

การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

AN APPLICATION OF THE LEGAL STATE'S PRINCIPLE TO THE DECISIONS OF THE
CONSTITUTIONAL COURT

Mr. Samart Trachoo



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

สามารถ ตราชู : การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (AN APPLICATION OF THE LEGAL STATE'S PRINCIPLE TO THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
 หลัก: ศ. ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 587 หน้า.

วิทยานิพนธ์นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทย และศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติรัฐมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยการศึกษาในครั้งนี้ ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์และหาข้อเสนอแนะสำหรับแนวทางในการนำหลักนิติรัฐมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการนำหลักนิติรัฐมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยในอนาคต การศึกษาในครั้งนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ทราบว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยมีหลักนิติรัฐที่ถือเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อวินิจฉัยตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐทั้งหลายให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยบางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ

จากการศึกษาพบว่า พัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยมีลักษณะไม่เป็นไปในทางพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากความไร้เสถียรภาพทางระบบการเมืองการปกครองของระบอบประชาธิปไตย และก่อผลกระทบต่อบรรดาสิทธิของประเทศไทย และสืบเนื่องมาถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐทั้งหลายโดยยึดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในทางรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิได้ปรากฏเป็นไปได้อย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร

นอกจากนี้ยังพบว่า ในบางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเองยังปรากฏข้อขัดแย้งต่อหลักทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนอันทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันส่งผลกระทบต่อสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้เป็นไปตามครรลองของความเป็นนิติรัฐ โดยการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ในบางกรณีหรือบางคำวินิจฉัยอาจขัดต่อหลักการพื้นฐานบางประการของนิติรัฐ อันส่งผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน

เพื่อให้การสร้างบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์สูงสุดของความเป็นนิติรัฐ จึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการรักษาเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญโดยยกย่องคุณค่าและหลักการแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุด ในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยยึดเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายเพื่อควบคุมกลไกของรัฐทั้งปวงให้เป็นไปตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตย การจัดวางบทบาทและการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความวินิจฉัยปัญหาและตัดสินคดีโดยยึดเจตนารมณ์สูงสุดทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของนิติรัฐ ซึ่งก็คือการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นเสมือนหัวใจของนิติรัฐอันเป็นกรอบแนวทางในการนำหลักนิติรัฐมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลายมือชื่อ นิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5786032334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS:

SAMART TRACHOO: AN APPLICATION OF THE LEGAL STATE'S PRINCIPLE TO THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT. ADVISOR: PROF. KRIENGGKRAI CHAROENTHANAVAT, Ph.D., 587 pp.

This research aimed at examining concepts and development of the principle of legal state in Thailand, which the Constitutional Court considers as a fundamental principle to render its rulings. The author conducted comparative studies regarding the application of the legal state principle in foreign constitutional courts or equivalent institutions in order to analyze and find several suggestions on the application of the legal state principle as a fundamental principle in the Thai Constitutional Court's rulings in the future. Moreover, this study also aimed to understand that the legal state principle was deemed to be a basic, but important, principle for the Constitutional Court to render a ruling on constitutionality of state actions and protect supremacy of the Constitution. In some cases, the Constitutional Court's rulings may have an impact on several basic concepts of the legal state principle.

The research found that development of legal state in Thailand was not continual because of instability of the country's democratic regime. This also has an effect on the Thai constitutional system and the Constitutional Court's role in adjudicating state actions. The Court adhered to any provisions in the Constitution to guarantee and protect rights and liberties of the people regardless of enough concrete solutions.

Furthermore, the research also found that some rulings made by the Constitutional Court were contrary to theories of public law and unconformable with the spirit of the Constitution. This had an effect on the status of the supremacy of the Constitution and was inconsistent with the legal state. The rulings of the Constitutional Court which were contrary to some basic principles of legal state also affected rights and liberties of the people.

In order to establish a norm of the Constitutional Court's rulings under the supreme spirit of legal state principle, the research suggested that constitutional stability should be protected by admiring values and principles of any provisions in the Constitution as the supremacy of law. The spirits of the Constitution should be considered to enforce and interpret such a law to control any state mechanisms in conformity with the democratic regime. With respect to its role and competence, the Constitutional Court should adhere to supreme spirit of legal state principle in terms of its form and content; that is to say, protection of the people's rights and liberties as the core principle of legal state should be conducted for the application of the legal state principle of the Thai Constitutional Court.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2017

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความกรุณา และการชี้แนะที่เป็นประโยชน์จากคณะกรรมการวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. ณรงค์เดช สรุโฆษิต กรรมการวิทยานิพนธ์ และ ดร. เขาวนระ ไตรมาศ ที่ให้ความกรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ กรรมการและที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่คอยแนะนำ ชี้แนะให้คำปรึกษา และแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ โดยวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้รับทุนสนับสนุนจากสถาบันพระปกเกล้า ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณทุกท่านเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาทุกท่านของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะพี่พรพิมล นิลทจันทร์ และพี่คันธนิตย์ กาญจนารักษ์ ผู้อำนวยการทั้งสองท่านที่ให้ความเมตตากรุณา เป็นอย่างดีมาโดยตลอด และทำให้ผู้ศึกษาสามารถจัดแบ่งเวลาในการทำงานและการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนเป็นผลสำเร็จ รวมไปถึงพี่ๆ ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะพี่ปิยดา บุญเรืองขาว ที่คอยซักถามถึงความคืบหน้าของวิทยานิพนธ์ และให้ความกรุณาเอื้อเฟื้อในการศึกษาและให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษา

ขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ทุกท่าน และเจ้าหน้าที่ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และพี่ๆ เพื่อนๆ น้องๆ ทุกคนของสาขาวิชากฎหมายมหาชนที่ให้ความช่วยเหลือในการศึกษามาเป็นอย่างดี ทำยที่สุดขอกราบขอบพระคุณนางกาญจนาภา ทรายชู คุณแม่ และขอขอบคุณนางสาวชุตินัน ธนะวงศ์ธาดากุล ภรรยา ที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจให้กันเสมอมา

ท้ายนี้ ผู้ศึกษาหวังว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะสามารถให้ประโยชน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าต่อไปได้ดี หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	4
1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ.....	6
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ.....	6
2.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐ.....	6
2.1.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยกรีก - โรมัน.....	7
2.1.1.2 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยกลาง	16
2.1.1.3 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยใหม่.....	23
2.1.2 องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ.....	31
2.1.2.1 นิติรัฐในทางรูปแบบ	33
2.1.2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Seperation of Powers)	34
2.1.2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ.....	39
2.1.2.1.3 หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี	44

2.1.2.1.4 หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม.....	52
2.1.2.2 นิติรัฐในทางเนื้อหา.....	57
2.1.2.2.1 หลักความเสมอภาค.....	57
2.1.2.2.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity).....	67
2.1.2.2.3 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality).....	70
2.1.2.2.4 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ.....	74
2.1.3 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ.....	79
2.1.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ.....	80
2.1.3.2 ที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ.....	81
2.1.3.2.1 อิทธิพลของศาสนาคริสต์.....	82
2.1.3.2.2 แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ.....	85
2.1.3.2.3 แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง.....	88
2.1.3.3 แนวคิดของการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ.....	90
2.1.3.3.1 แนวความคิดของศาสนาคริสต์ในเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐ.....	91
2.1.3.3.2 แนวความคิดการใช้กฎหมายจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง....	94
2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร.....	96
2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant).....	96
2.2.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism).....	98
2.2.2.1 ความเป็นมาของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม.....	98
2.2.2.2 วัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม.....	99
2.2.2.2.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.....	99
2.2.2.2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.....	100

2.2.2.2.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาล.....	101
2.2.3 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution)	102
2.2.3.1 ที่มาของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	102
2.2.3.2 หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	105
2.2.3.2.1 การกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำใดๆ จะ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้.....	105
2.2.3.2.2 การกำหนดให้มีองค์กรในการวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการกระทำใดๆ โดยองค์กรของรัฐว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่.....	106
2.2.3.2.3 การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมี กระบวนการเป็นพิเศษแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยทั่วไป.....	107
2.2.3.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of Constitutionality).....	108
2.3 แนวคิดพื้นฐานในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	112
2.3.1 รากฐานแนวความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	112
2.3.1.1 แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ (School of Natural Law).....	113
2.3.1.2 แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law).....	115
2.3.1.3 แนวความคิดเสรีประชาธิปไตย.....	117
2.3.1.4 แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.....	121
2.3.2 แนวคิดการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	123
2.3.3 แนวคิดการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ.....	126
2.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	130
2.4.1 ศาลรัฐธรรมนูญการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.....	131

2.4.2 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ	133
2.4.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	140
2.4.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักนิติรัฐ	146
บทที่ 3 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ	151
3.1 ประเทศเยอรมัน.....	151
3.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	153
3.1.1.1 การสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949	158
3.1.1.2 หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน	162
3.1.1.2.1 หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชน (Basic Rights)	163
3.1.1.2.2 การกำหนดหลักการพื้นฐานของรัฐ : หลักสหพันธรัฐ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ (The Basic Law of the Federal Republic of Germany , Article 20)	165
3.1.1.2.3 การสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะพิเศษเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	166
3.1.1.2.4 การกำหนดรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาให้มีความสมเหตุ สมผล (Rationalized Parliamentary System).....	167
3.1.1.2.5 หลักการสร้างผู้นำทางการเมืองในทิศทางใหม่เพื่อให้สามารถทำหน้าที่ในการบริหารประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิภาพ.....	169
3.1.1.2.6 การปรับระบบเลือกตั้งและระบบพรรคการเมือง.....	171
3.1.2 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน	174

3.1.2.1 พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในยุคเริ่มต้น.....	175
3.1.2.2 ศาลรัฐธรรมนูญในช่วงของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1849	177
3.1.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ ค.ศ. 1919	179
3.1.2.4 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน	181
3.1.3 หลักวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.....	184
3.1.4 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน.....	188
3.1.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 7.377 กรณีการรับรอง และคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติ บัญญัติบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจที่ไม่สอดคล้อง ตามกฎหมายพื้นฐานหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่ได้	190
3.1.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 11.255 กรณีการจำกัด สิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคล หนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะยอมเป็นการมิ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	192
3.1.4.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 45.187 กรณีการ ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรา 211 แห่งประมวล กฎหมายอาญา (StGB) ละเมิดต่อหลักประกันในเสรีภาพของบุคคลและ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	196
3.1.4.4 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 5.85 การยุบพรรค การเมืองที่มีการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญ	198
3.2 ประเทศฝรั่งเศส	211
3.2.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	213
3.2.1.1 คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789	214
3.2.1.2 การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส	216

3.2.1.3	หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	233
3.2.1.3.1	หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและของประชาชน	234
3.2.1.3.2	หลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล (Liberte Publique).....	234
3.2.1.3.3	หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการปกครองระบบรัฐสภา	235
3.2.1.3.4	หลักรัฐสภาแบบสมเหตุสมผล	236
3.2.1.3.5	การเสริมสร้างอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ	236
3.2.1.3.6	หลักการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทั่วไป.....	238
3.2.1.3.7	หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ	239
3.2.2	วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	242
3.2.2.1	วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1799.....	244
3.2.2.2	วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ก่อนปี ค.ศ. 1958	245
3.2.2.3	คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน	248
3.2.3	หลักวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส	253
3.2.4	การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส	257
3.2.4.1	คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 71-44 DC ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 การรับรองบทบัญญัติต่างๆ สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของรัฐธรรมนูญ ถือเป็นส่วนหนึ่งของแม่บทกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionalité)	258

3.2.4.2 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 73-51 DC ลงวันที่ 27 ธันวาคม 1978 ห้ามองค์การของรัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ และศาสนาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค.....	260
3.2.4.3 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 94-343 , 344 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1994 รัฐจะต้องเคารพและพิทักษ์ศักดิ์ของความเป็นมนุษย์ตามคำรับรองแห่งรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด (la valeur constitutionnelle) อันเป็นการคุ้มครองและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกัน (le droit à la dignité)	262
3.2.4.4 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2003-467 ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 2003 การวางหลักสมาชิกรัฐสภาที่มีอำนาจตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญในการสร้างกฎระเบียบที่เกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (les garanties fondamentales) ให้แก่ประชาชน โดยขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ	264
3.2.4.5 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2008-174 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2008 การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย (la loi relative à la rétention de sûreté) อันเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักความได้สัดส่วน.....	265
3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา	276
3.3.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	277
3.3.1.1 คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776.....	283
3.3.1.2 พัฒนาการก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา	288
3.3.1.3 หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา	293
3.3.1.3.1 การจำกัดอำนาจรัฐและอำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน	294

3.3.1.3.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมืองในรัฐบาล กลาง	294
3.3.1.3.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับมลรัฐ.....	296
3.3.1.3.4 หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจ	297
3.3.1.3.5 หลักสิทธิและเสรีภาพ	297
3.3.2 วิวัฒนาการของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา	304
3.3.2.1 ยุคสมัยที่ 1 (ค.ศ. 1793 -1876).....	305
3.3.2.2 ยุคสมัยที่ 2 (ค.ศ. 1877 -1940).....	307
3.3.2.3 ยุคสมัยที่ 3 (ค.ศ. 1941 -1971).....	308
3.3.2.4 ยุคสมัยที่ 4 (ค.ศ. 1972 -ปัจจุบัน)	310
3.3.3 หลักวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา	313
3.3.4 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการวินิจฉัย คดีรัฐธรรมนูญ.....	318
3.3.4.1 คดี Marbury V. Madison (1803) การวางหลักให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจ ตรวจสอบกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Judicial Review)	319
3.3.4.2 คดี Brown v. Board of Education , 347 U.S. 483 (1954) และคดี Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896) หลักคุ้มครองความเท่าเทียม กันตามกฎหมาย	324
3.3.4.3 คดี Goldberg v. Kelly , 397 U.S. 254 (1970) หลักสิทธิของบุคคลที่จะ ได้รับการคุ้มครองจากหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law).....	329
3.3.4.4 คดี Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey , 505 U.S. 833 (1992) หลัก Stare Decisis หลักผลผูกพันของคำ พิพากษาที่ศาลได้ตัดสินไว้แล้ว	334
บทที่ 4 วิเคราะห์การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	362
4.1 แนวคิดและพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทย	362

4.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์	363
4.1.1.1 แนวคิดการปกครองด้วยระบบกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว	366
4.1.1.2 การก่อตัวของหลักนิติรัฐในช่วงสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475	370
4.1.2 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายหลังการ เปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475.....	372
4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475	374
4.1.2.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517	376
4.1.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.....	380
4.1.2.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.....	383
4.2 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	391
4.2.1 ความเป็นมาในการก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนปี พ.ศ. 2540.....	392
4.2.2 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.....	395
4.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.....	401
4.2.4 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557.	406
4.3 วิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	413
4.3.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวน	416
4.3.2 การทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	417
4.3.3 ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	419
4.4 วิเคราะห์การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	422
4.4.1 นิติรัฐในเชิงรูปแบบ.....	424

4.4.1.1	แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Seperation of Powers).....	425
4.4.1.1.1	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2544 พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 96 ขอบด้วย รัฐธรรมนูญหรือไม่.....	425
4.4.1.1.2	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 กรณีคำร้องขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68....	432
4.4.1.2	แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการ กระทำของรัฐ.....	437
4.4.1.2.1	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2551 ศาลฎีกาแผนกคดีอาญา ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองสงฆ์คำโต้แย้งของจำเลย (พัน ตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ที่ 1 และคุณหญิงพจมาน ชินวัตร ที่ 2) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และ มาตรา 122 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 50 ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 และมาตรา 38 วรรคหนึ่งและขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43 หรือไม่.....	438

4.4.1.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 กรณีประธานรัฐสภาส่ง ความเห็นของสมาชิกสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรส่ง ความเห็นของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติ ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ หรือไม่	442
4.4.1.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการประกันสิทธิในกระบวนการ พิจารณาคดี	449
4.4.1.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4-21/2554 พระราชกำหนด บริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 74 ถึงมาตรา 82 ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 58 มาตรา 75 มาตรา 81 มาตรา 84 (1) (2) (5) มาตรา 197 มาตรา 198 มาตรา 211 และมาตรา 218 หรือไม่	449
4.4.1.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 พระราชบัญญัติความร่วมมือ ระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41 ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่	452
4.4.1.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการประกันสิทธิของปัจเจก บุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม	456

4.4.1.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 ผู้ตรวจการแผ่นดินของ รัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณี พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่... 458	
4.4.1.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 คดีที่ศาลฎีกาส่งคำ โต้แย้งของจำเลยเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) ประกอบ มาตรา 30 หรือไม่..... 461	
4.4.2 นิติรัฐในเชิงเนื้อหา..... 468	
4.4.2.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเสมอภาค..... 469	
4.4.2.1.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดิน ของรัฐสภาเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื้อบุคคลพ.ศ. 2505 มาตรา 12 ที่มีลักษณะ เป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้นมี ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 หรือไม่..... 470	
4.4.2.1.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดิน ของรัฐสภาเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไข เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 หรือไม่..... 471	

4.4.2.1.3 คำวินิจฉัยที่ 17/2555 ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่.....	473
4.4.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	475
4.4.2.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2546 ศาลแรงงานกลางสงคำโต้แย้งของโจทก์ (นางจิรวรรณ ตริภักธรังษิกุล) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ว่า พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 56 วรรคหนึ่ง และมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่.....	476
4.4.2.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่.....	477
4.4.2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน	482
4.4.2.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่.....	483

4.4.2.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2552 ศาลปกครองกลางสงคำโต้แย้งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 4 (โรงเรียนนานาชาติใหม่แห่งประเทศไทย กับพวก) เพื่อขอไต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 42 หรือไม่ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 มาตรา 49 วรรคสาม และมาตรา 50)	487
4.4.2.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ.....	490
4.4.2.4.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2556 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่.....	490
4.4.2.4.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 ศาลปกครองสูงสุดส่งความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 ว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 หรือไม่.....	492
4.5 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ.....	510
4.5.1 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความเสมอภาค.....	511
4.5.2 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความได้สัดส่วน.....	513

4.5.3 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.....	515
4.5.4 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	518
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	534
5.1 บทสรุป	536
5.2 ข้อเสนอแนะ	541
รายการอ้างอิง	546
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	587



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นแนวความคิดที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน โดยแก่นแท้อันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐ คือ การปกครองโดยกฎหมายที่จะไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันมีผลเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคน ต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไร หรือไม่ทำอะไร ผลร้ายอันเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร เพื่อให้บุคคลสามารถปฏิบัติตนได้ถูกต้อง สอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดหลักการแนวคิดพื้นฐานต่างๆ ในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย (nulla poena sine lege) หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคล เป็นต้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐแล้ว จะพบว่า หัวใจของหลักนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย อันเป็นความหมายเบื้องต้นที่สอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่า นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์ (government of law and not of men) นิติรัฐจึงเป็นหลักที่ถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ ทุกๆ องค์สภาพพ ภายในรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นเอกชน หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐ ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยการเป็นนิติรัฐต้องมีองค์ประกอบอย่างอื่นด้วย ที่สำคัญก็คือ หลักการที่ว่ากระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย และหลักการที่ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครองและขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดหรือเป็นขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย นอกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดังกล่าวแล้ว ฝ่ายปกครอง ยังถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยหลักการบางประการที่เป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่ยอมรับกันด้วย เช่น หลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำ ทางปกครอง หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ เป็นต้น หลักการดังกล่าวมาเป็นเพียงตัวอย่างของหลักการบางประการที่เป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นกรอบจำกัดการใช้อำนาจของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักเหล่านี้มีการพัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ อันเป็นเหตุจากการพัฒนาการของหลักนิติรัฐ ในระบบกฎหมายมหาชนในรัฐสมัยใหม่

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบและองค์ประกอบในทางเนื้อหา โดยความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมาย ที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง และประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม จะเห็นได้ว่า ในทางรูปแบบหลักนิติรัฐมุ่งประกันความแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล สำหรับความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานี้ เพราะลำพังแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่างๆ นั้น ยังไม่เพียงพอ ที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ หากกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับ ความถูกต้องเป็นธรรม หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องให้การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอให้ราษฎรเข้าใจได้ และระบบกฎหมายนั้นจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือ และไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลโดยหลักแล้ว จึงไม่อาจกระทำได้อีกทั้งรัฐจำเป็นต้องมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรโดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีสถานะดังกฎหมายที่มีผลผูกพัน องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรและเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง ดังนั้น หลักนิติรัฐ จึงมีสาระสำคัญคือ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยบรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย และการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมี ความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ อีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดแนวคิดในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ โดยองค์กรตุลาการ

ในรัฐสมัยใหม่แนวคิดในการที่รัฐจะต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เป็นหลักประกัน แก่ประชาชนว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ การปกครองตามหลักนิติรัฐ อันก่อให้เกิดหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลักความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลัก

ควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ แนวคิดในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐโดยองค์กรตุลาการอันมีกระบวนการพิจารณา ที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการดำเนินการโดยองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับกรณีกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีดังกล่าวคือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจึงเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยการใช้อำนาจรัฐต้องมีกฎหมาย ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและคงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) จึงจัดตั้งขึ้นมาด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า อยู่ในฐานะเป็นองค์กรผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ และคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอันเรียกร้องให้บรรดากฎหมายทั้งปวงจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ สำหรับในประเทศไทยนับแต่อดีต รัฐธรรมนูญก็รับรองถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และให้มีองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยมีพัฒนาการ มาตามลำดับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้รับการสถาปนาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2541 เป็นองค์กรตุลาการที่มีพันธกิจหลักในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมีหลักประกันในแง่ของความเป็นอิสระ และการช่วยเสริมสร้างความมีประสิทธิภาพของระบบการบริหารราชการแผ่นดิน รวมทั้งหลักประกันสำหรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ โดยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยันไว้ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยที่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยันโดยตรงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเลย โดยไม่จำเป็นต้องผ่านบทบัญญัติในทำนองอย่างอื่น ซึ่งนับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาจนถึงปัจจุบัน ในการทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐถือเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบของบรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร แต่บางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐาน บางประการของหลักนิติรัฐ ดังนั้น เมื่อพิจารณาการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ผ่านมา นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันผ่านการศึกษาคำวินิจฉัยกลางของศาล

รัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา จะเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางกรณีอาจมีเนื้อหา ที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลัก นิติรัฐ ผู้วิจัยจึงศึกษาวิจัยถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ใน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยวิเคราะห์ ปัญหาจากการที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางกรณีอาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบาง ประการของหลักนิติรัฐ พร้อมเสนอแนะแนวทางเพื่อเป็นประโยชน์ ต่อการนำหลักนิติรัฐมาเป็น หลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด ที่มา และพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยและ ต่างประเทศ

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญไทย

1.2.3 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการนำหลักนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัย คดี ของศาลรัฐธรรมนูญไทย

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวความคิด ที่มา และพัฒนาการของหลักนิติรัฐอันเป็น หลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน และศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรคุ้มครองความเป็นกฎหมาย สูงสุด ของรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยวิเคราะห์ เปรียบเทียบการนำ หลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

หลักนิติรัฐเป็นแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่มีพัฒนาการมายาวนาน โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของต่างประเทศได้นำหลักนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดี แต่บางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอาจมีเนื้อหา ที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นวิธีการหลักในการดำเนินการวิจัย โดยค้นคว้ารวบรวมข้อมูลเอกสารจากห้องสมุดต่างๆ หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ เอกสารที่ใช้ในการประกอบการสัมมนา เอกสารอื่นๆ ในสาขานิติศาสตร์ และสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการสังเกตติดตาม (Observation) การดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยผ่านการศึกษาคำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

- 1.6.1 ทราบถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.6.2 ทราบถึงความสำคัญของการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
- 1.6.3 ทราบถึงแนวทางในการนำหลักนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

การศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ ในเบื้องต้นจำเป็นต้องศึกษาถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐ องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ อันประกอบด้วยหลักการและแนวคิด ที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชนต่างๆ เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับระบบรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษร และทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักนิติรัฐ

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

แนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นแนวความคิดที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน อันเป็นแนวคิดในการที่รัฐต้องอยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย และมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจในการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีเหตุผลอันควร กล่าวคือ หลักนิติรัฐมุ่งหมายให้รัฐจะต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ

หัวใจของหลักนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ ทุกๆ องค์กภายในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเอกชน หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐ ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งเมื่อศึกษาพัฒนาการของหลักนิติรัฐช่วงศตวรรษที่ 18 ที่มีความเชื่อมโยงกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ว่าด้วยเรื่อง “สิทธิธรรมชาติ” (Natural Rights) อันเชื่อมโยงไปสู่แนวคิดและหลักการพื้นฐานต่างๆ ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้มีการพัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ อันเป็นเหตุจากพัฒนาการของหลักนิติรัฐในระบบกฎหมายมหาชนในรัฐสมัยใหม่

2.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมันอันเป็นประเทศในระบบ Civil Law ภายใต้แนวความคิดที่ว่าด้วย “รัฐที่อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย” หรือ “Rechtsstaat” อันเป็นการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง โดยรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใดๆ หรือดำเนินการใดๆ

ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะทำอะไรตามอำเภอใจไม่ได้ หลักนิติรัฐจึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง และให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน ภายใต้หลักนิติรัฐทุกคนในรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์การของรัฐบาล หรือประชาชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เคารพต่อกฎหมาย และปฏิบัติตามกฎหมายที่ถือเป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชน กล่าวคือ ต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงที่มาจากหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ

โดยในการศึกษาทางประวัติศาสตร์ความคิดทางปรัชญากฎหมายของนักปราชญ์คนสำคัญของโลกตะวันตกในอดีตจะสามารถก่อให้เกิดความเข้าใจและเข้าถึงสาระของพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับรากฐานทางกฎหมายและหลักการปกครองแนวคิดที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ โดยจะแบ่งประวัติศาสตร์ของโลกตะวันตกออกเป็น 3 ยุค คือ¹

(1) สมัยโบราณ (Antiquity) คือ ในยุคสมัยกรีก – โรมัน เป็นยุคแรกเริ่มของประวัติศาสตร์จนกระทั่งถึงช่วงประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 6 (ราว ค.ศ. 500)

(2) สมัยกลาง (Middle Ages หรือ Mediaeval) คือ ช่วงราว ค.ศ. 500-1500

(3) สมัยใหม่ (Modern Ages and Contemporary) คือ ช่วงเวลาตั้งแต่ราว ค.ศ. 1500 มาจนกระทั่งปัจจุบัน

2.1.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยกรีก – โรมัน

บรรดาความรู้และวิทยาการทั้งหลายของอารยธรรมโลกตะวันตกมีจุดเริ่มต้นที่กรีก โดยกระแสความคิดที่สำคัญอันเป็นต้นกำเนิดของวัฒนธรรมตะวันตก คือ ความคิดทางศิลปะ วิทยาการของกรีก และความคิดทางกฎหมายและการปกครองของโรมัน ประกอบกับแนวคิดของนักปราชญ์ คือ โซเครตีส เพลโต และอริสโตเติล ที่เป็นนักคิดคนสำคัญแห่งยุคสมัย โดยการศึกษาถึงพัฒนาการทางศิลปะวิทยาการของกรีก และความคิดทางกฎหมายและการปกครองของโรมัน ประกอบกับแนวคิดของนักปราชญ์ดังกล่าวก็เพื่อ ทำความเข้าใจถึงรากฐานแนวความคิดของหลักการที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายให้ถ่องแท้

เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐจะเห็นได้ว่า หลักนิติรัฐมีรากฐานมาจากแนวความคิดของหลักการที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของความเป็นรัฐแล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐเป็นสถาบันกฎหมายที่มีความสำคัญในทางกฎหมายมหาชน เพราะมีเนื้อหาที่เกี่ยวกับโครงสร้างของรัฐ รูปแบบของรัฐ องค์การของรัฐและการกระทำของรัฐในด้าน

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ , นิติปรัชญา , พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) หน้า 84-86

ต่างๆ² โดยแนวความคิดว่าด้วย รัฐนั้นเริ่มต้นกำเนิดตั้งแต่สมัยกรีกยุคแรกที่เรียกว่า Greek polis หรือนครรัฐ (city state) ตั้งแต่ประมาณ 500 ปีก่อนคริสต์ศักราช โดยอริสโตเติล (Aristotle) (384-322 ก่อนคริสต์ศักราช) ปรัชญาเมธีชาวกรีก ได้ศึกษาเรื่อง Polis ซึ่งไม่มีข้อสงสัยในความหมายของรัฐที่เกี่ยวกับดินแดน ความเป็นพลเมือง อำนาจหน้าที่ของรัฐ หลักกฎหมาย และอื่นๆ ที่นำมาซึ่งความเป็นนครรัฐ³ การปกครองโดยรัฐนั้นจึงเกิดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ และเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบและความมั่นคงในชีวิตของมนุษย์และสังคม แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐจึงเป็นรูปแบบของสังคมการเมืองที่มีการปกครองที่เป็นกิจจะลักษณะหรือที่เรียกว่า เป็น “การปกครองโดยแท้”⁴ ที่มีผู้ปกครองแยกจากผู้อยู่ใต้การปกครอง แยกจากกันอย่างชัดเจน การปกครอง ก็จะมีการใช้อำนาจบังคับบัญชากันอย่างเคร่งครัด เมื่อมีการขัดแย้งหรือกระทำผิดก็จะมีการลงโทษอย่างจริงจัง เฉียบขาดในลักษณะของ “สังคมการเมือง (Political Society)” ที่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง มีการบังคับอย่างที่เป็นกิจจะลักษณะ สม่ำเสมอ และเคร่งครัด หลักความสัมพันธ์ของคนในรัฐจึงถืออุดมคติ แห่งความยุติธรรม ตามหลักที่ว่า “ให้แก่ทุกคนในส่วนที่เขาพึงจะได้” รัฐจึงเปรียบเสมือนสัญญาประชาคม ที่เป็นพันธะสัญญาร่วมกันของผู้คนภายในรัฐ โดยประชาชนภายในรัฐ จำต้องสละอำนาจที่มีบางประการ และสิทธิตามธรรมชาติบางประการ มอบให้แก่ผู้ปกครองรัฐเพื่อใช้อำนาจรัฐมาเป็นกลไกในการคุ้มครอง และปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของทุกคนในประชาคมให้เกิดความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อย ของการอยู่ร่วมกันในสังคมให้เกิดความผาสุก

ด้วยปัจจัยสำคัญที่กรีกมีลักษณะเป็นชุมชนเมืองที่ได้พัฒนาระบบการปกครองแบบนครรัฐ (Polis หรือ City State) ที่ประชาชนมีสถานะเป็นพลเมือง (Citizen) และมีส่วนร่วมในการปกครองอย่างสูง อันมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยที่ยกย่องศักดิ์ศรีและเสรีภาพของเอกชน กรีกจึงได้ชื่อว่าเป็นแม่แบบและ ต้นตอของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของโลก ซึ่งเป็นระบอบที่นับถือความคิดเห็นของกันและกันโดยใช้เหตุผล และริเริ่มอธิบายโลกด้วยหลักแห่งเหตุผลอันเป็นการเปิดศักราชใหม่ทางความคิดและวิชาการของโลกตะวันตก ซึ่งเจริญก้าวหน้าและพัฒนาเป็นความรู้ ความคิดแบบสมัยใหม่เป็นที่ยอมรับนับถือกัน จนถึงปัจจุบัน⁵ สำหรับทางด้านความคิดเกี่ยวกับ

² สมยศ เชื้อไทย , หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2555) หน้า 87

³ โกเมศ ขวัญเมือง , กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (Advanced Constitutional Law and Political Institutions) , มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2548 . หน้า 8-9

⁴ สมยศ เชื้อไทย , คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2553) หน้า 42-43

⁵ W.T.Stace , ปรีชา ช่างขวัญยืน (แปล) , ปรัชญากรีก , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ :มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2514) หน้า 58-69

กฎหมายและความยุติธรรมก็เช่นเดียวกัน ชาวกรีกรู้จักความคิดเกี่ยวกับกฎหมายและความยุติธรรมในลักษณะที่มีได้เป็นนามธรรม แต่เป็นสิ่งเฉพาะเป็นรูปธรรม จากนิยายปรัมปรา (Mythology) ซึ่งชาวกรีกเชื่อกันว่า กฎหมายและความยุติธรรมนั้นเป็นเรื่องที่เป็นปัญญาและเรื่องของเหตุผลเป็นเรื่องที่มนุษย์สามารถเข้าถึงได้ ซึ่งต่อมาในราว 6-7 ศตวรรษก่อนคริสต์ศักราช ผู้ปกครองที่ชื่อ Solon ได้เข้ามาจัดระเบียบการปกครองของกรีกโดยจัดระบบกฎหมายให้เป็นระเบียบ โดยถือหลักว่ากฎหมายจะรักษาไว้ได้ก็ด้วยการปราบปรามการใช้อำนาจบาตรใหญ่ ปราบปรามการกระทำที่ล่วงเกินขอบเขตแห่งความพอเหมาะ ซึ่งแนวคิดของ Solon ที่ยึดหลักถึงความสงบสุขของบ้านเมืองจะรักษาอยู่ได้ด้วยการรักษาความสมดุลในสังคม เมื่อบ้านเมืองมีความสมดุลแล้ว ความสงบและความมีระเบียบเรียบร้อยก็จะเกิดขึ้นเอง โดยได้รับความนิยมนับถือและได้รับความสนับสนุนจากประชาชนจนได้รับเลือกเป็นผู้ปกครองบ้านเมือง ซึ่งได้ริเริ่มจัดให้มีการปกครองในรูปรัฐธรรมนูญ⁶ จากหลักการดังกล่าวของ Solon จึงเห็นได้ว่า รูปแบบการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ อันเป็นปฐมบทของการปกครองโดยยึดหลักกฎหมาย เป็นใหญ่ในการปกครองบ้านเมือง เพื่อธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายในการรักษาความสมดุลในสังคมและความสงบสุขของบ้านเมืองได้ริเริ่มในยุคสมัยของ Solon นี้เอง

สำหรับด้านความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรม ในราว 600 ปีก่อนคริสต์ศักราช นักคิดชาวกรีก ได้อธิบายว่า ความยุติธรรมนั้นย่อมก่อให้เกิดความเสมอภาคด้วยหลักความเท่าเทียมกัน เช่น ภายใต้หลักความยุติธรรมนั้น บุคคลใดทำร้ายผู้อื่น บุคคลนั้นก็ย่อมต้องทำให้ได้รับผลร้ายตอบสนองอย่างสาสมเท่าเทียมผลร้ายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้อื่น⁷ ซึ่งในการให้ความเชื่อมั่นในเรื่องหลักแห่งเหตุผลสติปัญญาและการเคารพ ในความเป็นมนุษย์ในหมู่นักคิดชาวกรีกส่งผลให้การใช้เหตุผลได้แย่งและวิพากษ์วิจารณ์สิ่งต่างๆ แพร่กระจายออกไปและกลายเป็นบรรยากาศอย่างหนึ่งในสังคมกรีก และประชาชนได้ก้าวเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดกิจการบ้านเมืองมากขึ้น โดยทำให้เกิดการแสวงหาเหตุผลมาโต้ตอบกันและยึดมั่นในความเชื่อที่มีเหตุผลอธิบาย อย่างเป็นระบบ อันทำให้การคิดทางปรัชญาของกรีกเจริญงอกงามและเป็นต้นตอของความคิดของ โลกตะวันตกให้ก้าวหน้าไปได้ โดยสามารถศึกษาความคิดของโสเครติส เพลโต และอริสโตเติล ที่เป็นสายความคิดที่สำคัญที่สุดในประวัติศาสตร์ความคิดทางตะวันตกและได้ชื่อว่าเป็นเจ้าตำรับของปรัชญาตะวันตก ที่นักศึกษาคิดทางปรัชญาจะต้องศึกษาทำความเข้าใจก่อนที่จะทำความเข้าใจระบบปรัชญาของ โลกตะวันตกทั้งปวงมาจนถึงปัจจุบัน

⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1* , หน้า 89-92

⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 94-97

โสเครติส (Socrates 469-399 B.C.)

โสเครติสเป็นปราชญ์ชาวเอเธนส์ที่ยืนยันแนวคิดที่ว่า ความรู้และความดีงามเป็นสิ่งที่มีความอยู่จริง และมนุษย์สามารถรู้และทำได้โดยการใช้เหตุผล โดยทฤษฎีความรู้ของโสเครติสได้เผยแพร่ความคิดของตนโดยการปฏิบัติตัวและมุ่งแสวงหาความจริง (Truth) และคุณธรรม (Virtue) และสอนให้มนุษย์รู้จักสำรวจความคิดของตนเอง สำรองการกระทำของตนเอง เมื่อสำรวจตนเองจนเข้าใจอย่างถ่องแท้ มนุษย์ก็จะสามารถเข้าใจความจริงที่มีอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์ได้ สาระสำคัญของการหาความรู้จึงเป็นไปตามคำสอนของ โสเครติสว่า “จงรู้จักตนเอง (Know thyself)” และศรัทธาในความรู้ที่แท้จริงย่อมนำมาสู่ความดีดังคำกล่าวที่ว่า “ความรู้คือคุณธรรม (Knowledge is Virtue)” โดยในด้านความคิดเกี่ยวกับกฎหมายและความยุติธรรมของโสเครติสนั้น โสเครติสเห็นว่า ขนบธรรมเนียมของนครรัฐเอเธนส์เป็นสิ่งที่ดีที่ควรธำรงรักษาไว้ และมีความเห็นไปในทางว่า กฎหมายและความยุติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน คนที่เกิดมาในบ้านเมืองใดก็ต้องปฏิบัติ ตามกฎหมายคือขนบธรรมเนียมของบ้านเมืองนั้นโดยไม่มีเงื่อนไข จะอ้างว่ากฎหมายไม่เป็นธรรมและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายไม่ได้ ความสำคัญของโสเครติสในแง่ความคิดทางกฎหมายก็คือ การอธิบายระบบศีลธรรม และหลักความยุติธรรม จากหลักการที่ว่า “จงรู้จักตนเอง (Know thyself)” และ “ความรู้คือคุณธรรม (Knowledge is Virtue)” เป็นคำสอนที่มุ่งให้มนุษย์ควรปฏิบัติตามกฎหมายอันเป็นขนบธรรมเนียมของบ้านเมืองในเวลานั้น เพราะสิ่งนั้นเป็นธรรมเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ มิใช่ปฏิบัติตามกฎหมายเพราะสิ่งนั้นเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจ หรือเพราะเป็นเพราะพระประสงค์ของพระเจ้าเป็นเจ้า แต่เป็นเพราะสิ่งที่รู้ได้ด้วยตนเอง กล่าวได้ว่า ด้วยคำสอนนี้ โสเครติสเป็นผู้นำความคิดทางศีลธรรมของมนุษย์ขึ้นสู่จุดสูงสุดหรือลึกซึ้งที่สุดเมื่อสองพันกว่าปีมาแล้ว โดยวางรากฐานของศีลธรรมอยู่ที่ธรรมชาติ ของมนุษย์ (Human Nature) หรือพื้นฐานจิตใจของคนนั่นเอง และอาจกล่าวได้ว่า โสเครติสเป็นผู้รุกรายทางให้กับแนวความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่ค่อยๆ ก่อตัวขึ้นในสมัยต่อมา⁸

เพลโต (Plato 429-348 B.C.)

เพลโตเป็นนักปรัชญาชาวกรีกที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวคิดตะวันตก เพลโตเป็นลูกศิษย์ ของโสเครติส และเป็นอาจารย์ของอริสโตเติล และเป็นผู้ก่อตั้งสำนักวิชาอคาเดมีในกรุงเอเธนส์ โดยเขียนหนังสือไว้หลายเล่มที่เด่นๆ คือ The Republic (สาธารณรัฐ) , The Statesman (รัฐบุรุษ) และ The Laws (กฎหมาย) โดยมีแนวความคิดที่กล่าวถึงกฎหมายและความยุติธรรมไว้คือ ตามทัศนะของเพลโตเห็นว่า รัฐจะต้องให้ความยุติธรรม สำหรับเพลโตความยุติธรรมก็คือ การให้ทุกๆ คนในสิ่งที่เขาควรจะได้ ซึ่งก็คือผลตอบแทนที่สังคมจะมอบให้แก่บุคคลตามกำลังและความสามารถของบุคคล

⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 103-109

นั้นๆ ด้วยเหตุนี้ ความยุติธรรมของเพลโตจึงไม่ใช่ความหมายของความยุติธรรมที่เข้าใจในปัจจุบัน เพราะความยุติธรรมของเพลโตก็คือ ความเหมาะสมของการให้และรับบริการในรัฐ โดยในหนังสือ The Republic ยังได้ปรากฏแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐและระบอบการปกครองที่ว่า รัฐหรือระบอบการปกครองที่ดีจะต้องมีผู้ปกครองที่มาจากนักปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นคนที่มาจากกลุ่มของชนชั้นผู้ปกครองที่มีความรู้ และมีความยุติธรรม นอกจากนี้ เพลโตยังกล่าวถึง ความจำเป็นของการใช้กฎหมายในหนังสือ The Laws (นิติรัฐหรือรัฐแห่งกฎหมาย) โดยยอมรับกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และให้มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กล่าวคือ เพลโตเห็นว่า เมื่อหาคนที่ดีที่สุดมาปกครองไม่ได้ เขาจึงเสนอให้พิจารณาจัดรัฐในรูปแบบที่ยกเอากฎหมาย เป็นสิ่งที่มีอำนาจมากกว่ามนุษย์ เพลโตบอกว่าความรู้เป็นสิ่งที่ดีที่สุดในการปกครองรัฐ รัฐใดที่มีความรู้รัฐนั้น ไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายก็ได้ แต่ในความเป็นจริงเมื่อหาคนดีจริงๆ มาปกครองไม่ได้ จึงต้องใช้หลักการของกฎหมายเข้ามาปกครอง และการปกครองจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการที่เพลโตหันมาให้ความสำคัญต่อกฎหมายโดยเห็นว่า ถ้าหากสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีที่เป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตาม ซึ่งแม้แต่คนชั่วก็อาจมีทางจะทำความดีขึ้นมาได้เหมือนกันและได้มีอิทธิพลสำคัญต่อประวัติศาสตร์การเมืองยุโรปในต่อมา⁹

อริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.)

อริสโตเติล เป็นลูกศิษย์ของเพลโตและโสเครติส ตามทัศนะของอริสโตเติลในเรื่องหลักการปกครองว่าด้วยรัฐและระบบกฎหมายนั้น อริสโตเติลเห็นว่า พื้นฐานของมนุษย์แล้วครอบครัวและรัฐ เป็นสถาบันตามธรรมชาติของมนุษย์และย่อมชักนำมนุษย์ไปในทางที่ดี และสิ่งที่เป็นตัวกำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐนั้น หาใช่เพียงรูปแบบการจัดองค์กรของรัฐเท่านั้น ส่วนที่สำคัญอย่างยิ่งของการปกครองรัฐ ก็คือ ความมุ่งหมายของรัฐนั้น รัฐที่ดีนั้นคือรัฐที่เป็นไปเพื่อประโยชน์และความสุขของคนทั้งปวงในรัฐนั้น และได้เสนอรูปแบบการปกครองในลักษณะ "POLITY" ซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองที่จะต้องมียุติธรรมสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งชนชั้นปกครองไปทำหน้าที่ปกครองรัฐ เพื่อประโยชน์ ของส่วนรวม หากประชาชนพบว่า ผู้ปกครองที่ตนเลือกเข้าไปทำหน้าที่ที่บกพร่องหรือทำเพื่อประโยชน์ส่วนตน มิใช่ เพื่อประชาชนส่วนรวม ประชาชนก็มีสิทธิเปลี่ยนผู้ปกครองใหม่ได้¹⁰

⁹ ไปรตดู กิตติพัฒน์ สุวรรณศิริเมธี , เอกสารประกอบวิชาปรัชญาการเมืองตะวันตก , คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณ ราชวิทยาลัย , 2550 , สืบค้นจากเว็บไซต์

http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=548&articlegroup_id=129

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

อริสโตเติลมีทัศนะว่า โดยธรรมชาติของมนุษย์มีความต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม (Social Being) เมื่อมนุษย์ได้มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม มนุษย์จะมีชีวิตที่สอดคล้องกับธรรมชาติของตัวได้มากที่สุด การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นการดำเนินชีวิตที่ต้องเป็นไปตามหลักเหตุผล ด้วยเหตุนี้การมีชีวิตร่วมกันในรัฐย่อมจะทำให้มนุษย์มีชีวิตอย่างสมบูรณ์ได้มากที่สุด การปกครองด้วยเหตุผลนั้นคือการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ เพราะกฎหมายก็คือ เหตุผลที่ปราศจากกิเลส การปกครองโดยเหตุผลหรือการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ ย่อมเป็นการปกครองที่ดีกว่าการปกครองโดยมนุษย์ ซึ่งสำหรับในเรื่องของกฎหมายนั้น อริสโตเติลได้พูดถึงหลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เอาไว้บ่อยครั้ง โดยเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญที่สุดในรัฐ โดยอริสโตเติลเชื่อว่า กฎหมายคือเหตุผลหรือธรรม ที่ปราศจากกิเลสตัณหา (The law is reason without passion) ฉะนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ปรารถนายิ่งกว่าตัวบุคคล จึงควรมอบอำนาจให้แก่กฎหมายไม่ใช่มอบให้แก่บุคคล¹¹ นอกจากนี้ อริสโตเติลยังได้แยกกฎหมายออกเป็นสองประเภทด้วยกัน คือ กฎหมายที่มนุษย์คิดขึ้นและกฎหมายตามธรรมชาติ โดยได้อธิบายถึงกฎหมายตามธรรมชาติว่าเป็นสิ่งที่มีอยู่โดยธรรมชาติของมัน¹² ซึ่งอันที่จริงแล้วอริสโตเติลก็ยอมรับความจริงเช่นเดียวกันว่า การปกครองโดยกฎหมายนั้น บางกรณีอาจไม่เป็นธรรมได้ เพราะถึงอย่างไรกฎหมายก็เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป การใช้หลักการทั่วไปปรับแก้กรณีทั้งหลายอาจมีปัญหาในกรณีเฉพาะเรื่องได้ แต่โดยที่กฎหมายนั้นโดยตัวของมันเองก็คือเหตุผลอันปราศจากกิเลส ดังนั้นในกรณีที่มีปัญหาไม่เป็นธรรมเฉพาะกรณีเกิดขึ้นจากการใช้กฎหมาย ตัวกฎหมายเองย่อมอนุญาตให้มีการนำเอาหลักความเป็นธรรม หรือหลัก Equity อันเป็นแนวคิดที่มีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาความไม่ยุติธรรมให้เข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้¹³ และการนี้แท้จริงก็สอดคล้องกับธรรมชาติของการปกครองโดยกฎหมายอยู่แล้ว การอธิบายของอริสโตเติลนี้เป็นการชี้ช่องให้แก่การใช้หลักเหตุผลเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้ยืดหยุ่นเป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของนักกฎหมายในเวลาต่อมา การที่ยึดถืออยู่ว่ากฎหมายย่อมมีเหตุผลในตัว ยอมให้ปรุงแต่งด้วยเหตุผลได้ ถือเป็นปัจจัยสำคัญของการเกิดขึ้นของวิชานิติศาสตร์ในเวลาต่อมา โดยวิชานิติศาสตร์ ที่เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยโรมันนั้นต้องอาศัยพื้นฐาน 2 ประการ คือ ด้านหนึ่งต้องยึดถือกฎหมายเป็นเกณฑ์ ในการพิจารณาวินิจฉัย อีกด้านหนึ่ง

¹¹ สมยศ เชื้อไทย , นิติปรัชญาเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2554) หน้า 81

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์ , แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1228>

¹³ ศิริชัย มงคลเกียรติศรี , “Equity ; Legal Method to Mitigate the Rigours of Strict Law in Both Common and Civil Law” , วารสารนันทบริหาร ฉบับที่ 3 ปีที่ 24 (กรกฎาคม – กันยายน 2547) หน้า 57-58

คือ ยอมรับว่าการใช้กฎหมายจะต้องใช้ให้สอดคล้องกับความเป็นธรรม ในแต่ละเรื่อง พื้นฐานความคิดในลักษณะนี้ถือได้ว่ามาจากหลักปรัชญาของกรีกโดยเฉพาะอริสโตเติล ซึ่งส่งผลสืบเนื่องไปสู่แนวความคิดของนักปรัชญาและระบบกฎหมายโรมันในเวลาต่อมา

สโตอิก (Stoicism)

แนวความคิดทางปรัชญาในสมัยต่อมาหลังจากยุคของเพลโตและอริสโตเติล กล่าวได้ว่า เป็นยุคของการแสวงหาคุณค่าที่แท้จริงในการดำเนินชีวิตที่เรียกกันว่า ยุคจริยธรรม (Ethical Period) ในแง่ของปรัชญาชีวิต หลักจริยธรรมหรือหลักการดำเนินชีวิตที่ตื้นนั้นมีสำนักความคิดที่สำคัญคือ สำนัก Stoic ที่มีแนวคิดที่มีอิทธิพลต่อความคิดทางกฎหมาย ซึ่งมีความเชื่อในความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกัน ของมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ต้องใช้เหตุผลไตร่ตรองอาศัยเหตุผลกำหนดเจตจำนง (Will) อันแน่วแน่ที่จะเอาชนะตัวเองเพื่อการมีชีวิตสอดคล้องกับธรรมชาติ มนุษย์ทุกหนทุกแห่งจึงย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายแห่งเหตุผลหรือกฎหมายตามธรรมชาติอย่างเดียวกัน และมนุษย์ที่ต่างมีเหตุผลรู้ผิดชอบชั่วดีจึงเสมอภาค เท่าเทียมกัน โดยมุ่งให้มนุษย์ถือประโยชน์ของส่วนรวมและประโยชน์ร่วมกันของรัฐเป็นใหญ่เหนือสิ่งอื่นใด ดังนั้นแนวคิดดังกล่าวนี้ที่ต่อมามีอิทธิพลเหนือความคิดของชนชั้นปกครองในสมัยโรมัน และเมื่อนักนิติศาสตร์โรมันได้พัฒนากฎหมายโรมันขึ้นตามความคิดนี้มีส่วนช่วยผลักดันให้วิชานิติศาสตร์ของกฎหมายโรมัน ก่อตัวขึ้น และเจริญก้าวหน้าในสมัยต่อมา ซึ่งทำให้กฎหมายโรมันได้รับการปรุงแต่งอย่างมีเหตุผลจนกลายเป็นกฎหมายที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางเป็นกฎหมายสำคัญของโลก¹⁴

สำหรับพัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยโรมัน จะเห็นได้ว่า เมื่อกรีกเสื่อมความรุ่งเรือง ลงไป ความเจริญรุ่งเรืองก็ได้เคลื่อนย้ายมาสู่อาณาจักรโรมัน โดยชาวโรมันได้นำเอาแนวความคิดปรัชญา ทางการเมืองการปกครอง และแนวคิดหลักการปกครองภายใต้ระบบกฎหมายของกรีกมาศึกษาและนำมาใช้เป็นแนวปฏิบัติในทางการเมืองการปกครองและพัฒนาเป็นหลักการปกครองโดยปกครองที่มีวิวัฒนาการและมีอิทธิพลมาจวบจนปัจจุบัน ซึ่งเมื่อศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ถึงวิวัฒนาการของระบบกฎหมายโรมัน ศาสตราจารย์ ฟริทซ์ ชูลซ์ อธิบายว่า กฎหมายโรมันแบ่งออกเป็น 4 ยุค คือ¹⁵

¹⁴ สมเกียรติ ตั้งนโม (เรียบเรียง) , ลัทธิพลเมืองโลก (Cosmopolitanism) : จากแนวคิดกรีก ถึงยุคสว่าง , บทความมหาวิทยาลัยเที่ยงคืน ลำดับที่ 1210 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://v1.midnightuniv.org/midnight2544/0009999717.html>

¹⁵ Fritz Schulz , History of Roman Legal Science , (London : Oxford University Press , 1967) p. 11 , อ้างไว้ในวิชญ์ เครื่องงาม , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1 : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน , สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช . พ.ศ. 2526 , หน้า 5 , อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงวงศ์ , กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2553) หน้า 38-39

- (1) ยุคอารยธรรมโรมันโบราณ (500 ปีก่อน ค.ศ.-300 ปีก่อน ค.ศ.)
- (2) ยุคอารยธรรมกรีกในโรม (300 ปีก่อน ค.ศ.-30 ปีก่อน ค.ศ.)
- (3) ยุคคลาสสิก (30 ปีก่อน ค.ศ.- ค.ศ. 300)
- (4) ยุคขุนนางนักปกครอง (ค.ศ. 300- ค.ศ. 534)

เมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน อาณาจักรโรมันได้มีความเจริญรุ่งเรืองทั้งใน ด้านการปกครองและระบบกฎหมาย แผ่อำนาจออกครอบคลุมดินแดนที่เป็นภาคพื้นทวีปยุโรปเกือบทั้งหมด ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิโรมันได้ก่อตัวอุดมการณ์สันติสุขแบบโรมัน (Pax Romana) อันแสดงถึง ความเจริญทางศิลปะวิทยาการ ระบบกฎหมาย และแสนยานุภาพอันสูงสุดของโรมที่ปกครองรัฐอาณานิคมภายในจักรวรรดิให้อยู่กันด้วยความสงบสุขภายใต้กฎหมายร่วมกัน (Common Law) ในการปกครองให้อยู่ ในความสงบร่มเย็นและการอำนวยยุติธรรม โดยกฎหมายอาญาของโรมมีขึ้นโดยมีข้อสมมติหรือ ข้อสันนิษฐานสำคัญว่า ทุกคนบริสุทธิ์จนกว่าจะนำสืบได้ว่ากระทำความผิด สิ่งที่น่าสนใจ คือ ชาวโรมัน มีระบบกฎหมายที่เฉพาะของชนชาติโรมัน และได้มีการเลียนแบบมาจากชาวกรีก เพราะชาวโรมัน มีระบบกฎหมายที่ดีกว่า ภายใต้หลักนิติศาสตร์อันเป็นคำขวัญของคนโรมัน คือ pro bono publico (เพื่อสาธารณประโยชน์) โดยกฎหมายโรมันเน้นการใช้หลักเกณฑ์แก้ปัญหาเป็นรายๆ ไป (Casuistry) เหมือนระบบ Common Law ในยุคปัจจุบัน¹⁶ ตามประวัติศาสตร์ตามจารีตโรมถูกก่อตั้งขึ้นในปี 753 ก่อนคริสต์กาล นับแต่นั้นมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นระยะเวลากว่า 2,700 ปี ระบบกฎหมายโรมันได้ปรับตัว ต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ในยุคนั้น โดยในช่วงแรกที่โรม (Rome) แผ่ขยายอาณาจักรออกไปโดยเริ่มจากรูปแบบการปกครองแบบนครรัฐจนกลายเป็นอาณาจักรโรมัน (Roman Empire) ในแง่การพัฒนาของระบบกฎหมาย นอกเหนือจากการนำสามัญสำนึกมาปรับให้เป็นระบบแล้ว กฎหมายโรมันยังมีหลักนิติศาสตร์ ที่เด่นที่สุด และมีกฎหมายที่เป็นระบบและจัดเป็นระเบียบเรียบร้อยดีกว่ายุคกรีก โดยจุดเด่นของกฎหมายโรมัน คือ การที่สามารถดึงหลักนิติศาสตร์แยกออกจากตัวกฎหมาย ซึ่งตัวกฎหมายเป็นไปตามยุคสมัย เมื่อหมดยุคก็ล้าสมัยไป แต่หลักนิติศาสตร์นั้นถาวร สามารถปรับใช้ได้เรื่อยและเติบโตได้ และมีการนำหลักปฏิบัติมาใช้ในกฎหมาย โดยใช้กฎหมายในการแก้ปัญหาสังคม (Social Engineering)¹⁷ โดยกฎหมาย ที่ใช้บังคับอยู่ในอาณาจักรโรมันนั้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ “Jus civile” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองชาวโรมัน และ “Jus Gentium” ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับ

¹⁶ ประชุม โฉมฉาย , กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) หน้า 25-27

¹⁷ ประชุม โฉมฉาย , วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 13-16

สามัญชนและคนต่างด้าว ที่มีได้มีฐานะเป็นพลเมืองชาวโรมัน กฎหมายทั้งสองประเภทเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีของ ชาวโรมัน ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และชนชั้นปกครองเท่านั้นที่รู้จักกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากชนชั้นปกครองเป็นผู้บัญญัติกฎหมายและตัดสินคดีเมื่อเวลาผ่านไปนานเข้า ชนชั้นที่ถูกปกครองซึ่งเป็น คนส่วนมากก็เกิดความไม่พอใจที่ฝ่ายตนไม่มีโอกาสรู้ได้เลยว่า กฎหมายที่ใช้อยู่มืออย่างไร อีกทั้งไม่มีทางรู้เลยว่าการตัดสินคดีโดยชนชั้นปกครองนั้น เป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในปี 452 ก่อนคริสต์ศักราช จึงได้มีการเริ่มนำเอากฎหมายจารีตประเพณีในขณะนั้นมาบันทึกหรือจารึกลงบนแผ่นทองแดงรวม 12 แผ่น แล้วเอาไปตั้งไว้กลางตลาดในที่สาธารณะกลางเมืองเพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รู้ กฎหมายที่ถูกนำมาจารึกไว้นี้เรียกกันว่า “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” (Law of Twelve Tables) ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่มีการรวบรวมกฎหมายขึ้น และเป็นครั้งแรกที่มีการนำเอาจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นการเริ่มต้นยอมรับว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่จะต้องเปิดเผยให้ทุกคนได้รู้¹⁸ สามารถอาจกล่าวได้ว่า การนำเอาจารีตประเพณี มาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและเปิดเผยเป็นสาธารณะเพื่อให้ประชาชนทุกคนได้รู้ เป็นหลักในการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและเป็นหลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายสิบสองโต๊ะนั้นนับว่า มีความสำคัญมาก โดยต่อมาได้พัฒนาเป็นประมวลกฎหมายจัสติเนียนที่เรียกว่า The Corpus Juris Civilis ในยุคต่อมา ทั้งนี้ อาจถือว่ากฎหมายสิบสองโต๊ะเป็นพัฒนาการทางกฎหมายต่อสิทธิหน้าที่ของพลเมือง ส่วนใหญ่ โดยมีลักษณะคล้ายกับเป็นบทบัญญัติสิทธิหน้าที่ และความเสมอภาคในทางมหาชน¹⁹

ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการแนวคิดของหลักการที่รัฐต้องปกครองภายใต้กฎหมาย ในระบบกฎหมายโรมัน จะเห็นได้ว่า กฎหมายโรมันได้ปรับปรุงตัวเองมาตลอด และระบบหลักนิติศาสตร์โรมันเป็นผลจากการใช้สติปัญญาที่ยอดเยี่ยมของนักนิติศาสตร์ชาวโรมันที่ได้นำหลักปฏิบัติมาใช้ในกฎหมาย ซึ่งนักกฎหมายโรมันได้ริเริ่มโดยอาศัยหลักเกณฑ์จากแนวความคิดของสโตอิก (Stoic) ในการใช้หลักกฎหมายธรรมชาติหรือ Jus Naturale เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นเหตุผลสอดคล้องกับธรรมชาติ มีผลใช้ได้ทั่วไป ครอบคลุม ทุกชาติทุกภาษา เป็นที่ยอมรับในหมู่ชนชาติต่างๆ ที่มีลักษณะสอดคล้องกับหลักกฎหมายนานาชาติ หรือหลัก Jus Gentium ซึ่งนักกฎหมายโรมันบางท่านยกย่องว่าเป็นหลักที่มาจากกฎหมายธรรมชาติและ ได้รับการยกย่องว่า ความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติได้

¹⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 15*, หน้า 39-40

¹⁹ ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) หน้า 17

เกิดขึ้นอย่างแท้จริงในสมัยโรมันนี้เอง²⁰ จะเห็นได้ว่า กฎหมายโรมันซึ่งแต่เดิมเป็นเพียงจารีตประเพณีของชนชาติเล็กๆ ได้เป็นระบบกฎหมายที่เกิดขึ้น พัฒนา เจริญรุ่งเรืองและเสื่อมลงตามสภาพความเปลี่ยนแปลงของการเมือง สังคม และเศรษฐกิจในดินแดนที่มีโรม เป็นศูนย์กลาง²¹ จนต่อมาได้มีการพัฒนาการจนกลายมาเป็นระบบกฎหมายที่ยิ่งใหญ่บริบูรณ์ได้ เพราะส่วนสำคัญของระบบกฎหมายที่มีความคิดเรื่องเหตุผลและความเป็นธรรมตามทัศนะของปรัชญากฎหมายธรรมชาติเป็นเครื่องปรุงแต่งและก่อให้เกิดการแยกความแตกต่างระหว่างกฎหมายธรรมชาติกับกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น โดยนักนิติศาสตร์โรมันถือว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอันเป็นเรื่องที่มีอยู่โดยธรรมชาติของมนุษย์ เป็นศีลธรรมของสำนึกความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของคนในสังคมที่มีร่วมกันและได้มีการถือปฏิบัติ โดยเชื่อว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและทุกคนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งกฎหมายธรรมชาติถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ชักนำ ให้กฎหมายบ้านเมืองคล้อยตาม อันก่อให้เกิดพัฒนาการในหลักกฎหมายโรมันและระบบกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรทิ้งไว้เป็นมรดกแก่ชนรุ่นหลัง ตามคำกล่าวที่ว่า “กฎหมายโรมันคือคัมภีร์แห่งทางสติปัญญา” (Ratio Scripta) และทำให้เกิดระบบกฎหมายโดยเฉพาะ Civil Law ที่ถือเป็นกฎหมายที่ได้ชื่อว่าเป็นระบบกฎหมายที่สืบสายมาจากกฎหมายโรมัน อันเป็นแบบอย่างอันดีแก่ระบบกฎหมายของชาติอื่นๆ และใช้กันแพร่หลายทั่วโลกในเวลาต่อมา

2.1.1.2 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยกลาง

ภายหลังจากที่จักรวรรดิโรมันเจริญรุ่งเรืองและมีอำนาจสูงสุด จนสังคมโรมันได้คลี่คลาย ต่างไปจากจุดเริ่มต้นมากแล้ว ก็ถึงจุดสิ้นสุดของจักรวรรดิโรมันที่ถูกพวกอนารยชนรุกรานหลายครั้งจนพ่ายแพ้และได้ล่มสลายลงในราวปี ค.ศ. 476 เข้าสู่ยุคสมัยกลาง (Middle Ages) ของทวีปยุโรป (ค.ศ. 476-1453) ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นยุคมืด (Dark Ages) อันเป็นยุคที่กินระยะเวลานานร่วม 1,000 ปี โดยสภาพการณ์ต่างๆ ไป นับตั้งแต่จักรวรรดิโรมันล่มสลายลงเป็นต้นมา ความเจริญรุ่งเรืองและความสันติสุขของโรมัน อีกทั้งอำนาจแห่งจักรวรรดิโรมันที่เป็นศูนย์กลางแห่งการปกครองของยุโรปก็สิ้นสุดลง ซึ่งผู้คนในโลกตะวันตกได้หันเข้าหาแนวความคิดความเชื่อที่แพร่หลายในเวลานั้น คือ คริสต์ศาสนา และสังคมก็ได้อยู่ภายใต้กำกับของลัทธิความเชื่อและสถาบันของศาสนาคริสต์ อันเป็นสถาบันที่สืบทอดมรดกทางความคิดและขนบธรรมเนียมการปกครองของจักรวรรดิ ซึ่งสามารถดำรงอยู่ได้และมีความเจริญรุ่งเรืองเข้มแข็งขึ้นหลังจากจักรวรรดิโรมันล่มสลาย

²⁰ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 11*, หน้า 86-89

²¹ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2559) หน้า 18-19

ลงไปแล้ว ศาสนาคริสต์เป็นสถาบันที่มีระบบโครงสร้างที่อิงรูปแบบการปกครองของจักรวรรดิ จึงได้ถ่ายทอดเอาแบบอย่างทางความคิด วิธีใช้เหตุผลอ้างอิงในทางการปกครอง ขนบธรรมเนียมแผ่ครอบคลุมชีวิตทุกด้านของสังคม การเมือง เศรษฐกิจ การทหาร และกฎหมายในยุคสมัยกลาง²² ศาสนจักรคริสเตียนที่เจริญรุ่งเรืองเข้มแข็งมานับตั้งแต่ตอนปลายของจักรวรรดิโรมันจึงยังคงดำรงอยู่ในฐานะผู้นำทางจิตวิญญาณที่ยิ่งใหญ่และเป็นศูนย์กลางทางความคิด ความรู้ และวัฒนธรรมต่างๆ มากมายที่มีการสะสมมายาวนาน โดยมีศูนย์กลางอยู่ที่โรม และประชาชนที่มีอาชีพพึ่งพาการปกครองที่มีเสถียรภาพใดๆ ได้ ยังคงมีศาสนจักรโรมันคาทอลิกเป็นที่พึ่งในการดำเนินชีวิต ในสายตาของคนสมัยกลางจึงถือว่าศาสนจักรโรมันคาทอลิกเป็นเสมือนตัวแทนของผู้สืบทอดอารยธรรมโรมันอันรุ่งโรจน์ และมีสถานภาพการนำเป็นศูนย์กลางแห่งความเชื่อ วัฒนธรรม และศิลปวิทยาการเป็นอันหนึ่งอันเดียวของยุโรป

แม้ว่าสภาพสังคมโดยทั่วไปในยุคสมัยกลางจะปราศจากความสงบสุขเรียบร้อย เกิดการต่อสู้ในแคว้นต่างๆ กันทั่วไป แต่โดยปัจจัยทางความเชื่อในศาสนจักรที่รุ่งเรืองอย่างมากทำให้ศาสนจักรเข้าไปมีบทบาทเป็นอย่างยิ่งกับเรื่องราวต่างๆ ทางสังคม เพราะโดยความคิดความเชื่อของศาสนาคริสต์ต่างยอมรับในพระบัญญัติ 10 ประการ อันเปรียบดั่งพันธะสัญญาที่พระเจ้าทรงประทานให้กับชาวคริสต์ และถือเป็นหลักการที่เป็นรูปธรรมเพื่อการปฏิบัติในการดำรงชีวิต โดยชาวคริสต์มุ่งยึดถือและปฏิบัติเสมือนกฎหมายที่พระเจ้าได้มอบให้²³ ความเชื่อดังกล่าวทำให้เกิดธรรมเนียมยึดถือปฏิบัติกฎเกณฑ์อย่างเคร่งครัดอยู่ในวัฒนธรรมชาวคริสต์ ก่อให้เกิดทัศนคติและวัฒนธรรมที่ปลูกฝังการนับถือกฎหมายฝังรากลึกในการดำเนินชีวิตอย่างยิ่งในโลกตะวันตก การอบรมสั่งสอนของคริสเตียนที่ถ่ายทอดสืบต่อกันมานับพันปี หล่อหลอมให้ชาวตะวันตกเชื่อว่า คนดีคือคนที่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับมาจากพระเจ้า ผู้ที่ไม่ยึดถือกฎหมายก็เป็นคนบาป ความเชื่อเช่นนี้นับว่ามีผลอย่างมากต่อการยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่ในทุกเรื่องของอารยธรรมตะวันตก โดยการที่คริสต์ศาสนามีอิทธิพลครอบงำทางด้านความเชื่อทางศาสนาและวิทยาการในสมัยกลางในแง่ของความคิดทางการเมืองและกฎหมายนั้น ก่อผลให้อิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่มีต่อกฎหมายมีการยึดถือหลักการสำคัญ 2 ประการ²⁴ คือ หลักแห่งความเป็นเอกภาพของโลกและจักรวาล (Principle of Unity) กับหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด (Principle of the Supremacy of Law) ความคิดว่า

²² ดิเรก ควรสมาคม , นิติปรัชญา , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2557) หน้า 81-82

²³ โปรตดู ยาขอบ แมกแกแล , รากฐานมั่นคงแห่งความเชื่อคริสเตียน : หลักคำสอนเบื้องต้น , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://thaicrc.info/collect/thaicrc2/index/assoc/D1307.dir/1307.pdf>

²⁴ โปรตดู H.F. Jolowicz, Lectures on Jurisprudence , 1963 , pp.54 ; C.J. Friedrich , The Philosophy of Law in Historical Perspective , 1963 , pp.35 , 50 , อ้างไว้ใน ปรีดี เกษมทรัพย์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 , หน้า 145-147

สรรพสิ่งเป็นเอกภาพ (The Principle of Unity) เป็นความคิดที่ว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างสรรพสิ่ง พระองค์จึงเป็นศูนย์กลางของจักรวาล กำเนิดของสรรพสิ่ง ระเบียบกฎเกณฑ์ทั้งหลายของโลกและ จักรวาลล้วนแล้วแต่เป็นไปตามโครงการอันศักดิ์สิทธิ์ตามพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของทั้งสิ้น ด้วย เหตุนี้ ฝ่ายอาณาจักรก็ดี ฝ่ายศาสนจักรก็ดี ล้วนแต่เกิดขึ้นตามพระประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ จึง เกี่ยวข้องกันและมีได้แยกออกจากกัน หากแต่เป็นสิ่งที่เดียวกันที่แสดงตัวปรากฏในลักษณะต่างกัน เท่านั้น คือ ด้านการปกครองทางธรรมเป็นเรื่องของการปลูกฝังศรัทธาต่อพระเจ้า ส่วนอีกด้าน หนึ่งก็คือ อำนาจปกครองทางโลก ในด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และเป็นที่ยอมรับกันว่า ในยุคสมัยกลาง ยุโรป (โลก) ทั้งหมดอยู่ในคริสตจักร (Christendom) เดียวกัน ตาม ความคิดว่าโลกทั้งโลกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพราะเป็นสิ่งที่พระเจ้าทรงประทานสร้างขึ้น มาด้วยกัน และอยู่ใต้ความคุ้มครองของพระองค์ด้วยกัน ในสมัยกลางจึงมีความเป็นเอกภาพในทาง ความคิดเกี่ยวกับการปกครอง ศาสนา ศิลธรรม และกฎหมาย สำหรับหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด (The Principle of the Supremacy of Law) ถือว่ากฎหมายที่แท้จริงนั้นคือ สิ่งที่มาจากพระเจ้าผู้เป็น เจ้า ดังนั้นจึงไม่อยู่ภายใต้อาณัติหรืออำนาจอธิปไตยของมนุษย์ และกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลง แก้ไขได้ตามใจชอบ ถือกฎหมายเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์สูงสุดและอยู่เหนือมนุษย์เหนืออำนาจกษัตริย์ กฎหมายในแง่จึงมีความศักดิ์สิทธิ์และ อยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ทั้งหลาย ความคิดในทางการ ปกครองโดยยึดต่อหลักกฎหมายในยุคสมัยกลางนี้ จึงอาจเรียกได้ว่าเข้าทำนองระบอบทางการ ปกครองซึ่งในสมัยต่อมาเรียกกันว่า ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ก็ได้ หรือการ ยึดถือกฎหมายเป็นหลักการใหญ่อันศักดิ์สิทธิ์ที่ประกอบเป็นรากฐานของรัฐอยู่ ความเชื่อเช่นนี้มี หลักการที่ยึดถือกฎหมายอยู่สูงกว่าอำนาจรัฐ (Higher Law) ธรรมเนียมที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่นี้ได้ สืบสายมาตั้งแต่ยุคสมัยกลางจวบจนถึงปัจจุบันที่ปรากฏเด่นชัดก็คือ ธรรมเนียมการปกครองของ อังกฤษ ซึ่งถือหลัก Supremacy of Law อันสืบทอดมาตามวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์จาก ขนบธรรมเนียมประเพณีต่อเนื่องจากในสมัยแองโกลแซกซอนของระบบกฎหมายอังกฤษ²⁵ พัฒนา เติบโตขึ้นตามยุคสมัยเป็นรากฐานของระบบ Common Law และเป็นพื้นฐานของหลักการ ประชาธิปไตย อีกทั้งยังอาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดหลักการที่ยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่ในยุคสมัย กลางที่เป็นแนวความคิดสืบเนื่อง มาจากการยึดถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและอยู่เหนืออำนาจของ มนุษย์หรืออำนาจของกษัตริย์ที่ต่อมา ได้พัฒนามาเป็นแนวความคิดที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญนิยม

²⁵ สุนัย มโนมัยอุตม , ระบบกฎหมายอังกฤษ , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2555) หน้า 233-234

(Constitutionalism) นี้²⁶ อันเป็นที่ถือว่ามีกฎหมาย ที่อยู่สูงสุดเหนือและสูงกว่าอำนาจรัฐ เป็นพื้นฐานของแนวคิดหลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรปในเวลาต่อมา

ดังเช่นที่มีการกล่าวถึงแนวความคิดในสมัยกรีก การนำเสนอถึงแนวความคิดหลักการปกครองโดยกฎหมายในยุคสมัยกลางนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดทางกฎหมายของศาสนจักรสามารถศึกษาแนวความคิดของพระสงฆ์ในคริสต์ศาสนาที่เป็นนักคิด นักปราชญ์ผู้รู้หนังสือ และเป็นผู้ที่มีความรู้ชั้นสูงที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นวิชาชีพ (Professional) โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักบุญออกัสติน และนักบุญโทมัส อควีนาส ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งที่ทำให้แนวความคิดทางกฎหมายของศาสนจักรโดดเด่นขึ้นจนเป็นที่แพร่หลาย ในยุคสมัยกลาง ได้ดังนี้

นักบุญออกัสติน (Saint Augustine) (คริสต์ศักราช 354-430)

ภายใต้หลักการสูงสุดของแนวคิดนักบุญออกัสตินมีพื้นฐานมาจากพระคริสต์ธรรมคัมภีร์ อันศักดิ์สิทธิ์ (Sacred Scripture) บนแนวความคิดทางเทววิทยาที่เชื่อว่ามนุษย์ล้วนแล้วแต่มีบาปติดตัวมา (Original Sin) แนวคิดทางปรัชญาของนักบุญออกัสตินจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า มนุษย์มี 2 จำพวก คือ คนดี กับคนเลว คนดีเป็นพลเมืองในนครของพระเจ้า ส่วนคนเลวเป็นพลเมืองในนครของโลก และผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมือง คือ สถาบันกษัตริย์ ส่วนผู้มีอำนาจสูงสุดทางศาสนา ได้แก่ สถาบันสันตะปาปา²⁷ สังคมรัฐ จึงเกิดขึ้นมาภายใต้ความจำเป็นที่จะต้องควบคุมความสงบสุขซึ่งกันและกันเองระหว่างมนุษย์ทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ดี ฝ่ายอาณาจักรทั้งหลายก็ต้องอยู่ภายใต้ฝ่ายศาสนจักรที่เป็นผู้แทนของพระเจ้าโดยต้องปฏิบัติหน้าที่รับใช้ศาสนจักรซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามพระบัญชาของพระเจ้า เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐหรือฝ่ายอาณาจักรจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักธรรม ซึ่งเป็นพระบัญญัติของพระเจ้า²⁸ จึงอาจกล่าวได้ว่า แก่นหลักของแนวคิดทางการเมืองของนักบุญออกัสตินอยู่ที่คำสอนที่ว่าด้วยคุณธรรม อันเป็นคำสอนที่มีรากเหง้าอยู่ทั้งในจารีตทางปรัชญาและในพระคริสต์ธรรมคัมภีร์กับหลักคำสอนที่ว่า มนุษย์คือสัตว์สังคมโดยธรรมชาติที่มีความสามารถในการติดต่อสื่อสารและมีความสัมพันธ์กับมนุษย์ด้วยกัน ในรูปแบบต่างๆ ได้ การสมาคมระหว่างมนุษย์ด้วยกันได้ร่วมสร้างประชาคมทางการเมืองขึ้นมา และคุณธรรมที่จะอธิบายลักษณะความเป็นพลเมืองและออกกระเบียบให้พลเมืองทั้งปวงไปสู่เป้าหมายร่วมกันของรัฐคือ ความยุติธรรม อันเป็นเสาหลักของสังคมประชา (Civil Society) ความเป็นเอกภาพและความสูงส่งของ มนุษย์ใดๆ ก็ตามย่อมขึ้นอยู่กับความยุติธรรม โดยรัฐหรืออาณาจักรจะทำหน้าที่รับใช้ศาสนจักรและที่สำคัญ รัฐหรือฝ่ายอาณาจักรต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือ ต้องอยู่ภายใต้

²⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1* , หน้า 145-147

²⁷ สุพจน์ บุญวิเศษ , *หลักรัฐศาสตร์* , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : เอ็ม.ที.เพรส , 2551) , หน้า 95

²⁸ สมบัติ จันทรวงศ์ (ผู้แปล) , *ประวัติปรัชญาการเมือง (เล่มที่หนึ่ง)* , (กรุงเทพฯ : คบไฟ , 2551) หน้า 308-311

หลักพระคริสต์ธรรม และมนุษย์ต้องอาศัยศรัทธา (Faith) เป็นเครื่องชักนำไปสู่สิ่งที่เคารพบูชา (Authority) เป็นสรณะ เพื่อบันดาลให้มนุษย์ปฏิบัติตามเจตจำนงของพระผู้เป็นเจ้า (The Will of God) และดำเนินชีวิตให้เป็นไปตามครรลองภายใต้พระบัญชาของพระองค์

นักบุญออกัสตินได้อธิบายกฎหมาย โดยแยกอย่างชัดเจนระหว่างกฎอันเป็นนิรันดร์ (Eternal Law) ซึ่งเป็นบรรทัดฐานสูงสุดของความยุติธรรมกับกฎหมายของทางโลกหรือกฎของมนุษย์ (Human Law) โดยเห็นว่า กฎเกณฑ์ที่มีค่าสมบูรณ์ที่สุดได้แก่กฎหมายของพระผู้เป็นเจ้าหรือกฎอันเป็นนิรันดร์ ซึ่งเป็นดังเจตจำนงอันศักดิ์สิทธิ์ของพระผู้เป็นเจ้า เป็นแหล่งที่มาอันเป็นสากลของความยุติธรรมและความถูกต้อง ตามกฎหมายธรรมชาติอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ดำรงอยู่ในสรรพสิ่งที่พระผู้เป็นเจ้าได้สร้างขึ้นและเป็นกฎหมาย ที่ครอบคลุมทุกสิ่งในจักรวาลดำรงอยู่ตลอดเวลา โดยกฎหมายของทางโลกเป็นกฎหมายที่สามารถผันแปรได้ตามสภาพแวดล้อมและสถานที่โดยถูกตราขึ้นเพื่อคุณประโยชน์ร่วมกันในการรักษาความสงบเรียบร้อย เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้น แต่ก็จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สูงกว่า คือ มีความสอดคล้องต้องกันกับกฎหมายธรรมชาติและกฎอันเป็นนิรันดร์²⁹ จะเห็นได้ว่า แนวความคิดหลักการปกครองภายใต้กฎหมายของนักบุญออกัสตินจึงผูกพันอยู่กับแนวคิดเรื่องกฎอันเป็นนิรันดร์และการคุ้มครองของพระผู้เป็นเจ้า ผู้ศักดิ์สิทธิ์ที่มีต่อสรรพสิ่งทั้งหลาย กฎอันเป็นนิรันดร์จึงเปรียบเสมือนบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายอันเป็น แบบแผนที่กำหนดความประพฤติระหว่างผู้คนในสังคมที่มีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ (Organize Sanction) ซึ่งในยุคสมัยใหม่เรียกกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ว่า “กฎหมาย” ที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือ ในการบริหารกิจการของรัฐให้ผู้ปกครองสามารถบังคับใช้ เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่มีอยู่หลากหลายอันเป็นภารกิจของรัฐให้บรรลุผล นอกจากนี้ แนวความคิดหลักการปกครองโดยกฎหมาย ในยุคสมัยกลางภายใต้อิทธิพลของศาสนจักร ยังสะท้อนถึงแนวความคิดอันเป็นพื้นฐานของคริสต์ศาสนาคือ หลักแห่งความเสมอภาคของมนุษย์ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐ ที่จะกล่าวถึงในหัวข้อ 3.1.3.2.1 ต่อไป

นักบุญโทมัส อะไควนัส (Saint Thomas Aquinas) (คริสต์ศักราช 1225-1274)

นักบุญโทมัส อะไควนัสนับเป็นนักปราชญ์คนสำคัญและเป็นนักคิดที่ยิ่งใหญ่ของศาสนจักร คริสเตียน ปรัชญาของเซนต์อะไควนัสเป็นความคิดที่สนองความต้องการของศาสนาคริสต์ได้อย่างแท้จริง เนื่องจากแนวความคิดของเซนต์อะไควนัสได้ปฏิวัติกรอบแนวคิดในยุคสมัยกลางโดยบูรณาการปรัชญาของอริสโตเติลเข้ากับการอธิบายถึงความเชื่อของหลักศรัทธาในศาสนาคริสต์ซึ่งได้

²⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 314-317

ก่อให้เกิดพลังในการสนับสนุนหลักการใช้เหตุผลในทางปรัชญามากยิ่งขึ้น ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้ทรงอิทธิพลในช่วงปลายของ ยุคสมัยกลาง สืบเนื่องมาจากวจนโลกยุคสมัยปัจจุบัน

การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในยุคสมัยกลางมีผลต่ออิทธิพลแนวคิดของเซนต์อะไควนัส คือ ความเปลี่ยนแปลงของสถาบันศาสนาที่กลายเป็นสถาบันกลางของการเมืองและการบริหาร และเป็นศูนย์รวมจิตใจทางวิชาการและวัฒนธรรมของโลกตะวันตก ในขณะที่เดียวกันก็มีสถาบันใหม่เกิดขึ้น ทำทนายอำนาจสูงสุดของสถาบันศาสนา อันได้แก่ มหาวิทยาลัย ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวความคิดทางวิชาการของ เซนต์อะไควนัส นอกจากนี้ยังปรากฏการก่อตัวของสถาบันที่สำคัญคือ ชาติ-รัฐ (nation-state) สมัยใหม่เกิดขึ้น โดยแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐและกฎหมายของเซนต์อะไควนัสที่คล้ายกับอริสโตเติล คือ เชื่อว่ารัฐเป็นชุมชนทางศีลธรรมที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อศีลธรรมที่ดีของสมาชิกของตน รัฐควรอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม และควรปกครองเพื่อความดีของประชาชนภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย³⁰ อีกทั้งในแง่ปรัชญา ทางการเมืองเซนต์อะไควนัสเห็นว่ารัฐบาลควรขึ้นกับกฎหมายและถูกขึ้นำโดยศีลธรรม การปกครองจะต้องมีหลักการที่สอดคล้องกับกฎธรรมชาติ หากการปกครองขัดแย้งกับธรรมชาติ ประชาชนมีสิทธิที่จะปฏิเสธผู้ปกครองได้โดยกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นจะเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับเหตุผลที่ถูกต้อง ซึ่งหลังไหลมาจากกฎธรรมชาติ ที่ถูกต้องและเป็นนิรันดร์ จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของเซนต์อะไควนัสมีแนวคิดยืนยันในหลักการที่รัฐต้องปกครองภายใต้กฎหมายเพื่อเจตจำนงของประชาชน ถือเป็นรากฐานของแนวคิดนิติรัฐ ที่สืบเนื่องมาจากวจนถึงแนวคิดหลักการปกครองที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายในยุคสมัยใหม่

นักบุญโทมัส อะไควนัสได้อธิบายกฎหมายออกเป็น 4 ระดับ โดยแต่ละระดับแตกต่างกัน แม้กระนั้นแต่ละระดับเชื่อมต่อกับระดับอื่นโดยอาศัยเหตุผลอย่างเป็นเอกภาพ แบ่งออกเป็น³¹

(1) กฎหมายนิรันดร์ (Eternal Law)

กฎหมายนิรันดร์ คือ โองการอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้า เป็นแผนการปกครองขององค์พระเจ้า เป็นเหตุผลและปัญญาอันบริสุทธ์ (Wisdom) ที่กำกับความเป็นไปทั้งปวงในจักรวาล หากแต่กฎหมายนิรันดร์นั้นมนุษย์ไม่อาจล่วงรู้และไม่สามารถเข้าถึงโดยสมบูรณ์ได้เพราะเป็นพระปัญญาอันบริสุทธ์ ของพระเจ้าเป็นเจ้านั่นเอง

³⁰ สมนึก ชูวีเชียร , ความคิดทางการเมืองแบบตะวันตก จากโสกราตีสถึงยุคอุดมการณ์ , (กรุงเทพฯ : เอ็มแอล ครีเอชั่น แอนด์ พรีนติ้ง , 2548) หน้า 131-133

³¹ ดิเรก ควรสมาคม , อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 22 , หน้า 83-84

(2) กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

กฎหมายธรรมชาตินี้แท้จริงแล้วก็คือ กฎเกณฑ์จากกฎหมายนิรันดร์เพียงบางส่วนเท่านั้น ที่มนุษย์อาจเข้าถึงได้ด้วยเหตุผลและปัญญาของตัวมนุษย์เอง หรือความรู้สึกลึกซึ้งที่ฝังอยู่ในธรรมชาติของตัวมนุษย์แล้ว คล้ายเป็นการผสมผสานเหตุผลและความรู้สึกที่ฝังอยู่ในจิตตามแนวคิดกรีกของอริสโตเติลมา ประยุกต์ให้เข้ากับศาสนาคริสต์

(3) กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ (Divine Law)

คือ หลักคำสอนในพระคัมภีร์ อันเป็นกฎเกณฑ์ที่มนุษย์ได้รับรู้จากการดลบันดาลเปิดเผยให้รู้ (Revelation) โดยพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ ดังเช่น บัญญัติ 10 ประการ หรือในรูปของหลักที่ยอมรับ (Dogma) ต่างๆ เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจเข้าถึงได้ด้วยเหตุผลของมนุษย์ แต่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของได้ทรงเปิดเผยให้มนุษย์ได้รับรู้ โดยผ่านทางพระคัมภีร์หรือทางคำสอนของศาสนจักร โดยการเชื่อและศรัทธาในสิ่งเหล่านี้ จะทำให้มนุษย์เข้าถึงพระเจ้า

(4) กฎหมายมนุษย์ (Human Law)

ได้แก่ กฎหมายที่เป็นคำบัญชาของเหตุผล (Ordinance of Reason) เพื่อความดีงามร่วมกันที่บัญญัติขึ้นโดยผู้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาประชาคมและได้ประกาศใช้แล้ว โดยกฎหมายมนุษย์นี้ไม่สามารถ ขัดกับกฎหมายธรรมชาติได้ หากขัดหรือแย้งแล้ว ย่อมเท่ากับว่าเป็นการขัดต่อหลักแห่งเหตุและผลด้วย ซึ่งจะทำให้กฎหมายมนุษย์นั้นขัดกับหลักความชอบธรรม และมีผลทำให้กฎหมายนั้นใช้ไม่ได้และไม่เป็นกฎหมาย อีกต่อไป โดยมีเหตุผลจากหลักความเป็นเอกภาพของจักรวาล จากหลักการดังกล่าวของเซนต์อะควีนาสนี้ แสดงให้เห็นถึงหลักการที่ว่าด้วยกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าไม่อาจที่จะไปขัดหรือแย้งกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าได้ และหากเกิดกรณีการขัดกันขึ้น กฎหมายที่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าก็จะมีผลบังคับ อันเป็นแนวคิดสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดถึงลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

ในการศึกษาพัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยกลาง ซึ่งเป็นยุคที่ศาสนจักรเป็นสถาบัน อันเป็นศูนย์กลางของการเมืองการปกครอง ศาสนา วัฒนธรรม และศิลปวิทยาการ การแสวงหาความรู้ได้ถูกนำเสนอเป็นหลักการต่างๆ ผ่านอิทธิพลคำสอนของพระคริสต์ธรรมอันศักดิ์สิทธิ์ของศาสนาคริสต์เป็นหลัก ภายใต้หลักศรัทธาในพระคัมภีร์และคำสอน ตลอดจนแนวคิดของนักบวชแห่งคริสตจักรผู้เป็นเสมือนตัวแทนของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ และอาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดของเซนต์อะควีนาสได้เชื่อมโยงแนวความคิดของ อริสโตเติลที่ยกย่องหลักการให้เหตุผลในทางปรัชญาให้ประสานเข้ากับแนวคิดความเชื่อในศาสนาคริสต์ และยอมรับเจตจำนงอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของในรูปแบบของกฎหมาย 4 ระดับดังกล่าว โดยมุ่งเน้นว่า กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ หากกฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ย่อมไม่มีคุณค่าจะนับเป็นกฎหมาย อันแสดงถึงหลักการในทางศาสนาคริสต์อันเป็นหลักเอกภาพสูงสุดของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของว่า กฎหมายที่แท้จริง

และสูงสุดมาจากพระผู้เป็นเจ้าและอยู่เหนือกฎหมาย ของรัฐอาณาจักรทั้งปวง โดยแนวคิดของเซนต์ อะไควนัสก็ยกย่องหลักของเหตุผลที่ช่วยให้เชื่อมต่อแนวความคิดของคริสต์ศาสนาเกี่ยวกับหลัก กฎหมายธรรมชาติไปสู่ยุคสมัยใหม่โดยอาศัยฐานแห่งการยอมรับนับถือเหตุผล ที่มีมาอย่างต่อเนื่อง จากยุคกรีก โรมัน เป็นพื้นฐานนั่นเอง จนสามารถกล่าวได้ว่า แนวความคิดของเซนต์อะไควนัส ได้กลายเป็นปรัชญาทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในทุกยุคทุกสมัย และเป็นรากฐานในเรื่องของ ความยุติธรรม และแนวคิดในการใช้บังคับกฎหมายในการสร้างความเป็นธรรมทางสังคมโดย อาศัยหลักการแห่งเหตุผลที่สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ

2.1.1.3 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยใหม่

ราวปลายศตวรรษที่ 14 เป็นต้นมา ยุคสมัยกลางภายใต้อำนาจของศาสนจักรได้ สิ้นสุดลง และเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) โดยปัญญาชน นักปราชญ์ได้ค้นคว้าศึกษา ศิลปะและวัฒนธรรมของกรีกและโรมันที่กลับมาเฟื่องฟู สอดรับกับความเชื่อในสติปัญญาและเหตุผล ของมนุษย์เองมากกว่าพระผู้เป็นเจ้า อันก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และโต้แย้งความเชื่อเก่าแก่ที่ตก ทอดมาแต่ยุคสมัยกลางหลักความมีเหตุผล (Rationality) ได้เป็นแก่นแท้ของเหตุผลและความถูกต้อง โดยอาศัยหลักการทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถพิสูจน์ และอธิบายปรากฏการณ์ต่างๆ ของโลกและ จักรวาล อันส่งผลให้ทัศนคติต่อโลก มนุษย์ สังคม รัฐ แม้กระทั่งกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปโดยสิ้นเชิง

การก่อตัวของรัฐสมัยใหม่ อันเป็นรัฐฆราวาส (Secular State) หรือรัฐอาณาจักรที่ สถาปนาเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อศาสนจักร อันส่งผลให้อำนาจและสถานะของรัฐ (State) ในทางการเมือง การปกครองก่อตัวเป็นแนวคิดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐหรือรัฐอธิปไตย อันเป็นการเชิดชูสถานะของ อำนาจรัฐเหนือสิ่งอื่นใด ในการสถาปนาแนวความคิดหลักการดำรงอยู่ของรัฐตามแนวความคิดของมา เคียเวลลี (Machiavelli 1469-1527) ที่เสนอหลักเหตุผลของรัฐ (Reason of State) ที่เน้นหลักการ ที่รัฐต้องปกครองโดยผู้ปกครอง ที่มีอำนาจสูงสุดที่เด็ดขาดเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และเพื่อความดำรงอยู่ของรัฐ³² และแนวความคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin 1530-1596) ว่า ด้วยเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) อันเป็นอำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐที่ไม่อาจถูกจำกัด หรือยับยั้งด้วยกฎหมายใดๆ และที่เน้นความสำคัญว่า รัฐคือการปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยมี แนวคิดที่มุ่งเน้นการรวมศูนย์อำนาจอธิปไตยไว้ที่องค์อธิปัตย์ อันเป็นอำนาจสูงสุด เป็นนิรันดร์และไม่

³² กวี อิศริวรรธ , 20 ความคิดทางการเมือง , (กรุงเทพฯ : สยามบรรณ , 2530) หน้า 35-40

อาจแบ่งแยกได้³³ แนวความคิดของมาเคียเวลลีและฌอง โบแดง แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยรัฐและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐในยุคสมัยใหม่ที่เน้นอำนาจนิติบัญญัติมาเป็นศูนย์กลางของแนวความคิดว่ารัฐ แนวความคิดว่าด้วยรัฐ จึงอุบัติขึ้นพร้อมกับการใช้บังคับกฎหมายในฐานะของสิ่งจำเป็นในการสร้างชาติ (National-Building) ของรัฐสมัยใหม่ กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือในการบริหารกิจการของรัฐสมัยใหม่ให้ผู้ปกครองสามารถบังคับใช้เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ที่มีอยู่หลากหลายอันเป็นภารกิจของรัฐให้บรรลุผล

สำหรับแนวความคิดว่าด้วยรัฐได้ปรากฏครั้งแรกนับแต่ยุคสมัยกรีก ซึ่งใช้คำว่า polis อันมีความหมายว่ารัฐ โดยเพลโตได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือ The Republic ว่า รัฐถูกตั้งขึ้นมาเพื่อตอบสนอง ความต้องการของบุคคล ดังนั้น รัฐที่ดีก็คือรัฐที่จะต้องทำให้เกิดผลประโยชน์แก่ประชาชน ส่วนซิเซโร นักปราชญ์ชาวโรมันได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับรัฐว่า รัฐเป็นประชาคมทางจิตใจ (Moral Community) ก่อกำเนิดมาโดยการรับรองของประชาชน ด้วยเหตุนี้ ทุกคนจึงเป็นเจ้าของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน และอยู่ภายใต้กฎหมายของประชาชน รัฐเป็นสมบัติของทุกคน และรัฐที่ดีจะต้องมีรัฐบาลที่มีความยุติธรรม³⁴ และเป็นที่ยอมรับว่า รัฐประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ คือ ประชากร ดินแดน รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย โดยแนวความคิดว่าด้วยการกำเนิดของรัฐปรากฏจากสมมติฐานที่หลากหลายแนวความคิดและทฤษฎี แต่สมมติฐานของแนวความคิดและทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับในยุคสมัยใหม่มาจวบจนปัจจุบัน คือ แนวคิดสัญญาประชาคม (Social Contract) ที่เชื่อมโยงแนวความคิดว่าด้วยรัฐและกฎหมาย โดยผู้เบิกทางให้กับการอธิบายรากฐานของกฎหมายในสมัยใหม่โดยอ้างอิงกับเหตุผลความรู้สึกลึกซึ้งของมนุษย์ตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ คือ ฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius 1583-1645)³⁵ นักกฎหมายและนักปราชญ์ชาวดัตช์ ที่ได้พัฒนาแนวคิดของอริสโตเติลที่เชื่อว่า “มนุษย์นั้นมีธรรมชาติเป็นสิ่งที่ต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม” ดังนั้นความถูกต้องเป็นธรรมในทัศนะของโกรเชียสก็คือ สภาวะที่สอดคล้องกับธรรมชาติของการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างมีเหตุผล สิ่งใดที่ขัดแย้งรบกวนความกลมกลืนสงบสุขในสังคมนั้นย่อมไม่ถูกต้องเป็นธรรม โดยโกรเชียสยืนยันว่า กฎหมายธรรมชาติ คือ เหตุผลที่ถูกต้อง และเหตุผลที่ถูกต้องนี้เองจะเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าการกระทำใดถูกหรือผิด โดยย่อสาระสำคัญของแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติก็คือ กฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นมีไข่กฏสูงสุดแต่เป็นกฎที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎธรรมชาติซึ่งจะเป็นไปตามความยุติธรรมตามธรรมชาติ ดังนั้นการตีความกฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับความยุติธรรมที่ถูกต้อง

³³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 44-47

³⁴ ณิชชาภัทร อุ๋นตรงจิตร , รัฐศาสตร์ , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2553) หน้า 16-17

³⁵ พัทธ์ นิยมศิลป์ , ความยุติธรรมกับการปฏิวัติรัฐประหาร: เมื่อแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองกำลังถูกท้าทาย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1420>

แท้จริงสอดคล้องกับกฎธรรมชาติมากยิ่งขึ้นกว่าตัวบทหลายลักษณะอักษร ซึ่งแนวคิดสัญญาประชาคมได้ปรากฏจากแนวความคิดของนักคิดและนักปรัชญาที่สำคัญ ดังต่อไปนี้³⁶ **จอห์น ล็อก (John Locke) (คริสต์ศักราช 1632-1704)**

ได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยได้อธิบายว่า รัฐเกิดจากสัญญาประชาคมอันเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันขึ้นเพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเอง และเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน และต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐโดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐนั้นจะต้องเคารพกฎหมายที่ตราออกมา สัญญาประชาคมตามแนวคิดของล็อกจึงเป็นพันธสัญญาในแง่ที่รัฐเข้ามาเป็นคู่พันธสัญญากับประชาชนนั่นเอง พันธสัญญาดังกล่าวจึงเป็นพันธสัญญาสหภาพ (Pactum Unionis)³⁷ ดังนั้นการเกิดรัฐในแนวความคิดของล็อกนั้นหมายความว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นมาเพราะเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย และเห็นว่าเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัด โดยกฎหมายเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน แนวความคิดของล็อกดังกล่าวถือเป็นรากฐานของ การจำกัดอำนาจรัฐ ทั้งสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่รัฐจะใช้อำนาจล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนมิได้ และแนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ที่ต่อมากลายเป็นรากฐานของรัฐธรรมาภิบาลแห่งสหรัฐอเมริกาอันเป็นรัฐธรรมาภิบาลลักษณะอักษรฉบับแรกของโลก³⁸ และหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมาภิบาลแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส³⁹ จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของล็อก ได้วางหลักการในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนและยึดมั่นในปรัชญากฎหมายธรรมชาติโดยถือว่ามีสถานะสูงสุด และให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิด โดยจำกัดการใช้อำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295>

³⁷ เรื่องเดียวกัน

³⁸ อภิญา แก้วกำเหนิด , การสถาปนารัฐธรรมาภิบาลเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2544) หน้า 74

³⁹ เฟ็งอ้าง , หน้า 146

ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) (คริสต์ศักราช 1712-1778)

ถือเป็นนักคิดที่ยิ่งใหญ่ของทฤษฎีสัญญาประชาคมโดยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากจอห์น ล็อก และรวบรวมความคิดเกี่ยวกับกฎหมายและสถาบันต่างๆ ทางด้านการเมืองถ่ายทอดลงใน งานเขียน ชื่อ “สัญญาประชาคม”⁴⁰ โดยรูสโซได้อธิบายเกี่ยวกับแนวคิดสัญญาประชาคมว่า สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการทำสัญญาประชาคม จัดตั้งรัฐเพื่อทำหน้าที่รักษาความสงบและเป็นหลักประกันเสรีภาพที่แน่นอน โดยประชาชนมีเจตจำนงทั่วไป (General Will) อันเป็นเจตนารมณ์ที่มีเหตุผลในอันที่จะยืนยันอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน โดยรูสโซ เน้นว่า แก่นแท้ของมนุษย์ คือเสรีภาพและความเสมอภาค จึงเป็นความจำเป็นต้องมีรัฐเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปวงชนดังกล่าว รูสโซได้มีทัศนะเกี่ยวกับกฎหมายว่า เป็นเจตจำนงร่วมกันเพื่อผนึกสิทธิเข้ากับหน้าที่และความยุติธรรมไปสู่เป้าหมายอันเป็นความสงบสุขของรัฐ โดยรูสโซเห็นว่า คำสั่งของคนคนเดียว ไม่ว่าจะเป็ใครก็ตาม ย่อมไม่ใช่กฎหมาย แม้แต่คำสั่งของรัฐบาลิปไตยที่มีต่อกรณีเฉพาะก็ไม่ใช่กฎหมาย และไม่ใช่งการกระทำของอำนาจอธิปไตย หากแต่เป็นของการบริหารปกครอง⁴¹ ในทัศนะของรูสโซ กฎหมาย จึงเป็นเงื่อนไขสำหรับการมารวมกันเป็นสังคม ประชาชนซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติตามกฎหมายจะต้องเป็นผู้เขียนกฎหมายเพื่อกำหนดเงื่อนไขของสังคม และประชาชนผู้เขียนกฎหมาย/ร่างกฎหมายก็ต้องอยู่ภายใต้ กฎหมายของตนเองอันเป็นการสะท้อนหลักนิติรัฐ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของรัฐจึงเป็นไปเพื่อประชาชน และอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาก็เป็นอำนาจสูงสุดที่มีสิทธิในการออกกฎหมายให้ประชาชนปฏิบัติตาม เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสงบสุขของรัฐ อาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตยในยุคสมัยปัจจุบัน

จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของหลักนิติรัฐตั้งแต่โบราณนับแต่ยุคสมัยกรีก-โรมันเป็นหลักการแนวคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมายที่มีสาระสำคัญในการเรียกร้องให้ผู้ปกครองต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ดังที่อริสโตเติลได้ยืนยันแนวความคิดหลักการปกครองโดยกฎหมายโดยยึดกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด อันเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาว่าการปกครองโดยมนุษย์ สืบเนื่องมาจนถึงสมัยที่มีการปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) จากการเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจำกัดผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย โดยการใช้อำนาจในอันที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องคำนึงถึงหลักเหตุผลตามแนวความคิด

⁴⁰ ไพรตดู วิชาดา กิตติโกวิท (ผู้แปล) , สัญญาประชาคม/หลักแห่งสิทธิทางการเมือง โดย ฌอง-ฌาคส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : หับหนังสือ สำนักพิมพ์ แซด โปรดักชั่น สตูดิโอ , 2550)

⁴¹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 61-64

ของสำนักกฎหมายธรรมชาติและแนวความคิด ในเรื่องของเหตุผลสากล (logos) ของปรัชญาสำนักสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกัน มีความสามารถในการรู้ผิดชอบ และสามารถเข้าถึงเหตุผลของกฎหมายตามธรรมชาติได้ด้วยตนเอง อันเป็นที่มาของการเรียกร้องให้รัฐต้องปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเรียกร้องให้การปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปรากฏเป็นจริงเมื่อมีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดกำหนดให้อำนาจรัฐต้องผูกพันกับกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ มีการสร้างกลไก ในการควบคุมจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และมีหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴² ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของหลักนิติรัฐแล้ว คำว่า “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) เป็นคำที่ถ่ายทอดมาจากหลักการจัดโครงสร้างการปกครองหรือการบริหารรัฐที่ถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ทุกๆ ภาคส่วนภายในรัฐ ไม่ว่าจะเป็เนกชน หรือฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย⁴³

แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐในยุคสมัยใหม่เริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 อันเป็นหลักการพื้นฐานของข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมาย โดยได้ถือกำเนิดขึ้นมาในระบบกฎหมายประเทศเยอรมันอันเป็นแนวความคิดว่าด้วย “รัฐที่อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย” หรือ “Rechtsstaat” ภายใต้หลักการควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจอันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ โดยไม่มีเหตุมีผลอันควร⁴⁴ โดยในช่วงศตวรรษที่ 18 หลักนิติรัฐมีแนวคิดเชื่อมโยงกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่ว่าด้วยเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” (Natural Rights) อันหมายถึง เมื่อมนุษย์ถือกำเนิดมา ย่อมมีสิทธิต่างๆ ติดตัวมาตามธรรมชาติ ซึ่งต่อมาได้มีการคิดและตีความโดยนักคิด นักปรัชญา ถึงสิทธิธรรมชาติดังกล่าวนี้ โดยคำนึงถึงสาเหตุและผลว่าเมื่อคนเราเกิดเป็นมนุษย์แล้วจึงต้องมีสิทธิ ในเรื่องใดๆ บ้าง และนำไปสู่การพัฒนาไปเป็นหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และขยายรวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย⁴⁵ อาจกล่าวได้ว่า **เสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือ การปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง** อันสอดคล้องกับ

⁴² โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม , เผยแพร่ใน <http://www.pub-law.net> , เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 320

⁴³ โปรดดู วิษณุ วรัญญู , หลักกฎหมายปกครองอันมีที่มาจากนิติรัฐ , รายงานการวิจัยผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 16 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม , 2555

⁴⁴ J. Zekoll and M. Reimann , Introduction to German Law , 2nd Edition Kluwer Law International , 2005 , P. 57-58

⁴⁵ โปรดดู พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , วัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

พัฒนาการ และความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคสมัยกลางว่า สันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย และเป็นที่ยอมรับกันว่า Robert von Mohl เป็นคนแรกที่น่าเอาความคิดที่ว่า การดำรงอยู่ของรัฐไม่ควร ขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่รัฐควรปกครองโดยหลักของเหตุผลมาอธิบายอย่างเป็นระบบได้อย่างชัดเจน โดยเห็นว่า **เสรีภาพของปัจเจกบุคคลถือเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ**⁴⁶ อันสอดคล้องกับแนวความคิดของ นักกฎหมายชาวเยอรมันว่า กฎหมายต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐจะต้องดำเนินการปกครองตามบทกฎหมาย โดยต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยต้องมีองค์กรที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระในการที่จะกำกับและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย⁴⁷

ทั้งนี้ ก่อนที่จะนำเสนอเนื้อหาเข้าสู่การศึกษา เรื่อง “หลักนิติรัฐ” นั้น เพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับ “หลักนิติรัฐ” ให้ถ่องแท้ ผู้ศึกษาขอชี้ให้เห็นว่า คำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมันหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศส หรือ “Legal State” ในภาษาอังกฤษ ที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) กับคำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “The Rule of Law” ที่ศาสตราจารย์ไดซี่ (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้คิดค้นขึ้น ซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อนักกฎหมายอังกฤษและ นักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่นำเอา ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ของอังกฤษไปใช้ โดย “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี่นั้นมีความหมายที่แตกต่างจาก “นิติรัฐ” ของเยอรมันและฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ซึ่งทั้งสองระบบกฎหมายนี้มีความแตกต่างกันหลายประการ ทั้งในด้านหลักกฎหมาย นิติวิธี การจัดองค์กรทางกฎหมาย ระบบศาล การศึกษาและฝึกอบรมนักกฎหมาย⁴⁸ โดยมีการแปลคำว่า “The Rule of Law” เป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “la preeminence du droit” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” โดยนักปราชญ์ ชาวฝรั่งเศส Tocqueville เห็นว่า “The Rule of Law” นั้น นอกจากจะหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมแล้ว ยังหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของผู้พิพากษา” ในการพิพากษาคดีพิพาทที่กระทบกระเทือนต่อ “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” อีกด้วย โดยในอังกฤษมีความเชื่อกันว่า สถาบันศาลนั้นย่อมอยู่เหนือสถาบันทางปกครองในการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิของบุคคล จุดนี้เองที่ทำให้จารีตประเพณีทางกฎหมายของ

⁴⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 42* , หน้า 321

⁴⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ , *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สื่อปัญญา , 2540) หน้า 11-12

⁴⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์ , *กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการสำคัญ* , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2558) , หน้า 20-21

อังกฤษแตกต่างจากจารีตประเพณีทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยที่ศาสตราจารย์ Elisabeth Zoller ชาวฝรั่งเศสชี้ให้เห็นว่า “The Rule of Law” ของอังกฤษนั้นมีความหมายที่ไม่ตรงกับ “หลักนิติรัฐ” (“Rechtsstaat” ของเยอรมัน หรือ “Etat de droit” ของฝรั่งเศส) กล่าวคือ “The Rule of Law” นั้นเป็นเรื่องของหลักการที่ถือว่าปัจเจกชนต้องมีความสำคัญเหนือ กว่ารัฐ⁴⁹ ในขณะที่ในเรื่องดังกล่าวศาสตราจารย์ Zoller มิได้มีการอธิบายถึงหลักนิติรัฐไว้โดยตรง หากแต่มีการอธิบายชุดความคิดทางกฎหมายมหาชนที่นำมาสู่การอธิบายถึงหลักนิติรัฐตามแบบฉบับของเยอรมันและฝรั่งเศสในเวลาต่อมา กล่าวคือ การอธิบายถึงความเป็นมาของแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่ได้มีการอธิบายว่า แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนในฝรั่งเศสและในเยอรมันนั้นแตกต่างกันประการหนึ่งคือ ในฝรั่งเศสนั้นคิดค้นและพัฒนากฎหมายมหาชนจากวัตถุ (Objet) ของกฎหมายคือ “สิ่งสาธารณะ” (res publica) ส่วนนักวิชาการเยอรมันสร้างกฎหมายมหาชนโดยสร้างแนวความคิดทางกฎหมายภายในกรอบของทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยรัฐ โดยถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นเรื่องเดียวกับรัฐ⁵⁰ ซึ่งในเวลาต่อมาการอธิบายชุดความคิดและทฤษฎีดังกล่าวได้วิวัฒนาการและนำมาสู่การกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” เป็นครั้งแรก ในหนังสือของวิลเฮิม ปีเตอร์เซ็น ในปี ค.ศ. 1798 ที่อธิบายโดยสรุปว่า “นิติรัฐ” เป็นรัฐที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนย่อมมาก่อนรัฐกำหนดหรือกฎหมายของรัฐ (Staatsrecht) โดยรัฐกำหนดจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการเคารพสิทธิมนุษยชน⁵¹ ประกอบกับได้ปรากฏการอธิบายความหมายของหลักนิติรัฐเสียใหม่จนเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปในวงการนักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสอย่างแพร่หลายและกลายมาเป็นรากฐานของความหมายของ “นิติรัฐ” (“Legal State” ในภาษาอังกฤษหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศส) ในกฎหมายมหาชนของนานาประเทศในปัจจุบัน โดยกาเร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส อธิบายว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้นหมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย” ในแง่นี้ “นิติรัฐ” จึงหมายถึง “รัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ หรือ

⁴⁹ Elisabeth Zoller , Introduction au droit public , Paris , Dolloz , réed, 2006 , p. 97-98 อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงวงศ์ , “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560 , หน้า 16-17

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 20-21

⁵¹ V.L. Heuschling , Etat de droit , Rechtsstaat , Rule of Law , Paris , Dalloz , 2002 , p.37 , อ้างไว้ใน Elisabeth Zoller , เชิงอรรถที่ 49 , ใน ชาญชัย แสงวงศ์ , เพิ่งอ้าง

รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายมิใช่มนุษย์” (Government of law , not of men) เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้นด้วย และเนื่องจากความเป็น “นิติรัฐ” นั้น รัฐต้องผูกพันตนกับกฎหมายที่ตนเป็น ผู้ตราขึ้น ดังนั้นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจึงเป็นทั้งฐานที่มาแห่งอำนาจและขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลปกครองประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้นและมีให้สามารถใช้อำนาจนั้น ไปโดยอำเภอใจ โดยไม่มีขอบเขตหรือไร้กฎเกณฑ์จนทำลายสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของผู้อยู่ใต้การปกครอง “นิติรัฐ” จึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยเจตจำนงของมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองรัฐดังกล่าวแล้ว⁵²

โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่า องค์ประกอบของหลักนิติรัฐมีอยู่ สองส่วน คือ องค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางรูปแบบ และองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหา แต่โดยที่พัฒนาการของหลักนิติรัฐในยุคสมัยใหม่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งยังเป็นช่วงที่ประเทศเยอรมนี อยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิ ปราบกฏปัญหาในการเชื่อมโยงกฎหมายเข้ากับ ความยุติธรรม เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวนี้ มโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐอันยืนยันหลักการที่กฎหมายจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ และสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ ตลอดจนเป็นประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ได้ถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น⁵³ เนื่องจากอิทธิพลทางแนวความคิดปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่เน้นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และการสร้างความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในระบบกฎหมายเป็นหลัก สำหรับแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง กฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายย่อมถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับความถูกต้องเป็นธรรม ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเฉพาะในส่วนขององค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น⁵⁴ อันทำให้เกิดเป็นที่มาของรัฐตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองผูกพันต่อกฎหมาย มุ่งใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง โดยไม่สนใจถึงความถูกต้องและเป็นธรรม โดยคำว่า “รัฐตำรวจ” เป็นรัฐที่ตั้งอยู่บนหลักคิดที่ว่าวิธีการใดๆ ก็ใช้ได้หากบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมาย⁵⁵ ทำให้รัฐที่เป็น “รัฐตำรวจ” แตกต่าง

⁵² เรื่องเดียวกัน , หน้า 21-23

⁵³ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 45*

⁵⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2552) หน้า 21

⁵⁵ วิษณุ วรัญญู , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 43*

จากรัฐที่เป็น “นิติรัฐ” ซึ่งการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจ ส่งผลให้ในเวลาต่อมาได้มีการพยายามอธิบายถึงองค์ประกอบของนิติรัฐ ในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรมมากขึ้น จวบจนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ. 1939-1945) จากประสบการณ์ของการใช้บังคับกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงความยุติธรรมในสมัยนาซีภายใต้การครองอำนาจของ Adolf Hitler (ค.ศ. 1889-1945) ที่ส่งผลให้พัฒนาการของแนวความคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบของนิติรัฐในทางเนื้อหาต้องสะดุดหยุดลง⁵⁶ จนในที่สุดจึงได้มีการนำเสนอแนวความคิดถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ และมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาที่ปรากฏชัดเจนในเวลาต่อมาและทำให้ในปัจจุบันนี้เมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือ ทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา ตามหลักการแนวคิดที่ว่าการปกครองโดยหลักนิติรัฐมิใช่เพียงการปกครองโดยกฎหมายในทางรูปแบบเท่านั้น หากยังมีหลักทั่วไปที่สอดคล้องกับหลักการแนวความคิดพื้นฐานของความยุติธรรมอันเป็นหัวใจของการปกครองโดยรัฐภายใต้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนับตั้งแต่ช่วงประมาณปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา แนวความคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาจึงปรากฏในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ เช่น สิทธิในร่างกาย สิทธิในชีวิต สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น และได้มีการเสนอแนวความคิดและอธิบายถึงหลักการย่อยอันเป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐมากขึ้น⁵⁷

2.1.2 องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

แนวความคิดว่าด้วย “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) หรือรัฐที่ดำเนินไปภายใต้กฎหมายวางอยู่บนพื้นฐานของการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นหัวใจของพัฒนาการของรัฐในยุคสมัยใหม่ และถือเป็นผลผลิตทางการเมืองการปกครองภายใต้หลักกฎหมายหลักนิติรัฐจึงถือเป็นผลพวงของความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและสมาชิกในประชาคมมนุษย์ที่ไขว่คว้าหาความยุติธรรม และความแน่นอนของกฎหมาย⁵⁸ โดยหลักการพื้นฐานที่เป็นหัวใจสำคัญที่เป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ 3 ประการ คือ⁵⁹

⁵⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 42*, หน้า 325

⁵⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 47*, หน้า 22

⁵⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย, ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 250

ประการแรก รัฐที่เป็นนิติรัฐนั้น กฎหมายเป็นหัวใจสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐ กฎหมายเป็นหลักพื้นฐานและเป็นแบบแผนชีวิตสาธารณะของรัฐ ทุกสิ่งทุกอย่างภายในรัฐจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎหมายทั้งหลายจะต้องอยู่ภายใต้ระบบและหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ปกป้อง คุ้มครอง รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และจะต้องมีระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญอันมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดนั่นเอง ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานประการแรกของความเป็นนิติรัฐ

ประการที่สองซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ขาดเสียมิได้ของการเป็นนิติรัฐ คือ การที่รัฐนั้นๆ จะต้องมีการแบ่งแยกองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่ในด้านต่างๆ จากกัน มิให้ใครคนใดคนหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว และมีให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้จนสามารถดำเนินการอย่างใดก็ได้ นอกจากนั้นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ต่างๆ ของรัฐนั้นจะต้องมีอยู่อย่างจำกัดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายนั้น ซึ่งคือพื้นฐานของหลักว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองในทุกประเทศที่มีระบบนิติรัฐ

ประการที่สามที่เป็นหลักการพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ ในรัฐที่เรียกตัวเองว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายนั้น จะต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจและการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย

หลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการดังกล่าวถือเป็นหลักการพื้นฐานที่ชี้ให้เห็นถึงลักษณะของรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายและยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่ อันเป็นหัวใจสำคัญที่เป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ ที่รับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน นอกจากนี้ ยังปรากฏผู้ที่ทำให้คำอธิบายสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้พอสรุปได้ดังนี้⁶⁰

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐมี 3 ประการ ประกอบด้วย

⁵⁹ สุรพล นิติไกรพจน์, ปาฐกถาพิเศษ “ภาพจริง-ภาพลวง : สังคมแห่งนิติรัฐ” , โครงการสัมมนาทางวิชาการติดตามนโยบายสาธารณะ เรื่อง “4ปีประเทศไทย : ภาพจริง-ภาพลวง?” วันพุธที่ 10 พฤศจิกายน 2547 ณ สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 215-216

⁶⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , “นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย” , ในหนังสือ “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” , สำนักพิมพ์นิติธรรม , พ.ศ. 2540 , หน้า 1 - 7 อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ , คำอธิบายกฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 17 , (กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2554) หน้า 65 - 66

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ได้มีการเสนอแนวความคิดและอธิบายถึงหลักการย่อยอันเป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐมากขึ้น ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญสองส่วน ได้แก่ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญทั้งสองส่วนนั้นได้ประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ ที่สำคัญหลายประการดังต่อไปนี้⁶¹

2.1.2.1 นิติรัฐในทางรูปแบบ

องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐจะเป็นกรณีที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบ

⁶¹ Anke Freckmann and Thomas Weigerich , The German Legal System , London NW3 3PF : Sweet & Maxwell , 1999 , P. 58-60

อำนาจไว้ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม⁶² ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.1.2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดองค์กรรัฐในนิติรัฐ โดยมีไว้เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจมิให้เกินขอบเขต ซึ่งเมื่อไม่มีการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตก็เท่ากับเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย นอกจากนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจยังปรากฏประโยชน์ในแง่ของการแบ่งงานกันทำระหว่างองค์กรต่างๆ ของรัฐด้วยกัน อันเป็นการแบ่งหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐ⁶³ เนื่องจากดังที่กล่าวกันไว้ว่า กฎหมายมหาชนเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐบังคับกับประชาชน และถือกันว่า ประชาชนก็มีอำนาจตามกฎหมายมหาชนที่จะเรียกร้องหรือบังคับเอาแก่รัฐได้ อีกทั้งคำว่า “อำนาจ” ก็มีหน้าที่ความรับผิดชอบกำกับด้วย คือ แม้รัฐจะมีอำนาจบังคับเอาแก่ประชาชน แต่ก็ใช่อำนาจที่มีหน้าที่ควบคุมด้วย ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการกล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจก็มักจะกล่าวถึงการแบ่งแยกหน้าที่ควบคุมไปด้วย⁶⁴ โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเพราะบุคคลหรือองค์กรเดียวย่อมผูกขาดการใช้อำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจจึงอาจทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ดังที่ ลอร์ด แอ็กตัน (Lord Acton) ได้กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มิชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มิชอบอย่างแน่นอน” (*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*) ดังนั้น หากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้และจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม

⁶² วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , *อ่าวแล้วในเชิงอรรถที่ 42* , หน้า 326-327

⁶³ บุญศรี มิวังค์อุโฆษ , กฎหมายมหาชนเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2557) หน้า 124-126

⁶⁴ วิษณุ เครืองาม , หน้าที่ 2 ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1-7 , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , 2552) หน้า 77

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการผูกขาดการใช้อำนาจโดยวิธีที่มีชอบ จึงได้เกิดแนวความคิดของการวางรากฐานการแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้นโดยมีพัฒนาการมาจากเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองอังกฤษ ตามบัญญัติว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมือง (Bill of Rights) ในปี ค.ศ.1689 ซึ่งถือกันว่าเป็นกฎหมายหนึ่งถือเป็นรากฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ⁶⁵ โดยต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 16 อำนาจสูงสุด (Supremacy) ในทางกฎหมายมหาชนได้พัฒนามาสู่แนวความคิดว่าด้วยเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) อันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ที่พัฒนามาพร้อมกับแนวความคิดในทางกฎหมายเอกชนเรื่องกรรมสิทธิ์ (Ownership) ซึ่งหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State) ตามแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ซึ่งเป็นนักปรัชญาการเมืองของโลกตะวันตกชาวฝรั่งเศส ในช่วงคริสต์ศตวรรษ ที่ 16 เป็นคนแรกที่เริ่มใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” ในความหมายที่เราเข้าใจกันอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ ในความหมายที่เป็นอำนาจในการปกครองประเทศ ซึ่งในขณะนั้นเป็นช่วงเวลาของรัฐทั้งหลายในโลกปกครองโดยระบอบที่มีกษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดหรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ภายใต้คติความเชื่อทางปกครองนั้น ไม่แตกต่างกันมากนักว่ากษัตริย์เป็นผู้ได้รับอำนาจจากสวรรค์หรือจตุตจักรสวรรค์ลงมาปกครองโลก (Divine Rights King)⁶⁶ ซึ่งอำนาจอธิปไตยถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญของรัฐ และตามหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยมีลักษณะที่สำคัญ 4 ประการ คือ⁶⁷

1. ความเด็ดขาด (Absoluteness) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน ทั้งเป็นอำนาจที่เด็ดขาดและบริบูรณ์ในตัวเองโดยไม่มีอำนาจใดหรือกรรมสิทธิ์ของเอกชนคนใดมาลบล้างได้

2. ความครอบคลุมทั่วไป (Comprehensiveness) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยย่อมมีขอบเขตยิ่งใหญไพศาลทั่วอาณาเขตของรัฐ อำนาจบังคับแห่งอำนาจอธิปไตยย่อมอยู่เหนือทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐไม่ว่าจะเป็นบุคคลหรือดินแดนหรือองค์กรใดๆ ก็ตาม

3. ความถาวร (Permanence) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยย่อมอยู่คู่กับรัฐเสมอไปโดยไม่สูญสลาย ดังที่นักปรัชญาการเมืองกล่าวว่า การมีอำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐ เพราะฉะนั้น ถ้าสูญสิ้นอำนาจอธิปไตยก็เท่ากับว่าสูญสิ้นความเป็นรัฐ

⁶⁵ วิชัย วิวิตเสวี , สรุปคำบรรยายสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม (ภาคปกติ) , รวมคำบรรยาย เล่มที่ 6-7 เนติบัณฑิต ภาค 2 สมัยที่ 67 (เอกสารอัดสำเนา)

⁶⁶ สิทธิกร ศักดิ์แสง และณัฐภัทร ธีรราชกุล , แนวคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี , หน้า 200-215 สืบค้นจากเว็บไซต์ http://e-journal.sru.ac.th/index.php/jhsc/article/viewFile/92/pdf_103

⁶⁷ วิษณุ เครืองาม , *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 64* , หน้า 78-82

4. ความไม่อาจถูกแบ่งแยกได้ (Indivisibility) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจทางนามธรรม ไม่มีผู้ใดมองเห็นแต่ที่ทราบว่ามีอยู่ในรัฐก็เพราะผลของการใช้อำนาจอธิปไตย หรือผลของการมีอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่เข้าใจได้หรืออาจแลเห็นได้ในบางกรณี เช่น การที่รัฐดำรงอยู่ได้ก็เพราะมีอำนาจอธิปไตย เป็นต้น

ทฤษฎีที่อธิบายถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่สำคัญ 5 ทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของพระเจ้าเป็นเจ้า (Supremacy of God) ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา (Supremacy of the Pope) ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (Supremacy of the King) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (Supremacy of the Nation) และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Supremacy of the People) โดยในปัจจุบันแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยได้มีแนวคิดที่ยอมรับกันทั่วไปอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (Supremacy of the Nation) และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (เป็นของปวงชน) (Supremacy of the People)⁶⁸ ซึ่งหลักการแนวคิดทั้ง 2 ทฤษฎีดังกล่าวสอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและในปัจจุบันทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเป็นที่ยอมรับในทางสากล โดยมองเตสกีเออ (Montesquieu) (ค.ศ.1689-1755) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้รับแนวความคิดดังกล่าวและสร้างทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจขึ้นมาในฝรั่งเศสเพื่อเป็นการต่อต้านระบบการผูกขาดอำนาจอยู่ที่กษัตริย์เพียงผู้เดียว โดยได้วิเคราะห์ถึงอำนาจหน้าที่ของกฎหมาย สถาปัตยกรรมของสิทธิเสรีภาพในหนังสือเล่มที่สองของตนที่ให้ชื่อว่า “กฎหมายสร้างรูปแบบเสรีภาพทางการเมืองในความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีผลต่อการวิเคราะห์ของเจ็อนไซท์ที่เป็นประโยชน์ต่อการรับประกันเสรีภาพทางการเมืองของพลเมืองซึ่งในสมัยนั้นเสรีภาพเปรียบเสมือนการได้รับอภิสิทธิ์ นอกจากนี้ยังมีการวิพากษ์วิจารณ์สถาบันการปกครองฝรั่งเศสในสมัยนั้นอีกด้วย มองเตสกีเออมีวัตถุประสงค์ต่อต้านการปกครองแบบทรราชย์ โดยเห็นว่าการปกครองระบอบกษัตริย์จะต้องมีการประนีประนอมกับแนวความคิดสิทธิเสรีภาพซึ่งหมายความว่า ระบอบการปกครองแบบกษัตริย์จะต้องเอื้ออำนวยต่อการรับรองสิทธิเสรีภาพ ดังที่เขากล่าวไว้ว่า “เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้รวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันหรือในองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลอันเดียวกันนั้นจะออกกฎหมายแบบทรราชย์และใช้บังคับกฎหมายโดยวิธีของทรราชย์” มองเตสกีเออได้นำเสนอแนวคิดในการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามอำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเพื่อทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลา

⁶⁸ เฟิงอ้าง

การต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะทั้งสามอำนาจมิได้มีการแบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (checks and balances) ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดและเป็นฝ่ายดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจจากการใช้อำนาจทั้งปวง แต่เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ มองเตสกีเออได้เสนอแนวคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกันซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เนื่องจากเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจให้แตกต่างกันนั้นถือได้ว่าเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐมิให้มีอำนาจมากเกินไปจนสามารถใช้อำนาจมากระทบสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลได้ ดังนั้น แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจจึงมีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ได้นำหลักการรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่คำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ⁶⁹

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออแม้จะยังไม่ได้เสนอให้มีการกำหนดถึงองค์กรที่จะมาใช้อำนาจตุลาการอย่างเด่นชัดก็ตาม แต่ตามแนวความคิดของมองเตสกีเออก็ได้ แสดงให้ปรากฏอย่างเด่นชัดแล้วว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการควรเป็นอิสระจากกัน โดยเน้นการคานและดุลระหว่างทั้งสามอำนาจร่วมด้วย โดยในเวลาต่อมา เซอร์วิลเลียม แบล็คสโตน (Sir William Blackstone) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษ ได้พัฒนาแนวความคิดของมองเตสกีเออโดยเน้นความมีอยู่ของอำนาจตุลาการในลักษณะของอีกองค์กรหนึ่งนอกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร และกลุ่มบุคคลที่ใช้อำนาจตุลาการนี้ต้องได้รับการแต่งตั้งเข้ามาโดยกษัตริย์แต่มิใช่จะให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยแนวคิดของแบล็คสโตนได้มุ่งนำเสนอการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมและเน้นความอิสระของศาล⁷⁰ โดยมีหลักการสำคัญที่เป็นรากฐานของแนวความคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนหลายประการ อาทิเช่น แนวคิดที่เห็นว่าบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระ จึงต้องรับผิดชอบเมื่อกระทำการที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคมและมีบทบัญญัติของกฎหมายระบุว่าเป็นความผิด และหลักการที่ว่า ทุกคนควรเท่ากันในทัศนของกฎหมาย เนื่องจากบุคคลทุกคนมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย บุคคลไม่ว่าฐานะใดทางสังคม จึง

⁶⁹ โปรตุเกส เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (ตอนที่ 1) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?ID=409>

⁷⁰ ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน , หน่วยที่ 5 ทฤษฎีอาชญาวิทยา , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 1-7 , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://law.stou.ac.th/dynfiles/กม.อาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 5.pdf>

จะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่เป็นการล่วงละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย และแบล็คสโตนยังมุ่งเน้นว่า อำนาจในการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสังคมให้สงบเรียบร้อยต้องเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหลักการแนวความคิดดังกล่าวได้ก่อคุณูปการต่อวงการนิติบัญญัติ วงการตุลาการ และกระบวนการยุติธรรมอันเป็นรากฐานของแนวความคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนในยุคสมัยใหม่ และสืบเนื่องมาเป็นหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาจวบจนปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจตามทัศนะของมองเตสกีเออที่เห็นว่าการแบ่งแยกอำนาจ คือ การมอบอำนาจอธิปไตยเป็น 3 ลักษณะ อันประกอบด้วยรัฐบาลซึ่งทำหน้าที่ด้านการบริหารบ้านเมือง รัฐสภาในฐานะองค์กรด้านนิติบัญญัติซึ่งจะต้องทำหน้าที่ด้านออกกฎหมาย องค์กรด้านตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีต่างๆ ภายใต้หลักการแห่งระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ระหว่างทั้ง 3 องค์กรดังกล่าวนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการนั้น โดยลักษณะแล้วสมควรเป็นอำนาจที่มีอิสระ และจะไปอยู่ร่วมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้โดยเด็ดขาด หลักการแบ่งแยกอำนาจตามทัศนะของมองเตสกีเออจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ต้องมีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจ และต้องมีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้ และสอดคล้องกับหน้าที่สำคัญของรัฐ 3 ประการ คือ การออกกฎหมาย (นิติบัญญัติ) การบริหารประเทศให้เป็นไปตามกฎหมาย (ใช้กฎหมาย) และการพิพากษาอรรถคดีต่างๆ (ตัดสินข้อพิพาท)⁷¹ อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดของมองเตสกีเออได้มีอิทธิพลครอบงำแนวคิดระบบการเมืองการปกครองในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 เป็นอย่างมาก โดยแนวความคิดของมองเตสกีเออทำให้นักคิดนักปรัชญาในยุคต่อมา มุ่งความสนใจไปสู่จุดเดียวกัน คือ เป็นการก่อให้เกิดขบวนการรัฐธรรมนูญนิยมขึ้น ดังที่ปรากฏในมาตรา 16 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ที่ว่า “สังคมใดมิได้มีหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงและมิได้มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นย่อมปราศจากรัฐธรรมนูญ”⁷² หลักการดังกล่าวได้ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1787 เป็นการใช้รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อเป็นเครื่องมือในการวางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชนตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้มี

⁷¹ บุญศรี มีวงศ์ไข่มุข , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 63*

⁷² นพดล นิมหนู และอมรรัตน์ อริยะชัยประดิษฐ์ นิมหนู , ความสำคัญของแนวคิดสิทธิมนุษยชนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย The Importance of the Concept of Human Rights in the Provisions of the Thai Constitutions , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม , ปีที่ 31 ฉบับที่ 5 กันยายน - ตุลาคม 2555 , หน้า 91

การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้อย่างเคร่งครัด และยังคงมีอิทธิพลมาจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งจะเห็นได้ว่าหัวใจของหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออเป็นการคุ้มครองหรือสร้างหลักประกันความมั่นคงปลอดภัยแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากใช้อำนาจรัฐ และสร้างแนวความคิดเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขึ้นด้วยในขณะเดียวกัน

2.1.2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการที่สำคัญของแนวคิดนิติรัฐ อันเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัดและรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนั้นมีที่มาจากแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันที่ต้องการแยกรัฐตำรวจ (Etat de police) ออกจากนิติรัฐ (Etat de Droit) โดยในรัฐตำรวจนั้น รัฐหลุดพ้นจากภาระที่ต้องเคารพต่อเคารพกฎหมาย เพราะระบบรัฐตำรวจเป็นระบบที่ให้อำนาจอย่างมากกับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการดำเนินการต่างๆ โดยสามารถใช้ดุลพินิจของตนในการดำเนินการทุกอย่างได้หากเห็นว่าจำเป็น การดำเนินการในระบบรัฐตำรวจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจึงมักจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามมาอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ แต่การดำเนินการในรัฐตำรวจดังกล่าวก็มีได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้เพราะในรัฐตำรวจก็มีระบบกฎหมาย หากแต่กฎหมายดังกล่าวรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้หากต้องการ ในขณะที่รัฐในรูปแบบนิติรัฐนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย มีการวางหลักไว้ว่าองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจใช้อำนาจของตนได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และแม้หากมีกฎหมายให้อำนาจก็ไม่อาจใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ได้ หลักนิติรัฐจึงก่อให้เกิดลักษณะสำคัญคือ มีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ประชาชนมีกระบวนการทางกฎหมายที่จะบังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเคารพต่อกฎหมายซึ่งก็คือ มีศาลที่เป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่จะเข้ามาตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของฝ่ายปกครองได้⁷³ แนวคิดของรัฐในระบบหลักนิติรัฐจึงสอดคล้องกับหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายในแง่ที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐ

⁷³ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ,สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>

หรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองประการที่มีผลร่วมกันก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนดลักษณะสำคัญของนิติรัฐก็คือ เมื่อองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมิได้ อีกทั้งในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ปรากฏหลักการที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยมิได้สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวนี้ ปัจเจกชนสามารถนำความไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้นระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย⁷⁴ ในรัฐที่เป็นนิติรัฐฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่างๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย และต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งในหลายๆ กรณีต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย⁷⁵ และจากการให้คำจำกัดความของหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อกฎหมาย จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และจะทำนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ทำให้เกิดผลตามมา คือในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจ และในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใดๆ ได้ ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (source) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นข้อจำกัด (limitation) ของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย ทั้งนี้ก่อนหน้าที่จะมีการ “สร้าง” แนวคิดเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นที่เข้าใจว่าไม่มีสิ่งใดที่จะเข้ามาขัดขวางหรือจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ เนื่องจากฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจรัฐ (puissance publique) อันเป็นอำนาจพิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน การกระทำทั้งหลายของ

⁷⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , กฎหมายมหาชน 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย , (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2537) หน้า 49-50

⁷⁵ วิษณุ วรัญญู , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 43

ฝ่ายปกครองจึงมีความ“สูงสุด” และ“ไม่มีข้อจำกัด”แต่ต่อมาเมื่อมีการสร้างระบบ“รัฐธรรมนูญ” ให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้ พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (le controle de constitutionnalité) ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลเป็นลำดับลงมาถึงกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการดำเนินการต่างๆ การดำเนินการของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นไปภายใต้หลักเดียวกันคือจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ หลักดังกล่าวจึงทำให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองถูกจำกัดลง ฝ่ายปกครองจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใดๆ ตามใจก็ได้อีกต่อไปเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินการของฝ่ายปกครองและเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้อยู่ใต้ปกครองด้วย ดังนั้นการให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนได้ ดังนั้นในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำ “หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย” มาใช้เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นสิ่งที่ประเทศที่เป็นนิติรัฐ (Etat de droit) จะต้องยึดถืออย่างเคร่งครัดโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางการกระทำทางปกครองเป็นสิ่งที่ “บังคับ” ให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการต่างๆ ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองโดย “กฎหมาย” ที่ว่านี้มีได้มีเฉพาะกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่จัดทำโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่กฎหมายดังกล่าวยังหมายความรวมถึงระบบกฎหมายทั้งระบบที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือและปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ระบบกฎหมายเหล่านี้ถือว่าเป็น “ที่มา” ของอำนาจของฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁷⁶ โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ประกอบด้วยหลักการย่อย 2

⁷⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 73*

หลักการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้⁷⁷

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ และกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ในองค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปของกฎเกณฑ์อันมี ลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไปประกอบกับลำดับชั้นของกฎหมาย หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ย่อมหมายถึงรวมถึง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือที่กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรียกว่า “กฎ”) ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ด้วย

(2) หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลัก“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้ องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องมิฐานทางกฎหมายรองรับ ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรอง กฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสีย เพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

⁷⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง , เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543 , หน้า 3-6 (เอกสารอัดสำเนา) อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์ , คำอธิบายกฎหมายปกครอง , (พิมพ์ครั้งที่ 13) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2550) หน้า 273-274

การยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เพื่อวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมาย ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมายหรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อจะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้รู้ล่วงหน้าแล้วนั้น ซึ่งหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” นี้ ถือเป็นสาระสำคัญมากในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง เพราะในกรณีการใช้กฎหมายปกครองในลักษณะให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น จะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นฐานแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการไม่ได้ และส่งผลในการตีความกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษร คือ จะตีความขยายอำนาจนอกเหนือที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้

ดังนั้น การให้ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีผลทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมา เพราะหากไม่มีหลักดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจรัฐอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจในลักษณะเกินเลยต่อความจำเป็น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนได้ ดังนั้นในรัฐสมัยใหม่ซึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงได้นำ หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายมาใช้เพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่มการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายในระบบนิติรัฐจึงเป็นหลักการแนวคิดที่รัฐมีอำนาจจำกัดโดยการที่จะกระทำการใดๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ นอกจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองแล้ว หลักความชอบด้วยกฎหมายยังได้ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญในระบบนิติรัฐดังต่อไปนี้⁷⁸

(1) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องมีความระมัดระวังอย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิ

⁷⁸ คำรึห์ บูรณนันทน์ , ความรู้เบื้องต้นทางรัฐศาสตร์และกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2548) หน้า 155-156

เสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไรประการหนึ่ง และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง

(2) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ การควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายและการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารที่ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ เช่น ศาลปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีทางปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

โดยสรุปแล้ว หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐถือเป็นหัวใจของ หลักนิติรัฐที่มุ่งให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย อีกทั้งการควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายที่ดีและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ อันเป็นไปเพื่อเจตนารมณ์ในการรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2.1.2.1.3 หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ใจความสำคัญของหลักนิติรัฐ คือ แนวคิดที่รัฐต้องอยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย และมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจในการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีเหตุผลอันควร กล่าวคือ มุ่งหมายให้รัฐจะต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ หลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนได้ปรากฏแนวความคิดของหลักนิติรัฐในทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นประเด็นหลักที่หลักนิติรัฐเข้ามาดูแลในลักษณะของการผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่าง

เคร่งครัดและจำกัดการใช้อำนาจ โดยให้ใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นจริงๆ ในอันที่จะก่อผลกระทบต่อบุคคล ในทางอาญา⁷⁹ เนื่องจากโทษทางอาญาก่อให้เกิดผลกระทบต่อในอันลิดรอนสิทธิและเสรีภาพและส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบดังกล่าว ทั้งยังเป็นกรณีที่ผู้ได้รับผลกระทบได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป โดยประเด็นเกี่ยวกับโทษทางอาญาถือเป็นประเด็นที่มีการเรียกร้องสิทธิกันมาเป็นระยะเวลายาวนานแล้ว นับตั้งแต่ Magna Carta ซึ่งตราขึ้นในปี ค.ศ. 1215 ในประเทศอังกฤษ ก็ได้มีการเรียกร้องขอความคุ้มครองมิให้มีการลงโทษตามอำเภอใจ จนเป็นแบบอย่างสำหรับหลักการพื้นฐานที่สำคัญในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่ได้นำเอาหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญามากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ด้วยการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการดำรงความยุติธรรมเพื่อรักษาความสงบสุขของสังคม อันเป็นความจำเป็นของรัฐในการรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเหตุผลสำคัญที่รัฐสามารถใช้บังคับกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ ของประชาชนได้ โดยปกติแล้วกฎหมายจะมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้านับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายนั้นเป็นต้นไป เท่านั้น โดยจะไม่ใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันใช้บังคับกฎหมาย หลักการดังกล่าวนี้ถือเป็นหลักการอันเป็นสากลประการสำคัญที่เรียกว่า “หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” (nullum crimen nulla poena sine lege) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสากลที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายนี้ก็คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐอย่างไร้ขอบเขตและตามอำเภอใจ ด้วยการกำหนดให้รัฐจะต้องให้คำเตือนล่วงหน้า (fair warning) ถึงสิ่งซึ่งรัฐต้องการจะห้ามมิให้ประชาชนกระทำ⁸⁰ หลักการดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักประการสิทธิของบุคคลประการสำคัญอีกประการ คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (No crime nor punishment without law) เป็นหลักการอันเป็นสากลที่ได้รับการยอมรับจากประเทศที่ปกครองโดยกฎหมายทั่วโลก โดยมีสาระสำคัญ คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจน ห้ามใช้จารีตประเพณี กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษบุคคล หลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง⁸¹ ซึ่งหลักการ สาระสำคัญดังกล่าวนี้หมายความว่า ผู้กระทำจะไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มี

⁷⁹ บุญศรี มีวงศ์โฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 54 , หน้า 258

⁸⁰ วิชัย เต็มรัตน์ศิริกุล , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักห้ามย้อนหลัง , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2536) หน้า 1

⁸¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน , 2554) หน้า 25-26

กฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐจะออกกฎหมายย้อนหลังไปกำหนดว่าการกระทำซึ่งเกิดขึ้นก่อนออกกฎหมายเป็นความผิดและลงโทษบุคคลมิได้ ด้วยเหตุนี้ โดยหลักแล้วในทางกฎหมายอาญาจึงถือเป็นหลักเด็ดขาดว่า “กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง”⁸² อันเป็นหลักการของระบบกฎหมายที่มีภารกิจที่ต้องประกันความไว้เนื้อเชื่อใจของบุคคลที่มีต่อการใช้อำนาจของรัฐ โดยถือเป็นหลักการที่สำคัญของรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายและความยุติธรรมเป็นใหญ่ ด้วยกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม (Rights to Fair Trial) ที่ถือเป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรมและและดำรงไว้ซึ่งสันติภาพ อันเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐในการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม เป็นเครื่องมือที่จะป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (abuse of power) เป็นหลักประกันว่าประชาชนจะได้รับการปฏิบัติด้วยกระบวนการทางกฎหมายที่แน่นอน คาดหมายได้ และเป็นธรรม อีกทั้งรัฐไม่อาจกระทำการใดๆ ในการดำเนินคดีหรือทำการลงโทษปัจเจกบุคคลที่มีลักษณะเป็นการลดทอนคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลนั้นๆ ได้ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของหลักการปกครองโดยกฎหมายนั่นเอง⁸³ นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญาที่สำคัญในการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดี ดังต่อไปนี้

1. หลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา

ในราวคริสต์ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา ภายใต้ยุคสมัยหลักการปกครองโดยกฎหมาย ได้เกิดความตื่นตัวในการให้ความรับรองและยอมรับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในกระบวนการยุติธรรม อันเป็นการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และปรากฏการคุ้มครองและหลักประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีในระดับสากลผ่านบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเคลื่อนไหวในการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นการให้การรับรองสิทธิของประชาชนที่เรียกว่า Bill of Rights หรือ Declaration of Rights โดยได้รับการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1791 ซึ่งได้รับแนวคิดมาจาก Bill of Rights ของประเทศอังกฤษที่ตราโดยรัฐสภาในปี ค.ศ. 1689⁸⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาถือเป็นหลักการอันเป็นสากลที่ให้การยอมรับร่วมกันในทางกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่มาของการจัดทำ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948” (Universal Declaration of Human

⁸² มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ) , ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2546) , หน้า 87

⁸³ น้ำแท้ มีบุญสร้าง , หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา , จุลนิตี , ปีที่ 11 ฉบับที่ 5 (กันยายน – ตุลาคม 2557) หน้า 46-50

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน

Right 1948) โดยองค์การสหประชาชาติ และได้ประกาศเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นมาตรฐานกลางสำหรับนานาประเทศนำไปเป็นแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิในทางอาญาของปัจเจกบุคคลหลายประการ⁸⁵ โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้เป็นที่มาของการทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติหลายฉบับต่อมา⁸⁶ ซึ่งข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่สำคัญและปรากฏบทบัญญัติของหลักการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาและจำเลยในคดีอาญา เป็นพันธกรณีระหว่างรัฐภาคีในรูปแบบสนธิสัญญาที่เรียกว่า “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966” (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) อันเป็นสนธิสัญญาพหุภาคีที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1966 ที่ปารีสเป็นต้นฉบับสัญญาว่า รัฐภาคีจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคลทุกคน โดยกติการะหว่างประเทศฯ ดังกล่าว ได้ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดี อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาในการดำเนินคดีอาญา ตามข้อ 14 วรรคสาม ซึ่งเป็นหลักประกันขั้นต่ำแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในการพิจารณาคดีในเรื่องต่างๆ ดังนี้⁸⁷

(1) สิทธิที่จะรับทราบข้อหา กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมีสิทธิที่จะได้รับแจ้งสภาพและข้อหาแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหาโดยพลัน และโดยละเอียดในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

ข้อ 9 บุคคลใดจะถูกจับกุม กักขัง หรือเสกเทศไปต่างถิ่นโดยพลการไม่ได้

ข้อ 10 ทุกคนมีสิทธิโดยเสมอภาคเต็มที่ในอันที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผย จากศาลที่อิสระและเที่ยงธรรม ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตน และการกระทำผิดอาญาใดๆ ที่ตนถูกกล่าวหา

ข้อ 11 (1) ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาเปิดเผย ซึ่งตนได้รับหลักประกันบรรดาที่จำเป็นสำหรับการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถูกตัดสินว่ามีความผิดทางอาญาได้อันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นใด อันมิได้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ได้กระทำการนั้นไม่ได้และจะกำหนดโทษที่หนักกว่าที่บังคับใช้ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้

⁸⁶ กุลพล พลวัน , การบริหารกระบวนการยุติธรรม , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2544) , หน้า 254

⁸⁷ ศิริวรรณ ดำเนินชาวนิชย์ ทรงเมตตา , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญต่อการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 52 เดือนมกราคม – เมษายน 2559 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2559) หน้า 246-247

(2) สิทธิในการต่อสู้คดี กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิจะต่อสู้คดีอาญาได้อย่างเสมอภาค มีเวลา และได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และสามารถติดต่อกับทนายความได้ตามประสงค์

(3) สิทธิในการได้รับการดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยปราศจากความล่าช้าอย่างไม่เป็นธรรม

(4) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความ กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านทนาย และหากไม่สามารถจัดหาทนายได้ รัฐต้องจัดหาให้โดยไม่คิดมูลค่า

(5) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านล่าม กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่อาจเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

(6) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าและซักถามพยาน กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับการพิจารณาต่อหน้า รวมทั้งการซักถามพยานซึ่งเป็นประปักษ์ต่อตนเอง นอกจากนั้นตนก็มีสิทธินำพยานฝ่ายตนเพื่อซักถามในศาลได้

(7) สิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ และไม่ถูกบังคับให้การที่เป็นประปักษ์ต่อตนเอง

2. หลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษซ้ำ (Ne bis in idem)

หลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษซ้ำนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาในเรื่องของการห้ามมิให้ลงโทษบุคคลที่เคยถูกลงโทษจากการกระทำเดียวกันนั้นมาแล้ว ด้วยข้อความคิดพื้นฐานว่า บุคคลไม่อาจจะถูกลงโทษซ้ำจากการกระทำเดียวกัน และเป็นหลักที่ศาลต้องนำมาใช้แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้⁸⁸ โดยแนวความคิดเบื้องหลังของหลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษซ้ำหรือหลักการไม่ถูกดำเนินคดีหลายครั้งนี้มีแนวคิดว่าการดำเนินคดีหลายครั้งต่อผู้ถูกกล่าวหาในการกระทำผิดครั้งเดิมที่ผู้ถูกกล่าวหาถูกพิจารณาและพิพากษาไปแล้ว ถือเป็นความไม่เป็นธรรมต่อผู้ถูกดำเนินคดี จึงเพื่อเป็นหลักการในการประกันสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่มุ่งหมายในการให้การคุ้มครองบุคคลจากการถูกดำเนินคดีในศาลมากกว่าหนึ่งครั้ง ทั้งจากการดำเนินคดีในศาลเดิมที่มีคำพิพากษาหรือในศาลอื่นๆ⁸⁹ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับการรับรองไว้ในธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาล

⁸⁸ โปรตุเกส บุนพา อัครพิฆาน , หลักกฎหมายทั่วไป , (Online) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=920>

⁸⁹ น้ำแท้ มีบุญสร้าง , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 79 , หน้า 51

อาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal Court)⁹⁰ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights)⁹¹ นอกจากนี้ จึงมีผลเท่ากับเป็นการยับยั้งมิให้ต้องดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาความทางอาญาซ้ำต่อการกระทำเดียวกันที่ได้ผ่านหรือกำลังอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการวิธีพิจารณาความทางอาญาอยู่แล้ว

3. หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence)

การดำเนินคดีอาญาถือเป็นภารกิจหนึ่งของรัฐในการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนโดยส่วนรวมและบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีไม่ว่าจะเป็นผู้เสียหายหรือจำเลย โดยมีเจตนารมณ์ที่สำคัญ คือ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงในประเด็นที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น และหากมีการชี้ขาดว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วก็จะนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไปในการที่จะบรรลุซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐในการอำนวยความยุติธรรมดังกล่าว โดยองค์กรตุลาการเป็นองค์กรสำคัญในกระบวนการค้นหาความจริงโดยอาศัยการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำมาวินิจฉัยชี้ขาดหน้าพยานหลักฐาน ซึ่งในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีโดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลจะต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี (based on particular facts-in-issue) และการค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดีตามกฎหมายสมัยใหม่สามารถค้นหาได้จากพยานหลักฐานที่แสดงถึงความมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้นๆ (Trial by Evidence)⁹² และในการวินิจฉัยชี้

⁹⁰ Article 20 Ne bis in idem

1. Except as provided in this Statute, no person shall be tried before the Court with respect to conduct which formed the basis of crimes for which the person has been convicted or acquitted by the Court.

2. No person shall be tried by another court for a crime referred to in article 5 for which that person has already been convicted or acquitted by the Court.

3. No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7 or 8 shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court :

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court ; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances , was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

⁹¹ International Covenant on Civil and Political Rights

Article 14 (7) No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

⁹² ไกรพล อรัญรัตน์ , ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่อการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีอาญา , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 31 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2556 , หน้า 114

ขาดข้อเท็จจริงในคดีอาญาของศาล มีหลักกฎหมายที่ยึดถือเป็นสากลว่า บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา จะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย (Presumption of Innocence) ซึ่งหลักสันนิษฐานดังกล่าวนี้มีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Right 1948) ข้อ 11 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 14 (2) ที่เป็นใจความของหลักการอันเป็นสากลว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่า มีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” หลักการของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์จึงเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักการปกครองภายใต้กฎหมายที่ได้รับการยอมรับทั้งในนานาอารยประเทศและในระดับระหว่างประเทศ⁹³อีกทั้งในคดีอาญา ศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานจนปราศจากเหตุอันควรสงสัย (proof beyond reasonable doubt) ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริงจึงจะลงโทษจำเลยได้ และในกรณีที่มีข้อสงสัยต้องยกประโยชน์ให้กับจำเลย (in dubio pro reo) อันเป็นไปเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐต่อผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นไปด้วยความรอบคอบและคำนึงถึงสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดยหลักสันนิษฐานถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญในการสร้างหลักประกันให้เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกกล่าวหา ซึ่งหากพิจารณาจากประเทศที่ถือเป็นแม่แบบของการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รองรับหลักการ Presumption of Innocence แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงของประเทศอังกฤษได้วางหลักในการคุ้มครองจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาโดยครอบคลุมถึงหลักการดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปย่อมต้องปฏิบัติตามข้อ 48 แห่งกฎบัตรว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental Rights of the European Union) ซึ่งบัญญัติว่า “1. บุคคลที่ถูกกล่าวหาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ และ 2. สิทธิในการต่อสู้

⁹³ อภิมุข สุขประสิทธิ์, ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล และบทสันนิษฐานให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา : กรณีศึกษาประเทศออสเตรเลีย , วารสารศาลรัฐธรรมนูญปีที่ 16 เล่มที่ 47 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2557 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2557) หน้า 55-57

คดีของผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับการคุ้มครอง”⁹⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ อาจถือได้ว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และถือเป็นมูลฐานของสิทธิเสรีภาพ⁹⁵ สำหรับหลักการสันนิษฐานว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแต่เดิมเป็นหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้นำหลักการสันนิษฐานดังกล่าวมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 5 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 (the Fifth and Fourteenth Amendment) แต่ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน หากแต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า หลักการดังกล่าวมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขทั้งสองฉบับ กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหาจะถือเป็นผู้กระทำความผิดก็ต่อเมื่อมีหลักฐานพิสูจน์ได้จนสิ้นข้อสงสัยในทุกข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด⁹⁶ อันเป็นการรับรองหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า หลักประกันสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญา จะประกอบด้วย หลักเกณฑ์อย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Right to presumption of Innocence) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยชอบธรรม (Right to a fair trial) และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางคดี (Right to assistance of counsel)⁹⁷

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีถือเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อให้ถูกกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม และเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาก่อนที่รัฐจะกำหนดมาตรการทางกฎหมายอันเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้นและในกรณีที่ประชาชนได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถฟ้ององค์การของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนได้⁹⁸

อันแสดงถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนในกระบวนการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามหลักการอันเป็น

⁹⁴ ญัตติฐาน เลอพิลลิแบร์ต (ผู้เขียน), ศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย และคณะ, กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล และบทสันนิษฐานให้รับผิดชอบทางอาญา, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 31 ตอน 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เอ.สิฟวิ่ง จำกัด, 2557) หน้า 4-5

⁹⁵ ศิริวรรณ ดำเนินชาวนิชย์ ทรงเมตตา, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 83*, หน้า 248-249

⁹⁶ ปกิตตา นิภาวรรณ (ผู้เขียน), ศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย และคณะ, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 90*, หน้า 6-7

⁹⁷ ชาตี ชัยเดชสุริยะ, มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), หน้า 61-63, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 91*

⁹⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 58*

หัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐก็คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย และเป็นหลักประกันซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกระงับการโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง

2.1.2.1.4 หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

การใช้อำนาจรัฐในระบบนิติรัฐนั้นจะต้องถูกผูกพันโดยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในบรรดาการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในด้านต่างๆ ปรากฏสิทธิอีกประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า “สิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี” หรือ “สิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรม” อันถือเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ที่มีความสำคัญและมีขอบเขตกว้างขวางกว่าสิทธิอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ สิทธิในการต่อสู้คดี เป็นต้น⁹⁹ หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมถือเป็นหลักการที่เรียกร้องให้รัฐต้องกำหนดกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ โดยกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้สามารถพิจารณาคดีได้อย่างเป็นธรรมและรอบคอบ¹⁰⁰ โดยเฉพาะกระบวนการพิจารณาความทางอาญามีวัตถุประสงค์ในการให้อำนาจหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลในการร่วมมือกันค้นหาความจริงในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นว่ามีอย่างไรและใครเป็นผู้กระทำความผิด อีกทั้งศาลจะเป็นองค์กรที่ชี้ขาดว่าผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดนั้นจริงหรือไม่และจะต้องรับโทษเพียงใด ซึ่งเป้าหมายในการให้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเพื่อต้องการให้ค้นหาผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมายให้ได้ ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้คำนึงถึงการประกันสิทธิของประชาชน ตลอดจนสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่จะได้รับการปกป้องสิทธิมิให้ถูกล่วงละเมิดต่อเสรีภาพในร่างกาย เคหสถานและในกรณีอื่น โดยไม่จำเป็นหรือไม่มีเหตุอันสมควรจากการใช้อำนาจในการค้นหาความจริงของเจ้าพนักงานและศาลดังกล่าว อีกทั้งให้ได้รับการประกันสิทธิที่จะไม่ได้รับปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมอีกด้วย¹⁰¹

⁹⁹ ศิริวรรณ ดำเนินชาวนิชย์ ทรงเมตตา , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 83* , หน้า 238

¹⁰⁰ วรเจตน์ ภาศิริตัน , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 58*

¹⁰¹ ณรงค์ ใจหาญ , *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543) , หน้า 19-20

ด้วยการดำเนินคดีอาญานั้น มีความจำเป็นต้องล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในบางเรื่อง เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานอันจะนำไปสู่การพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหา ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญจึงปรากฏบทบัญญัติถึงหลักประกันสิทธิของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมและศาลก็ต้องยึดถือแนวปฏิบัติหรือปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรการในการคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรอง¹⁰² ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีอันเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่เป็นไปตามแนวความคิดของหลักนิติรัฐในทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาที่หลักนิติรัฐเข้ามาดูแลในลักษณะของการผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและจำกัดการใช้อำนาจ โดยให้ใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นในอันที่จะก่อผลกระทบต่อบุคคลในทางอาญา¹⁰³ ตลอดจนมีหลักประกันสิทธิต่างๆ ของประชาชนในกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักการที่มีสาระสำคัญที่มีความสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และได้ร้อยเรียงปรากฏเป็นหลักการพื้นฐานต่างๆ ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชน ในรูปของหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความอาญา หลายประการ ได้แก่¹⁰⁴

(1) หลักการค้นหาความจริงในเนื้อหา (Principle of substantive truth) การตรวจสอบความจริงเป็นหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อพิสูจน์ความจริงแท้ให้ปรากฏให้ได้ โดยองค์กรในกระบวนการยุติธรรมของรัฐทุกฝ่ายมีหน้าที่ต้องดำเนินการร่วมกัน

(2) หลักฟังความทุกฝ่าย (Principle of “audi alteram partem”) โดยเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาที่จะต่อสู้แก้ข้อกล่าวหาได้ โดยหลักการที่สำคัญ คือ ผู้ถูกกล่าวหาต้องทราบ ว่า ถูกกล่าวหาว่าอย่างไร เพื่อความยุติธรรมในการที่จะได้มีโอกาสต่อสู้แก้ข้อกล่าวหาได้อย่างเต็มที่

(3) หลักวาจา (Principle of Orality) การดำเนินการทุกอย่างจะต้องกระทำด้วยวาจาจึงจะสามารถนำมาประกอบการพิจารณาพิพากษาได้ เพื่อความเข้าใจในการอ้างความยุติธรรมที่ดี

(4) หลักพยานโดยตรง (Principle of Directness) เป็นพยานที่ให้ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นข้อบ่งชี้ได้ดีที่สุด

¹⁰² เติ้งอ่าง , หน้า 22

¹⁰³ อ่างไวโน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , เชียงธรรมที่ 58

¹⁰⁴ ธาณี วรรณทร์ , หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ธิ นนทร , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555) , หน้า 37-45

(5) หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (Principle of Public Trial) ประชาชนทุกคนมีสิทธิเข้าฟังการพิจารณาและสืบพยานในศาลได้ อันเป็นไปตามหลักนิติรัฐที่แสดงถึงความโปร่งใส ภายใต้หลักการประชาธิปไตย

(6) หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Principle of free evaluation of evidence) เป็นหัวใจสำคัญของการดำเนินคดีอาญาในชั้นศาล โดยคำนึงถึงหลักความสมเหตุสมผลของพยานหลักฐาน¹⁰⁵ เพื่อธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล

(7) หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (Principle of Presumption of Innocence) หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักสากลและเป็นหลักของคดีอาญาโดยเฉพาะ หลักกฎหมายนี้เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ เพราะการลงโทษบุคคลใดจะต้องปรากฏหลักฐานที่ปราศจากข้อสงสัยว่าผู้นั้นทำผิด (proof beyond reasonable doubt) และหากยังเป็นที่ยสงสัยก็จะยกฟ้องปล่อยไปดีกว่าจะลงโทษผู้นั้น ซึ่งกฎหมายเลือกที่จะปล่อยผู้ที่กระทำผิด 10 คนดีกว่าจะลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว¹⁰⁶ เป็นหลักการสันนิษฐานว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ตามหลักการในรัฐธรรมนูญที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้การยอมรับ อันเป็นหลักนิติรัฐที่สำคัญ¹⁰⁷

หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอันเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง และสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา (Right of Accused) เป็นหลักการสำคัญของหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Right to Fair Trial) ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในระดับนานาชาติ โดยในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการรับรองไว้ในข้อ 9 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 1976 (International Covenant on Civil and Political Rights 1976)¹⁰⁸ อันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของ

¹⁰⁵ รัตติยา ทาทอง , หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน : วิเคราะห์การกำหนดมาตรฐานการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1 , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ , 2555) หน้า ๗ (บทคัดย่อ)

¹⁰⁶ ณรงค์ ใจหาญ , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 101* , หน้า 41

¹⁰⁷ ธานี วรภัทร์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 104*

¹⁰⁸ Article 9

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law. (The Rule of Law)

กระบวนการยุติธรรมของรัฐภาคีสมาชิกที่จะต้องให้การรับรองในกฎหมายของประเทศนั้นๆ¹⁰⁹ เพื่อให้การรับรองหลักการพื้นฐานและสิทธิต่างๆของปัจเจกบุคคลได้รับความคุ้มครอง และสามารถป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากองค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกทั้งเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคดีของศาลโดยเฉพาะในคดีอาญาที่อาจมีการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยในการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมให้เป็นไปอย่างเป็นธรรมและธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเป็นหลักการที่ให้มีการกำหนดผลผูกพันของคำพิพากษาเพื่อให้เป็นไปตามหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (The Principle of Legal Certainty) หรือหลักความมั่นคงแน่นอนของระบบกฎหมายที่ถือเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้มีการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะแก่ประชาชนบนพื้นฐานที่ว่า กฎหมายต้องมีความชัดเจนแน่นอน (Clarity) อย่างเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนสามารถทราบและเข้าใจได้ว่า รัฐต้องการให้ตนดำเนินการอย่างไร และสามารถคาดหมายได้ว่า ตนจะได้รับผลจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายอย่างไร เพื่อให้ประชาชนสามารถที่จะตัดสินใจในการปฏิบัติตนได้อย่างถูกต้อง และกฎหมายที่มีผลบังคับต่อประชาชนจะต้องมีความถาวรต่อเนื่อง (Certainty) เพื่อให้ประชาชนเชื่อถือและวางใจได้ว่า ผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจะคงอยู่และมีผลบังคับได้ต่อไป อันเป็นไปตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อกฎหมาย ซึ่งโดยหลักแล้ว ผลของหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะย่อมทำให้กฎหมายไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือใช้บังคับเป็นการย้อนหลังในทางที่มีผลเป็นโทษแก่ประชาชน และในระบบกฎหมายของประเทศที่ยึดถือข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

2. Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.
3. Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement.
4. Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.
5. Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation.

