



Constitutional Court Journal

วารสาร

ศาลรัฐธรรมนูญ

ISSN 1513-1246

ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน พ.ศ.2560

ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

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

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ
Constitutional Court Journal

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
Office of The Constitutional Court

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

Constitutional Court Journal

ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม - เมษายน 2560

ISSN 1513-1246

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

พิมพ์ครั้งที่ 1

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

กรกฎาคม 2560

ราคา 120 บาท

พิมพ์ที่ : บริษัท ธนาเพรส จำกัด

9 ซอยลาดพร้าว 64 แยก 14 แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

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

E-mail : tanapress@gmail.com

บทบรรณาธิการ

วารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้นับเป็นฉบับแรกของปีที่ 19 ยังคงเผยแพร่บทความที่เกี่ยวข้องกับด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนด้านอื่นๆ อย่างต่อเนื่อง เพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า วิจัย และอ้างอิงทางวิชาการ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ เล็งเห็นความสำคัญของการส่งเสริมและสนับสนุนความรู้ด้านรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนด้านอื่นๆ เสมอมา วารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงได้รวบรวมบทความทางวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ และกฎหมายมหาชน จำนวน 16 บทความ ซึ่งล้วนเป็นบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิในแวดวงวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน และด้านการบริหารราชการแผ่นดินหวังเป็นอย่างยิ่งว่าทุกบทความที่รวบรวมลงตีพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะเกิดประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ในด้านนั้นๆ ต่อไป ท้ายที่สุดนี้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความยินดีขอเชิญชวนทุกท่านได้ร่วมส่งบทความทางวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ โดยสามารถส่งต้นฉบับบทความทางวิชาการในช่องทางต่างๆ ดังนี้

1. ส่งในรูปแบบเอกสาร จำนวน 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดีที่บรรจุเอกสารบทความทางวิชาการ โดยส่งไปที่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

2. ส่งในรูปแบบไฟล์เอกสารเวิร์ดทาง E-mail : journal@constitutionalcourt.or.th

ทั้งนี้ สามารถสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่โทรศัพท์หมายเลข 0 2141 7675 และ 0 2141 7681 ในวันเวลาราชการ

บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

- หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ 1
กรพจน์ อัครวินวิจิตร
- “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” : ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ 13
ชาญชัย แสวงศักดิ์
- การจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐกับคุณภาพของศาลรัฐธรรมนูญ 40
เชาวนะ ไตรมาศ
- ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ ตามหลักนิติธรรม 56
เดชาภิวัดน์ ณ สงขลา
- การปล่อยชั่วคราว: มาตรการผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย
ระหว่างการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมไทย 69
นิพนธ์ ใจสำราญ
- “หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ” 88
บรรเจิด ลิงคะเนติ
- ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ 103
บรรพต จงเจริญประเสริฐ
- การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม 116
บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
- ศาลรัฐธรรมนูญค้ำชูหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ 131
ปัญญา อุดชาชน
- หลักนิติธรรมในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปฏิรูป 142
เลิศรัตน์ รัตนวานิช

- การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย..... 152
สมคิด เลิศไพฑูรย์
- หลักนิติธรรมในโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ
ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท..... 173
สุภา ปิยะจิตติ
- หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
(The Rule of Law and the amendment of the constitution) 200
สุรชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย
- หลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการ..... 228
สุรพันธ์ บุรานนท์
- หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 249
สมเจตน์ บุญถนอม
- การพัฒนาหลักนิติธรรมในระบบศาลยุติธรรมของไทย..... 277
เอกชัย ชินฉนพงศ์

หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ

กรพจน์ อัครวินิจิตร*

บทคัดย่อ

สาระสังเขป

ความเสมอภาคเท่าเทียม ความต่อเนื่อง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงที่เป็นสากลและทันสมัยตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองหรือรัฐที่จะต้องดำเนินการบริหารจัดการให้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลหรือการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) โดยต้องประกอบไปด้วยกระบวนการจัดทำหรือการตรากฎหมาย (หลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ : *formalistic approach*) ที่ถูกต้อง และเนื้อหาของการจัดทำต้องเป็นธรรม (หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา : *substantive approach*) ที่ตอบสนองต่อประชาชนทุกภาคส่วนโดยรวม ทั้งนี้ ก็เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เป็นที่ยอมรับและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ซึ่งจะสามารถช่วยลดความเหลื่อมล้ำของสังคมและเศรษฐกิจได้ และเพื่อให้ผู้ด้อยโอกาสในสังคมหรือผู้มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะและทรัพยากรของชาติได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ทั้งด้านการศึกษา สุขภาพอนามัย การทำงาน การมีรายได้ รวมถึงโอกาสในการมีส่วนร่วมในธุรกรรมทางเศรษฐกิจสมัยใหม่ ตลอดจนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการบริการทางสังคม และเมื่อประชาชนได้เข้าถึงการบริการสาธารณะที่มีคุณภาพตรงตามความต้องการแล้ว ก็ย่อมส่งผลให้ประชากรของประเทศสามารถพัฒนาตนเองให้เป็นประชากรที่มีคุณภาพไม่เป็นภาระกับภาครัฐและสังคม

คำสำคัญ “เท่าเทียม ต่อเนื่อง ทันสมัย ตามหลักนิติธรรม”

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

บทนำ

กระแสโลกาภิวัตน์และการบริโภคนิยมในปัจจุบัน ทำให้ประเทศไทยประสบความสำเร็จในการทำให้จำนวนประชากรที่ยากจนมีจำนวนลดลง โดยคนส่วนใหญ่มีความเป็นอยู่และความมั่งคั่งดีขึ้นจากการเจริญเติบโตทางสังคมและทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตามแม้สังคมไทยและเศรษฐกิจของประเทศจะประสบความสำเร็จในการแก้ไขภาวะความยากจนเชิงรายได้ในระดับหนึ่ง แต่ในการแก้ปัญหาความเหลื่อมล้ำของรายได้กลับไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร กล่าวคือ สังคมไทย ยังคงมีความเหลื่อมล้ำและความไม่เท่าเทียมกันในหลาย ๆ ด้านหลายมิติ ทำให้ประชากรที่มีรายได้น้อยไม่สามารถเข้าถึงทรัพยากรการบริการสาธารณะของรัฐ รวมถึงการให้บริการที่มีประสิทธิภาพจากภาครัฐได้กรณีดังกล่าวรวมทั้งปัญหาการเมืองที่คุกรุ่นและส่อเค้าทวีความรุนแรงมากขึ้นในช่วงกว่าสิบปีที่ผ่านมาได้ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม อันเป็นเหตุให้เกิดความยุ่งยากของอีกหลากหลายปัญหาไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ สังคม และความเป็นธรรม

การลดปัญหาความเหลื่อมล้ำและช่องว่างดังกล่าวเป็นจึงเป็นภารกิจของรัฐ และฝ่ายปกครองที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ไม่ว่าจะป็นหน้าที่จัดระบบสวัสดิการสังคมให้แก่ประชาชนทุกคนทั้งด้านการศึกษา สุขภาพอนามัย การทำงาน การมีรายได้ รวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการบริการทางสังคม เพราะเมื่อเราพิจารณาสภาพของกิจการต่าง ๆ แล้ว ย่อมไม่อาจจะบรรลุผลสำเร็จตามเป้าประสงค์ได้เลยหากปราศจากอำนาจและหน้าที่ของรัฐที่มีอยู่ตามกฎหมายซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนทั่วไปได้ การดำเนินการดังกล่าวข้างต้นก็คือ “การบริการสาธารณะ” นั่นเอง ซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดให้มีความเหมาะสม มีคุณภาพ และมีความเป็นธรรม โดยหลักสำคัญอย่างยิ่งเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมดังที่ได้กล่าวมานี้ นั่นก็คือ **หลักนิติธรรม (Rule of Law)** นั่นเอง

หลักนิติธรรม (Rule of Law)

คำว่า “**หลักนิติธรรม**” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า Rule of Law ซึ่งมีผู้ให้คำแปลไว้หลากหลาย อาทิ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” บ้างก็แปลว่า “หลักการปกครองด้วยกฎหมาย” หรือ “หลักแห่งกฎหมาย” หรือ “หลักกฎหมาย” “กฎของกฎหมาย” “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย” “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย” “หลักธรรม” “หลักธรรมแห่งกฎหมายหรือนิติปรัชญา” “นิติธรรมวินัย” “ธรรมะแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติสดมภ์” ฯลฯ แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไปคือคำว่า “**หลักนิติธรรม**”¹ แม้ว่า

¹ Law Reform Commission of Thailand [Online], Available : <http://www.lrc.t.go.th/th/?p=5716>

หลักนิติธรรมเป็นที่อ้างอิงอย่างมากในปัจจุบันแต่เป็นที่น่าสงสัยว่า “หลักนิติธรรม” ตามความหมายของผู้กล่าวอ้างตรงกับนิยามของคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่นักปรัชญาหรือนักนิติศาสตร์เคยให้นิยามไว้หรือไม่ โดยความหมายของหลักนิติธรรมนั้น มีอยู่สองความหมายคือ 1. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ (formalistic approach) และ 2. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา (substantive approach)

1. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ (formalistic approach)

ในยุคแรกการอธิบายคำว่า “หลักนิติธรรม” จะเน้นที่กระบวนการตราและบังคับใช้กฎหมาย โดยหลักนิติธรรมเป็นที่เริ่มรู้จักในศตวรรษที่ 19 โดยศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวอังกฤษ Albert V. Dicey² หลักนิติธรรมในความหมายของ Dicey นั้นประกอบไปด้วยหลัก 3 ประการ คือ

(1) บุคคลไม่อาจถูกลงโทษทางอาญาจากการฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบและได้รับการตัดสินโดยศาลยุติธรรม³

(2) หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็เจ้าหน้าทีหรือประชาชนอยู่ภายใต้ศาลเดียวกันคือศาลยุติธรรม

(3) หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองโดยศาลยุติธรรม⁴

หลักแรกนั้น อาจมีความสับสนอยู่บ้างเพราะมีหลายองค์ประกอบทำให้หลักนิติธรรมอาจหมายถึงหลักความสูงสุดของกฎหมายธรรมดา ซึ่งหมายความว่า บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันไม่ว่าจะจนหรือรวย หรืออาจหมายถึงการที่กฎหมายนั้นตราขึ้นโดยชอบ โดยเน้นที่กระบวนการตรากฎหมายและไม่พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมาย หรืออาจหมายถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยการให้ศาลเป็นผู้ตัดสินว่าบุคคลนั้นสมควรได้รับการลงโทษหรือไม่⁵ ส่วนหลักที่สองและสามนั้นอธิบายถึงความหมายของหลักนิติธรรมที่มีความชัดเจนเพียงพอ

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” ในรพี '51 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551, 25.

³ Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>, 13 กุมภาพันธ์ 2557

⁴ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 26.

⁵ อ้างแล้วและ Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>

ดังนั้น จึงอาจสรุปอย่างกว้าง ๆ ได้ว่าความหมายแรกของหลักนิติธรรมเน้นที่กระบวนการตราและกระบวนการบังคับใช้กฎหมาย หากกฎหมายตราขึ้นโดยฝ่าฝืนกระบวนการที่กำหนดไว้หรือการบังคับใช้กฎหมาย เช่น การจับหรือคุมขังฝ่าฝืนกระบวนการตามกฎหมาย ย่อมเป็นการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการนี้ไม่ให้ความสำคัญกับเนื้อหาของกฎหมายว่าเป็นธรรมหรือไม่เพียงใด เพราะฉะนั้นแม้กระทั่งกฎหมายที่ปรากฏการเลือกปฏิบัติ เช่น กฎหมายกีดกันคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ก็เป็นกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมได้หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นถูกต้องตามกระบวนการ⁶

2. ความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา (substantive approach)

จากความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการนั้น ทำให้สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law theorists) เกิดความคับข้องใจว่า หลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้เพราะระดับคุณธรรมของกฎหมายขึ้นอยู่กับผู้ตรากฎหมายเท่านั้นซึ่งเป็นการพึ่งพาตัวบุคคลผู้ร่างกฎหมายมากเกินไป หากผู้ตรากฎหมายคำนึงถึงเนื้อหาของกฎหมายก็เป็นการดีหากไม่ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อนได้

หลักการนี้มีอิทธิพลมาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ซึ่งประกาศไว้ชัดเจนว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะทำการใด ๆ ที่กฎหมายไม่ห้ามและกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นเครื่องจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนได้ โดยกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็เพื่อความสงบสุขของสังคมเท่านั้นการจำกัดเสรีภาพตามอำเภอใจของผู้ปกครองจะทำได้ไปอีกต่อไป ทั้งการตรากฎหมายต้องเป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชน⁷

ปรมาจารย์ด้านกฎหมาย Lon Fuller ได้อธิบายว่าหลักนิติธรรมนั้น ประกอบด้วย 8 ข้อดังต่อไปนี้

- (1) ทุกคนต้องเคารพกฎหมายที่มีอยู่
- (2) กฎหมายต้องประกาศให้ทราบล่วงหน้าโดยทั่วกัน
- (3) กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลัง
- (4) กฎหมายต้องบัญญัติไว้ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจโดยมิชอบ
- (5) กฎหมายต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง
- (6) กฎหมายต้องไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

⁶ David Ingram, *Law: Key Concepts in Philosophy*, Continuum: 2007, 33.

⁷ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 27

(7) กฎหมายต้องยื่นยั้งคงอยู่เพื่อให้หยั่งรากลึกในสังคมแต่ต้องปรับตัวให้เข้ากับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมได้

(8) การบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่ประกาศไว้ทุกประการ⁸

จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมของ Lon Fuller ประกอบไปด้วยทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ สำนักกฎหมายธรรมชาติจึงเกิดแนวคิดที่ว่ากฎหมายจะประกอบไปด้วยหลักนิติธรรมเมื่อเนื้อหาของกฎหมายนั้นเองมีความเป็นธรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาพิจารณาทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายกีดกันคนสีผิว (กฎหมายที่มี racial discrimination) ไม่สามารถเป็นไปตามหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาได้เลย แม้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบทุกกระบวนการก็ตาม

3. หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁹

โดยมาตรา 3 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับได้จะต้องตราขึ้นโดยชอบ ดังนั้นหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง จึงหมายถึงหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มาตรา 3 วรรคสอง ได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย ความในบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐจึงย่อมาหมายความว่า กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามนั้น จะต้องมีความเป็นธรรมด้วย (มี morality of law) มิฉะนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจะเป็นธรรมและเป็นไปตามหลักนิติธรรมได้อย่างไร

ดังนั้น หลักนิติธรรมตามความหมายในมาตรา 3 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญฯ จึงหมายความว่ารวมทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องและเนื้อหาของกฎหมายต้องเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติและตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันได้ด้วย

⁸ บวรศักดิ์, อ้างแล้ว, 29

⁹ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ, “ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม”, เอกสารวิจัยส่วนบุคคลหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับการบริการสาธารณะของรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การลดปัญหาความเหลื่อมล้ำและช่องว่างดังกล่าวเป็นภารกิจของรัฐที่ต้องจัดทำขึ้น เพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่จัดระบบสวัสดิการสังคมให้แก่ประชาชนทุกคน รวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการบริการทางสังคม อันมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดให้มีความเหมาะสมมีคุณภาพและมีความเป็นธรรมตามหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวก็คือ “การบริการสาธารณะ” นั่นเอง

ความหมายของการบริการสาธารณะ (Public Service)

“การบริการสาธารณะ” หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรืออยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน¹⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือโดยเอกชน ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจในการกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ ทั้งนี้ บริการสาธารณะแบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ดังนี้ คือ

1. บริการสาธารณะปกครอง คือ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องการดูแลความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชน ซึ่งรัฐหรือฝ่ายปกครองจัดทำให้ประชาชนโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน นอกจากนี้เนื่องจากเนื้อหาของบริการสาธารณะทางปกครองจะเป็นเรื่องที่เป็นหน้าที่เฉพาะของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยเทคนิคพิเศษ รวมทั้งอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชนในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย

ดังนั้นบริการสาธารณะประเภทนี้ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนได้ ตัวอย่างบริการสาธารณะทางปกครองดังกล่าวข้างต้น เช่น กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การสาธารณสุข การอำนวยความสะดวก การต่างประเทศ และการคลัง เป็นต้น ซึ่งแต่เดิมนั้น บริการสาธารณะทุกประเภทจัดว่าเป็นบริการสาธารณะทางปกครองทั้งสิ้น

แต่ต่อมาเมื่อกิจกรรมเหล่านี้มีมากขึ้น และมีรูปแบบและวิธีการในการจัดทำที่แตกต่างกันออกไปจึงเกิดประเภทใหม่ ๆ ของบริการสาธารณะขึ้นมาอีก

¹⁰ ประยูร กาญจนกุล, “คำบรรยายกฎหมายปกครอง”, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533

2. **บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม** คือ บริการสาธารณะที่เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการและมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน (วิสาหกิจเอกชน) ซึ่งมีความแตกต่างกับบริการสาธารณะทางปกครองอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ

(1) **วัตถุประสงค์บริการ** บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวัตถุประสงค์แห่งบริการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนในประเทศแต่เพียงอย่างเดียว ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีวัตถุประสงค์ด้านเศรษฐกิจเหมือนกับวิสาหกิจเอกชน คือ เน้นทางด้านการผลิต การจำหน่าย การให้บริการ และมีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับดังเช่นกิจการของเอกชน

(2) **วิธีปฏิบัติงาน** บริการสาธารณะทางปกครองจะมีวิธีปฏิบัติงานที่รัฐสร้างขึ้นมาเป็นแบบเดียวกันมีระบบบังคับบัญชาซึ่งใช้กับผู้ปฏิบัติงานทุกคน ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีวิธีปฏิบัติงานที่สร้างขึ้นมาจากแตกต่างไปจากบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวและเหมาะสมในการดำเนินการ

(3) **แหล่งที่มาของเงินทุน** บริการสาธารณะทางปกครองจะมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียว โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบเงินทุนทั้งหมดที่นำมาใช้จ่ายในการดำเนินการส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น แหล่งรายได้ส่วนใหญ่จะมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ

(4) **ผู้ใช้บริการ** สถานภาพของผู้ใช้บริการสาธารณะทางปกครองนั้นจะถูกกำหนดโดยกฎข้อบังคับทั้งหมด ซึ่งรวมถึงตั้งแต่การกำหนดองค์กร การจัดองค์กรและการปฏิบัติงาน ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการสาธารณะประเภทนี้จึงมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มีเงื่อนไขและไม่เท่าเทียมกันในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการของบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะมีลักษณะเสมอภาคกัน เพราะถูกกำหนดโดยสัญญาตามกฎหมายเอกชน

3. **บริการสาธารณะทางสังคมและวัฒนธรรม** คือ บริการสาธารณะที่เป็นการให้บริการทางสังคมและวัฒนธรรมที่ต้องการความอิสระคล่องตัวในการทำงานโดยไม่มุ่งเน้นการแสวงหากำไร เช่น การแสดงนาฏศิลป์ พิพิธภัณฑสถาน การกีฬา การศึกษาวิจัย ฯลฯ

ดังนั้น การบริการสาธารณะจึงเป็นการดำเนินการของรัฐหรือฝ่ายปกครองในกิจการที่อยู่ในความอำนาวยการหรือในกำกับดูแลของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนทุกคน ทั้งด้านการศึกษา สุขภาพอนามัย การทำงาน การมีรายได้ รวมถึงการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และการบริการทางสังคม โดยรัฐหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้เหมาะสม และมีคุณภาพ เพื่อสนองต่อความจำเป็นขั้นพื้นฐานของประชาชนให้มีคุณภาพที่ดีขึ้น และสามารถพึ่งตนเองได้อย่างทั่วถึง เหมาะสม และเป็นธรรม อันจะเป็นการช่วยลดความเหลื่อมล้ำของสังคมและรายได้ รวมถึงทำให้เศรษฐกิจโดยรวมดีขึ้น เมื่อผู้มีรายได้น้อยหรือผู้ด้อยโอกาสในสังคม

สามารถเข้าถึงการบริการสาธารณะต่าง ๆ ได้อย่างทั่วถึง เหมาะสมและมีคุณภาพ ก็จะทำให้บุคคลเหล่านั้นสามารถพัฒนาตนเองให้เจริญเติบโตเป็นทรัพยากรของชาติที่มีคุณภาพต่อไป

โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องดำเนินการตามหลักนิติธรรม ดังนั้น หลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะจึงได้ถูกสร้างขึ้นมาให้มีส่วนคล้ายกับหลักทั่วไปของกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงสถานภาพของบริการสาธารณะ กฎเกณฑ์ของบริการสาธารณะ อันประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ

1. หลักว่าด้วยความเสมอภาค

เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน เช่น การให้บริการแก่ประชาชน การรับสมัครงาน รัฐต้องให้บริการสาธารณะโดยเท่าเทียมกัน จะเลือกปฏิบัติให้แก่ผู้นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง หรือสีผิว หรือเพศใดเพศหนึ่งมิได้ เพราะจะขัดกับหลักการดังกล่าว

2. หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน ดังนั้นหากบริการสาธารณะหยุดชะงักลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหายได้ ดังนั้นต้องมีความต่อเนื่องตลอดเวลา เช่น การไฟฟ้าจะมีการนัดหยุดงานเพื่อเรียกร้องเงินเดือน โดยไม่ยอมจ่ายไฟฟ้าให้แก่ท้องถิ่นย่อมทำไม่ได้ เพราะอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนในท้องถิ่นนั้น นอกจากนี้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องยังมีผลกระทบต่อสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ เมื่อมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นมีผลทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายปกครองให้จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองอาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้ เพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองก็จะเข้าดำเนินการเองเพื่อให้เกิดความต่อเนื่อง หรือหากเป็นกรณีที่เอกชนต้องรับภาระมากขึ้น ฝ่ายปกครองก็อาจต้องเข้าไปร่วมรับภาระกับเอกชน เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องด้วยเช่นเดียวกัน

3. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถปรับปรุงแก้ไขได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และความจำเป็นในทางปกครอง ที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะรวมทั้งปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชนด้วย เช่น เอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองให้เดินรถประจำทางแต่เดิมใช้รถประจำทาง 3 คันก็เพียงพอ แต่เมื่อเวลาผ่านไปจำนวน

ผู้ใช้บริการก็มีมากขึ้น ความต้องการก็มากขึ้น ย่อมต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันสมัย ถ้าไม่ปรับปรุงฝ่ายปกครองก็อาจบอกเลิกสัญญากับเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองนั้นได้

จากหลักการเรื่องการทำบริการสาธารณะ ซึ่งรัฐหรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้เกิดประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกและสนองตอบต่อตามความต้องการ เกิดผลสัมฤทธิ์ มีประสิทธิภาพ และเกิดความคุ้มค่าสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และมีประสิทธิภาพสูงสุด รัฐหรือฝ่ายปกครองจึงมีภารกิจที่จะต้องดำเนินการบริหารจัดการให้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลหรือการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance)

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance)¹¹

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific : UNESCAP ได้ให้นิยามคำว่าธรรมาภิบาล (Good Governance) ว่ามีองค์ประกอบ 8 ประการดังนี้ การมีส่วนร่วม (Participation) นิติธรรม (Rule of Law) ความโปร่งใส (Transparency) การตอบสนอง (Responsiveness) การมุ่งเน้นฉันทามติ (Consensus Oriented) ความเสมอภาค/ความเที่ยงธรรม และไม่ละเลยบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดออกไปจากสังคม (Equity and Inclusiveness) ประสิทธิภาพ และประสิทธิผล (Effectiveness and Efficiency) และภาระรับผิดชอบ (Accountability) ต่อมาในปี ค.ศ. 1997 United Nations Development Programme: UNDP ได้ทบทวนและให้นิยามใหม่ว่าเป็นเรื่องของการใช้อำนาจทางการเมือง เศรษฐกิจและการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจัดการกิจการของประเทศชาติบ้านเมือง รวมทั้งยังได้กำหนดคุณลักษณะของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือธรรมาภิบาล ซึ่งได้นำเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนามนุษย์เข้ามารวมไว้ด้วย

สำหรับประเทศไทย โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อเดือนพฤษภาคม 2542 ให้ใช้คำว่า “ระบบการบริหารและการจัดการบ้านเมืองที่ดี” หรือ “ธรรมาภิบาล” (Good Governance) โดยคำว่า “ธรรมาภิบาล” ให้ความหมายไปในทางบริหารราชการเพื่อให้แตกต่างจากบรรษัทภิบาล (Corporate Governance) การบริหารจัดการที่ดี คือ ระบบโครงสร้าง กระบวนการต่าง ๆ ที่ได้วางแนวปฏิบัติหรือวางกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม เพื่อให้ส่วนต่าง ๆ ของสังคมมีการพัฒนาและอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขและเป็นธรรมเนื่องจากการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีทุกภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นกลไกภาครัฐภาคธุรกิจเอกชน หรือภาคประชาชนต่างก็เป็นองค์กรรมในการแสดงความคิดเห็นเพราะประชาชนเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรง

¹¹ คณะทำงานส่งเสริมธรรมาภิบาลของ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี [Online], Available : <http://www.socgg.soc.go.th/History2.htm>

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 มีหลักพื้นฐานของการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี 6 ประการคือ

1. **หลักนิติธรรม** ได้แก่ การตรากฎหมาย กฎข้อบังคับต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคมและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับเหล่านี้โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล

2. **หลักคุณธรรม** ได้แก่ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม โดยบรรดาคณะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ ยึดหลักนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นตัวอย่างแก่สังคมและส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนพัฒนาตนเอง ไปพร้อมกัน เพื่อให้คนไทยมีความซื่อสัตย์ จริงใจ ขยัน อดทน มีระเบียบวินัย ประกอบอาชีพสุจริต เป็นนิสัยประจำชาติ

3. **หลักความโปร่งใส** ได้แก่ การสร้างความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคนในชาติ โดยปรับปรุง กลไกการทำงานขององค์กรทุกวงการให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ อย่างตรงไปตรงมาด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวกและมีกระบวนการ ให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องชัดเจนได้

4. **หลักความมีส่วนร่วม** ได้แก่ การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้และเสนอความเห็น ในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของประเทศ ไม่ว่าจะด้วยการแจ้งความเห็น การไต่สวนสาธารณะการแสดง ประชามติหรืออื่น ๆ

5. **หลักความรับผิดชอบ** ได้แก่ การตระหนักในสิทธิหน้าที่ ความสำนึกในความรับผิดชอบต่อ สังคมการใส่ใจปัญหาสาธารณะของบ้านเมืองและกระตือรือร้นในการแก้ปัญหา ตลอดจนการเคารพ ในความเห็นที่แตกต่าง และความกล้าที่จะยอมรับผลจากการกระทำของตน

6. **หลักความคุ้มค่า** ได้แก่ การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดเพื่อให้เป็นประโยชน์ สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยบรรดาคณะให้คนไทยมีความประหยัดใช้ของอย่างคุ้มค่า สร้างสรรค์สินค้าและบริการ ที่มีคุณภาพสามารถแข่งขันได้ในเวทีโลก และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักการธรรมาภิบาลของ United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific : UNESCAP ซึ่งได้กำหนดองค์ประกอบประการหนึ่ง เกี่ยวกับหลักนิติธรรมและมติคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนพฤษภาคม 2542 แล้ว ล้วนกำหนดหลักการ เรื่องของหลักนิติธรรมหรือ Rule of Law เอาไว้ อีกทั้งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้าง ระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ก็ได้กำหนดหลักพื้นฐานของการบริหารกิจการ บ้านเมืองและสังคมที่ดีประการหนึ่ง คือ หลักนิติธรรม เช่นกัน ดังนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งมี หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การบริหารราชการแผ่นดินรวมถึงการจัดสรรทรัพยากรของ ประเทศชาติจะต้องคำนึงถึงหลักธรรมาภิบาลและหลักนิติธรรมเป็นสำคัญ เพื่อสร้างความเป็นธรรม ให้เป็นที่ยอมรับและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมายกฎข้อบังคับเหล่านี้

บทสรุป

การบริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการ หรือในกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง หรือรัฐโดยที่ฝ่ายปกครองหรือรัฐมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชนเป็นส่วนรวมมิใช่การจัดทำเพียงเพื่อประโยชน์ของกลุ่มใดโดยเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้การจัดทำบริการสาธารณะก็เพื่อลดความเหลื่อมล้ำของสังคมและเศรษฐกิจเพื่อให้ผู้ด้อยโอกาสในสังคมหรือผู้มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะและทรัพยากรของชาติได้อย่างเหมาะสม เป็นธรรม มีคุณภาพและทั่วถึง ทั้งด้านการศึกษา สุขภาพอนามัย การทำงาน การมีรายได้ รวมถึงโอกาสในการมีส่วนร่วมในธุรกรรมทางเศรษฐกิจสมัยใหม่ ตลอดจนการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการบริการทางสังคม และเมื่อประชาชนได้เข้าถึงการบริการสาธารณะที่มีคุณภาพตรงตามความต้องการ ก็ย่อมส่งผลให้ประชากรของประเทศสามารถพัฒนาตนเองให้เป็นประชากรที่มีคุณภาพ โอกาสในความก้าวหน้าทั้งฐานะ และความเป็นอยู่ได้ในที่สุด

การจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองหรือรัฐต้องยึดตามหลักนิติธรรมเป็นสำคัญโดยต้องประกอบไปด้วยกระบวนการจัดทำหรือการตรากฎหมายที่ถูกต้อง และเนื้อหาของการจัดทำต้องเป็นธรรมตอบสนองต่อประชาชนทุกภาคส่วนโดยรวม และต้องตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันได้อีกทั้งต้องมีความเป็นสากลและทันสมัย เพื่อให้เป็นที่ยอมรับของสังคมและสังคมยินยอมพร้อมใจ การให้บริการต้องดำเนินการอย่างเท่าเทียมกันเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ ฝ่ายปกครองหรือรัฐต้องรับผิดชอบต่อประชาชน รวมถึงต้องคำนึงถึงคุณภาพของการบริการมากกว่าการเน้นปริมาณ รวมทั้งต้องศึกษาความต้องการของประชาชนการเปลี่ยนแปลงในมิติต่างๆ ของสังคมโลกและการสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมอันจะเป็นการเพิ่มคุณค่าให้กับบริการนั้น ๆ เพราะประชาชนถือว่า พวกเขามีส่วนในการบริการนั้นมีใช่เป็นเพียงผู้รับบริการฝ่ายเดียว เพื่อให้การจัดบริการสาธารณะเกิดประโยชน์สูงสุดและให้ถูกต้องตรงตามความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวมอันเป็นผลส่งผลให้สังคมและประเทศชาติโดยรวมมีการพัฒนาไปได้อย่างมีคุณภาพและประสิทธิภาพที่ยั่งยืน

บรรณานุกรม

- Law Reform CommisSion of Thailand [Online], Avaliable : <http://www.lrcet.go.th/th/?p=5716>
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” ในรพี ’51 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551, 25.
- Appendix 5: Paper by Professor Paul Craig: The Rule of Law, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/15115.htm>, 13 กุมภาพันธ์ 2557
- David Ingram, Law: Key Concepts in Philosophy, Continuum: 2007, 33.
- ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ, “ปัญหาความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมกรณีกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม”, เอกสารวิจัยส่วนบุคคลหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ
- ประยูร กาญจนดุล, “คำบรรยายกฎหมายปกครอง”, กรุงเทพฯ.สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533
- คณะกรรมการส่งเสริมธรรมาภิบาลของ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี [Online], Avaliable : <http://www.socgg.soc.go.th/History2.htm>

“หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ”

ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ

ชาญชัย แสวงศักดิ์*

บทคัดย่อ

คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “The Rule of Law” ที่ศาสตราจารย์ไดซี (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้คิดค้นขึ้นโดยท่านได้ให้คำอธิบายของหลักดังกล่าวไว้พอสรุปได้ว่า บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีตำแหน่งหรือสถานะใดก็ตาม จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสามัญของอังกฤษและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของอังกฤษ โดยย้ำว่าในอังกฤษไม่มีศาลพิเศษที่บังคับใช้กฎหมายพิเศษดังเช่นในฝรั่งเศสที่มีศาลปกครอง ซึ่งใช้บังคับกฎหมายปกครองสำหรับคดีปกครองที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่พิพาท ความเห็นดังกล่าวของศาสตราจารย์ไดซี ได้มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อนักกฎหมายอังกฤษและนักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษไปใช้ ซึ่ง “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี นั้นมีความหมายที่แตกต่างจาก “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมันหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศส หรือ “Legal State” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งประเทศไทยได้นำเอาหลักกฎหมายสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” ของเยอรมันและฝรั่งเศสมาใช้เป็นเวลานานแล้วไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักลำดับชั้นของกฎหมาย แต่ในประเทศไทยมีการอ้างถึง “หลักนิติธรรม” กันอย่างกว้างขวาง จนมีการนำเอาคำดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในร่างรัฐธรรมนูญ จนเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายเช่นเดียวกันกับ “หลักนิติรัฐ”

คำสำคัญ นิติธรรม นิติรัฐ

* ปริญญาตรีทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประชาคมยุโรป, ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชนภายใน, ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายทะเลและการขนส่ง, ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชนภายใน, มหาวิทยาลัย Aix-Marseille III, ประเทศฝรั่งเศส, ศาสตราจารย์พิเศษ สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รองประธานศาลปกครองสูงสุด, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

1. บทนำ

ในต่างประเทศ ได้มีการเผยแพร่คำว่า “The Rule of Law” อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษชื่อ ศาสตราจารย์ ไดซี (Dicey) ในตำราทางนิติศาสตร์ของท่านชื่อ “Law of the Constitution 1855” ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1855 โดยท่านได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของท่านเอาไว้ว่า มีความหมายอย่างไรและจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบใดบ้าง ซึ่งต่อมาก็ได้มีการอ้างอิงคำดังกล่าวกันอย่างแพร่หลายในต่างประเทศ โดยมีการให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไป และได้มีการอ้างอิงคำดังกล่าวในประเทศไทยเช่นเดียวกัน โดยในระยะแรกมีการถอดความหมายของคำดังกล่าวเป็นภาษาไทยที่แตกต่างกัน เช่น “หลักธรรม”⁽¹⁾ “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”⁽²⁾ “นิติธรรมวินัย”⁽³⁾ “หลักกฎหมาย”⁽⁴⁾ “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา”⁽⁵⁾ “นิติศตมภ์”⁽⁶⁾ “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย”⁽⁷⁾ “การปกครองโดยกฎหมาย”⁽⁸⁾ แต่ต่อมา ได้มีการแปลคำดังกล่าวเป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม”⁽⁹⁾ จนเป็นที่นิยมโดยมีการอ้างอิง “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) กันในประเทศไทยอย่างกว้างขวางในวรรณกรรมทางนิติศาสตร์ แต่มีการให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไปและมีการนำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีการให้ความหมายและกำหนดองค์ประกอบของ “หลักนิติธรรม” ที่แตกต่างไปจาก “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี จนเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายเช่นเดียวกันกับ “หลักนิติรัฐ” หรือไม่ ถ้าไม่ คำทั้งสองแตกต่างกันหรือทับซ้อนกันอย่างไร จนมีการอ้างอิงคำทั้งสองคู่กัน เพราะเกิดความสับสนว่า “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” เป็น “คนละเรื่องเดียวกัน” หรืออย่างไร

(1) วิกรม เมฆานนท์, ดุลพาท ปีที่ 2 เล่ม 12, 2498, น.81, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, “The Rule of Law”, ดุลพาท ปีที่ 8 เล่ม 9, 2504, น. 1003

(2) สุต สุตธา, ดุลพาท ปีที่ 7 เล่ม 11, 2503, น. 1408, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1

(3) เสริม สุวรรณเทพ, ดุลพาท ปีที่ 7 เล่ม 11, 2503, น. 1408, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1

(4) เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1

(5) ศิริ วิศิษฐธรรม อัครวนนท์, ดุลพาท ปีที่ 8 เล่ม 10, 2504, น. 1123, อ้างถึงในจรัญ โฆษณานันท์, บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ : 2553), น. 52

(6) จำรูญ เจริญกุล, ดุลพาท ปีที่ 9 เล่ม 1, 2505, น. 60, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1, น. 52

(7) ถาวร โพธิ์ทอง, “การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย”, นิติศาสตร์ เล่ม 1, ตอน 2, กันยายน 2512 อ้างถึงในจรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 1, น. 52

(8) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 5, น. 92

(9) บุญศรี มีวงศ์โอโฆะ อ้างไว้ในบทความ “ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย” ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญรทที่ 5, น. 250 ว่า ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นผู้ให้คำแปลคำว่า “Rule of Law” เป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม”

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะตั้งข้อสังเกตว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของ “หลักนิติธรรม” ในประเทศไทยที่แตกต่างไปจากความหมายของ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดเซีย นั้นแตกต่างหรือทับซ้อนกับความหมายของ “หลักนิติรัฐ” ตามที่เข้าใจกันในต่างประเทศอย่างไร และส่งผลกระทบต่อองค์กรตุลาการอย่างไร

2. ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยมีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ซึ่งทั้งสองระบบกฎหมายนี้มีความแตกต่างกันหลายประการทั้งในด้านหลักกฎหมาย นิติวิธี การจัดองค์กรทางกฎหมาย ระบบศาล การศึกษาและฝึกอบรมนักกฎหมาย⁽¹⁰⁾ ซึ่งพอสรุปลักษณะและแนวความคิดของระบบกฎหมายทั้งสองได้ดังนี้

2.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ “Common Law” คือ หลักกฎหมายที่ศาลสูงของอังกฤษได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดีในอดีต “คอมมอนลอว์” จึงเป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดี จึงเรียกกันว่า เป็น “judge-made law” บ้าง เป็น “case-law” บ้าง โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมากและถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงของอังกฤษที่ได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกันเป็นบรรทัดฐาน (precedent) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง⁽¹¹⁾

ประเทศที่เป็น “ต้นแบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือประเทศอังกฤษ โดยประเทศที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษก็ใช้ระบบกฎหมายนี้เช่นกัน เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย มาเลเซีย ฯลฯ

2.2 ระบบประมวลกฎหมาย

ระบบประมวลกฎหมายมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างมาก จึงได้มีการตราประมวลกฎหมาย (Codes) ขึ้นใช้บังคับเพื่อวางหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้ในกรณีต่าง ๆ ได้

ประเทศที่เป็น “ต้นแบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

⁽¹⁰⁾ รายละเอียด โปรดดู ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 20-21

⁽¹¹⁾ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เิงอรธที่ 4, หน้า 19-20

ระบบกฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 2 สาขา คือ กฎหมายเอกชน (jus privatum) ซึ่งใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน โดยมีแนวความคิดพื้นฐานอยู่ที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนโดยถือว่าเอกชนเสมอภาคกัน นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันจึงต้องอาศัยความสมัครใจหรือความยินยอมที่จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน และกฎหมายมหาชน (jus publicum) ซึ่งใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่งกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อีกฝ่ายหนึ่ง โดยเอกชนดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตัว ส่วนรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะ (ประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่) ซึ่งในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะ ถือว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีเอกสิทธิ์มหาชนใช้อำนาจบังคับฝืนใจเอกชนได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดเก็บภาษี การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

3. “หลักนิติธรรม” “ตามแบบฉบับของอังกฤษ

3.1 “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดเซีย

ในตอนปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาสตราจารย์ไดเซีย ได้คิดค้นคำว่า “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” (Parliamentary Sovereignty) ขึ้นมา เพื่อสรุปวิวัฒนาการของระบบการเมืองของอังกฤษที่ทำให้รัฐสภาเป็นศูนย์กลางของระบบการเมืองของอังกฤษ คำดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักการแรกของกฎหมายมหาชนของอังกฤษ โดยศาสตราจารย์ไดเซียได้ให้คำนิยามของ “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” ไว้ว่า “รัฐสภา” ในความหมายของสถาบันที่รวมทั้งกษัตริย์ สภาขุนนาง และสภาผู้แทนราษฎรไว้ในองค์กรทางการเมืองเดียวกัน มีสิทธิตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่จะออกกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายใด ๆ ก็ได้ นอกจากนี้ กฎหมายของอังกฤษก็ไม่ยอมให้บุคคลใดมีสิทธิยกเลิกหรือไม่บังคับใช้กฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น⁽¹²⁾

ศาสตราจารย์เอลิซาเบธ ซอลเลอร์ (Elisabeth Zoller) ชาวฝรั่งเศส วิเคราะห์แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นไว้⁽¹³⁾ พอสรุปได้ว่าเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่หมายถึงอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาซึ่งถูกปลดปล่อยจากข้อจำกัดทางกฎหมายใด ๆ โดยรัฐสภาเป็นองค์อธิปัตย์ จุดอ่อนของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา ก็คือ ทฤษฎีนี้มีได้อธิบายว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นจะสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะได้อย่างไร กฎหมายของอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐาน

⁽¹²⁾ A.V.Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed. London, The Mc Milan Press Ltd, 1959, p. 39-40

⁽¹³⁾ Elisabeth Zoller, Introduction au droit public, Paris, Dalloz, réed., 2006, p. 97-98

ที่แตกต่างไปจากกฎหมายของบรรดาประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยมีหลักการสำคัญคือ การควบคุมรัฐบาลให้อยู่ภายใต้กฎหมาย มิใช่การนำความเหมาะสมมาสู่ประชาชนโดยการทำงานเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ โดยมุ่งหวังว่ารัฐบาลจะดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องนำหลักการนี้มากำหนดไว้ เป้าหมายสุดท้ายของรัฐบาลมิได้อยู่ที่ความผาสุกของทุกๆ คน แต่อยู่ที่การจัดให้แต่ละคนมีปัจจัยที่จะทำให้เกิดความผาสุกของแต่ละคนได้เอง ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายมหาชนที่จะทำเช่นนั้น จึงเป็นคำอธิบายว่าทุกประเทศที่ได้รับมรดกทางความคิดมาจากกฎหมายของอังกฤษจะไม่มีกฎหมายมหาชนและไม่มี “รัฐ” ในความหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ในทางกลับกัน เพื่อให้แต่ละคนสามารถทำความผาสุกให้เกิดขึ้นแก่ตนเองได้ จึงเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องทำให้รัฐบาลอยู่ภายใต้กฎหมายหรือที่เรียกกันว่า “the Rule of Law” ซึ่งคำ ๆ นี้ *ไดซี* เป็นผู้คิดค้นขึ้นในวรรณกรรมเล่มเดียวกันโดยศาสตราจารย์ซอลแลร์ ชาวฝรั่งเศสวิพากษ์ว่า คำ ๆ นี้หมายถึงวัฒนธรรมของอังกฤษ มากกว่าที่จะเป็นสถาบันทางกฎหมายที่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน ซึ่งในข้อบังคับของสภายุโรป ค.ศ. 1949 และในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป ค.ศ. 1950 มีการกำหนดหลักนี้ไว้เป็นหนึ่งในบรรดาหลักการพื้นฐานที่ประเทศภาคีต้องเคารพโดยมีการแปลคำว่า “the Rule of Law” เป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “la préeminence du droit” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” โดย *ต็อกวิลล์* (Tocqueville) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส⁽¹⁴⁾ เห็นว่า “the Rule of Law” นั้น นอกจากจะหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมแล้ว ยังหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของผู้พิพากษา” ในการพิพากษาคดีพิพาทที่กระทบกระเทือนต่อ “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” อีกด้วย โดยในอังกฤษมีความเชื่อกันว่าสถาบันศาลนั้นย่อมอยู่เหนือสถาบันทางปกครองในการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิของบุคคลจุดนี้เองที่ทำให้จารีตประเพณีทางกฎหมายของอังกฤษแตกต่างจากจารีตประเพณีทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยจารีตประเพณีของอังกฤษนั้นจะไม่มีการพัฒนาองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลดังเช่นในระบอบการปกครองที่เป็นราชอาณาจักรในยุโรป แต่จะนิยมใช้วิธีการบังคับใช้กฎหมายโดยอาศัยอำนาจศาลมากกว่าอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนนั้นเป็นภารกิจของศาลที่ชาวอังกฤษให้ความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะ โดยศาสตราจารย์ซอลแลร์ ชี้ให้เห็นว่า “the Rule of Law” ของอังกฤษนั้นมีความหมายที่ไม่ตรงกับ “หลักนิติรัฐ” (“Rechtsstaat” ของเยอรมัน หรือ “l’Etat de droit” ของฝรั่งเศส) กล่าวคือ “the Rule of Law” นั้นเป็นเรื่องของหลักการที่ถือว่าปัจเจกชนต้องมีความสำคัญเหนือกว่ารัฐ⁽¹⁵⁾

⁽¹⁴⁾ A.de Tocqueville, Voyage en Suisse in Oeuvres, vol.I, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1991, p. 619

⁽¹⁵⁾ Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, หน้า 98

3.2 หลักการสำคัญของ “หลักนิติธรรม” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี่

ตามทัศนะของศาสตราจารย์ไดซี่⁽¹⁶⁾ “the Rule of Law” ซึ่งเป็นคุณลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้นหมายถึง 3 สิ่งที่แยกออกจากกันแต่มีความหมายเกี่ยวพันกันดังนี้

(1) บุคคลใดจะถูกลงโทษหรือได้รับความเดือดร้อนในทางกายหรือในทางทรัพย์สินของเขาได้ ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยผ่านการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการปกติโดยศาลสามัญของประเทศ (ordinary courts) ในแง่นี้ “หลักนิติธรรม” จึงตรงกันข้ามกับระบบการปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะบังคับได้อย่างกว้างขวางและตามอำเภอใจ

(2) ในอังกฤษ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย แต่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีตำแหน่งหรือสถานะใดก็ตาม จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสามัญของประเทศ (the ordinary law of the land) และอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของประเทศ (ordinary courts)

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเกิดจากคำพิพากษาของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองหรือค้ำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ (foreign constitutions)

จากทัศนะดังกล่าวข้างต้นของศาสตราจารย์ไดซี่ ศาสตราจารย์ซอลแลร์ ได้นำมาวิเคราะห์⁽¹⁷⁾ พอสรุปได้ว่า “หลักนิติธรรม” ประกอบด้วยหลัก 3 ประการดังต่อไปนี้คือ

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” รับรองความสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาลหรือที่รัฐสภาได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโดยไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจอำเภอใจหรือเอกสิทธิ์ (prerogative) ของรัฐบาล “หลักนิติธรรม” หมายความว่า บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะถูกลงโทษ ถูกจำกัดเสรีภาพ ถูกประหารชีวิต หรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิในทรัพย์สินของตนได้ ก็ต่อเมื่อเป็นผลของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาหรือที่รัฐสภาได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น บุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่อาจถูกลงโทษโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจหรือเอกสิทธิ์ของรัฐบาลได้

(16) A.V.Dicey, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12, หน้า 188-195

(17) Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 13, หน้า 99

(2) หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” หมายความว่า ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายและบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีฐานะหรือตำแหน่งอะไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของอังกฤษและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของอังกฤษโดยศาสตราจารย์ไดเซียส์ ย้ำว่า ในอังกฤษ ไม่มีศาลพิเศษที่บังคับใช้กฎหมายพิเศษดังเช่นในฝรั่งเศสที่มีศาลปกครองซึ่งใช้บังคับกฎหมายปกครองสำหรับคดีปกครองที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่พิพาท

(3) หลักการคุ้มครองสิทธิโดยศาล

ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น แต่ในอังกฤษนั้น “หลักนิติธรรม” หมายความว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยคำพิพากษาของศาลซึ่งใช้โอกาสในการพิจารณาพิพากษาคดีวางหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

3.3 แนวความคิดของศาสตราจารย์ไดเซียส์เกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” ส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของกฎหมายปกครองของอังกฤษและประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ

ศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ อธิบายว่า กรณีที่ศาสตราจารย์ไดเซียส์ ได้วิพากษ์วิจารณ์กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสไว้ดังกล่าวข้างต้นได้มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อนักกฎหมายอังกฤษในสมัยนั้นและในรุ่นต่อ ๆ มาเป็นเวลาช้านานโดยยึดถือความเห็นของศาสตราจารย์ไดเซียส์เป็นสังขรณ์ จนทำให้นักกฎหมายอังกฤษเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมาเป็นเวลานานร่วม 40 ปี และไม่สนใจที่จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง อันมีผลทำให้กฎหมายปกครองของอังกฤษเจริญล่าช้า⁽¹⁸⁾ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1954 ศาสตราจารย์แฮมสัน (Hamson) ชาวอังกฤษ ได้เดินทางไปดูงานที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเป็นเวลาถึง 1 ปี และได้กลับไปเขียนหนังสือชื่อ “Executive Discretion and Judicial Control” (ค.ศ. 1954) กล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเป็นอย่างมากโดยชี้ให้เห็นถึงความเข้าใจที่ผิดพลาดของศาสตราจารย์ไดเซียส์ และกล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าสามารถให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรในคดีปกครองได้เป็นอย่างดีและสามารถแก้ปัญหาทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ ได้ดีกว่ากฎหมายของอังกฤษเป็นอย่างมาก หนังสือดังกล่าวข้างต้นของศาสตราจารย์แฮมสัน ได้ปลุก นักกฎหมายของอังกฤษให้ตื่นขึ้นมาเผชิญหน้ากับความจริงว่า กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ไม่สามารถแก้ไขปัญหา

(18) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอน 1 พ.ศ. 2527, หน้า 2 7 8 9

ทางปกครองได้และลบเลือนความเชื่อเก่า ๆ ที่ว่ากฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นสิ่งเลวร้ายที่ฝังใจ นักกฎหมายอังกฤษมาเป็นเวลาช้านานตั้งแต่สมัยของศาสตราจารย์ไดเซีย หลังจากนั้น นักกฎหมายอังกฤษจึงตื่นตัวขึ้นมาให้ความสนใจต่อกฎหมายปกครองมากขึ้น⁽¹⁹⁾

ประเทศอื่น ๆ ที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษและใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย มาเลเซีย จึงได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” ของศาสตราจารย์ไดเซียซึ่งปฏิเสธแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) และไม่ยอมรับแนวความคิดของการมีระบบศาลปกครองแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม⁽²⁰⁾

4. “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของเยอรมันและฝรั่งเศส

ศาสตราจารย์ซอลเลอร์ อธิบาย⁽²¹⁾ ว่า แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนในฝรั่งเศสและในเยอรมันนั้นแตกต่างกัน 2 ประการคือ

(1) ในฝรั่งเศสนั้น ได้เริ่มสร้างทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนในตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยทำเพียงบางส่วนคือในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง แต่ในเยอรมันนั้นมีการจัดระบบกฎหมายมหาชนเป็นสาขาแยกต่างหากจากกฎหมายเอกชนมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 16

(2) นักวิชาการฝรั่งเศสนั้นคิดค้นและพัฒนากฎหมายมหาชนจากวัตถุ (objet) ของกฎหมายคือ “สิ่งสาธารณะ” (res publica) ส่วนนักวิชาการเยอรมันสร้างกฎหมายมหาชนจากผู้อยู่ในบังคับ (sujet) ของกฎหมายคือรัฐ ซึ่งในตอนแรกนั้นตัวตนของรัฐคือ “เจ้าชาย” (le prince) กฎหมายมหาชนของเยอรมันถูกสร้างและพัฒนาขึ้นจากแนวความคิดของ “รัฐที่มีเจ้าชายเป็นประมุข” (l’Etat princier) โดยได้มีการแยกแยะตัวบุคคลของเจ้าชายออกจากรัฐและสร้างแนวความคิดทางกฎหมายภายในกรอบของทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยรัฐ โดยถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นเรื่องเดียวกันกับรัฐ

(19) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 3 พ.ศ. 2526 หน้า 489-521

(20) โปรตดู ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 23, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 26-30 และชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 33-41

(21) Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เชียงอรธที่ 13, หน้า 47-49

นับตั้งแต่ยุคฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม (la Renaissance) เป็นต้นมา อำนาจทางการเมืองในเยอรมัน มีวิวัฒนาการไปสู่ต้นแบบของรัฐที่ มาร์ค แร็ฟ (Marc Raeff) เรียกว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคมอย่างเป็นระบบ” (“the Well – Ordered Police State”) โดยเขานำเอาคำว่า “Police” มาสมานกับคำว่า “State” จนกลายเป็นคำว่า “Police State”⁽²²⁾

4.1 การกำเนิดของ “หลักนิติรัฐ”

ในปี ค.ศ. 1798 วิลเฮม ปีเตอร์เซ็น ได้เขียนหนังสือวิจารณ์ “Police State” โดยมีการเปรียบเทียบระหว่าง “กฎหมายของรัฐ” (“Staatsrecht”) ซึ่งหมายถึงกฎหมายมหาชนคือ รัฐกำหนดที่เจ้าชายตราขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมตามความพอใจของ “เจ้าชาย” กับ “นิติรัฐ” (“Rechtsstaat”) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับ บุคคล เอกชน เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ กฎหมายธรรมชาติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” โดย “นิติรัฐ” เป็นรัฐที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนย่อมมาก่อนรัฐกำหนด โดยรัฐกำหนดจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการเคารพสิทธิมนุษยชน ซึ่งตรงกันข้ามกับ “Police State” ซึ่งเป็นรัฐที่นอกจากรัฐกำหนดจะมาก่อนสิทธิมนุษยชนแล้ว ยังปฏิเสธและตีกรอบของสิทธิมนุษยชนอีกด้วย⁽²³⁾

4.2 ความหมายของหลักนิติรัฐ

กาเร่ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายความหมายของหลักนิติรัฐเสียใหม่จนเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปในวงการนักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสและกลายมาเป็นรากฐานของความหมายของ “นิติรัฐ” (“Legal State” ในภาษาอังกฤษหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศส) ในกฎหมายมหาชนของนานาประเทศในปัจจุบัน โดย กาเร่ เดอ มัลแบร์ อธิบายว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้นหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใด ๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”⁽²⁴⁾ ในแง่นี้ “นิติรัฐ” จึงหมายถึง “รัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือรัฐที่ปกครอง

⁽²²⁾ Marc Raeff, *The Well-Ordered Police State, Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia (1600-1800)*, Yale University Press, 1983, อ้างไว้ใน Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, หน้า 57

⁽²³⁾ V.L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 37, อ้างไว้ใน Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, หน้า 63

⁽²⁴⁾ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’Etat : Tome I*, 1920, p. 489, อ้างไว้ใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, ใน เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, หน้า 278

โดยกฎหมาย มิใช่โดยมนุษย์” (“Government of law, not of men”)⁽²⁵⁾ เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้นด้วย เพื่อให้เข้าใจความหมายของ “นิติรัฐ” ได้ดียิ่งขึ้น *กาเร่ เดอ มาลแบร์* ได้เปรียบเทียบ “นิติรัฐ” กับ “Police State” (“Etat de Police” ในภาษาฝรั่งเศส)⁽²⁶⁾ โดยท่านผู้นี้ได้อธิบายว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” เป็นรัฐซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใช้บังคับกับประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระ และด้วยความริเริ่มของตนเองเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยสรุปแล้ว “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า เป้าหมาย (ends) สำคัญกว่าวิธีการ (means) เสมอและเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ⁽²⁷⁾

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบาย⁽²⁸⁾ ว่า จากคำอธิบายดังกล่าวข้างต้น “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” จึงไม่ต้องผูกพันตนกับเงื่อนไขกฎเกณฑ์ของกฎหมายใดๆ ที่ตนเองเป็นผู้ตราขึ้น กฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นจะใช้บังคับก็เฉพาะแต่กับความสัมพันธ์และกับการกระทำในระหว่างประชาชนกับประชาชนเท่านั้น สำหรับองค์กรของรัฐนั้นเนื่องจากอยู่เหนือกฎหมาย จึงไม่ถูกผูกพันโดยกฎหมายดังกล่าว แต่ประการใด ศาลและกระบวนการยุติธรรมของ “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ไม่มีความอิสระ จึงไม่อาจอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้ ในแง่นี้ กฎหมายใน “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” จึงไม่เป็นกฎเกณฑ์ที่จะใช้จำกัดและควบคุมความประพฤติหรือควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” และในขณะเดียวกัน กฎหมายก็ไม่เป็นหลักประกันเสรีภาพให้แก่ประชาชนและปกป้องประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะเหตุที่ “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” มิได้คำนึงถึงวิธีการแต่มุ่งที่ผลสำเร็จของเป้าหมาย ตามนิยาม “ความสำเร็จของเป้าหมายสร้างความชอบธรรมแก่วิธีการ” ดังนั้น ใน “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ประชาชนจึงเสี่ยงภัยกับการกระทำตามอำเภอใจของรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การจับ การควบคุมตัว การขัง การลงโทษ ฯลฯ โดยไม่อาจคาดหมายผลทางกฎหมายของการกระทำของตนได้ แต่สำหรับ “นิติรัฐ” นั้น เนื่องจากรัฐต้องผูกพันตนกับกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราขึ้น ดังนั้น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย

⁽²⁵⁾ Michel Troper, “Obedience and Obligation in the Rechtsstaat”, in *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge : Cambridge University Press. 2003, p. 95, อ้างไว้ในจันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, หน้า 278

⁽²⁶⁾ นักวิชาการหลายท่านแปลคำๆ นี้เป็นภาษาไทยว่า “รัฐตำรวจ” แต่ผู้เขียนขอแปลคำๆ นี้ว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม”

⁽²⁷⁾ Carré de Malberg, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, หน้า 488

⁽²⁸⁾ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, หน้า 282-283

จึงเป็นทั้งฐานที่มาแห่งอำนาจและขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวแล้ว ในแง่นี้ วิธีการปฏิบัติงาน (means) ของเจ้าหน้าที่จึงมีความสำคัญเท่าเทียมกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ (ends) ของงานนั้น เมื่อรัฐบาลและฝ่ายปกครองยอมอยู่ใต้กฎหมาย ยอมเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ แห่งกฎหมายทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ “นิติรัฐ” จึงเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลปกครองประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้นและมีให้สามารถใช้อำนาจนั้นไปโดยอำเภอใจ โดยไม่มีขอบเขตหรือรั้งกฎหมายจนทำลายสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของผู้อยู่ใต้การปกครอง นิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มีโซ่โดยเจตจำนงของมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองรัฐดังกล่าวแล้ว

4.3 สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ *บรเรจิด ลิงคะเนติ* อธิบาย⁽²⁹⁾ ว่า คำสอนของนักคิดชาวเยอรมันว่าด้วย “นิติรัฐ” แนวใหม่เป็นความพยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของ “หลักนิติรัฐ” ที่ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ทั้งหมด โดย Theodor Maunz⁽³⁰⁾ นักกฎหมายมหาชนชาวเยอรมัน เห็นว่า หลักการดังต่อไปนี้เป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ”

- (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- (4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (6) หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”
- (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญนี้เป็นมงกุฎของ “หลักนิติรัฐ” หลักนี้หมายความว่ารัฐธรรมนุญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนุญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้⁽³¹⁾ ในขณะที่อังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนุญที่เป็นลายลักษณ์อักษร “หลักนิติธรรม” ในอังกฤษจึงมิได้เรียกร้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

⁽²⁹⁾ บรเรจิด ลิงคะเนติ, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, หน้า 234

⁽³⁰⁾ Maunz/Duerig Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art. 20, อ้างไว้ใน บรเรจิด ลิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29

⁽³¹⁾ Jarass/Pieroth, Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Art. 103 Rdhr, 52, อ้างไว้ใน บรเรจิด ลิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบาย⁽³²⁾ ว่า หลักนิติรัฐนั้นมีทฤษฎีที่โดดเด่นและเป็นประโยชน์ต่อระบอบประชาธิปไตยและกระบวนการยุติธรรมอย่างยิ่งคือ ทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย (le principe de hiérarchie des normes) หรือ “พีรามิดแห่งกฎหมายของรัฐ” ซึ่งหมายความว่าบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐนั้นมีได้อยู่ในระนาบเดียวกันทั้งหมด แต่มีลำดับชั้นสูงต่ำลดหลั่นกันลงมาเป็น 4 ระดับ พอสรุปได้ ดังนี้

- (1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด
- (2) รัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น
- (3) อนุบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐบัญญัติได้ให้อำนาจไว้ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง
- (4) กฎหมายลำดับรองที่นิติบุคคลได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐเป็นผู้ตราขึ้นซึ่งแบ่งออกเป็น

(ก) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นผู้ตราขึ้น ในรูปของข้อบัญญัติท้องถิ่น

(ข) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรอิสระทางปกครอง เป็นผู้ตราขึ้น ในรูปของข้อบังคับขององค์กรดังกล่าว

จากทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้น “หลักนิติรัฐ” จึงเรียกร้องให้มีหลักดังต่อไปนี้

- (1) “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ” หรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบ
- (2) กฎหมายที่มีระดับต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีระดับสูงกว่ามิได้
- (3) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง” หรือ “หลักที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง จะกระทำการใด ๆ ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ หรือที่กล่าวกันว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

⁽³²⁾ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24, หน้า 283-286

5. ความแตกต่างระหว่าง “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของอังกฤษ และ “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของเยอรมันและฝรั่งเศส

รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบาย⁽³³⁾ ว่า เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ประกอบกับการปรับใช้ “หลักนิติรัฐ” ในระบบกฎหมายเยอรมันและ “หลักนิติธรรม” ในระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่า หลักทั้งสองมีความแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

5.1 ความแตกต่างกันในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” เป็นแนวความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสูงของอังกฤษได้สร้างขึ้นเพื่อใช้อ้างอิงในการพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง โดยถือว่า เมื่อศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักกฎหมายเป็นแนวทางในการพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งแล้ว ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อๆ มาที่มีข้อเท็จจริงและลักษณะคดีอย่างเดียวกัน ศาลต่าง ๆ ก็จะต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลสูงได้เคยตัดสินไว้ในคดีก่อน จึงเรียกหลักกฎหมายเช่นนี้ว่า “Case Law” ซึ่งเท่ากับเป็นกฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษาหรือเป็นการยอมรับให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการสร้างกฎหมายขึ้นมาได้

ส่วนประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ซึ่งถือว่ากฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนศาลหรือผู้พิพากษานั้น เป็นเพียงผู้ที่นำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในระบบประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป แนวคำวินิจฉัยของศาลจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ข้อดีของระบบกฎหมายนี้ก็คือความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีมากกว่า

5.2 ความแตกต่างกันในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษจึงมิได้เป็นการประกันโดยกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่อยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ แต่สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษได้รับการประกันโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

ในระบบประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการประกันหรือคุ้มครองโดยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงและมีผลผูกพันทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งหมายความว่า องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ จะตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมิได้

⁽³³⁾ วรเจตน์ ภาคีรัฐ, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 5, หน้า 336-341

5.3 ความแตกต่างกันในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ในอังกฤษซึ่งเดิมตาม “หลักนิติธรรม” นั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐอธิปไตยในทางทฤษฎี รัฐสภาของอังกฤษสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็มีได้มีผลทำให้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นสิ้นผลลงแต่อย่างใด ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณีของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และด้วยเหตุนี้เอง อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาในอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมืองไม่ใช่การควบคุมทางกฎหมาย “หลักนิติธรรม” ที่พัฒนาขึ้นมาในอังกฤษจึงสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

ตาม “หลักนิติรัฐ” องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ดังนั้น เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับ “หลักนิติรัฐ” จึงกำหนดให้มืองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น โดยปกติแล้ว องค์กรที่ทำหน้าที่ในลักษณะนี้ย่อมได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่า ตาม “หลักนิติรัฐ” การตรากฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ “หลักนิติรัฐ” ที่พัฒนาขึ้นมาในเยอรมันจึงสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

5.4 ความแตกต่างกันในแง่ของการมีศาลปกครอง

โดยที่ “หลักนิติธรรม” ถือว่า ทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและต้องฟ้องคดีต่อศาลเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายของอังกฤษจึงไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ในอังกฤษ การฟ้องคดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม

ในระบบประมวลกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปนั้นมีการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและไม่ได้ยึดถือหลักการตาม “หลักนิติธรรม” ของอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องกระทำโดย “ศาลธรรมดา” เท่านั้น ในประเทศเยอรมัน มีระบบศาลแยกออกต่างหากจากกันถึง 6 ระบบศาล คือ (1) ศาลรัฐธรรมนูญ (2) ศาลยุติธรรม (3) ศาลแรงงาน (4) ศาลปกครอง (5) ศาลภาษีอากร และ (6) ศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน 3 ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไปจะได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง

ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะคือ คดีภาษีอากรจะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

5.5 ความแตกต่างกันในแง่ของระบบวิธีพิจารณาคดี

โดยที่ “หลักนิติธรรม” ที่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันหรือไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่พิพาท ซึ่งส่งผลต่อการออกแบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำพยานหลักฐานเข้าสู่ในชั้นศาลด้วย โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษนั้น ศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความในคดี ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีปกครอง โดยศาลจะควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันอย่างเป็นธรรมแล้วตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหาความขัดแย้ง โดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรม⁽³⁴⁾

ส่วน “หลักนิติรัฐ” ที่พัฒนาขึ้นในระบบประมวลกฎหมายของเยอรมันนั้น ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความได้ยื่นต่อศาลเท่านั้น ผู้พิพากษาของเยอรมันจึงเปรียบเสมือนเป็นแขนของกฎหมายที่ยื่นออกไปมีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราชูไว้เหนือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรมและบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล⁽³⁵⁾

5.6 ความแตกต่างกันในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

“หลักนิติรัฐ” ถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะขาดเสียมิได้

ส่วน “หลักนิติธรรม” นั้น เมื่อพิเคราะห์คำอธิบายแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจใน “หลักนิติธรรม” นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ในอังกฤษนั้น รัฐสภากับรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกันอย่างมาก นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าในอังกฤษมีการตรารัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและให้องค์กรฝ่ายบริหารวินิจฉัยข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางตุลาการด้วย นักกฎหมายบางท่านของเยอรมันจึงมีความเห็นว่าในอังกฤษ ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ Th. Fleiner/L.Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, Berlin Heidelberg:Springer, 2004, p. 251, อ้างไว้ใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 340

⁽³⁵⁾ Th. Fleiner/L.Basta Fleiner, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34, หน้า 251

⁽³⁶⁾ K. Loewenstein, Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien. Bd. I, Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1967, p. 84, อ้างไว้ใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, หน้า 341

6. “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ตามความเข้าใจของไทย

6.1 การอ้างอิงถึง “หลักนิติธรรม” โดยนักกฎหมายไทย

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ธาณินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายว่า “หลักนิติธรรม” หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายที่เกื้อหนุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม โดยมุ่งประสงค์ให้รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราช และหากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายบ้านเมือง⁽³⁷⁾

6.2 การให้ความหมายของ “นิติธรรม” ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “นิติธรรม (กฎ) น.หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (o.rule of law)” ทั้งนี้ พจนานุกรมฉบับดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” แต่อย่างใด

6.3 การบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญ

6.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

รัฐธรรมนูญฉบับแรกอ้างอิงถึง “หลักนิติธรรม” คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งบัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้แสดงออกให้ปรากฏซึ่งปณิธานร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่า ... จักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

6.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 อ้างอิงถึง “หลักนิติธรรม” คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งบัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “...จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปกลางก่อนโดยคำนึงถึงหลักนิติธรรม ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

6.3.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(1) รัฐธรรมนูญฉบับแรกอ้างอิงถึง “หลักนิติธรรม” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ใน 2 มาตรา ดังนี้

⁽³⁷⁾ อ้างไว้ใน ไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์, “หลักนิติธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 ปี 2556, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 5

(ก) มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

(ข) มาตรา 78 (6) บัญญัติว่า

“มาตรา 78 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

๑ล๑

๑ล๑

(2) ในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น เลขานุการคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ คือ ศาสตราจารย์ สมคิด เลิศไพฑูริย์ ได้เสนอให้มีการใช้คำว่า “นิติรัฐ” ในมาตรา 3 แต่ที่ประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้นเป็นคำที่มีผู้เข้าใจน้อย จึงขอให้ใช้คำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นคำที่คุ้นเคยในหมู่นักกฎหมายไทยแทน ร่างฯ ของคณะกรรมการฯ จึงใช้คำว่า “นิติธรรม” แทนคำว่า “นิติรัฐ”⁽³⁸⁾

(3) ต่อมา เมื่อมีการนำร่างรัฐธรรมนูญฯ เข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในประเด็นนี้แล้ว มีทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย เช่น นายวิชัย รูปขำดี ได้อภิปรายไม่เห็นด้วยที่จะบัญญัติคำว่า “นิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลในการอภิปรายไว้ ดังนี้

“ในมาตรานี้ รัฐธรรมนูญปี 2540 มิได้มีข้อความในวรรคที่สอง มาตรานี้กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่าง ๆ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ เหตุผลของการเพิ่มในวรรคสองนั้น ก็ทราบจากข้อความที่กำหนดไว้ว่า ต้องการที่จะให้เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แล้วก็เป็นอย่างมีเหตุผลขององค์กรต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ แต่ว่าเหตุผลก็คือว่า การที่มีวรรคสองนั้น ก็เพียงแต่บอกว่าการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นเพื่อให้เป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” ซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความจำเป็นเนื่องจากเหตุว่าบรรดาข้อความในการใช้อำนาจอธิปไตยก็ย่อมชัดเจนว่าจะต้องให้องค์กร

⁽³⁸⁾ สมคิด เลิศไพฑูริย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 ปี 2557, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 7

เหล่านี้ได้ปฏิบัติตามกฎหมายตามหลักของ “นิติธรรม” อยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น ในการออกพระราชบัญญัติใด ๆ ก็ตาม ก็จะต้องมีองค์กร มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามบทบัญญัติเหล่านั้น ดังนั้น ไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มความในวรรคสอง

นอกจากนี้ คำว่า “หลักนิติธรรม” ก็อาจจะนำไปสู่การอธิบายให้เห็นว่า อาจจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจบังคับให้องค์กรต่าง ๆ นี้กระทำ ถ้าหากไม่กระทำ ก็อาจจะส่งผลให้เกิดการฟ้องร้อง ดังนั้น ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมา แล้วประการที่สาม การที่บัญญัติไว้ในวรรคที่สอง ก็อาจจะนำมาซึ่งการตีความที่ยุ่ยาก แล้วก็อาจจะไม่เป็นตามเจตนารมณ์ของวรรคหนึ่ง ด้วยเหตุว่า อาจจะมีการตีความที่ไม่ตรงกับการใช้อำนาจของวรรคที่หนึ่งได้ ดังนั้น กระผมจึงเห็นว่าไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวรรคที่สองไว้ในมาตราที่ 3 นี้⁽³⁹⁾

นายอัคร จารุจินดา กรรมการฯ ได้ชี้แจงตอบข้ออภิปรายดังกล่าวข้างต้นของนายวิชัย รูปขำดี ดังนี้

“... เหตุผลของคณะกรรมการที่เพิ่มวรรคสองของมาตรา 3 ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ที่จะไปเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” นั้น ... วัตถุประสงค์ก็คือ เพื่อต้องการวางกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจเหนือประชาชนทั้งหลายว่า ในการใช้อำนาจหน้าที่นั้น จะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” ... คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้น ... เป็นคำที่บัญญัติอยู่ในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยของราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า หลักพื้นฐานของกฎหมาย และในความเข้าใจพื้นฐานของกฎหมายนั้น ... หมายถึง 2 ประการ

ประการแรก ก็คือ เรื่องการตรากฎหมายขึ้นว่า การตรากฎหมายขึ้นจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม กฎหมายจะต้องตราขึ้นโดยให้ความเป็นธรรมโดยทัดเทียมกับประชาชนทั่ว ๆ ไป

ประการที่สอง ก็คือ เรื่องการกระทำ การกระทำก็หมายความว่า เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีการใช้กฎหมายไปใช้บังคับนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต้องประกอบด้วยเหตุ 2 ประการก็คือ 1. ก็ต้องมีกฎหมายรับรองการใช้อำนาจหน้าที่นั้น ประการที่ 2 ก็คือ การกระทำจะเกินเลยไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้

(39) รายงานการประชุมสภาว่าจรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 เดือนมิถุนายน พุทธศักราช 2550 ณ สภาผู้แทนราษฎร หน้า 49 อ้างไว้ในภาคผนวก ข ของบทความของ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 350

นี่คือสิ่งที่เป็นความหมายของ “หลักนิติธรรม” ที่เป็นที่เข้าใจกัน และ
กรรมการ ก็เข้าใจว่า ในสิ่งนี้ได้มีการพูดกันมากอยู่ในวงสังคมอยู่แล้ว แต่ไม่เคยนำเรื่องนี้มาบัญญัติไว้
โดยเฉพาะเจาะจงในทางกฎหมาย สิ่งที่เกิดขึ้น ในเหตุเกิดมาก่อนที่จะมีการยกร่างรัฐธรรมนูญนี้
จึงมักปรากฏอยู่เสมอว่า ได้มีการละเลยการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” นั้น เพื่อเป็น
การแสดงเจตนาของกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในคราวนี้ แล้วก็ยืนยันหลักการนี้ว่าเป็นหลักการที่มี
อยู่จริง และจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ปฏิบัติงานของรัฐทุกประเภทนั้น จึงเห็นควรที่จะมาบัญญัติ
เป็นวรรคสองของมาตรา 3 เพื่อเป็นกรอบเช่นนี้ขึ้น...”⁽⁴⁰⁾

นอกจากนี้ ยังมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางคนเห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า
“นิติธรรม” แต่ควรใช้คำว่า “นิติรัฐ” แทน คือ นายคมสัน โพธิ์คง ซึ่งได้อธิบายไว้ ดังนี้

“... ในประเด็นเรื่อง “หลักนิติธรรม” นั้น ขอให้แก้ไขเป็นคำว่า “หลักนิติรัฐ”
แทนคำว่า “หลักนิติธรรม” ... คำว่า “หลักนิติรัฐ” ... มีความหมายที่ครอบคลุมกว้างขวางมากกว่า
คำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นมีความหมายในลักษณะที่มักจะ
ใช้กันภายในองค์กรศาลเท่านั้น... คำว่า “หลักนิติรัฐ” ... โดยหลักการไม่ได้แปลว่า รัฐตามกฎหมาย
อย่างที่หลายคนเข้าใจว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้นคือรัฐตามกฎหมาย ... “หลักนิติรัฐ” เมื่อใช้ในประเทศ
ต่าง ๆ ... จะมีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ

ประการแรก ก็คือ ในประเทศนั้น กฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด
การกระทำต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะในทางนิติบัญญัติ ในทางปกครอง ก็ต้องเคารพต่อกฎหมาย... ในการ
กระทำในทางปกครอง...จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและต้องชอบด้วยกฎหมาย...

ประการที่สอง ก็คือ ในประเทศที่เป็น “นิติรัฐ” นั้น ขอบเขตแห่งอำนาจ
ของรัฐย่อมมีการกำหนดไว้ชัดเจน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ นิติบัญญัติ
บริหาร และตุลาการ มีขอบเขตของการใช้อำนาจทั้งสามนี้อย่างครบถ้วน...

ประการที่สาม ก็คือว่า ภายใต้ “หลักนิติรัฐ” ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระใน
การพิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องมีหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ... แล้วก็กำหนดให้ผู้พิพากษา
ที่มีอิสระในคดีแพ่งและคดีอาญานั้นอยู่ในการควบคุมภายใต้หลักกฎหมายด้วย... เพื่อเป็นหลักประกัน
ในเรื่องสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน

⁽⁴⁰⁾ เรื่องเดียวกัน, หน้า 351-352

ภายใต้ “หลักนิติรัฐ” ...ก็เกิดแนวคิดในเรื่อง “หลักนิติธรรม” หรือที่เรียกว่า “The Rule of Law” ขึ้นในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษคือ เอ.วี.ไดซีย์ ได้กล่าวถึง “หลักนิติธรรม” ว่า ต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ

ประการที่ 1 ก็คือ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ แล้วก็บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา ก็ต่อเมื่อมีหลักกฎหมายว่าด้วยกำหนดความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นจะต้องเป็นโทษที่แสดงให้เห็นว่า บุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้กฎหมายเท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้

ประการที่ 2 ก็คือ บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน คือ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี ... แล้วก็ทั้งบุคคลใดไม่ว่ารัฐหรือเอกชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ...

ประการที่ 3 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดจากผลของกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากศาลตีความ ...

หลักสำคัญในเรื่องของ “หลักนิติรัฐ” ... มี... อยู่ 7 เรื่อง ...

1. ... หลักการแบ่งแยกอำนาจ ...
2. ... หลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย
3. ... หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครอง ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ...
4. ... หลักความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ประชาชน
5. ... หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
6. ... หลักในเรื่องของการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ
7. ... หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ...

...
เพราะฉะนั้น ผมจึงมีความเห็นว่าในมาตรา 3 ... ควรจะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติรัฐ” ซึ่งจะมีความหมายครอบคลุมกว้างขวาง...”⁽⁴¹⁾

⁽⁴¹⁾ เรื่องเดียวกัน, หน้า 359-362

ศาสตราจารย์ สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการธิการฯ ได้ตอบคำถามเรื่อง “นิติธรรม” กับ “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้

“... “นิติธรรม” นั้น มาจากคำภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” ซึ่งเป็นหลักที่ทุกประเทศใช้ ... เป็นหลักที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศที่เป็น Common Law คือประเทศอังกฤษ ส่วนหลักเรื่อง “นิติรัฐ” นั้นเป็นหลักที่เกิดในประเทศ Civil Law ก็คือ ประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “Rechtsstaat” ซึ่งเป็นคำที่กรรมการได้พิจารณาอย่างถ่องแท้พอสมควรแล้วว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้น เป็นคำที่มีความหมายคล้ายคลึงกัน... ในทางวิชาการ แม้ว่าจะพูดว่าต่างกัน ก็ต่างกัน เล็กน้อย ความจริงหลักทั้ง 2 หลักมีหลักตรงกันว่า หลักที่ 1 ก็คือ หลักที่บอกว่าถ้าไม่มีกฎหมายนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐคือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น ... ซึ่งต่างจากเอกชน เอกชนนั้น ถ้าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ ... หลักที่ 2 ก็คือ แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้นี้ ก็กำหนดเงื่อนไข กำหนดขอบเขตไว้ว่า มีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน อย่างไรบ้าง ... ฝ่ายปกครอง ... จะใช้อำนาจเกินกว่า ขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ...

คำทั้ง 2 คำ ก็มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ... คำว่า “นิติธรรม” นั้นเป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป ... คู่กันเคยและรู้จักกันดี ... แต่คำว่า “นิติรัฐ” นั้น อาจจะมีคำถาม ... ว่ามีความหมายกว้างขวางอย่างไรบ้าง ... กรรมการธิการขออนุญาตใช้คำว่า “นิติธรรม” น่าจะถูกต้องแล้ว ...”⁽⁴²⁾

จากการชี้แจงดังกล่าวข้างต้น สภาวางรัฐธรรมนูญจึงมิได้แก้ไขคำว่า “หลักนิติธรรม” เป็น “หลักนิติรัฐ” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ทั้งในมาตรา 3 วรรคสองและมาตรา 78 (6) โดยได้มีการจัดทำเอกสารที่เรียกว่า “เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ซึ่งมีการกล่าวถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 3 ไว้ดังนี้

“เจตนารมณ์ กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

⁽⁴²⁾ เรื่องเดียวกัน, หน้า 368-369

หมายเหตุ

...

...

3) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat / Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรมซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ

(2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน

(5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

(6) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิดซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)

(7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการคือ

(1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

4) รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550⁽⁴³⁾

⁽⁴³⁾ อ้างไว้ในภาคผนวก ก. ของบทความของวรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เิงอรธที่ 33, หน้า 345-346

6.3.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอ้างถึงหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 35 (6) ดังนี้

“มาตรา 35 คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

(6) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการเสริมสร้างความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม ...

