

ของประชาชนแล้ว หลักนิติรัฐยังได้พัฒนาจนกลายเป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการปกครองประเทศอีกด้วย กฎหมายจึงกลายเป็นสิ่งจำเป็นของการปกครองตามหลักนิติธรรมในรัฐสมัยใหม่

หลักนิติธรรมในไทยมีองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองควบคู่หลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาภายใต้หลักนิติรัฐ ดังนี้

5.1) หลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย

(1) **หลักการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ** (Supremacy of the Constitution) รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 6 บัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ห้ามมิให้บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเหนือกฎหมายอื่นใดที่เป็นกฎหมายในลำดับรองลงไป ตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากโดยต้องใช้วิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้กฎหมายอื่นๆ ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงมีผล 3 นัยคือ นัยแรกรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดซึ่งสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลาย นัยที่สองเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ของประเทศ และนัยที่สามกฎหมายอื่นจะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(2) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ** (Separation of powers) ถือเป็นองค์ประกอบของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ยอมรับกันมาในปฎิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ว่า “รัฐใดมิได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐนั้นมีรัฐธรรมนูญ” โดยเชื่อว่าการแบ่งแยกอำนาจไปให้องค์กรรัฐ 3 ฝ่ายคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ใช้อำนาจโดยตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) ซึ่งกันและกัน ย่อมป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดตามอำเภอใจของผู้ปกครองได้ และย่อมส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ซึ่งพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงแบ่งแยกอำนาจโดยใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี (รัฐบาล) และอำนาจตุลาการทางศาล ซึ่งมีการควบคุม ตรวจสอบ

และยับยั้งซึ่งกันและกัน เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มีการตรวจสอบถ่วงดุลกันเพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือต้องไม่มีอำนาจใดที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจนั่นเอง

(3) **หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน** ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความเชื่อมั่นพื้นฐานว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงมีสิทธิในแดนอิสระที่เรียกว่า “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” ที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ไม่มีใครพรากจากตัวมนุษย์ได้ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพ รัฐธรรมนูญจึงรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพนี้โดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพ 5 นัย คือ นัยแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลในการตรากฎหมาย ใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย การใช้อำนาจขององค์กรรัฐทุกองค์กรจึงต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล นัยที่สอง การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น และต้องกระทำเฉพาะที่รัฐธรรมนูญอนุญาตและเท่าที่จำเป็น โดยจะกระทบสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ นัยที่สาม ให้สิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพใช้สิทธิฟ้องศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ นัยที่สี่ ให้สิทธิบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพได้ นัยที่ห้า ให้สิทธิบุคคลร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือร้องขอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ และสิทธิฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้

(4) **หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ** กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการนั้นได้ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องไม่แต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบขอบเขตของกฎหมายเท่านั้น แต่ก็ต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับการกระทำทางปกครองขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจจึงเป็นหนึ่งในหลักนิติรัฐที่สำคัญมาก คือ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตรา

ขึ้นโดยองค์กรรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ ได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการใดๆ ได้นั้นก็เพราะกฎหมายได้ให้อำนาจไว้เพื่อมุ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ หากองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ โดยเฉพาะที่ไปล่วงล้ำกระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนแล้ว จะต้องทำเฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิหรือล่วงล้ำแดนอำนาจของเอกชนได้ การออกมาตรการใดๆ ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะสร้างภาระก้ำล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำเป็นที่จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าวนั้นเสมอ

(5) **หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการ** ศาลเป็นองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย นอกจากศาลยุติธรรมและศาลทหารที่มีมาแต่เดิม รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 สืบสานรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้เพิ่มระบบศาลเป็นครั้งแรกอีก 2 ระบบศาล คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองรวม 4 ระบบศาล ศาลทั้งสี่ระบบใช้อำนาจตุลาการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์เพื่อปฏิบัติหน้าที่รักษากฎหมาย ผู้พิพากษา/ตุลาการต้องวินิจฉัยตัดสินคดีโดยอิสระภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กำหนดบทบาทพิเศษของผู้พิพากษา/ตุลาการไว้ในมาตราต่างๆ ที่คุ้มครองสิทธิประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายของประชาชนโดยตรง หลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นหลักการสำคัญที่สุดของหลักนิติธรรม ซึ่งได้รับหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 197 นั้นแบ่งได้เป็นความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา/ตุลาการและความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา/ตุลาการ หลักประกันนี้ทำให้เกิดความเป็นกลางและการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเท่านั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นเงื่อนไขสำคัญให้เกิดความเที่ยงธรรมในการพิจารณาพิพากษาหรือวินิจฉัยตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและหลักนิติธรรม

5.2) **หลักนิติธรรมตามกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย**

หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามกฎหมาย โดยเฉพาะองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยให้เป็นที่พึ่งของประชาชนได้อย่างแท้จริง องค์กรประกอบของหลักนิติธรรมที่ใช้ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรยุติธรรมนั้นมีดังนี้

(1) **หลักกฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป** เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป การตรากฎหมายจะต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไป เป็นการวางกฎกติกากับสังคมเป็นการทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญา หากบุคคลใดได้กระทำการอันกฎหมายอาญาบัญญัติไว้เป็นความผิด บุคคลนั้นก็จะมี ความผิดและได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคลในนิติสัมพันธ์ตามสัญญาต่างๆ เป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน กฎหมายต้องไม่มุ่งใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ แม้กฎหมายจะตราออกมาเพื่อใช้บังคับกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งก็ยังมีใช้ได้ หากใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับคนกลุ่มนั้น หรือวิชาชีพนั้น เช่น กฎหมายพรบการเมืองยอมใช้บังคับเฉพาะพรรคการเมือง กฎหมายควบคุมธุรกิจหลักทรัพย์ยอมใช้เฉพาะบุคคลในวงการตลาดหุ้น แต่เป็นการบังคับใช้เป็นการทั่วไปในกลุ่มบุคคลเหล่านั้น เช่นนี้ไม่ขัดกับหลักกฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป หลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจออกกฎหมายมุ่งกลั่นแกล้ง ทำลายล้าง หรือลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ กรณีเช่นนี้ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายมิได้ให้ความเป็นธรรมกับสังคม แต่กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการทำลายล้างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นปฏิปักษ์กับตน ดังนั้น หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าวย่อมขัดกับหลักนิติธรรมจึงไม่มีผลบังคับใช้ได้

(2) **หลักกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง** ตามหลักกฎหมายอาญา กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้ หากขณะกระทำการใด ๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา กฎหมายที่ออกมาภายหลังจะบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและมีโทษอาญาย้อนหลังไม่ได้ ในกรณีที่มิใช่กฎหมายกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษอาญาอยู่แล้ว กฎหมายที่ตราออกมาภายหลังจะบัญญัติให้มีโทษย้อนหลังหนักขึ้นมิได้ ซึ่งตรงกับสุภาษิตกฎหมายโรมันว่า “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ” (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege) โดยไม่มีกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังให้เป็นคุณ จากที่เคยเป็นความผิดให้ไม่เป็นความผิด

ก็ดี จากที่เคยมีโทษหนักเป็นโทษเบาลงก็ดี ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ด้วยเหตุนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ตราขึ้นในโอกาสต่างๆ จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ประเทศไทยเคยมีกฎหมายนิรโทษกรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ฉบับ ดังเช่น พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในครั้งการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินสงครามของญี่ปุ่น พ.ศ. 2489 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นิสิต นักศึกษา และประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับการเดินขบวนเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2489 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499 ซึ่งความถูกต้องเหมาะสมในการออกกฎหมายนิรโทษกรรมนี้เป็นประเด็นเหตุผลทางการเมืองในเหตุการณ์นั้นๆ เป็นคนละประเด็นกับความถูกต้องชอบธรรมตามหลักนิติธรรม

(3) **หลักสันนิษฐานผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์** ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์ยังไม่มีใครมีความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด ก็เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกพิจารณาอย่างขาวสะอาด หลักนิติธรรมจึงมีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาที่ต้องได้รับโอกาสต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ตามขั้นตอนและกระบวนการของกฎหมาย การปิดโอกาส ปิดกั้นมิให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานเข้าสืบพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนจะกระทำไม่ได้ หลักพื้นฐานนี้ป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจรัฐรวบรัดใช้อำนาจเบ็ดเสร็จในการจับกุม คุมขัง ลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยไม่ผ่านกระบวนการต่อสู้คดีในศาลของผู้ต้องหาหรือจำเลย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มาตรา 17 ซึ่งให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ได้โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการยุติธรรม มิให้โอกาสผู้ต้องหาหรือจำเลยในการนำพยานมาสืบพิสูจน์ต่อสู้คดีเลย บทบัญญัติมาตรานี้จึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับ แม้บทบัญญัตินี้จะถูกบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญก็ตาม เพราะหลักนิติธรรมมีค่าเหนือกว่ารัฐธรรมนูญอันเป็นบทกฎหมายสูงสุด

(4) **หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษา/ตุลาการ** ในการพิจารณาพิพากษาคดีถือเป็นหลักสำคัญของหลักนิติธรรมเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ เพราะผู้พิพากษา/ตุลาการเป็นกลไกอำนาจยุติธรรมขั้นสุดท้ายที่เป็นหลักประกันว่าความยุติธรรมจะเกิดขึ้นจริง ในการพิจารณาวินิจฉัยตัดสินคดีนั้นต้องมั่นใจว่าผู้พิพากษา/ตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลางอย่างแท้จริง โดยไม่ถูก

อนาคตซึ่งอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะเท่ากับผู้กระทำการนั้นอยู่เหนือกฎหมาย

6.1.2 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในต่างประเทศ

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมจะมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ต้องอาศัยมาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐโดยองค์กรตุลาการและ/หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงจากการเมืองอย่างแท้จริง ซึ่งสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการตรวจสอบดังกล่าวของต่างประเทศได้ ดังนี้

1) ในประเทศอังกฤษ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางองค์กรภาครัฐที่แบ่งแยกอำนาจเป็นสามฝ่าย คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐสภา องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐบาล และองค์กรฝ่ายตุลาการของศาล องค์กรทั้งสามต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten constitution) ซึ่งมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา (Parliamentary system) แบบอังกฤษที่ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) ดังนั้น มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐของอังกฤษจึงอยู่ที่รัฐสภาซึ่งมีอำนาจมากกว่าศาล กล่าวคือ สภาสามัญชน (House of Common) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจึงมีอำนาจในการตรวจสอบทางนิติบัญญัติและการตรวจสอบฝ่ายบริหารต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม ส่วนสภาขุนนาง (House of Lords) ซึ่งเป็นสภาแต่งตั้งทำหน้าที่เป็นศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศ แต่ก็ไม่มีความอำนาจเสมือนหนึ่งเป็นศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับศาลสูงสุด (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษ อำนาจตรวจสอบและถ่วงดุลของฝ่ายตุลาการจึงไม่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะศาลไม่มีอำนาจพิจารณาทบทวนตรวจสอบ (Judicial review) ว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ก็สามารถตรวจสอบได้ว่าฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจเกินกว่าที่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นให้อำนาจไว้หรือไม่ ระบบรัฐสภาแบบอังกฤษจึงเป็นการควมรวมอำนาจ (Fusion of powers) ของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารซึ่งมีความซ้อนทับกันมากในด้านตัวบุคคล ผู้ใช้อำนาจ โดยรัฐมนตรีมาจากสภาสามัญชนที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน และ

รัฐมนตรียังคงเป็นสมาชิกสภานี้ แม้ว่าจะได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้รัฐบาลจะมีเสียงข้างมากในสภาสามัญชนเพียงใดก็ตามก็ยังมีสภาขุนนางเป็นองค์กรคอยตรวจสอบและถ่วงดุลอยู่บ้างตามสมควร

2) ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) แบบอังกฤษ แต่กลับมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกในการปกครองระบอบประชาธิปไตยระบบประธานาธิบดี (Presidential system) ที่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) เช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) ในภาคพื้นทวีปยุโรป ดังนั้น ศาลสูงสุดสหรัฐ (Supreme Court) ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญเช่นในประเทศเยอรมนี จึงมีอำนาจมากในการตรวจสอบทบทวน (Judicial review) ร่างกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและตรวจสอบถ่วงดุล (Check and balance) การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเพื่อมิให้ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักนิติธรรมในสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับหลักคุณนิติกระบวนการ (Due process of law) เป็นพิเศษทั้งในเชิงสารบัญญัติ (Substantive due process of law) และในเชิงวิธีพิจารณา (Procedure due process of law) เพื่อตรวจสอบให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง

3) ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี องค์กรภาครัฐของเยอรมนีทุกองค์กรต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา โดยมอบให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผูกพันต้องออกกฎหมายที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รวมทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการบัญญัติกฎหมายที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของระบอบประชาธิปไตยและหลักการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ในปี ค.ศ. 1993 รัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ให้สิทธิการร้องทุกข์โดยปัจเจกบุคคล (Individual complaints) ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม การที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจะยื่นร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ก็จะต้องผ่านการดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายให้หมดสิ้นเสียก่อนจึงสามารถยื่น

คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตามมาตรา 94 วรรค (2) ของกฎหมายพื้นฐานในรัฐธรรมนูญสหพันธ์ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ยกเว้นในสองเรื่องนี่คือ (1) กรณีสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิบุคคลถูกละเมิดอย่างร้ายแรง และ (2) กรณีที่เป็นประเด็นสิทธิทางการเมือง ทั้งสองกรณีนี้บุคคลสามารถยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยไม่ต้องผ่านการเยียวยาทางศาลอื่นก่อน เพราะถ้าผ่านศาลอื่นก่อนก็อาจต้องใช้กระบวนการพิจารณานานจนเกิดความเสียหายร้ายแรงต่อบุคคลนั้นได้ เนื่องจากบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องเป็นกรณีที่ได้เกิดมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขึ้นจริงแล้ว ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่รู้สึกว่ามีหรือมีความเห็นว่ากฎหมายอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของตนเองโดยที่ยังไม่มีการถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นจริง ย่อมไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 94 วรรค (2) นี้ ซึ่งกระบวนการเยียวยาโดยศาลอื่นก่อนนั้นจะต้องครอบคลุมทุกประเด็นของข้อเท็จจริงในคดีทั้งหมด ดังนั้น เมื่อคดีผ่านมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็รับสำนวนที่ผ่านการสรุป (Full brief) โดยไม่พิจารณาถกเถียงกันในประเด็นข้อเท็จจริงอีก แต่จะพิจารณาเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายเท่านั้น

4) ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) มีอำนาจตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในฝ่ายนิติบัญญัติ และของรัฐบาลในฝ่ายบริหารเพื่อมิให้รัฐสภาและรัฐบาลออกกฎหมายหรือบทบัญญัติอื่นใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ข้อบังคับของรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) กฎหมายธรรมดาทั่วไป (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศได้ถูกควบคุมตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ไม่มีองค์กรใดๆ มาควบคุมตรวจสอบเนื่องจากยังยึดถือหลักความมีอำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐสภา (sovereignty of the parliament) อีกทั้งการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ยังได้รวมไปถึงการควบคุมในขณะร่างกฎหมายนั้นด้วย ซึ่งการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) นี้มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ ค.ศ. 1958 (ฉบับปัจจุบัน) ซึ่งคำปรารภ (Préambule) ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในคำปรารภรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี ค.ศ. 1946 และคำประกาศปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens) ซึ่งมีผลบังคับใช้

ในปัจจุบันและอยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ามิได้และกฎหมายจะต้องไม่จัดทำโดยผิดแบบวิธี เช่น แบบวิธีในการร่างและการตรวจสอบหรือผู้มีอำนาจในการร่างกฎหมายนั้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น กลไกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันให้รัฐสภาและรัฐบาลของฝรั่งเศสมีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติรัฐนั้นมี 3 แนวทางคือ การตรวจสอบขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล การตรวจสอบการใช้อำนาจจัดทำร่างกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ และการควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังปฏิบัติหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงตามรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี ค.ศ. 1958 ตั้งแต่ขั้นตอนการเตรียมการเลือกตั้ง การหาเสียงเลือกตั้งและการประกาศผลเลือกตั้ง แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของประธานาธิบดีตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของหลักนิติรัฐ ยกเว้นในกรณีที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารตามปกติได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งประธานวุฒิสภาให้ปฏิบัติหน้าที่แทนประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราวได้ หรือเกิดกรณีการถอดถอนประธานาธิบดีออกจากตำแหน่ง (empechement) ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่เข้าไปค้นหาความจริงและมีอำนาจสั่งการให้ประธานาธิบดีพ้นออกจากตำแหน่งได้ ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยและไม่สามารถจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ขึ้นได้ตามกำหนด อันเนื่องมาจากการครบวาระของประธานาธิบดีหรือเกิดเหตุการณ์ที่ประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามปกติหรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเลื่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ได้

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำในกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่สั่งการได้อย่างอิสระทุกอย่างในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอกประเทศ อันทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลตามปกติไม่อาจกระทำได้อย่างต่อเนื่อง ในการใช้อำนาจพิเศษนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษารัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้ละเมิดหลักนิติรัฐ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วยรวมทั้งจะคอยควบคุม

และให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ คำแนะนำที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีนั้นจะไม่มี การเผยแพร่สู่สาธารณชนซึ่งจะรู้กันเฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น

6.1.3 มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย

การปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ พระองค์ได้ทรงยึดถือปฏิบัติหน้าที่ตามหลักทศพิธราชธรรมและคำประกาศพระราชปณิธานในวันเฉลิมถวัลย์ราชสมบัติว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรม เพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม” โดยถือเป็นหลักนิติธรรมสูงสุดที่พระองค์ได้ทรงยึดถือปฏิบัติหน้าที่ประมุขแห่งรัฐและทรงครองธรรมเป็นธรรมราชาในการปกครองมหาชนชาวสยามมาตลอดรัชสมัยแห่งการครองราชย์ยาวนานที่สุดในโลกเป็นเวลากว่า 70 ปี ส่วนการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐก็ต้องมีกรอบของหลักนิติธรรม ซึ่งรัฐธรรมนูญไทย 17 ฉบับก่อนนี้ไม่เคยเขียนกรอบนี้ไว้ แต่ปัจจุบันนี้การปกครองตามหลักนิติธรรมที่เป็นแนวความคิดนามธรรมได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นรูปธรรมในไทยมากขึ้น

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้รับรองกรอบของหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรก โดยวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ก็ยังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 78 ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (1) (6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” การบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรภาครัฐจึงบริหารตามอำเภอใจไม่ได้ แม้ว่าก่อนหน้าถือว่านโยบายต่างๆ ของรัฐบาล ถ้าไม่ผิดกฎหมายก็ถือว่าทำได้ เพราะถือว่านโยบายอยู่เหนือเหตุผลจะทำอะไรก็ได้ แต่วันนี้แค่ไม่ทำผิดกฎหมายอย่างเดียวคงไม่เพียงพอ เพราะปัจจุบันได้มีการวางกรอบแนวปฏิบัติไว้ ถ้าทำผิดกรอบผิดกฎหมายก็ทำไม่ได้แล้ว ไม่เช่นนั้นคงไม่มีคำว่า “ถูกกฎหมาย แต่ไม่ชอบธรรม” อีกทั้งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐยังต้องไม่ไป

ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ หมวด 3 มาตรา 26-69 มาตราการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ แยกวิเคราะห์ตามประเภทขององค์กรภาครัฐได้ดังนี้

1) มาตราการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรม

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการตรากฎหมายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในกระบวนการตราและเนื้อหาของกฎหมาย รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ รัฐสภาจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและจะกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพนั้นไม่ได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) อีกทั้งต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป มิได้มุ่งใช้บังคับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง และต้องระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย (มาตรา 29 วรรคสอง) ซึ่งมีมาตราการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาดังนี้

1.1) มาตราการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การใช้อำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมต้องยึดหลักธรรมาธิปไตย หลักรัฐธรรมนูญ และหลักการมีกฎหมายที่ดี จึงต้องมีกรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าเป็นร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยกฎหมายนั้น อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบสถานะและคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาซึ่งใช้อำนาจตรากฎหมายให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเช่นเดียวกับศาลอื่น ไม่มีอำนาจริเริ่มด้วยตนเอง จะต้องมีการร้องมาสู่ศาลจึงจะมีอำนาจหยิบยกเรื่องขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยได้ดังนี้

(ก) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141, 154 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งร่างกฎหมายและกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว เมื่อร่างกฎหมายได้ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจใช้สิทธิเข้าชื่อยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า ร่างกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งรัฐธรรมนูญเพื่อส่งคำร้องนั้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย การมีศาลรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยมิให้ถูกรวบงำโดยเสียง

ข้างมาก เสียงข้างน้อยจึงมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายใดๆ ที่เห็นว่ามิมีปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรวจสอบนี้ไม่อาจแก้ไขในชั้นของรัฐสภาได้ จึงต้องใช้อำนาจที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบ หรือในกรณี ที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาแล้วมีปัญหาการตรากฎหมายที่ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือมีบทบัญญัติขัดแย้งรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีอาจ รอการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วส่งร่างกฎหมายนั้น ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภาตาม หลักนิติธรรมได้

(ข) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 211 ของ รัฐธรรมนูญ ในบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วอาจมีบางฉบับที่มีบทบัญญัติละเมิด สิทธิเสรีภาพของประชาชน บุคคลที่ได้รับผลกระทบอาจใช้สิทธิทางศาลโต้แย้งว่า บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้แล้ว ส่งคำร้องเป็นทางการให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ที่เปิดโอกาสให้บุคคลใช้สิทธิทางอ้อมขอให้ศาลส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อบุคคลใดมีปัญหาสิทธิเสรีภาพของตนถูกระทบโดยบทบัญญัติของกฎหมายก็ต้อง ใช้สิทธิฟ้องคดีในศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองหรือศาลทหารก่อนแล้วจึงโต้แย้งต่อ ศาลนั้นว่าบทบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น กรณี การโต้แย้งผ่านศาลปกครองว่าระเบียบตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 กระทบ ต่อสิทธิเสรีภาพในการจำหน่ายเบียร์ขวดหมัก ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นระเบียบ ที่ชอบด้วยกฎหมายจึงมีการใช้สิทธิอุทธรณ์โดยโต้แย้งผ่านศาลปกครองสูงสุดไป ศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชบัญญัติสุราฯ มาตรา 24 มาตรา 26 ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าในส่วนของการจำหน่ายเบียร์ขวดหมักในมาตรา 24 มาตรา 26 นิยามคำว่า “เชื้อสุรา” ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 50 เพราะกระทบต่อสิทธิในการค้า หรือการประกอบอาชีพของประชาชน การจำหน่ายเบียร์ขวดหมักจึงทำได้โดยเสรี

(ค) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 141, 149 ของ รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอมิให้มีหลักการ อย่างเดียวกันหรือคล้ายกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้ยับยั้งไว้ โดยปกติการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติทั่วไป สภาผู้แทนราษฎรจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ได้ต้องล่วงพ้น 180 วันไปแล้ว ถ้าเป็น ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรอาจยกขึ้นมาพิจารณาใหม่โดย ไม่ต้องรอให้ครบกำหนด 180 วัน ถ้ามีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้ามาใหม่ที่มี

หลักการคล้ายกันกับร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งไว้ก็อาจถูกโต้แย้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 177 ว่า ร่างใหม่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 215 ระบุว่า หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเรื่องใดที่ได้มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจไม่รับเรื่องหรือประเด็นนั้นไว้พิจารณาก็ได้

(ง) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบข้อบังคับการประชุมรัฐสภาว่า ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาหรือร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ถ้ามีปัญหาโต้แย้งว่าเป็นร่างข้อบังคับที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็อาจมีการเข้าชื่อส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยที่ถือเป็นการคุ้มครองเสียงข้างน้อยตามหลักประชาธิปไตย การใช้ช่องทางนี้สาธารณชนจะคอยจับตาดูว่า ร่างข้อบังคับมีความสมเหตุสมผลเป็นกฎหมายที่ดีแค่ไหนตามหลักนิติธรรม ในท้ายสุดก็จะนำไปสู่การตัดสินใจออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาในการเลือกตั้งครั้งต่อไปตามกฎหมายประชาธิปไตยเพื่อธำรงรักษาหลักนิติธรรมไว้

(จ) คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบตามมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในมาตรานี้ที่จะรับคำร้องและเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายใดพร้อมกับความคิดเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่สอง หากกฎหมาย คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมความคิดเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

1.2) การตรวจสอบการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา นอกจากนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีซึ่งดำรงตำแหน่งทางการเมืองในฝ่ายบริหารกับประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการซึ่งดำรงตำแหน่งในฝ่ายตุลาการและกระบวนกรยุติธรรมแล้ว วุฒิสภายังมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

และสมาชิกวุฒิสภาออกจากตำแหน่งในกรณีที่มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริต ในการปฏิบัติหน้าที่ หรือส่อว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 20,000 ชื่อมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาตามมาตรา 271 เพื่อให้วุฒิสภา มีมติถอดถอนบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวออกจากตำแหน่งได้ตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ

1.3) การตรวจสอบบรรณาภิบาลของรัฐสภาในการตรากฎหมาย ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบริหารบ้านเมืองที่ดี การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับมีความเข้มงวดมากขึ้น จึงต้องตอบคำถามต่อสังคมให้ได้ว่าการตรากฎหมายในเรื่องนั้น มีความจำเป็นและความสำคัญที่มีประโยชน์ต่อมหาชนส่วนรวมอย่างไร ในทางรัฐศาสตร์ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการดำเนินนโยบายที่รัฐบาลได้ให้สัญญาไว้ต่อประชาชนเพื่อเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ในหมวด 5 มาตรา 75-87 แม้รัฐธรรมนูญให้อำนาจ คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายได้ ขณะเดียวกันสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มีอำนาจที่จะเสนอร่างกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ถ้าเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินก็ต้องให้นายกรัฐมนตรีให้การรับรองเสียก่อน ร่างกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารใช้ในการดำเนินนโยบาย การบริหารตามหลักธรรมาภิบาลในปัจจุบันก็ควรจะออกกฎหมายเท่าที่จำเป็น เพราะยังมีกฎหมายออกมามากเท่าใดก็ยังมีผลไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเท่านั้น การเสนอร่างกฎหมายในวาระแรกรับหลักการ ผู้เสนอร่างจะต้องตอบคำถามหลักการและเหตุผลตามรายการตรวจสอบความสำคัญและความจำเป็นในการตรากฎหมายนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักนิติธรรมเพื่อใช้อำนาจตรากฎหมายจึงต้องปฏิบัติตามหลักธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Governance) ด้วย

ส่วนเครื่องมือถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยอำนาจบริหารของรัฐบาล นายกรัฐมนตรีมีอำนาจถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์เพื่อตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นเครื่องมือในการบริหารนโยบายของรัฐบาล หากเป็นร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีระบุไว้เป็นนโยบายที่แถลงต่อรัฐสภาว่ามีความสำคัญต่อการบริหารราชการ

แผ่นดิน (มาตรา 75) ที่สอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ (มาตรา 76 วรรคหนึ่ง) คณะรัฐมนตรีต้องจัดให้มีแผนการตรากฎหมายที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามนโยบายและแผนบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 76 วรรคสอง) ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่สภาผู้แทนราษฎรมิมติไม่เห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ถึงกึ่งหนึ่งอาจขอให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อมีมติอีกครั้งหนึ่งได้ อีกทั้งรัฐมนตรียังมีสิทธิเข้าประชุมแถลงข้อเท็จจริงและแสดงข้อคิดเห็นในที่ประชุมรัฐสภาแต่ไม่มีสิทธิออกเสียง ขณะเดียวกันก็มีสิทธิขอให้มีการอภิปรายทั่วไปในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาหากมีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินได้

2) การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามหลักนิติธรรม

2.1) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ

(ก) การตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 185 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีตราขึ้นเป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดหรือไม่ กล่าวคือ ได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

(ข) การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังไม่ได้นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 154

(ค) การตรวจสอบปัญหาความขัดแย้งของการใช้อำนาจระหว่างองค์กรของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะรัฐมนตรี

ก็องค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นหรือประธานรัฐสภาอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 214 องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 214 เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง โดยเฉพาะหากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่มีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่กับคณะรัฐมนตรี ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในปัญหาความขัดแย้งตามหลักนิติธรรมนั้นหรือไม่

(ง) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี ได้แก่ การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ ข้อบังคับ ระเบียบ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีความหรือมีข้อพิพาทกันในศาลก่อน ผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 245

2.2) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลปกครอง เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีจะถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 11 (2) การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้นหรือไม่นั้น ปัจจุบันได้มีคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2557 ยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่ให้เลิกจ้างคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ ส่วนการใช้อำนาจตามกฎหมายของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองชั้นต้น หากการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีคือ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการออกพระราชกฤษฎีกา หรือกฎนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42

2.3) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลฎีกา
แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ในกรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ถูกกล่าวหาว่า ร่ำรวยผิดปกติ กระทบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกระทบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทำความเข้าใจสั่งให้อัยการสูงสุดยื่นฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฯ เพื่อลงโทษทางอาญาและพิพากษาให้ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 270 มาตรา 271 และ มาตรา 262 ได้

ส่วนในกรณีการตรวจสอบบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 ในกรณีนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีหน้าที่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทุกครั้งที่เข้ารับตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่ง หากผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินหรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบ ด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจเสนอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพื่อให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 และการร้องขอให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาฯ พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 263 ไม่ใช่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยตรง แต่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลในฐานะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งการตรวจสอบนี้จะส่งผลต่อรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่งได้

2.4) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยวุฒิสภา
 การใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยวุฒิสภาในกรณีนี้ คือ การถอดถอนนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีให้พ้นจากตำแหน่ง โดยมีกระบวนการเริ่มจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่

มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ริเริ่ม หรือในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้ริเริ่มโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนบุคคลนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง โดยกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และมีคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 มาตรา 271 และมาตรา 274

2.5) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภา ซึ่งตามกฎหมายมหาชนถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตามหลักนิติธรรมซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 6 มาตรการ ดังนี้

(ก) การตั้งกระทู้ถาม รัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้บัญญัติหลักการตั้งกระทู้ถามไว้ 2 ประเภทคือ กระทู้ถามตามมาตรา 156 กับกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 การตั้งกระทู้ถามตามมาตรา 156 เป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจยื่นกระทู้ถามรัฐบาลในเรื่องงานในหน้าที่ได้แต่รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผยเพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน และเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถชี้แจงส่วนการตั้งกระทู้ถามสดตามมาตรา 157 เป็นหลักการใหม่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เป็นครั้งแรกโดยกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรก่อนเริ่มประชุมในวันนั้นว่าจะถามนายกรัฐมนตรี/รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องนั้นโดยไม่ต้องระบุคำถามและให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรบรรจุเรื่องนี้ไว้ในวาระการประชุมวันนั้น การถามและการตอบกระทู้ตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้สัปดาห์ละหนึ่งครั้ง และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นตั้งกระทู้ถามด้วยวาจาเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินได้เรื่องละไม่เกินสามครั้ง ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร

(ข) การเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหลักการใหม่ของการขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร โดยมีสมมติฐานว่า ถ้าหากการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินโดยเฉพาะนายกรัฐมนตรีเป็นไปอย่างเป็นระบบ มีรูปแบบและวิธีการยื่นญัตติและข้อกล่าวหาอย่างชัดเจน รวมทั้งมีระเบียบและขั้นตอนการ

ลงโทษที่เป็นรูปธรรมก็จะเสริมสร้างให้ฝ่ายบริหารมีเสถียรภาพในการปฏิบัติหน้าที่มากขึ้น และยังเพิ่มความเป็นผู้นำให้เกิดขึ้นกับผู้นำฝ่ายบริหารอีกด้วย กระบวนการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจมีการเชื่อมโยงสัมพันธ์กับกระบวนการถอดถอนและการดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 – 274 ไว้อย่างเป็นระบบ ถ้าฝ่ายค้านยื่นญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร หากข้อกล่าวหาเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 คือ มีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ฝ่ายค้านต้องยื่นข้อกล่าวหาขึ้นไปยังคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อดำเนินการไต่สวนอีกทางหนึ่งด้วย และหากคณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาข้อกล่าวหาแล้วมีมติว่า ข้อกล่าวหาไม่มีมูลความจริง ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องพ้นจากตำแหน่งทันที จะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้จนกว่าวุฒิสภาจะพิจารณามีมติในการถอดถอนออกจากตำแหน่ง อีกทั้งยังต้องดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกด้วย

(ค) การเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาโดยไม่มีการลงมติ
รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 161 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ แม้ว่าจะไม่มีการลงมติแต่คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่แถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญของการบริหารราชการแผ่นดิน ถือเป็น การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรีอีกทางหนึ่งโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ

(ง) การตั้งคณะกรรมการวิสามัญรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 135
ระบุให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญและมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญเพื่อพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาแล้วรายงานต่อรัฐสภา มติตั้งคณะกรรมการวิสามัญนี้ต้องระบุกิจการหรือเรื่องให้ชัดเจนและไม่ซ้ำซ้อนกัน การตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดๆ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา เป็นไปตามเจตนารมณ์

ของรัฐสภาที่ต้องการจะให้พิจารณาศึกษาในรายละเอียดเพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ ก่อนที่จะนำผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา โดยมติความเห็นชอบของรัฐสภาผ่านไปยังคณะรัฐมนตรีต่อไป และถือว่าการศึกษาหรือ สอบสวนประเด็นปัญหาหรือยุติใดๆ ของคณะกรรมการตามที่รัฐสภามอบหมาย นั้นเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินรูปแบบหนึ่ง ผลการพิจารณาเป็นเพียง ข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านรัฐสภาไปยังฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพ ของฝ่ายบริหารหรือมีเงื่อนไขกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด หากวิเคราะห์ เจตนาารมณ์ของการปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารของระบบคณะกรรมการแล้ว ต้องการให้การทำงานของฝ่ายบริหารที่ผ่านไปแต่ละวันมีความเชื่อมโยงและ รับผิดชอบต่อรัฐสภาเพื่อให้การบริหารงานของฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างระมัดระวัง และรอบคอบยิ่งขึ้น

(จ) การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดิน ผ่านกระบวนการ พิจารณาของรัฐสภาที่ใช้มานานจนถึงปัจจุบัน คือ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ งบประมาณรายจ่ายประจำปี ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม ร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย ซึ่งงบประมาณรายจ่ายประจำปีของ ฝ่ายบริหารก่อนนำมาใช้บังคับต้องได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภา ก่อน การควบคุม ในฐานะเป็นผู้พิจารณาอนุมัติของรัฐสภา หากพิจารณาถึงผลของการควบคุมคงได้ผล ระดับหนึ่งเพราะเป็นการควบคุมทางอ้อมที่รัฐสภามีได้ลงไปควบคุมในระดับปฏิบัติ อีกทั้งการควบคุมการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาให้ความ เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ กรณี สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่รับหลักการแห่งพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้รัฐบาลต้องลาออก แต่ตามจารีตประเพณีของการปกครอง ระบอบรัฐสภา รัฐบาลก็มักจะลาออกเพราะถือว่าร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายเป็นกฎหมายสำคัญ การที่สภาไม่รับหลักการแห่งร่างกฎหมาย จึงเป็นการ ไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยปริยาย แต่รัฐบาลอาจเลือกวิธีการยุบสภาแทนการลาออกก็ได้

(ฉ) การให้ความเห็นชอบสนธิสัญญา รัฐธรรมนูญไทยในอดีตมี บทบัญญัติว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญา มา โดยตลอด เพียงแต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงใช้อำนาจด้วยพระองค์เองแต่ทรงใช้ อำนาจผ่านทางคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยทาง รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 บทบัญญัติ ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาอยู่ในหมวด 9 คณะรัฐมนตรี ซึ่งอำนาจทำสนธิสัญญาเป็นของ

ฝ่ายบริหาร มีใช้ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 190 วรรคสอง มีสนธิสัญญา 3 ประเภทที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบคือ (1) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย (2) สนธิสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐและ (3) สนธิสัญญาที่ต้องออกกฎหมายอนุวัติการบังคับให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจสังคมอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณ

ตามที่ได้แบ่งมาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของคณะรัฐมนตรีไว้ 5 มาตรการข้างต้นเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาล ยกเว้นกรณีเดียวตามมาตรการที่ 5 คือ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของคณะรัฐมนตรีที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา ซึ่งถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” หรือการกระทำทางการเมืองที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาเท่านั้น ส่วนมาตรการที่ 4 กรณีการตรวจสอบโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนทั้งหมดเข้าชื่อเพื่อให้วุฒิสภาถอดถอนให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไม่ถือว่าเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยแท้ เพราะขณะเดียวกัน ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 20,000 คน ก็มีสิทธิเข้าชื่อขอให้ถอดถอนได้เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และข้อกล่าวหาที่ได้เข้าชื่อนั้น หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตรวจสอบแล้วมีมูลคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็จะส่งข้อกล่าวหาขึ้นให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอีกทางหนึ่งนอกเหนือจากที่ต้องส่งให้วุฒิสภาพิจารณาลงมติการถอดถอนให้ออกจากตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 274 วรรคสอง จึงเป็นการตรวจสอบทางกฎหมายโดยมีองค์กรศาลเป็นผู้ตรวจสอบ จึงไม่ใช่เป็น “การกระทำของรัฐบาล” ที่คณะรัฐมนตรีต้องถูกตรวจสอบและรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภาเพียงอย่างเดียว

ในทางทฤษฎี การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลพิจารณาได้จากองค์ประกอบสามประการ คือ องค์กรผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจกระทำการ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป โดยต้องพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำเป็นลำดับแรก หากเป็นการกระทำโดยองค์กรรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี) ต้องพิจารณาลำดับถัดมาว่า เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ถ้าเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะเมื่อ

รัฐบาลตัดสินใจกระทำแล้วต้องพร้อมรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา

กฎหมายไทยและรัฐธรรมนูญได้จำแนกลักษณะการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 9 ประเภท คือ (1) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การเลือกและการแต่งตั้งองคมนตรี และการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (2) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี (3) การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก การประกาศสงคราม (4) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ (5) การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ การพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ (6) การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ (7) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุมรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา (8) การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการใดๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน (9) การกระทำในทางนโยบาย ได้แก่ การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของนายกรัฐมนตรี การกระทำในทางนโยบายของรัฐมนตรี

2.6) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรศาลนั้นสามารถทำได้โดยการจัดทำข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำต่อหน่วยงานของฝ่ายบริหาร หากหน่วยงานสังกัดฝ่ายบริหารไม่ปฏิบัติ

ตามข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำแล้ว องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็มีอำนาจในการรายงานให้คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารพิจารณา หรือมีบทบาทในการสนับสนุนช่วยเหลือรัฐสภาในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังนี้

(1) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหาร คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ให้คำแนะนำแก่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินในการทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีและรายงานผลการปฏิบัติงานระหว่างปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาจัดส่งรายงานนี้ไปยังคณะกรรมการธิการของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภาที่มีหน้าที่ติดตามผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณเพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (7) มาตรา 48 มาตรา 49 และมาตรา 50)

(2) การตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหารในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่นไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินเรื่องใดในเวลาอันควร ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจส่งเรื่องนี้ไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นเพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีก็ได้ และเมื่อระยะเวลาได้ล่วงเลยไปพอสมควร ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่นยังไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันควร และเรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญหรือเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ หรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจทำรายงานเรื่องนี้เสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรโดยด่วนก็ได้ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 31)

(3) การตรวจสอบโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อสนับสนุนรัฐสภาตรวจสอบฝ่ายบริหารตามมาตรการต่างๆ คือ มาตรการที่ 1 ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเว้นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือ

ละเว้นการกระทำเพื่อดำเนินการต่อไป ในกรณีที่ยังไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้ รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป (รัฐธรรมนูญ มาตรา 275(1)) มาตรการที่ 2 จัดทำรายงานประจำปีเพื่อประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศเสนอต่อ รัฐสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา 275(8)) มาตรการที่ 3 รายงานต่อนายกรัฐมนตรีใน กรณีที่บุคคลหรือหน่วยงานมิได้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิ มนุษยชนหรือดำเนินการแล้วแต่ยังไม่แล้วเสร็จโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เพื่อให้ นายกรัฐมนตรีสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิ มนุษยชนภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับรายงาน ในการนี้ให้คณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนฯ กำหนดรายละเอียดในการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อการสั่งการของ นายกรัฐมนตรีด้วย ถ้าไม่มีการดำเนินการหรือสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไข ปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการฯ มีอำนาจรายงานต่อรัฐสภาเพื่อ ดำเนินการต่อไปในรายงานต่อรัฐสภา หากคณะกรรมการฯ เห็นว่าจะเป็นประโยชน์ ต่อประชาชนโดยรวม ก็อาจเผยแพร่กรณีที่ไม่ดำเนินการตามมาตรการแก้ไข ปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนให้สาธารณชนทราบก็ได้ (พระราชบัญญัติคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 30) มาตรการที่ 4 พระราชบัญญัติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (3) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน มาตรา 15(6) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่จัดทำรายงานประจำปีประเมินสถานการณ์ สิทธิมนุษยชนในประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเปิดเผยต่อ สาธารณชน มาตรา 15(8) ให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจหน้าที่เสนอความเห็นต่อ คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาในกรณีที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีสันติสัญญาเกี่ยวกับการ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

โดยสรุป การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจึงมีมาตรการตรวจสอบการ ใช้อำนาจบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมที่เข้มข้นมากกว่าทุก องค์กรของรัฐ เนื่องจากองค์กรบริหารเป็นฝ่ายที่มีอำนาจและผลประโยชน์มากมาย และมักจะใช้อำนาจรัฐนั้นแทรกแซงองค์กรของรัฐอื่นและกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้มากกว่าทุกองค์กร

3) มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลตามหลักนิติธรรม

3.1) การใช้อำนาจตุลาการของการปฏิบัติหน้าที่ทางการยุติธรรมใน ระบบศาลไทย นับตั้งแต่มีการปฏิรูปการเมืองตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540

ซึ่งสืบสานต่อมาโดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ระบบศาลไทยปัจจุบันได้เปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยวไปเป็นระบบศาลคู่ประกอบด้วย 4 ศาลคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองคู่กับศาลยุติธรรม และศาลทหารที่มีอยู่เดิม ทั้งสี่ศาลจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่ทางการยุติธรรมให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างเขตอำนาจศาลให้มี “คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท” แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีสถานะเท่าเทียมกับศาลอื่นแต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดและผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กร คือ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ (มาตรา 216 วรรคห้า) แม้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ในศาลยุติธรรม แต่ถือว่าเป็นศาลที่แยกออกมาต่างหาก เพราะมีระบบวิธีพิจารณาเป็นระบบไต่สวนที่แตกต่างจากศาลยุติธรรมที่เป็นระบบกล่าวหาโดยผู้พิพากษาต้องทำคำวินิจฉัยส่วนตนเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ในการใช้อำนาจตุลาการตามรัฐธรรมนูญไทยที่มีศาลหลายระบบ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลแต่ละระบบมีลักษณะของความเป็นศาลที่เหมือนกัน 2 ประการคือ การปฏิบัติหน้าที่ของศาลทุกศาลต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมและต้องกระทำในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระมหากษัตริย์และมีวิธีพิจารณาของตนเองที่เป็นอิสระตามหลักนิติธรรม วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต่างจากศาลอื่นคือ วิธีพิจารณาของศาลอื่นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีวิธีพิจารณาที่ศาลรัฐธรรมนูญตราขึ้นได้เองเพราะรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสามารถตราข้อกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองได้ ในประเด็นนี้จึงทำให้นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนวิจารณ์ว่า วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญควรตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญออกแบบแบบนี้เพราะต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ถ้าจะให้รัฐสภาซึ่งอาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตราวิธีพิจารณาก็อาจทำให้เกิดความไม่คล่องตัวและอาจเกิดอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมโดยมีหลักประกันของความเป็นอิสระได้

3.2) มาตรการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาตามหลักนิติธรรม ในระบบศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะความผิดและบทลงโทษความผิดประเภทต่างๆ มีบางลักษณะที่บัญญัติถึงความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ผู้พิพากษาเป็นบุคคลในตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจสูงสุดที่

ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคู่กรณี หากผู้พิพากษาใช้อำนาจในทางมิชอบผลร้ายจะตกแก่คู่ความ รวมทั้งผลที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในบ้านเมืองเพราะหากคู่กรณีพิพาทไม่มีความเชื่อถือต่อกระบวนการชี้ขาด คู่กรณีก็อาจไปใช้วิธีระงับข้อพิพาทอื่นๆ โดยเฉพาะการใช้กำลังเข้าแก้มัดหรือบังคับอีกฝ่ายให้ปฏิบัติตาม ทำให้กลายเป็นข้อพิพาทซ้ำซ้อนขึ้นมาและอาจขยายวงกว้างจนยากที่จะเยียวยาได้ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาด้วยความเป็นธรรมและความซื่อสัตย์จึงเป็นหลักสำคัญของงานยุติธรรม ประมวลกฎหมายหมายอาญาจึงได้บัญญัติลักษณะความผิดและบทลงโทษผู้พิพากษาและพนักงานอื่นในกระบวนการยุติธรรมไว้เป็นกรณีเฉพาะต่างจากเจ้าพนักงานอื่นๆ

มาตรา 148, 150 และ 157 เป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่วนผู้พิพากษามี 2 มาตราที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 201 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบเพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในตำแหน่ง ไม่ว่าจะการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่พันบาทหรือประหารชีวิต ความผิดตามมาตรา 201 นี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์ ฯลฯ ในขณะที่ตนอยู่ในตำแหน่ง ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำจะต้องเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ หากไม่กระทำอย่างอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีก็คงมิใช่ความผิดฐานนี้ การกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยหน้าที่ ก็คงจะมีความผิดฐานนี้ทั้งนั้น