¹⁰⁹ น้ำแท้ มีบุญส้าง , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 79 , หน้า 56

ตามหลักนิติรัฐย่อมมีการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยเรียกร้องให้รัฐต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงความแน่นอนชัดเจน และความถาวรต่อเนื่องของกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองของรัฐ¹¹⁰ โดยมีการนำหลักการอื่นๆ ในการคุ้มครองปัจเจกบุคคลในทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญา อาทิ หลักความไม่มีผลย้อนหลัง หลักการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ มาปรับใช้ในการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนและให้การคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะให้แก่ประชาชน

จะเห็นได้ว่า ทั้งหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีและหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เป็นหลักการแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการผูกพันรัฐกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายของระบบนิติรัฐกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐอันเป็นกลไกหลักในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐทั้งระบบ นอกจากนี้ องค์ประกอบของนิติรัฐในทางรูปแบบยังปรากฏหลักการย่อยอื่นๆ ในการรับรองสิทธิของประชาชนจากการใช้บังคับกฎหมายของรัฐ อาทิ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ เป็นต้น ซึ่งรัฐที่มีการปกครองโดยนิติรัฐในทางรูปแบบอันเป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมืองและมีสภาพบังคับกับประชาชนทุกคน ในแง่นี้รัฐทุกรัฐในปัจจุบันย่อมเป็นนิติรัฐ หากแต่มีข้อควรสังเกตว่า กฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้รัฐที่ปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ ไม่มีหลักประกันว่าเป็นกฎหมายที่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากกฎหมายเหล่านั้นอาจถูกตราขึ้นโดยผู้เผด็จการก็ได้ และโดยกระบวนการตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายเหล่านี้ผู้เผด็จการสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาตามอำเภอใจ สุดแต่จะเห็นว่าวิธีการใดจะบรรลุเป้าหมายได้¹¹¹ ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏแนวความคิดของรัฐที่มีการปกครองโดยนิติรัฐในทางเนื้อหาที่มุ่งเน้นในการเรียกร้องให้รัฐต้องมีการประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน โดยกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และมีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรม

¹¹⁰ พิศิษย์ วงศ์วัฒนศานต์ , หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554) หน้า 1-3

¹¹¹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา , หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 279

และถูกต้องบนหลักการที่ใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นไปตามหัวใจสำคัญของแนวความคิดการปกครองโดยหลักกฎหมาย

2.1.2.2 นิติรัฐในทางเนื้อหา

รากฐานของความหมายของนิติรัฐในทางกฎหมายมหาชนที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในปัจจุบันที่เน้นความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นการอธิบายความหมายโดยนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส คือ กಾರೆ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg ค.ศ. 1861–1935) ที่อธิบายว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้น หมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย และยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่างๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”¹¹² ดังนั้น แนวความคิดของรัฐที่มีการปกครองโดยนิติรัฐในทางเนื้อหาจึงเรียกร้องให้กฎหมายที่รัฐตราขึ้นเพื่อใช้บังคับกับประชาชน จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนอย่างเพียงพอเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใจและปฏิบัติตามได้ รวมทั้งจะต้องมีการคุ้มครองความเชื่อถือนั้นไว้อย่างใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อระบบกฎหมายด้วย¹¹³ รัฐที่เป็นนิติรัฐจึงนอกจากจะเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดแล้ว ในรัฐที่เป็นนิติรัฐการกระทำของรัฐในการใช้อำนาจของรัฐต่อปัจเจกชนจึงต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้นด้วย โดยหลักการพื้นฐานที่สำคัญอันเป็นองค์ประกอบของนิติรัฐในทางเนื้อหา ประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

2.1.2.2.1 หลักความเสมอภาค

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาค (l'égalité) มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์แนวความคิดเรื่องความเสมอภาคสอดคล้องกับทัศนะของเพลโตที่เชื่อว่า “ความยุติธรรมต้องมีการแบ่งสรรปันส่วน” กล่าวคือ มนุษย์ทุกคน

¹¹² R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat : Tome I, p. 489, เติ้งอ้าง

¹¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 56, หน้า 327-328

อาจถูกกำหนดให้ทำหน้าที่ต่างๆ กันสุดแล้วแต่คุณค่า (merits) ของแต่ละคน และมองว่า “ความยุติธรรมเกิดจากความเสมอภาคทางกฎหมาย” กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยทัดเทียมกัน แม้มีสถานะทางสังคมแตกต่างกัน แต่ในสถานะทางกฎหมายแล้วทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันหมด ซึ่งแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิม เกิดจากแนวคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคสมัยโรมัน แต่ต่อมาในยุคสมัยกลางระบบศักดินาจะได้อีกเลิกแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคและสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคในสมัยกลางได้ค่อยๆ เปลี่ยนแปลงไป เมื่อชนชั้นกลางที่สะสมความเข้มแข็งขึ้น จนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคดังกล่าวทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง รวมตลอดถึงแนวความคิดของนักคิดหลายคน ไม่ว่าจะเป็น รูสโซ มองเตสกีเออ ฯลฯ¹¹⁴ โดยหลักความเสมอภาค ถือเป็นหลักพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ ซึ่งบุคคลย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิเช่น เพศ เชื้อชาติ ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น ซึ่งแนวคิดพัฒนาการอันเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่า บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เรียกว่า “หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย” ที่บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอภาคและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ติดตัวบุคคลนั้นมาตั้งแต่เกิด อันเป็นไปตามหลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่ต้องมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และมนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งกันและกัน โดยเป็นสิ่งที่ดีต่อดวงมนุษย์มาแต่กำเนิด แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ เนื่องจากเป็นสิ่งที่มีรัฐและปัจเจกชนทุกคนมีอาจปฏิเสธได้ การที่รัฐหรือบุคคลยอมรับและเคารพต่อหลักความเสมอภาคเท่ากับเป็นการยอมรับสิทธิตามธรรมชาติของบุคคลที่เกิดมาและดำรงอยู่ และสอดคล้องกับแนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมผนวกกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองที่เห็นว่า หลักความเสมอภาคนั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายโดยชัดเจนอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยมีต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่นๆ ทั้งนี้ การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมที่ให้ความสำคัญกับปัจเจกบุคคลและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชน โดยหลักความเสมอภาคถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิ

¹¹⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , หลักความเสมอภาค , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2543) , หน้า 161

มนุษย์ชนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹¹⁵ ซึ่งจุดกำเนิดของสิทธิปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชนที่มุ่งหมายในการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การมีคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 อันเป็นเอกสารสำคัญที่ระบุถึงหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจนที่สุด โดยเกิดจากการปฏิวัติในฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ที่ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินา และยกความสำคัญของสิทธิทั้งหลายของปัจเจกบุคคลขึ้นแทนระบบศักดินาโดยให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล การยอมรับคุณค่าของมนุษย์ทุกคนแต่ละคน รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวท้าวสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้โดยไม่มีข้อจำกัด โดยการก้าวท้าวสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคลโดยรัฐนั้น รัฐสามารถกระทำได้อย่างมีข้อจำกัดเพื่อประโยชน์อันเป็นส่วนรวมเท่านั้น ดังเห็นได้จากข้อความในคำประกาศได้บัญญัติรับรองเรื่องหลักของความเสมอภาคไว้ด้วยกัน 3 มาตรา ได้แก่¹¹⁶

มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมายการแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่ผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 6 กฎหมาย คือ การแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน ...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่อง ศักดิ์ศรี สถานะ และงานภาครัฐตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน

มาตรา 13 เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อใช้จ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน

โดยรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวข้างต้นไว้อย่างชัดเจน โดยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ.1789 ที่ได้บัญญัติเรื่องแนวคิดของหลักความเสมอภาคไว้ว่า มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย และแนวคิดนี้ได้รับการยืนยัน ขยายความ ไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสปี ค.ศ.1946 และในรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958 แสดงถึงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ จึงถือได้ว่าความคิดที่เป็นรากฐานของหลักความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายที่เป็นเรื่องเดียวกัน คือ เรื่องหลักความเสมอภาคซึ่งเป็น

¹¹⁵ สิทธิพร เคาภายน , ความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เล่มที่ 42 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2555(กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2555) หน้า 63-86

¹¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , หลักความเสมอภาค , (Online) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=2>

รากฐานของระบอบประชาธิปไตย อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ โดยไม่แบ่งแยก แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา อันเป็นหลักสำคัญในการปกครอง ประเทศ และประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยได้นำแนวคิดเรื่องของหลักความเสมอภาคที่ได้ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศตน เพื่อให้การรับรองและคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพ และ ความเสมอภาค อย่างเป็นทางการ นอกจากนี้ยังมีเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับที่ได้ บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention of Civil and Political Rights) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (Declaration on the Rights to Development) โดยได้ระบุหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลทุกคน¹¹⁷

โดยหลักการพื้นฐานของแนวความคิดของความเป็นรัฐในยุคสมัยใหม่ กล่าวได้ว่า หลักความเสมอภาคมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับหลักสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดขอบเขตความสัมพันธ์ของอำนาจรัฐในทางมหาชนกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความเสมอภาคหรือหลักห้ามมิให้เลือกปฏิบัติยังเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนอันก่อให้เกิดความเท่าเทียมของปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ และเป็นหลักการอันเป็นรากฐานสำคัญของแนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย¹¹⁸ และโดยหลักทั่วไปแล้ว หลักความเสมอภาคย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมด และอำนาจรัฐทั้งหมดย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับร่วมกันว่า แนวคิดที่ว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมายนั้น นอกจากผูกพันการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการแล้ว ยังผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่สามองค์กรต่อหลักความเสมอภาค¹¹⁹

เนื่องด้วยหลักความเสมอภาคเป็นหลักซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลในการที่จะได้รับผลปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันจากรัฐ หากมีการกระทำอันส่งผลกระทบต่อหลักความเสมอภาค

¹¹⁷ สิทธิพร เสาภายน , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 115* , หน้า 52-53

¹¹⁸ หลักการที่สำคัญของประชาธิปไตย (Principles of democracy) คือ

1. หลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน
2. หลักเสรีภาพ
3. หลักเสมอภาค
4. หลักภราดรภาพ

โปรดดู วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น , แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย , พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า , 2551) หน้า 49

¹¹⁹ บรรเจิด สิงตะเนติ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2558)

แล้ว บุคคลผู้ได้รับผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคย่อมมีสิทธิฟ้องร้องต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อขอให้เยียวยาความเสมอภาคที่ถูกกระทบกระเทือนนั้นได้ หลักความเสมอภาคจึงผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ¹²⁰ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ได้บัญญัติแยกประเภทของหลักความเสมอภาคว่าสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไป และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง โดยสรุปไว้ดังนี้¹²¹

(1) หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นหลักความเสมอภาคที่เป็นหลักการอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลโดยถือว่าหลักความเสมอภาคนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม โดยมุ่งหมายเพื่อมิให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ ภายใต้หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายที่มีหลักอันเป็นสาระสำคัญว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไม่ให้แตกต่างกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกัน ไม่ให้เท่าเทียมกัน” โดยให้คำนึงถึงการพิจารณาลักษณะที่เป็นของสาระสำคัญของข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องและนอกเหนือจากการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีการให้เหตุผลอันเป็นหลักข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจแล้ว ในกรณีของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วควรต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน) ก็ต้องให้เหตุผลด้วยเช่นกัน

(2) หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เป็นเรื่องของหลักความเสมอภาคที่ใช้ภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตของการใช้ที่แตกต่างจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ซึ่งหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องปรากฏหลักการที่สำคัญ อาทิ หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เป็นต้น

หลักความเสมอภาคทั่วไปจึงเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง โดยหลักความเสมอภาคทั่วไปสามารถนำไปใช้ได้กับทุกเรื่องไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และบุคคลทุกคนย่อมอ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดให้ใช้เฉพาะเรื่องหรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น และถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษซึ่งมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายใดได้รับการพิจารณาตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องนำไปพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก¹²² แนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคจึงนับได้ว่าเป็นสิ่งสำคัญยิ่งของบุคคลที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ และ

¹²⁰ สิทธิพร เศาภายน , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 114 , หน้า 60

¹²¹ บรรเจิด สิงตะเนติ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 119 , หน้า 133-141

¹²² สิทธิพร เศาภายน , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 114 , หน้า 54

รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะต้องนำเรื่องของหลักความเสมอภาคนั้นไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยเสมอ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรับรองและการคุ้มครองความเสมอภาคของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายแห่งรัฐ ซึ่งหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายได้ปรากฏในรูปแบบหลากหลายแตกต่างกันออกไป โดยกฎหมายได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ ดังนี้

(1) ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ เมื่อมีกรณีที่ต้องใช้ สิทธิเรียกร้องทางศาล บุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถที่จะนำคดีเข้าสู่การพิจารณาในศาลที่มี เขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกันและได้รับการพิจารณาตามกระบวนการพิจารณาอย่างเดียวกัน บุคคล ใดไม่อาจร้องขอให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีของตนโดยเฉพาะมิได้¹²³ ทั้งนี้ ความ เสมอภาคภายใต้กฎหมายและความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด ในบางกรณีผสมผสานกันจนกล่าวได้ว่า ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมเป็นกรณีเฉพาะของ การนำหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายมาใช้¹²⁴

(2) ความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ กล่าวคือ หลักว่าด้วยความเสมอ ภาคในการเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในคดี Barel กับพวก ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 ว่า “บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้า ทำงานกับหน่วยงานของรัฐ การเลือกปฏิบัติไม่รับเข้าทำงานด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่ง นอกจากเหตุที่ เกี่ยวกับความรู้ความสามารถซึ่งเป็นคุณสมบัติส่วนตัวของผู้สมัครจะทำได้” หลักดังกล่าวมีผลทำให้ พลเมืองทุกคนมีความเสมอภาคกันในการเข้าทำงานกับหน่วยงานของรัฐ ส่วนความแตกต่างทางด้าน ศาสตร์ แนวความคิดทางการเมืองหรือเพศ จะไม่สามารถเป็นเหตุให้รัฐสร้างเงื่อนไขที่จะไม่รับเข้า ทำงานหรือปฏิเสธไม่ให้เข้าทำงาน คงมีเพียงความรู้ความสามารถเท่านั้นที่รัฐสามารถกำหนดให้เป็น เงื่อนไขในการรับเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐได้¹²⁵

(3) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง กล่าวคือ บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติ ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งอย่างเท่าเทียม กัน ซึ่งเห็นได้ว่า ความเสมอภาคในการเลือกตั้งพิจารณาทั้งกรณีของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งและบุคคลผู้ มีสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง ทั้งนี้ ในการเลือกตั้งของประเทศฝรั่งเศสถือว่า ผู้พิพากษาศาลฎีกาในประเทศฝรั่งเศสไม่ว่าศาลใดย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเลือกตั้งทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ ว่า องค์การระดับข้อพิพาทในประเทศฝรั่งเศสทั้งคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาล

¹²³ บรรเจิด สิงตะเนติ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 119*, หน้า 162-163

¹²⁴ สิทธิพร เสาภายน, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 114*, หน้า 57

¹²⁵ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553) หน้า 352-353

ปกครอง ต่างก็มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทในคดีเลือกตั้ง และโดยหลักถือว่าศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งโดยมีอำนาจที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบธรรมของการเลือกตั้ง (le contrôle de moralité de l'élection) ทั้งในแง่การตรวจสอบเสรีภาพของผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง (la liberté de l'électeur) ซึ่งผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งต้องมีเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงให้ผู้สมัครรายใดก็ได้ (la libre choix) การกระทำใดที่เป็นการขัดเสรีภาพดังกล่าวนี้ย่อมถือเป็นความผิดและอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และการตรวจสอบความเสมอภาคระหว่างผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง (l'égalité entre les candidats) ความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันระหว่างผู้สมัครเป็นอีกคุณลักษณะที่สำคัญสำหรับการเลือกตั้งที่ชอบธรรม ความเสมอภาคระหว่างผู้ลงสมัครเลือกตั้งจึงหมายความว่า การที่ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งจะมีสิทธิใช้บริการสาธารณะที่สอดคล้องกับการเลือกตั้ง หรือการที่ผู้ลงสมัครจะได้รับการสนับสนุนจากองค์กรต่างๆ ภายใต้เงื่อนไขเรื่องความไม่เข้าข้างฝ่ายใด (l'impartialité) หรือความเป็นกลาง (la neutralité) และผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งได้รับการปฏิบัติอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม (fair-play) ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบธรรมของการเลือกตั้ง (le contrôle de moralité de l'élection) ดังกล่าว ถือเป็นภาระหน้าที่ที่เด่นชัดที่สุดของศาลปกครองในคดีเลือกตั้งและถือเป็นภาระหน้าที่ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำมาปรับปรุงเป็นแบบอย่างในเวลาต่อมา¹²⁶ จะเห็นได้ว่า การที่บทบัญญัติของกฎหมายมีหลักการของความเสมอภาคในการเลือกตั้ง ทั้งกรณีความเสมอภาคของผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและความเสมอภาคระหว่างผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง ยังมีไขหลักประกันว่าจะมีหลักความเสมอภาคเกิดขึ้นได้โดยแท้ หากแต่ต้องมีกลไกในทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค โดยให้อำนาจและความไว้วางใจให้แก่องค์กรตุลาการในการทำหน้าที่คุ้มครองหลักการดังกล่าว

(4) ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ กล่าวคือ หลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐหรือตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่เรียกว่า “หลักความเสมอภาคของพลเมืองในการรับภาระสาธารณะ” (le principe de l'égalité devant les charges publiques) ตามหลักดังกล่าว ประชาชนทุกคนพึงจะต้องรับภาระหนึ่งภาระใดก็ตามอันเกิดจากการกระทำใดๆ ของรัฐที่กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์ส่วนรวม โดยการรับภาระสาธารณะที่วันนี้ประชาชนแต่ละคนพึงรับโดยเท่าเทียมกัน ไม่ควรมีคนหนึ่งคนใดรับภาระนี้มากไปกว่ากัน อนุกรมวิธานใดก็ตาม หากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรหรือ

¹²⁶ ปาสตีร์รี ศรีธรรมพฤษณ์, ศาลปกครองฝรั่งเศสกับการบริหารจัดการคดีเลือกตั้ง : ความทั่วไปและพัฒนาการในปัจจุบัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม-กันยายน 2559, สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง) หน้า 87-97

ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นพิเศษแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่ง แม้การกระทำดังกล่าวจะมีใช้การกระทำละเมิดก็ตาม แต่ได้ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันระหว่างบุคคลที่อาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งทำให้เกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “la rupture de l'égalité devant les charges publiques” หรือ “ความสิ้นไปของความเท่าเทียมกันของประชาชนในการรับภาระสาธารณะ” ดังนั้น ผู้ที่ได้รับภาระเกินสมควรดังกล่าวก็ควรจะได้รับเยียวยาจากรัฐ ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะให้มีการกระจายภาระสาธารณะระหว่างประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งการกระจายภาระสาธารณะนี้จะกระทำโดยผ่านระบบการจัดเก็บภาษีอากรที่ประชาชนทุกคนมีหน้าที่จะต้องเสียให้แก่รัฐ ซึ่งรัฐจะนำภาษีอากรดังกล่าวมาเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำใดๆ ของรัฐที่กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยหลักความเสมอภาคของพลเมืองในการรับภาระสาธารณะ (le principe de l'égalité devant les charges publiques) ถือเป็นหลักกฎหมายที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (les principes à valeur constitutionnelle) อันมีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคต่อการบังคับใช้กฎหมาย (le principe d'égalité devant la loi)¹²⁷

ทั้งนี้ หลักความเสมอภาคของพลเมืองในการรับภาระสาธารณะได้เป็นบ่อเกิดของหลักความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการละเมิดหลักความเสมอภาคของประชาชนในภาระหน้าที่ที่มีต่อส่วนรวม กล่าวคือในคดี C.E., 30 nov. 1923 , Couiteas ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่วางหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของรัฐ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีเกิดจากการที่รัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งมีหน้าที่ในการดำเนินการตามคำพิพากษาปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลโดยสภาแห่งรัฐ ด้วยเหตุผลที่ว่า การบังคับคดีตามคำพิพากษาต้องใช้กำลังเข้าดำเนินการซึ่งการใช้กำลังอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า รัฐบาลมีหน้าที่ในการกำหนดเงื่อนไขการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา การปฏิเสธใช้กำลังเข้าบังคับเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม แต่การกระทำดังกล่าวทำให้สิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเสียหาย เอกชนจึงมีสิทธิได้รับการเยียวยาจากฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ชดเชยค่าเสียหายจึงเป็นการปฏิเสธโดยมิชอบ ศาลปกครองสูงสุดจึงสั่งให้ส่งเรื่องดังกล่าวกลับไปให้หน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณาจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีในจำนวนที่เหมาะสม โดยคำนึงถึงสถานการณ์ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย จะเห็นได้ว่า คดีดังกล่าวนี้เป็นการวางหลักเพิ่มเติมโดยขยายหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดด้วยการสร้างทฤษฎีความเท่าเทียมกันต่อภาระสาธารณะขึ้นมาใช้ โดยให้ประชาชนทุกคนซึ่งโดยหลักต้องรับต่อภาระสาธารณะอย่างเท่าเทียม

¹²⁷ ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์ , ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในความสิ้นไปของความเท่าเทียมกันของประชาชนในการรับภาระสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 29/2557) , พิมพ์ครั้งที่ 1 (วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม-กันยายน 2559 , สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง) หน้า 209-210

กัน อันจะเห็นได้ว่า หากมีเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้นที่ทำให้ความเท่าเทียมเสียไป รัฐต้องชดเชยให้บุคคลที่ต้องรับภาระสาธารณะมากกว่าคนอื่น¹²⁸

(5) ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ แนวความคิดเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ (public service) เป็นแนวความคิดที่ถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศสและเกิดขึ้นมาในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสเป็นเวลานานกว่าร้อยปีแล้ว ทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (la théorie du service public) เป็นทฤษฎีที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อยืนยันและรับรองความมีอยู่ (l'existence) ของรัฐ โดยนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนหลายคนต่างยอมรับถึงความหมายของบริการสาธารณะในลักษณะที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกัน คือ บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชน (une personne publique) หรือโดยเอกชน (une personne privée) ซึ่งฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ (un régime particulier)¹²⁹ โดยหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะ¹³⁰ เนื่องจากการที่รัฐเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะนั้น รัฐมิได้มีจุดมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่เป็นการจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ ประชาชนทุกคนจึงย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติหรือได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเสมอภาคกัน ทั้งนี้หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ (principe d'égalité) นี้เป็นหลักที่มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในทางกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 อันเป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา โดยมุ่งหมายบังคับแก่ฝ่ายปกครองว่า ต้องให้บริการต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันในลักษณะเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันเดียวกัน แต่หลักนี้ไม่ห้ามที่ฝ่ายปกครองจะให้บริการต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระ สำคัญในลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งแล้วมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมาเพื่อให้

¹²⁸ สุจิวรรณ รัตนประทีป , ความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษากรณีการรับภาระเกินปกติ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มจร มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต . 2555 , หน้า 69-70

¹²⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2551) หน้า 107-108

¹³⁰ หลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของบริการสาธารณะมีอยู่ 3 หลักเกณฑ์ คือ ความเสมอภาค (l'égalité) ความต่อเนื่อง (continuité) และการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ (l'adaptation)

เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง จนกระทั่งในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principe général du droit) ไปแล้ว ดังปรากฏจากคำวินิจฉัย ลงวันที่ 9 มีนาคม 1951 คดี Societe des concerts du Conservatoire¹³¹ และนอกจากนี้ หลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการ สาธารณะยังมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ถือว่ามีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 อีกด้วย¹³² อันเป็นการรับรองหลัก ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะไว้ว่า บุคคลผู้ใช้บริการสาธารณะเดียวกันย่อมต้องอยู่ ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน อันเป็นภารกิจที่รัฐจะให้หลักประกันถึงความเสมอภาคในการรับบริการ สาธารณะแก่ประชาชนโดยเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาคและสิทธิในเสรีภาพของบุคคลถือได้ว่ามีความเกี่ยวพัน อย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพของมนุษย์เป็นไปอย่างเสมอภาคกันทุกคน เพราะหากเสรีภาพสามารถใช้ได้เพียงบุคคลบางคน และในขณะที่คนบางกลุ่มบางคนไม่สามารถเข้าถึง เสรีภาพได้ ในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าบุคคลมีเสรีภาพแต่อย่างใดใด หลักความเสมอภาคจึงเป็น พื้นฐานของสิทธิในเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง หลักความเสมอ ภาควินิจฉัยเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ภายใต้หลักการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่า เทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่อง นั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้ แนวคิดหลักการดังกล่าวได้สอด รับกับหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยหลักการที่ว่า มนุษย์ทุก คนจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน และพัฒนาการนำมาสู่แนวความคิดของหลักความเสมอ ภาคนั้น เป็นหลักการที่รัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันได้ให้ความเคารพต่อหลักความเสมอภาคของ ปัจเจกบุคคลและให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยนำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นหลัก พื้นฐานที่ระบุไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และก่อ ผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้ต้องปฏิบัติตาม และผูกพันต่อหลักความเสมอภาคไว้อย่างแข็งขัน อันเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ของปัจเจกบุคคลที่เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ เพราะถือได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ และการกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่

¹³¹ ยงยุทธ อนุกุล , หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.lawwebservice.com/lawsearch/yongyut01.pdf>

¹³² นันทวัฒน์ บรมานันท์ , *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 125* , หน้า 351

เพื่อมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องยอมรับและเคารพต่อหลักความเสมอภาค และให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และเคารพต่อความเป็นมนุษย์ของมนุษย์ทุกคนอันเป็นรากฐานสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

2.1.2.2.2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นพื้นฐานทางอุดมการณ์ การเมืองที่สืบทอดมาจากแนวคิดของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติที่เชื่อว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อาจแยกออกจากความเป็นมนุษย์ได้ ภายใต้ความเชื่อที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าในตัวเอง ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีเชื้อชาติ สีผิว เผ่าพันธุ์ เพศ ภาษา ศาสนาใด อยู่ในดินแดนใด มีฐานะทางสังคม หรือมีฐานะทางเศรษฐกิจเช่นใด มนุษย์จะต้องเท่าเทียมกันและจะต้องปฏิบัติต่อกันให้สมกับมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรี โดยกฎหมายของรัฐหรือผู้มีอำนาจรัฐใดไม่อาจพรากสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์นี้ได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่บุคคลสามารถกล่าวอ้างเพื่อให้มีการยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพื่อจรรโลงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีของมนุษย์และการดำเนินการใดๆ ก็จำต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล¹³³ แนวความคิดของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ได้พัฒนามาจากสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ของมนุษย์นับตั้งแต่ยุคสมัยกรีกและโรมัน สิทธิตามธรรมชาติของบุคคลซึ่งสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งโดยถือหลักของกฎหมายธรรมชาติแล้วมีวิวัฒนาการในลักษณะของความเป็นพลวัต (Dynamic) โดยมีการพัฒนาการอยู่ตลอดเวลาตามแนวความคิดหรือคำสอนของนักปรัชญาในยุคต่างๆ จนมาเป็นสิทธิมนุษยชนในยุคต่อมา¹³⁴ ความศรัทธาในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ย่อมสะท้อนต่อความศรัทธาต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นความเชื่อมั่นในเชิงคุณค่าของมนุษย์ที่มีความเกี่ยวข้องหรือขึ้นอยู่กับความเป็นมนุษย์ สิทธิความเป็นมนุษย์หรือสิทธิในความเป็นคน อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่เกิดขึ้นมา สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่มีบุคคล องค์กร หรือแม้แต่รัฐก็ไม่สามารถล่วงละเมิดความเป็นมนุษย์นี้ได้ โดยในฐานะมนุษย์ทุกคนย่อมได้รับคุณค่าของความเป็นมนุษย์โดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย ฐานะ หรือตำแหน่ง เป็นความศรัทธาในความ

¹³³ วิชัย ศรีรัตน์ ลาวัณย์ อดิศักดิ์ และทศพล ทรรคนกุลพันธ์ (เขียนและเรียบเรียง) , ศัพท์สิทธิมนุษยชน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (จัดพิมพ์โดย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ , 2554) หน้า 100

¹³⁴ สุพจน์ เวชมุข , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . 2552 , หน้า 7-8

มีโนธรรม ในศักยภาพที่จะเปลี่ยนแปลงสู่ความเป็นมนุษย์อันสมบูรณ์ ซึ่งโดยเนื้อแท้แล้วหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จะให้ความเคารพต่อหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ (Equality and Non-discrimination) โดยพึงปฏิบัติต่อมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อันมีมาโดยกำเนิดของบุคคลจึงถือเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) อันหมายความถึงสิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์นั้นถือเป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษกับความสำคัญของสิทธิดังกล่าว¹³⁵ โดยปรากฏคำอื่นที่มีความหมายเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน ได้แก่คำว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) , เสรีภาพพลเมือง (Civil Liberties) และสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental Rights) ที่ต่างยืนยันในมูลฐานเชิงเกียรติภูมิและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ อันเต็มเปี่ยมไปด้วยความมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การคำนึงถึงคำว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) จึงมีความเกี่ยวข้องกับคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) ไม่โดยทางตรงก็ทางอ้อม เพราะเป็นคำที่ปรากฏอยู่เสมอในเอกสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน¹³⁶

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นคำอธิบายความหมายของสิทธิมนุษยชนในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นมนุษย์ว่า มนุษย์ทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิมาตั้งแต่เกิด ใครจะละเมิดไม่ได้และไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการมีชีวิตและความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ เพราะคนทุกคนที่เกิดมาบนโลกมีศักดิ์ศรีของการเป็นมนุษย์ ดังนั้น การปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ห้ามทำร้ายร่างกายหรือทรมานอย่างโหดร้าย ตลอดจนการกระทำใดๆ ที่ถือเป็นการเหยียดหยามความเป็นมนุษย์ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการรับรองอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญา และปฏิญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ สำหรับฐานรากของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามแนวคิดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเห็นว่า แหล่งที่มาของสิทธิมนุษยชนคือ ธรรมชาติเชิงศีลธรรมของมนุษย์ (Man's moral nature) สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งจำเป็นมิใช่เพียงเพื่อการมีชีวิตอยู่ แต่เพื่อการดำรงชีวิตที่มีศักดิ์ศรี กล่าวคือ เพื่อชีวิตที่มีคุณค่าสมกับความเป็นมนุษย์ (life worthy of a human being) สิทธิมนุษยชนจึงเกิดขึ้นจากศักดิ์ศรีอันมีมาโดยกำเนิดของบุคคลอันเกี่ยวโยงไปถึงจินตภาพทางศีลธรรมแห่งศักยภาพของมนุษย์ (Moral vision of human potentiality)

¹³⁵ วีระ โลจายะ , กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2538) หน้า 54 -55

¹³⁶ ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์ . ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 . วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง . 2544 , หน้า 127 -132

โดยมุ่งเน้นย้ำรากฐานทางทฤษฎีสหิทธิมนุษยชนที่มีความศรัทธาเชื่อมั่นในความเป็นมนุษย์ ในศักดิ์ศรีอันดีมาแต่กำเนิดของชายและหญิงเหมือนกัน พร้อมๆ กับที่ศรัทธาต่อรากฐานร่วมกันของสหประชาชาติอันมีต่อเสรีภาพและประชาธิปไตย ซึ่งความเชื่อมั่นนี้ต่อสิทธิมนุษยชนก่อให้เกิดปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในปี ค.ศ. 1948 นั้นเอง¹³⁷ โดยในคำปรารภของปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ได้กล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในคำปรารภว่า “ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์...” และในข้อ 1 กำหนดว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระเสรีภาพและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันท์พี่น้อง” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงมีฐานะเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนโดยปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ถือเป็นเครื่องหมายอันยิ่งใหญ่ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอันแสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประเทศต่างๆ ในการรับรองหลักการของสิทธิมนุษยชนที่ได้มีการพัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นเป็นลำดับ¹³⁸

โดยสรุปแล้ว หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นคำที่มุ่งอธิบายความหมายของหลักสิทธิมนุษยชน ในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นมนุษย์ว่า มนุษย์ทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิของบุคคลที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ และไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ สิทธิดังกล่าวนี้คือ สิทธิในการมีชีวิตและมีความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ มนุษย์ทุกคนที่เกิดมาบนโลกล้วนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตลอดจนหลักความเสมอภาคอันถือเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนและล่วงละเมิดได้ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ โดยการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อความเป็นมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ เนื่องจากความเป็นมนุษย์มิใช่เป็นเพียงวัตถุประสงค์ของการกระทำจากรัฐ หากแต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องเป็นประธานในการกระทำต่างๆ ที่รัฐต้องคำนึงถึงอยู่ตลอดเวลาเป็นหัวใจสำคัญ เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จัดอยู่ในฐานะที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การกระทำต่างๆ ของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดดังกล่าวด้วย¹³⁹ โดยแม้การกล่าวอ้างถึงสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะ

¹³⁷ จริญญา โฆษณานันท์ , รัฐธรรมนูญ 2540 : จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2544) , หน้า 65 - 66

¹³⁸ สุพจน์ เวชมุข , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 134 , หน้า 23-25

¹³⁹ บรรเจิด สิงคนิต , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 119 , หน้า 93

คุณค่าที่ผูกพันกับความเป็นมนุษย์ และสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการยืนยันถึงคุณค่าดังกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 แต่อย่างไรก็ดี หลักการพื้นฐานต่างๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาฯ ที่สะท้อนถึงการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ก็ยังไม่มีกำหนดค่านิยามของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ไว้อย่างชัดเจน การที่องค์การสหประชาชาติไม่เขียนนิยามไว้ อาจเป็นการละไว้ในฐานะที่เข้าใจได้โดยสามัญสำนึกหรือเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งในการอธิบายความหมายหรือเปิดกว้างไว้เป็นความยืดหยุ่นในการตีความหรือเปิดทางในการพัฒนาความหมายของสิทธิมนุษยชนที่เป็นไปตามพลวัตสังคม¹⁴⁰ ทั้งนี้ การใช้อำนาจรัฐต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตลอดจนมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นการยืนยันถึงหลักการของรัฐในระบบนิติรัฐที่มุ่งให้ความคุ้มครองซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดตามอำเภอใจ

2.1.2.2.3 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

การปกครองภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งมีแนวความคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ รัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองไม่อาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น ในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองของรัฐต้องเคารพสิทธิตามธรรมชาติของประชาชน การจะตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิดังกล่าวย่อมมีอาจทำได้ แนวความคิดนี้เชื่อว่าถ้าหากรัฐตรากฎหมายจำกัด “สิทธิตามธรรมชาติของประชาชนแล้วกฎหมายฉบับนั้นๆ จะไม่มีผลบังคับ” แต่หากกรณีจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจบางอย่างที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐไม่สามารถก้าวล่วงสิทธิของบุคคลได้เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หลักการสำคัญที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายหรือไม่ คือ “หลักความได้สัดส่วน” ในระบบกฎหมายต่างประเทศได้รับการยอมรับว่า “หลักความได้สัดส่วน” เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย¹⁴¹ กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการในทางปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติราชการอันจะเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการ

¹⁴⁰ สุพจน์ เวชมุข , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 134* , หน้า 19

¹⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558) หน้า 7-8

บริหารกิจการภาครัฐตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)¹⁴² และถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของแนวคิดตามหลักนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ โดยรัฐจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญ ต้องทำทุกอย่างตามกฎหมายโดยมีองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่ามีการใช้อำนาจถูกต้องตามกฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสถาปนาขึ้นหรือไม่ โดยรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะมีอำนาจบังคับให้ประชาชนในรัฐกระทำการหรืองดเว้นการกระทำในบางเรื่องภายใต้ข้อจำกัดว่ารัฐจะใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น¹⁴³

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) จึงนับเป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน โดยเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation) โดยมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมโดยคำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกชนและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย¹⁴⁴ และถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ¹⁴⁵ โดยเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐและมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนผู้ที่ต้องตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจของรัฐ โดยมีหลักการพื้นฐานที่ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ ทั้งนี้ ในการควบคุมบรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐในทางปกครองเพื่อให้ใช้อำนาจกระทำการไปในทางที่มีความเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายและมาตรการที่เลือกใช้มีความจำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็น

¹⁴² ปราณี สุขศรี , หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/>

parliament_parcy/download/admincourt_journal/everyorganization/68.pdf , หน้า 2

¹⁴³ เพิ่งอ้าง , หน้า 10

¹⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ , หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส , วารสารกฎหมายปกครอง , เล่มที่ 19 ตอน 1 , เมษายน 2543 , หน้า 166

¹⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543) หน้า 85 , เพิ่งอ้าง , หน้า 9-10

หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ จะต้องพิจารณาถึงหลักการย่อยสำคัญ 3 ประการของหลักความได้สัดส่วน ดังนี้¹⁴⁶

(1) หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) หรือหลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หมายถึง ในบรรดามาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองต้องใช้พิจารณาเลือกนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องเลือกใช้มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้อย่างแน่แท้หรือการจะให้บรรลุวัตถุประสงค์เป็นไปด้วยความยากลำบาก ย่อมถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ฝ่ายปกครองมีความมุ่งหมายภายในใจที่จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลเป็นอย่างอื่น นอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายที่ให้อำนาจประสงค์จะเกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power) ดังนั้น หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) จึงคำนึงถึงความสัมพันธ์ที่ได้ดูสภาพระหว่างวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ วิธีการที่รัฐนำมาใช้ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างแน่แท้และกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง¹⁴⁷

(2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึง ในบรรดามาตรการทั้งหลายซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ โดยแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกมาตรการหรือวิธีการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด แนวความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่เป็นต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด”¹⁴⁸ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้อธิบายหลักความจำเป็นไว้ว่า มาตรการใดมาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็น เมื่อไม่สามารถที่

¹⁴⁶ ทวีศักดิ์ กลับช่วย และพัชรพรรณ นุชประยูร , การใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง , หน้า 11-13 ,เผยแพร่ในเว็บไซต์ http://law.nida.ac.th/main/images/Data/LLM/Bell%20Up/IS/IS_Tawesak.pdf

¹⁴⁷ ปรานี สุขศรี , *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 142* , หน้า 12

¹⁴⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2540) หน้า 84

จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ และเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด¹⁴⁹

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Appropriateness) หมายถึง เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์ที่มหาชนพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง และเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากที่สุด กล่าวคือ ในบรรดามาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไมมาตรการนั้นแล้วจะยังผลให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยมากอันไม่คุ้มกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะบังเกิดความเสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้มาตรการนั้นบังคับใช้แก่ประชาชน

หลักความได้สัดส่วนจึงถือเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญของรัฐที่เป็นนิติรัฐ อันเรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐจะต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรม โดยมาตรการที่รัฐนำมาใช้บังคับจะต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แก่ประโยชน์มหาชนได้จริง และก่อให้เกิดผลกระทบความเสียหายต่อปัจเจกบุคคลให้น้อยที่สุด และเมื่อพิจารณาถึงการใช้มาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ แต่ทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่สาธารณะได้รับ ย่อมถือเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน และในการตรากฎหมายในอันที่จะก่อให้เกิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า การใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการตรากฎหมายเช่นนั้นสามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริง โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวอันเป็นมาตรการที่ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสม โดยผู้ตรากฎหมายพิจารณาใช้เฉพาะมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่เป็นการแทรกแซงที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดอันเป็นมาตรการที่จำเป็น และมีการชั่งน้ำหนักถึงความคุ้มค่าแก่ประโยชน์สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้น มีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับการลิดรอนสิทธิของปัจเจกบุคคล จากหลักการดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่า

¹⁴⁹ BVerfGE 30,292 (316) ; 63,88, (115) ; 70 , 278 , (286) อ่างไว้ใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์ , วารสารกฎหมายปกครอง , เล่มที่ 19 ตอน 1 , เมษายน 2543 , หน้า 177 , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 144

หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล¹⁵⁰

2.1.2.2.4 หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐอันเป็นการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการบรรลุประโยชน์สูงสุดของรัฐเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน โดยนิติรัฐมีหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรกเป็นหลักการที่กฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นทั้งหมดหรือรัฐต้องปกครองโดยกฎหมาย ประการที่สอง ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ (Separation of Power) คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ต้องแยกจากกันและตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance of Power) และประการที่สาม การใช้อำนาจตุลาการของผู้พิพากษาต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี¹⁵¹ โดยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐสมัยใหม่ (Modern State) การใช้อำนาจของรัฐฝ่ายบริหารจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะส่วนที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้มีอำนาจเท่านั้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกฎเกณฑ์กำหนดวิธีการและขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ โดยองค์กรตุลาการจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน หรือระหว่างประชาชนด้วยกันโดยอาศัยยึดมั่นในตัวบทกฎหมายในการทำหน้าที่ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่ทุกคนโดยทั่วหน้า ไม่เลือกปฏิบัติหรือฝักใฝ่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และมุ่งยึดถือหลักกฎหมายและหลักความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง¹⁵² องค์กรตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งของรัฐและทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และตัดสินอรรถคดีต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้พิพากษาหรือศาลจึงต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นจะต้องอิสระจากคู่ความอิสระจากรัฐ และอิสระจากสังคม โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น¹⁵³

¹⁵⁰ บวรเจต สึงคะเนติ และคณะ , *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 141* , หน้า 1

¹⁵¹ ไพโรจน์ วายุภาพ , *หลักนิติรัฐกับความสำคัญของผู้พิพากษาและคำพิพากษา* , ตลพท พที่ 60 , เล่มที่ 2 (2556) , หน้า 1-3

¹⁵² ปรีดี เกษมทรัพย์ , *ระบบ ก.ต. และความเป็นอิสระของตุลาการ* , *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 22 เล่มที่ 3. กันยายน 2535 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.tulawcenter.org/sites/default/files/Nitizat%20Journal%20Vol.22%20Iss.3.pdf> , หน้า 334-335

¹⁵³ อภิสัค พรหมสวาสดี , *ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา* , เล่มเดียวกัน , หน้า 355 - 356.

ในการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น จะต้องเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เพื่อให้การวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งเสริมความเชื่อมั่นให้ผู้พิพากษามีต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลใดๆ เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต โดยหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น ได้มีมาแต่โบราณแล้ว โดยได้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษก่อนในการมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาให้พ้นจากอิทธิพลของพระมหากษัตริย์ อันเป็นการแสดงถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและความบริสุทธิ์ของสถาบันศาลของประเทศอังกฤษ ซึ่งหลักการและแนวความคิดนี้มีผลต่อการวิวัฒนาการของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ ทั่วโลกในเวลาต่อมา¹⁵⁴ โดยแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีที่ว่าด้วยความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (The theory of Judicial Independence) ในประเทศอังกฤษมี 4 ประการ คือ¹⁵⁵

1. ผู้พิพากษาต้องปราศจากอคติทางการเมือง (Judge must be kept clear of political bias) ดังที่ได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ใน Act of Settlement 1701
2. ผู้พิพากษาจะต้องปราศจากกดดันทางการเมือง (A Judges must be kept free from political pressure) โดยผู้พิพากษาจะได้รับการประกันความมั่นคงในตำแหน่งหน้าที่รวมทั้งเงินเดือนของผู้พิพากษาโดยกล่าวได้ว่า การเข้าสู่ตำแหน่ง การดำรงตำแหน่ง และการสิ้นสุดของตำแหน่งของผู้พิพากษาจะได้รับการประกันอย่างดียิ่ง¹⁵⁶
3. ผู้พิพากษาจะต้องมีความอิสระในการพูดอย่างกล้าหาญในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา (A Judges must be kept free to speak boldly in his judicial capacity)
4. ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งในประเทศอังกฤษหลายศตวรรษที่ผ่านมา ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในการตัดสินคดีระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายด้วยความเป็นธรรม มิได้ตัดสินโดยปราศจากเหตุผล หรือโดยอิทธิพลจากฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายอื่นๆ (to give decision only as between litigants of flesh and blood , and not on hypothetical cases put to them by the executive or anyone else)

¹⁵⁴ อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์ , ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา , วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2534 , หน้า 6-7

¹⁵⁵ เพ็งอ้าง , หน้า 13-16

¹⁵⁶ แอล ดูปลาตร์ , กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (การศาลในประเทศฝรั่งเศส) , คำสอนทางปริญญาโททางนิติศาสตร์ พ.ศ. 2478 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง , (พระนคร : โรงพิมพ์พระจันทร์ พระนคร 25 ก.พ. 2478) , หน้า 38 , เพ็งอ้าง

จากหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาทั้ง 4 ประการดังกล่าวเป็นหลักประกันที่มั่นคงและสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่จะทำให้ประชาชนมีความมั่นใจและไว้วางใจในความยุติธรรมของศาล นอกจากนี้ ต้องมีกฎเกณฑ์อีก 3 ประการมาประกอบซึ่งจะทำให้ประชาชนเกิดความเลื่อมใสในกระบวนการยุติธรรม คือ¹⁵⁷

1. ผู้พิพากษาจะไม่พิจารณาคดีใดๆ ซึ่งตนมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (a judge cannot try any case in which he is personally interested)
2. ผู้พิพากษาจะต้องให้เหตุผลในการตัดสินคดีเสมอ (A judge must give reasons for his decision)
3. ผู้พิพากษาหรือศาลจะต้องเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าตรวจสอบโดยมีสิทธิเข้าฟังการพิจารณาคดีในศาล (The public have a right to be admitted to any court)

หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการหรือหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของนิติรัฐและภายใต้หลักนิติธรรมที่เป็นหลักการสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างเด่นชัด โดยการปกครองหรือการบริหารรัฐที่ดำเนินต้องยึดมั่นในหลักการของกฎหมาย อันถือว่าเป็น “จิตวิญญาณของกฎหมาย” ซึ่งเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศต่างๆ ได้นำเอาหลักนิติธรรมและหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษามาบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง จึงเป็นที่ประจักษ์ว่า ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่กฎหมายรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้ง อันเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์และประโยชน์ในการปกครองประเทศให้อยู่ในความสงบสุขตามหลักนิติธรรม โดยหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมในการปกครองบ้านเมือง กล่าวคือ ผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้กฎหมายหรือนิติรัฐ เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการสามารถดำรงตนให้เป็นกลางในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ โดยปราศจากอคติ สามารถวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อพิพากษาคดีหรือออกคำสั่งได้อย่างถูกต้อง ตรงไปตรงมาโดยปราศจากการแทรกแซงหรือสั่งการจากบุคคลอื่นหรือองค์กรอื่น ความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษาหรือตุลาการดังกล่าวต้องเป็นอิสระจากปัจจัยภายนอกโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจการสั่งการจากบุคคลอื่น และจากภายในตัวผู้พิพากษาหรือตุลาการเอง โดยต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยปราศจากอคติทั้งปวง หากมีกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่กำหนดให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือสั่งการของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้ตัดสินคดีหรือออกคำสั่งให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ออกคำสั่งดังกล่าว ย่อม

¹⁵⁷ H.G.Hanbury , English Court of Law , 4th ed (Newyork Toronto : Oxford University Press) P. 1 , เพิ่งอ้าง

เป็นการขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น¹⁵⁸ ความมุ่งหมายของหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงเป็นเพื่อที่จะคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแทรกแซงจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงหมายถึงการที่ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ ทั้งสิ้น อำนาจตุลาการถือเป็นอำนาจที่เป็นกลางและอิสระในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร ดังนั้น องค์การตุลาการปราศจากความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ตรวจสอบหรือชี้ขาดข้อพิพาทใดๆ แล้ว ย่อมมีอาจบรรลุซึ่งเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจได้อย่างแท้จริง

จากแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาสามารถจำแนกหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่จะชี้ให้เห็นถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น โดยแบ่งได้เป็น 2 ประการคือ ความเป็นอิสระในเนื้อหาและความเป็นอิสระในทางส่วนตัว ดังนี้¹⁵⁹

ความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายถึง ผู้พิพากษามีอิสระที่ปฏิบัติหน้าที่ในทางอรรถคดีในการพิจารณาพิพากษาคดีผู้พิพากษาย่อมมีอิสระในการแสดงความคิดเห็นไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรือคำสั่งของบุคคลหรือองค์กรใดๆ ไม่ว่าจะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ที่มีผลต่อเนื้อหาการพิจารณาพิพากษาคดี นอกจากนี้ยังหมายรวมถึง กรณีที่มีคำสั่งใดๆ ให้มีผลเป็นการให้ผู้พิพากษาไม่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยทางอ้อมด้วย เช่น การแจกสำนวนแก่ผู้พิพากษาโดยกำหนดระยะเวลาให้ผู้พิพากษาพิจารณาพิพากษาคดีให้เสร็จทันภายในระยะเวลาที่จำกัด ตลอดจนการกำหนดให้ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่อย่างอื่นเพิ่มจนไม่มีเวลาเพียงพอต่อการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะคำสั่งเท่ากับเป็นการถอดถอนอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีและกระทบต่อความเป็นอิสระในทางส่วนตัวของผู้พิพากษา

ความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายถึง ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายหรือกระทบต่อสถานะส่วนตัวโดยถูกกลั่นแกล้งในภายหลัง หากตัดสินคดีไปในทางใดทางหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีวิธีการเพื่อให้เกิดหลักประกันในความเป็นอิสระในทางส่วนตัวนี้ โดยเฉพาะเรื่องการแต่งตั้ง โยกย้าย การให้ความดีความชอบ และการถอดถอน โดย

¹⁵⁸ ขาววิทย์ รักษ์กุลชน , หลักนิติธรรมกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 5-7

¹⁵⁹ นิทราวดี ฤทธิ์พันธุ์ , ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาคดีอาญา, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มจร มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2555 , หน้า 30-31

หลักแล้วการถอดถอนและโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ ความเป็นอิสระในทางส่วนตัวเป็นข้อเสริมความสมบูรณ์ของความเป็นอิสระในทางเนื้อหาของผู้พิพากษา

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา จึงเป็นหลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่มิให้อิทธิพลหรืออำนาจใดๆ มาแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาและตุลาการได้ เพื่อให้การวินิจฉัยตัดสินคดีของผู้พิพากษาหรือศาลยุติธรรมเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรมและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งเสริมความเชื่อมั่นมิให้ผู้พิพากษาต้องหวั่นเกรงต่ออิทธิพลใดๆ เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ดังคำกล่าวที่ว่า “ผู้พิพากษาเราอยู่เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน ไม่เลือกชาติ ชั้น วรรณะ เราจะอำนวยความยุติธรรมไม่ว่าแก่ผู้ใด บริสุทธ์ ชัมแข็ง กล้าต่อสู้ต่ออำนาจที่มาบีบบังคับ อำนาจที่จะมาจากสถานใดก็ตาม อำนาจที่เป็นกำลังอาวุธ กำลังอิทธิพล อีกทั้งอำนาจความชั่วร้าย ชั่ววณของวัตถุนิยม เราต้องต่อสู้อำนาจเหล่านั้น จงรักษาความยุติธรรมเหมือนชีวิต เหมือนสุภาชิตลาตินบทหนึ่งว่า “fiat ju stitia, ruat coelum” แปลว่า “จงให้ความยุติธรรมแม้ฟ้าจะถล่มก็ตาม”¹⁶⁰ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในนิติรัฐและรัฐต้องให้การรับรอง และรัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีศาลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทและตัดสินอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายโดยปราศจากการใช้อำนาจหรืออิทธิพลใดๆ อันจะทำให้ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาต้องถูกระทบกระเทือนได้ ซึ่งหากความเป็นอิสระของผู้พิพากษาถูกระทบกระเทือนก็จะทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนและส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องถูกลิดรอนลงไปด้วย

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบของหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาแล้ว จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของแนวคิดรัฐภายใต้กฎหมายต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐจะต้องดำเนินการปกครองตามกรอบของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีการจัดวางกลไกในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นหลักการสำคัญของการจัดทำ “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” ในรัฐสมัยใหม่เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศและเป็นการวางหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจของผู้ปกครองเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่กำเนิดมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ดังนั้น เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจของผู้ปกครองและอยู่ในสถานะของกฎหมายสูงสุดอันมาจากเจตจำนงของ

¹⁶⁰ สัญญา ธรรมศักดิ์ , “อุดมการณ์บนเส้นทางสายยุติธรรม” ใน 7 รอบ อาจารย์สัญญา, จัดพิมพ์โดยมูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , พ.ศ. 2534 , หน้า 47

ประชาคม “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (Supremacy of the constitution) จึงถือเป็นหลักการอันเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐและอยู่ในสถานะของกฎหมายสูงสุดที่อยู่เหนือกฎหมายหรือองค์กรใดๆ ทั้งปวงของรัฐและสืบเนื่องมาสู่หลักการของ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย”(Principle of legality) อันเป็นหลักการที่วางหลักเกณฑ์ให้บรรดาการกระทำใดๆ ขององค์กรของรัฐจะต้องเคารพต่อกฎหมาย โดยผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์อันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด และจะกระทำการนอกขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดมิได้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นหัวใจของนิติรัฐ ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้บรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐต้องสอดคล้องกับหลักการอันเป็นคุณค่าอันสูงสุดซึ่งก็คือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ที่ถือเป็นรากฐานสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในยุคสมัยใหม่ที่ยึดถือหลักการของระบอบนิติรัฐและการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและยอมรับถือเป็นหลักการคุณค่าสูงสุดที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ **หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงถือเป็นหลักการสำคัญอันเป็นองค์ประกอบของนิติรัฐในเชิงเนื้อหา** ซึ่งจะไปนำเสนอรายละเอียดในหัวข้อ 2.2.3 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ต่อไป

2.1.3 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นรากฐานสำคัญของนิติรัฐเพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจในการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยถือว่าสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดของรัฐ การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องสอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุด สิทธิเสรีภาพของมนุษย์จึงเป็นรากฐานสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือหลักนิติรัฐและการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญและยอมรับถือเป็นหลักการคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นแนวความคิดที่มีที่มาจากเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” ตามแนวความคิดดังกล่าวถือว่า มนุษย์ล้วนเกิดมาโดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด จวบจนถึงแก่ความตาย อันได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในทรัพย์สินเสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิของมนุษย์แต่ละปัจเจกบุคคลที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่อาจมีผู้ใดก้าวล่วงหรือทำให้กระทบกระเทือนถึงแก่นแท้ของสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ได้

2.1.3.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

คำว่า สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้ แล้วแต่ประเภทของสิทธิ นั้นๆด้วย¹⁶¹

สำหรับคำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร หรืออำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยบุคคลย่อมมีเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำการในสิ่งที่ตนไม่ต้องการ หรือไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำการในสิ่งที่ตนต้องการ เสรีภาพจึงถือเป็นอำนาจของบุคคลในการกำหนดตนเองโดยอิสระที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด อันเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง

โดยแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิดอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งสืบเนื่องมาจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มีบทบาทสำคัญที่ก่อให้เกิดแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล โดยกฎหมายธรรมชาติมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ¹⁶²

ประการแรก เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา

ประการที่สอง ใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง

ประการที่สาม อยู่เหนือกฎหมายของรัฐ คือ รัฐจะออกกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

จากแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติได้ทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาติสืบเนื่องตามมา โดยมีแนวความคิดอยู่ว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกัน และพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาได้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุขและรัฐทั้งหลายจะต้องกระทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้ได้อย่างเต็มที่ วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์โลกที่ใช้เหตุผล

¹⁶¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2538) หน้า 21

¹⁶² กุลพล พลวัน , สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2547) หน้า 5-6

ยอมรับว่าเป็นหลักที่ดี และเชื่อว่าจะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างสันติและมีความสุข”¹⁶³ แนวความคิดดังกล่าวก่อให้เกิดการรับรองสิทธิและก่อความผูกพันแก่ผู้ปกครองต้องให้การยอมรับนับถือสิทธิต่างๆ ที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับ และสืบเนื่องมาจวบจนปัจจุบันต่างยอมรับกันว่า สิทธิและเสรีภาพมิใช่เพียงสิทธิในการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากรัฐเท่านั้นหากสิทธิและเสรีภาพยังสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการและปฏิบัติต่อบุคคลโดยเสมอภาค โดยสิ่งที่ทำหน้าที่ป้องกันหรือปกป้องรักษาสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ได้แก่ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ดังนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงอยู่ในฐานะที่เป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในอันที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการอันใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้องค์กรของรัฐรบกวนหรือแทรกแซงการใช้สิทธิของปัจเจกบุคคล โดยบุคคลผู้ทรงสิทธิย่อมมีอิสระที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการอันใดภายในขอบเขตแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้ ตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักประกันต่อปัจเจกบุคคลว่ารัฐธรรมนูญจะให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้

2.1.3.2 ที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ

ดังที่ได้กล่าวไว้ว่า รากฐานของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพมีที่มาจากแนวความคิดเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” (Natural Right) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ถูกเสนอขึ้นมาโดยมีความมุ่งหมายที่แท้จริงเพื่อจำกัดอำนาจรัฐหรือผู้ปกครอง ซึ่งแต่เดิมแนวความคิดดังกล่าวนี้โน้มเอียงไปทางการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือผู้มีอำนาจปกครอง แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพจึงเป็นความพยายามของผู้ที่อยู่ใต้ปกครองในการเรียกร้องที่จะกำหนดสิ่งต่างๆ ซึ่งบุคคลต้องการที่จะได้รับจากรัฐในฐานะความเป็นมนุษย์ไว้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการก่อตัวของรัฐชาติ (Nation State) ในยุคสมัยใหม่ที่มีพัฒนาการในแรกเริ่มอยู่ภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) และต่อมาเกิดความขัดแย้งกันระหว่างกษัตริย์กับประชาชน โดยประชาชนเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองมากขึ้นอีกทั้งแนวความคิดของระบอบประชาธิปไตยที่ก่อตัวในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยแนวความคิดประชาธิปไตยเจริญเติบโตมาก็เนื่องจากความเชื่อมั่นที่ว่า การใช้อำนาจปกครองจะต้องถูกจำกัดในขอบเขตที่เหมาะสม โดยเปิด

¹⁶³ เติ้งอ่าง , หน้า 8

โอกาสให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพที่จำเป็นที่สุดต่อการเป็นมนุษย์ของตน¹⁶⁴ ดังนั้น แนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐจึงเป็นรากฐานที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดตามอำเภอใจจากรัฐหรือผู้ปกครอง และอาจกล่าวได้ว่า ความมุ่งหมายของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพก็คือ การควบคุมหรือการจำกัดการใช้อำนาจรัฐนั่นเอง¹⁶⁵ โดยในการศึกษาถึงที่มาของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพจะพิจารณาถึงอิทธิพลของศาสนาคริสต์ แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ แนวความคิดของนักปรัชญา และแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง¹⁶⁶

2.1.3.2.1 อิทธิพลของศาสนาคริสต์

แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามทัศนคติของศาสนาคริสต์ถือว่า “สิทธิมนุษยชนเป็นพระคุณตามธรรมชาติที่มนุษย์มีมาแต่กำเนิด พระคุณอันนี้จะถ่ายทอดโอนให้แก่ใครมิได้ และทำให้มนุษย์เจริญชีวิตอยู่อย่างสมศักดิ์ศรีที่เป็นมนุษย์ พระคุณนี้มีลักษณะเป็นสากล คือ เมื่อเกิดเป็นมนุษย์แล้ว มีพระคุณที่เรียกว่า สิทธิมนุษยชน ความเข้าใจพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนในมิติทางศาสนา คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับการยืนยันจากพระธรรมคำสอน โดยเชื่อว่า การที่มนุษย์มีศักดิ์ศรีเช่นนี้ ถือว่าเป็นพระคุณที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของได้สร้างให้ จึงควรอย่างยิ่งที่มนุษย์ทุกคนจะได้สำนึกในพระคุณ เกียรติและศักดิ์ศรีเหล่านี้ และในเวลาเดียวกันแต่ละคนก็ต้องสำนึกด้วยว่า คนอื่นที่เป็นมนุษย์ก็เป็นลูกของพระเจ้าเหมือนกัน ฉะนั้นจึงเรียกร้องว่า มนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพและให้เกียรติแก่กันและกัน เมื่อเราประพฤติหรือกระทำอย่างเคารพและให้เกียรติแก่ผู้อื่น เขาก็จะกระทำเช่นเดียวกับเรา โดยการเคารพและให้เกียรติแก่เราเช่นเดียวกับที่พระเจ้าเป็นเจ้าพระบิดาเคารพเราซึ่งเป็นลูกพระองค์ สิทธิมนุษยชนไม่ได้มาจากการที่มนุษย์เรียกร้อง มิได้มาจากรัฐ มิได้มาจากการมีเงินซื้อสิทธิมนุษยชน แต่มาจากพระคุณของพระเจ้า เป็นของประทาน เป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด จะถ่ายทอดโอนให้ใครไม่ได้ และเป็นสิ่งสากล ซึ่งศาสนาคริสต์บอกว่าเป็นพระคุณอันประเสริฐของพระเจ้าผู้สร้างที่ให้แก่เรา เราจะซื้อขายกันไม่ได้ รัฐจะมาเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ดังนี้ จึงกล่าวได้ว่า ในมิติของศาสนาคริสต์ เกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เป็นพระคุณอันศักดิ์สิทธิ์ล้ำค่า ซึ่งมีไว้เพื่อจะทำให้ชีวิตของมนุษย์เจริญขึ้นและพัฒนาขึ้นแบบมนุษย์ และเพื่อให้มนุษย์จะได้อยู่

¹⁶⁴ ดาร์ห์ บุรณะนนท์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 78 , หน้า 59-61

¹⁶⁵ ชยกร แก้วมาก , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมการเมืองไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2552 , หน้า 9-15

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน

ด้วยกันแบบมนุษย์ในสังคมที่มีความรัก ความเคารพ และให้เกียรติซึ่งกันและกัน และคริสต์ศาสนิกชนต้องทำให้โลกมีสันติบนพื้นฐานของความยุติธรรม นั่นคือเคารพเกียรติศักดิ์ศรีและสิทธิมนุษยชนทุกคน”¹⁶⁷ คำสอนของศาสนาคริสต์จึงถือเป็นที่มาสำคัญประการหนึ่งของแนวความคิดว่าด้วยเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชนอันสอดคล้องกับแนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ ความเสมอภาคตามคำสอนของศาสนาคริสต์ เห็นว่า ทุกคนเสมอเหมือนกันในสายตาของพระเจ้า มนุษย์ทั้งหลายต่างก็เป็นบุตรของพระเจ้าด้วยกันทุกคน โดยแซนต์ปอล (Saint Paul) นักบวชคนสำคัญในศาสนาคริสต์ ได้กล่าวเสริมคำคำสอนของพระเยซูคริสต์ในตอนหนึ่งว่า “ไม่มีทั้งยิวหรือกรีก ไม่มีทั้งทาสหรือชนเสรี ไม่มีทั้งชายหรือหญิง พระเยซูเจ้าทั้งปวงเป็นหนึ่งในพระเยซูคริสต์” และกล่าวอีกตอนหนึ่งว่า “ไม่มีข้อแตกต่างระหว่างยิวและกรีก เพราะพระเจ้าองค์เดียวกันเหนือคนทั้งปวง เป็นที่อุดมสมบูรณ์สำหรับคนทั้งปวงที่เข้าเฝ้าพระองค์”¹⁶⁸ จะเห็นได้ว่า คำสอนของศาสนาคริสต์ดังกล่าวสะท้อนถึงหลักแห่งความเสมอภาคของมนุษย์ โดยมนุษย์ไม่ว่าต่างชนชาติ ต่างเพศ หรือต่างฐานะ ก็ต่างเท่าเทียมกันในสายตาของศาสนาคริสต์ทั้งสิ้น อีกทั้งตามนัยแห่งคำสอนของศาสนาคริสต์ดังกล่าวเห็นได้ว่า ร่างกายของมนุษย์มีคุณค่าศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อยู่ในตัว โดยถือว่า ร่างกายของมนุษย์เป็นสิ่งที่พระเจ้าได้ประทานสร้างขึ้นในฐานะที่มนุษย์ทุกคนเป็นเสมือนบุตรของพระองค์ มนุษย์ทุกคนรวมทั้งรัฐต้องให้การยอมรับและเคารพสิทธิมนุษยชนซึ่งกันและกัน ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไม่ได้มาจากการที่มนุษย์เรียกร้อง ไม่ได้มาจากรัฐ และถือว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด ซื่อซายกันไม่ได้ จะถ่ายโอนให้ใครไม่ได้ และเป็นสิ่งสากล เป็นสิ่งที่มาจากพระเจ้าผู้เป็นเจ้าประทานให้แก่มนุษย์ทุกคน รัฐจะมาเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ซึ่งแนวความคิดการยอมรับในคุณค่าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการเคารพสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ย่อมทำให้มนุษย์ไม่อาจยอมรับอำนาจของรัฐว่า มีเหนือความเป็นมนุษย์ในทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยคำสอนของศาสนาคริสต์ที่สอนให้มนุษย์สำนึกในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงเท่ากับสอนให้มนุษย์ปฏิเสธที่จะยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐทุกชนิดที่ปราศจากเงื่อนไข ศาสนาคริสต์ยอมรับแนวความคิดในเรื่องของอำนาจรัฐโดยมีเงื่อนไขเพียงประการเดียวเท่านั้น คือ รัฐจะต้องเป็น “สังคมเปิด” ที่วางอยู่บนรากฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างสมาชิก และเปิดโอกาสที่สมาชิกจะสามารถ

¹⁶⁷ บุญเลื่อน หมั่นทรัพย์, พระศาสนจักรกับสิทธิมนุษยชน, บทบรรยาย จากงานสัมมนาผู้บริหารโรงเรียนคาทอลิก เรื่อง “สิทธิมนุษยชนศึกษา” เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2543 ณ อาคารมูลนิธิเซนต์คาเบรียล ซอยทองหล่อ 25 กรุงเทพฯ, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.jpthai.org>

[/content/view/520/109/](#)

¹⁶⁸ วีระ โลจายะ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8 : สิทธิเสรีภาพของประชาชน, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2534, หน้า 476, อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 165, หน้า 10

ใช้สิทธิทางการเมืองอย่างเต็มที่ สังคมเปิดนั้นยอมรับคุณค่าของปัจเจกชนแต่ละคน เป็นสังคมที่เป็นที่รวมของมนุษย์ซึ่งมีความเห็นเป็นของตนเอง หน้าที่ของรัฐต่อสังคมก็คือ การสนับสนุนและส่งเสริมผลประโยชน์ของบุคคลโดยทั่วไป¹⁶⁹

พื้นฐานความเชื่อทางคริสต์ศาสนาที่มีพัฒนาการมายาวนานนับแต่ยุคกลาง อันเป็นยุคที่ศาสนจักรเป็นสถาบันอันเป็นศูนย์กลางของระบบการเมืองการปกครอง และแพร่หลายมีอิทธิพลต่อความคิดความเชื่อตลอดจนมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทางปรัชญากฎหมายในโลกตะวันตก โดยแนวความคิดสำคัญที่เชื่อมโยงแนวความคิดของคริสต์ศาสนาผสมผสานกับหลักกฎหมายธรรมชาติที่ยึดถือในเรื่องหลักของเหตุผลและมีอิทธิพลต่อปรัชญาการเมืองและระบบกฎหมายในยุคสมัยต่อมา เป็นแนวความคิดของเซนต์อะไควนัส (St. Thomas Aquinas) ที่เห็นว่า รัฐเป็นแหล่งรวมของกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมและรัฐเปรียบเสมือนเครื่องมือให้มนุษย์บรรลุซึ่งความดีและความยุติธรรมได้ และมุ่งเน้นว่า กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ หากกฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ย่อมไม่มีคุณค่าจะนับเป็นกฎหมาย¹⁷⁰ และเห็นว่า สังคมที่ดีต้องเป็นสังคมที่คนในสังคมมีความเท่าเทียม มีความสามารถ ซึ่งหมายถึง “ความยุติธรรมตามส่วน” (Distributive Justice) และ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นสิ่งสำคัญยิ่งของรัฐ¹⁷¹ อันสะท้อนถึงหลักการในทางศาสนาคริสต์ถึงหลักเอกภาพสูงสุดของพระเจ้าว่า กฎหมายในรัฐนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเซนต์อะไควนัสได้เสนอทฤษฎีว่า “ธรรมชาติแล้วมนุษย์ต้องอยู่ใต้รัฐบาล แต่ถ้ารัฐบาลปราศจากความยุติธรรม รัฐบาลนั้นก็จะเป็นไปตามกฎธรรมชาติไม่ได้ เมื่อสิทธิและเสรีภาพเป็นธรรมชาติของมนุษย์แล้ว จึงไม่ควรที่จะให้ใครมาใช้อำนาจลบล้างสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ฉะนั้นการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องยึดอยู่บนหลักการของเหตุผลตามธรรมชาติมิใช่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจของผู้ปกครอง”¹⁷² คำสอนของศาสนาคริสต์ของแนวความคิดว่าด้วยเรื่อง ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และหลักสิทธิมนุษยชน ได้สอดรับกับแนวความคิดและทฤษฎีของนักบุญในคริสต์ศาสนาที่สะท้อนถึงการให้คุณค่าของความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และความเป็นธรรมของหลักความยุติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิตามธรรมชาติตามปรัชญา

¹⁶⁹ เห่งอ้าง , หน้า 476-477

¹⁷⁰ เขาวิน กัญจนะไพบูลย์ , ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 5

¹⁷¹ ภิรัชญา วัฒนรุ่ง , ปรัชญาและพัฒนารากกฎหมายมหาชน , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543) หน้า 41-43, อ้างไว้ใน โกเมศ วัฒนเมือง , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3 , หน้า 68-69

¹⁷² เห่งอ้าง

กฎหมายธรรมชาติ และการมีสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์เป็นปรัชญาพื้นฐานของระบบการเมืองและระบบกฎหมายที่เป็นการยืนยันถึงอิทธิพลของศาสนาคริสต์ที่มีต่อหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทุกยุคสมัย

2.1.3.2.2 แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ

แนวความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติเป็นแนวความคิดที่เชื่อกันว่า นอกเหนือไปจากกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นมาแล้ว ยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นตามธรรมชาติ โดยที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น และเป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดสถานที่และเวลา ดังที่ฌอง ริเวโร อธิบายไว้ว่า “กฎหมายธรรมชาตินี้มีฐานะเหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐต้องเคารพกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ และไร้สภาพบังคับหากว่าขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ”¹⁷³ โดยแนวความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาตินี้กำเนิดมาจากนักปรัชญากรีกโบราณในสมัย ศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาล ดังที่อริสโตเติล (Aristotle 384 - 322 ก่อนคริสตกาล) กล่าวไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีเสรีภาพในการเลือกด้วยเหตุผลที่ถูกต้องย่อมช่วยให้เขาเข้าถึงกฎธรรมชาติได้และ ณ จุดนี้เอง คือ เสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์” โดยแนวความคิดนี้ถือว่ามนุษย์สามารถเข้าถึงกฎธรรมชาติได้ด้วยเหตุผลที่ถูกต้อง เนื่องจากเหตุผลของมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ¹⁷⁴ ต่อมาซิเซโรนักปรัชญาในยุคโรมันได้อธิบายหัวใจของหลักปรัชญาว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติไว้ในคำกล่าวอันเป็นอมตะที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลอันถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ แม้ชานไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่าเสมอเป็นนิจนิรันดร์ เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำโดยคำสั่งหรือห้ามไม่ให้กระทำ ความชั่วโดยข้อห้าม เป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่เราจะต้องไม่พยายามที่จะบัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายนี้ไม่อาจที่จะถูกตัดทอนแก้ไขหรือเพิกถอนยกเลิกเสียได้ อันที่จริงแล้วไม่ว่าวุฒิสภาหรือประชาชนก็ไม่มีอำนาจที่จะปลดเปลื้องเราให้พ้นจากบังคับของกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นบุคคลหรือสิ่งอื่นใดนอกจากตัวเราเอง ที่จะเป็นผู้อธิบายให้เห็นว่ากฎหมายนั้นคืออะไร หรือตีความว่ากฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่

¹⁷³ Jean Rivero *Libertés publiques* Paris Presses universitaires de France , 1973 หน้า 35 อ้างถึงใน วีระ โลจายะ , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8 : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน , สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช . พ.ศ. 2526 , หน้า 467

¹⁷⁴ อุดม รัฐอมฤต และคณะ , การอ้างอิงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2544) หน้า 34 , อ้างไว้ใน ชยกร แก้วมาก , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 165* , หน้า 16

กรุงโรม และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ เป็นอย่างหนึ่งในขณะนี้และเป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยอื่นๆ แต่คงยังเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงเป็นนิรันดร และผูกพันบังคับทุกชาติทุกภาษาทุกยุคทุกสมัย”¹⁷⁵ จากคำกล่าวของซิเซโรได้ยืนยันแนวความคิดที่ว่า กฎหมายเป็นเรื่องของเหตุผลที่เป็นไปโดยธรรมชาติสอดคล้องกับเหตุผลอันเป็นกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติของมนุษย์ (Human Nature) อันเป็นความรู้สึกผิดชอบชั่วดีและกฎหมายธรรมชาติย่อมผูกพันมนุษย์ทุกคนให้ต้องปฏิบัติตาม

แนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติได้ปูทางนำการให้ความสำคัญกับการใช้เหตุผลของมนุษย์และการให้ความสำคัญกับการออกกฎหมายมาจำกัดความไร้เหตุผลของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นอันไม่สอดคล้องกับเหตุผลตามธรรมชาติและระบบศีลธรรมของหลักเหตุผลมาใช้ในการจัดทำประมวลกฎหมายและสร้างกฎหมายมหาชนขึ้นมาจำกัดอำนาจผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติซึ่งมีอาจลบล้างได้ของมนุษย์ แนวความคิดดังกล่าวถือเป็นรากฐานสำคัญในศตวรรษที่ 17-18 ในการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ เพราะจุดที่สำคัญที่สุดในหลักกฎหมายธรรมชาติก็คือ ความเชื่อที่ว่า เหนือ “อำนาจสูงสุด” ของมนุษย์ยังมีสิ่งอื่นอยู่อีก สิ่งนั้นก็คือ “ธรรมชาติ” และ “เหตุผล” โดยสิ่งใดเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์อยู่แล้ว ย่อมมีอาจมีผู้ใดมาใช้อำนาจลบล้างได้ และการใช้อำนาจในทางการเมืองการปกครองต้องวางอยู่บนหลักเหตุผลตามธรรมชาติมิใช่เป็นไปตามอำเภอใจ¹⁷⁶ ซึ่งตามทัศนะของอริสโตเติลได้อธิบายถึงสิทธิตามธรรมชาติเพิ่มเติมว่า “สิทธิตามธรรมชาตินั้นมีอยู่จริง และเป็นสิ่งที่สถิตอยู่ทุกแห่งหน ทั้งปรากฏอยู่โดยไม่ต้องมีโองการหรือประกาศใดๆ (Natural rights is that rights which has everywhere the same power and does not owe its validity to human enactment)”¹⁷⁷ โดยฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius 1583-1645) นักปรัชญาคนสำคัญของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติได้พัฒนาแนวคิดของอริสโตเติลที่เชื่อว่า ธรรมชาติของมนุษย์มีความต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ดังนั้นความถูกต้องเป็นธรรมในทัศนะของโกรเชียสก็คือ “สถานะที่สอดคล้องกับธรรมชาติของการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างมีเหตุผล สิ่งใดที่ขัดแย้งรบกวนความกลมกลืนสงบสุขในสังคมสิ่งนั้นย่อมไม่ถูกต้องเป็นธรรม” โดยโกรเชียสได้เสนอคำนิยามความหมายของกฎหมายธรรมชาติไว้ คือ “*Natural Law is a dictate of right reason which points out that an act, according as it is or is not in conformity with rational nature, has in it a*

¹⁷⁵ บริติ เกษมทรัพย์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 125

¹⁷⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*, พิมพ์ครั้งที่ 10(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552) หน้า 49-50

¹⁷⁷ ปัญญา อุดชาชน, *ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2555, หน้า 47

quality of moral baseness or moral necessity- กฎหมายธรรมชาติ คือ บัญชาของเหตุผลอันถูกต้องที่ชี้ว่าการกระทำอันหนึ่งว่ามีความต่ำทรามในทางศีลธรรม หรือมีความจำเป็นในทางศีลธรรม ทั้งนี้โดยดูจากว่าคุณภาพของการกระทำนั้นเป็นไปตามธรรมชาติ หรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์” และยืนยันว่า กฎหมายธรรมชาติคือเหตุผลที่ถูกต้องและเหตุผลที่ถูกต้องนี้เองจะเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าการกระทำใดถูกหรือผิด สูงส่งหรือต่ำทราม สิ่งใดจะผิดถูกชั่วดีอย่างไรนั้นอยู่ที่คุณภาพของตัวมันเองไม่ขึ้นกับใคร ไม่ใช่แม้แต่พระเจ้าที่จะกำหนด และกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นมิใช่กฎหมายสูงสุดแต่เป็นกฎที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎธรรมชาติซึ่งจะเป็นไปตามความยุติธรรมตามธรรมชาติ ดังนั้นการตีความกฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับความยุติธรรมที่ถูกต้องแท้จริงสอดคล้องกับกฎธรรมชาติมากเสียยิ่งกว่าตัวบทลายลักษณ์อักษร¹⁷⁸ แนวความคิดดังกล่าวจึงเป็นหลักการยอมรับกฎหมายธรรมชาติเหนือกฎหมายของรัฐอันหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจของรัฐโดยปราศจากเหตุผล

แนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเป็นพัฒนาการสำคัญที่ตกผลึกมาจากปรัชญากฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติและเป็นจุดกำเนิดของอุดมการณ์สิทธิมนุษยชนในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและการเคารพคุณค่าของความเป็นมนุษย์ตามหลักการอันเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนสมัยใหม่ที่ยืนยันในความเป็นสากลของสิทธิมนุษยชน (Universality of Human Rights) หรือการมีอยู่ของสิทธิมนุษยชนในมนุษย์ทุกชาติทุกเผ่าพันธุ์มีความเชื่อมโยงร้อยเรียงผสานกับปรัชญากฎหมายธรรมชาติจนกล่าวได้ว่า “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติเป็นเมล็ดพันธุ์แห่งสิทธิมนุษยชน”¹⁷⁹ แนวความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) อันเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีติดตัวมาแต่กำเนิด เป็นคุณค่าของคนในฐานะที่เป็นมนุษย์ มีความเป็นสากลและไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ (Universality and Inalienability) และอยู่เหนือกฎหมายของรัฐทุกรัฐ และเป็นสิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปกฎหมายของรัฐ โดยสิทธิมนุษยชนที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในฐานะที่เป็นมนุษย์ คือ สิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม และสิทธิทางวัฒนธรรม ทั้งนี้ จากพัฒนาการของหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งวิวัฒนาการมาจากการต่อสู้เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ประกอบกับความคิดความเชื่อทางศาสนา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพล

¹⁷⁸ พัวร์ นิยมศิลป์ , ความยุติธรรมกับการปฏิวัติรัฐประหาร: เมื่อแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองกำลังถูกท้าทาย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1420>

¹⁷⁹ จรัญ โฆษณานนท์ , สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญากฎหมาย และความเป็นจริงของสังคม , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2545) , หน้า 88-92

ของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติได้มีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิมนุษยชนในสังคมตะวันตกอันเป็นผลิตผลของยุคสมัยที่ได้มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายมาจนถึงปัจจุบัน¹⁸⁰ และถือได้ว่าแนวความคิดสิทธิตามธรรมชาติของปรัชญากฎหมายธรรมชาติเป็นเป้าหมายของการยอมรับเหตุผลและคุณค่าของความเป็นมนุษย์และการเคารพซึ่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเหนือสิ่งอื่นใด แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันอิทธิพลของแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติได้เสื่อมคลายลงไปเพราะทนต่อการพิสูจน์ของวิทยาการและแนวความคิดใหม่ๆ ไม่ได้ แม้กระนั้นเองแนวความคิดของนักปรัชญากฎหมายสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติในส่วนที่เกี่ยวกับอุดมคติหรือคุณธรรม ในด้านความยุติธรรมและสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังคงสืบทอดตกค้างเหนียวจิตใจของบรรดาผู้ร่างกฎหมายและนักกฎหมายอยู่¹⁸¹ อีกทั้งได้ปรากฏแนวคิดของนักปรัชญาบางกลุ่มที่เห็นว่า เรื่องสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวความคิดกฎหมายธรรมชาตินี้แม้จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด แต่ก็ยังเป็นเพียงแนวความคิดในทางวิชาการที่มีลักษณะเป็นเพียงแนวความคิดที่เป็นนามธรรมและเป็นเรื่องอุดมคติอย่างมาก ทั้งยังไม่มีการรับรองคุ้มครองสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม¹⁸² ดังนั้น นักปรัชญาในสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจึงมีแนวความคิดในเรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมาย โดยถือว่า ความสมบูรณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (fact) ที่ปรากฏอยู่จริงมิใช่เรื่องของคุณค่านิยมต่างๆ ซึ่งถือว่าหาความแน่นอนไม่ได้¹⁸³ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองอันมีอิทธิพลสำคัญต่อหลักการแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในยุคสมัยต่อมา