ฯลฯ

ฯลฯ”

6.3.5 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (ที่มีศาสตราจารย์กิตติคุณ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน)

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (ที่มีศาสตราจารย์กิตติคุณ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน) ก็ได้มีการนำเอา “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

(1) มีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้โดยนำมาใช้เป็นชื่อภาค 3 หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

(2) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

(3) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 205 ดังนี้ “มาตรา 205 หลักนิติธรรม อันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย อย่างน้อยมีหลักการพื้นฐานสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเหนืออำนาจอธิปไตยของบุคคลและการเคารพรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งโดยรัฐและประชาชน

(2) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค

(3) การแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการป้องกันการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม

(4) นิติกระบวนการอันเป็นธรรม ซึ่งอย่างน้อยต้องไม่บังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ให้บุคคลมีสิทธิในการปกป้องตนเองเมื่อสิทธิหรือเสรีภาพถูกกระทบ ไม่บังคับให้บุคคลต้องให้ถ้อยคำซึ่งทำให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา ไม่ทำให้บุคคลต้องถูกดำเนินคดีอาญาในการกระทำความผิดเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง และมีข้อจำกัดให้สันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

(5) ความเป็นอิสระของศาลและความสุจริตเพียงธรรมของกระบวนการยุติธรรม”

(4) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 207 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา 207 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ฯลฯ

ฯลฯ”

(5) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 208 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา 208 การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมต้องเป็นไปโดยเที่ยงธรรม ปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์และปราศจากอคติทั้งปวง และต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ และตามกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ”

(6) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 214 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา 214 องค์กรอัยการมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ฯลฯ

ฯลฯ”

6.3.6 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธาน) มีการนำเอา “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในร่างมาตรา 3 วรรคสอง ดังนี้

“รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

7. บทสรุป

1. แม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลกฎหมาย มิได้ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่นักกฎหมายไทยจำนวนมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายไทยที่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับอิทธิพลทางความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ค่อนข้างมากโดยมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายที่ศาลฎีกาได้ใช้ในการพิพากษาคดีมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดเซีย

ค่อนข้างมาก โดยมีความเข้าใจว่าตาม “หลักนิติธรรม” นั้น บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และถ้ามีข้อพิพาทกัน ก็ต้องขึ้นศาลเดียวกัน ซึ่งความเข้าใจเช่นว่านี้ได้รับการรับรองโดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ที่ให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “นิติธรรม (กฎ) น. หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (อ. rule of law)” โดยพจนานุกรมฉบับดังกล่าวมิได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” แต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่ “หลักนิติรัฐ” นั้น เป็นหลักการพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่

2. ในส่วนของการจัดระบบศาลนั้น ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมีความเห็นว่า ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีแต่ละประเภทควรจะต้องประกอบด้วย ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับหลักกฎหมายและมีความเข้าใจในลักษณะคดีที่ศาลนั้นจะต้องพิจารณาพิพากษา เช่น

ฝรั่งเศส มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสำหรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ มีศาลยุติธรรมสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา และมีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

เยอรมัน มีศาลรัฐธรรมนูญสำหรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ มีศาลยุติธรรมสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา มีศาลแรงงานสำหรับพิจารณาคดีแรงงาน มีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง มีศาลภาษีสำหรับพิจารณาคดีภาษี และมีศาลสังคมสำหรับพิจารณาคดีเกี่ยวกับกฎหมายประกันสังคม

3. ประเทศไทยได้นำเอาหลักการสำคัญ ๆ ของ “หลักนิติรัฐ” ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมาใช้เป็นเวลานานแล้ว ไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักลำดับชั้นของกฎหมาย และนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ประเทศไทยก็ได้นำเอาระบบศาลหลายระบบศาลแบบเยอรมันมาใช้โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้มีการยกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นศาลรัฐธรรมนูญและให้มีระบบศาลปกครองเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม ซึ่งตรงกันข้ามกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไคซี

4. โดยที่ความเข้าใจเกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ของไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันอยู่ จนเกิดความเข้าใจว่าคำทั้งสองมีความหมายที่ใกล้เคียงกันจนแยกกันไม่ออกและมีแนวโน้มที่จะอ้างถึงหลักทั้งสองควบคู่กันไป ดังจะเห็นได้จากแผนยุทธศาสตร์ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2554 – 2559 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิสัยทัศน์เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานภายในระยะเวลา 5 ปีว่า “ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักของนิติรัฐและนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข” อีกทั้งยังมีพันธกิจหลักในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สร้างบรรทัดฐานการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

สร้างความถูกต้องเป็นธรรมของระบบนิติรัฐและรักษาความชอบธรรมของการเมืองการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁽⁴⁴⁾

5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ มีการอ้างถึง “หลักนิติธรรม” โดยมีได้ระบุว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายหรือหลักการสำคัญอะไรบ้าง กรณีจึงขึ้นอยู่กับองค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่า “หลักนิติธรรม” ที่รัฐธรรมนูญอ้างถึงนั้นมีความหมายว่าอย่างไร

⁽⁴⁴⁾ คู่มือผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 24-25

บรรณานุกรม

1. ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎีและหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558)
2. ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 23, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559)
3. ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558)
4. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 2 ตอน 3 พ.ศ. 2526, หน้า 489-521 และเล่ม 3 ตอน 1 พ.ศ. 2527, หน้า 2
5. สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 ปี 2557, วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
6. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพ : 2553)

การจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐกับคุณูปการ ของศาลรัฐธรรมนูญ

เชาวนะ ไตรมาศ*

ในบทความนี้ได้แบ่งเนื้อหาสำคัญออกเป็น 5 ส่วน ประกอบด้วย (1) กำเนิดประโยชน์มหาชนของมนุษยชาติ (2) พัฒนาการของรัฐกับมาตรวัดประโยชน์มหาชน (3) ปัจเจกนิยาม-สหนิยามกับประโยชน์มหาชนแบบพหุภาพ-เอกภาพ (4) นิติรัฐกับบทนิยามร่วมสมัยของการจัดระเบียบประโยชน์มหาชน และ (5) ศาลรัฐธรรมนูญกับการจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐ ทั้งนี้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. กำเนิดประโยชน์มหาชนของมนุษยชาติ

การตระหนักในสิ่งที่เรียกว่าประโยชน์มหาชนของมนุษยชาติ พอจะจำแนกได้จากข้อสมมติใน 3 แหล่งความเชื่อสำคัญ คือ (1) สัญชาติญาณของมนุษย์ (2) เหตุผลของมนุษย์และ (3) คุณธรรมของมนุษย์

1.1 สัญชาติญาณของมนุษย์ (Instinct) ตามข้อสมมติของความเชื่อที่ว่าประโยชน์มหาชนเกิดจากสัญชาติญาณของมนุษย์นั้น สืบเนื่องจากผลพวงที่เป็นมรดกตกทอดทางธรรมชาติของมนุษย์เอง ที่ต้องการดำรงรักษาและสืบทอดเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ไว้ แทนที่จะดำรงรักษาแต่เฉพาะการมีชีวิตรอดอยู่ของตนเองเพียงลำพังแต่ละคนเท่านั้น ประโยชน์มหาชนจึงเป็นสำนึกที่ต้องการให้มนุษย์อยู่รอดได้ ทั้งเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ด้วยนั่นเอง ซึ่งไม่ใช่ประโยชน์ในการมีชีวิตของตัวมนุษย์เองเพียงอย่างเดียว แต่เพื่อประโยชน์ต่อเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ส่วนรวมด้วย ฉะนั้นประโยชน์มหาชนจึงถือเป็นปัจจัยสำคัญหลักในการสืบสานเผ่าพันธุ์ของมนุษยชาติทั้งหมดไม่ใช่เพื่อการมีชีวิตอยู่ของใครคนใดคนหนึ่งเท่านั้น กล่าวอีกนัยก็คือเผ่าพันธุ์ของมนุษย์สำคัญเหนือกว่าชีวิตของมนุษย์ ซึ่งตามข้อสมมติของความเชื่อดังกล่าว ย่อมเห็นว่าการสืบสานเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ย่อมเป็นประโยชน์ของมวลมนุษย์ ส่วนใหญ่ที่มีความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ส่วนย่อยของตัวมนุษย์เอง

บนฐานความเชื่อตามข้อสมมติดังกล่าวมีทฤษฎีที่สนับสนุนให้มนุษย์แสวงหาแนวทางในการสร้างและปกป้องรักษาประโยชน์มหาชนดังกล่าว ในหลายรูปแบบด้วยกัน ได้แก่ (1) **ทฤษฎีเทวสิทธิ์ (The Divine Right)** ที่วางแนวทางให้มนุษย์ยอมรับความชอบธรรมในอำนาจอันเบ็ดเสร็จ

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

ของผู้ปกครองที่เป็นตัวแทนของพระเจ้าและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่อยู่เหนือมวลมนุษย์ทั้งปวง เพื่อแลกกับความคุ้มครองในการมีชีวิตอยู่อย่างมีความหมายสำคัญอย่างแท้จริงซึ่งโดยนัยก็คือ ความคุ้มครองดังกล่าวสามารถอำนวยความสะดวกอย่างอื่นนอกเหนือจากประโยชน์ใด ๆ ที่มนุษย์แสวงหาและบรรลุถึงด้วยตัวเองโดยลำพังมิได้ ซึ่งก็คือประโยชน์ที่ใหญ่กว่าหรือประโยชน์มหาชนอย่างหนึ่งนั่นเอง

(2) **ทฤษฎีธรรมชาติ (The Nature)** ที่วางแนวทางให้มนุษย์ยอมเลือกและแบ่งหน้าที่กันทำตามความถนัดของตน เพื่อแลกกับประโยชน์ที่ได้มากกว่าจากการใช้ความถนัดของเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ซึ่งโดยนัยก็คือประโยชน์ดังกล่าวเป็น**ประโยชน์ส่วนเพิ่มที่เพื่อนมนุษย์จะ**ได้จากการแลกเปลี่ยนกัน **ใช้ความถนัดของตน** อันเนื่องมาจากข้อจำกัดที่มนุษย์ไม่สามารถพึ่งพาตัวเองได้ทั้งหมดหรือดีไปกว่าการแลกเปลี่ยนการพึ่งพากัน ดังนั้นการแลกเปลี่ยนการพึ่งพากันระหว่างมนุษย์ก็จะช่วยให้มนุษย์สามารถชดเชยหรือเติมเต็มข้อจำกัดให้แก่กันและกันได้นั่นเอง ซึ่งการส่งและรับประโยชน์จากประโยชน์ส่วนเพิ่มที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนการพึ่งพาตามความถนัดของการแบ่งหน้าที่ จึงเป็นประโยชน์ที่ใหญ่กว่าหรือประโยชน์มหาชนอย่างหนึ่งที่มนุษย์ยอมแสวงหามาได้จากเพื่อนมนุษย์ด้วยกันนั่นเอง

(3) **ทฤษฎีการแบ่งงานกันทำ (The Division of Labor)** ที่วางแนวทางให้มนุษย์ยอมรับการควบคุมในเงื่อนไขที่หลากหลายและแตกต่างกันมากกว่าเรื่องของสิทธิในชีวิตและทรัพย์สิน แต่เป็นเรื่องของการควบคุมเพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนและก้าวก่ายกันของภาระในการทำหน้าที่ ซึ่งเป็นการควบคุมที่ก่อให้เกิดภาระในการบังคับให้มีความรับผิดชอบในหน้าที่เกิดขึ้นในหมู่มนุษย์ยังผลให้เกิดความรับผิดชอบและภาระหน้าที่ในรูปแบบใหม่ของมนุษย์ คือ**ความรับผิดชอบและภาระหน้าที่ที่มนุษย์พึงมีต่อผู้อื่นหรือมีต่อหมู่มนุษย์ด้วยกันเอง** ซึ่งโดยนัยก็คือหากมนุษย์มีความรับผิดชอบในภาระหน้าที่ที่พึงมีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันแล้ว มนุษย์ย่อมได้รับการหยิบบีความรับผิดชอบในภาระหน้าที่นั้นจากผู้อื่นซึ่งกันและกันได้ โดยที่ความรับผิดชอบนั้นจะเป็นเสมือนหลักประกันร่วมกันในสังคมว่าทุกคนจะได้รับผลตอบแทนจากความรับผิดชอบนั้นโดยทั่วถึงกัน ดังนั้นผลตอบแทนที่เกิดจากความรับผิดชอบจึงเป็นประโยชน์มหาชนที่เกิดขึ้นและได้มาจากภาระหน้าที่ในการสร้างความรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งเป็นประโยชน์ที่มนุษย์จะไม่สามารถได้มาจากการละลายเพิกเฉยหรือไม่รับผิดชอบต่อภาระหน้าที่ของตน เพราะนอกจากจะทำลายต่อประโยชน์ตนแล้ว ยังกระทบต่อการไม่มีโอกาสในการที่จะได้รับประโยชน์จากผู้อื่นด้วย การตระหนักในความรับผิดชอบต่อภาระหน้าที่จึงเป็นประโยชน์ที่ใหญ่และสำคัญกว่าที่จูงใจให้มนุษย์พึงปกป้องรักษาเพื่อไม่ให้ประโยชน์ตนถูกทำลายพร้อม ๆ กันไปกับการสูญเสียโอกาสจากการได้รับประโยชน์จากผู้อื่นด้วย

1.2 เหตุผลของมนุษย์ (Rationality) ตามข้อสมมติของความเชื่อที่ว่าประโยชน์มหาชนเกิดจากเหตุผลของมนุษย์นั้นสืบเนื่องจากผลพวงด้านสติปัญญาหรือความฉลาดทางความคิดของมนุษย์เองที่ทำให้มนุษย์ไม่ยอมจำนนต่อข้อจำกัดตามธรรมชาติทำให้มนุษย์มีความต้องการแสวงหา

สิ่งอันพึงปรารถนาสนองความพึงพอใจโดยไม่สงวนขอบเขต หรือตามแต่ความปรารถนานั้นจะนำไปให้ถึงได้ การแสวงหาสิ่งอันพึงปรารถนาเพื่อสนองความพึงพอใจ จึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่มนุษย์ต้องการบรรลุถึง โดยเรียกการสนองความพึงพอใจนั้นว่าแรงจูงใจแห่งความใฝ่ดี (Goodness) และเรียกสิ่งอันพึงปรารถนานั้นว่า การมีชีวิตที่สุขสมบูรณ์หรือการมีความสุขอันเป็นเลิศ (Felicity) คุณค่าที่มนุษย์ต้องการบรรลุถึง จึงถือเป็นประโยชน์มหาชนใน ส่วนที่มนุษย์พึงจะได้มาจากการแสวงหาหรือสร้างสรรค์กันขึ้นมาเอง ซึ่งไม่มีอยู่แต่ดั้งเดิมในสภาพธรรมชาติ ประโยชน์มหาชนจึงเกิดจากทักษะความสามารถซึ่งเป็นสิ่งใหม่ที่มนุษย์ประดิษฐ์คิดสรรค์กันขึ้นมาโดยอาศัยเครื่องมือของการมีเหตุผล (Rationality) ของมนุษย์ด้วยกันเอง เหตุผลจึงเป็นเสมือนตัวแทนของประโยชน์มหาชน ดังนั้น ยิ่งมนุษย์มีการเคารพในเหตุผลมากเท่าใด มนุษย์ก็จะได้รับประโยชน์มหาชนตอบแทนกลับมาเท่านั้น ซึ่งหากมนุษย์มีความสามารถในการสร้างและใช้เหตุผลร่วมกัน มนุษย์ก็จะได้รับผลพวงของประโยชน์จากการมีและใช้เหตุผลตามระดับความสามารถนั้นร่วมกัน มนุษย์จึงเลือกที่จะเคารพต่อการใช้เหตุผล เพราะมีความตระหนักดีว่าเหตุผลนั้นจะนำมาซึ่งประโยชน์ส่วนเพิ่มที่ทุกคนได้รับร่วมกันตามความสามารถ

บนพื้นฐานความเชื่อตามข้อสมมติดังกล่าว มีทฤษฎีที่สนับสนุนในความสามารถทางสติปัญญาและการใช้เหตุผลของมนุษย์ ซึ่งมีส่วนผลักดันให้มนุษย์มีทางเลือกในการใช้ความสามารถนั้นเพื่อแสวงหาแนวทางในการได้มาซึ่งประโยชน์มหาชนดังกล่าวในหลายรูปแบบด้วยกัน ได้แก่ (1) **ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract)** ของ John Locke ที่วางแนวทางให้มนุษย์ทำสัญญาประชาคมด้วยเจตนาารมณ์ทั่วไป (General Will) และตกลงกันด้วยเสียงข้างมาก (Majority) เพื่อสร้างกฎหมาย การบังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายที่สามารถบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับทุกคนได้อย่างยุติธรรม โดยที่การบังคับใช้ได้เป็นการทั่วไปกับทุกคนของกฎหมายนั้นเป็นผลพวงมาจากความมีเหตุผลของมนุษย์ที่สามารถสร้างและใช้กลไกทางกฎหมายให้เป็นเครื่องมือการสร้างความยุติธรรม (Justice) ได้โดยที่ความยุติธรรมนั้นจะเป็นสะพานทอดไปสู่การมีชีวิตที่มีความสุขอันสมบูรณ์ (Felicity) ได้ เนื่องจากมนุษย์จะได้รับหลักประกันในการคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งในส่วนของชีวิตและทรัพย์สินด้วยและหลักประกันที่ว่านั่นก็คือ การมีรัฐบาลที่รับผิดชอบและตอบสนองต่อประชาชน (Responsibility and responsiveness Government) โดยที่ความรับผิดชอบและการตอบสนองที่รัฐบาลจะต้องมีต่อประชาชนนั้นได้รับหลักประกันอีกชั้นหนึ่งด้วยการที่ประชาชนเป็นฝ่ายที่สามารถเปลี่ยนแปลงรัฐบาลที่ไม่สามารถสนองความพึงพอใจให้แก่ตนได้ หลักประกันความรับผิดชอบและตอบสนองของรัฐบาลที่มีต่อประชาชนจึงเป็นประโยชน์มหาชนที่ประชาชนได้รับร่วมกันจากความมีเหตุผลในการทำความตกลงร่วมกันด้วยเจตนาารมณ์ทั่วไป นั่นเอง ซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนเพิ่มที่สำคัญหรือใหญ่กว่าประโยชน์ที่มนุษย์ได้รับจากการรับผิดชอบตนเองเพียงลำพังเท่านั้น (2) **ทฤษฎีเศรษฐกิจ (Economic)** ของ Karl Marx ที่วางแนวทางให้มนุษย์ตระหนัก

ในความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality) ในการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างเพื่อนมนุษย์ เพราะไม่มีส่วนเกินของสิ่งมีคุณค่า (Surplus Value) ใดๆ ที่ใครคนใดจะได้มาโดยที่ไม่มีใครสูญเสีย หรือโดยการพรากเอาสิ่งมีคุณค่าของคนอื่นมาไม่ว่าจะโดยวิธีการใดก็ตาม แม้ว่าจะเรียกว่าเป็นความสามารถก็ตาม ฉะนั้นการที่ไม่มีใครควรได้ประโยชน์ส่วนเกิน และการที่ไม่มีใครควรสูญเสียหรือถูกพรากประโยชน์ในส่วนเกินไป จึงเป็นประโยชน์มหาชนที่มนุษย์ฝ่ายหนึ่งไม่พึงควรได้ และมนุษย์ฝ่ายหนึ่งไม่พึงควรเสีย การดำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์อันพึงมีพึงได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันดังกล่าว จึงเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมไม่ให้เสียหาย เพราะเป็นการดึงผลประโยชน์ส่วนเกินจากฝ่ายที่ได้ไป โดยการชดเชยกลับมาเติมส่วนขาดคืนให้แก่ฝ่ายที่เสียเปรียบและถูกชดเชย ความเท่าเทียมเสมอภาคจึงเป็นตัวแทนของประโยชน์มหาชนที่มนุษย์สามารถใช้เป็นกำแพงสกัดกั้นความเหลื่อมล้ำของผลประโยชน์ที่เกิดจากเงื่อนไขความแตกต่างทั้งที่มนุษย์สร้างขึ้นมาเองหรือความแตกต่างที่เกิดจากธรรมชาติได้ การปกป้องมนุษย์ให้รอดพ้นจากภัยของความแตกต่างดังกล่าว จึงเป็นประโยชน์มหาชนที่มนุษย์ได้รับการปกป้องคุ้มกันหรือปฏิเสธการแสวงหาประโยชน์ส่วนเกินจากความแตกต่างกันของมนุษย์ได้นั่นเอง

1.3 คุณธรรมและความดีงามของมนุษย์ (Morality and Virtue) ตามข้อสมมติของความเชื่อที่ว่าประโยชน์มหาชนเกิดจากความมีคุณธรรมและความดีงามของมนุษย์นั้นสืบเนื่องจากความประเสริฐทางด้านจิตใจ (Fine Spirit) ของมนุษย์เองที่ทำให้มนุษย์มีมโนสำนึกขั้นสูงถึงระดับที่เป็นสำนึกสาธารณะ (Public Minded) โดยที่มีความเห็นแก่ประโยชน์ของผู้อื่นในส่วนรวมซึ่งมีพื้นฐานมาจากการมีความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่เห็นอกเห็นใจหรือความรู้สึกถึงความเห็นแก่ผู้อื่นเหนือกว่าความเห็นแก่ตัว ซึ่งถือเป็นคุณธรรมและความดีงามที่เกิดจากความสูงส่งทางจิตใจของมนุษย์คุณธรรมและความดีงามจึงเป็นรากฐานสำคัญในการเสริมสร้างให้จิตใจของมนุษย์สูงส่งถึงขั้นที่มีมโนสำนึกในระดับของสำนึกสาธารณะได้ สำนึกสาธารณะจึงถือเป็นประโยชน์มหาชนที่เกื้อหนุนให้มนุษย์ได้รับความเอื้อเฟื้อในสิ่งที่เป็นประโยชน์ส่วนรวมเพิ่มเติมนอกเหนือจากประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น มนุษย์ทั่วไปจึงสามารถได้รับการสนองตอบประโยชน์ส่วนรวมเพิ่มขึ้นจากประโยชน์ส่วนตัวได้อย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกันเสมอตราบใดที่มนุษย์มีมโนสำนึกในระดับของสำนึกสาธารณะที่สูงส่งเท่าเทียมกัน ความรู้สึกในการเห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมก็จะมีค่าเหนือกว่าความรู้สึกในการเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว

บนฐานความเชื่อตามข้อสมมติข้างต้น มีทฤษฎีที่สนับสนุนความมีคุณธรรมของมนุษย์ซึ่งมีส่วนเกื้อกูลให้มนุษย์ได้มีสำนึกสาธารณะและรู้จักแยกแยะระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์อย่างอื่นที่อยู่ไกลออกไปนอกตัวเป็นประโยชน์ส่วนรวมซึ่งเป็นประโยชน์ทั่วไปเป็นสำคัญได้แก่ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของ Jean Jacques Rousseau ที่วางแนวทางให้

มนุษย์แปลงประโยชน์ที่เป็นเป้าหมายขนาดเล็กเฉพาะตัวที่แยกกัน (Specific Interests) ให้เป็นประโยชน์ที่เป็นเป้าหมายขนาดใหญ่ที่ร่วมกัน (Common Interests) เพื่อให้คนส่วนใหญ่ในจำนวนที่มากที่สุด (the greatest numbers) สามารถเข้าถึงประโยชน์ร่วมที่มากที่สุดโดยไม่ขัดกัน (the common utilities) ได้ด้วยวิธีการตกลงกันในรูปแบบที่เรียกว่าการสร้างเจตนารมณ์ทั่วไป (general will) ซึ่งจะต้องประกอบด้วยเจตนารมณ์ร่วมของคนส่วนใหญ่โดยรวม (majority will of the will of all) โดยที่เจตนารมณ์นั้นจะต้องตั้งอยู่บนฐานของความเป็นเหตุผลความเป็นคุณธรรมและความเป็นผลประโยชน์ของส่วนรวมประกอบอยู่ด้วย ฉะนั้นเมื่อมนุษย์ประสบความสำเร็จในการทำเจตนารมณ์ทั่วไปขึ้นมาใช้ร่วมกันได้แล้ว มนุษย์ก็จะสามารถได้ประโยชน์ร่วมกันทั้ง 2 ทางพร้อม ๆ กัน คือ (1) ประโยชน์ส่วนตัวที่ได้จากการมีส่วนร่วมในการทำเจตนารมณ์นั้น และ (2) ประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการเข้าร่วมเพื่อให้ได้มาซึ่งเจตนารมณ์นั้น ซึ่งประโยชน์ทั้ง 2 ทางดังกล่าวจะช่วยสนองตอบมนุษย์ทั้งในฐานะที่เป็นส่วนตัวหรือเป็นปัจเจกชน (Individual Status) และในฐานะที่เป็นส่วนรวมหรือเป็นสาธารณชน (Public Status) พร้อมกันไป ทั้งนี้เพราะทุกคนที่อยู่ในประชาคมที่เป็นสังคมนั้นจะต้องมี 2 สถานะซ้อนกัน (twice status) อยู่เสมอ ทั้งความเป็นปัจเจกชนและสาธารณชน ดังนั้นเมื่อทุกคนยอมรับการสร้างประโยชน์ส่วนรวมที่แยกออกจากหากจากประโยชน์ส่วนตัว จึงไม่ใช่เป็นการลิดรอนหรือลบล้างประโยชน์ส่วนตัวให้สิ้นสูญไปแต่อย่างใด เพราะทุกคนย่อมจะได้รับประโยชน์ส่วนรวมตอบแทนกลับมาในฐานะที่ตนนั้นก็ป็นสาธารณชนอยู่ด้วยนั่นเอง **ประโยชน์มหาชน** อันเกิดจากการสร้างประโยชน์ส่วนรวมจึงเป็นเสมือนรางวัลอันยิ่งใหญ่ที่มนุษย์ใช้คุณธรรมและความดีงามที่มีอยู่ประดิษฐ์ขึ้นมาเพื่อเกื้อหนุนให้มนุษย์ได้บรรลุถึงคุณภาพใหม่ของชีวิตที่จะได้รับนอกเหนือจากการตอบสนองเฉพาะประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งก็คือการพัฒนาความสูงส่งทางจิตใจและโอกาสในการพัฒนาสติปัญญาให้สิ่งที่เรียกว่าความดีงามได้มีความเจริญงอกงามขยายเพิ่มพูนยิ่ง ๆ ขึ้นไป

2. พัฒนาการของรัฐกับมาตรวัดประโยชน์มหาชน

2.1 นครรัฐ (City State) นครรัฐหรือรัฐโบราณสมัยกรีกเป็นรัฐขนาดเล็กที่เน้นคุณค่า (Value) ของสิ่งที่เรียกว่าความยุติธรรม (Justice) และคุณธรรมความดีงาม (Virtue) เป็นสำคัญ จึงพอจะอนุมานได้ว่าความยุติธรรมและคุณธรรมความดีงามนั้นเป็นมาตรวัดประโยชน์มหาชนของสังคมแบบนครรัฐได้อย่างหนึ่ง

พื้นฐานของมาตรวัดประโยชน์มหาชนตามคุณค่าดังกล่าว เชื่อว่าสามารถเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างสังคมที่มีความเป็นเลิศในด้านการมีความสุขและการมีชีวิตที่ดี (good life) ของคนในสังคมได้ในที่สุด และการได้มาซึ่งเป้าหมายของสังคมดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยเครื่องมือสำคัญคือคนซึ่งประกอบทั้งคนที่เป็นผู้ปกครอง (Ruler) และคนที่เป็นผู้รับการปกครอง (Ruled) ทั้งนี้

โดยคาดหวังว่าคนที่เป็นผู้ปกครองควรมีคุณสมบัติของความเป็นราชาปราชญ์ (Philosopher King) ขณะที่คนที่เป็นผู้รับการปกครองควรมีคุณสมบัติของความเป็นคนดี (Good Men) และพลเมืองดี (Good Citizen) พร้อมกันไปด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ปกครองเป็นราชาปราชญ์แล้วก็ย่อมจะอำนวยความสะดวกแก่สังคมได้ เพราะความเป็นราชาปราชญ์นั้นทำให้ผู้ปกครองเป็นผู้มีความพร้อมทั้งความรู้ ความสามารถ ความฉลาด และคุณธรรม ขณะเดียวกันเมื่อผู้รับการปกครองเป็นคนดีและพลเมืองดีแล้ว ก็ย่อมจะเป็นฐานสนับสนุนในการสร้างสังคมที่ดีได้ด้วย

ดังนั้น คุณูปการในความเป็นราชาปราชญ์ของผู้ปกครองที่มีต่อประโยชน์มหาชนก็คือการส่งประโยชน์ต่อการสร้างรัฐบาลและการปกครองที่ดี (Good Government) ให้แก่สังคมส่วนรวมซึ่งเป็นรัฐบาลและการปกครองที่รู้จักสร้างความสามารถทางการปกครอง (Governmental Competence) ให้เกิดขึ้นได้ และความสามารถทางการปกครองนั้นก็ย่อมอำนวยประโยชน์สุขให้แก่ผู้รับการปกครองตามไปด้วย โดยเฉพาะการรู้จักสร้างความยุติธรรมรูปแบบต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับสภาพสังคม เช่น การสร้างความยุติธรรมแบบสัดส่วน (Proportional Justice)* และการสร้างความยุติธรรมแบบสัมพันธ์ (Relational Justice)** เป็นต้น

ส่วนคุณูปการในความเป็นคนดีและพลเมืองดีของผู้รับการปกครองที่มีต่อประโยชน์มหาชนก็คือการส่งประโยชน์ต่อการสร้างรากฐานของผู้รับการปกครองที่ดี (Good Subjects) ให้แก่สังคม ซึ่งเป็นผู้รับการปกครองที่เกื้อหนุนให้เกิดความเป็นสถาบันการปกครองโดยกฎหมาย (Institutionalization of the Rule of Law) และเกื้อหนุนให้เกิดความมีเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญ (Constitutional Stability) ขึ้นในสังคมพร้อมกันไปด้วย โดยเฉพาะการรู้จักทำตัวเป็นคนดี เพื่อให้ความเป็นคนดี (Good Men) นั้นยกระดับจิตใจของคนให้มีความสูงส่งและสมดุลง่ายพอที่จะรู้จักจำกัดขอบเขตของความโลภเพื่อไม่ให้ไปก้าวล่วงถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ทั้งนี้เพื่อรัฐบาลจะได้ไม่ต้องไปตรึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคมมาตอบสนองประโยชน์ส่วนตัวของคนจนกลายเป็นการบ่อนทำลายให้สังคมเสียประโยชน์หรือดำรงอยู่ไม่ได้ในที่สุด ประโยชน์มหาชนของส่วนรวมก็จะได้รับการจรรโลงรักษาไว้ให้กับส่วนรวมต่อไป ส่วนการรู้จักทำตัวเป็นพลเมืองดี (Good Citizen) นั้นก็เพื่อกำหนดกรอบภาระหน้าที่ของคนให้มีความรับผิดชอบต่อการเคารพกฎหมายและการรักษารัฐธรรมนูญร่วมกัน เพื่อดำรงเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายนั้นให้ดำเนินต่อไปได้และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปอย่างเท่าเทียมเสมอภาคและมีประสิทธิผลได้อย่างแท้จริง ซึ่งส่งผลต่อการบรรลุเป้าหมายอันเป็นเลิศให้เกิดขึ้นแก่สังคมและคนได้ในที่สุด คือการอยู่ร่วมกันทั้งคนและสังคม ทั้งประโยชน์ส่วนรวมของสังคมและประโยชน์ส่วนตัวของคนจึงมีดุลยภาพพร้อมกันได้

* การอำนวยความสะดวกต่อกลุ่มคนที่มีจำนวนน้อยและมีคุณูปการต่อสังคมมากกว่า

** การอำนวยความสะดวกต่อกลุ่มคนที่มีจำนวนมากและมีคุณูปการต่อสังคมน้อยกว่า

2.2 รัฐจักรวรรดิ (Empire State) รัฐจักรวรรดิเป็นรัฐขนาดใหญ่ที่เน้นคุณค่า (Value) ของสิ่งที่เรียกว่าความยิ่งใหญ่ของผู้นำรัฐศูนย์กลาง (The Great Emperor) และความไพศาลของเขตอำนาจปกครอง (Mega - Authority) เป็นสำคัญ จึงพอจะอนุมานได้ว่าความยิ่งใหญ่ของผู้นำรัฐศูนย์กลางและความไพศาลของเขตปกครองนั้นเป็นมาตรวัดประโยชน์มหาชนของสังคมแบบรัฐจักรวรรดิได้อย่างหนึ่ง

บรรณานของมาตรวัดประโยชน์มหาชนดังกล่าว เชื่อว่าสามารถเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างสังคมที่มีความเป็นเลิศในด้านการปลูกสร้างอารยธรรมแห่งความเจริญรุ่งเรือง (Civilization) ให้แก่สังคมได้ โดยเฉพาะอารยธรรมในการจัดระบบรัฐและการเมืองการปกครอง การได้มาซึ่งเป้าหมายของสังคมดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยการรุกรานบุกเบิก และการขยายเขตยึดครอง (Colonization) ทั้งนี้โดยคาดหวังว่าการปลูกสร้างอารยธรรมของมนุษย์นั้นควรจะต้องขยับเขยื้อนหรือขับเคลื่อนสังคมให้มีพลวัต (mobilization) ซึ่งการขับเคลื่อนสังคมให้มีพลวัตย่อมมีความจำเป็นในการแผ่ขยายอำนาจ (Fission of Power) และผนวกการปกครอง (Fusion of Authority) ให้มีความหลากหลายออกไปในวงกว้าง

ดังนั้น คุณูปการในการแผ่อำนาจที่มีต่อประโยชน์มหาชนก็คือการส่งประโยชน์ต่อการสร้างแรงจูงใจให้เกิดภาวะผู้นำที่กล้าหาญ (Courageous Leaderships) และใช้ความกล้าหาญนั้น รุกบุกเบิกกรุยทางไปสู่การขยายฐานของแหล่งทรัพยากรใหม่ที่เพิ่มพูนความหลากหลายและเพิ่มพูนความอุดมสมบูรณ์มากขึ้น เกื้อหนุนต่อการวางโครงสร้างพื้นฐานของอารยธรรมใหม่ ๆ ได้ โดยเฉพาะการระดมความเชื่อมั่นศรัทธาและการสร้างความแข็งแกร่งของสรรพกำลังของสังคมภายใน เช่น ความเข้มแข็งของกำลังรบ ยุทธศาสตร์การสงคราม กำลังทางเศรษฐกิจ และการแสวงหาฐานสนับสนุนของพันธมิตร รวมทั้งการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวหรือเอกภาพร่วมระหว่างศาสนจักรกับอาณาจักร

ส่วนคุณูปการในการผนวกการปกครองที่มีต่อประโยชน์มหาชนก็คือ การส่งประโยชน์ต่อการสร้างแรงจูงใจให้เกิดการพัฒนาแบบของการปกครองและรัฐบาล (Form of regime and Government) และใช้แบบของการปกครองนั้นควบคุมเขตยึดครองให้อยู่ภายใต้อำนาจศูนย์กลางเพื่อควบคุมกลืนกลายบริวารเข้าสู่แกนนำของวงโคจรใหม่แห่งอารยธรรมที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นได้ โดยเฉพาะการสร้างการแข่งขันในการประสานสัมพันธ์กับรัฐภายนอกโดยการเพิ่มความไพศาลของขนาดหรืออาณาบริเวณของศูนย์กลางอารยธรรมใหม่ที่ขยายใหญ่ขึ้นทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพทั้งในแนวราบและแนวตั้ง เช่น การสถาปนาหน่วยหรือเขตปกครองใหม่ที่เป็นเขตปกครองเดี่ยวแต่มีหลายรัฐบาล การสร้างระบบประมวลกฎหมายให้เป็นสัญลักษณ์หรือตัวแทนอำนาจการปกครองแทนคน (Code of Law) ขึ้นมาใช้ในระบบการเมืองการปกครองที่มีความสลับซับซ้อนขึ้น การสร้างกลไกของราคาที่ยุติธรรมขึ้นใช้ในระบบเศรษฐกิจ (just price หรือ justum pretium) และการสร้าง

ระบบการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ในรูปแบบการซื้อขายและการจัดเก็บภาษี รวมทั้งการสร้างระบบการประสานประโยชน์และลำดับชั้นในการจัดสรรประโยชน์ระหว่างกลุ่มชน ชนชั้น และกลุ่มอำนาจที่แตกต่างหลากหลาย

2.3 รัฐราชวงศ์ (Dynastic State) เป็นรัฐขนาดเล็กที่เน้นคุณค่า (Value) ของสิ่งที่เรียกว่า สิทธิพิเศษ (Privilege) และชนชั้นพิเศษ (Elitism) ที่มีพันธะผูกพันในภาระหน้าที่และความรับผิดชอบต่อสังคมส่วนรวมเป็นสำคัญ จึงพอจะอนุมานได้ว่า สิทธิพิเศษและชนชั้นพิเศษนั้นเป็นมาตรวัดประโยชน์มหาชนของสังคมแบบรัฐราชวงศ์ได้อย่างหนึ่ง

บนฐานของมาตรวัดประโยชน์มหาชนดังกล่าว เชื่อว่าสามารถเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างสังคมที่มีความเป็นเลิศในการสร้างความเป็นสถาบันของระบอบอำนาจการเมืองการปกครอง (Institutionalization of Political Regime) ให้มีความต่อเนื่องเป็นปึกแผ่นได้ในรูปของราชวงศ์ (Dynasty) ซึ่งเป็นทั้งศูนย์รวมของอำนาจการปกครองและศูนย์รวมของความภักดีอย่างคงทนสถาพรบนฐานของความเชื่อถือศรัทธาในเทวสิทธิ์หรือความมีสิทธิเสมือนพระเจ้า (Divine Rights) ของชนชั้นผู้ปกครองซึ่งสำคัญเหนือกว่ามนุษยสิทธิหรือสิทธิในความเป็นสามัญชนคนทั่วไป (Human Rights) ทั้งนี้ โดยคาดหวังว่าการดำรงรักษาไว้ซึ่งสิทธิพิเศษและชนชั้นพิเศษนั้น จะเป็นทั้งหลักประกันความต่อเนื่องของความคุ้มครองที่ประชาชนที่เป็นชนชั้นสามัญชนจะได้รับจากชนชั้นผู้ปกครองที่ส่งทอดถึงกันอย่างสืบเนื่องไม่ขาดสาย และในขณะเดียวกันยังเป็นฐานค้ำจุนความชอบธรรมในการสถาปนาความเป็นสถาบันของชนชั้นผู้ปกครองให้มีความเข้มแข็งสูงสุดพร้อมกันไปด้วย

ดังนั้น คุณูปการในการสถาปนาความเป็นสถาบันของชนชั้นผู้ปกครองให้มีความเข้มแข็งสูงสุดที่มีต่อประโยชน์มหาชน ก็คือการส่งประโยชน์ต่อการสร้างหลักประกันในการดำรงคงอยู่แห่งภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของชนชั้นนำซึ่งเป็นคนกลุ่มน้อยในการคุ้มครองปกป้องชนชั้นล่างหรือสามัญชนคนทั่วไปของสังคมซึ่งเป็นคนกลุ่มใหญ่ให้ได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเสมอเหมือนเท่าเทียมกันตามสถานภาพทางชนชั้นที่กำหนดตำแหน่งแห่งที่ของตนอยู่นั้น

ฉะนั้น การยอมรับยกย่องในคุณค่าของสิทธิพิเศษและชนชั้นพิเศษของชนชั้นนำซึ่งเป็นคนกลุ่มน้อยตามฐานความเชื่อของความมีสิทธิเสมือนพระเจ้าของผู้ปกครอง ก็เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในหลักประกันภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของคนกลุ่มน้อยในการปกป้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์ร่วมอย่างเสมอเหมือนกันของคนส่วนใหญ่ของสังคมนั่นเอง การสร้างหลักประกันการคุ้มครองสิทธิประโยชน์มหาชนของคนส่วนมากดังกล่าว จึงถือเป็นประโยชน์มหาชนที่ได้มาจากการสถาปนาความเป็นสถาบันที่เข้มแข็งของการปกครองในระบอบรัฐราชวงศ์

2.4 รัฐประชาชาติ (Nation State) เป็นรัฐสมัยใหม่ที่เน้นคุณค่า (Value) ของสิ่งที่เรียกว่า ความรู้สึกผูกพันกันแบบความเป็นชาตินิยม (Nationalism) และความเป็นพลเมือง

(Citizenship) เป็นสำคัญ จึงพอจะอนุมานได้ว่าความเป็นชาตินิยมและความเป็นพลเมืองนั้น เป็นมาตรวัดประโยชน์มหาชนของสังคมแบบรัฐประชาชาติได้อย่างหนึ่ง

บรรณานของมาตรวัดประโยชน์มหาชนดังกล่าว เชื่อว่าเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างสังคมที่มีความเป็นเลิศในการสร้างผลประโยชน์ที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในระดับของความเป็นผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interests) ได้ ซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์ร่วม (Common Interests) ทั้งของชาติ (Nation) และของประชาชน (People) ร่วมกัน ทั้งนี้โดยคาดหวังว่าประโยชน์ของชาติกับประโยชน์ของประชาชน นั้นเป็นประโยชน์ที่มีความผสมกลมกลืนกันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Harmonization) มากกว่าจะเป็นผลประโยชน์ที่ขัดกัน ซึ่งการทำให้ผลประโยชน์ทั้งสองดังกล่าวมีความเป็นเอกภาพได้ ก็โดยการยอมรับและยกย่องสิทธิความเป็นพลเมืองของประชาชนเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนเป็นผู้กำหนดตนเอง (Self Determination) ในการแสวงหาทางเลือกอย่างเสรี (Freedom of Choices) โดยสามารถแสดงออกและเรียกร้องผลประโยชน์ของตน (Interests Aggregation and Interests Articulation) ได้อย่างอิสระ ซึ่งคุณค่าของความเป็นชาตินิยมกับคุณค่าของความเป็นพลเมืองจะส่งผลเกื้อกูลให้ประชาชนกับชาติ หรือคนกับประเทศสามารถสร้างดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวของตนกับผลประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณะได้ในที่สุด ซึ่งจะเป็นหนทางสำคัญในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างผลประโยชน์ชาติกับผลประโยชน์ประชาชน

ดังนั้น คุณูปการของความเป็นชาตินิยมกับความเป็นพลเมืองที่มีต่อประโยชน์มหาชนในรัฐประชาชาติก็คือ การส่งประโยชน์ต่อการสร้างดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของประเทศกับผลประโยชน์ส่วนย่อยของประชาชน ให้มีความเป็นเอกภาพร่วมกันได้อย่างผสมกลมกลืนโดยไม่ขัดแย้งเป็นปรปักษ์กัน ซึ่งเป็นการเคารพต่อเป้าหมายการดำรงคงอยู่ร่วมกันระหว่างความเป็นรัฐ ซึ่งเป็นตัวแทนของผลประโยชน์ชาติและความเป็นพลเมือง ซึ่งเป็นตัวแทนของผลประโยชน์ประชาชน กล่าวอีกนัยก็คือ การเกื้อกูลกันทั้งประโยชน์ของชาติและประโยชน์ของประชาชนนั่นเอง

ฉะนั้น รัฐประชาชาติจึงเป็นสังคมที่ต้องดำรงอยู่ร่วมกันทั้งชาติและประชาชน ซึ่งต้องคำนึงถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประโยชน์ทั้งสองฝ่ายนั่นเอง การดำรงรักษาไว้ซึ่งหลักประกันในการสร้างบูรณภาพของผลประโยชน์แห่งชาติและประชาชนดังกล่าว จึงเป็นประโยชน์มหาชนที่ส่งเสริมให้รัฐประชาชาติบรรลุถึงจุดสูงสุดแห่งเป้าหมายของสังคมในบั้นปลายได้ คือ การสร้างประโยชน์สูงสุดให้แก่คนจำนวนมากที่สุด (The Greatest Utilities for the Greatest Numbers) นั่นเอง

3. ปัจเจกนิยม - สหนิยมกับประโยชน์มหาชนแบบพหุภาพ-เอกภาพ

3.1 ปัจเจกนิยมกับประโยชน์มหาชนแบบพหุภาพ (Individualism & Pluralism)

ในทัศนะของปัจเจกนิยม (Individualism) ยอมรับความแตกต่างหลากหลายของประโยชน์บุคคลและ

ยอมรับการขัดกันในประโยชน์ของคุณบุคคลได้อีกด้วย เช่น ผู้ค้าต้องการขายสินค้าในราคาแพงขณะที่ผู้บริโภคกลับต้องการซื้อสินค้าในราคาถูก ฉะนั้น ประโยชน์มหาชนจึงเป็นผลรวมของประโยชน์บุคคลอันประกอบกันขึ้นบนความหลากหลายตามความต้องการเฉพาะของแต่ละบุคคลนั่นเอง ประโยชน์มหาชนจึงควรถูกกำหนดขึ้นด้วยตัวเจ้าของหรือปัจเจกบุคคลเอง เช่นเดียวกับทัศนะของเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งยอมรับในความอิสระเสรี (Freedom) ว่าเป็นหนทางในการสร้างความเป็นธรรมได้ (Fairness) เพราะอิสระเสรีของคนนั้นเป็นการยอมรับการกำหนดทางเลือกของตนเอง (Self determination) และการแสดงออกและการแสวงหาให้ได้มาซึ่งประโยชน์ของคุณบุคคล (Interests Aggregation & Interests Articulation) ได้ด้วย ซึ่งบุคคลสามารถใช้ศักยภาพด้านความสามารถและเหตุผลที่มีอยู่ในตัวนั้นเข้าถึงประโยชน์แห่งตนได้อย่างสมบูรณ์แบบ ด้วยการประสานประโยชน์ประนีประนอมและการแข่งขันต่อรองกันอย่างเท่าเทียม อันจะนำไปสู่การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนกับประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณชนได้ในที่สุด

ต่อทัศนะทั้งสองดังกล่าวทั้งที่ทัศนะแบบปัจเจกนิยมและเสรีนิยม เชื่อมันว่าการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนดังกล่าวจะส่งประโยชน์ต่อการสร้างความเจริญรุ่งเรืองให้แก่สังคมและประเทศชาติได้เป็นอย่างดี เนื่องจากแรงจูงใจดังกล่าวจะผลักดันให้บุคคลแสวงหาความรู้ความสามารถและคุณธรรมในการใช้เหตุผล ซึ่งเป็นการพัฒนาศักยภาพในการแสวงหาและประสานประโยชน์ร่วมระหว่างส่วนตัวกับส่วนรวมให้เกิดความสมดุลอยู่เสมอเพื่อปกป้องผลประโยชน์ส่วนตัวไม่ให้ถูกทำลาย อันเป็นการผลักดันให้สังคมมีพลังพลวัตในการขับเคลื่อน (Dynamic) ให้เกิดความก้าวหน้าในมิติใหม่ ๆ ได้มากยิ่งขึ้น ๆ ขึ้นไปไม่มีที่สิ้นสุด

อย่างไรก็ตาม ในการบูรณาการให้ประโยชน์ของปัจเจกชนแต่ละคนรวมกันขึ้นเป็นประโยชน์ส่วนรวมของสังคมได้นั้น จำเป็นต้องอาศัยองค์กรอำนาจของรัฐทำการกำกับควบคุมให้ดำเนินไปในกรอบของครรลองที่ยุติธรรมตามกฎหมายได้ด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติองค์กรอำนาจของรัฐทั้งในฝ่ายที่เป็นองค์กรในการใช้อำนาจ (power user) ฝ่ายที่เป็นองค์กรในการควบคุมตรวจสอบอำนาจ (power censor) และฝ่ายที่เป็นองค์กรในการกำกับการใช้อำนาจและการเรียกร้องสิทธิ (power monitor) จะต้องทำหน้าที่ร่วมกันในการจัดระเบียบและคุ้มครองประโยชน์มหาชนดังกล่าว โดยองค์กรอำนาจในฝ่ายที่เป็นองค์กรในการใช้อำนาจมีหน้าที่หลักในด้านการสร้างความเห็นพ้องต้องกัน (Consensus) ให้เกิดขึ้นในท่ามกลางความแตกต่างหลากหลายของประโยชน์ในรูปของประโยชน์ร่วมของคนส่วนใหญ่ อันสอดคล้องต้องกันกับเจตนารมณ์ทั่วไปในสังคม ส่วนองค์กรอำนาจในฝ่ายที่เป็นองค์กรในการควบคุมตรวจสอบอำนาจ มีหน้าที่หลักในด้านการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นในท่ามกลางปัญหาการขัดแย้งระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์ส่วนรวม และการละเมิดประโยชน์ที่เกิดขึ้นทั้งต่อส่วนตัวและต่อส่วนรวม สำหรับองค์กรอำนาจในฝ่ายที่เป็นองค์กรในการกำกับการใช้อำนาจ

และการเรียกร้องสิทธิมีหน้าที่หลักในด้านการจัดกลุ่มผลประโยชน์ให้มีความชัดเจนเป็นกลุ่มเป็นก้อน (Interests aggregation) ให้เกิดขึ้นในรูปที่สามารถใช้เป็นกรอบอ้างอิงของความต้อการหรือประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ได้

3.2 สหนิยมกับประโยชน์มหาชนแบบเอกภาพ (Collectivism & Unity) ในทัศนะของสหนิยมแบบเอกภาพยอมรับความมีอยู่ของประโยชน์มหาชนเฉพาะในกรอบของควมมีจุดร่วมกันของผลประโยชน์ที่ไม่ขัดกันทั้งของบุคคลและของส่วนรวมเท่านั้น ฉะนั้นในทัศนะดังกล่าวจึงไม่ยอมรับว่าการเอาผลประโยชน์ของแต่ละคนมารวมเข้าด้วยกัน (The Interests of Accumulation) แล้วเรียกว่าเป็นประโยชน์มหาชนได้ เพราะสิ่งที่จะเรียกว่าเป็นประโยชน์มหาชนได้ก็ต่อเมื่อมีจุดร่วมของผลประโยชน์ (Common Interests) เกิดขึ้นจนตกผลึกเป็นสิ่งที่เรียกว่าประโยชน์ทั่วไป (General Interests) เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นประโยชน์มหาชน ดังนั้นสิ่งที่จะเป็นประโยชน์มหาชนตามทัศนะของสหนิยมแบบเอกภาพจึงเป็นคนละความหมายกับผลประโยชน์ที่มากที่สุดหรือใหญ่สุดที่เกิดจากการรวมเข้าด้วยกันของประโยชน์บุคคล หากแต่อาจจะเป็นผลประโยชน์ที่มีขนาดเล็กก็ได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับการประสานจุดร่วมกันของผลประโยชน์ในสังคมส่วนรวม เช่น ในสังคมหนึ่ง นาย ก. มีผลประโยชน์ส่วนตัวจำนวน 100 นาย ข. มีผลประโยชน์ส่วนตัวจำนวน 200 และนาย ค. มีผลประโยชน์ส่วนตัวจำนวน 300 แต่ทั้งสามคนอาจจะมีบางส่วนของผลประโยชน์ร่วมกันเพียงคนละ 10 เท่านั้น ดังนั้น ส่วนที่เป็นผลประโยชน์ร่วมหรือจุดร่วมกันของผลประโยชน์จึงมีขนาดรวมที่จำนวน 30 ซึ่งเป็นผลประโยชน์เฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดกันเท่านั้น มิได้เป็นผลประโยชน์เดียวกันกับการรวมผลประโยชน์ส่วนตัวของนาย ก. นาย ข. และ นาย ค. ทั้งหมดมารวมเข้าด้วยกันซึ่งจะมีขนาดใหญ่กว่าถึง 600 แต่อย่างไร ผลประโยชน์ส่วนรวมจึงมีขนาดเล็กกว่าผลประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลรวมกันก็ได้ เพราะเอกภาพของผลประโยชน์จะมีอยู่แต่เฉพาะส่วนที่ไม่มีการขัดแย้งทำลายซึ่งกันระหว่างผลประโยชน์ของบุคคลเท่านั้น

ต่อทัศนะดังกล่าว เชื่อมั่นว่าการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ร่วมของสังคมดังกล่าวจะส่งประโยชน์ต่อการสร้างความเป็นเลิศในการอำนวยประโยชน์สุขให้แก่สังคมได้ (Happiness Optimality) เนื่องจากประโยชน์มหาชนในรูปแบบดังกล่าวจะมุ่งเน้นเฉพาะในสิ่งที่เป็นตัวผลรวมของผลประโยชน์เหนือกว่าจำนวนของคนทั้งหมดทุกคน เพราะประโยชน์มหาชนในแบบดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ที่มีแต่ฝ่ายได้โดยไม่มีฝ่ายเสีย (win-win choices) ถึงแม้ไม่ได้ประโยชน์ที่เป็นเลิศเป็นเป้าหมายสูงสุดทั้งหมดทุกคน แต่ในขณะที่เดียวกันก็จะมีใครเสียประโยชน์เลย ดังนั้น ประโยชน์มหาชนในรูปแบบนี้จึงเอื้อให้สังคมส่วนรวมมีโอกาสได้รับการเพิ่มพูนประโยชน์ให้มากยิ่งขึ้น ๆ ขึ้นไปได้เรื่อย ๆ โดยไม่มีขีดจำกัด เพราะตราบใดที่ยังไม่มีใครเสียประโยชน์จากการเพิ่มพูนประโยชน์ใหม่ขึ้นมา นั้น ประโยชน์มหาชนก็จะสามารถเพิ่มขนาดให้ขยายใหญ่ขึ้นไปได้เรื่อย ๆ อย่างต่อเนื่องไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งคนในสังคมก็จะยิ่งได้รับประโยชน์นั้นเพิ่มพูนมากขึ้นตามไปด้วย

อย่างไรก็ตาม โดยที่ประโยชน์มหาชนแบบเอกภาพเป็นประโยชน์ร่วมที่ถือหลักไม่ขัดหรือแย้งกันกับประโยชน์ของคนอื่นหรือการเลียงไม่ให้ใครต้องเสียประโยชน์ แม้ทุกคนจะได้รับประโยชน์นั้นไม่เท่ากันทุกคนก็ตาม ฉะนั้นในทางปฏิบัติประโยชน์มหาชนแบบเอกภาพจึงสามารถเข้าถึงได้ทั้ง (1) โดยความสมัครใจของบุคคล (2) โดยการบังคับหรือการจัดการโดยรัฐหรือองค์กรอำนาจของรัฐ และ (3) โดยกึ่งสมัครใจกึ่งบังคับ ซึ่งกระทำได้หลายรูปแบบ อาทิเช่น ในกรณีของความสมัครใจ อาจกระทำได้ในรูปขององค์กรการกุศลหรือองค์กรอาสาสมัคร รวมทั้งการเข้าร่วมกิจกรรมสาธารณะ (Collective Activity) ด้วย ส่วนในกรณีของการบังคับโดยรัฐอาจกระทำได้ในรูปของการบังคับใช้กฎหมาย (Regulation) การดำเนินนโยบายสาธารณะด้านต่างๆ (Public Policy) รวมทั้งการจัดระบบสถาบันทางการเมืองการปกครอง (Constitutive Policy) ด้วย

4. นิติรัฐกับทฤษฎีความร่วมมือของการจัดระเบียบประโยชน์มหาชน

นิติรัฐ (Legal State) เป็นประชาคมทางการเมืองที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง (Rule of Law) มีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นทั้งกฎหมายสูงสุด (Supreme Law) ที่คอยควบคุมมิให้กฎหมายและการกระทำขัดรัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายพื้นฐานทางการเมืองการปกครอง (Fundamental Law) ที่คอยควบคุมเขตอำนาจและความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองการปกครอง ทั้งนี้โดยทำหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ (1) การควบคุมอำนาจรัฐ และ (2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน

4.1 การควบคุมอำนาจรัฐ อำนาจรัฐถูกควบคุมโดยรัฐธรรมนูญใน 3 ลักษณะคือ (1) ที่มาและขอบเขตของอำนาจ (2) วิธีการใช้อำนาจ และ (3) เป้าหมายการใช้อำนาจ กล่าวคือ ทั้งที่มาการใช้และเป้าหมายในการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องตั้งอยู่บนฐานกำหนดของกฎหมาย หากไม่มีกฎหมายก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ ไม่มีการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ทั้งนี้ โดยการมี การใช้และ เป้าหมายของการใช้อำนาจนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักการสำคัญของการควบคุมใน 3 ประการคือ (1) ขอบเขตของอำนาจ (2) การเลือกปฏิบัติ และ (3) การสนองประโยชน์

4.1.1 การควบคุมขอบเขตของอำนาจ จุดเน้นอยู่ที่การควบคุมไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) โดยเฉพาะปัญหาการขัดหรือแย้งและการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นกระทบกระทั่งต่อความสัมพันธ์ทางอำนาจกับองค์กรอำนาจอื่น และกระทบต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นการใช้อำนาจเกินเลยไปจนก้าวล่วงเข้าไปในกรอบที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิ ไม่ว่าจะสิทธิในความเป็นคนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในความเป็นพลเมืองและสิทธิในความเสมอภาคก็ตาม

4.1.2 การควบคุมการเลือกปฏิบัติ จุดเน้นอยู่ที่การควบคุมไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Unjust Discrimination) โดยเฉพาะปัญหาการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับเงื่อนไขของ

เวลา คน และการกระทำ เช่น การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง การบังคับใช้กฎหมายเฉพาะคน และการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีเดียวกันแต่ให้คุณให้โทษต่างกัน

4.1.3 การควบคุมการสนองประโยชน์ จุดเน้นอยู่ที่การคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่ที่เรียกว่า ประโยชน์สูงสุดของคนจำนวนมากสุด (The Greatest Utilities for the Greatest Numbers) โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดจากการยอมรับการใช้อำนาจตัดสินใจของฝ่ายข้างมาก (Majority Rule) ว่าเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่แต่ในทางกลับกันยังจำเป็นต้องคำนึงถึงการเคารพสิทธิของฝ่ายข้างน้อย (Minority Rights) และคำนึงถึงประโยชน์ทั่วไปของสังคมส่วนรวม (Public Interests) ด้วยเพื่อป้องกันไม่ให้ช่องว่างของการขัดแย้งกันทางผลประโยชน์นั้นขยายวงเป็นการก่อความแตกแยกจนอยู่ร่วมกันไม่ได้ อันเนื่องมาจากการได้สิทธิขาดในการครอบงำของฝ่ายข้างมากอย่างเบ็ดเสร็จแต่ฝ่ายเดียว จนสิทธิของฝ่ายข้างน้อยและผลประโยชน์ทั่วไปของสังคมส่วนรวมถูกกลืนและละเลยจากการกำหนดและจัดสรรในรูปแบบที่เป็นทางเลือกของฝ่ายข้างมากแต่เพียงข้างเดียวเกิดขึ้นในกระบวนการจัดสรรประโยชน์สาธารณะของระบบการเมืองการปกครอง

4.2 การคุ้มครองสิทธิประชาชน สิทธิประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญใน 3 ด้าน คือ (1) สิทธิความเป็นคนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (2) สิทธิความเป็นพลเมือง และ (3) สิทธิความเสมอภาค กล่าวคือ สิทธิของประชาชนต้องได้รับการเคารพและการคุ้มครองทั้งในฐานะที่มีความเป็นคน (Human) มีความเป็นพลเมือง (Citizen) และมีความเป็นปัจเจกบุคคล (Individual) พร้อมกันไปด้วย ไม่ว่าจะมีความหมายหรือไม่มีกฎหมายกำหนดรองรับอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม เพราะสิทธิของประชาชนนั้นมีทั้งสิทธิที่กฎหมายกำหนดรับรองไว้ และสิทธิที่กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งจะมีสิทธิของคนอื่นและสาธารณชนช่วยกำหนดขีดค้นไว้ให้เป็นพรมแดนธรรมชาติ ซึ่งบางกรณีอาจจะมากกว่าหรือน้อยกว่าสิทธิที่กฎหมายกำหนดรับรองไว้ก็ได้ ทั้งนี้โดยการคุ้มครองสิทธิประชาชนนั้นจะต้องคำนึงถึงมาตรการสำคัญใน 3 ประการด้วยกัน คือ (1) การป้องกันสิทธิ (2) การคุ้มครองสนองสิทธิ และ (3) การเยียวยาสิทธิ

4.2.1 การป้องกันสิทธิ เป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิเชิงรุกที่ประชาชนสามารถปกป้องสิทธิของตนมิให้ถูกละเมิดได้ เช่น การรับรู้ข้อมูลข่าวสารของรัฐ การประชาธิปไตยและการโต้แย้งหักท้วง อุทธรณ์แบบต่าง ๆ

4.2.2 การคุ้มครองสนองสิทธิ เป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิเชิงรับที่ประชาชนจำเป็นต้องเรียกขอรับสิทธิประโยชน์ในรูปแบบของบริการสาธารณะ (Public Goods) แบบต่าง ๆ โดยที่รัฐมีหน้าที่สนองตอบโดยมิอาจละเลยหรือละเว้นเพิกเฉยได้ เช่น เด็กย่อมได้รับบริการทางการศึกษา ผู้ใหญ่ย่อมได้รับสิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครอง คนพิการ คนแก่ชรา และคนด้อยโอกาส

ย่อมได้รับการอุปถัมภ์สงเคราะห์ คนเจ็บป่วย คนทำผิดและติดยาเสพติดย่อมได้รับการฟื้นฟูรักษา และบำบัดแก้ไขให้กลับคืนเป็นปกติ

4.2.3 การเยียวยาสิทธิ เป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิเชิงรับที่ประชาชนจำเป็นต้องเรียกขอรับสิทธิที่ถูกละเมิดและประโยชน์ที่เสียหายกลับคืนมาแบบต่างๆ โดยที่รัฐมีหน้าที่บังคับให้มีการยุติการละเมิด แก้ไขบรรเทาและชดเชยทดแทนความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิประโยชน์นั้นอย่างยุติธรรมแก่กรณี เช่น การให้ความคุ้มครองชั่วคราว การชดใช้ทางแพ่ง การทดแทนการตอบแทนค่าชดเชย การยกเลิกเพิกถอนการกระทำและคำสั่ง การอุทธรณ์และการฟ้องร้อง

5. ศาลรัฐธรรมนูญกับการจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐ

การใช้รัฐธรรมนูญให้ประสบผลสัมฤทธิ์ต้องมีปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญมารองรับ คือ การสร้างความเป็นพลเมืองดี (Good Citizen) ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญ เพื่อให้พลเมืองดีนั้นได้ทำหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ (1) การรักษาความมีเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญ และ (2) การรักษาความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เนื่องจากการรักษาเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญจะช่วยสร้างความต่อเนื่องของการนำรัฐธรรมนูญไปใช้ในทางปฏิบัติ เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่มีเสถียรภาพ รัฐธรรมนูญก็จะมีโอกาสได้นำไปใช้ และจะไม่ส่งผลให้มีการพัฒนาการเมืองการปกครองให้มีความก้าวหน้าได้ ขณะเดียวกันแม้รัฐธรรมนูญจะมีเสถียรภาพแต่หากรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการเคารพก็ไม่มีใครปฏิบัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน ฉะนั้นทั้งความมีเสถียรภาพและการเคารพต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นสถานะที่น่าพึงปรารถนาสูงสุด สำหรับการนำรัฐธรรมนูญให้เกิดผลสัมฤทธิ์ในทางปฏิบัติตามหลักการปกครองโดยกฎหมายอย่างแท้จริง จึงเห็นได้ว่าพลเมืองดีกับรัฐธรรมนูญนั้น แท้ที่จริงแล้วก็คือเหรียญเดียวกันที่มีทั้งสองด้านนั่นเอง

ในการสร้างความเป็นพลเมืองดีให้ทำหน้าที่รักษาเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญและเคารพต่อรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมมีความหมายรวมทั้งประชาชน ผู้ดำรงตำแหน่ง และองค์กรสถาบันทางการเมืองการปกครองด้วย เพราะรัฐธรรมนูญนั้นต้องใช้ร่วมกันในทุกฝ่าย และต่างก็มีส่วนได้รับผลกระทบจากการใช้รัฐธรรมนูญนั้นโดยทั่วถึงกัน

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทโดยตรงทั้งในด้านของการรักษาความมีเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญ การรักษาความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนกับประโยชน์ส่วนรวมของสาธารณชน และการสร้างความเป็นพลเมืองดีของฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญพร้อมกันไปด้วย และโดยบทบาทดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ช่วยสร้างคุณูปการอย่างสำคัญยิ่งต่อการจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐในอีกทางหนึ่งด้วยเช่นกัน

5.1 ศาลรัฐธรรมนูญกับการรักษาความมีเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญ บทบาทสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในด้านการรักษาความมีเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญ ก็คือบทบาทในการทำให้

รัฐธรรมนูญใช้ปฏิบัติได้ (Practicability) โดยการคลี่คลายปัญหาที่เกิดจากการใช้รัฐธรรมนูญให้ได้รับการแก้ไข (Correction) จนสำเร็จลุล่วงไม่เกิดทางตันในการใช้รัฐธรรมนูญจนต้องยกเลิกเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

5.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับการรักษาความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ บทบาทสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในด้านการรักษาความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ ก็คือบทบาทในการทำให้รัฐธรรมนูญได้รับการปฏิบัติตาม (Compliance) โดยการกำกับควบคุมให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญ ยึดถือปฏิบัติให้ถูกต้องเป็นไปตามแนวทางโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality)

5.3 ศาลรัฐธรรมนูญกับการสร้างความเป็นพลเมืองดี บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในด้านการสร้างความเป็นพลเมืองดี ก็คือบทบาทในการทำให้ผู้เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญทุกฝ่าย มีพฤติกรรมตามครรลองของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Behavior) โดยการสร้างแนวบรรทัดฐาน และผลผูกพันต่อการขัดเกลาปรับแก้หล่อหลอมและสร้างแบบแผนของพฤติกรรม (Constitutional Socialization) ที่ถูกต้องและไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

5.4 ศาลรัฐธรรมนูญกับการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนย่อยของปัจเจกชนกับประโยชน์ส่วนใหญ่ของสาธารณชน บทบาทสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในด้านนี้ได้แก่ บทบาทในการควบคุมอำนาจรัฐให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญทั้งขอบเขตที่มา วิธีการ และเป้าหมายของการใช้อำนาจ และบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญครอบคลุมทั้งขอบเขตของสิทธิ คือสิทธิในความเป็นคนความเป็นพลเมืองและความเสมอภาค ช่องทางของการใช้สิทธิ คือการป้องกันสิทธิการคุ้มครองสนองตอบสิทธิและการเยียวยาสิทธิ และกลไกของการใช้สิทธิ คือ การใช้สิทธิทางกลไกนิติบัญญัติ กลไกบริหาร และกลไกตุลาการ ซึ่งบทบาทดังกล่าวในที่สุดจะส่งผลบั่นปลายต่อการสร้างคุณภาพในการรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนย่อยของปัจเจกชนและประโยชน์ส่วนใหญ่ของสาธารณชนร่วมกันได้

5.5 ศาลรัฐธรรมนูญกับการสร้างบูรณภาพทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง โดยในทางสังคม ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการสร้างหลักประกันความมั่นคงด้านสภาพทางสังคมของคนให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญได้บนพื้นฐานของความแตกต่างหลากหลายทางบทบาทสภาพในระบอบพหุสังคม ช่วยสมานความแตกต่างในสภาพทางสังคมที่ไม่เท่าเทียมกันของคนให้มีความเสมอภาคร่วมกันตามกฎหมายได้ ส่วนในทางเศรษฐกิจศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการสร้างหลักประกันความมีสวัสดิภาพ ด้านสิทธิประโยชน์ทางเศรษฐกิจของคนให้มีความเป็นธรรมได้บนพื้นฐานของการขัดแย้งแข่งขันทางผลประโยชน์ในแบบทุนนิยมเสรีช่วยสมานความแตกต่างในฐานะทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกันของคนให้มีความเป็นธรรมร่วมกันตามรัฐธรรมนูญ และในทางการเมืองศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการสร้างหลักประกันความมีเสถียรภาพด้านสิทธิเสรีภาพ และอำนาจใน

ทางการเมืองของคนให้มีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญได้บนพื้นฐานของการต่อรองและต่อสู้ทาง สิทธิเสรีภาพและอำนาจในระบอบเสรีประชาธิปไตย ช่วยสมานความแตกต่างทางอำนาจและ สิทธิเสรีภาพที่ไม่เท่าเทียมกันของฝ่ายปกครองและฝ่ายรับการปกครองให้มีเสถียรภาพร่วมกันตาม กฎหมายได้ โดยที่ฝ่ายมีอำนาจและฝ่ายไม่มีอำนาจในทางการเมืองต่างยอมรับในความชอบธรรม ร่วมกันตามรัฐธรรมนูญได้ กล่าวโดยรวมได้ว่าบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการสร้างบูรณภาพทาง สังคม เศรษฐกิจ และการเมืองนั้น เป็นบทบาทร่วมทั้งการสร้างหลักประกันความมั่นคงด้านสถานภาพ ทางสังคมของคนให้มีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน การสร้างหลักประกันความมีสวัสดิภาพด้านสิทธิ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของคนให้มีความเป็นธรรมและการสร้างหลักประกันความมีเสถียรภาพด้าน สิทธิเสรีภาพ และอำนาจทางการเมืองของคนให้มีความชอบธรรม นั่นเอง

ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ ตามหลักนิติธรรม

เดชาวิวัฒน์ ณ สงขลา*

คำนำ

หลักนิติธรรมคืออะไร มีความหมายและแนวทางปฏิบัติอย่างไรยังเป็นคำถามที่แต่ละสถาบันการศึกษาหรือหน่วยงานต่างๆ ให้คำตอบหรือคำอธิบายที่มีความหลากหลาย ซึ่งบางครั้งได้ก่อให้เกิดความสับสนในหมู่บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ นักกฎหมายและที่ไม่ได้มีความเข้าใจตัวบทกฎหมายอย่างถ่องแท้ได้ แต่การตีความและความไม่เข้าใจในแนวคิดทางกฎหมายจะต้องตั้งอยู่บนความชอบธรรมเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน โดยไม่ควรอ้างถึงความชอบธรรมในการใช้อำนาจที่สอดคล้องกับกฎหมายเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน อันจะนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ด้วยผู้เขียนรับราชการที่สำนักงานงบประมาณ สำนักนายกรัฐมนตรี ผู้เขียนจึงมีความประสงค์ที่จะศึกษาในประเด็นที่ว่า กระบวนการและวิธีการการจัดทำงบประมาณตามระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์นั้น มีความสอดคล้องตามหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมหรือไม่ อย่างไร ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และที่มีการปรับปรุงเป็นระยะ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับการพัฒนาที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคม และความมั่นคงอย่างต่อเนื่อง

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

หลักนิติธรรม

1. หลักนิติธรรมคืออะไร

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้คำแปลของ “นิติธรรม” ไว้ว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย”

พจนานุกรมให้คำแปลไว้เพียงเท่านี้ มิได้ให้คำอธิบายความหมายแต่อย่างใด จึงยังไม่กระจ่างชัดว่า หลักนิติธรรมคืออะไร หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ว่ามีอะไรบ้าง แล้วการปฏิบัติอย่างไรจึงจะถือได้ว่าถูกต้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรมหลักนิติธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายนั้นเป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุด เพลโต (Plato 429-348 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายแล้วเพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน

ต่อมาอริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.) ศิษย์เอกของเพลโตก็ได้ได้นำความคิดนี้มาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of law, ...is preferable to that any individual)

หลักการปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ของกรีกนี้น่าจะเปรียบเทียบกับ “ทศพิธราชธรรม” ธรรมะ 10 ประการของพระมหากษัตริย์ในการปกครองพสกนิกรในพระองค์ โดยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งทศพิธราชธรรมประการสุดท้าย คือ “อวิโรธน์” (ความไม่คลาดธรรม) อันมีความหมายว่า พึ่งปกครองโดยยึดมั่นในสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมอันเป็นอมตะธรรมแห่งการปกครองโดยแท้

ที่มาดั้งเดิมของหลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW)

แนวความคิดเรื่อง THE RULE OF LAW เริ่มเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (MAGNA CARTA) ค.ศ. 1215 อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก โดยศาสตราจารย์ เอ. วี. ไคซี (Albert Venn Dicey) แห่ง

มหาวิทยาลัยออกฟอร์ดที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งของอังกฤษ ในช่วงปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิคตอเรียมหาราชินีนาถ ไตซีย์ได้ให้ความหมายของ THE RULE OF LAW ไว้อย่างชัดเจน โดยกล่าวว่า “THE RULE OF LAW” มีความสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบพระราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่เป็นที่มาของกฎหมายหากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิมีเสรีภาพประการต่างๆ นั้น หาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ความหมายทั้ง 3 ประการของ “THE RULE OF LAW” ตามที่ไตซีย์ให้คำอธิบายนี้ได้รับการสนับสนุนและวิพากษ์วิจารณ์ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา แนวคิดเรื่อง “THE RULE OF LAW” ตามหลักกฎหมายอังกฤษนี้ได้รับการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางและในเชิงลึกมากขึ้นทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกเสรี นักกฎหมายส่วนมากก็ถือเอา “THE RULE OF LAW” เป็นอุดมการณ์ร่วมกันเพื่อต่อต้านลัทธิพระราชย์และปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล มีการขยายหลัก THE RULE OF LAW ออกไปให้ครอบคลุมถึงการเสริมสร้างเกียรติศักดิ์ของมนุษย์และการคุ้มครองรักษาสิทธิมนุษยชนทุกแง่มุม แม้แต่ในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่รับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ (III) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ก็ยังกล่าวถึง “THE RULE OF LAW” ไว้ด้วยว่า “...เป็นการจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่ประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออกอันเป็นที่พึงสุดท้าย ด้วยการก่อความไม่สงบเพื่อต่อต้านพระราชย์และการกดขี่...” ดังนั้น ปัญหาต่างๆ ที่อยู่ในข่ายของ “THE RULE OF LAW” จึงมิใช่มีเฉพาะแต่เรื่องระบบพระราชย์ดังที่ปรากฏมาแต่เดิม แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงเรื่องต่างๆ ที่กระทบกระเทือนสิทธิมนุษยชนประการอื่นด้วย ได้แก่ การแบ่งแยกชนชั้นหรือเชื้อชาติในสังคม การจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

2. หลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐ แตกต่างกันหรือไม่ อย่างไร

หลักนิติรัฐ (LEGAL STATE, RECHTSSTAAT, L'ETAT DE DROIT)

“หลักนิติรัฐ” หรือ “RECHITSSTAAT” ในภาษาเยอรมัน หรือในภาษาฝรั่งเศสว่า “L'ETAT DE DROIT” นั้น เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสอันเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ โดยรัฐที่จะถือว่าเป็นนิติรัฐได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบสำคัญอย่างน้อย 3 ประการ กล่าวคือ

1. ต้องมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยมีหลักว่าด้วยลำดับชั้นหรือศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law) และกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

2. ต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดๆ ของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

3. ต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยตุลาการต้องมีความเป็นอิสระสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้

การศึกษาความเป็นมาของหลักนิติรัฐข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมีความแตกต่างกับ THE RULE OF LAW กล่าวคือ หลักนิติรัฐจะเน้นไปที่ความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชน ซึ่งแตกต่างจาก THE RULE OF LAW ที่ให้ความสำคัญกับความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล โดยศาลเป็นที่มาแห่งสิทธิ ความศักดิ์สิทธิ์ของสิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดจากการที่ศาลยอมรับบังคับให้นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังมีความหมายกว้างกว่า THE RULE OF LAW มาก ประกอบด้วย หลักการพื้นฐานย่อยๆ หลายหลักที่ THE RULE OF LAW ไม่มี เช่น หลักว่าด้วยลำดับชั้นหรือศักดิ์ของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ความแตกต่างเหล่านี้ล้วนเป็นผลมาจากการพัฒนาขึ้นในบริบทของสังคมที่ต่างกัน อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อแตกต่างกันบางประการ แต่สาระสำคัญของทั้งสองหลักมุ่งไปสู่จุดเดียวกัน คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดของผู้มีอำนาจรัฐ ปัจจุบันหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนมีความใกล้เคียงกันเป็นอย่างมาก ในวงการกฎหมายไทยก็มีการใช้ทั้งคำว่า “นิติรัฐ” และ “นิติธรรม” ควบคู่กันไป ในลักษณะที่เกี่ยวพันและเชื่อมโยงกัน จนบางครั้งมีการใช้สลับกันเสมือนหนึ่งว่าทั้งนิติรัฐและนิติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน

3. ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย การสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 อธิบายหลักการเบื้องต้นของการสร้างธรรมาภิบาลไว้ ดังนี้

3.1 **หลักนิติธรรม (The Rule of Law)** คือ การปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบต่างๆ ซึ่งรวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติ การไม่ทำตามอำเภอใจ การไม่ละเมิดกฎหมาย และการไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

3.2 **หลักคุณธรรม (Morality)** คือ การยึดมั่น ถิ่นมั่นในคุณธรรมความดีงาม ความถูกต้องตามทำนองคลองธรรม รวมถึงมีความซื่อสัตย์จริงใจ และยึดมั่นในความสุจริตคุณธรรมเป็นแนวทางที่ถูกต้องในการดำเนินชีวิตทั้งความประพฤติและจิตใจซึ่งแต่ละสังคมกำหนดและยอมรับปฏิบัติกัน เช่น ซื่อสัตย์ อุดม เมตตา กรุณา เสียสละ เป็นต้น ในระดับกิจการ หลักคุณธรรม คือ การจรรยาบรรณทางธุรกิจ ซึ่งหมายถึง มาตรฐานทางศีลธรรม คุณธรรมที่ใช้กับองค์กรทางธุรกิจ ปัญหาจริยธรรมที่เกิดขึ้นกับกิจการ เช่น การปกปิดข้อเท็จจริง หรือการตกแต่งตัวเลขทางบัญชี เพื่อหวังประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง การฟอกเงิน การหลบเลี่ยงหนีภาษี การละเลยไม่ดูแลด้านความปลอดภัยในสถานที่ทำงาน การเลือกปฏิบัติหรือมีสองมาตรฐานในการบริหารงานบุคคล

3.3 **หลักความโปร่งใส (Accountability)** คือ ความถูกต้อง ชัดเจน ปฏิบัติตามหลักการที่ควรจะเป็น รวมถึงการสร้างควมไว้วางใจซึ่งกันและกัน มีกระบวนการตรวจสอบความถูกต้องรวมทั้งการให้และรับข้อมูลที่เป็นจริง ตรงไปตรงมา ทันเวลาในระดับกิจการ อาจแปลความหมายของ “ACCOUNTABILITY” ว่าเป็น “ความรับผิดชอบที่อธิบายได้” ซึ่งเป็นภาระบทบาทของผู้บริหารในแง่ข้อผูกพันหรือความเต็มใจที่จะยอมรับความรับผิดชอบ รวมทั้งความสามารถในการรายงานชี้แจงให้เหตุผลเพื่ออธิบายการกระทำของตนเองและสามารถตอบคำถามของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ในทุกที่ทุกโอกาส เพื่อแจกแจงอธิบายการกระทำทั้งหมดที่ตนรับผิดชอบ

3.4 **หลักการมีส่วนร่วม (Participation)** คือ การให้โอกาสบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่สำคัญ รวมทั้งการเปิดรับฟังความคิดเห็น เพื่อรับคำแนะนำมาร่วมวางแผนและปฏิบัติให้บรรลุวัตถุประสงค์ในระดับสังคม ซึ่งประกอบด้วยบุคคลหลากหลายและมีความคิดเห็นที่แตกต่าง หลักการมีส่วนร่วมจะช่วยประสานความคิดเห็นหรือความต้องการที่แตกต่างเพื่ออยู่บนพื้นฐานโดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมในระดับกิจการ บริษัทจะกำหนดให้มีคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยบุคคลที่มีประสบการณ์หลากหลายช่วยบริหารงานขององค์กรให้บรรลุวัตถุประสงค์

3.5 **หลักความรับผิดชอบ (Responsibility)** คือ ความรับผิดชอบในงานของตนเอง ความรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง รวมถึงการตระหนักและสำนึกในสิทธิและหน้าที่

3.6 **หลักความคุ้มค่า (Cost – Effectiveness or Economy)** คือ การบริหารจัดการให้เกิดประโยชน์สูงสุดในระดับบุคคล ความคุ้มค่าเทียบเคียงได้กับความประหยัดไม่ฟุ่มเฟือยและ

ใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์อย่างคุ้มค่าในระดับกิจการ คือ การบริหารจัดการ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดหรือเกิดมูลค่ามากที่สุด เช่น การใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า และรักษา ทรัพยากรธรรมชาติให้ยั่งยืน สำหรับระดับของกิจการคณะกรรมการเพื่อพัฒนาระบบการกำกับ ดูแลกิจการที่ดี ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้กำหนด หลักสำคัญของการกำกับดูแลกิจการที่ดีเมื่อเดือนมกราคม พ.ศ. 2543 โดยยึดถือภาวะผู้นำพื้นฐาน 4 ประการ ดังนี้

(1) **ความโปร่งใส (Transparency หรือ Openness)** ความโปร่งใส คือ ฐานที่สร้างความไว้วางใจระหว่างบริษัทกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียของบริษัท (เช่น นักลงทุน เจ้าหนี้ คู่ค้า เป็นต้น) ภายในกรอบข้อจำกัดของกฎเกณฑ์แข่งขันของบริษัท ความโปร่งใสมิมีส่วนช่วยเสริมประสิทธิภาพของ บริษัท และช่วยให้คณะกรรมการของบริษัทสามารถแก้ไขปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพ และเปิดโอกาส ให้ผู้ถือหุ้นและผู้ที่เกี่ยวข้องพิจารณาพิเคราะห์บริษัทได้อย่างถี่ถ้วน

(2) **ความซื่อสัตย์ (Integrity)** ความซื่อสัตย์ หมายถึง การทำธุรกิจอย่างตรงไปตรงมา ภายในกรอบจริยธรรมที่ดี รายงานทางการเงินและสารสนเทศอื่นๆ ที่เผยแพร่โดยบริษัทต้องแสดงภาพ ที่ถูกต้อง และครบถ้วนเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัท ความน่าเชื่อถือได้ของ รายงานขึ้นอยู่กับความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่จัดทำและนำเสนอ

(3) **ความรับผิดชอบต่อผลการปฏิบัติงานตามหน้าที่ (Accountability)** ความรับผิดชอบต่อผลการปฏิบัติงานตามหน้าที่ มีส่วนสำคัญกับคณะกรรมการและผู้ถือหุ้น คณะกรรมการแสดงความรับผิดชอบต่อดังกล่าวโดยมีบทบาทสำคัญในการเสนอรายงานต่อผู้ถือหุ้น เกี่ยวกับผลการปฏิบัติงานของบริษัท

(4) **ความสามารถในการแข่งขัน (Competitiveness)** ความสามารถในการแข่งขัน มีเป้าหมายเพื่อช่วยสร้างความเจริญและเพิ่มมูลค่าแก่ผู้ถือหุ้น บริษัทภิบาลจะช่วยเสริมสร้างให้ เกิดความสามารถในการแข่งขัน อันจะนำไปสู่ความได้เปรียบเชิงการแข่งขันที่ยั่งยืนให้กับบริษัท

โดยสรุป หลักธรรมาภิบาลไม่ว่าจะเป็นระดับรัฐหรือระดับกิจการล้วนเป็นกลไกควบคุมติดตาม ตรวจสอบ และสนับสนุนให้มีการปฏิบัติตามสำนึกที่ดีอย่างมีประสิทธิภาพ ประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึง ผลกระทบที่มีต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย

4. ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์

สำนักงบประมาณได้จัดทำงบประมาณโดยใช้ระบบงบประมาณแบบแสดงรายการ (Line – item Budgeting System) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2502 – 2524 ซึ่งเป็นแบบที่เก่าแก่ที่สุด ได้รับความนิยมและ ปฏิบัติมาในหลายประเทศ ลักษณะของงบประมาณแบบแสดงรายการจะมุ่งเน้นอยู่ที่การบริหาร

งบประมาณของส่วนราชการ มีการวิเคราะห์รายละเอียดค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานตั้งแต่เงินเดือน ค่าตอบแทน ค่าใช้สอย ค่าวัสดุ ค่าสาธารณูปโภค ตลอดจนรายการที่จะจัดซื้อหรือลงทุน โดยต้องมีการจำแนกประเภทและชนิดของค่าใช้จ่ายอย่างละเอียดทุกรายการ จุดประสงค์ก็เพื่อที่จะควบคุมรายจ่ายเพื่อมิให้เกิดความทุจริต หรือการใช้จ่ายที่ผิดพลาด ซึ่งเมื่อส่วนราชการได้ใช้จ่ายเงินงบประมาณแล้ว ก็จะมีหน่วยงานอื่น ได้แก่ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและสำนักงบประมาณ ตรวจสอบ ควบคุม และบริหารงบประมาณอย่างเข้มงวด จะเห็นได้ว่าระบบงบประมาณแบบแสดงรายการมีแนวปฏิบัติที่มุ่งเน้นการควบคุมการใช้จ่ายเป็นหลัก มิได้เน้นถึงผลการดำเนินงานของส่วนราชการ หรือผลที่จะได้รับ

ต่อมาสำนักงบประมาณได้ปรับปรุงระบบงบประมาณจากระบบแบบแสดงรายการมาเป็นระบบงบประมาณแบบแผนงาน หรือ PPBS (Plan Programme Budgeting System) ในปีพ.ศ. 2525 ระบบงบประมาณแบบแผนงานนี้ เป็นระบบที่เน้นการจัดสรรงบประมาณให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล โดยการวิเคราะห์งาน การจัดทำแผนงาน/โครงการ มีการศึกษาวิเคราะห์รายละเอียดงาน/โครงการ และศึกษาความเป็นไปได้และความคุ้มค่าของงาน/โครงการมีการกำหนดเป้าหมายวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน โดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ ความเชื่อมโยงของแต่ละแผนงาน และมีการจัดลำดับความสำคัญและความเร่งด่วนในการดำเนินงาน ทั้งนี้ ในการดำเนินงาน/โครงการเพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์นั้น จะมีค่าใช้จ่ายประหยัดที่สุด นอกจากนี้ยังมีการติดตามประเมินผลการดำเนินงานอย่างจริงจัง โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงบประมาณ แต่ก็เป็นที่ทราบกันดีว่าทั้งสองระบบจะเป็นระบบที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์และสถานะของเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนการเมืองในช่วงเวลาขณะนั้น

ในปี พ.ศ. 2544 รัฐบาลได้มุ่งมั่นที่จะ “เร่งรัดการปรับเปลี่ยนกระบวนการจัดทำและจัดสรรงบประมาณให้เป็นเครื่องมือในการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับนโยบายและยุทธศาสตร์ในการพัฒนาประเทศ และส่งเสริมให้กระทรวง ทบวง กรมมีบทบาทในการตัดสินใจมากขึ้น พร้อมทั้งจัดให้มีระบบควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพและโปร่งใส”

สำนักงบประมาณจึงได้ปรับปรุงระบบงบประมาณให้เป็นระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (Strategic Performance Based Budgeting “SPBB”) โดยคำนึงถึงความสำเร็จของงานตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ มีการกระจายอำนาจและความรับผิดชอบในการวางแผนการจัดการและบริหารงบประมาณแก่กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งระบุโครงสร้างความรับผิดชอบและผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน โดยกำหนดให้รัฐบาลรับผิดชอบต่อเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ รัฐมนตรีรับผิดชอบเป้าหมายการให้บริการของกระทรวง และหัวหน้าส่วนราชการรับผิดชอบต่อเป้าหมาย/ผลผลิตของหน่วยงาน ภายใต้หลักการและกรอบแนวคิดที่จะให้ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ เน้นการใช้ยุทธศาสตร์ชาติสอดคล้องกับนโยบายรัฐบาลและแผนบริหาร

ราชการแผ่นดินเป็นหลักในการจัดการทรัพยากรให้เกิดประสิทธิผล คุ่มค่า และสอดคล้องกันตามความต้องการของประชาชน

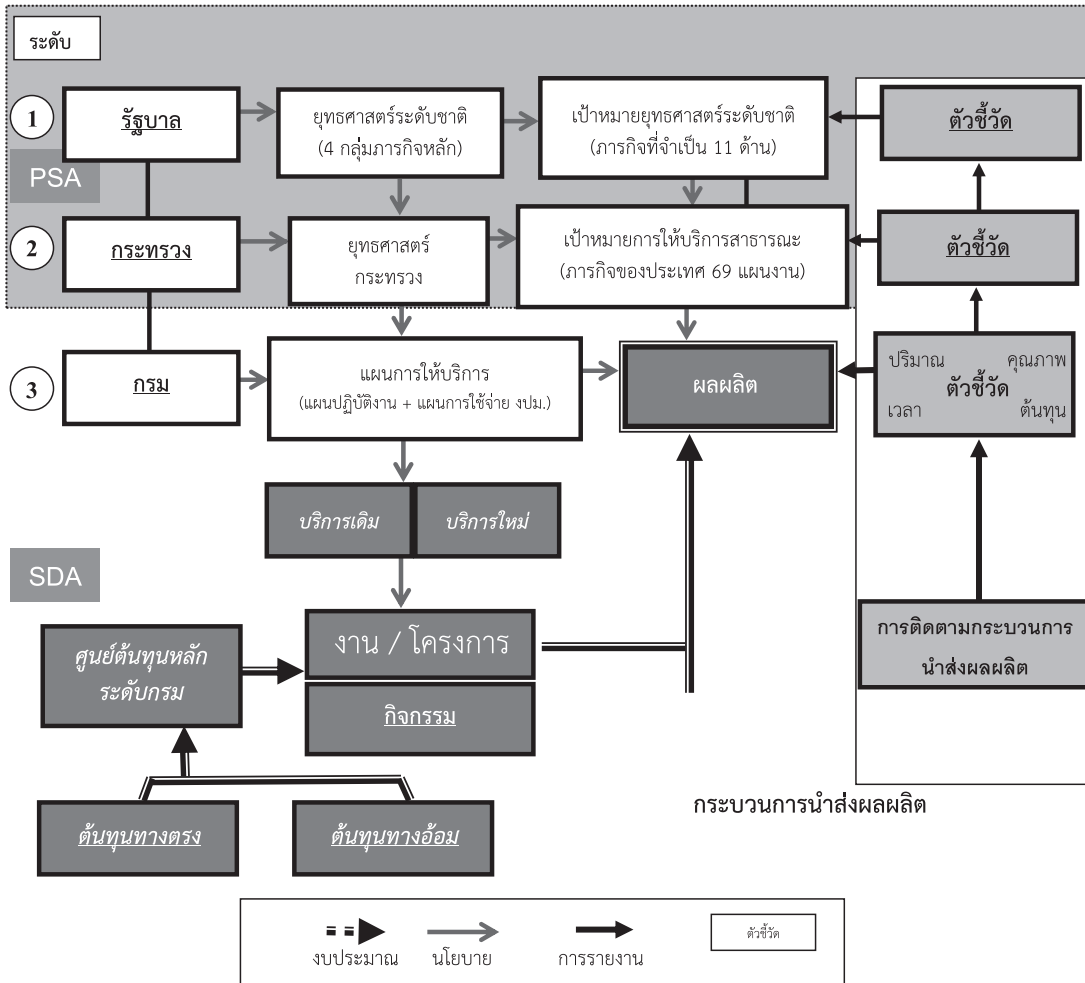
โครงสร้างระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์

ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ ได้กำหนดโครงสร้างที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับผิดชอบการดำเนินงานไว้ 3 ระดับ ได้แก่

1. ระดับชาติหรือระดับรัฐบาล จะมีความรับผิดชอบต่อความสำเร็จของเป้าหมายยุทธศาสตร์ของชาติ (Strategic Delivery Target)
2. ระดับกระทรวง หรือเรียกว่า ระดับความสำเร็จตามยุทธศาสตร์ของกระทรวง โดยมีเป้าหมายแห่งความสำเร็จที่เรียกว่า เป้าหมายการให้บริการสาธารณะ (Service Delivery Target)
3. ระดับกรม หรือหน่วยปฏิบัติ เป็นความสำเร็จตามผลผลิต (Outputs) จากการดำเนินงาน โดยใช้ระบบถ่วงดุลความรับผิดชอบต่อว่ารัฐสภา/สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีความรับผิดชอบต่อประชาชนเจ้าของประเทศ รัฐบาล ผู้บริหารประเทศ มีรัฐสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ตรวจสอบ ส่วนราชการมีรัฐบาลผู้บริหารประเทศเป็นผู้ตรวจสอบ

ทั้งนี้ เป้าหมายและยุทธศาสตร์จะเป็นตัวนำไปสู่ความสำเร็จที่ต้องการกระบวนการทำงานจะมีความเชื่อมโยงซึ่งกันและกัน และนำไปสู่จุดมุ่งหมายสุดท้ายตามเป้าหมายยุทธศาสตร์ชาติ โดยมีระบบการติดตามและประเมินผลความสำเร็จของแต่ละระดับได้จากตัวชี้วัดที่กำหนดไว้ ดังจะเห็นได้จากโครงสร้างความรับผิดชอบต่อแผนภาพดังต่อไปนี้

แผนภาพแสดงโครงสร้างความรับผิดชอบและการประเมินผลในแต่ละระดับตามข้อตกลง การให้บริการสาธารณะ



โดยในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณแต่ละปี สำนักงบประมาณได้กำหนดกระบวนการและวิธีการดำเนินการไว้ ดังนี้

- 1) กำหนดเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์เพื่อการจัดสรรงบประมาณประจำปีให้เชื่อมโยงกับยุทธศาสตร์ชาติ และการจัดลำดับความสำคัญ
- 2) จัดทำเป้าหมายการให้บริการของกระทรวงให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และให้เชื่อมโยงกับยุทธศาสตร์การจัดสรรงบประมาณประจำปี โดยสร้าง Key Performance Indicator ของกระทรวง
- 3) ทบทวนผลผลิตของหน่วยงานให้ถูกต้องและมีความชัดเจน โดยยืนยันผลผลิตที่ต้องดำเนินการ/ที่ต้องปรับปรุงให้สอดคล้องกับเป้าหมายการให้บริการที่ต้องริเริ่มใหม่ โดยยกเลิกผลผลิตที่หมดความจำเป็น และกำหนดตัวชี้วัดครอบคลุมหลายมิติ เช่น ปริมาณ คุณภาพ ระยะเวลาในการจัดทำ และวงเงินที่ต้องใช้
- 4) ให้มีการคำนวณต้นทุนค่าใช้จ่ายต่อผลผลิต และประโยชน์ในการจัดทำงบประมาณให้มากขึ้น โดยเชื่อมโยงค่าใช้จ่ายให้สอดคล้องกับปัจจัยนำเข้าและกระบวนการจัดทำผลผลิต เพื่อให้เกิดความคุ้มค่าในการผลิตผลผลิตที่มีผลลัพธ์ตามความคาดหวังที่จะเกิดขึ้นในกระบวนการวางแผนยุทธศาสตร์และกลยุทธ์
- 5) จัดทำประมาณการรายจ่ายล่วงหน้าระยะปานกลาง 3 ปี (Medium Term Expenditure Framework (MTEF)) ทั้งระดับ Top down และ Bottom up เพื่อความมั่นคงทางการคลัง โดยคำนึงถึงข้อผูกพันของค่าใช้จ่ายของรัฐในรอบยุทธศาสตร์ตามนโยบายของรัฐบาลและหน่วยงาน

องค์ประกอบสำคัญของระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์

องค์ประกอบของระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ประกอบด้วย

1. ผลสำเร็จตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์

ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์จะให้ความสำคัญกับความสำเร็จตามเป้าหมายในทุกระดับ ตั้งแต่เป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติจนถึงเป้าหมายการให้บริการของกระทรวงและหน่วยงาน โดยมีผู้รับผิดชอบในแต่ละระดับอย่างชัดเจน ดังนี้

เป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ เป็นผลลัพธ์ที่รัฐบาลคาดหวังจะให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนและประเทศชาติ รัฐบาลจะกำหนดกรอบนโยบายเป็นแนวทางในการบริหารจัดการประเทศโดยใช้งบประมาณรายจ่ายประจำปีเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ซึ่งจะมีการกำหนดเป้าหมายและตัวชี้วัด พร้อมกรอบเวลา เพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการและประเมินผลสำเร็จ การกำหนดเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์จะเป็นการกำหนดเป้าหมายในช่วงอายุของแต่ละรัฐบาลและสามารถกำหนดเป้าหมายเป็นรายปีได้ ซึ่งเรียกว่าเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ประจำปี

สำนักงานงบประมาณจึงมีบทบาทสำคัญในการถ่ายทอดเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติของรัฐบาลให้เป็นเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ประจำปี และแปลงเป็นยุทธศาสตร์จัดสรรงบประมาณรายจ่ายประจำปี รวมทั้งแปลงเป็นงบประมาณรายจ่ายประจำปี

เป้าหมายการให้บริการของกระทรวง จะต้องเชื่อมโยงและคำนึงถึงผลสำเร็จตามเป้าหมายยุทธศาสตร์ระดับชาติ ซึ่งเป้าหมายยุทธศาสตร์ระดับชาติอาจดำเนินการโดยกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือต้องร่วมกันดำเนินการโดยหลายกระทรวงในลักษณะบูรณาการเพื่อให้เกิดผลสำเร็จแก่ชุมชนหรือสังคม

เป้าหมายการให้บริการของหน่วยงาน จะต้องสอดคล้องกับเป้าหมายการให้บริการของกระทรวง โดยมีการกำหนดผลผลิตของหน่วยงาน ซึ่งอาจเป็นการบริการหรือการจัดหาสิ่งของที่ให้บริการแก่ประชาชน และมีตัวชี้วัดผลสำเร็จที่แสดงถึงมิติ ทั้งในเชิงปริมาณคุณภาพ เวลา และค่าใช้จ่าย

2. หลักการธรรมาภิบาล

ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ เป็นระบบที่เน้นหลักการธรรมาภิบาลหรือหลักการบริหารจัดการที่ดี ดังนี้

2.1 มีการแบ่งหน้าที่ความรับผิดชอบในแต่ละระดับที่ชัดเจน เริ่มตั้งแต่จากระดับรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีรับผิดชอบต่อผลสำเร็จตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ เพราะรัฐบาลเป็นผู้บริหารและกำหนดนโยบายสูงสุดของประเทศ สู่ระดับกระทรวงหรือรัฐมนตรีที่รับผิดชอบต่อผลสำเร็จตามเป้าหมายการให้บริการของกระทรวง และสิ้นสุดที่ระดับหน่วยงานหรือหัวหน้าหน่วยงานที่รับผิดชอบต่อผลสำเร็จของผลผลิตที่ส่งผลโดยตรงต่อประชาชน

2.2 มีระบบการติดตามประเมินผล และการรายงานผลการดำเนินงานที่โปร่งใสตรวจสอบได้ เพื่อเป็นการตรวจสอบผลการดำเนินงานของทุกหน่วยงานว่าได้บรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายที่กำหนดไว้หรือไม่ โดยมีตัวชี้วัดผลสำเร็จในทุกมิติ ทั้งเชิงปริมาณคุณภาพ เวลา และค่าใช้จ่ายไว้อย่างชัดเจนเพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการบริหาร ตลอดจนเป็นการแสดงความรับผิดชอบต่อหน่วยงานต่อผลสำเร็จของงาน มีรูปแบบของการรายงานผลจำแนกได้เป็น 2 ส่วน คือ

1) การตรวจสอบทางการเงิน (Financial Auditing) เป็นการตรวจสอบในลักษณะของการประเมินผลจากข้อมูลต่าง ๆ ในอดีตเพื่อทดสอบและให้แน่ใจว่าข้อมูลทางการเงินที่องค์กรจัดทำขึ้นมีความถูกต้อง ครบถ้วน ตรงต่อเหตุการณ์หรือรายงานที่เกิดขึ้นและมีความน่าเชื่อถือได้เพียงใด ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือแนวปฏิบัติของทางราชการหรือไม่ ทั้งนี้การตรวจสอบยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสินทรัพย์ ตลอดจนการประเมินความเพียงพอและเหมาะสมของระบบการควบคุมภายในองค์กรที่มีอยู่ โดยปกติการตรวจสอบลักษณะนี้เป็นการกระทำอย่างมีแบบแผนเป็นทางการและเป็นระบบ ทั้งนี้ ข้อมูลทางการเงินก็เป็นส่วนหนึ่งของข้อมูลเพื่อการจัดการ

และการบริหารโดยเฉพาะ เป็นข้อมูลสำหรับที่ฝ่ายบริหารใช้เป็นพื้นฐานในการวางแผนตัดสินใจ ควบคุม และติดตามผลการดำเนินงาน

2) การตรวจสอบการดำเนินงาน (Performance Auditing) เป็นการสอบทาน ประเมินผลการดำเนินงานขององค์กรโดยรวม และหรือผลการดำเนินงานในแต่ละกิจกรรม การตรวจสอบประเมินผลดังกล่าวจะต้องกระทำอย่างอิสระและเป็นระบบ ด้วยวิธีการตรวจสอบ อันควรและเหมาะสมกับกรณีที่ตรวจสอบประเมินผลนั้น ทั้งนี้ ผู้ตรวจสอบจะให้ความสำคัญต่อผลการดำเนินงานที่กำลังกระทำและผลกระทบอันอาจเกิดขึ้นจากกรณีที่น่าจะปรากฏความเบี่ยงเบนในผลการดำเนินงานนั้น เพื่อการพิจารณาแก้ไข ปรับปรุง หรือพัฒนาการดำเนินงานให้บังเกิดประสิทธิภาพ และบรรลุผลตามเป้าหมายที่ฝ่ายบริหารกำหนด ซึ่งจะต้องเปิดเผยต่อสาธารณะเพื่อความโปร่งใสและตรวจสอบได้

3. การมอบอำนาจการบริหารจัดการงบประมาณ

ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์มีเป้าประสงค์ที่จะให้กระทรวง และหน่วยงานมีความรับผิดชอบในการกำหนดเป้าหมายและยุทธศาสตร์ในการให้บริการที่มีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกันในแต่ละระดับ เพื่อบรรลุผลสำเร็จของเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ และส่งเสริมให้กระทรวง/หน่วยงานมีบทบาทในการตัดสินใจมากขึ้น นอกจากนี้ยังจะมีการผ่อนคลาย กฎระเบียบต่าง ๆ ให้กระทรวงและหน่วยงานมีความคล่องตัวในการบริหารจัดการงบประมาณมากขึ้น เพื่อให้สามารถบรรลุผลสัมฤทธิ์สู่ประชาชนได้อย่างเป็นรูปธรรม

4. การเพิ่มขอบเขตความครอบคลุมของงบประมาณ

การจัดทำงบประมาณรายจ่ายที่ผ่านมามีขอบเขตจำกัดอยู่แต่เพียงค่าใช้จ่ายของกิจกรรม ที่ใช้จ่ายจากเงินงบประมาณแผ่นดินเท่านั้น ไม่รวมกิจกรรมที่ใช้เงินนอกงบประมาณ เช่น เงินกู้ เงินช่วยเหลือ และเงินรายได้ของหน่วยงาน เป็นต้น ดังนั้น การนำเงินนอกงบประมาณมาพิจารณา ร่วมกันกับงบประมาณรายจ่ายประจำปี จะทำให้แผนการเงินโดยรวมของภาครัฐมีความสมบูรณ์ ครอบคลุม และสามารถใช้ประโยชน์ในการวางแผนทางการเงินและการคลังได้ถูกต้องเหมาะสมยิ่งขึ้น

5. การประมาณการงบประมาณรายจ่ายล่วงหน้าระยะปานกลาง (Medium Term Expenditure Framework : MTEF)

เป็นการประมาณการรายจ่าย 3 ปีล่วงหน้าจากค่าใช้จ่ายที่หน่วยงานได้รับอนุมัติในปัจจุบัน ภายใต้สมมุติฐานว่าไม่มีการเปลี่ยนแปลงนโยบายใหม่สำหรับแผนงานต่างๆ เหล่านั้น ซึ่งจะทำให้มั่นใจได้ว่าสัดส่วนของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในอนาคตนั้นสอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาประเทศ ในแต่ละด้าน การประมาณการวงเงินงบประมาณรายจ่ายล่วงหน้าระยะปานกลางจะดำเนินการ ทั้งแบบ Top Down และ Bottom UP โดยการประมาณการแบบ Top Down จะเป็นการประมาณการ

รายจ่ายจากระดับนโยบาย ซึ่งพิจารณาจากสมมติฐานทางการเศรษฐกิจและนโยบายการคลังของรัฐบาล มีการนำปัจจัยที่สามารถควบคุมได้ เช่น พันธะทางการงบประมาณ เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานตามยุทธศาสตร์ นโยบายรัฐบาล และแผนบริหารราชการแผ่นดินกับปัจจัยที่อยู่นอกเหนือการควบคุม เช่น นโยบายเร่งด่วนของรัฐบาลที่จะต้องมีการติดตามผลการดำเนินงาน เพื่อนำมาสู่การจัดสรรงบประมาณในโอกาสต่อไป ส่วนการประมาณการแบบ Bottom Up จะเป็นการประมาณการรายจ่ายจากระดับหน่วยงานภายใต้สมมติฐานว่าจะไม่มีนโยบายใหม่ในระยะเวลา 1+3 ปี

บทสรุป

หลักนิติธรรม (THE RULE OF LAW) เป็นหลักพื้นฐานประการหนึ่งที่นักกฎหมายจากทั่วโลกต่างให้ความสนใจ และมีความพยายามที่จะนำหลักการนี้ไปปรับใช้ในประเทศของตน เพื่อบรรลุเป้าหมายของความเป็นธรรม ภายใต้กฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ THE RULE OF LAW ไม่ใช่คำใหม่ในสังคมไทย แต่คนทั่วไปก็ยังไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริงของคำนี้ หรืออาจเข้าใจคลาดเคลื่อนไป และยังในปัจจุบันมีการกล่าวถึงเรื่องนี้กันมากในสังคมไทย แต่ถ้าศึกษาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักธรรมาภิบาลแล้ว จะพบความหมายของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญของการสร้างธรรมาภิบาล

สำนักงบประมาณได้นำระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์มาใช้ในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีตั้งแต่ปีงบประมาณ พ.ศ. 2546 ซึ่งองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญของระบบงบประมาณดังกล่าว คือ การยึดมั่นในหลักธรรมาภิบาล ซึ่งก็หมายรวมได้ว่ามีหลักนิติธรรมอยู่ในกระบวนการจัดทำและวิธีการภายใต้พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณพุทธศักราช 2502 แล้วเช่นกัน

บรรณานุกรม

การอ้างอิงจากหนังสือ เอกสาร และสิ่งพิมพ์

สำนักงบประมาณ, สำนักงานบริหารโครงการปรับปรุงระบบการจัดการงบประมาณ ศาสตราจารย์พิเศษธานีรินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี (2552). **หลักนิติธรรม** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร:สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน

การปล่อยชั่วคราว

: มาตรการผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ผู้ต้องหาหรือจำเลย ระหว่างการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมไทย

นิพนธ์ ใจสำราญ*

บทคัดย่อ

การดำเนินคดีอาญาในบางคดีต้องใช้เวลาอันยาวนาน เป็นเหตุให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกควบคุมหรือต้องขังอยู่ในระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ และเกิดความเสียหายในด้านต่างๆ แนวทางที่จะช่วยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและป้องกันมิให้ต้องเกิดความเสียหายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยดังกล่าว ก็คือ การพิจารณาให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราวในระหว่างการดำเนินคดีอาญา โดยถือหลักที่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคนพึงมีสิทธิที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวเว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นที่ต้องควบคุมหรือขังไว้

แนวคิดเรื่องการปล่อยชั่วคราวในประเทศไทยเริ่มมีมานานแล้ว ในระยะหลังมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะในบางกรณีมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และที่สำคัญที่สุดบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวไว้ แม้กฎหมายจะบัญญัติถึงรายละเอียดไว้ให้ปฏิบัติ แต่ในทางปฏิบัติบางครั้งก็มีปัญหาบางประการที่อาจจะต้องหาทางแก้ไขต่อไป

คำสำคัญ การปล่อยชั่วคราว

* ประธานศาลอุทธรณ์ภาค 7, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 3 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทนำ

การดำเนินคดีอาญาต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยบางครั้งต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนาน เป็นเหตุให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกควบคุมหรือต้องขังอยู่ในระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ ขาดอิสระภาพและเกิดความเสียหายด้านต่างๆ ทั้งๆ ที่มีหลักกฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า กระทำความผิดจริง และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ และมีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ฉบับพุทธศักราช 2550 และฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น แนวทางที่จะช่วยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและป้องกันมิให้ต้องเกิดความเสียหายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยดังกล่าว ก็คือ การพิจารณาให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับการปล่อยชั่วคราวในระหว่างการดำเนินคดีอาญา โดยถือหลักที่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคนพึงมีสิทธิที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราว เว้นแต่ว่าจะมีเหตุจำเป็นที่ต้องควบคุมหรือขังไว้ การปล่อยชั่วคราวจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบนิติธรรม (The Due Process Model) และในขณะเดียวกันก็มุ่งคุ้มครองต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม มิให้เกิดความเสียหายหรือภัยอันตรายจากการที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวด้วยตามระบบการดำเนินคดีอาญาในแบบควบคุมอาชญากรรม (The Crime Control Model) นานาประเทศต่างยอมรับและนำมาตราการปล่อยชั่วคราวมาใช้บังคับเพื่อสานประโยชน์ระหว่างข้อดีและข้อเสียของระบบการดำเนินคดีอาญาทั้งสองรูปแบบดังกล่าว ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ จะมีระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบใดมากหรือน้อยกว่ากัน¹ สำหรับประเทศไทยให้ความสำคัญแก่ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ระบบการดำเนินคดีอาญาจึงมีลักษณะที่เน้นระบบการควบคุมอาชญากรรมโดยให้อำนาจอย่างกว้างแก่เจ้าพนักงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย และมุ่งที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ยังผลให้รัฐต้องควบคุมหรือขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้เพื่อป้องกันมิให้หลบหนีหรือไปก่อภัยอันตรายแก่สังคม และเพื่อประโยชน์ในกระบวนการดำเนินคดีทางอาญา โดยเห็นว่าเมื่อบุคคลใดถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา จะต้องถูกจับกุมและควบคุมไว้เพื่อสอบสวนหรือพิจารณาคดีตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้ถูกควบคุมหรือคุมขัง แต่เนื่องจากการดำเนิน

¹ วิษุณานันท์ เสือทองคำ, การประกันด้วยบุคคลในชั้นศาล, สารนิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (การบริหารยุติธรรม) คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 1

คดีอาญาต้องใช้เวลาานาน และเพื่อค้ำประกันถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามหลักการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบนิติธรรม เมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยขึ้นมา จึงมีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย นอกจากนี้ยังมีการตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การปล่อยชั่วคราวไว้ อันเป็นมาตรการผ่อนคลายการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างการดำเนินคดี

ความหมายของการปล่อยชั่วคราว

ไม่มีกฎหมายใดให้คำนิยามของคำว่า “การปล่อยชั่วคราว” หรือที่ตรงกับคำว่า “ประกัน” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางฉบับ ว่ามีความหมายอย่างไร แต่ก็มีนักกฎหมายให้ความหมายของคำว่า “การปล่อยชั่วคราว” ไว้หลายท่าน เช่น นายคณิต ณ นคร² นายคณิง ฤกษ์³ นายสุวัฒน์ชัย ใจหาญ⁴ นายประเทือง กิรติบุตร⁵ ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การปล่อยชั่วคราวหรือการประกันตัว หมายถึง การปล่อยตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยไปชั่วระยะเวลาหนึ่งที่มีกำหนดในระหว่างการสอบสวน ใต้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาโดยพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการหรือศาล แล้วแต่กรณี โดยจะมีประกันหรือไม่ประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยหรือไม่ก็ได้ เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับอิสรภาพไปชั่วคราว โดยจำเลยหรือผู้ประกันสัญญาว่าจะปฏิบัติตามนัดหรือตามหมายเรียกของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการหรือศาลซึ่งอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว แล้วแต่กรณี และถ้าผิดสัญญา ผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือผู้ประกันจะต้องใช้เงินจำนวนที่ระบุไว้ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายที่ว่า ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเขานั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง โดยมีแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวว่า

1. ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับการปล่อยชั่วคราวหากสามารถให้หลักประกันจนเป็นที่พอใจได้ว่าจะไม่หลบหนีการพิจารณาคดี

² คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หน้า 271.