ส่วนมาตรา 202 บัญญัติว่า ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดๆ ในตำแหน่งโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งตนได้เรียก รับ หรือยอมจะรับไว้ก่อนที่ตนได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีหรือจำคุกตลอดชีวิต ปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่พันบาทหรือประหารชีวิต กรณีนี้ต่างจากมาตรา 201 คือ เป็นการที่ผู้กระทำความผิดเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดไว้ก่อนที่ตนจะได้รับแต่งตั้งในตำแหน่งนั้น มาตรา 202 บัญญัติลักษณะการกระทำผิดไว้เช่นเดียวกับมาตรา 150 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับเจ้าพนักงานทั่วไปจะต่างกันก็ตรงโทษ ซึ่งตามมาตรา 150 ไม่มีการประหารชีวิต

แต่มาตรา 202 ได้กำหนดโทษสูงสุดไว้ถึงประหารชีวิตก็คงมีจุดมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำผิดตามมาตรา 202 รุนแรงกว่า เนื่องด้วยผลของการกระทำส่งผลรุนแรงและกลุ่มบุคคลเหล่านี้ล้วนเป็นนักกฎหมายเป็นผู้ที่จะพิจารณาโทษทางอาญาของผู้อื่นแต่ตนเองกลับมาก่อทำผิดเสียเอง

3.3) มาตรการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยการถอดถอนจากตำแหน่ง
รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 270 ถึงมาตรา 274 หมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ กำหนดกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศหรือความสงบสุขของสังคมซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจถอดถอนเป็นของวุฒิสภา และมีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.) ทำหน้าที่ในการไต่สวน ซึ่งมาตรา 270 ระบุผู้ดำรงตำแหน่งทางการยุติธรรมโดยเฉพาะคือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด รวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ที่ถือว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่าจะกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ในมาตรา 270 จึงเห็นได้ว่าบุคคลที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของวุฒิสภามีอยู่ 5 ประเด็นหลัก คือ (1) มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ (2) มีพฤติการณ์ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ (3) มีพฤติการณ์ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ (4) มีพฤติการณ์ส่อว่าจะกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม (5) มีพฤติการณ์ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง ส่วนคำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” นั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ให้ความหมายไว้คือ “ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใด ในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” และคำว่า “ร่ำรวยผิดปกติ” หมายความว่า “การมีทรัพย์สินมากผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นมากผิดปกติ หรือการมีหนี้สินลดลงมากผิดปกติหรือได้ทรัพย์สินมาโดยไม่สมควร สืบเนื่องมาจากการ

ปฏิบัติตามหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่”

เงื่อนไขการถอดถอนรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 271 ระบุว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติตามมาตรา 274 ให้ถอดถอนบุคคลตามมาตรา 270 ออกจากตำแหน่งได้ คำร้องขอดังกล่าวต้องระบุพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวกระทำความผิดเป็นข้อๆ ให้ชัดเจน” พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 60 บัญญัติว่า กรณีประชาชนร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 58 ออกจากตำแหน่งต้องมีผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อจำนวนไม่เกินหนึ่งร้อยคนเพื่อดำเนินการจัดทำคำร้องและรับรองลายมือชื่อประชาชนที่เข้าชื่อจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน มาตรา 60 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อและผู้เข้าชื่อต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา และวรรคสามกำหนดให้ผู้ริเริ่มรวบรวมรายชื่อต้องไปแสดงตนต่อประธานวุฒิสภาก่อนเริ่มรวบรวมรายชื่อประชาชนผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอ เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับคำร้องขอแล้ว ให้ประธานวุฒิสภาดำเนินการตรวจสอบและพิจารณาว่าคำร้องขอถูกต้องและครบถ้วนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและมาตรา 61 หรือมาตรา 62 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเห็นว่าถูกต้องและครบถ้วนแล้ว ให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงโดยเร็ว หากเห็นว่าไม่ถูกต้องครบถ้วนก็ให้แจ้งผู้ร้องขอหรือผู้ริเริ่มทราบเพื่อดำเนินการให้ถูกต้องภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากประธานวุฒิสภาตามมาตรา 63 ถ้าคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้ว่ามีมูลจะต้องหยุดทำหน้าที่ จนกว่าวุฒิสภาจะลงมติว่าจะถอดถอนหรือไม่

เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่าข้อกล่าวหาที่มาจากการเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาออกจากตำแหน่งมีมูลและให้รายงานไปยังประธานวุฒิสภาแล้วให้ประธานวุฒิสภาจัดให้มีการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณามีมติโดยเร็ว (มาตรา 64) หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานมาให้นอกสมัยประชุม ก็ให้ประธานวุฒิสภาแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณากรณีดังกล่าว โดยประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการในการประชุมวุฒิสภาเพื่อพิจารณามีมติดังกล่าว สมาชิกวุฒิสภามีอิสระในการ

ออกเสียงลงคะแนน ซึ่งกำหนดว่าการออกเสียงต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ สำหรับมติของวุฒิสภาที่ให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่งนั้น ให้ถือเอาคะแนนเสียง ไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หากที่ประชุม วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่ง กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวนั้น พ้นจากตำแหน่งหรือให้ออกจากราชการนับแต่วันที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอน ทั้งยัง ตัดสิทธิบุคคลเช่นว่านั้นในการดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือในหน่วยงาน ราชการหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปี เมื่อวุฒิสภามีมติถอดถอนผู้ใดแล้ว มติดังกล่าวเป็นที่สุดจะมิมีการร้องขอให้ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยอาศัยเหตุเดียวกัน อีกไม่ได้

4) การตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระตามหลักนิติธรรม

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งสืบสานต่อจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้มืองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็น “องค์กรอิสระ” ได้แก่ คณะกรรมการการ เลือกตั้ง (กกต.) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรอื่น ตามรัฐธรรมนูญคือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภา ที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นอกจากนี้ ยังมีองค์กรอิสระอีกประเภทหนึ่ง ที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญระบุให้มีลักษณะเป็นองค์กรอิสระ คือ คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของทางราชการ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการ กทช./กสช. (ซึ่งต่อมาถูกรวมเป็นคณะกรรมการ กสทช.) ล้วนเป็น องค์กรอิสระแต่ไม่ได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดย รัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไว้ใน รัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญได้ระบุให้ไปก่อตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย อื่น โดยให้มีการบริหารจัดการเป็นรูปแบบขององค์กรอิสระซึ่งมีบทบาทสำคัญมาก ในสังคมเสรีประชาธิปไตย

นักกฎหมายและนักวิชาการบางคนเห็นว่า องค์กรอิสระซึ่งเป็นองค์กรตาม รัฐธรรมนูญเป็นองค์กรการใช้อำนาจที่ 4 เนื่องจากมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ใน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ 3 ฝ่ายเดิมคือ องค์กร นิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ซึ่งคงไม่เป็นเช่นนั้นเพราะองค์กร อิสระเหล่านี้มีการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เสริมการแบ่งแยก อำนาจสามฝ่ายคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเท่านั้น เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ข้าราชการต่างๆ หรือเจ้าหน้าที่

ของรัฐบาลปฏิบัติตามเป็นอำนาจบริหาร ขณะเดียวกันก็มีอำนาจในการไต่สวนวินิจฉัยข้อพิพาททุจริตในการเลือกตั้งในลักษณะที่เป็นองค์กรกึ่งตุลาการซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นจึงไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจที่ 4 แต่อย่างใด และการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระก็ต้องไปไปตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรอิสระนี้

การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอิสระในการปฏิบัติงานของ **คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.)** ไม่ได้เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอิสระในการจัดการและควบคุมการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมตามหลักนิติธรรม ส่วน **ผู้ตรวจการแผ่นดิน** ปฏิบัติหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชนและ **คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ** ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนและส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน ทั้งสององค์กรอิสระนี้จึงมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรภาครัฐที่ไปละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหมือนกัน แต่ที่ต่างกันคือผู้ตรวจการแผ่นดินจะตรวจสอบการกระทำเฉพาะหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตรวจสอบการกระทำที่เป็นหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐและของเอกชนก็ได้ ทั้งสององค์กรเป็นองค์กรตรวจสอบให้ข้อเสนอแนะที่นำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขเท่านั้น ไม่อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ไม่มีอำนาจบังคับลงโทษ และทำหน้าที่ได้แต่เพียงแจ้งเรื่องให้หน่วยงานที่รับผิดชอบและผู้บังคับบัญชาหรือรัฐมนตรีที่กำกับดูแลให้ดำเนินการแก้ไขหรือแจ้งรัฐสภาซึ่งสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะใช้กรรมาธิการของแต่ละสภาทำการตรวจสอบหรืออาจฟ้องต่อประชาชนและสาธารณชนโดยพิมพ์เอกสารเผยแพร่ต่อไป

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นองค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายและประชาชนผู้เสียภาษีได้รับผลประโยชน์ในการใช้จ่ายงบประมาณจากภาษีของประชาชนโดยไม่มีการทุจริต คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นองค์กรรัฐที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องวินัยทางการเงินการคลังและมีการกำหนดโทษปรับทางปกครอง รวมถึงการตรวจสอบความคุ้มค่าของการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินและควบคุมดูแลในเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างมิให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน ซึ่งถ้าตรวจพบว่าเกิดการทุจริตที่มีหลักฐานก็มีหน้าที่ส่งเรื่อง

ทศวรรษนั้นให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาวินิจฉัยและดำเนินการต่อไป การใช้อำนาจขององค์กรอิสระดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ รวมทั้งองค์การตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งก่อนเข้าสู่อำนาจระหว่างการใช้อำนาจ ภายหลังจากใช้อำนาจแล้ว คือ การตรวจสอบบัญชีรายการทรัพย์สิน และหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งที่มีหน้าที่ใช้อำนาจรัฐนั้นในการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักธรรมาภิบาล

6.1.4 แนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม

คำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมที่ได้มีพัฒนาการหลักการตีความรัฐธรรมนูญจากแนวคิดทฤษฎีนิตินิยม (Legalism) ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) มาสู่แนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) ของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ทำให้การบังคับใช้กลไกตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมมีสัมฤทธิ์ผลมากยิ่งขึ้นเมื่อ จอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาที่สี่ ได้สถาปนาระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ในคำวินิจฉัยคดีประวัติศาสตร์ Marbury v. Madison (ค.ศ. 1803) เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจากใช้อำนาจบาตรใหญ่ของรัฐบาลสหรัฐ กลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ได้ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานของประเภทต่างๆ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิบครั้งของสหรัฐอเมริกาสามารถมีผลบังคับอย่างจริงจัง และได้กลายเป็นบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐาน (Bill of Rights) ของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ซึ่งได้มีอิทธิพลแพร่หลายไปทั่วโลกในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองยุติลง สิทธิขั้นพื้นฐานใน Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกาซึ่งแพร่หลายเข้าไปในจารีตทางนิติศาสตร์ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย คือ หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) สิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 ว่า “No person shall be...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...” ได้รับรองกลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due process of law) ซึ่งเปิดทางให้องค์กรตุลาการภายใต้การนำของศาลสูงสุดสหรัฐ ยึดถือหลักความมีอำนาจสูงสุดฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ในการตรวจสอบความ

ขอด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ตามหลักนิติธรรม

กลไกอำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ซึ่งใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยมได้เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบอีกครั้งในคดี McCulloch v. Maryland (ค.ศ. 1819) ซึ่งตัดสินโดยจอห์น มาร์แชล เช่นกัน ในคดี Marbury v. Madison ปัญหาว่าศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ แม้ไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐ ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐวินิจฉัยจากความหมายโดยนัยของรัฐธรรมนูญว่า ศาลมีอำนาจทบทวนตรวจสอบการกระทำของรัฐสภา และถ้าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็สามารถวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ แต่ในคดี McCulloch v. Maryland เป็นคดีแรกที่ศาลสูงสุดสหรัฐนำหลักพื้นฐานของ Higher Law มาใช้ในการพิจารณาปัญหากฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ห้ามมิให้ธนาคารใดๆ ที่ดำเนินงานอยู่ในมลรัฐและมีได้รับมอบอำนาจจากมลรัฐออกตราสารการเงินวันแต่มีเอกสารประทับที่ออกโดยตรงทางการมลรัฐ ซึ่งการออกเอกสารดังกล่าวต้องเสียค่าธรรมเนียม และการฝ่าฝืนเป็นความผิดทางอาญา รัฐสภาของรัฐบาลสหรัฐออกกฎหมายจัดตั้งธนาคารสหรัฐ และสาขาบัตติมอร์ของธนาคารได้ออกตราสารการเงินในมลรัฐแมริแลนด์โดยไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ ในการวินิจฉัยว่าการเก็บภาษีธนาคารสหรัฐของมลรัฐแมริแลนด์สามารถมีผลบังคับใช้หรือไม่ มาร์แชลปฏิเสธที่จะระบุข้อความส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนคำวินิจฉัยของตน แต่มาร์แชลอ้างถึงโครงสร้างของการปกครองระบบสหพันธรัฐ โดยสรุปว่า การปกครองระบบนี้ไม่อาจดำรงอยู่ได้ ถ้ามลรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ของตนได้รับเลือกจากผู้สิทธิเลือกตั้งภายในมลรัฐสามารถเก็บภาษีหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐที่ดำเนินงานอยู่ภายในมลรัฐ จึงเสมือนหนึ่งมลรัฐเก็บภาษีจากประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้งทั่วประเทศ มาร์แชลให้เหตุผลอีกว่า อำนาจเก็บภาษีคืออำนาจในการทำลาย กฎหมายมลรัฐแมริแลนด์ จึงแย้งต่ออำนาจสูงสุดของรัฐสภาของรัฐบาลสหรัฐที่จะจัดตั้งธนาคารและขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐ

ศาลสูงสุดสหรัฐได้ใช้วิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมในคดีทั้งสองข้างต้นและคดีอื่นที่ตามมา (ดูบทที่ 5 ข้อ 5.5.2) มาพัฒนาคำวินิจฉัยที่ขยายหรือเปลี่ยนบทบาทนิติลาชลักษณะอักษรของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลให้ศาลสูงสุดทำหน้าที่เสมือนศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองอย่างเข้มข้นและสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ฝ่ายตุลาการจนสถาบันตุลาการอเมริกันถูกใช้เป็นต้นแบบในการพัฒนาสถาบันตุลาการของประเทศต่างๆ ทั่วโลก แม้ฝรั่งเศสที่ยึด

หลักยกย่องฝ่ายนิติบัญญัติที่เกือบระบบทั่วโลก Judicial review ของสหรัฐอเมริกา โดยใน ค.ศ. 1903 นักนิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชนชั้นนำหลายคนในฝรั่งเศส ได้รณรงค์ให้มีการนำระบบทั่วโลก Judicial review มาใช้ แต่การรณรงค์นี้ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากพรรคการเมืองใหญ่หลายพรรคขัดขวางอย่างเต็มที่เพราะเกรงว่าระบบทั่วโลก Judicial review ตามแบบสหรัฐอเมริกาซึ่งการปกครองโดยความมีอำนาจสูงสุดของฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ที่บั่นทอนอำนาจของฝ่ายการเมืองและฝ่ายบริหารอย่างที่เป็นอยู่ในสหรัฐอเมริกา

หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรมที่พัฒนาโดยมองเตสกีเออมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจตุลาการเข้ามาแทรกแซงการใช้อำนาจนิติบัญญัติสร้างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดระหว่างอำนาจตุลาการในการตีความกฎหมายเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีสินข้อพิพาทและอำนาจนิติบัญญัติในการสร้างกฎหมายออกมาใช้บังคับ แต่ในสหรัฐอเมริกา หลักการแบ่งแยกอำนาจดำรงอยู่ภายใต้การปกครองไตร่ตรอง คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการที่ให้อำนาจทั้งสามฝ่ายต่างมีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะตรวจสอบและถ่วงดุลอีกสองฝ่ายได้ การจำกัดอำนาจตุลาการให้อยู่กับภารกิจในการตีความกฎหมายที่มีลักษณะวางเฉยอย่างศาลฝรั่งเศสหรือศาลอังกฤษย่อมเป็นการตัดทอนความเข้มแข็งของฝ่ายตุลาการในการปกครองไตร่ตรอง ดังนั้น อำนาจตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ (Judicial review) ที่ได้รับสถาปนาในคดี Marbury v. Madison จึงเป็นการค้ำจุนอำนาจตุลาการโดยเป็นการยกอำนาจตุลาการให้ขึ้นมาเท่าเทียมกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเพื่อให้ทั้งสามอำนาจสามารถคานอำนาจและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

ระบบ Judicial review และแนวคิด Bill of Rights แสดงถึงอิทธิพล Higher Law ในสหรัฐอเมริกาซึ่งทำให้ความคิดของผู้พิพากษาสหรัฐเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติแตกต่างจากความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษ ดังเช่น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยฝ่ายตุลาการกฎหมายของทั้งสองประเทศพัฒนามาจากหลัก ultra vires เหมือนกันก็ตาม ด้วยความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษที่คิดว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของศาลอังกฤษ ผู้พิพากษาอังกฤษคิดว่าศาลทำหน้าที่ช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติโดยเข้าไปควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองให้ใช้อำนาจในขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ ในทางตรงกันข้ามกับความคิดของผู้พิพากษาอังกฤษ ผู้พิพากษาสหรัฐไม่เคยคิดว่า ศาลเป็น

ผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยฝ่ายตุลาการ ศาลไม่ได้เข้ามาช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เข้ามาช่วยเหลือปัจเจกชนที่สิทธิเสรีภาพได้รับผลกระทบจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองที่สร้างขึ้นมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลสหรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเพราะไม่ไว้ใจฝ่ายนิติบัญญัติและหน่วยงานทางปกครองของฝ่ายบริหารที่สร้างขึ้นมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ผลของความคิดที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้คือ ศาลสหรัฐตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในขอบเขตที่กว้างกว่าศาลอังกฤษ

ในประเทศไทย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ตีความรัฐธรรมนูญตามตัวอักษรหรือตามข้อความของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งไม่ได้ตีความโดยยึดวัตถุประสงค์ที่เห็นได้จากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญอ้าง Higher Law ที่มีได้มีอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ การตีความของศาลรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือต่อเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้ว เสมือนเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยฝ่ายตุลาการ การตีความรัฐธรรมนูญที่ใช้ข้อพิจารณาที่มีได้มีอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญแบบนี้ ถ้าพิจารณาโดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว ถือว่าคำวินิจฉัยนี้เป็นการไม่ชอบอย่างแน่นอน และเป็นคำวินิจฉัยที่ยากอย่างยิ่งสำหรับนักกฎหมายที่ยังยึดติดอย่างเหนียวแน่นกับทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองจะยอมรับกันได้

แต่เหตุผลที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญประกาศชัดเจนว่า ในการวินิจฉัยเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ยึดจารีตนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ดังที่สถาบันตุลาการไทยได้ยึดถือและสั่งสอนกันมาเป็นเวลานานหลายชั่วอายุคนอีกต่อไปแล้ว โดยเฉพาะเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกหลักนิติธรรมขึ้นมาสนับสนุนคำวินิจฉัยว่าเป็น “ความยุติธรรมขั้นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ” หรือที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ว่า สถานะของศาลรัฐธรรมนูญเองเป็นสถานะที่รัฐธรรมนูญกำหนด “ให้มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม” เป็นเหตุผลปรัชญาการเมืองที่ปรุงแต่ง “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร”

ของรัฐธรรมนูญจนมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของรัฐธรรมนูญ จึงเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญประกาศอย่างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีได้ตีความโดยยึด “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้แนวคิดทฤษฎีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมที่เปิดทางให้ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ที่สำคัญกว่าหน้าที่ในฐานะผู้รับใช้ฝ่ายนิติบัญญัติตามแนวคิดทฤษฎีปฏิฐานนิยม โดยอาณัติแห่งจิตวิญญาณรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่สำคัญที่ควรต้องทำคือ การถ่วงดุลและคานอำนาจนิติบัญญัติอย่างเข้มแข็งจริงจัง โดยค้นหาหลักรัฐธรรมนูญนอกเหนือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นฐานรากสำคัญที่แท้จริงของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ของศาลสูงสุดสหรัฐตามหลักนิติธรรม ความเปลี่ยนแปลงในจารีตนิติศาสตร์ของไทยอันเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้้นับว่ามีผลไม่น้อยไปกว่าคำวินิจฉัยคดี *Marbury v. Madison* ที่ศาลสูงสุดสหรัฐสถาปนาระบบ *Judicial review* ในปี ค.ศ. 1803 และคดี *Kevasanand Bharati v. Kerala* ที่ศาลฎีกาอินเดียสถาปนาหลักโครงสร้างพื้นฐานในปี ค.ศ. 1973 คำวินิจฉัยนี้จึงสันตะเทือนวงวิชาการนิติศาสตร์และวงการวิชาชีพตุลาการในประเทศไทยอย่างแน่นอน ปัญหาว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ก้าวหน้าไปไกลขนาดนี้ จะได้รับการยอมรับหรือไม่ น่าจะอยู่ที่ว่าในบริบทสังคมนิติศาสตร์ไทย ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองอ่อนกำลังลงพอที่ทฤษฎีกฎหมายใหม่ของสำนักโครงสร้างนิยมที่มีนักกฎหมายไม่มากนักรู้จักนี้พอจะแทรกพื้นที่ขึ้นมามีอิทธิพลในวงการนิติศาสตร์ไทยได้หรือไม่เพียงใด

ในคดีพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ที่สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ คือ รัฐบาลที่จัดตั้งภายหลังประเทศไทยได้รับการยอมรับจากประเทศมหาอำนาจในสงครามโลกครั้งที่สองว่าเป็นประเทศชนะสงคราม ทันททีจัดตั้งรัฐบาลที่ได้รับการสนับสนุนจากประเทศมหาอำนาจ รัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้บัญญัติเอาผิดกับบุคคลในรัฐบาลชุดที่ประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตรและร่วมมือหรือรู้เห็นเป็นใจกับรัฐบาลญี่ปุ่นและเยอรมนีภายใต้การนำของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “ผู้ทำสงครามรุกราน” โดยบัญญัติให้การกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต และให้ศาลฎีกาเป็น “ศาลอาชญากรรมสงคราม” ที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ ปรากฏว่าศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ฎีกาที่ 1/2489 พิพากษาว่าพระราชบัญญัตินี้มีผลเป็นการลงโทษบุคคลย้อนหลัง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

และเป็นโมฆะ ส่วนอำนาจของศาลฎีกาที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลฎีกา และในมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญกลับบัญญัติอีกว่า “สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญ” ศาลฎีกาโดยหลวงจารุยเนติศาสตร์ ผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งในเวลาต่อมาเป็นประธานศาลฎีกาที่ได้รับการยกย่องว่า เป็นนักกฎหมายยิ่งใหญ่ของไทย ก็ได้เหตุผลในการทำงานเกี่ยวกับเหตุผลในคดี Marbury v. Madison ว่า “ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความกฎหมาย หากไม่ให้ศาลแปลศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้” แต่คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จะไม่ได้รับการชื่นชมและเดินตามโดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหลังๆ อย่างคดี Marbury v. Madison ของสหรัฐอเมริกา คงเป็นเพราะผู้ได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้มิใช่เหยื่อที่ถูกกระทำทารุณโหดร้ายโดยบุคคลผู้ครองอำนาจรัฐตามแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสถาบันตุลาการ แต่กลับเป็นว่า สถาบันตุลาการคุ้มครองบุคคลผู้ครองอำนาจรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องของการกระทำทารุณโหดร้ายเสียเอง

เบื้องหลังคดีนี้มีการพูดกันไปต่างๆ นานาว่า นักกฎหมายไทยระดับบรมครูที่มีส่วนในการตราพระราชบัญญัตินี้หลายคนรู้กันดีว่า ผลของคำพิพากษาจะออกมาอย่างไร การตราพระราชบัญญัตินี้ก็เพียงเพื่อช่วยคนไทยด้วยกันโดยประเทศไทย ถูกกดขี่อย่างหนักจากประเทศมหาอำนาจให้ส่งตัวจอมพลแปลก พิบูลสงครามกับพวกไปดำเนินคดีที่ศาลอาชญากรรมระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับอดีตผู้นำของประเทศอื่นๆ ที่แพ้สงคราม วิธีเดียวที่เป็นข้ออ้างไม่ส่งตัวบุคคลเหล่านี้ไปดำเนินคดีก็คือ การตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามกำหนดการกระทำนั้นว่าเป็นความผิดและดำเนินคดีแก่บุคคลเหล่านั้นเสียเอง ซึ่งนักกฎหมายระดับบรมครูนี้รู้อยู่แล้วว่าถึงอย่างไรในที่สุดแล้วบุคคลเหล่านี้ก็ต้องถูกยกฟ้อง ความจริงเป็นอย่างไรรายกที่จะยืนยัน แต่ที่แน่นอนก็คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตุ่ก้าวหน้าฉบับนี้มีได้ถูกเดินตามและไม่มืบทบาทใดๆ ในการพัฒนาวิธีตีความกฎหมายของสถาบันตุลาการไทย ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็ยังเป็นทฤษฎีเดียวที่ครอบงำบริบทสังคมนิติศาสตร์ของไทยอยู่จนผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยโดยทั่วไปเข้าใจกันว่าวิธีตีความกฎหมายมีอยู่วิธีเดียว คือ วิธีตีความของนักนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งห้ามมิให้ศาลนำข้อพิจารณาที่มีได้มีอยู่ใน “บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร” ของกฎหมายมาใช้ เนื่องจากจะเป็นการสร้างกฎหมายซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐสภา

แม้ว่าทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะครอบงำบริบทสังคม

นิติศาสตร์ของไทย จนผู้พิพากษาและนักกฎหมายไทยเชื่อว่า วิธีตีความกฎหมายของนักนิติศาสตร์สำนักนี้เป็นวิธีตีความกฎหมายวิธีเดียวที่มีอยู่ และต้องนำไปใช้กับการตีความรัฐธรรมนูญด้วยก็มิได้หมายความว่า ความสำเร็จของสถาบันตุลาการไทยที่จะนำวิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมมาใช้ในประเทศไทยจะเป็นการพันวิสัยเสียทีเดียว จากประสบการณ์ของต่างประเทศ นอกจากศาลสูงสุดสหรัฐแล้ว ศาลของประเทศอื่นๆ ที่ใช้วิธีตีความรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมต่างล้วนเคยเป็นศาลที่เคยอยู่ในจารีตนิติศาสตร์แนวสำนักปฏิฐานนิยมทั้งสิ้น ดังเช่นศาลฎีกาอินเดียซึ่งได้รับการยกย่องในการสร้างทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่รู้จักกันในนามหลักโครงสร้างพื้นฐานก็เคยเจริญรอยตามอังกฤษโดยตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรอยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง แม้แต่อังกฤษเองซึ่งเป็นต้นกำเนิดของนักนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองคนสำคัญ คือ เจรามี่ เบนธัม และจอห์น ออสติน และได้ชื่อว่ามีนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่มีแนวคิดอนุรักษนิยมอย่างสุดขีดในขณะนี้กำลังเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญโดยมีนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งรวมตัวกันฟื้นฟูหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจบาตรใหญ่ของฝ่ายนิติบัญญัติในรัฐสภาซึ่งเป็นกระแสนิยมที่อาศัยคอมมอนลอว์ (Common law constitutionalism) นับวันจะทวีความแข็งแกร่งขึ้นเป็นลำดับ และได้รับการตอบสนองในทางบวกโดยสถาบันตุลาการอังกฤษ ประสบการณ์ของต่างประเทศแสดงให้เห็นว่า การหยั่งรากลึกของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองมิได้เป็นเงื่อนไขของความสำเร็จหรือล้มเหลวของการนำทฤษฎีรัฐธรรมนูญแนวใหม่ของสำนักโครงสร้างนิยมมาปลูกฝัง แต่เงื่อนไขน่าจะเป็นความแข็งแกร่งของความคิดเกี่ยวกับสถานะอันควรแก่การยกย่องของรัฐสภาไทย ซึ่งเป็นรากฐานทางปรัชญาของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมือง

สถานะของรัฐสภาไทยแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากสถานะของรัฐสภาฝรั่งเศสและอังกฤษในช่วงที่ทฤษฎีนิติศาสตร์ของสำนักกฎหมายบ้านเมืองรุ่งเรืองสูงสุด และแตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากสถานะของพระมหากษัตริย์สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ทรงมีพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนดกฎหมาย ในช่วงที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงนำทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักนี้เข้ามาปลูกฝังแก่ผู้พิพากษาไทย ปัจจุบันนี้มีความแตกแยกทางการเมืองอย่างรุนแรงในสังคมไทยซึ่งสำแดงปรากฏในรัฐสภาที่เป็นผลให้รัฐสภาไทยอยู่ในสถานะตกต่ำสุดขีดยอมทำลายมนต์ขลังคำสอนนักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยมที่ให้ประชาชนยอมรับกฎหมายของรัฐสภาโดยปราศจากการคานและถ่วงดุลอำนาจอย่างจริงจัง ความคิดของคนทั่วไปมองว่ารัฐสภา

ไทยมิได้อยู่ในสถานะอันควรแก่การยกย่องอย่างนี้ น่าจะทำให้สถาบันตุลาการไทย มีความชอบธรรมเป็นอย่างสูงที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมที่ควรต้องทำ แต่ไม่ได้กระทำมาเป็นเวลานานคือ การเข้ามาถ่วงดุลและคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างเข้มแข็งจริงจัง โดยนำทฤษฎีรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมนี้เข้ามาใช้ดังเช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ดังกล่าวข้างต้น