2.1.3.2.3 แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานแนวความคิดของสำนัก

กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ได้ให้การยอมรับสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ในแง่ที่ว่า สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะได้รับการยอมรับจากรัฐหรือระหว่างปัจเจกชนด้วยกันก็ต่อเมื่อได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองถือว่า กฎหมายต้องมีสภาพบังคับและสภาพบังคับนั้น

¹⁸⁰ ประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ , ศาลปกครองกับการคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 2-6

¹⁸¹ มานิตย์ จุมปา , ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2546) หน้า 22

¹⁸² ชยกร แก้วมาก , *อ่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 165* , หน้า 21

¹⁸³ จริญญา โฆษณานันท์ , นิติปรัชญา , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2538) หน้า 33

ต้องเป็นสภาพบังคับเกี่ยวกับการกระทำในเรื่องของภายนอก ไม่ใช่สภาพบังคับในสิ่งที่เป็นความเชื่อภายในจิตใจ และไม่มี ความเกี่ยวข้อง กับศีลธรรมและจารีตประเพณีเลย อันเป็นการสนับสนุนการใช้ อำนาจรัฐโดยตรงในการบังคับการทั้งหลายให้เป็นไปตามกฎหมายที่รัฐมีคำสั่งออกมา และถือว่า ความสมบูรณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาแยกออกจากเรื่องความยุติธรรมหรือหลักคุณค่าทางจริยธรรมใดๆ ดังที่จอห์น ออสติน (John Austin) นักปรัชญาคนสำคัญของสำนักกฎหมายฝ่าย บ้านเมืองได้กล่าวไว้ว่า “การดำรงอยู่ของกฎหมายเป็นคนละเรื่องกับปัญหาความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย” ความสมบูรณ์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่โดยตัวของมันเองจากการมีสภาพบังคับ ไม่จำเป็นต้องสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับเรื่องคุณค่าทางจริยธรรมศีลธรรม หรือหลักความยุติธรรมใดๆ โดยแนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจะพิจารณาความสมบูรณ์ของกฎหมายเพียงแต่กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐอธิปไตยเท่านั้น จึงจะเป็นกฎหมายแท้ (positive law) มีผลบังคับได้ต่อบุคคลโดยทั่วไปในรัฐนั้น¹⁸⁴ นอกจากนี้ แนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองยังถือว่า ไม่มีกฎหมายหรือความยุติธรรมอื่นใดนอกจากกฎหมาย กฎหมายจะบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของ บุคคล กฎหมายจะมีความยุติธรรมหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่า ผู้บัญญัติกฎหมายมีอำนาจบัญญัติขึ้นหรือไม่ ดังที่จอห์น ออสติน เห็นว่า กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐบาลอธิปไตยที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลผู้อยู่ใต้อำนาจ ปฏิบัติตามคำสั่งอันเป็นการแสดงเจตนาของรัฐบาลอธิปไตย หรือดังที่โทมัส ฮอบส์ นักปรัชญาชาวอังกฤษ ถือว่า กฎหมายสำคัญกว่าคุณธรรมและจริยธรรมโดยรัฐบาลอธิปไตย (Sovereignty) สามารถใช้กฎหมาย เป็นเครื่องมือในการควบคุมความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและหากผู้ใดไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับ โทษ¹⁸⁵ แนวคิดเหล่านี้ถือว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองเท่านั้นที่เป็นกฎหมาย ส่วนศีลธรรม ความยุติธรรม คุณธรรมหรือที่เรียกว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นเพียงนามธรรมที่ขาดความชัดเจนในการ นำมาปฏิบัติในการใช้บังคับ

เมื่อพิจารณาถึงหลักการอันเป็นสาระสำคัญของแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่าย บ้านเมืองจะเห็นได้ว่า ได้ให้ความสำคัญกับกฎหมายของผู้ปกครองหรือรัฐบาลอธิปไตย และเน้น ความสำคัญของการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีความชัดเจนแน่นอน สามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป อันเป็นการสร้างกรอบการใช้อำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจลวงล้ำกรอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐบาลอธิปไตยได้บัญญัติขึ้นใช้บังคับ ในการนี้ แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและ เสรีภาพตามแนวความคิดสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจึงแสดงออกในรูปของการรับรองและคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของรัฐ เพื่อสร้างหลักประกันของการมี อยู่และการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีความมั่นคงแน่นอนและชัดเจนเป็นรูปธรรมกว่าการ

¹⁸⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555) หน้า 367-368

¹⁸⁵ ปัญญา อุดชาชน , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 177* , หน้า 48

รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติที่เป็นแนวความคิดในเชิงนามธรรม อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองตามแนวคิดสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนั้นมิได้เป็นเพียงแต่สิทธิและเสรีภาพที่รัฐกำหนดขึ้นและให้การรับรองไว้ในกฎหมายบ้านเมืองเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ดังที่ได้กล่าวมาตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ¹⁸⁶ และยังรวมถึงจารีตประเพณีที่รัฐปฏิบัติให้การรับรองมาบัญญัติมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายบ้านเมืองอีกด้วย แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจึงเป็นไปในลักษณะส่งเสริมสิทธิตามธรรมชาติตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติให้ปรากฏเป็นรูปธรรมในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้สามารถนำมาใช้บังคับในทางปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยในบ้านเมืองและจรรโลงความสงบสุขของสังคม อันเป็นการวางรากฐานที่มั่นคงของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.1.3.3 แนวคิดของการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ

แนวความคิดของการจำกัดการใช้อำนาจรัฐเกิดขึ้นจากความหวั่นเกรงว่า ผู้ปกครองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอาจจะใช้อำนาจตามอำเภอใจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นจึงเกิดแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองและนักปรัชญาทางกฎหมายว่า จะทำอย่างไรในการสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนได้ว่า องค์กรต่างๆ ของรัฐจะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของตนโดยชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรม อันเป็นที่มาของแนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ¹⁸⁷ ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดแนวคิดและความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลาย ในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเนื่องจากการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว ซึ่งแนวคิดว่าด้วยการจำกัดการใช้อำนาจรัฐมีวิวัฒนาการมาตามลำดับนับแต่โบราณพร้อมๆ กับการกำเนิดของรัฐซึ่งแต่เดิมมีความเชื่อกันว่า อำนาจรัฐเป็นอำนาจที่มีความเด็ดขาด อยู่สูงสุด ล้นพ้นและไม่มีข้อจำกัด หากแต่ก่อนที่จะเกิดการก่อตัวของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ในช่วงศตวรรษที่ 16 ของสังคมตะวันตกที่มีลักษณะสำคัญ คือ การยกย่องอำนาจอธิปไตยของรัฐว่าเป็นอำนาจสูงสุด ไม่อยู่ภายใต้อำนาจหรือกฎหมายใด ๆ (Legibus soluta) และ

¹⁸⁶ ชยกร แก้วมาก , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 165* , หน้า 37

¹⁸⁷ โกเมศ ขวัญเมือง , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3* , หน้า 63-64

ขณะเดียวกันรัฐมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่พลเมืองโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับของผู้ใด แนวคิดว่าด้วยการจำกัดการใช้อำนาจรัฐได้ก่อตัวปรากฏผ่านแนวความคิดของคริสต์ศาสนานานับตั้งแต่ยุคสมัยกลางซึ่งเป็นยุคที่ศาสนาคริสต์มีอำนาจในทางการปกครองและมีอิทธิพลต่อความคิด ความเชื่อของผู้คนครอบคลุมทั่วยุโรป ภายใต้อำนาจที่แข็งแกร่งของศาสนจักรที่มีอิทธิพลทางการเมือง การปกครองเหนือรัฐอาณาจักรผ่านทางคำสอนต่างๆ ของศาสนาคริสต์ดังต่อไปนี้

2.1.3.3.1 แนวความคิดของศาสนาคริสต์ในเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ในยุคสมัยกลางช่วงระยะเวลาระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 5 ถึงคริสต์ศตวรรษที่ 15 เป็นช่วงเวลาที่ยุโรปคริสตมีอิทธิพลครอบงำความคิดและวิถีชีวิตของมนุษย์หรือเรียกได้ว่า เป็นยุคแห่งศรัทธา อันเป็นยุคที่ศาสนจักรมีบทบาทและอิทธิพลต่อทัศนคติและความนึกคิดของมนุษย์ภายใต้สำนักในทางศาสนา การเมืองและการปกครองในยุคสมัยกลางจึงอยู่ภายใต้อิทธิพลของแนวคำสอนศาสนาคริสต์ที่เน้นความรักต่อมนุษย์ ความเสมอภาค และการจำกัดอำนาจรัฐ โดยคำสอนของศาสนาคริสต์ที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐนั้นกำเนิดจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองในลักษณะที่พลเมืองถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐและเกิดมาเพื่อรับใช้รัฐ ดังคำกล่าวที่ว่า “ชีวิตของพลเมืองผูกพันกับรัฐโดยสิ้นเชิง ไม่ว่าจะเป็กิจกรรมใดๆ กิจกรรมงานใดๆ พลเมืองต้องยึดถือรัฐเป็นเป้าหมาย” พลเมืองจึงต้องมีส่วนในการเคารพพระเจ้าและปฏิบัติตามประเพณีของแต่ละรัฐที่ตนสังกัด ในสมัยดังกล่าวรัฐจึงมีอิทธิพลเหนือพลเมืองโดยสิ้นเชิง โดยพลเมืองต้องยอมศิโรราบต่ออำนาจรัฐในทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งแนวความคิดในเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐนั้น ไม่ปรากฏแน่ชัดในคำสอนของคริสต์ศาสนาว่าได้มีการกล่าวถึงไว้โดยตรง แนวความคิดดังกล่าวได้ถ่ายทอดมาจากการแปลความคำสอนโดยบรรดานักบวชของคริสต์ศาสนาที่สำคัญ ดังนี้¹⁸⁸

เซนต์ แอมโบรส (St. Ambrose) คริสต์ศตวรรษที่ 4 ได้มีทัศนะในเรื่องการจำกัดอำนาจของอาณาจักรให้มีขอบเขตเพียงเฉพาะเรื่องของอาณาจักรโดยแบ่งแยกอำนาจอาณาจักรและศาสนจักรออกจากกัน โดยอำนาจทั้งสองต่างมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ซึ่งแนวความคิดของเซนต์ แอมโบรส ดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อเซนต์ออกัสติน นักบวชคนสำคัญของคริสต์ศาสนาในเวลาต่อมา

¹⁸⁸ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์ , สิทธิมนุษยชน , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555) หน้า 35-41

เซนต์ออกัสติน (St. Augustine) คริสต์ศตวรรษที่ 5 ได้มีแนวความคิดเพิ่มเติมว่า สังคมมีอาณาจักร 2 ประเภท คือ อาณาจักรทางโลกกับอาณาจักรของพระเจ้า โดยให้มีการแบ่งแยกอำนาจศาสนจักรกับอาณาจักรออกจากกัน โดยถือว่าศาสนจักรอยู่สูงกว่าและมีอำนาจเหนืออาณาจักร และด้วยคำสอนของคริสต์ศาสนาที่เชื่อว่า มนุษย์ได้ถูกสร้างขึ้นและได้รับอำนาจประทานพรเป็นผลงานมาจากพระเจ้า ร่างกายของมนุษย์เป็นภาพเหมือนร่างกายของพระองค์ ดังนั้น มนุษย์จึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและมีศักดิ์ศรีในตัวเอง พระเจ้าอยู่เหนือสรรพสิ่งทั้งปวงและมีอำนาจเหนืออาณาจักร ด้วยศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่พระเจ้ามอบให้ดังกล่าวทำให้มนุษย์ไม่อาจยอมรับอำนาจรัฐว่ามีอยู่เหนือความเป็นมนุษย์ได้อีกต่อไป

เซนต์โทมัส อควีนาส (ค.ศ. 1225 - 1274) คำสอนของเซนต์อควีนาสได้รับการยอมรับให้เป็นรากฐานของคริสต์ศาสนานิกายโรมันคาทอลิก ซึ่งแนวคิดในด้านความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันศาสนากับฝ่ายปกครองหรือฆราวาส เซนต์อควีนาสให้ความสำคัญแก่ฝ่ายศาสนาโดยอ้างว่า หน้าที่และอำนาจของกษัตริย์นั้นครอบคลุมแต่ในส่วนกิจกรรมทางโลกเท่านั้น กษัตริย์ไม่มีความสามารถที่จะนำมนุษย์ไปสู่การชำระล้างดวงวิญญาณได้ หากแต่หน้าที่สำคัญนี้เป็นของสถาบันศาสนาโดยเฉพาะองค์สันตะปาปาเท่านั้น เมื่อการชำระล้างดวงวิญญาณเป็นจุดมุ่งหมายสูงสุดของทุกชีวิตบนพื้นพิภพรวมทั้งกษัตริย์ด้วย และฝ่ายศาสนจักรเท่านั้นที่รู้วิธีทำให้สัมฤทธิ์ผล สันตะปาปาในฐานะประมุขแห่งศาสนจักรจึงเป็นผู้ปกครองสูงสุดบนแผ่นดินถือดาบทั้งสองเล่มไว้ในมือ และประทานดาบที่ทรงสิทธิในการปกครองทางโลกให้กับกษัตริย์เป็นผู้ใช้ภายใต้การควบคุมของพระองค์ ดังที่เซนต์อควีนาสกล่าวว่า “อำนาจทางโลกอยู่ภายใต้อำนาจทางธรรม เสมือนร่างกายอยู่ภายใต้จิตใจ”¹⁸⁹ เซนต์อควีนาสได้สืบทอดแนวความคิดเซนต์ แอมโบรส และเซนต์ออกัสติน ในเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐโดยประสานความเชื่อในหลักเหตุผลของมนุษย์และหลักศรัทธาของศาสนาเข้าด้วยกันกับแนวความคิดตามกฎหมายธรรมชาติที่ถือว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นสิ่งกำหนดความสัมพันธ์ของมนุษย์ มีอำนาจเหนือรัฐ โดยรัฐจะบัญญัติกฎหมายอื่นใดให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติมิได้

จากแนวความคิดของศาสนาคริสต์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าการปกครองภายใต้อิทธิพลของศาสนาคริสต์มิได้ปฏิเสธอำนาจของอาณาจักรแต่ทีเดียว หากแต่มีความต้องการแบ่งแยกขอบเขตอำนาจของศาสนจักรซึ่งศรัทธาในอำนาจสูงสุดแห่งพระเจ้ากับอำนาจของอาณาจักรซึ่งขึ้นอยู่กับอำนาจของผู้ปกครองให้ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยแนวคิดคำสอนของศาสนาคริสต์ให้ความเคารพในกฎหมายของพระเจ้าที่ต่อมาได้พัฒนาจนกลายเป็นกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือกฎหมายแห่งพระเจ้าเรียกร้องให้ผู้ปกครองต้องปกครองด้วยความเป็นธรรม ทั้งนี้ นับแต่สมัย

¹⁸⁹ สโรช สันตะพันธุ์ , บทบาทของคริสตศาสนจักรโรมันคาทอลิกในระบบการเมืองยุโรปยุคกลาง , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=767>

ของเซนต์อควินัสได้มีการเรียกร้องให้ผู้ปกครองมิให้กระทำการใดๆ ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (dignitas humana) ซึ่งรวมถึงชีวิต เสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของมนุษย์ หากผู้ปกครองยังฝืนทำการดังกล่าว พลเมืองย่อมมีสิทธิที่จะไม่เชื่อฟังผู้ปกครองผู้นั้นอีกต่อไปและดำเนินการต่อต้านผู้นำนั้นได้ และเซนต์อควินัสได้ยืนยันถึงหลักเหตุผลของมนุษย์ที่มนุษย์มีสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ และเสรีภาพได้โดยชอบภายใต้ความคุ้มครองของพระเจ้าที่ผู้ปกครองมีอาจใช้อำนาจก้าวล่วงได้อย่างไร้ความยุติธรรม สิทธิต่างๆ ในชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ของมนุษย์เป็นองค์ประกอบพื้นฐานของความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ขาดไม่ได้ของมนุษย์ที่มีอาจมีผู้ใดจะพรากจากไปได้¹⁹⁰ แนวความคิดของศาสนาคริสต์ที่สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติในการเคารพสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์และการยอมรับหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด (Principle of the Supremacy of Law) ที่ถือว่ากฎหมายที่แท้จริงคือสิ่งที่มาจากพระเจ้า กฎหมายที่แท้จริงย่อมไม่อยู่ภายใต้อำนาจอใจของมนุษย์และกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปรไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ กฎหมายจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ แนวความคิดดังกล่าวได้ส่งอิทธิพลต่อแนวคิดการจำกัดอำนาจรัฐในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่งเสริมหลักการในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และยึดมั่นในความเสมอภาคของมนุษย์ ทำให้มนุษย์มีความเชื่อในเรื่องของการตระหนักในคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ อันถือเป็นรากฐานของแนวความคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism)

กล่าวได้ว่า อิทธิพลของศาสนาคริสต์ในการจำกัดอำนาจรัฐและแนวคิดการยอมรับหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์หรือแม้กระทั่งตัวเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นรากฐานของแนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ จนต่อมาได้พัฒนาเป็นแนวความคิดหลักการปกครองที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และการใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายอันเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรและเจตนารมณ์ต้องมุ่งหมายและคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ แนวความคิดดังกล่าวได้สืบต่อมาเป็นแนวความคิดที่เรียกว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันถือว่ามีกฎหมายที่อยู่เหนือและสูงกว่าอำนาจรัฐทั้งปวง แม้แต่ในอังกฤษที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law ก็ยังมีหลักที่เรียกว่า Supremacy of Law อันเป็นรากฐานของหลักนิติธรรม (Rule of Law) หรือหลักการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และความคิดที่ถือเอากฎหมายเป็นใหญ่นี้เองที่ได้เป็นรากฐานของหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้ให้การยอมรับ

¹⁹⁰ บัญศรี มีวงศ์อุโฆษ , หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ , รายงานผลการวิจัย เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , กันยายน 2546 , หน้า 51-54

2.1.3.3.2 แนวความคิดการใช้กฎหมายจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง

สืบเนื่องต่อมาในศตวรรษที่ 16 เป็นช่วงระยะเวลาที่ความเชื่อในเรื่องเหตุผลเข้ามาแทนที่ความศรัทธาของศาสนาที่เสื่อมคลายลง แนวความคิดในเรื่องเหตุผลของมนุษย์ตามแนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) ได้ก่อตัวและพัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 17 มีแนวความคิดว่ารัฐจำกัดตนเอง กล่าวคือ รัฐในยุคสมัยใหม่ภายใต้แนวความคิดของเสรีนิยม (Liberalism) มีลักษณะสำคัญที่ถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ที่ถือเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ (Supreme Power) หากแต่รัฐก็ต้องให้ความเคารพในกฎหมายที่รัฐได้ตราออกมาบังคับใช้ในการคุ้มครองซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลด้วย จึงเป็นที่มาของหลักการจำกัดการใช้อำนาจรัฐหรือรัฐอำนาจจำกัด (Limited State หรือ Liberal State) อันเป็นแนวคิดประการสำคัญของ “นิติรัฐ” โดยแนวความคิดของเสรีนิยมได้เฟื่องฟูในช่วงศตวรรษที่ 17-18 เป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญในการเคารพต่อคุณค่าของมนุษย์ในฐานะปัจเจกชน (Individualism) ยกย่องความมีเหตุผลของมนุษย์ และปฏิเสธการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ว่าจะในทางเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา ส่งเสริมหลักการแห่งความเท่าเทียมทั้งการให้มีเสรีภาพในทางเศรษฐกิจของปัจเจกชน ความเท่าเทียมทางสังคม โดยเฉพาะในทางการเมืองการปกครองที่เรียกร้องให้รัฐมีอำนาจจำกัดและให้มีการประกันเสรีภาพและทรัพย์สินของเอกชนที่ผู้ปกครองต้องให้การยอมรับ พร้อมๆ กับการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง โดยยึดถือในหลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ การปฏิรูประบบกฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁹¹ ดังนั้น ภายใต้แนวความคิดเสรีนิยมจึงเห็นว่า การกระทำทั้งหลายของรัฐหรือการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมาย กล่าวคือ รัฐก็ต้องเคารพกฎหมายที่รัฐได้ตราออกมาบังคับใช้นั้นด้วย โดยตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยให้การยอมรับว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่รัฐก็ต้องเคารพต่อกฎหมาย ซึ่งปรากฏในทางทฤษฎี 2 ทฤษฎี คือ (1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจรัฐด้วยความสมัครใจของรัฐนั่นเอง (Auto-Limitation) ทฤษฎีนี้เสนอโดยฮีเยริง (Ihering) และเจลลิเนค (Jellinek) ซึ่งมีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่รัฐนั้นสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะและอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่องค์ใด ต้องใช้อย่างไร และมีข้อจำกัดอย่างไร (2) ทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit) ซึ่งรัฐโซและมองเตสกีเออได้เสนอแนวความคิดไว้เริ่มแรกและการเดอ มัลแบร์ ได้สรุปแนวความคิดดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน สรุปได้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ

¹⁹¹ สมยศ เชื้อไทย , *อ้าวแล้วในเชิงบรรณที่ 2* , หน้า 103-106

หน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนได้ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้¹⁹²

นิติรัฐจึงเป็นระบบที่ก่อตัวมาในยุคสมัยใหม่พร้อมๆ กับแนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐตามแนวความคิดเสรีนิยม (Liberalism) และมีวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกันและเยียวยาความเสียหายของเอกชนอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ อีกทั้งการให้ความเคารพต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ในฐานะปัจเจกชน (Individualism) หลักการสำคัญของนิติรัฐจึงเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แนวคิดการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมายเป็นแนวคิดการใช้กฎหมายจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายถือเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐอันเป็นความหมายเบื้องต้นที่สอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่า นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์ (government of law and not of men) จึงเห็นได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายโดยมีการควบคุมบรรดาการกระทำของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมายที่รัฐนั้นตราขึ้นและเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยแนวความคิดการใช้กฎหมายจำกัดการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงเป็นรัฐที่ผูกพันอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และยอมรับในสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย โดยบรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มา (Source) กล่าวคือ หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะกระทำการใดอันอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นไว้อย่างชัดแจ้ง และกฎหมายเป็นข้อจำกัด (Limitation) กล่าวคือ เมื่อองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการใดอันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ประชาชนผู้ได้รับผลกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการพิจารณาพิพากษาเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากผลกระทบดังกล่าวให้แก่ประชาชน¹⁹³ แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐจึงสอดคล้องกับหลักการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐในสมัยใหม่ที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้การยอมรับถึงหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่เหนือทุกๆ องค์ประกอบของรัฐ และถือเป็นจุดกำเนิดแนวความคิดการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการจัดองค์กรของรัฐและการใช้อำนาจของรัฐผ่านระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

¹⁹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537) หน้า 48-55, อ้างไว้ใน ชาญชัย แสงวงศ์, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 15, หน้า 275-276

¹⁹³ ชาญชัย แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554) หน้า 67

2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

รัฐที่เป็นนิติรัฐในบรรดาความสัมพันธ์ต่างๆ ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนด้วยกันจะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามที่กฎหมายกำหนด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐก็คือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นและประกาศใช้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องให้ความเคารพในกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังต้องให้ความเคารพในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่รับรองไว้ไม่ว่าจะในรัฐธรรมนูญหรือรับรองไว้โดยกฎหมาย โดยมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐและการยึดถือกฎหมายในฐานะที่เป็นเจตนารมณ์สูงสุดของประชาชนในการปกครอง ความสำคัญของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐต่อมาได้กลายเป็นหลักการสำคัญในหลักรัฐธรรมนูญนิยมที่รัฐเสรีประชาธิปไตยทั่วโลกให้ความสำคัญในการนำมาใช้และบรรจุไว้ภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญ จนอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญในความหมายสมัยใหม่ก็คือ กฎเกณฑ์สูงสุดที่จำกัด ควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน¹⁹⁴ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอันเป็นแนวความคิดที่มีสาระสำคัญเชื่อมโยงกับหลักนิติรัฐอย่างแนบแน่นในยุคสมัยใหม่

2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดสถานะความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐเพื่อความสงบสุขของประชาชน โดยเมื่อมีการก่อกำเนิดของรัฐแล้วย่อมจำเป็นที่จะต้องมีการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อจัดระเบียบภายในรัฐ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดอำนาจในการออกคำสั่งขึ้นใช้บังคับและมีอำนาจในการลงโทษหากไม่ปฏิบัติตามอันเป็นอำนาจของผู้ปกครองในการดำเนินการปกครองภายในรัฐให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎเกณฑ์อันเป็นลายลักษณ์อักษรที่ก่อกำเนิดโดยผู้มีอำนาจจัดทำตามทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) อันเป็นอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ ซึ่งผู้มีสถานะเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereignty) เป็นผู้ทรงอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่าเป็นผู้ทรงอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด ซึ่งอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดนี้ได้ปรับเปลี่ยนแนวความคิดไปตามรูปแบบของ

¹⁹⁴ จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย . 2548 , หน้า 21-22

ระบบการเมืองการปกครองในแต่ละยุคสมัย ดังในสมัยยุคกลางที่เชื่อกันว่า อำนาจอสูงสุดเป็นของพระเจ้า ผู้เป็นเจ้าของ และในยุคสมัยต่อมาผู้ปกครองรัฐภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ถือเป็นผู้มีอำนาจอสูงสุดเด็ดขาดภายในรัฐ¹⁹⁵ จนต่อมาในยุคสมัยใหม่ได้เป็นที่ยอมรับร่วมกันว่าอำนาจอสูงสุดของรัฐเป็นของประชาชนภายใต้รากฐานแนวความคิดของหลักการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ทั้งนี้แนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ที่ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน เกิดจากแนวความคิดของซีเอเยส์ (Sieyès) ที่ได้สร้างแนวความคิดดังกล่าวในช่วงการปฏิวัติของฝรั่งเศสว่า อำนาจอในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดเป็นของชาติที่เกิดจากการรวมตัวกันของประชาชน โดยประชาชนมีอำนาจอในการตัดสินใจทุกอย่างเป็นอิสระเหนือแบบและรูปแบบของการดำรงอยู่ทางการเมืองตามแนวความคิดดังกล่าวของซีเอเยส์ มีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ คือ¹⁹⁶

ประการแรก ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายใดทางกฎหมายอยู่เหนือและผูกมัดอำนาจอในการก่อตั้งระบบกฎหมายและระบอบองค์กรอยู่เลย อำนาจอในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญและเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นผู้สร้างอำนาจอจึงเป็นอำนาจอที่อยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้างและเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจอองค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้น

ประการที่สอง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจอทางการเมืองการปกครอง ยังผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่นๆ และองค์กรอื่นๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรเหล่านี้จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจอมาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจอสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น

ดังที่ซีเอเยส์เห็นว่า อำนาจอที่เรียกว่า “อำนาจอในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง” (Pouvoir Constituant) เกิดขึ้นมาในระหว่างที่สังคมยังมิได้มีการตกลงร่วมกันว่า จะมีการปกครองเช่นใด ก็จะมีอำนาจออยู่อำนาจอหนึ่งคือ อำนาจอว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร ก่อตั้งองค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา อำนาจอก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้จะเป็อำนาจอที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท และองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจอที่ก่อตั้งโดยอำนาจอในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นเหล่านี้จึงเรียกว่า องค์กรหรืออำนาจอที่ถูกก่อตั้ง (Pouvoir Constitue) โดยอำนาจอก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองนั้นแสดงออกมาโดยผ่าน

¹⁹⁵ กนกรัตน์ ปัญญาธิรักษ์วงศ์ , การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย . 2551 , หน้า 8-9

¹⁹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2550) หน้า 177

ทางรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด และองค์กรอื่นที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ ต่างเป็นเพียงองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ จึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนี้ อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจึงถูกเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ¹⁹⁷ และรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการจัดระเบียบขององค์กรภายในรัฐและจัดรูปแบบในการปกครองรัฐอันเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐที่กำหนดแบบแผนกระบวนการบริหารภารกิจของรัฐและเป็นแม่บทกฎหมายทั้งปวงของรัฐนั้นๆ

2.2.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ก่อกำเนิดจากการถือหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด (Principle of the Supremacy of Law) และอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ทุกคนไม่ว่าประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครองหรือแม้แต่กษัตริย์ผู้ปกครองเองต่างต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย อันเป็นแนวคิดที่ถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เหนือและสูงกว่าอำนาจรัฐทั้งปวง และการใช้อำนาจใดๆ ต้องฟังคำวินิจฉัยสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในฐานะที่เป็นมนุษย์ จนต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักการปกครองที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือหลักการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด

2.2.2.1 ความเป็นมาของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

ความเป็นมาของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้ก่อตัวขึ้นในช่วงปลายของศตวรรษที่ 18 ผ่านเหตุการณ์สำคัญในโลกสมัยใหม่สองเหตุการณ์ด้วยกัน คือ การปฏิวัติแยกตัวเองเป็นอิสระจากอังกฤษของอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกสมัยใหม่เกิดขึ้น กับการปฏิวัติของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งส่งผลให้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้แพร่หลายไปทั่วโลกในเวลาต่อมา แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวคิดในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการจำกัดการใช้อำนาจผู้ปกครองหรือรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองหรือประชาชน แนวความคิด

¹⁹⁷ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 184 , หน้า 143

พื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยม ประกอบไปด้วย ทฤษฎีสัญญาประชาคม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ และหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวเป็นผลจากการพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของชาติตะวันตกที่อธิบายถึงปรากฏการณ์ของความเปลี่ยนแปลงจากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐที่มาจากประชาชน และทุกคนในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสูงสุดดังกล่าว โดยให้การเคารพและไม่ละเมิดต่อดัวบทกฎหมาย หากไม่เคารพและละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะมีระบบการตรวจสอบและสภาพบังคับตามมา หลักการดังกล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นหลักการของรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งตั้งอยู่บนหลักการย่อยอันเป็นสาระสำคัญสามประการ คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล โดยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น เป็นหลักการดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญนิยมที่ปรากฏมาตั้งแต่อดีต ผ่านเอกสารทางการเมืองที่สำคัญๆ ไม่ว่าจะเป็นมหาบัตรแมกนาคาร์ตา คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา หรือคำประกาศรับรองสิทธิมนุษยชนและประชาชนชาวฝรั่งเศส ส่วนการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลนั้น เป็นผลพวงสืบเนื่องมาจากความล้มเหลวของระบบการเมืองสมัยใหม่¹⁹⁸

2.2.2.2 วัตถุประสงค์ของแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม

จากความเป็นมาและหลักการพื้นฐานของแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้มีการพัฒนามาจนเป็นหลักการอันเหมาะสมตามสภาวะเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม อันปรากฏเป็นกรอบในการดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม คือ ต้องการใช้อำนาจรัฐโดยลายลักษณ์อักษรมาจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมโดยคุ้มครองคนที่อ่อนแอกว่า ต้องการสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้เกิดขึ้นในการจัดการบ้านเมืองโดยเฉพาะระบบการเมือง ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.2.2.2.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมวัตถุประสงค์หลักประการแรกก็คือ การให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยที่สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิตาม

¹⁹⁸ เติ้งอ่าง , หน้า 119-120

ธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่กำเนิด เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปัจเจกชนในฐานะที่เป็นมนุษย์พึงได้รับการรับรองและความคุ้มครองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการป้องกันการใช้อำนาจรัฐของบุคคลหรือองค์กรใดๆ ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มีการบัญญัติรับรองตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเป็นหลักประกันที่ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่จะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบังเกิดผลเป็นรูปธรรม โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กล่าวได้ว่า ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเป้าหมายแล้ว การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐก็เป็นเครื่องมือที่จะทำให้บรรลุซึ่งเป้าหมายที่วางเอาไว้¹⁹⁹

2.2.2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โดยสภาพแล้ว รัฐเป็นนามธรรมและมีสภาพเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ ไม่สามารถกระทำการใดๆ ด้วยตนเองได้ การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องกระทำการโดยผ่านบุคคลธรรมดาทั้งหลายที่ดำรงตำแหน่งเป็นบุคคลของรัฐทั้งสิ้น โดยที่กฎหมายให้ถือว่าการกระทำของบุคคลธรรมดาเหล่านั้นหากได้กระทำภายในขอบเขตและเงื่อนไขหรือวิธีที่กฎหมายของรัฐกำหนดแล้ว ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ใดๆ สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวนั้นย่อมตกได้แก่รัฐและเป็นของรัฐ การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ (1) การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ (2) ต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐอันได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ และ (3) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยผ่านบุคคลธรรมดา²⁰⁰ ด้วยเหตุนี้เองการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวหากมิได้กระทำการอยู่ภายในขอบเขต เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่กฎหมายของรัฐกำหนดไว้หรือการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดานั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของรัฐ การใช้อำนาจรัฐในลักษณะดังกล่าวล้วนแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของ

¹⁹⁹ จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 194* , หน้า 23

²⁰⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ , การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ , สืบค้นจากเว็บไซต์ [http://www.pub-law.net/publaw](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241)

ความเป็นรัฐ แต่โดยที่การกระทำดังกล่าวจะอย่างไรก็ดีเป็นการกระทำที่กระทำไปโดยบุคคลธรรมดา หรือกลุ่มบุคคล ซึ่งอาจจะมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ต้องการบิดเบือนการใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือพวกพ้อง จึงอาจทำให้การกระทำดังกล่าวกระทำไปโดยทุจริตได้ หรือแม้หากไม่มีเจตนาทุจริตแต่อาจมีการบงการในการใช้อำนาจรัฐก็อาจทำให้การกระทำกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นก็จำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของบุคคลหรือองค์กรของรัฐเหล่านั้นว่ามีความถูกต้องภายใต้กรอบแห่งกฎหมายหรือไม่ สำหรับแนวคิดการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมิให้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดนั้นถือเป็นหัวใจของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม เพราะถือว่าเป็นกระบวนการที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบังเกิดผลได้จริง โดยการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่มีประสิทธิภาพจะต้องเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบที่มีความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง และมีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่างองค์กรซึ่งกันและกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

2.2.2.2.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาล

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมีวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่ง คือ การกำหนดมาตรการที่มีความมุ่งหมายทำให้องค์กรทางการเมืองมีประสิทธิภาพ อันเป็นแนวทางการเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาล เพราะในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน โดยผ่านกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย แต่ทั้งนี้ เจตนารมณ์ของความเป็นรัฐนั้นดำรงอยู่เพื่อประโยชน์มหาชน (Public Interest) อันเป็นความต้องการร่วมกันของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันในสังคมเป็นสิ่งที่รัฐต้องดำเนินงานในกิจการสาธารณะเพื่อสนองต่อความต้องการร่วมกันดังกล่าว อันถือเป็นภารกิจหลักของรัฐที่จะต้องดำรงไว้เพื่อประโยชน์สุขของมหาชน และรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่วางกลไกในการบริหารภารกิจของรัฐให้บรรลุผล หลักการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาลในการบริหารภารกิจของรัฐให้สนองต่อเจตนารมณ์ของประชาชนจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์มหาชน เป็นแนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอันเป็นกฎหมายสูงสุดให้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐโดยมีบทบัญญัติให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีกลไกควบคุมและถ่วงดุลการใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่ได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชน ตลอดจนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรให้เป็นไปตาม

กรอบทฤษฎีของรัฐธรรมนูญ²⁰¹ วัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมดังกล่าวจึงเป็นหลักการที่มนุษย์ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการวางรากฐานในการปกครองรัฐ การจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและองค์กรของรัฐต่างๆ ตลอดจนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน วัตถุประสงค์ทั้งสามประการดังกล่าวเป็นรากฐานที่ก่อให้เกิดหลักการสำคัญ คือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ซึ่งเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง ไม่ว่าจะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ล้วนต้องให้ความเคารพในหลักการที่รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจรัฐทั้งปวง

2.2.3 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองรัฐเกิดจากสัญญาประชาคม (social contract) ที่สมาชิกภายในรัฐมีเจตจำนงร่วมกันในการก่อตั้งเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองและมีสถานะเหนือทุกองคาพยพของรัฐทั้งหมด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นผลของรัฐธรรมนูญในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยอันเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดในการปกครองประเทศ เนื่องจากหากได้พิเคราะห์โดยทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมายที่ว่ากฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎเกณฑ์อื่น ย่อมสูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ออกมา และจากการที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎเกณฑ์ที่มีที่มาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และเป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ²⁰² กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายทั้งปวงที่บังคับใช้ภายในรัฐ โดยการมีรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศจึงถือเป็นหลักประกันในการคุ้มครองเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย

2.2.3.1 ที่มาของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กันอย่างแยกไม่ออกกับข้อความคิดว่าด้วยเรื่อง ลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) ที่ถือกันว่ากฎหมายซึ่งมีอยู่

²⁰¹ อมร จันทรมบูรณ์ , คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย , สถาบันนโยบายศึกษา โดยความสนับสนุนของ มูลนิธิคอนราต อเดนาวร์ (เอกสารอัดสำเนา)

²⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2538) หน้า 17

มากมายหลายรูปแบบนั้น ย่อมมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งคงความเป็นกฎหมายสูงสุดอันมีลักษณะในทางกฎหมายอยู่ในลำดับสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง เพื่อเป็นการดำรงไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญและหลักการต่างๆ ในรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ โดยรัฐหรือผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐย่อมจะต้องถูกเรียกร้องให้ยอมรับหลักการความมีอยู่ของลำดับชั้นแห่งกฎหมายที่มีรัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะเป็นกฎหมายอันมีค่าบังคับสูงสุด²⁰³ ในการทำให้รัฐธรรมนูญอันเปรียบเสมือนเป็นสัญญาประชาคมจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตยสามารถดำรงอยู่ได้ในรัฐที่มีวิธีการที่จะปกป้องพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง เพราะหากผู้ปกครองใช้อำนาจปกครองตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนต่างๆ ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมส่งผลให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้บังคับได้บังเกิดผล เพราะถ้าหากว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนที่เป็นการจัดระเบียบการปกครองรัฐ และบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง ตลอดจนบทบัญญัติในส่วนที่เป็นการรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และรวมถึงหลักการต่างๆ ที่จะประกันไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรับรองไว้ นั้นตามแนวคิดที่ว่าด้วยนิติรัฐ อาจจะถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด ในการยอมรับเช่นนี้ก่อให้เกิดผล 2 ประการคือ²⁰⁴

ประการแรก รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองไว้เป็นพิเศษ แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไป เพราะถ้ารัฐธรรมนูญสามารถจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ด้วยวิธีการเช่นเดียวกันกับกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไปแล้ว เมื่อใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะตรากฎหมายให้มีข้อความขัดแย้งหรือฝ่าฝืนต่อหลักการหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็จะกระทำได้ง่ายดายโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาเป็นไปตามที่ตนประสงค์เสียก่อนเท่านั้น

ประการที่สอง จะต้องกำหนดให้มีวิธีการในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไปตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งสิทธิหน้าที่ของตนได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้ถูกล่วงละเมิด โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัตินั้นได้แย้งถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวได้ และหาก

²⁰³ วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ , 2530) หน้า 669 , อ้างไว้ใน กนกรัตน์ ปัญญาณรงค์วงศ์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 195 , หน้า 19

²⁰⁴ สมยศ เชื้อไทย , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 65-66

พบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์นิติบัญญัติที่ถูกโต้แย้งฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแล้วก็ต้องมีการเพิกถอนบทบัญญัติที่ได้ล่วงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญนั้นด้วย

แนวคิดที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าสูงกว่ากฎหมายธรรมดา เป็นบทบัญญัติสูงสุดของกฎหมายทั้งปวงและเป็นที่มาของกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดอาจพิจารณาได้ 4 ประการ คือ²⁰⁵

(1) การจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นจัดทำขึ้นและมีกระบวนการที่ยากกว่ากฎหมายธรรมดา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การจัดทำรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือกันว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมบางครั้งอาจต้องตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมากร่างเป็นการเฉพาะและอาจกำหนดให้ประชาชนให้ความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติด้วย

(2) เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการรองรับอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดกว่าอำนาจอื่นใดในประเทศ และยังเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดองค์กรและโครงสร้างขององค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐ โดยมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าสู่อำนาจและการพ้นจากอำนาจ มีการกำหนดอำนาจหน้าที่และกลไกควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรแต่ละองค์กรไว้ อีกทั้งยังมีการกำหนดแนวทางของรัฐในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อให้องค์กรของรัฐและกลไกที่กำหนดไว้เดินตามแนวทางดังกล่าว

(3) การปรากฏของบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มักถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญของประเทศตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ที่ปรากฏเห็นได้อย่างชัดเจนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาก จนถึงขนาดได้ตราไว้ว่า “สังคมใดที่ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ...สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” ด้วยเหตุนี้ หลักการที่ให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จึงเป็นการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกระทบกระเทือนดังเช่นถูกจำกัดตัดสิทธิโดยกฎหมายธรรมดาได้

(4) ในแง่ของปรัชญาทางกฎหมาย ถ้าไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็คงต้องจัดให้กฎหมายอื่นอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่นั่นเอง เพราะตามข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีอยู่มากมายหลายรูปแบบก็ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นและเป็นจุดเริ่มต้นของการออกกฎหมายอื่น

²⁰⁵ ธีระ สุธีวรารังกูร , ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อนๆ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2542) หน้า 76 , อ้างไว้ใน กนกรัตน์ ปัญญาบุรุษวงศ์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 195 , หน้า 21

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงเป็นหลักประกันในการควบคุมการกระทำใดๆ ของรัฐไม่ว่าจะในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ต้องเป็นไปตามกรอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและต้องมีกระบวนการในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระเพื่อเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.2.3.2 หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีไว้เพื่อให้รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดไม่อาจถูกทำลายสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดได้โดยง่ายอันจะทำให้รัฐธรรมนูญมีฐานะไม่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา โดยรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้และเพื่อเป็นการสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีหลักการดังต่อไปนี้²⁰⁶

2.2.3.2.1 การกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว หากปล่อยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ต่อไปได้ ย่อมส่งผลให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญไม่บังเกิดผลในทางปฏิบัติและในการตีความกฎหมายก็จะเกิดปัญหาขึ้นว่าจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาบังคับใช้เพราะมีความขัดแย้งกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายอื่น ทั้งนี้ ไม่เพียงแต่การกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ยังต้องกำหนดรวมถึงการกระทำใดๆ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องให้ความเคารพในตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรของรัฐซึ่งใช้อำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเสียเอง เช่น การควบคุมบรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองไม่ให้ใช้อำนาจทางบริหารหรืออำนาจในทางปกครองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยในบางประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ยังได้ขยายขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำใด ๆ โดยองค์กรของรัฐให้รวมไปถึงการกระทำ

²⁰⁶ ภัทรกฤษณ์ สถาปนศิริ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 194* , หน้า 28-30

ของฝ่ายตุลาการมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย ยกตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า การที่ศาลตัดสินคดีโดยมีองค์คณะไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือดำเนินการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นธรรมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁰⁷

2.2.3.2.2 การกำหนดให้มืองค์กรในการวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำใดๆ โดยองค์กรของรัฐว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

เมื่อได้มีการกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำใดๆ โดยองค์กรของรัฐที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับได้แล้ว จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดองค์กรของรัฐขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำใดๆ โดยองค์กรของรัฐว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยการกระจายอำนาจ (decentralization) ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปยังองค์กรต่าง ๆ เช่น กระจายไปยังศาลทุกศาลโดยขึ้นอยู่กับว่าจะเกิดกรณีพิพาททางรัฐธรรมนูญขึ้นในศาลใด หรือโดยการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรเดียว (centralization) โดยอาจให้เป็นอำนาจแก่องค์กรที่มีมาแต่เดิม เช่น ศาลฎีกาหรือรัฐสภา เป็นต้น หรือให้เป็นอำนาจแก่องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาใหม่โดยเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นต้น แต่ในยุคสมัยใหม่ตามแนวคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจสามฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ องค์กรตุลาการถือเป็นองค์กรที่มีสำคัญในฐานะเป็นองค์กรตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ดังที่ปรากฏเหตุการณ์ยืนยันถึงอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดี *Marbury V. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 ของ John Marshall ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้เหตุผลในการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญว่า ถ้ารัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดา ศาลก็ต้องใช้รัฐธรรมนูญในกรณีที่กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁰⁸ และเหตุผลอันเป็นฐานของการใช้อำนาจตุลาการในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายโดยสรุปที่ว่า “ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ฉะนั้น การดูว่าอะไรเป็นกฎหมายหรือเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาล โดยการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญได้แบ่งอำนาจออกเป็น 3 ประเภท คือ นิติบัญญัติ

²⁰⁷ จริญญา ภักดีธนากุล, ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ, วารสารตุลพาท, 27, 1 (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2523), หน้า 62, เพิ่งอ้าง

²⁰⁸ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2551) หน้า 155

บริหาร และตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้งและควบคุมกัน ซึ่งเป็นหลักประกันความมั่นคง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้ และจำเป็นต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้น ข้อความที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็จะมีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรออกมาเองจะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ ได้อย่างไร จะว่าทางฝ่ายบริหารมีอำนาจชี้ขาดก็ไม่ได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เรื่องของฝ่ายบริหาร เช่นนี้ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนแก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมจากศาลเป็นที่ตั้ง และเมื่อมีตัวบทกฎหมายอันออกมาตัดเสรีภาพ และขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงเพื่อความยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องได้อย่างไร หรือแม้ศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้”²⁰⁹ อันเป็นการวางหลักการที่สำคัญให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

2.2.3.2.3 การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีกระบวนการเป็นพิเศษแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยทั่วไป

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานที่ก่อตั้งองค์กรของรัฐและกำหนดกรอบแห่งการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐในการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับภายในรัฐนั้น จึงกล่าวได้ว่า องค์กร อำนาจ และกฎหมายที่มีอยู่ในรัฐนั้นย่อมมีที่มาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น²¹⁰ องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ด้วยเหตุนี้องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญกลับไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยกระบวนการเดียวกันกับการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยทั่วไป

²⁰⁹ บุญเสริม นาคสาร , องค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทย , <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1011>

²¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) , หน้า 197 , อ้างแล้วใน จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ , ในเชิงอรรถที่ 203

ในทางทฤษฎีองค์กรที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นเองโดยอำนาจที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้นเป็นฐานแห่งการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปองค์กรที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญจะมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แก่องค์กรนิติบัญญัติเพื่อความสะดวกในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้องค์กรที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญอาจกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วยก็ได้ เช่น ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องรูปของรัฐหรือหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติกับองค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวกัน แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจาก “อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การทางการเมือง” หรือ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant หรือ Constituent Power) อันเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญก็สร้างระบบกฎหมายและองค์การทางการเมือง รวมถึงองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้น อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญกลับไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นคนละอย่างกับอำนาจนิติบัญญัติ และแม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ มีสถานะอยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง และยังเป็นกฎหมายที่วางโครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศ รัฐธรรมนูญจึงมักกำหนดเงื่อนไขบางประการเพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการออกหรือแก้ไขกฎหมายธรรมดา เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสำคัญยิ่งกว่าการออกหรือแก้ไขกฎหมายธรรมดา ดังนั้น รัฐธรรมนูญหลายๆ ประเทศจึงสร้างกลไกไว้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันมิให้องค์กรนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นเสมือนสัญญาประชาคมของปวงชน²¹¹

2.2.3.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of Constitutionality)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit) ของการเร เดอ มัลแบร์ ที่ได้สรุปหลักการที่รัฐต้องเคารพต่อกฎหมายที่รัฐนั้นตราขึ้นว่า กฎหมายมหาชนได้ให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัด

²¹¹ ชมพูนุท ตั้งถาวร , กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2556) , หน้า 17-19

อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการซึ่งได้แก่ คำพิพากษาและคำสั่งของศาลให้ชอบด้วยกฎหมายโดยจะมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย²¹² โดยในระยะเริ่มแรกยังไม่มีกรณีการเน้นให้องค์กรนิติบัญญัติโดยเฉพาะต้องกระทำการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เพราะเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชนเจ้าของอำนาจสูงสุดเองแล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสียเอง กับเห็นว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราออกมาซึ่งได้แก่พระราชบัญญัตินั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้วไม่น่าจะขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะการที่องค์กรผู้แทนปวงชนได้ออกพระราชบัญญัติเท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่า พระราชบัญญัตินั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในบางประเทศจึงไม่มีองค์กรและกลไกควบคุมพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเลย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสก่อนปี ค.ศ. 1958 ดังนั้น ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้นปีคริสต์ศตวรรษที่ 19 หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมุ่งควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นหลัก และต่อมาแนวคิดในการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาตราออกมาใช้บังคับไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นในคดี *Marbury V. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 ของ John Marshall ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงก่อให้เกิดแนวความคิดที่ถือกันว่า ไม่เพียงแต่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นในรัฐจะต้องเคารพกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญด้วย และการกระทำใดๆ ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ต้องถูกศาล (ซึ่งอาจจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรม) พิพากษาว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้²¹³

ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันเป็นแนวความคิดที่ให้ความสำคัญ กับการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอันมีที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในการควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของปัจเจกบุคคล เน้นการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม ตลอดจนสร้างระบบการเมืองที่มีประสิทธิภาพ โดยผลของการสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้มีการก่อตั้งระบบกฎหมายองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ และมีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยผลสำคัญประการหนึ่งอันเนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญมีลักษณะของสัญญาประชาคม ก่อตั้งและจัดองค์กรซึ่งใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

²¹² โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 208*, หน้า 154-155

²¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 202*, หน้า 275-276, อ้างไว้ใน โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *เพ็ญอ้าง*

ของรัฐหรือกล่าวได้ว่า เป็นที่มาสูงสุดของความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้²¹⁴ กล่าวคือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกฎเกณฑ์ทั้งหลายหรือรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสูงสุด และในการสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมจำเป็นต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ตามรูปแบบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ฝ่าย คือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจแต่ละฝ่ายถูกกำหนดขอบเขตอำนาจไว้โดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดดังกล่าว โดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติจะถูกจำกัดมิให้ออกกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม กรอบการใช้อำนาจดังกล่าวไม่เพียงพอต่อการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ จำเป็นต้องมีองค์กรผู้ควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือ องค์กรตุลาการนั่นเอง²¹⁵

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of Constitutionality) จึงเป็นแนวความคิดในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องอยู่ภายใต้กรอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แนวความคิดดังกล่าวก่อให้เกิดหลักการทางกฎหมายมหาชนอันเป็นหัวใจของนิติรัฐ 3 ประการ คือ²¹⁶

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักการนี้บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชน องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ตามหลักการนี้ทำให้องค์กรของรัฐฝ่าย

²¹⁴ วิศรุต คิตติ , เหตุใดจึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 10 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบอบนิติรัฐ , (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2555) หน้า 746-747

²¹⁵ อาทิตยาพันธ์ พันธุ์ชมพู , ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2557 , หน้า 58

²¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , ง (ม.ป.ป.) , ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน , เอกสารประกอบการเรียนการสอน , หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่น 14 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , เพิ่งอ้าง , หน้า 70-71

บริหารผูกพันต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมายตามหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”²¹⁷

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักการนี้หมายความว่ากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพได้ในกรณีใด ภายในขอบเขตเพียงใด และต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนหรือกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพอีกประการหนึ่งตามหลักการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักการนี้หมายความว่า การควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมมิให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

จากหลักการอันเป็นหัวใจสำคัญของนิติรัฐข้างต้นจึงเป็นไปตามหลักการที่การกระทำของรัฐทั้งหลายต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นหลักการที่เป็นดั่งคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และก่อความผูกพันให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจให้อยู่ในกรอบของความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนในอันที่จะเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย อีกทั้งการให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ตาม “หลักการตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ” อันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ การกระทำของฝ่ายตุลาการก็ต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน องค์กรตุลาการจึงมีฐานะทั้งการเป็นผู้ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพัน

²¹⁷ กล่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 73

กับสิทธิเสรีภาพ ตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์การตุลาการที่ถือเป็นหลักการที่เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐหรือเปรียบได้กับ “มงกุฎของหลักนิติรัฐ” เลยทีเดียว²¹⁸

2.3 แนวคิดพื้นฐานในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตามหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนของรัฐที่เป็นนิติรัฐที่มีความมุ่งหมายในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐเพื่อผดุงไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังส่งเสริมเสถียรภาพขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการบริหารกิจการสาธารณะให้บรรลุภารกิจของรัฐเพื่อประโยชน์มหาชน และใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในบรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้เป็นไปตามกรอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวในอันที่จะเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจรัฐสัมฤทธิ์ผล ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

2.3.1 รากฐานแนวความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการที่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้อันเป็นไปตามหลักการเคารพลำดับชั้นของกฎหมาย และในกรณีที่กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะยังมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไปจนกว่าองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะได้วินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะกล่าวต่อไปถึงหลักการอันเป็นรากฐานแนวความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องแนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ (School of Natural Law) และโดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law) รวมทั้งแนวความคิดเสรีประชาธิปไตยที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐสมัยใหม่ทั่วโลกให้การยอมรับและ

²¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ , การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2551) หน้า 24-26

เป็นหลักประกันในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

2.3.1.1 แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ (School of Natural Law)

สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) เป็นแหล่งรวมของนักคิดทางกฎหมายที่มีความคิดไปในแนวทางเดียวกันในการแสวงหาความยุติธรรมภายใต้สภาพสังคมที่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และมีการตรากฎหมายที่ไม่เป็นธรรมโดยชนชั้นปกครองที่มีอำนาจ ทำให้ปรากฏแนวความคิดที่ไม่ยอมรับกฎหมายที่ตราโดยชนชั้นปกครองที่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าไม่เพียงมีสภาพบังคับใช้เพราะขัดต่อหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติเป็นสำนักความคิดที่มีกำเนิดและวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีก โดยชาวกรีกมีความเชื่อว่ากฎหมายที่แท้จริงนั้นอยู่นอกมนุษย์และไม่อยู่ภายใต้อำนาจผู้ใดอันแสดงให้เห็นถึงความเชื่อที่ว่า สิทธิเสรีภาพที่มีอยู่โดยธรรมชาติมีอาจถูกลิดรอนโดยกฎหมายของมนุษย์ที่ไร้ซึ่งเหตุผล โดยเป็นไปตามหลักศีลธรรมและการยึดถือเหตุผลในตัวมนุษย์ หลักเหตุผลดังกล่าวจึงสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ตามที่ศนุโสเครติสที่ถือว่า เหตุผลเป็นสิ่งที่สามารถรู้ได้ด้วยตนเองว่ากฎหมายนั้นเป็นสิ่งดีจึงปฏิบัติตามมิใช่ปฏิบัติตามเพราะกฎหมายเป็นคำสั่งของผู้ปกครองที่มีอำนาจหรือเพราะเป็นพระประสงค์ของพระเจ้า แนวความคิดดังกล่าวให้ความสำคัญต่อกฎหมายที่สอดคล้องกับธรรมชาติแห่งความเป็นมนุษย์ ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายแห่งศาสนาที่มีผลบังคับเพียงเพราะด้วยความเชื่อหรือความศรัทธาเพียงอย่างเดียว

แนวคิดในเรื่องหลักเหตุผลสอดคล้องกับการยอมรับในกฎหมายที่สอดคล้องกับธรรมชาติแห่งความเป็นมนุษย์ สำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ เห็นว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มิได้อยู่แล้วตามธรรมชาติหรือที่เรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) และเกิดจากธรรมชาติโดยตรงเหมือนปรากฏการณ์อื่นๆ ของโลก อีกทั้งยังปรากฏความเชื่อที่ว่าธรรมชาตินั้นคือพระเจ้า จึงเป็นสิ่งที่บรรดานักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติเชื่อว่าเป็นที่มาของกฎหมาย โดยกฎหมายอันใดที่ขัดต่อเหตุผลและศีลธรรมย่อมไร้สภาพบังคับทางกฎหมายทั้งสิ้น ดังที่อธิบายแนวความคิดของซีเซโร (Cicero) นักปราชญ์ของโรมันที่ได้อธิบายถึงความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติที่ได้รับการยกย่องเป็นแบบฉบับไว้ดังในข้อความสำคัญที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติแผ่ซ่านไปในทุกสรรพสิ่ง สม่่าเสมอและเป็นนิรันดร...” (True law is the right reason , harmonious

with , diffuses among all , constant eternal....)²¹⁹ แนวความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาตินี้ทำให้กฎหมายธรรมชาติดีมีลักษณะพิเศษ คือ ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา ใช้ได้เสมอไม่มีวันยกเลิกหรือล่วงสมัย และใช้ได้โดยไม่จำกัดสถานที่ กฎหมายธรรมชาติดียอมอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติดียอมมีความยุติธรรมเป็นที่สุด กฎหมายของรัฐจะขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ นอกจากนี้ ยังได้แสดงให้เห็นลักษณะทั่วไปประการหนึ่งของกฎหมายธรรมชาติว่าเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีลักษณะเป็นสากลและมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มนุษย์เป็นผู้บัญญัติขึ้น และมีผลเป็นต้นกำเนิดทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เกิดขึ้นในยุคกลางต่อมา

ซึ่งในยุคสมัยกลางแนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ได้ปรากฏเด่นชัดที่แสดงออกมาในรูปของความเชื่อทางศาสนาคริสต์ที่เห็นว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากเจตจำนงของพระเจ้า กฎหมายของพระเจ้าจึงมีฐานะกว่ากฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นตามแนวความคิดของเซนต์ โทมัส อะไควนัส (St. Thomas Aquinas) ที่เสนอทฤษฎีว่า ก่อนที่สังคมมนุษย์ที่ชื่อว่า “รัฐ” จะกำเนิดเกิดขึ้นนั้น โลกมนุษย์มีกฎหมายอยู่แล้ว กฎหมายดังกล่าว คือ กฎเกณฑ์ข้อบังคับจำนวนหนึ่งซึ่งอาจทราบได้โดยการแยกแยะพิจารณาค้นหาในธรรมชาติของมนุษย์อย่างเช่นที่พระเจ้าสร้างขึ้น ดังนั้น กฎหมายที่มีอยู่ในโลกก่อนกำเนิดของรัฐ จึงมีอำนาจเหนือรัฐโดยที่รัฐต้องกฎหมายดังกล่าวที่เรียกว่า กฎหมายธรรมชาติ²²⁰ โดยหลักการสำคัญที่แสดงถึงแนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติเป็นแนวความคิดของเซนต์อะไควนัส นี้เองที่ได้อธิบายกฎหมายออกเป็น 4 ระดับ²²¹ ที่เห็นว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นมนุษย์อาจเข้าถึงได้ด้วยเหตุผลและปัญญาของตัวเอง หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ซึ่งมีในธรรมชาติของตัวมนุษย์แล้ว โดยแนวความคิดประการสำคัญ คือ การอธิบายถึงกฎหมายมนุษย์ (Human Law) อันเป็นกฎหมายที่เป็นคำบัญชาของเหตุผล (Ordinance of Reason) เพื่อความดีงามร่วมกันที่บัญญัติขึ้นโดยผู้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาประชาคมและได้ประกาศใช้แล้ว โดยกฎหมายมนุษย์นี้ไม่สามารถขัดกับกฎหมายธรรมชาติได้ หากขัดหรือแย้งแล้ว ย่อมเท่ากับว่าเป็นการขัดต่อหลักแห่งเหตุและผลด้วย ซึ่งจะทำให้กฎหมายมนุษย์นั้นขัดกับหลักความชอบธรรม และมีผลทำให้กฎหมายนั้นใช้ไม่ได้และไม่เป็นกฎหมายอีกต่อไป จากหลักการดังกล่าวของเซนต์อะไควนัสนี้ แสดงให้เห็นถึงหลักการที่ว่าด้วยกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าไม่อาจที่จะไปขัดหรือแย้งกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าได้ และหากเกิดกรณีการขัดกันขึ้น กฎหมายที่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าก็จะมีผลบังคับอันเป็นแนวคิดสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดถึงลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) สืบเนื่องมา

²¹⁹ กล่าวไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 174

²²⁰ วีระ โลจายะ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 168 , หน้า 468

²²¹ กล่าวไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 32

จนถึงปัจจุบัน และเป็นแนวความคิดที่ปรากฏถึงลำดับชั้นของกฎหมายของนักคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติที่สำคัญ

ดังนั้น แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ จึงวางอยู่บนความเชื่อที่ว่า กฎเกณฑ์ตามธรรมชาติของมนุษย์ของพระเจ้า หรือแม้แต่กฎเกณฑ์ในแง่ของเหตุและผล เป็นกฎเกณฑ์อันเป็นสากลและมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มนุษย์เป็นผู้บัญญัติขึ้น กฎหมายธรรมชาติดีเยี่ยมมีความยุติธรรมเป็นที่สุด ซึ่งหากกฎหมายบ้านเมืองที่มีบทบาทปฏิบัติหรือแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติกฎหมายบ้านเมืองนั้นก็ขาดความชอบธรรมกล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมและไม่อาจใช้บังคับได้ ดังนั้น แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยสำนักฝ่ายกฎหมายธรรมชาติจึงสอดคล้องกับแนวความคิดของอริสโตเติลในเรื่องการใช้บังคับกฎหมายว่า หลักการปกครองโดยกฎหมายควรนำเอาหลักความเป็นธรรมหรือหลัก Equity มาปรุงแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมให้เกิดความยืดหยุ่นเพื่อสร้างความเป็นธรรม ปรับแก้กรณีเฉพาะเรื่อง เพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการปกครองโดยกฎหมาย²²² โดยใช้ปรับแต่งกฎหมายให้เกิดความชอบธรรมมากขึ้นและสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นสิ่งที่ เป็นพื้นฐานสากลภายในจิตใจของมนุษย์ทุกคน

2.3.1.2 แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายโดยสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (School of Positive Law)

ตามที่ได้ศึกษาถึงรากฐานของแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจะเห็นได้ว่า มุ่งให้ความสำคัญกับกฎหมายของผู้ปกครองหรือรัฐอธิปไตย และเน้นความสำคัญของการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีความชัดเจนแน่นอนสามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไป อันเป็นการสร้างกรอบการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปกรอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐอธิปไตยได้บัญญัติขึ้นใช้บังคับ แนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจึงมุ่งพิจารณากฎหมายที่สร้างขึ้นโดยมนุษย์หรือกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจอันชอบธรรมในการออกกฎหมาย (Law making authority) และตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง การที่กฎหมายจะได้รับการสนับสนุนจากสังคม จะต้องมึลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ คือ²²³ ลักษณะที่เป็นสถาบัน (Institutional Nature) และลักษณะที่เป็นบรรทัดฐาน (Normative Nature) กล่าวคือ ลักษณะที่

²²² เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 184* , หน้า 25

²²³ รองพล เจริญพันธ์ , นิติปรัชญา : การศึกษาตามแนวทฤษฎี Legal positivism ภาค 1: ทฤษฎีทั่วไป ว่าด้วย กฎหมายกับรัฐ , พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2524) หน้า 2-3

เป็นสถาบันเป็นการกำหนดให้กระบวนการนิติบัญญัติตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ต้องกระทำโดยผ่านสถาบันตามขั้นตอนที่ถูกต้อง ส่วนลักษณะเป็นบรรทัดฐานนั้น หมายถึง บรรทัดฐานความประพฤตินี้มีการกำหนดสิทธิและหน้าที่อย่างชัดเจน โดยลักษณะสำคัญของกฎหมาย 2 ประการดังกล่าวเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างหรือกำหนดระบบแห่งกฎเกณฑ์ (Rules) พิเศษเกี่ยวกับกฎหมายขึ้นเพื่อก่อตั้งสถาบันทางกฎหมายต่างๆ โดยเชื่อว่า กฎเกณฑ์พิเศษเช่นนี้จะทำให้กฎหมายมีความเป็นสถาบัน มีลักษณะเป็นระบบ หรือทำให้เกิดระบบแห่งกฎหมายที่มีมาตรฐานอันจะได้รับการยอมรับจากสังคม โดยความเชื่อมั่นที่ว่าระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่างๆ อันเกี่ยวข้องกับการบวนการนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ จะเป็นสิ่งที่น่าสนใจซึ่งความชอบธรรมแก่กฎหมายที่ตราขึ้นในสายตาของประชาชนทำให้กฎหมายเป็นระบบ มีมาตรฐาน และมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ รวมทั้งมีความชอบธรรมภายในตัวกฎหมายเองโดยปริยาย และย่อมถือว่ารัฐที่มีระบบกฎหมายดังกล่าวเป็น “นิติรัฐ” อันแท้จริง ทั้งนี้ หลักการเคารพลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญเห็นว่า มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับทุกคน โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้อาจออกโดยประชาชนในฐานะที่เป็นรัฐอธิปไตย ออกโดยรัฐสภา ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หรือออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ได้ และระหว่างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเหล่านี้ด้วยกันเองก็มีลำดับชั้นของมัน โดยเป็นไปตามหลักการที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะสูงกว่ารัฐบัญญัติ และรัฐบัญญัติย่อมมีลำดับชั้นสูงกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง และผลที่ตามมาคือ ผู้ออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักการเคารพลำดับชั้นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยที่เจ้าหน้าที่จะไม่อาจออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า ซึ่งก่อให้เกิดหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่มีผลใช้บังคับอยู่ในรัฐนั้นจะต้องมีลำดับชั้นของตน กฎเกณฑ์ที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามแนวความคิดที่ว่า ทุกสังคมที่มีการจัดองค์กรเป็นรัฐนั้นจะต้องมีลำดับชั้นของกฎเกณฑ์โดยเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของ “นิติรัฐ” ซึ่งจะต้องมีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายในทุกระดับ²²⁴

แนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองจึงเป็นไปตามหลักการเคารพลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ถือว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำนิติกรรมใดๆ ได้ก็แต่เฉพาะนิติกรรมที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าระดับรัฐธรรมนูญเท่านั้น หลักการนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ศาลอันเป็นองค์กรใช้อำนาจทางตุลาการทำหน้าที่ควบคุมองครเจ้าหน้าที่ของรัฐให้กระทำการโดยเคารพต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่า

²²⁴ ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 15*, หน้า 267-268

ระดับรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการดังกล่าวนี้ ศาลเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและภายใต้หลักการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและการดำรงไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงกำหนดให้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อมิให้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของปวงชนและเป็นดังสัญญาประชาคมที่ผู้คนภายในรัฐร่วมกันก่อตั้งขึ้นต้องเสียสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดไป ด้วยเหตุนี้ รัฐสมัยใหม่ที่มีรูปแบบการปกครองเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยจะต้องมีการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.3.1.3 แนวความคิดเสรีประชาธิปไตย

หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่มีมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยยุคกรีกและได้มีวิวัฒนาการมาตามลำดับในประเทศต่างๆ ทั่วโลกมาจวบจนปัจจุบันอันเป็นหลักการปกครองที่ผู้คนส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นรูปแบบการปกครองที่ดีและเหมาะสมที่สุดในโลกยุคสมัยใหม่ และรูปแบบการปกครองที่เน้นเรื่องสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค เน้นเจตนารมณ์ของประชาชน และมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชน²²⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของแนวความคิด ประชาธิปไตยในยุคสมัยใหม่ได้ก่อตัวพร้อมกับแนวคิดปัจเจกบุคคลนิยม (Individualism) ที่เห็นว่ามนุษย์โดยธรรมชาติมีคุณค่าในตัวเองมีความต้องการสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ แนวคิดปัจเจกบุคคลนิยมจึงเป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นความมีคุณค่าของมนุษย์ โดยพื้นฐานจากแนวคิดดังกล่าวส่งผลให้เกิดรูปแบบการปกครองที่เคารพในคุณค่าและสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ ประกอบกับแนวความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) ที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนล้วนมีความต้องการเสรีภาพ โดยจอห์น ล็อก (John Locke) เป็นคนแรกที่เขียนว่า บุคคลแต่ละคนย่อมเป็นเจ้าของความชอบธรรมของรัฐ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของ “สัญญาประชาคม” (Social Contract) อันเป็นแนวคิดที่ว่า ผู้ถูกปกครองยอมอยู่ใต้อำนาจของผู้ปกครอง เพื่อให้ผู้ปกครองทำหน้าที่ปกป้องสิทธิของประชาชนในการดำรงมีเสรีภาพ มีชีวิต และทรัพย์สิน²²⁶ แนวความคิดในเรื่อง “สัญญาประชาคม” จึง

²²⁵ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์ , ประชาธิปไตยที่ใครๆ คงอยากเห็น ,วารสารศาลรัฐธรรมนูญปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558(กรุงเทพ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558) หน้า 108

²²⁶ มุลนิธิ ฟรีดริช เนมานัน , แนวคิดเสรีนิยม , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.fnfthailand.org/library-of-freedom/liberal-ideas>

เป็นแนวความคิดซึ่งมีความสำคัญในฐานะที่เป็นรากฐานของแนวความคิดเสรีประชาธิปไตยที่ทำให้ความสำคัญต่อเจตนารมณ์สูงสุดร่วมกันของประชาชนในสังคม มุ่งเน้นความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของปัจเจกชนในสังคม อีกทั้งยังเป็นแนวคิดที่สำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐมิให้ล่วงละเมิดต่อเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอันถือเป็นหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยซึ่งก็คือ การยอมรับนับถือความสำคัญและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ความเสมอภาคและเสรีภาพในการดำเนินชีวิต²²⁷

แนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นแนวคิดที่ยืนยันถึงหลักการถึงอำนาจในการปกครองบ้านเมืองเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน อันมีที่มาจากรากฐานแห่งความคิดของหลักการที่แพร่หลายในยุโรปช่วงศตวรรษที่ 17 - 18 ที่เชื่อว่า มนุษย์เป็นผู้มีเหตุผลและมีสติปัญญา มีความรับผิดชอบถ้าให้โอกาสแก่คนทั่วไปในสังคมเลือกตัดสินใจเรื่องการบ้านการเมืองก็จะสามารถตัดสินใจได้ถูกต้อง ทำให้สังคมอยู่เย็นเป็นสุขได้เพราะดำเนินตามเหตุผลอันชอบธรรม ความคิดเช่นนี้คือ ปรัชญาที่เชื่อในความดีของคน (Goodness of Mankind) เป็นการมองปรัชญาในแง่ว่า ควรให้มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโต้แย้งกันโดยเสรี เพราะเมื่อมีเสรีภาพด้วยกันทุกฝ่ายแล้วคนส่วนใหญ่ก็จะเลือกฝ่ายที่ถูกต้องสมควร ด้วยเหตุนี้การชี้ขาดตัดสินใจจึงควรถือเสียงส่วนใหญ่เป็นเสียงชี้ขาด ซึ่งเรียกว่า หลักถือเสียงข้างมาก (Majority Rule) การที่ถือเสียงส่วนใหญ่นั้นเพราะเชื่อว่า ทุกคนมีเหตุผล เมื่อมีเสรีภาพในการฟังความคิดเห็นหลายฝ่ายแล้ว คนส่วนใหญ่ก็เลือกในทางที่ถูกต้อง ฉะนั้นในระบอบประชาธิปไตยนอกจากถือหลักเสียงส่วนใหญ่แล้ว ต้องยึดหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วย ความคิดเห็นนั้นจะให้มนุษย์เห็นพ้องต้องกันทุกคนยอมเป็นไปไม่ได้ เมื่อมีความเห็นแตกต่างกัน ก็ต้องมีความเห็นของคนส่วนใหญ่ฝ่ายหนึ่ง ความเห็นของคนส่วนน้อยอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เสรีภาพเป็นไปได้ ในระบอบประชาธิปไตยจึงต้องมี “หลักความอดทน (Tolerance)” ต่อความเห็นของฝ่ายตรงกันข้าม จะอ้างหลักถือเสียงส่วนใหญ่มาทำลายเสียงส่วนน้อยไม่ได้ ตราบใดที่เสียงส่วนน้อยยังรักษาติกาอยู่ในกรอบของกฎหมายมิได้ทำผิดกฎหมายหรือก่อความไม่สงบขึ้น ในระบอบประชาธิปไตยจึงต้องถือหลักพิทักษ์ปกป้องเสียงส่วนน้อย²²⁸ โดยหลักการ และเจตนารมณ์ของระบอบประชาธิปไตยมีองค์ประกอบสำคัญ คือ²²⁹

²²⁷ วิรัช ชินวินิจกุล , ประชาธิปไตย : ประวัติศาสตร์ แนวคิด ปัญหา แนวทางแก้ไขและพัฒนา , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ.ปีที่ 17 เล่มที่ 49เดือนมกราคม-เมษายน 2558 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558) หน้า 95

²²⁸ สมยศ เชื้อไทย , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2* , หน้า 160 - 166

²²⁹ สมบัติ อารังธัญวงศ์ , การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา , (กรุงเทพฯ : โครงการเอกสารตำรา คณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ , 2545) , หน้า 115-116

1. การให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Popular Sovereignty)
2. เสรีภาพ (Liberty)
3. หลักความเสมอภาค (Equality)
4. หลักนิติธรรม (Rule of Law)
5. การปกครองโดยเสียงส่วนมาก (Majority Rule)

ดังนั้น กล่าวโดยสรุป การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หมายถึง รูปแบบการปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง หรือปกครองตามเจตนารมณ์ของประชาชนส่วนใหญ่ และมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยมีวิธีการควบคุมมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจในทางมิชอบ หรือการปกครองที่อยู่ภายใต้กฎหมายหรือถือกฎหมายเป็นใหญ่ ระบอบประชาธิปไตยในความหมายนี้ จึงอาจเรียกได้ว่า ประชาธิปไตยภายใต้กฎหมายหรือเสรีประชาธิปไตย หลักการประชาธิปไตยจึงเป็นหลักการของการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมือง (Political Will) ของประชาชนหรือกระบวนการทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย อันประกอบด้วยหลักการต่อไปนี้คือ²³⁰

1) ประชาชนเป็นผู้ถืออำนาจสูงสุด และถือว่าประชาชนเป็นแหล่งที่มาของอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศที่เรียกตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน” ด้วยเหตุนี้ การใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐ โดยองค์กรต่างๆ ในระบอบประชาธิปไตยจะต้องมีรากฐานมาจากเจตจำนงของประชาชน

2) การปกครองโดยฝ่ายข้างมากที่เคารพฝ่ายข้างน้อย อันเป็นการสะท้อนถึงแนวคิดของเสรีภาพและหลักความเสมอภาค อุดมคติของประชาธิปไตยจะบรรลุได้ต่อเมื่อสมาชิกของสังคมทุกคนมีเจตจำนงอย่างเดียวกัน และทุกๆ คนมีส่วนร่วมในการปกครองอย่างเสมอภาคกันหมดทุกคน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ต้องปกครองไปตามฝ่ายเสียงข้างมาก ซึ่งฝ่ายเสียงข้างน้อยจะต้องยอมรับ การตัดสินใจทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นไปตามฝ่ายข้างมากและมีผลผูกพันฝ่ายเสียงข้างน้อยด้วย ดังนั้น หลักการเคารพต่อเจตนารมณ์ของประชาชนฝ่ายเสียงข้างมากที่เคารพสิทธิของฝ่ายเสียงข้างน้อย จึงถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญยิ่งของการปกครองระบอบประชาธิปไตย

3) หลักการปกครองในระบบผู้แทน ระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนมีพื้นฐานทางความคิดว่า อำนาจทางการเมืองหรืออำนาจปกครองนั้นมาจากประชาชน ในลักษณะนี้ประชาชนมิได้เป็นผู้ใช้ด้วยตนเอง แต่มอบให้บุคคลกลุ่มหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะเป็นองค์กรของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแทนบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐเหล่านี้อยู่ในฐานะเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งหมดอันมีเจตนารมณ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับประชาชนที่อยู่ในการปกครอง

²³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, นิตिरัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย, ในหนังสือ “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540, หน้า 17 - 22

ซึ่งหลักการที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง คือ จะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจเพื่อป้องกันภัยของอำนาจ การควบคุมอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของระบอบประชาธิปไตยที่จะขาดเสียไม่ได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการใช้อำนาจของประเทศที่เป็นประชาธิปไตย จะต้องมีการต่อไปนี้²³¹

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ ตามหลักนี้จะต้องแบ่งแยกอำนาจการปกครองบ้านเมืองออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยต่างฝ่ายต่างก็ไม่ขึ้นกับผู้ใด หรืออยู่ใต้อำนาจของฝ่ายใด และให้อำนาจทั้ง 3 ฝ่าย คอยตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Checks and Balances)

2) หลักสิทธิมนุษยชน อันได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพ สิทธิต่างๆ เหล่านี้เป็นสิทธิตามธรรมชาติที่จะพรากจากมนุษย์ไม่ได้ (Unalienable Right) สิทธินี้จะต้องรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิขั้นมูลฐานที่จะถูกยกเลิกมิได้ จึงอยู่เหนือกฎหมายธรรมดาทั้งหลาย หลักสิทธิมนุษยชนนี้เป็นข้อผูกมัดไม่ให้ผู้มีอำนาจทำตามอำเภอใจ หรือใช้อำนาจเกินของเขตและต้องมีหลักการจำกัดการใช้อำนาจ

3) หลักการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ เป็นหลักที่จะต้องยึดถือโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจต่อเมื่อกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ และการกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของประชาชน ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีกฎหมายให้อำนาจก็จะไปจำกัดหรือรุกรานสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

แนวความคิดเสรีประชาธิปไตยจึงสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นแนวคิดที่ถือหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่โดยมีการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ เพื่อมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนตามหลักสิทธิมนุษยชน และให้การยอมรับและเคารพในคุณค่าและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนในฐานะของความเป็นมนุษย์โดยยึดถือซึ่งเจตจำนงร่วมกันเพื่อความผาสุกของการอยู่ร่วมกันภายในรัฐ และจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศตามระบอบประชาธิปไตยนี้ เป็นหลักของการปกครองที่ถือว่า คนทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และมีความเสมอภาคกัน ดังนั้น ผู้ที่มาปกครองประเทศจึงเป็นเพียงตัวแทนของประชาชน แต่อย่างไรก็ดี การที่ผู้แทนของประชาชนจะทำการปกครองประเทศเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้นั้น จะต้องมีการให้อำนาจและกำหนดหน้าที่ไว้ ซึ่งการปกครองดังกล่าว ประชาชนจะต้องไม่ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจของ

²³¹ ปัญญา อุดชาชน , หลักประชาธิปไตย เรื่อง : สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (เอกสารอัดสำเนา)

ผู้ปกครองโดยขาดความยุติธรรม ไม่ว่าผู้ปกครองประเทศจะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจการปกครองตามกฎหมายก็ตาม ซึ่งหากผู้ปกครองใช้อำนาจที่เกินเลยหรือเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้หรือทำการปกครองให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเกิดความเสียหาย ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องขอความเป็นธรรมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้นได้

2.3.1.4 แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้นำมาสู่แนวคิดในการสร้างระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุด และให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีสถานะเหนือกฎหมายใดๆ นั้นเกิดผลได้จริง ทั้งนี้ โดยการกำหนดให้องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติไว้ในองค์กรที่แตกต่างกันไปแล้วแต่ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศนั้นๆ โดยระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 2 ระบบ ดังนี้²³²

(1) ระบบกระจายอำนาจ (Decentralized System) เป็นระบบที่มีการกระจายอำนาจในการวินิจฉัยว่า บทบัญญัติที่ศาลใช้บังคับกับคดีที่ศาลพิจารณาอยู่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไปยังศาลยุติธรรมทุกศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบกระจายอำนาจนี้ เป็นระบบที่มีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบและยังคงใช้บังคับอยู่ในประเทศญี่ปุ่น นอร์เวย์ สวีเดน

(2) ระบบรวมอำนาจ (Centralized System) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบรวมอำนาจนี้เป็นการรวมอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรๆ เดียวเป็นการเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันนี้ระบบนี้ได้มีการนำไปใช้มากในประเทศภาคพื้นยุโรป

สำหรับแนวคิดในการควบคุมกฎหมายให้มีความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ มีการใช้อยู่ 3 วิธีด้วยกัน คือ²³³

(1) การควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจกระทำได้สี่วิธี คือ ควบคุมโดยกระบวนการตรากฎหมาย ควบคุมโดยบังคับให้มี

²³² บวรศักดิ์ อรรถมนเณ , ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_14.pdf

²³³ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์ , *อ่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 208* , หน้า 156-161

การปรึกษา ควบคุมโดยการยับยั้งการออกกฎหมาย และควบคุมโดยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย²³⁴