³ คณิง ฤกษ์ และณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพ, มิตรนราการพิมพ์, 2530), หน้า 240.

⁴ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2536), หน้า 178.

⁵ ประเทือง กิรติบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า 106 ถึง 107.

2. การกำหนดหลักประกันต้องพิจารณาให้เหมาะสมเป็นรายกรณีไป การเรียกหลักประกันสูงเกินควรแก่กรณีจะกระทำมิได้

3. เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยใน ข้อ 1 และข้อ 2 การใช้ดุลพินิจของผู้มีอำนาจสั่งเกี่ยวกับการประกันต้องอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมที่เหมาะสม

จะเห็นว่าแนวความคิดตาม ข้อ 1 และข้อ 2 นั้น ในเรื่อง “การให้หลักประกันจนเป็นที่พอใจ” หรือ “การต้องพิจารณาให้เหมาะสมเป็นรายกรณี” เป็นเรื่องการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเป็นผู้พิจารณา อันเป็นกรณีการใช้ดุลพินิจทั้งสิ้น แต่การที่จะใช้ดุลพินิจใดก็ตามจะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดให้ และมีขอบเขตจำกัด ซึ่งของประเทศไทยมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่างๆ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาความเป็นมาของการปล่อยชั่วคราวในประเทศไทย

ไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่าเรื่องการปล่อยชั่วคราวในประเทศไทยเริ่มมีขึ้นแต่สมัยใด สมัยกรุงสุโขทัยถึงกรุงศรีอยุธยาไม่มีเอกสารหลักฐานว่ากฎหมายที่ใช้ในสมัยนั้นเป็นอย่างไร เพราะเมื่อครั้งที่กรุงศรีอยุธยาเสียแก่พม่า พ.ศ. 2310 พม่าได้เผาทำลายบ้านเมืองจนหมดสิ้น หลักฐานต้นฉบับกฎหมายต่างๆ หากมีก็คงถูกเผาทำลายไปด้วย จนกระทั่งสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ชำระกฎหมายเก่าที่มีมาตั้งแต่ครั้งโบราณ แล้วรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายขึ้นเมื่อพุทธศักราช 2347 เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งต่อมาได้มีการพิมพ์ใหม่และมีการเรียกชื่อใหม่ในการพิมพ์แต่ละครั้ง เช่น กฎหมายหมอบลัดเล กฎหมายราชบุรี และประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 ในกฎหมายตราสามดวงดังกล่าว มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัวด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าการประกันตัวหรือการปล่อยชั่วคราวมีมาตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาแล้ว ตามบทกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจตุลาการควบคุมตัวคู่ความทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยไว้ในทุกคดี และตุลาการที่ชำระคดีเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายของผู้ถูกควบคุมตัว เช่น ค่าอาหาร เครื่องนุ่งห่ม จึงให้มีผู้ประกันเข้ามาค้ำประกันโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญที่จะให้ทั้งสองฝ่ายมาแสดงตนต่อศาลทุกนัด และจะไม่หลบหนีเมื่อถูกบังคับตามคำพิพากษา เนื่องจากสมัยนั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายที่บัญญัติออกมารับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด การประกันตัวตามกฎหมายตราสามดวงจึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการประกันตามแนวความคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลเสียทีเดียว หากแต่เพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในขณะนั้น ส่วนสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นผลพลอยได้

กฎหมายตราสามดวงมีการบังคับใช้มาจนกระทั่งถึงรัชสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งในสมัยนั้นประเทศไทยมีการติดต่อค้าขายกับประเทศตะวันตก มีชาวตะวันตกเข้ามาอาศัยและรับราชการในประเทศไทยจำนวนมาก และมีการส่งพระเจ้าลูกยาเธอหลายพระองค์กับนักเรียนไทยหลายคนไปศึกษาวิชาการ

ต่างๆ รวมทั้งวิชากฎหมายในทวีปยุโรป ทำให้มีการนำแนวความคิดด้านกฎหมายของชาวตะวันตก ซึ่งถือว่าเป็นความเจริญก้าวหน้าเข้ามาเผยแพร่ ประกอบกับเพื่อมิให้ประเทศตะวันตกเห็นว่าระบบกฎหมายและการศาลของไทยยังไม่เป็นอารยะ แล้วย่นำมาเป็นข้ออ้างในการรุกราน จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบกฎหมายและการศาลตามแนวความคิดของประเทศตะวันตก พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการปรับปรุงกฎหมายและการศาลตามแบบตะวันตก โดยต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 และประกาศยกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติ ร.ศ. 117 อันเป็นการยกเลิกกฎหมายตราสามดวงบางเรื่องที่สำคัญรวมทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกันตัวด้วย

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 ร่างขึ้นโดยอาศัยพื้นฐานหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันตัวไว้ในมาตรา 6 ว่า “ถ้าผู้พิพากษาพิเคราะห์เหตุผลถ้อยคำของพยานทั้งปวงโดยถ่องแท้แล้วเห็นว่าถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่ควรฟังได้ว่าคนผู้ต้องหาที่มีพิรุณประการใดถ้อยคำของพยานเหล่านั้นไม่มีมูลพอที่จะสั่งให้เอาตัวคนผู้ต้องหาไว้พิจารณาต่อไป เมื่อวินิจฉัยเห็นแนบดังนี้แล้ว ก็ให้ผู้พิพากษามีคำสั่งให้ปล่อยคนผู้ต้องหาคืนนั้นหลุดพ้นไปทีเดียว ไม่เกี่ยวข้องต้องพิพากษาคดีนั้นต่อไป ถ้าผู้พิพากษาได้สวนพิเคราะห์ถ้อยคำของพยานทั้งปวงโดยถ่องแท้แล้วเห็นว่าถ้อยคำของพยานเหล่านั้นพอควรฟังได้ว่าคนผู้ต้องหานั้นมีพิรุณบ้างแล้ว และถ้าผู้พิพากษาศาลได้สวนนั้นมื่ออำนาจพิจารณาความตลอดไปได้ ก็ให้กำหนดวันเวลาที่พิจารณาต่อไป แต่ถ้าศาลได้สวนนั้นไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาความต่อไปได้ ก็ให้ผู้พิพากษากำหนดวันและเวลาที่จะส่งคดีนั้นไปยังศาลที่สมควรจะชำระกำหนดเวลาพิจารณาต่อไป แลให้ส่งตัวคนผู้ต้องหาไปขังไว้ในตะรางคอยกำหนดวันนัดพิจารณา ถ้าจะอนุญาตให้คนผู้ต้องหา มีประกันไปก็ได้ที่สุดแต่ผู้พิพากษาจะเห็นสมควรแก่รูปความอันมีโทษหนักเบา” การประกันตัวตามกฎหมายนี้ถือได้ว่า เป็นการเริ่มต้นแนวความคิดในการประกันตัวหรือปล่อยชั่วคราวตามแนวความคิดของประเทศตะวันตกซึ่งมีรากฐานจากแนวความคิดเรื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ

ในระหว่างที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความมีโทษสำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 กับประกาศยกเลิกกฎหมายต่อท้ายพระราชบัญญัติ ร.ศ. 117 นั้น ได้มีการร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นใหม่ โดยมีการสอดแทรกแนวความคิด วิธีปฏิบัติใหม่ๆ รวมทั้งเรื่องการประกันตัวด้วย และต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 โดยมาตรา 3 บัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ตราไว้ท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้จนถึงปัจจุบันตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 หลังจากนั้นมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว บางครั้งก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปล่อยชั่วคราวด้วย

การปล่อยชั่วคราวของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

1. กรณีที่ขอปล่อยชั่วคราว

ในกรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยถูกควบคุมหรือขังอยู่ อาจยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวหรือขอประกันตัวได้หลายกรณี เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับศาลมีกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ผู้ต้องหาถูกศาลออกหมายขังระหว่างการสอบสวนตามมาตรา 87 วรรคสาม วรรคสี่ วรรคห้า และวรรคหก
- 2) จำเลยในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์เมื่อศาลมีคำสั่งประทับฟ้องและได้ตัวจำเลยมาศาลแล้วหรือจำเลยในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ เมื่อได้ยื่นฟ้องต่อศาลแล้วตามมาตรา 88
- 3) ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ ศาลไต่สวนมูลฟ้องแล้วเห็นว่าคดีไม่มีมูล โจทก์อุทธรณ์ ฎีกา ซึ่งระหว่างนั้นหากโจทก์ร้องขอ ศาลจะขังจำเลยไว้ระหว่างอุทธรณ์ฎีกาก็ได้ตามมาตรา 170 วรรคสอง
- 4) จำเลยที่ศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษายกฟ้อง แต่ศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี มีคำสั่งให้ขังจำเลยไว้ในระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกา
- 5) จำเลยที่ถูกศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษาลงโทษจำคุกระหว่างที่คดียังไม่ถึงที่สุด

บางครั้งไม่ได้มีผู้ขอให้ปล่อยชั่วคราว ศาลก็มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจสั่งให้ปล่อยชั่วคราวจำเลยได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีที่มีการอุทธรณ์หรือฎีกาคำพิพากษา และศาลที่มีอำนาจดังกล่าวคือศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 207⁶ ความว่า เมื่อมีการอุทธรณ์คำพิพากษา ศาลอุทธรณ์มีอำนาจสั่งให้ศาลชั้นต้นออกหมายเรียกหรือจับจำเลยซึ่งศาลนั้นปล่อยตัวไปแล้ว มาขังหรือปล่อยชั่วคราวในระหว่างอุทธรณ์ก็ได้ หรือถ้าจำเลยถูกขังอยู่ระหว่างอุทธรณ์จะสั่งให้ศาลชั้นต้นปล่อยจำเลยหรือปล่อยชั่วคราวก็ได้

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่บุคคลซึ่งอาจจะไม่ใช่จำเลยถูกกักขังหรือจำคุก เช่น พยานจงใจไม่มาศาลตามกำหนดนัด เมื่อมีการจับตัวได้ ศาลจะกักขังตัวไว้จนกว่าพยานจะเบิกความ ผู้ที่ถูกศาลลงโทษจำคุกในกรณีกระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล หรือลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่จงใจขัดขืนคำสั่งบังคับ ซึ่งถูกจับกุมและกักขังไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 300 เป็นต้น ก็อาจมีการขอให้ปล่อยชั่วคราวบุคคลเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน

⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 225 ให้นำไปใช้ในการพิจารณาของศาลฎีกาด้วย

2. ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราว

ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 106 กำหนดไว้ 3 ประเภท คือ

1) ผู้ต้องหา หมายความว่า บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดแต่ยังมิได้ถูกฟ้อง ต่อศาล (มาตรา 2(2))

2) จำเลย หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกฟ้องยังศาลแล้วโดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด (มาตรา 2(3))

ทั้งผู้ต้องหาและจำเลย ตลอดจนผู้ถูกกักขังหรือจำคุกนั้นเป็นผู้ถูกผลกระทบจากการถูกจำกัด สิทธิเสรีภาพโดยการถูกควบคุม หรือขังโดยตรง จึงย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวตนเองได้

3) ผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง โดยความเกี่ยวข้องนั้นจะต้องเกี่ยวข้องในทางใดทางหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้ต้องหาหรือจำเลยขนาดไหนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ จึงอาจตีความได้ว่าเป็น ผู้มีความสัมพันธ์และมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางใดทางหนึ่ง อาจเป็นเครือญาติ เช่น พ่อ แม่ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา เป็นต้น หรือมีความสัมพันธ์อย่างอื่น เช่น นายจ้าง ลูกจ้าง ผู้บังคับบัญชา ผู้ใต้บังคับบัญชา ทนายความของผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นต้น

สำหรับบุคคลที่เป็นนายหน้าซึ่งประกอบเป็นอาชีพหรือนายประกันอาชีพ ซึ่งบางครั้ง ทำมาหากินในบริเวณศาล น่าจะไม่อยู่ในความหมายของผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เพราะไม่ปรากฏ ว่ามีความสัมพันธ์หรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางใด หากนายประกันอาชีพ ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลก็อาจปฏิเสธว่าเป็นผู้ไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง ไม่มีสิทธิยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวและให้ยกคำร้องได้ แต่ที่ทุกวันนี้ศาลยังคงให้นายประกันอาชีพ ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวได้ อาจสืบเนื่องมาจากศาลคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นสำคัญ จึงยอมผ่อนปรนไม่ตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด

นอกจากนี้ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวได้ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามมาตรา 106 ก็คือบุคคลซึ่งถูกกักขังหรือจำคุกในกรณีอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้น

ภายหลังที่ศาลอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้ว ผู้ที่ยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวจะทำสัญญาประกันตนไว้ต่อศาล ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถ ตามกฎหมายด้วยเช่น ต้องไม่เป็นผู้เยาว์ คนวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ เป็นต้น

ในส่วนของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลอาจเป็นผู้ขอประกันได้ในสองกรณีคือ เป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการขอประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา (บริษัทประกันภัย)⁷ และอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ต้องหาหรือจำเลยเป็นกรรมการ ผู้แทน ตัวแทน หุ่นส่วน พนักงานหรือลูกจ้างของนิติบุคคลนั้น⁸

นอกจากนี้ยังมีกรณีตามมาตรา 207 ที่ศาลเป็นผู้สั่งให้ปล่อยชั่วคราวจำเลย โดยไม่ต้องมีผู้ไต่ยื่นคำร้องขอตามมาตรา 106 หลักการของบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการปล่อยชั่วคราวในศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อมีการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นหรือฎีกาคำพิพากษาศาลชั้นอุทธรณ์ ไปยังศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี การปล่อยชั่วคราวจำเลยเกิดได้ 2 กรณีคือ กรณีแรก ศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเห็นสมควรให้ศาลชั้นต้นออกหมายเรียกหรือจับจำเลยซึ่งศาลชั้นต้นปล่อยตัวไปแล้ว มาขังหรือปล่อยชั่วคราวระหว่างอุทธรณ์ฎีกาได้ เช่น ศาลชั้นต้นพิจารณาลงแล้วเห็นว่า จำเลยไม่ได้กระทำความผิด พิพากษายกฟ้องและให้ปล่อยตัวไป ต่อมาเมื่อมีการอุทธรณ์ศาลชั้นอุทธรณ์อาจสั่งให้ศาลชั้นต้นหมายเรียกหรือหมายจับจำเลยมาขัง หรือให้ปล่อยชั่วคราวตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการปล่อยชั่วคราวก็ได้ ซึ่งไม่ใช่เป็นกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวอันเนื่องมาจากศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้ขังจำเลยไว้ในระหว่างอุทธรณ์ ในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่าเคยมีศาลชั้นอุทธรณ์ใดหรือศาลฎีกานำบทบัญญัติในส่วนนี้มาใช้ ส่วนกรณีที่สองถ้าจำเลยถูกขังอยู่ระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกา ศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาจะสั่งให้ศาลชั้นต้นปล่อยจำเลยหรือปล่อยชั่วคราวก็ได้ จำเลยถูกขังอยู่ระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกานี้ หมายถึงกรณีที่ศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์ แล้วแต่กรณีพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดและจำเลยถูกขังตามคำพิพากษาดังกล่าวแล้ว แต่คดียังไม่ถึงที่สุดเนื่องจากการอุทธรณ์หรือฎีกา กับอีกกรณีหนึ่ง ศาลชั้นต้นหรือศาลชั้นอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ด้วยเหตุตามมาตรา 185 วรรคหนึ่ง แต่ให้ขังจำเลยไว้ในระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกา

3. การสั่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราว

หลักเกณฑ์การพิจารณาสั่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลใดต้องถือปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 107 มาตรา 108 มาตรา 108/1 มาตรา 110 มาตรา 112 มาตรา 113 และมาตรา 113/1 ส่วนมาตรา 109 นั้น เป็นเรื่องที่ต้องถือปฏิบัติเฉพาะศาลชั้นต้นเท่านั้นสำหรับในคดีความผิดที่ฟ้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปี นอกจากนี้ในการพิจารณาสั่งคำร้องศาลยังต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์

⁷ ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2547

⁸ ดูข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 11.2

ตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ตลอดจนข้อบังคับของประธานศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาด้วย

3.1 การส่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราวของศาลชั้นต้นสำหรับกรณีตามมาตรา 109

“มาตรา 109 ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องหาหรือถูกฟ้องในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปี ถ้ามีคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างสอบสวน หรือระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ว่า จะคัดค้านประการใดหรือไม่ ถ้าไม่อาจถามได้โดยมีเหตุอันควร ศาลจะงดการถามเสียเองก็ได้ แต่ต้องบันทึกเหตุนั้นไว้”

ในคดีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องหาหรือถูกฟ้องในความผิด ที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปี เช่น คดีฆ่าผู้อื่น เป็นต้น ถ้ามีคำร้องขอปล่อยชั่วคราวในระหว่างสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ว่าจะคัดค้านประการใดหรือไม่ ถ้าไม่อาจถามได้โดยมีเหตุอันควร เช่น ยื่นคำร้องเมื่อใกล้หมดเวลาราชการ ศาลไม่อาจสอบถามบุคคลเหล่านั้นได้ทัน ศาลจะงดถามเสียก็ได้ โดยบันทึกเหตุนั้นไว้

เหตุที่กฎหมายบังคับให้ศาลต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ก็เนื่องจากไม่อยู่ในวิสัยที่ศาลจะทราบข้อเท็จจริงในคดีได้ เพราะคดีนั้นอาจยังไม่ได้ฟ้องหรือฟ้องไปแล้วแต่ยังไม่ได้สืบพยาน หรือสืบพยานไปเพียงเล็กน้อย จึงให้โอกาสแก่พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์คัดค้าน และแสดงเหตุผลที่ไม่ควรปล่อยชั่วคราวให้ศาลทราบ ประกอบกับถ้ามีคำคัดค้านของบุคคลเหล่านั้น ศาลจะต้องพิจำนาประกอบการวินิจฉัยคำร้อง (มาตรา 108 (7)) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากปรากฏตามคำคัดค้านว่าการปล่อยชั่วคราวจะเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวนของเจ้าพนักงานหรือการดำเนินคดีในศาล ก็อาจเป็นเหตุให้ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวได้ (มาตรา 108/1 (5)) อย่างไรก็ตาม ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวได้โดยไม่จำเป็นต้องเห็นฟ้องด้วย และมีความเห็นในทางปฏิบัติว่า ถ้าศาลพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวแล้วเห็นว่ายังไม่สมควรอนุญาต ศาลก็สามารถสั่งยกคำร้องได้ทันทีโดยไม่ต้องถามก่อน⁹ แต่ก็มีอีกความเห็นที่เห็นว่า เรื่องการปล่อยชั่วคราวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย จะต้องตีความและปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด ซึ่งข้อความในมาตรา 109 นี้ มิได้เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจ แต่บังคับให้ศาลต้องถามพนักงานสอบสวนหรือโจทก์ เพราะมีฉะนั้น คงจะไม่บังคับให้ศาลต้องบันทึกเหตุอันควรที่ไม่อาจถามได้ไว้ ดังนั้น เมื่อมีคำร้องขอปล่อยชั่วคราว

⁹ คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการ (พ.ศ. 2549) เล่ม 1, (กรุงเทพฯ : ขวนพิมพ์, 2549), หน้า 650.

ในคดีที่ความผิดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปีในระหว่างสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวนหรือโจทก์เสมอ ไม่ว่าศาลจะใช้ดุลพินิจอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ตาม

3.2 การส่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราวที่ทุกชั้นศาลต้องถือปฏิบัติ

การส่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้น มีหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตลอดจนระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมและข้อบังคับของประธานศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวแยกออกเป็นหลักการที่สำคัญ ได้ดังนี้

- 1) พิจารณาส่งคำร้องอย่างรวดเร็ว (มาตรา 107)
- 2) การวินิจฉัยคำร้องต้องพิจารณาข้อต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 108 ประกอบ
- 3) ต้องพิจารณาตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญา พ.ศ. 2548
- 4) ต้องพิจารณาตามระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548
- 5) หากอนุญาตปล่อยชั่วคราว จะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ (มาตรา 110 วรรคท้าย)
- 6) การส่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวต้องอาศัยเหตุตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในมาตรา 108/1 และต้องแจ้งเหตุผลที่ไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย และผู้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวทราบเป็นหนังสือโดยเร็ว

1) พิจารณาส่งคำร้องอย่างรวดเร็ว

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 107 บัญญัติว่า “เมื่อได้รับคำร้องให้ปล่อยชั่วคราว ให้เจ้าพนักงานหรือศาลรีบส่งอย่างรวดเร็ว...” กรณีอย่างไรจะถือว่าได้รับส่งอย่างรวดเร็วนั้น ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ คงเป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของแต่ละคดี ซึ่งตามปกติแล้วหากเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นต้นที่จะพิจารณาสั่ง ศาลชั้นต้นจะสั่งในวันเดียวกับวันที่ยื่นคำร้อง เว้นแต่มีเหตุจำเป็นก็จะมีคำสั่งอย่างช้าที่สุดในวันทำการรุ่งขึ้น สำหรับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาที่จะพิจารณาสั่ง หากศาลชั้นต้นเห็นว่าไม่สมควรอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาสั่งเอง แต่จะต้องรีบส่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราวไปยังศาลสูงเหล่านั้นโดยเร็ว ตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ข้อ 7.1

2) การวินิจฉัยคำร้องต้องพิจารณาข้อต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 108 ประกอบ

มาตรา 108 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ต้องพิจารณาข้อเหล่านี้ประกอบ

- (1) ความหนักเบาแห่งข้อหา
- (2) พยานหลักฐานที่นำมาสืบแล้วมีเพียงใด
- (3) พฤติการณ์ต่างๆ แห่งคดีเป็นอย่างไร
- (4) เชื่อถือผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกันได้เพียงใด
- (5) ผู้ต้องหาหรือจำเลยน่าจะหลบหนีหรือไม่
- (6) ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดจากการปล่อยชั่วคราว มีเพียงใดหรือไม่
- (7) ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องขังตามหมายศาล ถ้ามีคำคัดค้านของพนักงานสอบสวน

พนักงานอัยการ โจทก์ แล้วแต่กรณี ศาลพึงรับประกอบการวินิจฉัยได้

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง เจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจสั่งให้ปล่อยชั่วคราว หรือศาลอาจรับฟังข้อเท็จจริง รายงานหรือความเห็นของเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการนั้นเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้องด้วยก็ได้”

จากบทบัญญัติมาตรา 108 วรรคหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ไม่ว่าศาลจะสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต ให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยก็ตาม ในการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ศาลต้องพิจารณา ข้อเท็จจริงตาม (1) ถึง (7) เสมอ ซึ่งในการดำเนินการนี้ศาลอาจรับฟังข้อเท็จจริง รายงานหรือความเห็นของเจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการนั้น เช่น รับฟังจาก ความเห็นของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ เป็นต้น เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้อง ด้วยก็ได้ หากเป็นคดีอาญาที่มีโทษจำคุกอย่างสูงเกิน 10 ปี ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงาน อัยการ หรือโจทก์ แล้วแต่กรณี ว่าจะคัดค้านประการใดหรือไม่ ตามมาตรา 109 ดังได้กล่าวมาแล้ว ข้างต้น สำหรับการจัดทำรายงานหรือความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้องนั้น ศาลอาจมี คำสั่งให้เจ้าพนักงานศาลเป็นผู้จัดทำก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ข้อ 3 วรรคสอง

นอกจากนี้ในการร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ศาลยังให้โอกาสแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเสนอข้อมูล หรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสาเหตุและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง รวมทั้ง บุคลิกลักษณะนิสัย สภาพทางร่างกายและจิตใจ การศึกษา การประกอบอาชีพ การงาน ประวัติ การกระทำความผิดอาญา สภาพและฐานะของครอบครัว และความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นในสังคม ตามแบบพิมพ์ทำระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งคำร้องด้วยก็ได้ ซึ่งในการนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานศาล ช่วยเหลือหรือให้คำแนะนำแก่ผู้ร้องขอในการดำเนินการดังกล่าว

3) ต้องพิจารณาตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548

ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกัน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาว่าการปล่อยชั่วคราวสมควรจะต้องมีประกันหรือไม่ต้องมีประกัน การกำหนดวงเงินประกัน ประเภทของหลักทรัพย์ที่ใช้เป็นประกัน การใช้บุคคลเป็นประกันหรือหลักประกัน เพื่อให้ถือปฏิบัติ

4) ต้องพิจารณาตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548

ระเบียบราชการตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว วางหลักเกณฑ์ในการเรียกประกันหรือหลักประกันให้สอดคล้องกับข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอปล่อยชั่วคราวในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกา ให้สามารถดำเนินการได้ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นนอกจากโทรสารได้ด้วย เพื่อความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณาคำร้องขอปล่อยชั่วคราวในชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกา

5) หากอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวจะเรียกหลักประกันเกินควรแก่กรณีไม่ได้

มาตรา 110 วรรคท้าย บัญญัติ “การเรียกประกันหรือหลักประกันตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะเรียกจนเกินควรแก่กรณีมิได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ปรากฏในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของประธานศาลฎีกา แล้วแต่กรณี” ซึ่งในกรณีนี้ประธานศาลฎีกาได้ออกข้อบังคับไว้แล้วตามที่กล่าวในข้อ 3) และมีรายละเอียดหลักเกณฑ์ในการกำหนดวงเงินประกันไว้ตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาฉบับดังกล่าวข้อ 5 ถึงข้อ 9

นอกจากนี้ ประธานศาลฎีกายังได้ออกคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับบัญชีมาตรฐานกลางหลักประกันการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย พ.ศ. 2547 เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับการปล่อยชั่วคราวของผู้พิพากษาให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ทำให้เกิดความเป็นเอกภาพและโปร่งใสในการบริหารงานศาล ซึ่งในกรณีนี้มิใช่เป็นการบังคับดุลพินิจของผู้พิพากษาให้กำหนดวงเงินประกันตามเกณฑ์มาตรฐานกลางกำหนดไว้ แต่เป็นแนวทางเบื้องต้นในการพิจารณากำหนดวงเงินประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย เพราะหากมีกรณีสภาพหรือฐานะพิเศษของผู้ต้องหาหรือจำเลย เหตุผลหรือพฤติการณ์อื่นที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาพิเศษเฉพาะคดี ผู้พิพากษาก็มีดุลพินิจที่จะเพิ่มหรือลดวงเงินประกันได้ตามสมควรแก่กรณี

4. การกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว

ในกรณีที่ศาลอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 วรรคสาม ให้อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไข รวม 4 ประการ คือ

1. เงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ที่ถูกปล่อยชั่วคราว
2. เงื่อนไขให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวปฏิบัติเพื่อป้องกันการหลบหนี
3. เงื่อนไขให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวปฏิบัติเพื่อป้องกันภัยอันตราย
4. เงื่อนไขให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวปฏิบัติเพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นจากการปล่อยชั่วคราว

ต่อมามีระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ข้อ 8 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ดังต่อไปนี้

“ข้อ 8 ในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือเงื่อนไขอื่นใดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยปฏิบัติเพื่อป้องกันการหลบหนี หรือเพื่อป้องกันภัยอันตราย หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปล่อยชั่วคราวก็ได้ เช่น ให้รายงานตัวต่อเจ้าพนักงานหรือบุคคลตามที่ศาลเห็นสมควร วางข้อจำกัดเกี่ยวกับสถานที่อยู่อาศัยหรือการเดินทางออกนอกสถานที่อยู่อาศัย วางข้อจำกัดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพหรือการงานบางอย่าง หรือวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าไปในสถานที่บางแห่งที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดอีก เป็นต้น และหากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นก็ให้ศาลพิจารณาเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวได้”

ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา เมื่อศาลอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้ว มักจะมีได้กำหนดเงื่อนไขตามที่กฎหมายและระเบียบให้อำนาจไว้ คงพบเห็นส่วนใหญ่เฉพาะในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นชาวต่างประเทศ ศาลจะสั่งห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล และแจ้งสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทราบ นอกจากนี้อาจสั่งห้ามเข้าไปบางสถานที่หรือไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ตามคำสั่งของศาลอาญาในคดีหมายเลขแดงที่ 2343/2549 ศาลอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวกรรมการการเลือกตั้งในระหว่างอุทธรณ์โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามจำเลยที่ 2 ถึง 4 ซึ่งเป็นกรรมการการเลือกตั้งสัมภาษณ์สื่อมวลชน หรือดำเนินการใดๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายซึ่งจะนำไปสู่ความแตกแยกในบ้านเมือง เป็นต้น

มาตรการต่างๆ ที่กำหนดเป็นเงื่อนไขนี้ เป็นมาตรการในเชิงป้องกันมิให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีหรือไปก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นในระหว่างการปล่อยชั่วคราว ซึ่งน่าจะดีกว่าการที่กำหนดวงเงินประกันให้สูง

เงื่อนไขในการให้ปล่อยชั่วคราวที่กำหนดไว้นั้น ภายหลังหากศาลเห็นว่า เงื่อนไขดังกล่าวกำหนดไว้ไม่เหมาะสม ศาลก็มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข โดยกำหนดเงื่อนไขใหม่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 115 วรรคหนึ่ง

ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด มาตรา 108 วรรคสาม ไม่ได้บัญญัติถึงสภาพบังคับว่าจะต้องปฏิบัติตามอย่างไร แต่เงื่อนไขที่กำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นเหตุทำนองเดียวกับเหตุที่จะสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 108/1 ดังนั้นตามระเบียบฯ ข้างต้น จึงให้ศาลพิจารณาเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้ แต่ทั้งนี้ศาลต้องแสดงเหตุผลและแจ้งเหตุแห่งการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย และผู้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวทราบ เป็นหนังสือโดยเร็วตามมาตรา 108/1 วรรคท้าย คำสั่งของศาลชั้นต้นที่เพิกถอนการปล่อยชั่วคราวของจำเลย เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาตามมาตรา 196 ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 107/2537 คำสั่งศาลอุทธรณ์ที่ยืนตามคำสั่งของศาลชั้นต้นให้เพิกถอนคำสั่งปล่อยชั่วคราวจำเลย แม้ไม่เป็นคำสั่งอันจะถึงที่สุดตามมาตรา 119 ทวิ วรรคสาม แต่คำสั่งดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลชั้นต้นเห็นว่า การปล่อยชั่วคราวจำเลยอาจเกิดภัยอันตรายแก่พยานและเกิดความเสียหายแก่กระบวนการพิจารณาของศาล ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลชั้นต้นที่จะพิจารณาสั่งโดยอาศัยหลักเกณฑ์ของมาตรา 108 เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยไม่เกิดความเสียหายแก่คดีในระหว่างพิจารณา จึงเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ไม่ทำให้คดีเสร็จสำนวน จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งนั้นในระหว่างพิจารณาตามมาตรา 196 ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยคำอุทธรณ์ของจำเลยมา จึงเป็นการไม่ถูกต้อง ไม่มีผลให้จำเลยมีสิทธิฎีกา

6) การไม่ให้ปล่อยชั่วคราวต้องอาศัยเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 108/1

เมื่อมีการยื่นคำร้องขอปล่อยชั่วคราวตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ข้อ 2 ให้ศาลถือเป็นหลักว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลย พึงได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว จึงเห็นได้ว่าตามปกติการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวจะเป็นหลัก ส่วนการไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเป็นข้อยกเว้น ซึ่งการที่ศาลจะไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยได้นั้น จะต้องมิเหตุอันควรเชื่อเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 108/1 อันได้แก่

- (1) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี
- (2) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน
- (3) ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่น
- (4) ผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกันไม่น่าเชื่อถือ

(5) การปล่อยชั่วคราวจะเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวนของเจ้าพนักงาน หรือการดำเนินคดีในศาล

5. การอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว

เมื่อศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ผู้ร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวมีสิทธิดำเนินการได้ 2 แนวทาง¹⁰ แนวทางแรกไม่ว่าเป็นศาลชั้นใดเป็นผู้สั่ง ผู้ร้องก็มีสิทธิยื่นคำร้องให้ปล่อยชั่วคราวใหม่ได้ และอีกแนวทางหนึ่ง เป็นการอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวของศาลชั้นต้น หรือศาลชั้นอุทธรณ์ไปยังศาลที่มีระดับชั้นสูงกว่า ซึ่งหลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์นั้นมีบัญญัติไว้ในมาตรา 119 ทวิ ดังความต่อไปนี้

“มาตรา 119 ทวิ ในกรณีที่ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ร้องขอมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ดังต่อไปนี้

- (1) คำสั่งของศาลชั้นต้นให้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์
- (2) คำสั่งของศาลอุทธรณ์ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกา

ให้ศาลชั้นต้นที่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งรับส่งคำร้องดังกล่าว พร้อมด้วยสำนวนความหรือสำเนาสำนวนความเท่าที่จำเป็นไปยังศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งโดยเร็ว

คำสั่งของศาลอุทธรณ์ที่ไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวยื่นตามศาลชั้นต้นให้เป็นที่สุด แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิที่จะยื่นคำร้องให้ปล่อยชั่วคราวใหม่”

จะเห็นได้ว่าในการอุทธรณ์คำสั่งของศาลที่ไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว หากเป็นคำสั่งของศาลชั้นต้นก็ให้อุทธรณ์ไปยังศาลชั้นอุทธรณ์ เมื่อศาลชั้นอุทธรณ์พิจารณาแล้วมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวอีก ซึ่งเป็นการยื่นตามคำสั่งของศาลชั้นต้น คำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์ดังกล่าวให้เป็นที่สุด ผู้ร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวไม่อาจจะฎีกาต่อไปได้ ผู้ร้องมีสิทธิเพียงยื่นคำร้องให้พิจารณาใหม่อีกครั้งสำหรับคำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุดดังกล่าวข้างต้นนั้น ทั้งศาลชั้นต้นและศาลชั้นอุทธรณ์จะต้องสั่งในเนื้อหาของคำร้อง หากศาลชั้นต้นมิได้สั่งในเนื้อหาของคำร้อง แม้ศาลชั้นอุทธรณ์จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวก็ถือไม่ได้ว่าเป็นคำสั่งยื่นตามคำสั่งศาลชั้นต้น (คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ 285/2530)

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีนี้ก็คือ เป็นการยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างอุทธรณ์ตามมาตรา 106 (4) ศาลชั้นต้นมีอำนาจเพียงอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว หากมีความเห็นที่ไม่สมควรให้ปล่อยชั่วคราว ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจที่จะสั่งเอง ต้องส่งคำร้องพร้อมสำนวนไปให้ศาลอุทธรณ์สั่ง

¹⁰ ถ้าเป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว ผู้ร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวมีสิทธิดำเนินการเพียงแนวทางเดียว คือ ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวใหม่ ไม่อาจใช้สิทธิอุทธรณ์ได้เหมือนกรณีเป็นคำสั่งของศาล

สำหรับการอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวของศาลชั้นอุทธรณ์ก็ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกา หากศาลฎีกายังคงสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว กฎหมายมิได้ให้เขียนว่าคำสั่งของศาลฎีกาเป็นที่สุดท้าย ก็เพราะศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุด หากสั่งประการใดก็ย่อมเป็นที่สุดท้ายอยู่แล้ว

การยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 119 ทวิ นี้ ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 198 จึงมีสิทธิยื่นได้แม้เกิน 1 เดือน นับแต่ศาลชั้นต้นมีคำสั่ง (คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ 617/2528) แต่ถ้าหากเป็นกรณีอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวในชั้นสอบสวน จะยื่นภายหลังจากโจทก์ยื่นฟ้องแล้วไม่ได้ (คำสั่งคำร้องศาลอุทธรณ์ที่ 1445/2543)

เมื่อศาลชั้นต้นรับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งแล้ว ต้องรีบส่งคำร้องดังกล่าว พร้อมสำนวนความหรือสำเนาสำนวนความเท่าที่จำเป็นไปยังศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณี การดำเนินการจัดส่งของศาลชั้นต้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว พ.ศ. 2548 ข้อ 7 ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

อนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเท่านั้น ที่ให้สิทธิผู้ร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งได้ มิได้บัญญัติถึงกรณีที่ศาลสั่งอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวว่าผู้ใดมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งหรือไม่ ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ หากศาลสั่งอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว แม้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ (ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้อง) จะไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ก็ไม่มีสิทธิอุทธรณ์ (คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ 519/2529)

ปัญหาในการปล่อยชั่วคราวและข้อเสนอแนะ

หลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องปล่อยชั่วคราวหลายครั้ง เพื่อให้ดำเนินการปล่อยชั่วคราวเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยมากยิ่งขึ้น แต่ถึงจะมีการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมอย่างไรก็ไม่อาจครอบคลุมและแก้ไขปัญหาต่างๆ ในทางปฏิบัติได้ทุกอย่าง ในปัจจุบันก็ยังคงประสบปัญหาในการปล่อยชั่วคราวหลายประการ ซึ่งยกมาพอสังเขปได้ดังต่อไปนี้

1) มาตรา 107 บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคนพึงได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว” ซึ่งมีความหมายว่า เมื่อได้รับคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างการดำเนินคดีอาญา ศาลพึงอนุญาตให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคนได้รับการปล่อยชั่วคราว เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นที่จะต้องควบคุมหรือขังไว้ แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษาบางท่านอาจยังเคยชินกับระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบควบคุมอาชญากรรม โดยเน้นหนักในประสิทธิภาพของการควบคุมระวังและปราบปรามอาชญากรรมตลอดจนคำนึงถึงเรื่องภยันตราย (ซึ่งผู้พิพากษาไม่ควรมี) ที่ตนจะได้รับจากการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว

จึงใช้ดุลพินิจไปในทางไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ดังนั้น สำนักงานศาลยุติธรรม ควรจะอบรมและปลูกจิตสำนึกให้แก่ผู้พิพากษาโดยเฉพาะผู้ช่วยผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่เข้ารับราชการใหม่ ให้เข้าใจถึงหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยพึงได้รับ หลักเกณฑ์ การปล่อยชั่วคราวตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจะต้องใช้ดุลพินิจที่ปราศจากอคติ 4 โดยเฉพาะภยาคติ (ลำเอียงเพราะความกลัว) ไม่ให้มีความหวั่นไหวหวาดกลัวต่อสิ่งใด แม้ค่านิยม ในทางสังคมจะมีแนวความคิดโน้มเอียงไปในทางลว่าอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเพราะสินจ้างรางวัล ก็ตาม

2) ในกรณีที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องหาหรือถูกฟ้องในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูง เกินสิบปี ถ้ามีคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวในระหว่างสอบสวนหรือระหว่างการพิจารณาของศาลชั้นต้น มาตรา 109 บัญญัติให้ศาลจะต้องถามพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ว่าจะคัดค้าน ประการใดหรือไม่ ซึ่งการสอบถามดังกล่าวก็เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว ตามมาตรา 108 (7) อันอาจเป็นเหตุให้ศาลสั่งไม่อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวได้ตามหลักเกณฑ์ ในมาตรา 108/1 ในทางปฏิบัติบางครั้งพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่ได้ให้ความเห็นโดย ชัดแจ้งว่าจะคัดค้านประการใดหรือไม่ เช่น ให้ความเห็นที่ “แล้วแต่ศาลจะพิจารณาเห็นสมควร” หรือ “ขอให้อยู่ในดุลพินิจของศาล” เป็นต้น ซึ่งการให้ความเห็นเช่นนี้มิได้ก่อประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจ วินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวแต่อย่างใด และในบางครั้งพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการ ประสงค์จะคัดค้านการปล่อยชั่วคราวโดยให้ความเห็นว่า ขอคัดค้านการปล่อยชั่วคราว แต่ไม่มีเหตุ แห่งการคัดค้านประกอบว่าเป็นเช่นไร ความเห็นดังกล่าวก็ไม่เป็นประโยชน์ต่อศาลในการพิจารณา สั่งคำร้องเช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะให้ศาลนำคำคัดค้านของ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือโจทก์ มาประกอบการวินิจฉัยคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราว สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และสำนักงานอัยการสูงสุดควรมีระเบียบระบุชัดเจนว่า พฤติการณ์แห่งคดี เป็นอย่างไร จึงจะให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการคัดค้านการปล่อยชั่วคราว โดยอ้างว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะหลบหนี จะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน จะไปก่อเหตุอันตรายประการอื่นหรือ การปล่อยชั่วคราวจะเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการสอบสวนหรือการดำเนินคดี ในศาล หากไม่ปรากฏพฤติการณ์ดังกล่าว ก็ควรที่จะให้ใช้ดุลพินิจไปในทางไม่คัดค้าน เพื่อให้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีโอกาสที่จะได้รับการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวมากยิ่งขึ้น และถ้ามีการคัดค้าน การปล่อยชั่วคราว ระเบียบที่วางไว้ก็ควรกำหนดไว้ด้วยว่าให้ระบุถึงเหตุและรายละเอียดแห่ง การคัดค้านไว้ให้ศาลทราบ

3) ตามมาตรา 110 วรรคสอง ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีลงมา จะปล่อยชั่วคราว โดยไม่มีประกันเลย หรือมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกันด้วยก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติศาลมัก อนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยมีประกัน หรือมีประกันและหลักประกัน ทำให้

เกิดความเลื่อมล้ำ และเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ไม่สามารถหาหลักทรัพย์หรือหลักประกันมาเสนอต่อศาลเพื่อแลกกับอริสภาพเนื่องจากมีฐานะทางการเงินไม่ดี อันทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยเหล่านี้ ต้องหันไปพึ่งธุรกิจของนายประกันอาชีพที่แสวงหาประโยชน์บนความเดือดร้อนของผู้ต้องหาหรือจำเลย หนทางที่จะบรรเทาปัญหาในเรื่องนี้คงต้องปลูกจิตสำนึกให้ผู้พิพากษาตระหนักในแนวคิดเรื่องการปล่อยชั่วคราว และเพื่อให้เกิดรูปธรรมในเบื้องต้น ผู้พิพากษาทุกท่านควรที่จะยึดถือและปฏิบัติตามคำแนะนำของประธานศาลฎีกาโดยเคร่งครัด

4) ในการพิจารณาสั่งคำร้องขอปล่อยชั่วคราว หากศาลอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว มาตรา 110 วรรคสาม ห้ามมิให้เรียกประกันหรือหลักประกันจนเกินควรแก่กรณี ประธานศาลฎีกาได้ออกคำแนะนำประธานศาลฎีกาเพื่อวางเป็นแนวให้ผู้พิพากษากำหนดวงเงินประกันไปในทางเดียวกัน แต่คำแนะนำดังกล่าวมิใช่กฎหมายที่ผู้พิพากษาทุกคนต้องถือปฏิบัติ และคำแนะนำเองยังเปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจแตกต่างจากคำแนะนำได้ถ้าหากเป็นกรณีสภาพหรือฐานะพิเศษของผู้ต้องหาหรือจำเลยเหตุผลหรือพฤติการณ์อื่นที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษเฉพาะคดี จึงทำให้ผู้พิพากษากำหนดวงเงินประกันแตกต่างกัน ส่งผลให้ประชาชนบางส่วนมีความเคลือบแคลงสงสัยในความไม่เท่าเทียมกัน ในการกำหนดวงเงินสำหรับความผิดในข้อหาต่างๆ ทั้งถ้อยคำที่กฎหมายบัญญัติว่า ห้ามมิให้เรียกประกันหรือหลักประกันจนเกินควรแก่กรณี อย่างไรก็ตามการเกินควรแก่กรณีไม่มีมาตรฐานให้เห็นชัดเจน ต้องพิจารณาการใช้ดุลพินิจเป็นคดีๆ ไป ทำให้คดีประเภทเดียวกัน ก็อาจกำหนดวงเงินประกันแตกต่างกันได้ เช่น ข้าราชการธรรมดาทุจริตต่อหน้าที่ ก็ย่อมจะกำหนดวงเงินประกันแตกต่างจากกรณีรัฐมนตรีทุจริตต่อหน้าที่ เพราะรัฐมนตรีมีโอกาสที่จะหลบหนีได้มากกว่าข้าราชการธรรมดาแต่คดีบางประเภทที่มีความเสียหายเป็นตัวเงิน เช่น คดีฉ้อโกงทรัพย์ ซึ่งมีระวางโทษทางอาญาไม่สูง หากศาลกำหนดวงเงินประกันเกินกว่าจำนวนเงินที่ผู้เสียหายได้รับก็คงต้องถือว่าเป็นการเกินควรแก่กรณี ดังนั้น เพื่อเป็นการบรรเทาข้อสงสัยของประชาชน ศาลควรเผยแพร่และประชาสัมพันธ์บัญชีเกณฑ์มาตรฐานกลางหลักประกันการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ประชาชนทราบโดยทั่วถึง และรวบรวมคำสั่งในการปล่อยชั่วคราวของศาลสูงมาให้ผู้พิพากษาศึกษา เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานและวางขอบเขตการใช้ดุลพินิจให้ศาลล่างใช้ดุลพินิจไปในทำนองเดียวกัน

5) การปล่อยชั่วคราวจำเลย นอกจากเป็นกรณีมีผู้ยื่นคำร้องขอให้ปล่อยชั่วคราวตาม มาตรา 106 แล้ว ยังมีกรณีที่ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาส่งให้ศาลชั้นต้นปล่อยชั่วคราวจำเลยที่ถูกขังอยู่ระหว่างอุทธรณ์หรือฎีกา ตามมาตรา 207 ดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของจำเลยอีกทางหนึ่ง ทั้งเป็นการช่วยบรรเทาจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำให้ลดลงและลดงบประมาณของประเทศที่จะต้องใช้จ่ายในเรือนจำ แต่ในทางปฏิบัติมีเพียงศาลชั้นอุทธรณ์เพียงไม่กี่ศาลเท่านั้นที่นำบัญญัติมาตรานี้มาใช้ ดังนั้น ประธานศาลฎีกาควรจะวางหลักเกณฑ์การนำความในมาตรา 207 มาใช้บังคับและแนะนำให้ผู้พิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์ทุกศาลตลอดจนศาลฎีกายึดถือปฏิบัติ

6) ในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย มาตรา 108 วรรคท้าย ให้อำนาจศาลที่จะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ที่ถูกปล่อยชั่วคราว หรือกำหนดเงื่อนไขอื่นใดให้ผู้ถูกปล่อยชั่วคราวปฏิบัติเพื่อป้องกันการหลบหนี หรือเพื่อป้องกันภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปล่อยชั่วคราวก็ได้ แต่ศาลไม่ได้นำบทบัญญัติมาใช้อย่างแพร่หลายทั้งๆ ที่การกำหนดเงื่อนไขเป็นมาตรการเสริมที่ควรนำมาใช้ควบคู่กับมาตรการปล่อยชั่วคราว เพื่อป้องกันคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย ดังนั้น ศาลควรนำมาตราการในเรื่องการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวมาใช้ให้มากขึ้น เช่น ห้ามผู้ต้องหาหรือจำเลยเข้าหรือออกจากเขตที่กำหนด กำหนดให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย มารายงานตัวต่อศาลหรือพนักงานคุมประพฤติ หรือห้ามกระทำการบางอย่าง เป็นต้น การที่ผู้พิพากษาจะกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวมาใช้ให้มากขึ้นได้นั้น ศาลจะต้องรวบรวมข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ว่าสมควรจะกำหนดเงื่อนไขใดเหมือนเช่นกรณีเป็นชาวต่างประเทศ เกรงว่าจะหลบหนี ก็กำหนดให้มีการแจ้งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง จากนั้นนำไปเผยแพร่ให้ผู้พิพากษาทราบเพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติต่อไป

บรรณานุกรม

- ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเรียกประกันหรือหลักประกันในการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2548
- คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546. หน้า 271.
- คณิง ฤชัย และณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2530. หน้า 240.
- คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการ พ.ศ. 2549. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์, 2549. หน้า 650. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.
- ประเทือง กীরติบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521. หน้า 106 - 107.
- ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการปล่อยชั่วคราว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2547.
- วิษญาน์ เสือทองคำ. การประกันด้วยบุคคลในชั้นศาล. สารนิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (การบริหารยุติธรรม) คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.
- สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2536. หน้า 178.

“หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำ ขององค์กรของรัฐ

บรรเจิด ลิงคะเนติ*

บทนำ

“หลักนิติธรรม” เป็นหลักการสำคัญพื้นฐานของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตย แม้ว่าจะมีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) กับ “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaat) เป็นหลักการเดียวกันหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของระบบกฎหมายในปัจจุบันภายใต้ระบบโลกาภิวัตน์ (Globalization) มีส่วนสำคัญทำให้ “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” พัฒนามาสู่การมีหลักการร่วมกันของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตย คงทิ้งไว้เฉพาะลักษณะที่เป็นพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของแต่ละระบบที่ไม่ใช่สาระสำคัญของการเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย เช่น การมีระบบศาลคู่หรือระบบศาลเดี่ยว หรือการอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกันหรือมีระบบกฎหมายที่แยกตามลักษณะของกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายมหาชน เป็นต้น ตัวอย่างสองประการข้างต้นเป็นข้อแตกต่างระหว่าง “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” แต่การที่รัฐใดรัฐหนึ่งใช้ระบบศาลหรือระบบกฎหมายเช่นใดย่อมไม่มีนัยสำคัญว่ารัฐนั้นๆ ไม่ถือ “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” สิ่งเหล่านี้จึงเป็นพัฒนาการในทางกฎหมายของประเทศนั้นๆ ส่วนหลักการที่เป็นแก่นสาระสำคัญของนิติธรรมหรือนิติรัฐได้นำไปสู่การรับรองคุ้มครองโดยกติการะหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เป็นต้น หลักการเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและมุ่งคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจของรัฐทั้งหลาย ดังนั้น รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายทั้งหลายไม่ว่าจะเรียกว่า “นิติธรรม” หรือ “นิติรัฐ” สิ่งเหล่านี้จึงเป็นสาระสำคัญที่ทุกฝ่ายล้วนยอมรับและเป็นเกณฑ์สำคัญของการใช้อำนาจรัฐในแต่ละรัฐของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตย

* ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต และนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ประเด็นที่น่าสับสนข้อถกเถียงในทางวิชาการคือ อะไรคือ “หลักนิติธรรม” ความหมายและขอบเขตของหลักนิติธรรมมีเพียงใด สถานะของหลักนิติธรรมเป็นอย่างไร และผลของการกระทำที่ขัดต่อหลักนิติธรรมมีผลอย่างไร ซึ่งในนี้จะได้อธิบายประเด็นในคำถามเหล่านี้ โดยจะได้กล่าวถึงความหมายของ “หลักนิติธรรม” ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ 2550 สถานะของหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมในฐานะเป็นเกณฑ์ตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย และผลของการละเมิดหลักนิติธรรม ซึ่งจะได้พิจารณาไปตามลำดับ ดังนี้

1. ความหมายของ “หลักนิติธรรม” ในฐานะข้อจำกัดของการใช้อำนาจอธิปไตย

ก่อนที่จะพิจารณาความหมายของ “หลักนิติธรรม” ที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญ 2550 ในที่นี้ขอย้อนกลับไปพิจารณาความหมายของ “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ที่เชื่อมโยงกับพัฒนาการของระบบกฎหมายในอังกฤษและประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นเบื้องต้นก่อนที่จะพิจารณาในบริบทของรัฐธรรมนูญไทย

1.1 หลักนิติธรรม (Rule of Law)

หลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของประเทศที่ใช้ระบบ common law คำว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) ได้แพร่หลายโดยนักกฎหมาย รัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษ เอ.วี.ไดซี (A.V. Dicey) ตามทัศนะของไดซี หลักนิติธรรมแสดงออกโดยนัยสำคัญ 3 ประการ คือ¹ (1) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดตามอำเภอใจ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (ordinary courts) ของแผ่นดิน (2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งใดหรือเงื่อนไขใดๆ ทุกๆ คน (ไม่ว่าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน และ (3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลมาจาก (ได้มาจาก) คำวินิจฉัยของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองค้ำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

แนวคิดพื้นฐานของหลักนิติธรรมตามทัศนะของไดซีดังกล่าวนี้เองที่ก่อรูปของกรอบแนวคิดของ “หลักนิติธรรม” ของอังกฤษและพัฒนาให้เกิดระบบกฎหมายแบบ common law ที่เป็นระบบกฎหมายเดียว (ไม่แยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน) และเป็นระบบศาลเดียว (ไม่แยกระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง)

¹ จริญญา โหมษณนันทน์, นิติปรัชญา, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ 2550, น. 356

1.2 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)

ในขณะที่ “หลักนิติธรรม” มีพื้นฐานพัฒนาการมาจากประเทศอังกฤษ ส่วน “หลักนิติรัฐ” มีพื้นฐานและพัฒนาการมาจากประเทศเยอรมนี ในช่วงก่อนปี ค.ศ.1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมันคือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งอาจให้ความหมายในยุคเริ่มต้นว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมเป็นไปด้วยความสงบสุข ต่อมา “นิติรัฐ” ได้รับการพัฒนาแนวทางและขอบเขตของนิติรัฐ โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว พัฒนาการต่อมาของนิติรัฐสมัยใหม่ เป็นความพยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของหลักนิติรัฐที่ได้รับการพัฒนาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ ดังนั้น “หลักนิติรัฐ” ตามแนวใหม่จึงเป็นหลักการที่ประกอบไปด้วยหลักย่อยหลายหลัก² ซึ่งนักวิชาการต่างแยกข้อย่อยของหลักนิติรัฐไว้แตกต่างกัน ซึ่งในที่นี้การแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐตามแนวของ Theodor Maunz ซึ่งเห็นว่าหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐประกอบด้วย³ (1) หลักแบ่งแยกอำนาจ (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (6) หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักต่างๆ ดังกล่าวอาจมีรายละเอียดที่เห็นแตกต่างกันเช่นนักวิชาการบางท่านเห็นว่า “หลักความรับผิดชอบของรัฐ” ควรถือเป็นหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐด้วย แต่อย่างไรก็ตามประเด็นเหล่านั้นคงเป็นรายละเอียดที่อาจมีความแตกต่างกันได้

กล่าวโดยสรุป “หลักนิติรัฐ” มีพัฒนาการมาจากความมุ่งหมายที่ต้องการจะจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ต่อมาความมุ่งหมายดังกล่าวถูกทำให้เป็นรูปธรรมมากขึ้นโดยกำหนดเป้าหมายของอำนาจรัฐจะต้องเคารพสิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น รัฐที่เป็นนิติรัฐจึงต้องให้การรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลและใช้อำนาจรัฐภายในขอบเขตของกฎหมาย และนำมาสู่พัฒนาการของนิติรัฐสมัยใหม่ที่หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อยหลายหลักการซึ่งทุกหลักการย่อยล้วนมีความมุ่งหมายที่จะจำกัดอำนาจของรัฐทั้งสิ้น หากสรุปความหมายของหลักนิติรัฐ อาจสรุปได้ว่า รัฐที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ยอมผูกพันตนโดยกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไป

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ 2558, น.23

³ เฝิงอ้าง, น. 24

1.3 หลักนิติธรรมในบริบทรัฐธรรมนูญไทย

หากจะค้นหาความมุ่งหมายของ “หลักนิติธรรม” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ 2550 ว่ามีความมุ่งหมาย กล่าวคือมีทิศทางไปในทาง “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” ตามที่กล่าวมาข้างต้น ในที่นี้อาจค้นหาเจตนารมณ์ดังกล่าวได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2550 โดยแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 บททั่วไปและส่วนที่ 2 หมวดศาล โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1.3.1 บททั่วไป (มาตรา 1 – มาตรา 7) ของรัฐธรรมนูญได้วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่เกี่ยวกับระบบการปกครองโดยกฎหมาย ดังนี้ ก. หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 2) ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (มาตรา 3 วรรค 1) ค. หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และ ง. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 6)

1.3.2 หมวดศาล (มาตรา 197 – มาตรา 228) ในหมวดศาลได้แบ่งออกเป็น 5 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 บททั่วไป ส่วนที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 3 ศาลยุติธรรม ส่วนที่ 4 ศาลปกครอง และ ส่วนที่ 5 ศาลทหาร

จากการพิจารณาเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญ 2550 ทั้งสองส่วนดังกล่าวข้างต้นอาจนำมาสู่ข้อพิจารณาเบื้องต้นได้ว่า รัฐธรรมนูญ 2550 ได้วางกรอบไปในแนวทางหลักนิติธรรมตามระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ หรือไปในทิศทางหลักนิติรัฐตามระบบซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งในที่นี้อาจสรุปได้ว่า “หลักนิติธรรม” ตามมาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ 2550 มีทิศทางตามหลักนิติรัฐของระบบซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยมีเหตุผลดังนี้

ก. ระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษไม่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (supremacy of constitution) หากแต่ถือหลักความสูงสุดของรัฐสภา (supremacy of parliament) ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญ 2550 ยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้ เป็นการสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป และสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่ถือว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ

ข. ระบบคอมมอนลอว์ไม่มีการแยกระบบศาลแต่ใช้ระบบศาลเดียว ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2550 แยกระบบศาลออกจากศาลยุติธรรมถึง 3 ศาล กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลทหาร โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง เป็นการยืนยันถึงระบบกฎหมายที่แยกกฎหมายมหาชนออกจากระบบกฎหมายเอกชน ในระบบกฎหมายมหาชนยังแยกระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงแยกระบบศาลออกเป็นศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า ระบบรัฐธรรมนูญของไทยเป็นระบบที่วางพื้นฐานแนวความคิดแบบ “หลักนิติรัฐ” ตามระบบซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป ดังนั้นการตีความคำว่า “หลักนิติธรรม” ตามที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรค 2 จึงต้องตีความไปในทิศทางดังกล่าว ซึ่งย่อมหาความหมายว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจอรัฐ หรือเป็นข้อผูกพันของการใช้อำนาจอรัฐทั้งหลาย การใช้อำนาจอรัฐที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักนิติธรรมย่อมส่งผลกระทบต่อปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ

2. สถานะของ “หลักนิติธรรม”

เมื่อได้พิจารณาความหมายของหลักนิติธรรมไปแล้วข้างต้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาคือ สถานะของ “หลักนิติธรรม” การพิจารณา “สถานะของ “หลักนิติธรรม” ย่อมมีความสำคัญเพราะหากหลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักในระดับรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้หลักนิติธรรมในเรื่องนั้นมีค่าบังคับเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ แต่หากหลักนิติธรรมในเรื่องนั้นเป็นหลักในระดับกฎหมายปกครองย่อมเป็นหลักที่ผูกพันในระดับกฎหมายปกครอง ดังนั้นการพิจารณาสถานะของ “หลักนิติธรรม” จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญนั้นมีได้หมายเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปและแนวคิดอันเป็นพื้นฐานที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญใช้เป็นพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ แนวคิดอันเป็นรากฐานที่สำคัญดังกล่าวมิได้ปรากฏออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร แนวคิดอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญดังกล่าวย่อมหาความรวมถึง “หลักนิติรัฐ” ด้วย (BVerfGE 2, 380; 25,265) จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันดังกล่าว นำมาสู่ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะของ “หลักนิติรัฐ” ซึ่ง Hartmut Maurer เห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้สร้างหลักการพื้นฐานในทางนิติรัฐและได้สร้างหลักประกันในการคุ้มครองหลักดังกล่าว ด้วยเหตุนี้เอง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยวางหลักประกันต่อหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1), หลักความผูกพันต่อกฎหมายของอำนาจรัฐ (มาตรา 20 วรรค 3), หลักการแบ่งแยกอำนาจ (มาตรา 20 วรรค 2), หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ (มาตรา 19 วรรค 4), หลักความรับผิดชอบของรัฐ (มาตรา 34), หลักการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการพิจารณาของศาล (มาตรา 101)⁴ หลักนิติรัฐไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดหลักการย่อยต่างๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้นแต่หลักนิติรัฐยังคงมีความหมายที่เป็นอิสระจาก

⁴ Hartmut Maurer, Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 2 Aufl., Muenchen 2001, p. 212

ความหมายของหลักย่อยแต่ละหลักดังที่กล่าวมาแล้ว หลักนิติรัฐยังมีความสำคัญในฐานะที่เป็นหลักที่ใช้เป็นแนวทางในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้ เป็นหลักที่นำมาใช้โดยตรงในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะนำมาใช้โดยตรงในการวินิจฉัยในเรื่องนั้น⁵ จากแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและแนวทางในทางตำราที่เกี่ยวกับหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนีอาจสรุปสถานะของ “หลักนิติรัฐ” (หลักนิติธรรมในบริบทของรัฐธรรมนูญไทย) อาจสรุปสถานะของ “หลักนิติธรรม” (หลักนิติรัฐของภาคพื้นยุโรป) ได้ดังนี้

(1) “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐหรือเพื่อผูกพันการใช้อำนาจรัฐต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

(2) “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานที่มีสถานะเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งมีทั้งหลักการย่อยที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญและหลักการที่มีได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ

(3) “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยอันก่อให้เกิดการพัฒนาไปสู่การมีหลักการย่อยของหลักนิติธรรมทั้งที่ปรากฏและมิได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักการที่มีการพลวัตอาจได้รับการพัฒนาจากศาล โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ หรือจากพัฒนาการของสังคมและได้รับการยอมรับจากระบบกฎหมายของรัฐนั้นๆ

(4) “หลักนิติธรรม” เป็นหลักพื้นฐานที่ใช้เป็นฐานของการใช้และการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย ในความหมายนี้หลักนิติธรรมนำมาใช้เป็นกรอบหรือเป็นแนวทางของการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อทำให้การตีความรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

(5) “หลักนิติธรรม” ในฐานะที่เป็นหลักการอันเป็นรากฐานแห่งรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ศาลจะต้องวินิจฉัยหรือชี้ขาดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ หลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นหลักการรากฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลอาจนำมาใช้เป็นหลักการในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีนั้นๆ กรณีนี้ถือว่าหลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นหลักในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป “หลักนิติธรรม” ในฐานะที่เป็นหลักการรากฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย นอกจากจะเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นหลักการที่เป็นข้อความคิดที่ช่วยในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้หลักนิติธรรมยังเป็นหลักที่นำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในเรื่องนั้นๆ

⁵ Ibid, p. 212

3. “หลักนิติธรรม” กับ ในฐานะ “เกณฑ์” ที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐ

ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมนำมาสู่ความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายว่า การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” ปัญหาคือ “หลักนิติธรรม” ในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” มีความหมายและขอบเขตเพียงใด ซึ่งในที่นี้จะได้รวบรวม “หลักนิติธรรม” ในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” เพื่อนำมาสรุปสังเคราะห์ต่อไป

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม ในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ ได้ให้ความหมายของ “หลักนิติธรรม” หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยอาจจำแนกได้ 2 ประการ⁶ คือ 1. หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ 2. หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง

1. หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ” สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ได้แก่

- 1.1 หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ
- 1.2 กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
- 1.3 กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ
- 1.4 กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ
- 1.5 ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี
- 1.6 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ
- 1.7 กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

⁶ ดู คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ, หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม, กันยายน 2557

2. หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ยังใช้บังคับอยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ได้แก่

- 2.1 กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน
- 2.2 กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง
- 2.3 กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล
- 2.4 กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม
- 2.5 กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน
- 2.6 กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม
- 2.7 กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้
- 2.8 กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิหน้าที่ หรือความรับผิดชอบบุคคล
- 2.9 กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด
- 2.10 กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ และเคารพกฎหมาย
- 2.11 กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใส และตรวจสอบได้
- 2.12 กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์
- 2.13 กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า ด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม
- 2.14 กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก
- 2.15 นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่
- 2.16 นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องซื่อสัตย์ สุจริต ยึดหลักธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้อธิบายถึงองค์ประกอบของหลักนิติรัฐโดยภาพรวม ทั้งส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและส่วนที่เป็นผลมาจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไป⁷ มีดังนี้

1. การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน
2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ
3. การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันสำหรับองค์กรต่างๆ ของรัฐ
4. หลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง
5. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบ
6. หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีหลักการย่อยต่อไปนี้
 - 6.1 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง
 - 6.2 หลักการห้ามลงโทษซ้ำ
 - 6.3 หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ
 - 6.4 หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์
 - 6.5 หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง
 - 6.6 หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย
 - 6.7 หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา
 - 6.8 หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ
7. หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป
8. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
9. หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุ

Prof. Dr. Hartmut Maurer เห็นว่า หลักย่อยของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการสำคัญ ดังนี้⁸

1. หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ
3. หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ
4. หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง

⁷ ดู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2557, น.

⁸ ดู Hartmut Maurer, Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 2 Aufl., Muenchen 2001, p. 215 และ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ 2558, น. 23

5. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ
6. หลักความรับผิดชอบของรัฐ
7. หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
8. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
9. หลักความได้สัดส่วน

Prof. Dr. Theodor Maunz เห็นว่า หลักการย่อยของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ⁹
ดังนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ
2. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
3. หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
4. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
5. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
6. หลัก “ ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ”
7. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

Prof. Dr. Hans Jarass ได้ให้ความเห็นว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักย่อยที่สำคัญ
ดังต่อไปนี้¹⁰

1. หลักความเป็นก่อนของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย
2. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย
3. หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย, หลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการคุ้มครอง
ความสุจริตของบุคคล
4. หลักความได้สัดส่วน
5. หลักการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการพิจารณา
6. หลักการห้ามลงโทษซ้ำ, หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ,
หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์

⁹ เพิ่งอ้าง, น. 24

¹⁰ Jarass/Pieroth, Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Muechen 1995, p. 416

จากความพยายามในการให้ความหมายของ “หลักนิติรัฐ” โดยแบ่งหลักนิติรัฐเป็นหลักการย่อย ซึ่งมีความแตกต่างกันในบรรดาผู้ที่แสดงให้เห็นถึงหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักส่วนใหญ่แล้วต่างเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งในที่นี้ผู้ศึกษาใคร่ขอสังเคราะห์สรุปในเบื้องต้นเกี่ยวหลักการสำคัญของ “หลักนิติรัฐไว้ ดังนี้

(1) แม้ว่าจะมีการเสนอหลักสำคัญของหลักนิติรัฐไว้แตกต่างกัน แต่ลักษณะที่มีความร่วมกันคือทุกหลักการล้วนเป็นการจำกัดอำนาจรัฐหรือผูกพันต่ออำนาจรัฐ ดังนั้นในที่นี้อาจสรุปได้ว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นหลักที่มีความมุ่งหมายที่จะผูกพันอำนาจไว้กับกฎหมาย หรือการใช้อำนาจรัฐเป็นไปตามกฎหมาย

(2) ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อกฎหมายนั้น คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้ย่อมหมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ด้วย ดังนั้น กรณีที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ หลักดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นหลักในระดับรัฐธรรมนูญด้วย

(3) หลักการสำคัญที่เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ จะต้องไม่เป็นเพียงข้อเรียกร้องของกฎหมายที่ดี แต่จะต้องเป็นหลักที่มีความแน่นอนชัดเจนว่าหลักในเรื่องนั้นๆ มีสาระสำคัญอย่างไร และการละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวจะมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ

จากการศึกษาสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ผู้ศึกษาได้พิจารณาสาระสำคัญของหลักนิติรัฐแล้ว อาจแบ่งสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้ 5 กลุ่ม ดังนี้ คือ (1) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการจัดองค์กรของรัฐ (2) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (3) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (4) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” เกี่ยวกับโทษทางอาญาและความรับผิดชอบทางอาญา (5) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการตรากฎหมาย โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(1) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการจัดองค์กรของรัฐ มีหลักการที่สำคัญ คือ

ก. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ข. หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

(2) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน มีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

ก. หลักความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพขององค์กรใช้อำนาจรัฐ

ข. หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

ค. หลักความเสมอภาคของบุคคล และหลักห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ

ง. หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณา

(3) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

- ก. หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ
- ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- ค. หลักความรับผิดชอบของรัฐ

(4) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” เกี่ยวกับโทษทางอาญาและความรับผิดทางอาญา มีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

- ก. หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง
- ข. หลักการห้ามลงโทษซ้ำ
- ค. หลักการรับผิดต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ
- ง. หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์
- จ. หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง
- ฉ. หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย
- ช. หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา
- ซ. หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ

(5) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการตรากฎหมาย มีหลักการที่สำคัญดังนี้

- ก. หลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ
- ข. หลักความมั่นคงของกฎหมาย
- ค. หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง
- ง. หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย
- จ. หลักการคุ้มครองความสุจริตของบุคคล

การสังเคราะห์สาระสำคัญในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงการสังเคราะห์ที่มีความเห็นสอดคล้องกันในสาระสำคัญหลัก แต่อย่างไรก็ตาม ในรายละเอียดอาจมีความเห็นที่แตกต่างกัน แต่หากดูในความมุ่งหมายของหลักนิติรัฐแล้ว หลักการย่อยที่นักกฎหมายมหาชนของเยอรมันเสนอนั้นล้วนแต่เป็นหลักการที่มุ่งหมายเพื่อการจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งอาจนับได้ว่าเป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักการย่อยของหลักนิติรัฐอาจมีลักษณะพลวัต ซึ่งในอนาคตอาจมีหลักการที่สำคัญอื่นๆ ยกสถานะมาเป็นหลักการสำคัญในฐานะที่เป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐได้ แต่หลักการเช่นว่านั้นจะต้องมีความแน่นอนชัดเจนว่าหลักการนั้นมีสาระสำคัญอย่างไร มิใช่เป็นเพียง

ข้อเรียกร้องเพื่อให้เกิดกฎหมายที่ดี แต่ต้องเป็นหลักการที่หากละเมิดแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎหมาย หรือการกระทำของรัฐนั้นๆ

4. ผลของการละเมิดหลักนิติธรรม

เมื่อได้ทราบ “เกณฑ์” ของหลักนิติธรรมแล้วว่า มีเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไรบ้าง ประเด็นสุดท้ายที่จะต้องพิจารณาคือ การละเมิด “เกณฑ์” ของหลักนิติธรรมจะมีผลอย่างไรต่อการกระทำทั้งหลาย ซึ่งในที่นี้มีผลสืบเนื่องมาจาก “สถานะ” ของหลักนิติธรรมดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า “หลักนิติธรรม” เป็นหลักการพื้นฐานที่มีสถานะเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งมีทั้งหลักการย่อยที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญและหลักการที่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำขององค์กรของรัฐใดๆ ก็ตามที่ขัดกับ “หลักนิติธรรม” ตามเกณฑ์ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นย่อมมีผลเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นๆ เป็นการกระทำในลักษณะใด และการกระทำเหล่านั้นอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลหรือไม่ และผลของการกระทำที่ขัดกับหลักนิติธรรมจะต้องพิจารณาจากอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ โดยอาจแยกการกระทำของรัฐออกได้ ดังนี้

(1) การกระทำที่มีลักษณะเป็น “บทบัญญัติของกฎหมาย” กรณีที่ขัดกับหลักนิติธรรม กรณีย่อมต้องด้วยมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ส่วนกรณีผลให้ใช้บังคับไม่ได้นั้นจะมีผลจากอดีต ปัจจุบัน หรือในอนาคตนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความบกพร่องของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ว่ามีความบกพร่องในระดับที่รุนแรงเป็นประจักษ์หรือบกพร่องเพียงเล็กน้อยไม่รุนแรงซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขให้รัฐสภาไปดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในอนาคตได้

(2) การกระทำที่เป็น “การกระทำทางนโยบาย” หรือ “การกระทำทางการเมือง” หากการกระทำเหล่านั้นไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรอื่นๆ การกระทำเหล่านั้นย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางการเมือง ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ได้บัญญัติให้ฝ่ายการเมืองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมเช่นกัน ดังนั้น การกระทำทางนโยบายหรือการกระทำทางการเมืองที่ขัดกับหลักนิติธรรม ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจนำไปสู่การควบคุมตรวจสอบทางการเมือง หรือนำไปสู่กระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริตหรือประพฤตินิชอบของฝ่ายการเมืองย่อมเป็นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ หากการกระทำเหล่านั้นเข้าองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้อง

(3) การกระทำที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อหลักนิติธรรมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจในการออกคำสั่งบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่า ในการออกคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับระดับความรุนแรงของความบกพร่องของการกระทำทางปกครองดังกล่าว กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลปกครองพิจารณาให้เหมาะสมแก่กรณีนั้นๆ

บทสรุป

จากการศึกษา “หลักนิติธรรม” ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ 2550 แม้ว่าจะใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งโดยความหมายแล้ว ก็คือรัฐที่ยอมผูกพันตนกับกฎหมายและหลักกฎหมาย ทั้งนี้โดยพิจารณาได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับที่ได้วางหลักการปกครองโดยกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักดังกล่าวสอดคล้องกับความเป็น “หลักนิติรัฐ” ของประเทศในภาคพื้นยุโรป ระบบรัฐธรรมนูญของไทยเป็นระบบที่วางพื้นฐานแนวความคิดแบบ “หลักนิติรัฐ” ตามระบบซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป ดังนั้น การตีความคำว่า “หลักนิติธรรม” ตามที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรค 2 จึงต้องตีความไปในทิศทางดังกล่าว ซึ่งย่อมาหมายความว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจอธิปไตย หรือเป็นข้อผูกพันของการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย การใช้อำนาจอธิปไตยที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักนิติธรรมย่อมส่งผลต่อปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ

สำหรับสถานะของ “หลักนิติธรรม” ในฐานะที่เป็นหลักการรากฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย นอกจากจะเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นหลักการที่เป็นข้อความคิดที่ช่วยในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้หลักนิติธรรมยังเป็นหลักที่นำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีความชัดเจนในทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในเรื่องนั้นๆ

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐอาจแบ่งสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้ 5 กลุ่ม ดังนี้ คือ (1) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการจัดองค์กรของรัฐ (2) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (3) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการปฏิบัติงานของ

เจ้าหน้าที่ของรัฐ (4) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” เกี่ยวกับโทษทางอาญาและความรับผิดชอบทางอาญา และ (5) หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการตรากฎหมาย

ผลของการกระทำของรัฐที่ละเมิดต่อ “หลักนิติธรรม” ย่อมมีผลเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับการกระทำของรัฐนั้นว่าเป็น การกระทำทางนโยบายหรือการกระทำทางการเมือง หรือเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเป็นการกระทำทางปกครอง การละเมิดหลักนิติธรรมดังกล่าว จึงขึ้นอยู่กับองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำนั้นๆ และกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเหล่านั้น ในการพิจารณาวินิจฉัยหรืออำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำนั้นๆ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ, หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม, กันยายน 2557
จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ 2550,
บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ 2558
บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2557

ภาษาต่างประเทศ

Jarass/Pieroth, Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Muechen 1995
Hartmut Maurer, Staatsrecht I, Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen, 2 Aufl., Muenchen 2001

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ

บรรณาญ จงเจริญประเสริฐ*

คำนำ

“สังคมอันชอบธรรมจะเกิดขึ้นได้ต้องเป็นสังคมที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครอง (Rule by law)” คำกล่าวดังกล่าวถือเป็นหลักสำคัญในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่มีกฎหมายเป็นหลักนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น และผู้สร้างกฎหมาย ย่อมมีทั้งดีและไม่ดี มีข้อดี มีข้อดล อาจใช้กฎหมายสร้างความถูกต้องให้กับตนเองหรืออื่นๆ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานบางประการ ซึ่งเรียกว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”

คำว่า “หลักนิติธรรม” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า Rule of Law ซึ่งมีผู้ให้คำแปลไว้หลากหลาย แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไปคือคำว่า หลักนิติธรรม เป็นหลักคิดที่มีความเป็นนามธรรมสูง ทำให้นักกฎหมาย นักวิชาการได้อธิบายให้ความหมายของคำว่า หลักนิติธรรมไว้แตกต่างกัน ทำให้บุคคลทั่วไปอาจเข้าใจความหมายหลักนิติธรรมแตกต่างกันไป

ในช่วงหลายปีที่ประเทศไทยประสบวิกฤตความแตกต่างทางความคิดเห็น นักกฎหมาย นักวิชาการ องค์กรต่างๆ ตลอดจนประชาชนทั่วไปกลับพูดถึงและกล่าวอ้างให้ทุกๆ ฝ่ายเคารพและยึดหลักนิติธรรมมากเป็นพิเศษจนทำให้สรุปได้ว่า ไม่ว่าจะแต่ละบุคคลจะเข้าใจความหมายของหลักนิติธรรมตรงกันหรือไม่ อย่างไร แต่ทุกคนเคารพและยึดหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม อันเป็นแนวคิดทฤษฎีที่มีสภาพนามธรรม ได้ถูกทำให้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นทางการ จบต้องได้ครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นักกฎหมายไทยจึงพึงร่วมกันทำความเข้าใจและสร้างความชัดเจนในประเด็นดังกล่าว พัฒนาและทำให้หลักนิติธรรมซึ่งเป็นนามธรรมและมีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศมาเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทยต่อไป

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

ที่มาและความหมายหลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Legal State : Rechtsstaatsprinzip)

หลักนิติธรรม (Rule of Law)

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หมายถึง ความเป็นธรรมที่มีอยู่ในกฎหมายหรือกฎหมายให้ความเป็นธรรมได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” อันเป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายนั่นเอง โดยที่ความเป็นธรรมเป็นสิ่งที่ทุกสังคมวิไลหา เพราะที่ได้มีความเป็นธรรมที่นั่นย่อมนำมาซึ่งความสันติสุข

หลักนิติธรรม (Rule of Law) นอกจากจะมีความหมายถึงหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแล้วยังเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีที่รวมถึงการบริหารราชการแผ่นดินภายใต้บังคับของกฎหมาย และการตรากฎหมายโดยฝ่ายบริหารที่ควรเคารพต่อสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนตามนัยแห่งหลักธรรม และการช่วยเหลือตามความสามารถอย่างจริงจังโดยมีผู้เป็นตุลาการที่จะดำเนินการโดยอิสระตามครรลองโดยปราศจากอคติให้เป็นไปตามนั้น และผู้มีอาชีพกฎหมายที่เกี่ยวข้องควรยืนหยัด ส่งเสริมสิทธิต่าง ๆ ของผู้ต้องหาทุกคนตามนัยแห่งหลักธรรมรวมอยู่ด้วย

เมื่อจะกล่าวถึงความเป็นมาและที่มาของหลักนิติธรรม (Rule of Law) ต้องถือว่าหลักดังกล่าวมีมานานแล้วโดยเริ่มก่อตัวและปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 13 โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่มีหลักการสำคัญ ได้แก่ บุคคลพึงได้รับการพิจารณาโทษโดยศาลในการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยหลักความเสมอภาค ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในฐานะใด สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้รับการยอมรับจากศาล ด้วยผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมเป็นผู้แทนของกษัตริย์นั้นได้เริ่มพัฒนากฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 12 ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจของกษัตริย์ที่ส่วนกลางมั่นคงเข้มแข็ง กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) กฎหมายดังกล่าวได้รับการ “สร้าง” ขึ้น โดยผู้พิพากษา เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีก็ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย “กฎหมาย” ในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute Law” เท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common Law) ด้วย เอกสารทางประวัติศาสตร์อย่าง Magna Carta (ค.ศ.1215) Petition of Right (ค.ศ.1628) Habeas Corpus

(ค.ศ.1679) หรือ Bill of Right (ค.ศ.1689) ยังมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินได้ในอังกฤษจนกระทั่งถึงทุกวันนี้

อนึ่ง โดยเหตุที่กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีผลใช้บังคับได้ในคดีที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไปแต่ละคดี คำว่า “แนวทางการตัดสิน (Case Law)” กับ “กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)” จึงเป็นคำที่ใช้ในความหมายเดียวกัน นั่นคือหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษา

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้เองนี้ ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะหลัก “stare decisis” คือ หลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้วยังเป็นหลักที่สำคัญ การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงไม่ใช่จะกระทำได้โดยง่าย

ถึงแม้ประเทศอังกฤษจะยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการออกกฎหมาย แต่ไม่ใช่รัฐสภาจะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายที่ออกจะต้องเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมด้วย

หลักนิติธรรม (Rule of Law) เริ่มมีความชัดเจนในปี ค.ศ. 1955 ภายหลังจากการประชุมนักนิติศาสตร์เสรีจาก 48 ประเทศ ซึ่งจัดโดยคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists : ICJ) ที่เมืองเอเธนส์ ประเทศกรีซ และได้ประกาศบัญญัติแห่งเมืองเอเธนส์ 1955 (Act of Athen 1955) จากบัญญัติดังกล่าวทำให้นักกฎหมายเริ่มเข้าใจปรัชญาและหลักการของหลักนิติธรรมที่สอดคล้องตรงกันและมองเห็นความสำคัญของหลักการดังกล่าวมากขึ้น

นอกจากนั้นหลักนิติธรรม (Rule of Law) ยังมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งหมายถึงความถึง บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่เท่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ

หลักนิติรัฐ (Legal State : Rechtsstaatsprinzip)

หลักนิติรัฐ (Legal State) มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมัน หมายความว่า สั้น ๆ ง่าย ๆ ว่าการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง ประเทศที่เป็นนิติรัฐจึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใด ๆ หรือดำเนินการใด ๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะกระทำอะไรตามอำเภอใจไม่ได้

มีผู้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐ (Legal State) หมายถึง รัฐที่ปกครองด้วย “กฎหมาย” ไม่ใช่ปกครองด้วย “อำนาจบารมี” กล่าวคือ ถือกฎหมายเป็นใหญ่ คนบังคับใช้กฎหมายเป็นรอง ต่างกับรัฐที่มีกฎหมายในการปกครอง เพราะรัฐที่มีกฎหมายในการปกครอง ก็ไม่แน่ว่า กฎหมายจะเป็นใหญ่หรือไม่ แต่ทั้งนี้ ทุกรัฐล้วนมีกฎหมายในการปกครองด้วยกันทั้งสิ้น จุดสำคัญอยู่ที่ว่ากรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ถ้าฝ่ายปกครองถือหลักว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรก็ได้” เพราะเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกัน ถ้ามีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองยังจะกระทำอย่างไรก็ได้” การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แทบจะทำได้ไม่เลย ไม่ว่าจะตรวจสอบการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจนานวันเข้าเส้นแบ่งระหว่าง ดุลพินิจ กับ อำนาจใจ บางลงจนแทบจะแยกกันไม่ออกว่าแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งแน่นอนว่า ย่อมไม่เป็นผลดีแก่ประชาชนเนื่องจากประชาชนจะอยู่ในฐานะผู้ถูกระทำ หรือเป็นกรรมของผู้ใช้อำนาจทางปกครอง มิใช่อยู่ในฐานะเป็นประธานหรือเป็นเจ้าของสิทธิ์อีกต่อไป ดังนั้นจึงไม่อาจเรียกการปกครองในลักษณะเช่นนี้ว่าเป็นนิติรัฐได้ อย่างไรก็ตาม “อำนาจนิยม” หรือ เผด็จการ ก็มีข้อดีในแง่ของความเป็นเอกภาพและความเด็ดขาด หรืออาจเป็นประโยชน์ต่อความมั่นคงภายในของประเทศ ดังนั้น จึงมักใช้กับประเทศที่มีการปกครองในระบบบงการนิยมเป็นหลัก

สำหรับรัฐที่มีการปกครองด้วยกฎหมายหรือปกครองในระบบประชาธิปไตยซึ่งถือกฎหมายเป็นใหญ่ โดยยึดหลักกฎหมายมหาชนในข้อที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองจะกระทำมิได้” ซึ่งตรงข้ามกับหลักกฎหมายแพ่งที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามไว้ เอกชนจะกระทำอย่างไรก็ได้” ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงอยู่ในลักษณะสมดุล และเป็นหลักประกันพื้นฐานแก่ประชาชนเจ้าของสิทธิ์ เพราะมีกลไกการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจทั้งจากภายในฝ่ายปกครองเองหรือจากองค์กรภายนอก เช่น องค์กรอิสระหรือศาลที่อาจเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองได้ หรือแม้กระทั่งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลย่อมตรวจสอบได้เสมอ เพียงแต่เป็นการตรวจสอบในเกณฑ์ต่ำ เฉพาะกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองในข้อที่ว่า “ต้องเป็นหลักกฎหมายที่สามารถแยกดุลพินิจโดยแท้ของงานบริหารออกจากการควบคุมของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองได้”

ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐ (Legal State) จึงมีลักษณะเป็น “หลักคิด” มากกว่าหลักปฏิบัติ ดังนั้นนิติรัฐ จึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการบัญญัติหรือบังคับใช้กฎหมายควบคู่กับการจัดให้มีกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น จัดให้มีองค์กรวินิจฉัย หรือพิพากษาคดีปกครอง อาทิ ศาลปกครอง หรือมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายข้อมูลข่าวสาร หรือเป็นหลักคิดกำหนดให้รัฐใช้หลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นกรอบในการดำเนินนโยบายของรัฐ เช่น มาตรา 67 วรรคสองของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชน

อย่างร้ายแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน” เป็นต้น

ผลของนิติรัฐ (Legal State) ทำให้บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเดียวกัน และยังทำให้หลักความเสมอภาคมีความเป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติ

ความสัมพันธ์ระหว่างนิติธรรม (Rule of Law) และนิติรัฐ (Legal State)

ความเหมือนกันก็คือ

ทั้งนิติรัฐ และนิติธรรม เป็นหลักการที่เป็นแนวความคิดที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นเพื่อบังคับอำนาจของผู้ปกครอง คุ้มครองประชาชน

ทั้งนิติรัฐ นิติธรรม เกี่ยวกับกฎหมาย ทั้งนิติรัฐ นิติธรรมมุ่งกำกับหรือเป็นหลักให้กับกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายต้องดี ต้องชัดเจน ต้องมีเหตุมีผล ต้องปฏิบัติได้ ต้องนำไปสู่ความยุติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา

ความแตกต่างกันก็คือ

นิติรัฐ มีจุดกำเนิดและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากนิติธรรม นิติรัฐเป็นหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศเยอรมัน อันเป็นประเทศในระบบ Civil Law และหลักนิติรัฐนี้เองที่มีอิทธิพลเผยแพร่ไปทั่วยุโรป

นิติธรรม เป็นหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศอังกฤษ อันเป็นประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และทำนองเดียวกันหลักนิติธรรมมีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

นิติรัฐ ให้ความสำคัญที่สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้นผู้ปกครองจึงมีอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กรณีดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการใช้อำนาจ มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ

นิติธรรม เน้นที่ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน แต่กฎหมายที่จะออกมาและมีผลใช้บังคับได้ต้องตั้งอยู่บนหลักนิติธรรม

ความสัมพันธ์กัน

จุดเริ่มต้น จุดเน้นอาจแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญต่างมุ่งเน้นจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเหมือนกัน

นิติรัฐ พัฒนาและวิวัฒนาการไปจนถึงจุดที่มีการแบ่งแยกกระบวนศาลออกเป็นศาลพิเศษ และศาลยุติธรรมทั่วไป แต่นิติธรรมไม่มีการแบ่งแยก มีระบบศาลเดียวคือศาลยุติธรรม ส่วนนิติรัฐ

ถือหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ส่วนนิติธรรม ถือหลักการ The supremacy of parliament กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภามีฐานะเหนือกว่า Case Law

อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม เปรียบเหมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกัน ที่ต่างมุ่งให้ร่มเงาแก่ประชาชน ให้ได้รับความยุติธรรม มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง แต่ไม่ทั้งสองไปเจริญงอกงามในสองดินแดน ที่มีประวัติศาสตร์ ระบบกฎหมาย สภาพแวดล้อม สภาพสังคม ฯลฯ ที่แตกต่างกัน เมื่อได้ดิน ได้น้ำ ได้ปุ๋ย ได้อากาศที่แตกต่างกัน ต้นไม้ทั้งสองก็ย่อมพัฒนาเติบโต แตกกิ่งก้านสาขาแตกต่างกันไปบ้าง มีบางส่วนเหมือน มีบางส่วนต่าง มีจุดเน้น หนักเบา เหมือนบ้าง ต่างบ้าง แต่เป็นความต่างบนความเหมือนกัน

และด้วยปรัชญาพื้นฐานเดียวกันนี้เอง จึงทำให้หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม เป็น “หลัก” ของกฎหมาย ที่นักกฎหมายไม่ว่าในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ต่างต้องยึดถือ เพื่อให้มั่นใจได้ว่า ระบบกฎหมายจะนำไปสู่ความผาสุกและความยุติธรรมโดยแท้จริง

หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักนิติธรรม และนิติรัฐ

หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law)

หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process of Law) เป็นหลักที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเอาแนวคิดในเรื่องดังกล่าวมาจากประเทศอังกฤษแล้วนำมาพัฒนาขึ้นมาใหม่ให้มีความโดดเด่นและสอดคล้องกับระบบกฎหมายของอเมริกาโดยนำมาบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14 โดยวางหลักว่า “รัฐจะเพิกถอนสิทธิหรือกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตและเสรีภาพ และทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้” กล่าวคือ จะต้องให้บุคคลได้มีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมาะสม และเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนดไว้ จากหลักดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดแล้วจะเห็นว่า มีลักษณะคล้ายกับหลักนิติธรรมเป็นอย่างมากในส่วนการยอมรับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมุ่งเน้นถึงวิธีปฏิบัติในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมเป็นสิ่งสำคัญ

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance)

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เป็นหลักที่มีจุดมุ่งหมายเริ่มต้นนำมาใช้เพื่อการแก้ไขปัญหาความล้มเหลวของการบริหารจัดการภาคเอกชนอันเนื่องมาจากการจัดการที่ไม่มีประสิทธิภาพ ขาดความโปร่งใส ขาดความรับผิดชอบต่อส่วนรวมโดยมองประโยชน์ส่วนตัวเป็นหลักทำให้กิจการ

ภาคเอกชนล้มเหลวในเชิงบริหาร สร้างความเสียหายทั้งส่วนตนเองและส่วนรวมอย่างต่อเนื่อง หลักการบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ มีความโปร่งใส มีคุณธรรมและจริยธรรมเพื่อให้การจัดการมีประสิทธิภาพ ก่อประโยชน์สูงสุดต่อตนเองและส่วนรวม จึงถูกนำมาใช้แทนที่โดยหลักธรรมาภิบาล มีองค์ประกอบหลัก 6 ประการดังนี้

1. หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หมายถึง การปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจ หรืออำนาจของตัวบุคคลจะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรม และความยุติธรรม รวมทั้งมีความรัดกุมและรวดเร็วด้วย

2. หลักคุณธรรม (Morality) หมายถึง การยึดมั่นในความถูกต้อง ดีงาม การส่งเสริมให้บุคลากรพัฒนาตนเองไปพร้อมกัน เพื่อให้บุคลากรมีความซื่อสัตย์ จริงใจ ขยัน อดทน มีระเบียบวินัย ประกอบอาชีพสุจริต เป็นนิสัย ประจำชาติ

3. หลักความโปร่งใส (Accountability) หมายถึง ความโปร่งใส พอเทียบได้ว่ามีความหมายตรงข้าม หรือเกือบตรงข้ามกับการทุจริตคอร์รัปชัน โดยที่เรื่องทุจริตคอร์รัปชันให้มีความหมายในเชิงลบและความน่าสะพรึงกลัวแฝงอยู่ ความโปร่งใสเป็นคำศัพท์ที่ให้แง่บวกและให้ความสนใจในเชิงสงบสุข ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวกและเข้าใจง่าย และมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องอย่างชัดเจน ในการนี้ เพื่อเป็นสิริมงคลแก่บุคลากรที่ปฏิบัติงานให้มีความโปร่งใส ขออัญเชิญพระราชกระแสรับสั่งในองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช มหาราช ที่ได้ทรงมีพระราชกระแสรับสั่ง ได้แก่ ผู้ที่มีความสุจริตและบริสุทธิ์ใจ แม้จะมีความรู้น้อย ก็ย่อมทำประโยชน์ให้แก่ส่วนรวมได้มากกว่าผู้ที่มีความรู้มากแต่ไม่มีความสุจริต ไม่มีความบริสุทธิ์ใจ

4. หลักการมีส่วนร่วม (Participation) หมายถึง การให้โอกาสให้บุคลากรหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมทางการบริหารจัดการเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ เช่น เป็นคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ และหรือ คณะทำงาน โดยให้ข้อมูล ความคิดเห็น แนะนำปรึกษาร่วมวางแผนและร่วมปฏิบัติ

5. หลักความรับผิดชอบ (Responsibility) หมายถึง การตระหนักในสิทธิและหน้าที่ ความสำนึกในความรับผิดชอบต่อสังคม การใส่ใจปัญหาการบริหารจัดการ การกระตือรือร้นในการแก้ปัญหา และเคารพในความคิดเห็นที่แตกต่าง รวมทั้งความกล้าที่จะยอมรับผลดีและผลเสียจากการกระทำของตนเอง

6. หลักความคุ้มค่า (Cost – effectiveness or Economy) หมายถึง การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยรณรงค์ให้บุคลากรมีความประหยัด ใช้วัสดุอุปกรณ์อย่างคุ้มค่า และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

หลักการดังกล่าวทั้งสองประการมีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สุขของประชาชนในแต่ละสังคม ด้วยความเป็นธรรม มีความโปร่งใส คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่มีเป็นหลัก สังคมโดยชนออกกฎหมาย สังคมนั้นย่อมสะท้อนให้เห็นถึงประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมด้วย คำถามมีว่า แล้วหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมหมายถึงอะไร ใช้ในกรณีไหน เหมือนหรือแตกต่างกันหรือไม่ อย่างไรก็ตามที่ผู้เขียนก็สงสัย พยายามศึกษาอ่านบทความต่างๆ แต่นักกฎหมายเองก็มีความเห็นหลากหลายยังไม่เป็นที่ยุติ จึงอยากจะแสดงความคิดเห็นในอีกทัศนะหนึ่งที่จริงแล้วนิติรัฐหรือนิติธรรมจะว่าเหมือนกันก็ใช่ จะว่าต่างก็ใช่ สุดแต่จะใช้กฎเกณฑ์ใดเป็นเครื่องตัดสิน หากใช้กฎเกณฑ์รูปแบบ เน้นนอนว่าต่างกัน ดังจะเห็นได้จากกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร มักจะเรียกว่า “นิติรัฐ” แต่กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายแบบจารีตประเพณี มักจะเรียกว่า “นิติธรรม” แต่ถ้าจะใช้เกณฑ์เนื้อหาตัดสินแล้ว เน้นนอนว่าเหมือนกัน เพราะไม่ว่า นิติรัฐหรือนิติธรรม ล้วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายหรือผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรมทั้งสิ้น โดยที่การนำหลักทั้งสองนี้ไปใช้แทบจะไม่แตกต่างกัน เหมือนเหรียญซึ่งมีสองหน้า เพราะไม่ว่าเราจะยื่นหน้าหัวหรือหน้าก้อยก็ได้อีกหน้าหนึ่งพวงกันไปด้วยเสมอ ซึ่งถ้าเรายื่นด้านหัวก็มีความหมายเพียงว่าให้ความสำคัญกับด้านนี้มากกว่าอีกด้านหนึ่งเท่านั้น แต่สำหรับความหมายเชิงวิชาการแล้วคงต้องแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างหลักทั้งสองนี้ต่อไป

หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในประเทศไทย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวดที่ 1 บททั่วไป มาตรา 3 วรรค 2 บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นอกจากนี้ หมวดที่ 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 2 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 78 บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดินดังต่อไปนี้

...