เหตุการณ์ทางการเมืองปัจจุบันมีความขัดแย้งระหว่างเสียงข้างมากกับเสียงข้างน้อยอย่างรุนแรง เสียงข้างมากในรัฐสภามีแนวโน้มมีคึกคักคุณค่าและคุณธรรม ขึ้นพื้นฐานของหลักนิติธรรมในสังคมประชาธิปไตย ปัญหาทุจริตของนักการเมือง และข้าราชการเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศชาติประสบปัญหาวิกฤตอย่างรุนแรง ที่หลายภาคส่วนพยายามหาทางออกจากปัญหานี้ แต่นักการเมืองเสียงข้างมากกลับ พยายามออกกฎหมายนิรโทษกรรมล้างความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่แก่นักการเมือง และข้าราชการทุกคน ถ้านักการเมืองและข้าราชการที่ถูก คตส. และป.ป.ช. กล่าวหา นั้น หรือนักการเมืองกลุ่มเดียวกันนี้ได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ได้สำเร็จ ศาลรัฐธรรมนูญจึงชี้ว่าเป็นการ กระทำเพื่อเสียงข้างมากทางการเมืองซึ่งครองอำนาจรัฐได้ใช้อำนาจรัฐโดยปราศจาก การคานและถ่วงดุลอำนาจอย่างจริงจัง และผลการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของ รัฐธรรมนูญครั้งนี้ทำให้เสียงข้างน้อยถูกข่มเหงรังแกจนอยู่ในสภาพไร้ที่ยืน การฉีก กาลังของเสียงข้างมากจนกลายเป็นระบบเผด็จการรัฐสภาที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้ง ทางการเมืองอย่างรุนแรง ลำพังกลไกการตรวจสอบของฝ่ายค้านก็ไม่อาจถ่วงดุล ด้านทานพลังเสียงข้างมากทางการเมืองได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจวางเฉยและต้อง เข้ามาทำหน้าที่คานอำนาจและถ่วงดุลเสียงข้างมากทางการเมืองในรัฐสภาอย่าง เข้มแข็งจริงจัง การเข้ามามีบทบาทของสถาบันตุลาการดังกล่าวไม่ควรถือว่าเป็นการ ช่วยเหลือฝ่ายค้านหรือขัดขวางการทำหน้าที่ของรัฐสภาและรัฐบาล แต่เป็นการ เข้ามามีบทบาทเพื่อให้เกิดดุลยภาพทางการเมืองที่เหมาะสมสำหรับสังคม ประชาธิปไตยไทย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงนับว่าออกมาในช่วงเวลาที่ เหมาะสม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแนวโครงสร้างนิยมดังกล่าวถูกโจมตีอย่างหนัก เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยลักษณะเดียวกันนี้ในสหรัฐอเมริกาและอินเดียก่อนหน้านี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโจมตีของผู้พิพากษาและนักกฎหมายรุ่นอาวุโสที่บางคนไปไกล ถึงขนาดยืนยันกรานว่า คำวินิจฉัยนี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยโดยไม่มีอำนาจ จึงเท่ากับไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่การโจมตีของ

ผู้พิพากษาและนักกฎหมายรุ่นอาวุโสเหล่านี้เป็นการโจมตีว่า คำวินิจฉัยนี้ไม่ต้องด้วยหลักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยม (Legal positivism) จึงเรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญโดยใช้วิธีตีความกฎหมายธรรมดาตามแนวความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal justice) โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทในการถ่วงดุลและคานอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติกับศาลธรรมดาที่มีบทบาทในการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกับกรณีพิพาททางแพ่งและทางอาญา ซึ่งข้อเรียกร้องเช่นนี้ยากที่จะรับฟังได้ในยุคแห่งความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional justice) และธรรมาภิบาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional governance) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม

การดำรงอยู่ร่วมกันของแนวคิดทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันมากกว่าสองทฤษฎีเช่นนี้มีให้เห็นได้ในระบบกฎหมายของประเทศชั้นนำเกือบทุกประเทศ เช่น ในอังกฤษก็มีการดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) และทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) และระบบกฎหมายที่ทฤษฎีรัฐธรรมนูญแตกต่างกันแบบสุดขั้วหลายทฤษฎีดำรงอยู่ร่วมกันอย่างสมดุล คือระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีแนวคิดทฤษฎีปฏิบัตินิยม (Legal pragmatism) เป็นทฤษฎีที่ครอบงำโดยทฤษฎีนี้เข้ามาแทนที่ทฤษฎีรูปนัยนิยมของแลงเดลในช่วงสามทศวรรษแรกของทศวรรษที่ยี่สิบแต่ทั้งทฤษฎีรูปนัยนิยมและทฤษฎีกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ทฤษฎีรูปนัยนิยม เช่น สัจจนิยม (Legal realism) ต่างก็มีพื้นที่ของตนพอสมควรในบริบทสังคมนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งทำให้ทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่ใช้ในศาลสูงสุดสหรัฐจึงมีจำนวนมาก นอกจากแนวคิดทฤษฎีโครงสร้างนิยม (Structuralism) วิธีตีความรัฐธรรมนูญในศาลสูงสุดสหรัฐยังมีอีกถึงห้าวิธี ศาสตราจารย์ฟิลิป บ็อบบิตต์ (Philip Bobbitt) กล่าวว่า แม้ระบบกลไก Judicial review โดยสภาพเป็นการขัดขวางเสียงมหาชนที่มีพลังในสหรัฐอเมริกา แต่วิธีตีความทั้งหกวิธีของศาลสูงสุดสหรัฐนี้มีส่วนสำคัญในการสร้างความชอบธรรมให้กับระบบกลไก Judicial review ของสหรัฐอเมริกา ทรายจนเท่าทุกวันนี้ ประสบการณ์การดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันในสหรัฐอเมริกา เป็นสิ่งที่น่าศึกษาสำหรับนักกฎหมายไทย การดำรงอยู่ร่วมกันของทฤษฎีนิติศาสตร์สำนักกฎหมายบ้านเมืองและทฤษฎีนิติศาสตร์แนวใหม่ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยนำมาใช้ในคำวินิจฉัยนี้ จะพัฒนาการไปสู่ทฤษฎีรัฐธรรมนูญแบบไหน บทบาทของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในการขึ้นศาลตัดสินตุลาการนี้จะมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง

6.2 ข้อเสนอแนะของการศึกษาวิจัย

6.2.1 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งนี้

1) ควรนำแนวความคิดของศาสตราจารย์พิเศษ ชานินทร์ กรัยวิเชียร (ในบทที่ 3 ข้อ 3.5.4) ที่ว่าหลักนิติธรรมต้องตั้งอยู่ในความถูกต้องชอบธรรม (Righteousness) ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของไทยที่อยู่ในหลักทศพิธราชธรรมคือ “อวิโรธนัง” หรือ “ความไม่คลาดในธรรม” ซึ่งพระมหากษัตริย์ไทยได้ทรงยึดถือเป็นหลักการปกครองปวงชนชาวไทยโดยธรรมมาแต่โบราณกาลทุกยุคทุกสมัยตราบจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น “อวิโรธนัง” จึงเป็นข้อเกดตราที่สำคัญที่สามารถนำมาพัฒนาเป็น “หลักนิติธรรมไทย” ซึ่งควรนำมากำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้สอดคล้องกับบริบทสังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล

2) ควรมีการจัดทำประมวลแนวหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมขององค์กรภาครัฐทุกองค์กร ประกอบด้วย องค์กรนิติบัญญัติของรัฐสภา องค์กรบริหารและองค์กรปกครองของรัฐบาล ทั้งในระดับการบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น องค์กรตุลาการของศาลทุกศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานของรัฐในกระบวนการยุติธรรมเพื่อยึดถือเป็นคู่มือปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อจรรโลงพัฒนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย ให้เป็นนิติรัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมโดยสมบูรณ์อย่างแท้จริง

3) ควรมีการพัฒนาแนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทั้งในศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม โดยวิธีการตีความรัฐธรรมนูญตามแนวโครงสร้างนิยม (Structurism) และวิธีการตีความรัฐธรรมนูญแนวใหม่อื่นๆ ที่พัฒนาไปมากพอสมควรแล้วในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอินเดีย ประเทศอิสราเอล และประเทศแอฟริกาใต้ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อจรรโลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรมให้วัฒนาถาวรสืบไป

4) ควรมีการปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยจัดระบบกลไกโครงสร้างการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ/หลักนิติธรรมโดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น 4 ฝ่ายที่มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในระบบ “จุดสมดุลอธิปไตย” คือ อำนาจอธิปไตย อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจอตุลาการให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้ทุกองค์การ

ของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐในองค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทั้งสี่นั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

6.2.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

1) ควรมีการศึกษาวิจัยแนวความคิดและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมและวิธีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรม รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการของกระบวนการประเมินผลสัมฤทธิ์ของการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมอย่างเป็นรูปธรรม โดยมีการจัดตั้งองค์กรกลางที่เป็นอิสระทำหน้าที่ประเมินผลดังกล่าวอย่างเที่ยงตรงและเป็นธรรม

2) ควรมีการศึกษาวิจัยตัวชี้วัดองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่จะใช้ในการจัดทำดัชนีชี้วัดระดับมาตรฐานคุณภาพการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมทุกองค์กรของประเทศไทย (Rule of Law Index of Thailand) ประจำปีเป็นรายองค์กรทุกองค์กรที่ละเอียดกว่า The World Justice Project ซึ่งได้จัดทำดัชนีชี้วัดการปฏิบัติตามหลักนิติธรรมของประเทศต่างๆ ทั่วโลก (Rule of Law Index) ประจำปีที่เป็นภาพรวมรายประเทศอย่างกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งยังไม่มีรายละเอียดของการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเป็นรายองค์กรของแต่ละประเทศ

3) ควรมีการศึกษาวิจัยและพัฒนาแนวคำวินิจฉัยคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐทุกองค์กรตามหลักนิติธรรม โดยศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิด ทฤษฎีและพัฒนาการแนวคำวินิจฉัยของศาลและองค์กรตุลาการอื่นของต่างประเทศและของประเทศไทย เพื่อพัฒนาและเสริมสร้างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมคดีการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรภาครัฐตามหลักนิติธรรมให้เข้าสู่ระดับมาตรฐานสากลในอนาคต

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กนก วงษ์ตระหง่าน, **แนวพระราชดำริด้านการเมืองการปกครองของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว**. กรุงเทพมหานคร : สถาบันไทยศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
กรมพล ท่องธรรมชาติ, **วิวัฒนาการของระบอบรัฐธรรมนูญไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2524.

กรมพล ท่องธรรมชาติ, **รัฐธรรมนูญ สิทธิมนุษยชน การศึกษา และสุขภาพอนามัย**. ปาฐกถา ณ รัฐ ภัทรประวัติ ครั้งที่ 11. นครปฐม: โรงพิมพ์สถาบันพัฒนาการสาธารณสุขอาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล, 2540.

กรมพล ท่องธรรมชาติและเชาวนะ ไตรมาศ, **วิวัฒนาการของระบอบรัฐธรรมนูญไทยจากอดีตถึงปัจจุบัน พร้อมตัวบทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2545.

กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัย! ศาล รธน.ชี้ 2 ล้านล้านขาด รธน.” ในหนังสือพิมพ์ **กรุงเทพธุรกิจ** : การเมือง, วันที่ 12 มีนาคม 2557. สืบค้นจาก www.bangkokbiznews.com เมื่อวันที่ 14 เมษายน 2557.

กองกรรมาธิการ สำนักเลขาธิการรัฐสภา, **เปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย**. ข้อมูลบริการคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, 2534.

กองกรรมาธิการ สำนักเลขาธิการรัฐสภา, **เปรียบเทียบบทบัญญัติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่กับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน**. เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง ทิศทางของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่, 6 พฤษภาคม 2540.

กองบรรณาธิการ, “นิติรัฐและพลเมือง: ทางออกประเทศไทย”. รายงานพิเศษ JUSTICE SCOOP ในจดหมายข่าว **ยุติธรรม**, 2553.

กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายวุฒิสภา, “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม”. ใน **วารสารจลนिति**, กรกฎาคม - สิงหาคม 2553, หน้า 1-37.

กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมายวุฒิสภา, “หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย”. ใน **วารสารจลนिति**, มกราคม - กุมภาพันธ์ 2555, หน้า 1-28.

กาแพด้า, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : เสียงข้างมากกับหลักนิติธรรม”. ใน **กรุงเทพธุรกิจออนไลน์**, การเมือง : ทศนะวิจารณ์, วันที่ 22 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นจาก www.bangkokbiznews.com/ เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2556.

ก้าชัย จงจักรพันธ์, “หลักนิติธรรม”. ในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, สืบค้นจาก k-r.c.net/imageupload/21576/_1.pdf, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 29

มีนาคม 2556.

กำชัย จงจักรพันธ์, “หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม”. สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2556 จาก <https://m.facebook.com/>.

กิตติศักดิ์ ปกติ, “เมื่อนิรโทษกรรมกลายเป็นเรื่องล่าหลังและไร้ประโยชน์”. ในวารสารวันระพี 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

กุลพล พลวัน, พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2538.

กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.

โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์, ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: แพรวพิทยา, 2518.

คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 65, คำพิพากษาศาลฎีกา ปีพุทธศักราช 2554-2555. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, บริษัท บพิธิการพิมพ์ จำกัด, 2556.

คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.), ข้อเสนอกรอบความคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัท แพลน ฟรันท്ടิ่ง จำกัด, 2540.

คณะกรรมการศึกษาแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่อง สิทธิเสรีภาพ และหน้าที่ของของชนชาวไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549.

คณะกรรมการการวิสามัญกร่างแผนพัฒนาการเมืองแห่งชาติ สภาผู้แทนราษฎร, ร่างแผนพัฒนาการเมืองแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2541.

คณะดำเนินงานโครงการเฉลิมฉลองเปิดอนุสรณ์สถานวีรชนประชาธิปไตย, 4 ปี รัฐธรรมนูญกับการเมืองภาคประชาชน. จัดพิมพ์เนื่องในงานสัมมนาสรุปบทเรียน 4 ปี รัฐธรรมนูญกับการเมืองภาคประชาชน 9-11 ตุลาคม 2544. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์ภูมิปัญญา จำกัด, 2544.

- คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (รวบรวม), **รวมบทความเรื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.
- คณิต ฒ นคร, **นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย**. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.
- คณิต ฒ นคร, **หักดิบกฎหมาย: การใช้กฎหมายที่ขัดกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2548.
- คณิต ฒ นคร, **ประชาธิปไตยกับการตั้งข้อรังเกียจทางสังคม**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2556.
- คณิน บุญสุวรรณ, **กระบวนการทำงานของระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2541.
- คณิน บุญสุวรรณ, **คู่มือการเรียนการสอนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์ภูมิปัญญา จำกัด, 2542.
- คณิน บุญสุวรรณ, **คู่มืออ่านรัฐธรรมนูญฉบับใหม่: โครงสร้างและหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : บริษัท อัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์ พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2543.
- คณิน บุญสุวรรณ, **รัฐธรรมนูญตายแล้ว?**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ขอคิดด้วยคน, 2548.
- คมชัดลึกออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัยศาลรธน. ฟัน ‘ปู’ โยก ‘ถวิล’ เอื้อพวกพ้อง”. ใน **หนังสือพิมพ์คม ชัด ลึก**, การเมือง : ชาวทั่วไป, วันพฤหัสบดีที่ 8 พฤษภาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2557 จาก www.komchadluek.net/detail/20140508/184260.htm.
- โคทม อารียา, **การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาครั้งแรกในประเทศไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542.
- จักรพงษ์ ลิ้มสุวรรณ, **กลไกทางกฎหมายในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต.
- จรัญ ภัคดีธนากุล, “นิติรัฐกับการปรับตัวของการเมืองไทย”. ใน “การเมือง” ของ “รัฐ” และ “ท้องถิ่น” ไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์, Proceedings of the 11th National Conference on Political Science and Public Administration (2010), Vol. 1, วิทยาลัยการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, 2553 : หน้า 58-72.
- จรัญ ภัคดีธนากุล, “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”. ถอดความจากการบรรยายพิเศษ “เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการดำรงหลักนิติธรรม” ในการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในวาระครบรอบ 14 ปี ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 29 มีนาคม 2555 ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น.

จรัญ ภักดีธนากุล, “หลักนิติธรรมกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย”. ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2555-พฤษภาคม 2556 : หน้า 1-7.

จรัญ ภักดีธนากุล, นักกฎหมายกับการพัฒนาระบบประชาธิปไตย. พิมพ์เป็นที่ระลึกในโอกาสวันคล้ายวันสถาปนาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยครบ 41 ปี 18 มิถุนายน พุทธศักราช 2556.

จรัญ โฆษณานันท์, **ปรัชญากฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.

จรัญ โฆษณานันท์, **สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.