(2) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ เป็นการควบคุมโดยศาลยุติธรรมอันเป็นการควบคุมโดยองค์กรทางภายนอก (External Control) หลังจากที่กฎหมายได้ประกาศใช้บังคับแล้ว และเป็น การควบคุมโดยใช้วิธีการทางศาล (Judicial Review) การควบคุมโดยให้ศาลปกติทั่วไปพิจารณานี้ เรียกว่า Decentralized Judicial Review คือ องค์กรศาลแห่งใดก็พิจารณาปัญหากฎหมายขัดต่อ รัฐธรรมนูญได้ตามโอกาสแห่งการพิจารณา การควบคุมความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดย ศาลเช่นนี้เป็นผลมาจากแนวความคิดในสหรัฐอเมริกา และมาให้อยอมรับถึงแนวความคิดที่ให้ศาลมี อำนาจควบคุมกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาในคดี Marbury V. Madison เพื่อให้ความเคารพต่อหลัก ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยจะกล่าวในบทที่ 3 ต่อไป

(3) การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ คือ การให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้พิจารณา ปัญหากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลปกติทั่วไปจะพิจารณาปัญหานี้ไม่ได้ การควบคุมแบบนี้เรียกกัน ว่า ระบบรวมศูนย์อำนาจการทบทวนทางกฎหมาย (Centralized Judicial Review) ซึ่งตามหลักการ แบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และผลของการมุ่งหมายจำกัดอำนาจของรัฐสภาบาง ประเทศในยุโรปได้ปรากฏแนวคิดแปลงให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยมี องค์กรประกอบเป็นพิเศษจากสถาบันศาลปกติ เพื่อใช้ในการพิจารณาทบทวนกฎหมายที่ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ (Judicial Review)

แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นหลักการที่มุ่ง หมายในการให้ความเคารพต่อหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญในอันที่จะควบคุมบรรดากฎหมาย ทั้งหลายที่ออกโดยรัฐสภาฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นไปโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญให้มีบทบัญญัติแห่ง กฎหมายใดในอันที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นไปตามทฤษฎีลำดับชั้นแห่งกฎหมายที่ เรียกร้องให้กฎหมายในลำดับที่ต่ำกว่ามีเนื้อหาที่ไม่ขัดหรือแย้ง (Compatibility) กับกฎหมายลำดับที่ สูงกว่าเสมอ หากกฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหรือกฎหมายฉบับอื่นที่ อยู่ในลำดับสูงกว่าแล้ว กฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับที่สูงกว่าย่อมไม่มีผล ใช้บังคับกับประชาชน หากเป็นการขัดแย้งบางส่วนบทบัญญัติเฉพาะส่วนที่ขัดแย้งนั้นตกเป็นโมฆะ หากขัดแย้งทั้งฉบับย่อมเป็นโมฆะทั้งฉบับ²³⁵ โดยให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วย

²³⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์ , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 9 : การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ , สาขา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2526 , หน้า 539-544

²³⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา , *อ่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 111* , หน้า 286

รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติไว้อันเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.3.2 แนวคิดการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในอันที่บทบัญญัติใดของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในระบบนิติรัฐที่รัฐเสรีประชาธิปไตยใช้เป็นพื้นฐานประการหนึ่งในการจัดองค์กรแห่งรัฐ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการบัญญัติหลักการสำคัญต่างๆ ในรูปแบบการปกครองอันเป็นไปตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม²³⁶เป็นแนวคิดอันเป็นรากฐานในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นความจำเป็นในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและความจำเป็นในการปกครองโดยนิติรัฐตามหลักการควบคุมความชอบด้วยองค์กรตุลาการ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีองค์กรตุลาการที่มีอำนาจและความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ประเทศที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย จึงต้องมีสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและควบคุมมิให้องค์กรของรัฐกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวของแต่ละประเทศจะแตกต่างกัน โดยสรุปแล้วมี 3 รูปแบบ คือ²³⁷

- (1) รูปแบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลสูงสุด ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย โปแลนด์ เม็กซิโก คิวบา ไนจีเรีย คูเวต และญี่ปุ่น เป็นต้น
- (2) รูปแบบที่ให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้ควบคุมในรูปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส เวียดนาม กัมพูชา เป็นต้น
- (3) รูปแบบที่ให้ศาลที่มีอำนาจเฉพาะเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศเยอรมัน อิตาลี สเปน เบลเยียม โปรตุเกส เกาหลีใต้ และไทย เป็นต้น

²³⁶ สิทธิพร เคาภายน , การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 19

²³⁷ บุญเสริม นาคสาร , ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=719>

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่อง ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย พัฒนาการแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายเริ่มพัฒนาขึ้นในประเทศภาคพื้นยุโรปโดยเกิดขึ้นสหราชอาณาจักรก่อน แล้วจึงขยายไปยังประเทศอื่นๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างมีความเห็นว่า ทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการนั้น มีพัฒนาการมาจากมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ของประเทศอังกฤษ ในคดีตัวอย่างของนายแพทย์ Thomas Bonham เมื่อปี ค.ศ. 1610 ซึ่งผู้พิพากษา Sir Edward Coke ได้วางหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการไว้ว่า แม้รัฐสภาจะมีสิทธิในการบัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายก็ตาม แต่อำนาจของรัฐสภาที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ดังนั้น Sir Edward Coke ได้วางหลักการที่ทำให้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนโดยฝ่ายตุลาการได้ และแนวคิดของ Sir Edward Coke จากแนวคำตัดสินในคดี Bonham's Case ดังกล่าว ได้มีพัฒนาการแนวความคิดเรื่องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกา²³⁸ โดยมีคดีที่สำคัญอันก่อให้เกิดระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดี Marbury v. Madison ปี ค.ศ. 1803 ที่ผู้พิพากษา John Marshall ได้ตีความโดยวางหลักไว้ถึงการที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นคดีบรรทัดฐานที่สำคัญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายหลังจาก Marbury v. Madison ได้ก่อให้เกิดกระแสความนิยมในการนำระบบการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมมาใช้ในหลายประเทศ ระบบของสหรัฐอเมริกาคือเป็นระบบที่ไม่จำกัดว่า จะต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงที่มีอำนาจในการตรวจสอบและวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เป็นผู้พิพากษาผู้ใดก็ได้ที่มีอำนาจในเขตศาลของศาลตน

โดยแนวคิดองค์กรผู้ที่มีอำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของยุโรปเป็นไป ตามแนวคิดของ Hans Kelsen ผู้เสนอแนวคิดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์อำนาจให้เป็นศาลพิเศษเฉพาะมีบทบาทและอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวาง และการมีความเป็นอิสระในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งศาลทั่วไปจะทำหน้าที่ดังกล่าวครบถ้วนได้ยากโดย Hans Kelsen ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กฎหมายใดๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับได้ตาม

²³⁸ รัชชานันต์ เสาถายน , ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล : ศึกษากรณีการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี , คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2559 , หน้า 19-21

หลักการของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา Hans Kelsen มีแนวคิดที่ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น ในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงย่อมต้องมีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากการพิจารณาตีความกฎหมายทั่วไป โดยผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวไม่ควรเป็นผู้พิพากษาในระบบศาลปกติตามแบบที่ปรากฏในสหรัฐอเมริกา แต่ควรเป็นบุคคลที่มีความเป็นกลางและปราศจากการแทรกแซงโดยรัฐบาล ระบบการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นในรูปแบบของศาลพิเศษ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกที่ประเทศออสเตรีย เป็นแนวความคิดของ Hans Kelsen นี้เอง โดยจุดเริ่มต้นของการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศออสเตรียทำให้ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปได้นำแนวคิดในการจัดตั้งศาลพิเศษดังกล่าวมาใช้เป็นแนวทาง ในการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แนวคิดของ Hans Kelsen ก่อให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่มีอิทธิพลจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ การให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันแก่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้นั้น เพราะรัฐธรรมนูญเป็นดังสัญญาประชาคมอันมีกระบวนการพิเศษในการจัดทำ รัฐธรรมนูญที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา และเป็นอำนาจในการก่อตั้งระบอบการเมืองและองค์กรทางการเมืองทุกองค์กรในรัฐ ตลอดจนการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และผลจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมกระทำได้ยากและต้องกระทำโดยวิธีการพิเศษยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดา และประการสำคัญคือ กฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ มิเช่นนั้น บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้²³⁹

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่าง องค์กรต่างๆ ของรัฐ และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน รวมทั้ง ตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ดังกล่าว ดังนั้น ตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา ได้เกิดองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญยุคใหม่ขึ้นในหลายๆ ประเทศ และประสบความสำเร็จในการเป็นหลักประกันด้านเสรีภาพและความเสมอภาคอันเป็นคุณค่าที่มนุษย์แสวงหามายาวนาน ด้วยเหตุที่ในอดีตนั้น กลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนยังไม่เพียงพอ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกคุกคาม องค์กรต่างๆ ของรัฐตกอยู่ภายใต้อำนาจเผด็จการ หรือทรราชย์ และไม่สามารถตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวได้ จึงนำไปสู่แนวคิดเรื่อง การสร้างอำนาจบังคับทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด ทั้งนี้ โดยอาศัยกลไกสำคัญที่เรียกว่า การวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ อันหมายถึง กระบวนการพิจารณาที่อาศัยอำนาจตาม

²³⁹ ภาควิชา รัฐธรรมนูญ , หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558) , หน้า 105-106

รัฐธรรมนูญเพื่อทำให้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดมีผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน กล่าวได้ว่า การวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ดำเนินการโดยองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตุลาการเช่นศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก้คดีดังกล่าวคือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ประเทศในระบอบประชาธิปไตยทั้งหลาย ใช้การวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และมีโครงสร้างการปกครองที่ประกอบด้วย รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ และมีการปกครองท้องถิ่นที่เป็นอิสระ การใช้อำนาจรัฐจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และคงไว้ซึ่งหลักความเป็นนิติรัฐ²⁴⁰

2.3.3 แนวคิดการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดพื้นฐานของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญปรากฏตามแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ ทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม และแนวความคิดเสรีนิยม ตามแนวความคิดสัญญาประชาคมของนักปรัชญาทั้งโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) จอห์น ล็อก (John Locke) และฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และนักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งหลาย อันเป็นบรรทัดฐานก่อให้เกิดกระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลก เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ²⁴¹

ศาลรัฐธรรมนูญจึงก่อตั้งภายใต้แนวความคิดในการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและธำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยให้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการควบคุมมิให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นองค์กรคุ้มครองรัฐธรรมนูญมีฐานที่มาจากแนวความคิดทางกฎหมายมหาชน (Public Laws) ตามพื้นฐานความคิดสำคัญของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (the

²⁴⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย, (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด, 2551) หน้า 1-2

²⁴¹ วุฒิชัย จิตตานุ, กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2556) หน้า 3

pure theory of law) โดยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ได้สถาปนาจัดตั้งเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 จากแนวความคิดของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักปรัชญาชาวออสเตรีย คือ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) โดยมีพื้นฐานความคิดสำคัญตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (the pure theory of law) ในการจัดตั้งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญตามหลักแนวความคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียมีบทบาทและอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ตามที่เรียกว่า “บรรทัดฐานพื้นฐาน” (Basic Norm) หรือตามที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันว่า “GRUNDNORM” เป็นบรรทัดฐานสูงสุด (Supreme Norm) ซึ่งความเป็นบรรทัดฐานสูงสุดแห่งกฎหมายทำให้เกิดความถูกต้อง (Validity) แห่งอำนาจกฎหมายในกฎหมายลำดับรองลงมาตามลำดับชั้น ก่อให้เกิดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย (hierarchy of legal norms) ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะก่อให้เกิดอำนาจแก่กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าเป็นลำดับชั้นตกทอดกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น ลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายของกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะสมบูรณ์ในตัวได้ต่อเมื่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีกฎหมายสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานสูงสุดตามที่เคลเซน เรียกว่า “GRUNDNORM” ให้อำนาจรับรองไว้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ตามแนวความคิดทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด²⁴² ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเคลเซนที่พิจารณากฎหมายในฐานะที่เป็นศาสตร์ว่าด้วยบรรทัดฐานที่มีความสำคัญแตกต่างกันเรียงซ้อนกันอยู่เป็นชั้นๆ ในลักษณะเป็นระบบ โดยบรรทัดฐานชั้นต่ำให้อำนาจและความสมบูรณ์มาจากบรรทัดฐานชั้นสูงกว่าขึ้นไปอีกตามลำดับจนถึงบรรทัดฐานที่เป็นชั้นสูงสุดที่เป็นรากฐานแห่งกฎหมายทั้งหลายที่เรียกว่า บรรทัดฐานชั้นมูลฐานที่เคลเซนเรียกว่า Grundnorm อันอยู่เหนือรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ บทบัญญัติที่อยู่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจะมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ จึงเห็นว่า Grundnorm ตามที่เสนอของเคลเซนอยู่ซ้อนกับอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดหรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีการจัดลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายของซีเอเยส์²⁴³ ในการนี้ แนวความคิดบรรทัดฐานสูงสุด เป็นพื้นฐานความคิดที่สำคัญในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแยกออกจากศาลธรรมดาทั่วไป และเพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญตามหลักบรรทัดฐานสูงสุดจำต้องจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นผลให้กฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับ อีกทั้ง

²⁴² เห่งอ้าง , หน้า 3-6

²⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , ทฤษฎีองค์กรการเมืองและชาติ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=417>

ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด และผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการอันเป็นองค์กรของรัฐทุกองค์กร

หากกล่าวเฉพาะเจาะจงในหลักการที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญแล้วคือ หลักการสุดท้ายในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่มีวิวัฒนาการในรูปแบบของการเกิดขึ้นองค์กรตุลาการหรือในรูปแบบอื่นทำหน้าที่ในการตรวจสอบวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาบทกฎหมายต่างๆ ไม่ให้ขัดกับบทมาตราที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบการควบคุมโดยองค์กรตุลาการนับเป็นรูปแบบที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดในฐานะที่จะสามารถสร้างหลักประกันความมั่นคงของรัฐธรรมนูญได้ เมื่อเกิดกรณีประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพราะบุคคลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยเป็นองค์กรตุลาการที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ความเป็นกลางและกระบวนการวิธีพิจารณาที่เปิดเผยสามารถตรวจสอบได้ ศาลรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นมาด้วยเหตุผลสำคัญเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าอยู่ในฐานะเป็นองค์กรผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้บรรดาบทกฎหมายทั้งปวงจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับแต่อดีตก็รับรองให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย²⁴⁴

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในระบบรวมศูนย์รูปแบบยุโรปตามแนวคิด Hans Kelsen ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยปรากฏคำอธิบายของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ชี้ให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรปมีคุณลักษณะในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้คือ²⁴⁵

(1) ในระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรป ศาลรัฐธรรมนูญจะมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และไม่อยู่ในอำนาจของศาลทั่วไปในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

²⁴⁴ ปฐมพงษ์ คำเขียว , ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ , รวมบทความ ทางวิชาการ ชุดที่ 11 ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข . (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2556) หน้า 506

²⁴⁵ วุฒิชัย จิตตานุ , ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมายในประเทศต่างๆ ทั่วโลก , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 9 เล่มที่ 27 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2550 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2550) หน้า 21-22

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งร่างกฎหมายและบรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำทางกฎหมายที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญของผู้ใช้อำนาจมหาชน

(3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีระบบกลไกทางกฎหมายอย่างเป็นระบบที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นเครื่องมือโดยตรงตามหลักการตรวจสอบก่อน (priori review) และหลักการตรวจสอบหลัง (posteriori review) อันประกอบด้วย กระบวนการทางกฎหมายในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) และการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control)

(4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดและผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ และองค์กรของรัฐทุกองค์กร (erga omnes)

(5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์เป็นการลบล้างกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายในเชิงลบ ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำทางกฎหมายย่อมเป็นโมฆะเสียเปล่าตั้งแต่เริ่มแรก (ex tunc) หรือไม่มีผลบังคับตั้งแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย (ex nunc) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการลบล้างกฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์ให้เป็นศาลพิเศษเฉพาะจึงมีบทบาทและอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางและการมีความเป็นอิสระในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งศาลทั่วไปจะทำหน้าที่ดังกล่าวให้ครบถ้วนได้ยาก อีกทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และศาลด้วย จึงมีความแตกต่างจากระบบไม่รวมศูนย์หรือรูปแบบของอเมริกันของศาลสูงสหรัฐอเมริกาที่คำพิพากษาของศาลผูกพันเฉพาะคู่ความเท่านั้น ซึ่งศาลในรูปแบบของอเมริกันดังกล่าวไม่มีกลไกทางกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนในการตรวจสอบร่างกฎหมาย บทบาทของศาลเพียงตรวจสอบกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้วว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ระบบกลไกทางกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนและหลักการตรวจสอบหลังมีกระบวนการทางกฎหมายที่สำคัญในการควบคุมทั้งร่างกฎหมายและบรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำทางกฎหมาย (legal action) ของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นการควบคุมการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญกระบวนการทางกฎหมายเหล่านี้ที่เรียกว่า การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) และการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control) โดยกลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์แบบยุโรปนี้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งกลไกทางกฎหมายในการตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระบบรวมศูนย์เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้

2.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

แนวคิดการให้ความเคารพในรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of the Constitution) เพราะเป็นสัญญาประชาคมที่คนในสังคมยอมรับให้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นกติกาและกฎเกณฑ์ในการปกครอง ซึ่งทุกฝ่ายต้องยอมรับและเคารพไม่ว่าผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง องค์การทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นถือได้ว่า ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่า จะมอบอำนาจต่อไปให้องค์การอื่นที่รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตไว้ไม่ได้ และจะใช้อำนาจกระทำการให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ด้วย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่อยู่ในลำดับสูงสุดแล้ว ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญในแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงมักมีบทบัญญัติที่รองรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าก็จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คือเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม เพื่อประโยชน์แก่อำนาจสูงสุดในการปกครอง และเพื่อคุ้มครองป้องกันรัฐธรรมนูญ²⁴⁶

หากพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้น มีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์กับหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญที่สุดที่เป็นบ่อเกิดของหลักกฎหมายมหาชนอื่นๆ นั่นคือ “หลักนิติรัฐ” ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าแท้จริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีความใกล้ชิดเป็นอย่างยิ่งกับหลักนิติรัฐ กล่าวคือ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิทักษ์ปกป้องรักษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น โดยเนื้อแท้แล้วก็มีที่มาจากหลักนิติรัฐ ในการนี้ จึงอธิบายแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

²⁴⁶ วิจิตรา พุ่งลัดดา , ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2523 , หน้า 29

2.4.1 ศาลรัฐธรรมนูญการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า รูปแบบขององค์กรวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ตุลาการทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Judge) ในรูปแบบของยุโรป คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญ โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศนั้นมีอำนาจมากน้อยแตกต่างกัน แต่อำนาจหน้าที่ประการหนึ่งที่มีร่วมกัน คือ อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถือเป็นอำนาจหน้าที่หลักและเป็นหน้าที่ที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นความจำเป็นที่แท้จริงที่จะต้องมีการศาลรัฐธรรมนูญ²⁴⁷ สำหรับอำนาจหน้าที่อื่นนั้น จะเห็นว่า อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ในโลกก็จะจัดได้ 3 ประการคือ

- (1) กลุ่มอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยสถานะและคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับสูง
- (2) กลุ่มอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ
- (3) กลุ่มอำนาจหน้าที่ในการรักษากฎหมายสำคัญทางการเมืองการปกครองและกิจการพรรคการเมือง

ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะมีเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะแบ่งอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเพียงใด ภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ปรากฏผลบังคับใช้ได้จริง โดยเป็นองค์กรที่มีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดและมีสภาพบังคับเพื่อให้การใดๆ ก็ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายหรือการใช้อำนาจในทางการเมือง ตลอดจนความถูกต้องด้วยคุณสมบัติของบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจทางการเมืองระดับสูงนั้นเป็นไปตามเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับแต่ละตำแหน่งนั้น รวมถึงการชี้ขาดเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบาทหน้าที่ไว้ จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทหลักอยู่ 2 ประการคือ (1) บทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากบทบัญญัติแห่ง

²⁴⁷ กล้า สมุทวณิช , ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558) , หน้า 22-23

กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ (2) บทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันต่างๆ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ²⁴⁸

การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐสมัยใหม่ ซึ่งแต่เดิมที่รัฐเคยมีเฉพาะภารกิจพื้นฐานในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของรัฐ เพิ่มมาเป็นภารกิจในอันที่เกี่ยวกับการส่งเสริมสวัสดิภาพแก่ประชาชน และการจัดให้เกิดความยุติธรรมในสังคม ภายใต้ภารกิจของรัฐดังกล่าวตามแนวความคิดนิติรัฐ รัฐจะกระทำการใดๆ ในอันที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และหากกฎหมายดังกล่าวจำกัดหรือให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบัญญัติหรือหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน²⁴⁹ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงปรากฏบทบาทผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งยอมรับในหลักการอันเป็นสากลของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการสร้างค่าบังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนให้เป็นไปตามกรอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน พิจารณาได้ดังนี้²⁵⁰

(1) การกระทำอันใดอันหนึ่งกฎหมายมุ่งหมายจะจำกัดนั้น อยู่ในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

(2) กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่

(3) การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ โดยพิจารณาจาก

3.1 กระบวนการร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้หรือไม่

3.2 การตรวจสอบสิทธิเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมาย

(ก) ในกรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ การจำกัดสิทธิของกฎหมายนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดหรือไม่

²⁴⁸ เพิ่งอ้าง , หน้า 24-26

²⁴⁹ เฉลิมพงศ์ เอกเผ่าพันธุ์ , การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานพนธ์ปริญา มหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548 , หน้า 35-36

²⁵⁰ เพิ่งอ้าง , หน้า 36-37

(ข) ในกรณีที่เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.3 ในกรณีที่มีการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายนั้นได้มีการกำหนดรายละเอียดอันเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดเองไว้อย่างเพียงพอหรือไม่

3.4 กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิเสรีภาพนั้นเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

3.5 กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

3.6 กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นการบัญญัติเพื่อใช้เฉพาะแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือไม่

3.7 เฉพาะกรณีของสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายที่แทรกแซงสิทธิและเสรีภาพนั้น ได้กล่าวอ้างมาตรการของสิทธิและเสรีภาพที่มีการแทรกแซงหรือไม่

3.8 กฎหมายที่แทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพนั้นได้กำหนดองค์ประกอบและผลของกฎหมายแน่นอนชัดเจนเพียงพอหรือไม่

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีสาระสำคัญของการก่อตั้งองค์กรและระบบพื้นฐานในการอยู่ร่วมกันเป็นประชาคมและโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของรัฐและกำหนดให้แต่ละองค์กรมีอำนาจจำกัดภายใต้ระบบควบคุมการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น แม้การใช้อำนาจในการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในการจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่การจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพก็ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น เป็นการทั่วไป และไม่ถึงกับจะมีอำนาจที่ทำให้สาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพต้องสิ้นคลอนหรือถูกกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ ซึ่งถือเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจและควบคุมการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐ และรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นมิให้ก่อผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้

2.4.2 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรศาลมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีได้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไป แต่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบ

รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดเนศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะพื้นฐานในความเป็นองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับองค์กรศาลอื่นๆ ดังเช่นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองและมีการพิจารณาพิพากษาต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ โดยมีเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญและมีกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลโดยเฉพาะ โดยมีการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย และประการสำคัญ คือ องค์กรศาลจะริเริ่มพิจารณาคดีด้วยตนเองไม่ได้จะต้องมีคำฟ้องหรือคำร้องมาสู่ศาลและในการพิจารณาอรรถคดีจะพิจารณาตามคำขอ²⁵¹ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานที่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารให้ดำเนินการไปภายใต้หลักเกณฑ์และอยู่ภายในกรอบของกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างเคร่งครัด และจากลักษณะพื้นฐานของอำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นนั้น หลักเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดที่จะทำให้ องค์กรตุลาการสามารถใช้อำนาจให้บรรลุตามวัตถุประสงค์แห่งอำนาจได้อย่างแท้จริง คือ ความสามารถในการที่จะทำคำวินิจฉัยของตนเองได้อย่างเป็นอิสระ ปราศจากอคติและความลำเอียง หรือต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบังคับบัญชาสั่งการขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นๆ ที่อาจมีส่วนได้เสียในคำสั่งขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการองค์กรนั้น ซึ่งโดยสรุปแล้ว ลักษณะของการจัดองค์กรที่จะส่งผลให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรหนึ่งองค์กรใดสามารถทำคำวินิจฉัยของตนได้โดยอิสระอย่างแท้จริง อย่างน้อยที่สุดแล้วต้องประกอบด้วยเงื่อนไขต่างๆ โดยสรุปดังนี้²⁵²

- (1) คำวินิจฉัยขององค์กรที่จัดตั้งขึ้นจะต้องมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด (res judicata)
- (2) ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือทำคำวินิจฉัยของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรอื่นๆ เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยชอบเท่านั้น
- (3) ผู้ที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรที่จัดตั้งขึ้นต้องอยู่ในฐานะที่จะหลุดพ้นจากอิทธิพลต่างๆ ที่มีอยู่ในสังคม ทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือแม้แต่ศาสนา
- (4) กระบวนการพิจารณาขององค์กรตุลาการต้องเป็นกระบวนการที่ได้กระทำลงโดยเปิดเผย ต่อสาธารณะ และเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียในผลของคำวินิจฉัยทุกๆ ฝ่ายได้มีโอกาสชี้แจงหรือแสดงหลักฐานใดๆ ต่อหน้าตุลาการผู้ซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาชี้ขาดเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของฝ่ายตนได้โดยเท่าเทียมกัน

²⁵¹ นกตล เสงเจริญ , บรรทัดฐานใหม่ทางกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://elib.coj.go.th>

²⁵² กนิษฐา เขียววิทย์ , การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2533 , หน้า 5-7

โดยหลักการเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไม่มีการกำหนดในลักษณะของเขตอำนาจที่เป็นการทั่วไป แต่เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Enumerationsprinzip ซึ่งหมายความว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยกฎหมาย ดังนั้นเรื่องใดก็ตามที่ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เรื่องดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้อีกครั้งหนึ่งนั้น ในกรณีดังกล่าวหากมีการตีความย่อมไม่อาจตีความขยายไปจากเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้ และมีอาจจะนำวิธีการตีความโดยอาศัย โดยหลักทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้เองว่า ข้อพิพาทหรือปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการตีความของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจจะตีความขยายอำนาจของตนเองนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และถึงแม้รัฐธรรมนูญจะเป็นองค์การในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็มิอาจอ้างเหตุผลดังกล่าวในการตีความเพื่อขยายอำนาจตนเองได้และไม่ว่าการณ์ใดก็ตามจะตีความขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพียงเพราะว่า ปัญหาข้อพิพาทนั้นเป็นปัญหาตามรัฐธรรมนูญมิได้²⁵³ ทั้งนี้เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญต่อขอบเขตอำนาจหน้าที่และกระบวนการพิจารณาตีความของศาลรัฐธรรมนูญเอง เนื่องจากเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นศาลก็ย่อมต้องมีการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ ที่เรียกว่า “เขตอำนาจศาล” โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษกล่าวคือ เป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะ คือการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติเป็นหลัก การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตาม “หลักการกำหนดเขตอำนาจศาลแบบเฉพาะเจาะจง” (Enumeration; Enumerationsprinzip ; compétence d'attribution) ซึ่งอธิบายได้ว่า เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจะต้องถูกกำหนดไว้เป็นเรื่องราว อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และไม่สามารถตีความขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกไปจนเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติเปิดช่องให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมไปจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐสภาก็ย่อมไม่สามารถออกกฎหมาย “ขยาย” หรือเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้²⁵⁴

²⁵³ ฐานนท์ มณีนิล, ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549, หน้า 8

²⁵⁴ ฌานีท์ สันตะพันธ์, ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1367>

ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจจำกัดในการพิจารณาวินิจฉัยคดี กล่าวคือ เป็นศาลที่มีอำนาจเฉพาะกรณีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดวิธีพิจารณาความด้วยตนเอง²⁵⁵ โดยปรากฏหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งในส่วนที่ว่าด้วยการดำเนินพิจารณาด้วยวาจาและโดยลายลักษณ์อักษรซึ่งต้องดำเนินไปด้วยความรวดเร็ว และหลักการตีความกฎหมายที่ศาลจะต้องใช้กับคดีด้วย อันเป็นหลักการสากลที่นานาประเทศใช้ดำเนินการอยู่ โดยปรากฏหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับระบบวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้²⁵⁶

(1) หลักการดำเนินพิจารณาด้วยวาจาและหลักการดำเนินพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษร

หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาในกระบวนการพิจารณาความอาญา กล่าวคือ หมายถึงการพิจารณาคดีต้องกระทำด้วยวาจา แม้จะอนุญาตให้มีการยื่นเอกสารได้ก็ต้องมีการซักถามด้วยวาจาด้วย การสืบพยานก็ต้องทำด้วยวาจา และเฉพาะสิ่งที่กระทำด้วยวาจาเท่านั้นที่จะยกมาวินิจฉัยคดีได้

หลักการดำเนินพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษร คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ใช้วาจา เป็นกระบวนการพิจารณาโดยการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ในคดี โดยไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย ถึงแม้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะเป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม

(2) หลักฟังความทุกฝ่าย

หลักฟังความทุกฝ่ายหรือหลักการเผชิญหน้าของคู่ความ (le principe de la contradiction) เป็นหลักการพิจารณาทั่วไปอย่างหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยมีเหตุผลเนื่องมาจากว่าข้อพิจารณาในคดีมีข้อพิพาทนั้นเป็นผลเกิดจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดีโดยวิธีการนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อศาลโดยอิสระ กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่ความทุกฝ่ายจะต้องมีโอกาสได้ทราบข้อเท็จจริงที่เป็นข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งและมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นของคดีที่ได้มีการพิจารณากัน นอกจากนี้ ยังเป็นหลักให้ศาลรับฟังความเห็นหรือข้อแย้งต่างทั้งสองฝ่ายเพื่อเป็นหลักประกันว่าศาลจะไม่พิจารณาคดีโดยเห็นแก่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นอันขาด

²⁵⁵ นกตล เสงเจริญ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 251*

²⁵⁶ ธนวัฒน์ เนติโพธิ์ , การดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 16 เล่มที่ 48 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2557 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2557) หน้า 94-101

(3) หลักเปิดเผย

ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นแม้บุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีนั้นเลยก็สามารถเข้าร่วมรับฟังการพิจารณาพิพากษาคดีได้ อันเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่กำหนดขึ้นมาเพื่อป้องกันการพิจารณาคดีที่กระทำเป็นการลับ (Secret trial) อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีตามหลักเปิดเผยต้องพิจารณาถึงความพอดี กล่าวคือ โดยพื้นฐานกระทำเพื่อให้สาธารณชนควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของศาล และเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา แต่ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองเรื่องส่วนตัวหรือกรณีการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอาจมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เช่นนี้แล้วศาลอาจพิจารณาเป็นการลับได้

(4) หลักโต้แย้งหรือคัดค้านต่อสู้อคดี

หลักนี้เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญาวิธีพิจารณาความอาชญาโดยมีเหตุผลอยู่ว่าเนื่องจากคำพิพากษาในคดีมีข้อพิพาทนั้น เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการเผชิญหน้ากันของคู่ความในคดี โดยวิธีนำข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อหน้าศาลโดยอิสระ กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นของคดีที่ได้มีการพิจารณากัน ซึ่งสิทธิต่างๆ ดังกล่าวนี้อาจเรียกได้ว่า “หลักการต่อสู้โดยอิสระ” หลักนี้จึงนับเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมที่เท่าเทียมและเป็นระเบียบเรียบร้อยโดยเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นจะมีผลทำให้คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินคดีซึ่งกันและกัน ส่วนศาลมีหน้าที่เป็นผู้ควบคุมให้คู่ความใช้สิทธิและปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักดังกล่าว ซึ่งการถกเถียงโต้แย้งซึ่งกันและกันระหว่างคู่ความ นอกจากจะช่วยให้คู่ความแต่ละฝ่ายและศาลสามารถเข้าใจเรื่องราวของคดีแล้ว ยังทำให้คู่ความในคดีดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อสู้อคดีได้อย่างเต็มที่ด้วย

(5) หลักการพิจารณาด้วยความรวดเร็ว

หลักการนี้เป็นมาตรการในการป้องกันมิให้ผู้ถูกกล่าวหาตกอยู่ในความกดดันหรือถูกควบคุมเป็นเวลานานเกินสมควร โดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า “สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยรวดเร็วนี้เป็นเครื่องป้องกันการคุมขังที่กดขี่และเกินสมควรก่อนการพิจารณาคดี และจะช่วยบรรเทาความวิตกกังวลและภาระของผู้ถูกกล่าวหาให้น้อยที่สุด” รวมทั้งยังได้จำกัดความเป็นไปได้ในการที่จะเลื่อนการพิจารณาให้ช้าออกไป ซึ่งจะทำให้ความสามารถในการต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหาเสียไป ดังนั้นในการพิจารณาคดีทุกๆ คดีควรจะต้องพิจารณาด้วยความรวดเร็วและเป็นไปด้วยความรอบคอบ

(6) หลักการตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมาย คือ การค้นหา กำหนดความหมายและขอบเขตของถ้อยคำหรือข้อความในตัวบทกฎหมาย รวมถึงการอุดช่องว่างของกฎหมายและการแก้ไขปัญหาการขัดแย้งของบทบัญญัติในกฎหมาย โดยการตีความกฎหมายในระบบ Common Law มีหลัก 3 ประการ คือ การตีความถ้อยคำตามตัวอักษร การตีความเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่สมเหตุสมผล อันเป็นหลักการตีความถ้อยคำใน

กฎหมายให้แตกต่างออกไปจากความหมายปกติเพื่อให้กฎหมายมีผลใช้บังคับได้ และการตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมาย สำหรับการตีความกฎหมายในระบบ Civil Law มี 2 ลักษณะ คือ การตีความตามตัวอักษร โดยยึดถือถ้อยคำตามหลักภาษาเป็นสำคัญ และการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยถือเอาวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำคัญกว่าความหมายตามหลักภาษา ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้หลักการตีความกฎหมายมหาชน ซึ่งโดยปกติจะไม่นำหลักกฎหมายเอกชนทั้งวิธีคิดและการวิเคราะห์ปัญหาตามแบบของกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับของกฎหมายมหาชน ในกรณีที่ยังไม่มีหลักที่จะนำไปใช้กับกรณีปัญหา ศาลจะต้องสร้างหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีปัญหาให้สอดคล้องกับนิติวิธีและปรัชญาทางกฎหมายมหาชนเท่านั้น คือ การถือเอาประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ²⁵⁷

ตามหลักการรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในบรรดาคำดับชั้นของกฎหมายทั้งปวงของรัฐ และไม่มีสภาพบังคับดังเช่นกฎหมายอาญา แต่ในกรณีที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลักการตีความรัฐธรรมนูญก็ไม่แตกต่างจากหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไป แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศมากกว่ากำหนดบรรทัดฐานความประพฤติของมนุษย์ ทั้งเป็นกฎหมายที่มุ่งจัดตั้งหรือรับรองสถานะของสถาบัน ตลอดจนมุ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรคำนึงถึงเจตนารมณ์ของประชาชน²⁵⁸ นอกจากนี้ ในการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงบริบทในทางประวัติศาสตร์ที่ทำให้เกิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความด้วย โดยต้องพิจารณาถ้อยคำ ความเป็นมา โครงสร้างและระบบของบทบัญญัติที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความ โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติ กล่าวคือ การตีความโดยพิจารณาถึงเหตุผลของบทบัญญัติดังกล่าว (ratio legis) ตลอดจนเป้าหมายของบทบัญญัตินั้น (telos) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญย่อมมีขึ้นเพื่อใช้หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอันเป็นนิติรัฐ²⁵⁹ ทั้งนี้ นอกจากหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความ

²⁵⁷ ชีษณูชา สงสมอ , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนด : ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2550 , หน้า 51-53

²⁵⁸ ฐริชญา วัฒนรุ่ง , ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2554) หน้า 44

²⁵⁹ วิชชกานต์ เศาภายน , บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาพปัญหาและข้อเสนอแนะในกรณีการใช้สิทธิทักษ์รัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือน พฤษภาคม – สิงหาคม 2558 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2559) หน้า 91-92

กฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นแล้ว ได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการในการตีความรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้²⁶⁰

(1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน ไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

(2) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลบังคับใช้เต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกัน เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือ การตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่น การขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

(3) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระมัดระวังว่า แม้ตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่เหมาะสมในทางนโยบายไม่ได้ เพราะเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

(4) หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

(5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หลักการข้อนี้กำหนดว่า ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทาง

²⁶⁰

กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงคัลทีย์ , การใช้การตีความกฎหมาย , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2552 หน้า

กฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่า มุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบายไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ เป็นกรอบการใช้อำนาจของรัฐเป็นมาตรการสำหรับตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และถือเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายทั้งปวง เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญและมีสถานะทางกฎหมายสูงสุด การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องครอบคลุมถึงการพิจารณาวินิจฉัยโดยนำหลักเกณฑ์ต่างๆ มาใช้ประกอบในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน²⁶¹ เพื่อรักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการกระทำของอัครของรัฐบาลต่างๆ อันเป็นการป้องกันมิให้มีการละเมิดรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

2.4.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ในรัฐสมัยใหม่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ได้บัญญัติบทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดเจน ซึ่งในบางประเทศได้บัญญัติกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากกระบวนการพิจารณาคดีทั่วไป ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 เป็นต้น โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นบทบาทและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ปัญหาเขตอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ปัญหาอำนาจองค์กรแห่งรัฐ ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการเลือกตั้ง การออกเสียงเลือกตั้ง ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอื่นๆ ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันเป็นการทั่วไปต่อรัฐสภา รัฐบาล และศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด ศาล

²⁶¹ นภดล เสงเจริญ , การตีความรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://pub-law.net/publao/view.asp?PublawIDs=398>.

รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ในรัฐสมัยใหม่ จึงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญผู้ใช้อำนาจรัฐทางกฎหมายในการใช้บังคับและบังคับใช้กฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ²⁶² โดยในการพิจารณาและการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีหลักการดังต่อไปนี้²⁶³

(1) วิธีพิจารณาในระบบไต่สวน โดยศาลมีอำนาจที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างใดๆ ก็ได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะโดยการที่ผู้ร้อง ผู้ถูกร้อง นำสืบต่อศาลหรือแม้เป็นข้อเท็จจริงอื่นที่ศาลแสวงหามาเองก็ได้ทั้งสิ้น โดยในระบบไต่สวนนี้ไม่มีข้อจำกัดเรื่องการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ในชั้นศาลมากเท่ากับในระบบกล่าวหา

(2) ศาลมีอำนาจกว้างขวางในการที่จะดำเนินการเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะขยายหรือร่นระยะเวลาได้ตามความจำเป็น อำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกระบวนการพิจารณาที่ได้กระทำไปแล้วให้ถูกต้องภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่เห็นสมควร อำนาจที่จะรับฟังพยานที่เพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ และในกรณีที่คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลมีข้อผิดพลาดหรือผิดพลาด เมื่อศาลเห็นเองหรือเมื่อคู่กรณีร้องขอและศาลเห็นสมควร ศาลจะมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมข้อผิดพลาดหรือผิดพลาดเช่นว่านั้นให้ถูกต้องก็ได้

(3) ศาลต้องมีความเป็นกลาง โปร่งใส และอาจถูกคัดค้านหรือถอนตัวจากองค์คณะได้ อันเป็นการวางกรอบเกี่ยวกับการที่คู่ความจะคัดค้านตุลาการคนหนึ่งคนใดไว้ได้เมื่อปรากฏว่า มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคำร้องที่ขอให้วินิจฉัย หรือมีความสนิทสนมกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพิเศษ หรือเคยแสดงความเห็นในฐานะเป็นผู้เชี่ยวชาญมีความรู้เป็นพิเศษในปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวข้องกับคำร้องนั้นมาก่อน เป็นต้น และในทำนองเดียวกัน ตุลาการก็อาจพิจารณาถอนตนจากคดีนั้นเสียได้ เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงข้างต้นเกิดขึ้นโดยไม่ต้องรอให้คู่ความคัดค้านก่อน

(4) การพิจารณาต้องกระชับและรวดเร็ว ศาลมีอำนาจตัดชั้นตอนพิจารณาได้เสมอ กล่าวคือ หากศาลเห็นว่าคดีใดมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ ศาลอาจพิจารณาและวินิจฉัยโดยไม่ทำการไต่สวนก็ได้เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม โดยศาลอาจสั่งงดการสืบพยานหลักฐานใดๆ ที่เห็นว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาวินิจฉัย หรือไม่มีความจำเป็นแก่การพิจารณาวินิจฉัย หรือจะทำให้คดีล่าช้าโดยไม่สมควร การพิจารณาคดีของศาลให้กระทำด้วยความรวดเร็ว เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ หรือเหตุอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร

(5) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งจะต้องเปิดเผย โปร่งใสและอาจถูกตรวจสอบได้

²⁶² วุฒิชัย จิตตานุ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 241 , หน้า 95-96

²⁶³ ธนวัฒน์ เนติโพธิ์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 256 , หน้า 111-112

ตามหลักการที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และองค์กรของรัฐทุกองค์กร คำวินิจฉัยหรือคำสั่งจะต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความโปร่งใส (Transparency) และตรวจสอบได้ (Accountability) ในการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ

ตามหลักทั่วไปของสภาพบังคับและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้วจะมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะประเภทของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมี 3 ประเภท คือ²⁶⁴

(1) การจำแนกโดยพิจารณาว่า เป็นคำวินิจฉัยในทางเนื้อหาแห่งคดีหรือเป็นคำวินิจฉัยในส่วนวิธีพิจารณาคดี

(2) การจำแนกโดยพิจารณาว่า เป็นคำวินิจฉัยระหว่างคดีกับคำวินิจฉัยที่ทำให้เสร็จสิ้นคดี

(3) การจำแนกโดยพิจารณาเนื้อหาของคำวินิจฉัยนั้นๆ ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่พิสูจน์สิทธิหรือเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นการก่อตั้งสิทธิ

ทั้งนี้ การพิจารณาผลบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณีที่สำคัญ คือ

(1) ผลบังคับทางกฎหมายพิจารณาในแง่รูปแบบ (formelle Rechtskraft)

ผลบังคับทางกฎหมายพิจารณาในแง่รูปแบบ หมายถึง กรณีที่มีคำวินิจฉัยของศาลเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งไม่อาจถูกโต้แย้งด้วยกระบวนการในทางกฎหมายได้อีกต่อไป เนื่องจากไม่มีศาลใดที่จะอยู่เหนือกว่าศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทางกฎหมายในแง่รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีประเด็นแต่เพียงว่าเมื่อใดผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแง่รูปแบบจะเริ่มมีขึ้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันทางกฎหมายในแง่รูปแบบต่อเมื่อได้มีการอ่านคำวินิจฉัยหรือเมื่อได้มีการส่งคำวินิจฉัยนั้นให้คู่กรณีทราบ ผลผูกพันทางกฎหมายในแง่รูปแบบนั้นมิได้เป็นเพียงพื้นฐานของผลผูกพันทางกฎหมายในแง่เนื้อหาเท่านั้น แต่อาจมีผลต่อกฎหมายในทางสารบัญญัติด้วย ในกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวได้กำหนดสาระสำคัญขององค์ประกอบทางกฎหมายเชื่อมโยงกับกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอันหนึ่งอันใด อย่างไรก็ตาม การไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไปของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายความว่าคำวินิจฉัยนั้นไม่อาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

²⁶⁴ อุทม รัฐอมฤต และคณะ , รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2550) หน้า 18-21

2) ผลบังคับทางกฎหมายพิจารณาในแง่เนื้อหา (materielle Rechtskraft)

ผลบังคับทางกฎหมายพิจารณาในแง่เนื้อหาที่มีความมุ่งหมายเพื่อจัดการปัญหาในเรื่องความ มีเสถียรภาพและความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้คู่ความในคดีต่อๆ มาไม่สามารถยก ประเด็นปัญหาเรื่องดังกล่าวขึ้นเป็นปัญหาได้อีก ผลผูกพันทางกฎหมายในแง่เนื้อหาที่มีผลผูกพันคู่ความ ในคดีและผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีตามกำหนดระยะเวลาที่คำวินิจฉัยนั้นมีผลบังคับในทางรูปแบบ และในกรณีนี้ย่อมไม่อาจอนุญาตให้ศาลทำการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ใหม่ ดังนั้น ผลผูกพันในทาง เนื้อหาจึงเป็นเงื่อนไขในการวินิจฉัยในทางปฏิเสธ โดยผลผูกพันของผลบังคับทางกฎหมายในแง่เนื้อหา ของคำวินิจฉัยของศาลนั้น มีข้อพิจารณาอยู่ 3 ประการ คือ ผู้ที่ผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาล ผล บังคับทางกฎหมายในแง่เนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาล และเนื้อหาของคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทาง กฎหมาย

(2.1) ผู้ที่ผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาล

โดยทั่วไปแล้ว บุคคลที่ได้รับผลผูกพันจากคำวินิจฉัยของศาล คือบุคคลผู้เป็นคู่ความ ในคดีและบุคคลที่เป็นผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้พิพากษาก็ต้องผูกพันตามคำ วินิจฉัยด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ผู้พิพากษาไม่อาจวินิจฉัยวัตถุแห่งข้อพิพาทในเรื่องที่ได้มีการวินิจฉัยไว้ แล้วอีกได้ ผู้พิพากษาไม่อาจจะวินิจฉัยคดีอื่นให้มีผลในทางตรงกันข้ามกับที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วในกรณี แรก ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลเสียหายหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย แล้ว และผู้พิพากษาต้องถูกผูกพันจากการที่ได้วินิจฉัยไว้ในคดีแรก ซึ่งไม่อาจวินิจฉัยให้เกิดผลร้ายใน คดีที่สองได้

สำหรับปัญหาว่า คำวินิจฉัยของศาลผูกพัน “บุคคลที่สาม” หรือไม่นั้น เนื่องจาก โดยหลักทั่วไปคำวินิจฉัยของศาลผูกพันเฉพาะกับคู่ความในคดีหรือผู้สืบสิทธิของเขาเท่านั้น การมีผล ต่อบุคคลที่สามเป็นการทั่วไปจึงยังไม่เป็นที่ยอมรับ

(2.2) ผลบังคับทางกฎหมายในแง่เนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาล

บุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีย่อมถูกผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาล ผู้พิพากษาที่วินิจฉัย วัตถุแห่งข้อพิพาทในเรื่องเดียวกันไม่อาจจะวินิจฉัยคดีให้แตกต่างไปจากคดีแรกได้ ซึ่งผลของผลบังคับ ในทางกฎหมายมีผลต่อคู่ความในคดีไม่อาจนำคดีในเรื่องดังกล่าวมาฟ้องศาลได้อีก

(2.3) เนื้อหาของคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย

เนื้อหาของคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย คือคำวินิจฉัยของศาลที่ได้วินิจฉัย เกี่ยวกับวัตถุแห่งข้อพิพาท การวินิจฉัยเกี่ยวกับวัตถุแห่งข้อพิพาทดังกล่าวย่อมเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับ สภาพการณ์ในทางข้อกฎหมาย จึงจะถือเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย

คำวินิจฉัยของศาลมักจะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับสภาพการณ์ในทางข้อเท็จจริงและ สภาพการณ์ในทางข้อกฎหมาย ผลบังคับในทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลทำให้คำวินิจฉัยของ

ศาลมันคงอยู่ตราบเท่าที่สภาพการณ์ในคดีนั้นไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลง หรือที่เรียกว่า “ขอบเขตในแง่ของเวลาของผลบังคับในทางกฎหมาย”

หลักแนวความคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลกเป็นแนวคิดตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งตามรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการถ่วงดุลอำนาจ การแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญ การสร้างพื้นฐานทางการเมือง และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรปย่อมมีผลผูกพันทั่วไปทางกฎหมาย ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงในระบบไม่รวมศูนย์หรือรูปแบบอเมริกัน คำวินิจฉัยศาลสูงผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี ซึ่งสามารถอธิบายหลักผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์หรือรูปแบบยุโรปและระบบไม่รวมศูนย์หรือรูปแบบอเมริกัน ได้ดังต่อไปนี้²⁶⁵

(1) หลักคำวินิจฉัยผูกพันทั่วไป

สำหรับศัพท์ทางกฎหมายสำนวนคำว่า “ความผูกพันทั่วไป” ตรงกับภาษาละตินว่า “*erga omnes*” และเป็นศัพท์ทางกฎหมายที่ใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 53 ได้บัญญัติรับรองเป็นกฎหมายพื้นฐานเป็นกฎหมายบังคับเด็ดขาด (*jus cogens*) ซึ่งศาลระหว่างประเทศ (The International Court of Justice) ให้คำจำกัดความ “*erga omnes*” ว่า “พันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไป” โดยตามหลักพันธกรณีที่ผูกพันเป็นการทั่วไปชี้ให้เห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศต่างๆ ทั่วโลกในรัฐสมัยใหม่ เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิที่ถูกปฏิเสธความยุติธรรม จึงมีผลเป็นการผูกพันประเทศต่างๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีพื้นฐานความคิดจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลและการจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้มีการปิดเบียดอำนาจ จึงนำหลักดังกล่าวมาใช้ในกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายอื่นๆ อีกทั้งนำมาปรับใช้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทั่วไป อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบไม่รวมศูนย์หรือรูปแบบอเมริกัน คำวินิจฉัยของศาลสูงผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี ซึ่งไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกแต่อย่างใด

(2) หลักความเป็นโมฆะและหลักใช้บังคับทางกฎหมายไม่ได้

บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันทั่วไปต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภา รัฐบาล ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กรทางกฎหมายมหาชน และการใดที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการลบล้าง

²⁶⁵ วุฒิชัย จิตตานุ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 241 , หน้า 96-101

กฎหมายในเชิงลบ เป็นผลให้การนั้นหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับนั้นเป็นโมฆะเสียเปล่า มาตั้งแต่เริ่มต้น หรือการใช้บังคับทางกฎหมายไม่ได้

(2.1) หลักความเป็นโมฆะเสียเปล่าตั้งแต่เริ่มแรก

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการลบล้างกฎหมายว่าการใดหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การนั้นหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมเป็นโมฆะเสียเปล่าตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งสำนวนคำว่า การเสียเปล่าตั้งแต่เริ่มแรก ตรงกับศัพท์ภาษาละตินว่า “*ex tunc*” มีความหมายว่า ตั้งแต่เริ่มแรก (from the outset) เป็นคำศัพท์ที่ใช้เป็นเงื่อนไขในภาษากฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลทางกฎหมายให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ และข้อบังคับ หรือการกระทำใดที่ทางกฎหมายที่ขัดจ้อรัฐธรรมนูญไม่มีผลใช้บังคับทางกฎหมายหรือไม่มีผลการบังคับใช้ทางกฎหมายตั้งแต่เริ่มแรก โดยผลจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นโมฆะ เป็นผลให้บรรดากฎหมายหรือการนั้นไม่มีผลทางกฎหมายทำให้กฎหมายนั้นไม่เป็นกฎหมายอยู่ในตัวตั้งแต่แรก ย่อมไม่อาจนำมาใช้บังคับทางกฎหมายได้ (ex post facto) อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลกในรัฐสมัยใหม่ที่บัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร และจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมศูนย์เห็นว่า รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติห้ามใช้บังคับกฎหมายย้อนหลัง ซึ่งกฎหมายใดมีผลย้อนหลังย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศที่บัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรและใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบไม่รวมศูนย์หรือรูปแบบอเมริกัน ซึ่งเป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลสูงหรือศาลทั่วไปอย่างไม่เป็นระบบอย่างเช่นสหรัฐอเมริกา แม้ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติห้ามการออกกฎหมายย้อนหลัง แต่ยังคงยึดหลักการตีความตามจารีตประเพณีของอังกฤษอยู่แต่เดิม อันเป็นการตีความก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่สังคมและเป็นการไม่สอดคล้องตามรัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินปัจเจกบุคคล

(2.2) หลักการใช้บังคับทางกฎหมายไม่ได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้ตั้งแต่มีคำวินิจฉัย ซึ่งสำนวนคำดังกล่าวตรงกับศัพท์ภาษาละตินว่า “*ex nunc*” มีความหมายว่า จากนี้ไป (from now on) เป็นคำศัพท์ที่ใช้เป็นเงื่อนไขในภาษากฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลทางกฎหมายให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ และข้อบังคับ หรือการกระทำใดทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่มีผลใช้บังคับทางกฎหมายหรือการบังคับใช้ทางกฎหมายตั้งแต่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดหรือการกระทำทางกฎหมายในกฎ ข้อบังคับของผู้มีอำนาจรัฐธรรมนูญใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมใช้บังคับทางกฎหมายไม่ได้นับแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย โดยบรรดานักกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็น

ว่า เป็นหน้าที่ของรัฐสภาผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นหรือผู้ใช้อำนาจรัฐทางกฎหมายมหาชนในการออกกฎ ข้อบังคับ โดยอาศัยอำนาจทางกฎหมายต้องดำเนินการแก้ไขให้สอดคล้องตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญภายในกำหนดแห่งรัฐธรรมนูญหรือตามคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญผู้ใช้อำนาจรัฐทางกฎหมายองค์กรของรัฐทุกองค์กร จึงเป็นความสำคัญที่ทำให้บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ การพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุด การถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ การแก้ไขปัญหาทางรัฐธรรมนูญ การสร้างพื้นฐานทางการเมืองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วยระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อย่างสมบูรณ์แบบและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.4.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักนิติรัฐ

รัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่เป็นพื้นฐานของความชอบด้วยกฎหมายของกิจกรรมทั้งปวงของรัฐ และมีผลในแง่ที่หนึ่งเป็นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้ปัจเจกชนมีขอบเขตแห่งแดนเสรีภาพที่รัฐจะไม่เข้าไปก้าวล่วง ในอีกแง่หนึ่งก็เป็นการให้ความชอบธรรมแก่อำนาจรัฐ กล่าวคือ ในระบบรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ พลเมืองย่อมมีส่วนร่วมในการจัดตั้งและจัดการเกี่ยวกับรัฐ และร่วมรับผิดชอบในการใช้อำนาจรัฐด้วย รัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาของการยอมรับอำนาจรัฐ เนื่องจากการกระทำของรัฐที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นสิ่งที่ชอบธรรมในสายตาของประชาชน สถานะของรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะพิเศษในแง่ที่เป็นพื้นฐานของบรรดากฎเกณฑ์อื่นทั้งหลายของรัฐทั้งหมด การคุ้มครองรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีกระบวนการและกฎเกณฑ์ที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา อีกทั้งการเมืองการปกครองพิเศษที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ของปัจเจกบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง²⁶⁶

ด้วยเหตุนี้ สถานะพิเศษของรัฐธรรมนูญในแง่ที่เป็นกฎหมายที่ผดุงความเป็นเอกภาพทางการเมืองของประชาคมแห่งรัฐย่อมส่งผลถึงการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญด้วย โดยองค์กรตุลาการที่พิจารณาคดีดังกล่าวย่อมแตกต่างจากศาลอื่นในแง่ที่จะต้องคำนึงถึงผลของคำพิพากษาเป็นพิเศษ กล่าวคือ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทั่วไปต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

²⁶⁶ สมยศ เชื้อไทย , คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 2 , โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ , 2535 , หน้า 127

รัฐสภา รัฐบาล ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กรทางกฎหมายมหาชน ยิ่งไปกว่านั้น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เป็นอย่างอื่นได้อีก ทางแก้ไขมีทางเดียวคือ การมีคำพิพากษาใหม่ มาลบล้างคำพิพากษาเดิม ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจและลักษณะเฉพาะตามหลักการแนวความคิดทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องรองรับอยู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ²⁶⁷

(1) การเป็นองค์กรตุลาการ

แนวคิดการเป็นนิติบุคคลของรัฐซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเกิดขึ้นตามแนวคิดทฤษฎีนิติบุคคลตามความเป็นจริง (real corporation theory) กล่าวคือ ความเป็นนิติบุคคลของรัฐสามารถเกิดขึ้นได้จากสภาพความเป็นจริงที่สะท้อนให้เห็นว่า รัฐสามารถกระทำการต่างๆ ได้ในทางกฎหมาย โดยมีบุคคลธรรมดาเข้ารับมอบอำนาจหน้าที่สำหรับกิจการต่างๆ ในนามรัฐ โดยหนึ่งในภารกิจขั้นพื้นฐาน (basic function) ที่สำคัญในด้านกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นภารกิจเฉพาะด้านการพิจารณาและพิพากษาคดีนั้น รัฐได้ก่อตั้งองค์กรขึ้นมาทำหน้าที่ตามภารกิจดังกล่าวไว้ ซึ่งเรียกว่า “องค์กรตุลาการ” ซึ่งในทางทฤษฎี อาจกล่าวได้ว่า องค์กรตุลาการหรือศาลจะต้องมีลักษณะขององค์กร ประกอบด้วย 5 องค์ประกอบ ซึ่งได้แก่ การเป็นองค์กรชี้ขาดปัญหาทางกฎหมาย การเป็นองค์กรที่มีลักษณะการกระทำในเชิงรับ การเป็นองค์กรที่มีกระบวนการวินิจฉัยซึ่งมีหลักประกันความเป็นธรรม การเป็นองค์กรที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ และการเป็นองค์กรซึ่งมีการกระทำที่ตัดสินไปแล้วเด็ดขาดถึงที่สุด ซึ่งจากลักษณะทั้ง 5 องค์ประกอบดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่า ตามแนวคิดทางทฤษฎี ศาลรัฐธรรมนูญมีคุณลักษณะของการเป็นองค์กรตุลาการ

(2) การเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ (constitutional organ) เป็นคำที่มีความหมายเป็นพิเศษในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยมีสาระสำคัญของนิยามการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยมีองค์ประกอบ 2 ประการ ได้แก่

(2.1) องค์ประกอบในทางรูปแบบ กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ขององค์กรก็ต้องเป็นอำนาจซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยตรง รัฐธรรมนูญจึงเป็นจุดกำเนิดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นบ่อเกิดแห่งอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

(2.2) องค์ประกอบในทางเนื้อหา กล่าวคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องมีเนื้อหาขององค์กร 3 ประเด็น อันได้แก่ ประเด็นเนื้อหาของบทบาทอำนาจหน้าที่ คือ มีบทบาทอำนาจหน้าที่ใน

²⁶⁷ อานนท์ มาเม้า , ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) หน้า 20-27

ด้านการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่น ประเด็นเนื้อหาของความเป็นอิสระ คือ จะต้องมิอิสระในการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับขององค์กรใด และประเด็นเนื้อหาของสถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น คือ จะต้องมิมีสถานะที่เท่าเทียมกับองค์กรที่จะได้ชื่อว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญนั้นๆ และมีความสัมพันธ์กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันอย่างเท่าเทียม

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ก่อตั้งและมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ อีกทั้งยังเป็นองค์กรที่มีบทบาทหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่น เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดี รวมถึงเป็นองค์กรที่มีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญเทียบเท่ากับองค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน เพราะฉะนั้นในทางทฤษฎี โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามแนวคิดของเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan , constitutional organ)

(3) การเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ย่อมจะต้องกำหนดกลไกพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญเพื่อทรงคุณค่าความสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้เป็นจริงและมั่นคง โยรัฐธรรมนูญอยู่เหนือการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทั้งปวงซึ่งบรรดาองค์กรของรัฐทั้งหลายมีหน้าที่ต้องเคารพต่อกติกาหรือคุณค่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยจำต้องมีกลไกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งประเทศทั้งหลายในรัฐสมัยใหม่ รัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวจะกำหนดบทบาทให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามแนวความคิดที่ว่าในการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจทางการเมืองโดยแท้ที่ไม่สามารถตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการแต่ประการใด ผลผลิตในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกมาในรูปของกฎหมายเป็นผลผลิตที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง จึงสามารถอยู่ในเขตอำนาจของศาลซึ่งเป็นผู้ใช้และตีความกฎหมายทั้งปวงได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นองค์กรตุลาการย่อมสามารถเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะตรวจสอบมิให้มีการฝ่าฝืนกฎหมายในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการตราและเนื้อหาของกฎหมายได้ ศาลรัฐธรรมนูญถูกจัดตั้งขึ้นเป็นองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและบรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญมิให้ฝ่าฝืนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมายและการที่รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคม วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพและการให้มืองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ โดยให้องค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญควบคู่ไปกับการให้ความเป็นธรรมและการธำรงความเป็นนิติรัฐไว้ โดยหลักนิติรัฐ (Principles of Legal State) เป็นหลักที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี²⁶⁸ ในการสร้างหลักประกันความเป็นนิติรัฐเพื่อให้หลักการพื้นฐานต่างๆ ของหลักนิติรัฐสามารถบังคับใช้อย่างต่อเนื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญที่จะช่วยรักษาลหลักนิติรัฐไว้ โดยต้องคำนึง ถึงเรื่องดังต่อไปนี้²⁶⁹

(1) การรักษาให้กฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายเป็นตัวกำหนดบทบาทและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยในการกระทำทางปกครองใดๆ ต้องเป็นไปตามกฎหมายและต้องชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่ที่กฎหมาย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กล้ากระทำความละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยปราศจากกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนผู้ถูกละเมิดนั้น แสดงออกโดยการตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐผ่านทางศาล ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

(2) ต้องกำหนดของเขตอำนาจไว้ให้แน่นอน โดยการเริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย การวางกรอบอำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ การวางกรอบอำนาจของรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐ นอกจากนี้ ยังต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตและแน่นอน โดยกรอบอำนาจต่างๆ นี้จะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายตั้งแต่รัฐธรรมนูญจนกระทั่งถึงกฎหมายลำดับรอง

(3) ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิพากษาอรรถคดีต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า องค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เมื่อเป็นเช่นนี้หากรัฐใดไม่ให้ความสำคัญต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาแล้ว หรือพยายามแทรกแซงกระบวนการพิจารณาในศาล ย่อมทำให้หลักประกันหรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่อาจใช้บังคับได้จริง และจะทำให้เกิดความสั่นคลอนต่อหลักนิติรัฐ

²⁶⁸ ธนวัฒน์ เนติโพธิ์, ศาลรัฐธรรมนูญและความมีส่วนร่วมในนิติรัฐ, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 49 เดือนมกราคม-เมษายน 2558, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558) หน้า 14-15

²⁶⁹ เพ็งอึ้ง, หน้า 21-22

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักการสำคัญหรือหลักการย่อยในหลักนิติรัฐแล้ว จะเห็นได้ว่า ล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ หรือเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐ โดยรัฐต้องยอมผูกพันตนในการใช้อำนาจให้อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการที่เปรียบเสมือนองค์กรผู้พิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยมีเจตนารมณ์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลเด็ดขาด ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในการรักษาไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการดำรงอยู่ของความเป็นนิติรัฐ



บทที่ 3

การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

ดังที่ได้นำเสนอเนื้อหาในบทที่ 2 ว่า หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมันอันเป็นประเทศในระบบ Civil Law ภายใต้หลักการแนวคิดที่ว่าด้วย “รัฐที่อยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมาย” หลักการปกครองภายใต้แนวคิดที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายจึงถือเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ และได้แผ่ขยายแนวความคิดดังกล่าวไปสู่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกในเวลาต่อมา แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ตลอดจนหลักการและแนวคิดที่สำคัญอันเป็นพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรได้มีพัฒนาการมาตามบริบททางประวัติศาสตร์ของโลกตะวันตก รวมถึงแนวคิดการก่อตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการทำหน้าที่พิทักษ์ไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อบรรลุเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในบทที่ 3 จึงเป็นการศึกษาถึงรากฐานแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ผ่านภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐของแต่ละประเทศ และศึกษาวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันมีรูปแบบที่แตกต่างกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของระบบ Common Law โดยเฉพาะการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยผ่านคำวินิจฉัยที่สำคัญขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศดังกล่าว

3.1 ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19 เรื่อยมาจนถึงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยจุดกำเนิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เกิดขึ้นในภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่อาณาจักรเยอรมันถูกแบ่งเป็นเขตยึดครอง 4 เขต โดยมหาอำนาจที่ชนะสงครามเริ่มมีภาระความรับผิดชอบในการจัดรัฐบาลมาบริหารประเทศแทนแรกเริ่มจะเกิดรัฐบาลต่างๆ ขึ้น เช่น ก่อนสงครามโลกพิจารณาแบ่งเขตโดยอาศัยโครงสร้างใหม่ แต่อาณาเขตเช่นเดิม

สัมพันธมิตรตะวันตก (สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส) ได้มอบอำนาจให้หัวหน้ารัฐบาลมนตรี (Ministerpräsident) ของแต่ละมลรัฐในเขตยึดครองของตนเรียกประชุมการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยผู้แทนประชาชนของมลรัฐเลือกที่ประชุมสภา (Parlamentarische Rat) เพื่อประชุมร่างกฎหมาย เมื่อปี 1948 และเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 1949 ได้ออกกฎหมายรัฐธรรมนูญ ใช้ชื่อว่า “Grundgesetz” และประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1949²⁷⁰ อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยบัญญัติไว้ในคำปรารภในมาตรา 23 และมาตรา 146 เรียกร้องให้คนเยอรมันพยายามดำเนินการ เป็นการให้มีการรวมตัวกันระหว่างเขตตะวันตกและตะวันออก ซึ่งการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) นี้เท่ากับเป็นการก่อตั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (เยอรมันตะวันตก) ขึ้นมา หลังจากนั้น 1 สัปดาห์ เขตตะวันออกก็ประกาศใช้รัฐธรรมนูญของตน ซึ่งเท่ากับเป็นการก่อตั้งประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (เยอรมันตะวันออก) ขึ้นมาบ้าง²⁷¹ กล่าวได้ว่า ก่อนที่ประเทศเยอรมันจะมีระบบการเมืองการปกครองที่มั่นคง มีเสถียรภาพ และมีประสิทธิภาพดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบันด้วยการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือ Basic Law ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความสมเหตุสมผล เพื่อใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศ ระบบการปกครองของเยอรมันก็มีการล้มลุกคลุกคลานมาเป็นเวลานาน และประสบปัญหาทางการเมืองการปกครองภายในประเทศ จนเป็นสาเหตุนำไปสู่ความพ่ายแพ้สงครามโลกทั้งสองครั้ง ซึ่งสร้างความเสียหายอย่างมากต่อประเทศเยอรมัน แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมันกลับสามารถสร้างระบบการเมืองการปกครองที่มั่นคงและมีเสถียรภาพภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นเครื่องมือที่เยอรมันใช้ในการปฏิรูประบบการเมืองจนประสบผลสำเร็จ²⁷²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁷⁰ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544) หน้า 1-

2

²⁷¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535) หน้า 10-11

²⁷² ไพรตดู สุจินต์ ทั้งสุบุตร, เยอรมันวิเคราะห์ : อำนาจรัฐ วัฒนาการการเมือง ระบบการเมืองเปรียบเทียบ, (แผนกวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 1-125 (อัดสำเนา) และบุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การปกครองแบบสหพันธรัฐเยอรมัน, (กรุงเทพฯ : ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533) อ้างไว้ใน อภิญา แก้วกำเหนิด, การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) หน้า 84-88

3.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศเยอรมันในแต่ละช่วงสมัยตามประวัติศาสตร์แล้วจะพบว่า ระบบการปกครองของเยอรมันมีความล้มเหลวในแง่ที่นับแต่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปกครองประเทศหลายฉบับ รัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่สามารถเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาของประเทศได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันก่อนที่จะมีการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 นั้น สามารถศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน อันเป็นดังรากฐานสำคัญที่แสดงถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมัน ผ่านเนื้อหา รัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญโดยสังเขป ดังนี้²⁷³

(1) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 (Paulskirchenverfassung)

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญพาล์เคียเชอ (Paulskirche) ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศเยอรมัน โดยสมัชชาแห่งชาติ (Deutsche Verfassungsgebende Nationalversammlung) ได้ประกาศใช้ “รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน” (Verfassung des deutschen Reiches) อย่างเป็นทางการ เมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1849 โดยในขณะนั้นจักรวรรดิเยอรมันมีการปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (konstitutionelle Monarchie) โดยมีจักรพรรดิ (Kaiser) เป็นประมุข ซึ่งกษัตริย์ผู้ทรงอิทธิพลดังเช่น กษัตริย์บาวาเรียและฮันโนเวอร์ ปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว อันส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 จึงถูกยกเลิกโดยปริยาย และแม้จะมีได้มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติโดยแท้จริง แต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ก็จัดว่ามีคุณค่าทางประวัติศาสตร์และมีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับต่อๆ มา โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพที่จัดได้ว่าสมบูรณ์แบบมาก อันได้แก่ เสรีภาพของสื่อสารมวลชน เสรีภาพในการเดินทาง ย้ายการตั้งรกรากถิ่นฐานทั้งภายในและภายนอกจักรวรรดิ สิทธิในการชุมนุม เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยกเลิกโทษประหารชีวิต และห้ามการกระทำทารุณกรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในการดำเนินคดี

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและมีความครบถ้วนสมบูรณ์ครอบคลุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ โดยเฉพาะการจัดระเบียบนิติสัมพันธ์ระหว่างจักรวรรดิและรัฐ

²⁷³ ณีภูษล สกุลเมฆา , วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี้ ศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949 สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=267>

อันเป็นต้นแบบการปกครองระบอบสหพันธรัฐในปัจจุบัน และการวางกฎเกณฑ์การใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการอย่างเป็นรูปธรรม และมีการบัญญัติสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อันสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของแนวคิดนิติรัฐโดยใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ และการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน

(2) รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ ค.ศ. 1867 (Verfassung des Norddeutschen Bundes) และรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน ค.ศ. 1871 (Verfassung des Deutschen Kaiserreichs)

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ ค.ศ. 1867 เป็นผลพวงจากความต้องการของประชาชนชนชาวเยอรมันทั้งหลายที่มีความตั้งใจจะรวมกันเป็นประเทศ หลังจากเหตุการณ์ที่เกิดสงครามโดยฝ่ายปรัสเซียรบชนะออสเตรียและรัฐในเยอรมันตอนกลางและตอนใต้ทั้งหมด และชาติต่างๆ ในยุโรปทั้งหมดต่างยอมรับปรัสเซียว่าเป็นรัฐมหาอำนาจนับแต่นั้น โดยพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 (Wilhelm I) แห่งปรัสเซียได้เตรียมการและรวบรวมรัฐอิสระต่างๆ เพื่อตั้งประเทศเยอรมันโดยตัดออสเตรียออกไป โดยในปี ค.ศ. 1866 ได้มีการทำสนธิสัญญาสันติภาพ ซึ่งในมาตรา 3 ของสนธิสัญญาสันติภาพ ได้ยกเลิกสหพันธรัฐเยอรมันและยินยอมให้รัฐปรัสเซียเป็นผู้นำในการก่อตั้งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ (Nord-Deutscher Bund) ขึ้น ทั้งนี้สนธิสัญญาสันติภาพดังกล่าว มีลักษณะเป็นสัญญาทางรัฐธรรมนูญ ที่มีผลผูกพันรัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิก โดยมีการกำหนดคกกฎเกณฑ์สำหรับการปกครองรัฐต่างๆ ในลักษณะที่เป็นระบบสหพันธรัฐ ซึ่งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ ค.ศ. 1867 มีพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 (Wilhelm I) เป็นผู้ดำรงตำแหน่ง Kaiser และบิสมาร์ค ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีของปรัสเซีย ผู้ทำการสถาปนาสหพันธรัฐเยอรมันเหนือขึ้นเข้าดำรงตำแหน่ง อัครมหาเสนาบดี (Chancellor) โดยสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ ค.ศ. 1867 มีสภาผู้แทนราษฎร (Reichstag) ที่มาจากการเลือกตั้งจากประชาชน อันถือว่าเป็นตัวแทนชาวเยอรมันทั้งหมดและเป็นสภาที่มีชื่อเสียงมากที่สุดแห่งหนึ่งในทวีปยุโรป ถือได้ว่าเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน²⁷⁴

โดยต่อมาชนชาติเยอรมันภายใต้การนำของบิสมาร์ค (Otto von Bismarck) สามารถรวมกันเป็นประเทศได้อย่างสมบูรณ์เป็นจักรวรรดิเยอรมัน (Deutsches Reich) ได้มีการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นโดยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน ค.ศ. 1871 หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค เมื่อวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 1871 โดยมีสาระสำคัญใกล้เคียงกับรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือ สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน ค.ศ. 1871 อยู่ที่การที่

²⁷⁴ โปรตดู รุจิรา เตชางกูร , เอกสารประกอบการสอนวิชา PS 430 การเมืองระหว่างประเทศในยุโรปตะวันตก คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง สืบค้นจากเว็บไซต์ [http://e-book.ram.edu/e-book/p/PS430\(51\)/PS430-4.pdf](http://e-book.ram.edu/e-book/p/PS430(51)/PS430-4.pdf)

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ดังเช่น รัฐธรรมนูญเพาล์เคียเชอ หากแต่ได้มีการพัฒนา “หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” (Lehre vom Gesetzesvorbehalt) ขึ้น โดยเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลแห่งจักรวรรดิ โดยมีสาระสำคัญว่า มาตรการของรัฐที่ก้าวล่วงไปละเมิดเสรีภาพและสิทธิในทรัพย์สิน (Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum) ของปัจเจกบุคคลจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา อันเป็นการสะท้อนถึงสาระสำคัญของหลักนิติรัฐที่วางหลักการถึงกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ²⁷⁵ อันเป็นการวางหลักการพื้นฐานที่สำคัญยิ่งของหลักนิติรัฐในยุคสมัยต่อมา

แต่อย่างไรก็ตาม แม้บิสมาร์คจะได้รับยกย่องจากชาวเยอรมันว่า เป็นผู้สร้างความเป็นปึกแผ่นให้แก่ประเทศ แต่ก็มีเสียงสะท้อนเช่นเดียวกันว่า การที่บิสมาร์คให้ความสนใจแก่การสร้างความเป็นปึกแผ่นของประเทศ จนมองข้ามหลักประชาธิปไตยและการไม่ให้ความสำคัญแก่การมีส่วนร่วมของประชาชน จนส่งผลให้บิสมาร์คเองได้รับผลกระทบดังกล่าวในปี ค.ศ. 1890 โดยพระเจ้าพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 2 ได้ทรงปลดบิสมาร์คออกจากตำแหน่ง โดยทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่สนองต่อพระราชปณิธานในการแผ่ขยายอำนาจของเยอรมันต่อไป จนนำไปสู่สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วเยอรมันได้เป็นฝ่ายพ่ายแพ้สงคราม²⁷⁶

(3) รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 (Weimarer Verfassung)

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง (ค.ศ. 1914 - ค.ศ. 1918) หลังจากที่ยุติลงและเยอรมันได้เป็นฝ่ายพ่ายแพ้สงคราม ซึ่งได้ก่อภาระมากมายที่จะต้องชดใช้ค่าประติมากรรมสงครามซึ่งเป็นจำนวนมหาศาลอันเป็นภาระทางเศรษฐกิจแก่เยอรมันจนกลายเป็นสาเหตุหนึ่งของความล้มเหลวของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในช่วงต่อมา โดยในส่วนของกรร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาแห่งชาติ (Nationalversammlung) ซึ่งทำหน้าที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเยอรมัน ณ เมืองไวมาร์ (Weimar) ซึ่งเป็นที่มาของชื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เมื่อวันที่

²⁷⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , “นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย” , ในหนังสือ “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” , สำนักพิมพ์นิติธรรม , พ.ศ. 2540 , หน้า 1 - 7 ; อังไว้โน ซาญชัย แสงศักดิ์ , คำอธิบายกฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 17 , (กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2554) หน้า 65 - 66

²⁷⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2555) หน้า 118-119

11 สิงหาคม ค.ศ.1919 และมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1919 รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ได้วางรากฐานสำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา อันเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของการปกครองในนิติรัฐที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยก็คือ จะต้องมีส่วนที่มีฐานะเป็นตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่หลักในการบริหารปกครองประเทศ โดยสภาดังกล่าวนี้จะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามระยะเวลาที่กำหนด เช่นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าการใช้สิทธิออกเสียงของประชาชนโดยการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่ถือเป็นจุดสูงสุดของกระบวนการสร้างความคิดเห็นและเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ซึ่งจะเวียนมาถึงเป็นระยะๆ นอกจากนี้แล้ว การเลือกตั้งยังเป็นการทำให้หลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ปรากฏเป็นรูปธรรมต่อสายตาของประชาชน ภายใต้หลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชน จึงนับได้ว่าการเลือกตั้งเป็นขั้นตอนหลักสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะเป็นรูปแบบที่สำคัญที่สุดของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองประเทศ²⁷⁷ นอกจากนี้แล้วรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ได้วางหลักการสำคัญของรูปแบบของรัฐเป็นแบบสาธารณรัฐก็ได้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและกำหนดรูปแบบการปกครองในระบบสหพันธรัฐ อีกทั้งยังได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญระดับสหพันธฉบับแรกที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวเยอรมันไว้ในรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตามสิทธิบางประการที่แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองไว้ แต่ในทางปฏิบัติยังเป็นสิ่งที่รัฐไม่อาจตอบสนองให้ได้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไวมาร์ซึ่งรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ด้วยนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเอากับอำนาจรัฐ ประชาชนจึงยังไม่อาจอ้างรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ต้องรอจนกว่าจะมีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นนั้นออกมาเสียก่อน ประชาชนจึงจะสามารถอ้างบทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวได้ อันทำให้สถานะของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสียไป อีกทั้งการที่มีได้กำหนดกรอบในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้ อันเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยเสรี และการไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญถึงมาตรการในการยุบพรรคการเมือง ซึ่งเหตุที่ต้องมีการบัญญัติเรื่องการยุบเลิกพรรคการเมืองไว้เนื่องจากเป็นความเกรงกลัวต่อการกำเนิดขึ้นของพรรคการเมืองในรูปแบบเดียวกับพรรคนาซีและพรรคฟาสซิสต์²⁷⁸ ซึ่งพรรคการเมืองแบบพรรคนาซีนั้นจัดเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานของระบอบเสรีประชาธิปไตยเนื่องจากมีเป้าหมายของพรรคการเมืองที่ขัดต่อหลักการพื้นฐาน ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานของระบอบเสรีประชาธิปไตย นั้น ได้แก่ การสร้างระบอบเผด็จการชนชั้นกรรมาชีพ (Dictatorship of the Proletariat)

²⁷⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , แนวทางการปฏิรูประบอบการเลือกตั้งและพรรคการเมือง , พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2555) , หน้า 21-27 สืบค้นจากเว็บไซต์ http://kpi.ac.th/media/pdf/M10_83.pdf

²⁷⁸ ปิยบุตร แสงกนกกุล , กรณียุบพรรคในต่างประเทศ , ประชาชาติธุรกิจ , (1-4 พฤษภาคม 2551)

ซึ่งจำเป็นต้องล้มล้างระบอบเสรีประชาธิปไตยลงเสียก่อน การสถาปนาระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวอันจะเป็นการทำลายระบบหลายพรรคการเมืองที่ถือเป็นหัวใจของระบอบเสรีประชาธิปไตยอันเป็น “ระบบกฎหมายที่ปฏิเสธรัฐที่ใช้ความรุนแรงหรือที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ”²⁷⁹ การบัญญัติถึงมาตรการในการยุบพรรคการเมืองจึงถือเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงระบบการป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญและตอบโต้ต่อสิ่งอันเป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยยึดถือหลักนิติรัฐบนพื้นฐานของหลักการกำหนดชะตาอนาคตของประชาชนด้วยตนเอง (The Principle of Self-determination of the people) โดยดำเนินการตามหลักเสียงข้างมากอย่างเป็นทางการประชาธิปไตยและคุ้มครองเสรีภาพและความเสมอภาค

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ยังได้จัดตั้งองค์กรของรัฐที่สำคัญ คือ ประธานาธิบดีของสหพันธ์ (Reichspräsident) โดยเมื่อประเทศเยอรมันเปลี่ยนมาปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐ ตำแหน่งประมุขซึ่งแต่เดิมได้แก่ ไกเซอร์ (Kaiser) ได้กลายมาเป็นสามัญชนและอาศัยการเลือกตั้งเป็นเกณฑ์ในการแต่งตั้งประมุข ซึ่งเรียกว่า ประธานาธิบดี ซึ่งประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญไวมาร์นี้เป็นตำแหน่งที่ผ่านการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนและดำรงอยู่ในตำแหน่งเป็นระยะเวลา 7 ปี รัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ เป็นตัวแทนของประเทศตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุด นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ของสหพันธ์ เช่น นายกรัฐมนตรี และประธานาธิบดีมีอำนาจยุบสภาไรค์ธัค (Reichstag)²⁸⁰ มีอำนาจประกาศให้มีการออกเสียงลงประชามติเพื่อยกเลิกกฎหมายที่ผ่านสภาแล้ว รวมทั้งมีอำนาจในการตราฉุกเฉินในภาวะฉุกเฉิน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่กำหนดให้ระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะฉุกเฉิน ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์จะมีอำนาจตามมาตรา 48 ที่จะงดเว้นการใช้รัฐธรรมนูญ และสามารถประกาศใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ ด้วยอำนาจดังกล่าวนี้เองที่กลายมาเป็น “จุดตาย” สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ที่มีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการงดเว้นการใช้บังคับรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ทำให้ในท้ายที่สุดรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต้องสิ้นสภาพบังคับไปโดยปริยาย²⁸¹