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐ ตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างมีอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

...

ในหลักการ เมื่อหลักนิติธรรมมีความสำคัญถึงระดับได้รับการยอมรับให้นำหลักการดังกล่าว มาบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับในปัจจุบัน กรณีจึงมีความจำเป็นต้องรับทราบที่มา และพัฒนาการของหลักการดังกล่าว และมีขอบเขตครอบคลุมเพียงใด

ในอดีตนักนิติศาสตร์ไทยได้เรียกชื่อ หลักนิติธรรม (Rule of Law) ไว้หลายชื่อ เช่น หลักธรรม หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย นิติธรรมวินัย หลักธรรมแห่งกฎหมาย นิติสดมภ์ แต่ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับทั่วกันโดยถือเป็นศัพท์บัญญัติโดยแปลคำดังกล่าวว่า หลักนิติธรรม ซึ่งมีความหมายถึง หลักกฎหมาย

การให้ความหมายในหลักนิติธรรม (Rule of Law) ของนักกฎหมายของแต่ละประเทศ อาจมีมุมมองที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะประเทศนั้นจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือประมวลกฎหมาย (Civil Law) แม้กระทั่งระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งอาจให้ความหมายที่แตกต่างหรือไม่ตรงกันก็ได้ แต่ท้ายที่สุดนักกฎหมายทุกระบบต่างให้ความหมายในหลักการที่สอดคล้องตรงกันที่ว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษย์ชนทุกแง่มุม ที่ต้องได้รับการคุ้มครองให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง

ในชั้นการประชุมของคณะกรรมการการร่างแม่จะมีการอภิปรายถึงคำว่านิติรัฐและนิติธรรม แต่ไม่ปรากฏการอภิปรายในทางเนื้อหาถึงความแตกต่างของหลักการทั้งสอง ไม่มีกรรมการผู้ใดอภิปรายถึงความเชื่อมโยงของหลักนิติธรรมกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และความเชื่อมโยงของหลักนิติรัฐกับการยอมรับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญเลย ในชั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกัน คงมีแต่การอภิปรายว่าหลักการใดกว้างแคบอย่างไร ซึ่งไม่ทำให้เห็นถึงสาระของความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสอง จนทำให้ในที่สุดแล้ว แม้จะมีการลงคะแนนเสียงเพื่อหาข้อยุติในการใช้ถ้อยคำ แต่ก็ไม่มีผู้ใดสรุปได้ว่าความเหมือนและความแตกต่างในทางเนื้อหาของหลักการทั้งสองคืออะไรกันแน่ อนึ่ง หากตรวจสอบบันทึกเจตนารมณ์ของคณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ได้ความกระจ่างเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ในการบัญญัติกฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องมีบทมาตรามากมาย หรือบางกรณีไม่ต้องมีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพราะกฎหมายอยู่ที่ใจหรือถูกฝังอยู่ในจิตสำนึกของคนเสียแล้ว เราจะรู้ได้อย่างไรว่าเป็นธรรมหรือไม่ ดูได้จากความไม่เป็นธรรมนั่นเอง เมื่อใดมีความไม่เป็นธรรมสูง แสดงว่าขณะนั้นมีความเป็นธรรมต่ำ ซึ่งความไม่เป็นธรรม แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1. ความไม่เป็นธรรมจากกฎหมาย ซึ่งแบ่งได้เป็น

1.1 ความไม่เป็นธรรมจากตัวบทกฎหมาย หมายถึง กฎหมายบัญญัติออกมาโดยมีตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่เป็นธรรมเสียเอง เช่น กฎหมายอาญา มาตรา 334 ผู้ใดเอาทรัพย์สินของ

ผู้อื่นไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี แลว่าใครลักลูกอม 1 เม็ด หรือลักแหวนเพชร 1 วง มีโทษเท่ากัน เพราะกฎหมายถือว่าสิ่งของทั้งสองเป็นทรัพย์เหมือนกัน โดยไม่คำนึงถึงมูลค่าของตัวทรัพย์แต่อย่างใด หรือ ป.วิ. อาญา มาตรา 2 (21) “ควบคุม” หมายความว่า การคุมหรือกักขังผู้ถูกจับ , (22) “ขัง” หมายความว่า การกักขังจำเลยหรือผู้ต้องหาโดยศาล ทั้งนี้ การ “กักขัง” เป็นโทษทางอาญาประเภทหนึ่ง ตามมาตรา 18 ซึ่งผู้ต้องหายังไม่ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิด แล้วจะถูกลงโทษกักขังก่อนได้อย่างไร แต่กรณีนี้ในทางปฏิบัติ การฝากขังผู้ต้องหาศาลจะมีคำสั่งให้ “คุมขัง” แทน หรือกรณีการนับระยะเวลาในการใช้สิทธิอุทธรณ์ตามมาตรา 96 แห่ง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ต้องใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ผู้บังคับบัญชามีคำสั่งลงโทษแทนที่จะเป็นวันที่รับทราบคำสั่ง ซึ่งกรณีดังกล่าว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่าไม่เป็นธรรมกับผู้รับคำสั่ง ขัดต่อรัฐธรรมนูญและมีมาตรฐานต่ำกว่าระยะเวลาอุทธรณ์ตามที่กำหนดใน พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (เรื่องเสร็จที่ 638/2545) เป็นต้น

1.2 ความไม่เป็นธรรมจากบริบทของกฎหมาย หมายถึง ความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการตรากฎหมาย หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ซึ่งมีเหตุจูงใจให้ผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงบริบทหรือกระแสสังคมในขณะนั้น มีผลทำให้กฎหมายให้ความสำคัญกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือสิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นพิเศษ และเป็นเหตุให้กฎหมายมีความไม่เป็นธรรมอยู่ในตัว เช่น กฎหมายอาญา มาตรา 335 ผู้ใดลักทรัพย์ (12) ที่เป็นของผู้มีอาชีพกสิกรรม บรรดาที่เป็นผลิตภัณฑ์ พืชพันธุ์ สัตว์ หรือเครื่องมืออันมีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม หรือได้มาจากการกสิกรรมนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปีและความในวรรคสี่ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อ พ.ศ. 2530 ที่ว่า “ถ้าความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำต่อทรัพย์ที่เป็นโค กระบือ เครื่องกลหรือเครื่องจักร ที่ผู้มีอาชีพกสิกรรมมีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี” แต่ในขณะปัจจุบันปัญหาารถจักรยานยนต์หรือรถยนต์ ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำรงชีพของคนในสังคมเมือง กลับถูกขโมยเป็นว่าเล่น หรือแม้แต่คนที่อาศัยรถยนต์ในการประกอบอาชีพโดยตรง เช่น แท็กซี่ถูกขโมย กลับไม่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมายแต่อย่างใด หรือกรณีโทษอาญาที่เป็นค่าปรับซึ่งไม่ได้รับการแก้ไขเลย ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2500 ทั้งที่ค่าของเงินในปัจจุบันเปลี่ยนไปมาก ทำให้มาตรการในการควบคุมป้องกันมิให้มีผู้กระทำความผิดด้วยค่าลง มีผลทำให้คนไม่เกรงกลัวที่จะทำผิดกฎหมาย ซึ่งไม่เป็นธรรมกับสังคมเหมือนกัน

2. ความไม่เป็นธรรมจากการบังคับใช้กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย หมายถึง การนำกฎหมายไปใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ กรณีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแจ่มแจ้งก็ไม่มีปัญหาอะไร แต่ถ้ากฎหมายบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน หรือตีความหมายได้หลายนัยแล้ว ต้องมีการตีความกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการเพ่งเล็งถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงที่ซ่อนอยู่ใต้ตัวอักษร จึงเป็นเรื่องยากพอสมควร เพราะขึ้นอยู่กับอรรถวิสัยของ

ผู้ตีความเป็นสิ่งสำคัญ และอาจทำให้เสียความเป็นธรรมได้ ดังนั้น จึงต้องสร้างระบบหลักประกันความเป็นธรรมสองชั้นขึ้น โดยออกแบบให้มี “กฎ” (Rule) ซ้อนอยู่ใน “กฎหมาย” (Law) เหมือนเป็นไข่แดงของไข่ดาวที่อยู่ควบคู่ไปด้วยกันเสมอ เพราะอย่างน้อยถ้าหลุดจากกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ยังมีกฎเป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่ง เราเรียกวิธีคิดอย่างนี้ว่า “นิติธรรม” (Rule of Law) ถามต่อว่า กฎคืออะไร กฎ คือ กติกาที่นักกฎหมายหรือผู้มีอำนาจวางไว้ อาจจะอยู่ในรูปของสุภาษิตกฎหมาย เช่น หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาหรือหลักผู้รับโอนย่อมไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน หรือหลักผลไม่ของต้นไม้ที่เป็นพิษ เป็นต้น หรืออาจจะอยู่ในรูปของบททั่วไปของกฎหมาย เช่น ป.พ.พ. มาตรา 5 ที่ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หรืออาจจะอยู่ในรูปของ “นิติวิธี” ที่ศาลวางหลักไว้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1343/2549 ที่ว่า “ผู้ถูกหลอกลวงให้เอาเงินไปแทงหวยใต้ดิน ไม่ใช่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยในความผิดฐานฉ้อโกง” ทั้งนี้ คำว่าผู้เสียหายโดยนิตินัยไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรใน ป.วิ.อาญา แต่อย่างไร

แต่กรณีนี้ ศาลเห็นว่า ผู้ถูกหลอกลวงมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ถือว่าไม่สุจริต ศาลไม่รับชำระความให้ ตามหลักมาศาลต้องมาเมื่อสะอาด เป็นต้น ด้วยเหตุนี้นิติธรรมจึงมีลักษณะเป็น “หลักปฏิบัติ” มากกว่าหลักคิด ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่าการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะกฎจะอยู่ในรูปแบบใดล้วนมีพื้นฐานมาจากหลักสามัญสำนึกด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้น หากจะกำหนดความหมายเชิงวิชาการแล้ว นิติธรรม ควรหมายความว่า “คุณธรรมทางกฎหมายที่บังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องคำนึงถึงหลักสามัญสำนึกในการบังคับใช้กฎหมายแก่ประชาชน” นิติธรรม จึงเกี่ยวข้องโดยตรงกับการผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม และไม่ว่าความเป็นธรรมจะถูกฝังไว้ลึกเพียงใดก็ตาม พวกเราทุกภาคส่วนต้องช่วยกันนำมาเป็นแก่นของสังคมให้ได้ โดยที่การผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม มิได้จำกัดเฉพาะมนุษย์เท่านั้น แม้เป็นธรรมชาติก็ต้องให้ความเป็นธรรมด้วยด้วยกัน

ดังคดีหนึ่ง เอกชนฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่อนุญาตให้ทำสัมปทานเหมืองหินบนเกาะสมุย และศาลปกครองมีคำพิพากษาตอนหนึ่ง ความว่า “แต่ก็เห็นได้ว่าการทำเหมืองหินในบริเวณดังกล่าวอย่างน้อยที่สุดย่อมส่งผลให้สูญเสียพื้นที่ที่เป็นภูเขาอย่างถาวร ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อันจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของเกาะสมุย และเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการทำเหมืองดังกล่าว ซึ่งมีเพียงทำให้หินที่ใช้ในอุตสาหกรรมก่อสร้างบนเกาะสมุยหาได้ง่าย และมีราคาถูกลงแล้ว กรณีนี้ย่อมไม่อาจเปรียบเทียบกับความเสียหายที่จะเกิดแก่สภาพสิ่งแวดล้อมของเกาะสมุยได้” (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 333/2549) นับว่าศาลท่านให้เหตุผลไว้ดี เพราะปัจจุบันปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องใหญ่ และยิ่งรักษาภาพลักษณ์เมืองท่องเที่ยวไว้อีกด้วยที่สำคัญเขาเกิดขึ้นก่อน

ที่มนุษย์จะไปอยู่ จึงไม่เป็นธรรมกับธรรมชาติ หากจะทำลาย นาน ๆ จะเห็นมนุษย์พิพากษาให้ธรรมชาติชนะสักที เพราะในระยะหลังมานี้ มนุษย์ถูกระบบชาติพิพากษาถี่ขึ้นเหลือเกิน

บทสรุป

ถึงแม้ว่าหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมจะมีความแตกต่างกันอยู่ แต่หลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งจะสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน และคงจะตอบได้ยากกว่าหลักการใดดีกว่าหลักการใด หากนำเอาแนวความคิดทั้งสองมาพิเคราะห์เพื่ออธิบายระบบกฎหมายไทยโดยมุ่งไปที่การจัดโครงสร้างขององค์กรของรัฐในรัฐธรรมนูญไทยตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรแล้ว จะเห็นได้ว่าในแง่ของรูปแบบ ระบบกฎหมายไทยพยายามจะเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนามาในภาคพื้นยุโรป ดังจะเห็นได้จากการยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร แม้กระนั้นเมื่อพิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันประกอบกับทางปฏิบัติที่เกิดจากการปรับใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังห่างไกลจากความเป็นนิติรัฐมากนัก แม้รัฐธรรมนูญจะประกาศยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ เมื่อพิจารณาในทางนิติศาสตร์แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ยังขาดความสมบูรณ์อยู่มาก หากไม่พิเคราะห์รัฐธรรมนูญฉบับนี้ทั้งฉบับบนพื้นฐานความเข้าใจแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐหรือนิติธรรมที่ยอมรับนับถือกันในสากลแล้ว ก็ย่อมจะไม่เห็นการซ่อนเร้นอำพรางแนวความคิดทางกฎหมายที่เป็นปรปักษ์กับหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม หากแนวความคิดที่เป็นปรปักษ์กับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมยังคงถูกอำพรางอยู่ในรัฐธรรมนูญในนามของการปกครองแบบไทยๆ ดังที่มีความพยายามสร้างความชอบธรรมให้กับรัฐธรรมนูญฉบับที่อำพรางว่าเป็นนิติรัฐนี้แล้ว ความยุติธรรมและสันติสุขในระบบกฎหมายย่อมยากที่จะเกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ล้วนแต่มีความสำคัญทั้งสิ้น แต่ปัญหาใหญ่ที่สำคัญมากกว่าได้แก่ความพยายามที่จะบูรณาการหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมหรือหลักกฎหมายให้เข้ากับบริบทของสังคมไทยได้อย่างไรมากกว่า

ถึงแม้ความจริงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางหลักนิติธรรมไว้แล้ว โดยได้บัญญัติไว้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา รัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ก็เช่นเดียวกัน คงตอบได้ว่าอย่างน้อยที่สุดผู้ร่างคงแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยของเราต้องการให้มีนิติรัฐนิติธรรมอยู่

สำหรับสังคมไทยจะไปถึงหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐหรือไม่ เป็นเรื่องไกลตัวในอนาคต เอาแค่ใกล้ตัว ไปให้ถึงประชาธิปไตยก่อนก็เป็นเรื่องใหญ่ 70 กว่าปี ยังไม่มาถึงไหน แต่ก็เชื่อว่า

จะเป็นไปไม่ได้ หากสังคมกลับมาตั้งสติ ปรับวิธีคิดใหม่ ปฏิรูประบบการศึกษา ปฏิรูประบบการเมืองอย่างจริงจัง โดยน้อมนำหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมาเป็นกรอบแล้ว ความสำเร็จก็เชื่อว่า จะไกลเกินฝัน

บรรณานุกรม

เอกสารอ้างอิง

ประสิทธิ์ โสวิไลกุล (2540) เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม หน้า 13-31

บทบัญญัติ เล่มที่ 20 ตอน 3 กรกฎาคม 2505 หน้า 765-771

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 333/2549

สื่อ Electronics / websites

สมชาย เหล่าพิทักษ์วรกุล. นิติรัฐ VS นิติธรรม. สืบค้นจาก pub-law.net

กำชัย จงจักรพันธ์. หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม.

สืบค้นจาก www.facebook.com/notes/kumchai-jongjakapun

ระบบการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรือหลักธรรมาภิบาล (GOOD GOVERNANCE).

สืบค้นจาก school.obec.go.th

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. สืบค้นจาก www.enlightened-jurists.com

การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม

บรรศักดิ์ อูวรรณโณ*

บทความนี้ ผู้เขียนได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาอบรม หลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่น 4 ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้แบ่งการนำเสนอ ดังนี้

ก. การปฏิรูปการเมืองและหลักนิติธรรมในโลก

ในโลก 20 ปีมานี้มีกระแสปฏิรูปแรงมาก

ถ้าเราพิจารณาประชาธิปไตยตั้งแต่กำเนิดขึ้นมา พัฒนาการประชาธิปไตยเคียงคู่กับหลักนิติธรรมมาโดยตลอด ทั้งยังมีปัญหาและการปฏิรูปทางออกมาโดยตลอดในประวัติศาสตร์อันยาวนาน

1. ในยุคกำเนิดประชาธิปไตย

เมื่อมีการประกาศเอกราชสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 และจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1787 ตลอดจนเกิดการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ประชาธิปไตยก็เริ่มเกิดในตะวันตกทั้งในอเมริกาและยุโรป โดยเน้นการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การมีรัฐบาลมาจากการเลือกตั้งของประชาชน การคุ้มครองความเสมอภาค และสิทธิเสรีภาพทางการเมือง ในยุคนี้การปฏิรูปเน้นที่

1.1 การสร้างหลักนิติธรรมและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ ตามมาด้วยการควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลฎีกาสหรัฐในปี 1803 ในคดี Marbury V. Madison และการสร้างทฤษฎีที่ว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง” อยู่เหนือและเป็นที่มาของอำนาจขององค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น เช่น อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา โดย Sieyes ได้นำเสนอให้จัดตั้ง “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” (Jurie constitutionnaire) ขึ้น เพื่อควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ ในปี 1795 ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็เคยวินิจฉัยไว้โดยใช้หลักเดียวกันนี้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

* ราชบัณฑิต, ศาสตราจารย์กิตติคุณ, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 4 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ว่า “อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง กลับไปแก้รัฐธรรมนูญ เหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา”

นี่เองคือที่มายุคใหม่ของสิ่งที่ John Adams ประธานาธิบดีคนที่ 2 แห่งสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า รัฐบาลสหรัฐอเมริกา “เป็นรัฐบาลของกฎหมาย ไม่ใช่รัฐบาลของมนุษย์” (a government of laws, and not of men) หรือที่ยุโรปเรียกว่า “นิติรัฐ” นั่นเอง

1.2 การปกครองแบบประชาธิปไตยที่รัฐบาลต้องมาจากความยินยอมเห็นชอบของประชาชน โดยเฉพาะมาจากการเลือกตั้ง แต่เป็นการเลือกตั้งที่จำกัดตามฐานะเศรษฐกิจ (การเสียภาษี) และให้ผู้ชายลงคะแนนได้เท่านั้น

1.3 การเน้นความเสมอภาคของบุคคลโดยปฏิเสธเหล้ากำเนิด และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล และการเมือง ไม่ให้ความสนใจฐานะทางเศรษฐกิจและความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจและสังคม ในยุคนี้อิทธิพลและเสรีภาพทางเศรษฐกิจสังคมยังไม่เป็นที่ยอมรับ

1.4 และเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่ ก็ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตย (Separation of Powers) ดังนั้นแนวคิดของการจำกัดอำนาจผู้ปกครองทั้งโดยกฎหมาย (นิติธรรม) และโดยการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ก็เกิดขึ้น

ด้วยเหตุดังนี้ในยุคเริ่มแรก ประชาธิปไตย (Democracy) กับหลักนิติธรรม (The rule of law) หรือที่ยุโรปเรียกว่า นิติรัฐ (Etat de droit–Rechtsstaat) ก็เกิดขึ้นพร้อม ๆ กัน และเปรียบเสมือนเหรียญเดียวกันแต่คนละด้าน ด้านหนึ่งของเหรียญเป็นมิติทางการเมืองที่เรียกว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) อีกด้านหนึ่งของเหรียญ คือ การปกครองโดยกฎหมายที่ทรงธรรมหรือเป็นไปตามหลัก “นิติธรรม” (The rule of law)

หลักนิติธรรมในยุคนี้จึง

1. ให้ความสำคัญกับการปกครองโดยกฎหมายที่ทรงธรรมมากกว่าอำเภอใจมนุษย์ และในใจกลางการปกครองมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ทรงธรรมสูงสุดที่คุ้มครองมนุษย์ทุกคนในสังคม และกฎหมายนี้อยู่เหนือทุกองค์กรในรัฐไม่ว่าประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ หรือบริหาร หรือตุลาการต่อไปนี้ มนุษย์ไม่ใช่อธิปัตย์อีกต่อไป กฎหมายต่างหากที่เป็นอธิปัตย์ (Supremacy of law)

2. กฎหมายที่ทรงธรรมต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ได้ปกครอง โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและทางการเมือง

3. เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอย่างจริงจัง ต้องมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดออกจากกัน

จุดอ่อนที่สำคัญของยุคนี้ อันจะนำไปสู่การปฏิรูปในยุคต่อมา คือ

1. ความเสมอภาคที่เลือกปฏิบัติ

1.1 การให้สิทธิเลือกตั้งแบบจำกัด (ตามแนวคิดพลเมือง active กับพลเมือง passive) เกิดจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของชาติซึ่งถือว่าแม้ประชาชนก็เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ไปเลือกตั้ง ดังนั้นการให้สิทธิเลือกตั้งจึงต้องดูความเหมาะสมของประชาชนที่จะไปทำหน้าที่ คือ

1.1.1 ต้องเสียภาษีเท่าที่กฎหมายกำหนด จึงจะมีสิทธิ

ในฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 ค.ศ. 1815 - ค.ศ. 1848 กำหนดให้ต้องเสียภาษี 300 ฟรังก์ จึงจะมีสิทธิเลือกตั้ง และเสียภาษี 1,000 ฟรังก์ เพื่อให้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็น สส. ทำให้มีผู้มีสิทธิเลือกตั้งน้อยมาก เพียง 246,000 คน ซึ่งต่อมาก็ยกเลิก แล้วเปลี่ยนเป็นให้สิทธิแก่พลเมืองทุกคน (universal suffrage) ในปี 1848 (สมัยสาธารณรัฐที่ 2)

ในเบลเยียม ตั้งแต่ได้เอกราชในปี 1830-1894 ใน ค.ศ. 1848 รัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้เสียภาษี 42.2 ฟรังก์ มีสิทธิเลือกตั้ง และในปี 1894 ก็เปลี่ยนเป็น Plural votes คือให้สิทธิลงคะแนนเพิ่มตามจำนวนภาษีที่จ่ายมากขึ้น และยกเลิกระบบดังกล่าวในปี 1919 โดยให้สิทธิแก่พลเมืองทุกคน

ในปรัสเซีย ตั้งแต่ปี 1849 มีการใช้ระบบเสียภาษี 3 ชั้น ในการเลือกสภามลรัฐปรัสเซีย จนกระทั่ง 1918 โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งต้องเป็นชาย อายุ 24 ปี และเสียภาษีในชั้นใดชั้นหนึ่งคือ

ชั้นแรก	รวยสุด	1/3	ในปี 1849	มีผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	4.7 %
ชั้นที่ 2	รองลงมา	1/3	"	มีผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	12.7 %
ชั้นที่ 3	จนสุด	1/3	"	มีผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	82.6 %

ผลคะแนนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เสียภาษีชั้นแรก เลือกผู้แทนได้ 17.5 คน ในขณะที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เสียภาษีชั้นที่ 3 มีผู้แทนเพียง 1 คน !

ต่อมา เมื่อมีการเลือกตั้ง Reichstag ในยุคจักรวรรดิ ก็มีการยกเลิกระบบดังกล่าวไปในปี 1871 แต่ยังใช้ในระบ่มลรัฐจนถึงการสถาปนาสาธารณรัฐไวมาร์ ก็มีการยกเลิกระบบนี้ไปอย่างสิ้นเชิงในปี 1918

นี่คือ กระบวนการกำหนด power sharing ของคนกลุ่มต่างๆ ในสังคม ซึ่งทำให้ในเยอรมนี นายทุนที่เป็นกลุ่มอนุรักษนิยม (conservative) คุมอำนาจการเมืองในจักรวรรดิปรัสเซียได้ตลอดกาล

1.1.2 ชายเท่านั้นที่มีสิทธิเลือกตั้ง มาจากความคิดประชาธิปไตยโบราณของกรีกว่า พลเมืองกรีกต้องเป็นทหารจึงจะเข้าประชุมสภาประชาชนได้ ดังนั้นประชาธิปไตยยุคแรกที่ Huntington บอกว่ามี 29 ประเทศ ต่างก็ให้ชายเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งสิ้น อาทิ

อังกฤษ ต้นแบบเริ่มให้สตรีมีสิทธิเลือกตั้ง (ปี1918) โดยต้องมีอายุ 30 ปี และสำเร็จการศึกษาระดับมหาวิทยาลัย แต่ชายอายุ 21 ปี ก็มีสิทธิเลือกตั้งได้ มาให้สิทธิเท่ากันจริงในปี 1928 และประเทศต่างๆ ก็ทยอยกันให้สตรีสิทธิในการเลือกตั้งดังนี้

สหรัฐอเมริกา	ปี 1920
ออสเตรเลีย	ปี 1902
นิวซีแลนด์	ปี 1893
เยอรมนี	ปี 1918
ฝรั่งเศส	ปี 1944
สวีเดน	ปี 1971
ไทย	ปี 1932
ญี่ปุ่น	ปี 1947
อิตาลี	ปี 1946

2. ความเสมอภาคเฉพาะทางกฎหมาย แต่ความเหลื่อมล้ำและเอาเปรียบในความเป็นจริง

ประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 และ 19 เน้นสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในความเชื่อทางศาสนา หรือสิทธิเสรีภาพทางการเมือง เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไม่ให้ความสนใจกับความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจสังคม ระหว่าง “คนไม่มี” กับ “คนมั่งมี” และ “คนชั้นกลาง” ยิ่งปรัชญาเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยมของ Adam Smith ซึ่งห้ามรัฐแทรกแซงทางเศรษฐกิจมีอิทธิพลอย่างสูงด้วย ดังนั้น นายทุนซึ่งทางกฎหมายเท่าเทียมกับกรรมกร แต่ในความเป็นจริงมีฐานะทางเศรษฐกิจสังคมเหนือกว่ามหาศาล ก็อาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญและความได้เปรียบกดขี่ขูดรีดกรรมกร/ชาวนา ซึ่งเป็นที่มาของนวนิยายสำคัญของโลก ที่แสดงความไม่เป็นธรรมนี้ เช่น Oliver Twist ของ Charles Dickens ; Germinal ของ Emile Zola เป็นต้น

ความไม่เสมอภาคนี้ ทำให้เกิดกระแสปฏิรูปกระจายไปทั่วโลก 3 กระแส ซึ่งถือว่าทำลายประชาธิปไตยทางการเมืองในศตวรรษที่ 19 คือ

2.1 **กระแสแรกคือ Marxism** ซึ่งชี้ให้เห็นว่า การปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นรูปแบบที่พัฒนาขึ้นของการกดขี่ที่ถูกยกเลิกไปก่อนหน้านี้ คือ ระหว่างเจ้าของที่ดินกับทาสติดที่ดินที่สิ้นสุดลงไปพร้อมๆ กับการปฏิวัติฝรั่งเศส และเกิดประชาธิปไตย/ทุนนิยม ขึ้น เพื่อให้ นายทุนใช้การเลือกตั้งเข้าสู่อำนาจรัฐมากดขี่กรรมกรและชาวนาอีก ดังนั้น ต้องสถาปนารัฐสังคมนิยมคอมมิวนิสต์

เพื่อทำลายนายทุน โอนกิจกรรมทรัพย์สินมาเป็นของกรรมกร/ชาวนา และสถาปนา “ประชาธิปไตยประชาชน” (People’s democracy) ขึ้น ต่อมาเรียกว่า “ประชาธิปไตยรวมศูนย์” (Democracy – centralism) ทั้งนี้ได้มีการนำแนวความคิดดังกล่าวไปใช้ และมีการยึดอำนาจสำเร็จในรัสเซีย (ปี 1917) โดยเลนิน และขยายไปยังยุโรปกลาง และยุโรปตะวันออกทั้งหมด ต่อมาในปี 1949 (2492) เหมาเจ๋อตุง ก็ยึดจีนได้ และขยายมายังเกาหลีเหนือ เวียดนาม ลาว กัมพูชา ในเวลาต่อมาเกิด Socialist Block เกิดขึ้น

2.2 กระแสที่สอง คือ การเกิดขึ้นของลัทธิสังคมนิยม ฟาสซิสต์ และนาซี ฯลฯ โดยเฉพาะเกิดในอิตาลีหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 นำโดยมุสโสลินี ซึ่งเป็นพวกต้องการแก้ระบบทุนนิยม ด้วยสังคมนิยม (Social nationalism) ที่เน้นบทบาทคนส่วนใหญ่ที่เป็นกรรมกรและสหภาพ โดยดูแลกรรมกรในเรื่องที่พิกอาศัย บำเหน็จบำนาญ แต่ไม่ได้เน้นการต่อสู้ทางชนชั้นเหมือน Marxism แต่เป็นการต่อสู้ทางเชื้อชาติ (เช่น เยอรมันกับยิว) และให้ความสำคัญกับชาติตนว่าเหนือกว่าชาติอื่น และต่อต้านทั้งประชาธิปไตยเสรีและคอมมิวนิสต์ ให้ความสำคัญกับผู้นำที่เข้มแข็งและพัฒนาจนกลายเป็นเผด็จการในที่สุด กระแสนี้สิ้นสุดลงเมื่อเยอรมัน-อิตาลี ซึ่งเป็นฝ่ายอักษะแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 และปรากฏอยู่อย่างจำกัดในสเปนยุคฟรังโก

II. ยุครัฐสวัสดิการ (Welfare State)

กระแสที่สามเกิดในตะวันตกโดยสหรัฐอเมริกาและยุโรปตะวันตกไม่ต้องการเป็นสังคมนิยมและฟาสซิสต์ก็ต้องมีการปฏิรูปจากรัฐทุนนิยมไปสู่รัฐสวัสดิการ โดยเน้นว่ารัฐต้องเป็นผู้มีบทบาทหลักในการสร้างความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจและสังคม โดยยึดความเสมอภาคในโอกาสและการกระจายความมั่งคั่งใหม่ เน้นที่การคุ้มครองผู้ด้อยโอกาสและอ่อนแอซึ่งเป็นคนจน กรรมกร

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดี Roosevelt ได้ดำเนินโครงการ New Deal ; ในยุโรป บิสมาร์ค (Bismarck) เริ่มให้สวัสดิการแก่ผู้ด้อยโอกาสในปี 1880 ทั้งบำนาญผู้สูงอายุ ประกันอุบัติเหตุ และสุขภาพ อังกฤษก็เริ่มขึ้นนโยบายนี้ในปี 1906-1914 ภายใต้รัฐบาลพรรค Liberal โดยให้บำนาญสูงอายุ อาหารฟรีในโรงเรียน ต่อมาก็ขยายไปยังการประกันสุขภาพในปี 1948 ฝรั่งเศส หลังจากเกิดการยึด Paris โดย Commune de Paris ในปี 1871 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ใช้แรงงาน แนวคิดรัฐสวัสดิการก็เริ่มขยายจนพรรคแนวร่วมประชาชน (Front Populaire ซึ่งเป็นพันธมิตรของพรรคฝ่ายซ้าย) ได้เป็นรัฐบาลและทำการปฏิรูประบบแรงงาน โดยให้ตั้งสหภาพและนัดหยุดงานได้ เพิ่มค่าจ้างขั้นต่ำ กำหนดเวลาทำงาน (ไม่เกิน 40 ชั่วโมง/ สัปดาห์) ส่งเสริม SME และรัฐธรรมณูญฝรั่งเศสฉบับ 1946 ก็บัญญัติเรื่องสิทธิทางเศรษฐกิจ-สังคมของประชาชนไว้ในคำปรารภ



ภาพแสดงค่า GDP ในรัฐที่เป็นสมาชิกกลุ่ม OECD ในค.ศ. 2013

(ภาพจาก http://en.wikipedia.org/wiki/Welfare_state)

นักนิเทศศาสตร์เยอรมันจึงเรียกรัฐใหม่นี้ว่า “นิติสังคมนิยม” หรือนิถิรัฐที่เน้นความเท่าเทียมกันทางสังคมและเศรษฐกิจหรือรัฐสวัสดิการนั่นเอง นิติธรรมในยุคนี้จึงขยายไปสู่การพิทักษ์ความเสมอภาคที่แท้จริงทั้งทางเพศ และความเท่าเทียมในโอกาสทางเศรษฐกิจและสังคม

III. ความไร้เสถียรภาพของรัฐบาลและเผด็จการรัฐสภากับการสร้างระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผล (Rationalize parliamentary system) และการเพิ่มอำนาจศาลในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ

ในคลื่นประชาธิปไตยยุคแรกๆ ที่เริ่มในศตวรรษที่ 18 ตอนปลายมาตลอดศตวรรษที่ 19 มีประเทศที่เป็นประชาธิปไตย 29 ประเทศ ส่วนใหญ่ใช้ระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ แต่ไม่ประสบความสำเร็จและมีปัญหามากโดยเฉพาะเรื่องเสถียรภาพของรัฐบาล ในฝรั่งเศส สาธารณรัฐที่ 3 ตั้งแต่ปี 1870-1946 ซึ่งเป็นระยะเวลาเกือบ 80 ปี มีรัฐบาล 120 ชุด ทำให้ฝรั่งเศสอ่อนแอจากที่เคยเป็นประเทศมหาอำนาจโลกในต้นศตวรรษที่ 19 จนแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ในเยอรมนียุคสาธารณรัฐไวมาร์ซึ่งเริ่มในปี 1919 ก็ประสบทั้งปัญหาเศรษฐกิจหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ทั้งปัญหาเงินเฟ้อ การว่างงาน และความไร้เสถียรภาพ จนฮิตเลอร์ได้เข้าสู่อำนาจในปี 1933 และแก้รัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้คณะรัฐมนตรีของฮิตเลอร์มีอำนาจตรากฎหมายได้ โดยไม่ต้องผ่านรัฐสภา (Enabling Act 1933) รัฐบัญญัติมอบอำนาจนี้ มีชื่อสวยหรูว่า “กฎหมายเยียวยาทุกข์ของประชาชนและสาธารณรัฐ” ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลออกกฎหมายชั่วคราวได้ โดยมาตรา 2 ของกฎหมายนี้บัญญัติว่า “กฎหมายที่ตราโดย

คณะรัฐมนตรีของ Reich อาจแตกต่างจากรัฐธรรมนูญได้เท่าที่ไม่กระทบต่อสภาผู้แทนราษฎร (Reichstag) และ สภาผู้แทนรัฐ (Reichsrat) และสิทธิของประธานาธิบดี” จริงอยู่แม้ว่ารัฐสภา (Reichstag และ Reichsrat) ยังอยู่ แต่ไม่ได้ออกกฎหมายและไม่ได้มีการอภิปรายใดๆ เมื่อได้อำนาจ อิตเลอร์ก็ออกกฎหมายกำหนดให้ยุบพรรคการเมืองทั้งหมดภายใน 3 เดือนยกเว้นพรรคนาซี ต่อมา ภายหลังไฟไหม้รัฐสภา Reichstag อิตเลอร์ก็ออกรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยอัคริภยของ Reichstag ให้อำนาจ รัฐบาลจำกัดเสรีภาพสื่อมวลชน จำกัดเสรีภาพในการชุมนุม ให้รัฐบาลสามารถตรวจจดหมายและ การสื่อสารได้ และยกเลิกการขอลายปล่อย Habeas Corpus จากศาล ดังนั้น รัฐธรรมนูญไวมาร์ ยังอยู่แต่ตัวอักษรบนเล่มสมุด แต่จิตวิญญาณตายไปแล้วในความเป็นจริง

เพื่อแก้ปัญหาไร้เสถียรภาพและเผด็จการรัฐสภา จึงมีการปฏิรูปเกิดขึ้น

แนวทางแรก คือ การปฏิรูปการเมืองของประเทศต่างๆ ในยุโรปที่เป็นไปเพื่อทำให้ระบบ รัฐสภามีเสถียรภาพมากขึ้นด้วยการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้รัฐบาลเข้มแข็งขึ้นโดยให้ลัทธิรัฐบาลยาก และลดบทบาทของรัฐสภาและแก้กฎหมายเลือกตั้งเพื่อเอื้อให้พรรคการเมืองได้เสียงข้างมากเด็ดขาด ในการตั้งรัฐบาล เช่น **Basic law ของเยอรมัน** ก็กำหนดให้มีการไว้วางใจแบบสร้างสรรค์ (constructive motion of no confidence) ขึ้น และเพิ่มบทบัญญัติเพื่อให้รัฐบาลขอความไว้วางใจจากสภาและ หากไม่ได้รับความไว้วางใจก็อาจเลือกยุบสภาหรือประกาศภาวะฉุกเฉินทางนิติบัญญัติได้ภายในเวลา ไม่เกิน 6 เดือน เพื่อทำให้รัฐบาลเสียงข้างน้อยเดินไปได้จนกว่าจะเรียกเสียงข้างมากคืนมา หรือใน **ประเทศฝรั่งเศส** รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ปี 1958 ก็มีบทบัญญัติห้าม ส.ส. เป็นรัฐมนตรีให้รัฐบาล ขอความไว้วางใจจากสภาในการร่างกฎหมายหรือนโยบายสำคัญ หากรัฐบาลขณะนิติบัญญัติไม่ไว้วางใจ ร่างกฎหมายหรือนโยบายนั้นก็ถือว่าได้รับความเห็นชอบ และมีการตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและนิติรัฐ นักวิชาการเรียกกระบวนรัฐสภาแบบ ที่ปรับใหม่ให้รัฐบาลมีเสถียรภาพว่าระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผล (Rationalized parliamentary system)

แนวทางที่ 2 คือ การฟื้นฟูนิติธรรมและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนเพิ่มขึ้นด้วยการตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ประเทศแรกที่ตั้งศาลนี้คือ ออสเตรียตามข้อเสนอของ Hans Kelsen ในปี 1919 ตามมาด้วยศาลรัฐธรรมนูญเชคโกสโลวเกีย ในปี 1920 และขยายไปยังเยอรมันในปี 1949 โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ให้อำนาจศาลควบคุม กฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ และควบคุมได้แม้แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้ขัดหลักการ พื้นฐานที่รัฐธรรมนูญวางไว้ ไม่ให้ขัดหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจและการห้ามกระจายรูปแบบ สหพันธ์โดยเรียกบทบัญญัติที่ห้ามแก้กันว่า Eternity Clause (มาตรา 1 และมาตรา 20) ซึ่งบัญญัติ ไว้ในมาตรา 79 วรรคสาม ต่อมาศาลนี้ก็ขยายไปยังฝรั่งเศสในปี 1958 และขยายไปอีก 40 ประเทศ

รวมทั้งประเทศไทย ในประเทศเหล่านี้ก็กำหนดให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลทั่วไปคล้ายกฎหมาย และผูกพันรัฐสภา ฝ่ายบริหาร และศาลอื่น ๆ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

การควบคุมแม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ขยายไปยังหลายประเทศ อาทิ อินเดีย ซึ่งศาลฎีกาอินเดียวินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดหลักการพื้นฐานมาตั้งแต่ปี 1967 ในคดี I.C. Golak Nath and Ors. VS State of Punjab and Anr. ในคดี Kesavananda Bharati V. The State of Kerala (1973) ศาลฎีกาวางหลักว่าสภาไม่อาจแก้รัฐธรรมนูญให้ขัด “โครงสร้างพื้นฐาน” (basic structure) โดยเฉพาะการปราศสิทธิของประชาชนได้ ข้อบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดีย แต่ศาลฎีกาวางหลักว่า “ข้อจำกัดนี้เกิดจากความจำเป็นที่เห็นได้ชัดในการที่จะดำรงไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญนิยม” รัฐสภาซึ่งพรรคองเกรสของนางอินทิรา คานธี มีเสียงข้างมากเด็ดขาดก็แก้รัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 เพื่อเอาชนะ โดยบัญญัติว่า “จะไม่มีข้อจำกัดใดในอำนาจของรัฐสภาที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งศาลฎีกาอินเดียก็วินิจฉัยการพยายามขยายอำนาจสภาและลดอำนาจศาลต่อไปว่าการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 42 นี้ใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดกับหลักการพื้นฐาน (คดี Minerva Mills V. Union of India , 1980) โดยวินิจฉัยว่ารัฐสภาหาอาจมีอำนาจแก้รัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มอำนาจโดยไม่มีข้อจำกัดในการแก้รัฐธรรมนูญให้ตนเองได้ไม่ เพราะอำนาจ “แก้ไขเพิ่มเติม” ไม่ใช่ “อำนาจทำลาย” รัฐธรรมนูญ นอกจากศาลอินเดียแล้ว ศาลสหรัฐอเมริกาที่เคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นที่ 8 (Proposition 8) ซึ่งมีความว่า “เฉพาะการสมรสระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ที่จะถือว่ามีผลตามกฎหมาย และเป็นที่ยอมรับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย” โดยประชาชนชาวมลรัฐแคลิฟอร์เนียลงประชามติเห็นชอบ ร้อยละ 52.27 ในปี 2008 ทำให้มีผู้นำคดีไปฟ้องศาลสหรัฐ เป็นคดี Perry V. Schwazener (2010) ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญมลรัฐแคลิฟอร์เนียขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ศาลชั้นต้นสหรัฐพิพากษาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญสหรัฐจริง จึงใช้บังคับไม่ได้ มลรัฐแคลิฟอร์เนียอุทธรณ์ แต่ศาลอุทธรณ์ตัดสินยืนตามศาลชั้นต้น ศาลสูงสหรัฐก็ตัดสินไม่รับฟ้อง (Hollingsworth V. Perry (2013)) (โปรดดู ชมพูนุท ตั้งถาวร. (2556) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ภายใต้โครงการปฏิรูปสถาบันการเมือง). กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า)

โดยสรุป ในยุคนี้การปฏิรูปเน้นที่การสร้างเสถียรภาพให้รัฐบาล การขจัดเผด็จการรัฐสภา ตลอดจนการฟื้นฟูนิติธรรม โดยการสร้าง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ให้พิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้ถูกละเมิดโดยองค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น

ในยุคนี้ Huntington เรียกว่า ประชาธิปไตยคลื่นลูกที่ 2 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึงปี 1962 ประเทศที่เป็นประชาธิปไตยเพิ่มขึ้นเป็น 36 ประเทศ และประมาณกลางทศวรรษ 1970 ก็ลดเหลือ 30 ประเทศ

ครั้นโลกเข้าสู่ปลายศตวรรษที่ 20 Huntington เห็นว่าโลกเข้าสู่คลื่นลูกที่ 3 ของประชาธิปไตย หลังปี 1974 ซึ่งมีการปฏิวัติดอกคาร์เนชัน (Carnation Revolution) ในประเทศโปรตุเกส โดยทหารและประชาชนร่วมกันโค่นล้มประธานาธิบดีเอสตาโด โนวา (Estado Novo) ซึ่งเป็นเผด็จการไปสู่ประชาธิปไตย ประเทศไทยเองก็เกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ก่อนหน้าโปรตุเกส 1 ปี และในทศวรรษ 1980 ประเทศในเอเชียหลายประเทศก็เข้าสู่ประชาธิปไตย ตั้งแต่ฟิลิปปินส์ เกาหลีใต้ ใต้หวัน ในละตินอเมริกาก็มีการขับไล่เผด็จการในประเทศต่าง ๆ ตลอดทศวรรษที่ 1980 และหลังจากกำแพงเบอร์ลินล่มสลายในปี 1989 ประเทศยุโรปตะวันออกและรัฐต่างๆ ที่เคยอยู่ในจักรวรรดิโซเวียต ก็กลายเป็นประชาธิปไตยเพิ่มขึ้น ทั้งหมดนี้ จึงทำให้ในปลายศตวรรษที่ 20 มีประเทศที่พยายามเป็นประชาธิปไตยกว่า 100 ประเทศ สำเร็จบ้าง ล้มเหลวบ้าง ตามแต่ปัจจัยภายในแต่ละประเทศ

นอกจากนั้น เร็วๆ นี้เกิดเหตุการณ์อาหรับสปริงส์ ที่ประชาชน NGO ร่วมกันโค่นผู้นำเผด็จการในตูนิเซีย อียิปต์ ลิเบีย เยเมน และลามไปไนจีเรีย บาร์เรน อัลจีเรีย อิรัก จอร์แดน คูเวต โมร็อกโก เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในประเทศประชาธิปไตยใหม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นมากมาย และแม้ประชาธิปไตยเก่าอย่างสหรัฐอเมริกา อังกฤษ หรือฝรั่งเศส ก็เริ่มมีปัญหาใหม่

ในประเทศประชาธิปไตยใหม่ที่แม้มีการเลือกตั้ง มีรัฐสภา แต่ปัญหาความไม่มีเสถียรภาพของประชาธิปไตย เพราะเกิดจากการผูกขาดพรรคขงก็ดี หรือการแพร่กระจายของประชานิยมสุดขั้ว อันนำไปสู่ผู้นำที่ทุจริต เผด็จการและพ้นจากการตรวจสอบของสังคมก็ดี ดังเช่นในเวเนซุเอลาและปารากวัย การไม่เคารพหลักนิติธรรมและกฎหมายของรัฐบาลกึ่งเผด็จการก็ดี ก็ยังคงดำรงอยู่ แม้แต่ประเทศประชาธิปไตยเก่าอย่างสหรัฐอเมริกาภายหลังเหตุการณ์ 1 กันยายน 2001 และการประกาศสงครามกับผู้ก่อการร้ายก็นำไปสู่การออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพของประชาชนอย่างมหาศาล อาทิ การดักฟังโทรศัพท์ การตรวจการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต

เหตุการณ์เหล่านี้นำไปสู่การปฏิรูปการเมืองและนิติธรรมใหม่ในต้นศตวรรษที่ 21 นี้

IV การลดอำนาจรัฐบาล เพิ่มการตรวจสอบและมีส่วนร่วมของประชาชน

การปฏิรูปการเมืองในประเทศประชาธิปไตยเก่าอย่างฝรั่งเศส ซึ่งใช้รัฐธรรมนูญแบบระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผลมาตั้งแต่ปี 1958 และมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญตั้งแต่นั้นมาจนบัดนี้ 18 ครั้ง โดยครั้งล่าสุดแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี 2008 เพื่อปรับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารซึ่งเข้มแข็งเกินไปกับรัฐสภา และขยายการตรวจสอบ และการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยลดวาระการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีจาก 7 ปี เหลือ 5 ปี และดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน 2 วาระ ลดอำนาจเบ็ดเสร็จในการประกาศภาวะวิกฤตตามมาตรา 16 ลงเมื่อพ้น 30 วันและ 60 วัน ลดอำนาจภัยโทษทั่วไปให้เหลือเพียงภัยโทษเฉพาะราย เพิ่มอำนาจรัฐสภา โดยเฉพาะให้คณะกรรมการมีอำนาจไม่ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตำแหน่งต่างๆ โดยประธานาธิบดีได้ ลดอำนาจรัฐบาลในการกำหนดวาระการประชุมของสภา เพิ่มการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยโดยหลักพหุนิยมด้วยการให้การแสดงออกและมีมีส่วนร่วมของทุกกลุ่มการเมืองของพรรคการเมือง เพิ่มอำนาจของศาลบัญชีในการตรวจสอบ ขยายอำนาจตุลาการรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาขัดรัฐธรรมนูญได้ โดยให้ศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ส่ง (ทั้งๆ ที่ฝรั่งเศสปฏิเสธการควบคุมกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วว่าขัดรัฐธรรมนูญมา 200 ปี ตามปรัชญารุสโซ่ที่ว่ากฎหมายที่ประกาศแล้ว คือการแสดงเจตจำนงของปวงชน (Law is general will of the people) และกำหนดให้มี “ผู้พิทักษ์สิทธิของพลเมือง” (The Defender of Rights) ไว้เพื่อคุ้มครองประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิโดยมีวาระ 6 ปี และต้องรายงานต่อรัฐสภา และประธานาธิบดี

ในอังกฤษ มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการเมือง (Political and Constitutional Reform Committee) และรัฐบาลก็ตั้งรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ และการเมืองเพื่อติดตามเรื่องนี้ โดยมีการปฏิรูปเรื่องสำคัญ อาทิ การจำกัดอำนาจยุบสภาของนายกรัฐมนตรี โดยให้สภามีวาระ 5 ปี ยุบไม่ได้ เว้นแต่สภาจะมีมติให้ยุบตัวเองใน Fixed Term Parliament Act 2011 การลดอำนาจสภาขุนนางในฐานะศาลสูงสุดและตั้งศาลสูงสุด (Supreme Court) แทนใน Supreme Court Act 2009 การปรับปรุงให้สภาขุนนางมีขุนนางที่แต่งตั้งตลอดชีพ (Life peers) เป็นสมาชิกเป็นหลัก และขุนนางโดยสายเลือด เหลือเพียง 92 คน รวมทั้งเปลี่ยนกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ให้พระราชธิดามีสิทธิเช่นเดียวกับพระราชโอรสในการสืบราชสมบัติ การปฏิรูปรัฐธรรมนูญอังกฤษยังไม่ยุติจวบจนปัจจุบัน

ในละตินอเมริกาก็มีการปฏิรูปเพื่อเพิ่มนิติธรรมและความเป็นประชาธิปไตยในเรื่องสำคัญๆ คือ การปฏิรูปให้ศาลมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารมากขึ้น การเพิ่มองค์กรปราบปรามการทุจริต และประพฤติมิชอบ การเพิ่มสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจสังคม การเพิ่มมีส่วนร่วมของประชาชน และการปรับสมดุลระหว่างอำนาจฝ่ายบริหารและรัฐสภา

เป็นอันว่าการปฏิรูปการเมืองยังคงเป็นวาระ (agenda) ของประเทศทั่วโลกและที่สำคัญก็คือ การปฏิรูปเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายเดียวกันแทบทั้งสิ้น คือเพื่อเพิ่มการปกครองโดยกฎหมายที่ทรงธรรม ตามหลักนิติธรรม เพื่อจำกัดอำนาจใจของมนุษย์และเสียงฝ่ายข้างมากทั้งสิ้น

ข. การปฏิรูปการเมือง เศรษฐกิจสังคม ระลอกสองของประเทศไทย

ประเทศไทยได้เปลี่ยนผ่านจากเผด็จการทหารก่อนปี 2520 ไปสู่ “ประชาธิปไตยครึ่งใบ” ในปี 2521 เรื่อยมาจนมีความพยายามปฏิรูปการเมืองในปี 2539 โดยมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ มาตราธรรมนูญปี 2540 ซึ่งถือว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” รัฐธรรมนูญฉบับนี้พยายาม แก้ปัญหาของระบอบการเมืองไทยใน 3 แนวทาง คือ

ประการแรก ปรับการเมืองของนักการเมืองให้เป็นการเมืองของพลเมือง ด้วยการขยายศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคให้ประชาชนเพิ่มขึ้น พร้อมทั้งเพิ่มส่วนร่วมของประชาชน ในการเมืองและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

ประการที่สอง มุ่งขยายนิติธรรม และปราบปรามทุจริต ด้วยการเพิ่มศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพิ่มองค์กรตรวจสอบควบคุม ต่างๆ อาทิ ปปช. คตง. ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กกต. ฯลฯ รวมทั้ง มาตรการป้องกันและปราบปรามการทุจริตต่างๆ อาทิ การแสดงบัญชีทรัพย์สิน หนี้สิน การถอดถอน การดำเนินคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น

ใน 2 ประเด็นนี้ รัฐธรรมนูญปี 2550 ได้ยึดหลักการเดียวกันและเพิ่มความเข้มข้นขึ้นโดยเพิ่มเรื่อง จริยธรรมให้จริงจังขึ้น เพิ่มการเอาผิดกับผู้ทุจริตเลือกตั้งให้ยุบพรรคการเมืองได้ และตัดสิทธิกรรมการ บริหารพรรคการเมืองที่รู้เห็นเป็นใจหรือละเลย ไม่ให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง 5 ปี เป็นต้น

ใน**ประการที่สาม** รัฐธรรมนูญ 2540 ต้องการสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาล ด้วยมาตรการต่าง ๆ ของระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผล ซึ่งประสบความสำเร็จยิ่งเพราะทำให้รัฐบาล มีเสียงข้างมากเด็ดขาดและอยู่ครบวาระ 4 ปี และทำให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสูงสุดอย่างไม่เคยมี มาก่อน แต่ก็ทำให้การตรวจสอบทางการเมืองผ่านยุติไม่ไว้วางใจเป็นไปไม่ได้ ที่สำคัญคือเกิดความ รู้สึกทั่วไปในสื่อมวลชนและประชาชนว่า รัฐบาลกำลังขยายอำนาจอิทธิพลไปครอบงำองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และสื่อมวลชนอย่างกว้างขวางลึกซึ้ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “**นิติธรรม**” กำลัง **ถูกทำลาย** จึงเป็นที่มาของการประท้วงอย่างยืดเยื้อของประชาชนและจบลงด้วยการยึดอำนาจ เมื่อ 19 กันยายน 2549 พร้อมกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550 ขึ้นมา เพื่อปรับสมดุลอำนาจเสียใหม่ โดยเพิ่มข้อจำกัดอำนาจบริหารให้มากขึ้น และปรับกระบวนการสรรหาศาลรัฐธรรมนูญและองค์กร อิสระให้ปลอดจากการแทรกแซงทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งทางการเมืองก็ยังไม่จบสิ้น และเห็นได้ชัดว่า ในขณะที่พรรคการเมืองอ้างความชอบธรรมจากเสียงข้างมากที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน ให้อำนาจนิติกรทำการตามหลักประชาธิปไตย แต่ฝ่ายต่อต้านก็อ้างว่าเสียงข้างมากที่ปราศจากคุณธรรม จริยธรรม ก็ปราศจากความชอบธรรมที่จะบริหารประเทศ แต่ท้ายที่สุด ทั้งสองฝ่ายต่างก็เห็นตรงกันว่า จะต้องมีการปฏิรูปการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม อีกครั้งใหญ่

สำหรับตัวผู้บรรยายเห็นว่า การปฏิรูปครั้งนี้ต้องเป็นการปฏิรูปเพื่อนำไปสู่การปกครองที่ทรงธรรม และยึดนิติธรรมโดยเคร่งครัด ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายทรงธรรมที่สูงที่สุด ซึ่งอยู่เหนือทุกองค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น

ดังนั้น การตราและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ต้องยึดหลักในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง อย่างเคร่งครัด คือ จะต้องมีการลงประชามติโดยประชาชน และ พระมหากษัตริย์ต้องทรงลงพระปรมาภิไธยทุกครั้ง หากประชาชนไม่เห็นชอบด้วยเสียงข้างมากในประชามติ หรือพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยก็ดี ร่างรัฐธรรมนูญนั้นต้องตกไป เหมือนในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญในปี 2492, 2540 และ 2549 เพราะตามประเพณีการปกครองประเทศ ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งองค์การทางการเมือง (Constituent Power) อยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชนมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน

นอกจากนั้น เพื่อไม่ให้รัฐสภาที่เป็นเพียง “ผู้แทน” ของปวงชน ทำการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ โดยทำการ “แก้ไขเพิ่มเติม” กลายเป็น “การทำลาย” รัฐธรรมนูญ ต้องกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งโดยกระบวนการและเนื้อหาให้ชัดเจนทุกครั้ง เหมือนร่าง พรบ.ประกอบรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ผู้บรรยายเห็นว่า แม้ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจอยู่ตามมาตรา 291 (1) วรรคสอง ประกอบมาตรา 154 แล้วก็ตาม แต่ก็ต้องให้มีผู้เสนอมาให้ศาลพิจารณา ต่อไปควรให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ โดยอัตโนมัติ ก่อนนำไปลงประชามติทุกครั้ง เหมือนการให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบร่างรัฐธรรมนูญ ต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกครั้ง

2. หลักนิติธรรมต้องยิ่งใหญ่เหนืออำนาจอใจของทุกองค์กร

อันที่จริง ตามคติการปกครองไทยแต่โบราณ แม้พระมหากษัตริย์ทรงสมบูรณาญาสิทธิราช ในระบอบราชาธิปไตย ก็ต้องอยู่ใต้พระธรรมศาสตร์ พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจให้ขัดกับพระธรรมศาสตร์ ประเพณี และยุติธรรม หาได้ไม่ ต่อเมื่อทรงใช้พระราชอำนาจตัดสินคดี หรือวางพระราชกำหนดบทพระไอยการถูกต้องตามพระธรรมศาสตร์ ประเพณี และยุติธรรมแล้ว จึงจะจัดเป็นราชาศาสตร์ อันเป็นกฎหมายลูกได้ นี่ก็เห็นชัดเจนว่า นิติธรรมอยู่เหนือพระราชอำนาจล้นพินัน

ยิ่งในระบอบประชาธิปไตยด้วยแล้ว นิติธรรมก็คือ เหยียดอีกด้านหนึ่งที่แยกไม่ได้จากประชาธิปไตย บุคคลจึงหาอาจารย์แต่ประชาธิปไตย แต่ปฏิเสธนิติธรรมได้ไม่ ใครทำลายความยิ่งใหญ่ของนิติธรรม เขาผู้นั้นก็ทำลายประชาธิปไตยไปด้วยนั่นเอง

แต่ “นิติธรรม” (The Rule of Law) ไม่ใช่ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า legislation ที่เกิดจากเจตจำนงในการเขียนกฎหมายของมนุษย์ที่มีอำนาจการเมือง แต่นิติธรรม คือ

“...แนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝงหลักนิติธรรม จึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดเป็นแนวทางในการปฏิบัติ” (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556)

ดังนั้น นิติธรรมก็คือ “รัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร” ตรงกับที่นักนิติศาสตร์สำนักโครงสร้างนิยมเรียกว่า “Higher Law” หรือกฎหมายที่อยู่สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวง หรือตรงกับที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเรียกว่า “บล็อกแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Bloc de constitutionalite) ที่รัฐสภาจะใช้อำนาจออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นรัฐบัญญัติ (Loi) ให้ขัดไม่ได้ ซึ่งรวมถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภรัฐธรรมนูญ 1946 หลักการพื้นฐานของกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ ฯลฯ สิ่งเหล่านี้ ศาลจะเป็นผู้ค้ำประกันในการควบคุมกฎหมายและการกระทำไม่ขัดรัฐธรรมนูญนั่นเอง แม้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเองก็เคยตีความหลัก Due process of law หรือสุภณัติกระบวนการ ในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 ว่ารวมถึงการที่ตำรวจต้องบอกสิทธิในการให้การและการมีทนายให้ผู้ต้องหา ทั้งที่ไม่มีมาตราใดในร่างรัฐธรรมนูญเขียนไว้เลย (คดี Miranda V. Arizona (1966)) ศาลฎีกาอินเดียก็เคยควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้เป็นการทำลายรัฐธรรมนูญเสียเองดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ศาลฎีกาไทยเองก็เคยใช้ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ในการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญมาหลายคดี ที่สำคัญคือศาลฎีกาใช้หลักนี้เองในการควบคุมการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของคณะรัฐประหาร ที่จะออกกฎหมายมาให้ขัด “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 912/2536, 913/2536, 921/2536, 1131/2536 เป็นต้น)

ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ยึดถือแต่ตัวหนังสือของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร แต่พิจารณาหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสะท้อนคุณธรรมชั้นสูงทางกฎหมาย จึงชอบด้วยหลักนิติศาสตร์ และกระแสนแห่งความยุติธรรมทุกประการ

3. การจัดสรรผลประโยชน์และความมั่งคั่งเสียใหม่ : การยกเลิกประชานิยม (Populism) และสถาปนารัฐสวัสดิการ (Welfare State) ขึ้นแทน

รัฐธรรมนูญปี 2540 และ 2550 ได้ขยายสิทธิ เสรีภาพ ทางเศรษฐกิจและสังคมหลายประการ แต่ไม่ได้ปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรและความมั่งคั่ง จึงทำให้คนส่วนใหญ่ในสังคมยังไม่เข้าถึงทรัพยากร เป็นช่องว่างให้พรรคการเมืองใช้นโยบายประชานิยมสุดขั้วหาเสียงและนำมาเป็นนโยบายรัฐบาล ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าประชานิยมไม่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากร และไม่ทำให้ลดความเหลื่อมล้ำแต่อย่างใด ที่สำคัญคือ ประชานิยมเป็นการนำเงินในอนาคตมาใช้ในปัจจุบัน โดยหลักนี้ไปอยู่ในอนาคตที่มีปัญหาที่สุดก็คือ ประชานิยมยังย่ำให้ประชาชนผู้ต้องพึ่งพิงพรรคการเมืองผู้ให้ และต้องตอบแทนด้วยคะแนนเสียง อันเป็นความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์แนวดิ่ง ดังนั้น การปฏิรูปการเมืองใหม่ต้องทำ 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก ต้องยกเลิกประชานิยม และกำหนดให้การหาเสียงด้วยประชานิยมต้องระบุที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในแต่ละเรื่อง และต้องบังคับให้หัวหน้าพรรคการเมืองที่มี สส.ในสภาจำนวนมาก ตั้งแต่ลำดับที่ 1 - 4 ต้องมาอภิปรายทางโทรทัศน์ในการหาเสียงเลือกตั้ง ทั้งรัฐธรรมนูญต้องกำหนดให้การกู้เงินของรัฐบาลกระทำได้เฉพาะเพื่อการลงทุน หรือ refinance เงินกู้ที่ใช้ในการลงทุนเท่านั้น จะกู้เงินมาใช้ในเรื่องอื่นไม่ได้

แนวทางที่สอง จะต้องตั้งคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรทำนองเดียวกับคณะกรรมการกระจายอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้มีหน้าที่ศึกษาและเสนอแนะการจัดสวัสดิการให้ประชาชนในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น ทั้งการจัดสรรสวัสดิการดังกล่าวต้องตราเป็นกฎหมาย นอกจากนั้น ต้องมีการปรับโครงสร้างภาษีอากรเพื่อสร้างรายได้มาใช้ในการให้สวัสดิการอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะภาษีทรัพย์สิน ภาษีมรดก ภาษีจากรายได้ในการจำหน่ายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ ฯลฯ

4. สำหรับการปฏิรูปการเมืองนั้น ควรมีการปฏิรูปในด้านต่างๆ คือ

4.1 การแบ่งอำนาจทางการเมืองระหว่างพรรคการเมืองกับกลุ่มอาชีพต่าง ๆ โดยให้สภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง และเป็นสภาอันเป็นที่มาของรัฐบาล และการบริหารราชการแผ่นดิน ให้วุฒิสภามาจากวิชาชีพต่าง ๆ เป็นสภาคานอำนาจและตรวจสอบ และเป็นสภาปรับให้การจัดสรรทรัพยากรโดยกฎหมายทั่วถึงและเป็นธรรมขึ้น

4.2 ในสภาผู้แทนราษฎร ให้ยกเลิกการบังคับให้ผู้สมัคร ส.ส. และ ส.ว. ต้องสังกัดพรรคเพื่ออิสระให้ ส.ส.ตอบสนองต่อมติมหาชนและความต้องการของปวงชน แทนที่จะต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของนายทุนเจ้าของพรรค และเพื่อลดโอกาสเกิดความรุนแรงทางการเมืองอันเกิดจากความขัดแย้งระหว่างนายทุนพรรคกับประชาชน

4.3 การเพิ่มมาตรการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยทางการเมือง โดยเฉพาะการเฉลี่ยเวลาออก รายการวิทยุ โทรทัศน์ ให้เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายค้าน - ฝ่ายรัฐบาล การส่งเสริมการจัดตั้งสหภาพ ข้าราชการเพื่อคานอำนาจนักการเมืองที่ไม่ใช่ระบบคุณธรรม โดยสหภาพข้าราชการดังกล่าวสามารถ กระทำได้ทันทีตามมาตรา 28 วรรคสาม ประกอบมาตรา 64 วรรคสอง โดยไม่ต้องรอกฎหมายลูก แต่อย่างใด

4.4 การเพิ่มหลักจริยธรรมในทางการเมืองและการบริหาร และจัดให้มีการประเมิน ประสิทธิภาพ คุณภาพ และคุณธรรม ของทั้งองค์กรทางการเมือง องค์กรภาครัฐ ผู้ดำรงตำแหน่ง การเมืองและข้าราชการ ทั้งนี้ โดยให้กระทำโดยสม่ำเสมอ

4.5 การปฏิรูปสื่อให้เป็นอิสระจากรัฐและทุนอย่างแท้จริง และต้องห้ามสื่อที่สร้างความเกลียดชัง ความรุนแรง

4.6 การตรากฎหมายกำหนดกติกาการชุมนุมสาธารณะ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและ กฎหมายอย่างแท้จริง

4.7 การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ โดยเฉพาะตำรวจ

5. การสร้างความเคารพ “นิติธรรม” ให้เกิดขึ้นในทุกระดับ ทั้งระดับผู้ดำรงตำแหน่งการเมือง ข้าราชการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนประชาชน ต้องเคารพกติกาทุกประเภท และโดยเฉพาะ กฎหมาย ไม่ละเมิดหรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย และคำพิพากษา หรือคำวินิจฉัยของศาล เพราะรัฐ ที่ปราศจากนิติธรรม หรือนิติธรรมอ่อนแอทั้งระดับรัฐและประชาชนนั้น ย่อมไม่อาจพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมให้เจริญได้ ด้วยเหตุที่ไม่ได้รับความเชื่อมั่นจากผู้ลงทุน และยิ่งนิติธรรมล่มสลายไปเมื่อใด รัฐก็จะกลายเป็น failed state หรือรัฐล้มเหลว ไม่อาจเป็นรัฐอยู่ได้ และเมื่อนั้นอนาธิปไตย (anarchy) และความวุ่นวายสับสนก็จะเกิดขึ้นกับสังคมและสมาชิกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ท้ายที่สุดนี้ ผู้บรรยายขอนำคำกล่าวของอดีตนายกรัฐมนตรีอังกฤษ บารอนเนส มากาเร็ต แทชเชอร์ (Margaret Thatcher) ซึ่งกล่าวไว้อย่างไพเราะจับใจมาสรุปว่า

“การเป็นประชาธิปไตยยังไม่เพียงพอ เสียงข้างมากไม่อาจเปลี่ยนสิ่งที่ผิดให้ถูกได้ หากจะเป็น ประเทศเสรีจริง ๆ ประเทศนั้นต้องมีความรักที่ลึกซึ้งต่อเสรีภาพ และเคารพหลักนิติธรรมอย่างผูกพัน ไม่เสื่อมคลาย”

“Being democratic is not enough, a majority cannot turn what is wrong into right. In order to be considered truly free, countries must also have a deep love of liberty and an abiding respect for the rule of law.”

ศาลรัฐธรรมนูญคำขูหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ

ปัญญา อุดชาชน*

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักสากลที่ในแวดวงวิชาการทางนิติศาสตร์ได้นำมาใช้มากในปัจจุบัน แม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญไทยเองได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักนิติธรรมหรือไม่มีมากมาย เพื่อความเข้าใจอย่างเข้าใจ ถูกต้อง ผู้เขียนได้แบ่งการนำเสนอ ดังนี้

1. หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มีนักวิชาการทางกฎหมายที่ได้ให้ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่สำคัญ ดังนี้

1.1 A.V. Dicey ศาสตราจารย์ทางกฎหมายชาวอังกฤษ ได้เขียนหนังสือชื่อ Introduction to the study of the law of the Constitution ในปลายศตวรรษที่ 19 โดยกล่าวว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วยหลัก 3 ประการ คือ

- 1) หลักความสูงสุดของกฎหมาย
- 2) หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย
- 3) หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง

1.2 ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า ศาสตราจารย์ทางกฎหมายมหาชน ได้กล่าวว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วยหลัก 4 ประการ คือ

- 1) องค์ประกอบด้านสาระ (Substantive rule of law) หลักนิติธรรมจะเป็นหลักนิติธรรมได้ต้องมีสมมติฐานสารบัญญัติคือว่ากฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- 2) องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย (Procedural rule of law) ถือว่าการใช้อำนาจรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจและใช้อำนาจภายในขอบเขต
- 3) องค์ประกอบด้านองค์กร (Institutional rule of law) คือว่าต้องมีหลักการแบ่งแยกอำนาจอิจิปไตย
- 4) องค์ประกอบด้านเป้าหมาย คือว่าการใช้กฎหมาย การตีความกฎหมายการพิจารณาพิพากษาคดี จะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม

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

1.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องไปตามหลักนิติธรรม

2. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (The legal State) เป็นแนวคิดในการควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารต้องมีการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การเร่ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malbreg) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศส ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการคือ¹

ประการแรก กฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่า องค์กรฝ่ายบริหารใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร โดยจะต้องไม่ให้อำนาจนั้นล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่ออำรรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สอง การกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

ประการสุดท้าย การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย ให้องค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการนี้อาจเป็นองค์กรของรัฐอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณา คดีแพ่งและคดีอาญา ก็ได้

¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2545). ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ. หน้า 4-7.

นอกจากนั้น ศาสตราจารย์ ดร.อัคราทร จุฬารัตน ประธานศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า องค์ประกอบที่จะแสดงให้เห็นว่าประเทศใดมีลักษณะของความเป็นนิติรัฐมี 5 ประการ คือ²

ประการแรก คือ หลักความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) โดยรัฐจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนพลเมืองของตนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญ

ประการที่สอง คือ ประเทศที่จะเรียกว่าเป็นนิติรัฐ ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ อธิปไตย เหตุผลก็เพราะว่า อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ ทั้งในด้านการออกกฎหมาย ด้านการบริหาร และด้านการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ และถ้าหากว่าปล่อยให้อำนาจเหล่านี้ต้องตกอยู่ ภายใต้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียวให้องค์กรนั้นมีอำนาจอย่างล้นพ้นแล้ว ซึ่งอาจจะมี การใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในทางการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชน เพราะฉะนั้นประเทศที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ จะต้องเป็นประเทศที่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ออกจากกัน โดยมีองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการที่เกิดความสมดุลในการใช้อำนาจต่อกัน

ประการที่สาม คือ ต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายตุลาการ ผู้ใช้อำนาจในการบริหารประเทศจะต้องมีผู้ตรวจสอบเพื่อดูว่าฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการบริหารของตนนั้น ได้ใช้อำนาจไปในทางที่ถูกที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นหรือไม่ มีสิ่งที เรียกว่าเป็น Abuse of power ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองหรือไม่

ประการที่สี่ คือ ประเทศโดยส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบรัฐสภา จะมีความเชื่อมโยงระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ที่ใกล้ชิดจนอาจกล่าวได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกันและกัน เพราะ ฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับเสียงข้างมากจะเข้ามาทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร เพราะฉะนั้นการที่องค์กรหนึ่ง องค์กรใดมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงให้แก่กันและกัน อาจทำให้การตรวจสอบไม่สามารถทำได้ โดยเฉพาะ การตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และแม้จะมีการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายปกครองโดยศาลแล้ว ฝ่ายบริหารก็อาจจะแก้ไขไม่ให้เกิดการถูกตรวจสอบนั้นเป็นผลในภายหน้าได้ โดยการให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเสียงข้างมากและเป็นรัฐบาลสามารถเสนอแก้ไขกฎหมายใดๆ ให้เป็นไป ตามความต้องการของรัฐบาลของตนได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีองค์กรและกลไกอีกคือ ศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่ห้า ซึ่งเป็นประการสุดท้ายที่จะทำให้หลักการของนิติรัฐที่กล่าวข้างต้นเป็นไป ได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์และแท้จริง คือ ตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีความ เป็นอิสระในการทำหน้าที่

² อัคราทร จุฬารัตน. (2552, มกราคม-เมษายน). “ปาฐกถาำเรื่อง บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย”.วารสารวิชาการ, ศาลปกครอง, ปีที่ 9 ฉบับที่ 1. หน้า 4-6

3. หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ โดยการนำเสนอประกอบด้วย ทฤษฎีว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ และความสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนี้

3.1 ทฤษฎีว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ นักนิติปรัชญาที่เป็นเจ้าของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) หรือหลักการแบ่งแยกตามหน้าที่ (Separation of Function) คือ มองเตสกีเออ ชื่อเต็มคือ Baron de la Brede et de Montesquieu ได้อธิบายในหนังสือเรื่อง เจตนารมณ์ของกฎหมาย (L' esprit des lois) ว่าอำนาจอธิปไตยประกอบด้วย 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ เรียกว่า Puissance executrices des chose qui dependent du droit des gens และ อำนาจตุลาการ คือ อำนาจปฏิบัติกิจการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่งเรียกว่า Puissance executrice des choses qui dependent du droit civil มองเตสกีเออ ได้อธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจดังนี้

“เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนๆ เดียว หรือ องค์การ หรือ เจ้าหน้าที่คนเดียว อิสรภาพย่อมไม่อาจมีได้เพราะเกิดจากความหวาดกลัว เนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวนั้นอาจออกกฎหมายกดขี่ข่มเหงราษฎรได้

ในทำนองเดียวกัน อิสรภาพไม่หลงเหลืออยู่ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและอิสรภาพของคนในบังคับจะถูกควบคุมโดยพลการ เพราะตุลาการอาจประพฤติพาลและกดขี่ข่มเหงราษฎรได้

ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงขั้นการอวสาน ถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นชั้นสูง หรือ ประชาชนส่วนรวมจะใช้อำนาจทั้งสามด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดี”

ดังนั้น ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจทั้ง 3 ด้านคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ มีการถ่วงดุลกัน (Check and Balance) ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจทั้ง 3 ด้านดังกล่าวมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เหตุผลของการแบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ด้านดังกล่าว มองเตสกีเออ ได้ให้เหตุผล 2 ประการคือ³

(1) ถ้าไม่มีการแยกอำนาจโดยมีองค์กรใช้อำนาจเป็นอิสระต่างกันแล้วเสรีภาพของมนุษย์ก็มีไม่ได้ เพราะถ้าองค์กรเดียวใช้อำนาจทุกชนิดแล้ว องค์กรนั้นก็ใช้อำนาจจนเต็มขอบเขต และ

³ เดือน บุญนาค. (2520, ธันวาคม). “การแยกอำนาจ.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 9, ฉบับที่ 3. หน้า 21-22.

จะใช้เกินขอบเขตเพราะเป็นนิสัยของมนุษย์ทุกคนเมื่อมีอำนาจขึ้นมา และเมื่อมีทางที่จะใช้อำนาจได้กว้างขวาง มนุษย์ผู้นั้นก็จะใช้อำนาจตามใจชอบ ถ้อยคำของมองเตสกีเอมีดังนี้ “ประชาธิปไตยและอภิชนาธิปไตย มิใช่รัฐเสรีโดยธรรมชาติ เสรีภาพในทางการเมืองจะมีก็แต่เฉพาะในรัฐชนิดที่ผ่อนปรนไม่ตึงเครียด แต่ก็มีไซ้ในรัฐชนิดนี้ทุกรัฐไป จะมีก็ต่อเมื่อไม่มีการเม้าอำนาจจนใช้อำนาจเกินไปแต่ก็ยอมรู้และเห็นกันอยู่เป็นนิจว่าบุคคลผู้ใช้อำนาจทุกคนยอมใช้อำนาจกินเลยเสมอ เขามักจะใช้อำนาจจนถึงขอบเขตสุด ในเรื่องทำบุญกุศลก็เช่นกัน บุคคลมักจะทำกันจนถึงขอบเขตที่สุด ดังนี้ เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องจัดและต้องกำหนดให้อำนาจหยุดอำนาจ”

(2) กฎหมายจะใช้บังคับตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตราขึ้น และประชาชนจะเคารพในกฎหมายนั้นๆ ก็เฉพาะในกรณีที่มีการแยกอำนาจเท่านั้น ถ้าไม่มีการแยกอำนาจแล้วการใช้กฎหมายก็เลื่อนลอยใช้กันตามอำเภอใจ ข้อความของมองเตสกีเอในตอนนี้มีดังนี้ “ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวหรือในองค์การข้าราชการองค์การเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าเกรงว่าบุคคลหรือองค์การผู้ที่มีอำนาจทั้งสองนั้นจะตรากฎหมายกดขี่ออกมาใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษามีได้แยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เสรีภาพก็ไม่มีเช่นเดียวกัน ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบคั้นได้เต็มที่ และก็ไม่มีอะไรเหลือเลย จะสูญสิ้นไปหมดถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์การเดียวกัน จะเป็นองค์การฝ่ายใด หรือฝ่ายประชาชนก็ตามเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คือ อำนาจตรากฎหมาย อำนาจให้มีการปฏิบัติตามมติสาธารณชน อำนาจพิพากษาความผิดหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน ถ้าผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารและอำนาจพิพากษา กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจบริหาร และถ้าใครไม่กระทำตามประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจนั้นก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านก็จะไม่มีความสงบ”

3.2 ความสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ การที่หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะว่าหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ⁴ ด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ โดยจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งเด็ดขาด

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2522). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 22.

หรือต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด การแบ่งแยกอำนาจอาจแยกพิจารณาได้ในแง่การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง

4. หลักความมีอิสระ หลักความมีอิสระเป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ โดยการนำเสนอประกอบด้วย แนวความคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ และหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

4.1 แนวความคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ เมื่อพิจารณาถึงคำว่า “ความมีอิสระ” โดยทั่วไปมักจะพบคำนี้ในองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ คือศาล ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” ดังนั้น การศึกษาแนวความคิดว่าด้วยหลักความมีอิสระ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษา “ความมีอิสระของศาล” เพื่อเป็นรากฐานของการศึกษาหลักความมีอิสระกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กร ตามรัฐธรรมนูญต่อไป

(1) ประเทศอังกฤษ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษปรากฏอยู่ในกฎหมายเรียกว่า The Act of Settlement 1701 ประกอบด้วยหลัก 4 ประการ คือ

(1.1) ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยปราศจากอคติทางการเมือง (The Judges must be kept clear of political bias.) โดยไม่หวั่นไหวจากอำนาจของสถาบันทางการเมืองต่างๆ

(1.2) ผู้พิพากษาต้องมีอิสระจากความกดดันทางการเมือง (The Judges must be kept free political pressure.) โดยมีหลักประกันความมั่นคงในสถานะ (Status) การเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน และการสิ้นสุดตำแหน่ง

การแต่งตั้งผู้พิพากษานั้นจะเลือกผู้พิพากษาโดยคำนึงถึงคุณสมบัติเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ โดยบุคคลที่ถูกคัดเลือกจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาจากพระมหากษัตริย์ โดยมี Lord Chancellor เป็นผู้ถวายคำแนะนำ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้ว ตำแหน่งของผู้พิพากษาก็ได้รับประกันตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง (A judge should have a guarantee security of tenure.) และ the Act of Settlement 1701 ได้บัญญัติคุ้มครองผู้พิพากษาจากการก้าวท้าวของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติโดยการถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งจะกระทำไม่ได้โดยพระมหากษัตริย์และทรงปลดหรือถอดถอนโดยความเห็นชอบพร้อมกันของรัฐสภา โดยรัฐสภาร้องขอมายังพระมหากษัตริย์⁵

⁵ พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. (2513). “ความมีอิสระของผู้พิพากษา.” บทบัณฑิตย, เล่มที่ 27. หน้า 15.