จรัญ โฆษณานันท์, **นิติปรัชญาแนววิพากษ์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550.

จรัญ โฆษณานันท์ “บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), **นิติรัฐ นิติธรรม** (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. หน้า 42-85.

จรัญ โฆษณานันท์, “นิติธรรมมาของศาลรัฐธรรมนูญไทย”. ใน**ประชาไท**, 26 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นจาก prachatai.com/journal/2013/11/49997. เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2556.

จรัญ โฆษณานันท์, “นิติธรรมมาของศาลรัฐธรรมนูญไทย”. ใน**โลกวันนี้**, 26 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นข้อมูลจาก <http://prachatai.com/j> เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2557.

จรัญ สุภาพ, **สารานุกรมรัฐศาสตร์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, 2537.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, ใน**นิติรัฐ นิติธรรม**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. หน้า 276-299.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรมกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”. ใน **นิติราษฎร์**, 2554. สืบค้นจาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/97/The-Rule-of-Law.html>

จรัญ เจริญกุล, “The Rule of Law”. ใน**ตุลพาท** เล่ม 1 ปีที่ 9 (ธันวาคม พ.ศ. 2505), หน้า 60.

เจริญ เฉษฎาวัลย์, **การวางมาตรฐานธรรมาภิบาล (Setting Good Governance Standards)**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: บริษัท พอดี จำกัด, 2547.

เจริญ พรไชยา, **พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.

- ชมพูฑูต ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ภายใต้โครงการปฏิรูปสถาบันการเมือง). กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร, จีระวิชาการพิมพ์, 2540.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”, ในรวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541. หน้า 19-38.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. หน้า 86-107.
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช, แผนพัฒนาการเมืองฉบับแรกของไทย: คำกราบบังคมทูลความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงราชการแผ่นดิน ร.ศ. 130 (แผนพัฒนาสู่ประชาธิปไตยที่มีขึ้นก่อนคณะราษฎรถึง 47 ปี). กรุงเทพมหานคร : นำอักษรการพิมพ์, 2538.
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช และคณะ, ธรรมนูญบาลการมีส่วนร่วมของประชาชนและกระบวนการทางด้านสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สายธาร, 2544.
- ชาคริต อนันทราวัน, การใช้ภาษาในกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : โอ. เอส. พริ้นติ้งเฮ้าส์, 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2538.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 5 . กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, คู่มือประชาชน เรื่อง ข้อควรรู้เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2545.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎีและหลักการที่สำคัญ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.

เขาวณะ ไตรมาศ, **การเมืองในรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สุขุมและบุตร จำกัด, 2551.

ไชยวัฒน์ คำชู, **ธรรมาภิบาล การบริหาร การปกครองที่โปร่งใสด้วยจริยธรรม**, กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2545.

ฌอง โคลด กอลีเลียต์, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส”, ใน **การฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยประชาชน: แนวทางปฏิบัติและปัญหาอุปสรรคในฝรั่งเศส และสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของไทยกับฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549, หน้า 84-128.

ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร, **รัฐศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ณัฐกร วิทิตานนท์, **หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, **ทฤษฎีการเมืองและสังคม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ดวงแดด, 2524.

ถวัลย์ สนธิอนุเคราะห์, **พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย พรการการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541**

ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, **สังคมนักกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด, 2553.

ไทยรัฐออนไลน์, “เปิดคำวินิจฉัยประวัติศาสตร์ (ฉบับเต็ม) แก้ว รธน. ที่มา สว. ชัดม. 68”. สืบค้นเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2557 จาก www.thairath.co.th/content/384202.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร, **หลักนิติธรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2552.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “**หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW)**”. ในวารสารยุติธรรมคู่ขนาน, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 เดือนกันยายน 2554 : หน้า 1-62.

ทิพวรรณ เจียมธีรสกุล, **ปฐมบรรณทัศน์ทางการเมืองของปรีดี พนมยงค์**. จัดพิมพ์โดยสถาบันสันติประชาธรรม. กรุงเทพมหานคร : รุ่งแสงการพิมพ์, 2531.

นคร พจนวพงษ์ และสุรพล คงลาภ, **รัฐธรรมนูญฉบับเยาวชน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2548.

นรินทร์ อธิสาร, **60 ปี กฎหมายพื้นฐาน – 60 Jahre Grundgesetz**. 27 มิถุนายน 2552. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2557 จาก <https://bordeure.wordpress.com/tag/basic-law/>.

นฤมล ทับจุมพล, “**แนวคิดและวาทกรรมว่าด้วยธรรมรัฐแห่งชาติ**” ใน **ธรรมาภิบาลกับคอร์ปชั่นสังคมไทย**. กรุงเทพฯ : สถาบันวิถีทรรศน์, 2546.

- นันท์วัฒน์ บรมานันท์, “ระบบการพิจารณาความผิดทางอาญาของนักรบเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส”. ในหนังสือรวมบทความเรื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2540. กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม : หน้า 105-133.
- นันท์วัฒน์ บรมานันท์, “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ”. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2542.
- นันท์วัฒน์ บรมานันท์, “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส”. ใน PUBLIC LAW NET. 20 ธันวาคม 2547. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2557 จาก www.pub-law.net/.
- นันท์วัฒน์ บรมานันท์, การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ “การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. น. 233-248.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน”. การสัมมนาเรื่องบทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคมเยอรมัน, สถาบันนโยบายศึกษาร่วมกับมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์และคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2555.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, “ศาลรัฐธรรมนูญก็ระบบเสียงข้างมาก”. ในหนังสือพิมพ์แนวหน้า วันศุกร์ที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2556.
- บรรเจิด อินทุจันทรย์, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทยแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ต้น-ปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แพรวพิทยา, 2519.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การสร้างธรรมาภิบาล (Good Governance) ในสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด, 2542.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, รัฐธรรมนูญนํ้ารัฐ: รวมสาระคำบรรยายหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญจาก **สถานีวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง, **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน, เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน, เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน, เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย”. ใน **รพี’51** กรุงเทพฯ: คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 60 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551 หน้า 28-39.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 2, กันยายน 2554. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, “ปาฐกถาเรื่องการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม โดยศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ”. สืบค้นจาก www.kpi.ac.th/kpith/.../การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม.pdf เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2556.

บัญชา พงษ์พานิชและกลุ่มศึกษาสวนโมกข์ สุธีรัตนามูลนิธิ, “**หนทางรอดของมนุษย์ คือ อัมมิกสังคมนิยม**”. ธรรมบรรยายของท่านพุทธทาสระหว่างปี 2516-2519 และหนังสือฉบับร่างสำหรับวางตามโรงแรม พ.ศ. 2532, 2517.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **การยกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท มิสเตอร์ก๊อปปี (ประเทศไทย) จำกัด, 2547.

บุญเลิศ ศชายุทธเดช (ช่างใหญ่), **บันทึกส่วนตัว ส.ส.ร. เบื้องหน้า-เบื้องหลัง กว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน**. กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายโรงพิมพ์ บริษัท อัมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์ พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2543.

- บุญเสริม นาคสาร, “การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของคณะรัฐมนตรี”. ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549. หน้า 475-505.
- บุษบง ชัยเจริญวัฒน์ และบุญมี ลี, **รายงานการวิจัยเรื่อง ตัวชี้วัดธรรมาภิบาล**. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2544.
- ประจักษ์ พันธุ์ชูเพชร, **การเมืองและการปกครองของไทย: มิติทางประวัติศาสตร์ และสถาบันทางการเมือง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : มายด์ พับลิชชิ่ง, 2543.
- ประมวล รุจนเสรี, **การใช้อำนาจเป็นธรรมชาติของมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สุเมธ รุจนเสรี, 2547.
- ประมวล รุจนเสรี, **พระราชอำนาจ**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สุเมธ รุจนเสรี, 2548.
- ประเวศ วะสี, **ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นคน ศักยภาพแห่งความสร้างสรรค์**. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2545.
- ประเวศ วะสี, **คุณธรรม-จริยธรรม: ระเบียบวาระแห่งชาติเพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคม**. ปาฐกถาในการประชุมสัมมนาเรื่อง การรวมพลังสร้างประสาคณะคุณธรรม 18 กุมภาพันธ์ 2548. กรุงเทพฯ : มูลนิธิสธารณสุขแห่งชาติ, 2548.
- ประสาร ทองภักดี, **กฎหมายมหาชนตามแนวพุทธศาสตร์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2540.
- ปราณพงษ์ ดิลภัทร, “อำนาจรัฐกับกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ”. ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2549. หน้า 422-474.
- ปรัชญา เวสารัชช์, **เอกสารการสอน สถาบันและกระบวนการทางการเมือง**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2534.
- ปรีดี เกษมทรัพย์, **ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2541.
- ปัญญา อุดชาชน, “ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558”. ใน **วารสารรัฐสภาสาร**, ปีที่ 60 ฉบับที่ 3 เดือนมีนาคม 2555, หน้า 7-37.
- ปัญญา อุดชาชน, “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”. ในหนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันที่ 6 ธันวาคม 2556.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล, “นิติรัฐไม่เหมือนกับนิติธรรม”, ในหนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ ฉบับวันที่ 9 เมษายน 2552.
- พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, **รัฐธรรมนูญและการปกครอง**, วารสารสังคมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2534.

พรชัย เลื่อนฉวี, **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “รัฐธรรมนูญไทยกฎหมายสูงสุดที่ไม่สูงสุด”. เข้าถึงได้จาก : www.pub-law.net, เมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2551.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส”. ใน **OK NATION BLOC**, สืบค้นจาก www.oknation.net/blog/print.php?id=75404 เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2556

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), **รัฐศาสตร์และจริยธรรมนักการเมืองแนวพุทธ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มูลนิธิพุทธธรรม, 2548.

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), **ธรรมาธิปไตยไม่มาจึงหาประชาธิปไตยไม่เจอ (จุดบรรจบรัฐศาสตร์กับนิติศาสตร์)**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มูลนิธิพุทธธรรม, 2549.

พระสิทธินิติธาดา (พ.ต.ท. ชลัช พรหมะวัน), **การพัฒนากฎหมายมหาชนโดยพระธรรมวินัยและหลักธรรมทางพุทธศาสนาในการปฏิรูปสังคมไทย**. วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยปทุมธานี, 2551.

พฤทธิสาณ ชุมพล, **ระบบการเมือง: ความรู้เบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

พิมพ์พิมพ์ นวชัย, “ความแตกต่างของหลักนิติรัฐ นิติธรรม”, ใน **Wanwila in da house**. สืบค้นเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2556 จาก <http://wanwila.exteen.com/20110911/entry>.

พิเศศ บูรณะสมบัติ, **ประวัติศาสตร์การปกครองของไทย (ตั้งแต่สมัยเริ่มแรกถึงเปลี่ยนเป็นประชาธิปไตย พ.ศ. 2475)**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท รวมสาส์น จำกัด, 2547.

โกคิน พลกุล, “นิติรัฐกับประชาสังคม”. ใน **PUBLIC LAW. NET**. วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2546.

โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549.

ยินดี วิชรพงศ์ ต่อสุวรรณ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพให้ประชาชนเป็นผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเอง”. ใน **ผู้จัดการออนไลน์**, 28 สิงหาคม 2555. สืบค้นเมื่อวันที่ 14 มกราคม 2557 จาก www.manager.co.th/daily/viewnews.aspx?NewsID...

มนตรี รูปสุวรรณและคณะ, **รายงานการวิจัยเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารและเสถียรภาพของรัฐบาล”**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

มนตรี รุปลสุวรรณ, **บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2550.

มนตรี รุปลสุวรรณ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554.

มยุรี จำจรัส, **การจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550**. วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2550.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law)**. พิมพ์ครั้งที่ 27. นนทบุรี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2544.

มานิต จุมปา, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.

มานิตย์ จุมปา, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พี. เจ. เพลท โพรเซสเซอร์, 2541.

มานิต จุมปา, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

มานิต จุมปา, **คู่มือสอบเนติบัณฑิต กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

มานิต จุมปา, **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

รวินท์ สิละพัฒนนะ, **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น: อธิบายหลักกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, **คู่มือการเมืองไทย**. กรุงเทพมหานคร : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2544.

รัชยา ศานติยานนท์ และคณะ, **รายงานการวิจัย เรื่อง รูปแบบใหม่ของการบริหารจัดการที่ดี ในมหาวิทยาลัย**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

รัตพงษ์ สอนสุภาพ, “**ธรรมาภิบาลทางการเมือง**”. ใน **กรุงเทพธุรกิจ**, 15 พฤษภาคม 2549, หน้า 15.

รายงานพิเศษสำนักข่าวอิศรา, **คำวินิจฉัยฉบับเต็ม “กม.สืบพยานต่างประเทศ” ชัดหลักนิติธรรมใน รธน.** ในหนังสือพิมพ์แนวหน้า, วันพุธที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2556. สืบค้นเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2556 จาก www.naewna.com/politic/50279.

รูตอล์ฟ โดล์เซอร์, “**วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี: กรณีการใช้สิทธิของประชาชนยื่นฟ้องคดีรัฐธรรมนูญ**”. ใน **ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน : รวมบทความทางวิชาการของสำนักงาน**

ศาลรัฐธรรมนูญในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 12 ปี. กรุงเทพมหานคร, บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2553: หน้า 3-11.

เรื่องวิทย์ เกษสุวรรณ, “วิกฤติ ก.ก.ต. วิกฤติชาติ”. ใน มติชนรายวัน, 20 พฤษภาคม 2549 หน้า 9.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักความชอบด้านกฎหมายและดุลพินิจของฝ่ายปกครอง : หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2543

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”, ในหนังสือ คู่มือการศึกษาวินิจฉัยกฎหมายปกครอง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2547.

วรภัทร โตรณะเกษม, “การสร้าง Good Governance ในองค์กร”. ในวารสาร กสท., ตุลาคม 2542.

วรรณมา สุพรรณธนะริตา, “ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากับการจัดทำคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ”. ใน PUBLIC LAW. NET. 7 เมษายน 2556. สืบค้นจาก pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=900 เมื่อวันที่ 22 ตุลาคม 2556.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ”. ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปีธรรมศาสตร์จารย์สัญญาธรรมศักดิ์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 191-201.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พฤษภาคม 2550.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม”, ในวารสารฟ้าเดียวกัน ปีที่ 7 ฉบับที่ 4 ตุลาคม-ธันวาคม 2552: หน้า 67-87.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”. ใน PUBLIC LAW NET, วันที่ 31 มกราคม 2553. สืบค้นจาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx>, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2556.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), **นิติรัฐ นิติธรรม**, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553 : หน้า 318-342.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- วิกรม เมฆานนท์, “อัยการเมืองอังกฤษ”. ใน **ตุลพาท** เล่ม 12 ปีที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2489, หน้า 85-89.
- วิชัย วิวิตเสวี, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในมุมมองทฤษฎีรัฐธรรมนูญ”. ใน **สำนักข่าวอิศรา**, วันพุธที่ 27 พฤศจิกายน 2556. สืบค้นจาก www.isranews.org/เรื่องเด่น/item/20893-constitutional-court-1.html, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2556.
- วิชัย วิวิตเสวี, ชุมพิชา วิวิตเสวี และสาทิสมโนภินิเวศ, **สิทธิขั้นพื้นฐานกับสถาบันตุลาการ การตีความรัฐธรรมนูญแบบโครงสร้างนิยม**. กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์เดือนตุลา : 2557.
- วีระ โลจายะ, **กฎหมายสิทธิมนุษยชน**. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2522.
- วุฒิชัย จิตตานุ, **กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ**, คุษฏีนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตร์คุษฏีบัณฑิต มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา. กรุงเทพฯ: บริษัท มิสเตอร์ก๊อปปี (ประเทศไทย) จำกัด, 2549.
- วุฒิชัย จิตตานุ, “ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโลก (ตอนหนึ่ง)” ใน **วารสารยุติธรรมปริทัศน์** เข้าถึงได้จาก <http://www.library.coj.go.th/indexarticle2.php?ldmain> .
- วิทยากร เชียงกุล และพรภิรมณ์ เอี่ยมธรรม เชียงกุล, **คำอธิบายศัพท์ปรัชญาการเมืองและสังคม: Dictionary of Political and Social Philosophy**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2543.
- วิรัช วิรัชนิการวรรณ, “รัฐธรรมนูญไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบฉบับสำคัญ (รวมรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538. ใน **รัฐสภาสาร** 43, 8 (สิงหาคม 2538): 1-71, 2538.
- วิชัย สังข์ประไพ, **หลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
- วินัย พงศ์ศรีเพียร และวีรวัดย์ งามสันติกุล, บรรณาธิการ, **นิติปรัชญาไทย ประกาศพระราชปรารภหลักอินทภาษ พระธรรมศาสตร์ และ On the Laws of Mu'ung Thai or Siam**. จัดพิมพ์เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก

มหาราช และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช พุทธศักราช 2548.
กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สามลดา, 2549.

วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, **วิเคราะห์เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.

วิวัฒน์ คติธรรมนิติย์, **กบฏสันติภาพ**. กรุงเทพมหานคร : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2539.

วิษณุ วัลย์ญ และคณะ, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป, ตำราตามโครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ดอกเป็ย, ตุลาคม 2551.

วิษณุ เครืองาม, “ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน”, ในเอกสารการสอนชุดวิชา**กฎหมายมหาชน**, หน่วยที่ 2, (พิมพ์ครั้งที่ 28). นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545.

วิษณุ เครืองาม. “การใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทย”. ใน **วารสารสหวิทยาการวิจัย : ฉบับบัณฑิตศึกษา ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2555)**, หน้า 1-12.

ศรีภัญญา มงคลศิริ, **ความในใจอุทัย พิมพ์ใจชน**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ทิปปิง พอยท์ จำกัด, 2544.

สกล หาญสุทธิวารินทร์, “การลงมติและกระบวนการตรากฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ : คดีในเยอรมันและฝรั่งเศส”. ใน**หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ**, การเมือง : ทัศนะวิจารณ์, วันที่ 22 ตุลาคม 2556.

สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, **กระบวนการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน : การเมืองภาคพลเมือง**. การประชุมเวทีนโยบายสาธารณะเพื่อเอาชนะความยากจน ครั้งที่ 3/2537, 21 พฤษภาคม 2547 ณ ห้องประชุม สำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. กรุงเทพฯ: ศูนย์ประสานงานเครือข่ายส่งเสริมกระบวนการเสนอกฎหมายภาคประชาชน (สภช.), 2547.

สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, **กระบวนการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย: อำนาจอธิปไตยกับความเป็นจริง**. เอกสารประกอบการประชุมเวทีนโยบายสาธารณะเพื่อเอาชนะความยากจน ครั้งที่ 3/2537, 21 พฤษภาคม 2547 ณ ห้องประชุมสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. กรุงเทพมหานคร : คณะทำงาน โครงการก่อตั้งสถาบันส่งเสริมการปฏิรูประบบยุติธรรมและความเป็นธรรมทางสังคม, 2547.

สถาบันพระปกเกล้า, “สังคมไทยหลังการใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหนึ่งปีครึ่งหลังใช้รัฐธรรมนูญ ใครได้ใครเสีย”. รายงานการสัมมนางานสัปดาห์พระปกเกล้า. กรุงเทพมหานคร : สำนักวิชาการและวิจัยที่ 3, 2542.

สถาบันพระปกเกล้า, **คู่มือของสมาชิกวุฒิสภาสำหรับปราบปรามการทุจริตฯ**. ศูนย์รัฐสภาคานาดาร่วมกับสถาบันพัฒนาเศรษฐกิจแห่งธนาคารโลก ด้วยความสนับสนุนของหน่วยงานคานาดาด้านการพัฒนาระหว่างประเทศ, วิชาการรณ ตูยานนท์ บรรณาธิการ

- ผู้แปล. กรุงเทพมหานคร : ชรรคมลการพิมพ์, 2543.
- สถาบันพระปกเกล้า, รายงานการวิจัยตัวชี้วัดธรรมาภิบาล (Indicators of Good Governance). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2546.
- สถาบันราชภัฏพระนครศรีอยุธยา, 100 ปี ชาตกาล รัฐบุรุษอาวุโส ปรีดี พนมยงค์ ปุชนียบุคคลของโลก (The Centennial Anniversary of Dr. Pridi Banomyong: Senior Statesman and The World's Great Personality). กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์บพิตรการพิมพ์, 2543.
- สถาบันสยามเพื่อการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรม, ปรีดี พนมยงค์แนววิธีพิจารณาทางรอดของสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร : ประจักษ์การพิมพ์, 2519.
- สนธิ เตชานันท์, แผนพัฒนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยในพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2536.
- สนธิ เตชานันท์, แผนพัฒนาการเมืองไปสู่การปกครองระบอบ “ประชาธิปไตย” ตามแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว. กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2536.
- สนธิ เตชานันท์, พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงสละราชสมบัติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2536.
- สภาร่างรัฐธรรมนูญ, (ร่าง) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับประชาชน สิงหาคม 2540. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมาธิการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, 2540.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, คำอธิบายกฎหมายการคลัง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2542.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 และ 266”. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2542.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, ในวารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (มิถุนายน 2543), หน้า 164-167.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548.

สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมือง: แนวความคิดและการพัฒนา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ เสมาธรรม, 2548.

สมาคมนักเรียนทุนรัฐบาลไทย, วิสัยทัศน์ประเทศไทยด้านการเมือง การปกครอง และกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : รุ่งเรืองรัตน์พรินต์ติ้ง, 2540.

สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555.

สัจจา วาที, ท่านผู้หญิงพูนสุข พนมยงค์ เปิดเผยต่อศาล นายปรีดี พนมยงค์ คือผู้บริสุทธิ์. นนทบุรี : สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, 2532.

สาธิต บำเรอจิต, “นิติรัฐ”. ในสำนักงานเพื่อนนิติทนายความ, วันอังคารที่ 3 พฤศจิกายน 2552.

สาโรช โชติพันธุ์, การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2541.

สันติสุข โสภณศิริ, บรรณธิการ, วิธีประชาธิปไตย. วิธีสังคมไท สรรพนิพนธ์ทางวิชาการเนื่องในวาระหนึ่งทศวรรษ ปรีดี พนมยงค์ ชุดที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

สำนักงาน ก.พ., โครงการส่งเสริมการบริหารจัดการที่ดีโดยกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น, บทความและแนวคิดการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น. กรุงเทพมหานคร : หจก. พิมพ์อักษร, 2543.

สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, พระราชบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542 และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพ) จำกัด, 2545.

สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2556 จาก www2.ect.go.th/modules/m_files_store/download.php?ref...

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ., การปฏิรูประบบราชการ: ยุทธศาสตร์สำคัญของการเปลี่ยนแปลง. กรุงเทพฯ : บริษัท กราฟิคฟอรัม (ไทยแลนด์) จำกัด, 2541.

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ., การปฏิรูประบบราชการ : ทางออกของการแก้ปัญหาและฟันฝ่าวิกฤต. กรุงเทพฯ : บริษัท กราฟิคฟอรัม (ไทยแลนด์) จำกัด, 2542.

สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ., **องค์การมหาชน: มิติใหม่ ของหน่วยงานภาครัฐ**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กราฟิคฟอร์แมท (ไทยแลนด์) จำกัด, 2542.

สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ กระทรวงศึกษาธิการ, **หนังสือเอกสารทางวิชาการ เรื่อง การสืบสานและพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองไทย**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ การศาสนา กรมการศาสนา.สำนักงานพัฒนานโยบายสาธารณะ (2549). อนาคต นโยบายสาธารณะเพื่อประเทศไทยที่ดีกว่า. กรุงเทพมหานคร : บริษัท บพิธิการพิมพ์ จำกัด, 2537.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 (ฉบับเต็มอย่างไม่เป็นทางการ)”. ใน **ไทยรัฐออนไลน์**, วันที่ 25 มีนาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2557 จาก www.thairath.co.th/content/412314.

สำนักนายกรัฐมนตรีนรี, **ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการ บ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542**. กรุงเทพมหานคร : สำนักนายกรัฐมนตรีนรี, 2542.

สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, **สรุปคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 30 พฤษภาคม 2550**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมราชทัณฑ์, 2550.

สำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **พระราชบัญญัติสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ พุทธศักราช 2543**. กรุงเทพมหานคร : บริษัท เพชรรุ่งการพิมพ์ จำกัด, 2544.

สำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **ระเบียบการสมัครเข้ารับการคัดเลือก เป็นองค์กรผู้มีสิทธิเสนอชื่อสมาชิกสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พุทธศักราช 2543**. กรุงเทพฯ : บริษัท เพชรรุ่งการพิมพ์ จำกัด, 2544.

สำนักเลขาธิการรัฐสภา, **รวมกฎหมายรัฐธรรมนูญ เล่ม 1 (2475-2502)**. รวบรวมโดย ศูนย์บริการทางวิชาการและกฎหมาย, 2534.

สำนักเลขาธิการรัฐสภา, **รวมกฎหมายรัฐธรรมนูญ เล่ม 2 (2511-2534)**. รวบรวมโดย ศูนย์บริการทางวิชาการและกฎหมาย, 2534.

สำนักเลขาธิการรัฐสภา, “**รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2550**” ครั้งที่ 22/ 2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550.

สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, **สรุปผลงานวุฒิสภา ปี 2536**. กรุงเทพฯ: บริษัท พชรกานต์ พับลิเคชั่น, 2536.

สำนักเลขาธิการวุฒิสภา, **ขั้นตอนและวิธีการสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (คณะแรก) ของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2544.

สิงห์ ทองจอก. “การใช้ หลักนิติธรรมในประเทศไทย”. ใน **หนังสือพิมพ์สยามรัฐ ฉบับวัน อังคารที่ 14 เดือนธันวาคม พ.ศ. 2553** หน้า 6.

สิทธิกร ศักดิ์แสง, “การยกเลิกกฎหมายนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักนิติรัฐหรือไม่”.

ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยตาปี ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 เมษายน-มิถุนายน 2550.

สิทธิกร ศักดิ์แสง, การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

สิทธิพร เสาภาน, “สิทธิการยื่นร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”. ในศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2553. หน้า 31.

สีหนาท ประยูรรัตน์ และคณะ, การสร้างความร่วมมือในการปราบปรามคอร์รัปชัน. เอกสารประกอบการสัมมนาผลการศึกษา วันที่ 15 มิถุนายน 2548 ณ โรงแรมทวิน ทาวเวอร์ กรุงเทพมหานคร.

สุธาชัย ยิ้มประเสริฐ (บรรณาธิการ), 60 ปีประชาธิปไตยโดยคณะกรรมการ 60 ปีประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ศรีเอทีพี พับลิชชิ่ง จำกัด, 2536.

สุพัฒน์ ชุ่มช่วย, อุดมการณ์ธรรมาธิปไตย: การเมืองทางเลือกใหม่เติบโตจากรากเหง้าภูมิปัญญาไทยแต่ดั้งเดิม. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สินธนา ก๊อปปี้ เซ็นเตอร์ จำกัด, 2547.

สุรพล นิตไกรพจน์, “ภาพจริง-ภาพลวง: สังคมแห่งนิติรัฐ”, ปาฐกถาพิเศษโครงการสัมมนาทางวิชาการติดตามนโยบายสาธารณะเรื่อง “4 ปีประเทศไทย: ภาพจริง-ภาพลวง?” วันพุธที่ 10 พฤศจิกายน 2547 ณ สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย. สืบค้นจาก http://www.tja.or.th/index.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D357:2009-09-30-07-, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2556.

สุรพล ศรีวิทยา, รายงานการวิจัยเรื่อง การปฏิรูปประชาธิปไตยไทยภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญฉบับธรรมาธิปไตย. ปทุมธานี : สำนักวิจัย มหาวิทยาลัยรังสิต, 2557.

สุรพล ศรีวิทยา และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่อง การศึกษาแนวทางแก้ไขและป้องกันการทุจริตในภาคเอกชนไทยของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ภารกิจวิทยาการสาขานิติศาสตร์, 2557.

สุรียา วีรวรงค์, “ระเบียบวิธีวิจัย: วิธีการและเทคนิคของการวิจัยเชิงปฏิบัติการแบบมีส่วนร่วม”, ใน การวิจัยปฏิบัติการแบบมีส่วนร่วม. เขียวรัตน์ ปรปักษ์งามและสมใจ ประมาณผล (ผู้รวบรวม): หน้า 41-61. นครปฐม : สถาบันพัฒนาการสาธารณสุขอาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล, 2536.

- เสน่ห์ จามริก, **รัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย และ 60 ปีประชาธิปไตยไทย**. กรุงเทพฯ : บริษัท อัมรินทร์พริ้นติ้งกรุ๊ป จำกัด, 2535.
- เสน่ห์ จามริก, **สิทธิมนุษยชน: เกณฑ์คุณค่าและฐานความคิด (Human Rights: Value and Concepts)**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- เสน่ห์ จามริก, **สิทธิมนุษยชน : เส้นทางสู่สันติประชาธรรม**. กรุงเทพฯ : โครงการจัดพิมพ์ คบไฟ, 2543.
- เสน่ห์ จามริก, “สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย” เอกสารโรเนียวปรับปรุงจากปาฐกถานำเนื่องในการประชุมเสวนา “วาระครบ 3 รอบปีรัฐธรรมนูญของประชาชน: ทบทวนวาระสำหรับสิทธิมนุษยชน”, จัดโดย Friedrich Ebert Stiftung, 15 พ.ย. 2543 โรงแรมเจ้าพระยาพาร์ค, กรุงเทพฯ, 2548.
- เสนาะ เอกพจน์, “THE RULE OF LAW”. ใน **คูลพาท ปีที่ 8 เล่มที่ 9** กันยายน พ.ศ. 2540, หน้า 982-1003.
- เสนาะ เอกพจน์, “The Rule of Law”, ใน **เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐนิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบ การสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), “คำอธิบายกฎหมายปกครอง.” ใน **ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์**. กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- หอสมุดรัฐสภา, **รัฐธรรมนูญไทย**. กรุงเทพมหานคร : กองการพิมพ์สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, 2538.
- หอสมุดรัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกา <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/DredScott.html> “Dred Scott v. Sandford”.
- หนังสือพิมพ์ไทยโพสต์, “พูดจากาษาโลก ครบรอบ 40 ปี Roe vs. Wade”. ใน **คอลัมน์ต่างประเทศ** วันอาทิตย์ที่ 27 มกราคม 2556. สืบค้นจาก www.thaipost.net/sunday/270113/68662 เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2557.
- อมร จันทรมบูรณ, **คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร, 2541.
- อมร จันทรมบูรณ, **เอกสารประกอบคำบรรยาย เรื่องกฎหมายมหาชนกับทิศทางของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2543.
- อมร รักษาสัตย์, **ประชาธิปไตยในมือมาร**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมนิติ, 2535.
- อมร รักษาสัตย์, **ประชาธิปไตยยุคหลักภัย**. กรุงเทพมหานคร : สมาคมรัฐศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2537.
- อมร รักษาสัตย์ และคณะ, **อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.



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