²⁷⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , การปรับปรุงระบบพรรคการเมือง, รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมือง เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพ.) , สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) , กรุงเทพฯ 2538

²⁸⁰ Reichstag มาจากคำว่า Reich แปลว่า จักรวรรดิ (Empire) และ Tagung คือ ที่ประชุม จึงหมายถึง สภาแห่งจักรวรรดิเยอรมัน , โปรดดูพงษ์ศักดิ์ เลาส์วีสต์ซึกุล , เรียนรู้เยอรมันผ่านทางรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : Deutscher Bundestag (German Federal Parliament) , สืบค้นจากเว็บไซต์

http://www.oie.go.th/sites/default/files/attachments/article/german_federal_parliament.pdf

²⁸¹ อภิญา แก้วกำเนิด , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3* , หน้า 96

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐไวมาร์ ค.ศ. 1919 มีความสำคัญต่อพัฒนาการของนิติรัฐในเยอรมันในแง่ที่มีการวางหลักเกณฑ์พื้นฐานของการปกครองในนิติรัฐที่เสริมสร้างการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนโดยให้การรับรองเสรีภาพในการเลือกตั้ง มีการวางระบบกลไกการปกครองที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนชาวเยอรมันไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญไวมาร์จัดเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของเยอรมันที่ให้สิทธิเลือกตั้งแก่ประชาชนทั้งชายและหญิงเท่าเทียมกันอันเป็นการรับรองพื้นฐานแนวความคิดของหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่เคยถูกยกเลิกอย่างเป็นทางการ แต่สิ้นสภาพบังคับลงในทางความเป็นจริงเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญว่าด้วยการมอบอำนาจให้แก่ฮิตเลอร์ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1933²⁸² ซึ่งปรากฏในสมัยรัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซี Adolf Hitler ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ตรากฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1933 ยกเลิกกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนโดยสิ้นเชิง และให้รัฐบาลมีอำนาจเต็มในการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่ถือเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและหลักสิทธิขั้นพื้นฐานโดยสมบูรณ์แบบ²⁸³ ซึ่งระบบการปกครองของรัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซีโดย Adolf Hitler นี้เองได้ถือเป็นบทเรียนในทางประวัติศาสตร์ที่ชนชาติเยอรมันและทั่วโลกต้องจารึกไว้ในคำนิยามและให้ความเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งจะนำเสนอในเนื้อหาต่อไป

3.1.1.1 การสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949

จากปัญหาการเมืองการปกครองของเยอรมันที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญไวมาร์ซึ่งนำประเทศเยอรมันไปสู่การพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สอง ถือว่าเป็นบทเรียนสำคัญในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของเยอรมัน โดยที่มาของการสถาปนารัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน เป็นผลมาจากภายหลังการพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศเยอรมันตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประเทศฝ่ายสัมพันธมิตร การร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมโดยอาศัยบทเรียนในอดีตจากสงครามและปัญหา

²⁸² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ , รัฐธรรมนูญไวมาร์ , บทคัดย่อ , สืบค้นจากเว็บไซต์

<http://research.law.tu.ac.th/research/upload/portfolio/2015-11-21-1448084153-99057.pdf>

²⁸³ วุฒิชัย จิตตานุ , กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2556) , หน้า 261

ทางการเมือง ประกอบกับบทเรียนในอดีตภายใต้การนำของพรรคนาซี คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการโดยสภาที่ปรึกษาทำหน้าที่รัฐสภา (Parlamentarischer Rat) มีแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ตามที่เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญและเป็นการคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ได้ประกาศมีผลใช้บังคับ เมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) โดยรัฐธรรมนูญนี้มุ่งหมายใช้บังคับเฉพาะในดินแดนที่เป็นเขตการปกครองของสามมหาอำนาจ คือ อังกฤษ อเมริกา และฝรั่งเศส ซึ่งเรียกว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เท่านั้น ไม่ได้ใช้บังคับในดินแดนที่อยู่ในการปกครองของรัสเซีย โดยมีจุดประสงค์ที่จะให้มีฐานะเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวเท่านั้น²⁸⁴ ซึ่งตามมาตรา 1 (3) บัญญัติว่า “บทบัญญัติตามกฎหมายพื้นฐานผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ตามกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19 เป็นเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพพลเมือง (civil liberties) และอีกหลายมาตราบัญญัติสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยตรงในการใช้อำนาจรัฐมิให้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ²⁸⁵ และตามมาตรา 20 วรรคหนึ่งได้วางหลักการปกครองเป็นสหพันธรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยและเป็นสังคมนิยม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและประชาชน ผู้แทนราษฎรในสภาของสหพันธ์รัฐ (Bundestag) เลือกตั้งขึ้นโดยอาศัยหลักเลือกตั้งทั่วไปโดยตรง เสรี เสมอภาคและโดยลับ ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ โดยประชาชนผู้มีอายุครบ 18 ปีมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง และที่บรรลุนิติภาวะมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง มีการเลือกตั้งสภาสหพันธ์รัฐทุก 4 ปี และถือเป็นองค์กรที่ออกกฎหมายที่สำคัญที่สุด และเพื่อมิให้อำนาจรัฐมาอยู่ในมือของคนๆ เดียวหรือองค์กรเดียวกัน กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Prinzip der Gewaltenteilung) ตามหลักการที่ว่าด้วยอำนาจรัฐมาจากประชาชนและใช้โดยองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันตามรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการผูกพันตามกฎหมายและตัวบทบัญญัติ²⁸⁶

²⁸⁴ สุจินต์ ทังสุบุตร, อ้างไว้ในอภิญญา แก้วกำเนิด, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3*, หน้า 101-102

²⁸⁵ วุฒิชัย จิตตานุ, *อ้างแล้ว*, ในเชิงอรรถที่ 14

²⁸⁶ กมลชัย รัตนสกวาวงค์, *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 2-4

สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้ปรากฏเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในบทบัญญัติต่างๆ ที่สะท้อนถึงสาระสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ สามารถดึงหลักเกณฑ์พื้นฐานออกมาได้ 5 หลักด้วยกัน คือ หลักสาธารณรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักสหพันธรัฐ หลักนิติรัฐ และหลักสังคมนิยม โดยกฎหมายพื้นฐานเองไม่ได้บัญญัติจำกัดความของแต่ละหลักเอาไว้เลย และปล่อยให้เป็นที่ของนักวิชาการทางนิติศาสตร์ที่จะต้องมากำหนดหาข้อยุติกันเอง ซึ่งแต่ละหลักก็มีพื้นฐานทางความคิดที่เป็นแก่นอยู่แล้ว ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 10 อนุมาตรา 2 , มาตรา 11 อนุมาตรา 2 , มาตรา 18 และมาตรา 21 อนุมาตรา 2 แห่งกฎหมายพื้นฐาน บัญญัติถึงระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยไว้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันตีความว่า “เป็นระบอบการปกครองที่ละเว้นจากการใช้อำนาจบังคับตามอำเภอใจ โดยใช้หลักการปกครองแบบนิติรัฐ บนพื้นฐานของคามยินยอมพร้อมใจของประชาชนตามหลักเสียงข้างมาก และบนพื้นฐานของความเคารพเสรีภาพและความเสมอภาค” ซึ่งพอจะวางหลักได้ว่า รัฐต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิตและสิทธิของมนุษย์ที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนโดยเสรี ต้องเคารพหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อรัฐสภา หลักความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล การเปิดโอกาสให้มีพรรคการเมืองหลายพรรคได้ หลักความเสมอภาคในทางโอกาสของพรรคการเมืองทุกพรรค โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีสิทธิที่จะตั้งตนเป็นฝ่ายค้าน และดำเนินการค้านรัฐบาลได้ตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญ²⁸⁷ นอกจากนี้ ยังปรากฏสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 (1) (4a) (b) อันได้แก่ สิทธิการต่อต้านการลบล้างรัฐธรรมนูญตามมาตรา 20 (4) สิทธิความเสมอภาค สิทธิการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันไม่เลือกปฏิบัติจากรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐตามมาตรา 33 สิทธิการเลือกตั้งทั่วไปโดยตรง อิสระ เสมอภาค และลับตามมาตรา 38 สิทธิการได้รับการพิจารณาคดีจากศาลที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาคดี โดยเฉพาะไม่ได้ การให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอยู่พ้นจากการพิจารณาคดีไม่ได้ตามมาตรา 101 สิทธิได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย การรับโทษทางอาญาได้เมื่อการกระทำความผิดนั้น กฎหมายที่บังคับใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และการรับโทษทางอาญาในความผิดเดียวกันซ้ำไม่ได้ตามมาตรา 103 สิทธิที่ได้รับหลักประกันทางกฎหมายในกรณีสูญเสียเสรีภาพตามมาตรา 104 การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดังกล่าว การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องไม่เป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ตามมาตรา 19 (2) มิฉะนั้นแล้วการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานอาจถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตาม

²⁸⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 29-30

บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้โดยง่าย และตามกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 79 (3) บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในส่วนที่เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในมาตรา 1 และมาตรา 20 มิได้ ซึ่งในมาตรา 1 เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหพันธ์เกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการใช้บังคับกฎหมาย ส่วนในมาตรา 20 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยสหพันธ์เป็นอำนาจปวงชน และหลักนิติรัฐไม่ว่าการบัญญัติกฎหมายต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญสหพันธ์ อีกทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่า “รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญ”²⁸⁸

จากหลักการแนวความคิดพื้นฐานต่างๆ ในการสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมันหรือรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้มีหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยผูกพันองค์กรของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายในการใช้อำนาจรัฐมิให้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามรัฐธรรมนูญ และปรากฏหลักการที่เป็นหัวใจสำคัญที่เป็นรากฐานของหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาครบถ้วนสมบูรณ์ เนื่องจากการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 ของชนชาติเยอรมันโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับเลือกจากสภาแห่งมลรัฐต่างๆ ทั่วประเทศเป็นผู้ให้ความเห็นชอบได้ถอดบทเรียนจากเหตุการณ์ทางการเมืองการปกครองจากประวัติศาสตร์ของชนชาติอันมีมายาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปกครองภายใต้การนำของพรรคนาซีโดย Adolf Hitler ที่อาศัยฐานอำนาจจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่โดยที่กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรมและนำไปสู่การลิดรอนสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและทำลายคุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อันเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบเท่านั้น หากยังไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ อันถือเป็นเหตุการณ์ในทางประวัติศาสตร์ที่ชนชาติเยอรมันและทั่วโลกต้องจารึกไว้ อีกทั้งจากความบอบช้ำของประเทศชาติจากเหตุการณ์พ่ายแพ้ในสงครามโลกที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายอย่างมหาศาลต่อเยอรมัน โดยก่อภาระในทางเศรษฐกิจและการสูญเสียอาณาเขตดินแดนที่สำคัญๆ ไป ยังผลให้เยอรมันถอดบทสรุปจากเหตุการณ์ในอดีตที่ผ่านมา โดยในต่อมาร่างสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันได้ถือเป็นแบบอย่างที่สำคัญของการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการแสดงออกถึงฐานคติ (Assumption) เป็นการบัญญัติแสดงถึงความเป็นสัญลักษณ์ประจำชาติ (National Symbol) ของชนชาติเยอรมันและยังเป็นเจตจำนงร่วมกัน

²⁸⁸ วุฒิชัย จิตตานุ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 14 , หน้า 261-262

(General Will) ของคนในชาติ²⁸⁹ โดยรัฐธรรมนูญได้ถือเป็นเครื่องมืออันเป็นหัวใจสำคัญของการปฏิรูประบบการเมืองการปกครองของประเทศเยอรมันที่ประสบผลสำเร็จในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยสิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะดังกฎหมายที่มีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรและเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้องอันถือเป็นหัวใจสูงสุดของแนวคิดนิติรัฐในทางเนื้อหาที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยวางหลักการจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้ล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีผลใช้บังคับผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีองค์กรในการคุ้มครองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำของรัฐอันเป็นไปตามหลักการอันเป็นสาระสำคัญของแนวคิดนิติรัฐ

3.1.1.2 หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน

กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) หรือรัฐธรรมนูญถือเป็นเอกสารชิ้นสำคัญที่สุดที่สะท้อนภาพความเป็นประชาธิปไตยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและจัดว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้เสรีภาพมากที่สุดเท่าที่ประเทศเยอรมันเคยมีมา โดยเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานประกอบไปด้วยบทนำ สิทธิขั้นพื้นฐาน และส่วนที่ว่าด้วยการปกครองประเทศ โดยกำหนดระบอบการปกครองและหลักการที่สำคัญของรัฐไว้อย่างชัดเจน กฎหมายพื้นฐานซึ่งร่างขึ้นมาเพื่อใช้เพียงชั่วคราวในตอนแรกนั้น สมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐสภาผู้เปรียบเสมือนผู้ให้กำเนิดกฎหมายพื้นฐานนี้ต่างได้รับอิทธิพลจากประสบการณ์สมัยพรรคสังคมนิยมแห่งชาติหรือพรรคนาซีปกครองประเทศ (National Socialism and Nazification) ชนชาวเยอรมันได้เรียนรู้และนำเหตุการณ์ดังกล่าวมาใช้ถอดเป็นบทเรียนและได้กลายเป็นรากฐานที่สำคัญของโครงสร้างทางการเมืองแบบสังคมนิยมประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ โดยมีการบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในตัวกฎหมายพื้นฐานซึ่งผูกมัดอำนาจรัฐในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและดำรงรักษาระบบการเมืองและการปกครองของประเทศให้คงอยู่ต่อไป โดยตลอดระยะเวลาที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานมา ตัวกฎหมายพื้นฐานเองได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าเป็นแบบอย่างของรัฐธรรมนูญที่ประสบความสำเร็จ โดยที่ตัวเนื้อหาของกฎหมายส่วนใหญ่ยังคงเดิม จะมีการแก้ไขก็เพียงเล็กน้อยเท่านั้น²⁹⁰ โดยรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติหลักการสำคัญไว้ดังนี้²⁹¹

²⁸⁹ ไพรอดู สามารถ ตราซุ , รัฐธรรมนูญกับอุดมการณ์ทางการเมืองภายใต้บริบทของความเป็นไทย , วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน พิมพ์ครั้งที่ 1 , ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2555 (กรุงเทพฯ : สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน , 2556)

²⁹⁰ เคลาส์ ปีเตอร์ ฮิลล์ (คำนำ) , สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , ฉบับแปลโดย มูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ , (กรุงเทพฯ :สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2555)

3.1.1.2.1 หลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (Basic Rights)

การรับรองคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้เป็นพิเศษ เนื่องจากบทเรียนในอดีตที่ผ่านมา พรรคนาซีภายใต้การนำของฮิตเลอร์ได้ยกเลิกหลักการในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมันในรัฐธรรมนูญไวมา และ การปฏิบัติต่อชาวยิวและกลุ่มที่เป็นปฏิปักษ์ทางการเมืองกับพรรคนาซีอย่างโหดร้ายทารุณ ทำให้คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานตระหนักถึงเรื่องนี้เป็นพิเศษในลำดับแรก โดยบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในหมวด 1 ของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 1-19) ตั้งแต่เรื่องเกียรติภูมิ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพ สิทธิในชีวิตและร่างกาย ความเสมอภาคกันตามกฎหมาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในการชุมนุม²⁹² หรือรวมกลุ่มกันเป็นสมาคม สิทธิในเคหะสถาน ฯลฯ ซึ่งมาตราที่สำคัญ คือ มาตรา 1 ที่บัญญัติไว้ว่า²⁹³

“มาตรา 1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

²⁹¹ สุจินต์ ทังสุบุตร , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 3* , หน้า 101-106 , อมรรรัตน์ กุลสุจริต , ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) หน้า 205-214 , อ้างไว้ใน อภิญา แก้วกำเนิด , *อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 3* , หน้า 102-110

²⁹² การชุมนุมถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ในระบบกฎหมายเยอรมันได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมดังกล่าวไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) โดยกำหนดไว้ในมาตรา 8 (1) โดยมาตรา 8 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันมีสิทธิที่จะชุมนุมกันโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งหรือได้รับอนุญาต โดยสงบและปราศจากอาวุธ” และวรรคสองบัญญัติว่า “สำหรับการชุมนุมในสถานที่โล่ง สิทธิในการชุมนุมดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยฐานของกฎหมาย” เสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) ถือว่าเป็นสิทธิดั้งเดิมทางการเมือง เสรีภาพในการชุมนุมมิได้แสดงให้เห็นถึงเฉพาะแต่เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเสรีภาพส่วนบุคคลเท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมไปถึงการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของประชาชน และสิทธิพลเมืองในทางประชาธิปไตยในการเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย BVerfGE 69, 315 (343) ไว้ว่า สิทธิในการรวมตัวโดยปราศจากการขัดขวาง และปราศจากการที่จะต้องได้รับการอนุญาตเป็นพิเศษ ถือเป็นเหมือนเครื่องหมายของเสรีภาพ อีสราภาพและความสามารถของพลเมืองที่มีความมั่นใจในตนเอง , โปรดดู นรินทร์ อิศสาร , เสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1326>

²⁹³ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , ฉบับแปลโดย มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ , (กรุงเทพฯ :สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2555) , หน้า 6

(2) ดังนั้น ประชาชนชาวเยอรมันยอมรับให้สิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจละเมิดและไม่สามารถแบ่งแยกได้เป็นพื้นฐานของทุกชุมชน ของสันติภาพ และของความยุติธรรมในโลก

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานต่อไปนี้ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง”

ตามมาตรา 1 (3) ของกฎหมายพื้นฐาน มีผลทำให้บทบัญญัติเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง และในส่วนขององค์กรที่จะทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานก็กำหนดให้ประชาชนสามารถร้องทุกข์กรณีถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องผ่านการพิจารณาของศาลที่มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ จนถึงที่สุดแล้ว หากบุคคลนั้นเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของตนยังถูกละเมิดอยู่ ก็อาจเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 93 (1) 4 a ของกฎหมายพื้นฐาน , เพิ่มเติมโดยกฎหมายแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 29 มกราคม 1969

การที่ยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์เท่ากับเป็นการปฏิเสธอำนาจสิทธิขาดของรัฐ การยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์เท่ากับยอมรับว่าประชาคมมิได้มีอำนาจสิทธิขาดเหนือปัจเจกชนแต่ละคน ไม่อาจจะยกเลิกสภาพการเผชิญหน้าระหว่างความปรารถนาของแต่ละบุคคลที่อาจจะมีชีวิตที่เป็นอิสระปราศจากการรบกวนในสิทธิและสถานภาพของตน กับความจำเป็นของประชาคมที่จะต้องมีระเบียบอันหนึ่งเพื่อเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันได้ กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเองก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าเช่นว่านี้ได้ โดยกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันนี้ยอมรับการที่สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ มีผลใช้บังคับแบบยืดหยุ่นตามความจำเป็นของสังคม โดยมีกระบวนการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขตเข้ามาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้²⁹⁴ โดยหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดในรัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติปี 1849²⁹⁵ ที่มีหลักการสำคัญ คือ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมัน และมีการมีองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนมาทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหลักการสำคัญในเรื่องการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ได้มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญของเยอรมันหลายฉบับในเวลาต่อมา

²⁹⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 39-40

²⁹⁵ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญพอล์เคียเชอ (Paulskirche) , โปรดดู ธรรมนูญ สกกุลเมฆา , อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 4

3.1.1.2.2 การกำหนดหลักการพื้นฐานของรัฐ : หลักสหพันธรัฐ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ (The Basic Law of the Federal Republic of Germany , Article 20)

การกำหนดหลักการพื้นฐานของรัฐ อันได้แก่ การวางหลักสาธารณรัฐให้กับสหพันธ์ หลักประชาธิปไตยตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติรัฐตามหลักที่ว่ากฎหมายย่อมผูกมัดอำนาจรัฐหรือหลักที่ว่า การดำเนินงานของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 20 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่ 24 มิถุนายน 1968 บัญญัติไว้ดังนี้²⁹⁶

“มาตรา 20 หลักการพื้นฐานเชิงสถาบัน การปกป้องระบอบรัฐธรรมนูญ

(1) สหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐประชาธิปไตยและสหพันธรัฐสังคม
 (2) อำนาจรัฐทั้งปวงมาจากประชาชน และใช้โดยประชาชนผ่านการเลือกตั้งและการออกเสียงอื่น และผ่านองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ
 (3) ฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม

(4) ชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิต่อต้านบุคคลใดก็ตามที่พยายามล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หากไม่มีหนทางเยียวยาประการอื่น”

หลักการพื้นฐานของรัฐได้เชื่อมโยงหลักสาธารณรัฐกับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจก็ถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดองค์กรรัฐในนิติรัฐโดยมิไว้เพื่อเป็นการเหนี่ยวรั้งไม่ให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต ซึ่งเมื่อไม่มีการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตก็เท่ากับเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย สำหรับหลักนิติรัฐอันเป็นหลักที่ว่ากฎหมายย่อมผูกมัดอำนาจรัฐหรือหลักการดำเนินงานของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายนี้ ยังสามารถแยกย่อยออกได้เป็น 2 หลักด้วยกัน คือ²⁹⁷

(1) หลักที่ว่ากฎหมายต้องมาก่อน เป็นหลักที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องดำเนินงานให้สอดคล้องกับกฎหมาย และหากเกิดความขัดแย้งกันระหว่างซึ่งเป็นผลผลิตของฝ่ายนิติบัญญัติ กับมาตรการของฝ่ายปกครอง (การกระทำในทางปกครอง) หรือคำตัดสินของศาลในกรณีนี้จะต้องถือว่ากฎหมายมีค่าสูงกว่าเสมอ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงต้องมาก่อนมาตรการของ

²⁹⁶ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 24 , หน้า 32

²⁹⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 158-160

ฝ่ายปกครองและคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะเป็นสิ่งที่ถูกพิจารณาก่อน และจะเป็นเกณฑ์สำหรับพิจารณาต่อไปว่าการกระทำทางปกครองหรือคำพิพากษาของศาลสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้วางไว้แล้วหรือไม่ โดยหลักนี้มีขึ้นมาเพื่อเสริมหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งต้องมีการให้ความเท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายต่างๆ และหลักนี้แสดงให้เห็นถึงฐานะและเกียรติคุณของการตัดสินใจของฝ่ายข้างมากในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอยู่เหนือการกระทำของรัฐอื่นๆ นอกจากนี้แล้ว หลักกฎหมายต้องมาก่อนนี้จะเป็นเครื่องประกันความชอบธรรมของการกระทำต่างๆ ของรัฐ ตามหลักประชาธิปไตย เพราะการดำเนินงานของรัฐที่สอดคล้องกับกฎหมายย่อมสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนซึ่งแสดงออกผ่านทางรัฐสภาในรูปของกฎหมาย

(2) หลักที่ว่ากฎหมายเป็นเงื่อนไขสำหรับการดำเนินงานของรัฐ ตามหลักนี้ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะดำเนินการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายเป็นฐานรองรับ หรือมีพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการกระทำนั้นๆ การดำเนินงานของทั้งสองฝ่ายที่กล่าวมานี้ จึงอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายและแม้ว่าหลักนี้จะไม่ได้อยู่บัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดในมาตรา 20 อนุมาตรา 3 แต่ตามแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่า หลักนี้นับเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

3.1.1.2.3 การสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะพิเศษเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

การสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะพิเศษ เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ คือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Federal Constitutional Court) ทั้งนี้ เนื่องจากปัญหาในอดีตที่กระบวนการนิติบัญญัติไม่ได้ถูกควบคุมตรวจสอบ และปล่อยให้ใช้อำนาจ ออกกฎหมายอย่างไม่มีขอบเขต จนกระทั่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวงต่อเยอรมัน ในกรณีที่รัฐสภาภายใต้การครอบงำของพรรคนาซีได้ออกกฎหมายมอบอำนาจสิทธิขาดให้แก่ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผลทำให้รัฐบาลของฮิตเลอร์ใช้อำนาจปกครองโดยละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของชาวเยอรมัน เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ตระหนักถึงปัญหาในเรื่องนี้เป็นอย่างยิ่ง และเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับระบบสหพันธ์สาธารณรัฐที่จะต้องมียุติธรรมที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบว่ากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมทั้งการวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญถึงขอบเขตสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์รัฐ กรณีที่มีความเห็นแตกต่างกัน หรือมีข้อสงสัยว่ากฎหมายสหพันธ์รัฐและกฎหมายมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีข้อพิพาทระหว่างมลรัฐด้วยกัน กรณีวินิจฉัยปัญหาพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมถึง

การกระทำที่กระทบกระเทือนสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte)²⁹⁸ รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน จึงได้สร้างสถาบันศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นองค์กรที่ใช้ อำนาจตุลาการที่มีลักษณะพิเศษกว่าองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอื่นๆ โดยรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมาย พื้นฐานกำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาแตกต่างจากผู้พิพากษาในศาลอื่นๆ เพราะการที่เป็น องค์กรพิเศษเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้งของสภา ผู้แทนราษฎร และอีกครึ่งหนึ่งมาจากการแต่งตั้งของสภาสูงแห่งสหพันธ์ มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 12 ปี และจะต้องไม่ดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภา หรือรัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ในองค์กรอื่นใด (มาตรา 94 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesverfassungsgericht) ใน ฐานะผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเหนือศาลทั้งปวง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กร ตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร ผูกพันศาลและองค์กรฝ่ายปกครองด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ เกี่ยวกับความมีผลบังคับของกฎหมายสหพันธ์รัฐและกฎหมายมลรัฐจะมีผลยกเลิกกฎหมายที่ขัดกับ รัฐธรรมนูญ

3.1.1.2.4 การกำหนดรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาให้มีความสมเหตุ สมผล (Rationalized Parliamentary System)

ในระบบการปกครองแบบรัฐสภา (Parliamentary System) มีหลักการ สำคัญ คือ การถ่วงดุลและตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร โดยประมุข ของฝ่ายบริหารมีอำนาจในการยุบสภานิติบัญญัติได้ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจลงมติไม่ไว้วางใจ ให้ฝ่ายบริหารทำงานต่อไปอันเป็นเหตุให้ฝ่ายบริหารต้องพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งหลักการนี้สอดคล้องกับ สภาพสังคมวิทยาทางการเมืองตะวันตกแต่ดั้งเดิมที่มีวิวัฒนาการมาหลายร้อยปีในการจัดวางศูนย์ อำนาจทางการเมืองของสภานิติบัญญัติที่มาจากตัวแทนของประชาชนและคณะรัฐมนตรี ภายใต้ เจ็อนไซที่ระบบรัฐสภายอมรับหลักเกณฑ์ที่ให้เสียงข้างมากในสภานิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดตัว คณะรัฐมนตรีที่จะเข้ามารับผิดชอบภารกิจในทางบริหาร และภายใต้สภาพที่พรรคการเมืองเป็นผู้ คัดเลือกและกำหนดตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งเพื่อให้สมาชิกของพรรคการเมืองนั้นๆ ได้รับเลือกตั้งเข้ามา มากที่สุดเพื่อจะนำไปสู่การได้รับความชอบธรรมในการจัดตั้งรัฐบาลโดยพรรคการเมืองนั้นๆ ซึ่งต่อมา ประเทศสังคมนิยมตะวันตกได้ปฏิรูป (Reform) ระบบรัฐสภาโดยปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานในทาง

²⁹⁸ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 1*, หน้า 7

การเมืองตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาและวิกฤติการณ์ในทางการเมืองอันเนื่องมาจากระบบรัฐสภาแบบดั้งเดิมที่มีจุดอ่อนหลายประการ²⁹⁹ ภายใต้กรอบของระบบการปกครองแบบรัฐสภาในรูปแบบใหม่ที่เรียกกันต่อมาในภายหลังว่า “ระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผลขึ้น” (Rationalized Parliamentary System) โดยกำหนดหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ การกำหนดให้ม็องค์กรควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองในรูปแบบต่างๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร กับการปรับปรุงระบบความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทางการเมืองสองฝ่าย คือ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติให้สามารถมีระบบการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพในทางสังคมวิทยาการเมืองของสังคมนั้นๆ สำหรับประเทศเยอรมันการกำหนดรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาที่มีการปรับปรุงแก้ไขในรายละเอียดบางประการเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ภายใต้แนวความคิดที่จะปรับปรุงระบบรัฐสภาให้มีความสมเหตุสมผล (Rationalized Parliamentary System) มากขึ้น โดยมีลักษณะเป็นระบบรัฐสภาที่ค่อนข้างใกล้เคียงกับระบบ 2 สภาแบบเสมอภาค (Bicameral Equality) ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจและหน้าที่แก่สภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ค่อนข้างมากและค่อนข้างจะเท่าเทียมกับสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ม็องค์กรนิติบัญญัติในระบบ 2 สภา ได้แก่

(1) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ เรียกว่า สภาบุนเดสติก (Bundestag) เป็นองค์กรระดับสหพันธ์องค์กรเดียวที่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชน สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์นี้เป็นองค์กรสูงสุดในระดับสหพันธ์องค์กรหนึ่งคือ เป็นองค์กรที่มีระดับของความสำเร็จเท่าเทียมกับองค์กรประธานาธิบดี สภาสูง³⁰⁰ ที่ประชุมแห่งสหพันธ์รัฐ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และกรรมาธิการร่วมตามมาตรา 53a ซึ่งองค์กรเหล่านี้ถือว่าเป็นองค์กรที่มีฐานะเท่าเทียมกันที่ประสานงานกันตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน โดยหน้าที่สำคัญของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์พอสรุปได้มี 3 ประการ อันได้แก่ เป็นองค์กรที่ให้ความชอบธรรมแก่องค์กรสูงสุดอื่นๆ ทำการเปลี่ยนแปลงนารมณทางการเมืองให้กลายเป็นบทบัญญัติที่เป็นรูปธรรมและมีผลใช้บังคับได้ และการควบคุมการทำงานขององค์กรรัฐอื่นๆ³⁰¹

(2) สภาแห่งสหพันธ์รัฐ หรือสภาผู้แทนมลรัฐ เรียกว่า สภาบุนเดสรัธ (Bundesrat) ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลแห่งมลรัฐต่างๆ โดยจำนวนผู้แทน

²⁹⁹ โปรตตุ สุรพล นิติไกรพจน์ , รายงานการวิจัยระบบควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม , (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) , 2538)

³⁰⁰ หมายเหตุ สภาสูง คือ สภาแห่งสหพันธ์รัฐ หรือสภาบุนเดสรัธ (Bundesrat)

³⁰¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 85-86

เท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับขนาดจำนวนประชากรของแต่ละมลรัฐ โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า มลรัฐมีอำนาจในทางนิติบัญญัติในเรื่องต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้เป็นอำนาจของสหพันธ์

ทั้งนี้ แม้จะพอถือได้ว่า สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นหลักของสถาบันทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Body) ที่เท่าเทียมกัน แต่อำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีอำนาจเพียงเท่าที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ และมีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะเรื่องระดับสหพันธ์เท่านั้น จะไปก้าวก้าวระดับมลรัฐไม่ได้ อีกทั้งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักการในการควบคุมการดำเนินงานของรัฐบาลและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ทุกคนมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐบาลได้³⁰² จึงเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางกรอบตามหลักการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลสหพันธ์รัฐกับรัฐบาลมลรัฐไว้อย่างชัดเจนและกำหนดรูปแบบการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองและปรับปรุงระบบความสัมพันธ์ของตุลอำนาจทางการเมืองระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติให้สามารถมีระบบการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันได้เหมาะสม

3.1.1.2.5 หลักการสร้างผู้นำทางการเมืองในทิศทางใหม่เพื่อให้สามารถทำหน้าที่ในการบริหารประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิภาพ

ในรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้สร้างตำแหน่งของ “ประธานาธิบดี” ที่มีอำนาจน้อยลงจากสมัยรัฐธรรมนูญไวมาร์ และมุ่งสร้างผู้นำทางการเมืองในทิศทางใหม่ โดยกำหนดให้ประธานาธิบดีได้รับเลือกจากที่ประชุมแห่งสหพันธ์ (Bundesversammlung) และดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี ซึ่งการเลือกตั้งประธานาธิบดีนี้โดยที่ประชุมแห่งสหพันธ์นี้จัดเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพื่อเลือกตั้งประธานาธิบดีเท่านั้น อันประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและผู้ที่สภาของแต่ละมลรัฐเลือกขึ้นมา มีจำนวนเท่าๆ กับจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามที่กำหนดองค์ประกอบของที่ประชุมแห่งสหพันธ์ตามกฎหมายพื้นฐาน ในการสร้างผู้นำทางการเมืองในทิศทางใหม่เพื่อให้สามารถทำหน้าที่ในการบริหารประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิภาพเป็นการถอดบทเรียนจากรัฐธรรมนูญฉบับเก่าที่ประธานาธิบดีอยู่ในฐานะที่มีอำนาจมากและใช้อำนาจในลักษณะเผด็จการ และมีการกำหนดให้อำนาจสำคัญบางประการเป็นอำนาจเฉพาะของประธานาธิบดีที่ใช้ได้โดยลำพัง เช่น อำนาจในการยุบสภา อำนาจในการประกาศใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินได้ เป็นต้น ในการนี้ รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานจึงกำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีแห่ง

³⁰² เพิ่งอ้าง , หน้า 87-88

สหพันธ์มีเช่นเดียวกับประมุขของรัฐที่มีการปกครองแบบรัฐสภา ซึ่งก็มีการลงนามและประกาศใช้กฎหมาย (มาตรา 82) เป็นตัวแทนของรัฐออกไปยังต่างประเทศ (มาตรา 59) แต่งตั้งข้าราชการฯ (มาตรา 60) อำนาจให้อภัยโทษ (มาตรา 60 อนุมาตรา 3) การให้อิสริยาภรณ์ซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และในการกำหนดหรือออกคำสั่งของประธานาธิบดีจะต้องมีผู้ลงนามรับสนองคำสั่งนั้นๆ ซึ่งอาจเป็นนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์หรือนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ อันเป็นการกำหนดสถานะทางรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์และสภาพการณ์ทั่วไปโดยคำนึงถึงจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญที่ถือปฏิบัติกันมา³⁰³ โดยรัฐธรรมนูญได้เพิ่มบทบาทและอำนาจหน้าที่ให้แก่นายกรัฐมนตรี (Bundeskanzler หรือ Chancellor) มากขึ้น ซึ่งได้ปรับเปลี่ยนโครงสร้าง สถานะ อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรีให้มีความมั่นคงและเข้มแข็งมากขึ้นภายใต้แนวความคิดของการมีรัฐบาลแห่งสหพันธ์อันเป็นฝ่ายบริหารที่เข้มแข็งและมีประสิทธิภาพ นายกรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอให้ประธานาธิบดียุบสภาได้ และมีอำนาจเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี โดยนายกรัฐมนตรีรับผิดชอบต่อรัฐสภาแต่เพียงผู้เดียว รัฐมนตรีไม่ได้รับผิดชอบต่อรัฐสภา แต่รับผิดชอบต่อนายกรัฐมนตรี

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติถึงหลักประการสำคัญ คือ ในเรื่องการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ โดยบัญญัติว่า สภาผู้แทนราษฎรจะลงมติเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้เลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทนคนปัจจุบันไว้แล้ว และถ้าหากสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจแล้ว แต่ไม่สามารถเลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทนได้ นายกรัฐมนตรีคนปัจจุบันที่ถูกลงมติไม่ไว้วางใจสามารถเสนอประธานาธิบดีให้ยุบสภาได้ภายใน 21 วัน ซึ่งถือเป็นมาตรการสำคัญที่ทำให้นายกรัฐมนตรีมีฐานอำนาจที่มั่นคง ทำให้ระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้สร้างระบบที่ฝ่ายบริหารเข้มแข็งขึ้น และจากการปรับระบบรัฐสภาให้มีความสมดุลผลตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานนี้ ทำให้การปกครองในระบบรัฐสภามีลักษณะเฉพาะของประเทศเยอรมันที่ไม่เหมือนระบบรัฐสภาที่ใช้อยู่ในประเทศอื่นๆ ซึ่งมีผู้เรียกระบบรัฐสภาของเยอรมันภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานนี้ว่า ระบบ Chancellor ซึ่งนายกรัฐมนตรีอันเป็นประมุขฝ่ายบริหารของเยอรมัน เรียกว่า Bundeskanzler อันเป็นชื่อเรียกตำแหน่งเก่าแก่ที่เกิดขึ้นในสมัยที่เยอรมันรวมประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิเยอรมัน ค.ศ. 1871 (Verfassung des Deutschen Kaiserreichs) ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้ยึดหลักเกณฑ์พื้นฐานของการปกครองในนิติรัฐที่มีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยโดยให้นายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐมาจากการเลือกตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรตามข้อเสนอของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์รัฐตามมาตรา 63 (1) โดยที่สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์

³⁰³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 72-74

(Bundestag) อันเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับเลือกตั้งโดยตรงมาจากประชาชน จึงถือเป็นการจัดวางกลไกในกระบวนการแสดงถึงเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนกับการวางรูปแบบการเข้าสู่อำนาจรัฐโดยคำนึงถึงความชอบธรรมทางจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญที่ถือปฏิบัติกันมา

3.1.1.2.6 การปรับระบบเลือกตั้งและระบบพรรคการเมือง

การเลือกตั้งถือเป็นสิทธิทางการเมืองขั้นมูลฐานของประชาชนตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยที่ให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครอง โดยการพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งไปทำหน้าที่แทนตน เพื่อมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของประชาชนซึ่งเป็นกระบวนการทางนิติบัญญัติ รวมทั้งเข้าไปทำหน้าที่ที่รัฐบาลบริหารประเทศให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชน เหตุผลหรือสำนึกในเชิงการเมืองของประชาชนจึงเป็นหัวใจสำคัญของการเลือกตั้งตามหลักการของระบอบประชาธิปไตย³⁰⁴ โดยถือเป็นการแสดงเจตจำนงโดยแท้ของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจึงย่อมมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน และประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยตรงในการเลือกตั้งและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรต่างๆ ของรัฐ เพื่อให้บุคคลที่เข้าไปทำหน้าที่แทนตนแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนในการใช้อำนาจรัฐตามเจตจำนงของประชาชนอย่างแท้จริง หากมีการทำลายผลการเลือกตั้งเกิดขึ้นเท่ากับเป็นการทำลายเจตนารมณ์ของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ทั้งยังเป็นการไม่เคารพเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชน³⁰⁵ ในการปรับระบบการเลือกตั้งและระบบพรรคการเมืองของเยอรมันจากเดิมที่เป็นผลทำให้มีพรรคการเมืองหลายพรรคเข้ามามีที่นั่งในสภาในช่วงเริ่มการใช้รัฐธรรมนูญไวมาร์และต่อมาในช่วงปลายสมัยรัฐธรรมนูญไวมาร์ได้เกิดการผูกขาดของพรรคการเมืองพรรคเดียว คือ พรรคนาซี ซึ่งใช้อำนาจมิชอบมิได้เป็นไปตามเจตจำนงของประชาชน ด้วยเหตุนี้ ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานจึงมีแนวความคิดที่จะปรับปรุงระบบเลือกตั้งให้เป็นหัวใจสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และมีสภาที่เข้มแข็งสามารถตั้งรัฐบาลที่มีเสถียรภาพเข้ามาบริหารประเทศ จึงวางหลักเกณฑ์พื้นฐานของการเลือกตั้งโดยเป็นระบบผสมระหว่างระบบสัดส่วน (Proportional Representation) กับระบบเสียงข้างมาก (Absolute Majority) ซึ่งในกฎหมายเลือกตั้งของเยอรมันได้กำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งแต่ละคนมีคะแนนเสียง 2 คะแนน คะแนนเสียงคะแนนที่ 1 จะเป็นคะแนนที่ลงให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งของตน ซึ่งในแต่ละเขตจะมีผู้แทน 1 คน โดยมี

³⁰⁴ กระมล ทองธรรมชาติ , การเลือกตั้ง พรรคการเมือง และเสถียรภาพของรัฐบาล (กรุงเทพฯ : มาสเตอร์เพลส , 2531) , หน้า 4

³⁰⁵ ณัฐนันท์ กัลยาศิริ , หลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองกับการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมือง (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554) หน้า 57 - 62

การคิดคะแนนแบบเสียงข้างมากรอบเดียว ส่วนคะแนนเสียงที่ 2 เป็นคะแนนที่ลงให้แก่บัญชีเลือกตั้ง บัญชีใดบัญชีหนึ่งของพรรคการเมืองแต่ละพรรค โดยมีการคิดคะแนนตามอัตราส่วนของคะแนนที่แต่ละพรรคได้รับจากทั้งประเทศ โดยกฎหมายได้กำหนดคะแนนเสียงขั้นต่ำที่จะได้รับเลือกตั้งในระบบ ส่วนนี้ จะต้องมียกเว้นเสียงขั้นต่ำตั้งแต่ 5% ขึ้นไปจึงจะได้รับจัดสรรที่นั่งในสภา พรรคการเมืองใด ได้รับคะแนนเสียงน้อยกว่า 5 % จะไม่ได้รับการจัดสรรที่นั่งในสภา จะเห็นได้ว่า ระบบการเลือกตั้ง ตามสัดส่วนแบบเยอรมันนี้เป็นระบบการเลือกตั้งที่คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างคะแนนเสียงที่แต่ละพรรคได้รับกับจำนวนที่นั่งในสภาโดยแต่ละพรรคจะได้รับที่นั่งในสภาอย่างเป็นสัดส่วนกับคะแนนเสียง ที่พรรคได้รับจากการเลือกตั้ง ระบบการเลือกตั้งของเยอรมันนั้น แท้จริงแล้วก็คือ ระบบการเลือกตั้ง ตามสัดส่วนนั่นเอง เพราะคะแนนเสียงที่สองเท่านั้นที่จะเป็นตัวกำหนดว่า พรรคใดจะได้ที่นั่งในสภา เป็นจำนวนเท่าใด ในการคิดคะแนนจึงต้องคำนึงถึงข้อนี้เป็นหลัก สำหรับเกณฑ์ 5% ซึ่งขัดกับหลัก ความเสมอภาคในการเลือกตั้งนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตัดสินวางบรรทัดฐานมาแต่ต้นว่า เกณฑ์นี้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะในการเลือกตั้งนั้นมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแต่จะเลือก รัฐสภาที่สะท้อนแนวความคิดของกลุ่มประชาชนที่อยู่ในสังคมตามสัดส่วนที่ถูกต้องเท่านั้น หากแต่ยัง ต้องมีหลักประกันระดับหนึ่งว่า สภานี้จะสามารถทำหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถเลือกรัฐบาลที่มีเสถียรภาพเข้าบริหารประเทศได้ด้วย³⁰⁶

ระบบพรรคการเมืองตามแนวคิดการปกครองแบบรัฐสมัยใหม่ภายใต้ แนวคิดในการรวมกลุ่มกันของผู้ที่มีอุดมการณ์สอดคล้องต้องกันเพื่อทำกิจกรรมทางการเมือง หรือ รวมกลุ่มกันเพื่อแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกันภายในของสมาชิกภายในกลุ่มของตน เพื่อให้มีการ แข่งขันทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยในการเข้าไปสู่อำนาจรัฐ³⁰⁷ พรรค การเมืองจึงมีบทบาทสำคัญในระบอบประชาธิปไตย ในแง่ทำให้การตัดสินใจทางการเมืองเป็น ประชาธิปไตย เพราะมีรากฐานอยู่บนความคิดเห็นของประชาชน และเป็นองค์กรโฆษณาแนวความคิด และวิธีการแก้ไขปัญหาต่างๆ ทำให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งช่วยทำให้ระบบรัฐบาลเป็นระบบระบอบประชาธิปไตย แต่ก็มิใช่เป็นแบบเผด็จการ เพราะประชาชนอาจถอน ความไว้วางใจได้เสมอ³⁰⁸ โดยการปรับปรุงระบบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานที่ มีการบัญญัติรับรองสถานภาพของพรรคการเมืองให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยเป็นองค์กรที่มีบทบาท และถือเป็นองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้พรรคการเมืองมีส่วนร่วมในการสร้าง

³⁰⁶ บุญศรี มิวศ์อุโฆษ , กฎหมายเลือกตั้งเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 ปี 2532) , หน้า 25-33

³⁰⁷ วิสุทธิ์ โพธิ์แท่น , การดำเนินกิจการของพรรคการเมืองไทย , (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544) หน้า 22 - 23

³⁰⁸ วุฒิกิจ อินทวงค์ , กฎหมายพรรคการเมืองในประเทศไทย ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์แนวความคิด , (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2535) หน้า 42-44

เจตจำนงทางการเมืองและกำหนดให้ก่อตั้งขึ้นโดยอิสระภายใต้หลักการประชาธิปไตย โดยมีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรวินิจฉัยกรณีพรรคการเมืองมีความมุ่งหมายที่จะล้มล้างหลักการของระบอบประชาธิปไตย อันเป็นการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานในการดำเนินการของพรรคการเมืองให้เป็นไปตามหลักการของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ดังจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน The Basic Law 1949 ได้เสริมสร้างระบบเลือกตั้งและระบบพรรคการเมือง โดยยึดถือหลักการที่ว่า อำนาจทั้งปวงของรัฐถือว่ามีมาจากราชาชนชนโดยผ่านการเลือกตั้ง โดยแบ่งอำนาจที่เป็นตัวแทนออกเป็นนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law) ที่ตั้งอยู่บนรากฐานการให้ความชอบธรรมแก่อำนาจรัฐและความต้องการพัฒนาระบบการเมืองภายในประเทศ³⁰⁹

ภายใต้หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law) ที่กำหนดให้เยอรมันเป็นรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยแบบสหพันธ์รัฐ (Democratic and Social Federal State) โดยมีวางหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนระหว่างรัฐบาลสหพันธ์กับรัฐบาลมลรัฐ นอกจากนี้ เจตนารมณ์ที่สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานก็คือ การปกครองโดยกฎหมาย (Based on the rule of Law) สำหรับกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยตัวของมันเองนั้นเป็นเพียงเครื่องมือขึ้นากติกาและโครงสร้างของระบบการเมืองเอาไว้ แต่ไม่อาจมีใครจะสามารถทำนายได้ว่า กติกาและโครงสร้างทางการเมืองจะถูกยกเลิกใช้เมื่อใด หรือเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใดบ้าง ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงแต่ปรากฏผ่านเฉพาะถ้อยคำทางกฎหมายที่สวयงามอยู่บนแผ่นกระดาษเท่านั้น หากแต่กฎหมายรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะเป็นสถาบันหลักที่มีความยืดหยุ่นมีประสิทธิภาพพอที่จะสนองตอบและควบคุมการเข้ามามีส่วนร่วมของกลุ่มต่างๆ รวมทั้งสนับสนุนและส่งเสริมการเปลี่ยนแปลงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจด้วย ดังนั้น ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในการก่อให้เกิดเสถียรภาพให้แก่รัฐบาลมิใช่เป็นเฉพาะตัวรัฐธรรมนูญเองเท่านั้น หากแต่ความสำเร็จดังกล่าวจำต้องอาศัยองค์ประกอบและปัจจัยทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองอื่นๆ อีกมากที่จะช่วยสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐธรรมนูญ อันเป็นความชอบธรรมที่ผู้ออกได้ปกครองมีความรู้สึกว่ามีอำนาจของผู้ปกครองเป็นอำนาจที่ได้มาโดยชอบ³¹⁰ ซึ่งจากหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานประกอบกับเจตนารมณ์อันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสะท้อนถึง

³⁰⁹ กษิต์เดช สุทธิวานิช, อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการการเลือกตั้งกับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554) หน้า 57 - 60

³¹⁰ รุจิรา เตชางกูร, วิเคราะห์รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันฉบับปัจจุบันในแง่การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาล, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546) หน้า 18 - 28

หลักการอันเป็นหัวใจสำคัญของนิติรัฐในประเทศเยอรมันที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานผ่านเนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแต่ละฉบับสำคัญๆ ที่ร้อยเรียงผ่านประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองในแต่ละช่วงยุคสมัย ทั้งช่วงเวลาอันรุ่งโรจน์จากการรวบรวมแว่นแคว้นต่างๆ เข้ารวมเป็นอาณาจักร และช่วงเวลาอันตกต่ำของบาดแผลจากการพ่ายแพ้สงคราม รัฐธรรมนูญได้เป็นเสมือนเบ้าหลอมของจิตวิญญาณของความเป็นชนชาติเยอรมันที่วางหลักเกณฑ์พื้นฐานในทางการเมืองการปกครอง และมีการวางหลักประกันในการสร้างความชอบธรรมในการเข้าสู่อำนาจรัฐ ทำให้ทุกองคาพยพต่างยอมรับข้อกำหนดและกติกาทางการเมืองของ รัฐธรรมนูญและมีส่วนช่วยผลักดันให้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้แก่รัฐบาลเป็นอย่างยิ่งในการสะท้อนเจตจำนงของปวงชนตามหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย และให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับใช้โดยตรงผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมด เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจอย่างกว้างขวางและมีบทบาทสำคัญในการป้องกันภัยอันตรายใดๆ อันจะเกิดขึ้นแก่หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดตามอำเภอใจจากอำนาจรัฐ

3.1.2 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน³¹¹

กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันได้วางหลักการที่รัฐต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ มีการประกันหลักการปกครองตนเอง บนพื้นฐานของความยินยอมพร้อมใจของประชาชนตามหลักเสียงข้างมากของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย บนพื้นฐานของการให้ความเคารพต่อเสรีภาพของปัจเจกชนและความเสมอภาค โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งสถาบันศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนให้มีประสิทธิภาพ ตลอดจนการคุ้มครองคุณค่าและหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยมุ่งหมายธำรงไว้ซึ่งหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรผู้พิทักษ์หลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ต้องให้ความเคารพคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจึงมีอำนาจหน้าที่ที่สอดคล้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานที่มุ่งหมายให้เป็นองค์กรในการวินิจฉัยบรรดาข้อพิพาทระหว่าง

³¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2542 , หน้า 46-57

องค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือระหว่างองค์กรในระดับสหพันธ์และระหว่างมลรัฐต่างๆ และรักษาความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับประชาชนในลักษณะของการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และควบคุมตรวจสอบบรรดาการกระทำกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเป็นต้นแบบขององค์กรผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้จึงควรมีการศึกษาถึงพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และแนวทางการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเป็นอย่างยิ่ง

3.1.2.1 พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในยุคเริ่มต้น

ในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันเป็นการให้ความสำคัญต่อการให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบกลไกทางการเมืองหรือวินิจฉัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ³¹² โดยการเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน Wagner ชาวเยอรมันได้เคยเขียนในบทความเรื่อง การจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Die Entstehung Organisation und Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts) โดยสรุปได้ว่า แนวคิดเรื่องของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันแม้มีส่วนสัมพันธ์กับการได้รับแนวคิดเรื่องศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศซึ่งมีส่วนกระตุ้นให้เกิดการพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมัน หากแต่การกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายพัฒนามาจากแนวความคิดที่เห็นว่า ปัญหาทางรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยโดยองค์กรศาลซึ่งสอดคล้องกับจารีตในทางกฎหมายของเยอรมันสมัยเก่า³¹³ การคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเยอรมันนั้นได้ให้องค์กรศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวมาเป็นเวลายาวนานตามแนวความคิดนี้เห็นว่า ควรจะขยายอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น รัฐบาลของสหพันธ์ องค์กรนิติบัญญัติ เป็นต้น และให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยและยังเห็นว่า ปัญหาในทางรัฐธรรมนูญควรได้รับการพิจารณาโดยองค์กรศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางอันทำให้การ

³¹² นฤมล ธรรมครองอาตม์ , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการปฏิรูปการเมือง , วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ , 2544) หน้า 26

³¹³ A.Wagner , Die Entstehung , Organisation und Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts , in : DRiZ 1961 , S. อ้างไว้ในนันทวัฒน์ บรมานันท์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 42 , หน้า 46-47

ตีความและการคุ้มครองรัฐธรรมนูญมีความเป็นกลาง³¹⁴ รัฐบาลเองก็อาจได้รับการตรวจสอบต่อหน้าศาลได้ หากรัฐบาลใช้อำนาจของตนเองในทางที่มิชอบ ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐ Sachsen ช่วงปี ค.ศ. 1235 ได้มีการอนุญาตให้ฟ้องกษัตริย์ได้ หรือในช่วงหลังปี ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นช่วงที่ศาลอาญาจักร (Reichskammergericht) อันเป็นศาลสูงสุดในสมัยนั้นและเป็นศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างขุนนางชั้นสูง (Fuersten) ซึ่งเป็นผู้ปกครองดินแดนต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาข้อพิพาทอันเกิดจากข้อตกลงระหว่างแคว้นการปกครองอันเป็นสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแคว้นการปกครองดังกล่าว³¹⁵ ดังนั้น ในยุคสมัยดังกล่าวศาลอาญาจักร (Reichskammergericht) จึงเป็นองค์กรศาลที่เข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว การที่ศาลอาญาจักรมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวนี้เอง ถือได้ว่าเนื้อหาของข้อพิพาทลักษณะเช่นนี้เป็นข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ ศาลอาญาจักรในยุคสมัยนั้นจึงทำหน้าที่ในลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญในความหมายของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

ต่อมาในยุคกลางในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น อำนาจของศาลมักจะมีขีดแย้งกับผู้ใช้อำนาจปกครอง เพราะอำนาจของศาลนั้นไปจำกัดอำนาจของผู้ปกครองนับตั้งแต่มองเตสกิเออได้เขียนหนังสือเกี่ยวกับเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ อิทธิพลจากแนวคิดของมองเตสกิเออได้ก่อให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Statsgerichtshoefe) ขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1819 โดยได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในมลรัฐ Wuerttemberg มลรัฐ Sachsen ในปี ค.ศ. 1831 และในมลรัฐ Bavaria ในปี ค.ศ. 1850 ศาลของมลรัฐดังกล่าวมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทระหว่างผู้ปกครองเมืองต่างๆ กับรัฐบาล และเฉพาะในมลรัฐ Bavaria ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาเฉพาะกรณีที่มีการฟ้องรัฐมนตรีเท่านั้น โดยในช่วงปี ค.ศ. 1815 รัฐต่างๆ ของเยอรมันได้รวมตัวกันเป็นสหพันธรัฐเยอรมัน (Deutsher Bund) ซึ่งในช่วงนี้เองได้มีการกำหนดให้ Bundesversammlung³¹⁶ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกของสหพันธรัฐ โดยมีได้ให้องค์กรของศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย ซึ่งตามมาตรา 61 ของข้อตกลงกรุงเวียนนา ปี ค.ศ. 1820 (Wiener Suhlubakte von 1820) ได้กำหนดให้ Bundesversammlung เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัย

³¹⁴ H. Simon , Verfassungsgerichtsbarkeit , in : Benda/Nathofer/Vogel , Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , 2 Aufl. , 1994 , S.1642

³¹⁵ Benda/Kliein , Lehrbuch der Verfassungsprozessrechts , Heidelberg 1991 , S.2 , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 45

³¹⁶ ที่ประชุมสหพันธ์ (Bundesversammlung) เป็นองค์กรในระดับสหพันธรัฐที่ประกอบไปด้วยตัวแทนของแต่ละรัฐเข้ามาเป็นสมาชิก ,โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์ , อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 42 , หน้า 48 ; ปัจจุบัน Bundesversammlung เป็นองค์กรของรัฐประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และตัวแทนของแต่ละมลรัฐ , โปรดดู กุลธิดา ชันวีจิ , สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvaneew/ewt_dl_link.php?nid=396

เรื่องดังกล่าว รวมทั้งปัญหาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายในรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง จะเห็นได้ว่า ตามประสบการณ์ของระบบการเมืองการปกครองและประวัติศาสตร์ของชาติเยอรมันได้วางรากฐานขององค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยบรรดาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือระหว่างองค์กรในระดับสหพันธ์และระหว่างมลรัฐต่างๆ ให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นพลวัตปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามบริบททางสังคมวิทยาการเมืองโดยถือได้ว่าการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีพัฒนาการอันยาวนานนับแต่ปี ค.ศ. 1819 เป็นต้นมา³¹⁷

3.1.2.2 ศาลรัฐธรรมนูญในช่วงของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1849

ตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ.1849 หรือ Frankfurter Reichsverfassung หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับ Paulskirchenverfassung von 1849 แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีได้มีการใช้บังคับก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลอาญาจักร (Reichsgericht) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับปัญหาในทางรัฐธรรมนูญกว้างขวางกว่ารัฐธรรมนูญทุกๆ ฉบับที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สิทธิแก่ประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องยังศาลอาญาจักร (Reichsgericht) ได้ในกรณีที่บุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองคุ้มครองไว้ในมาตรา 126 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากจะนับว่ารัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1848 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิร้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว³¹⁸ การที่ประชาชนจะ

³¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 7) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=727>

³¹⁸ รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1848 เป็นผลพวงอันเกิดจากการปฏิวัติครั้งใหญ่ทั่วยุโรปใน ค.ศ. 1848 การปฏิวัตินี้ดังกล่าวยังได้ลุกลามมาถึงนครรัฐต่าง ๆ ในเยอรมันรวมถึงในปรัสเซีย เหตุการณ์ดังกล่าวถูกเรียกว่าการปฏิวัติเดือนมีนาคม (March revolution) ทั้งนี้ การจลาจลครั้งดังกล่าวยังเกิดขึ้นที่นครรัฐต่าง ๆ ของเยอรมันเนื่องมาจากการตื่นตัวกระแสดำเนินการปฏิวัติของเยอรมัน รวมถึงการต่อสู้เพื่อปลดปล่อยนครรัฐเยอรมันออกจากกรอบการปกครองเก่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงสร้างของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งเป็นกระแสนุรักษ์นิยมที่ฝังรากลึกมาช้านานนับตั้งแต่สมัยยุคกลาง ภายหลังจากการปฏิวัติทั่วยุโรปรวมถึงในปรัสเซีย แกนนำปฏิวัติคนสำคัญต่างได้รวมใจกันจัดตั้งสภาแฟรงก์เฟิร์ตขึ้น ซึ่งมีสถานะเป็นสภาแห่งชาติเยอรมันโดยปรารถนาที่จะให้สภาดังกล่าวเป็นศูนย์รวมของการรวมชาติเยอรมันขึ้นอีกครั้งหลังจากที่พระเจ้านโปเลียนทรงยุบจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ลงในวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1806 สภาแฟรงก์เฟิร์ตจึงมีแนวทางการเสนอรูปแบบ รัฐธรรมนูญแบบราชาธิปไตย (constitutional monarchy) เพื่อเป็นการรักษาและรวมขอมอำนาจระหว่างฝ่ายอนุรักษนิยมกับฝ่ายปฏิวัติเสรีนิยมขึ้น ซึ่งท้ายที่สุดทั้งสองฝ่ายต่างผลักดันแนวทางรัฐธรรมนูญตามกรอบที่พระเจ้าเฟรเดอริกที่ 4 ทรงปรารถนาโดยมีการร่างการมอบอำนาจให้กษัตริย์ปรัสเซียดำรงตำแหน่งเป็นไกเซอร์ (Kaiser) หรือจักรพรรดิของชนชาวเยอรมันทั้งปวงในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 บทพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแฟรงก์เฟิร์ตยังคงกลายเป็นแบบฉบับให้กับรัฐธรรมนูญไวมาร์ใน ค.ศ. 1919 และยังคงกลายเป็นพื้นฐานกฎหมายของสหพันธ์รัฐเยอรมนี

สามารถใช้สิทธิร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริงนั้นต้องกินเวลาถึง 100 ปีต่อมา โดยรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่บังคับต่อมาคือ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1871 ซึ่งแนวคิดตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1871 หรือที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์คนั้นสอดคล้องกับแนวความคิดของบิสมาร์ค (Bismarck) ที่เห็นว่า “เรื่องของการปกครองเมืองของแผ่นดินก็ดี เรื่องการแบ่งอำนาจระหว่างพระมหากษัตริย์ กับสภาของแผ่นดินก็ดี เรื่องเหล่านี้ไม่ควรจะให้องค์กรศาลเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาในทางรัฐธรรมนูญเช่นนี้ เรื่องดังกล่าวควรได้รับการวินิจฉัยโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น”³¹⁹ แต่อย่างไรก็ตาม สภาสูง (Bundesrat) อาจมอบอำนาจให้ศาลเป็นผู้พิพากษาพิจารณาปัญหาที่สภาสูง (Bundesrat) เห็นควรให้ศาลเป็นผู้พิจารณาได้ ซึ่งแนวคิดในเรื่องดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง จะเห็นได้ว่า แนวคิดตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1871 ซึ่งอยู่ภายใต้ระบอบการปกครองของระบบจักรวรรดิที่มีอำนาจเด็ดขาดทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ และได้จัดตั้งและกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ให้สภา Bundesrat ซึ่งเป็นสภาผู้แทนของรัฐต่างๆ ทำหน้าที่สภานิติบัญญัติร่วมกับสภา Reichstag ซึ่งเป็นสภาผู้แทนราษฎรในการมีอำนาจชี้ขาดปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างรัฐต่างๆ และเป็นองค์กรชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของแต่ละรัฐ ซึ่งภายใต้ระบบจักรวรรดิที่มี Kaiser มีอำนาจเด็ดขาดสามารถใช้อำนาจของตนผ่านองค์กรต่างๆ ของรัฐ อันก่อผลให้เกิดความล้มเหลวของรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองการปกครองภายใต้ระบอบรวมศูนย์อำนาจดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1871 มีความสำคัญในแง่การรวมชาติทางการเมืองเป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์ชนชาติเยอรมันในปี ค.ศ.1871 สมัยเสนาบดีบิสมาร์กและกษัตริย์วิลเฮล์มที่ 1 เมื่อแคว้นพรอยเซ็น (Preußen) หรือปรัสเซียเป็นผู้นำรัฐเยอรมันทางเหนือ (Deutscher Bund) รวมชนเผ่าเยอรมันในหลายรัฐของดินแดนเยอรมนีเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน³²⁰ อันส่งผลต่อการก่อตัวของแนวคิดในการสร้างกลไกพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครองให้มีเสถียรภาพ มีประสิทธิภาพ รวมทั้งการจัดตั้งองค์กรพื้นฐานของรัฐที่

เ ท ม า ะ ส ม ต า ม ร ัฐ ธิ ร ร ม ญู

เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในเวลาต่อมา

(Federal Republic of German) ใน ค.ศ. 1949 ด้วยเช่นกัน , โปรดตุ ธิติพงค์ มีทอง , สภาแพริ่งเฟิร์ดกับการปฏิวัติแห่งปรัสเซีย ใน ค.ศ. 1848 : การสร้างจุดเริ่มต้นแห่งการรวมชาติเยอรมัน , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ปีที่ 33 ฉบับที่ 1 มกราคม-เมษายน 2559 , หน้า 1-22

³¹⁹ A.Wagner , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 44* , หน้า 281 , อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 42* , หน้า 49

³²⁰ พรสวรรค์ วัฒนางกูร , ความหลากหลายทางเชื้อชาติและวัฒนธรรมและปัญหาที่เกิดขึ้นในยุโรป : กรณีศึกษาประเทศเยอรมนี 136 ปี หลังเยอรมนีรวมชาติ: จากตำนาน “ซีกฟรีด” ถึง “WM 2006” , เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ เรื่อง “ความหลากหลายทางเชื้อชาติ และวัฒนธรรมของสหภาพยุโรปและเอเชีย : ปัญหาหรือ โอกาส” เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ.2550 ณ โรงแรม The Twin Tower กรุงเทพมหานคร จัดโดย ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.1.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ ค.ศ. 1919

ในปี ค.ศ. 1919 เยอรมันได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์” ซึ่งตั้งตามชื่อเมืองไวมาร์ สถานที่ซึ่งรัฐสภาได้ประชุมกันเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวภายหลังจากจักรวรรดิเยอรมันถูกล้มล้างลงหลังจากพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญไวมาร์มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1919 โดยได้มีการจัดตั้งศาลแห่งรัฐ (Staatsgerichtshof) ซึ่งเทียบเคียงได้กับศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างจักรวรรดิและมลรัฐ และระหว่างมลรัฐด้วยกันเอง รวมถึงคำร้องของสภาแห่งจักรวรรดิที่อ้างว่า ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ³²¹ รัฐธรรมนูญไวมาร์ได้มีบทบัญญัติอันเป็นสาระสำคัญของการใช้อำนาจรัฐให้ยึดโยงกับประชาชน โดยมีการกำหนดสภาพบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐอันเป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นภารกิจของรัฐในด้านต่าง ๆ ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญเล็งเห็นว่ามิใช่ประโยชน์มีความเหมาะสมกับการกำหนดแนวทางในการบริหารและแก้ไขปัญหาต่างๆ ของประเทศได้ในระยะยาว จึงได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยปรากฏในรัฐธรรมนูญไวมาร์เป็นฉบับแรก ซึ่งเป็นแบบอย่างให้ประเทศต่างๆ³²² และมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ครบถ้วนสมบูรณ์ฉบับหนึ่งของโลก โดยมีศาลแห่งรัฐ (Staatsgerichtshof) ซึ่งเทียบเคียงได้กับศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันเป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทั้งปวงของผู้ใช้อำนาจรัฐที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สำหรับหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐว่าสอดคล้องกับกฎหมายของสหพันธรัฐหรือไม่นั้น รัฐธรรมนูญไวมาร์ มาตรา 13 วรรค 2 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลอาณาจักร (Reichsgericht) ส่วนปัญหาข้อพิพาทอันเกิดจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่ได้กำหนดให้ศาลแห่งรัฐ (Staatsgerichtshof) หรือศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว การวินิจฉัยในปัญหาเรื่องนี้ยังยึดถือตามแนวปฏิบัติที่ผ่านๆ มา ปัญหาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการนี้เป็นไปตามมาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1871 การที่รัฐธรรมนูญไวมาร์ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับ แต่ก็ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ควรจะมีการขยายอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่าง

³²¹ ฌ็อง-หลุยส์ ลูว์เตอ็อง , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4*

³²² โปรตดู ฌ็อง-หลุยส์ ลูว์เตอ็อง , สภาพบังคับของแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2555)

องค์กรสูงสุดของสหพันธ์ ในการประชุมประจำปีของนักนิติศาสตร์ที่เมือง Heidelberg ในปี ค.ศ.1924 จึงมีความเห็นว่าเป็นไปได้ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว และต่อมาในการประชุมประจำปีของนักนิติศาสตร์ของเมือง Koeln ในปี ค.ศ. 1927 ก็มีความเห็นว่าการให้ขยายอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจในการวินิจฉัย ปัญหาความขัดแย้งระหว่างองค์กรสูงสุดของสหพันธ์ ให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวไม่มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด มีข้อ ที่น่าสังเกตว่า ข้อเสนอในการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญไวเมาร์นั้น ยังไม่เคยมีข้อเสนอที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของ ปัจเจกบุคคลโดยอำนาจมหาชนเหตุผลประการหนึ่งเพราะเห็นว่า เรื่องการคุ้มครองสิทธิของปัจเจก บุคคลนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองอยู่แล้ว จึงอาจสรุปได้ว่าระดับสหพันธ์นั้นได้มีการ ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Staatsgerichtshof) ครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญไวเมาร์ ค.ศ. 1919 ซึ่งเป็น ระยะเวลา 70 ปี นับจากรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1849 ซึ่งไม่มีผลบังคับใช้ แต่ได้มีการกำหนดให้มีองค์กร ศาลรัฐธรรมนูญไว้ แต่สำหรับในระดับมลรัฐนั้น มลรัฐที่มีขนาดใหญ่ของเยอรมันได้มีการจัดตั้งศาล รัฐธรรมนูญของตนเอง เช่น ตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1919 ได้กำหนดให้มีศาล รัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ที่ประชาชนเห็นว่ามีการละเมิด สิทธิขั้นตามรัฐธรรมนูญของตนได้ นอกจากนี้ ยังให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ³²³ จึงกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญไวเมาร์ได้มีการวางรากฐานสำคัญของ ระบบการปกครองในระบอบสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Staatsgerichtshof) ขึ้นเป็นครั้งแรกในระดับสหพันธ์ และได้เป็นต้นแบบของศาลรัฐธรรมนูญต่อมาใน ปัจจุบัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

323

Scheuher , Die Ueberlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. Und 20. Jahrhundert , in : Festgabe aus Anlass des 25 jaehrigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts , Band I , Tuebingen 1976 , S.44-47 . อ้างไว้ใน นันทวัฒน์ บรมานันท์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 42 , หน้า 49-51

3.1.2.4 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน³²⁴

หลังจากที่เยอรมันแพ้สงครามโลกในปี ค.ศ. 1945 การเริ่มต้นก่อตั้งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งได้เริ่มขึ้นในระดับมลรัฐก่อนในลำดับแรกเกิดขึ้นในมลรัฐบาวาเรียโดยมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1946 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐขึ้นและหลังจากนั้นจึงได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในมลรัฐ Hessen และมลรัฐ Baden ส่วนการจัดตั้งของศาลรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธ์นั้น จะต้องพิจารณาจากการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานฉบับปัจจุบัน (Grundgesetz) และการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) กล่าวโดยสรุปแล้วการตัดสินใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นนั้นเป็นการเชื่อมโยงกับประสบการณ์ในทางประวัติศาสตร์หลายประการ มีการขยายอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจอย่างกว้างขวาง มีความมุ่งหมายเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยบรรดาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือระหว่างองค์กรในระดับสหพันธ์และระหว่างมลรัฐต่างๆ ด้วยกัน และเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รักษาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชนให้อยู่ในลักษณะของประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ อีกทั้งการบัญญัติหลักการให้มีการตรวจสอบการวินิจฉัยขององค์กรนิติบัญญัติกับความชอบตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้และโดยเฉพาะอย่างยิ่งให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจมหาชน ลักษณะดังกล่าวนี้เองถือได้ว่าเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมัน ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มาอย่างยิ่ง โดยเฉพาะประเด็นสำคัญ คือ หากเปรียบเทียบระหว่างอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นไม่มีกลไกในการป้องกันตนเองอย่างเพียงพอที่จะเผชิญหน้าต่อการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย ซึ่งจากประสบการณ์ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพในทางการบริหารประเทศ และความเสื่อมโทรมของระบอบประชาธิปไตยอันเป็นช่องทางให้เกิดอำนาจกดขี่โดยระบบเผด็จการของพรรคนาซี ถือเป็นบทเรียนอันสำคัญให้แก่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในการวางรากฐานของระบบการเมืองตามหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยให้มีความมั่นคง และสร้างหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยพิเคราะห์บทเรียนจากในอดีต

³²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน , เอกสารประกอบการสัมมนา บทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคมเยอรมัน , จัดโดย สถาบันนโยบายศึกษา โดยการสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2555 ณ ห้องประชุม ชั้น 5 อาคารบุญชนะ อัดถากร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ , หน้า 8-12

และได้นำมาซึ่งการกลั่นกรองหลักการในใหม่ ๆ หลายประการมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น การบัญญัติให้ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” มีผลบังคับใช้โดยตรงโดยผูกอำนาจรัฐทั้งหมด (มาตรา 1 วรรคสาม กฎหมายพื้นฐาน) การทำให้สถานะของรัฐบาลแห่งสหพันธ์มีความเข้มแข็งมากขึ้น หรือการนำ แนวความคิดเรื่องประชาธิปไตยที่อาจมีการโต้แย้งกันได้ (das Konzept der “Streitbaren Demokratie”) และหลักประการสำคัญที่สุดประการหนึ่ง คือ การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มี อำนาจอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่เคยมีศาลรัฐธรรมนูญมาในประวัติศาสตร์ของเยอรมัน และหากจะ เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆแล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจ กว้างกว่าบรรดาศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ โดยที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมันได้ มีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการขัดขวางอันตรายใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักเสรีภาพ โดยหยิบยก แนวคิดจากศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ของเยอรมัน อันได้แก่ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ศาลของสหพันธ์สวีเดนแลนด์ และศาล รัฐธรรมนูญของออสเตรีย ซึ่งได้ก่อตั้งขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1920³²⁵

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับ “ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์” ไว้ใน มาตรา 93 และมาตรา 94 ในมาตรา 93 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ส่วนมาตรา 94 ได้บัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบกระบวนการในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ และ ในมาตรา 94 วรรคสอง โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของ อำนาจตุลาการ โดยกำหนดโครงสร้างไว้ให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ สาธารณรัฐ (Bundesverfassungsgericht เรียกโดยย่อว่า BVERFGG) ผู้พิพากษามี 16 คน ได้รับ เลือกลงจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์หรือสภาสูง (Bundesrat) สภาละครึ่งหนึ่ง แต่ผู้พิพากษาจะเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สภาที่ ปรึกษาแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ และองค์กรในลักษณะเดียวกันของมลรัฐไม่ได้ ในการนี้ ตาม กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐได้กำหนดองค์คณะผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญไว้ เป็น 2 องค์คณะ องค์คณะละ 8 คน แต่ละองค์คณะต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาจากศาลสูงสุดของ สหพันธ์ 3 คน ที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ส่วนผู้พิพากษาอื่นในส่วนของสภา ผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ใช้วิธีเลือกโดยทางอ้อม ให้สภาผู้แทนราษฎรเลือกคณะกรรมการจำนวน 12 คน ซึ่งมาจากการเสนอของพรรคการเมือง แล้วคณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่เลือกผู้พิพากษา แต่สำหรับสภาที่ปรึกษานั้นใช้วิธีการเลือกตั้งโดยตรง โดยสมาชิกสภาซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐบาลแห่งมล

³²⁵ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ถือได้ว่า ออสเตรียเป็นประเทศที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกของโลกตามแนวคิด ของนักปรัชญา Hans Kelsen

รัฐทำหน้าที่ในการเลือกตั้งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญด้วยวิธีดังกล่าว จึงเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของการจัดองค์กรของรัฐที่คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย³²⁶

จากการศึกษาวิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันในปัจจุบัน มีพัฒนาการมาตามประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองของเยอรมัน และเปลี่ยนแปลงไปตามวิถีทางสังคมวิทยาการเมืองในแต่ละยุคสมัย เมื่อพิจารณาจากแนวคิดอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานมีความมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญรักษาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชนให้อยู่ในลักษณะของประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ ไม่มีอำนาจใดครอบงำอำนาจอื่น จึงมีหลักการตรวจสอบการวินิจฉัยขององค์กรนิติบัญญัติกับความชอบตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เป็นศูนย์กลางในการควบคุม ตรวจสอบ คุ้มครองรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการตรวจสอบกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจมหาชน โดยการที่ประชาชนมีสิทธิขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องที่ตนเห็นว่าการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีสถานะขององค์กรเป็นองค์กรระดับรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการ และอาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีสถานะในทางกฎหมาย 2 ประการ คือ เป็นองค์กรศาล และเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยหลักการพื้นฐานของอำนาจหลักในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเกิดจากหลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการจัดโครงสร้างรัฐแบบสหพันธ์รัฐ และหลักนิติรัฐ นอกเหนือจากอำนาจทั้งสามประการ คือ อำนาจในการชี้ขาดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ อำนาจในการชี้ขาดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของสหพันธ์และมลรัฐ และอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยังมีอำนาจอื่นๆ ที่ได้ระบุไว้ในกฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์³²⁷ ตามเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่กฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบไว้เป็นการเฉพาะ (Enumerationsprinzip) โดยรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติให้มีการออกกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เพื่อกำหนดวิธีพิจารณาศาลรัฐธรรมนูญ

³²⁶ นฤมล ธรรมครองอาตม์, *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 43*, หน้า 27

³²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานผลการวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545, หน้า 6-9

3.1.3 หลักวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน³²⁸

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ แต่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติหลักการที่สำคัญไว้ 3 ประการ ในมาตรา 93 และมาตรา 94 คือ

1. หลักการเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ โดยบัญญัติอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีต่างๆ ไว้ในมาตรา 93 ส่วนอำนาจหน้าที่อื่นๆ ก็มีบัญญัติไว้กระจัดกระจายไปในมาตราต่างๆ ของกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้ กฎหมายพื้นฐานมาตรา 93 (2) ได้บัญญัติมอบอำนาจให้มีการตรากฎหมายเพิ่มเติมอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยต้องทำเป็นรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์

2. หลักการเกี่ยวกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์และผู้ทรงคุณวุฒิอื่น ทั้งนี้ โดยที่ไม่ได้กำหนดจำนวนไว้ แต่กำหนดเป็นเงื่อนไขว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องมาจากการคัดเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) กึ่งหนึ่ง และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) อีกกึ่งหนึ่ง และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะดำรงตำแหน่งในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือองค์กรอื่นใดในลักษณะเดียวกันในระดับมลรัฐไม่ได้

3. หลักการเกี่ยวกับพระธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนวิธีพิจารณา กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ต้องตราหลักการและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาขึ้น เป็นรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ ทั้งนี้ โดยต้องกำหนดในรัฐบัญญัติด้วยว่าในกรณีใดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับเช่นกฎหมาย (Gesetzeskraft) นอกจากนี้ รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์อาจกำหนดด้วยก็ได้ว่า การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ให้กระทำได้ต่อเมื่อสิ้นหนทางเยียวยาโดยอาศัยช่องทางทางกฎหมายอื่นแล้ว และอาจกำหนดกระบวนการรับคำร้องทุกข์กรณีดังกล่าวไว้เป็นพิเศษก็ได้ ทั้งนี้ หลักการยื่นคำร้องอันเป็นการเริ่มต้นพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งนั้น จะต้องเริ่มมาจากบุคคลหรือองค์ภายนอกที่มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจจะเป็นผู้ริเริ่มพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งได้โดยความประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญเอง ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและมีภาระหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ (Hueter der Verfassung) ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่อาจที่จะใช้สถานะนั้นเพื่อริเริ่มการพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งด้วย

³²⁸ เพิ่งอ้าง , หน้า 10-17

ตนเองได้ ซึ่งตามมาตรา 23 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์(BVerfGG) ได้รับรองหลักการยื่นคำร้องไว้ โดยให้ถือว่าการยื่นคำร้องเป็นการเริ่มต้นของกระบวนการพิจารณา โดยคำร้องนั้นให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และคำร้องจะต้องใช้เหตุผลประกอบ รวมทั้งข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของคำร้องและความประสงค์ของผู้ยื่น โดยหลักการยื่นคำร้องนำมาใช้กับคดีทุกประเภทด้วย

หลักการพื้นฐานในวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ มีทั้งหลักการพื้นฐานที่มีลักษณะทั่วไปซึ่งต้องใช้กับคดีรัฐธรรมนูญทุกประเภทและหลักการพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นรายละเอียด โดยบางหลักการอาจมีผลต่อกฎรัฐธรรมนูญบางประเภทเท่านั้น หลักการที่สำคัญที่มีผลต่อกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญทุกประเภทอันนับว่ามีความสำคัญเป็นพิเศษได้แก่

(1) หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz)

หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวนได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ ตามหลักการนี้ ศาลย่อมเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดว่า ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานใดควรจะนำเข้าสู่การพิจารณาเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงแห่งคดี และถือเป็นหน้าที่ที่ศาลจะต้องกระทำทุกอย่างในขอบอำนาจของตนเพื่อให้ความจริงแห่งคดีปรากฏขึ้น ในการค้นหาความจริงศาลไม่ผูกพันอยู่กับคำร้องของผู้มีส่วนร่วมในคดี นอกจากนี้ โดยหลักแล้วศาลยังไม่ผูกพันกับข้อเท็จจริงที่เป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีในกระบวนการวิธีพิจารณาที่ใช้หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีของคู่ความเป็นสำคัญอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อำนาจของศาลในการค้นหาความจริงแห่งคดีนั้น นอกจากจะพิจารณามาตรา 26 แล้ว ยังจะต้องพิจารณามาตรา 33 วรรค 1 และวรรค 2 ประกอบอีกด้วย บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการรอกการพิจารณาชั่วคราว หากปรากฏว่าการยื่นยื่นข้อเท็จจริงหรือคำพิพากษาของศาลอื่นอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังอาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วตามคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลอื่นได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วดังกล่าวนั้นจะต้องได้มาในกระบวนการวิธีพิจารณาที่ศาลเป็นผู้ค้นหาความจริงตามหน้าที่ (von Amts wegen) หลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อลดภาระของศาลรัฐธรรมนูญในการค้นหาความจริงแห่งคดีในประเด็นซึ่งศาลอื่นกำลังพิจารณาอยู่ หรือที่ศาลอื่นวินิจฉัยหรือพิพากษาแล้ว