(1.3) ผู้พิพากษาต้องมีความอิสระในการพูดอย่างตรงไปตรงมาในการปฏิบัติหน้าที่ (The Judges must be free to speak boldly in his judicial capacity.) โดยไม่หวาดกลัวต่ออิทธิพลใดในการออกนัยพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

(1.4) ผู้พิพากษาต้องมีความอิสระในการพูดอย่างตรงไปตรงมาในการปฏิบัติหน้าที่ (The Judges must to give only as between litigants of flesh and blood, and not on hypothetical cases put to them by the executive or anyone else.) โดยมีอิสระในการตัดสินระหว่างคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายด้วยความด้วยความเป็นธรรมอย่างมีเหตุผล และไม่ตัดสินคดีบนพื้นฐานของแรงกดดันจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายอื่นๆ

(2) ประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความมีอิสระของผู้พิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญสหรัฐ ค.ศ. 1787 ประกอบด้วยหลัก 5 ประการคือ

(2.1) ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง (Tenure of Judges) เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประจำศาลสูงสุด⁶ ผู้พิพากษาศาลสูงจะอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิต⁷ ไม่มีการโยกย้ายหรือเกษียณอายุ ซึ่งทำให้ผู้พิพากษาสูงสุดไม่ต้องหวั่นไหวจากอิทธิพลใดๆ ดังนั้น แม้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะมาจากพรรคการเมืองใด ก็จะไม่มีการพรรคการเมืองใดสามารถให้คุณให้โทษได้อีก อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในทางส่วนตัวเพื่อช่วยเสริมความเป็นอิสระ

(2.2) เงินประจำตำแหน่ง (Salary) รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาจะลดน้อยลงเพราะเหตุหนึ่งเหตุใดมิได้ ตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งและเงินประจำตำแหน่งนี้จะเหมาะสม เพียงพอต่อค่าครองชีพ ซึ่งเป็นหลักประกันทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในทางส่วนตัวไม่ต้องกังวลต่อการทำมาหาเลี้ยงชีพเพื่อความเป็นอิสระให้ดียิ่งขึ้น

(2.3) สวัสดิการ ผู้พิพากษาสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีสวัสดิการและความเป็นอยู่ดีมีความสะดวกสบายในห้องพักงานที่ดี

(2.4) การทำคำพิพากษาอย่างมีอิสระ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแต่ละคนมีสิทธิในการทำคำพิพากษาอย่างมีอิสระของตน ซึ่งต้องอ่านประกอบคำพิพากษาหลักอันถือเป็นคำพิพากษาของศาลสูงที่สุดอย่างแท้จริง

(2.5) การทำความเห็นแย้ง ความเป็นอิสระของศาลสูงที่สุดแห่งสหรัฐอเมริกาหลักประกันในการแสดงความเห็นภายในที่ประชุมแห่งศาลสูงที่สุด และสามารถแสดงออกต่อสาธารณชนได้

⁶ The United States Constitution 1787. Article 3, Section 2.

⁷ The United States Constitution 1787. Article 3, Section 1.

4.2 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตน หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาดังกล่าวมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองอำนาจตุลาการให้ปราศจากการแทรกแซงจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งได้เป็น 3 ประการ คือ

(1) ความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ หมายความว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นทั้งทางตรงและทางอ้อม

(2) ความอิสระในทางองค์กร หมายความว่า ผู้พิพากษาต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะโดยในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ตาม

(3) ความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า การโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำไดหากเป็นการขัดความประสงค์ของผู้พิพากษา ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ

5. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยขัดต่อหลักนิติธรรม มีดังนี้

5.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555 เรื่องพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไรคงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมี

ผลเป็นการปลักการพิสูจนั้ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจนั้ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจนั้ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น **จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39** วรรคสอง

5.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 ลงวันที่ 13 มีนาคม 2556 เรื่อง 13 มีนาคม 2556 เรื่อง พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 ซึ่งบัญญัติให้บรรดาพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่าเป็นพยานหลักฐานและเอกสารที่รับฟังได้ตามกฎหมาย นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดรายละเอียด ขั้นตอน และกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน แต่เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้จำเลยต้องถูกผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยานของโจทก์ในศาลต่างประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบพยานหลักฐาน หรือต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอแม้ว่าการรับฟังพยานหลักฐานของศาลต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 และมาตรา 227/1 ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้าน ด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานดังกล่าวโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลยก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าว ก็มีได้เป็นข้อห้ามเด็ดขาดโดยยังเปิดโอกาสให้ศาลนำพยานหลักฐานเช่นนี้ไปใช้ประกอบกับพยานหลักฐานอื่นได้ จึงไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ ไม่ว่าจะเป็้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม การได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม การมีโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง

และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ 14.3 อันเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง

5.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ลงวันที่ 8 มกราคม 2557 เรื่อง ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกร้องได้ร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหารัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ จึงเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ให้เหลือเพียงอำนาจตรวจสอบหนังสือสัญญาใดที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้า การลงทุน เท่านั้น และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญในประการอื่นทั้งหมด ซึ่งในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะเรียกชื่อหนังสือสัญญาเหล่านี้เป็นอย่างอื่น เช่น หนังสือสัญญาหรือความตกลงความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ เป็นต้น จึงเป็นการทำลายดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกร้องจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง และวรรคสองอันเป็นการกระทำเพื่อให้บุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า การพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้องทั้งหมดในคดีนี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง และการที่ผู้ถูกร้องร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 87 และมาตรา 122 อันเป็นการกระทำการเพื่อให้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิบัติตามพันธกิจของรัฐธรรมนูญโดยได้ยึดมั่นหลักนิติธรรมที่กฎหมายจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมไทย และหลักนิติรัฐที่จะต้องมีความสมดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ทั้งนี้ เพื่ออำนวยความยุติธรรม เพื่อยึดประโยชน์สาธารณะ และเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

บรรณานุกรม

1. ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์. ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ, กรุงเทพฯ, 2545
2. เตือน บุนนาค. “การแยกอำนาจ”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, 2520
3. ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, กรุงเทพฯ, 2522
4. พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. “ความมีอิสระของผู้พิพากษา”, บทบัณฑิตย, กรุงเทพฯ, 2513
5. ศ.ดร.อัคราทร จุฬารัตน. “ปาฐกถานำเรื่อง บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย”, กรุงเทพฯ, 2552
6. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2555
7. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 ลงวันที่ 13 มีนาคม 2556
8. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ลงวันที่ 8 มกราคม 2557
9. The United States Constitution 1787.

หลักนิติธรรมในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปฏิรูป

เลิศรัตน์ รัตนวานิช*

บทคัดย่อ

บทคัดย่อหรือสาระสังเขป

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยประธานสภาปฏิรูปแห่งชาติ เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2557 ได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปแล้วเสร็จและส่งให้สภาปฏิรูปแห่งชาติพิจารณาเมื่อวันที่ 17 เมษายน 2558 ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปนี้ให้ความสำคัญอย่างมากต่อหลักนิติธรรม (Rule of Law) โดยได้กำหนดหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติธรรมไว้เป็นฉบับแรก และได้มีการบัญญัติสาระสำคัญของหลักนิติธรรมทั้งแบบโดยเคร่งครัดและในความหมายอย่างกว้างไว้กว่าสิบมาตราในทั้งสี่ภาคและหลายหมวดของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งเป็นหลักประกันให้ทั้งภาครัฐและประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อีกทั้งร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้บรรจุส่วนที่เรียกว่า การปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมไว้ ซึ่งบทบัญญัตินี้ จะมีความสำคัญอย่างยิ่งในการผลักดันให้การปฏิรูปและปฏิบัติตามหลักการและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมเป็นรูปธรรมเพิ่มมากขึ้น โดยจะมีสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศและคณะกรรมการยุทธศาสตร์การปฏิรูปแห่งชาติเป็นผู้รับผิดชอบในช่วง 5 ปี ภายหลังก่อร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ

คำสำคัญ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป

หลักนิติธรรมในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปฏิรูป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มิได้มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงหลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เริ่มให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรม โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา

* จบการศึกษาปริญญาโทจาก Massachusetts Institute of Technology (MSCE) และ University of Southern California (MSSM) เคยดำรงตำแหน่งเสนาธิการทหารและสมาชิกวุฒิสภา ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง สมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ ที่ปรึกษาและโฆษก กรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ และประธานกรรมการบริหารสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน), ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 3 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ร่างรัฐธรรมนูญที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการยกร่างในขณะนี้ ได้ให้ความสำคัญของหลักนิติธรรมเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก นอกจากจะบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ด้วยข้อความเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมในแง่มุมด้านต่างๆ ไว้หลายแห่ง ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิมนุษยชน สิทธิพลเมือง แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ศาลและกระบวนการยุติธรรม จึงเห็นได้ว่าคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ยอมรับในหลักการสำคัญๆ ของหลักนิติธรรม โดยได้นำมาบัญญัติเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินและกระบวนการยุติธรรม เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยที่มีคุณธรรมและมีความเป็นธรรมภายใต้บังคับของกฎหมายที่เท่าเทียมกัน

บทความนี้มุ่งหมายที่จะชี้ให้เห็นถึงบรรดาหลักนิติธรรมที่นำมาบัญญัติไว้ในส่วนต่างๆ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป โดยจะแยกกล่าวไปตามลำดับของมาตราในร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จะนำเสนอต่อสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อพิจารณาในวันที่ 17 เมษายน 2558^[1] ร่างรัฐธรรมนูญนี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการปรับปรุงแก้ไข มาตราที่อ้างถึงในบทความนี้อาจจะมีความคลาดเคลื่อนจากรัฐธรรมนูญฉบับที่จะมีผลใช้บังคับบ้าง

1. บททั่วไป

ในมาตรา 3 วรรคสองบัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” การปฏิบัติดังกล่าวมุ่งเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของหลักนิติธรรม หรือ Rule of Law อันเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยอาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดหรือหลักนิติธรรมโดยความหมายอย่างแคบ และหลักนิติธรรมโดยทั่วไปหรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง^[2]

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ได้แก่

- (1) หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ
- (2) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
- (3) กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ

[1] คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, 2558, ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับวันที่ 17 เมษายน 2558, ฝ่ายเลขานุการ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

[2] คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, 2557, หลักนิติธรรม The Rule of Law, บริษัท พี เอส พรินติ้ง แอนด์ ดีไซน์ จำกัด, น.1

- (4) กฎหมายจะต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ
- (5) ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี
- (6) เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ
- (7) กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้^[3]

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งหมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ หรือเรียกว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม มีอาทิ

- (1) กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน
- (2) กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม
- (3) กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน
- (4) กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด
- (5) กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย โปร่งใสและตรวจสอบได้
- (6) กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก
- (7) นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความ

เป็นอิสระ และเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ ซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักคุณธรรมและเมตตาธรรม^[4]

2. การบัญญัติหลักนิติธรรมในมาตราต่างๆ ของร่างรัฐธรรมนูญ

หลักการสำคัญๆ ของหลักนิติธรรมที่นำมาบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีอยู่ในทั้งสี่ภาค กว่าสิบมาตรา อีกทั้งได้กำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของชื่อภาค 3 ด้วย ดังที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญ ฉบับก่อนๆ โดยสรุปได้ดังนี้

2.1 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ในภาค 1 พระมหากษัตริย์และประชาชน หมวด 2 ประชาชน ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตอนที่ 1 บททั่วไป

[3] คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, อ้างแล้ว เชียงรถที่ 2, น.2

[4] คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, อ้างแล้ว เชียงรถที่ 2, น.8-9

“**มาตรา 29** คดีคดีความความเป็นมนุษย์ และสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรา กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจน สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

“**มาตรา 33** การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำ มิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และ เท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอนุโลม”

ตอนที่ 2 สิทธิมนุษยชน

“**มาตรา 34** บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ เพศสภาพ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้”

“**มาตรา 37** บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ใน เวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่ทำ ความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนพิพากษา อันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด มิได้

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกบังคับให้ให้ถ้อยคำซึ่งอาจทำให้ตนเองต้อง รับผิดทางอาญา”

มาตรา 29 มาตรา 33 และมาตรา 37 เป็นบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยทั่วไป โดยให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นไปตามหลักการแห่งนิติธรรม มาตรา 34 เป็นหลักความเสมอภาค ซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่มนุษย์ย่อมได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายเท่าเทียมกัน ซึ่งยังมีเนิ่นย้าไว้ในบททั่วไป มาตรา 5 “ปวงชนชาวไทยไม่ว่าแห่งกำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ใน ความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้โดยเสมอกัน”

2.2 สิทธิทางศาลและกระบวนการยุติธรรม

มีบัญญัติไว้ในภาคที่ 1 หมวด 2 ประชาชน ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตอนที่ 2 สิทธิมนุษยชน มาตรา 44 ภาคที่ 2 ผู้นำการเมืองที่ดีและสถาบันการเมือง หมวด 2 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 87 และภาค 3 หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐ หมวด 1 ศาลและกระบวนการยุติธรรม ส่วนที่ 2 บททั่วไป มาตรา 217 มาตรา 218 มาตรา 219 มาตรา 220 และมาตรา 221

“**มาตรา 44** บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้”

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว ทัวถึง เท่าเทียมกัน และเสียค่าใช้จ่ายน้อย

(2) สิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้องตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด รวดเร็ว เป็นธรรม และมีมาตรฐานที่ชัดเจน โดยเฉพาะเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ หรือทุพพลภาพ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาส ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม

(3) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การคัดค้านผู้พิพากษา หรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งนั่งพิจารณาครบองค์คณะ และการคัดหรือทำสำเนา คำพิพากษา คำวินิจฉัยหรือคำสั่งอันเป็นการชี้ขาดคดี”

“**มาตรา 87** รัฐต้องจัดให้มีการพัฒนากฎหมายให้ทันสมัย ลดความเหลื่อมล้ำ และสร้างความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจและสังคม ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่สร้างภาระและขั้นตอนที่ไม่จำเป็น ทำให้กลไกของรัฐ สามารถให้บริการประชาชนได้อย่างทั่วถึง เท่าเทียม สะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม จัดให้มีการประเมินผลกระทบของร่างกฎหมายที่เสนอ รวมทั้งจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่ได้รับผลกระทบในการตรากฎหมายและกฎ

รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยเคร่งครัด รวดเร็ว และเป็นธรรม คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมิให้เกิดการล่วงละเมิดทั้งโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยบุคคลอื่น

รัฐต้องจัดระบบงานของรัฐและกระบวนการยุติธรรมให้อำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งถึง เท่าเทียมกัน และเสียค่าใช้จ่ายน้อย ป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากประชาชนโดยมิชอบ รวมทั้งส่งเสริมการให้ความรู้ทางกฎหมายและการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน จัดให้มีกลไกการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการยุติธรรม ชุมชนและกระบวนการยุติธรรมทางเลือก และสนับสนุนให้ประชาชนและองค์กรวิชาชีพมีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมและการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย”

“**มาตรา 217** หลักนิติธรรมอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนุญในระบบประชาธิปไตยอย่างน้อย มีหลักการพื้นฐานสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ความสูงสุดของรัฐธรรมนุญและกฎหมายเหนืออำนาจอใจของบุคคล และการเคารพรัฐธรรมนุญและกฎหมายทั้งโดยรัฐและประชาชน

(2) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค

(3) การแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการป้องกันการขัดกัน ระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์สาธารณะ

(4) นิติกระบวนการ ซึ่งอย่างน้อยต้องไม่บังคับใช้รัฐธรรมนุญและกฎหมายย้อนหลัง เป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ให้บุคคลมีสิทธิในการปกป้องตนเองเมื่อสิทธิหรือเสรีภาพถูกระทบไม่บังคับให้บุคคลต้องให้ถ้อยคำซึ่งทำให้ต้องรับผิดทางอาญา ไม่ทำให้บุคคลต้องถูกดำเนินคดีอาญาในการกระทำความผิดเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง มีข้อกำหนดให้สันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่า กระทำความผิด

(5) ความเป็นอิสระของศาล และความสุจริตเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม”

“**มาตรา 218** กระบวนการยุติธรรมต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนุญและกฎหมาย มีความเป็นธรรม มีมาตรฐานที่ชัดเจน โปร่งใส ตรวจสอบได้ มีขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสม กับประเภทคดี มีประสิทธิภาพ ไม่ล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร และเสียค่าใช้จ่ายน้อย

การดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลต้องมีการกำหนดระยะเวลาการดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ทั้งของคู่ความและของศาลไว้อย่างชัดเจน เพื่อเป็นหลักประกันในการพิจารณาพิพากษาคดี และต้องเปิดเผยให้ทราบเป็นการทั่วไป

คู่ความ คู่กรณี และทนายความ มีหน้าที่ร่วมมือกับศาลเพื่อให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยไม่ล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร ถ้ามีการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตย่อมต้องรับผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ”

“**มาตรา 219** การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดย ยุติธรรมตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากอคติทั้งปวง และต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ที่เหมาะสมกับประเภทคดีที่ต้องพิจารณาพิพากษา ผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองหรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง มิได้”

“**มาตรา 220** การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรม ต้องเป็นไป โดยเที่ยงธรรม ปราศจากอคติทั้งปวง ตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ และตามกฎหมาย ในกรณีศาลหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเห็นว่ากฎหมายหรือ กฎใด ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อประชาชนหรือไม่เป็นไปตามมาตรา 87 ให้ศาลหรือหน่วยงาน ของรัฐดังกล่าว ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาเพื่อดำเนินการแก้ไขต่อไป”

“**มาตรา 221** บรรดาศาลทั้งหลายจะตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ โดยให้ จัดตั้งศาลอย่างทั่วถึงเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย

การตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งหรือคดีที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับพิจารณาคดีนั้น จะกระทำมิได้

การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วย ธรรมนูญศาลหรือวิธีพิจารณาเพื่อใช้แก่คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะ จะกระทำมิได้”

บทบัญญัติของมาตราต่างๆ ข้างบนนี้สอดคล้องกับสาระสำคัญของหลักนิติธรรม ในบททั่วไป ทั้งหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดและหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง นอกจากจะ ให้ความสำคัญต่อสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมแล้ว ยังคำนึงถึงความเป็นอิสระของศาล โดยรวมถึงความเป็นอิสระและ ความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาและตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี

2.3 การปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม

ร่างรัฐธรรมนูญในภาค 4 การปฏิรูปและการสร้างความปรองดอง หมวด 2 การปฏิรูป เพื่อลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรม ส่วนที่ 2 การปฏิรูปด้านต่างๆ มาตรา 282 ได้บัญญัติ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้หลายประการที่ต้องมีการดำเนินการให้เกิดขึ้นใน 5 ปี ข้างหน้า

“**มาตรา 282** ให้มีการปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมตามแนวทาง ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อให้ประชาชนเข้าถึงกฎหมายและกฎโดยง่าย ให้ตรากฎหมายว่าด้วย การจัดทำประมวลกฎหมาย เพื่อรวบรวมและปรับปรุงกฎหมายและกฎในเรื่องต่างๆ ไว้อย่างครบถ้วน และทันสมัยขึ้นเผยแพร่ ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป

(2) เพื่อให้ประชาชนผู้มีรายได้น้อยได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายและคดี ให้ตรากฎหมายว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและคดี โดยมีหน่วยงานที่ให้คำแนะนำทางกฎหมายที่จำเป็นแก่ประชาชนอย่างทั่วถึง จัดทนายความที่มีความสามารถทางคดีอย่างแท้จริงเพื่อดำเนินคดีทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองให้ประชาชนผู้มีรายได้น้อย รวมทั้งจัดตั้งกองทุนให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายและคดีขึ้นเพื่อการดังกล่าว โดยสนับสนุนให้ประชาชนและองค์กรวิชาชีพมีส่วนร่วมในการดำเนินการดังกล่าวด้วย

(3) ให้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายมีหน้าที่และอำนาจเสนอให้สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศพิจารณายกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายหรือกฎ แล้วแต่กรณี ที่จำกัดเสรีภาพของประชาชนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระหรือขั้นตอนโดยไม่จำเป็น

(4) ปรับปรุงกฎหมายที่กำหนดเรื่องการออกใบอนุญาตที่มีลักษณะเป็นการผูกขาด ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิในการประกอบการ โดยให้ใช้วิธีประมูลโดยเปิดเผยเป็นหลัก เว้นแต่มีความจำเป็น คณะรัฐมนตรีอาจมีมติให้ดำเนินการด้วยวิธีอื่นได้ โดยต้องประกาศเหตุผลให้ทราบเป็นการทั่วไป ใบอนุญาตใดที่ไม่ได้มีการดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตไว้แล้วโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ถือว่าใบอนุญาตนั้นเป็นอันสิ้นสุดลง และให้หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจออกใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ความจำเป็นของการมีใบอนุญาตนั้นต่อรัฐสภาทุกห้าปี

(5) ปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางเลือก กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ รวมทั้งการระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนโดยกระบวนการยุติธรรมชุมชนหรือการประนีประนอมข้อพิพาท ระดับชุมชน เพื่อให้มีการบูรณาการเกี่ยวกับกลไกและกระบวนการในการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว

(6) ให้มีกลไกในการบังคับคดีทางแพ่งที่มีประสิทธิภาพในสังกัดศาลยุติธรรม ทำหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาและคำสั่งของศาลยุติธรรมที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งให้มีมาตรการและกลไกในการบังคับคดีปกครองที่มีประสิทธิภาพตามคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย

(7) ให้จัดการศึกษาอบรมเพื่อปลูกฝังให้ประชาชนเคารพกฎหมาย ยกย่องผู้ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด ตรงไปตรงมา และลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งละเลยไม่บังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิผลอย่างจริงจัง”

3. บทสรุป

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปนี้ให้ความสำคัญอย่างเห็นได้ชัดเจนต่อหลักนิติธรรม รวมถึงศาล กระบวนการยุติธรรมและองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งประกอบด้วย คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ตรวจการแผ่นดินและพิทักษ์สิทธิมนุษยชน โดยได้กำหนดให้เป็นองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ นับเป็นครั้งแรกที่กำหนดหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความเข้าใจและการปฏิบัติตามโดยฝ่ายต่างๆ อย่างเคร่งครัด สอดคล้องกับการเป็นรัฐ ที่ปกครองด้วยกฎหมาย (Legal State) หรือนิติรัฐอย่างแท้จริง

หลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติธรรม 5 ประการ ได้แก่

- (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- (2) หลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค
- (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ
- (4) หลักประกันในความถูกต้องชอบธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเรียกว่า “ศุภนิติกระบวนการ” (Due Process of law)
- (5) หลักการประกันความเป็นอิสระของศาลและความสุจริตเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม^[5]

จากการศึกษาแนวความคิดของหลักนิติธรรมและนิติรัฐของประเทศต่างๆ รวมทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายและคำวินิจฉัยของศาลภายในประเทศ เราจะเห็นได้ว่า หลักนิติธรรม คือ หลักที่ให้ถือกฎหมายเป็นใหญ่เหนืออำเภอใจของผู้มีอำนาจ หลักการนี้ สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจและคานอำนาจกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ซึ่งเท่ากับมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยมีศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมนั้นมีความสำคัญยิ่ง ซึ่งต้องเน้นความโปร่งใส เปิดเผยและตรวจสอบได้ รวมทั้ง ต้องให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก อีกทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม ต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักเมตตาธรรมและคุณธรรม

[5] ปัทมา สุขกำปัง, 2558, “หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ”, สารสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป, ฤทธิพล บุรีกุล, พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, น.42

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปนี้ได้บัญญัติให้มีการปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมไว้ใน ภาค 4 ถึง 7 ประการ โดยมีสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศและคณะกรรมการยุทธศาสตร์การปฏิรูปแห่งชาติ รับผิดชอบการดำเนินการปฏิรูปให้ต่อเนื่องจนบรรลุผลมีกำหนดเวลาห้าปี เว้นแต่พลเมืองผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน รัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีเสนอให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติให้ทบทวนในภาคนี้คงใช้บังคับอยู่ต่อไป ซึ่งต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่พลเมืองผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากออกเสียงประชามติเห็นชอบ^[6]

บรรณานุกรม

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, 2558, **ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับวันที่ 17 เมษายน 2558**, สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติและคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, 2557, **หลักนิติธรรม The Rule of Law**, บริษัท พี เอส พรินติ้ง แอนด์ดีไซน์ จำกัด

ปัทมา สุปก่าปิง, 2558, “หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ”, **สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป**, ถวิลวดี บุรีกุล, พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร

^[6] คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 105-106

การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย

สมคิด เลิศไพฑูรย์*

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการกล่าวถึง ทั้งทางบวกและทางลบ หนึ่งในความเห็นทางบวกก็คือการบัญญัติ เรื่อง “หลักนิติธรรม” ขึ้นใน มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติว่า

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้น ทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงาน ของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

คำว่า “หลักนิติธรรม” นี้ได้รับการกล่าวถึงมานานพอสมควรในระบบกฎหมายไทย แต่คำที่ใช้มี ความหลากหลายแตกต่างกันออกไป¹ เช่น ใช้คำว่า “หลักธรรม”² “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”³ “นิติธรรมวินัย”⁴ “หลักกฎหมาย”⁵ “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา”⁶ “นิติสดมภ์”⁷ หรือ “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย”⁸

การทำความเข้าใจหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้นเป็นเรื่องที่สำคัญซึ่งควรทำความเข้าใจภูมิหลัง ของหลักดังกล่าว ก่อนที่จะได้ทำความเข้าใจหลักนี้ในบริบทของสังคมและกฎหมายไทย

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

¹ จรัญ โฆษณานันท์, “บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”, ใน เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพ : 2503). น.52

² วิกรม เมลาณนท์, “ดุลพินิจ,” ปีที่ 2 เล่ม 12, 2498, น. 81, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

³ สุต สุตตรา, “ดุลพินิจ” ปีที่ 7 เล่ม 11, 2503, น. 1408, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

⁴ เสริม สุวรรณเทพ, ดุลพินิจ, ปีที่ 8 เล่ม 4, 2504, น. 384, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

⁵ เสนาะ เอกพจน์, ดุลพินิจ, ปีที่ 8, เล่ม 9, 2504, น. 1003, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

⁶ ศิริ วิศิษฐธรรม อัศวนนท์, ดุลพินิจ, ปีที่ 8 เล่ม 10, 2504, น. 1123, อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

⁷ จำรูญ เจริญกุล, ดุลพินิจ, ปีที่ 9 เล่ม 1, 2505, น. 60 อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

⁸ ถาวร โพธิ์ทอง, “การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย”, นิติศาสตร์, เล่ม 1, ตอน 2 กันยายน 2512 อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 1, น. 52

1. แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (the rule of law) เป็นหลักที่มีค่านิยมไม่ชัดเจนนักและมักจะแปรผันไปตามสภาพของแต่ละประเทศและระบบกฎหมายที่ประเทศนั้นใช้อยู่⁹

หลักนิติธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น เป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ โดยเกิดจากการพยายามค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุดเพลโต (Plato 429-348 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายแล้วเพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิต เพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่ากฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน แต่หากในรัฐใด กฎหมายอยู่ภายใต้อำนาจของผู้มีอำนาจ รัฐนั้นก็จะมีแนวโน้มล่มสลายในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายเป็นนายของรัฐบาลและรัฐบาลเป็นทาสของกฎหมาย ประชาชนก็จะมีความสุข¹⁰

ต่อมา อริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.) ศิษย์เอกของเพลโตก็ได้้นำความคิดนี้มาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of law, ...is preferable to that of any individual.).¹¹ แต่ก็มีประโยชน์ที่จะให้คนบางคนมีอำนาจสูงสุดในฐานะผู้พิทักษ์และผู้รับใช้กฎหมาย¹²

นอกจากนี้ ซีเซโร รัฐบุรุษชาวโรมันยังกล่าวอีกว่า เราเป็นผู้รับใช้กฎหมายซึ่งทำให้เรามีเสรีภาพซึ่งสะท้อนหลักนิติธรรมได้เป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตาม กล่าวได้ว่า หลักนิติธรรม (The rule of law) นี้ได้ถือกำเนิดอย่างเป็นทางการในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศ Common law และขยายตัวไปยังประเทศต่างๆ อีกหลายประเทศในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป

⁹ Helen Yu and Alison Guernsey, What is the Rule of Law?, [http://www.uiowa.edu/ifdebook/faq/Rule of Law.shtml](http://www.uiowa.edu/ifdebook/faq/Rule%20of%20Law.shtml),p.1

¹⁰ Rule of Law, [http://en.wikipedia.org/Widie,Rule of Law](http://en.wikipedia.org/Widie,Rule%20of%20Law)

¹¹ ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม, สำนักงาน ก.พ., มปป., น. 2

¹² อ่างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 10

1.1 หลักนิติธรรม (The Rule of Law) : แนวคิดของประเทศ Common law

หลักนิติธรรมได้รับการกล่าวถึงอย่างเป็นทางการครั้งแรกในศตวรรษที่ 19 โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษชื่อ เอ วิ ไคซีย์ แต่ก่อนหน้านั้นก็เป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่ามีการพูดถึง “หลัก” นี้อยู่พอสมควร แม้จะไม่ได้ใช้คำว่า the rule of law ก็ตาม โดยในต้นศตวรรษที่ 13 มีการริเริ่มจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือซึ่งน่าจะปรากฏตัวเป็นครั้งแรกในสมัยที่พระเจ้าจอห์นเป็นกษัตริย์อังกฤษ

ในปี ค.ศ. 1199 เมื่อพระเจ้าริชาร์ดใจสิงห์เสด็จสวรรคต พระอนุชาของพระองค์ก็ได้ขึ้นครองราชย์เป็น พระเจ้าจอห์นที่หนึ่ง ซึ่งได้รับสมญานามในภายหลังว่า จอห์นผู้ไร้แผ่นดิน และเมื่อเสด็จขึ้นครองราชย์แล้วก็ทรงมีปัญหาเกี่ยวกับสันตะปาปาที่กรุงโรมจนถูกกระทำบรรพชาขียนกรรม ในปี ค.ศ.1209 เกิดกรณีความขัดแย้งกับกษัตริย์แห่งฝรั่งเศสจนเกิดการรบขึ้นที่ Bouvines ปรากฏว่าฝ่ายอังกฤษเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ และในการทำสัญญาสันติภาพที่เมือง Chinon อังกฤษต้องสูญเสียดินแดนทั้งหมดที่เคยครอบครองซึ่งอยู่ทางตอนเหนือของแม่น้ำ Loire ในฝรั่งเศสไป ในจังหวะนี้เองที่พระเจ้าจอห์นต้องการเก็บภาษีเพิ่ม เพื่อไปทำสงครามต่อ แต่บรรดาเหล่าขุนนางอังกฤษไม่ยินยอม จึงรวมตัวกันเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 เพื่อเรียกร้องหลักประกันในสิทธิของตน โดยยื่นคำขาดให้พระเจ้าจอห์นที่หนึ่งยอมตามคำเรียกร้องของพวกตนโดยลงพระปรมาภิไธยในเอกสารที่มีชื่อว่า Magna Carta โดยเอกสารนี้เรียกร้องให้กษัตริย์ต้องผูกมัดตนเองกับกฎหมายและสิทธิที่มีมาแต่ดั้งเดิม¹³ เสรีชนจะต้องไม่ถูกริบทรัพย์สิน ถูกจับกุมขัง ถูกเนรเทศ หรือถูกบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งจากข้าราชกร เว้นแต่จะเป็นไปตามคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายของประเทศ (Common Law) และความยุติธรรม ไม่ใช่สิ่งซื้อขาย ปฏิเสธ หรือถูกหน่วงเหนี่ยวในอันที่จะเกิดแก่บุคคลใด กล่าวคือกระบวนการยุติธรรมที่ศาลจะต้องพิจารณาคดีอย่างเสมอภาค¹⁴นั่นเอง

นอกจากนี้ ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 13 Henry de Brachon (คศ.1200-1268) ก็ได้นำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมาใช้ โดยกล่าวว่า เมื่อกฎหมายแต่งตั้งกษัตริย์ขึ้น กษัตริย์ต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ใด แต่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของพระเจ้าและกฎหมาย¹⁵ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นอย่างดี

¹³ บุญศรี มิวังค้อโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 5, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ : 2553), น. 38.

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ : 2535), น.20.

¹⁵ Ricardo Gosalbo-Bono, “The Significance of The Rule of Law and Its Implications for the European Union and The United States” University of Pittsburgh Law-Review, Vol 72:229, p.251.

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 19 นี้เองที่ถ้อยคำคำว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) ได้ถูกทำให้เป็นที่รู้จักแพร่หลาย (Popularized) อย่างเป็นทางการเป็นระบบขึ้นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษคือ เอ.วี.ไดซี่ (A.V.Dicey) (1835 – 1922) จากหนังสือ “Law of the Constitution” ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี 1885 แบบฉบับของหลักนิติธรรมตามที่เสนอของไดซี่ แสดงออกโดยนัยสำคัญ 3 ประการ¹⁶ คือ

1. การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (ordinary courts) ของแผ่นดิน

2. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าเขาผู้นั้นจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ๆ คน (ไม่ว่าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน และ

3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ ดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น (foreign constitutions)

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมที่ไดซี่กล่าวไว้ก็คือหลักที่ใช้กฎหมายปกครองประเทศ โดยหลักนี้มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับระบบกฎหมาย Common law ที่ใช้ในประเทศอังกฤษ นั่นก็คือ

1. ระบบ Common law จะไม่มีการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน กฎหมายที่มีอยู่จะใช้กับทั้งประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างเสมอหน้ากัน

2. ระบบ Common law จะไม่มีการแยกศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลยุติธรรมแต่ถือว่าศาลยุติธรรมสามารถพิพากษาได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครองหรือแม้แต่คดีรัฐธรรมนูญ

3. ระบบ Common law ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมาย ไม่ใช่ตัวบทกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญ

¹⁶ อักขรাত্র จุฬารัตน, “บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย,” ใน นิติรัฐกับสังคมไทย, สถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ : 2552), น. 40.

1.2 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) : แนวคิดของประเทศ Civil law

หลักนิติรัฐกล่าวให้สั้นกระชับที่สุดก็คือหลักการที่ผู้มีอำนาจจะต้องเคารพกฎหมาย¹⁷ หรือหลักการที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย¹⁸ คำว่านิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นคำที่รู้จักกันดีในประเทศเยอรมัน โดยนักคิดเยอรมันในศตวรรษที่ 19 ได้กล่าวถึงคำว่า Rechtsstaat ไว้ไม่ว่าจะเป็น Robert von Mohl, Carl Welcker หรือ Johann Christoph Frisherr von Aretin¹⁹ ต่อมา Hans Kelsen นักกฎหมายชาวออสเตรียได้ให้นิยามใหม่กับคำว่า Rechtsstaat ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 ว่า “นิติรัฐ คือ รัฐที่มีลำดับชั้นทางกฎหมายแตกต่างกันออกไปซึ่งมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจ”²⁰

ต่อมา Theodor Maunz ได้ขยายให้เห็นว่าหลักดังต่อไปนี้เป็นหลักการสำคัญอันเป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” กล่าวคือ (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Getrennung) (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte) (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Juntiz und Verwaltung) (4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit) (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter) (6) หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poem sine lege) และ (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)²¹

กล่าวโดยสรุป หลักนิติรัฐอาจประกอบด้วยหลักการย่อยที่สำคัญ 3 ประการคือ²²

1. หลักการเคารพลำดับชั้นของกฎหมาย (le respect de la hiérarchie des normes)

กฎหมายจะมีลำดับชั้นตั้งแต่รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติและต่อมาคือกฎหมายลำดับรองลดหลั่นตามความสำคัญลงไป กฎหมายชั้นล่างๆ จะขัดแย้งกับกฎหมายชั้นที่เหนือกว่าไม่ได้

¹⁷ Qu'est-ce-que L'Etat de droit <http://www.vie-publique.fr/découverteinstitutions/institutions/appfondissements/qu-est-ce-que-etat-droit.html>

¹⁸ Olivier Duhamel et Guillaume Tusseau, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3eme éd., Sèuil, 2013, p.450

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, (บรรณาธิการ), นิติรัฐนิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ:2553), น. 233

²⁰ อ่างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 17.

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 19, น.234.

²² อ่างแล้ว *เชิงอรรถ*ที่ 17.

หลักการเคารพลำดับชั้นของกฎหมายเรียกร้องให้รัฐ หน่วยงานของรัฐหรือแม้แต่ปัจเจกชนจะต้องเคารพกฎหมายตามลำดับชั้นดังกล่าวหรือที่เรียกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) เมื่อไหร่ก็แล้วแต่ที่หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่ได้รับความเคารพ ย่อมนำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขึ้น

2. หลักความเสมอภาคของบุคคล (l'égalité des sujets de droit)

หลักนี้เป็นหลักสำคัญอันดับสองของหลักนิติรัฐ หลักนี้เรียกร้องให้ทั้งรัฐ หน่วยงานของรัฐและปัจเจกชนจะต้องมีความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย การกระทำทั้งหลายของรัฐและหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับกฎหมายหรือลำดับชั้นทางกฎหมายที่กล่าวในข้อ 1 ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน รัฐและหน่วยงานของรัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพกฎหมายเช่นเดียวกับปัจเจกชน รัฐและหน่วยงานของรัฐห้ามมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแต่อย่างใดไม่ ปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบจากการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองจึงย่อมมีสิทธิฟ้องศาลได้

3. หลักความเป็นอิสระของศาล (l'indépendance de la justice)

ในระบบนิติรัฐ ศาลต้องมีอิสระตามหลักการแบ่งแยกอำนาจคืออิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ในกรณีนี้หากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญก็จะต้องมีศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระ ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่นเดียวกัน หากการกระทำของฝ่ายบริหารขัดหรือแย้งกับลำดับชั้นของกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นก็ต้องมีศาลที่เป็นอิสระมาทำหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเช่นเดียวกัน

2. การบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และการรับรองโดยคำพิพากษาของศาลในประเทศไทย

หากจะพิจารณาถึงการปรากฏตัวของหลักนิติธรรมในรูปแบบของการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และคำพิพากษาของศาลนั้น จะพบว่าหลักนิติธรรมนั้นได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในหลายรูปแบบ ทั้งการบัญญัติถึง “หลักนิติธรรม” โดยตรง หรือการบัญญัติถึงหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม เช่น หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักความเป็นอิสระของศาล ฯลฯ ดังจะสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.1 การบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ

มีรัฐธรรมนูญไทย 3 ฉบับที่มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้โดยตรง

2.1.1 การปรากฏตัวอย่างเป็นรูปธรรมของคำว่า “หลักนิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มีผู้เข้าใจผิดว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่พูดถึงหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญ ในความเป็นจริงแล้ว มีรัฐธรรมนูญถึง 2 ฉบับที่บัญญัติเรื่องนี้ไว้ก่อนรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้แก่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 และ พ.ศ. 2549

2.1.1.1 รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่พูดถึงหลักนิติธรรมไว้คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

รัฐธรรมนูญ 2517 บัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้แสดงออกให้ปรากฏซึ่งปณิธานร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่า จักรักษาไว้ซึ่งเอกราชแห่งชาติไทยในทุกทางจักคุ้มครองศาสนาทุกศาสนาให้สถาพร จักเทิดทูนพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและมิ่งขวัญของประเทศชาติ จักยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตย จักตรากฎหมายขึ้นใช้เพื่อความเป็นธรรมในสังคม จักใช้มาตรการทั้งปวงในอันที่จะขจัดความเหลื่อมล้ำในฐานะของบุคคลทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมให้ลดน้อยลงเป็นลำดับ จักร่วมกันบำบัดทุกข์บำรุงสุขและจักพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของราษฎรโดยทั่วหน้าและอย่างเสมอภาค และจักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

2.1.1.2 รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ที่พูดถึงหลักนิติธรรมไว้คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549 ซึ่งเกิดขึ้นภายในการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ก็บัญญัติคำว่าหลักนิติธรรมไว้ในอารัมภบทเช่นกัน ดังความว่า “โดยที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน เป็นผลสำเร็จ เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า เหตุที่ทำการยึดอำนาจและประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขความเสื่อมศรัทธาในการบริหารราชการแผ่นดิน ความไร้ประสิทธิภาพในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทำให้เกิดการทุจริตและประพฤติมิชอบขึ้นอย่างกว้างขวางโดยไม่อาจหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ อันเป็นวิกฤตการณ์ร้ายแรงทางการเมืองการปกครอง และปัญหาความขัดแย้งในมวลหมู่ประชาชนที่ถูกปลุกปั่นให้แบ่งแยกเป็นฝักเป็นฝ่ายจนเสื่อมสลายความรู้สึกสามัคคีของชนในชาติอันเป็นวิกฤตการณ์รุนแรงทางสังคม แม้หลายภาคส่วนจะได้ใช้ความพยายามแก้ไขวิกฤตการณ์ดังกล่าวแล้วแต่ก็ไม่เป็นผล กลับมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นจนถึงขั้นใช้กำลังเข้าปะทะกัน ซึ่งอาจมีการสูญเสียชีวิตและเลือดเนื้อได้ นับว่าเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อระบอบ

การปกครอง ระบบเศรษฐกิจและความสงบเรียบร้อยของประเทศ จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึง**หลักนิติธรรม**ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

2.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่เขียนหลักนิติธรรมไว้ใน 2 มาตราของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 3 วรรค 2 ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” และในมาตรา 78 (6) ว่ารัฐจะต้อง “ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีคำวานิติธรรมในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิใช่ในอารัมภบท เพราะในขั้นของการร่างรัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ในฐานะเลขานุการคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอให้มีการใช้คำว่า “นิติรัฐ” ในมาตรา 3 แต่เนื่องจากคำว่านิติรัฐเป็นคำที่มีผู้เข้าใจน้อย ที่ประชุมของคณะกรรมการยกร่างจึงขอให้ใช้คำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นคำที่คุ้นเคยในหมวกกฎหมายไทยแทน ร่างของกรรมาธิการจึงใช้คำว่า นิติธรรมแทนคำว่านิติรัฐ ต่อมาเมื่อมีการนำเข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในประเด็นนี้อย่างหลากหลายมีทั้งที่เห็นด้วยมีทั้งไม่เห็นด้วย มีทั้งเห็นว่าควรใช้คำว่านิติรัฐแทนคำว่านิติธรรม อย่างไรก็ตามเมื่อปรากฏเป็นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็มีบัญญัติทั้งคำว่านิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังบัญญัติหลักการของนิติธรรมไว้ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญด้วย

2.1.2.1 ความเห็นของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในการเขียนหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางท่านไม่เห็นด้วยเพราะเห็นว่าในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญก็มีหลักการนี้อยู่แล้ว โดยไม่ได้ใช้คำคำนี้ก็ตาม เช่น นายวิชัย รูปขำดี ได้อภิปรายว่า

“ในมาตรานี้ รัฐธรรมนูญ ปี 2540 มิได้มีข้อความในวรรคที่สอง มาตรานี้กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่างๆ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ เหตุผลของการเพิ่มในวรรคสองนั้น ก็ทราบจากข้อความที่กำหนดไว้ว่า ต้องการที่จะให้เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแล้วก็เป็นไปอย่างมีเหตุผลขององค์กรต่างๆ ที่กำหนดไว้ แต่ว่าเหตุผล ก็คือว่า การที่มีวรรคสองนั้น ก็เพียงแต่บอกว่า การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร

ต่างๆ เหล่านี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความจำเป็น เนื่องจากเหตุว่าบรรดาข้อความในการใช้อำนาจอธิปไตยก็ย่อมชัดเจนว่า จะต้องให้องค์กรเหล่านี้ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ตามหลักของนิติธรรมอยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น ในการออกพระราชบัญญัติใดๆ ก็ตาม ก็จะต้องมีองค์กร มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามบทบัญญัติเหล่านั้น ดังนั้น ไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มข้อความในวรรคสอง นอกจากนี้คำว่า หลักนิติธรรม ก็อาจจะนำไปสู่การอธิบายให้เห็นว่า อาจจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจบังคับให้องค์กรต่างๆ นี้กระทำ ถ้าหากไม่กระทำ ก็อาจจะส่งผลให้เกิดการฟ้องร้อง ดังนั้น ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมา แล้วก็ประการที่สาม การที่บัญญัติไว้ในวรรคที่สอง ก็อาจจะนำมาซึ่งการตีความที่ยุ่งยาก แล้วก็อาจจะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของวรรคที่หนึ่ง ด้วยเหตุว่า อาจจะมีการตีความที่ไม่ตรงกับการใช้อำนาจของวรรคที่หนึ่งได้ ดังนั้น กระผมจึงเห็นว่า ไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวรรคที่สอง ไว้ในมาตราที่ 3 นี้”

นอกจากนี้ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางท่านยังมีความเห็นว่าไม่ควรใช้คำว่านิติธรรมแต่ควรใช้คำว่านิติรัฐแทน เช่น นายคมสัน โพธิ์คง เห็นว่า

“โดยหลักการของคำว่า หลักนิติรัฐ มีความหมายที่ครอบคลุมกว้างขวางมากกว่า คำว่าหลักนิติธรรม ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่า หลักนิติธรรม นั้น มีความหมายในลักษณะที่มักจะใช้กันในภายในองค์กรศาลเท่านั้น คำว่า หลักนิติรัฐ ไม่ได้แปลว่า รัฐตามกฎหมายอย่างที่มีหลายคนเข้าใจว่า แต่ความจริงแล้วหลักนิติรัฐเป็นอุดมการณ์และเป็นอุดมคติ ในทางปรัชญารากฐานของกฎหมายมหาชน ที่วางหลักการในเรื่องของคำว่า หลักนิติรัฐ นั้น คือ รัฐที่ยึดมั่นในระบบประชาธิปไตย แล้วก็เคารพในหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐไม่ได้กำหนดเรื่องขององค์ประกอบของรัฐ แต่เป็นหลักในทางปรัชญาที่วางหลักการในเรื่องของการที่รัฐนั้นยอมตนเคารพอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐนั้นได้เป็นผู้ตราขึ้นเอง และก็ยอมใช้บังคับขึ้น ซึ่งรวมถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยการยอมตนอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายที่วางไว้ กฎหมายนั้นจะต้องตั้งอยู่บนเหตุผลของความ เป็นธรรม จึงจะเป็นกฎหมายที่สามารถใช้บังคับได้ภายใต้หลักการเรื่องหลักนิติรัฐ เพราะฉะนั้น หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักการในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่สำคัญ ซึ่งโดยหลักการแล้ว ทำให้รัฐนั้นเป็นรัฐที่มีความมีเหตุผล เป็นรูปแบบของการมีเหตุผล การอาศัยอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของประชาชน ภายใต้หลักการเรื่องนิติรัฐนี้ มีหลักการสำคัญมาจากการที่ประชาชนนั้นได้ต่อสู้กับการปกครองจากการกดขี่ในการปกครอง เพื่อให้ตนมีสิทธิและเสรีภาพขึ้นหลักนิติรัฐเมื่อใช้ในประเทศต่างๆ จะมีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ ประการแรก ก็คือ ในประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด การกระทำต่างๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะในทางนิติบัญญัติ ในทางปกครอง ก็ต้องเคารพต่อกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการกระทำในทางปกครอง การกระทำของตำรวจจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และต้องชอบด้วยกฎหมายและมีการประกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าเจ้าพนักงาน

ของรัฐมากล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าพนักงานย่อมมีความผิดตามกฎหมาย ประการที่ 2 ก็คือ ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น ขอบเขตแห่งอำนาจของรัฐย่อมมีการกำหนดไว้ชัดเจน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ มีขอบเขตของการใช้อำนาจทั้งสามนี้อย่างครบถ้วน แล้วก็อำนาจของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นอำนาจภายใต้ฝ่ายบริหารนั้น ก็ต้องมีขอบเขตในการควบคุมให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายเช่นเดียวกัน หลักการประการที่ 3 ก็คือว่า ภายใต้หลักนิติรัฐนี้ ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องมีหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ แล้วก็ต้องกำหนดให้ผู้พิพากษาที่มีอิสระในคดีแพ่งและคดีอาญานั้น อยู่ในการควบคุมภายใต้หลักกฎหมายด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าว วางหลักการในเรื่องของความเป็นอิสระของศาล และตุลาการ เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน ภายใต้หลักนิติรัฐก็เกิดแนวคิดในเรื่องหลักนิติธรรม หรือที่เรียกว่า เดอะ รูล ออฟ ลอว์ (The Rule of Law) ขึ้น

ในประเทศต่างๆ ที่ใช้ในระบบคอมมอน ลอว์ (Common law) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ชาวอังกฤษ คือ เอ.วี.ไดซี่ (A.V. Dicey-Albert venn Dicey) ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมว่า ต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ประการที่ 1 ก็คือ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ แล้วก็บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่อเมื่อมีหลักกฎหมายว่าด้วยกำหนดความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นจะต้องเป็นโทษที่แสดงให้เห็นว่า บุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้กฎหมายเท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้ ประการที่ 2 ก็คือ บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และศาลเดียวกัน คือ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีนั้นครบถ้วน แล้วก็ทั้งบุคคลใด ไม่ว่ารัฐหรือเอกชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญเฉพาะของหลักนิติธรรมในกฎหมายอังกฤษเท่านั้น แต่ในประเทศไทยนั้น อาจจะมีแตกต่าง เนื่องจากเรามีระบบศาลหลายศาล ประการที่ 3 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดจากผลของกฎหมายนั้น เกิดขึ้นจากศาลตีความ เพราะฉะนั้นหลักนิติธรรมที่ใช้ในประเทศของคอมมอนลอว์ และในประเทศไทยซึ่งใช้หลักของประมวลกฎหมายนั้น ผมคิดว่า การใช้หลักนิติรัฐนี้จะมีความครอบคลุมกว้างขวางกว่าการตีความโดยใช้คำว่า เพียงแค่หลักนิติธรรม ในเชิงความหมาย ซึ่งอาจจะให้เกิดความเข้าใจสับสนในการใช้ตีความ คำว่า นิติธรรม ได้ หลักสำคัญในเรื่องของหลักนิติรัฐ โดยหลักแล้วมีหลักสำคัญที่ประกอบกับหลักการในเรื่องปรัชญาเรื่องนิติรัฐอยู่ 7 เรื่องนะครับ อันที่ 1 ก็คือเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ 2. ก็คือ หลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบทบัญญัติของกฎหมาย 3. ก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการ และองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างใด 4. ก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ประชาชน 5. ก็คือ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งเป็น

ส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ 6. ก็คือ หลักในเรื่องของการไม่มีกฎหมายไม่มีความผิด และไม่มีโทษ และ 7. ก็คือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ในบางประเทศได้มีหลักการเพิ่มเติมอีก 2 ประการ ก็คือ ในเรื่องของหลักความมั่นคงของกฎหมาย และความได้สัดส่วนในการใช้กฎหมาย นั้นกับมาตรการที่ใช้ครับ เพราะฉะนั้นภายใต้หลักการนิติรัฐนี้ ผมจึงมีความเห็นว่า ในมาตรา 3 วางหลักการในเรื่องการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งครอบคลุมทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพราะฉะนั้นการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหน่วยงานของรัฐนี้ควรจะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ ซึ่งจะมีความหมายครอบคลุมกว้างขวาง รวมถึงทุกองค์กร”

2.1.2.2 เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่มีการบัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้

จากการศึกษาความหมายของหลักนิติธรรมและการเทียบเคียงหลักนิติรัฐที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน จะพบหลักนิติธรรมครอบคลุมหลักการทางกฎหมายหลายอย่าง เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย หลักลำดับชั้นของกฎหมาย ฯลฯ ซึ่งหลักการดังกล่าวล้วนปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ทั้งสิ้น

ก. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน ความว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

ข. หลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในหลายมาตรา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญ ที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย อาทิ

มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ค. หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย

หลักความเสมอภาคถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันรับรองถึงหลักความเสมอภาค ผ่านทางบทบัญญัติดังต่อไปนี้

มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน

มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

ง. ลำดับชั้นของกฎหมายและการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ดังนั้นจึงต้องมีกระบวนการในการป้องกันกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญคงสถานะความเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุดไว้ได้อันปรากฏในบทบัญญัติมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

มาตรา 211 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นว่านั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 212 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

จ. สิทธิทางศาลและกระบวนการยุติธรรม

เมื่อผู้ใดถูกละเมิดสิทธิ ผู้นั้นย่อมต้องสามารถใช้สิทธิทางศาลในการโต้แย้งสิทธิของตนได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน ดังปรากฏดังต่อไปนี้

มาตรา 28 วรรค 2 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่อง การได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริงข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่หนึ่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

ฉ. ความเป็นอิสระของศาล

เหตุที่ต้องมีการรับรองความเป็นอิสระของศาลไว้ก็เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้มีคณะใด หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้ามาก้าวก่ายงานของศาลได้ เช่น สั่งให้ผู้พิพากษา

พิพากษาคดีไปตามความต้องการหรือใช้ดุลพินิจไปในทางที่ให้ประโยชน์ต่อคณะบุคคลหรือบุคคลนั้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้รับรองหลักดังกล่าวไว้ใน มาตรา 197 ความว่า

“ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้นเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอื่นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ”

2.2 การปรากฏตัวของ “หลักนิติธรรม” ในกฎหมาย

หลักนิติธรรมปรากฏตัวทั้งในกฎหมายมหาชนและกฎหมายอื่นๆ

2.2.1 การปรากฏตัวในกฎหมายมหาชน

2.2.1.1 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542

กฎหมายฉบับนี้น่าจะเป็นตัวอย่างที่ดีที่สุดในกรณีนี้ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงการกระทำที่ถือว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไว้ในมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ความว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็น

“คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ”

2.2.1.2 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง มีหลักการสำคัญของหลักนิติธรรมปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราต่างๆ ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเช่นกัน อาทิ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ที่ปรากฏตามมาตรา 60 ความว่า

“เจ้าหน้าที่จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในคำเตือนตามมาตรา 59 การเปลี่ยนแปลงมาตรการจะกระทำได้อีกต่อเมื่อปรากฏว่ามาตรการที่กำหนดไว้ไม่บรรลุตามวัตถุประสงค์

ถ้าผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองต่อสู้ขัดขวางการบังคับทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจใช้กำลังเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมาตรการบังคับทางปกครองได้แต่ต้องกระทำโดยสมควรแก่เหตุ ในกรณีจำเป็นเจ้าหน้าที่อาจขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานตำรวจได้”

2.2.2 การปรากฏตัวในกฎหมายอื่น

หลักการสำคัญต่างๆ ของหลักนิติธรรมนั้น นอกจากจะปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายมหาชนแล้ว ในกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความ หรือกฎหมายเอกชนอื่นๆ ก็ปรากฏหลักการสำคัญต่างๆ ของหลักนิติธรรมอยู่ในบทบัญญัติมาตราต่างๆ ด้วยเช่นกัน อาทิ

2.2.2.1 หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ

ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติหลักนี้ไว้ใน มาตรา 2 ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไปให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

2.2.2.2 สิทธิทางศาลและกระบวนการยุติธรรม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติหลักนี้ไว้ใน มาตรา 55 ความว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของ บุคคลใดตามกฎหมายแพ่งหรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาลบุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้”

2.2.2.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ในมาตรา 435 ความว่า “บุคคลใดจะประสบความเสียหายอันพึงเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นของผู้อื่น บุคคลผู้นั้นชอบที่จะเรียกให้จัดการตามที่จำเป็นเพื่อบำบัดปกป้องภัยอันตรายนั้นเสียได้”

3. การบังคับใช้ “หลักนิติธรรม” ผ่านคำวินิจฉัยของศาล

นอกจากหลักนิติธรรมจะปรากฏตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆแล้ว องค์กรตุลาการก็ได้รับรองถึงการมีอยู่ของหลักนิติธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง เป็นสององค์กรที่สำคัญในการรับรองถึงการมีอยู่ของหลักนิติธรรมผ่านคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ดังสามารถพิจารณาได้ดังนี้

3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.1.1 หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 “พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อนเป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนร่วมเห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าว ยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลย โดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556 “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พุทธศักราช 2537 มาตรา 74 เป็นบทบัญญัติที่เป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย และผลักการะการพิสูจน์ข้อโต้แย้ง หรือหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นไปให้กรรมการหรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้น จึงเป็นบทบัญญัติที่ละเมิดหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองว่า บุคคลจะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง”

3.1.2 หลักความเสมอภาค

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 “การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยาตามมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ เป็นการจำกัดสิทธิสามีและภริยาในการยื่นรายการและเสียภาษี ถือว่าไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง กรณีจึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บทบัญญัติตามมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ จึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 “รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้ทุกคนมีความเสมอภาคในกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักความเสมอภาค โดยเฉพาะการรับรองสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลดทอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิการใช้ชื่อสกุลนั้นเป็นสิทธิของบุคคลที่จะแสดงเผ่าพันธุ์ เพื่อกเถาะเหล่ากอของตน และเป็นสิทธิที่ทุกคนมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยมิได้มีการแบ่งแยกกว่า เป็นสิทธิของชายหรือของหญิง อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะการสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจากความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน จึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันในเรื่องเพศ และสถานะของบุคคลได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติที่บุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6”

3.2 คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นความคุ้มครองหลักนิติธรรมอยู่หลายคำวินิจฉัย เช่น

3.2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 “ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นรัฐวิสาหกิจ ที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทาง ปกครองที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่นๆ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะ ในการจัดทำกิจการบริการสาธารณะดังกล่าว นอกจากจะต้อง จัดให้มีขบวนรถไฟสำหรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่นๆ อย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน วางระเบียบเกี่ยวกับการใช้บริการรถไฟเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่นๆ ที่รับขนส่งแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังจะต้องดูแลรักษาส่วนต่างๆ ของ ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เช่น ที่นั่งหรือที่นอนของผู้โดยสาร ประตูหน้าต่างตู้รถโดยสารให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถ อำนาจความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร กล่าวโดยเฉพาะหน้าต่างของ ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปและผู้ถูกฟ้องคดีเองก็มีอาจปฏิเสธได้ว่า รถโดยสารทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นรถโดยสารส่วนบุคคลหรือรถโดยสารสาธารณะ และไม่ว่าจะเป็น รถโดยสารปรับอากาศหรือรถโดยสารไม่ปรับอากาศจะต้องมีหน้าต่าง หน้าต่างรถโดยสารมิได้มีไว้เพียง เพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็น สรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถ เพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังอันตราย ที่อาจจะมาจากภายนอกอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร แต่เป็น รถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อ ผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมี หน้าที่ที่จะต้องจัดให้ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกขบวนมีหน้าต่างและดูแลรักษาหน้าต่าง ตู้รถโดยสารทุกคันให้อยู่ในสภาพที่สามารถใช้การได้สมวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่าง การที่ ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาเช่าติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกรถโดยสาร กับบริษัท ดาวินซี แอดเฮ้าส์ จำกัด โดยยินยอมให้ติดตั้งป้ายโฆษณาที่กระจกหน้าต่างรถโดยสารได้ด้วย ซึ่งเป็นการใช้หน้าต่างรถโดยสาร แสงหารายได้จนทำให้ผู้โดยสารไม่อาจใช้ประโยชน์จากหน้าต่างรถโดยสารตามวัตถุประสงค์ของ การจัดให้มีหน้าต่างได้ตามที่ควรจะเป็น จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่ง

ผู้โดยสาร ลินค้ำ พัสคฤณท์ และของอื่นๆ ซึ่งเป็นการบริการสาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ พินากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการชดเชยค่าเสียหายนอกเหนือจากบริเวณกระจกหน้าต่างตุ้รถโดยสารและทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตุ้รถโดยสารรถไฟทุกคัน ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา”

3.2.2 หลักความเสมอภาค

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550 “การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติกำหนดให้บรรจุผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาจากสถาบันการศึกษาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 รับรองเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญโดยการคัดเลือกเป็นกรณีบุคคลดังกล่าวมีวุฒิแตกต่างจากผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม โดยถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น เห็นว่า ระบบการศึกษาของสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนในประเทศไทยไม่ได้มีการจัดแยกหลักสูตรระหว่างหลักสูตรปริญญาตรีเกียรตินิยมกับหลักสูตรปริญญาตรีธรรมดา กล่าวคือผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมหรือสำเร็จปริญญาตรีแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมจะต้องผ่านการศึกษานี้ในวิชาการต่างๆ ที่สถาบันศึกษากำหนดและผ่านการทดสอบและรับรองว่าได้สำเร็จการศึกษาแล้วเรียนมาครบถ้วนตามหลักสูตรที่กำหนดไว้ และจะต้องได้รับคะแนนไม่ต่ำกว่ามาตรฐานที่สถาบันศึกษานั้นๆ กำหนดเหมือนกัน เพียงแต่ผู้ที่มีคะแนนสูงในระดับหนึ่งและผ่านเงื่อนไขที่สถาบันการศึกษาแต่ละแห่งกำหนด เช่น ไม่เคยสอบตกในวิชาใดวิชาหนึ่ง เป็นต้น ก็จะได้รับยกย่องด้วยการให้เกียรตินิยม แต่ยังคงถือว่าบุคคลดังกล่าวมีความรู้หรือมีวุฒิในสาขาวิชาการที่สำเร็จมาเช่นเดียวกับบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยม จึงถือว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีสาขาใดก็ย่อมมีศักดิ์และสิทธิเสมอกัน ไม่ว่าจะได้รับปริญญาเกียรตินิยมหรือไม่ได้รับเกียรตินิยมก็ตาม อีกทั้งมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวได้กำหนดไว้โดยไม่ได้คำนึงถึงตำแหน่งที่จะใช้ในการสรรหาบุคคลเข้ารับราชการเพราะบางตำแหน่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวุฒิเฉพาะปริญญาเกียรตินิยมเนื่องจากบุคคลที่ไม่ได้รับเกียรตินิยมก็สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการได้เช่นเดียวกับผู้ได้รับเกียรตินิยม โดยตำแหน่งนิติกรซึ่งเป็นตำแหน่งที่กรมบัญชีกลางเปิดรับสมัครคัดเลือกและเป็นมูลเหตุในการยื่นฟ้องคดีในครั้งนี้เป็นตำแหน่งหนึ่งที่ไม่มีความจำเป็นจะต้องคัดเลือกจากผู้ได้รับเกียรตินิยมทางด้านกฎหมาย เพราะผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีทางด้านกฎหมาย แต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนิติกรได้หากได้รับการคัดเลือก ดังนั้น การกำหนดให้ผู้ได้รับปริญญาตรีเกียรตินิยมโดยถือว่าเป็นวุฒิที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน จึงเป็นการให้สิทธิเหนือกว่าหรือดีกว่าผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกันแต่ไม่ได้รับเกียรตินิยม ทั้งๆ ที่ได้รับวุฒิอย่างเดียวกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ”

บทสรุป

จากการศึกษาพัฒนาการและแนวความคิดของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในต่างประเทศ รวมทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลในประเทศไทย เราจะพบว่า หลักนิติธรรมเรียกร้องให้ถือกฎหมายเป็นใหญ่เหนืออำเภอใจของผู้มีอำนาจ หลักการนี้ สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ โดยให้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ คานซึ่งกันละกันซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับระบอบการปกครองแบบเผด็จการหรือการปกครองในรัฐตำรวจ เมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เท่ากับเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในประเทศไทย ตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ถือได้ว่าประเทศไทยพยายามนำหลักนิติธรรมมาใช้กับสังคมไทย อย่างไรก็ตาม คงปฏิเสธไม่ได้ว่าในช่วงของการรัฐประหารที่แม้จะมีรัฐธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวใช้ในการปกครองประเทศก็ตาม ประเทศไทยในช่วงนั้น ก็หาได้มีหลักนิติธรรมแต่ประการใดไม่ และแม้แต่ในช่วงที่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ที่มีการบัญญัติเนื้อหาของหลักนิติธรรมอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการมีศาลที่มีอิสระและทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาท ฯลฯ เราจะพบว่ากฎหมายไทยบัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้ได้อย่างเป็นมาตรฐานสากล ความแตกต่างสำคัญระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่น น่าจะอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย เราจึงมักจะเห็นการไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของผู้มีอำนาจในหลายครั้งหลายคราว เช่น การที่รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สามารถโต้แย้งว่าพระราชกำหนดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ไปยังศาลรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังมีกรณีที่มีอำนาจทางการเมืองกดดันมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถนำเรื่องดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยวิธีเรียกชื่อ ซึ่งโดยนัยยะก็คือต้องการให้ลงคะแนนโดยเปิดเผย สมาชิกสภานิติบัญญัติของประเทศไทย ก็เคยละเมิดรัฐธรรมนูญด้วยการตีความว่า การลงมติให้ใช้วิธีเรียกชื่อ โดยผู้ถูกเรียกชื่อให้มารับบัตรลงคะแนน แล้วไปลงคะแนนลับได้

ในกรณีของการแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หลักนิติธรรมเรียกร้องให้ต้องแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวเพื่อให้อำนาจคานซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดหรือพรรคการเมืองใดมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด แต่ก็เป็นที่รู้กันโดยทั่วไปว่า ในระหว่างปี พ.ศ. 2548 – 2549 อำนาจอธิปไตยในประเทศไทยไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างแท้จริง ทั้งนี้เพราะอำนาจนิติบัญญัติ

และอำนาจบริหาร อยู่ในมือของคนกลุ่มเดียวกัน และผู้กุมอำนาจทั้งสองอำนาจ ยังเข้าไปแทรกแซง การแต่งตั้งตุลาการในศาลต่างๆ รวมทั้งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วย จนทำให้อำนาจทั้งสาม ตกอยู่ในมือของคนกลุ่มเดียวกัน อันทำให้ระบบการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจในประเทศไทยล้มเหลว อย่างสิ้นเชิง สิทธิเสรีภาพของประชาชนในช่วงดังกล่าวจึงถูกละเมิดโดยไม่มีมาตรการใดๆ ทั้งสิ้น

ในประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 ได้ขยายสิทธิเสรีภาพของประชาชนออกไปอย่างกว้างขวาง ครอบคลุมทั้งสิทธิเสรีภาพในด้าน ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในทางการเมือง และสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม อย่างไรก็ตาม การละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากผู้มีอำนาจ ก็ยังเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะป็นกรณี กรือเซะ ตากใบ มาบตาพุด หรือแม้แต่การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธของประชาชน เพื่อคัดค้านรัฐบาลที่กระทำการคอร์ปชั่นโกงกินบ้านเมือง ก็ยังมีการใช้กำลังอาวุธทำร้ายประชาชน อยู่เรื่อยๆ โดยไม่สามารถหาตัวผู้กระทำความผิดได้

ในประเด็นเรื่องความเป็นอิสระของศาลเพื่อให้ศาลทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2540 ได้วางรากฐานให้แก่ระบบศาลของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแยกศาลปกครองออกจากศาลยุติธรรม เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะ รวมตลอดถึงการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ทั้งการพิจารณา กฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงคดีรัฐธรรมนูญอื่นๆ ด้วย ในทางปฏิบัติ ยังพบว่าศาลมักถูกแทรกแซงโดยผู้มีอำนาจผ่านกระบวนการสรรหาองค์กรตุลาการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ผู้มีอำนาจ มักจัดตั้งคนของตนเองที่ไม่มีความรู้ความสามารถ และไม่มีอิสระอย่างแท้จริง เข้ามาทำหน้าที่ในการพิพากษาคดีตามทิศทางที่ผู้มีอำนาจเหล่านั้นต้องการ ศาลทั้งสามศาลที่ทำหน้าที่โดยอิสระ มักถูกใส่ความเมื่อการพิพากษาคดีไม่เป็นไปตามที่ผู้มีอำนาจต้องการ วาทกรรมเรื่อง “ตุลาการภิวัตน์” ซึ่งเป็นวาทกรรมที่ต้องการให้ประชาชนมองศาลในเชิงลบเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง และในท้ายที่สุด กระบวนการทำลายศาล กระบวนการทำลายอำนาจตุลาการ ยังสร้างความเข้าใจผิดให้ประชาชนด้วยวาทกรรมล่าสุด นั่นก็คือการไม่ยอมรับอำนาจศาลเมื่อเห็นว่าศาลพิพากษาคดีแตกต่างไปจากที่ผู้มีอำนาจต้องการ ไม่ว่าจะเป็นการพิพากษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในการพิพากษาคดีที่มีการขอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือในคดีที่ศาลแพ่งให้ความคุ้มครองผู้ชุมนุมที่นำโดย กปปส. จากการใช้อำนาจตามพระราชกำหนดสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาล

พฤติกรรมของผู้มีอำนาจทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น ล้วนเป็นการทำลายหลักนิติธรรมในประเทศไทยทำให้หลักนิติธรรมที่ผู้คนทั่วไปเชื่อมั่นสั่นคลอน

แม้หลักนิติธรรมจะได้สถาปนาลงสู่ระบบกฎหมายไทยแล้วก็ตาม แต่คนไทยทุกคนยังต้องช่วยกันรักษาปกป้องหลักการดังกล่าวให้เกิดขึ้นอย่างจริงจัง หลักนิติธรรมที่คนไทยคาดหวังจะให้เกิดขึ้นในประเทศไทยจึงจะเจริญก้าวหน้าพัฒนาถาวรสืบไป

หลักนิติธรรมในโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและ สร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท

สุภา ปิยะจิตติ*

มหาอุทกภัยที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยในช่วงปี พ.ศ. 2554 สร้างความเสียหายอย่างใหญ่หลวงกับประเทศ โดยมีผู้ที่ได้รับผลกระทบจากน้ำท่วมเมื่อปี 2554 ทั้งหมด 65 จังหวัด จึงต้องย้อนกลับมาพิจารณาทบทวนกันว่าในอนาคตจะมีแนวทางในการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้อีกอย่างไรบ้าง จนเกิดแนวคิดของรัฐบาลที่ต้องการดำเนินโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศเพื่อการบริหารจัดการน้ำ ทั้งในภาวะน้ำท่วมและน้ำแล้ง โดยจะดำเนินการทั้งต้นน้ำ กลางน้ำและปลายน้ำให้มีการบริหารจัดการที่สอดคล้อง เป็นเอกภาพ แต่เนื่องจากลักษณะของการดำเนินโครงการดังกล่าวถูกสาธารณชนวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากและไม่ชัดเจน โปร่งใส ขัดต่อหลักนิติธรรม ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงความหมายและลักษณะของหลักนิติธรรม และลักษณะของโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ว่ามีลักษณะของโครงการเป็นอย่างไร และมีการดำเนินการไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรมจริงหรือไม่

1. คำนิยามและลักษณะของหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

1.1 ความเป็นมาของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หรือที่คนในแวดวงกฎหมายก่อนหน้านี้หาคำนิยามต่างๆ นานา ว่าเป็น หลักกฎหมาย หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย นิติธรรมวินัย หลักธรรมแห่งกฎหมาย นิติสดมภ์¹ หลักการปกครองที่ดำเนินไปอย่างเป็นธรรมโดยกลไกของกฎหมาย²

* กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

¹ ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณิชกร กรวิชัย องค์กรมนตรี, **หลักนิติธรรม** (กรุงเทพฯ : บ.ธนาเพรส จำกัด, ตุลาคม 2552 พิมพ์ครั้งที่ 2) หน้า 1

² จริญญา โฆษณานันท์, บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม” (Historico-Societal Context of the Rule of Law Ideology) ใน **นิติรัฐ นิติธรรม**, ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ บรรณาธิการ (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พฤษภาคม 2553) หน้า 98

แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมมีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุด โดยเพลโต (Plato 429-348 B.C) ผู้เป็นนักปราชญ์ชาวกรีก ซึ่งเดิมเพลโตเห็นว่าการปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ที่เป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายเพลโตไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในที่สุดเพลโตจึงหันมาให้ความสนใจกับกฎหมาย โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้ ต่อมาแนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายเริ่มเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักฐานอยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (MAGNA CARTA) ค.ศ. 1215 อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลกโดยศาสตราจารย์ เอ.วี.ไดซี (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด³ : ซึ่งไดซีให้ความหมายของ The Rule of Law ว่าต้องมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

1. ต้องไม่มีการใช้ระบอบทรราชย์ คือ ระบบที่ผู้ปกครองบ้านเมืองที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจทำความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ผู้อยู่ใต้การปกครองของตน และบุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษเว้นแต่ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การนำตัวบุคคลไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

2. บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย ไม่มีบุคคลโดยอยู่นอกกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครและมีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

3. รัฐธรรมนูญของอังกฤษ ไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย คือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เป็นเพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้⁴

³ Plato, *The Law* (Trans. T.J. Saunders, Penquin Classics, 1975) อ้างใน ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548) หน้า 110-115

⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *หลักนิติธรรม*, หน้า 3-4

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4

1.2 หลักนิติธรรมในบริบทสังคมไทย

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้คำแปลของ “**นิติธรรม**” ว่า หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย

ธานินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี ให้ความหมายของ “**หลักนิติธรรม**” ว่าเป็น หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม

ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ปลัดกระทรวงยุติธรรม ให้คำอธิบาย “**หลักนิติธรรม**” ว่าเป็น สังคมที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการบริหารบ้านเมือง สังคมที่ยึดถือหลักนิติธรรม คือ สังคมที่ปกครองโดยหลักกฎหมาย หรือสังคมที่กฎหมายเป็นใหญ่ อันแตกต่างจากระบอบอัตตาธิปไตยที่ทุกสิ่งทุกอย่างเป็นไปตามใจของผู้มีอำนาจ หรืออนาธิปไตยที่ทุกสิ่งทุกอย่างขึ้นอยู่กับอำเภอใจของแต่ละคน หลักนิติธรรมจึงมีความหมายเป็น 2 นัย กล่าวคือ กฎหมายต้องมีความเป็นธรรม คือ ต้องมีความชัดเจน แน่นนอน และต้องสามารถจัดสรรสิทธิประโยชน์ของบุคคลอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องบังคับใช้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ ประชาชนในสังคมไม่ว่ายากดีมีจน จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ กรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ ให้ความหมายของ “**หลักนิติธรรม**” ว่าหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย อันหมายความว่า รวมถึง การบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย หลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติธรรม คือ หลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีองค์ประกอบหรือสาระสำคัญคือ

1. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลัง หรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ

5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น

6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ

ท่านชัชวาลน์ วงศ์วัฒนศานต์ รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้คำอธิบาย “**หลักนิติธรรม**” ว่าหลักนิติธรรม มีความหมายหลากหลายตามความเห็นของแต่ละคน แต่ได้ก่อรูปร่างชัดเจนขึ้นว่า เป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ (individual interest) และเป็นธรรมทั้งต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน (ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของรัฐ (public interest) เพราะรัฐประกอบด้วยประชาชน) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อคุ้มครองทั้งประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน และในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกันก็ต้องคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรม โดยสาระสำคัญของหลักนิติธรรมจำแนกได้ดังนี้

1. การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กร (supremacy of law) ไม่ว่าจะป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ จะมีขอบเขต ข้อจำกัดการใช้อำนาจต่างๆ ที่มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันและไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) เป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลคนเดียวจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีการคานและดุลอำนาจกัน อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ง่าย

3. การมีกฎหมายที่ดี (good law) อันจะมีความเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย ดังนี้

3.1 ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมาย มีความเห็นว่า กฎหมายต้องมีความชัดเจน (clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ หรือสามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง และกฎหมายต้องมีความแน่นอนมั่นคง (certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตนเอง และความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย คือหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (security of right) ที่กฎหมายต้องเคารพและคุ้มครอง

3.2 ในแง่สาระของกฎหมาย กฎหมายต้องมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม เพื่อให้คนในสังคมได้รับประโยชน์และการปฏิบัติที่เป็นธรรม และความเป็นธรรมนี้ต้องให้การคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอหรือผู้ด้อยโอกาสมิให้เสียเปรียบ เพื่อให้ทุกคนมีความเท่าเทียมกันทั้งในทางกฎหมาย เศรษฐกิจและสังคม

4. การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (administrative legality) หมายถึง ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และต้องถูกตรวจสอบทางกฎหมายและทางการเมือง หากกระทำการไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน (state responsibility)

5. การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล หากเห็นว่าการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไม่ถูกต้อง หรือไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ต้องให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ หรือศาล เพื่อเป็นหลักประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสำหรับคนในสังคมไม่ให้ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควร

1.3 หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

หลักนิติธรรมมีการพูดถึงกันมากขึ้นในสังคมไทยและได้มีการนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**

มาตรา 78 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

(1) บริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปเพื่อการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศอย่างยั่งยืน โดยต้องส่งเสริมการดำเนินการตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงและคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติในภาพรวมเป็นสำคัญ

(2) จัดระบบการบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่นให้มีขอบเขตอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบที่ชัดเจนเหมาะสมแก่การพัฒนาประเทศ และสนับสนุนให้จังหวัดมีแผนและงบประมาณเพื่อพัฒนาจังหวัด เพื่อประโยชน์ของประชาชนในพื้นที่

(3) กระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นพึ่งตนเองและตัดสินใจในกิจการของท้องถิ่นได้เอง ส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการดำเนินการตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ พัฒนาเศรษฐกิจของท้องถิ่นและระบบสาธารณสุขและสาธารณสุขการ ตลอดจนทั้งโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศในท้องถิ่น ให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ รวมทั้งพัฒนาจังหวัดที่มีความพร้อมให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดใหญ่ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชนในจังหวัดนั้น

(4) พัฒนาระบบงานภาครัฐ โดยมุ่งเน้นการพัฒนาคุณภาพ คุณธรรม และจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ควบคู่ไปกับการปรับปรุงรูปแบบและวิธีการทำงาน เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน

เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้หน่วยงานของรัฐใช้หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการ

(5) จัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่น เพื่อให้การจัดทำและการให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**

(7) จัดให้มีแผนพัฒนาการเมือง รวมทั้งจัดให้มีสภาพพัฒนาการเมืองที่มีความเป็นอิสระ เพื่อติดตามสอดส่องให้มีการปฏิบัติตามแผนดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

(8) ดำเนินการให้ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับสิทธิประโยชน์อย่างเหมาะสม

1.4 หลักนิติธรรมในทัศนะของผู้เขียน

หากพิจารณาแนวคิดการให้นิยามความหมายของหลักนิติธรรมของนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายมารวมกัน ผู้เขียนเห็นว่าทุกแนวคิดมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์เดียวกันคือ ต้องการให้กฎหมายมีความเป็นธรรม เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน และจำกัดควบคุมอำนาจรัฐไม่ให้ลุแก่อำนาจจนเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม ผู้เขียนจึงขอนิยามหลักนิติธรรมว่า เป็น**หลักคุณธรรมของกฎหมาย หรือกฎหมายที่ให้ความเป็นธรรม** และลักษณะต่างๆ ของความเป็นธรรมที่วานี้สามารถใช้สามัญสำนึกของคนทั่วไปพิจารณาได้ เช่น กฎหมายต้องมีความชัดเจน แน่นนอน บังคับใช้กับทุกคนอย่างเสมอภาค เท่าเทียม ไม่เลือกปฏิบัติ แม้ผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมืองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันกับประชาชนและไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ จนทำความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ประชาชน องค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ จะต้องกระทำการต่างๆ ภายในขอบอำนาจของตนที่กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเป็นอิสระ เพื่อการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกัน สอดคล้องกับ**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550 มาตรา 3 วรรคสอง** ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” และสอดคล้องกับ**มาตรา 78** ที่กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**

2. หลักนิติธรรมในโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท

โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท เป็นโครงการภายใต้การบริหารงานของรัฐบาล ในช่วงปี 2554 มีที่มาจากความต้องการแก้ปัญหาอุทกภัยที่เกิดขึ้นในปี 2554⁶ โดยรัฐบาลเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันปัญหาอุทกภัยที่อาจเกิดขึ้นได้อีก จึงได้บัญญัติกฎหมายในลักษณะของพระราชกำหนด กล่าวคือ พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555

สำหรับรูปแบบของโครงการฯ ตามขอบเขตของงาน หรือ TOR (Terms of Reference) หรือข้อกำหนดของผู้ว่าจ้างกำหนดให้ใช้วิธีการ Design-Build with Guaranteed Maximum Price หรือ GMP เป็นวิธีการจ้างออกแบบและก่อสร้างพร้อมประกันราคาไม่เกินวงเงินสูงสุด ซึ่งวิธีการนี้ไม่ใช่วิธีการทั่วไปที่มีระเบียบที่ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของส่วนราชการ (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549)

โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำ ภายใต้งบประมาณ 350,000 ล้านบาท มีพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 เป็นกฎหมายระดับพระราชกำหนดเพื่อกู้เงินมาใช้ในโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำ โดยกำหนดระยะเวลาเบิกเงินกู้ภายในวันที่ 30 มิถุนายน 2556 และมีประกาศ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการพัสดุในการดำเนินโครงการ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารโครงการและการใช้จ่ายเงินกู้เพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การกู้เงินสำหรับโครงการเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 ในปีงบประมาณ 2556 ครั้งที่ 1-6 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารโครงการและการใช้จ่ายเงินกู้เพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นกฎหมายลำดับรอง

⁶ ตามหมายเหตุ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 ท้ายพระราชกำหนดฯ

นอกจากนั้นยังมีมติคณะรัฐมนตรีที่สำคัญคือ มติ ครม. เมื่อวันอังคารที่ 18 มิถุนายน 2556 อนุมัติแผนการกู้เงินตามพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 วงเงิน 314,337.875 ล้านบาท และอนุมัติผลการพิจารณาคัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอโครงการเพื่อออกแบบและก่อสร้างระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างยั่งยืนและระบบแก้ไขปัญหามลพิษของประเทศไทย ในกรอบวงเงิน 284,754.778 ล้านบาท⁷

จากการค้นคว้าข้อมูลของผู้เขียนพบว่า มีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่า กระบวนการลงทุนในโครงการขนาดใหญ่นี้ “กลับหัวกลับหาง” โดยกล่าวว่า ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 การทำโครงการขนาดใหญ่ของรัฐจะต้องเริ่มต้นจากการศึกษาแผนงานหรือโครงการที่จะก่อสร้าง รวมถึงศึกษาผลกระทบต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นจากโครงการนั้นๆ เมื่อศึกษาครบทั้งหมดแล้วต้องทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (EIA) หรือรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (EHIA) แล้วส่งต่อให้สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (สผ.) พิจารณาเพื่ออนุมัติหรือส่งกลับแก้ไขเพิ่มเติม หลังจากนั้นจึงมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบ ในกรณีที่ประชาชนเห็นด้วย จึงสามารถออกแบบโครงการและจัดประกวดราคาได้ ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้ต้องทำโดยรัฐบาล เมื่อรัฐบาลประกวดราคาได้เรียบร้อยแล้ว บริษัทเอกชนที่ประมูลราคาได้ก็จะเข้ามาก่อสร้างตามที่รัฐบาลกำหนดไว้ แต่สำหรับโครงการบริหารจัดการน้ำ 3.5 แสนล้านบาท ของรัฐบาลเพื่อแก้ไขปัญหาทั่วม ในปี 2554 นั้น แตกต่างจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยสิ้นเชิงและกลับหัวกลับหาง กล่าวคือ รัฐบาลมีหน้าที่จัดประกวดราคาเพียงอย่างเดียว และขั้นตอนที่เหลือกำหนดให้เอกชนทำทั้งหมด ตั้งแต่ศึกษาผลกระทบของโครงการ ทำ EIA หรือ EHIA จัดเวทีรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ออกแบบโครงการก่อสร้าง กำหนดราคากลางและก่อสร้างโครงการ ที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐบาลใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยยุทธศาสตร์เพื่อวางระบบการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2554 ที่ประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2554 และแต่งตั้งคณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อวางระบบการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ (กยน.) ต่อมาเมื่อวันที่ 26 มกราคม 2555 รัฐสภารับรองพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตของประเทศ พ.ศ. 2555 เพื่อขับเคลื่อนโครงการลงทุนขนาดใหญ่วงเงิน 3.5 แสนล้านบาท ซึ่งมีผลทางกฎหมายภายในวันที่ 30 กันยายน 2556⁸

⁷ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0506/15635 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2556 เรื่อง ผลการประชุมของคณะกรรมการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัย (กบอ.) ครั้งที่ 8/2556

⁸ อ้างอิงจาก <http://thaipublica.org/2013/12/water-projects-public-hearing-1/> เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2557

แผนภาพแสดงข้อกล่าวหาว่าโครงการบริหารจัดการน้ำฯ “กลับหัวกลับหาง”

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการปชสพ.พ.ศ. 2535



ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี 2555 (เฉพาะโครงการบริหารจัดการน้ำฯ)



5 กุมภาพันธ์ 2556 - ประกาศผลผู้มีสิทธิ์เปิดประมูล 6 กลุ่มบริษัท
3 พฤษภาคม 2556 - เปิดประมูล 4 บริษัท (กอนตัว 2)
18 มิถุนายน 2556 - อนุมัติผู้ได้รับคัดเลือก 4 ราย

27 มิถุนายน 2556 - ศาลปกครองพิพากษาให้รัฐบาลกลับไป
รับฟังความคิดเห็นจากประชาชนทั่วไป พร้อมกับทำ EIA
ก่อนลงนามในสัญญาว่าจ้างบริษัทเอกชน

15 ตุลาคม - 6 ธันวาคม 2556 - รับฟังความคิดเห็นประชาชน
ถึง 77 จังหวัด



- หมายเหตุ 1. ศึกษาความเหมาะสมและความเป็นไปได้ของโครงการ (Feasibility Study) และเสนอสำนักงานเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี
2. หากโครงการผ่านความเห็นชอบก็ต้องศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมและผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

หลังจากนั้นจึงออกระเบียบและแต่งตั้งคณะกรรมการหลายชุดเพื่อขับเคลื่อนโครงการในวงเงิน 3.5 แสนล้านบาท โดยออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2555 โดยประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2555 และแต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ (กอนช.) และคณะกรรมการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัย (กบอ.) และสำนักงานนโยบายและบริหารจัดการน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ (สบอช.) ขึ้น

ต่อมาวันที่ 13 มีนาคม 2555 ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารโครงการและการใช้จ่ายเงินกู้เพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตของประเทศ 2555 และตั้งคณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อการฟื้นฟูและสร้างอนาคต (กยอ.) ขึ้น

หลังจากนั้น กยน. ได้ทำแผนแม่บทการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำขึ้นมา สรุปแล้วมีทั้งหมด 10 โครงการ 9 โมดูล ดังนี้

โมดูล A1 การสร้างอ่างเก็บน้ำอย่างเหมาะสมและยั่งยืนในพื้นที่ลุ่มน้ำปิง, ยม, น่าน, สะแกกรัง และป่าสัก

โมดูล A2 การจัดทำผังการใช้ที่ดิน/การใช้ประโยชน์ที่ดิน ในพื้นที่ลุ่มน้ำ รวมทั้งการจัดทำพื้นที่ปิดล้อมพื้นที่ชุมชนและเศรษฐกิจหลัก สำหรับพื้นที่ลุ่มน้ำเจ้าพระยา

โมดูล A3 การปรับปรุงพื้นที่เกษตรชลประทานในพื้นที่โครงการชลประทานเหนือ จ.นครสวรรค์ เพื่อเก็บกักน้ำหลากชั่วคราว

โมดูล A4 การปรับปรุงสภาพลำน้ำสายหลักและการป้องกันการกัดเซาะตลิ่งริมแม่น้ำ ในพื้นที่แม่น้ำยม, น่าน และเจ้าพระยา

โมดูล A5 การจัดทำทางผันน้ำ (Flood diversion channel)

โมดูล A6 และ B4 ระบบคลังข้อมูลเพื่อการพยากรณ์และเตือนภัย รวมทั้งการบริหารจัดการน้ำ

โมดูล B1 การสร้างอ่างเก็บน้ำอย่างเหมาะสมและยั่งยืน ในพื้นที่ลุ่มน้ำ 17 ลุ่มน้ำ

โมดูล B2 การจัดทำผังการใช้ที่ดิน/การใช้ประโยชน์ที่ดิน ในพื้นที่ลุ่มน้ำ รวมทั้งการจัดทำพื้นที่ปิดล้อมพื้นที่ชุมชนและเศรษฐกิจหลักในพื้นที่ลุ่มน้ำ 17 ลุ่มน้ำ

โมดูล B3 การปรับปรุงสภาพลำน้ำสายหลักและการป้องกันการกัดเซาะตลิ่งริมแม่น้ำ ในพื้นที่ลุ่มน้ำ 17 ลุ่มน้ำ

โครงการต่างๆ เปิดประมูลไปเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2556 และประกาศผลเมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2556 โดยผลการประมูลปรากฏว่ามีบริษัทต่างๆ ชนะการประมูลดังนี้

ผลการประมูลโครงการน้ำ 3.5 แสนล้าน

บริษัท	โครงการ
บริษัท ไครี วอเตอร์ รีซอร์สเซส คอร์ปอเรชั่น (เค-วอเตอร์)	โมดูล A3 และ A5
บริษัทร่วมทุนระหว่างบริษัท อิตาลีไทย ดีเวลอปเม้นท์ จำกัด (มหาชน) กับบริษัท พาวเวอร์ โชน่า (ITD POWER CHINA JV)	โมดูล A1, A2, A4, B1 และB3
กิจการร่วมค้า ซัมมิท เอสยูที	โมดูล B2
กลุ่มบริษัทค้าร่วม ลีอชเลย์ โดยกลุ่มเค-วอเตอร์ และกลุ่มอิตาลีไทยฯ	โมดูล A6 และ B4



วันที่ 27 มิถุนายน 2560 ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษากรณีที่สมาคมต่อต้านสภาวะโลกร้อน กับพวกรวม 45 คน ฟ้อง นายกรัฐมนตรี คณะกรรมการนโยบายน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ (กนอช.) คณะกรรมการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัย (กบอ.) และคณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อวางระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ (กยน.) ในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการดำเนินการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำโดยไม่ได้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (public hearing) และศาลพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการจัดทำแผนแม่บทการบริหารจัดการน้ำ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 57 วรรคสอง⁹ และละเลยหน้าที่ที่ต้องศึกษาและประเมิน

⁹ มาตรา 57 วรรคสอง “การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ในที่ดิน และการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนดำเนินการ”

ผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน ตามมาตรา 67 วรรคสอง¹⁰ จึงให้รัฐบาลกลับไปรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน และทำอีไอเอหรืออีเอชไอเอก่อนลงนามในสัญญาว่าจ้างบริษัทเอกชน

ในขณะที่กระทรวงการคลัง ได้ลงนามในสัญญาเงินกู้แบบมีระยะเวลา (term loan) เป็นครั้งที่ 2 วงเงิน 324,606 แสนล้านบาท กับธนาคารพาณิชย์ใหญ่ 4 แห่ง ได้แก่ ธนาคารกรุงไทย ธนาคารออมสิน ธนาคารกรุงเทพ และธนาคารกสิกรไทย ก่อนที่พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตของประเทศ พ.ศ. 2555 จะหมดอายุ ในวันที่ 30 มิถุนายน 2556 (ตามมาตรา 3)

จากคำสั่งศาลทำให้รัฐบาลจัดเวที่รับฟังความคิดเห็นขึ้นทุกจังหวัดของประเทศไทยระหว่างวันที่ 15 ตุลาคม ถึง วันที่ 6 ธันวาคม 2556 โดยมีจังหวัดที่มีโครงการรวม 36 แห่ง และจังหวัดที่ไม่มีโครงการอีก 41 แห่ง¹¹

ตามข้อวิพากษ์วิจารณ์และคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยไว้ นั้นทำให้ผู้เขียนสามารถวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำฯ ภายใต้งบประมาณ 350,000 ล้านบาท กับความชอบด้วยหลักนิติธรรมได้ ดังนี้

2.1 การบัญญัติกฎหมายในลักษณะของพระราชกำหนด

พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ พ.ศ. 2555 เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการออกพระราชกำหนดอันเป็นลักษณะของกฎหมายที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลักษณะเช่นนี้ใช้บังคับได้ ซึ่งถือว่าฝ่ายบริหารใช้อำนาจแทนฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้เขียนเห็นว่า การตราพระราชกำหนดเช่นนี้ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) ตามหลักนิติธรรม เนื่องจากโครงการดังกล่าวเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีการดำเนินงานครอบคลุมเกือบทั้งประเทศ ซึ่งการดำเนินการทุกส่วนต้องสอดรับกันการบริหารจัดการน้ำจึงจะมีประสิทธิภาพทั้งประเทศ และเนื่องจากเป็นการดำเนินการในระยะยาว ใช้เวลาดำเนินการมาก จึงควรต้องมีการศึกษาอย่างรอบคอบ ครบถ้วน

¹⁰ มาตรา 67 วรรคสอง “การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว”

¹¹ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 8

และรัดกุม ดังนั้น รัฐบาลจึงควรใช้กระบวนการกู้เงินตามปกติผ่านพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการตรวจสอบความเหมาะสมของโครงการที่จะกู้เงิน และการตราพระราชกำหนดโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นเร่งด่วน แม้ภายหลังรัฐสภาจะได้รับรองพระราชกำหนดดังกล่าวแล้วก็ตาม เพราะนับจากวันที่ 5 มีนาคม 2555 รัฐบาลนำร่างพระราชกำหนดฯ เงินกู้ 3.5 แสนล้านบาท ส่งให้ที่ประชุมวุฒิสภาโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นเร่งด่วน ทำให้ที่ประชุมวุฒิสภามีมติเห็นชอบให้ผ่านร่างกฎหมายดังกล่าวไป แต่ปรากฏว่ากว่า 1 ปีที่ผ่านมา มีส่วนราชการเจ้าของโครงการมาเบิกจ่ายเงินกู้ไม่ถึง 12,000 ล้านบาท คิดเป็นสัดส่วน 3.5% ของวงเงินกู้ 3.5 แสนล้านบาท และนับจากวันที่ทำสัญญาเงินกู้จนถึงวันที่ 21 มิถุนายน 2556 ส่วนราชการเจ้าของโครงการ 13 แห่ง เบิกเงินกู้ไปแล้วทั้งสิ้น 11,734.85 ล้านบาท เท่านั้น จึงอาจถือไม่ได้ว่าโครงการนี้มีความจำเป็นเร่งด่วน

2.2 การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย

เนื่องจากโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท เป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีการดำเนินงานครอบคลุมเกือบทั้งประเทศ แผนงานที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าวมีทั้งแผนงานฟื้นฟูและอนุรักษ์ป่าและระบบนิเวศ วงเงิน 60,000 ล้านบาท แผนงานฟื้นฟูและปรับปรุงประสิทธิภาพสิ่งก่อสร้าง วงเงิน 177,000 ล้านบาท แผนงานพัฒนาคลังข้อมูล ระบบพยากรณ์ และเตือนภัย วงเงิน 3,000 ล้านบาท แผนงานกำหนดพื้นที่รับน้ำนองและมาตรการช่วยเหลือผู้ได้รับผลกระทบ วงเงิน 60,000 ล้านบาท แผนการดำเนินการบริหารจัดการน้ำ 17 กลุ่มน้ำ วงเงิน 40,000 ล้านบาท และแผนการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ฟื้นฟูและสร้างอนาคตประเทศ วงเงิน 10,000 ล้านบาท ซึ่งการดำเนินงานตามแผนงานข้างต้นนี้ย่อมจะต้องมีผลกระทบต่อทั้งบุคคล ทรัพย์สิน สิ่งแวดล้อมต่างๆ ผู้เขียนจึงเห็นว่าโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท คณะกรรมการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัย (กบอ.) และผู้รับผิดชอบโครงการดังกล่าวไม่ได้มีการดำเนินการให้ครบถ้วนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับที่สำคัญดังนี้

2.2.1 ผู้รับผิดชอบโครงการดังกล่าวไม่ได้มีการเสนอโครงการพัฒนาหรือแผนงานต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นประกอบการพิจารณากำหนดงบประมาณรายจ่าย

ตามพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 มาตรา 13 บัญญัติว่า “ให้กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง หรือกรม และรัฐวิสาหกิจเสนอโครงการพัฒนาหรือแผนงานต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นประกอบการพิจารณากำหนดงบประมาณรายจ่าย

ในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีงบประมาณ หรือร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมงบประมาณประจำปีงบประมาณ”

คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มีหน้าที่ พิจารณา กลั่นกรอง ควบคุมการลงทุนในโครงการหรือแผนงานของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่เป็นการลงทุนของประเทศ ที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม อันมิใช่เป็นโครงการปกติของส่วนราชการหรือหน่วยงานนั้นว่า มีความเป็นไปได้ทางการเงิน เศรษฐกิจหรือสังคมหรือไม่ หากเห็นว่าเป็นประโยชน์ คุ่มค่าทางเศรษฐกิจ ไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน จึงจะบรรจุให้มีการจัดสรรงบประมาณต่อไป

จากนั้นสำนักงานงบประมาณจะมีหน้าที่พิจารณา ควบคุม กำกับ ดูแล งบประมาณ ว่ามีข้อจำกัดอย่างไรหรือไม่ โดยคำนึงถึงวินัยทางการคลังและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ก่อนจะบริหารจัดการงบประมาณให้เกิดประโยชน์สูงสุดและคุ้มค่า บรรลุเป้าหมายและผลสัมฤทธิ์ของงานตามแผนที่กำหนดไว้ ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502

แต่สำหรับโครงการบริหารจัดการน้ำฯ นี้ ไม่พบว่ามี การเสนอโครงการให้ คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติพิจารณาความเป็นไปได้และความเหมาะสมของโครงการแต่อย่างใด ดังนั้น จึงถือได้ว่าไม่ได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนเลย ส่งผลให้โครงการนี้ ไม่มีแผนแม่บทที่ชัดเจน มีแต่ความต้องการกว้างๆ ของคณะกรรมการกำหนดนโยบายต่างๆ และ ผลักภาระหน้าที่ทั้งหมดให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินโครงการ จึงเกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่ได้ดำเนินการโดยโปร่งใส ตามขั้นตอนที่ถูกต้อง ทำให้ผู้มีหน้าที่ไม่ได้ทำหน้าที่ ขัดกับหลักนิติธรรมอย่างร้ายแรง ในประการที่รัฐไม่ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย

2.2.2 ผู้รับผิดชอบโครงการดังกล่าวไม่ได้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสีย ดังนี้

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนที่ 12 สิทธิชุมชน มาตรา 67 วรรคสองและวรรคสาม บัญญัติว่า “การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษา ที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

สิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการ ส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ข. พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ส่วนที่ 4 การทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) มาตรา 47 บัญญัติว่า “ในกรณีที่โครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 46 เป็นโครงการหรือกิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือโครงการร่วมกับเอกชน ซึ่งต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ตามระเบียบปฏิบัติของทางราชการ ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้น **จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม** ตั้งแต่ในระยะทำการศึกษาความเหมาะสมของโครงการเสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เสนอตามวรรคหนึ่ง คณะรัฐมนตรีอาจขอให้บุคคลหรือสถาบันใด ซึ่งเป็นผู้ชำนาญการหรือเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมทำการศึกษาและเสนอรายงานหรือความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

สำหรับโครงการหรือกิจการของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 46 ซึ่งไม่จำเป็นต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้นจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบก่อนที่จะดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 และมาตรา 49”

ค. พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “มาตรา 11 บุคคลหรือคณะบุคคลมีสิทธิร้องขอให้มีการประเมินและมีสิทธิร่วมในกระบวนการ**ประเมินผลกระทบด้านสุขภาพ**จากนโยบายสาธารณะ

บุคคลหรือคณะบุคคลมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อสุขภาพของตนหรือของชุมชนและแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำฯ ไม่ได้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 67 วรรคสอง สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลปกครองกลาง ที่ได้มีคำพิพากษาในคดีที่สมาคมต่อต้านสภาวะโลกร้อนกับพวกรวม 45 คน ฟ้อง นายกรัฐมนตรี คณะกรรมการนโยบายน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ (กนอช.) คณะกรรมการบริหารจัดการน้ำ

และอุทกภัย (กบอ.) และคณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อวางระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ (กยน.) ในเรื่องการดำเนินการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ โดยไม่ได้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (public hearing) ซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการจัดทำแผนแม่บทการบริหารจัดการน้ำตามมาตรา 57 วรรคสอง และละเลยหน้าที่ที่ต้องศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน ตามมาตรา 67 วรรคสอง อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม และหากหน่วยงานของรัฐไม่ดำเนินการจนเกิดความเสียหายแก่เอกชน กฎหมายก็ให้อำนาจองค์กรศาลในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารโดยการให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องร้องหน่วยงานเหล่านั้นได้

ภายหลังแม้รัฐบาลจะได้จัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนในโครงการดังกล่าวแล้ว โดยใช้งบประมาณ 184.64 ล้านบาท เพิ่งเสร็จสิ้นเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม 2556 ก็ยังมีข้อวิจารณ์กันว่า ในแต่ละพื้นที่ที่กำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นฯ ได้กำหนดจำนวนประชาชนไว้ล่วงหน้าว่าต้องการกี่คน ทำให้ในหลายพื้นที่ประชาชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องและได้รับความเดือดร้อนไม่สามารถมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างเป็นทางการ ต้องอยู่นอกห้องประชุม เพราะเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ เนื่องจากหน่วยงานต้องจ่ายเงินให้ผู้เข้าร่วมประชุมคนละ 400 บาท และในหลายพื้นที่ที่มีประชาชนไม่เห็นด้วยกับโครงการดังกล่าวได้เคลื่อนไหวประท้วงคัดค้าน¹² จึงอาจวิเคราะห์ต่อไปได้ว่าหากเป็นเช่นนี้จริง การกระทำของฝ่ายบริหารอาจจะขัดต่อหลักนิติธรรมอย่างร้ายแรงจนถึงขั้นลุแก่อำนาจไม่ยอมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างรอบด้าน

2.2.3 โครงการย่อยภายใต้โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณ 350,000 ล้านบาท มิได้มีการจัดทำราคากลางตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง¹³ เพื่อให้การประมูลโครงการมีการพิจารณาอย่างรอบคอบ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในหัวข้อ 2.3

¹² อ้างอิงจาก <http://thaipublica.org/2013/12/water-projects-public-hearing-1/> เมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2557

¹³ มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดทำข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะราคากลางและการคำนวณราคากลางไว้ในระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้

2.3 สภาพปัญหาในโครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณ 350,000 ล้านบาท ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับระเบียบว่าด้วยการพัสดุ คือ

จากประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 และเคยได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ประธานกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และประธานกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพอ) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ผู้เขียนได้วิเคราะห์โครงการบริหารจัดการน้ำ ซึ่งไม่ตรงตามแนวปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุที่ส่วนราชการใช้กันเป็นการทั่วไป ดังนี้

2.3.1 โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศ ภายใต้งบประมาณเงินกู้ 350,000 ล้านบาท ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า รูปแบบของโครงการฯ เป็นแบบ Design-Build with Guaranteed Maximum Price หรือเป็นวิธีการจ้างออกแบบและก่อสร้างพร้อมประกันราคา ไม่เกินวงเงินสูงสุด ซึ่งวิธีการนี้ ไม่มีในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่หากเปรียบเทียบกับวิธีการที่ใกล้เคียงกันที่มีกำหนดโดยมติคณะรัฐมนตรีแจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ส่วนที่ ๓๖๓๖ ที่ นร 0504/17233 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2546 เรื่อง การพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ และคู่มือการพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ คือ การจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ ที่มีลักษณะการดำเนินงานครอบคลุมการสำรวจ ออกแบบ ตลอดจนก่อสร้างจนแล้วเสร็จสมบูรณ์ รวมทั้งการบำรุงรักษาในช่วงเริ่มต้นของโครงการโดยผู้รับจ้างรายเดียวโดยมีรูปแบบการบริหารโครงการคือ การจ้างออกแบบควบคุมการก่อสร้าง (Design & Build Project)¹⁴ ซึ่งจะใช้กับโครงการที่มีวงเงินลงทุนและเทคโนโลยีสูง เป็นโครงการใหม่ที่ไม่เคยมีการดำเนินการมาก่อนในประเทศไทย จำเป็นต้องใช้ผู้รับเหมาที่มีความรู้ ความสามารถ และเทคนิคการดำเนินการพิเศษและกำหนดการชำระเงินตามความก้าวหน้าของงานเป็นงวดๆ โดยวิธีการนี้มีแนวทางการจัดทำโครงการ 3 ขั้นตอน คือ

(1) การจัดเตรียมและการเสนอขออนุมัติโครงการ โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องจัดเตรียมรายละเอียดโครงการ และดำเนินโครงการตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อวิเคราะห์ความเหมาะสมและความเป็นไปได้ของโครงการ เช่น เตรียมแผนการก่อสร้าง การออกแบบ การคำนวณราคากลาง การเตรียมสถานที่ การศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สังคม ชุมชน

¹⁴ รายละเอียดปรากฏตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ส่วนที่ ๓๖๓๖ ที่ นร 0504/17233 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2546 เรื่อง การพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ และคู่มือการพิจารณาโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ

ในพื้นที่โครงการ การกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วม ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เมื่อข้อมูลพร้อม จึงเสนอรายละเอียดโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานปรมาณและกระทรวงการคลัง ก่อนนำเสนอผลการวิเคราะห์ต่อคณะรัฐมนตรี

(2)การดำเนินโครงการ หลังจากคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบการดำเนินโครงการฯ แล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องจัดทำประกาศเชิญชวน เอกสารข้อเสนอ และคัดเลือกเอกชนเพื่อดำเนินโครงการ โดยดำเนินการตามข้อ 54 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในเรื่องวิธีการดำเนินโครงการจ้างเหมาแบบเบ็ดเสร็จ และให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาก่อนลงนาม

(3)การกำกับดูแลโครงการ เมื่อมีการลงนามในสัญญาแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการต้องแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับโครงการเพื่อทำหน้าที่ติดตามกำกับดูแลให้มีการดำเนินงานตามสัญญาและรายงานความคืบหน้า ปัญหาอุปสรรคต่อกระทรวงเจ้าสังกัดและคณะรัฐมนตรีทราบ เป็นรายไตรมาส

เมื่อเปรียบเทียบวิธีการจ้างออกแบบควบคู่การก่อสร้าง (Design & Build Project) ในขั้นตอนการจัดทำโครงการที่กล่าวมาข้างต้นกับวิธีการจ้างออกแบบและก่อสร้างพร้อมประกันราคาไม่เกินวงเงินสูงสุด (Design-Build with Guaranteed Maximum Price) ของโครงการบริหารจัดการน้ำฯ ผู้เขียนพบว่า วิธีการของโครงการบริหารจัดการน้ำฯ ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอน (สวนทาง) จากขั้นตอนปกติดังกล่าวอย่างสิ้นเชิง เช่น การจัดเตรียมโครงการ เตรียมแผนการก่อสร้าง การออกแบบ การคำนวณราคากลาง การเตรียมสถานที่ การศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สังคม ชุมชนในพื้นที่โครงการ การกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วม ซึ่งควรเป็นหน้าที่ของหน่วยงานราชการเจ้าของโครงการ และต้องดำเนินการเป็นลำดับแรกก่อนจนได้ข้อยุติหรือข้อสรุปตามด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงจะจัดจ้างเอกชนดำเนินการ แต่ในโครงการบริหารจัดการน้ำฯ กลับใช้วิธีการคัดเลือกเอกชนมาเป็นคู่สัญญาก่อน และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเอกชนผู้รับจ้างที่จะต้องวางแผนการก่อสร้าง การออกแบบ การศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สังคม ชุมชนในพื้นที่โครงการ ตลอดจนให้เอกชนจัดหาสถานที่เอง โดยหากจำเป็นต้องมีการอพยพราษฎรออกจากพื้นที่ เอกชนผู้รับจ้างต้องเป็นผู้ดำเนินการจ่ายค่าชดเชยต่างๆ เอง อีกทั้งไม่มีการเสนอรายละเอียดโครงการต่อสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานปรมาณและกระทรวงการคลัง ก่อนนำเสนอผลการวิเคราะห์ต่อคณะรัฐมนตรี ผลคือ หากเอกชนคู่สัญญาไม่สามารถดำเนินการได้ หรือประชาชนในพื้นที่ที่ได้รับผลกระทบซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่เห็นด้วย ไม่ยอมเจรจา ไม่ยอมออกจากพื้นที่ โครงการดังกล่าวจะดำเนินการต่อไปได้อย่างไร จะมีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ มากน้อยเพียงใด และใครควรเป็นผู้ต้องรับผิดชอบ เพราะเงินกู้ได้ดำเนินการกู้ออกมาแล้ว

อีกทั้งโครงการนี้กำหนดให้มีการจ่ายเงินล่วงหน้าบางส่วนให้ผู้รับจ้างก่อน เช่น Module A 5 การจัดทำทางผันน้ำฯ รวมการก่อสร้างถนน กำหนดให้มีการจ่ายเงินล่วงหน้าได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของค่าก่อสร้างตามสัญญา แต่ค่าก่อสร้างของโครงการนี้มีเพียงวงเงินงบประมาณซึ่งไม่ใช่ราคาซื้อหรือราคาจ้าง และการซื้อหรือการจ้างยังไม่สำเร็จเพราะยังไม่มีการออกแบบ ดังนั้นจึงไม่อาจกำหนดให้จ่ายเงินล่วงหน้าได้

2.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดของแบบรูปรายการ เนื่องจากเป็น การดำเนินงานที่ทำแบบ “Design and Build” หรือ “ออกแบบก่อสร้าง” หรือ “คิดไป ทำไป” จึงเป็นงานที่ไม่มีการออกแบบ ไม่มีรายละเอียดของงาน ตลอดจนไม่มีการกำหนดแบบรูปรายละเอียด เป็นเพียงการกำหนดแบบรูปอย่างกว้างหรือกรอบแนวคิด (Conceptual Plan) ของ การออกแบบก่อสร้างระบบการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ และระบบแก้ไขปัญหามลพิษของประเทศไทย เช่น การกำหนดเป็นพื้นที่ลุ่มน้ำ (Module) ตามตัวอย่าง TOR ดังนี้

โมดูล A 1 การสร้างอ่างเก็บน้ำอย่างเหมาะสมและยั่งยืนในพื้นที่ลุ่มน้ำปิง ยม น่าน สะแกกรัง และป่าสัก มีวัตถุประสงค์ของโมดูลนี้ คือ **เพื่อศึกษา สำรวจ และออกแบบก่อสร้าง** อ่างเก็บน้ำในพื้นที่ลุ่มน้ำปิง ยม น่าน สะแกกรัง และป่าสัก ให้ได้ความจุเก็บกักประมาณ 1,300 ล้านลูกบาศก์เมตร เพื่อการบริหารจัดการน้ำ การชลประทาน โดยเน้นการป้องกันน้ำท่วม และกำหนดให้ใช้งบประมาณไม่เกิน 50,000 ล้านบาท ก่อสร้างเสร็จภายในระยะเวลา 5 ปี

โมดูล A 2 การจัดทำผังการใช้ที่ดิน/การใช้ประโยชน์ที่ดินในพื้นที่ลุ่มน้ำ การจัดทำพื้นที่ปิดล้อม

โมดูล A 3 การปรับปรุงพื้นที่เกษตรและชลประทานเพื่อเก็บน้ำหลักชั่วคราว หรือแก้มลิง เป็นต้น

จากการสังเกตพบว่าในทุกโครงการ ทุกโมดูล มักจะขึ้นต้นด้วยคำว่า **“เพื่อศึกษา สำรวจ และออกแบบก่อสร้าง”**

การกำหนดรายละเอียดของแบบรูปรายการไม่ชัดเจนเช่นนี้เห็นว่า เป็นกรณี ที่ส่วนราชการ ไม่ทราบความต้องการของตนเองที่ชัดเจน และเขียนสิ่งที่ต้องการไม่ชัดเจน ปล่อยให้ เอกชนผู้รับจ้างดำเนินการเองทั้งหมด จึงย่อมจะเกิดความเสี่ยงต่อความสำเร็จของโครงการ ในการป้องกันน้ำท่วมอย่างมาก ทั้งเรื่องงบประมาณการก่อสร้างที่ไม่สามารถปรับเพิ่มหรือลดได้ ไม่ว่าจะสถานการณ์จะเปลี่ยนแปลงอย่างไร หรือการที่ยังไม่ได้ศึกษาผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม (EIA) ไม่ได้ทำประชาพิจารณ์จากภาคเอกชน การเวนคืนที่ดินเพื่อสร้างฟลัดเวย์ ซึ่งอาจเกิดการต่อต้าน จากประชาชนในพื้นที่ การปล่อยให้กลุ่มบริษัทที่ได้รับงานไปเพียงบริษัทเดียวสามารถดำเนินการได้เอง ทั้งหมด กลุ่มบริษัทเหล่านั้นจะต้องมีการจ้างบริษัทรับเหมาช่วงจำนวนมากเข้ามาช่วยงาน อาจเกิด

ปัญหาการแบ่งผลประโยชน์ไม่ลงตัว การกินหัวคิว ที่สำคัญคือการบริหารโครงการที่มีการทำงานไม่สอดคล้องกันจนโครงการไม่เสร็จเกิดการทิ้งงานช่วงใดช่วงหนึ่งจะสร้างความเสียหายและเสียเวลาในการดำเนินงาน หรืออาจจะได้ของที่มีดักบัวตุลประสงค์ ราคาแพง และไม่ตรงกับความต้องการ และในการดำเนินของแต่ละโมดูลที่ได้ผู้รับจ้างต่างรายกัน หากทำงานไม่สัมพันธ์กันจะมีข้อกังวลเป็นอย่างยิ่งว่า แต่ละลุ่มน้ำจะแก้ปัญหาหน้าแล้ง น้ำท่วมของทั้งประเทศได้สอดคล้องเป็นเอกภาพร่วมกันหรือไม่ จะเกิดปัญหาใหญ่ตามมาคือ การก่อสร้างโครงการทุกโมดูลเสร็จตามสัญญาจ้าง แต่ไม่สามารถป้องกันน้ำท่วมได้ หากเป็นเช่นนั้นแล้วผู้ใดควรเป็นผู้รับผิดชอบ

2.3.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเปิดเผยราคากลาง เนื่องจากโครงการนี้ไม่มีการกำหนดแบบรูปรายการละเอียดจะส่งผลกระทบต่อราคากลางของงานดังกล่าว ทำให้ไม่สามารถคำนวณราคากลางได้อย่างถูกต้อง และสอดคล้องกับการดำเนินงาน ประกอบกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ได้อาศัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 **มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง**¹⁵ กำหนดให้ส่วนราชการต้องประกาศราคากลางเพื่อให้สาธารณชนสามารถเสนอแนะวิจารณ์ และตรวจสอบการกำหนดราคากลางดังกล่าวได้ จากกรณีปัญหาการไม่กำหนดแบบรูปรายการละเอียดอย่างชัดเจนตามข้อที่กล่าวมาแล้วจะส่งผลต่อการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด แม้ว่าขณะนี้จะมีการประกาศสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การเปิดเผยราคากลางของทางราชการ โครงการเพื่อออกแบบและก่อสร้างระบบการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างยั่งยืนและระบบแก้ไขปัญหอุทกภัยของประเทศไทย กำหนดการใช้งบประมาณในแต่ละ Module เป็นจำนวนเงินไม่เกินวงเงินที่แต่ละ Module กำหนด เช่น พื้นที่ลุ่มน้ำเจ้าพระยา (Module A) กำหนดใช้งบประมาณไม่เกิน 50,000 ล้านบาท

การกำหนดเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการเปิดเผยเพียงวงเงิน ไม่ใช่การเปิดเผยราคากลางตามแนวทางมาตรา 103/7 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 และหนังสือเวียนกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0421.3/ว 22 ลงวันที่ 8 มีนาคม 2556 เรื่อง การปรับปรุง หลักเกณฑ์ แนวทาง และวิธีปฏิบัติในการเปิดเผยราคากลางของทางราชการ เพราะการเปิดเผยราคากลางต้องเป็นการเปิดเผยรายละเอียดค่าใช้จ่ายของโครงการที่เป็นราคามาตรฐานที่ใกล้เคียงความเป็นจริง ตามแนวทางของหนังสือเวียนกระทรวงการคลัง ซึ่งสามารถก่อสร้างหรือจัดหาได้จริง และใช้เป็นฐานสำหรับ

¹⁵ **มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง** ให้นำหน่วยงานของรัฐดำเนินการจัดทำข้อมูลรายละเอียดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง โดยเฉพาะราคากลางและการคำนวณราคากลางไว้ในระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าตรวจสอบได้

เปรียบเทียบราคาของผู้เข้าประกวดยื่นเสนอได้ แต่กรณีของโครงการนี้ยังไม่มีรายละเอียดรูปแบบรายการ และสิ่งก่อสร้างใดๆ ที่แน่ชัดว่าจะนำมาคำนวณหาราคามาตรฐานได้ และไม่สามารถเปรียบเทียบราคาของผู้เสนอราคาแต่ละรายได้ เพราะผู้เสนอราคาแต่ละรายเสนอกรอบแนวคิดที่แตกต่างกัน ไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้นจึงอาจถือไม่ได้ว่าเป็นการเปิดเผยราคากลางตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด จากกรณีปัญหาดังกล่าวสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ได้มีหนังสือหารือประเด็นดังกล่าวต่อคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุว่า โครงการวางระบบบริหารจัดการน้ำและสร้างอนาคตประเทศฯ สามารถที่จะดำเนินการโดยไม่อยู่ในบังคับของวิธีปฏิบัติในการเปิดเผยราคากลางของทางราชการได้หรือไม่ ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/28 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2556 (แจ้งตามหนังสือเวียนกระทรวงการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0421.3/ว 22 ลงวันที่ 8 มีนาคม 2556 เรื่อง การปรับปรุง หลักเกณฑ์ แนวทาง และ วิธีปฏิบัติในการเปิดเผยราคากลางของทางราชการ) ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุดูเห็นว่า การปรับปรุง หลักเกณฑ์ แนวทาง และวิธีปฏิบัติในการเปิดเผยราคากลางของทางราชการ เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/7 วรรคหนึ่งแล้ว ดังนั้นจึงไม่อาจพิจารณาเกินได้¹⁶

ผู้เขียนวิเคราะห์ต่อไปว่า เมื่อถือไม่ได้ว่ามีการเปิดเผยราคากลางตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. กำหนด ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง ซึ่งว่าด้วยการเปิดเผยราคากลางเป็นกฎหมายมหาชนที่ทุกคนต้องปฏิบัติตามโดยไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้นหากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องย่อมมีความผิดทางวินัยหรือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนจากตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 103/8 วรรคสองได้¹⁷ และขัดกับหลักนิติธรรมในประการที่ว่า รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น แต่กรณีดังกล่าวเป็นการละเว้นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด จึงอาจมีผลเช่นเดียวกับที่ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า นายกรัฐมนตรีและคณะกรรมการนโยบายน้ำและอุทกภัยแห่งชาติ

¹⁶ หนังสือคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ด่วนที่สุด ที่ กค (กพพ) 0421.3/15401 ลงวันที่ 30 เมษายน 2556 เรื่องข้อหารือ การปรับปรุงหลักเกณฑ์ แนวทาง และวิธีปฏิบัติในการเปิดเผยราคากลางของทางราชการ

¹⁷ มาตรา 103/8 ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่รายงานต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้หน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามมาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้ดำเนินการดังกล่าวและให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่ติดตามผลการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวด้วย

หน่วยงานของรัฐใดฝ่าฝืนหรือไม่ดำเนินการตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องมีความผิดทางวินัยหรือเป็นเหตุที่จะถูกถอดถอนจากตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่งแล้วแต่กรณี

(กนอช.) คณะกรรมการบริหารจัดการน้ำและอุทกภัย (กบอ.) และคณะกรรมการยุทธศาสตร์เพื่อวางระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ (กยน.) ละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการจัดทำแผนแม่บทการบริหารจัดการน้ำและละเลยหน้าที่ที่ต้องศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชนตามมาตรา 57 วรรคสอง และมาตรา 67 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จนอาจถูกฟ้องร้องกล่าวหาต่อไปได้ว่าเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

2.4 ในหลักการการดำเนินงานโครงการออกแบบก่อสร้างระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างยั่งยืนและระบบแก้ไขปัญหาอุทกภัยของประเทศไทย ซึ่งเป็นโครงการขนาดใหญ่และมีความสำคัญ ต่อการแก้ไขปัญหาอุทกภัยของประเทศไทย **ควรมีแผนแม่บท (Master Plan)** ในการดำเนินงานที่ละเอียดชัดเจนและเป็นระบบเพื่อให้ครอบคลุมการดำเนินงานทุกด้าน จึงจะช่วยให้การกำหนดแผนงานย่อยต่างๆ ที่จะต้องดำเนินการสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน และทำให้เข้าใจถึงภาพรวมและความเชื่อมโยงทั้งระบบของโครงการ ทั้งนี้เมื่อมีแผนการดำเนินงานที่เชื่อมโยงทั้งระบบแล้ว การขอรับการจัดสรรเงินงบประมาณโครงการต้องพิจารณาแต่ละแผนย่อยๆ เพื่อรวมเป็นงบประมาณของโครงการใหญ่จึงจะเหมาะสมและนำไปสู่กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ได้ผู้รับจ้างมาดำเนินงานโครงการดังกล่าวได้โดยเร็วตามวัตถุประสงค์ที่กำหนด

2.5 เมื่อพิจารณาโครงการออกแบบก่อสร้างระบบบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างยั่งยืนและระบบแก้ไขปัญหาอุทกภัยของประเทศไทยดังกล่าว เห็นว่า **ควรให้หน่วยงานที่มีภารกิจเกี่ยวข้องโดยตรงกับเนื้องานโครงการเป็นผู้พิจารณากำหนดหลักเกณฑ์การเชื่อมโยงของโครงการทั้งระบบว่า** แผนงานย่อยต่างๆ ที่จะต้องดำเนินการตั้งแต่ระยะต้นน้ำถึงปลายน้ำจะต้องดำเนินการเมื่อใดและอย่างไรให้ชัดเจน ซึ่งกรณีนี้ปรากฏว่า **คณะรัฐมนตรีมีมติมอบหมายให้สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการดังกล่าวตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2556 โดยที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีได้มีภารกิจหลักที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำโดยตรง** ดังนั้น การกำหนดความเชื่อมโยงของโครงการย่อยต่างๆ อาจไม่สอดคล้องและต่อเนื่องกัน ซึ่งจะส่งผลต่อการใช้จ่ายเงินงบประมาณที่ไม่เกิดความคุ้มค่า

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในโครงการบริหารจัดการน้ำภายใต้งบประมาณ 3.5 แสนล้านบาท ผู้เขียนสรุปได้ว่ากระบวนการดำเนินงานส่วนใหญ่ในโครงการนี้ไม่ได้เป็นไปตามขั้นตอนที่ถูกต้องของกฎหมายหลายประการสอดคล้องกับความเห็นที่มีผู้วิจารณ์โครงการนี้ในตอนต้นว่า โครงการไม่มีความโปร่งใส รัฐบาลไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมาย ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อประชาชน อันเป็นการขัดกับหลักนิติธรรม โดยเริ่มตั้งแต่การไม่เสนอโครงการต่อคณะกรรมการพัฒนาการ

เศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเพื่อพิจารณา กลั่นกรองความเป็นไปได้และความคุ้มค่าของโครงการ การไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 57 และ 67 อันว่าด้วยการศึกษาและประเมินผลกระทบคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชนและการเปิดโอกาสรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อนดำเนินโครงการอันเป็นหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนการดำเนินโครงการที่ไม่สอดคล้องกับระเบียบว่าด้วยการพัสดุหลายประการ จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงตามมาในอนาคต

แนวทางการดำเนินงานที่ถูกต้องในโครงการนี้ รัฐควรจะปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมายหรือที่เรียกว่า หลักนิติธรรม และหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยใช้กฎหมาย ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ รัฐต้องดำเนินการตามขั้นตอนกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ตั้งแต่การบัญญัติกฎหมายที่ต้องมีความชัดเจน แน่นนอน การบังคับใช้กฎหมายต้องใช้กับคนทุกคนอย่างเสมอภาค เท่าเทียม ไม่เลือกปฏิบัติ แม้ผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมืองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันกับประชาชนและไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจจนก่อความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ประชาชน ต้องคำนึงถึงหลักการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปเพื่อการพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศอย่างยั่งยืน โดยต้องส่งเสริมการดำเนินการตามปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียงและคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติในภาพรวมเป็นสำคัญ ต้องพัฒนาระบบงานภาครัฐ โดยมุ่งเน้นการพัฒนาคุณภาพ คุณธรรม และจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ควบคู่ไปกับการปรับปรุงรูปแบบและวิธีการทำงาน เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้หน่วยงานของรัฐใช้หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการ จัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่น เพื่อให้การจัดทำและการให้บริการสาธารณะเป็นไปอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้ โดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน หากทำได้เช่นนี้แล้วผู้เขียนเชื่อว่าประเทศชาติของเราจะพัฒนาต่อไปได้อย่างยั่งยืนและก่อให้เกิดความสงบสุขร่มเย็นของคนไทยทั้งแผ่นดิน

3. ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่างบประมาณของประเทศมีอยู่อย่างจำกัดและโครงการที่จะใช้งบประมาณเงินกู้ ต้องดำเนินโครงการด้วยความรอบคอบ โปร่งใส ตรวจสอบได้ ทั้งต้องผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากหน่วยงาน องค์กรที่รับผิดชอบโครงการในแต่ละด้านอย่างครบถ้วน และต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ดังนั้น โครงการหรือแผนงานต่างๆ ที่เป็นโครงการขนาดใหญ่ควรดำเนินการดังนี้

(1) ให้คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมการลงทุน ในโครงการลงทุนที่เป็นโครงการพัฒนาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติพัฒนาการ

เศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ. 2521 พิจารณาก่อนจะบรรจุเป็นโครงการที่ได้รับจัดสรรงบประมาณ ซึ่งตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการ ที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเป็นกระทรวง ทบวง กรม และรัฐวิสาหกิจเสนอโครงการพัฒนาหรือ แผนงานต่อคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อพิจารณาให้ความเห็น ประกอบการพิจารณากำหนดงบประมาณรายจ่ายในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี งบประมาณ หรือ ร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมงบประมาณประจำปีงบประมาณ และตามมาตรา 14 กำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มีอำนาจเรียกให้ส่วนราชการ เสนอแผนงานและโครงการพัฒนา และเสนอข้อเท็จจริงที่จำเป็นเพื่อพิจารณาผลงานของโครงการ พัฒนาที่กำลังดำเนินอยู่

ดังนั้น การลงทุนในโครงการใหญ่ๆ ของประเทศจะต้องผ่านการพิจารณาวิเคราะห์กลั่นกรอง ของคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจว่าโครงการพัฒนาที่มีความเป็นไปได้ทางการเงิน เศรษฐกิจและ สังคมหรือไม่ก่อน

(2) โครงการพัฒนาซึ่งเป็นโครงการลงทุนนั้นมีความจำเป็นต้องมีการศึกษาผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 66 และมาตรา 67 ก่อนดำเนินโครงการ ซึ่งต้องศึกษาและประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ของประชาชนโดยต้องเปิดรับฟังความคิดเห็นก่อน เมื่อโครงการลงทุนดังกล่าวมีความแน่นอนว่า เป็นประโยชน์คุ้มค่าทางเศรษฐกิจ และไม่มีผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน จึงจะบรรจุให้มีการจัดสรรงบประมาณต่อไป

(3) การใช้จ่ายเงินงบประมาณหรือเงินแผ่นดินเพื่อโครงการนี้ต้องดำเนินการให้ถูกต้องตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 169 อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ

(3.1) ให้สำนักงานงบประมาณ ซึ่งมีหน้าที่พิจารณา ควบคุม กำกับ ดูแล ด้านวิเคราะห์งบประมาณและจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปี งบประมาณรายจ่ายไปพลางก่อน งบประมาณเพิ่มเติม งบประมาณผูกพันข้ามปี ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พิจารณา วิเคราะห์ จัดสรรงบประมาณ โดยคำนึงถึงวินัยทางการคลังและเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพื่อบริหาร จัดการงบประมาณเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดและคุ้มค่า ให้บรรลุเป้าหมายและผลสัมฤทธิ์ของงาน ตามแผนที่กำหนดไว้ และหากไม่มีงบประมาณเพียงพอ แต่เป็นโครงการที่มีความจำเป็นเร่งด่วน จึงดำเนินการในขั้นตอนต่อไป

(3.2) ถ้างบประมาณมีข้อจำกัด ก็อาจใช้วิธีกู้ คือ ให้สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ในสังกัดกระทรวงการคลัง พิจารณาจัดสรรการกู้เงินและบริหารจัดการหนี้สาธารณะของประเทศ ผ่านพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติมตามขั้นตอนปกติ

(3.3) กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่ง และมีข้อจำกัดด้านงบประมาณและการกู้เงิน รัฐบาลก็อาจสามารถเลือกใช้วิธี “น้ำเงินคดคลัง” ตามขั้นตอนพระราชบัญญัติเงินคดคลัง พ.ศ. 2491 และที่แก้ไขเพิ่มเติมมาใช้ แต่ต้องเป็นมาตรการสุดท้าย และไม่ใช้บ่อย และต้องตั้งงบประมาณคืนเงินคดคลังต่อไป โดยกรมบัญชีกลางต้องควบคุมกำกับการใช้จ่ายเงินงบประมาณโครงการนี้อย่างเคร่งครัดด้วย

(4) อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีความจำกัดด้านงบประมาณหรือเงินกู้หรือเงินคดคลัง รัฐบาลก็สามารถเลือกใช้วิธีการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐก็ได้

(5) ให้ส่วนราชการที่รับผิดชอบโครงการต้องเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรง ตามกฎหมายจัดตั้งและตามพระราชบัญญัติจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม พิจารณากำหนดราคากลางของโครงการก่อนการประมูลตามนัย มาตรา 103/7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

(6) การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต้องทำตามแบบมาตรฐานของสัญญา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ถ้าไม่ใช่แบบมาตรฐานของสัญญา ร่างสัญญาดังกล่าวต้องเสนอสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบร่างสัญญาก่อน

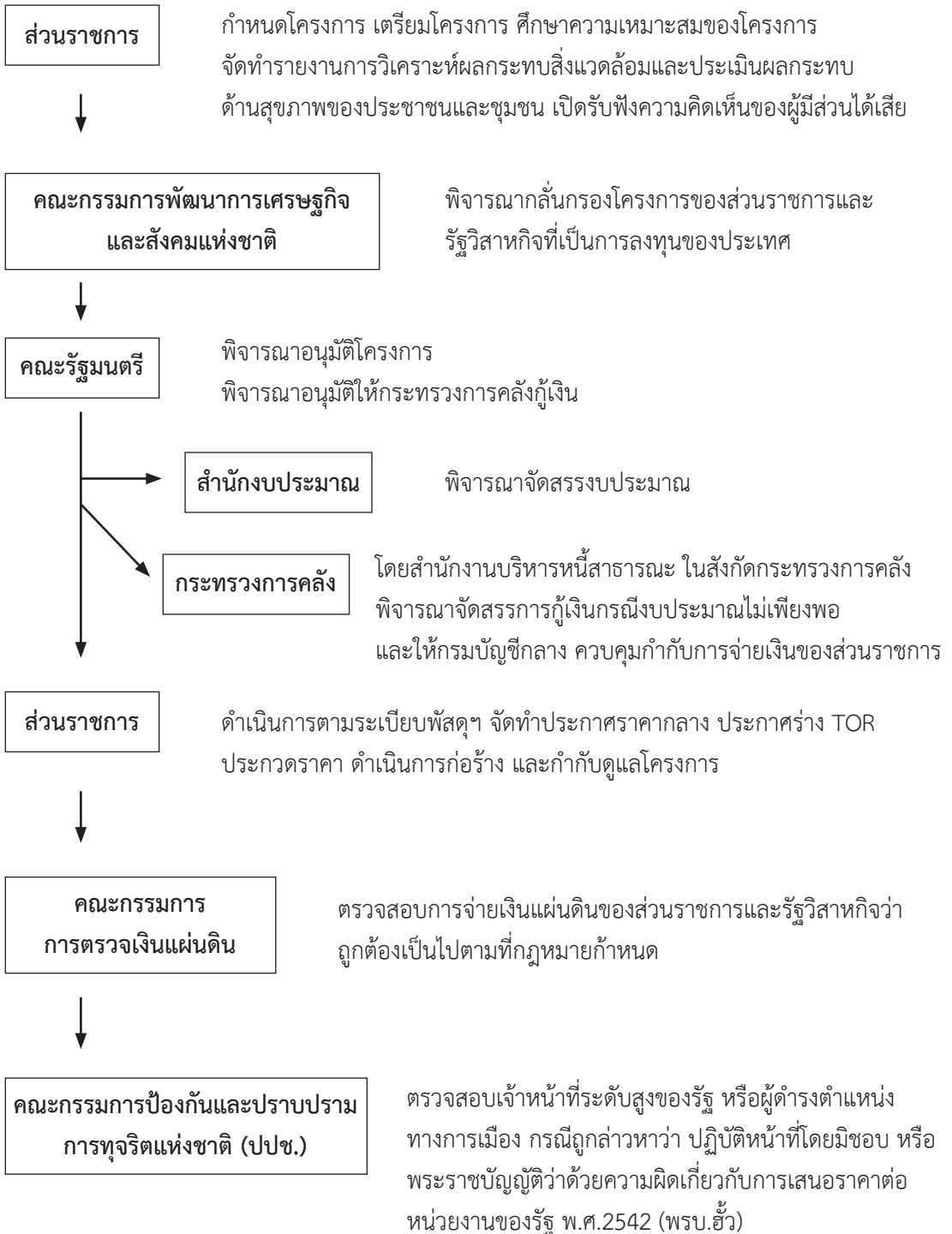
(7) ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการจ่ายเงินแผ่นดินของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจว่าถูกต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดคือ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2540 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติเงินคดคลัง พ.ศ. 2491 ที่แก้ไขเพิ่มเติม และเป็นไปตามระเบียบเบิกจ่ายเงินจากคลังตามอำนาจหน้าที่หรือไม่ ตรวจสอบภายหลังการทำโครงการไปแล้ว

(8) ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำกับให้มีการเปิดเผยราคากลางของโครงการอย่างเคร่งครัดและตรวจสอบเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กรณีถูกกล่าวหาว่าปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 275 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 อย่างรอบคอบรวดเร็ว

ที่สำคัญที่สุดในอนาคตรัฐบาลทุกรัฐบาลต้องไม่ดำเนินการตราพระราชกำหนดการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินโดยไม่มีเหตุผลความจำเป็นเร่งด่วน และโครงการที่มีระยะเวลาดำเนินโครงการยาวมากกว่า 1 ปี ควรดำเนินการตั้งงบประมาณประจำปีและกู้เงินและดำเนินการตามขั้นตอนปกติ และถือปฏิบัติในขั้นตอนการจ่ายเงินของแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 169 อย่างเคร่งครัด

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนใคร่ขอเรียนว่า บทความนี้เขียนจากประสบการณ์ของผู้เขียนที่ทำงานในกระทรวงการคลัง ตั้งแต่ปี 2521 - ปี 2556 และเขียนโดยไร้อคติใดๆ แต่เขียนเพื่อมุ่งหวังให้ผู้อ่านจ และข้าราชการที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องมีความเข้าใจในระบบกฎหมายการเงินการคลังของประเทศอย่างแท้จริง เพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยเข้าสู่วิกฤตการเงินใดๆ ในอนาคต

แผนภูมิแสดงขั้นตอนการดำเนินการในโครงการต่างๆ ที่ถูกต้อง



หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(The Rule of Law and the amendment of the constitution)

สุรัชชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย*

บทคัดย่อ

บทคัดย่อหรือสาระสังเขป

หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญแห่งกฎหมาย หมายถึงการปกครองโดยกฎหมาย จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งจะมีความศักดิ์สิทธิ์อยู่เหนือบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักนิติธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร ที่ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ดังที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวเฉพาะการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับต้องนำหลักนิติธรรมเข้ามาเป็นส่วนสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของหลักนิติธรรม ซึ่งในที่นี้รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศด้วย โดยที่หลักนิติธรรมไม่ประสงค์ให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ประสงค์ให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์และประสงค์จำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องคำนึงและตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในส่วนกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมและเนื้อหาสาระของบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมและถูกตรวจสอบได้เสมอ ซึ่งหากว่าในการดำเนินการใดๆ ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวได้คำนึงและตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ความเป็นธรรมที่แท้จริงแห่งหลักนิติธรรมย่อมจะเกิดขึ้น

คำสำคัญ หลักนิติธรรม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง รองประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คนที่หนึ่ง, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 3 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Abstract

The Rule of Law is the important and fundamental principle. It means to govern by laws which have to follow and do not break the rule of law that is above civil laws. The Rule of Law is in accordance with the performance of organizations exercising sovereign power, such as the National Assembly, the Councils of Ministers and the Courts, according to the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007), section 3 paragraph 2 . The Rule of law is especially important for the National Assembly in legislative process which has to concern about the Rule of law in performance of duties, including the amendment of the constitution, the supreme law, to protect the sanctity of the Rule of Law. As the Rule of law does not intend people govern by themselves, but by laws and the power of governor would be limited by laws as well. Thus, the Rule of law must also be concerned in amending the constitution in legislative process and in the meaning of the draft constitutional amendment, which should base on the Rule of Law and should be proved as requested. If the National Assembly, the Councils of Ministers and the Courts perform their duties as above in compliance to the Rule of law, the equity, according to the Rule of Law should be took place.

Important words The Rule of Law, the Amendment of the constitution

1. บทนำ

หลักนิติธรรม ถือกำเนิดขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติถึงหลัก “นิติธรรม” โดยทั่วไปคำว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับหลักนิติรัฐ (Legal State) จะปรากฏการใช้ควบคู่กันไปอยู่เสมอโดยที่ไม่ได้อธิบายความหมายว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐต่างก็ได้รับการพัฒนาจากโลกตะวันตกที่ประสงค์จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมายในประการสำคัญ ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ไม่ประสงค์ให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ประสงค์ให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งมีนัยหมายความถึง ผู้ที่ใช้อำนาจบริหารบ้านเมืองต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมาย โดยที่จะทำการใดให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวโดยสรุปแล้วผู้ที่ทำหน้าที่ในองค์กรตามที่กล่าวต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั่นเอง และเพื่อให้บทความทางวิชาการนี้มีความสมบูรณ์มากขึ้น จึงได้นำเอาความเป็นมาของเจตนารมณ์ในหลักนิติธรรมตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แนวความคิดและทฤษฎีหรือหลักการที่เกี่ยวข้องกับหลักการใช้อำนาจอธิปไตย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย การปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาในฐานะสมาชิกรัฐสภา ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับกรณีที่มีบุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตลอดจนวิเคราะห์หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะประเด็นความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับเนื้อหาสาระที่เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ขอแก้ไขเพิ่มเติม บทสรุปและข้อเสนอแนะสำหรับหน่วยงานและผู้เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาดำเนินการให้เกิดผลเป็นรูปธรรมต่อไป

2. แนวความคิดและทฤษฎีหรือหลักการที่เกี่ยวข้องกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1 หลักการใช้อำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ในทางกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจอธิปไตยในการปกครองรัฐ หรืออำนาจที่แสดงความเป็นเจ้าของของประเทศ ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของใคร เว้นแต่ด้วยใจสมัคร ถือเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งที่สำคัญของความเป็น “รัฐ” และเป็นเครื่องแสดงว่า “รัฐ” นั้น หรือประเทศนั้นเป็นเอกราชหรือไม่¹ ฌอง ชาร์ค รูสโซ (Jean Jaque Rousseau) ได้เขียนไว้ในวรรณกรรมสำคัญเรื่องหนึ่งชื่อ “Le Contrat Social” ทำให้เกิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ซึ่งเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาจนถึงทุกวันนี้

สำหรับแนวคิดการแบ่งแยกและรูปแบบการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศสที่สำคัญที่สุด คือ มงเตสกีเออ (Montesquieu) ได้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญเล่มหนึ่งชื่อ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” ในบทที่ 6 ของหมวด 11 มงเตสกีเออได้เสนอหลักและวิธีการที่แยกอำนาจอธิปไตยเพื่อก่อให้เกิดและส่งเสริมอิสรภาพของประชาชนไว้ ดังนี้

2.1.1 ต้องมีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ การแยกนี้หมายความว่าให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจแต่เพียงอย่างเดียวหรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ คนหนึ่งหรือองค์กรหนึ่งใช้อำนาจได้เพียงอย่างเดียว และให้แต่ละองค์กร ใช้อำนาจเฉพาะเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) เพื่อให้เกิดอิสรภาพแก่ประชาชน จึงมีความจำเป็นต้องให้มีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามออกจากกันเพื่อถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน

2.1.2 ต้องมีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้ การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกัน (Check and Balance) หมายถึง อำนาจที่จะแยกให้แต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น ไม่ใช่แยกจากกันโดยเด็ดขาดหรือมีอิสระไม่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน การสร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลที่มงเตสกีเออกล่าวถึง เป็นระบบที่จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสาม โดยมี “ดุลแห่งอำนาจ” (Balance of Power) คือ การให้แต่ละอำนาจที่แยกให้แต่ละองค์กรใช้ต่างมีฐานะเท่ากัน ซึ่งจะให้อำนาจต้านด้วยอำนาจซึ่งจะก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างอำนาจได้

จากแนวคิดที่มงเตสกีเออเสนอ คือ ต้องการให้มีระบบการแยกหรือจำแนกอำนาจให้องค์กรแต่ละองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) เมื่อแยกหรือจำแนกให้แต่ละองค์กรใช้เพียงอำนาจเดียว คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการแล้ว ก็ควรจะให้แต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้เช่นกัน

¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530 หน้า 212 - 213.

2.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสะท้อนได้จากการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใดจะขัดหรือแย้ง ต่รัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นไปตามหลักการสำคัญที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Le principe de Constitutionnalité)² หลักการนี้ได้บัญญัติและรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับของไทย โดยวิธีที่ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด มีองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่ง ประกอบกัน³ ดังนี้

2.2.1 รับรองไว้โดยแจ้งชัดว่าเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme law)

2.2.2 บัญญัติว่ากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้

2.2.3 กำหนดองค์กรและกระบวนการต่างๆ เพื่อดูแลความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.2.4 การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา เพราะเหตุที่รัฐธรรมนูญมีฐานะที่สูงกว่ากฎหมายอื่น และหากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำด้วยกระบวนการที่ยุ่งยากมากขึ้น

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญคงตาม “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด” การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีระดับความยากง่ายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ซึ่งอาจพิจารณาได้ 2 ลักษณะ⁴

(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำได้ยาก รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีลักษณะแก้ไขเพิ่มเติมได้ยาก จะกำหนดขั้นตอนสุดท้ายควบคุมวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการลงมติที่มีคะแนนเสียงมากเป็นพิเศษ⁵ ซึ่งการประชุมรัฐสภาที่จะลงมติเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องมีคะแนนเสียงของสมาชิกรัฐสภาในการสนับสนุนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา⁶

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำได้ง่าย รัฐธรรมนูญของประเทศที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่าย จะกำหนดให้ขั้นตอนสุดท้ายของการประชุมรัฐสภาที่จะลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องอาศัยคะแนนเสียงของสมาชิกรัฐสภามากกว่ากึ่งหนึ่ง (มากกว่าร้อยละ 50) ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา⁷

² ขาญขย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการสำคัญ. กรุงเทพฯ : วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2553 หน้า 269.

³ วิชาญ เครืองาม, เรื่องเดิม. หน้า 675 - 676.

⁴ วิชาญ เครืองาม, เรื่องเดิม. หน้า 736.

⁵ วิชาญ เครืองาม, เรื่องเดิม. หน้า 739.

⁶ ยุติธรรม ปัทมะ, 2556, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291”, สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, หน้า 2.

⁷ ยุติธรรม ปัทมะ, เรื่องเดิม. หน้า 2.

อย่างไรก็ตามแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะคงความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยการกำหนดความยากง่ายในการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกันไป 2 ลักษณะ แต่ในรัฐธรรมนูญบางประเทศก็มีการกำหนดการ “ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ในหลักการบางอย่าง เช่น ประเทศเยอรมนีมีการกำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 1 ในเรื่องหลักการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของบุคคล และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นเรื่องระบอบการปกครองประเทศ อำนาจอธิปไตย หรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ หรือกรณีของประเทศไทยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ที่กำหนดว่าผู้ติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้ซึ่งหมายถึงห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเด็ดขาดไม่ว่ากรณีใดทั้งสิ้น

2.3 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law เป็นหลักพื้นฐานประการหนึ่งที่นักกฎหมายจากทั่วโลกให้ความสนใจ ซึ่งหลักนิติธรรมไม่ได้มีความหมายเพียงความหมายเดียว และไม่ใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายในบริบทของรัฐธรรมนูญอังกฤษ หรือบทบัญญัติกฎหมายอื่น แต่เป็นหลักการทางศีลธรรมและการเมืองหลักการหนึ่ง โดยอาจจะมีความหมายแตกต่างกันในแต่ละบุคคลแตกต่างกันไปตามจุดยืนทางการเมืองและศีลธรรมโดยเฉพาะ⁸ หลักนิติธรรมมีพัฒนาการมาจากหลักเกณฑ์ที่อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta)⁹ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตของประเทศอังกฤษ โดยศาสตราจารย์ เอ.วี.ไดซี่ (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่ามีองค์ประกอบ 3 ประการ¹⁰ คือ

- (1) บุคคลพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษเว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมาย
- (2) บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ
- (3) รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) มิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย การที่บุคคลมีสิทธิมีเสรีภาพประการต่างๆ เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับใช้

⁸ Loveland, Ian, Constitution law, Administrative law, and human rights (London : Oxford University Press, 2006), p.56.

⁹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, 2553, **หลักนิติธรรม**. กรุงเทพฯ : บริษัทชวนพิมพ์ 50 จำกัด, หน้า 3-4

¹⁰ Albert V. Dicey, **Introduction to the study of the Law of the Constitution** (London : MacMillan, 1959), pp. 188 – 203.

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ กรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายอันหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การตีความกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงอยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการควบคุมกำกับให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและหน่วยงานของรัฐทั้งหลายได้ใช้อำนาจไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดเกิดสังคมที่เป็นธรรม¹¹

ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ อธิบายเกี่ยวกับหลักนิติธรรมว่า องค์ประกอบของหลักนิติธรรมมี 4 ประการ¹² คือ

- (1) องค์ประกอบด้านสาระ ซึ่งคือหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย
- (2) องค์ประกอบด้านกระบวนการใช้กฎหมาย คือรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้
- (3) องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ
- (4) องค์ประกอบด้านเป้าหมาย คือ การใช้ การตีความกฎหมาย และการตัดสินคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างคามยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม

ความหมายที่แท้จริงของหลักนิติธรรม อาจสรุปความได้ว่า หมายถึงการปกครองโดยกฎหมาย รวมถึงการแสวงหาความยุติธรรม ซึ่งเป็นเหตุเป็นผลกันตามธรรมชาติหรือเป็นความยุติธรรมอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและมีความศักดิ์สิทธิ์อยู่เหนือตัวอักษรของบทกฎหมายนั่นเอง¹³ หลักนิติธรรมจึงมุ่งเน้นที่การตีความให้กฎหมาย ต้องเป็นธรรม และมุ่งเน้นที่ความยุติธรรมที่อยู่เหนือกฎหมายลายลักษณ์อักษร

¹¹ ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์, **หลักนิติธรรม**, บทบัณฑิตย เล่ม 68 ตอน 4 เดือนธันวาคม 2555, หน้า 32, 38.

¹² เอกสารประกอบการบรรยายของ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, ดุลยภาพระหว่างการเมืองภาคนักการเมืองและการเมืองภาคพลเมือง กับหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹³ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2551. **นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม** (ออนไลน์), หน้า 5.

อาจกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมมีต้นแบบมาจากประเทศในตะวันตก คือ ประเทศอังกฤษ ที่เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งมุ่งเน้นการให้ความสำคัญธรรมมากกว่าตัวบทกฎหมาย และเป็นความยุติธรรมที่อยู่เหนือหลักเกณฑ์ตามตัวบทกฎหมาย มีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมของผู้คนในสังคมนั้น ๆ และไม่มีบทนิยามเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาจแตกต่างกันตามจุดยืนทางการเมืองและศีลธรรมของคนในสังคมนั้น

2.4 หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ได้มีการบัญญัติและรับรองเป็นครั้งแรก ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง เพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) หนึ่งในผู้ใช้อำนาจอธิปไตย มีหน้าที่ในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชาชนของประเทศ ซึ่งรวมถึงการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ เมื่อพิจารณาถึงบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2550 พบว่า เจตนารมณ์ในการยกร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 3 นี้ เพื่อกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยการใช้อำนาจนี้ต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้¹⁴

ในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักนิติธรรมมีความสำคัญมากในการปฏิบัติหน้าที่ โดยการตรากฎหมายทุกครั้งต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมเสมอ¹⁵ หากว่าฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะองค์กรหนึ่งที่ใช้ อำนาจอธิปไตยได้ออกกฎหมายที่ฝ่าฝืน หรือขัดแย้งกับหลักนิติธรรมซึ่งเปรียบเสมือนหลักกฎหมายทั่วไปในการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายนั้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้ และแม้รัฐธรรมนูญหากมีบทบัญญัติใด ขัดต่อหลักนิติธรรม ก็จะไม่ผลบังคับใช้ ดังนั้น กรณีจึงมีความจำเป็นที่ต้องให้ความหมายประกอบสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ให้ชัดเจน กรณีจึงน่าจะคิดว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับใหม่ที่ยกร่างกันอยู่นั้น สมควรที่จะบัญญัติสาระสำคัญของหลักนิติธรรม และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมหรือไม่¹⁶

¹⁴ คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 2.

¹⁵ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, *เรื่องเดิม*, หน้า 30

¹⁶ อรรถพล ใหญ่สว่าง, 2558, *หลักนิติธรรมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย (ออนไลน์)*, มติชน, 23 กุมภาพันธ์ 2558 http://www.matichon.co.th/news_details.php?newsid=1424682345

สำหรับฝ่ายตุลาการในฐานะองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจอธิปไตย เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและตีความกฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรม ให้แก่ประชาชน ดังนั้น การใช้กฎหมายในทุกขั้นตอนของผู้พิพากษาและตุลาการจึงต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมเสมอ โดยต้องปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระและปราศจากอคติสี่ประการ อันได้แก่ 1) ฉันทาคติ ลำเอียงเพราะรักใคร่ชอบพอ 2) โทสาคติ ลำเอียงเพราะโกรธ 3) โมหาคติ ลำเอียงเพราะความเขลา และ 4) ภยากติ ลำเอียงเพราะความกลัว โดยต้องไม่มีอคติภายในใจมาทำลายความยุติธรรม¹⁷ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคหนึ่งและวรรคสอง¹⁸

3. หลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.1 หลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามความแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 นั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

- (1) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย
- (2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้
- (3) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

¹⁷ ธาณิชกร กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า 36 - 37.

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคหนึ่งและวรรคสอง บัญญัติว่า “มาตรา 197 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไป โดยถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ”

(4) การออกเสียงลงคะแนนและขั้นตอนในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นดังนี้

(4.1) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(4.2) การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สอง ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณและหลังจากที่พิจารณาในวาระที่สอง เสร็จสิ้นแล้วให้รอไว้ 15 วัน

(4.3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(5) เมื่อการลงมติเป็นไปตามที่กล่าวแล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายและให้นำบทบัญญัติ มาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

นอกจากขั้นตอนในการพิจารณาที่ได้บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้เป็นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ตามมาตรา 136 (11) และ (16) และในกรณีที่อายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น รัฐสภายังมิได้ให้ความเห็นชอบภายหลังการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นการเลือกตั้งทั่วไป ถ้าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปร้องขอภายใน 60 วันนับแต่วันเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรก และที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภามีมติเห็นชอบด้วย รัฐสภาก็สามารถพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นต่อไปได้ตามความในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 153 วรรคสอง การพิจารณาต่อไปได้ในที่นี้นั้น หมายความว่าหากว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นอยู่ในการพิจารณาของรัฐสภาในขั้นตอนใดก็สามารถพิจารณาต่อจากขั้นตอนที่ค้างอยู่ได้ต่อไป

3.2 ข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้น ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจมีความแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียด โดยอาจเป็นข้อจำกัดในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องมีการทำประชามติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย หรือการกำหนดให้มีการลงมติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงที่

มากเป็นพิเศษ (Qualified majority) เช่น กำหนดให้คะแนนเสียงให้ความเห็นชอบไม้นอยกว่สามในห้า หรือสองในสาม เป็นต้

อย่ไรก็ดี รัฐธรรมนูญฯ บางประเทศได้กำหนดหลักการสำคัญซึ่งไม้อาจถูกทำลายได้ด้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นข้อจำกัดเชิงเนื้อหา โดยอาจกำหนดชัดเจนว่า มาตราใดมาตราหนึ่งหรือหลายมาตรา ไม้สามารถแก้ไขได้ เรียกว่ บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity clause)¹⁹ เช่น กรณีประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกหลักการนี้ว่า Ewigkeitsklausel หรือ Ewigkeitsgarantie มีสาระสำคัญคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบต่อการแบ่งพื้นที่ของมลรัฐ ซึ่งมลรัฐจะต้องมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายด้ว หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น ไม้อาจกระทำได้ซึ่งมาตรา 1²⁰ ที่บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเพราะเป็นเรื่องของหลักการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพของบุคคล และมาตรา 20²¹ เป็นเรื่องของระบอบการปกครองประเทศอำนาจอัฐ หรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เป็นต้

สำหรับข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 กำหนดไว้สองประการสำคัญ คือ ญัตติในการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขประการหนึ่ง หรือญัตติในการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐอีกประการหนึ่ง ซึ่งทั้งสองประการนี้จะเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁹ ปุนเทพ ศิริขุนงศ์, **ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ**, รัฐสภาสาร ปีที่ 61 ฉบับที่ 4 เดือนเมษายน 2556, หน้า 22.

²⁰ มาตรา 1 GG บัญญัติไว้ว่า

“(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม้อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจอัฐทั้งหลายผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิขั้นพื้นฐานอันมีอาจล่วงละเมิดและมีอาจจำหน่ายโอนได้นั้น เป็นพื้นฐานสำคัญต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ต่อสันติภาพและต่อความยุติธรรมของโลก

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจอธิบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยถือว่เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”.

²¹ มาตรา 20 GG บัญญัติไว้ว่า

“(1) สาธารณรัฐเยอรมันเป็นสหพันธรัฐประชาธิปไตยและสหพันธรัฐสังคมน

(2) อำนาจของรัฐมาจากปวงชน ปวงชนได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยการเลือกตั้งและออกเสียงลงคะแนน และใช้อำนาจโดยผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ

(3) อำนาจอธิบัญญัตินั้นผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการนั้นผูกพันกฎหมาย

(4) ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญในกรณีที่ทำเนิการอื่น ๆ ไม้อาจกระทำได้”.

รัฐธรรมนูญในส่วนนี้มีไม่ได้ อาจกล่าวได้ว่าข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองประการดังกล่าว เป็นข้อจำกัดเชิงเนื้อหา ซึ่งหากมีการเสนอญัตติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาในลักษณะ ดังกล่าวจะเสนอไม่ได้ โดยเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญมาตรา 291 มิได้กล่าวเกี่ยวกับข้อห้ามในการแก้ไข เพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการเฉพาะ คงกล่าวเพียงเจตนารมณ์ของมาตรา 291 ว่าเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในการจัดทำกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่ประชาชนที่เข้าชื่อ เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องมีข้อกำหนดให้ผู้เข้าชื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตั้งตัวแทนเข้าชี้แจงเหตุผลและร่วมเป็นกรรมาธิการเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น²²

3.3 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับกรณีที่มีบุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครอง หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68²³ ได้กำหนดหลักการ แห่งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้เป็นส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทย โดยมีความหมายเพื่อคุ้มครองการปกครองในระบบประชาธิปไตย โดยห้ามมิให้บุคคล ใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข หากบุคคลหรือพรรคการเมืองทราบถึงการกระทำดังกล่าว สามารถเสนอเรื่องให้ อัยการสูงสุดไต่สวนข้อเท็จจริง และยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยและยุติการกระทำ ดังกล่าวได้ โดยหากพรรคการเมืองใดที่เป็นผู้กระทำการดังกล่าว ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ วินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองนั้นเลิกกระทำการดังกล่าว และขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญ อาจสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นเสียได้ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมือง กรณีเช่นนี้

²² คณะกรรมาธิการวิสามัญฉบับที่ ๖๖๖ เจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาว่าด้วยรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 285.

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 บัญญัติว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทาง ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่งผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้ อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบ พรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมือง และกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่ยังกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว”.

ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง เป็นเวลา 5 ปี²⁴

ในช่วงที่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หลายครั้ง ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 ซึ่งกรณีนี้มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยผู้ถูกร้อง คือ สมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่ง ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และ 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และ มาตรา 114) ซึ่งมีกระบวนการในการเข้าชื่อเสนอญัตติ การยื่นคำแปรญัตติ การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฯ ในแต่ละวาระของรัฐสภา และเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฯ มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ในประการที่อาจเข้าข่ายเป็นการทำลายระบบตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 สรุปสาระสำคัญได้ว่า การพิจารณาและการลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 291 (1) (2) และ (4) และมาตรา 3 วรรคสอง และมีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

กล่าวโดยสรุป กรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 ได้วางหลักการที่สำคัญไว้หลายประการต่อกรณีสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับกรณีที่มีบุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 เป็นสิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้ยกเลิกการกระทำดังกล่าวได้โดยตรงอีกทางหนึ่งโดยที่มีต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุด

²⁴ คณะกรรมาธิการวิสามัญยั้งกัเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ เจตนาธรรมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 62.

ตรวจสอบข้อเท็จจริง และการแก้ไขเนื้อความในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หากมีสาระสำคัญ ที่เป็นการขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฯ อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้ อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ ตาม มาตรา 68 ได้

3.4 การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรืออำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญนั้นเรียกว่า “Power of Judicial Review” หมายถึง การทบทวน ตรวจสอบ ควบคุมกฎหมาย หรือการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยอาศัยกระบวนการทางศาล อำนาจนี้อาจมีอยู่ขัดแย้งด้วยการมอบให้องค์กรหรือสถาบันใด เป็นผู้ใช้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่หากว่ารัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจให้ องค์กรใด จึงเกิดปัญหาทางกฎหมายว่า องค์กรใดที่มีอำนาจ²⁵ เช่น ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุด หรือศาลฎีกา (Supreme court) ได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องนี้ เมื่อปี ค.ศ. 1803 ในคดี Marbury v. Madison²⁶ เป็นครั้งแรกว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่บัญญัติโดยอำนาจของรัฐสภาและอยู่ในสถานะของผู้มีอำนาจ ในการประกาศว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)

สำหรับการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สืบเนื่องจากความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงต้องสร้างกลไกเพื่อพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญโดยการตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อการควบคุมมิให้ทบัญญัติและกฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ มีทั้งกรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในอำนาจ เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศ โรมานีเย สาธารณรัฐตุรกี ประเทศฮังการี เป็นต้น หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ในอำนาจเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐออสเตรีย หรือสหรัฐอเมริกา²⁷ เป็นต้น

²⁵ วิษณุ เครืองาม, เรื่องเดิม, หน้า 685 – 686.

²⁶ Cranch 137, 2 L.ED.60 (1803).

²⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร, 2556. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพฯ : ส.เจริญการพิมพ์, หน้า 21 – 29.

ในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 นั้น มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม คงมีแต่หลักเกณฑ์และวิธีการ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับไปแล้ว อันนำไปสู่ประเด็นปัญหาทางกฎหมายต่อไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ เพียงใด ซึ่งต่อกรณีแห่งความสงสัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยหลายครั้งถึงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 -22/2555 (กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกำหนดกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่) หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 (กรณีแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา) จึงอาจกล่าวได้ว่า สำหรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญเองดังเช่นที่กล่าวมาในมาตรา 68 ส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์ รัฐธรรมนูญ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย แต่มิได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ถึงอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในมาตรา 291

4. วิเคราะห์หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

4.1 ความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้น จำต้องพิจารณาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมในรายละเอียดตามหลักเกณฑ์ของ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่เกี่ยวข้อง เพื่อเชื่อมโยงกับหลักนิติธรรม ในแต่ละขั้นตอนของการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่า รูปแบบและกระบวนการในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งจะนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ สอดคล้องตามหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตย ที่เทิดทูนศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิมนุษยชน²⁸ ดังนั้นรูปแบบและกระบวนการ พิจารณาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีความถูกต้องชอบธรรมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ กฎหมายกำหนด ตลอดจนชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่เกี่ยวข้องตั้งแต่เริ่มกระบวนการแก้ไข เพิ่มเติมจนเสร็จกระบวนการ

²⁸ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า 23.

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้

4.1.1 ผู้มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ คณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน

4.1.2 วิธีเสนอแก้ไข

วิธีเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ต้องจัดทำเป็นรูปแบบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้²⁹

- (1) หลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งต้องกำหนดโดยชัดเจน
- (2) เหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
- (3) บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

4.1.3 กระบวนการพิจารณาและการลงมติ

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต้องกระทำเป็น 3 วาระในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 137 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภาให้ใช้ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ในระหว่างที่ยังไม่มีข้อบังคับการประชุมรัฐสภาให้ใช้ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรโดยอนุโลมไปพลางก่อน ซึ่งรัฐสภาได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 136 (8) และมาตรา 137 ของรัฐธรรมนูญได้ตราข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ขึ้น โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการในการพิจารณาในแต่ละวาระตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 291 (1) – (7) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 หมวด 7 ว่าด้วยการเสนอและการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนของกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาในวาระที่ 1 วาระที่ 2 และวาระที่ 3 นั้น ต้องเป็นกระบวนการที่ขอด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นไปตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภาด้วย โดยกระบวนการพิจารณาในแต่ละวาระดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยวางเป็นบรรทัดฐานในแต่ละวาระของกระบวนการพิจารณา ดังนี้

²⁹ พรเลิศ สุทธิรักษ์ และสิทธิกร ศักดิ์แสง, “การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน ; กรณีศึกษาเปรียบเทียบการให้สิทธิ์ประชาชนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับ 2550”, วารสารรัฐสภาสาร ปีที่ 56 ฉบับที่ 10, ตุลาคม 2551.

(1) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 1 ชั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา³⁰

ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการว่า องค์ประชุม ในการประชุม สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 126 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ จะต้องต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ องค์ประชุมมิได้มีความหมายเพียงว่า เมื่อมีสมาชิกลงชื่อมาประชุมครบและเปิดการประชุมแล้ว หลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้ โดยไม่คำนึงถึงจำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไป เมื่อปรากฏว่า เวลาที่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติออกเสียงลงคะแนน ในวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการ แห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้น จึงไม่ครบองค์ประชุม และไม่อาจถือเป็นมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ กระบวนการในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 141 วรรคสอง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกัน หลายคำวินิจฉัย อาทิ

คำวินิจฉัยที่ 2/2551 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

คำวินิจฉัยที่ 3/2551 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

คำวินิจฉัยที่ 4/2551 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141

คำวินิจฉัยที่ 8/2551 นายกรัฐมนตรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ.

³⁰ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (3) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 93 วรรคสอง.

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ในประเด็นที่ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ที่เสนอให้ สมาชิก รัฐสภาพิจารณาในวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการมีใช้ร่างเดิมที่มีผู้ยื่นเสนอต่อสำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2556 และได้ส่งสำเนาให้สมาชิกรัฐสภาประกอบการประชุม แต่เป็นร่างที่จัดพิมพ์ขึ้นใหม่ซึ่งมีข้อความที่แตกต่างจากร่างเดิมหลายประการ เช่น มีการเพิ่มเติม หลักการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 116 วรรคสอง และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และมีการดำเนินการ ในลักษณะที่มีเจตนาปิดข้อเท็จจริงว่าได้มีการจัดทำร่างขึ้นใหม่ให้สมาชิกรัฐสภาทราบ ดังนั้น เมื่อมีการนำร่างรัฐธรรมนูญที่มีการจัดทำใหม่ขึ้นพิจารณา จึงมีผลเท่ากับว่าการดำเนินการ ในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการ เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง และมาตรา 3 วรรคสอง

(2) การพิจารณาในวาระที่ 2 ชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา การออกเสียง ลงคะแนนในวาระนี้ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ³¹ และเมื่อการพิจารณาในวาระที่ 2 เสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้ว ให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่ 3 ต่อไป³²

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญของรัฐสภาในวาระที่ 2 ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ดังนี้

(1) กระบวนการในการแปรญัตติ

การแปรญัตติ เป็นสิทธิของสมาชิกรัฐสภาที่จะเสนอความคิดเห็น การแปรญัตติจึงต้องมีเวลาพอสมควร เพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบระยะเวลา ที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติ อันเป็นสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาภายใต้บทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ การนับระยะเวลาในการแปรญัตติ ย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่ว่า วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติ เพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง การกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

³¹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (4) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 101.

³² โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (5) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 103.

(2) การอภิปรายในการประชุมรัฐสภา

การอภิปรายแสดงความคิดเห็นในการบัญญัติกฎหมาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภา โดยเฉพาะผู้ที่ได้ขอแปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือกรรมาธิการที่สงวนความเห็นไว้ ย่อมมีสิทธิที่จะอภิปรายแสดงความคิดเห็นและให้เหตุผลในประเด็นที่ได้แปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือได้สงวนความเห็นไว้ ปรากฏในการพิจารณาวาระที่หนึ่งและวาระที่สอง ผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 ได้ผลัดกันทำหน้าที่ประธานที่ประชุม ได้มีการตัดสิทธิผู้ขออภิปรายในวาระที่หนึ่ง และตัดสิทธิผู้ขอแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็น เป็นจำนวนถึง 57 คน โดยอ้างว่า ความเห็นดังกล่าวขัดต่อหลักการ ทั้งๆ ที่ยังไม่ได้มีการฟังการอภิปราย แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานและแม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายได้ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการลงมติโดยใช้เสียงข้างมากดังกล่าวจะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 ขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อ

และลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา³³

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 ขั้นสุดท้าย นั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ศาลได้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการออกเสียงลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่า ในระหว่างที่มีการออกเสียงลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาว่า มีสมาชิกรัฐสภาหลายรายมิได้มาออกเสียงลงมติในที่ประชุมรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ แต่ได้มอบให้สมาชิกรัฐสภาบางรายใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การที่สมาชิกรัฐสภาใช้บัตรแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนในระบบอิเล็กทรอนิกส์หลายใบเป็นการกระทำที่มีลักษณะผิดปกติวิสัย การดำเนินการดังกล่าวนอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือความครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติ มาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต ที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้

³³ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (6) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 104 วรรคสอง.

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนน ตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน มีผลทำให้สมาชิกรัฐสภาที่ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในการประชุม นั้นๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริต ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย เนื่องจากกระบวนการลงคะแนนเสียงที่ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา และขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังที่ได้ระบุมานี้แล้วข้างต้น มีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของรัฐสภา ในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

(4) หลังจากการพิจารณาลงมติในวาระที่ 3 แล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้วางหลักการแห่งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยถือเป็นข้อกำหนดเชิงรูปแบบ และกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ รายละเอียด วิธีการ และแนวทางในการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ ดังนั้น การดำเนินการใดๆ ที่อาจทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงอาจทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมที่ถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่นอกเหนือจากกฎหมายใด ๆ ที่บังคับใช้โดยตรงกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น

4.2 ความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับเนื้อหาสาระที่เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ที่ขอแก้ไขเพิ่มเติม

ในการพิจารณาความสัมพันธ์ของหลักนิติธรรมกับเนื้อหาสาระที่เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม มีข้อพิจารณาที่สำคัญดังนี้

(1) ข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามความของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (1) วรรคสอง ที่กำหนดไว้สองประการสำคัญ คือ

ประการแรก ญัตติในการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จะเสนอมิได้

ประการที่สอง ญัตติในการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

ซึ่งข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะเหตุที่ว่าหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมีเนื้อหาสาระขัดต่อหลักการของรัฐธรรมนูญฯ

มาตรา 291 (1) วรรคสองเสียแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ย่อมมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมที่อยู่เหนือบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งปวง

(2) ข้อห้ามตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 1 ที่บัญญัติให้ประเทศไทย เป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้ อีกทั้งหากพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญในหมวด 14 การปกครองส่วนท้องถิ่น มาตรา 281 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ภายใต้บังคับ มาตรา 1 รัฐจะต้องให้ ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ ของประชาชนในท้องถิ่น และส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำ บริการสาธารณะ และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจแก้ไขปัญหาในพื้นที่ ซึ่งรวมความแล้วทั้งรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 และมาตรา 281 ก็คือจะแบ่งแยกราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นรัฐเดี่ยวไม่ได้ ดังนั้น จึงมีความ เกี่ยวข้องและสอดคล้องโดยตรงกับข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเนื้อหาที่ว่า ญัตติในการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐมิได้ ตามมาตรา 291 (1) วรรคสอง ซึ่งใน การพิจารณาเนื้อหาว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีความสอดคล้องกับหลักนิติธรรม จึงต้องพิจารณา บทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญฯ ประกอบด้วย

(3) บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

วรรคสอง ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบ การกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนิน คดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

วรรคสาม ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใด เลิกกระทำการ ตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

วรรคสี่ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอน สิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่ กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งดังกล่าว

ข้อห้ามในเรื่องนี้ แม้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในหมวด 15 ของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นการพิจารณาในเชิงเนื้อหาสาระที่สำคัญ เพราะการกระทำที่มีลักษณะล้มล้าง การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ ในรัฐธรรมนูญนี้ จะกระทำมิได้

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายหลักนิติธรรมในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18 - 22/2555 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ของผู้ร้องที่ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยให้ผู้ถูกร้อง ซึ่งยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ฝ่ายผู้ร้องเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น การที่ฝ่ายผู้ถูกร้องเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นกรล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา ก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการ

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้อธิบายยืนยันหลักนิติธรรมในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วยสองสภา คือ วุฒิสภา และสภาผู้แทนราษฎร ให้มีดุลยภาพระหว่างกัน โดยกำหนดบทบาทของวุฒิสภาให้เป็นองค์กรตรวจทานกลั่นกรองการทำงานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ ถ่วงดุลอำนาจกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และให้อำนาจวุฒิสภาในการตรวจสอบ ถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริต ต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 270 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องที่มีการแก้ไขที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาให้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ย่อมทำให้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภาต้องสูญเสียไปอย่างมีนัยสำคัญ ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถควบคุมอำนาจเหนือรัฐสภาได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน อันเป็นการกระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและเปิดทางให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการครั้งนี้ได้ใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สารสำคัญของหลักนิติธรรม คือ การปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ หลักนิติธรรมต้องมีความสัมพันธ์กับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ สืบเนื่องจากแนวทางคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วางไว้ เนื่องจากหลักนิติธรรมเปรียบเสมือนหลักกฎหมายพื้นฐานที่อยู่เหนือบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร คือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาในการแก้ไขที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม มีอคติ มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง จึงไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามแนวทางของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลักนิติธรรมเป็นหลักพื้นฐานทางกฎหมายในระบอบประชาธิปไตยที่เกื้อหนุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม³⁴ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2550 ได้ตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมโดยการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง เพื่อเป็นหลักและแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐ ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ จึงต้องยึดถือหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อธำรงซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการดังกล่าว

การตรากฎหมาย ถือเป็นภารกิจอันสำคัญยิ่งของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงต้องมีหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมที่เคร่งครัด โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ให้ครบถ้วน ทั้งมีข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยเฉพาะ ข้อจำกัดเชิงเนื้อหาที่มีบทบัญญัติเป็นข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นหลักการใดหลักการหนึ่ง หรือบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งที่ห้ามดำเนินการแก้ไข ซึ่งเหนือสิ่งอื่นใด

³⁴ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, เรื่องเดิม, หน้า 23.

ทั้งปวงในการดำเนินการใด ๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติต้องตระหนักและคำนึงถึงหลักนิติธรรมซึ่งกำกับอยู่เหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งปวง และภายใต้หลักนิติธรรม ยังต้องคำนึงถึงหลักความสุจริตด้วย ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติมีปัญหาความชอบด้วยหลักนิติธรรมและหรือหลักความสุจริต ศาลรัฐธรรมนูญ จึงย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญก็ตาม

โดยในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยให้ความสำคัญถึงหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 3 วรรคสอง ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 ได้วินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้ว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่ายทุกองค์กรและทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อยเพื่อหยิบยกมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิาทบาดหมางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงในหมู่ประชาชน ดังที่ปรากฏเป็นปัญหาวิกฤตของชาติในช่วงเวลาที่ผ่านมา และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”

หลักนิติธรรมจึงมีความสำคัญยิ่งที่ทุกฝ่ายจะต้องยึดถือและปฏิบัติให้เป็นรูปธรรมและอ้างความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการดังกล่าวไว้ ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้ใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายและประชาชนทุกคนที่จะดำเนินการโดยตระหนักถึงหลักการดังกล่าวในการปฏิบัติหน้าที่ใดๆ และเคารพต่อหลักนิติธรรมอย่างไม่มีเสื่อมคลาย เพื่อนำพาสังคมไทยไปสู่สังคมแห่งความเป็นธรรมและความผาสุกของบ้านเมืองสืบไป

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องหลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเห็นควรมีข้อเสนอแนะบางประการในส่วนที่เกี่ยวกับหลักนิติธรรมและในการดำเนินการขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) และองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ดังต่อไปนี้

5.2.1 หลักนิติธรรม (the rule of law) เป็นหลักการสำคัญยิ่งที่ต้องทำให้หลักการนี้เกิดมรรคเกิดผลเป็นรูปธรรมและเป็นหลักการที่สำคัญคู่กับสังคมไทยตราบถ้วนวันรันตร์ โดยองค์กร

ทั้งหลายทั้งปวงต้องยึดถือและปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมทุกกรณีโดยไม่มีเงื่อนไข การให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรม นั้น ในรัฐธรรมนูญเองสมควรให้ความหมายหรือแนวทางการใช้หลักนิติธรรมขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เกิดทิศทางในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายได้อย่างคงเส้นคงวา ไม่เกิดความผิดพลาดคลาดเคลื่อน ไม่นำมาซึ่งความเข้าใจผิดว่าสองมาตรฐาน ทั้งนี้ทั้งนั้นเพื่อธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของหลักนิติธรรม

5.2.2 องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ในฐานะที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของกรหนึ่งสมควรใช้อำนาจหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบและเนื้อหาตามหลักนิติธรรมเท่าที่ไม่ขัดกับข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญ 2550 กำหนด กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่มีลักษณะเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ 2550 และเมื่อใดที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ใช้อำนาจหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดทั้งไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมเสียแล้ว ย่อมถูกตรวจสอบได้

5.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยสมควรใช้อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบทั้งในส่วนของกระบวนการและในส่วนของเนื้อหาของกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานของหลักนิติธรรมซึ่งเปรียบเสมือนหลักกฎหมายพื้นฐานนอกเหนือจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อมีการกล่าวหาว่าการดำเนินการขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ใช้อำนาจหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนด ทั้งไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญย่อมใช้อำนาจหน้าที่ตามหลักนิติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดได้

5.2.4 ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่สมควรบัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นใดได้บ้าง เป็นการเฉพาะเรื่องหรือเป็นการทั่วไป เพราะจะเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายการเมืองอาศัยเสียงข้างมากแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ และขณะเดียวกันเพื่อป้องกันมิให้ศาลรัฐธรรมนูญขยายเขตอำนาจในการวินิจฉัยเป็นการเพิ่มเติมจนล่วงล้ำเข้าไปในเขตอำนาจขององค์กรอื่น และในประการสำคัญ

เพื่อป้องกันมิให้มีการนำเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปสู่ประเด็นปัญหาทางการเมืองอีก หรือควรกำหนดเป็นเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า เมื่อมีร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ควรต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญก่อนเช่นเดียวกับการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือควรต้องให้ประชาชน ได้ลงประชามติให้ความเห็นชอบอีกครั้ง จึงจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

5.2.5 การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากมีการดำเนินการหรือการกระทำ ของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใดที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม สมควรมีบทบัญญัติที่นำไปสู่ การถอดถอนออกจากตำแหน่งและถูกดำเนินคดีตามลักษณะความผิดที่ได้กระทำต่อไปด้วย เพื่อ เป็นการป้องกันและยับยั้งการดำเนินการหรือการกระทำของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรนั้น

ท้ายสุดนี้ ขอนำคำกล่าวของ บารอนเนส มากาเร็ต แทชเชอร์ (Magaret Thatcher) ซึ่งได้กล่าวถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมอันลึกซึ้งไว้ว่า

“การเป็นประชาธิปไตยยังไม่เพียงพอ เสียข้งมากไม่อาจเปลี่ยนสิ่งที่ผิดให้ถูกต้อง หากจะเป็นประเทศเสรีจริง ๆ ประเทศนั้นต้องมีความรักที่ลึกซึ้งต่อเสรีภาพ และเคารพหลักนิติธรรม อย่างผูกพันไม่เสื่อมคลาย”³⁵

“Being democratic is not enough, a majority cannot turn what is wrong into right. In order to be considered truly free, countries must also have deep love of liberty and abiding respect for the rule of law”

³⁵ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารประกอบการปาฐกถา เรื่อง “การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม” ในโอกาส ครบ 16 ปี การสถาปนารัฐธรรมนูญ, วันพฤหัสบดีที่ 24 เมษายน 2557, หน้า 21-22.

บรรณานุกรม

หนังสือ ตำรา งานวิจัย

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, 2557, หลักนิติธรรม.

คณะกรรมการการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาว่าง

รัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ชมพูนุท ตั้งถาวร, 2556. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพฯ : ส.เจริญการพิมพ์

ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2553, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการสำคัญ. กรุงเทพฯ :

วิญญูชน

ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2553, หลักนิติธรรม. กรุงเทพฯ : บริษัทชวนพิมพ์ 50 จำกัด

วิชณู เครืองาม, 2530, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์

Albert V. Dicey, Introduction to the study of the Law of the Constitution (London :

MacMillan, 1959)

Loveland, Ian, Constitution law, Administrative law, and human rights (London : Oxford

University Press, 2006)

กฎหมาย ข้อบังคับและคำวินิจฉัยศาลที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

บทความและหนังสือพิมพ์

กำชัย จงจักรพันธ์, หลักนิติธรรม, บทบัณฑิตย์ เล่ม 68 ตอน 4 เดือนธันวาคม 2555

ปุนเทพ ศิริบุหงศ์, ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, วารสารรัฐสภาสาร

ปีที่ 61 ฉบับที่ 4 เดือนเมษายน 2556

พรเลิศ สุทธิรักษ์ และสิทธิกร ศักดิ์แสง, “การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน ;

กรณีศึกษา เปรียบเทียบการให้สิทธิประชาชนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับ 2550”, วารสารรัฐสภาสาร ปีที่ 56 ฉบับที่ 10,

ตุลาคม 2551.