(2) หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดี (Dispositionsgrundsatz) และหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหน้าที่ (Offizialgrundsatz)

หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีเป็นหลักการที่ให้คู่ความเป็นผู้กำหนดการเริ่มกระบวนการพิจารณาว่า จะให้มีการเริ่มกระบวนการพิจารณาหรือไม่ เป้าหมายและเนื้อหาของกระบวนการพิจารณานั้นจะเป็นอย่างไร หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีเห็นประจักษ์ชัดในวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งคู่ความสามารถกำหนดประเด็นแห่งคดี ตลอดจนถอนคำฟ้องได้ตามที่ตนต้องการ ส่วนหลักการดำเนิน

กระบวนการพิจารณาตามหน้าที่เป็นหลักการที่ตรงกันข้ามกับหลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดี เนื่องจากตามหลักการนี้การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และการสิ้นสุดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีไม่ตกอยู่ในอำนาจของคู่ความ แต่ถือว่าอยู่ในอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นอัยการหรือศาล ด้วยเหตุนี้การยุติกระบวนการพิจารณาคดีจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาว่า จะให้ยุติกระบวนการพิจารณาหรือไม่ หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหน้าที่ปรากฏชัดเจนในการดำเนินคดีอาญา ทั้งนี้ ในทางวิชาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันปรากฏความเห็นข้างมากปฏิเสธการนำหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามหน้าที่มาใช้อย่างเคร่งครัดในวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญประเภทต่างๆ แต่เสนอให้ใช้หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีเป็นหลักโดยปรับเปลี่ยนให้มีข้อจำกัดมากขึ้น (*beschränkte Dispositionsmaxime*)

(3) หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผย (*Grundsatz der Öffentlichkeit*)

หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีของศาลได้ ด้วยเหตุนี้การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะต้องกระทำในลักษณะที่ให้ผู้มีส่วนร่วมในคดีสามารถให้การหรือแถลงข้อความต่างๆ ต่อศาลได้ด้วยวาจา หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยจึงสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา (การออกนั่งพิจารณา) เพราะหากไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาแล้วสาธารณชนก็ย่อมไม่อาจที่จะเข้าไปฟังการพิจารณาคดีของศาลได้ สำหรับหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยซึ่งสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจานั้น ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 17 ซึ่งโยงไปใช้บทบัญญัติมาตรา 169-175 ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยพระธรรมนูญศาล (*Gerichtsverfassungsgesetz*) การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเปิดเผยจึงหมายถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่กระทำต่อหน้าองค์คณะ รวมตลอดถึงการอ่านคำพิพากษาและคำสั่ง ส่วนการประชุมปรึกษาขององค์คณะหรือการประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 16 การประชุมเพื่อมีมติไม่พิจารณาคำร้องที่เห็นประจักษ์ชัดว่า ไม่มีเหตุผลตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 24 การค้นหาพยานหลักฐานโดยศาลนอกกระบวนการพิจารณาโดยวาจาตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 26 วรรค 1 รวมทั้งการประชุมเพื่อมีมติรับคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 93 a ไม่ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย

(4) หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา (*Grundsatz der Mündlichkeit*)

หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มาตรา 25 วรรคแรก กล่าวคือ ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยอาศัยพื้นฐานจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา เว้นแต่จะมีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นหรือผู้ที่มีส่วน

ร่วมในคดีทุกคนสละการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาถอดถอนประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ หรือผู้พิพากษาแห่งสหพันธ์ หรือเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคำร้องโต้แย้งคำสั่งของศาลที่ส่งเกี่ยวกับการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาเสมอ

แม้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาจะถือเป็นหลัก แต่ในทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยวาจาจากกลับถือเป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้เนื่องจากผู้มีส่วนร่วมในคดีมักจะสละการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา สำหรับการพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะสละการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาได้ หากคู่ความฝ่ายที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่ได้ยืนยันที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา คู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาได้ คดีใดที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ศาลรัฐธรรมนูญจะทำคำตัดสินในรูปของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย (Urteil) ส่วนคดีใดที่ไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา ศาลรัฐธรรมนูญจะทำคำตัดสินในรูปของคำสั่ง (Beschluss)

นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักการพื้นฐานในวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญประการอื่นที่มีผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลในรายละเอียด อันได้แก่ (1) หลักการเปิดเผยต่อผู้มีส่วนร่วมในคดี (Grundsatz der *Parteiöffentlichkeit*) (2) หลักการขับเคลื่อนกระบวนการพิจารณาโดยศาล (Grundsatz des *Amtsbetriebs*) (3) หลักการดำเนินคดีโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (4) หลักการรับรู้พยานหลักฐานโดยตรง (Grundsatz der *Unmittelbarkeit*) (5) หลักการรวมกระบวนการพิจารณา (Grundsatz der *Verfahrensverbinding*)³²⁹

จากการพิจารณาหลักการพื้นฐานในวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งปรากฏหลักการในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) โดยเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักการสำคัญอันมีลักษณะเฉพาะที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีอำนาจเฉพาะอยู่มาก จนในทางปฏิบัติไม่มีข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญใดที่จะหลุดพ้นออกไปจากการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก และหากมีกรณีศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญนั้นๆ ได้ ก็จะเป็นเนื่องมาจากการขาดอำนาจของผู้ยื่นคำร้องหรือเงื่อนไขในการพิจารณาบางประการมีอยู่ไม่ครบถ้วนเป็นสำคัญ อันจะเห็นได้ว่า วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงมีความสำคัญต่อวิธีการทำงานที่มีประสิทธิภาพอันนำไปสู่การวินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญ โดยมีการวางหลักเกณฑ์ในกระบวนการวิธีพิจารณาที่วินิจฉัยชี้ขาด

³²⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 18-20

ปัญหาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยุติ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป และในคดีบางประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับเสมือนเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้หยิบยกหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน โดยมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานให้มีผลใช้บังคับต่ออำนาจรัฐทั้งปวงที่ต้องให้ความเคารพ และกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มาใช้ในคำวินิจฉัย ซึ่งจะขอหยิบยกคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่มีความเด่นชัดของหลักนิติรัฐมานำเสนอต่อดังต่อไปนี้

3.1.4 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญแนวใหม่ ซึ่งมีได้มีภารกิจเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากแต่เป็นองค์กรพิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลกับเสียงข้างมากของหลักประชาธิปไตย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของเยอรมันจะตรวจสอบเฉพาะกรณีหลังจากที่กฎหมายใช้บังคับแล้ว เพราะเยอรมันจะถือหลักว่า ถ้าเป็นก่อนที่กฎหมายจะใช้บังคับ จะเป็นการเข้าไปแทรกแซงองค์กรนิติบัญญัติ เพราะฉะนั้นเยอรมันไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้³³⁰ แต่โดยที่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 ได้วางแนวทางในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจในทางการเมืองไว้ โดยบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพิเศษโดยกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นรูปแบบที่ไม่เคยเกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับก่อนๆ การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวาง แม้กระทั่งในพรมแดนที่มีความใกล้ชิดกับในทางการเมืองนั้น นับว่าเป็นรูปแบบที่เป็นลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์ทางการเมืองของเยอรมันเอง โดยเฉพาะประสบการณ์ของสาธารณรัฐไวมาร์ที่ไม่สามารถพัฒนาตัวเองให้เป็นรัฐที่เป็นประชาธิปไตยเต็มใบได้ และรวมถึงประสบการณ์อันเลวร้ายในช่วงที่พรรคนาซีปกครองประเทศ ประสบการณ์เหล่านี้สอนว่าการเมืองเองนั้นไม่สามารถแก้สถานการณ์อันวิกฤติของตัวเองได้ในทุกกรณี ดังนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน

³³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ , หนังสือรายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองไทย” จัดโดยสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สนับสนุนโดยมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2558 ณ โรงแรม เซ็นทารา แกรนด์ เซ็นทรัลพลาซ่า ลาดพร้าว (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558) หน้า 42 - 51

กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นและได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน การพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตอำนาจหน้าที่เพียงใดนั้น จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐานโดยตรง มิใช่พิจารณาจากเพียงหลักกว้างๆ ว่า เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือไม่ และเป็นที่ยอมรับได้ชัดว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นมีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตัดสินข้อพิพาทในทางการเมืองในหลายๆ กรณี ไม่ว่าจะเป็นการมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ทั้งในนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) และในทางรูปธรรม (Konkrete Normenkontrolle) หรือการที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreit) ในฐานะกรรมการผู้ตัดสินข้อพิพาท (Schiedsrichter) หรือคดีเกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) รวมถึงการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ (Bund-Länder-Streit) ซึ่งข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือมีผลต่อการเมืองในทางใดทางหนึ่งแทบทั้งสิ้น จึงเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นไม่สามารถจำกัดตนเองได้มากหรือน้อยไปกว่าอำนาจที่ตนเองได้รับการมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ (Verfassungsauftrag) อำนาจหน้าที่ดังกล่าวในการวางระบบการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในการใช้อำนาจในกระบวนการตรากฎหมายให้เป็นไปตามเจตจำนงของรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีความชอบธรรม เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) โดยตรง

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือทำหน้าที่ยุติข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญซึ่งกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ได้บัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวางเมื่อเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการเมืองค่อนข้างมาก อย่างเช่นกรณีของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) หรือกรณีข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreit) นั้น ย่อมเป็นที่ยอมรับได้ชัดว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมการเมืองให้เป็นไปตามกติกาในรัฐธรรมนูญ โดยเป็นที่ยอมรับกันในเยอรมันว่า ทุกๆ การใช้อำนาจรัฐ แม้กระทั่งใช้อำนาจในพรมแดนที่เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองนั้นย่อมสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น³³¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในระบบรัฐธรรมนูญเยอรมันการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการปฏิบัติพันธกิจตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมาย

³³¹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557) , หน้า 107-109

ให้อำนาจและการวางหลักการในการยอมรับคุณค่าพื้นฐานแก่หลักประกันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการยืนยันถึงหลักนิติรัฐโดยจะนำเสนอถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ อย่างไรก็ตามก็เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาค่อนข้างมาก และล้วนมีหลักการย่อยของหลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัย ดังนั้น ผู้เขียนจะหยิบยกโดยสรุปคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สำคัญๆ เพื่อให้เห็นภาพของการนำหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐมาใช้เท่านั้น ซึ่งการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ปรากฏดังต่อไปนี้

3.1.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 7.377 กรณีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจที่ไม่สอดคล้องตามกฎหมายพื้นฐานหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่ได้

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการประกอบอาชีพ ซึ่งผู้ร้องทุกข์เป็นเภสัชกรได้นำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่า ในปี ค.ศ. 1956 ได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตเพื่อเปิดร้านขายยาในเขตเทศบาล Traureut ของมลรัฐบาวาเรีย การยื่นขอใบอนุญาตของผู้ร้องทุกข์ได้รับการปฏิเสธโดยอาศัยพื้นฐานจากกฎหมายว่าด้วยเภสัชกรรมของมลรัฐบาวาเรีย ซึ่งการปฏิเสธการขอใบอนุญาตเปิดร้านขายยาดังกล่าว เจ้าหน้าที่มีการให้เหตุผลว่า ร้านขายยาที่มีอยู่แล้วในเขตเทศบาลนั้นมีจำนวนเพียงพอแล้วสำหรับการดูแลสุขภาพของประชาชนในเทศบาลนั้น การขอเปิดร้านขายยาใหม่ไม่ได้เป็นไปได้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม นอกจากนี้ได้รับการปฏิเสธจากเหตุผลในทางการค้าว่า การเปิดร้านขายยาใหม่จะก่อให้เกิดผลกระทบในทางการค้าต่อร้านขายยาที่มีอยู่แล้ว กรณีดังกล่าวนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า มาตรา 3 วรรคหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยเภสัชกรรมขัดกับรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ ดังนั้น คำสั่งที่ปฏิเสธการออกใบอนุญาตที่อ้างถึงบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ และต้องถูกเพิกถอน³³² และจากคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้กล่าวอ้างถึงหลักการที่ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ โดยในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ยอมรับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ให้เป็นเสมือนจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญโดยถือเป็นหลักที่มีคุณค่าอยู่ในระดับของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้

³³² ขจิตพรธรม สุขแสง , การยกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) หน้า 58-59

กฎหมายและการกระทำ รวมทั้งมาตรการของหน่วยงานสาธารณะต้องไม่เกินไปกว่าความต้องการสำหรับการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หลักการนี้เป็นความคิดในสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งหลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเยอรมันทั้งในคำพิพากษาและตำราทางกฎหมายว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะเดียวกับรัฐธรรมนูญ โดยหน้าที่ประการสำคัญของหลักการนี้มักถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยในครั้งแรกได้ปรากฏจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย (BVerfGE 1 II 64 (76); 81) ซึ่งได้วินิจฉัยมาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญมลรัฐบาวาเรีย ที่ให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น ศาลได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องตรวจสอบกับหลักความได้สัดส่วน ต่อมาในปี ค.ศ. 1955 หลักการดังกล่าวได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกอย่างชัดเจนโดยมีหลักว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ อันเป็นการยืนยันถึงหลักการพื้นฐานที่มาจากหลักนิติรัฐ³³³

สำหรับการยกระดับของหลักความได้สัดส่วนให้เป็นหลักของรัฐธรรมนูญได้รับการกล่าวอ้างในคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้เป็นครั้งแรกในคดี BVerfGE 1, 167 (178); 2,1 (79) และต่อมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่อง Apotheken Urteil ซึ่งในคำวินิจฉัยนี้ศาลได้กล่าวอ้างถึงหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจน และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 7.377 ดังกล่าวนี้ได้กลายมาเป็นคำวินิจฉัยหลักที่ศาลใช้เป็นมาตรฐานในการวินิจฉัยคดีต่อมา ซึ่งต่อมาในปี 1965 และในปี 1968 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าหลักความได้สัดส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหลักที่มีสถานะในระดับของรัฐธรรมนูญและมีผลมาจากหลักนิติรัฐ อันมีพื้นฐานมาจากระบบของสิทธิขั้นพื้นฐาน (BVerfGE 19, 342 (348)) และคำวินิจฉัยต่อๆ มาได้วินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการสำคัญที่นำไปใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภทอันเป็นเงื่อนไขบังคับของหลักนิติรัฐและเป็นหลักของรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 23, 127 (133)) นับแต่นั้นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ปรากฏการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยยืนยันถึงหลักการดังกล่าวมาโดยตลอด³³⁴ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีแนวคำวินิจฉัยในการนำหลักการย่อยสามประการของหลักความได้สัดส่วน คือ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วน

³³³ ดีเรก สุขสว่าง , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554) หน้า 33-35

³³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) , กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558 , หน้า 82-83

ในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการวินิจฉัยคดีด้วย โดยมีได้นำหลักการย่อยทั้งสามมาตรวจสอบในคราวเดียว หากแต่จะพิจารณาถึงการกระทำหรือมาตรการทางกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ตามหลักการย่อยว่าเป็นไปตามเกณฑ์ของหลักการดังกล่าวหรือไม่ เพราะเหตุใด อันเป็นการยืนยันถึงบทบาทของหลักความได้สัดส่วน ในฐานะหลักการสำคัญในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำของรัฐทั้งหลายและถือเป็นหลักที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกตรวจสอบควบคุมความชอบโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

3.1.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 11.255 กรณีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงโดยเฉพาะย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยคดีที่มีผู้ฟ้องว่า ฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติละเว้นไม่ออกกฎหมายเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาษีการค้า ซึ่งมีผลทำให้บุคคลนั้นต้องเสียภาษีที่ไม่เป็นธรรม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ในกรณีนี้เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลนั้น โดยศาลเห็นว่า กรณีเช่นนี้เป็นกรณีข้อยกเว้นเท่านั้น เนื่องจากโดยหลักทั่วไปแล้ว สิทธิและเสรีภาพย่อมผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย โดยในแง่ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายนิติบัญญัตินั้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายนิติบัญญัติมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ (soziale Grundrechte) ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันที่จะต้องกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด นอกจากนี้ฝ่ายนิติบัญญัติยังต้องถูกผูกพันกับการบัญญัติกฎหมายไม่ให้กระทบกับสิทธิและเสรีภาพ โดยสิทธิและเสรีภาพนั้นก่อให้เกิดความผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะกรณีการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพนั้นสามารถมีผลเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ โดยรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้บรรลุความมุ่งหมาย และหากพ้นระยะเวลาอันสมควรกรณีฝ่ายนิติบัญญัติยังมิได้ออกกฎหมายดังกล่าว เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในทางศาลสำหรับผู้ทรงสิทธิดังตามแนวคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่า การฟ้องคดีให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายนั้น ในทางหลักกฎหมายแล้วมิได้ถูกจำกัดเสียทีเดียว³³⁵ โดยเทียบเคียงกับกรณีการละเว้นไม่กระทำการของฝ่ายปกครองและฝ่าย

335 BVerfGE 6.264

ตุลาการ หากเป็นการละเว้นที่ขัดกับสิทธิและเสรีภาพ บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตนย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ตามมาตรา 95 วรรคหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht) การใช้สิทธิในการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีที่มีการละเว้นการกระทำของอำนาจมหาชนนั้นอาจกระทำได้ และในการฟ้องต่อศาลจะต้องเป็นกรณีที่มีการละเว้นนั้นเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้อง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า การละเว้นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดสิทธิในทางศาลในการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการออกกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง และจากกฎหมายดังกล่าวนี้จะทำให้บุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญยังก่อให้เกิดข้อจำกัดแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย ประกอบด้วย ข้อจำกัดในทางรูปแบบอันได้แก่ การออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย (Zitiergebot) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในทางเนื้อหาอันได้แก่ **หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใดหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot)** และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ (Wesengehaltsgarantie) โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhaeltnis maessigkeit) นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค (Gleichheitssanz) ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายนิติบัญญัติในรูปของการให้ฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการและเป็นข้อจำกัดต่อฝ่ายนิติบัญญัติของการไม่กระทำการนี้ย่อมก่อให้เกิดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นการสร้างหลักประกันให้แก่สิทธิและเสรีภาพในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ละเมิดต่อหลักการอันเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าว โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความเป็นอิสระในการบัญญัติกฎหมายเพื่อประโยชน์มหาชน จึงอาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ควรจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระในการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งจะต้องบรรลุประโยชน์มหาชนควรมีมาตรการใดที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการบรรลุมาตรการดังกล่าว โดยศาลจะตรวจสอบในกรณีเหล่านี้เมื่อเป็นกรณีที่ขัดกับความสมเหตุสมผลอย่างชัดแจ้งเท่านั้น³³⁶

³³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , (พิมพ์ครั้งที่ 5) , กรุงเทพฯ : วิทยุชน ,

ด้วยเหตุนี้ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte) จึงถือเป็นหลักการอันเป็นรากฐานสำคัญของหลักนิติรัฐและมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายล้วนยอมรับและให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ซึ่งการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนของปวงชนตามหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงและยึดโยงต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อมุ่งหมายในการควบคุมตรวจสอบอำนาจแต่ละอำนาจซึ่งกันและกันเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองโดยหลักประกันที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากมิให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อันเป็นหลักความผูกพันของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ³³⁷ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วางแนวคำวินิจฉัยถึงหลักความเสมอภาคทั้งหลักความเสมอภาคทั่วไปและและหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอันเป็นภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน³³⁸ โดยสิทธิในเสรีภาพ (Freiheitsrecht) กับสิทธิในความเสมอภาค

2558 , หน้า 76-79

³³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ , หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ , (พิมพ์ครั้งที่ 2) , กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2547 , หน้า 26-27

³³⁸ คดี BVerfGE 13.167 (1961) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วางแนวคำวินิจฉัยถึงหลักความเสมอภาคทั่วไป (Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz) ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญในคดีภาษีป้องกันเพลิง ศาลรัฐธรรมนูญได้พิพากษากรณีการตรากฎหมายการเก็บภาษีป้องกันเพลิงเฉพาะจากผู้ที่มิหน้าที่ต้องปฏิบัติงานป้องกันเพลิงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การเก็บภาษีป้องกันเพลิงดังกล่าวเป็นการเก็บภาษีเพื่อทดแทนภาระหน้าที่ในการปฏิบัติงานป้องกันเพลิงซึ่งมีลักษณะเฉพาะในตัวของตัวเอง กรณีนี้องค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายกำหนดหน้าที่ในการป้องกันเพลิง (Feuerwehrdienst-pflicht) บุคคลที่มีหน้าที่ดังกล่าวสามารถปลดเปลื้องภาระตามกฎหมายได้ด้วยการเข้าปฏิบัติงานป้องกันเพลิงหรือมิฉะนั้นก็ชำระภาษีป้องกันเพลิงเป็นการทดแทน การกำหนดภาระหน้าที่ดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 12 วรรคหนึ่งประโยคที่หนึ่ง เพราะหน้าที่ดังกล่าวถือว่าเป็นหน้าที่ทั่วไปและเสมอภาคสำหรับบุคคลทุกคนแล้วตามความหมายของกฎหมาย

(Gleichheitsrecht) ถือได้ว่าเป็นรากฐานอันสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³³⁹ อันเป็นส่วนที่สำคัญของสิทธิและเสรีภาพของรัฐเสรีประชาธิปไตย³⁴⁰ โดยศาลแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยยอมรับว่า

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า การตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวก็ไม่ขัดกับหลักแห่งความเสมอภาคดังที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเก็บภาษีป้องกันเพลิงมีลักษณะเป็นการกระจายภาระความรับผิดชอบที่บุคคลมีต่อสาธารณชนอย่างเหมาะสม โดยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อภิปรายเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความเสมอภาคระหว่างชายหญิงในคำพิพากษานี้ หลังจากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้รับเรื่องการเก็บภาษีป้องกันเพลิงดังกล่าวไว้พิจารณาและได้มีคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. 1994 ว่ากฎหมายการเก็บภาษีป้องกันเพลิงขัดต่ออนุสัญญาเพราะกระทบต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะภาษีดังกล่าวจัดเก็บเฉพาะจากผู้ชายเท่านั้น และหลักการห้ามบังคับการทำงาน เนื่องจากในทางปฏิบัติมีอาสาสมัครป้องกันเพลิงจำนวนมากเพียงพอจนไม่ต้องการบังคับให้บุคคลอื่นมาปฏิบัติงานป้องกันเพลิงอีก ดังนั้นจึงไม่มีเหตุที่รัฐจะเก็บภาษีป้องกันเพลิงเพื่อทดแทนหน้าที่ในการปฏิบัติงานป้องกันเพลิง ซึ่งต่อมาใน ค.ศ. 1995 ศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์คณะที่หนึ่งได้พิพากษากลับแนวคำพิพากษาของตนโดยพิพากษาว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับภาษีป้องกันเพลิงในรัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันเพลิงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสาม ซึ่งรับรองความเสมอภาคของชายและหญิงไว้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการปฏิบัติต่อชายและหญิงแตกต่างกันย่อมกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ หากปรากฏว่าความแตกต่างระหว่างชายและหญิงในเรื่องนั้นเป็นความแตกต่างที่เกิดขึ้นโดยสภาวะธรรมชาติ แต่กรณีดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาจากการกำหนดหน้าที่ในการป้องกันเพลิงแล้วไม่พบว่าชายและหญิงมีสภาวะตามธรรมชาติที่แตกต่างกันอย่างไร ในกรณีที่กำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ชายก็ต้องการกำหนดหน้าที่ให้แก่หญิงเช่นกัน จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์คณะที่หนึ่งในปี ค.ศ. 1995 นี้ได้ใช้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติเฉพาะเรื่องเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา อาจกล่าวได้ว่า การกลับแนวคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องภาษีป้องกันเพลิงเป็นเพราะศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำพิพากษาเดิมของตนไม่พึงดำรงคงอยู่ได้อีกต่อไป เพราะไม่สมเหตุผลสมผลในทางทฤษฎีว่าด้วยหลักความเสมอภาคนั่นเอง , วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ , รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : มิสเตอร์ก๊อปปี , 2550) หน้า 61-64

³³⁹ คดี BVerfGE 7.209 (1992) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยในคดี Horror Film Decision อธิบายคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ตอนหนึ่งว่า “หลักพื้นฐานศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่เพียงมีอยู่กับปัจเจกชนแต่ละคนเท่านั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังมีอยู่กับมนุษยชาติทั้งหมด บุคคลทุกคนย่อมมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงอุปนิสัยความสำเร็จ หรือสถานะทางสังคม บุคคลซึ่งไม่สามารถปฏิบัติโดยนัยเช่นนั้นได้ เนื่องจากกายภาพหรือสภาพจิตใจ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะเป็นการสิ้นสุดความไม่มีศักดิ์ศรีในพฤติกรรมแต่อย่างใดไม่ ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมไม่อาจสละทิ้งจากความเป็นมนุษย์ได้” จากคำอธิบายข้างต้นดังกล่าวเป็นการอธิบายให้เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้ขึ้นอยู่กับคุณค่าและฐานะทางสังคมของบุคคล แต่ขึ้นอยู่กับความมีศักดิ์ศรีที่มีอยู่ตามธรรมชาติที่ติดตัวกับมนุษย์โดยเกิดไม่อาจจะโอนแก่กันได้ตราบเท่าที่ยังมีชีวิตอยู่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญอันเป็นความคิดและที่มาของการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

³⁴⁰ คดี BVerfGE 30.173 (1994) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยในคดี Mephisto ว่า หลักการตามบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันถือว่าเป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงนั้น กรณีย่อมเป็นการไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากบุคคลนั้นในขณะที่เขามีชีวิตอยู่เขาได้รับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขา แต่เมื่อบุคคลนั้นตายไปแล้วเขากลับถูกลดศักดิ์ศรีหรือถูกทำให้ได้รับความเสื่อมเสียภายหลังจากความตายของบุคคลนั้น ดังนั้น ความผูกพันที่จะต้องใช้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ผูกพันอำนาจรัฐตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้น ความผูกพันดังกล่าวของรัฐต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้สิ้นสุดลงพร้อมกับความตายของบุคคลนั้นแต่อย่างใด , บรรเจิด สิงคะเนติ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 68* , หน้า 56 และ 77

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง (BVerfGE 15.149 (255)) และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย (BVerfGE 61.126 (137)) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงอาจอยู่ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ การกระทำใดหากกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วย่อมหมายถึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย³⁴¹ โดยสรุปแล้ว หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นดังหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ โดยถือหลักการที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้เอง บรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพที่ถือเป็นดังรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

3.1.4.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 45.187 กรณีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมาตรา 211 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ละเมิดต่อหลักประกันในเสรีภาพของบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³⁴²

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีวัตถุแห่งคดีของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นว่า องค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาตามมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ศาลของมลรัฐที่ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 211 ของประมวลกฎหมายอาญา (StGB) เป็นบทบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะจำเลยในคดีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา กฎหมายกำหนดให้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตโดยกฎหมายนี้มิได้เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้ การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตย่อมเป็นการละเมิดต่อหลักประกันในเสรีภาพของบุคคลและละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของจำเลย การลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา โดยสาระสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการลงโทษจำคุกตลอดชีวิต (Lebenslange Freiheitsstrafe) สำหรับความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนาตามมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ได้ให้เหตุผลว่า กรณีดังกล่าวจะต้องพิจารณาว่า การกำหนดอัตราโทษไว้อย่างเด็ดขาดย่อมเป็นการแสดงถึงหลักความแน่นอนชัดเจนและการกำหนดอัตรา

³⁴¹ ทิพรัตน์ เต็มเพชร, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามกฎหมายภายใน , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550) หน้า 57-58

³⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 65* , หน้า 104-107

โทษที่มีความเท่าเทียมกัน ตามประสบการณ์แล้วการกำหนดโทษให้แตกต่างกันของศาลต่างๆ แม้มีเงื่อนไขที่แตกต่างกันเล็กน้อยย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยทั่วไปแล้วผู้พิพากษาย่อมมีความเมตตามากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติและในบางครั้งบางคราวมีความโน้มเอียงที่จะหลีกเลี่ยงการลงโทษบทหนักที่สุดเท่าที่จะหลีกเลี่ยงได้ ระดับของความร้ายแรงของการกระทำความผิดตั้งเช่นกรณีการฆ่าผู้อื่นนั้นย่อมเป็นความมุ่งหมายที่สมเหตุผลตามหลักของความยุติธรรมกับการให้มีผลในการลงโทษทางอาญาให้มีความเท่าเทียมกันให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และเป็นที่น่าอนที่ที่จะต้องยอมรับว่า การกำหนดโทษทางอาญาไว้เป็นการเด็ดขาดตายตัวของกฎหมายสำหรับโทษทางคดีอาญาที่ร้ายแรงจะเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อเมื่อผู้พิพากษายังคงมีดุลพินิจเหลืออยู่ในการปรับข้อเท็จจริงในกรณีใดกรณีหนึ่งภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในการที่จะกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ภายใต้การพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาและแนวทางในการตีความอย่างเคร่งครัดให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของมาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาระสำคัญของการฆ่าโดยเจตนาและการฆ่าเพื่อปิดบังอำพรางการกระทำความผิดอย่างอื่นกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 211 ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) รวมทั้งการบังคับคดีให้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยหลักการพื้นฐานแล้วถือว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่จำเลยยังคงมีโอกาสที่จะได้รับการยุติการลงโทษและกลับมามีเสรีภาพดังเดิม

การนำเสนอคำวินิจฉัยในคดีนี้มุ่งหมายนำเสนอหลักการพื้นฐานของนิติรัฐในส่วนของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลโดยเฉพาะในคดีอาญาที่อาจมีการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ในการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมเพื่ออ้าโรงไว้ซึ่งหลักความยุติธรรม อันยืนยันถึงหลักความมั่นคงแน่นอนของระบบกฎหมายที่ถือเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐ อันเป็นไปตามหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อกฎหมาย และในระบบกฎหมายของประเทศที่ยึดถือข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติรัฐย่อมมีการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ โดยเรียกร้องให้รัฐต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึงความแน่นอนชัดเจน และความถาวรต่อเนื่องของกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองของรัฐ³⁴³ อีกทั้งยังปรากฏการพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนของรัฐธรรมนูญ และ

³⁴³ พีรพิชญ์ วงศ์วัฒนศานต์ , หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554) หน้า 1-3

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีตลอดจนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น จะต้องเป็นไปหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการใช้อำนาจทางตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ฝ่ายคือ อิสระจากคู่ความ (Partnerabhängigkeit) อิสระจากรัฐ (Staatsunabhängigkeit) และอิสระจากสังคม (Gesellschaftsunabhängigkeit) โดยหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ³⁴⁴ เพื่อให้การวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นไปด้วยความเที่ยงธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้นิติรัฐ

3.1.4.4 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 5.85 การยุบพรรคการเมืองที่มีการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยในคำพิพากษาในคดียุบพรรคคอมมิวนิสต์ (Kommunistische Partei Deutschlands) หรือที่เรียกว่า พรรค KPD โดยพรรคดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงอุดมการณ์คอมมิวนิสต์อันอาจเป็นภัยที่คุกคามต่อประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เมื่อศึกษาถึงพัฒนาการในการยุบพรรคการเมืองนับได้ว่าประเทศเยอรมันเป็นประเทศแรกๆ ที่ได้มีการยุบเลิกของพรรคการเมืองเกิดขึ้น โดยจากการพิจารณาถึงที่มาของคำวินิจฉัยนี้จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ที่ได้วางหลักเกณฑ์พื้นฐานว่า โครงสร้างภายในของพรรคการเมืองจะต้องเป็นไปตามหลักการประชาธิปไตย³⁴⁵ โดยที่รัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับก่อนๆ ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพรรคการเมืองเลย จนเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ต้องบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ และเนื่องจากการได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง คือไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสมาคม และการยกเลิกพรรคการเมืองจะกระทำได้แต่โดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแยกแยะให้ได้ว่า กลุ่มการเมืองใดเป็นพรรคการเมืองและกลุ่มการเมืองใดไม่ใช่พรรคการเมือง

³⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) หน้า 17-18

³⁴⁵ มาตรา 21 อนุมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “พรรคการเมืองต้องมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนและก่อตั้งขึ้นได้โดยเสรี การจัดองค์กรภายในพรรคการเมืองต้องเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย และพรรคการเมืองต้องชี้แจงทรัพย์สิน แหล่งที่มาและการใช้เงินทุนของพรรคการเมือง”

กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองของเยอรมันจึงบัญญัติถึงลักษณะของพรรคการเมืองไว้³⁴⁶ โดยถือว่าการส่งคนเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็นสาระสำคัญที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแยกพรรคการเมืองออกจากกลุ่มการเมืองอื่นๆ อันถือเป็นการเข้าร่วมสร้างเจตจำนงทางการเมืองที่เดียว³⁴⁷ ภายใต้หลักการตามกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ของเยอรมันที่ว่าด้วยการได้มาของอำนาจรัฐจะได้รับมอบหมายจากประชาชนโดยผ่านกระบวนการเลือกตั้งอันเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งแม้ว่าการที่ประเทศเยอรมันจะให้ความสำคัญในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมากและเป็นสิ่งที่ดีที่เกิดขึ้นในรัฐเสรีประชาธิปไตย แต่ในขณะเดียวกันการที่พรรคการเมืองมีสิทธิและเสรีภาพจนเกินไปจึงเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้พรรคการเมืองที่มีระบอบการปกครองแบบเผด็จการแฝงเข้ามาตามวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างระบอบประชาธิปไตย ดังจะเห็นได้ว่าการยุบพรรคการเมืองนั้นแสดงให้เห็นถึงระบบป้องกันตนเองที่สามารถโต้ตอบกับสิ่งที่เป็ปฏิบัติของระบอบประชาธิปไตย³⁴⁸ โดยหลักการห้ามพรรคการเมืองหรือการยุบพรรคการเมืองถือเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้มีประสิทธิภาพ โดยประเด็นปัญหาระหว่างการขัดกันของการห้ามพรรคการเมืองตามมาตรา 21 อนุมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานกับหลักทั่วไปของเสรีประชาธิปไตยได้ถูกหยิบยกขึ้นวินิจฉัยในคำพิพากษาในคดียุบพรรค KPD (Kommunistische Partei Deutschlands) ดังกล่าวนี้อันแสดงให้เห็นถึงหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตัวเองและหลักการในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้มีผลผูกพันต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากในอดีตที่ผ่านมา การยุบพรรคการเมืองในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เกิดขึ้นเพียง 3 ครั้ง โดยปรากฏจากพัฒนาการในการยุบพรรคการเมืองครั้งแรกในสมัยของพรรคนาซี ซึ่งมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า พรรคกรรมกรเยอรมันแนวชาติสังคมนิยม (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei) หรือเรียกว่า พรรค NSDAP โดยพรรคนี้มีอุดมการณ์ในการปฏิเสธการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาและมีบทบาทสำคัญในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง โดยอาศัยรูปแบบของการเป็นพรรคการเมืองแฝงกายเข้ามาโดยมุ่งหมายทำลายระบอบการปกครองของ

³⁴⁶ โปรดดู คำอธิบายของพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญเยอรมันปัจจุบันใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 7* , หน้า 148-151

³⁴⁷ BVerfGE 24.269 (264)

³⁴⁸ มาตรา 21 อนุมาตรา 2 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “พรรคการเมืองที่พยายามทำลายหรือล้มล้างระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย หรือพยายามทำให้เกิดอันตรายต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ด้วยเหตุผลทางเป้าหมายของตนหรือพฤติกรรมของผู้สนับสนุนตน ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐมีหน้าที่วินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

ประชาธิปไตยแบบรัฐสภา³⁴⁹ และในเวลาต่อมา คือ ในปี ค.ศ. 1951 ที่รัฐบาลเยอรมันยื่นคำร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เพื่อขอให้มีคำสั่งยุบพรรคการเมือง คือ Sozialistische Reichspartei หรือ SRP อันเป็นพรรคการเมืองที่รับช่วงต่ออุดมการณ์ของนาซี โดยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แสดงให้เห็นว่าได้พิจารณาเรื่องนี้เป็นสองขั้น ขั้นแรก คือ ศาลรัฐธรรมนูญรับรู้ถึงควมไร้ผลของสาธารณรัฐไวมาร์ในการต่อต้านนาซี ซึ่งเข้ากุมอำนาจรัฐโดยวิธีการที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และขั้นที่สอง คือ การเข้าสู่อำนาจรัฐโดยวิธีที่ไม่เป็นมิตร ไม่ว่าจะจากฝ่ายซ้ายหรือฝ่ายขวาในสังคมล้วนเป็นสิ่งชั่วร้ายที่ต้องหลีกเลี่ยงทั้งสิ้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งยุบพรรค SRP โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญตอบคำถามว่าอะไรคือ การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งมาตรา 21 (2) ต้องการปกป้อง และสรุปว่าพรรคการเมืองนี้มีลักษณะเป็นองค์กรที่ไม่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากศาลเห็นว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรค SRP ไม่สามารถรักษาสีทิวของตนเองในการทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติได้และมีการเชื่อมโยงกับพรรคนาซีอย่างชัดเจน อาทิ การรับสมาชิกเฉพาะผู้จงรักภักดีต่อนาซีเดิม และต่อมาในปี ค.ศ. 1956 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้มีคำสั่งยุบพรรค KPD (Kommunistische Partel Deutschlands) ขึ้นมาอีกครั้ง โดยคดีพรรค KPD ศาลรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการตามบรรทัดฐานเดียวกันกับในคดีพรรค SRP เพียงแต่ได้เพิ่มเติมขึ้นว่า “เพียงแต่ความคิดต่อต้านการปกครองนั้นไม่เพียงพอในการจะบอกว่าพรรคการเมืองนั้นขัดรัฐธรรมนูญ หากแต่ต้องมีการกระทำที่ไม่เป็นมิตรและมุ่งต่อผลด้วยเพียงแต่การกระทำที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าเพียงพอที่จะยุบพรรคได้นั้น ไม่ต้องถึงขั้นเป็นการกระทำผิดกฎหมายที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญ เพียงแต่พรรคการเมืองต้องมีความพยายามเช่นนั้นก็เพียงพอแล้ว” เมื่อพิจารณาแล้ว แม้เยอรมนีจะเคยได้รับผลร้ายจากพรรคการเมืองจนต้องมีกฎหมายควบคุมพรรคการเมืองที่ละเอียดครอบคลุม แต่ก็มิได้ทำให้การยุบพรรคการเมืองนั้นเป็นไปได้โดยง่าย โดยเยอรมันตระหนักในความสำคัญของพรรคการเมืองในฐานะสถาบันทางการเมืองสถาบันหนึ่งและพยายามสร้างสมดุลระหว่างสิทธิทางการเมืองของประชาชนกับการดำรงอยู่ของรัฐและประชาธิปไตย การยุบพรรคการเมืองจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบถึงลักษณะหรือจิตวิญญาณของพรรคการเมืองนั้นให้ถ่องแท้ว่าพรรคการเมืองดังกล่าวขัดต่อการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยจริง มีทั้งการกระทำตลอดจนอุดมการณ์พรรคและโครงสร้างพรรคที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงจะวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้³⁵⁰

³⁴⁹ สิรินาถ วิสุทธีวัชรกุล , ปัญหาการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 85-88

³⁵⁰ เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง , การยุบพรรคการเมืองเนื่องจากการกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งของผู้บริหารพรรคการเมืองเป็นอันตรายต่อประชาธิปไตย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1276>

พรรคการเมืองแม้อาจเป็นองค์กรที่เกิดจากการใช้สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันของประชาชนในระบบเสรีประชาธิปไตย จากสภาพเสมือนศูนย์รวมของการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนอันเป็นหลักการเคารพเจตจำนงของรัฐโดยประชาชนตามหลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน การคุ้มครองหลักประกันแห่งเสรีภาพและความเสมอภาค การประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในลักษณะต่างๆ ตามพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเสรีภาพในการก่อตั้งพรรคการเมืองแต่อย่างไรก็ดีจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ที่วางหลักการกำหนดเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองไว้ พรรคการเมืองใดที่มีความมุ่งหมายเพื่อขัดขวางการปกครองในระบบประชาธิปไตยหรือเป็นภัยต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ย่อมถือได้ว่าพรรคการเมืองนั้นมีวัตถุประสงค์ไม่สอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ พรรคการเมืองนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ และการมอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษาให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่า กรณีใดบ้างที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และมีเพียงคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้นที่จะสั่งให้ยุบเลิกพรรคการเมืองได้³⁵¹ และจะเห็นได้ว่า ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และกฎหมายอันได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1993 และรัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง ค.ศ. 1994 ได้บัญญัติรับรองอำนาจในการยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้อย่างเป็นระบบ³⁵² อันเป็นการยืนยันถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการยุบพรรคการเมืองที่มีการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญและยืนยันสถานะขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยเสรีและหลักคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิด

อนึ่งนอกจากที่ได้หยิบยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยสำคัญที่สะท้อนถึงนิติรัฐในทางรูปแบบและเนื้อหาอาทิ หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักการประสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี หลักความเป็นอิสระของตุลาการ รวมถึงการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการเป็นองค์กรพิทักษ์หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยในการยุบเลิกพรรคการเมืองดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้มีการนำหลักการย่อยต่างๆ ของนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยอื่นๆ ดังตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้ อาทิ

³⁵¹ สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว , ปัญหาการยุบพรรคการเมืองที่กระทบต่อเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) หน้า 34-40

³⁵² ปัญญา อุดชาชน และวุฒิเลิศ เทวกุล , รายงานการวิจัย เรื่อง อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมือง : กรณีศึกษาประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศไทย , สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา , (พฤษภาคม 2547) , หน้า 125-130

หลักการแบ่งแยกอำนาจ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่ BVerfGE 36, 1,14 f. คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญในพรมแดนทางการเมือง (Judicial self-restraint ; political-question-doctrine) โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับหลักการดังกล่าวมาใช้ในบางกรณีและระบุไว้อย่างชัดเจนในบางคำพิพากษา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะใช้หลัก Judicial self-restraint ในการจำกัดอำนาจตนเองเสมอ โดยเฉพาะในพรมแดนที่เกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตัดสินใจทางการเมือง อันเป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะเคารพอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยพรมแดนที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะให้ความเคารพการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่เสมอคือกรณีกิจการต่างประเทศ (Auswärtige Gewalt) และกิจการทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในพรมแดนเกี่ยวกับการใช้อำนาจในทางระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดในคดีสนธิสัญญาระหว่างอดีตเยอรมันตะวันตกและอดีตเยอรมันตะวันออกเกี่ยวกับการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างสองประเทศ (Grundlagenvertrag) เมื่อวันที่ 37.7.1973 ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างเยอรมันตะวันตก (BRD) และเยอรมันตะวันออก (DDR) โดยรัฐบาลของมลรัฐบาเยิร์นผู้ฟ้องคดีเห็นว่า สนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออก ซึ่งมีเนื้อหาเป็นกฎหมาย (Vertragsgesetz) ตามมาตรา 93 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นสัญญาที่ยอมรับสถานะความเป็นรัฐเอกเทศของเยอรมันตะวันออก จึงเป็นการขัดกับหลักการรักษาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ (Die Wahrung der staatlichen Einheit Deutschlands) และขัดกับข้อเรียกร้องเรื่องการรวมประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (Grundgesetzliche Wiedervereinigungsgebot) จึงมาฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 วรรคหนึ่งข้อ 2 ของกฎหมายพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่วินิจฉัยว่าสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างสองประเทศดังกล่าวนี้ขัดกับกฎหมายพื้นฐานหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้ยอมรับ และเน้นย้ำอำนาจตัดสินใจทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติว่า “แม้หลักว่าด้วยความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐและข้อเรียกร้องเรื่องการรวมประเทศ จะเป็นหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจในการตัดสินใจเลือกกว่า วิธีการใดที่จะนำไปสู่การรวมประเทศอย่างถูกต้องและชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่สุดนั้น เป็นอำนาจตัดสินใจทางการเมืองขององค์กรที่ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมือง ซึ่งในที่นี้ได้แก่รัฐสภา อำนาจนี้เป็นอำนาจที่เป็นดุลพินิจอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจก้าวล่วงได้ โดยอำนาจเช่นว่านี้ เป็นอำนาจทางการเมืองของฝ่ายเสียงข้างมากในรัฐสภา ซึ่งศาลไม่อาจวิพากษ์วิจารณ์หรือให้ข้อสรุปเกี่ยวกับความเห็นทางการเมืองได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาตรวจสอบอำนาจตัดสินใจของฝ่ายนิติ

บัญญัติได้ในกรณีเดียวเท่านั้นคือกรณีที่เห็นได้ชัดว่า ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจไม่ชอบหรือเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือเป็นกรณีที่เห็นได้ชัดว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้นั้นขัดกับหลักการรวมประเทศอย่างชัดเจน”ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเรียกการจำกัดอำนาจตนเองในคดีนี้ว่าเป็น judicial self-restraint อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องคดีนี้ไว้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายศาลเพียงแต่ชี้ขาดว่าดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในคดีนี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น³⁵³

คำวินิจฉัยนี้ชี้ให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคารพอำนาจตัดสินใจในทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเคารพอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นพรมแดนที่ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ นับเป็นกรณีที่ศาลพิจารณาและตระหนักถึงกระบวนการในทางการเมืองสร้างเจตจำนงทางการเมืองของรัฐที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ดำเนินกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองดังกล่าวให้บรรลุผลขึ้นมาได้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางเส้นแบ่งอำนาจและยอมรับหลัก Judicial self-restraint หรือหลัก political-question-doctrine มาใช้ในระบอบกฎหมายเยอรมันซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเองได้วางบรรทัดฐานไว้ในแนวทางที่ต่างกันออกไปตามกรณี ในขณะที่ศาลจะใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเต็มที่หากว่าการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หลักการดังกล่าวนี้ถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้วางหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้อย่างเด่นชัด โดยการใช้อำนาจตุลาการของศาลจะจำกัดตนเองโดยวางขอบเขตในการให้ความเคารพอำนาจตัดสินใจในพรมแดนทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ใช้อำนาจเกินไปกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น นับเป็นการยอมรับบทบาทและรักษาขอบเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตุลาการและองค์กรนิติบัญญัติโดยไม่ก้าวล่วงขอบเขตอำนาจหน้าที่ซึ่งกันและกัน อันเป็นความตระหนักคำนึงถึงความรับผิดชอบในทางประชาธิปไตยโดยเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติในทางการเมือง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่ BVerfGE 4, 157 ff. คำวินิจฉัยนี้เป็นคดี Saarurteil เมื่อวันที่ 4.5.1955 ได้รับคดีตัดสินชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเกี่ยวกับสถานะของเขต Saar (Saargebiet) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาตามความหมายในมาตรา 59 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานไว้พิจารณา ผู้ฟ้องคดีนี้ได้แก่สมาชิกรัฐสภาจำนวน 174 ท่าน โดยผู้ฟ้องคดีมีความเห็นว่า สัญญาที่มีสถานะเป็นกฎหมายตามมาตรา 59 วรรคสองกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งใน

³⁵³ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 62 , หน้า 119-120

แก่กระบวนการตราและในแง่เนื้อหา โดยยื่นคำร้องให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) ตามมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 2 ของกฎหมายพื้นฐาน โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันยืนยันว่า ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับประเทศอื่นได้ว่า สนธิสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายดังกล่าวนั้นตราขึ้นโดยกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสามารถตรวจสอบเนื้อหาได้ว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยในแง่เนื้อหาของสัญญานั้นผู้ฟ้องคดีนี้มีความเห็นว่าสนธิสัญญาที่ลงนามโดยรัฐบาลเยอรมันกับประเทศฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาที่มอบสถานะพิเศษให้เขต Saar ดังนั้นจึงกระทบหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ซึ่งได้รับคำร้องไว้พิจารณา ได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างประเทศในทุกประเด็น และท้ายที่สุดมีคำวินิจฉัยว่าสนธิสัญญาระหว่างรัฐทั้งสองนั้นไม่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ก็ไม่ได้จำกัดอำนาจตนเองเพียงแต่พิพากษาว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลทำขึ้นนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ให้ข้อสรุปไว้ในตอนท้ายของคำพิพากษาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศไว้ว่า “เมื่อองค์กรที่มีหน้าที่ในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้ให้คำอธิบายว่า ไม่มีวิธีการทางการเมืองอื่นที่ดีไปกว่าวิธีการที่เลือกใช้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องจำกัดอำนาจการตรวจสอบของตนเองเอาไว้ トラบเท่าที่วิธีการของฝ่ายการเมืองเช่นนั้นยังไม่เกินขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายการเมืองเอง ในกรณีนี้ก็เช่นเดียวกันเมื่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นนั้นยังไม่เกินขอบเขตอำนาจดุลพินิจของฝ่ายการเมืองก็จะไม่สามารถกล่าวได้ว่า สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยแม้สนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นจะถูกรื้อถอนหรือพิจารณาทางการเมืองหรือไม่ หรือแค่นั้น เป็นปัญหาที่อยู่นอกเหนือการวินิจฉัยประเด็นทางกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณา”³⁵⁴ คำวินิจฉัยนี้ชี้ให้เห็นถึงกรณีศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างรัฐอันเป็นข้อผูกพันมีผลบังคับใช้ระหว่างรัฐต่อรัฐ นับเป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐในทางระหว่างประเทศที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาที่ถือเป็นไปตามหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในการควบคุมมิให้บรรดาการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายและการควบคุมไม่ให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

354 เติ้งอ่าง , หน้า 120-121

หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่ BVerfGE 19, 342³⁵⁵ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในเรื่องเหตุแห่งการออกหมายจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 (3) ที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยไว้ในปี ค.ศ. 1965 ในคดีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่า ตัวผู้ที่มาร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยนั้นได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาและได้ถูกศาลมลรัฐแห่งเมือง Hamburg ออกหมายจับ แม้ว่าจะยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งออกหมายจับดังกล่าวต่อศาลสูงสุดแห่งมลรัฐของเมือง Hamburg แต่ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐของเมือง Hamburg ได้มีคำพิพากษายืน โดยให้เหตุผลว่าฐานความผิดที่ผู้อุทธรณ์ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดนั้นเป็นฐานความผิดที่ร้ายแรง จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุแห่งการออกหมายจับตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 (2) แต่อย่างใด ซึ่งได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า หากเป็นความผิดอาญาร้ายแรงตามที่ระบุไว้แล้ว ไม่จำเป็นต้องมีเหตุแห่งการออกหมายจับตามมาตรา 112 (2) อีกทั้งสามารถออกหมายจับได้เลย ผู้ร้องจึงได้มายื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐของเมือง Hamburg ว่าการตีความกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าวของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐของเมือง Hamburg ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวในเรื่องของเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 2 (2) ผู้ร้องทราบถึงการสืบสวนสอบสวนในเรื่องที่ถูกกล่าวหามาเป็นระยะเวลา 5 ปีแล้วและไม่เคยมีพฤติการณ์ในการที่จะหลบหนี เพราะมาพบเจ้าหน้าที่ทุกครั้งที่เราเรียก และพร้อมที่จะปฏิบัติตามคำสั่งศาลทุกประการ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประเด็นของเรื่องการขังระหว่างสอบสวน ในด้านหนึ่งเป็นการขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและหลักสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ แต่อีกด้านหนึ่งก็เป็นเรื่องประโยชน์ของรัฐในการที่จะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ซึ่งการปะทะกันของประโยชน์ทั้งสองสิ่งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแก้ปัญหาโดยใช้หลักสัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit) ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าหลักสัดส่วนดังกล่าวเป็นหลักนิติรัฐ และได้นำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า เสรีภาพของปัจเจกชนสามารถที่จะถูกจำกัดได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ของรัฐเท่านั้น แต่การจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนดังกล่าวจะถือว่าทำได้แม้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐก็ต่อเมื่อในด้านหนึ่งนั้น มีข้อสงสัยตามควรว่า มีการกระทำความผิดของผู้ต้องสงสัยที่มีฐานมาจากข้อเท็จจริงที่ชัดเจน ในอีกด้านหนึ่งการสืบสวนสอบสวนหาการกระทำความผิดและการลงโทษตัวผู้กระทำความผิดให้ได้โดยเร็วนั้นไม่อาจที่จะบรรลุผลได้ หากไม่ได้ขังผู้ต้องสงสัยไว้ชั่วคราว การขังตัวผู้ต้องสงสัยไว้หากไม่ได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้วถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจ

355

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , ศาลยุติธรรมกับการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1516085792.pdf

ทำได้ ในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ดังกล่าวผู้พิพากษาพึงตระหนักอยู่เสมอว่าในการออกหมายจับที่จะมีผลให้ต้องขังผู้ต้องสงสัยไว้ชั่วคราวนั้นได้เป็นไปได้ไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ หากไม่บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวแล้วก็ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักสัดส่วน และจากเหตุผลดังกล่าวนี้เองศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยตามประเด็นปัญหาของเรื่องว่า เฉพาะแต่ความร้ายแรงของการกระทำความผิดจึงไม่ใช่เหตุที่จะทำให้สามารถที่จะขังผู้ต้องสงสัยไว้ได้ แม้ว่าตามตัวบทของมาตรา 112 (3) จะบัญญัติให้สามารถที่จะออกหมายจับไว้ได้แม้ว่าจะไม่มีเหตุแห่งการออกหมายจับตามมาตรา 112 (2) ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวว่า “ความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่กระทำต่อชีวิตมนุษย์หรือความผกน้อยของความชั่วร้ายของตัวผู้กระทำความผิด (ที่ยังไม่ได้รับการยืนยัน) เหตุผลสองสิ่งนี้ไม่ใช่เหตุที่จะมาอ้างเพื่อที่จะจับตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไว้ได้...ในทางกลับกันจะต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าหากไม่จับตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแล้ว จะไม่อาจที่จะค้นหาการกระทำความผิดและลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวได้โดยเร็ว ความสงสัยว่าจะหลบหนีหรือไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานแม้จะปราศจากการพิสูจน์ในทางข้อเท็จจริงอย่างชัดเจน ก็ถือว่าเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะออกหมายจับได้” ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำสั่งยกเลิกคำสั่งออกหมายจับของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐ Hamburg เนื่องจากขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 2 (2) รัฐธรรมนูญเยอรมัน การตีความดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นการตีความให้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 112 (3) สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในกรณีที่มีข้อสงสัยตามควรว่ามีการกระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามที่ระบุไว้ในมาตรา 112 (3) แล้ว จะสามารถออกหมายขังระหว่างสอบสวนได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับตามมาตรา 112 (2) เพียงแต่ความชัดเจนของข้อเท็จจริงในเรื่องของเหตุแห่งการออกหมายจับไม่จำเป็นต้องชัดเจนเท่ากับกรณีตามมาตรา 112 (2) แต่อย่างใด

การใช้และการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกรณีดังกล่าวนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญในทางประกันสิทธิแก่บุคคลตามหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยได้กล่าวถึงหลักสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์ที่เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้กรอบแห่งการใช้อำนาจรัฐในระบบนิติรัฐอันผูกพันต่อระบบกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิประการสำคัญ คือสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีหรือที่เรียกว่าสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากการศึกษาจุดเด่นของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการวางหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมแล้วเห็นได้ว่า ในกระบวนการยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญได้ปรากฏหลักการดังกล่าวภายใต้รูปแบบของคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) กล่าวคือ คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจัดเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกที่ศาลรัฐธรรมนูญนำไป

ปรับใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งบุคคลใดอ้างว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือโดยคำพิพากษาของศาล บุคคลนั้นชอบที่จะยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้³⁵⁶ การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชนตามมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 a และ 4 b แห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตรา 13 ข้อ 8 a แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาข้อร้องเรียนของประชาชนซึ่งมีชื่อเรียกในภาษาเยอรมันว่า Verfassungsbeschwerde อันเป็นชื่อที่กฎหมายพื้นฐานใช้เรียกการฟ้องคดีของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (la cour constitutionnelle federale) ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยการฟ้องคดีในมาตราดังกล่าวเป็นการฟ้องคดี “พิเศษ” ที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้เป็นการเฉพาะโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติรับรองไว้ไม่ให้ถูกละเมิดจากอำนาจรัฐ (la puissance publique) **ฐานทางกฎหมายของการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ** บัญญัติไว้ในมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a แห่งกฎหมายพื้นฐานว่า บุคคลใดก็ตาม (quiconque) ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของอำนาจรัฐต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดเอาไว้ เป็นผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ของการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยการฟ้องคดีจะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐและมีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจะต้องใช้โดยฝ่ายปกครองของเยอรมันที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายภายใน หรืออาจเป็นเอกชนที่ได้รับมอบอำนาจรัฐจากฝ่ายปกครองก็ได้ ส่วนสิ่งที่จะนำมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น อาจเป็นรัฐบัญญัติ กฎระเบียบของฝ่ายปกครอง **การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ** (actes legislatifs) หรือแม้กระทั่ง**คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล** (decisions de justice) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ศาลยุติธรรมก็ไม่สามารถตรวจสอบได้ ดังนั้น เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถฟ้องร้องได้โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติม คือ การกระทำที่จะนำมาฟ้องร้องได้จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบ (leser) ต่อผู้ฟ้องคดีโดยตรง (en personne) โดยผลกระทบโดยตรงนี้จะต้องเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นทันที (immediate) และเป็นผลกระทบที่ยังมีอยู่ (actuelle) ในขณะที่มาฟ้องคดี ซึ่งเมื่อมีการฟ้องคดีต่อ

356

อภิวัฒน์ สุตสาว , ปัญหาในทางปฏิบัติของการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCkeditor/upload/Image/b/think/think15.pdf>

ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะพิจารณาถึงเงื่อนไขเหล่านี้อย่างเคร่งครัด³⁵⁷ จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ถือว่าเป็นต้นแบบของกระบวนการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นจุดเด่นอันเป็นลักษณะเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่บรรดาประเทศทั่วโลกในหิบบยกนำไปปรับใช้ในการสร้างกลไกทางรัฐธรรมนูญรองรับกระบวนการดังกล่าว ที่สร้างเสริมกลไกในการการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes) กล่าวคือ สะดวก รวดเร็ว เป็นธรรม และทั่วถึง ที่ถือเป็นสิทธิประการหนึ่งซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติรองรับให้แก่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจรัฐ (Akte der öffentlichen Gewalt) โดยไม่เป็นธรรม โดยการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามที่มีส่วนได้เสียร้องขอเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้น โดยเป็นที่ยอมรับว่าการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการเป็นระบบการควบคุมที่อำนวยความสะดวกและให้หลักประกัน ตลอดจนคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนได้ดีที่สุด³⁵⁸ ที่ศาลยึดถือแนวปฏิบัติหรือปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรการในการคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรอง อันเป็นไปตามหลักนิติรัฐที่แสดงถึงความโปร่งใส ภายใต้หลักการประชาธิปไตย หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนับเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา (Right of Accused) จัดเป็นหลักการสำคัญของหลักการดำเนินคดีที่เป็นธรรม (Right to Fair Trial) ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในระดับนานาชาติ ภายใต้แนวความคิดของรัฐที่มีการปกครองโดยนิติรัฐในทางเนื้อหาที่มุ่งเน้นในการเรียกร้องให้รัฐต้องมีการประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน โดยกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และมีผลผูกพันต่อองค์กรใช้อำนาจรัฐรวมทั้งเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้องบนหลักการที่เคารพการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นไปตามหัวใจสำคัญของแนวความคิดการปกครองโดยหลักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของศาลที่มีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายในการใช้อำนาจตุลาการซึ่งมีภารกิจเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนให้เป็นไปได้ด้วยความเที่ยงธรรม ถูกต้อง และรวดเร็ว มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อย่างเสมอภาค

³⁵⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 48*

³⁵⁸ ณีภูษล สกุลเมฆา , *ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในคดีปกครองเยอรมัน* , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act292.pdf>

และเท่าเทียมกัน ตลอดจนการให้ ความสำคัญกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนให้มีความสะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิแก่ประชาชน³⁵⁹

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ที่ BVerfGE 2, 266 (1953) คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยวางแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) อันเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1953 ว่า “หลักการที่ไม่ประกาศความเสียหายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายถ้าหากสามารถตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานความสอดคล้องระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เป็นข้อสันนิษฐานที่เรียกร้องการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหากกรณีเป็นที่สงสัยวัตถุประสงค์ของการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมีความชัดเจนในตัวเอง” การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจึงต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้หลายนัย ให้ตีความไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Presumption of constitutionality) โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ แต่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเอง อันเป็นการวางบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้มีบทบาทเป็นเพียงผู้พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทเป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันศาล องค์การของรัฐ และพลเมืองอีกด้วย ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนบทบาทจากเดิมที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ซึ่งวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับหรือเสียหาย (invalidity-nullity) มาเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่ขยายอำนาจออกไปมากขึ้นและมีบทบาทเชิงรุกในการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ไม่เพียงแต่มีอำนาจเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจในการสงวนรักษากฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นอีกด้วย เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความกฎหมาย

³⁵⁹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง , บทบาทศาลยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 3

ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ³⁶⁰ คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบทบาทในฐานะผู้ใช้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญโดยยืนยันถึงสถานะองค์กรผู้พิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งนับเป็นแนวความคิดพื้นฐานที่สำคัญของระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและจัดได้ว่าเป็นหัวใจของหลักการปกครองโดยระบบนิติรัฐโดยแท้

โดยสรุปแล้ว แนวคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันสะท้อนต่อรากฐานแห่งจิตวิญญาณของชาติเยอรมันที่มีเจตจำนงในการให้ความสูงสุดต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งก็คือ สิทธิขั้นมูลฐาน (The Basic Right) อันได้แก่ สิทธิในเรื่องอิสรภาพ เพื่อป้องกันมิให้พลเมืองถูกรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ สิทธิขั้นมูลฐานนี้เป็นสิทธิที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ทันที ให้ความคุ้มครองเกียรติภูมิของมนุษย์ชน ให้สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ได้อย่างเสรี การวางหลักให้ประชาชนมีสถานะเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ให้เสรีภาพในเรื่องความเชื่อและการนับถือศาสนา ให้สิทธิในการแสดงความคิดเห็นโดยเสรี ให้ความคุ้มครองในเรื่องคู่สมรสและครอบครัว ให้ประชาชนมีเสรีภาพในการชุมนุม การตั้งสมาคมในการเคลื่อนไหวได้อย่างเสรีทั่วสหพันธ์ เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง การมีอิสรภาพในการเลือกอาชีพ ให้ความคุ้มครองที่พหุภาคีและทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิ่งที่แสดงถึงการให้คุณค่าและให้ความสำคัญแก่ความเป็น “คนเยอรมัน” ก็คือ การที่รัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้ยกเลิกในเรื่องโทษประหารชีวิต (มาตรา 102) โดยความสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ คือ การกำหนดให้อำนาจรัฐทั้งปวงมาจากประชาชน³⁶¹ เห็นได้ว่าหลักนิติรัฐในประเทศเยอรมันได้สร้างหลักประกันแก่ประชาชนที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายพื้นฐานและรัฐธรรมนูญได้เป็นเสมือนสัญลักษณ์ที่เป็นเป้าหมายลอมรวมความเป็นอันอันเดียวของชนในชาติ โดยมีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่เป็นองค์กรพิทักษ์ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่กว่าจะได้รับการยอมรับในสังคมเยอรมันว่าเป็นสถาบันการเมืองที่ได้รับการยอมรับหรือประสบความสำเร็จมากที่สุดในบรรดาสถาบันทางการเมืองทั้งหลาย และก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมีที่ยืนทางการเมืองที่เข้มแข็งดังเช่นในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันต้องต่อสู้กับสถานการณ์ที่ยากลำบากซึ่งกระทบต่อการดำรงอยู่ของศาลเองในทางการเมืองอยู่บ่อยครั้ง สถานการณ์เช่นนั้นอาจเกิดขึ้นจากปัญหาการยอมรับร่วมกันของสังคมการเมืองเยอรมันต่อบทบาทและอำนาจหน้าที่ในทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญ หรืออาจเกิดจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาททางการเมืองในสถานการณ์ที่มีการต่อสู้กันทางการเมืองอย่างรุนแรงระหว่างพรรคการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์

³⁶⁰ สุวิวัฒน์ เจนวิฑูวงศ์, คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) หน้า 45-46

³⁶¹ รุจิรา เตชางกูร, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 40, หน้า 109-110

ต่างๆ หรือแม้กระทั่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเองในบางคำพิพากษาหรือบางช่วงเวลาที่ไม่ได้รับการยอมรับในทางเนื้อหาจากประชาชนหรือจากนักวิชาการทั้งหลาย แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ได้รับการจัดตั้งโดยผลของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานได้นับว่าเป็นต้นแบบของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในหลายๆ ประเทศในยุโรป รวมถึงในส่วนต่างๆ ของโลกและนับว่าเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจมากที่สุดในบริบทของการเปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศอื่นๆ³⁶² และถือเป็นองค์กรแม่แบบของการให้ความสำคัญกับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกนำไปเป็นแบบอย่างในการจัดทำรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้นำหลักการที่สะท้อนถึงนิติรัฐมาใช้เป็นเหตุผลของการจัดทำคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาโดยตลอดมา

3.2 ประเทศฝรั่งเศส

สังคมตะวันตกในระหว่างศตวรรษที่ 14 – 16 อันเป็นช่วงปลายยุคสมัยกลางและต้นยุคสมัยใหม่โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสได้เกิดวิวัฒนาการทางด้านสถาบันรัฐที่สำคัญหลายประการ ซึ่งเป็นการวางรากฐานของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สถาบันดังกล่าวได้แก่ ระบบภาษีอากร ระบบราชการ กองทัพ และรัฐสภา ซึ่งในช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 16 ระบบกษัตริย์ของฝรั่งเศสได้เข้าสู่ยุคที่เรียกว่า “New Monarchy” อันเป็นการสร้างรัฐสมัยใหม่โดยมีการก่อตัวของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้ระบอบรวมศูนย์อำนาจ หากแต่กษัตริย์ไม่ได้มีอำนาจในทุกเรื่อง ศาลปาเลอมองต์ซึ่งกษัตริย์สร้างมาช่วยในการปกครองยืนยันว่า กษัตริย์จะต้องเคารพกฎหมายและพยายามเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของกษัตริย์ อีกทั้งข้อจำกัดที่สำคัญของกษัตริย์ฝรั่งเศสในยุคนั้นอีกประการหนึ่งคือ การขาดแคลนเงิน ซึ่งทางออกก็คือการขายตำแหน่งในระบบราชการซึ่งเป็นตำแหน่งในระบบยุติธรรม และตำแหน่งที่เกี่ยวกับการคลังให้แก่ชนชั้นกระฎุมพี นำไปสู่การฉ้อราษฎร์บังหลวงในระบบราชการและความไร้ประสิทธิภาพ ก่อความไม่พอใจแก่ผู้นำทางศาสนาและนักทฤษฎีในทางการเมือง ซึ่งความขัดแย้งต่างๆ ในฝรั่งเศสได้ขยายปะทุขึ้นเป็นสงครามกลางเมืองในปี ค.ศ.1562 ซึ่งสะท้อนความไม่พอใจของกลุ่มชนต่างๆ ที่มีต่อความพยายามของกษัตริย์ที่จะสร้างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งสิ่งที่ทำให้สงครามกลางเมืองยุติลง คือ การที่ชนชั้นล่างเข้ามามีบทบาทในความขัดแย้งนี้ที่สนับสนุนนโยบายการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ โดยต่อมาได้มีการตกลงระหว่างฝ่ายต่างๆ และการขยายตัวทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในยุโรปช่วงปลายศตวรรษที่ 16 ถึงกลางศตวรรษที่ 17 ส่งเสริมให้

³⁶² ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2559) , หน้า 734

สถาบันกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญอาณัติราชาธิราชย์มีความเข้มแข็งขึ้น ประกอบกับนโยบายส่งเสริมสันติภาพที่สอดคล้องกับความปรารถนาของชนชาวฝรั่งเศสเป็นการวางรากฐานของการสร้างรัฐให้มีความความมั่นคง ระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสจึงมีที่มาจากพัฒนาการของการสร้างรัฐที่ยาวนาน และเมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสในยุคสมัยใหม่ ช่วงก่อนเกิดการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ขึ้นนั้น ฝรั่งเศสมีสถาบันการเมืองที่ล้ำหลังกว่าประเทศอื่นๆ ในยุโรป พื้นฐานระบบการปกครองของฝรั่งเศสเป็นแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพระมหากษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาด (Absolute Monarchy)³⁶³

การสร้างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝรั่งเศสสะท้อนให้เห็นได้จากแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) นักคิดแห่งยุค อันปรากฏในหนังสือ The Republic ซึ่งพิมพ์ในปี ค.ศ.1576 ที่ว่า อำนาจอธิปไตยสอดคล้องกับการเสริมสร้างอำนาจของสถาบันกษัตริย์โดยเสนอว่า ในรัฐที่ต้องการความสงบเรียบร้อยนั้น จำเป็นจะต้องมีอำนาจอธิปไตยอยู่ในที่ใดที่หนึ่งในองค์กรของรัฐ และองค์กรที่เหมาะสมที่สุดก็คือ สถาบันกษัตริย์ โดยให้คำจำกัดความอำนาจอธิปไตยว่า เป็นอำนาจที่ “สามารถออกกฎหมายบังคับใช้แก่ประชาชนทั้งหมดโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม”³⁶⁴ แต่ในทัศนะของโบแดง อำนาจนี้มีใช้ว่าจะสามารถใช้ได้ตามอำเภอใจหรือโดยพลการ องค์กรอธิปไตยยังคงอยู่ภายใต้กฎแห่งพระเจ้าและกฎธรรมชาติในขณะเดียวกันก็ยืนยันว่า อำนาจขององค์กรอธิปไตยจะต้องไม่ถูกจำกัดด้วยองค์กรใดของมนุษย์ และจะต้องมีความสมบูรณ์ (Absolute) เพื่อที่จะสามารถมีประสิทธิภาพได้ และอำนาจนี้ไม่อาจจะแบ่งแยกได้ แนวความคิดของโบแดงได้กลายมาเป็นรูปแบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝรั่งเศส ซึ่งได้กลายมาเป็นแม่แบบให้แก่ประเทศส่วนใหญ่อื่นๆ ในยุโรป ประเทศฝรั่งเศสภายใต้ระบบการปกครองแบบรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ขาดระเบียบแบบแผนที่แน่นอน โดยแม้มีสถาบันที่มีลักษณะคล้ายสภา (Parliament) ของอังกฤษมาตั้งแต่ ค.ศ. 1302 คือ สภาทั่วไป (States-General) ซึ่งประกอบด้วยตัวแทนจากกลุ่มบุคคล 3 ฐานันดร คือ ผู้แทนคณะสงฆ์ ผู้แทนขุนนาง และผู้แทนสามัญชน แต่สภาทั่วไปดังกล่าวก็ไม่มีอำนาจทางการเมือง โดยเฉพาะหลังสงครามร้อยปี (ค.ศ. 1336-1453) ที่อำนาจสภาทั่วไปตกต่ำลงและตกอยู่ภายใต้การควบคุมของสถาบันพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจมั่นคงเหนือสภาทั่วไปและครอบคลุมมีผลประโยชน์ร่วมกับสถาบันศาสนา แต่อย่างไรก็ตาม การต่อต้านของกลุ่มคนต่างๆ ต่อความพยายามที่จะสร้างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีมาตั้งแต่รัชสมัยของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 4 ที่ส่งเสริมบทบาทของกษัตริย์ในระบบรวมศูนย์อำนาจกับชนชั้นกระฎุมพีที่ได้รับอภิสิทธิ์ต่างๆ ในทางการเมืองการปกครอง ได้

³⁶³ กุลลดา เกษบุญชู มีต์, วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลก จากระบบพิวตลถึงการปฏิวัติ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน ร่วมกับรองศาสตราจารย์ ดร. กุลลดา เกษบุญชู มีต์ , 2552) หน้า 199-207

³⁶⁴ ไปรอดดู ปิยะวรรณ ปานโต, อำนาจอธิปไตย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=อำนาจอธิปไตย>

ก่อให้เกิดการกบฏและสงครามระหว่างกลุ่มต่างๆ อันเป็นปฏิกริยาการแสดงความต่อต้านความไม่พอใจในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเป็นผลให้การบริหารบ้านเมืองช่วงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส เกิดสภาวะคับขันทางเศรษฐกิจที่คนส่วนใหญ่ของประเทศยากจน โดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 กษัตริย์ผู้ทรงเชื่อมั่นอย่างเด็ดเดี่ยวในลัทธิเทวสิทธิ์ของระบอบกษัตริย์ และบุคคลทั่วไปรู้จักรัชสมัยของพระองค์ผ่านพระราชดำรัสที่ว่า “รัฐคือตัวเรา” (l’etat c’est moi) ประกอบกับกลุ่มชนชั้นอภิสิทธิ์คือ พวกพระและขุนนางชั้นสูงมีความเป็นอยู่อย่างหรูหรา ฟุ่มเฟือย สร้างความอยุติธรรมแก่สามัญชนทั้งในแง่สังคมและกฎหมาย ซึ่งในท้ายที่สุดระบบเศรษฐกิจที่ตกต่ำอันก่อภาวะในการจัดเก็บภาษีอากรที่ชูดรีดต่อประชาชน ความขัดแย้งทางชนชั้นต่างๆ ประกอบกับความพยายามรักษาผลประโยชน์ของชนชั้นขุนนางอันเป็นสาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการปฏิวัติ ค.ศ.1789³⁶⁵ และด้วยความกล้าสมัยของสถาบันการปกครองของฝรั่งเศสที่ไม่มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ประกอบกับความอ่อนแอของพระมหากษัตริย์ นำมาสู่เหตุการณ์ที่เรียกว่า “การปฏิวัติของขุนนาง” (Revolte Nobiliaire) ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1787 อันเป็นการท้าทายพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อย่างเปิดเผยและชักนำกลุ่มชนชั้นต่างๆ ที่จะมีส่วนร่วมอย่างสำคัญในการปฏิวัติใหญ่ให้เข้ามาจับบทบาทสำคัญในการก่อตัวของจลาจลอันนำไปสู่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และนำมาสู่ความล่มสลายของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝรั่งเศสในเวลาต่อมา³⁶⁶

3.2.1 พัฒนาการของลัทธิรัฐในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ลัทธิรัฐในฝรั่งเศสมีพัฒนาการที่แตกต่างจากลัทธิรัฐในประเทศเยอรมันที่พัฒนามาจากความขัดแย้งระหว่างลัทธิเผด็จการกับลัทธิเสรีนิยม แต่ลัทธิรัฐของฝรั่งเศสเริ่มขึ้นอย่างปรากฏแน่ชัดโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสพิจารณาสิทธิรัฐในฐานะที่เป็นหลักการเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อเรียกร้องในทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองที่ก่อตัวพร้อมๆ กับแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครอง กล่าวคือ ในทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองแนวความคิดว่าด้วยสิทธิรัฐในประเทศฝรั่งเศสก่อตัวพร้อมๆ กับแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครองอันเป็นปฏิกริยาที่มีต่อระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในช่วงศตวรรษที่ 17 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น โดยชนชาวฝรั่งเศสได้เผชิญกับสภาวะความขัดแย้งทางชนชั้นต่อการถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งในด้านเศรษฐกิจสังคมและการเมือง พัฒนาการของนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศสจึงมุ่งเน้นการกำหนดความสัมพันธ์

³⁶⁵ กุลลดา เกษบุญชู มีต์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 94 , หน้า 207-208

³⁶⁶ สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ , เอกสารประกอบการสอนวิชา HI 453 ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสสมัยใหม่ , ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2540) หน้า 1-5

ระหว่างรัฐกับประชาชนในแง่ของเสรีภาพในทางการเมือง และในที่สุดชนชาติฝรั่งเศสก็สามารถปลดปล่อยตนเองให้พ้นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789³⁶⁷ แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐซึ่งสอดคล้องกับการฟื้นฟูของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติที่เชื่อมโยงผสานกับแนวคิดเรื่อง สิทธิธรรมชาติของมนุษย์ อันส่งผลให้ประชาชนตระหนักรู้และคำนึงถึงสิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย อันเป็นการให้ความสำคัญกับ “ปัจเจกชน” (Individual) ซึ่งมีสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดและมีอยู่ก่อนรัฐ แนวความคิดดังกล่าวซึมซับให้มนุษย์มีแนวคิดที่จะหวงกันสิทธิธรรมชาติของตนมิให้รัฐหรือผู้ปกครองมาพรากไปเสียได้จากตน ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดนิติรัฐในฝรั่งเศสจึงมีส่วนประกอบจากความเคียดแค้นของสามัญชนชาวฝรั่งเศสผู้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากอภิสิทธิ์ชน และประชากรส่วนใหญ่ของประเทศที่สังคมนิยมความขัดเคืองต่างๆ บ่มเพาะจนนำไปสู่การพร้อมใจกันลุกขึ้นต่อต้านระบอบเก่า (Ancien Régime) ซึ่งการปฏิวัติของฝรั่งเศส (Révolution française) ในปี ค.ศ. 1789 นี้ได้ถือเป็นการก้าวอย่างของการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในทางประวัติศาสตร์แห่งชนชาติฝรั่งเศสไปตลอดกาล

3.2.1.1 คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789

ภายหลังจากเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี 1789 ล้มการปกครองของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติโดยนายความที่ชื่อ มูนิเยร์ (Mounier) ได้อธิบายความปรารถนาของสภาจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งชาติที่ประกาศเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 1789 ว่า “ต้องคำนึงถึงหลักที่โครงการจะสร้างให้เป็นพื้นฐานของสังคมทุกชนชั้น และแต่ละมาตราของรัฐธรรมนูญจะเป็นผลของหลักการเหล่านี้” นักกฎหมายมหาชนสมัยใหม่จึงเรียกหลักเหล่านี้ว่า “คำประกาศว่าด้วยสิทธิ” จึงมีผู้เสนอให้มีหลักการพื้นฐานบางอย่างเพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงกำหนดให้มีการร่างคำประกาศว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกโดยจัดให้มีสภาจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว และนำมาสู่การประกาศคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยได้รับอิทธิพลของมูนิเยร์ (Mounier) ซีเอเยส์ (Sieyès) มิราบ็อบ (Mirabeau) และลาฟาแยตต์ (La Fayette) และจะเห็นได้ว่า **คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789** ทำให้การปฏิวัติฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นสากล และเป็นปฏิปักษ์ต่ออำนาจอภิสิทธิ์ในเรื่องต่างๆ โดยการวางหลักการของรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่ ซึ่งเมื่อ

³⁶⁷ โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ , หลักนิติรัฐและนิติธรรม , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspxMid=1431>

พิจารณาจากวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่า ได้ส่งเสริมวัฒนธรรมทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยโดยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และจำกัดการใช้อำนาจรัฐ โดยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือ แม้ว่าความไม่มีเสถียรภาพในทางการเมืองการปกครอง จะเป็นผลให้ระบอบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงสลับกันไปมาระหว่างระบอบการเมืองการปกครองแบบมีกษัตริย์ที่มีอำนาจเด็ดขาดหรือมีอำนาจจำกัด และระบอบการเมืองการปกครองแบบสาธารณรัฐ แต่วัฒนธรรมทางการเมืองแบบประชาธิปไตยก็ปรากฏให้เห็นผ่านรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสทุกยุคทุกสมัย³⁶⁸

จะเห็นได้ว่า คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) อันเป็นเอกสารชิ้นสำคัญซึ่งเกิดขึ้นในสมัยหัวเวลาของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ได้ประกาศรับรองสิทธิมนุษยชนของชนชาวฝรั่งเศส โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของปรัชญาเมธีคนสำคัญ คือ มองเตสกีเออ ที่ได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐ โดยการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) และรูสโซ ที่ได้วางหลักการของทฤษฎีสัญญาประชาคมเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยล้วนมุ่งหมายมีเจตนารมณ์อันสำคัญคือ แนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ โดยมีสาระสำคัญถึงการกำหนดให้สิทธิของปัจเจกชนเป็นสิทธิสากลที่ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งหมายความว่า สิทธิดังกล่าวมีอยู่ไม่ว่าเมื่อใดและที่ใด เนื่องจากเป็นสิทธิที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานธรรมชาติของมนุษย์ โดยวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของการร่างคำประกาศฯ ฉบับนี้คือ การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการพื้นฐานหลายข้อในคำประกาศฯ ได้แสดงถึงการต่อต้าน "ระบอบเก่า" (ancien régime) อันเป็นชนชั้นปกครองที่ไม่นำพาต่อสิทธิมนุษยชน เป็นต้นเหตุนำมาซึ่งภัยพิบัติแก่ประชาชนและความเหลวแหลกของรัฐบาลผู้ปกครองทั้งหลายอันเป็นมูลเหตุที่ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงที่ประชาชนลุกขึ้นต่อต้านอำนาจกษัตริย์ และบุกทำลายคุก Bastille อันเป็นสัญลักษณ์ของความขมขื่นของการกดขี่ประชาชน³⁶⁹ เจตนารมณ์ของคำประกาศฯ จึงยืนยงถึงความสำคัญของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ไม่อาจพรากโอนให้แก่กันได้ ความเป็นอิสระ เสมอภาคของปัจเจกบุคคล และเพื่อจำกัดการใช้อำนาจที่มีขอบของผู้ปกครอง โดยยึดถือเจตจำนงในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นไปเพื่อแสวงหาแนวคิดและมาตรฐานของหลักการและทางปฏิบัติของการรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ได้