ยุติธรรม ปัทมะ, 2556, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291, สำนักวิชาการ สำนักงาน
เลขาธิการวุฒิสภา

ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2551. นิติศาสตร์ต้องเป็นธรรม (ออนไลน์), 23 มีนาคม 2558

http://archanpoo.net/index.php?option=com_content&view=article&id=17:2008-09-27-13-54-15&catid=1:article&Itemid=3

เอกสารประกอบการปาฐกถาของ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม
ในโอกาสครบ 16 ปี การสถาปนารัฐธรรมนูญ, วันพฤหัสบดีที่ 24 เมษายน 2557

เอกสารประกอบการบรรยายของ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ดุลยภาพระหว่างการเมืองภาค
นักการเมืองและการเมืองภาคพลเมืองกับหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย หลักสูตรินิติธรรม
เพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

อรรถพล ใหญ่สว่าง, 2558, หลักนิติธรรมภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย (ออนไลน์),
มติชน, 23 กุมภาพันธ์ 2558 www.matichon.co.th/news_details.php?newsid=1424682345

หลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการ

สุรพันธ์ บุรานนท์*

ในเอกสารการศึกษาฉบับนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงเนื้อหาเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตุลาการ (เฉพาะในส่วนของศาลปกครองซึ่งผู้เขียนปฏิบัติหน้าที่อยู่ในปัจจุบัน) เพราะนอกจากหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมเพื่อให้การกระทำต่างๆ ขององค์กรอื่นของรัฐอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและหลักนิติธรรมแล้ว องค์กรตุลาการเองก็ต้องธำรงไว้และปฏิบัติตามหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัดด้วยเช่นเดียวกัน และเนื่องจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการมีลักษณะเฉพาะตัวและแตกต่างไปจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นๆ ของรัฐ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตุลาการจึงมีหลายส่วนที่แตกต่างตามไปด้วย หลักการบางอย่างอาจถูกบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายหรือระเบียบอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีบางหลักการที่อาจมิได้ถูกกล่าวไว้ชัดเจนนัก แต่ก็ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่ดีและสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมซึ่งศาลควรที่จะต้องยึดถือและพึงปฏิบัติ

รายละเอียดของเอกสารการศึกษาฉบับนี้ ผู้เขียนได้แบ่งหัวข้อย่อยออกเป็น 5 ส่วน ส่วนที่หนึ่งจะเกี่ยวข้องกับ “สาระสำคัญของหลักนิติธรรม” โดยจะกล่าวถึงที่มาทางความคิดและสาระสำคัญที่ถือว่าเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม ส่วนที่สองจะเป็นเรื่อง “หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” โดยในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาหลักนิติธรรมที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการพิจารณาถึงลักษณะของหลักนิติธรรมในบริบทแบบไทยๆ ส่วนที่สามจะกล่าวถึง “หลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการ” ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนจะพิจารณาหลักการที่มีความสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้พิพากษาและตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนต่อมาจะพิจารณาเชิงวิพากษ์เกี่ยวกับ “ความเสี่ยงในการรักษาหลักนิติธรรมโดยองค์กรตุลาการ” โดยในส่วนนี้จะมีบทวิจารณ์ที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจและอาจเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง และในที่สุดท้ายจะเป็นบทสรุปภาพรวมของการศึกษาในครั้งนี้

สาระสำคัญของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักที่ถูกพูดถึงอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน โดยมักถูกหยิบยกขึ้นอ้าง ทั้งโดยนักการเมือง นักวิชาการด้านรัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ ถึงความสำคัญต่อ

* รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง, ผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นป.) รุ่นที่ 2 ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

การบริหารงานของรัฐ การปกครองประเทศ หรือแม้แต่ในการพิจารณาคดีของศาล โดยในประเทศไทยเอง มีนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวถึงสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ อาทิเช่น รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้กล่าวว่าหลักนิติธรรม เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้และการกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของประชาชน ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ก็จะไปจำกัดหรือรุกล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้¹ ส่วน ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้กล่าวว่าหลักนิติธรรมนั้น หมายถึง ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย และกฎหมายต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐไว้ด้วยว่า หลักนิติธรรมเป็นเรื่องของเนื้อหามากกว่าเรื่องของรูปแบบ และหลักนิติธรรมไม่ใช่เป็นเรื่องลำดับขั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่เป็นเรื่องของหลักการที่ถือว่าปัจเจกชนต้องมีความสำคัญเหนือกว่ารัฐ²

โดยในประเด็นเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมนั้น นอกจากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ยังต้องพิจารณาเกี่ยวกับพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์เป็นสำคัญด้วย เนื่องจากหลักทั้งสองมีต้นกำเนิดที่แตกต่างกัน โดยหลักนิติรัฐมีแหล่งกำเนิดในประเทศเยอรมนี ส่วนหลักนิติธรรมมีพัฒนาการทางความคิดมาจากประเทศอังกฤษ แม้หลักการทั้งสองจะมีความเกี่ยวพันอย่างมากกับกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นก็เป็ผลผลิตทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับประวัติความเป็นมาของแต่ละชนชาติ ความเข้าใจบางประการที่แตกต่างกันที่ชนชาติเยอรมันและอังกฤษมีต่อมนทัศน์ว่าด้วยกฎหมาย ตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกันของชนชาติทั้งสอง ย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม และต่อโครงสร้าง บทบาท และความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐด้วย หลักนิติรัฐซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังในเยอรมนีในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่สิบเก้า นั้น ได้แผ่ขยายอิทธิพลออกไปทั่วภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกฎหมายมหาชนในอิตาลีที่ได้รวมชาติขึ้นสำเร็จในช่วงเวลานั้น และต่อประเทศฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่สาม ส่วนหลักนิติธรรมมีที่มาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของอังกฤษตั้งแต่สมัย

¹ สมยศ เชื้อไทย. *หลักกฎหมาย Principle of Law กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (Introduction to Public Law)*. พิมพ์ครั้งที่ 2. สำนักพิมพ์วิญญูชน. กรุงเทพฯ. 2549. หน้า 140 - 141.

² ชาญชัย แสวงศักดิ์. *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. สำนักพิมพ์วิญญูชน. กรุงเทพฯ. 2553. หน้า 101.

ที่ชาวอเมริกันเข้ายึดครองเกาะอังกฤษ ก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และต่อหลายประเทศที่ได้รับแนวคิดจากสถาบันการเมืองการปกครองอังกฤษ³

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับสาระสำคัญของหลักนิติธรรม นอกจากในส่วนที่ได้มีการกล่าวไว้โดยนักวิชาการและที่มาทางประวัติศาสตร์แล้ว ยังต้องให้ความสำคัญกับแนวคิดที่มีการกล่าวไว้โดยผู้คิดค้นนิยามคำว่าหลักนิติธรรมขึ้น ซึ่งในแวดวงนิติศาสตร์ได้มีการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า บุคคลแรกที่นำคำว่าหลักนิติธรรม (The rule of law) มาใช้ ก็คือ ศาสตราจารย์ Albert Venn Dicey (ค.ศ. 1835 – 1922)

Dicey เป็นนักคิดที่โด่งดังในอังกฤษ โดยในช่วงแรกได้รับการยอมรับจากการที่ได้คิดค้นคำว่า “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty)” เพื่อสรุปวิวัฒนาการของระบบการเมืองที่ทำให้รัฐสภาเป็นศูนย์กลางอำนาจของระบบการเมืองของอังกฤษ Dicey ได้ให้นิยาม “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” ไว้ว่า รัฐสภาในความหมายของสถาบันที่รวมกษัตริย์ สภาขุนนาง และสภาผู้แทนราษฎรไว้ในองค์กรทางการเมืองเดียวกัน มีสิทธิตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่จะออกกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายใดๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตาม จุดอ่อนของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาตามที่ Dicey กล่าวนั้น ก็คือ ทฤษฎีนี้มิได้อธิบายว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นจะสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ได้อย่างไร โดย Dicey เองก็ได้สนใจที่จะตั้งคำถามว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นดีหรือไม่ดี แต่เขาจะเน้นย้ำว่าลักษณะสำคัญของระบอบการปกครองที่รัฐบาลมาจากผู้แทนของประชาชน ก็คือ ความสามารถในการทำให้ความประสงค์ขององค์อธิปัตย์สอดคล้องกับความประสงค์ของประชาชน⁴

³ บทความของ รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรื่อง “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” สามารถค้นอ่านเพิ่มเติมได้ใน <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431> (เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557)

นอกจากนั้น รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ยังได้กล่าวเกี่ยวกับคำว่านิติรัฐว่า นิติรัฐเป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมัน คำๆ นี้สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม ตำราที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษจำนวนหนึ่งได้ใช้คำๆ นี้ทับศัพท์ภาษาเยอรมันโดยไม่แปล อย่างไรก็ตาม มีความพยายามในการแปลคำว่า Rechtsstaat อยู่เช่นกัน ถึงแม้ว่าคำแปลที่พยายามคิดกันขึ้นนั้นไม่สามารถสื่อความหมายของคำว่า Rechtsstaat ได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม เช่น ในระบบกฎหมายอังกฤษ แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law หรือ state-under-law ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแปลว่า état constitutionnel แต่ตำรากฎหมายฝรั่งเศสยุคหลังๆ มักแปลว่า état de droit ซึ่งเป็นแนวโน้มการแปลในภาษาอื่นๆ ด้วย คือแปลตรงตัว เช่น ระบบกฎหมายอิตาลี แปลว่า Stato di diritto หรือระบบกฎหมายสเปนแปลว่า Estado de Derecho เป็นต้น สำหรับในสหรัฐอเมริกาหากไม่แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law ก็มักจะยกเอาหลักการในทางกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนที่คล้ายคลึงกับ Rechtsstaat มาเทียบเคียง เช่น due-process-clause หรือการกล่าวถึง limited government ในฐานะมโนทัศน์ทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Rechtsstaat เป็นต้น

⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 98 – 99

นอกจากบทบาทของ Dicey ในทฤษฎีดังกล่าวแล้ว ยังได้มีการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่า หลักนิติธรรมได้ถูกกล่าวถึงครั้งแรกในตำราทางนิติศาสตร์ของ Dicey ที่เรียกว่า “*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution 1855*” โดย Dicey ได้วิเคราะห์ระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษ และได้กล่าวถึงสภาพการณ์ที่ทำให้ระบบการเมืองการปกครองเป็นไปตามหลักนิติธรรมว่าต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ⁵ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง บุคคลจะต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหาย เว้นแต่จะมีการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมดา (regular law) ซึ่งยอมรับบังคับใช้โดยศาลธรรมดา⁶ นอกจากนี้ Dicey ยังเน้นย้ำด้วยว่าในการบริหารปกครองประเทศ จะต้องไม่ให้มีการปกครองโดยผู้ปกครองที่สามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากการจำกัดหรือควบคุม

ประการที่สอง บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาโดยเท่าเทียมกัน (equality before the law) กล่าวคือ ทุกคนมีความเสมอภาคในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะแตกต่างกันที่ฐานะ ตำแหน่ง หน้าที่ การงานก็ตาม ก็ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายได้

ประการที่สาม สิทธิ เสรีภาพของปัจเจกชนนั้นจะถูกกำหนดและบังคับใช้ผ่านศาล หรืออาจเกิดจากกฎหมายธรรมดาที่ได้รับการยอมรับมาบังคับใช้ แต่มิใช่เกิดมาจากรัฐธรรมนูญ (เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร)

จากรายละเอียดเกี่ยวกับแนวคิดอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมตามที่ Dicey กล่าวไว้ข้างต้น สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า แก่นมุมของหลักนิติธรรมแบบอังกฤษในขณะนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐสภาธิปไตย โดยในทางทฤษฎี รัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากจะมีผู้ใดกล่าวอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็ห้ามผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นสิ้นผลลงไปไม่ ศาลในประเทศอังกฤษเองก็ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา

⁵ PARPWORTH, Neil. *Constitutional & Administrative Law*. Seventh Edition. Oxford University Press. Hampshire 2012. PP 40 – 41. และ LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom, A Contextual Analysis*. Hart Publishing. Cornwall. 2012. PP 66 – 68.

⁶ ด้วยรากฐานทางความคิดในระบบกฎหมายอังกฤษในลักษณะนี้ ทำให้ระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่มี การแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันด้วย ดังนั้น ประเทศอังกฤษนอกเสียจากไม่มีศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาคู่ขนานกับศาลยุติธรรมด้วยซึ่งต่างจากหลายประเทศในทวีปยุโรป ผลแห่งการนี้ ทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ประชาชนชาวอังกฤษสามารถฟ้องได้ที่ศาลยุติธรรม (หรือศาลธรรมดาตามนัยของ Dicey นั่นเอง) โดยหลักนิติธรรมจะเน้นในหลักที่ว่า ประชาชน หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และภายใต้ศาลเดียวกัน

อังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่การควบคุมทางกฎหมาย และด้วยเหตุผลเหล่านี้เอง ทำให้ประเทศอังกฤษไม่มีศาลรัฐธรรมนูญอย่างที่หลายประเทศในทวีปยุโรปมี

จากเนื้อหาที่ได้กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สาธารณคดีและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมตามที่ Dicey กล่าวมานั้น มีฐานคิดมาจากประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษ แต่เมื่อหลักคิดนี้ถูกนำไปประยุกต์ใช้ในประเทศต่างๆ อาจมีการปรับเปลี่ยนรายละเอียดให้มีความเหมาะสมกับประเทศนั้นๆ ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน พัฒนาการของหลักนิติธรรมอาจแตกต่างไปบ้างจากแนวคิดหรือองค์ประกอบที่ Dicey ได้กล่าวไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในองค์ประกอบประการที่สาม อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดในการนำไปปรับใช้อาจจะถูกปรับเปลี่ยนไปบ้างในบางส่วน แต่ก็คงไม่อาจบิดเบือนแก่นหรือหัวใจของหลักนิติธรรมไปได้ ซึ่งก็คือ ลักษณะความเป็นใหญ่ของกฎหมาย หรือการออกกฎหมายต้องออกโดยผู้มีอำนาจ และออกโดยมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือการที่กฎหมายต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ (การตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐ) หรือความเสมอภาคของทุกคนภายใต้กฎหมาย รวมถึงการที่บุคคลต้องทราบล่วงหน้าก่อนว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับแก่ตนอย่างไร (การนำกฎหมายไปสู่การปฏิบัติต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ไม่คลุมเครือ) เหล่านี้ล้วนแต่เป็นหัวใจของหลักนิติธรรมที่ไม่สามารถถูกปรับเปลี่ยนไปได้หากเกิดการนำไปปรับใช้ในประเทศต่างๆ ซึ่งก็รวมถึงในประเทศไทยด้วยเช่นกัน

หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เห็นได้ว่า มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรมโดยชัดแจ้งไว้ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม...” ส่วนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้ใน 2 มาตรา ได้แก่

มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

มาตรา 78 (6) บัญญัติว่า (6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

⁷ บทความของ รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรื่อง “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” อ้างแล้ว หน้า 5.

เดิมที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับของไทยที่ผ่านมา รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่มีบัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมกำกับไว้ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้เป็นครั้งแรกจึงไม่ใช่เรื่องง่ายในการนิยามหลักนิติธรรม ในรูปแบบที่สอดคล้องกับการเมืองการปกครองหรือที่สอดคล้องเกี่ยวข้องกับระบบกฎหมายของไทย

กรณีจึงทำให้ที่ผ่านมา การพิจารณาหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรคสอง ในบริบทแบบไทยๆ จึงไม่ใช่การพิจารณาแต่เพียงนิยามที่ได้มาจากหลักคิดของ “ผู้มาก่อน” อย่าง Dicey แล้วนำมาปรับใช้ แต่ต้องคำนึงถึงบริบทที่สอดคล้อง สัมพันธ์ และที่สำคัญที่สุดคือ ต้องไปด้วยกันได้กับประวัติศาสตร์ รูปแบบการเมืองการปกครอง และประเพณีปฏิบัติของประเทศไทยด้วย จากนั้นจึงกล่าว สามารถกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมแบบไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะต้องพิจารณาควคู่ไปกับ “หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน” และ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” หลักการเหล่านี้ก็หมายถึงว่า เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีการปกครองโดยผู้ใช้ อำนาจรัฐต้องเคารพเจตจำนงและสิทธิเสรีภาพของปวงชน ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจของปวงชนตามกฎหมายอย่างสมดุล มีการถ่วงดุล ตรวจสอบระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่าย ตุลาการอย่างมีมาตรฐาน โดยต้องไม่ใช่การอาศัยเสียงข้างมากเป็นที่ตั้ง อีกทั้งผู้ใช้อำนาจอ้างอิงยังต้อง ปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับหลักการอื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งยังต้อง เคารพประเพณีการปกครอง รวมทั้งหลักการอื่นๆ ที่สอดคล้องกับหลักการตามที่ได้กล่าว ดังกล่าว แม้จะไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ก็ตาม และในท้ายที่สุด บริบทของรัฐธรรมนูญของไทยในการ พิจารณาหลักนิติธรรม ควรต้องเกิดขึ้นอย่างเท่าเทียมกัน เสมอภาค บนมาตรฐานเดียวกัน ไม่ใช่ ว่ากรณีเช่นนี้ จะยึดถือหลักนิติธรรม แต่บางกรณีก็ไม่หยิบยกขึ้นพิจารณาหรืออ้างถึงหากกลุ่มของตน มิได้รับประโยชน์จากการอ้างอิงนั้น

จากรายละเอียดดังกล่าวสามารถกล่าวได้ว่า สาระสำคัญของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรคสอง มีการนำไปตีความถึงความสำคัญ และ ขอบเขตอย่างแพร่หลาย ทั้งโดยนักการเมือง นักวิชาการ หรือแม้แต่ประชาชนทั่วไป อย่างไรก็ตาม แม้นิยามและขอบเขตของหลักนิติธรรมจะยังไม่ถูกกล่าวถึงตั้งแต่ในขั้นการร่างรัฐธรรมนูญฯ แต่ จากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีการกล่าวถึงขอบเขตและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ หลายครั้ง โดยในคำวินิจฉัยคดีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้เคยกล่าวถึงหลักนิติธรรม ไว้อย่างน่าสนใจตามคำวินิจฉัยที่ 15- 18/2556 เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ.2556 โดยได้กล่าวไว้ว่า

“... องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้ อำนาจขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้ง

ต่อรัฐธรรมนูญได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ.2550 จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยาบยบมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตน หรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิาทบาดหมาง และแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา 68 นั้นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณี จึงต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริต ข้อฉลมีประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมีเช่นนั้น จะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ ให้ไปตกอยู่กับบุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจ โดยปราศจากความชอบธรรม หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ดีจะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ”⁸

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การพิจารณาหลักนิติธรรมในบริบทตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความสำคัญต่อการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจรัฐที่ไม่ใช่เพียงแต่ต้องชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังต้องมีความชอบธรรม ปราศจากผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นใดๆ ดังนั้น การปฏิบัติงานของผู้ใช้อำนาจทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ มีอจจะเลยความชอบด้วยหลักนิติธรรม ซึ่งสูงกว่าความชอบด้วยกฎหมายนี้ไปได้

⁸ รายละเอียดตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 - 18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ.2556 หน้า 22 ถึง 23

หลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการ

ที่มาของอำนาจไม่ว่าจะเป็นอำนาจบริหาร นิติบัญญัติ ตุลาการนั้น ต้องมีฐานที่มาจากกฎหมายเท่านั้น ซึ่งนี่เป็นส่วนหนึ่งของความแตกต่างกันระหว่างการกระทำของผู้ปกครองกับการกระทำของประชาชนทั่วไป กล่าวคือ หากเป็นกรณีประชาชนทั่วไป ทุกคนสามารถกระทำการใดๆ ก็ได้ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ ซึ่งนัยดังกล่าว มีที่มาจากหลักกฎหมายในภาษาลาตินที่เรียกว่า “qua non sunt prohibita, permissae intelliguntur (Everything which is not forbidden, is allowed)” ในทางตรงข้าม กรณีของผู้ที่ใช้อำนาจรัฐจะกระทำการใดๆ ได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจให้กระทำการนั้นได้เท่านั้น จะกระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้ ซึ่งหลักนี้มีที่มาจากหลักในภาษาลาตินที่ว่า “quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur (everything which is not allowed, is forbidden)” ดังนั้น เมื่อผู้ใช้อำนาจรัฐจะกระทำการใดๆ ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ (Government of law, not of men) ก็เท่ากับว่าการกระทำและกระบวนการทั้งหมด เพื่อบรรลุเป้าหมายในการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเช่นกัน ในส่วนนี้เอง ที่เป็นบ่อเกิดของหลักที่ว่า “การกระทำของผู้ใช้อำนาจรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality)” ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรมด้วยส่วนหนึ่ง

จากที่ได้กล่าวว่กฎหมายเป็นฐานของผู้ใช้อำนาจรัฐ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ก็จะกระทำการนั้นไม่ได้ ในส่วนของการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการก็เช่นกัน ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจที่ต้องอาศัยฐานมาจากกฎหมาย อย่างไรก็ตาม จากการที่องค์กรตุลาการเป็นองค์กรในการอำนวยความยุติธรรม การอ้างไว้ซึ่งสถานะแห่งความยุติธรรม ทำให้องค์กรตุลาการต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักการต่างๆ ที่มีลักษณะพิเศษต่างหากผู้ใช้อำนาจรัฐในภาคส่วนอื่น การยึดถือหลักนิติธรรมเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานขององค์กรตุลาการจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่เคร่งครัดและแตกต่างไปจากผู้ใช้อำนาจรัฐสาขาอื่น ในเอกสารฉบับนี้ ผู้เขียนได้พิจารณาสาระสำคัญของหลักนิติธรรม ประกอบกับลักษณะเฉพาะของอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการแล้ว เห็นว่า หลักที่องค์กรตุลาการต้องยึดถือไว้เพื่อให้เป็นไปตามและสอดคล้องกับหลักนิติธรรมนั้นสามารถพิจารณาได้ 3 หลักใหญ่ๆ ได้แก่

1. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (the principle of the independence of the judiciary)

หลักนี้แสดงให้เห็นถึงการที่ผู้พิพากษาศาลาการจะต้องปราศจากแรงกดดันโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายการเมือง ซึ่งอาจส่งให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปอย่างไม่เที่ยงธรรม ความอิสระของผู้พิพากษาจึงเป็นหลักการที่รัฐสมัยใหม่ให้ความสำคัญอย่างมากและเป็นส่วนที่ขาดไปเสียมิได้ของทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมโดยการที่ศาลจะคงไว้ซึ่งความอิสระได้ ก็ต่อเมื่อมีหลักประกันต่างๆ อาทิเช่น หลักที่ว่าผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษารรคดีทั้งปวง โดยไม่อยู่ภายใต้

การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น หรือหลักการห้ามโยกย้ายผู้พิพากษาในเหตุซึ่งไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ (the principle of immobility) ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการห้ามโยกย้ายผู้พิพากษานั้น มิได้หมายความว่า ผู้พิพากษาจะถูกเปลี่ยนตำแหน่งไม่ได้ แต่หมายความว่า การโยกย้ายนั้น ต้องได้รับความยินยอมจากตัวผู้พิพากษาที่จะถูกย้ายก่อน⁹ ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นซึ่งในกฎหมายของประเทศไทยหลายฉบับก็บัญญัติไว้ในทิศทางเดียวกัน เช่น หากเป็นการโยกย้ายตามวาระ การเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น หรืออยู่ระหว่างการถูกดำเนินการทางวินัย หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา กรณีเช่นนี้ ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากตัวผู้พิพากษานั้นๆ ก่อน ทั้งนี้ หลักประกันที่ได้กล่าวถึงเหล่านี้มีไว้ก็เพื่อป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองหรือจากผู้บริหารศาลในการปฏิบัติหน้าที่ให้ความยุติธรรมของผู้พิพากษา ดังนั้น การสร้างความชัดเจนในหลักประกันเหล่านี้ในกฎหมาย ถือเป็นหลักประกันที่จะก่อให้เกิดนิติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษานั้นเอง

นอกจากหลักการข้างต้น ยังมีหลักการที่มีผลในการสนับสนุนความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอีกด้วย อาทิ หลักการห้ามเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดี ซึ่งโดยปกติ ในกฎหมายวิธีสบัญญัติของไทยจะมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงกระบวนการ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขแล้ว เช่น ในพระธรรมนูญศาลยุติธรรม¹⁰ หรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁹ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่า

“การย้ายตุลาการศาลปกครองผู้ใดไปดำรงตำแหน่งอื่นในศาลปกครอง จะต้องได้รับความยินยอมจากตุลาการศาลปกครองผู้นั้น และให้ประธานศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจแต่งตั้งได้ โดยความเห็นชอบของ ก.ศป. ตามระเบียบที่ ก.ศป. กำหนดโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด
ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น หรือเป็นการย้ายประจำปี หรือเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัย หรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญาที่ศาลมีคำสั่งประทับฟ้องแล้ว”

¹⁰ มาตรา 32 และ 33 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม บัญญัติว่า

มาตรา 32 “ให้ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล หรือผู้พิพากษาหัวหน้าแผนกคดีในแต่ละศาลแล้วแต่กรณี รับผิดชอบในการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะผู้พิพากษาในศาลหรือในแผนกคดีนั้น โดยให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบราชการฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรม

การออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความเชี่ยวชาญและความเหมาะสมขององค์คณะผู้พิพากษาที่จะรับผิดชอบสำนวนคดีนั้น รวมทั้งปริมาณคดีที่องค์คณะผู้พิพากษาแต่ละองค์คณะรับผิดชอบ”

มาตรา 33 วรรคหนึ่ง “การเรียกคืนสำนวนคดีหรือการโอนสำนวนคดีซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะผู้พิพากษาใด ประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์ ประธานศาลอุทธรณ์ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น หรือผู้พิพากษาหัวหน้าศาล จะกระทำได้อต่อเมื่อเป็นกรณีที่จะกระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาหรือพิพากษาบรรดาคดีของศาลนั้น และรองประธานศาลฎีกา รองประธานศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลอุทธรณ์ภาค รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น หรือผู้พิพากษาในศาลจังหวัดหรือศาลแขวง ที่มีอาวุโสสูงสุดในศาลนั้น แล้วแต่กรณี ที่มีได้เป็นองค์คณะในสำนวนคดีดังกล่าวได้เสนอความเห็นให้กระทำ”

พ.ศ.2542¹¹ ก็ได้บัญญัติรับรองไว้เพื่อป้องกันการแทรกแซงจากฝ่ายอื่นอันอาจกระทบต่อการอ้างไว้ซึ่งความยุติธรรมของผู้พิพากษาได้

2. หลักความเป็นกลางของศาล (the principle of neutrality)

นอกจากหลักประกันเกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแล้ว หลักประกันเกี่ยวกับการทำให้เกิดความเป็นกลางก็เป็นสาระสำคัญที่สัมพันธ์อย่างแน่นแฟ้นกับหลักนิติธรรมในองค์การตุลาการ หากผู้พิพากษาปราศจากความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดี มีโอกาสที่จิตใจโอนเอียงหรือเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบทบาทในการอ้างไว้ซึ่งความยุติธรรมก็คงไม่อาจบรรลุถึง ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างรุนแรงได้

หลักประกันในการทำให้เกิดความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษานั้น ถูกสะท้อนผ่านหลักการหรือสิทธิหลายประการ ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายวิธีสบัญญัติหลายฉบับของไทย ก็ได้มีการรับรองไว้อย่างชัดเจน อาทิเช่น สิทธิในการคัดค้านตุลาการที่มีส่วนได้เสียในการพิจารณาคดี ตามมาตรา 63 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 11 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 27 ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและหลักประกันในการคัดค้านผู้พิพากษาเอาไว้

นอกจากนั้น ยังมีหลักการที่เป็นส่วนหนึ่งและสนับสนุนหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษาอีกคือ “หลักการพิจารณาโดยปราศจากอคติ” ตุลาการจึงต้องยึดหลักการพิจารณาโดยปราศจากอคติ ปฏิบัติตนเพื่อคงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม โดยหลักการนี้ ได้ถูกกล่าวถึงมาอย่างยาวนาน แม้แต่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่สำคัญที่สุด ก็ได้กล่าวถึงไว้ ผ่าน **หลักอินทภาษ** โดยกล่าวไว้ว่าการจะเป็นตุลาการที่ดีได้นั้นจะต้องไม่มีอคติ 4 ประการ คือ **ฉันทาคติ** คือ การลำเอียงเพราะรัก การเห็นแก่อำมีสินจ้าง ลุ่มหลงในทรัพย์สินเงินทอง ละโมบ โภภมาก เข้าด้วยฝ่ายโจทก์หรือจำเลย ต้องทำใจให้เป็นกลาง **โทสาคติ** คือ การลำเอียงเพราะโกรธ พยาบาท มีความอาฆาตเคียดแค้นในใจเพราะเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน **โมหาคติ** คือ การลำเอียงเพราะหลงในลาภยศสรรเสริญ ให้ยึดมั่นในความสุจริตเที่ยงธรรม ตัดสินคดีด้วยจิตใจอันบริสุทธิ์ มีความรอบรู้ในกฎหมาย

¹¹ มาตรา 56 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า
 “เมื่อได้มอบสำนวนคดีให้แก่ตุลาการเจ้าของสำนวนคนใดแล้ว หรือได้จ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะใดแล้ว ห้ามมิให้มีการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดี เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้
 (1) เมื่อมีการโอนคดีตามที่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนด
 (2) เมื่อมีการคัดค้านตุลาการเจ้าของสำนวนสำหรับกรณีเรียกคืนสำนวน หรือตุลาการศาลปกครองในองค์คณะพิจารณาพิพากษานั้นถูกคัดค้าน หรือไม่ครบองค์คณะสำหรับกรณีโอนสำนวน
 (3) เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะพิจารณาพิพากษามีคดีค้างการพิจารณาอยู่เป็นจำนวนมากซึ่งจะทำให้การพิจารณาคดีล่าช้า และตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะพิจารณาพิพากษาขอสละสำนวนคดีที่ตนรับผิดชอบอยู่”

รู้เท่าทัน ไม่ตัดสินใจด้วยความหลง และท้ายที่สุดคือ **ภยากติ** การลำเอียงหรือเกิดความเอนเอียงเพราะในใจบังเกิดความกลัว ไม่ว่าจะกลัวตาย กลัวเสื่อมลาภ เสื่อมยศผู้พิพากษาต้องทำจิตใจให้มั่นคงไม่หวั่นไหว ไม่เกรงกลัวต่ออิทธิพล การใดๆ ที่จะแสดงออกถึงความไม่เป็นกลางหรือแม้แต่ความเคลือบแคลงสงสัยในความเป็นกลางที่อาจเกิดขึ้นได้ ก็ถือเป็นเหตุเพียงพอในการที่จะผู้พิพากษานั้นจะพิจารณาตนเองและถอนตัวออกจากคดีโดยมิพักต้องรอให้มีการคัดค้านจากคู่กรณีหรือคู่ความในคดี

3. หลักความยุติธรรม (the principle of impartiality)

นอกเหนือจากหลักการทั้งสองที่ได้กล่าวถึงแล้ว ยังมีหลักที่เกี่ยวข้องกับความยุติธรรมที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องยึดถือและคำนึงถึงเสมอ โดยหลักการที่สนับสนุนให้เกิดความยุติธรรมขึ้นในบทบาทขององค์กรตุลาการ ส่วนใหญ่จะมีความสัมพันธ์กับกฎหมายวิธีสบัญญัติเช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น หลักการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (The Access to the justice) กล่าวคือ ต้องมีหลักประกันที่ให้ความเสมอภาคแก่ประชาชนทุกคน (The principle of legal equity) ในการเข้าถึงศาลหรือองค์กรยุติธรรม เพื่อสามารถปกป้องและเรียกร้องความเป็นธรรมแก่ตนได้¹² นอกจากนี้ยังมีหลักการที่สนับสนุนให้เกิดความยุติธรรมอื่นๆ อีก อาทิเช่น หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (the openness of trial) และหลักการรับฟังความทั้งสองฝ่ายและการให้โอกาสโต้แย้งสิทธิ ซึ่งหลักการเหล่านี้ ล้วนแต่เป็นหลักการที่หากมีการยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดโดยศาลแล้ว การอำนวยความยุติธรรมก็จะเป็นไปตามหลักนิติธรรม อันจะนำความสงบสุขมาแก่สังคมได้สูงสุด

นอกจากหลักการต่างๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามที่ได้กล่าวในย่อหน้าก่อน ยังมีอีกหลักการหนึ่งที่น่าพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์อย่างมากกับการพิจารณาหลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการ ซึ่งก็คือ “หลักการพิจารณาโดยปราศจากความล่าช้า” หลักนี้มีฐานจากสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมอย่างรวดเร็วโดยหลักการถูกพิจารณาว่ามีสถานะเท่ากับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ แม้จะมีการคุ้มครองหรือมีหลักประกันให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมก็ตาม แต่หากเป็นความยุติธรรมที่มีกระบวนการล่าช้า อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกรณีก็เปรียบเสมือนไม่ได้ให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนนั่นเอง (justice delayed is justice denied) ความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลนี้ มีความเชื่อมโยงกับหลักนิติธรรมกับองค์กรตุลาการอย่างชัดเจน ไม่ต่างกับหลักการอื่นๆ ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น หากในกระบวนการยุติธรรม ผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมอย่างรวดเร็วเยียวยาผู้เดือดร้อนเสียหายอย่างเหมาะสมแก่เวลา ภาพลักษณ์แห่งความยุติธรรมคงถูกมองในด้านลบอย่างแน่นอน เหตุการณ์ดังกล่าวได้เคยเกิดขึ้นในประเทศอินเดียในช่วงเดือนธันวาคม ค.ศ. 2013 ที่ผ่านมานี้ โดยในระบบศาลของอินเดีย

¹² มาตรา 40 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองหลักนี้ไว้ว่า ต้องเป็นสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

มีคดีค้างการพิจารณาทั้งสิ้น รวม 30 ล้านคดี โดยผู้พิพากษา 15 นายต้องรับผิดชอบคดีที่ค้างค้างอยู่ ประมาณ 1,500,000 คดี กรณีจึงถูกตั้งคำถามจากหลายฝ่ายถึงบทบาทขององค์กรตุลาการในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมแก่ประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยในปัจจุบันได้มีการวางแผนแม่บทในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมอย่างเร่งด่วน¹³ ในส่วนของประเทศไทยเอง ก็ได้มีการรับรองหลักประกันในเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง (1) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ยังคงไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้อย่างแท้จริง

จากรายละเอียดดังกล่าวสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ต้องมีการสร้างหลักประกันให้เกิดความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง และความยุติธรรมอย่างแท้จริงในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษาเองจะต้องไม่มีความคิดแอบแฝงหรือเก็บซ่อนความคิดใดลวงหน้าเกี่ยวกับเรื่องที่เป็นปัญหาในการพิจารณา ไม่กระทำในสิ่งซึ่งจะเอื้อประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือไม่มีความขัดกันแห่งผลประโยชน์ใดๆ ของผู้พิพากษากับคดีที่พิจารณา¹⁴ หากสามารถสร้างหลักประกันดังกล่าวขึ้นได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ก็ถือได้ว่าบทบาทขององค์กรตุลาการในการธำรงรักษาความยุติธรรม โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญฯ ไว้แล้ว

¹³ ข้อมูลข่าวสารจาก <http://thediplomat.com/2013/12/justice-delayed-is-justice-denied-indias-30-million-case-judicial-backlog/> (เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2557)

¹⁴ นอกจากบทบัญญัติที่ใช้คำว่านิติธรรมในรัฐธรรมนูญ ยังมีอีกหลายมาตราที่สัมพันธ์กับหลักนิติธรรม เช่น มาตรา 197 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตามวาระตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้นเป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นกรณีที่กระทบกระเทือนต่อความยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือมีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 201 ก่อนเข้ารับหน้าที่ ผู้พิพากษาและตุลาการต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพระพุทธเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอถวายสัตย์ปฏิญาณว่า ข้าพระพุทธเจ้าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และจะปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยปราศจากอคติทั้งปวง เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน และความสงบสุขแห่งราชอาณาจักร ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายทุกประการ”

มาตรา 40 (2) (3) บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่อง การได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีทรงองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

การรักษาหลักนิติธรรมโดยองค์การตุลาการ

จากรายละเอียดตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้วเกี่ยวกับหลักการที่ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ศาลหรือผู้พิพากษาจะต้องยึดถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดหลักนิติธรรมในการใช้อำนาจตุลาการ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอหยิบยกกรณีบางกรณีที่น่าสนใจในการที่จะนำมาศึกษาวิเคราะห์ว่า หากมีกรณีตามประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้น จะก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการที่ศาลจะถูกมองว่าไม่รักษาหลักนิติธรรมหรือไม่ กรณีแรกที่นำกล่าวถึงในที่นี้ ก็คือ “ประเด็นเกี่ยวกับการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอ”

หลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอ (the principle of non ultra petita)” นั้นมีที่มาจากภาษาลาตินที่เรียกว่า “*Ne eat iudex ultra petita partium aut breviter ne ultra petita*” (หรือที่เรียกโดยย่อว่า *ne ultra petita*) ซึ่งหมายถึง ศาลหรือผู้พิพากษาจะพิพากษาให้ในสิ่งที่ไม่ได้ขอหรือเกินไปจากที่ขอไม่ได้ หลักนี้เป็นหลักของกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในต่างประเทศ และในประเทศไทยเองก็ได้ยอมรับหลักดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยได้มีการบัญญัติยืนยันไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญา เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 142 หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 192 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จะไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติอ้างอิงไว้โดยตรง แต่จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็ได้ยืนยันว่า หลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามข้อ 5 วรรคสอง ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543¹⁵ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม ศาลก็ต้องยึดถือหลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอ เพราะเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาคดี นอกจากนั้น หากพิจารณาหลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอกับหลักนิติธรรมแล้วจะเห็นได้ว่ามีความสัมพันธ์กันอย่างมาก เนื่องจากการที่ศาลต้องไม่พิพากษาเกินคำขอนั้น เป็นการควบคุมมิให้ศาลใช้อำนาจเกินขอบเขตประการหนึ่ง เพราะในบางกรณีหากสิ่งที่ศาลพิพากษาไป ไม่ใช่เจตนาหรือความประสงค์ของคู่ความ ก็อาจกระทบต่อหลักความ

¹⁵ ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.113/2556 เป็นต้น

โดยระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดว่า

“วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

เป็นกลางและหลักความยุติธรรมอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมนั่นเอง เพราะศาลเองต้องพิจารณาพิพากษาไปตามพยานหลักฐานในคดีโดยไม่ต้องไม่โอนเอียงหรือเห็นใจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างมีอคติ

การที่ผู้เขียนหยิบยกประเด็นนี้มาวิพากษ์ก็เนื่องจากในศาลปกครองเองเคยเกิดแนวความคิดที่จะผลักดันให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความคุ้มครองและสนับสนุนให้มีการเยียวยาสิทธิผู้ฟ้องคดีและผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้น โดยฝ่ายที่มีแนวความคิดดังกล่าวเห็นว่า ความเสียหายในคดีสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายพิจารณาได้ยาก จึงน่าจะให้ตุลพิณิจศาลสามารถพิจารณาเกินคำขอได้ โดยการแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2552 เพื่อเปิดช่องให้ศาลมีดุลพินิจดังกล่าว

ในประเด็นนี้ ฝ่ายที่มีความเห็นว่าควรให้ศาลมีดุลพินิจในการพิพากษาเกินคำขอได้ ให้เหตุผลว่า ในบางครั้งผู้เสียหายอาจไม่ทราบถึงความเสียหายที่แท้จริงที่ตนได้รับ หรือไม่อาจคาดได้ว่าในอนาคตอาจมีความเสียหายที่มากกว่าที่ตนได้รับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งฝ่ายที่มีความเห็นดังกล่าวอาจได้แนวความคิดสนับสนุนจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองหลายคดีที่ได้กล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักการห้ามมิให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง โดยอ้างและข้อความสนับสนุนว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”¹⁶ แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อยกเว้นในการที่ศาลพิพากษาเกินคำขอได้นี้ เป็นข้อยกเว้นเชิงเทคนิค กล่าวคือ หากมีข้อกฎหมายอื่นที่ได้บัญญัติไว้โดยข้อกฎหมายนั้นเป็นบทกฎหมายบังคับ (ius cogens) หรือเป็นบทกฎหมายเคร่งครัด (ius strictum)¹⁷

¹⁶ ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.113/2556 ได้วินิจฉัยว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดของศาลปกครอง ต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

¹⁷ กฎหมายที่เป็นบทบังคับ (ius cogens) เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เป็นบทบังคับเด็ดขาด ซึ่งมีลักษณะตรงข้ามกับบทกฎหมายที่ไม่เป็นบทบังคับ (ius dispositivum) ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยอมให้คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่นได้ คู่กรณีสามารถตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความที่แย้งหรือแตกต่างกับกฎหมายดังกล่าวได้ส่วนบทกฎหมายเคร่งครัด (ius strictum) เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเหตุการณ์ที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งและแน่นอน จะส่งผลในทางกฎหมายอันหนึ่งโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น ผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายไม่สามารถใช้ดุลพินิจแต่งเติมเนื้อหาของบทบัญญัตินั้นได้ แต่ต้องตีความหรือใช้กฎหมายนั้นตามที่บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งอยู่แล้วนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะตรงข้ามกับบทบัญญัติยุติธรรม (ius aequum) อันเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเฉพาะกรณีฯ ไป เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและยุติธรรม (หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป*, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ, 2553, หน้า 72 – 74)

ซึ่งศาลไม่สามารถตีความเป็นอย่างอื่นได้ หากผู้ฟ้องคดีมีคำขอต่างไปจากที่ได้บัญญัติในข้อกฎหมายนั้น ศาลก็สามารถพิพากษาให้เป็นตามข้อกฎหมายนั้นได้แม้จะต่างหรือเกินจากที่ขอมาก็ตาม ตัวอย่างเช่น ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2552¹⁸ วินิจฉัยว่า กรณีดอกเบียตามมาตรา 26 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 เป็นกฎหมายมหาชนที่เป็นบทกฎหมายบังคับและเป็นบทกฎหมายเคร่งครัด ซึ่งบัญญัติให้ต้องกำหนดดอกเบี้ยในอัตราตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยที่ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจเป็นอย่างอื่นได้ แต่ต้องตัดสินคดีให้อยู่ภายใต้ขอบเขตที่บทบัญญัตินั้นกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าข้อยกเว้นที่ว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” จะเป็นข้อยกเว้นในเชิงเนื้อหาที่สามารถนำมาใช้อ้างขอแก้ไขกฎหมายเพื่อขยายขอบเขตอำนาจให้ศาลมีดุลพินิจในการพิพากษาเกินคำขอได้ เนื่องจากการขัดกับหลักความเป็นกลางและหลักความยุติธรรมอันเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติและเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมนั่นเอง

¹⁸ โดยรายละเอียดตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2552 ได้กล่าวไว้ว่า ...แม้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องห้ามมิให้ศาลพิพากษาเกินไปกว่าหรือนอกเหนือจากที่ปรากฏในคำฟ้อง จะถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม แต่ก็มีค่าบังคับไม่สูงกว่าพระราชบัญญัติ ดังปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ซึ่งกำหนดเป็นบทยกเว้นให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเกินคำขอบังคับได้หลายกรณี...และที่มาตรา 26 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 บัญญัติให้ผู้ถูกเวนคืนได้รับดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดประเภทเงินฝากประจำของธนาคารออมสินในจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้นด้วยนั้น เห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเฉพาะ ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 เป็นกฎหมายมหาชน บทบัญญัติมาตรา 26 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัตินี้จึงเป็นบทกฎหมายบังคับ (Jus cogens) และเป็นบทกฎหมายเคร่งครัด (Jus strictum) ศาลจึงยกขึ้นวินิจฉัยเองได้แม้ไม่มีคำขอของผู้ฟ้องคดี หรือรัฐมนตรีมิได้กำหนดดอกเบี้ยให้ไว้ นอกจากนี้ดอกเบี้ยตามความในมาตรา 26 วรรคสาม ก็มีขึ้นเป็นดอกเบี้ยที่กฎหมายกำหนดให้เพราะเหตุจากการผิดนัดทางแพ่งแต่อย่างใด แต่เป็นความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจมหาชนเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน ทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนและเสียหาย ซึ่งจำต้องได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมและเป็นธรรม และเมื่อมิได้ขีดใช้กำหนดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควร ตามบทบัญญัติในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติในเรื่องดอกเบี้ยตามมาตรา 26 วรรคสาม จึงได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเจตนารมณ์ดังกล่าว เพื่อมิให้เอกชนผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ขัดขวางและต่อต้านการเวนคืนอันจะทำให้ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐไม่บรรลุผล ปัญหาเรื่องดอกเบี้ยตามมาตรา 26 วรรคสาม จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งศาลอาจยกขึ้นวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายได้แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดร้องขอ ตามข้อ 92 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543...(นอกจากคำพิพากษานี้ยังมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.221-222/2550, อ.254/2549 ที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

จากรายละเอียดที่กล่าวมาทั้งหมดสามารถสรุปได้ว่า ผู้เขียนเห็นว่า หลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอเป็นหลักที่ศาลต้องยึดถือเป็นเบื้องต้นอย่างเคร่งครัด แต่หลักการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอก็มีเชื่อว่าไม่มีข้อยกเว้นเลยเสียทีเดียว หากเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติประเภทกฎหมายบังคับหรือกฎหมายเคร่งครัดบัญญัติไว้ศาลก็ต้องพิจารณาไปตามข้อกฎหมายนั้นๆ ด้วยเช่นกัน ไม่ใช่เพียงพิพากษาตามที่ขอมาเท่านั้น ดังเช่นกรณีเรื่องดอกเบียในคดีที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น แต่เมื่อข้อห้ามในการที่ศาลจะพิพากษาเกินคำขอนั้นถือเป็นหลักที่ต้องยึดถือ การที่ศาลจะแก้ไขกฎหมายให้ผิดไปจากหลักการสากลเพื่อเป็นเครื่องมือในการที่จะทำให้ศาลสามารถขยายขอบเขตอำนาจในการใช้ดุลพินิจมากขึ้นแม้จะต่างไปจากคำขอในคดี จะเป็นกรณีที่กระทบต่อการรักษาความเป็นกลางและความยุติธรรมขององค์กรตุลาการ อันจะกระทบต่อการรักษาหลักนิติธรรมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

นอกจากประเด็นเกี่ยวกับการห้ามศาลพิพากษาเกินคำขอซึ่งมีความสัมพันธ์กับหลักนิติธรรมในองค์กรตุลาการแล้วยังมีเหตุการณ์บางอย่างที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจและน่าหยิบยกขึ้นมาวิพากษ์วิจารณ์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสร้างให้เกิดความเสี่ยงต่อการรักษาหลักนิติธรรมโดยศาลหรือไม่ ตัวอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นมาเมื่อหลายสิบปีก่อน ก็คือ กรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2502 โดยศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า

เมื่อปี พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติยอมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชน ก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำ และยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ฉะนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าว จึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองในลักษณะเช่นนั้นได้ จำเลยจึงอาศัยอำนาจตามประกาศฉบับนี้ทำการจับกุมควบคุมโจทก์ได้โดยชอบ¹⁹

¹⁹ นอกจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ยังมีกรณีการรับรองกฎหมายของคณะรัฐประหารอีกมากมาย เช่น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 270/2510 ที่วินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องหลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าทดแทนออกตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 19 ซึ่งมีสภาพใช้บังคับอย่างกฎหมาย ศาลต้องรู้เือง เป็นต้น

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว สามารถพิจารณาได้ว่า ศาลฎีกาในขณะนั้นเห็นว่า กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐูปัตย์ เมื่อคณะปฏิวัติยึดการปกครองของประเทศ คณะปฏิวัติถือเป็นผู้ปกครองบ้านเมือง ประกาศหรือคำสั่งที่ออกโดยคณะปฏิวัติถือเป็นกฎหมาย กรณีนี้มีนักวิชาการจำนวนไม่น้อยเห็นว่า การได้มาซึ่งอำนาจโดยกลุ่มบุคคลซึ่งในกรณีเช่นนี้ควรใช้คำว่าคณะรัฐประหาร (coup d'état) นั้น เป็นการล้มล้างการปกครองของรัฐบาลหรือผู้บริหารประเทศในขณะนั้น โดยใช้กำลังบังคับให้ออกจากตำแหน่ง รวมทั้งประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นไปตามวิถีทางปกติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและในทางกฎหมาย หากพิจารณาตามหลักกฎหมายในรัฐสมัยใหม่ การกระทำดังกล่าวไม่ได้มีการรองรับหรือมีฐานที่ชอบด้วยกฎหมายจากแหล่งใดๆ ทั้งสิ้น นอกจากนั้น จากประวัติศาสตร์ดังกล่าวยังแสดงให้เห็นอีกว่า การได้มาซึ่งอำนาจไม่ว่าจะโดยวิธีการใดเมื่อสามารถกุมอำนาจรัฐได้ ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีอำนาจที่จะสามารถออกกฎหมายเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามอย่างไรก็ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าว ขัดกับหลักนิติธรรมมาตั้งแต่ต้น เพราะหลักนิติธรรมมีแกนความคิดในการยึดถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่แต่การออกกฎหมายนั้นต้องออกโดยผู้มีอำนาจโดยชอบซึ่งมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ยังมีแนวความเห็นของนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีจำนวนไม่น้อยเช่นกันที่เห็นว่า กฎหมายที่ประกาศใช้โดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารสามารถใช้บังคับได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการปฏิวัติหรือรัฐประหารเกิดจากเจตนาที่บริสุทธิ์เพื่อจะลบล้างหรือขจัดความไม่ชอบธรรมทั้งหลายและกฎหมายที่ประกาศใช้นั้นมีเนื้อหาที่ถูกต้องชอบธรรม

จากแนวความคิดเห็นของนักวิชาการข้างต้นฝ่ายแรก เมื่อการปฏิวัติหรือการกระทำรัฐประหารถูกมองว่าขัดกับหลักนิติธรรม การที่ศาลนำบทกฎหมายของผู้ปกครองที่ได้อำนาจจากการรัฐประหารมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือรับรองสถานะความเป็นกฎหมายของคณะรัฐประหาร กรณีเช่นนี้ก็เท่ากับศาลถูกมองว่าได้สนใจว่ากฎหมายนั้นๆ ชอบด้วยหลักนิติธรรมหรือไม่ และอาจถูกมองว่าเป็นการปล่อยปละละเลยการรักษาหลักนิติธรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ ในส่วนของประเทศไทยนั้น หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยคณะราษฎรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน มีการรัฐประหารถึง 12 ครั้ง มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ และใช้รัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลา 82 ปีที่ผ่านมา ถึง 18 ฉบับ จึงสามารถกล่าวได้ว่าประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลโดยการใช้กำลังเพื่อได้มาซึ่งอำนาจที่ขัดกับหลักนิติธรรมมาอย่างยาวนาน แต่เมื่อทิศทางของโลกเปลี่ยนไปในทางการไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหารและหากศาลยังพิจารณาพิพากษาคดีโดยรับรองอำนาจและกฎหมายของผู้ที่ได้มาซึ่งอำนาจรัฐโดยไม่ชอบตามหลักนิติธรรม ก็คงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลจะถูกมองว่าเป็นองค์กรที่ไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรมเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ค่อนข้างละเอียดอ่อนและมีรายละเอียดปลีกย่อยที่ต้องพิจารณาและถกเถียงกันได้อีกมาก การพิจารณาในแนวทางที่กล่าวมาอาจจะไม่ถูกต้องนัก เพราะรัฐบาลที่ได้รับ

การเลือกตั้งมาโดยชอบตามหลักการทุกอย่างก็อาจออกกฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรมก็ได้ และในทางกลับกันรัฐบาลที่ได้มาโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหารที่บริสุทธิ์ก็อาจประกาศใช้กฎหมายที่ ชอบธรรมได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอสรุปในขั้นนี้และในขณะนี้ก่อนว่า การที่ศาลจะรับบังคับใช้กฎหมายใด ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น คงต้องพิจารณาที่เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นกฎหมายที่มีความ ชอบธรรมหรือไม่เป็นสำคัญ และควรจะต้องมีการศึกษาเรื่องนี้ในเชิงลึกกันต่อไป

นอกจากทั้งสองกรณีตัวอย่างที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ประเด็นสุดท้ายที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าหยิบยก ขึ้นมาวิพากษ์ในประเด็นเกี่ยวกับความคุ้มครองในการรักษาหลักนิติธรรมโดยศาล ก็คือ ความล่าช้า ในกระบวนการพิจารณาคดีดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้วว่า แม้ความล่าช้าจะไม่ใช่เหตุโดยตรงในการก่อให้เกิดความเสียหายในคดีนั้นขึ้น แต่ก็ส่งผลโดยอ้อมในการที่จะทำให้โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีต้องทนทุกข์กับ ความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างยาวนานเกินสมควร จนในบางครั้งอาจส่งผลให้ไม่สามารถเยียวยา แก้ไขใดๆ ได้ทัน ซึ่งปัญหานี้เป็นส่วนหนึ่งที่กระทบต่อการรักษาหลักนิติธรรมในองค์กรตุลาการที่เกิดขึ้น อย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการแก้ปัญหาที่นี้ ก็คือ กรณีการประเมิน ตัวเลขคดีค้างอย่างสม่ำเสมอในสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสเพื่อให้เกิดการปรับปรุงเพื่อขจัด ความล่าช้าให้เกิดน้อยที่สุดในการบวนการพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งจากข้อมูลของตุลาการหัวหน้าคณะ แผนกคดีปกครอง สภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส นาย Bernard STIRN ได้ให้ข้อมูลว่า สภาแห่งรัฐ ของประเทศฝรั่งเศสให้ความสนใจในการแก้ปัญหาความล่าช้าอย่างมาก โดยตัวเลขสถิติเกี่ยวกับคดี ค้างที่รอการพิจารณาคดีในสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสก็ถือว่าเป็นไปในทิศทางที่ดี กล่าวคือ มีแนวโน้มที่ จำนวนคดีค้างสะสมจะลดลงอย่างต่อเนื่อง โดยในช่วงปี พ.ศ. 2553 สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสสามารถ ตัดสินคดีแล้วเสร็จได้ถึง 9,940 คดีจากคำฟ้องที่รับเรื่องไว้พิจารณาทั้งหมดในปีนั้น 9,374 คดี กรณีจึงมีจำนวนคดีค้าง ณ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2554 มีจำนวนเพียง 7,284 คดี ซึ่งเป็นการบรรลุ เป้าหมายในการลดระดับจำนวนคดีค้างให้มีปริมาณต่ำสุดในประวัติศาสตร์ โดยคดีส่วนใหญ่ใช้ ระยะเวลาในการพิจารณาคดีภายในไม่เกิน 9 เดือน²⁰

²⁰ คอลัมน์จากจดหมายข่าวกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง สภาแห่งรัฐ-ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์-ศาลปกครองชั้นต้น ฉบับไตรมาสที่ 24 ประจำเดือนเมษายน พ.ศ. 2554

ในศาลปกครองไทยเอง ผู้บริหารศาลก็ได้มีการกล่าวถึงปัญหานี้อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและเงื่อนไขในการฟ้องคดี เพราะการพิจารณาว่าศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น ศาลต้องพิจารณาทั้งในประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหรือเงื่อนไขในการฟ้องคดี ซึ่งยังไม่ใช้การพิจารณาในเนื้อหาของคดี แต่ก็มีคดีจำนวนไม่น้อยที่ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลหรือเงื่อนไขในการฟ้องคดีค่อนข้างยาวนาน แต่ต่อมาศาลกลับมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เช่น คดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 91/2555²¹ ซึ่งศาลใช้เวลาในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเงื่อนไขในการฟ้องคดีในศาลปกครองชั้นต้นและในศาลปกครองสูงสุดรวมกันถึง 3 ปี ก่อนจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา กรณีเช่นนี้ อาจถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้ว่าสุ่มเสี่ยงต่อการถูกมองเกี่ยวกับบทบาทในการรักษาลักษณะนิติธรรมโดยศาลเช่นเดียวกัน

จากรายละเอียดดังกล่าว โดยประสบการณ์ของผู้เขียนเองเห็นว่า ทางออกของปัญหาดังกล่าว คงต้องเป็นการสร้างเครื่องมือต่างๆ มาใช้ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปตามกรอบระยะเวลาของกฎหมายให้มากที่สุด แม้ในบางครั้งจะมีการเปิดช่องในตัวบทกฎหมายใดในการให้อำนาจศาลในการขยายระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีไว้ก็ตาม ศาลเองก็ควรใช้ดุลพินิจอย่างเคร่งครัดในการขยายระยะเวลาดังกล่าว²² เพื่อไม่ให้คดีล่าช้าเกินสมควร นอกจากนี้ ยังมีมาตรการอื่นๆ ที่สามารถบรรเทาปัญหานี้ได้ อาทิ การนำปัจจัยเกี่ยวกับเรื่องความรวดเร็วในการพิจารณาพิพากษาคดีมาเป็นกลไกหนึ่งในการประเมินผลงานตุลาการ การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาปรับใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล การศึกษาและส่งเสริมให้เกิดการเรียนรู้ประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารจัดการคดีของต่างประเทศที่ดีและประสบความสำเร็จและนำส่วนที่สอดคล้องและนำมาปรับใช้กับการดำเนินคดีในศาลปกครองไทยได้มาใช้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความรวดเร็วแม้จะเป็นปัจจัยที่ทำให้ศาลคงไว้ซึ่งหลักนิติธรรมทางหนึ่ง แต่ความรวดเร็วก็ไม่ใช่ว่าทั้งหมดที่จะทำให้ศาลคงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพราะนอกจากการให้ความสำคัญในการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วแล้ว องค์การตุลาการยังต้องมีการรักษามาตรฐานในการอำนวยความยุติธรรมด้วยเช่นกัน กล่าวคือ การพิจารณาคดีของศาลต้องเป็นไปอย่างมีมาตรฐาน ถูกต้อง บนพื้นฐานของความยุติธรรม อีกทั้งต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วด้วยเช่นกัน

²¹ ศาลปกครองพิชณโลก คดีหมายเลขดำที่ 59/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 77/2554 โดยคดีดังกล่าวได้มีการยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุด เป็นคดีคำร้องที่ 275/2554 คำสั่งที่ 91/2555

²² เช่น ในข้อ 6 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งกำหนดว่า “ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้หรือตามที่ศาลกำหนด เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

บทสรุป

จากการพิจารณาหัวข้อเกี่ยวกับหลักนิติธรรมจะเห็นได้ว่า องค์กรตุลาการของรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล หรือแม้แต่ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานภายในองค์กรดังกล่าว ก็ต้องยึดถือหลักนิติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ราชการทั้งในส่วนที่เป็นหลักการที่ถูกบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยในส่วนขององค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยสาขาหนึ่ง การที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั้น มีรายละเอียด สำคัญ และหลักการที่มีความแตกต่างไปจากหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐ เนื่องจากหน้าที่ในการดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม รวมทั้งยังเป็นองค์กร “สุดท้าย” ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม ทำให้ หลักการหรือการปฏิบัติเพื่อมุ่งไปสู่การรักษาหลักนิติธรรมในองค์กรตุลาการมีความเฉพาะตัวเคร่งครัด และเข้มงวดมากกว่าหลายองค์กร ประชาชนผู้รับบริการสาธารณะในการอำนวยความสะดวก ในทุกประเภทคดี ต่างคาดหวังให้องค์กรตุลาการพิจารณาอำนวยความสะดวกให้แก่ตน อีกทั้ง คงคาดหวังเช่นกันว่าการกระทำต่างๆ ของฝ่ายตุลาการเอง ก็จะต้องยึดถือหลักการที่เป็นไปตามหลักนิติธรรมเช่นเดียวกัน บทบาทในการรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมของศาลภายใต้กฎหมายที่เป็น ลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ และการครองตนให้อยู่ในหลักนิติธรรมไม่ว่าต่อหน้าและลับหลังอย่างไม่มี การแอบแฝง คงเป็นสิ่งที่ประชาชนทุกคนอยากเห็นและผลแห่งการนี้น่าจะช่วยให้ประชาชนมีความ มั่นใจในกระบวนการยุติธรรมอย่างไม่มีข้อสงสัย

บรรณานุกรม

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ*. สำนักพิมพ์วิญญูชน. กรุงเทพฯ. 2553.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน เล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี*. สำนักพิมพ์นิติธรรม. กรุงเทพฯ. 2538.
- สมยศ เชื้อไทย. *หลักกฎหมาย Principle of Law กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (Introduction to Public Law)*. พิมพ์ครั้งที่ 2. สำนักพิมพ์วิญญูชน. กรุงเทพฯ. 2549.
- หยุด แสงอุทัย. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป*. สำนักพิมพ์วิญญูชน. กรุงเทพฯ. 2553
- HARDING, Andrew and LEYLAND, Peter. *The Constitutional System of Thailand, A Contextual Analysis*. Hart Publishing. Cornwall. 2011.
- LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom, A Contextual Analysis*. Hart Publishing. Cornwall. 2012.
- MCELDOWNEY, John F. *Public Law*. Third Edition. Sweet & Maxwell. London. 2002.
- PARPWORTH, Neil. *Constitutional & Administrative Law*. Seventh Edition. Oxford University Press. Hampshire 2012.
- TURPIN, Colin and TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. Cambridge University Press. New York. 2011.
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ.2556
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2502
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 270/2510
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.254/2549
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.221-222/2550
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2552
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.113/2556

แหล่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ในการอ้างอิง

- <http://thedi diplomat.com/2013/12/justice-delayed-is-justice-denied-indias-30-million-case-judicial-backlog/> (เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2557)
- <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431> (เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2557)

หลักนิติธรรมกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550

สมเจตน์ บุญถนอม*

ความนำ

การปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ดำเนินมากว่า 80 ปี ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีการประกาศใช้ ยกเลิกและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้ง เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาวะการณ์ของบ้านเมืองและกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (รัฐธรรมนูญ 2550) จัดทำโดย คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวาง ทุกขั้นตอน ผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ และจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ การออกเสียงลงประชามติปรากฏผลว่า ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้มาใช้บังคับ

การปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทยใช้ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญ 2550 จึงเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กำหนดบทบาทของ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ทำหน้าที่พิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีอำนาจตรวจสอบมิให้มีการกระทำละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งให้สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ 2550 มีการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหมด 6 ครั้ง (6 ฉบับ) สามารถประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ 2 ฉบับ อีก 4 ฉบับ ถูกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่ากระทำการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นประเด็นสำคัญต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ ปัจจัยมูลเหตุต่างๆ ที่ทำให้ญัตติแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญบางฉบับต้องห้ามตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้

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

1. หลักนิติธรรม

Plato และ Aristotle นักคิดนักปรัชญาของโลก ได้คิดค้นรูปแบบของการปกครองที่ดี เพื่อนำไปสู่สังคมที่เพื่อนมนุษย์สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข ได้อย่างสงบสุข ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้อย่างมีศักดิ์ศรี ได้อย่างเป็นธรรม มานับเป็นพันๆ ปี จากประวัติศาสตร์อันยาวนาน ที่มนุษย์ได้ลองผิดลองถูก ลองทฤษฎี แนวคิดต่างๆ มากมาย ในที่สุดข้อสรุปอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ก็คือสังคมอันชอบธรรมที่ว่าจะเกิดขึ้นได้ต้องเป็นสังคมที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครอง (Rule by law) ใช้กฎหมายหลักในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ไม่ใช่สังคมที่มีบุคคลคณะเดียวหรือคณะบุคคลเป็นใหญ่ (Rule by men) เป็นผู้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจปราศจากการควบคุม

สาเหตุที่ปฏิเสธการปกครองโดยบุคคลหรือคณะบุคคล (Rule by men) เพราะสัจธรรมข้อหนึ่งที่กล่าวโดย Lord Acton นักประวัติศาสตร์ชาวอังกฤษที่ว่า “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.” อำนาจมีแนวโน้มนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริต อำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดนำไปสู่การฉ้อฉลทุจริตอย่างเด็ดขาดแน่นอน

อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่มีกฎหมายเป็นหลักในสังคมหรือในประเทศนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น และผู้สร้างกฎหมายซึ่งเป็นมนุษย์ปุถุชน ย่อมมีทั้งดีและไม่ดี มีอคติ มีฉ้อฉล มนุษย์อาจใช้กฎหมายสร้างความไม่เป็นธรรม ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือทำลายล้าง ฝ่ายตรงข้าม ใช้กฎหมายสร้างความถูกต้องให้กับตนเอง หรืออื่นๆ ที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม ดังนั้น กฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานบางประการ ซึ่งก็คือหลักนิติธรรม (The Rule of Law)¹

คำว่า “หลักนิติธรรม” มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า Rule of Law ซึ่งมีผู้ให้คำแปลไว้หลากหลาย อาทิ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย” บ้างก็แปลว่า “หลักการปกครองด้วยกฎหมาย” หรือ “หลักแห่งกฎหมาย” หรือ “หลักกฎหมาย” “กฎของกฎหมาย” “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย” “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย” “หลักนิติธรรม” “หลักธรรมแห่งกฎหมายหรือนิติปรัชญา” “นิติธรรมวินัย” “ธรรมะแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติสดมภ์” ฯลฯ แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไปคือคำว่า “หลักนิติธรรม”

¹ ศาสตราจารย์ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ บรรยายเรื่อง “หลักนิติธรรม ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” ณ โรงแรมรามาร์คาร์เดนส์ เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556

อันที่จริงคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่มาจากคำว่า Rule of Law ไม่ใช่คำใหม่ในวงการกฎหมายของประเทศไทย นักวิชาการและนักกฎหมายไทยได้ยืมและรู้จักกับคำว่าหลักนิติธรรมกันมานานพอสมควร แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิดที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นก่อนในประเทศอังกฤษ อันมีระบบกฎหมาย แนวคิดและสภาพแวดล้อมที่ต่างจากกฎหมายไทย ประกอบกับหลักนิติธรรมเป็นหลักคิดที่เป็นนามธรรม เป็นเรื่องที่ยากเข้าใจยากและมีพลวัตตลอดเวลา นักคิด นักกฎหมาย นักวิชาการได้อธิบาย ให้ความหมาย องค์กรประกอบ สาระสำคัญ ฯลฯ ของคำว่าหลักนิติธรรมไว้ไม่ตรงกันเสียทีเดียว เหตุต่างๆ เหล่านี้จึงอาจทำให้นักกฎหมายและบุคคลต่างๆ มีความเข้าใจความหมาย องค์กรประกอบ สาระสำคัญและความสำคัญของหลักนิติธรรมแตกต่างกันไป

แม้ในสภาวะการณ์ที่นักคิด นักกฎหมายอาจอธิบายและเข้าใจความหมาย องค์กรประกอบ สาระสำคัญ และความสำคัญของหลักนิติธรรมแตกต่างกันไป แต่ในช่วงหลายปีที่ประเทศไทยประสบวิกฤตความแตกต่างทางความคิดเห็น นักกฎหมาย นักวิชาการ องค์กรต่างๆ ตลอดจนประชาชนทั่วไป กลับพูดถึงและกล่าวอ้างให้ทุกๆ ฝ่ายเคารพและยึดหลักนิติธรรมมากเป็นพิเศษ จนทำให้สรุปได้ว่าไม่ว่าแต่ละบุคคลจะเข้าใจความหมาย สาระสำคัญหรือองค์กรประกอบของหลักนิติธรรมตรงกันหรือไม่อย่างไร แต่ทุกคนเคารพและยึดหลักนิติธรรม

1.1 หลักนิติธรรมในการปกครองของไทย

พระปฐมบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในพระราชพิธีบรมราชาภิเษกวันศุกร์ที่ 5 พฤษภาคม พ.ศ. 2493 ความว่า “เราจะครองแผ่นดินโดยธรรมเพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม” ถึงจะสั้นแต่ได้ความหมายลึกซึ้ง แสดงให้เห็นถึงพระราชปณิธานตั้งมั่นใช้ธรรมะเป็นหลักในการทำงาน ใช้คุณธรรมเป็นกฎเกณฑ์ในการบริหารจัดการ และจะทรงปฏิบัติพระราชกรณียกิจปกครองราชอาณาจักรไทยโดยทศพิธราชธรรมจรรยา ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนชาวไทยทั้งปวงได้รับประโยชน์และมีความสุข พระราชปณิธานของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว จึงเป็นไปตามหลักความชอบธรรม มิใช่การปกครองโดยใช้กฎหมายเท่านั้น แต่เป็นการใช้กฎหมายโดยชอบธรรม ซึ่งก็คือ “หลักนิติธรรม” นั่นเอง²

1.2 หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2.1 หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 บททั่วไป มาตรา 3 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม ดังนี้

อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของ

² นายบวร ยสินทร บรรยายในรายการ “การเมืองแบบราชอาณาจักร” สถานีโทรทัศน์สุพรรณภูมิ เมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2557

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม (มาตรา 3)

นอกจากนี้ยังบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมไว้ทั้งหมด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 3 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 78 ดังนี้

รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐตามกฎหมาย และตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม (มาตรา 78 (6))

1.2.2 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ฉบับที่จะนำไปออกเสียงประชามติใน 7 สิงหาคม 2559 ยังคงให้ความสำคัญต่อหลักนิติธรรม โดยบัญญัติไว้ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 3 ดังนี้

อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม (มาตรา 3)

2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (รัฐธรรมนูญ 2550)

รัฐธรรมนูญ 2550 เป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 18 ซึ่งจัดร่างโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และสภาร่างรัฐธรรมนูญในระหว่าง พ.ศ. 2549 – 2550 ภายหลังจากการรัฐประหารของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค) เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ปีเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นกฎหมายไทยฉบับแรกที่ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวางทุกชั้นตอน เมื่อได้รับการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกฎหมายอื่นแล้ว ได้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบ และจัดให้มีการลงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550 ผลปรากฏว่ามีผู้มาลงประชามติเห็นชอบร้อยละ 57.81 ไม่เห็นชอบร้อยละ 42.19 ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550

2.1 ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติไว้ในหมวด 10 ส่วนที่ 2

ศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงศาลเดียวไม่สามารถที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาคำวินิจฉัยต่อไปอีกได้ ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน รวมเป็น 9 คน (มาตรา 204)

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ ดังนี้

2.1.1 วินิจฉัยสั่งการให้บุคคลหรือพรรคการเมืองเลิกการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 68 วรรคหนึ่งและวรรคสอง) สั่งยุบพรรคการเมืองที่กระทำการดังกล่าว (มาตรา 68 วรรคสาม) ซึ่งมีผลให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่ยังกระทำการดังกล่าวเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมือง (มาตรา 68 วรรคท้าย)

2.1.2 พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (มาตรา 141)

2.1.3 พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 254)

2.1.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ (มาตรา 216 วรรคสี่)

2.2 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ 2550 บัญญัติสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทย สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาตรา 68 ดังนี้

บุคคลใดจะใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตาม พรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสามให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว (มาตรา 68)

2.3 การวางตนของสมาชิกรัฐสภา

รัฐธรรมนูญ 2550 บัญญัติการวางตนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และผู้ทำหน้าที่แทนไว้ในหมวด 6 รัฐสภา ส่วนที่ 4 บทที่ใช้แก่สภาทั้งสอง

2.3.1 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (มาตรา 122)

2.3.2 ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และผู้ทำหน้าที่แทน ต้องวางตนเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ (มาตรา 125 วรรคสอง)

2.3.3 สมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด (มาตรา 126 วรรคสี่)

2.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ 2550 บัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชนใน มาตรา 291 ดังนี้

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้ (มาตรา 291)

1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

- 2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ
- 3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา
- 4) การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ
- 5) เมื่อการพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป
- 6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา
- 7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

3. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีพรรคการเมืองและประชาชนพยายามดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ดังนี้

3.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2551

เมื่อ 22 มีนาคม 2551 พรรคพลังประชาชนในฐานะแกนนำพรรคร่วมรัฐบาลได้หารือเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีเหตุจูงใจจากกรณีศาลฎีกาแผนกคดีเลือกตั้ง รับพิจารณาคดีนายยงยุทธ ดิยะไพรัช กรรมการบริหารพรรคพลังประชาชน และเป็นผู้สมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบสัดส่วนของพรรคพลังประชาชน ทุจริตการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไทยเป็นการทั่วไปเมื่อวันอาทิตย์ที่ 23 ธันวาคม 2550 ซึ่งมีแนวโน้มนำไปสู่การยุบพรรคพลังประชาชน ประเด็นสำคัญที่ต้องการแก้ไข คือ มาตรา 237 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการยุบพรรคและยกเลิกมาตรา 309 เปิดทางให้อดีตกรรมการบริหารพรรคไทยรักไทย 111 คน ที่ถูกเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้ง 5 ปี พ้นจากการถูกเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ยุบพรรคไทยรักไทยเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2550 กรณีพรรคไทยรักไทยแจ้งพรรคการเมืองขนาดเล็กลงสมัครรับเลือกตั้ง หนีเกณฑ์ที่ต้องได้คะแนนเสียง 20 เปอร์เซ็นต์ หลายฝ่ายได้ออกมาแสดงความเห็นคัดค้าน โดยเฉพาะกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยระบุว่า อาจนำไปสู่วิกฤติทางการเมืองเพราะเป็นการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของตนเอง กลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยเริ่มจัดการชุมนุมใหญ่เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2551 มีจุดประสงค์ในการขับไล่ นายสมักร สุนทรเวช ออกจากนายกรัฐมนตรี เนื่องจากถูกมองว่ามีผลประโยชน์ทับซ้อนกับ นายทักษิณ ชินวัตร และคัดค้านการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ต่อมาวันที่ 9 กันยายน 2551 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ นายสมักร สุนทรเวช กระทำการต้องห้าม ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 267 มีความผิดผลประโยชน์ทับซ้อน จึงสิ้นสุดความเป็นนายกรัฐมนตรี 17 กันยายน 2551 นายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ ได้รับการลงมติเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

2 ธันวาคม 2551 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดียุบพรรคพลังประชาชน พรรคชาติไทย พรรคมหาชนไทย พรรคภูมิใจไทย กรณีทุจริตการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป เมื่อ 23 ธันวาคม 2550 ส่งผลให้ นายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ ต้องพ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

การดำเนินแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 และยกเลิกมาตรา 309 จึงยุติลง

3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2554

ในเดือนมีนาคม 2554 สมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี พรรคประชาธิปัตย์เป็นแกนนำจัดตั้งรัฐบาล นายชัย ชิดชอบ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคภูมิใจไทย พรรคร่วมรัฐบาล เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานรัฐสภา นายประสพสุข บุญเดช สมาชิกวุฒิสภาสรรหา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง

3.2.1 แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้งให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวนสามร้อยเจ็ดสิบห้าคน และสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อ จำนวนหนึ่งร้อยยี่สิบห้าคน และให้แบ่งเขตจังหวัดออกเป็นเขตเลือกตั้งให้แต่ละเขตเลือกตั้งมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหนึ่งคน

3.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายทรงลงพระปรมาภิไธย ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) และ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 เมื่อ 3 มีนาคม พ.ศ. 2554

3.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2555 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 คณะรัฐมนตรีชุดที่มีนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาลและพรรคชาติไทยพัฒนา พรรคร่วมรัฐบาล เสนอญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต่อรัฐสภา มีนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคเพื่อไทย เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานรัฐสภา พลเอก ชีรเดช มีเพียร สมาชิกวุฒิสภาสรรหา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา รวมจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่

1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ... เสนอโดย คณะรัฐมนตรีชุดที่มีนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2555

2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ... เสนอโดย นายสุนัย จุลพงศธร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคเพื่อไทย กับคณะ เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2555

3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ... เสนอโดย นายภราดร ปริศนานันทกุล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคชาติไทยพัฒนา กับคณะ เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2555

นอกจากร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม ทั้ง 3 ฉบับแล้ว ยังมีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของกลุ่มแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) นำโดย นางธิดา โตจิราการ แกนนำแนวร่วมประชาธิปไตยต่อต้านเผด็จการแห่งชาติ (นปช.) ได้ยื่นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 291 พร้อมแนบรายชื่อประชาชน ประมาณ 60,000 คน ต่อนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานสภาผู้แทนราษฎร แต่ร่างรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าว มิได้มีการพิจารณาของรัฐสภาแต่อย่างใด

การเสนอญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ฉบับ ดังกล่าวข้างต้น ได้รับการบรรจุในระเบียบวาระการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 1 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2555 ทุกฉบับมีสาระสำคัญตรงกัน คือ การยกเลิกมาตรา 291 บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วบัญญัติขึ้นใหม่ กำหนดให้มีวิธีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ โดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิกสองประเภท ประเภทที่หนึ่ง มาจากการเลือกตั้งในจังหวัด 77 คน และประเภทที่สองมาจากรัฐสภาคัดเลือกบุคคลหลายสาขาอาชีพ จำนวน 22 คน รวมเป็นองค์กรจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ และให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยการออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ

23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 ที่ประชุมรัฐสภาได้ลงมติรับหลักการญัตติแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญ ทั้ง 3 ฉบับ และมีมติตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง จำนวน 45 คน โดยถือญัตติแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญของคณะรัฐมนตรีเป็นหลักในการพิจารณา และเมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวต่อรัฐสภา โดยได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ในวาระที่สอง พร้อมทั้งกำหนดการประชุมรัฐสภาเพื่อลงมติในวาระที่สามในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2555

29 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม สมาชิกวุฒิสภาสรรหา นายวันธงชัย ชำนาญกิจ นายวิรัตน์ กัลยาศิริ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคประชาธิปัตย์ นายวรินทร์

เทียมจรัส และนายบวร ยสินทร และคณะ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 ว่าการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้มีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2550 ทั้งฉบับ อันเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติให้รับคำร้องทั้งหมดไว้พิจารณาวินิจฉัย เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2555 และมีคำสั่งให้เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรแจ้งประธานรัฐสภาการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งพร้อมทั้งกำหนดนัดไต่สวนคู่กรณีในวันที่ 5 - 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 - 22/2555 เรื่องคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 คำวินิจฉัยมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68

ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักการว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองผู้กระทำการตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ที่จะให้สิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้โดยมีสิทธิสองประการคือ หนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และสอง ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว โดยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีนี้ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หาได้ตัดสินคดีของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่³

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับ แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาที่ตามก็ยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

³ รายงานประจำปี 2556 ศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 67

ประเด็นที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ถือว่าเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

ประเด็นที่สี่ เมื่อการไม่เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่งแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่อีก

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้แจ้งคำวินิจฉัยมายังรัฐสภา ร่างรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าวจึงยังค้างการพิจารณาอยู่ในวาระที่สามของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาและตกไปเมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเมื่อ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2556

3.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2556 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

วันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2556 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ได้ร่วมกันเสนอญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2550 ต่อรัฐสภา มีนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทย เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานรัฐสภานายนิคม ไวยรัชพานิช สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดฉะเชิงเทรา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา รวม 3 ฉบับ ดังนี้

1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) เสนอโดย นายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทย และคณะ แก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา

2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) เสนอโดย นายประสิทธิ์ โปธสฺรณ สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดสุพรรณบุรี และคณะ แก้ไขมาตรา 190 การทำหนังสือสัญญา

3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) เสนอโดย นายดิเรก ถึงฝั่ง สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดนนทบุรี และคณะ แก้ไขมาตรา 68 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญและมาตรา 237 การเพิกถอนการยุบพรรค

ต่อมาได้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ร่าง เข้าพิจารณาในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 4 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) เมื่อวันที่ 1 - 4 เมษายน 2556 ขึ้นรับหลักการที่ประชุมได้มีมติรับหลักการทั้ง 3 ร่าง และมีมติให้ตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาในวาระที่ 2

รวม 3 คณะ ๆ ละ 45 คน ทั้งนี้ กำหนดเวลาให้มีการแปรญัตติภายใน 15 วัน นับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อที่ประชุมพิจารณารับหลักการในวาระที่หนึ่งแล้ว มีผู้เสนอกำหนดเวลาในการขอแปรญัตติ 15 วัน และ 60 วัน ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมจะต้องให้ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาลงมติว่าจะใช้กำหนดเวลาใด แต่ก่อนที่จะมีการลงมติเกิดปัญหาเรื่ององค์ประชุมในขณะนั้นไม่ครบตามรัฐธรรมนูญกำหนด นายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานรัฐสภา ได้วินิจฉัยให้กำหนดเวลายื่นคำแปรญัตติภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐสภารับหลักการโดยไม่มี การลงมติและสั่งปิดการประชุมรัฐสภาทันที แต่มีผู้ทักท้วง ประธานรัฐสภาจึงนัดประชุมรัฐสภาอีกครั้ง ในวันที่ 18 เมษายน 2556 ในการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมได้ลงมติให้กำหนดเวลาแปรญัตติ 15 วัน แต่ประธานรัฐสภาได้สรุปให้เริ่มต้นนับย้อนหลังไปโดยให้นับระยะเวลา 15 วันนั้น ตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน 2556 ซึ่งเป็นวันที่รัฐสภาไม่ได้มีมติว่าจะกำหนดเวลาใดในการแปรญัตติ ทำให้เหลือระยะเวลาที่สมาชิกรัฐสภาเสนอคำขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เท่านั้น

3.4.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา)

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา เสนอโดย นายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทย พร้อมด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา รวม 308 คน ได้ผ่านการพิจารณาในชั้นกรรมาธิการ รายงานต่อรัฐสภา เข้าสู่การพิจารณาวาระที่สอง ตั้งแต่ 21 สิงหาคม ถึง 12 กันยายน พ.ศ. 2556 รัฐสภาให้ความเห็นชอบวาระที่สามวันเสาร์ที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2556

เมื่อ 17 กันยายน พ.ศ. 2556 ได้มีผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญรวม 4 คณะ ประกอบด้วย พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม สมาชิกวุฒิสภาสรรหา นายวิรัตน์ กัลยาศิริ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดสงขลา พรรคประชาธิปัตย์ นายสาย กังกเวकिन สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดระยอง และนายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคประชาธิปัตย์พร้อมคณะ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กระบวนการพิจารณาและแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องทั้ง 4 คำร้องไว้วินิจฉัยพร้อมทั้งนัดไต่สวนผู้ที่เกี่ยวข้อง ในวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 ฝ่ายผู้ถูกร้องได้แถลงการณ์ว่าจะไม่ดำเนินการส่งคำชี้แจงข้อกล่าวหา เพราะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัยแต่แรก ฝ่ายผู้ถูกร้องจึงมี

นายสุรเดช จิรจิตติเจริญ สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดปราจีนบุรี มอบอำนาจให้ทนายความเป็นผู้แทนมาชี้แจงเพียงคนเดียว ต่อมาเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556 โดยยืนยันถึงสิทธิในการยื่นคำร้องของประชาชนตามแนวคำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 และได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคุ้มครองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยประชาชนไว้ ในกรณีที่รัฐสภาได้เห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางมาตรา ดังนี้⁴

1) สิทธิในการยื่นคำร้องของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิในการยื่นคำร้องของประชาชนเพื่อตรวจสอบการกระทำตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยพิจารณาแล้วเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตาม มาตรา 68 วรรคหนึ่ง ที่จะใช้สิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้โดยให้มีสิทธิสองประการ คือ ประการที่หนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้เพราะอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้น และยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หากได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ แม้ผู้ร้องได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบแล้ว ก็ไม่ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะใช้สิทธิในประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ การแปลความดังกล่าวนี้จะสอดคล้องต่อเจตนารมณ์ในมาตรา 68 ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเป็นไปเพื่อรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 ที่ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้” การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่และยังไม่บังเกิดผล จึงจะสามารถวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำนั้นได้ หากไม่แล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง ก็จะพ้นวิสัยไม่สามารถใช้บังคับได้ ทั้งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้ มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มิให้ถูกล้มล้าง

⁴ รายงานประจำปี 2556 ศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 68 - 71

โดยสภาพจึงเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วย่อมสุดวิสัยที่จะแก้ไขกลับคืนมาได้ ดังนั้น ประชาชนผู้ทราบเหตุ ตามมาตรา 68 วรรคสอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนใช้สิทธิของตนต่อต้านการกระทำนั้นได้โดยสันติวิธี

2) กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช มีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ใช้ในการประชุมพิจารณาร่วมกันของรัฐสภาเป็นฉบับเดียวกันกับที่มีการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรในฐานะสำนักงานเลขาธิการรัฐสภา หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ในการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภา มิได้นำเอาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาฉบับที่เสนอต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2556 มาใช้ในการพิจารณา แต่ได้นำร่างที่มีการจัดทำขึ้นใหม่ ซึ่งมีหลักการแตกต่างจากร่างเดิมที่เสนอหลายประการโดยไม่ปรากฏว่ามีสมาชิกรัฐสภา ร่วมลงชื่อเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่แต่อย่างใด มีผลเท่ากับว่าการดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการตามคำร้องนี้ เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การแปรญัตติเป็นสิทธิของสมาชิกรัฐสภาที่จะเสนอความคิดเห็น การแปรญัตติจึงต้องมีเวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติ อันเป็นสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การนับระยะเวลาในการแปรญัตติ ย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองด้วย การกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

(3) วิธีการในการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาขอด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มีสมาชิกวุฒิสภาบางคนใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่น ในเครื่องออกเสียงลงคะแนนระหว่างที่มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งขัดแย้งกับหลักการและวิธีการที่ถูกต้องในเรื่องนี้ เห็นได้ว่าการกระทำเช่นนี้มีลักษณะที่ผิดปกติวิสัยและมีสมาชิกวุฒิสภาใช้บัตรแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนในระบบอิเล็กทรอนิกส์หลายใบ การดำเนินการดังกล่าวนอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกวุฒิสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ตามบทบัญญัติ มาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของวุฒิสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกวุฒิสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน มีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนของวุฒิสภาในการประชุมนั้น ๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริตไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย และขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงมีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของวุฒิสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

3) การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วย 2 สภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ให้มีดุลยภาพระหว่างกัน โดยได้กำหนดบทบาทของวุฒิสภาให้เป็นองค์กรตรวจทานถ่วงดุลการทำงานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและถ่วงดุลอำนาจกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยให้อำนาจสมาชิกวุฒิสภาในการตรวจสอบถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 270 เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง จึงได้บัญญัติห้ามความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันดังกล่าวเพราะหากยอมให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิก

สภาผู้แทนราษฎรมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันย่อมไม่อาจหวังได้ว่า จะมีการตรวจสอบอย่างตรงไปตรงมา อันเป็นการขัดกับหลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้ เป็นการแก้กลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏแล้วในอดีต เป็นจุดบกพร่องที่ล่อแหลม เสี่ยงต่อการสูญเสียสันติภาพและสามัคคีธรรมของมวลหมู่มหาชนชาวไทย เป็นความพยายามนำประเทศชาติให้ถอยหลังเข้าคลอง ทำให้วุฒิสภากลับไปเป็นสภาญาติพี่น้อง สภาของครอบครัว และสภาผิวเมีย สูญเสียสถานะและศักยภาพแห่งการเป็นสติปัญญาให้แก่ สภาผู้แทนราษฎรกลายเป็นเพียงเสียงสะท้อนของมวลชนกลุ่มเดียวกัน ทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภา นำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐ ตัดการมีส่วนร่วมของปวงประชาหลากหลายอาชีพ เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการ ที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว อันมีที่มาเหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือน สภาเดียวกันไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะ และสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป อันเป็นการกระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและเปิดทางให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการครั้งนี้ ได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 และมาตรา 11/1 ยังขัดต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้กฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ที่จะต้องส่งร่างกฎหมาย ดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งขัดกับหลักการ ดุลและคานอำนาจอันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถ ออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ โดยอาศัยเสียงข้างมากปราศจากการตรวจสอบ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การดำเนินการพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้อง ทั้งหมดในคดีนี้ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 291 (1) (2) และ (4) และมาตรา 3 วรรคสอง และมีเนื้อความที่เป็น สาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้ เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ได้วางหลักการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา และการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า การดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต ไม่ขัดกับหลักการตุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน และไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ และรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนในการพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังกล่าว

3.4.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา)

นายวิรัตน์ กัลยาศิริ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดสงขลา พรรคประชาธิปัตย์ ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ว่ากระบวนการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

เมื่อ 8 มกราคม 2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ในประเด็นต่าง ๆ สรุปดังนี้

ประเด็นแรก ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 วรรคสอง เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

ประเด็นที่สอง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

1) การปิดการอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 ในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ มีการรวบรัดปิดอภิปราย และปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม จึงเห็นว่าการปิดอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 โดยการนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อสภาพแห่งการทำหน้าที่และเอกสิทธิของสมาชิกรัฐสภาทั้งยังขัดแย้งต่อข้อบังคับการประชุมของ

รัฐสภา และไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งยังขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง

3) การพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 ในวาระที่สอง มาตรา 3 เป็นรายวรรค ย่อมเกิดผลดีต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าวให้เป็นไปได้ด้วยความละเอียดรอบคอบมากขึ้น ทำให้เนื้อหาของร่างและของมาตราดังกล่าวมีความเชื่อมโยงและไม่ขัดแย้งกัน การพิจารณาลงมติ มาตรา 3 เป็นรายวรรค จึงไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับการประชุมรัฐสภาและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 โดยตัดเนื้อหาที่ให้สิทธิประชาชนในการรับฟังข้อมูลตรวจสอบและแสดงความคิดเห็นในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 87 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า การพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 190 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญนี้เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยได้วางหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยยึดหลักนิติธรรมไว้ ดังนี้

1) แม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย จะให้ถือเอามติเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากละเลยหลักนิติธรรมหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ กดขี่ข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อยโดยไม่ฟังเหตุผลและปราศจากความชอบธรรม จะถือเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากแต่จะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมาก ขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศไปอย่างชัดเจน

2) หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนืออบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่างๆ ของรัฐจะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ

3.4.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 53 – 58/2557 (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 เกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญและการยุบพรรคการเมือง)

เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2556 นายสมชาย แสวงการ สมาชิกวุฒิสภา ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ขอให้พิจารณาวินิจฉัยกรณี นายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานรัฐสภา กับพวก ซึ่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 312 คน กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ต่อประธานรัฐสภาเพื่อที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เรื่อง สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และมาตรา 237 เกี่ยวกับการตัดสิทธิหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง กรณีมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง ต่อมา เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2556 ที่ประชุมคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติเสียงข้างมาก 3 ต่อ 2 เสียงให้รับวินิจฉัยคำร้องดังกล่าว

ต่อกรณีดังกล่าว เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2556 ได้มีสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งซึ่งเป็นผู้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช นำโดย นายประสิทธิ์ โภษะสุน สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดสุพรรณบุรี และคณะ ได้ออกแถลงการณ์ว่า จะไม่ดำเนินการส่งคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่ถูกร้องว่าการเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญรายมาตรา อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 เพราะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัยตั้งแต่แรก การรับวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ถูกต้อง ถือเป็น การก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย อันได้แก่ อำนาจบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการ ดังนั้น จึงไม่ยอมรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยในกรณีดังกล่าว

ต่อมาเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งที่ 53 – 58/2557 เกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ 2550 ยกเลิกบทบัญญัติ มาตรา 68 และมาตรา 237 สรุปลงนี้

พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลและพรรคการเมืองผู้กระทำการตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง มีสิทธิตรวจสอบการกระทำดังกล่าวสองประการ คือ เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

ในระหว่างการศึกษาความดีของศาลรัฐธรรมนูญ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้มีประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ล้มเลิก และให้ศาลทั้งหลายมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีตามบทกฎหมายและประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่องการสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และต่อมาเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 มีการประกาศ

ใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จึงทำให้การวินิจฉัยสั่งการกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่เป็นประโยชน์ที่จะพิจารณาวินิจฉัยต่อไป จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้อง

4. บทวิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

4.1 บทวิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550

4.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ประกาศบังคับใช้ได้

1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ประกาศบังคับใช้ได้มี 2 ฉบับ คือ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมระบบเลือกตั้ง (มาตรา 93 ถึงมาตรา 98) และฉบับแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 การทำหนังสือสัญญา เป็นการแก้ไขในสมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี พรรคประชาธิปัตย์ เป็นแกนนำจัดตั้งรัฐบาล นายชัย ชิดชอบ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคภูมิใจไทย พรรคร่วมรัฐบาล เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานรัฐสภา นายประสพสุข บุญเดช สมาชิกวุฒิสภาสรรหา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา

2) การแก้ไขระบบเลือกตั้ง เป็นการแก้ไขจำนวนและวิธีการเข้าสู่อำนาจของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบสำคัญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันมีผลทำให้อำนาจการตรวจสอบถ่วงดุลของสภาผู้แทนราษฎรเปลี่ยนแปลงไป ส่วนการแก้ไขการทำหนังสือสัญญา เป็นการแก้ไขกำหนดประเภทกรอบการเจรจา เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติงาน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติเป็นส่วนรวมมิใช่เพื่อประโยชน์ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด

3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ มิได้แก้ไขเพื่อประโยชน์ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด ไม่มีผลประโยชน์แอบแฝง ประกอบกับประธานรัฐสภาและรองประธานรัฐสภา ผู้ทำหน้าที่ประธานที่ประชุมรัฐสภา วางตนเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่กระบวนพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติตามข้อบังคับการประชุมและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีการกระทำขัดกันแห่งผลประโยชน์ และได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประสบผลสำเร็จ สามารถดำเนินการตามขั้นตอนจนประกาศบังคับใช้ได้

4.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ไม่สามารถประกาศใช้บังคับได้

1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ไม่สามารถประกาศใช้ได้มี 4 ฉบับ เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขในสมัยรัฐบาล น.ส.ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย เป็นแกนนำจัดตั้งรัฐบาล และนายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคเพื่อไทย

เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานรัฐสภาทั้งสิ้น แต่ประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา มีการเปลี่ยนแปลง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 มีพลเอก ชีรเดช มีเพียร เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา ส่วนอีก 3 ฉบับ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหนังสือสัญญา (มาตรา 190) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (มาตรา 68) และการยุบพรรคการเมือง (มาตรา 237) มีนายนิคม ไวยรัชพานิช สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดฉะเชิงเทรา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เป็นการยกเลิกวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เดิมแล้วกำหนดกระบวนการวิธีการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ อันเป็นผลให้รัฐธรรมนูญ 2550 ต้องถูกยกเลิกไป เจตนารมณ์อันแท้จริงของการบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อที่จะเปิดช่องทางให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตราที่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล แก้ไขบางมาตราเพื่อยกเลิกการกีดกันสิทธิทางการเมือง การถูกยุบพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแก้ไขบางมาตราที่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้มีอำนาจเหนือพรรคการเมืองแกนนำจัดตั้งรัฐบาล จากการทำหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.)⁵ เหตุที่ไม่แก้ไขเพิ่มเติมเป็นรายมาตราเนื่องจากคาดว่าจะได้รับการคัดค้านอย่างหนักเพราะสาธารณชนจะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของบุคคลและกลุ่มบุคคลของตน จึงจำเป็นต้องแก้ไขโดยยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น เพื่ออำพรางปิดบังผลประโยชน์แอบแฝง ดังจะประจักษ์เห็นชัดแจ้งเมื่อมีการแก้ไขเป็นรายมาตราในโอกาสต่อไป

3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ด้วยเหตุคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า “การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่”

⁵ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549

4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 237 ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ ด้วยเหตุคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่ 1 กระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ใช้ในการประชุมพิจารณาของรัฐสภา เป็นคนละฉบับกับที่มีการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีการเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลัง ทำให้เหลือเวลาแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการขัดต่อข้อบังคับการประชุมไม่เป็นกลาง ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักนิติธรรม

การอภิปรายแสดงความคิดเห็นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภา การใช้ดุลพินิจการใช้เสียงข้างมากลงมติปิดการอภิปรายจึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ เอื้อประโยชน์แก่เสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม

(3) วิธีการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา มีสมาชิกรัฐสภาบางรายใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาอื่น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา มีการแก้ไขเนื้อหาทำให้วุฒิสภากลับไปเป็นสภาพี่น้อง สภาของครอบครัว ให้มาจากการเลือกตั้งอย่างเดียวเป็นการทำลายระบบสองสภา ฝ่ายการเมืองสามารถควบคุมอำนาจเหนือรัฐสภาได้อย่างเบ็ดเสร็จ ทำให้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของระบบสองสภาต้องสูญหายไป

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เป็นบทบัญญัติซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยทรงใช้อำนาจนั้นทางคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหาร ตามนัยแห่งมาตรา 3 วรรคหนึ่ง อำนาจในการทำหนังสือสัญญาจึงเป็นอำนาจอันสำคัญยิ่งที่คณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารจำต้องตระหนักและประพฤติปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยบุคคลส่วนใหญ่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ตนสังกัด ถือว่าไม่ได้ปฏิบัติ

หน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม การตัดเนื้อหาให้สิทธิประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็นเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชน ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 237 ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้องด้วยเหตุการสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550 และมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

(4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาและการแก้ไขมาตรา 237 เป็นเจตนารมณ์ที่ต้องการแก้ไขมาแต่ต้น โดยการแอบแฝงไปแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อกำหนดกระบวนการวิธีการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ แต่เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจากเหตุผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้สิทธิผู้ทราบการกระทำสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อีกทางหนึ่ง จึงใช้อำนาจรัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราตามคำแนะนำของศาลรัฐธรรมนูญ⁶ โดยเพิ่มเติมการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เพื่อตัดสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้ผู้ทราบการกระทำยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดได้เพียงอย่างเดียว พร้อมทั้งเพิ่มการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เพื่อเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารพรรคการเมืองของตน และเมื่อดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มาจากสมาชิกวุฒิสภาและแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 สำเร็จจะสามารถควบคุมรัฐสภาได้ทั้งหมด พร้อมทั้งตัดสิทธิการพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อีกทางหนึ่ง เป้าหมายต่อไปก็คือการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 309 การแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของบุคคลและพรรคการเมืองเท่านั้น

5) สมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้ง สมาชิกรัฐสภาในขณะแก้ไขรัฐธรรมนูญ ทั้ง 3 ฉบับ มาจากการเลือกตั้งจังหวัดละ 1 คน เมื่อ 2 มีนาคม 2551 จะครบวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ในวันที่ 2 มีนาคม 2557 ดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว หากแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ทันก่อน 2 มีนาคม 2557 จะทำให้สมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้งชุดนี้สามารถลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้อีกครั้งหนึ่ง ระยะเวลาเริ่มตั้งแต่การยื่นญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญ 20 มีนาคม 2556 จนครบวาระการดำรงตำแหน่งเหลือเพียงไม่ครบ 1 ปี ปัจจุบันเวลาจึงมีผลกระทบอย่างยิ่งที่จำเป็นจะต้องเร่งรัดกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ให้แล้วเสร็จโดยเร็ว

6) รัฐสภาในขณะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้ มีนายนิคม ไวยรัชพานิช สมาชิกวุฒิสภาจังหวัดฉะเชิงเทรา เป็นประธานวุฒิสภาและรองประธานรัฐสภา ร่วมทำหน้าที่เป็น

⁶ ศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555

ประธานที่ประชุมรัฐสภา นายนิคมฯ เป็นผู้หนึ่งร่วมลงชื่อเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 และแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 237 การทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมรัฐสภา ได้รับการทักท้วงจากสมาชิกรัฐสภาถึงความไม่เหมาะสม เป็นการกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่เป็นกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อทำหน้าที่ประธานที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา เนื่องจากนายนิคมฯ มีส่วนได้เสียจากการแก้ไขคุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามที่เป็นคุณสมบัติสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง

ในการพิจารณาญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ขณะที่นายนิคมฯ ทำหน้าที่ประธานที่ประชุมรัฐสภา เกิดเหตุการณ์วุ่นวาย จนต้องพักการประชุมชั่วคราวหลายครั้ง ประเด็นที่ประชุมใช้ดุลพินิจและใช้เสียงข้างมากลงมติปิดอภิปรายเพื่อลงมติในรายนามตราหลายมาตรา น่าจะเป็นด้วยเหตุต้องการเร่งรัดให้กระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นโดยเร็ว กระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญจำเป็นจะต้องใช้ดุลพินิจของประธานในที่ประชุมและมติของที่ประชุมปิดการอภิปราย จึงเป็นสาเหตุหนึ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญมีการใช้ดุลพินิจการใช้เสียงข้างมากปิดอภิปรายจึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบเอื้อประโยชน์แก่เสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม

7) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2556 ทั้ง 3 ฉบับนั้น ล้วนแต่มีวาระซ่อนเร้นผลประโยชน์แอบแฝง แต่แบ่งหน้าที่กันเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำขัดกันแห่งผลประโยชน์ กล่าวคือ แก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 237 และการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ซึ่งเป็นความต้องการของพรรคการเมืองและรัฐบาลเพื่อแก้ปัญหาตัดสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนที่ใช้สิทธิร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง การตัดสิทธิหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองจากการถูกยุบพรรคการเมือง การทำหนังสือสัญญาเป็นฉบับเสนอโดยสมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้งและคณะ สำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นความต้องการของสมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้งเพื่อแก้ปัญหาวาระการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภา จากวาระเดียวเป็นไม่จำกัดวาระ ถูกเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคร่วมรัฐบาลและคณะ

นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาถูกเร่งรัดการพิจารณาเพื่อต้องการให้แล้วเสร็จก่อนที่สมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้งจะครบวาระการดำรงตำแหน่งในวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2557 และให้สมาชิกดังกล่าวสามารถลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้อีกวาระหนึ่ง ดังเช่นได้รับการบรรจุเข้าสู่วาระการประชุมรัฐสภาพิจารณาวาระที่สองเป็นฉบับแรก ใช้วันประชุมต่อเนื่อง 13 วัน ใช้เวลาประชุมมากกว่าวันละ 14 ชั่วโมง ประธานวุฒิสภางดวันประชุมวุฒิสภา เพื่อให้รัฐสภาประชุมพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญรวม 4 วัน

และมีการประชุมรัฐสภาในวันหยุดเสาร์ - อาทิตย์ 1 วัน ซึ่งไม่เคยมีประวัติศาสตร์การประชุมรัฐสภา เช่นนั้นมาก่อน

4.2 บทวิเคราะห์หลักนิติธรรมกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550

4.2.1 รัฐธรรมนูญ 2550 มีบทบัญญัติให้กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ต้องผ่านการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เมื่อผ่านการพิจารณาจากทั้งสองสภาแล้ว มีบทบัญญัติบังคับว่าจะต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (มาตรา 141) และร่างพระราชบัญญัติต่างๆ เมื่อผ่านการพิจารณาจากทั้งสองสภาแล้ว หากสมาชิกแห่งสภาทั้งสองเห็นว่า มีบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถเข้าชื่อกันยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยได้ (มาตรา 254)

สำหรับญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความสำคัญยิ่งกว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติต่าง ๆ รัฐธรรมนูญ 2550 ไม่มีบทบัญญัติช่องทางให้ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 เท่านั้น หากศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องของผู้ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ไว้พิจารณาวินิจฉัย ญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการขัดหรือแย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีช่องทางใดๆ จะยับยั้งการกระทำดังกล่าวได้

4.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มวางหลักนิติธรรมเป็นหลักการสำคัญของการวินิจฉัยที่องค์กรอำนาจต่าง ๆ จะต้องให้ความสำคัญ ต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรม แต่ในคำวินิจฉัยนั้นก็มิได้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” อย่างชัดเจน

ประการที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ สามารถยื่นคำร้องถึงศาลรัฐธรรมนูญได้ อีกทางหนึ่ง คำวินิจฉัยนี้ได้รับเสียงคัดค้านจากฝ่ายที่ต้องการแก้ไขโดยอ้างอิงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549 ที่มีผู้ร้องตามมาตรา 63 รัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งมีบทบัญญัติใกล้เคียงกับมาตรา 68 รัฐธรรมนูญ 2550 และคำวินิจฉัยนั้น ให้ผู้ร้องต้องร้องผ่านอัยการสูงสุดก่อน ผู้ยื่นญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 มุ่งหวังความสำเร็จของการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่อย่างชัดเจน ว่าไม่มีกระบวนการใดจะขัดขวางการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งหมดได้ เนื่องจากผู้ร้องต้องยื่นผ่านอัยการสูงสุด ที่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของฝ่ายบริหารเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าก่อนจะมีการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ต่อรัฐสภา ได้มีผู้ทราบ

การกระทำยื่นเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงระยะเวลาผ่านไป 3 เดือนเศษ การตรวจสอบข้อเท็จจริงของอัยการสูงสุดไม่มีการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม แต่ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องเมื่อ 1 มิถุนายน 2555 อัยการสูงสุดจึงแถลงผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าไม่พบการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ท่ามกลางสถานการณ์ของประเทศที่เป็นไปด้วยความขัดแย้งความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติ และความสงบสุขของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติอ้างหลักเสียงข้างมากเพื่อสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า ตามมาตรา 68 ผู้ทราบการกระทำมีสิทธิสองประการ คือ ประการหนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ ดังนั้นประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา 68 วรรคสอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง นับว่าศาลรัฐธรรมนูญเริ่มต้นใช้หลักนิติธรรมในการวินิจฉัยเพื่อให้ประชาชนใช้สิทธิต่อต้านการกระทำนั้นได้โดยสันติวิธี

ประการที่สอง คำวินิจฉัยว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับ ยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่”

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าแม้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2550 ได้มาโดยการลงประชามติ การที่จะยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ก็ควรจะให้ประชาชนลงมติเสียก่อน การวินิจฉัยนี้จึงเป็นการนำเจตนารมณ์ความเป็นจริงที่เกิดขึ้นมาลบล้างบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เพื่อประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชน จึงนับว่าเป็นการเริ่มต้นนำหลักนิติธรรมมาเป็นหลักในการวินิจฉัย

4.2.3 การแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 และการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 237 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้ง 3 ฉบับ ได้กล่าวอ้างหลักนิติธรรม ตามมาตรา 3 วรรคสอง รัฐธรรมนูญ 2550 นำมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคำร้องชัดเจนขึ้น พร้อมทั้งได้วางการปฏิบัติที่ต้องยึดถือเป็นหลักนิติธรรม ดังนี้

1) เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้อง ซอภธรรม มีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของ

ปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ประสงค์ให้องค์กรหรือสถาบันการเมือง หนีภัยกบฏกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้างสนับสนุนในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือพวกพ้อง จากการใช้อำนาจนั้น ๆ

2) แม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะถือมติเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ แต่หากละเอียดหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ กட்சีข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อย โดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกัน จนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควร จะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร

3) รัฐธรรมนูญ 2550 นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กรและทุกหน่วยงานของรัฐ ภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรม กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือหลักเสียงข้างมากเพียงอย่างเดียว หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย

4) หลักนิติธรรม ถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง และแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ จะต้องยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ

บทสรุป

รัฐธรรมนูญ 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย ที่จัดให้มีการออกเสียงลงประชามติและได้รับความเห็นชอบให้นำมาบังคับใช้ มีบทบัญญัติกำหนดบทบาทศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่พิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่ตรวจสอบมิให้มีการกระทำละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ และให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามความจำเป็น เพื่อประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชน

รัฐธรรมนูญ 2550 มีการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งหมด 6 ครั้ง (6 ฉบับ) ฉบับที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมในห้วงรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี จำนวน 2 ฉบับ สามารถประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้ ส่วนที่เหลืออีก 4 ฉบับ เสนอแก้ไขเพิ่มเติมในห้วงรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการกระทำขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีลักษณะ

เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ผู้เสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพยายามโต้แย้งว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องของผู้ร้องคัดค้านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้วินิจฉัยตามมาตรา 68 อีกทั้งอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ การรับคำร้องการคัดค้านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไว้วินิจฉัย ถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ผู้เสนอญัตติฯ จึงไม่ยอมรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่า สาเหตุสำคัญของญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ประสบผลสำเร็จนั้น ล้วนแล้วแต่มีวาระซ่อนเร้น เป็นการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลประโยชน์ทับซ้อนเพื่อประโยชน์ของบุคคลและกลุ่มบุคคลของตน มิได้เป็นการเสนอแก้ไขเพื่อประโยชน์ประเทศชาติประชาชน ผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงพยายามใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอำนาจของประธานที่ประชุมและมติเสียงข้างมากในรัฐสภา เพื่อสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้บรรลุเป้าหมายที่ซ่อนเร้นไว้

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ยอมรับการใช้ดุลพินิจของผู้ทำหน้าที่ประธานที่ประชุมรัฐสภา และยอมรับการใช้เสียงข้างมากตามแนวทางประชาธิปไตย แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าถึงแม้จะเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายใดได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งผู้ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมรัฐสภา ต้องดำรงความเป็นกลาง ไม่ใช่ดุลพินิจไปในทางมิชอบเอื้อประโยชน์ต่อฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมที่มาของสมาชิกวุฒิสภาโดยแก้ไขคุณสมบัติทำให้วุฒิสภากลับไปเป็นสภาของครอบครัวและการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว มีที่มาเหมือนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน เกิดการผูกขาดอำนาจรัฐ ฝ่ายการเมืองสามารถควบคุมอำนาจเหนือรัฐสภาอย่างเบ็ดเสร็จทำให้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภาต้องสูญเสียไป

สิ่งสำคัญที่สุดศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักนิติธรรมให้เป็นหลักการสำคัญสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยว่า “หลักนิติธรรม ถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติโดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องแลแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ จะต้องยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ”

การพัฒนาหลักนิติธรรมในระบบศาลยุติธรรมของไทย

เอกชัย ชินฉนพงศ์*

เป็นครั้งแรกที่ประเทศไทยนำเอา “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมีการถกเถียงกันว่าจำเป็นหรือไม่ อย่างไร? ในการประชุมสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการอภิปรายในประเด็นนี้เช่นกัน ฝ่ายคัดค้านว่าไม่ควรนำคำว่าหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า เป็นที่เข้าใจกันดีอยู่แล้วว่าการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและโดยถูกต้องชอบธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่สามารถสกัดได้จากตัวบทมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 วรรคสอง ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และเห็นต่อไปด้วยว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งต้องมีการทำประชามติ หากนำศัพท์เทคนิคที่ยังมีการถกเถียงและตีความกันอย่างกว้างขวางมาบัญญัติไว้ ก็อาจเกิดปัญหาเรื่องความเข้าใจของประชาชน อันจะนำไปสู่การตีความที่ยุ่งยากและอาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของการใช้อำนาจในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ก็เป็นได้ หากจะบัญญัติไว้ ควรใช้คำที่สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ไม่จำเป็นต้องตีความ เช่น “ต้องเป็นไปตามคลองธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “ต้องเป็นไปตามหลักแห่งกฎหมาย” เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่ให้การสนับสนุนว่าควรมีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่า “หลักนิติธรรม” มีการพูดถึงกันมากในสังคม ยังไม่เคยมีการนำเรื่องนี้มาบัญญัติไว้ โดยเฉพาะในกฎหมาย จึงปรากฏว่าได้มีการละเลยไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนั้นเพื่อเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การปกครองประเทศเป็นไปตามหลักนิติธรรม เป็นการยืนยันว่าหลักนี้มีอยู่จริงและจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยองค์กรของรัฐ จึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจทั้งหลายว่า การใช้อำนาจหน้าที่นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยถูกต้องชอบธรรมตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

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

ศาสตราจารย์พิเศษธานีรินทร์ ภัยวิเชียร มีความเห็นว่าหากกฎหมายขัดหรือแย้งกับความยุติธรรมแล้ว เราควรจะต้องถือความยุติธรรมเป็นสำคัญ และความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายสอดคล้องกับหลักกฎหมายสากลที่ว่า เหนือกฎหมายยังมีกฎหมายธรรมชาติ (natural law) และมีภาษีกฎหมายโรมันสนับสนุนว่า ผู้พิพากษาที่ดีย่อมวินิจฉัยคดีตามหลักแห่งความยุติธรรมและความถูกต้อง และถือความยุติธรรมสำคัญกว่ากฎหมาย

ปรัชญากฎหมายไทยตามแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ยึดถือธรรมหรือความยุติธรรมเป็นใหญ่เหนือกฎหมาย อันเป็นความคิดคนละขั้วกับปรัชญาปฏิธานนิยมทางกฎหมายที่เน้นย้ำแต่เรื่องความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal Justice) หรือถือเอากฎหมายเป็นตัวความยุติธรรมในพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรมโดยตรงและผู้ใช้อกฎหมายซึ่งคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นใหญ่ต้องไม่ติดอยู่กับตัวอักษรกฎหมายอย่างเดียวในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจริง อาจพิจารณาได้จากพระบรมราโชวาทในหลายโอกาส อาทิเช่น

“กฎหมายทั้งปวงนั้น เราบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นปัจจัยสำหรับรักษาความยุติธรรม กล่าวโดยสรุปคือใช้เป็นแบบแผนแห่งความประพฤติปฏิบัติของมหาชนสถานหนึ่งกับใช้เป็นแม่บทในการพิจารณาตัดสินความประพฤติปฏิบัติกันนั้นๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงตรงอีกสถานหนึ่ง

โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีใดๆ โดยคำนึงถึงแต่ความถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นจะไม่เป็นการเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ การใช้อกฎหมายจึงจะมีความหมายและได้ผลที่ควรจะได้”¹

หลักนิติธรรมกับสังคมตะวันตก

แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาขึ้นจากประสบการณ์ในอดีตและปรับให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมตะวันตก หลักนิติธรรมหลอมรวมอยู่ในจิตวิญญาณของชาวตะวันตก ประชาชนต่างเคารพและยึดมั่นในหลักนิติธรรมด้วยหัวใจศรัทธาอย่างแท้จริง แต่สำหรับประเทศไทยแล้ว เรารับเอาแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมนี้มาแบบท่องจำฝรั่ง การเรียนการสอนและตำราทางวิชาการของไทยในเรื่องนี้เป็นการอธิบายในเชิงทฤษฎีเสียเป็นส่วนมาก การรับเอาแนวความคิดของต่างประเทศเข้ามาทั้งหมดโดยไม่มี การเชื่อมโยงและปรับให้เข้ากับรากเหง้าและสภาพความเป็นจริงของสังคมไทย

¹ พระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา ณ เนติบัณฑิตสภา เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2515.

อาจทำให้คนไทยไม่สามารถเข้าถึงแก่นแท้ของหลักนิติธรรมได้อย่างแท้จริง และอาจทำให้หลักนิติธรรมเป็นเพียงแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้ในสังคมเท่านั้น

ในขั้นต้นเมื่อก้าวถึงหลักนิติธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น เป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุดเพลโต นักปราชญ์ชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายแล้ว เพลโต ก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิตเพลโต จึงหันมาให้ความสำคัญกับ กฎหมาย โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน

อริสโตเติล ศิษย์ของเพลโต ได้นำความคิดของเพลโต มาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตามสำหรับในประเทศอังกฤษ แนวความคิดเรื่อง The Rule of Law เป็นรูปเป็นร่างขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ต้า ค.ศ. 1215 ซึ่งต่อมาภายหลังกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษ หลักนิติธรรมพัฒนาขึ้นมาเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับ บุคคลสำคัญที่กล่าวถึงหลักนิติธรรมให้เห็นอย่างเด่นชัด ได้แก่ ศาสตราจารย์ A.V. Dicey ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย อ็อกซฟอร์ด All Soul College แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งแต่งหนังสือเรื่อง Law of Constitution (1948) ในหน้า 202 กล่าวว่า “บุคคลอาจถูกลงโทษก็เพราะเขาได้กระทำความผิดกฎหมายเท่านั้น เขาไม่อาจถูกลงโทษเพราะเหตุอื่นได้อีก” ศาสตราจารย์ A.V. Dicey ให้ความหมายโดยย่อของ The Rule of Law ว่า หมายถึง “หลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษย์ชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขา คุ้มครองมนุษย์ชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนต่อเอกชน ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดตามกฎหมายของบ้านเมือง”

ศาสตราจารย์ Dicey กล่าวไว้ในหนังสือของท่านว่า ในขณะที่เราพูดถึงอำนาจสูงสุดของกฎหมาย หรือ The Rule of Law ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ของรัฐธรรมนูญนั้น เราหมายความว่า 3 ประการ คือ

1. ไม่มีผู้ใดที่จะถูกลงโทษหรือถูกทำให้เสื่อมเสียแก่เนื้อตัวหรือทรัพย์สิน เว้นแต่ผู้นั้นจะได้กระทำความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยวิถีทางปกติธรรมดา และก่อนที่เขาจะถูกลงโทษหรือทำให้เสื่อมเสียแก่เนื้อตัวและทรัพย์สิน เขาจะต้องถูกพิจารณาโดยศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลปกติธรรมดา (ไม่ใช่ศาลที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษ) เสียก่อน

The Rule of Law ต่างจากระบบการปกครองที่มีอำนาจอันกว้างขวางปราศจากขอบเขตและ
เป็นอำนาจที่อยู่ในกำมือของคณะบุคคล

2. The Rule of Law หมายความว่า ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย คือบุคคลทุกคนจะต้องอยู่
ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมดาของประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายให้ความเป็นธรรม ความเสมอภาค
ภายในเขตอำนาจศาล และผู้พิพากษาตามธรรมดาในข้อนี้หมายความว่า ข้าราชการทุกคนตั้งแต่
นายกรัฐมนตรีจนถึงพลตำรวจหรือคนเก็บภาษี ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ตน
ได้กระทำไป โดยปราศจากข้อแก้ตัวได้ตามกฎหมายเหมือนๆ กับประชาชนคนอื่น

3. The Rule of Law หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้ขยายกว้างขวางออกไปตามหลัก
The Rule of Law ที่ยึดอยู่ในหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหรือ
สิทธิเสรีภาพที่จะประชุมกัน

คำว่า หลักนิติธรรม ปรากฏเด่นชัดเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2550 โดย ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย
พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นพระประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล
ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงาน
ของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

มาตรา 78 บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน
ดังต่อไปนี้

.....

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงาน
ของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระเพื่อให้
การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

เนื่องจากได้มีการพูดถึงคำว่า “หลักนิติธรรม” อย่างกว้างขวางว่าใช้บังคับอย่างไร มีความหมาย
อย่างไรกันแน่ มีการวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของรัฐในหลายกรณีว่าไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือเป็นไป
ตามหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงอยากทำความเข้าใจคำว่าหลักนิติธรรมเสียก่อน

ก่อนใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เคยปรากฏคำว่า “หลัก
นิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อนหน้านี้มาก่อน คือในพระราชปรารภของ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และในพระราชปรารภของรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แต่ไม่เคยปรากฏคำว่า “หลักนิติธรรม”
ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญมาก่อน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเป็น
รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการนำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา 3 วรรคสอง มีญัตติที่อภิปรายอย่างกว้างขวางกันว่าควรใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” เดิม ในมาตรา 3 วรรคสอง ร่างไว้ว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นตามหลักนิติรัฐ” และได้ให้คำอธิบายว่า “หลักนิติรัฐ” คือหลักการปกครองโดยกฎหมาย ที่มาจากภาษาอังกฤษว่า “The rule of law” และมีคำแปลในภาษาเยอรมันว่า “rechtsstaat” เมื่ออธิบายเช่นนี้ จึงเกิดข้อถกเถียงกันว่าหากต้องการพูดถึง “The rule of law” แล้วต้องใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เพราะคำว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “rechtsstaat” นั้นมีคำแปลภาษาอังกฤษว่า “Legal state”

มีการอภิปรายว่า ควรจะเลือกใช้คำใด ฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้คำว่าหลักนิติรัฐ ให้เหตุผลว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนไทย จึงน่าจะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับประเทศไทยมากกว่า อีกทั้งหลักนิติรัฐมีความหมายกว้างกว่าหลักนิติธรรม จึงน่าจะให้ความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้คำว่า หลักนิติธรรม อธิบายว่า ความจริงแล้วทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีหลักการใกล้เคียงกันมาก ต่างกันเพียงในรายละเอียดเท่านั้น ดังนั้นการจะเลือกใช้คำใดย่อมไม่แตกต่างกันในหลักการและเจตนารมณ์ แต่เหตุที่สมควรใช้คำว่าหลักนิติธรรม มากกว่านั้นก็เนื่องจากสังคมไทยรู้จักคำนี้มานานแล้ว และเป็นคำที่คนไทยทั่วไปคุ้นเคยมากกว่าคำว่า หลักนิติรัฐ

ท้ายที่สุด สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีมติด้วยคะแนนเสียง 58 เสียง จากผู้เข้าร่วมประชุม ทั้ง 90 ท่าน ให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้

หลักนิติธรรมในสมัยสุโขทัย

ในสมัยกรุงสุโขทัย ยังไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่ามีการกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” กัน และ “หลักนิติธรรม” มีบทบาทอย่างไรในการปกครองประเทศและระบบงานศาล อย่างไรก็ตาม หลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง หลักที่หนึ่ง ด้านที่ 1 ตอนปลาย และด้านที่ 2 ตอนแรก มีข้อความว่า

“เมื่อชัวพ่อขุนรามคำแหง เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำมีปลา ในนามีข้าว เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ ลู่ทาง เพื่อนจูงวัวไปค้าขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง คำ ใครจักใคร่ค้าม้า คำ ใครจักใคร่ค้าเงือน คำทอง คำ ไพร่ฟ้าหน้าใส ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแล้ ล้มตายหายกว่า เหย้าเรือนพ่อเชื้อเสื่อค้ำมัน ช้างขอลูกเมีย เยียข้าว ไพร่ฟ้าข้าไท ป่าหมากพลู พ่อเชื่อมั่น ไว่แก่ลูกมันสิ้น ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุน ผิดผิดผิดผิด แสกกว้างกัน สวดดูแท้แล้ จึงแล่งความแก่ชาด้วยชื่อ บ่เข้าผู้ลักมักผู้ช่อน เห็นข้าว่าทาบใคร่พิน เห็นสินทาบ บ่ใคร่เดือด คนใดขี่ช้างมาหา พาเมืองมาสู่ ซอยเหนือเพื่อกู้ มันบ่มีช้างบ่มีม้า บ่มีบ่าวบ่มีนาง บ่มีเงือน บ่มีทอง ให้แก่มัน ซอยมันตวงเป็นบ้านเป็นเมือง ได้ข้าเสือกข้าเสื่อ หัวฟุ้งหัวรบก็ดี บ่ฆ่าบ่ตี ในปากประตูมีกระดิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หัน ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยมีความ เจ็บท้อง

ข้องใจ มันจ๊กกล่าวถึงเจ้าถึงขุนปรี ไปลั่นกะดิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองไดยินเรียกเมื่อถาม สวณความแก่มันด้วยชื่อ ไพโรในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม ...”

จารึกนี้เมื่ออ่านข้อความแล้วพบว่าเป็นการรวมกฎหมายลักษณะต่างๆ เข้าไว้ด้วยกัน เช่น กฎหมายการค้า กฎหมายมรดก กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี กฎหมายระหว่างประเทศ (แผนกคดีเมือง) และกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อประเทศคู่ศึกสงคราม เป็นต้น เช่น ในศิลาจารึกมีข้อความสลักไว้ว่าในเมืองสุโขทัยราษฎรสามารถทำการค้าได้อย่างเสรี เจ้ามรดกเมื่อถึงแก่กรรมทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ขณะยังมีชีวิตอยู่ย่อมตกได้แก่ทายาท มีการวางหลัก “ความยุติธรรม” ในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างราษฎรในกรุงสุโขทัย ผู้มีอำนาจตัดสินจะทำการไต่สวนข้อพิพาทให้ถี่ถ้วนแล้วจึงชี้ขาดคดีโดยไม่เห็นแก่หน้าหรือเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ว่าใครถูก ใครผิด ชี้ขาดคดีไปโดยไม่รับสินบนหรือเรียกร้อยเงินทองจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หากมีคนจากภายนอกเข้ามาขอพึ่งพระบรมโพธิสมภาร หรือขอเข้ามาอยู่ภายใต้ขอบเขตอาณา มาขอความช่วยเหลือ พระมหากษัตริย์จะมอบเงินมอบทองให้นำไปตั้งบ้านเมือง และหากพระมหากษัตริย์ของกรุงสุโขทัยไปรบชนะข้าศึกศัตรู ก็จะไม่ฆ่าไม่ฟัน ในปากประตูเมืองมีกระดิ่งแขวนไว้ ราษฎรผู้มีคดีความระหว่างกันหรือราษฎรผู้ได้รับความเดือดร้อน จะไปร้องเรียนแก่ผู้ใด ให้แก้ไขความเดือดร้อนไม่ได้จะมาสันกระดิ่ง พ่อขุนรามคำแหงไดยินเสียงกระดิ่งจะเรียกตัวผู้สันกระดิ่งผู้นั้นมาสอบถามและพิจารณาข้อร้องเรียนของผู้นั้น ตัดสินหรือแก้ไขปัญหาให้ไปตามที่เหมาะสมสมควร ประชากรชาวสุโขทัยจึงชื่นชม

ในหลักศิลาจารึกหลักที่หนึ่ง ด้านที่ 2 สลักข้อความว่า

“คนในเมืองสุโขทัยนี้ มักทาน มักทรงศีล มักโอยทาน พ่อขุนรามคำแหง เจ้าเมืองสุโขทัย ทั้งชาวแม่ชาวเจ้า ท่วยบัวท่วยนาง ลูกเจ้าลูกขุน ทั้งสิ้นทั้งหลาย ทั้งผู้ชายผู้หญิงผู้ง่วยผู้มีศรัทธา ในพระพุทธศาสนา ทรงศีลเมื่อพรรษาทุกคน...”

ย่อมเห็นได้ว่าการที่พระมหากษัตริย์กรุงสุโขทัยทรงมีความยุติธรรม ทรงเอาใจใส่และแก้ไขความทุกข์และความเดือดร้อนของราษฎรด้วยพระองค์เอง และทรงเลื่อมใสในบวรพุทธศาสนา เป็นพุทธมามะกะ จึงเป็นตัวอย่างที่ดีแก่ประชาราษฎร ย่อมแสดงอยู่แล้วว่าในสมัยสุโขทัยพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นรัฐธำธิปัตย์ทรงนำเอาหลักนิติธรรม มาใช้ในการปกครองประเทศ

หลักนิติธรรมสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสมัยต่อมาคือสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากการที่กรุงศรีอยุธยาต้องเสียอธิปไตยแก่ข้าศึกศัตรู อาคารบ้านเรือน และเอกสารต่างๆ รวมทั้งตัวบทกฎหมายในสมัยอยุธยาถูกเผาทำลาย ทำให้ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการปกครอง บริหารประเทศ หรือระบบการศาลหรือไม่ แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาแม้จะมีตัวบทกฎหมาย

และพระอัยการหลายฉบับ แต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างแท้จริง พระราชภาระอันสำคัญของพระองค์คือทำให้ความสงบเรียบร้อยมีอยู่แก่บรรดาประชาชนโดยแน่นอน และมั่นคงสม่ำเสมอ ในฐานะเช่นนี้ของพระองค์จึงต้องคอยทรงสอดส่องควบคุมระวังให้การอำนวยความยุติธรรมเป็นไปด้วยดี และทรงรับหน้าที่เป็นผู้พิพากษาสูงสุด เพื่อพิจารณาชี้ขาดในข้อพิพาทโต้เถียงซึ่งเกิดระหว่างพลเมืองและในฐานะเช่นนี้อีกเช่นกันพระองค์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะวางข้อกำหนดลงโทษานุโทษแก่บรรดาผู้ที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของประเทศได้ ทั้งวางข้อบังคับเพื่อจัดระเบียบการศาลและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีด้วย กล่าวโดยสรุปพระองค์กระทำการทุกอย่างทุกวิธีเพื่อให้พลเมืองตั้งอยู่ในความสงบเรียบร้อยและปฏิบัติให้ถูกต้องตามจารีตประเพณี

หลักนิติธรรมสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

แต่อย่างไรก็ดีหลังจากที่สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ และตั้งกรุงเทพมหานครเป็นราชธานี ในตอนแรกบทกฎหมายที่ใช้กันอยู่ยังต้องอาศัยเอกสารกฎหมายต่างๆ ที่ใช้กันสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีที่เหลือรอดพ้นมาได้จากการทำลาย และเอกสารกฎหมายต่างๆ เหล่านี้เห็นได้ว่าได้คัดลอกกันต่อๆ มา ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าส่วนที่เหลือให้คัดลอกคงเหลือเป็นส่วนน้อยของตัวบทกฎหมายที่ได้ใช้กันก่อนเสียกรุงแก่ข้าศึก ตามพระราชกำหนดใหม่ข้อที่ 28 กล่าวว่า บทกฎหมายเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยาได้สูญไปมาก ในบทกฎหมายเก่าหรือสืบส่วนจะมีคงเหลืออยู่ก็แต่เพียงส่วนเดียวเท่านั้น เพื่อแก้ไขความบกพร่องนี้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทำการวินิจฉัยคดีต่างๆ ในทางกฎหมายไว้โดยทรงอาศัยอำนาจอธิปไตยของพระองค์เองบ้าง ทรงอาศัยหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนฟังคำบอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่บ้าง เนื่องจากการปกครองในต้นกรุงรัตนโกสินทร์พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการปกครองประเทศ จึงอยากจะเรียกว่าเป็น “หลักนิติธรรมแบบสมบูรณาญาสิทธิราช” อย่างไรก็ตามกฎหมายของกรุงรัตนโกสินทร์ต้นๆ ยังคงอาศัยบทกฎหมายต่างๆ ของกรุงศรีอยุธยาเป็นบรรทัดฐานสำคัญ กรณีที่เป็นต้นเหตุสำคัญให้มีการสังคายนาตัวบทกฎหมายสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์น่าจะมาจากเกิดคดีฟ้องหย่าเรื่องหนึ่งที่มีอำแดงป้อมฟ้องหย่าขาดจากนายบุญศรีช่างเหล็กหลวง นายบุญศรีได้ต่อสู้คดีไม่ยอมให้มีการบังคับให้หย่าโดยอ้างว่าอำแดงป้อมภรรยาของตนได้ทำชู้กับนายราชาอรธ แต่ศาลพิพากษาให้การสมรสขาดจากกันได้ตามที่อำแดงป้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งบทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งมีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” นายบุญศรีนำเอาคดีขึ้นทูลเกล้าถวายฯ ถวายฎีกาต่อพระเจ้าแผ่นดิน พระองค์ทรงเห็นด้วยตามฎีกาว่า ความจริงคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นการขัดกับหลักความยุติธรรม พระองค์ทรงสงสัยกฎหมายที่ศาลได้ยกขึ้นใช้ว่า จะเป็นฉบับที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน จึงมีพระบรมราชโองการให้เทียบข้อความในฉบับกฎหมายที่ศาลยกมาใช้กับข้อความในกฎหมายอีกสองฉบับ ซึ่งฉบับหนึ่งรักษาไว้ที่หอสมุดหลวง อีกฉบับหนึ่ง ณ ข้างที่

แต่การเทียบนี้พบว่าตัวบทกฎหมายในกฎหมายทั้งสามฉบับมีความถูกต้องตรงกันมิได้คลาดเคลื่อนกันแต่อย่างใด เนื่องจากการร้องถวายฎีกาของนายบุญศรี พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช จึงมีพระบรมราชโองการให้จัดการตรวจชำระสะสางโดยทั่วไปซึ่งบรรดาบทกฎหมายทั้งปวงที่มีอยู่ในหอหลวงนั้น เมื่อจุลศักราช 1166 (พ.ศ.2347) พระองค์ทรงมอบหน้าที่การตรวจชำระบทกฎหมายในครั้งนั้นแก่กรรมการคณะหนึ่งรวม 11 นาย เป็นอาลักษณ์ 4 นาย ลูกขุน 3 นาย และราชบัณฑิตย 4 นาย คณะกรรมการมีหน้าที่สำคัญในอันที่จะจัดวางลำดับตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วให้เข้าระเบียบกับตัดทอนส่วนที่ซ้ำกันออก และเลือกคัดเอาส่วนที่ขัดแย้งกันทิ้ง แต่อย่างไรก็ดีมิได้เห็นว่าได้หมายความว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงมีความผูกพันว่าจำต้องทรงรับเอางานที่คณะกรรมการได้จัดทำขึ้นโดยจะแก้ไขอย่างไรมิได้ แต่เห็นว่าพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ยังคงสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะทรงแก้ไขเนื้อความของตัวบทกฎหมายที่ชำระสะสางแล้วได้อีกตามที่จะได้ทรงเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม²

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นคงจะเห็นได้ว่าสาเหตุที่มีการสังคายนากฎหมายเมื่อต้นกรุงรัตนโกสินทร์ก็เนื่องจากกฎหมายที่ศาลบังคับใช้ไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมมีการคัดลอกกฎหมายสืบทอดกันมาและเกิดผิดพลาดทำให้หลักกฎหมายพันเพื่อน ส่งผลให้การตัดสินคดีของศาลไม่เป็นธรรม เมื่อเป็นเช่นนี้กรณีจึงถือได้ว่าขาดหลักนิติธรรม พระปฐมบรมมหากษัตริย์แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ได้แก่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ซึ่งทรงใช้อำนาจอธิปไตย และเป็นรัฐอธิปไตย จึงให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเสียใหม่และรวบรวมเข้าไว้ด้วยกันเป็นหมวดหมู่ ที่มีชื่อเรียกว่ากฎหมายตราสามดวง ทั้งนี้ เพื่อให้การปกครองและการศาลของกรุงรัตนโกสินทร์เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั่นเอง³

² ร.แลงการ์ด . (2526) ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 หน้า 19 กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์

³ การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม (กฎหมาย และการศาล) อย่างน้อยสำคัญในประเทศสยาม เริ่มในสมัยรัชกาล 4 เป็นระยะเวลาที่ชาวยุโรปเริ่มเข้ามาเมื่อมีอิทธิพลในประเทศสยาม แม้พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 จะได้ทรงออกประกาศและตรากฎหมายต่างๆ ขึ้นใช้บังคับมากมาย แต่เนื่องจากไทยเรายังมีกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบที่เรียกว่า จารีตนครบาล คือการพิจารณาคดีที่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นต้องหาพยานหลักฐานมาแสดงให้เห็นว่าตนบริสุทธิ์ และมีการกระทำทารุณเพื่อให้รับสารภาพว่าทำผิด เช่นตอกเล็บ บีบขมับจนกว่าจะรับสารภาพ ซึ่งชาวต่างประเทศเห็นว่าป่าเถื่อนไร้อารยธรรม จึงไม่ยอมให้ใช้กับคนในบังคับของตน ทำให้ไทยต้องเสียสิทธิเสรีภาพนอกอาณาเขต คือไทยต้องยอมให้ชาวต่างประเทศตั้งศาลสูงชั้นพิจารณาคดีคนของเขา หรือคนในบังคับของเขาตามกฎหมายของเขาเอง ซึ่งเท่ากับไทยเสียเอกราชทางด้านศาล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงพยายามดำเนินการแก้ไขด้วยวิธีต่างๆ เช่น โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้สถาปนากระทรวงยุติธรรมขึ้นใน พ.ศ. 2434 หลังจากนั้นจึงทรงปฏิรูปกฎหมายโดยจ้างนักกฎหมายชาวยุโรปและชาวญี่ปุ่นมาช่วย การปฏิรูปกฎหมายไทยเริ่มในปี พ.ศ. 2440 โดยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระนามเดิมว่า พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เป็นพระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และเจ้าจอมมารดาตลับ หลังจากสำเร็จวิชากฎหมายจากมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ประเทศอังกฤษ ทรงได้รับแต่งตั้งให้เป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายขึ้น และดำเนินการสอนเอง

อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยของเรานับแต่สมัยสุโขทัยถึงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ในการปกครองประเทศหรือในกฎหมายไม่มีการกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” คงมีแต่กล่าวถึงความเป็นธรรมในการตัดสินคดี

แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมในการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม

ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า แนวความคิดเรื่อง หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เริ่มมี ความเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษในราวคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยปรากฏหลักเกณฑ์ อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ค.ศ. 1215 อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ จารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไป ทั่วโลกโดยศาสตราจารย์ A.V. Dicey แห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ในปลายรัชสมัยของ สมเด็จพระนางเจ้าวิกตอเรียมาราชิเนนารด ศาสตราจารย์ Dicey ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างชัดเจนว่า The Rule of Law มีความสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษ โดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

โรงเรียนกฎหมายนี้ต่อมาได้กลายเป็นมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างกฎหมาย ลักษณะอาญา ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2451 จัดเป็นกฎหมายแบบใหม่และทันสมัยที่สุดฉบับแรกของไทย ต่อมาได้ประกาศ ใช้กฎหมายอีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ ร.ศ.116 (พ.ศ. 2440) พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) กฎหมายว่าด้วยการเลิกทาส พ.ศ. 2448 นอกจากนี้ยังได้ปฏิรูปภาษากฎหมายไทย ให้รัดกุม ชัดเจน เหมาะสมในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ ดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อจากที่ได้ทำไว้สมัยรัชกาลที่ 5 และโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตั้ง กรมร่างกฎหมายขึ้นใน พ.ศ. 2466 การปฏิรูปศาล เดิมกิจการศาลอยู่กระจัดกระจายในกรมหรือกระทรวงต่างๆ เมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น ในปี พ.ศ. 2434 จึงนำมารวมไว้ใน กระทรวงนี้และมีการบูรรวม ปรับปรุงศาลเพื่อให้ทำหน้าที่ได้ดียิ่งขึ้น และตราพระราชบัญญัติศาลยุติธรรม พ.ศ. 2451 ให้มีศาลฎีกา ศาลสถิตยุติธรรมกรุงเทพ และศาลหัวเมือง ต่อมาในปี พ.ศ. 2455 มีการจัดระบบศาลใหม่ให้มีศาลในกระทรวง ยุติธรรม 2 แผนก คือศาลยุติธรรมกรุงเทพ (มีศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์ ศาลพระราชาอาญา ศาลแพ่ง ศาลต่างประเทศ และ ศาลไพรสภา) และศาลหัวเมือง (มีศาลมณฑล ศาลเมือง และศาลแขวง) จัดเป็นรากฐานสำคัญของศาลสืบทอดมาถึงปัจจุบัน ความสำเร็จในการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลของไทย นอกจากจะเป็นผลงานของพระบรมวงศานุวงศ์ และข้าราชการไทยที่มีความรู้ความสามารถ อาทิเช่น พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ สมเด็จพระเจ้า บรมวงศ์เธอกรมพระสวัสดิ์วัฒนวิศิษฐ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมองค์แรก และขุนหลวงพระยาไกรสี ผู้พิพากษาไทย คนแรกที่ไปเรียนวิชากฎหมายสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษแล้ว ไทยยังได้จ้างนักกฎหมายชาวต่างประเทศที่มีความรู้ มาเป็นที่ปรึกษากฎหมายอีกด้วย บุคคลสำคัญได้แก่ นายโรลัง ยัคมินส์ ชาวเบลเยียม นายโตกจิ มาซาโอะ ชาวญี่ปุ่น นายวิลเลียม อัลเฟรด ตจิลเลก ชาวศรีลังกา และนายยอร์ช ปาดู ชาวฝรั่งเศส เป็นต้น

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครมีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) มิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิมีเสรีภาพประการต่างๆ นั้น หาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ดังนั้นอาจกล่าวได้หรือไม่ว่า หลักนิติธรรม เป็นหลักที่ใช้บังคับหลังจากที่มีการตั้งรัฐและมีผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐนั้นแล้ว แม้การเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐจะได้มาโดยการปฏิวัติ รัฐประหาร ก็จะไม่คำนึงถึง แต่เมื่อสถาปนาอำนาจปกครองได้แล้ว การปกครองนั้นจะเป็นการปกครองที่อยู่ในหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงค่อยมาพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ศาสตราจารย์ Dicey กำหนดไว้

หลักการบังกาลอร์ ว่าด้วยจริยธรรมของตุลาการ หมวดที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการบัญญัติว่า “ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับหลักนิติธรรมและหลักประกันพื้นฐานแห่งการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ผู้พิพากษาต้องรักษาและเสริมสร้างไว้ซึ่งความเป็นอิสระในตนและองค์กร”

ก่อนปี พ.ศ. 2550 แม้จะมีการกล่าวอ้าง “หลักนิติธรรม” ในการต่อสู้คดีในศาลยุติธรรม แต่ศาลก็ไม่ได้กล่าวถึงหรือยอมรับโดยตรงว่าหลักนิติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่า ศาลยอมรับโดยปริยายว่าผู้ที่ก่อการรัฐประหารล้มล้างการปกครองสำเร็จเป็นรัฐประหารมีอำนาจสูงสุดในขณะนั้นไม่มีประเด็นให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำรัฐประหารยึดอำนาจนั้นเป็นการล้มล้างระบอบการปกครอง จะเป็นเรื่องที่เหมาะสมหรือไม่ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คดีระหว่างนายทองดี หลีละเมียร โจทก์ กระทรวงการคลังที่ 1 กับพวกจำเลย วินิจฉัยว่า การที่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จนั้น คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิบัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์การแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นรัฐมนตรีในต่อนั้น ก็ย่อมเป็นการอันชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่สั่งให้ปลดปลัดกระทรวงฐานประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อันเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2485 มาตรา 61 และอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. กำหนดวิธีการพิจารณาลงโทษข้าราชการผู้กระทำผิดหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. 2490 นั้น เป็นคำสั่งที่ออกมาในทางราชการโดยอำนาจและหน้าที่ในตำแหน่งราชการด้วย การใช้ดุลพินิจวินิจฉัย

ตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจ เมื่อฟังได้ว่าเป็นการกระทำโดยสุจริตไม่ใช้อำนาจและหน้าที่ ทั้งมิได้มุ่งที่จะให้เกิดเสียหายแก่ผู้ใด ดังนี้ แม้จะวินิจฉัยผิดพลาดก็หาเป็นละเมิดไม่

เกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ ดร.วิษณุ เครืองาม ให้ความเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นข้อยกเว้นของหลักนิติธรรมเพราะเป็นคนละกรณีกัน ความจริงเป็นข้อยกเว้นของการปกครองระบอบประชาธิปไตยทั้งระบบด้วยซ้ำ จึงควรจำกัดตัวอย่างเฉพาะการใช้หลักนิติธรรมในสถานการณ์ที่ยังคงมีอำนาจรัฐและอยู่ในระบอบประชาธิปไตยมากกว่า ซึ่งก็สามารถมีข้อยกเว้นได้ตามนัยที่ทนายศาสตราจารย์ธานีกรัยวิเชียร ได้อธิบายไว้แล้ว โดยไม่ต้องเปิดประเด็นเรื่องคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้อีก⁴

คำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 คดีระหว่างนายเป็งเฮียง ทวีโภค ที่ 1 กับพวก โจทก์ นายสอาด ศิริพัฒน์ จำเลย ตัดสินว่า นายอำเภอมิน้ำที่จดทะเบียนสมรสตามที่เขาร้องขอตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 นายอำเภอจะอ้างเหตุขัดข้องตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยนั้นมิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2573/2519 คดีระหว่าง จอมพลถนอม กิตติขจร กับพวก โจทก์ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ กับพวก จำเลย โจทก์ฟ้องว่าโจทก์เป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดและเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ประชาชนบางกลุ่มก่อความวุ่นวายถึงขั้นจลาจลเรียกร้องรัฐธรรมนูญ ..โจทก์ได้ลาออกจากตำแหน่ง จำเลยที่ 1 เป็นนายกรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2515 ออกคำสั่งอายัดทรัพย์สินของโจทก์ทั้งสองและออกคำสั่งให้ทรัพย์สินของโจทก์ที่ถูกอายัดหรือยึดไว้ตกเป็นของรัฐ ให้จำเลยที่ 1 ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อปฏิบัติตามคำสั่ง และเป็นผู้อนุมัติคำร้องที่โจทก์ยื่นคำร้องว่าทรัพย์สินที่ตกเป็นของรัฐได้มาโดยสุจริต จำเลยที่ 1 ออกคำสั่งดังกล่าวโดยกลั่นแกล้งให้โจทก์เสียหายเพื่อเอาทรัพย์สินของโจทก์เป็นของรัฐโดยมิชอบ ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของมาตรา 17 ขัดแย้งต่อมาตรา 22 นอกจากนั้นยังฝ่าฝืนขัดแย้งต่อข้อกฎหมายและหลักนิติธรรมเป็นโมฆะ... ฯลฯ

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2515 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือการกระทำอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน... ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรี

⁴ ศาสตราจารย์พิเศษ ธานีกรัยวิเชียร. 2552 หลักนิติธรรม. หน้า 69

มีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใดๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นรวมถึงการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย ...ตามบทบัญญัตินี้ นอกจากเป็นบทบัญญัติให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะออกคำสั่งหรือกระทำการใด โดยมติของคณะรัฐมนตรีในเมื่อนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำนั้น ยังเป็นบทบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจตามกฎหมายที่จะวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เห็นสมควรให้มาตรการที่กำหนดไว้ การจะเห็นสมควรเพียงใดเป็นเรื่องของนายกรัฐมนตรีที่จะวินิจฉัยคำสั่งตามฟ้องของโจทก์ จึงเป็นคำสั่งและการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตความมุ่งหมายและชอบด้วยมาตรา 17 แล้ว โจทก์จะขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาว่า คำสั่งของจำเลยเป็นโมฆะ และมีคำสั่งแสดงว่าทรัพย์สินตามฟ้องเป็นของโจทก์หาได้ไม่

... คำสั่งของจำเลยที่ 1 ในฐานะนายกรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจมาตรา 17 ดังกล่าวระบุไว้ชัดว่า ต้องการให้การสอบสวนเรื่องทรัพย์สินที่อายัดไว้แล้วนั้นเสร็จสิ้นโดยเร็ว คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นให้ดำเนินการสอบสวนจึงมีหน้าที่ทำการสอบสวนให้เสร็จไปโดยเร็ว การที่คณะกรรมการไม่ยอมให้นำพยานบุคคลเข้าสืบประกอบเอกสารซึ่งคณะกรรมการพิจารณาอยู่แล้วนั้น ย่อมอยู่ในดุลยพินิจของคณะกรรมการตามที่เห็นสมควร การเร่งรัดให้เสร็จไปโดยรวดเร็วจะถือว่าเป็นการรวบรัดวินิจฉัยโดยไม่เป็นธรรมและเป็นการกลับแก่งนั้นหาถูกต้องไม่ นอกจากนั้นในตอนท้ายของมาตรา 17 วรรคแรก ยังได้บัญญัติยืนยันและรับรองสนับสนุนไว้อย่างชัดแจ้งโดยให้ถือว่าคำสั่งของจำเลยที่ 1 ในฐานะนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรี รวมทั้งการกระทำและการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นการชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องแก่โจทก์ โจทก์จึงหาอำนาจที่จะฟ้องจำเลยที่ 1 กับพวกที่ปฏิบัติตามคำสั่งแต่อย่างใดไม่

.... ในระหว่างธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ใช้บังคับอยู่นั้น ธรรมนูญการปกครองฯ ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด บทกฎหมายใดที่ขัดกับธรรมนูญการปกครองย่อมจะนำมาใช้บังคับไม่ได้ และมาตรา 22 แห่งธรรมนูญดังกล่าวก็ได้บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ฯลฯ” ฉะนั้น เมื่อคำสั่งของจำเลยที่ 1 ในฐานะนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 17 จึงไม่เป็นการขัดแย้ง เพราะไม่ใช่กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองฯ ใช้ อันจะต้องวินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

มีบางคนตีแม้จำเลยจะต่อสู้คดีอ้างว่าการวินิจฉัยคดีของศาลเป็นการขัดต่อ “หลักนิติธรรม” เสียเอง แต่หากว่าข้อต่อสู้ของจำเลยที่ฎีกาขึ้นมานั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งต้องห้ามฎีกาเสียแล้ว ศาลฎีกาจะไม่วินิจฉัยให้ เช่น

คำสั่งศาลฎีกาที่ 6/2530 คดีระหว่างพนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ นายสุธี สังข์ภาพันท์ โจทก์ร่วม นายเลิศศักดิ์ ลอยศักดิ์วงศ์ จำเลย นายเลิศศักดิ์ ลอยศักดิ์วงศ์ ผู้ร้อง เป็นเรื่อง ที่จำเลยฎีกาคำสั่งศาลที่ไม่รับวินิจฉัยฎีกาของจำเลยว่า เมื่อกรณีปรากฏว่าผู้เสียหายได้ร่วมหรือถือว่า ได้ร่วมในการกระทำความผิดเสียเองแล้ว จะไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยได้ และผู้เสียหายเช่นนี้ไม่มี สิทธิฟ้องคดี กบยกข้ออ้างว่า ผู้เสียหายยอมให้ตนเองเสียหายหรือไม่ป้องกันความเสียหายทั้งที่อาจ ป้องกันได้ขัดต่อหลักนิติธรรม ผู้เสียหายจึงไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ศาลล่างไม่ได้วินิจฉัยเสียก่อน เป็นการไม่ชอบ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าฎีกาของจำเลยว่าโจทก์ร่วมรู้ว่าจำเลยมีฐานะการเงินไม่ดี ออกเช็คล่วงหน้า 1 เดือน ขณะออกเช็คจำเลยไม่มีเงิน ถือว่าโจทก์ร่วมยอมรับเอาความเสียหายที่จะ เกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า โจทก์ร่วมไม่ใช่ผู้เสียหาย เป็นฎีกาที่โต้เถียงข้อเท็จจริงที่ศาลล่างรับฟังมาว่า จำเลย ออกเช็คชำระหนี้โดยเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็ค ฎีกาของจำเลยเป็นฎีกาในข้อเท็จจริงต้องห้าม มิให้ฎีกา การที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฎีกาของจำเลยจึงชอบแล้ว

คำสั่งศาลฎีกาที่ 2238/2535 คดีระหว่างนายบุญ สวัสดิ์ โจทก์ นายพรม เพ็ญสุข จำเลย นายพรม เพ็ญสุข ผู้ยื่นคำร้อง วินิจฉัยว่า จำเลยฎีกาว่าการที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่าจำเลยทิ้งฎีกา โดยไม่ไต่สวนให้ได้ความเสียก่อนว่าการที่จำเลยไม่นำหมาย เป็นความผิดของจำเลยหรือเป็นความผิด ของเจ้าหน้าที่ศาล ไม่เป็นไปตาม **หลักนิติธรรม** นั้น ศาลฎีกาเห็นว่า คดีนี้ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า จำเลยมิได้นำเจ้าหน้าที่ศาลไปส่งสำเนาฎีกาให้โจทก์ภายในเวลาที่ศาลชั้นต้นกำหนด จึงเป็นการทิ้งฟ้อง ให้เจ้าหน้าที่ศาลจากสารบบความของศาลฎีกา คำสั่งของศาลฎีกาดังกล่าวจึงถึงที่สุด ที่ศาลชั้นต้นสั่ง ไม่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของจำเลยชอบแล้ว ให้ยกคำร้อง

มีคดีที่ศาลฎีกาอ้างถึงคำว่าหลักนิติธรรมในคำพิพากษา แต่น่าจะไม่ใช่หลักนิติธรรมในแนวที่ กำลังศึกษาอยู่ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1935/2541 คดีระหว่าง พนักงานอัยการจังหวัดลพบุรี โจทก์ นายบันเทิง เณรปัญหา จำเลย โจทก์ฎีกาว่า ผู้เสพยาเสพติดเป็นบ่อเกิดแห่งอาชญากรรม ขอให้ศาล ลงโทษสถานหนักไม่รอการลงโทษแก่จำเลยนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า ในกรณีเป็นผู้เสพยาเสพติดนั้นย่อมเกิด ผลร้ายแก่ตัวผู้เสพซึ่งพึงต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขเบื้องต้น ส่วนปัญหาที่โจทก์อ้างว่าเป็นบ่อเกิดแห่ง อาชญากรรมนั้นเป็นเพียงแนวโน้มซึ่งมิได้เป็นจริงทุกกรณี ตราบใดที่ผู้เสพติดยังมีได้กระทำการใดขึ้น เป็นการก่ออาชญากรรม การลงโทษรุนแรงไว้ก่อนย่อมเป็นตั้งการลงโทษล่วงหน้าสำหรับความผิด ที่ยังมีได้เกิด เป็นการลงโทษที่ขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นนโยบายการป้องกันที่ผิดและสร้างปัญหาให้ มากยิ่งขึ้น

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 เป็นต้นมาได้มีการยอมรับว่าการปกครองประเทศต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม และได้มีการศึกษาเรื่องหลักนิติธรรมกันอย่างกว้างขวาง จึงมีกรณีที่เมื่อมีผู้ที่อ้างว่า

ถูกเลือกปฏิบัติ ขัดต่อหลักความเสมอภาคขัดต่อหลักนิติธรรมโดยไม่ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาล ศาลฎีกาจะพิจารณาให้ เมื่อเห็นว่ามีเหตุที่จะคุ้มครองให้แก่ผู้ร้องก็จะพิพากษาคดีไปในทางเป็นประโยชน์และคุ้มครองผู้ร้อง แต่ในคำพิพากษาไม่ได้อ้างถึงหลักนิติธรรมโดยตรง ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 คดีระหว่าง นายเสนาะ เทียนทอง ผู้ร้อง พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้คัดค้าน ผู้ร้องยื่นคำร้องว่าเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 คณะบุคคลเรียกตนเองว่า คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รชช.) ได้เข้ายึดและควบคุมอำนาจการปกครองของประเทศจากรัฐบาลในวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2534 รชช. ได้ออกประกาศ เรื่องให้อายัดและห้ามจำหน่ายจ่ายโอน แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายชื่อนักการเมืองที่มีพฤติการณ์อันสอดแสดงให้เห็นได้ว่ามีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติผิดวิสัยของผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริตและให้มีอำนาจรวบรวมทรัพย์สินอายัดไว้ และพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ ต่อมา รชช. ได้ออกคำสั่งอายัดและห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองรวมทั้งผู้ร้อง ภริยาและบุตร แล้ว คตส. ได้พิจารณา และมีคำวินิจฉัยว่าผู้ร้องเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ ผู้ร้องเห็นว่าคำสั่งและประกาศของ รชช. เป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อกฎหมายสากล คำวินิจฉัยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม เปิดเผยจากศาลที่เป็นอิสระ คำวินิจฉัยของ คตส. ว่าผู้ร้องเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติให้อายัดห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของผู้ร้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะทรัพย์สินของผู้ร้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบ ขอให้ศาลฎีกามีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยของ คตส.

ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้าน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า.. คำวินิจฉัยของ คตส. ว่าได้ทรัพย์สินได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน เท่ากับเป็นการส่งลงโทษริบทรัพย์สินในทางอาญานั้นเอง และมีได้ให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงนำคดีไปฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นได้อำนาจของ คตส. ดังกล่าวเป็นอำนาจเด็ดขาด ซึ่งต่างกับอำนาจวินิจฉัยของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงหรือคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยซึ่งไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ ... อำนาจของ คตส. ดังกล่าว จึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษารรณคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศ รชช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีไขศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษารรณคดีเช่นเดียวกับศาล ย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณารรณคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้ นอกจากนี้

ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึดและตกเป็นของแผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ คตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มา หรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ใช้บังคับ จึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษ ในทางอาญาอันหลังไปลงโทษแก่ผู้ร้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มี โทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือได้ว่าเป็นประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย อีกประการหนึ่งด้วย เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30 จึงใช้บังคับ มิได้ ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 คดีระหว่างนายสกล สามเสน โจทก์ นายชวี พุดทองศิริ กับ พวก จำเลย เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของ คตส. ที่อาศัยอำนาจตามประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และ ข้อ 6 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2534 มาตรา 3 ไม่มีผลบังคับไปด้วย มีคำสั่งให้เพิกถอนคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินที่เกี่ยวกับผู้ร้อง

มีกรณี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอ้างเรื่องหลักนิติธรรม The Rule of Law ในคำวินิจฉัย ได้แก่

คำวินิจฉัยที่ 11/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ขัดหรือ แยกต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่ วินิจฉัยว่า

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ส่งความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ข้อเท็จจริงตามคำร้องและและเอกสารประกอบสรุปได้ดังนี้

พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการคดีศาลแขวงลำปาง เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องนายกิตตินาท สุวรรณเลิศ เป็นจำเลยต่อศาลแขวงลำปางในคดีอาญาหมายเลขดำที่ 1413/2552 หมายเลขแดงที่ 3679/2552 ในฐานะความผิดเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานบริการแต่ปล่อยให้พลละเลยให้มีการนำ อาวุธเข้าไปในสถานบริการระหว่างเวลาที่เปิดทำการ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยจำเลยเป็น ผู้แทนและกรรมการผู้มีอำนาจของบริษัท มดยิม เอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ ตั้งสถานบริการชื่อ ซิมเปิ้ล ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษาให้ย้อนสำนวนคดีคืนมาให้ศาลอุทธรณ์ภาค 5 วินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลยว่ากระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ โดยเห็นว่าจำเลยเป็นบุคคลตามที่ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 บัญญัติให้ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับ นิติบุคคล ซึ่งได้กระทำความผิด ประกอบกับมาตรา 28/4 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตาม พระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของ นิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้มี ส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น อันมีบทบัญญัติเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติขายตรงและ ตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 12/2555 ว่าเฉพาะในส่วน

ที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำ ความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง จึงเห็นสมควรส่งเรื่อง ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่

ศาลอุทธรณ์ภาค 5 เห็นว่า ในคดีอาญาโจทก์มีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลย ให้ครบองค์ประกอบความผิด ประกอบกับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 มีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ซึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้แล้ว ดังนั้น บทสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ย่อมต้องชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง จึงให้ส่งความเห็นตามทางการเพื่อ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

ในประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยวรรคสอง บัญญัติว่า ในคดีอาญาต้อง สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิ ของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่า จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา เป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสองนี้ เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ. 11 ที่ว่า บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้ คดีประกอบกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ. 14.2 ที่ว่า บุคคลทุกคนซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิด อาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การ รับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็น ผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ

สำหรับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ จากบุคคลที่ประกอบกิจการสถานบริการบางประเภทซึ่งอาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน และจัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงในสถานบริการนั้นๆ ไม่เหมาะสมเป็นเหตุให้เยาวชนเอาเยี่ยงอย่างจนประพฤติดัวเสื่อมทรามลง โดยมีบทกำหนดโทษหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ และสำหรับกรณีความรับผิดชอบของผู้นิติบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในกรณีนิติบุคคลกระทำความผิดมาตรา 28/4 บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็น นิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

เห็นว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 มีวัตถุประสงค์ให้ดำเนินคดีแก่กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น โดยให้ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลด้วย จึงเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของผู้อื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลก็ให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดร่วมกับนิติบุคคลด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกี่ยวข้องกับความผิดตามที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดต่อหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้บทบัญญัติ

มาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหาพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ประกอบมาตรา 3 วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 คน คือ นายจรัญ ภักดีธนากุล นายเฉลิมพล เอกอุรุ นายชัช ชลวร และนายบุญส่ง กุลบุปผา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ประกอบมาตรา 3 วรรคสอง

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน คือ นายนุรักษ์ มาประณีต นายสุพจน์ ไข่มุกด์ และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ประกอบมาตรา 3 วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

หลักนิติธรรมมีข้อยกเว้นหรือไม่

ศาสตราจารย์พิเศษธานีรินทร์ ภัยวิเชียร ให้ความเห็นว่า

“เป็นที่เข้าใจกันดีว่าหลักนิติธรรมคืออุดมการณ์สูงสุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยที่ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้ มีการสอนและอธิบายในเชิงวิชาการหลายแห่งว่าหลักนิติธรรมจะมีข้อยกเว้นไม่ได้ การอธิบายหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดเช่นนี้สามารถนำมาถือปฏิบัติในความเป็นจริงได้หรือไม่? ในสภาพสังคมที่สลับซับซ้อนและมีปัญหาที่เกิดจากปัจจัยหลายด้านประกอบกันทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม เราจะยึดหลักนิติธรรมเพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยด้านอื่นได้จริงหรือ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม สังคมที่ขาดหลักนิติธรรมก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยสงบสุข นักกฎหมายจึงมีความเห็นว่าไม่อาจยกเว้นหลักนิติธรรมได้ เพราะถ้าให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมก็เท่ากับยอมให้รัฐมีอำนาจมาควบคุมหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ แต่ถ้าพิจารณาอีกด้านหนึ่ง การยึดถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรม โดยไม่มีข้อยกเว้นเลยนั้นก็อาจทำให้หลักนิติธรรมไม่สามารถปรับใช้ได้ในทุกๆ กรณี ยามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์ขึ้นร้ายแรงจนถึงขนาดที่กฎหมายไม่เป็นกฎหมาย รัฐบาลไม่สามารถควบคุมสถานการณ์บ้านเมืองให้อยู่ในความสงบได้ จนกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติอันอาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น การมุ่งหมายจะล้มล้างการปกครอง การก่อการจลาจลสร้างสถานการณ์ความวุ่นวาย เช่นนี้ จะแก้ปัญหาอย่างไร เราจะถือสิ่งใดมาก่อนกันระหว่างการยึดมั่นในหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัดกับความมั่นคงของชาติ บุคคลผู้ประสงค์ร้ายต่อประเทศชาติได้อ้างหลักสิทธิเสรีภาพมารับรองการกระทำต่างๆ ของตน พวกเขามุ่งมั่นใช้สิทธิเสรีภาพที่ตนมีในระบบประชาธิปไตยและรัฐรับรองคุ้มครองให้ตามหลักนิติธรรมมาทำลายระบอบประชาธิปไตยเสียเอง ตลอดจนทำลายประเทศชาติในที่สุด อาทิ การอ้างสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ด้วยการรวมตัวกันเพื่อต่อต้านฝ่ายตรงข้ามกับตน อาศัยคนหมู่มากชุมนุมกันเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ตนต้องการ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งนั้นจะถูกต้องตามกฎหมายหรือเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ เมื่อไม่ได้รับการตอบสนองตามที่ตนเรียกร้องก็สร้างกระแสและปลุกกระดมประชาชนให้เกิดการจลาจลและความวุ่นวายในบ้านในเมือง หรืออ้างสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโจมตีผู้อื่น จนอาจถึงขั้นก้าวล่วงจ้วงจาบสถาบันเบื้องสูงอันเป็นที่เคารพสักการะอย่างสูงสุดของปวงชนชาวไทยอย่างรุนแรงและต่อเนื่องอันเป็นการดั่งสถาบันเบื้องสูงลงมาสู่การวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง การกระทำเหล่านี้เป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติและส่งผลเสียหายต่อประเทศอย่างใหญ่หลวง

ศาสตราจารย์พิเศษธานีกร ทรัพย์วิเชียร มีข้อเสนอว่า เมื่อถึงคราวจำเป็นในยามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์ทางด้านความมั่นคง รัฐบาลไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองไว้ได้แล้ว กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจเป็นอัมพาต องค์กรอิสระถูกการเมืองแทรกแซง บ้านเมืองเข้าสู่ภาวะสุญญากาศที่ไม่มีทางออกเช่นนี้แล้ว เราจะเลือกสิ่งใดมาก่อนกันระหว่างความมั่นคงหรือหลักนิติธรรม ซึ่งท่านมีความเห็นว่า เมื่อถึงยามนั้นแล้วเราคงต้องเลือกความมั่นคงของประเทศไว้ก่อนเหนือสิ่งอื่นใด เพราะถ้าบ้านเมืองไปไม่รอดเสียแล้วหลักนิติธรรมนั่นเองก็ไม่อาจคงอยู่ต่อไปได้เช่นกัน

กฎหมายในปัจจุบันเกิดเปิดช่องให้สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากเรื่องนั้นเกี่ยวพันถึงประโยชน์สาธารณะ เช่น ปณิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดข้อยกเว้นการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ใน ข้อ 29 (2) ว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องอยู่ภายใต้

ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันสมควรด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนเองได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

การเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญคือ การเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของชาตินั้นเองในกรณีจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศชาติและเพื่อความอยู่รอดของบ้านเมือง หากไม่มีทางออกอื่นใดแล้ว ก็สมควรให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมได้ ยอมให้ผู้ใช้อำนาจรัฐมีอำนาจที่จะเข้ามาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชนได้ โดยอาศัยกฎหมายบางฉบับ อาทิเช่น กฎอัยการศึก พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นเครื่องมือในการควบคุมสถานการณ์ แต่การยกเว้นหลักนิติธรรมนี้จะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติเท่านั้น และเมื่อเหตุการณ์ต่างๆ เริ่มคลี่คลายและกลับคืนสู่ความสงบแล้ว ข้อจำกัดยกเว้นสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องค่อยๆ ผ่อนคลายลงเป็นลำดับ กระทั่งยกเลิกไปในที่สุดและกลับมาใช้หลักนิติธรรมอย่างเต็มรูปแบบตามเดิมต่อไป

อาจมีบางท่านคัดค้านว่า หากยอมให้มีการยกเว้นหลักนิติธรรมแล้วก็เท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ใช้อำนาจรัฐที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐจะดำเนินการอย่างไรก็เป็นดุลพินิจในแต่ละสถานการณ์ไป ทำให้เกิดคำถามว่าแล้วเราจะเชื่อมั่นในดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจรัฐได้เพียงไรว่าจะเป็นไปได้โดยสุจริต เพราะในอดีตก็มีตัวอย่างมากมายแสดงให้เห็นว่าเมื่อมีอำนาจอยู่ในมือแล้วคนเรามักจะหลงอำนาจและเสียคนได้ง่าย ท่านศาสตราจารย์ธานีทร มีความเห็นว่าหากผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นหลงอำนาจจนเกินขอบเขตของความถูกต้องและชอบธรรมแล้ว บทเรียนที่ผ่านมามีในอดีตทั้งในประเทศและต่างประเทศ แสดงให้เห็นว่าท้ายที่สุดแล้วย่อมจะเกิดแรงต่อต้านอย่างใหญ่หลวงจากประชาชน จนผู้ใช้อำนาจรัฐเหล่านั้นไม่อาจดำรงตนอยู่ในอำนาจได้อีกต่อไป และจำต้องมอบอำนาจกลับคืนสู่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงไม่ช้าก็เร็ว

ศาสตราจารย์พิเศษ ธานีทร เห็นว่าจำเป็นต้องสร้างหลักนิติธรรมในแบบของไทยขึ้นมาเองให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของคนไทย เพื่อง่ายต่อการนำหลักนิติธรรมไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ โดยศึกษาตัวอย่างจากต่างประเทศเป็นแนวทางและนำมาประยุกต์ให้เข้ากับรากฐานเดิมของสังคมไทย

ศาสตราจารย์พิเศษ ธานีทร กรัยวิเชียร องคมนตรี มีความเห็นว่า เราจะนำหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษอันเป็นต้นแบบของหลักนิติธรรมมาใช้กับประเทศไทยทั้งหมดคงไม่เหมาะสมนักเนื่องจาก

ประการแรก หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษมีความหมายแคบเกินไป เนื่องจากได้รับการพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศอังกฤษเท่านั้น

ประการที่สอง ประเทศอังกฤษนำหลักนิติธรรมไปปรับใช้กับศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งต่างกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 3 วรรคสอง ที่วางหลักให้ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ซึ่งในที่นี้หมายความรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลชั้นอุทธรณ์ด้วย รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ประการที่สาม ประเทศอังกฤษใช้หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย (Justice according to law) โดยถือว่ากฎหมายนี้แหละคือความยุติธรรม แม้กฎหมายจะก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ศาลก็ต้องวินิจฉัยไปตามตัวบทกฎหมายนั้น จะเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายนั้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน⁵

สำหรับตัวผู้เขียนเองแล้วมีความเห็นว่าการใช้คำว่า หลักนิติรัฐ แทนคำว่าหลักนิติธรรม ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 น่าจะเหมาะสมกว่า เพราะหลักนิติธรรมมีกำเนิดและวิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การปกครองประเทศอาศัยแนวธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีส่วนหนึ่ง นอกจากนี้ระบบศาลของประเทศอังกฤษใช้คอมมอนลอว์ ซึ่งศาลเป็นผู้วางหลักกฎหมาย เป็นระบบแตกต่างไปจากประเทศไทยซึ่งมีรัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้ประเทศไทยจะใช้ระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ประเทศไทยไม่ได้ถือหลักความเป็นสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ที่ถือว่ารัฐสภาเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ ในทางตรงข้ามประเทศไทยมีระบบการปกครองในระบบประชาธิปไตยแบบยึดหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า (Supremacy of the Constitution)

ความหมายของหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษอาจพิจารณาได้จากหนังสือเรื่อง Introduction to the Study of the Law of the Constitution. [London : Mac Millan, 1959] ท่านได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า

1. ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช จะลงโทษผู้ใดตามอำเภอใจไม่ได้ การลงโทษบุคคลกระทำได้โดยอำนาจศาลยุติธรรมเท่านั้น
2. บุคคลเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย

⁵ อ่างแล้ว

3. รัฐธรรมนูญของอังกฤษไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย การที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้เหตุผลที่น่าจะใช้คำว่า หลักนิติรัฐ แทนหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือ หลักนิติรัฐมีที่มาจากประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส ซึ่งมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร การพิจารณาคดีในศาลใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย และทั้งประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส การนำคำว่าหลักนิติรัฐมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงน่าจะเหมาะสมกว่า

หลักนิติรัฐ จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่สำคัญอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่

1. มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ มีกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

2. มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดๆ ของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

3. ต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน มีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน มีองค์การอิสระควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้

เห็นได้ว่าหลักนิติรัฐเน้นไปที่ความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชน ต่างจากหลักนิติธรรมที่ให้ความสำคัญกับความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล โดยศาลเป็นที่มาแห่งสิทธิ ความศักดิ์สิทธิ์ของสิทธิและเสรีภาพเกิดจากการที่ศาลยอมรับบังคับให้

อย่างไรก็ดี เมื่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีมติด้วยเสียงข้างมากใช้คำว่าหลักนิติธรรม แทนคำว่าหลักนิติรัฐ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วก็น่าจะถือเป็นยุคตามนั้น โดยขอให้เข้าใจว่าปัจจุบันหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนมีความใกล้เคียงกันเป็นอย่างมาก ในวงการกฎหมายไทยเองก็มีการใช้ทั้งคำว่า นิติรัฐ และนิติธรรม ควบคู่กันไป ในลักษณะที่เกี่ยวพันและเชื่อมโยงกัน จนบางครั้งมีการใช้สลับกันเสมือนหนึ่งว่าทั้งนิติรัฐและนิติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน

เพื่อให้หลักนิติธรรมบังเกิดผลสูงสุด เห็นควรดำเนินการศึกษาความหมายที่ถูกต้องของหลักนิติธรรมเพื่อนำไปพัฒนาหลักนิติธรรมที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย การศึกษาไม่ควรเน้นแต่เฉพาะในทางทฤษฎีเท่านั้น เพราะคนส่วนใหญ่อาจเข้าใจหลักนิติธรรมเพียงว่าเป็นการปกครองโดยกฎหมาย โดยมิได้เข้าถึงแก่นแท้ของหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง จนบางครั้งอาจนำหลักนิติธรรมไปใช้ในทางที่ผิดเช่นคิดกันว่ากฎหมายใช้บังคับก็เพียงพอแล้ว โดยไม่คำนึงถึงว่า

กฎหมายนั้นมีความเป็นธรรมหรือไม่ การที่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจ ร่วมกันออกกฎหมายเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลบางกลุ่ม จนเกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง

ท้ายที่สุดผู้ทำเอกสารวิชาการมีข้อเสนอความเห็นแนวทางที่จะพัฒนาหลักนิติธรรมสำหรับประเทศไทยดังต่อไปนี้

1. ผลักดันให้แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพัฒนาหลักนิติธรรมในเชิงรุก
2. ศึกษาความหมายที่แท้จริงของหลักนิติธรรม เพื่อนำไปสู่การพัฒนาหลักนิติธรรมที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย
3. สร้างจิตสำนึกร่วมทุกภาคฝ่ายเกิดความรู้สึกเป็นพันธผูกพันที่จะต้องนำหลักนิติธรรมไปปฏิบัติให้เป็นรูปธรรมอย่างจริงจัง
4. ส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมและตรวจสอบกระบวนการปฏิรูป โดยประชาชนมีบทบาทในการตรวจสอบ ติดตามการปฏิบัติการขององค์กรของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ไทยรั้งอันดับ 47 ดัชนีชี้วัดหลัก “นิติธรรมโลก” จาก 99 ประเทศ ชี้ “คอร์รัปชั่น” ในฝ่ายนิติบัญญัติน่ากังวล

ดัชนีชี้วัดหลักนิติธรรมโลกประจำปี 2557 จัดทำโดยโครงการยุติธรรมโลก หรือเวิลด์จัสติซ โปรเจกต์ (ดับเบิลยูเจพี) ซึ่งเป็นองค์กรวิชาการอิสระ ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา ที่เผยแพร่เมื่อวันที่ 5 มีนาคมที่ผ่านมาตามเวลาท้องถิ่น จัดให้ไทยอยู่ที่อันดับ 47 จาก 99 ประเทศ มี 0.52 คะแนน จากคะแนนเต็ม 1.00 คะแนน โดยถือเป็นอันดับ 9 จาก 15 ประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ตะวันออก ซึ่งประกอบไปด้วย 8 ชาติสมาชิกอาเซียน ยกเว้นลาวและบรูไน กับอีก 7 ประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกและโอเชียเนีย โดยดัชนีดังกล่าวแบ่งเป็นหัวข้อใหญ่ๆ 8 หัวข้อ คือ การจำกัดอำนาจของรัฐบาลให้เหมาะสม การปราศจากการคอร์รัปชั่น ความโปร่งใสของรัฐบาล สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง การบังคับใช้กฎหมาย ความยุติธรรมในคดีแพ่งและความยุติธรรมในคดีอาญา และหัวข้อย่อยๆ อีกรวม 44 หัวข้อ

แถลงการณ์ของดับเบิลยูเจพีระบุว่า โดยสรุปแล้ว ไทยมีคะแนนสูงในหัวข้อ ความมีประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา โดยอยู่ในอันดับที่ 35 ของโลก และอันดับ 7 ในบรรดากลุ่มประเทศที่มีรายได้ใกล้เคียงกัน ขณะที่ผลงานในด้านความสงบเรียบร้อยมีพัฒนาการที่ดีขึ้น และได้คะแนนสูงถึง 0.75 คะแนน แต่แม้จะมีอัตราการก่ออาชญากรรมค่อนข้างต่ำ แต่ความขัดแย้งทางสังคมและความรุนแรงทางการเมืองยังคงเป็นปัญหาใหญ่

รายงานยังระบุว่า การคอร์รัปชันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝ่ายนิติบัญญัติ ยังเป็นปัญหาที่น่ากังวล แม้ว่าจะมีพัฒนาการในบางเรื่องอย่างมีนัยยะสำคัญในช่วงปีที่ผ่านมา ขณะที่หัวข้อที่ได้คะแนนต่ำที่สุดคือ กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งที่ได้อันดับ 89 และอันดับรองสุดท้ายของภูมิภาคส่วนหนึ่งมาจากอุปสรรคความยากลำบากในการบังคับคดีตามคำสั่งศาล

ทั้งนี้ ประเทศที่ครองอันดับ 1 ในปีนี้คือ เดนมาร์ก ตามด้วย นอร์เวย์ สวีเดน ฟินแลนด์และ เนเธอร์แลนด์ ขณะที่ประเทศที่มีอันดับดีที่สุดของภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกตะวันออกคือ นิวซีแลนด์ ที่อันดับ 6 ส่วนเพื่อนบ้านของไทยในอาเซียนอย่าง สิงคโปร์อยู่อันดับ+ 10 มาเลเซีย 35 อินโดนีเซีย 46 ฟิลิปปินส์ 60 เวียดนาม 65 พม่า 89 และกัมพูชา 91

ขณะที่ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา อยู่ในอันดับที่ 19 จีนอันดับที่ 76 และรัสเซีย อันดับที่ 80

ดัชนีนี้จัดทำ ขึ้นโดยใช้การสำรวจครัวเรือนมากกว่า 100,000 ครัวเรือน และผู้เชี่ยวชาญจำนวนมาก เพื่อประเมินว่าหลักนิติธรรมส่งผลต่อผู้คนอย่างไรในชีวิตประจำวันของคนทั่วโลก

(ที่มา : มติชนรายวัน 8 มีนาคม 2557)

กองบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ขอเชิญชวนส่งบทความทางวิชาการเพื่อลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญมีภารกิจหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งคือการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สาธารณชนได้รับความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน และอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงได้จัดพิมพ์วารสารศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจซึ่งวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มแรก ได้จัดพิมพ์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา

เป้าหมาย : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ขอเชิญชวนบุคลากรในหน่วยงานภาครัฐ/เอกชน สถาบันการศึกษา เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชนทั่วไป ที่มีองค์ความรู้ทางด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ส่งบทความทางวิชาการเพื่อลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์ : เพื่อสนับสนุนส่งเสริมและพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ

ระยะเวลาการจัดพิมพ์ :

วารสารศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดพิมพ์ปีละ 3 เล่ม ตามกำหนดหัววงระยะเวลา คือ

- เล่มที่ 1 ระหว่างเดือนมกราคม - เมษายน
- เล่มที่ 2 ระหว่างเดือนพฤษภาคม - สิงหาคม
- เล่มที่ 3 ระหว่างเดือนกันยายน - ธันวาคม

ระยะเวลาการเผยแพร่ :

วารสารศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเผยแพร่หลังจากสิ้นรอบระยะเวลาตามกำหนดการจัดพิมพ์ในแต่ละรอบนั้นๆ

แนวทางปฏิบัติในการนำเสนอบทความ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแนวทางการเขียนบทความทางวิชาการ ดังนี้

1. ต้องเป็นบทความทางวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ

2. ลักษณะของบทความเพื่อนำลงพิมพ์เผยแพร่ ต้องเป็นบทความทางวิชาการ ด้านรัฐธรรมนูญ คดีรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชน กฎหมาย และงานทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับ ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ บทความทางวิชาการนั้น ประกอบด้วย ชื่อเรื่อง บทนำ เนื้อเรื่อง บทสรุป และการอ้างอิง

3. รูปแบบการอ้างอิงบทความทางวิชาการให้อ้างอิงในเนื้อเรื่องเป็นรูปแบบของการใส่เชิงอรรถตัวเลข ดังนี้

ภาษาไทย ชื่อ-สกุล//ชื่อเรื่อง//เมืองที่พิมพ์//ผู้พิมพ์//ปีที่พิมพ์//หน้าที่อ้างอิง//
ภาษาอังกฤษ ชื่อ-สกุล//ชื่อเรื่อง//ครั้งที่พิมพ์//เมืองที่พิมพ์//ผู้พิมพ์//ปีที่พิมพ์.

4. เงื่อนไขการรับบทความและการนำลงพิมพ์ มีดังนี้

(1) บทความทางวิชาการที่นำเสนอต้องไม่เคยลงพิมพ์เผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอขอลงพิมพ์ในสิ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ

(2) บทความทางวิชาการที่ลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องผ่านการตรวจสอบและประเมินคุณภาพความสมบูรณ์ของเนื้อหาโดยคณะกรรมการพิจารณาเผยแพร่ บทความวิชาการทางสิ่งพิมพ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หากคณะกรรมการฯ มีความเห็นและข้อสังเกตเพิ่มเติมต่อบทความที่ผ่านการตรวจสอบและประเมินคุณภาพแล้ว กองบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งให้ผู้เขียนบทความได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงต่อไป และจะนำบทความลงพิมพ์เผยแพร่ภายหลังจากที่ผู้เขียนบทความได้แก้ไขปรับปรุงแล้ว สำหรับบทความที่ไม่ผ่านการพิจารณาจะแจ้งให้ทราบและส่งคืนต่อไป

5. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญขอสงวนสิทธิ์ในการพิมพ์เผยแพร่บทความทางวิชาการที่ผ่านการพิจารณาแล้ว ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเล่มใดก็ได้ตามความเหมาะสม

6. ผู้เขียนบทความทางวิชาการสามารถส่งต้นฉบับบทความทางวิชาการในช่องทางต่างๆ ดังนี้

(1) ส่งในรูปแบบเอกสาร จำนวน 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดีที่บรรจุเอกสารบทความทางวิชาการ โดยส่งไปที่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

(2) ส่งในรูปแบบไฟล์เอกสารเวิร์ดทาง E-mail : journal@constitutionalcourt.or.th โดยสามารถสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่โทรศัพท์หมายเลข 0 2141 7675 และ 0 2141 7681 ในวันเวลาราชการ

คำตอบแทนในการเขียนบทความ :

ผู้เขียนบทความทางวิชาการจะได้รับคำตอบแทนในการเขียนบทความเมื่อได้มีการนำบทความทางวิชาการลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ตามอัตราที่กำหนดไว้

สถานที่จัดส่งบทความ :

ผู้สนใจส่งบทความทางวิชาการได้ตามที่อยู่ด้านล่างนี้

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ)

เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่

กรุงเทพมหานคร 10210 E-mail : journal@constitutionalcourt.or.th

การสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ :

ผู้สนใจสามารถสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อรับวารสารรัฐธรรมนูญ

ได้ที่ กลุ่มงานคลังและพัสดุ สำนักบริหารกลาง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หมายเลขโทรศัพท์ 0 2141 7680, 0 2141 7635

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติม :

สามารถสอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคารเอ) ชั้น 5 เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 หมายเลขโทรศัพท์ 0 2141 7675 และ 0 2141 7681 ในวันเวลาราชการ หรือดูรายละเอียดทางเว็บไซต์ www.constitutionalcourt.or.th

ใบสมัครสมาชิก “วารสารศาลรัฐธรรมนูญ”

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

สมัครสมาชิก ค่าสมาชิก 300 บาท
(1 ปี 3 เล่ม รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ราคาจำหน่าย เล่มละ 120 บาท

ขอสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร.....

ประจำปี พ.ศ..... เล่มที่.....

ตั้งแต่ พ.ศ..... ถึง พ.ศ.....

เล่มที่..... (ระบุให้ชัดเจน)

พร้อมนี้ได้แนบธนาคัตติ

ส่งจ่าย ปณฝ.ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 10215 / เชื้อธนาคาร / ตัวแลกเงิน จำนวนเงิน.....บาท

โดยส่งจ่ายในนาม ผู้อำนวยการกลุ่มงานคลังและพัสดุ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทร. 02 141 7777

หรือ ติดต่อโดยตรงได้ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทร. 0 2141 7681 โทรสาร 0 2143 9515

การส่งบทความเพื่อลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญและการติดต่อเรื่องอื่น ๆ กับกองบรรณาธิการ
โปรดแจ้งสถานที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก พร้อมเบอร์โทรศัพท์และ E-mail (ถ้ามี)



วารสาร

ISSN 1513-1246

ศาลรัฐธรรมนูญ

Constitutional Court Journal

ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน พ.ศ.2560

ที่ปรึกษา

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บรรณาธิการ

นายพิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นายเชาวนะ ไตรมาศ

นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์

พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

กองบรรณาธิการ

นายมนตรี กนกวารี

นายสิทธิพร เสาภายนอก

นางชนิษฐา โตโพธิ์ไทย

นายบุญเสริม นาคสาร

นางอัจฉริยา อนันตพงศ์

นางสาวอัจฉราพร พรหมกตา

คณะเจ้าหน้าที่

นางสาววิจิตราภรณ์ โพธิ์ชัย

นายรงค์รัชต์ จันทร์สุวรรณ

นายเจนวิวัฒน์ ต้องประสงค์

นางสาวพัชราภรณ์ ทองปานดี

ติดต่อหน่วยงานรับผิดชอบ :

สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทรศัพท์ 0 2141 7681

โทรสาร 0 2143 9515

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

การสมัครเป็นสมาชิก :

ค่าสมัครสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีละ 300 บาท (รวมค่าจัดส่งไปรษณีย์)

“บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเป็นวรรณกรรมของผู้เขียน
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย”

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