³⁶⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , อิทธิพลของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1946 ที่มีต่อปฏิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=394>

³⁶⁹ นพนิธิ สุริยะ , สิทธิมนุษยชน , (กรุงเทพฯ : วิทยุชน , 2537) , หน้า 44-46

ปรากฏในรูปของแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) สัญญาประชาคม (Social Contract) และความคิดเรื่องสิทธิทางการเมือง (Political Rights) ที่สะท้อนให้เห็นในรูปของบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และได้กลายมาเป็นแนวคิดต้นกำเนิดที่ฝังรากลึกในระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร³⁷⁰ เมื่อพิจารณาถึงปัญหาของระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสที่สั่งสมมาเป็นระยะเวลายาวนานอันเป็นมูลฐานของเหตุการณ์ที่นำไปสู่การปฏิวัติ ค.ศ. 1789 และการจัดทำคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดที่จะจำกัดการใช้อำนาจรัฐมายาวนานกว่าประเทศใดๆ ในภาคพื้นยุโรป โดยเป็นแนวคิดที่ได้รับการปลูกฝังบ่มเพาะมาเป็นเวลายาวนาน ต่อมาเมื่อหลอมรวมกับอิทธิพลของแนวความคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) และเสรีนิยม (Liberalism) ประกอบกับความสูงงอมของสถานการณ์ทางการเมืองการปกครองของระบบชนชั้นในฝรั่งเศส จึงนำมาสู่เหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส และนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1789

3.2.1.2 การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบการปกครองแบบเก่า (*L'ancien régime*) ก่อนการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสไม่มีรัฐธรรมนูญ (*la Constitution*) ตามความหมายในปัจจุบัน จะมีก็แต่กฎหมายพื้นฐานของราชอาณาจักร (*les lois fondamentales du Royaume*) ที่สำคัญ 4 ฉบับ ได้แก่³⁷¹

- 1) กฎหมายที่ห้ามมิให้ผู้หญิงครองราชย์ (*la loi salique*) ซึ่งตราขึ้นโดยพระเจ้า Philippe le Long ในปี ค.ศ. 1316 และกษัตริย์ในสมัยต่อมา มากียึดถือกัน
- 2) กฎหมายว่าด้วยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (*L'organisation de la Régence*)
- 3) กฎหมายว่าด้วยการห้ามโอนราชอาณาจักรและทรัพย์สิน (*L'inaliénabilité du Royaume et du domaine*) ซึ่งกำหนดขึ้นภายหลังสนธิสัญญาเบอรัตติญ (Traité de Bretigny) ในปี ค.ศ. 1360 และสนธิสัญญามาดริด (Madrid) ในปี ค.ศ. 1526

³⁷⁰ สุรภัทร สีระสาพัร , ความสำคัญของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสที่มีต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2547) , หน้า 158-159

³⁷¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส , เสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , มกราคม 2548 , หน้า 3-4 (เอกสารอัดสำเนา)

4) กฎหมายว่าด้วยการเก็บภาษีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้แทน (*Le consentement à l'impôt*) เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นตามจารีตประเพณีสมัยศักดินา ซึ่งมีความหมายว่ากษัตริย์จะมีรายได้ตามปกติ (*les ressources ordinaires*) จากทรัพย์สินที่มีอยู่ ส่วนรายได้พิเศษ (*les ressources extraordinaires*) จะมาจากภาษีซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้เสียภาษีไม่ว่าจะเป็นขุนนาง พระ หรือสามัญชนทั้งหลาย

กฎหมายพื้นฐานทั้ง 4 ฉบับดังกล่าวข้างต้นจะได้รับการกล่าวอ้าง และในกรณีที่มีการกระทำใดๆ ที่ขัดกับหลักการของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไปเพื่อยืนยันถึงหลักกฎหมายดังกล่าว กษัตริย์จะเรียกประชุมสภาเพื่อให้สภายืนยันหลักกฎหมายนั้น และสภาก็ใช้หลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ ซึ่งหากกษัตริย์ต้องการดำเนินการใดๆ ที่ขัดกับกฎหมายพื้นฐานของราชอาณาจักรดังกล่าวข้างต้น กษัตริย์ก็ต้องขออนุญาตจากสภาก่อน ดังจะเห็นได้ว่า **กฎหมายพื้นฐานของราชอาณาจักรที่สำคัญทั้ง 4 ฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่วางหลักการจำกัดการใช้อำนาจของกษัตริย์ผู้ปกครองในระบบเก่า (Ancien Régime) ของฝรั่งเศส** โดยมีการวางกลไกการใช้อำนาจของกษัตริย์ในประการใดที่ขัดต่อกฎหมายพื้นฐานของราชอาณาจักรดังกล่าว กษัตริย์ก็ต้องขออนุญาตจากสภาอันเป็นไปตามหลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจโดยสภาที่ถือเป็นสถาบันการเมืองในทางการเมืองการปกครองที่สำคัญอีกสถาบันหนึ่งของฝรั่งเศส

จากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองในการต่อสู้เรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับผู้ปกครองที่กดขี่แห่งราชรัฐ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของสภาพการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าในช่วงศตวรรษที่ 18 ที่ประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงทั้งในด้านการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนความก้าวหน้าทางวิชาการ ส่งผลให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสมีความตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมากขึ้นจากเดิมที่สิทธิและเสรีภาพมีอยู่อย่างจำกัดหรือแทบไม่มีเลย และด้วยภายใต้เงื่อนไขทางประวัติศาสตร์อันเฉพาะตัวของฝรั่งเศสตามแนวทางการปฏิบัติของกระบวนการก้าวหน้าของชนชั้นกรรมาชีพประกอบกับพัฒนาการของอุดมการณ์เสรีนิยมที่เกิดขึ้นในยุโรปในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เองที่ก่อให้เกิดความล่มสลายของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในฝรั่งเศสที่ไม่สามารถปรับตัวเองต่อสถานการณ์ใหม่ที่เกิดขึ้นได้นั้น ส่งผลให้เกิดการปฏิวัติในฝรั่งเศสเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการหารูปแบบใหม่ที่เหมาะสมในการได้มาซึ่งระบบการเมืองที่ได้รับการยอมรับและความยินยอมพร้อมใจจากประชาชนชาวฝรั่งเศส จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 (The French Revolution) ซึ่งนำไปสู่การประกาศคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อันกลายเป็นจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองของฝรั่งเศสจากระบบเก่าไปสู่ระบอบใหม่ และเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชาวฝรั่งเศสโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ซึ่งได้พัฒนามาเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในเวลาต่อมา³⁷² ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก่อนที่จะมีการสถาปนารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ฉบับปัจจุบันนั้น ประเทศฝรั่งเศสได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาหลายฉบับซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ของสังคมและของบ้านเมืองแต่ละยุคตลอดมาจนถึงปัจจุบัน อันเป็นผลสืบเนื่องด้วยจากลักษณะของระบบการปกครองที่หาความมั่นคงไม่ได้และไร้ซึ่งเสถียรภาพของฝรั่งเศส ซึ่งได้แสวงหาการเปลี่ยนแปลงในการหารูปแบบใหม่ที่เหมาะสมเสมือนนับแต่การปฏิวัติปี ค.ศ. 1789 เรื่อยมาจวบจนถึงสาธารณรัฐที่ 5 นี้เองที่ส่งผลให้การปกครองของฝรั่งเศสอันมีลักษณะเฉพาะตัวในลักษณะไดอาเลคติก (dialectic) ตลอดเวลา³⁷³ ดังจะเห็นได้ว่า ภายใต้จิตวิญญาณของชนชาวฝรั่งเศสที่ทุกข์ทนต่อสภาพการกดขี่ทางชนชั้นมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ได้ก่อให้เกิดความตื่นตัวในการตระหนักถึงคุณค่าแห่งสิทธิและเสรีภาพเหนือสิ่งอื่นใดอันสะท้อนให้เห็นได้จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่หล่อหลอมมาจากจิตวิญญาณและเลือดเนื้อของประชาชนชาวฝรั่งเศส และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่พลเมืองฝรั่งเศสที่รับรองอยู่ในหลักการอันปรากฏอยู่ในคำประกาศฯ ดังกล่าว ผสานหลอมรวมกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในแต่ละฉบับในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นดังรากฐานสำคัญที่แสดงถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสามารถศึกษาผ่านระบบการปกครองในช่วงระยะเวลาของแต่ละยุคสาธารณรัฐโดยสังเขปดังนี้

(1) ยุคสาธารณรัฐที่หนึ่ง (ค.ศ. 1791-1848)

ในช่วงระยะเวลาของยุคสาธารณรัฐที่หนึ่ง ได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพโดยปรากฏผ่านบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญ อาทิ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสที่ได้มีการนำบทบัญญัติของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บางมาตรามาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นการให้การรับรองสิทธิของมนุษย์และพลเมืองตามคำประกาศฯดังกล่าว มีการกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (*Souveraineté Nationale*) โดยใช้ระบบการปกครองโดยทางผู้แทน (*Le régime représentatif*) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี ยังมีข้อจำกัดในแง่ที่คนในระดับล่างของสังคมไม่มีสิทธิจะเลือกผู้แทนสิทธิในการเลือกตั้งไปตกอยู่ในกลุ่มชนชั้นกลาง (*bourgeois*) โดยต่อมาระบบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้สิ้นสุดลง ในวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 1792 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้มี

³⁷² ขยกร แก้วมาก , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2552) หน้า 155

³⁷³ พิชัย อิศรภักดี , เอกสารการสอนชุดวิชาระบบการเมืองเปรียบเทียบ หน่วยที่ 10 : การเมืองในประเทศประชาธิปไตย : ยุโรปตะวันตก , สาขารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , (พิมพ์ครั้งที่ 22) พ.ศ. 2554 , หน้า 487-488

ความสำคัญต่อพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศสโดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนซึ่งปรากฏอยู่ในส่วนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญถึง 17 มาตรา และยังคงแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) มายังระบอบปรimitาญาสิทธิราชย์ (la monarchie limitée) ทั้งนี้ สภาแห่งชาติ (National Convention) ได้นับเอาวันที่ 22 กันยายน ค.ศ. 1792 เป็นวันขึ้นปีใหม่และเป็นปีหนึ่งที่หนึ่งแห่งสาธารณรัฐ อันเป็นช่วงเวลาเริ่มต้นของสมัยสาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ. 1792 – ค.ศ. 1804) โดยสภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ปกครองฝรั่งเศสจนกว่าจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป³⁷⁴

รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาที่สำคัญคือ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับมองตาดูยาร์ต ที่มีลักษณะพิเศษในแง่ของการรับรองสิทธิมนุษยชนและพลเมืองในลักษณะที่เป็นประชาธิปไตยแบบสุดประมาณมิได้ (ultra-democratique) โดยได้เปลี่ยนหลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยของชาติ (la souveraineté nationale) มาเป็นอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (la souveraineté populaire) มีการคัดลอกคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาทั้งหมดโดยปรากฏอยู่ในส่วนต้นของร่างรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีการเลือกตั้งถือว่าเป็นสิทธิ ผู้แทนของประชาชนมาจากการเลือกตั้งทั่วไปทางตรง มีการรับรองหลักการ 4 ประการในเรื่อง ความเสมอภาค (l'égalité) เสรีภาพ (la liberté) สิทธิในความมั่นคงของชีวิต (la sûreté) และสิทธิในทรัพย์สิน (la propriété) และสถาบันการเมืองหลักประกอบไปด้วยสองสถาบัน คือ สภาผู้แทนฯ หรือฝ่ายนิติบัญญัติ (Corps législatif) และฝ่ายบริหาร (Conseil exécutif) โดยมีข้อสังเกตว่า ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ นำความเสมอภาคมาก่อนเสรีภาพ โดยเห็นว่าทุกคนมีความเสมอภาคตามธรรมชาติและตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน³⁷⁵ มีการบัญญัติถึงพันธะทางสังคม (Social Engagement) ที่รัฐจะต้องดูแลและช่วยเหลือประชาชนเป็นครั้งแรก นอกจากนี้ยังมีกลไกในการลงประชามติอีกด้วย³⁷⁶ โดยยึด

³⁷⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆของฝรั่งเศส , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=392>

³⁷⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2543) หน้า 21-22

³⁷⁶ หลักการปกครองที่อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Popular sovereignty) การออกเสียงประชามติรับรองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (constitutional referendum) เป็นตัวอย่างของสถาบันการออกเสียงประชามติที่ตั้งอยู่บนหลักการปกครองที่อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนอย่างชัดเจน กล่าวคือ การปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ส่งผลให้หลักการปกครองที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กลายเป็นหนึ่งในรากฐานของระบอบประชาธิปไตยในรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระแสความคิดทางการเมืองของฝรั่งเศสนั้น หลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ปรากฏเป็นรูปธรรมผ่านหลักรัฐธรรมนูญที่สำคัญ นั่นคือ การถือว่าปวงประชาชนมีฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ประชาชนจึงเป็นฐานที่มาของอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นในนามของปวงชนเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นผลของการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของชาติ หลักการที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนดังกล่าว จึงเป็นบ่อเกิดของ

หลักการอำนาจอธิปไตยของปวงชน (souveraineté populaire) มีสถานะบัญญัติมาจากการเลือกตั้งทั่วไปและเสียงข้างมากสมบูรณ์ (*majorité absolue*) และยังรับรองสิทธิมนุษยชนและสิทธิต่างๆ ดังที่ได้กล่าวไป อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1793 จะมีหลักการประชาธิปไตยทางการเมืองมากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับแรก แต่ไม่ได้ถูกนำมาปฏิบัติอย่างจริงจัง เพราะนอกจากจะอยู่ในภาวะสงครามกับต่างประเทศแล้ว สถานการณ์การเมืองภายในประเทศก็มีความปั่นป่วนโดยมีการก่อตั้งรัฐบาลปฏิวัติ (Gouvernement Révolutionnaire) มีผู้นำที่ชื่อ โรแบสปีแอร์ ที่สนับสนุนการดำเนินนโยบายรุนแรง (La Terreur) อย่างจริงจัง มีการยกเลิกสิทธิเสรีภาพต่างๆ ในห้วงเวลาดังกล่าวได้เริ่มต้นยุคแห่งความหวาดกลัวหรือยุคแห่งกิโยตินขึ้น ซึ่งในยุคนี้ไม่มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพเพราะเป็นยุคแห่งการใช้อำนาจเผด็จการเพื่อสังหารนักการเมืองที่มีความเห็นเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายปฏิวัติ แต่ในที่สุดยุคดังกล่าวก็สิ้นสุดลงด้วยสภาคอนเวนชันโค่นล้มอำนาจของโรแบสปีแอร์โดยการจับโรแบสปีแอร์ขึ้นสู่กิโยติน อันนับเป็นการสิ้นสุดยุคความสยดสยอง (La Terreur)³⁷⁷ ด้วยสถานการณ์การเมืองต่างๆ ยังผลให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีการบังคับใช้ และหลังจากนั้นสภาคอนเวนชันได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดใหม่เพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795 ที่มีการร่างเหมือนฉบับก่อนๆ คือ เริ่มจากการร่างคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ โดยที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและสภาคอนเวนชันได้อภิปรายหลักการที่ว่า “les homes naissent et demeurent libres et equax en droits” (มนุษย์เกิดมาและดำรงอยู่อย่างเสรีและเสมอภาคกันในทางสิทธิหรือไม่) โดยมีการอภิปรายว่า ความเสมอภาคสมบูรณ์เป็นสิ่งเป็นไปได้ คนเราจะเสมอภาคกันได้เฉพาะในทางสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น (มาตรา 3) ซึ่งที่ประชุมได้ตัดข้อความดังกล่าวออกไปแล้วยกเลิกสิทธิอื่นๆ อีกหลายประการ เช่น สิทธิการต่อต้านระบบกบฏจี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความยาวถึง 377 มาตรา โดยเดินตามแนวคิดที่ว่า “Nous devons être gouvernés par les meilleurs : les meilleurs sont les plus instruits et les plus intéressés au maintien des lois...” (พวกเราควรจะถูกปกครองด้วยคนที่ดีที่สุดในสังคมคือ ผู้มี

สิทธิทางการเมืองในระบบประชาธิปไตยสมัยใหม่รูปแบบต่าง ๆ อาทิ สิทธิในการรับรองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญโดยประชาชน (Right of the people to adopt its own constitution) สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งตัวแทนไปใช้อำนาจการปกครอง และสิทธิในการออกเสียงประชามติ เป็นต้น จะเห็นได้ว่า สิทธิทางการเมืองของประชาชนในแต่ละรูปแบบดังกล่าว ล้วนทำหน้าที่หลักเดียวกันในระบบการเมือง นั่นก็คือ การเป็นกลไกแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของปวงชน ภายใต้หลักการดังกล่าว “บทบาทของประชาชนในกระบวนการบัญญัติรัฐธรรมนูญ” (constitutional-making function) จึงกลายเป็นหนึ่งในรากฐานสำคัญของสังคมประชาธิปไตย และเป็นเหตุผลที่ทำให้การมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองในระดับชาติของประชาชน เป็นเงื่อนไขสำคัญของระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่ , โปรตดู นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไชยชิต , การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_156.pdf

³⁷⁷ จรัล ดิษฐาอภิชัย , การปฏิวัติฝรั่งเศส เล่ม 2 : จากวันประกาศสงครามกับอังกฤษถึงรัฐประหารของนโปเลียน 1793-1799 , พิมพ์ครั้งแรก , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เบรอน เซ็นเตอร์ , 2542) หน้า 129-157 ; หน้า 207-265

การศึกษา ผู้สนใจรักศึกษากฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นคนที่มีทรัพย์สิน)³⁷⁸ อันส่งผลต่อลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในการกำหนดสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งโดยพิจารณาจากคุณสมบัติด้านทรัพย์สินหรือการเสียภาษี (le suffrage censitaire) และมีคำประกาศว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ การเน้นถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วมีการปฏิบัติที่เป็นปฏิปักษ์ต่อกันอย่างมากระหว่างองค์กรของรัฐบาลด้วยกันเองโดยมีการใช้กำลังเข้าต่อสู้กัน จนมีการรัฐประหารถึง 4 ครั้งด้วยกัน และในครั้งสุดท้ายนี้เองที่ทำให้โนโปเลียน โบนาปาร์ตล้มระบบการปกครองและเข้าควบคุมอำนาจโดยใช้ระบบการปกครองชั่วคราวขึ้นมาที่เรียกว่า Consulat ในขณะที่รอการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่³⁷⁹

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ดังกล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.1799 หรือที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับโนโปเลียน ซึ่งได้รับแนวคิดอิทธิพลจากโนโปเลียนเป็นอย่างมากซึ่งมีอิทธิพลอยู่เหนือผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเหนือซีเอเยส์³⁸⁰ ซึ่งโนโปเลียนได้มีการดำเนินงานด้านการปฏิรูปที่สำคัญๆ คือ งานด้านบริการสาธารณสุขอยู่ภายใต้การดำเนินงานของรัฐ ให้มีการยกเลิกระบบอภิสิทธิ์ การสืบทอดอำนาจตามสายโลหิตและระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ และผลงานที่สำคัญที่สุดของโนโปเลียนได้แก่ การสร้างประมวลกฎหมายโนโปเลียน (Code of Napoleon) โดยมีสาระสำคัญที่เน้นความเสมอภาคของประชาชนฝรั่งเศสตามกฎหมาย หลักการที่รัฐให้ความคุ้มครองทรัพย์สินแก่ประชาชน และหลักการคุ้มครองประชาชนจากภัยที่จะได้รับมากกว่าการที่จะให้ประชาชนต้องคุ้มครองตนเอง³⁸¹ อันเป็นการวางหลักการปกครองภายใต้ระบบกฎหมายและเป็นรากฐานที่สำคัญของระบบนิติรัฐในฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้ว่า ในห้วงเวลาของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 ได้ปรากฏเหตุการณ์สำคัญของการพัฒนาการของนิติรัฐประเทศฝรั่งเศส หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นพัฒนาการทางกฎหมายที่สำคัญของโลก กล่าวคือ การสร้างประมวลกฎหมายโนโปเลียนซึ่งนับได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายที่สำคัญของโลกและถือเป็นประมวลกฎหมายโดยแท้ โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่ง (ค.ศ. 1804) ซึ่งมีอิทธิพลต่อการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก ทั้งนี้ความยากลำบากในการจัดทำประมวลกฎหมายฉบับนี้อยู่ที่การบูรณาการหลักกฎหมายที่มีที่มาจาก

³⁷⁸ เพ็งอ้าง , หน้า 308

³⁷⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 106* , หน้า 25

³⁸⁰ ซีเอเยส์ เป็นผู้วางแผนการรัฐประหาร 18 Brumaire 1799 โดยมีแนวคิดที่จะสร้างระบบการเมืองใหม่ โดยเห็นว่า ฝรั่งเศสจะแก้ปัญหาทั้งปวงได้จะต้องมีอำนาจหนึ่งที่เข้มแข็งเพื่อยุติการปฏิวัติ แต่ขณะเดียวกันก็สามารถต่อต้านการรื้อฟื้นระบอบเก่า (ancient regime)

³⁸¹ ศฤงคาร พันธุ์พงศ์ , เอกสารประกอบการสอนวิชา HI 352 ประวัติศาสตร์ยุโรป 2 ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2540) , หน้า 36-39

แหล่งต่างๆ เข้าด้วยกัน เช่น กฎหมายจารีตประเพณี พระบรมราชโองการ กฎหมายคริสต์ศาสนา แนวคำพิพากษาของศาล กฎหมายโรมัน ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ส่วนการจัดทำประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส ในภายหลังประมวลกฎหมายของนโปเลียนเป็นการรวบรวมกฎหมายต่างๆ ในเรื่องเดียวกันเข้าด้วยกัน โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหา (codification à droit constant)³⁸² โดยต่อมาการสิ้นสุดยุคจักรวรรดินโปเลียน (ค.ศ. 1804-1814) และมีพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 ขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ. 1815 ในยุคดังกล่าวนี้ได้มีการรื้อฟื้นระบบกษัตริย์ขึ้นมาใหม่แต่มีใช้รูปแบบในระบบเก่าโดยกำหนดให้มีการจำกัดอำนาจกษัตริย์ลงที่เรียกกันว่า ปรมิตาญาธิปไตย (la monarchie limitée) และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1814 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้ใช้คำว่า Constitution แต่ใช้คำว่า Charte แทน โดยเห็นว่าการใช้คำว่า Constitution นั้นดูเป็นแนวคิดหรือรากเหง้าแห่งการปฏิบัติที่ยังมีร่องรอยเหลืออยู่มากจนเกินไป รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการรับประกันความเสมอภาคโดยกฎหมาย ความเสมอภาคในการเสียภาษี ความเสมอภาคในการทำงาน เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เป็นต้น จุดเด่นตามตัวบทของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ได้วางพื้นฐานแนวคิดของระบบรัฐสภาแบบกษัตริย์ (la monarchie parlementaire) เรียกได้ว่า ยุคดังกล่าวนี้เป็นยุคแห่งการฟื้นฟูหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ (la souveraineté monarchique) มีการยอมรับสิทธิส่วนบุคคล (les droits individuels) ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญได้รับรองความเสมอภาคของประชาชนชาวฝรั่งเศสตามกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงชั้นวรรณะ อีกทั้งยุคดังกล่าวนี้ถือเป็นจุดกำเนิดของระบบรัฐสภาในฝรั่งเศส โดยนับเป็นสมัยแห่งความรุ่งเรืองในการปกครองระบอบรัฐสภา (Parliamentary System) ของฝรั่งเศสตามรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดเสรีนิยม และยังคงรักษารูปแบบการปกครองของการปฏิรูปที่เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยการปกครองของนโปเลียนเอาไว้ จึงทำให้ประชาชนยังคงมีเสรีภาพที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมือง³⁸³

ในปี 1824 ได้เกิดความเปลี่ยนแปลงของระบอบการเมืองการปกครองในฝรั่งเศส ในสมัยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ที่ได้ขึ้นเสวยราชย์ภายหลังจากการสวรรคตของพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 โดยมีการขัดแย้งทางการเมืองกันขึ้นหลังการเลือกตั้งในปี 1827 ที่ฝ่ายเสรีนิยมเป็นฝ่ายที่มีเสียงข้างมากในสภา ซึ่งกษัตริย์พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ทรงเห็นว่า กลุ่มดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์กับการดำเนินการทางการเมืองของพระองค์ฯ จึงให้มีการพิมพ์คำสั่ง 4 ประการ (Four Ordinance) อันเป็นการอ้างถึง

³⁸² โปรดดู ภัททิญา สิริบรรพิตพัฒน์ , การจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย , หน่วยที่ 14 เอกสารการสอนชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิดและหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/Ex-40701-14.pdf>

³⁸³ ศฤงคาร พันธุ์พงศ์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 112 , หน้า 54

อำนาจกษัตริย์ในการกำหนดระเบียบที่จำเป็นในเรื่องกฎหมายเพื่อความปลอดภัยของรัฐ คำสั่ง 4 ประการนั้น คือ³⁸⁴

1. ห้ามการพิมพ์หนังสือหรือจุลสารที่มีความยาวไม่เกิน 25 หน้าโดยปราศจากการยินยอมของทางราชการ ซึ่งเท่ากับเป็นการควบคุมหนังสืออย่างเข้มงวด
2. ยกเลิกการเลือกตั้งครั้งที่ผ่านมาโดยอ้างว่า เป็นโมฆะและเรียกร้องให้มีการตั้งสภาใหม่
3. จำกัดสิทธิการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง โดยให้สิทธิเฉพาะผู้ที่ร่ำรวยที่สุด จำนวน 25% ของผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้งในขณะนั้น
4. ให้เรียกประชุมกลุ่มผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพื่อเลือกสภาใหม่ขึ้นมา

การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดการจลาจลและมีการให้สัตยาบันถึงความเคลื่อนไหวที่ควบคุมโดยพวกนิยมสาธารณรัฐ ซึ่งได้เตรียมการสำหรับวันแห่งการปฏิวัติ ซึ่งพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ได้ทรงลี้ภัยและประกาศสละราชย์อันนำไปสู่การสิ้นสุดการปกครองของราชวงศ์บูร์บองส์ในฝรั่งเศส เหตุการณ์ดังกล่าวต่อมารู้จักกันในนามของ “การปฏิวัติปี 1830” อันเป็นเหตุการณ์ใหญ่ในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม หลังเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ การสร้างระบอบสาธารณรัฐขึ้นมาแทนที่ระบอบกษัตริย์ยังเป็นไปไม่ได้ในห้วงเวลาดังกล่าว จึงเกิดการประนีประนอมโดยเสนอลุยส์ฟิลิปป์ ดยุกแห่งออร์อังส์ ขึ้นปกครองเป็นกษัตริย์ที่มีอำนาจจำกัด (Limited Monarchy) พร้อมกับออก Charte ลงวันที่ 14 สิงหาคม 1830 ใช้เป็นธรรมนูญการปกครองแทน โดยลดอำนาจของกษัตริย์ไม่ให้มีอำนาจในการเสนอกฎหมายและให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ซึ่งชาวฝรั่งเศสเรียกยุคดังกล่าวว่า ยุค Monarchie de Juillet เพราะเหตุการณ์ที่ประชาชนร่วมกันขับไล่ชาร์ลส์ที่ 10 เกิดขึ้นในเดือนกรกฎาคม (Juillet) นั่นเอง³⁸⁵ โดยต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1848 ได้เกิดการปฏิวัติขึ้นอันเป็นการปิดฉากยุค Monarchie de Juillet และนำไปสู่การเริ่มต้นของยุคสาธารณรัฐที่สอง

(2) ยุคสาธารณรัฐที่สอง (ค.ศ. 1848-1852)

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1848 อันเป็นการเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐ ที่ 2 ได้ฟื้นฟูหลักการที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศฯ ปี 1789 และรัฐธรรมนูญปี 1791 เช่น สิทธิในความมั่นคง สิทธิในการละเมิดมิได้ในที่อยู่อาศัย เสรีภาพในความเชื่อ เสรีภาพในการประชุม เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในสื่อสิ่งพิมพ์ ความเสมอภาคในทางกฎหมาย กรรมสิทธิ์ เสรีภาพในการค้าและในอุตสาหกรรม สิทธิในการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง เป็นต้น อันเป็นผลจากการปฏิวัติปี

³⁸⁴ สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 97 , หน้า 97

³⁸⁵ ปิยบุตร แสงกนกกุล , การจัดเลี้ยง Banquet ต้นกำเนิดหลักของการเปลี่ยนแปลงจาก Monarchie เป็นสาธารณรัฐที่ 2 ในฝรั่งเศส , สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://mynoz.wordpress.com/2009/03/07การจัดเลี้ยง-banquet-ต้นกำเนิด/>

1848 ที่รัฐธรรมนูญได้มีการมุ่งเน้นภาระหน้าที่ของรัฐหรือของสังคมที่ต้องรับผิดชอบต่อพลเมืองในทางสังคมและมนุษยชนมากขึ้น ซึ่งปรากฏตามหลักการดังต่อไปนี้³⁸⁶

1. กำหนดว่าฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยซึ่งเป็นหนึ่งเดียวและแบ่งแยกไม่ได้

2. ได้เน้นให้เห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

3. รับรองสิทธิของประชาชนและสิทธิมนุษยชน

4. กำหนดระบบการออกเสียงเลือกตั้งแบบทั่วไปทางตรงและลับ (le suffrage universel direct et secret)

5. ในส่วนของอำนาจนิติบัญญัติได้กำหนดให้มีเพียงสภาเดียวประกอบไปด้วยผู้แทนประชาชน 750 คน โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี

6. ในส่วนของอำนาจบริหารนั้นได้มอบให้แก่ประธานาธิบดีซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั่วไปทางตรง มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และประธานาธิบดีมีอำนาจในการเลือกสรรและถอดถอนคณะรัฐมนตรี

7. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ประธานาธิบดีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรและไม่มีอำนาจในการยุบสภาผู้แทนราษฎร

โดยในภาพรวมของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สนองเจตนารมณ์ของพลเมืองในการรับรองสิทธิเสรีภาพได้ดีฉบับหนึ่งและในระยะเวลาช่วงหนึ่ง แต่หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ 1 ปี ชนชั้นกรรมาชีพได้เข้ามามีอิทธิพลในสภานิติบัญญัติ และในปี ค.ศ. 1851 นโปเลียน โบนาปาร์ต ต้องการขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่งซึ่งกำหนดไว้เพียง 4 ปีออกไปอีก จึงได้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่าไม่ได้รับการสนองตอบจนนำมาสู่การก่อรัฐประหารและฉีกรัฐธรรมนูญทิ้ง อันเนื่องมาจากการจัดวางกลไกที่สมดุลในเรื่องอำนาจของฝ่ายบริหารของการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวทำให้เกิดวิกฤติการณ์ทางการเมือง³⁸⁷ อันก่อให้เกิดมีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและมีการเสนอให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติและประกาศใช้รัฐธรรมนูญในวันที่ 14 มกราคม 1852 ในมาตราแรกของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองถึงหลักการใหญ่ๆที่ประกาศไว้ในปี 1789 และเป็นพื้นฐานของกฎหมายมหาชนของชาวฝรั่งเศส นอกจากนี้วุฒิสภามีหน้าที่ปกป้องรักษาพันธสัญญาพื้นฐานที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและมีอำนาจที่คัดค้านการประกาศใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาสนา ศิลธรรม เสรีภาพทางความเชื่อ เสรีภาพส่วนบุคคล ความเสมอภาคทางกฎหมายของพลเมือง การละเมิดมิได้

³⁸⁶ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 106* , หน้า 34-35

³⁸⁷ สถาบันพระปกเกล้า , การบรรยายพิเศษถอดบทเรียนการคลี่คลายวิกฤติการณ์ทางการเมืองสู่การปฏิรูปประเทศในระบอบประชาธิปไตย : กรณีศึกษาการร่างรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558) , หน้า 28-30

ทางกรรมสิทธิ์ โดยกลไกอำนาจรัฐและวุฒิสภาที่มาจากพวกขุนนางได้รับการแต่งตั้งที่อยู่ภายใต้การรวบอำนาจของหลุยส์ โปเลียน โบโนปาร์ต ในรูปแบบของจักรวรรดิ อย่างไรก็ตาม การปกครองภายใต้ระบบจักรวรรดิดังกล่าวมิได้เป็นไปอย่างราบรื่นนัก และเหตุการณ์การยอมจำนนของจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ที่เมืองซีดาน Sedan ต่อประเทศปรัสเซีย ทำให้การปกครองแบบอาณาจักรของจักรพรรดินโปเลียนได้สิ้นสุดลง³⁸⁸ จะเห็นได้ว่า การเปลี่ยนผ่านในทางการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสในแต่ละยุคสมัยนั้น จะมีการยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อที่สำคัญ เพราะนอกจากจะเป็นการวางรากฐานของสังคมในทางการเมืองการปกครองหรือฟื้นฟูสังคมขึ้นใหม่แล้ว ยังเป็นการวางกฎเกณฑ์และกลไกในทางการเมืองระหว่างฝ่ายต่างๆ ด้วยการยกร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจึงเปรียบเสมือนการก่อสร้างประเทศขึ้นใหม่ ดังนั้น ทุกครั้งที่เกิดวิกฤติการณ์ขึ้น จะมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เพื่อสร้างความสมัครสมานสามัคคีและฟื้นฟูสังคม³⁸⁹ โดยในทุกๆ ความเปลี่ยนแปลงของระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนเพื่อจัดวางกลไกของระบบการเมืองการปกครอง รัฐธรรมนูญจึงเป็นตั้งสาระสำคัญของระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศส

(3) ยุคสาธารณรัฐที่สาม (ค.ศ. 1875-1940)³⁹⁰

หลังจากการล่มสลายของระบบจักรวรรดิของพระเจ้าโนโปเลียนแล้ว การปกครองในระบอบสาธารณรัฐก็ได้กลับหวนคืนมาอีกครั้ง แต่ก็ยังไม่เด่นชัดอันเนื่องมาจากในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1871-1875 ที่ระบบการเมืองยังไม่ลงตัวแน่นอน ได้ปรากฏข้อเสนอขอทบทแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ใช้ระบบรัฐสภาแก่สาธารณรัฐตั้งความว่า "ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้มาจากการเลือกตั้งเสียงข้างมาก

³⁸⁸ การรบที่เซดอน (Sedan) ใกล้พรมแดนเบลเยียมเมื่อวันที่ 1 กันยายน 1870 ฝรั่งเศสพ่ายแพ้กองทัพเยอรมันยับเยิน สูญเสียทหารถึง 17,000 นาย ทหารอีกกว่า 100,000 นายถูกจับเป็นเชลยพร้อมจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 วันที่ 4 กันยายน 1870 ฝ่ายสาธารณรัฐประกาศล้มจักรวรรดิและตั้งรัฐบาลชั่วคราวป้องกันชาติ 18 มกราคม 1871 บิสมาร์คประกาศตั้งจักรวรรดิเยอรมันขึ้นที่ห้องกระจกในพระราชวังแวร์ซายส์ ชานกรุงปารีส โดยวันที่ 28 มกราคม 1871 รัฐบาลป้องกันชาติของฝรั่งเศสยอมลงนามสงบศึกกับเยอรมนี การเลือกตั้งทั่วไปในเดือนกุมภาพันธ์ ได้สภาแห่งชาติทำหน้าที่ลงนามในสนธิสัญญาสันติภาพกับเยอรมนีในนามของชาวฝรั่งเศสทั้งหมด ในวันที่ 10 พฤษภาคม 1871 สนธิสัญญาฟรังเฟิร์ต ระบุให้ฝรั่งเศสยกอัลซาส-ลอร์เรนและเมซ ซึ่งเป็นแหล่งอุตสาหกรรมสำคัญให้เยอรมนีพร้อมกับค่าปฏิกรรมสงครามอีก 5,000 ล้านฟรังก์ ที่กรุงปารีส ฝ่ายสังคมนิยมและกรรมกรจัดตั้งคอมมูนปารีสขึ้นปกครองตนเองในเดือนมีนาคม 1871 ปลายเดือนพฤษภาคม 1871 รัฐบาลปราบคอมมูนปารีสอย่างนองเลือด มีผู้เสียชีวิตและสูญหายกว่า 25,000 คนและอีกราว 7,500 คนถูกเนรเทศไปหมู่เกาะแคลิโดเนียในมหาสมุทรแปซิฟิก , โปรดดู สมเกียรติ วันทะนะ , การสร้างระบอบประชาธิปไตยในอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี , รัฐศาสตร์สาร ปีที่ 33 ฉบับที่ 3 กันยายน-ธันวาคม 2555 , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) , หน้า 25-26

³⁸⁹ สถาบันพระปกเกล้า , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 118*

³⁹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชาญชัย แสวงศักดิ์ , การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540) หน้า 4-5 อ้างไว้ใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 106* , หน้า 38-41

เด็ดขาดจากสภาสูงและสภาล่างร่วมกันในรัฐสภา" และในช่วงเวลาระหว่างปี ค.ศ. 1875-1914 เป็นช่วงที่สิทธิเสรีภาพในประเทศมีความเจริญก้าวหน้าอย่างที่ไม่มียุคก่อน กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญปี 1875 ไม่ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ แต่ปล่อยให้พัฒนาการของสังคมการเมืองสร้างและรับรองสิทธิเสรีภาพเอง แต่เมื่อเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าได้มีการรับรองคำประกาศสิทธิเสรีภาพและมีการรับรองสิทธิเสรีภาพอื่น แม้ในความเป็นจริงนั้นอาจไม่ได้เป็นอย่างที่รับรองหรือประกาศไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีหลายเหตุการณ์เกิดขึ้นที่มีผลกระทบต่อ การรับรองสิทธิเสรีภาพในประเทศฝรั่งเศส คือ สงครามโลกครั้งที่ 1 และสงครามโลกครั้งที่ 2 ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 การรับรองสิทธิเสรีภาพในความเป็นจริงนั้นแทบจะไม่มี แต่ภายหลังจากเสร็จสิ้นสงครามแล้วการรับรองสิทธิเสรีภาพก็ได้รับการยอมรับอีกครั้ง ถึงแม้จะไม่เหมือนก่อนยุคสงครามก็ตามที่ และต่อมาก็เกิดระบบการแผ่ขยายของระบบการรวบรวมอำนาจแบบเบ็ดเสร็จขึ้น เช่น การกำเนิดลัทธิบอลเชวิคในรัสเซีย (1917) ลัทธิฟาสซิสต์ในอิตาลี (1922) ลัทธินาซีในเยอรมัน (1933) เป็นต้น บรรยายากดกล่าวไม่เป็นผลดีต่อการรับรองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน และในการเตรียมตัวเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สองของฝรั่งเศสได้ทำให้การรับรองสิทธิเสรีภาพตกต่ำลงไปอีก มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1938 เกี่ยวกับองค์กรของชาติในสถานการณ์สงครามโดยเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐบาล และยังมีกฎหมายแห่งกฎหมายอีกหลายฉบับที่ตราออกมาเพื่อควบคุมตรวจสอบสื่อสิ่งพิมพ์ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ความไม่มีเสถียรภาพทางการเมืองก็ยังคงมีมากขึ้น ฝ่ายนิยมสาธารณรัฐก็มีหลายฝ่ายด้วยกัน ผลที่ตามมาคือการจัดตั้งรัฐบาลก็จะเป็นรูปแบบรัฐบาลผสมที่ทำให้ได้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพเข้ามาบริหารประเทศทำให้ระบบการเมืองภายใต้ยุคสาธารณรัฐที่ 3 ล้มเหลวลง ประกอบกับในปี ค.ศ. 1940 ฝรั่งเศสรบแพ้เยอรมันและตกอยู่ภายใต้การควบคุมของเยอรมันในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 นำมาสู่การล่มสลายของยุคสาธารณรัฐที่ 3 และในวันที่ 10 กรกฎาคม 1940 สภาสูงและสภาผู้แทนราษฎรได้ประชุมกันและพร้อมใจกันมอบอำนาจให้แก่นายพล Petain ซึ่งได้สถาปนาระบบใหม่ที่นายพล Petain นำมาใช้ที่รู้จักกันอีกในนามหนึ่งคือ ระบบ Vichy

ยุคสมัย Régime de Vichy เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1940 ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940 หรือรัฐธรรมนูญฉบับวิชซี³⁹¹ กล่าวคือ เมือง Vichy ถูกเลือกเป็นเมืองหลวงชั่วคราวสมัยที่เยอรมันเข้ามามีอำนาจในประเทศฝรั่งเศส ส่งผลให้รัฐบาลฝรั่งเศสในขณะนั้นโยกย้ายที่ทำการจากปารีสซึ่งเป็นเมืองหลวงมาหลายยุคหลายสมัยมาเป็นเมืองเล็กๆ ใจกลางประเทศอย่าง Vichy โดยในช่วงปี 1940 ซึ่งถือเป็นช่วงแห่งความรุ่งเรืองในสายตาชาว Vichy แต่เป็นช่วงแห่งความอ่ำแยในสายตาชาวฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นยุคที่สิทธิเสรีภาพอันเป็นสิ่งที่ชาวฝรั่งเศสยึดถือมา

³⁹¹ ปาลีรัฐ ศีวีวรรณพฤกษ์ , การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐในประเทศฝรั่งเศส , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=720>

ตลอดนับตั้งแต่การปฏิวัติฝรั่งเศสในปี 1789 สูญหายไป เนื่องจากในยุค “หน้าสิ่วหน้าขวาน” เช่น ในขณะนั้นเป็นช่วงเวลาที่มีอำนาจมากและสามารถออกกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นมาเพื่อเป็นการควบคุมความสงบเรียบร้อยได้ โดยในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศส คำว่า Régime de Vichy หรือระบบการปกครองสมัย Vichy เป็นสัญลักษณ์แสดงถึงการมีอำนาจอย่างล้นเหลือของรัฐ ซึ่งเป็นระบบการปกครองที่ค่อนข้างแตกต่างสำหรับประเทศที่ยึดถือการให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพดังเช่นประเทศฝรั่งเศส ในยุค Vichy นั้นเป็นยุคของผู้นำคือ นายพล Pétain มีการออก actes constitutionnels หรือรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในการยุบองค์การทางนิติบัญญัติและบริหารในระบบรัฐสภาแบบประธานาธิบดีของฝรั่งเศสมาเป็นรูปแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แบบเผด็จการ (monarchie autoritaire) ซึ่งถือว่า “อำนาจ” ในการปกครองประเทศอยู่ที่ผู้นำสูงสุดประเทศเพียงผู้เดียว (le pouvoir vient d'en haut) ทำให้นิยามของระบบ “สมบูรณาญาสิทธิราชย์” ซึ่งคุ้นเคยกับการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ผูกขาดการปกครอง เปลี่ยนไปเป็นระบบที่ผูกขาดอำนาจไว้ที่ผู้นำรัฐ (chef d'Etat) คือ นายพล Pétain โดยอ้างการปกครองในสมัย Vichy ว่าเป็นการปกครองที่ทำให้ฝรั่งเศสและสิ่งก่อสร้างที่สวยงามในปารีสไม่ถูกทำลายจากการยกทัพเข้ามาโจมตีของกองทัพเยอรมัน การเป็นผู้นำประเภท “ต่อต้านเสรีภาพ” ของ นายพล Pétain ทำให้สโลแกนของฝรั่งเศสคือ Liberté - Egalité - Fraternité หรือ เสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ เปลี่ยนไปเป็น Travail - Famille - Patrie โดยนายพล Pétain ถือว่า สิทธิเสรีภาพปัจเจกชน (l'individu) นั้นไม่มีอยู่อีกต่อไป มีแต่ครอบครัว ชาติและสังคมเท่านั้นที่จะทำให้อยู่รอดได้ จะเห็นได้ว่าแนวความคิดดังกล่าวค่อนข้างจะโน้มเอียงไปในระบบสังคมนิยม ซึ่งเป็นที่นิยมแพร่หลายทั่วไปในบริบททางสังคมในยุคนั้น ประเทศฝรั่งเศสในยุคนี้มีเพียงผู้นำรัฐ (chef d'Etat) เท่านั้นที่เป็นผู้จัดการทุกอย่างและเป็นผู้เดียวที่ เป็นผู้ผูกขาดอำนาจในการปกครองประเทศ ซึ่งนายพล Pétain เองก็ได้อิทธิพลมาจากระบบการปกครอง Nazism ของประเทศเยอรมันในขณะนั้น แม้ว่าตัวนายพล Pétain ผู้เป็นคริสเตียน ซึ่งตามแนวคิดของคริสเตียนจะยอมรับสิทธิเสรีภาพและถือว่ามนุษย์เป็นงานสร้างสรรค์จากพระเจ้าจึงมีความเป็นปัจเจกชนและถูกละเมิดมิได้ก็ตาม แต่นายพล Pétain เองก็ยังมีเชื่อว่าการใช้ระบบการปกครองดังกล่าวจะทำให้สถานการณ์ของประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้นผ่านพ้นไปได้ เสรีภาพในยุคนี้จึงตกอยู่ใน “ยุคมืด” โดยมีการยกเลิกเสรีภาพบางประการที่เคยได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในระบอบประชาธิปไตยของฝรั่งเศส นั่นก็คือ เสรีภาพในสิ่งพิมพ์ (liberté de la press) โดยกำหนดให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบรวมทั้งการต้องขออนุญาตในการจัดตั้งสิ่งพิมพ์ขึ้นมาใหม่ รวมทั้งยกเลิกเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (liberté du commerce et de l'industrie) สิทธิในความมั่นคงปลอดภัย (le droit à la sûreté) เสรีภาพในการรับฟังวิทยุต่างประเทศ (liberté d'écouter les radios étrangères) เสรีภาพในการรวมกลุ่ม (liberté de réunion) สิทธิในการนัดหยุดงานประท้วง (droit de grève) และเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคม

(liberté syndicale) แต่ในทางกลับกันกลับเปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพบางประการต่อไปได้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง (liberté d'aller et venir) สิทธิในทรัพย์สิน (droit de propriété) เสรีภาพในการนับถือศาสนา (liberté de religieuse) รวมทั้งเสรีภาพในการศึกษา (liberté d'enseignement) แต่อย่างไรก็ดี การเปิดโอกาสให้มีเสรีภาพดังกล่าว ก็เทียบได้กับ การถูกจำกัดโดยรัฐน้อยที่สุดนั่นเอง อย่างไรก็ตามความรุ่งเรืองของ vichy หดไปเมื่อฝรั่งเศสเริ่มเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่สี่ในปี 1946 แต่อย่างไรก็ดี Régime de Vichy ถือเป็นความเจ็บช้ำของประชาชนชาวฝรั่งเศสที่มีหัวใจหลักเป็นสิทธิและเสรีภาพ และจากบทเรียนของการถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในยุกดังกล่าวจึงส่งผลให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน ถูกจำกัดอยู่เพียง 3 กรณีคือ วิกฤติการณ์ของรัฐตามรัฐธรรมนูญ วิกฤติการณ์ที่กำหนดไว้โดยกฎของฝ่ายบริหาร และตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ในสมัย Régime de Vichy โดยมีการปกครองอันแสดงถึงสัญลักษณ์ของการมีอำนาจอย่างล้นเหลือของรัฐดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศส ได้ยังผลสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน และส่งผลให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในยุคหลังกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามามีบทบาทของรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเอาไว้ค่อนข้างน่าสนใจ เพราะเป็นการวางเงื่อนไขและข้อกำหนดในแต่ละกรณีของการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ค่อนข้างละเอียด ตลอดจนมีการควบคุมและคานอำนาจกันอย่างเป็นระบบ โดยที่ชาวฝรั่งเศสถือว่าระบบ Vichy ดังกล่าวเป็นความอดสูหน้าหนึ่งในประวัติศาสตร์ของชาวฝรั่งเศส และจะเห็นได้ว่าในห้วงเวลาของยุคสาธารณรัฐที่สามมีการถดถอยสิทธิและเสรีภาพนานับประการของประชาชนอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากสถานการณ์ความไม่แน่นอนของระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสและความเปลี่ยนแปลงของบริบทสังคมการเมืองในยุโรปจากผลของสงครามโลกอันส่งผลโดยตรงต่อระบบการปกครองของฝรั่งเศสและการพัฒนาของระบบนิติรัฐได้รับความกระทบกระเทือนอันนับเป็นช่วงเวลาที่มีสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างจำกัด โดยในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1944 หลังการล้มของระบบ Vichy แล้ว อันถือว่าเป็นการปลดปล่อยฝรั่งเศสจากการยึดครองของเยอรมันก็ได้มีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวขึ้นภายใต้การควบคุมของนายพล De Gaulle ซึ่งแรงที่จะนำระบบสาธารณรัฐกลับมาใช้อีกโดยได้ตรารัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นมา 2 ฉบับ กำหนดให้มีการลงประชามติและกำหนดหลักวิธีการเลือกตั้งในวันที่ 21 ตุลาคม 1945 ดังนั้น ตั้งแต่ช่วงเดือนตุลาคม 1945 จนถึงเดือนตุลาคม 1946 ชาวฝรั่งเศสได้รู้จักระบบใหม่ที่ตั้งอยู่บนฐานความต้องการของมหาชนและถือได้ว่าเป็นการเข้าสู่ยุคของสาธารณรัฐที่ 4

(4) ยุคสาธารณรัฐที่สี่ (ค.ศ. 1946-1958)

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญในวันที่ 27 ตุลาคม 1946 เป็นการเริ่มต้นของยุคสาธารณรัฐที่ 4 ในช่วงสาธารณรัฐที่ 4 จะเห็นได้ว่า ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญพยายามวางกลไกที่ทำให้ระบบรัฐสภาความเป็นเหตุเป็นผลมากขึ้น (rationalization du régime parlementaire) โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลให้

เข้มงวดเพื่อที่รัฐสภาจะล้มรัฐบาลได้ยากขึ้น ตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 4 สภาผู้แทนราษฎร จะต้องให้ความเห็นชอบตัวบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการประกาศในคำปรารภว่า "ประชาชนชาวฝรั่งเศสยังขอยืนยันอย่างเป็นทางการถึงความเคารพในสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์และพลเมืองแต่ละคนที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชน ปี 1789 และหลักการพื้นฐานที่กฎหมายสาธารณรัฐยึดมั่น" ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักการที่ประกาศในปี 1789 นั้นเป็นหลักการที่ไม่เคยตาย นอกจากนี้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 ยังได้รับรองสิทธิใหม่ๆ ขึ้นมาอีกอันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักการทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม เช่น ในเรื่องสตรี เด็ก คนชรา คนงาน สิทธิในการศึกษาอบรม เป็นต้น อันเป็นการแก้ไขจุดอ่อนของปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมดั้งเดิม และรัฐธรรมนูญยังไปไกลถึงขนาดบังคับให้รัฐต้องหาทางในความเป็นจริงจัดการให้สิทธิเหล่านี้เกิดขึ้นจริงได้ การรับรองสิทธิเสรีภาพในยุคดังกล่าวได้รับการฟื้นฟูขึ้นมาอีกครั้ง เช่น เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ เสรีภาพของสหภาพ เสรีภาพของการศึกษาอบรม เสรีภาพในการสมาคม เสรีภาพในการชุมนุม และยังมีเสรีภาพหลายประการที่ได้รับการพัฒนาให้ดีขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน สิทธิเสรีภาพบางประการก็ต้องถูกจำกัดลงบ้างเพื่อประโยชน์ของสังคม อาทิหลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจอันประกอบไปด้วยสิทธิและเสรีภาพพื้นฐาน 2 ประการคือ หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ากับหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินหรือหลักกรรมสิทธิ์ ซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แล้ว เมื่อเวลาผ่านไปหลักเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่า หลักการดังกล่าวได้ลดฐานะความสำคัญและคุณค่าลงจากการที่เคยเป็น "หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ" นับแต่เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะที่เปลี่ยนแปลงไปจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เมื่อปี ค.ศ. 1789 อยู่มาก³⁹² ซึ่งพิจารณาได้ว่า ในภาพรวมของสาธารณรัฐที่ 4 มีการรับรองสิทธิเสรีภาพอย่างดีมาจวบจนถึงปี ค.ศ. 1954 เป็นต้นไปนั้นเป็นไปในทิศทางตรงกันข้ามเพราะเกิดวิกฤตการณ์สงครามอัลจีเรียขึ้นประกอบกับวิกฤตการณ์การเมืองภายในประเทศจึงทำให้ยุคสาธารณรัฐที่ 4 สิ้นสุดลง จากความล้มเหลวของระบบรัฐสภาในรูปแบบดั้งเดิมในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 และสาธารณรัฐที่ 4 ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางการเมืองการปกครองแก่ประเทศฝรั่งเศสอย่างมากมาย จนนำไปสู่การสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในปี ค.ศ. 1958 ซึ่งปัญหาสำคัญอันเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อาจสรุปได้ดังนี้³⁹³

³⁹² สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560), หน้า 49

³⁹³ อมรรัตน์ สุจริตกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, หน้า 157-165, *อ้างไว้ใน* *อภิญา แก้วกำเนิด, อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, หน้า

1) ปัญหาเกี่ยวกับระบบพรรคการเมือง ที่ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองการจัดตั้งพรรคการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดๆ แต่ในทางความเป็นจริงพรรคการเมืองมีการดำรงอยู่ในทางการเมืองมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน โดยที่การจัดตั้งพรรคการเมืองมีลักษณะเป็นการรวมตัวกันทางการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยสมาคม ซึ่งไม่ได้มีกฎเกณฑ์การควบคุมที่เคร่งครัดและชัดเจน ทำให้พรรคการเมืองของฝรั่งเศสเป็นระบบหลายพรรค ซึ่งเป็นระบบที่ก่อให้เกิดปัญหาในด้านเสถียรภาพของรัฐบาลตลอดมาในช่วงสาธารณรัฐที่ 3 และสาธารณรัฐที่ 4 และเป็นปัญหาสำคัญที่ทำให้ระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสไม่มีความมั่นคง ล้มลุกคลุกคลานมาตลอด ซึ่งปัญหาระบบพรรคการเมืองที่อ่อนแอนี้ ได้ถูกยกขึ้นพิจารณาในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และมีแนวโน้มไปในทางต่อต้านพรรคการเมือง

2) ปัญหาการมีอำนาจมากของสภาผู้แทนราษฎร จากความผิดพลาดของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ค.ศ. 1946 โดยเฉพาะความผิดพลาดตั้งแต่เบื้องต้นของการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ที่ได้จัดวางโครงสร้างทางการเมือง โดยให้มีรัฐสภาที่มีอำนาจมากเกินไป อันเป็นผลให้ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีไม่มีเสถียรภาพ และผลจากการนำจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 มาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้สิ่งที่เคยยืดหยุ่นและปรับตัวได้กลายมาเป็นกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว อีกทั้งการนำระบบเลือกตั้งแบบสัดส่วนมาใช้ในสังคมการเมืองฝรั่งเศสที่มีความแตกแยกกันทางความคิดสูงและมีพรรคการเมืองหลากหลายเป็นปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ทำให้ระบบรัฐสภาในขณะนั้นไม่มีประสิทธิภาพ ประกอบกับการใช้ระบบรัฐสภาแบบไม่เสมอภาคในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ทำให้ไม่มีการถ่วงดุลกันระหว่างสภาทั้งสอง รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ได้สร้างความเข้มแข็งให้แก่สภาผู้แทนราษฎร แต่สถาบันการเมืองอื่นๆ อ่อนแอ จนทำให้เกิดปัญหาการขาดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎร มาตรการอันเป็นกลไกสำคัญในระบบรัฐสภาที่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยับยั้งสภาไม่อาจกระทำได้ในทางปฏิบัติ ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะแก้ไขปัญหาคความบกพร่องของระบบการเมืองการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 โดยการสถาปนารัฐธรรมนูญในแนวความคิดใหม่เพื่อปฏิรูประบบการเมือง

3) ปัญหาการเรียกร้องเอกราชของดินแดนที่เป็นอาณานิคมของฝรั่งเศสในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะปัญหาอาณานิคมอัลจีเรีย ซึ่งพรรคการเมืองในฝรั่งเศสมีความเห็นขัดแย้งกัน เกิดเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญทางการเมือง ส่งผลให้รัฐสภาแตกแยกกับรัฐบาลในขณะนั้น แต่สภาก็ได้หาทางออกโดยใช้วิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และออกกฎหมายมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งหลายฝ่ายเห็นควรให้นายพลเดอ โกลล์ เข้ามาช่วยแก้ปัญหานี้โดยทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารกฎหมายที่ออกมาเพื่อมอบอำนาจให้แก่รัฐบาลใหม่ คือ กฎหมายมอบอำนาจเด็ดขาดให้ฝ่ายบริหาร

คืนอำนาจอธิปไตยให้แก่ดินแดนอัลจีเรีย และกฎหมายอีกฉบับ คือ กฎหมายมอบอำนาจเด็ดขาดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของนายพลเดอ โกลด์

จากปัญหาทั้ง 3 ประการดังกล่าว ทำให้เห็นถึงระบบรัฐสภาที่อ่อนแอของฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่ 3 และสาธารณรัฐที่ 4 อย่างชัดเจน จึงเป็นเสมือนโจทย์ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะต้องแก้ปัญหาหลักๆ ดังกล่าวให้ได้ และเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของระบบรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสนับแต่ยุคสาธารณรัฐที่หนึ่งเป็นต้นมาภายหลังจากการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 นั้น จะเห็นได้ว่า ระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสเป็นไปในลักษณะที่ไม่แน่นอน บางช่วงเวลาฝ่ายบริหารใช้อำนาจรัฐโดยไร้ซึ่งเสถียรภาพ ในขณะที่อีกบางช่วงเวลามีการใช้อำนาจรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการของประชาชน หรือดังเช่นระบบการปกครองสมัย Vichy ที่อำนาจรัฐมีอย่างมากขึ้นที่มีการรวมอำนาจไว้ที่ผู้ปกครองอันไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐโดยการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและมีเจตนารมณ์อันสำคัญคือ แนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และดังจะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสมีการล้มล้างระบอบการปกครองและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้ง โดยการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสจะมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเพื่อจัดวางกลไกของระบบการเมืองการปกครองใหม่ จึงนำมาสู่แนวคิดในการเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับระบบรัฐธรรมนูญและวางหลักการพื้นฐานที่สำคัญอันเป็นที่มาของการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสหรือรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

(5) รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

กฎหมายรัฐธรรมนูญลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 กำหนดให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่จะประกันให้ความเคารพเสรีภาพที่สำคัญๆ ที่ได้กำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 และโดยคำประกาศรับรองสิทธิมนุษยชนที่รัฐธรรมนูญปี 1946 อ้างถึง เพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นมีคำปรารภที่กะทัดรัด ดังนั้น ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1958 วรรคแรก จึงยืนยันถึงหลักการดังกล่าวว่า "ประชาชนชาวฝรั่งเศสแสดงความเชื่อมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังที่ได้นิยามไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองเมื่อปี ค.ศ.1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946..." นอกจากนี้ในหมวด 7 ได้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในหมวด 7 นั้นมีความไม่ชัดเจนอยู่พอสมควรในมาตรา 62 ที่บัญญัติว่า บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายและไม่อาจมีผลบังคับได้ บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้เพิ่มปัญหาตามมาว่า ที่ว่าขัด

ต่อรัฐธรรมนูญนั้นรวมถึงอารัมภบทของรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ถ้ารวมไปถึงด้วยก็หมายความว่า อารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต่อหลักการที่ระบุไว้ในคำปรารภแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมสามารถยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้น ได้ มีการยอมรับในปัจจุบันแล้วว่าอารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มีลักษณะเด่น 3 ประการคือ 1. ปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาอย่างไม่มีการจำกัด 2. เสนอหลักรัฐสภาแบบมีเหตุผลโดยให้ความสำคัญแก่ฝ่ายบริหาร และ 3. การเสริมสร้างอำนาจ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้มากขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1962 ให้ ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน แทนที่จะมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยผ่านรัฐสภา ซึ่งดูเหมือนจะสร้างเสถียรภาพให้แก่ระบบการเมืองของฝรั่งเศสได้ในระดับหนึ่งเพราะยังใช้งานได้อยู่จนทุกวันนี้ จากประวัติการสร้างระบอบประชาธิปไตยของฝรั่งเศสตั้งแต่การปฏิวัติ ค.ศ. 1789 จนถึงปัจจุบัน สะท้อนให้เห็นถึงประเพณีทางการเมืองยุคใหม่ของประเทศฝรั่งเศสได้อย่าง ชัดเจนประการหนึ่งว่า การรวมศูนย์อำนาจรัฐไว้ที่ส่วนกลางอย่างเข้มข้นนั้น ในที่สุดแล้วไม่เหมาะต่อ การสร้างให้รัฐสภาเป็นสถาบันหลักแห่งอำนาจทางการเมืองได้ การใช้อำนาจทางการเมืองจึง เคลื่อนไหวตามตัวบุคคลมากกว่าตรึงอยู่กับองค์กรเหมือนกรณีอังกฤษ³⁹⁴

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่สะท้อนถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐอันเป็นแนวคิดที่ว่ารัฐภายใต้กฎหมาย โดยเน้นถึง ความสำคัญของการให้การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติ ของมนุษย์ จะเห็นได้ว่า จุดเริ่มต้นของหลักการปกครองภายใต้กฎหมายที่ถือเป็นหลักการพื้นฐาน สำคัญในการปกครองประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นที่การปฏิวัติ ค.ศ. 1789 โดยในภายหลังจากการปฏิวัติ สภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในหัวข้อเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง เพื่อให้ชาวฝรั่งเศสได้รับการ คุ้มครองไม่ให้ถูกปกครองอย่างกดขี่เหมือนในอดีตอีก ภายใต้แนวคิดสนับสนุนการปกครองแบบ ประชาธิปไตยซึ่งจะมาแทนที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มีการผสมผสานระหว่างปรัชญากฎหมาย ธรรมชาติและการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน โดยวางโครงสร้างทางการเมืองและสังคมแบบใหม่ รวมทั้งการเสนอแนวคิดที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคกัน จนในวันที่ 26 สิงหาคม 1789 สภา ร่างรัฐธรรมนูญได้ออกคำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง และถือได้ว่า การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เปิดศักราชให้ผู้คนไพล่พ้นจากอำนาจมืดมาสู่ยุคสมัยที่มนุษย์พึงได้มีตัวตนในฐานะมนุษย์

³⁹⁴ สมเกียรติ วันทะนะ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 119 , หน้า 27

คนหนึ่ง ไม่ใช่เพียงเข้ารับใช้ที่ต้องก้มหน้ารับกรรมแบบในอดีตอีกต่อไป³⁹⁵ แต่อย่างไรก็ตาม แม้เนื้อหาหลักการต่างๆ ที่ปรากฏของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองจะเป็นหลักสำคัญและแม่แบบให้กับประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้การยอมรับและปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของฝรั่งเศส แต่เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสหลังปี ค.ศ. 1789 จนมาถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะเป็นเครื่องมือที่จะหาทางออกจากวิกฤติการณ์โดยการถดถอยหรือการถอยร่นต่างๆ จากบทสรุปในอดีต แต่ในอีกทางหนึ่งนั้นรัฐธรรมนูญก็เป็นเหตุปัจจัยสำคัญที่นำพาประเทศไปสู่ทางตันหรือตกอยู่ในวิกฤติการณ์ของความขัดแย้งอันนำไปสู่การล้มล้างระบอบการเมืองการปกครองตามสภาวะของบริบททางการเมืองในห้วงเวลาต่างๆ ซึ่งในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับนั้นปฏิเสธไม่ได้ว่า สภาวะการณ์ทางการเมืองในห้วงเวลาของการจัดทำรัฐธรรมนูญมีผลต่อเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ผู้มีอำนาจทางการเมืองในขณะนั้นได้ยกร่างขึ้น ดังเห็นได้จากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในแง่ของการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศฝรั่งเศสนั้นก็ ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางการเมืองการปกครองของแต่ละยุคแต่ละสมัยขึ้นอยู่กับกลไกทางการเมือง ผู้มีอำนาจทางการเมืองและสภาวะแวดล้อมทางการเมืองเป็นตัวกำหนด แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส ได้บัญญัติรับรองถึงหลักสิทธิมนุษยชน และเป็นแม่แบบของรัฐที่เชิดชูสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเหนือสิ่งอื่นใด ตามแนวความคิดของปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่มุ่งหมายในการสร้างกฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติที่มีอาจล้มล้างได้ของมนุษย์อันเป็นรากฐานสำคัญของการจัดทำรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสและหยั่งรากลึกอยู่ในจิตวิญญาณแห่งชนชาติฝรั่งเศสมิเสื่อมคลาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.2.1.3 หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส³⁹⁶

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 เกิดจากแนวความคิดของกลุ่มบุคคลต่างๆ ซึ่งประกอบด้วยบุคคลที่เป็นผู้นำของชาวฝรั่งเศส ผู้เชี่ยวชาญในทางการเมืองการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินและมีความรู้ในกฎหมายมหาชน โดยต้องการวางหลักเกณฑ์การปกครองประเทศไว้ อันได้แก่

³⁹⁵ สุพัชรี เมนะทัต , ปฏิวัติฝรั่งเศส ความโหดเหี้ยมในสิทธิความเป็นมนุษย์ , สารประชาสัมพันธ์ วารสารเพื่อการประชาสัมพันธ์ คณะมนุษยศาสตร์ มศว ฉบับอิเล็กทรอนิกส์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 กรกฎาคม - สิงหาคม 2551 , หน้า 19-22 สืบค้นจากเว็บไซต์ http://it.hu.swu.ac.th/hu/journal/sarn51_1.pdf

³⁹⁶ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และชาญชัย แสวงศักดิ์ , การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540) , หน้า 4-5

การฟื้นฟูบทบาทของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐให้มีบทบาทอย่างแท้จริง การเพิ่มอำนาจของรัฐบาลให้มีประสิทธิภาพและเสถียรภาพ การลดอำนาจของรัฐสภาซึ่งมีมากเกินไปในสมัยสาธารณรัฐที่สามและสาธารณรัฐที่สี่ ตลอดจนการสร้างระบบและกลไกควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดี รัฐบาล และรัฐสภาโดยองค์กรตุลาการ โดยรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันได้บัญญัติหลักเกณฑ์ที่สำคัญไว้หลายประการอันเป็นการแสดงถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นการปฏิรูประบบการเมืองของฝรั่งเศสดังต่อไปนี้

3.2.1.3.1 หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและของประชาชน

หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและประชาชน อันเป็นการรวมแนวความคิดของนักปรัชญาการเมือง 2 ท่าน คือรูสโซ และซิเอเยส์ ดังปรากฏตามมาตรา 3 วรรคแรกว่า “อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชน” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการรวมทฤษฎีอำนาจอธิปไตย 2 ทฤษฎีเข้าด้วยกัน คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la souverainete nationale) ซึ่งสะท้อนรูปแบบประชาธิปไตยทางอ้อม (la démocratie indirect หรือ la democrate représentative) และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (La souverainete populaire) ที่สะท้อนรูปแบบประชาธิปไตยทางตรง (la démocratique direct) การผสมผสานของทั้ง 2 รูปแบบเข้าด้วยกันนี้เรียกว่า รูปแบบประชาธิปไตยกึ่งทางตรง (la démocratie sémi-direct) รวมทั้งปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดดังที่ปรากฏตามรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่สามและสาธารณรัฐที่สี่ถือว่ารัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชนและมีอำนาจไม่จำกัดสามารถแทรกแซงในทุกด้าน ส่งผลให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ ในสาธารณรัฐที่ห้าจึงได้ล้มเลิกแนวความคิดที่จะปล่อยให้รัฐสภาสามารถแทรกแซงได้ทุกเรื่องโดยปราศจากการควบคุม ดังนั้นแนวความคิดใหม่ก็คือต้องมีการควบคุมและมีการจำกัดโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก ส่วนรัฐสภายังคงมีอำนาจนิติบัญญัติอยู่ต่อไปแต่ถูกจำกัดอำนาจว่าจะตรารัฐบัญญัติ (La loi) ในเรื่องใดได้บ้าง อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาจึงกลายเป็นข้อยกเว้นไป

3.2.1.3.2 หลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล (Liberte Publique)

หลักในเรื่อง liberte publique อันเป็นการรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและกลุ่มบุคคล ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 4 และมาตรา 66 โดยเฉพาะ

มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มพรรคการเมือง ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่เชื่อมต่อระหว่างประชาชนกับรัฐภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย แนวคิดเรื่องสิทธิเสรีภาพถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการปกครอง ระบอบประชาธิปไตยและเป็นสิ่งที่ควบคุมมากับการกำเนิดของรัฐธรรมนูญในโลก เพราะการมีรัฐธรรมนูญนั้น ก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ว่า “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอติปไตย จะถือว่าไม่มีรัฐธรรมนูญไม่ได้” หลักการดังกล่าวก็ได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ยอมรับกันทั่วไป และรัฐธรรมนูญก็รับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ³⁹⁷

3.2.1.3.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการปกครองระบบรัฐสภา

หลักการแบ่งแยกอำนาจของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวความคิดของ มองเตสกีเออ ที่เห็นว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Seperation of Power) สืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันผูกขาดอำนาจโดยปราศจากองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ และในการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้นควรมีการจัดแบ่งอำนาจและแยกบุคคลหรือองค์กรใช้อำนาจเป็นอิสระจากกันอันถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ เพราะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวความคิดของมองเตสกีเออได้ปรากฏในมาตรา 16 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประชาธิปไตยโดยแท้จริง และไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”³⁹⁸ และถือเป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสภายใต้หลักการคานและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ระหว่างกันขององค์กรใช้อำนาจ โดยประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักการให้องค์กรใช้อำนาจรัฐเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันภายใต้หลักการปกครองระบบรัฐสภาที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์และความร่วมมือกันระหว่างคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหารกับรัฐสภาอันเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ภายใต้รูปแบบการปกครองระบบกึ่งประธานาธิบดี (Semi-presidential System) ที่เป็นรูปแบบการผสมผสานกันระหว่างระบบรัฐสภากับระบบ

³⁹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) หน้า 41-42

³⁹⁸ หยุด แสงอุทัย , หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2507) , หน้า 57-58

ประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยร่วมกันบริหารราชการแผ่นดินโดยยึดถือเจตจำนงของประชาชนและยึดความผาสุกของรัฐเป็นเจตนารมณ์สูงสุด

3.2.1.3.4 หลักรัฐสภาแบบสมเหตุสมผล

หลักรัฐสภาแบบสมเหตุสมผลเป็นการนำระบบรัฐสภามาปรับปรุง (Rationalization) ให้ทันสมัยเหมาะสมกับทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพมากขึ้น ภายใต้รูปแบบการปกครองระบบรัฐบาลแบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา (Semi presidential Semi Parliamentary System) อันเป็นระบบที่มีประมุขของรัฐคือ ประธานาธิบดีที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน และเป็นระบบที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาอันการนำกลไกการถ่วงดุลในระบบรัฐสภา และฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีมีอำนาจในการยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งในคณะรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภาในเวลาเดียวกันด้วย อย่างไรก็ตาม รัฐบาลยังคงต้องมีความรับผิดชอบต่อทางการเมืองต่อรัฐสภา ในกรณีที่จะถูกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อกันเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีได้ และก็ยังต้องรับผิดชอบต่อประธานาธิบดีด้วย เพราะนายกรัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งและอาจถูกถอดถอนโดยประธานาธิบดีได้ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อคณะรัฐมนตรีด้วย เพื่อให้ระบบการปกครองบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้สถาบันการเมืองมีเสถียรภาพยิ่งขึ้น ภายใต้แนวคิดในการจัดวางโครงสร้างและกลไกทางการเมืองการปกครองตามรัฐธรรมนูญที่มีความเหมาะสม

3.2.1.3.5 การเสริมสร้างอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

หลักการเสริมสร้างอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้มากขึ้น กล่าวคือ วางหลักการเพิ่มศักดิ์ศรีและอำนาจให้แก่ตำแหน่งประธานาธิบดีโดยการเปลี่ยนแปลงระบบเลือกตั้งประธานาธิบดี ให้มีที่มาจาก การได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน โดยเป็นประมุขของรัฐและมีอำนาจทางการเมืองโดยแท้บางประการร่วมกับนายกรัฐมนตรี อันเป็นเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการฟื้นฟูบทบาทของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐให้มีบทบาทอย่างแท้จริง ภายใต้ระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา โดยฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่น่าระบบนี้มาใช้และใช้

อยู่เพียงประเทศเดียว³⁹⁹ อันเป็นรูปแบบการปกครองของฝรั่งเศสตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ที่ถือเป็นรูปแบบเฉพาะของประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในห้วงเวลาบรรยากาศทางการเมืองที่ไม่ปกติ โดยในช่วงเวลาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ประเทศฝรั่งเศสเผชิญหน้ากับปัญหาหลายประการ เช่น ความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาล ระบบรัฐสภาที่มีความเข้มแข็งเกินไป ความวุ่นวายทางการเมืองจากการที่อาณานิคม คือ อัลจีเรีย เรียกร้องเอกราช คณะผู้จัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องการรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีความเข้มแข็ง สามารถนำพาประเทศให้รอดพ้นจากวิกฤติดังกล่าวได้ ด้วยเหตุดังกล่าว มาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน⁴⁰⁰ จึงเกิดขึ้นเพื่อให้เป็นกลไกที่สำคัญในการสร้าง “ภาวะผู้นำ” ให้กับผู้ปกครองประเทศลำดับสูงสุด คือ ประธานาธิบดีที่จะใช้อำนาจพิเศษของตนเองโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ เพื่อที่จะได้แก้ไขปัญหาสำคัญของประเทศได้โดยไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เป็นอุปสรรค การใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของประธานาธิบดีนั้น เป็นการใช้อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและไม่มีองค์กรใดเข้ามาตรวจสอบได้ โดยมีข้อจำกัดอำนาจของประธานาธิบดีอยู่บ้าง ในช่วงที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ได้ห้ามประธานาธิบดีที่จะใช้อำนาจในการยุบสภา และนอกจากนี้แล้ว ในระหว่างการใช้อำนาจพิเศษ ทุกครั้งที่ประธานาธิบดีจะใช้มาตรการใดๆ ที่จำเป็นจำเป็นต้องขอความเห็นจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน แต่รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้ต้องเปิดเผยความเห็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อสาธารณชน⁴⁰¹

³⁹⁹ ชานานู จันทรเรือง , ประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศส , คอลัมน์ “มุมมองใหม่” หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ประจำวันที่ 9 พฤษภาคม 2560 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641183>

⁴⁰⁰ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มาตรา 16 บัญญัติว่า “ ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับการจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ภายหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

ประธานาธิบดี จะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้มาตรการดังกล่าว

มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้ โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เอง

ในระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้ ”

⁴⁰¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , “สถานการณ์ฉุกเฉิน” บทบรรณาธิการครั้งที่ 241 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1475>

3.2.1.3.6 หลักการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทั่วไป

รัฐสมัยใหม่ที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยอันอยู่บนพื้นฐานต่อการเคารพในเสรีนิยมและปัจเจกชนนิยมนั้น ย่อมเปิดโอกาสให้ประชาชนเลือกผู้แทนของตนเข้าไปบริหารและตัดสินใจทางการเมืองแทนตนภายใต้หลักการที่ว่า ประชาชนแต่ละคนหรือปัจเจกบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเลือกนักการเมืองหรือพรรคการเมืองที่ตนชื่นชอบ โดยย่อมมีเสรีภาพในการเลือกนักการเมืองหรือพรรคการเมืองผ่านกลไกการเลือกตั้งที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้วางเกณฑ์เอาไว้ นอกจากนี้ กลไกการเลือกตั้งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญถือเป็นกลไกที่สนับสนุนเสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองของประชาชนแต่ละคนหรือปัจเจกบุคคลอีกด้วย หากประชาชนในประเทศคนใดมีคุณสมบัติครบและไม่เข้าลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งได้บัญญัติเอาไว้ประชาชนดังกล่าวย่อมมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทั่วไป (Universal Suffrage) ด้วยเหตุนี้ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่จัดการเลือกตั้งจำต้องปฏิบัติกับประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกันโดยรัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะกระทำการใดๆ อันเป็นการกีดกันไม่ให้ประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทั่วไปไม่ได้ ทั้งนี้ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐจำต้องกระทำการอันเป็นการสนับสนุนสิทธิออกเสียงเลือกตั้งอย่างเท่าเทียม (Equal Suffrage) กล่าวคือ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องถือว่าเสียงของประชาชนทุกคนเท่าเทียมกันเมื่อประชาชนกระทำการลงคะแนนเสียง (Action of Voting) อันเป็นหลักการมาตรฐานการเลือกตั้งที่เป็นสากล⁴⁰² โดยหลักการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทั่วไปปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 3 วรรคสามของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การลงคะแนนเสียงเลือกผู้แทนของปวงชน จะจัดให้มีการลงคะแนนเสียงโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 3 วรรคสี่ กำหนดให้การลงคะแนนจะต้องเป็นการทั่วไป (universel) เป็นกลาง (égal) และลับ (secret) สำหรับเงื่อนไขเกี่ยวกับประชาชนผู้มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเป็นไปตามที่กำหนดในรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยปัจจุบันในประเทศฝรั่งเศส การเลือกตั้งประธานาธิบดี (Le Président de la République) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Les députés) ผู้แทนฝรั่งเศสประจำรัฐสภายุโรป (Les représentants de la France au Parlement européen) และผู้แทนท้องถิ่น (Les élus locaux)

⁴⁰² ปีติเทพ อู๋ยีนยง , หนึ่งคนหนึ่งเสียงในการเลือกตั้งกับความเท่าเทียม, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1925>

จะเป็นการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ซึ่งรวมถึงการออกเสียงประชามติ (Le référendum) ขณะที่การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (Les sénateurs) จะเป็นการเลือกตั้งโดยอ้อม⁴⁰³

3.2.1.3.7 หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ

หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตย เพราะเป็นการประกันถึงความยุติธรรมที่จะมีต่อประชาชน และเป็นข้อที่แสดงให้เห็นถึงการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด่นชัด ดังที่ปรากฏตามมาตรา 64 และมาตรา 65 ที่ได้เน้นให้เห็นว่าผู้นำของประเทศเป็นผู้ที่ปกป้องรักษาความอิสระของอำนาจตุลาการโดยเป็นประธานสภาตุลาการชั้นสูง มีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการสภาตุลาการชั้นสูง สภาตุลาการชั้นสูงเป็นผู้เสนอชื่อผู้ที่สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา ให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจอภัยโทษของประธานาธิบดี

ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสที่ประกาศใช้บังคับมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1958 โดยถูกจัดทำขึ้นเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเทศในขณะนั้น เช่น สงครามกลางเมือง ปัญหาเศรษฐกิจ ปัญหาสังคม ความไม่มีเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล เป็นต้น รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1958 จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่มีสาระทั้งหมดเกี่ยวกับโครงสร้างสถาบันทางการเมืองและอำนาจรัฐ แต่กระนั้นก็ยังขาดสิ่งสำคัญๆ หลายประการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน แม้ฝรั่งเศสจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปหลายครั้งในช่วงระยะเวลาเวลาเกือบ 50 ปีที่ผ่านมา แต่ส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เน้นไปในเรื่องการจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองและอำนาจรัฐเช่นเดิม ด้วยเหตุนี้เอง ประธานาธิบดี Nicolas Sarkozy ในระหว่างการหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีก็ได้เสนอที่จะให้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญใหม่ให้มีความทันสมัยและมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น โดยสองเดือนต่อมาหลังการเข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ประธานาธิบดี Sarkozy จึงได้ออกรัฐฤษฎีกา ลงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งชื่อ “คณะกรรมการเพื่อการไตร่ตรองและเสนอแนะแนวทางในการทำให้สถาบันต่างๆ ของสาธารณรัฐที่ 5 มีความทันสมัยและสมดุลยิ่งขึ้น” (la Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et réajustement des institutions de la Ve République) โดยมีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาแนวทางการแก้ไขรัฐธรรมนูญพร้อมทั้งกำหนดให้

⁴⁰³ จุมพล ศรีจิงศิริกุล , วรพล ชินเพชร , อนัญ ยศสุนทร และกฤตติกา ยูวะนะเดมิย์ , แก่นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เฉพาะประเด็น การเลือกตั้งและสถาบันทางการเมือง การถ่วงดุลอำนาจและองค์กอธิระตามรัฐธรรมนูญ การมีส่วนร่วมของประชาชนและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการจัดทำประชามติ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://lawdrafter.blogspot.com/2015/05/blog-post.html>

เสนอผลการศึกษาต่อประธานาธิบดี ซึ่งคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอรายงานชื่อ “สาธารณรัฐ ที่ 5 ที่เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น” ต่อประธานาธิบดี Sarkozy ประกอบด้วยส่วนสำคัญ ๆ 3 ส่วน และมีหัวใจสำคัญ คือ (1) การควบคุมการใช้อำนาจบริหารที่ดีกว่าเดิม คณะกรรมการเสนอให้ทำการทบทวนอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งหมดรวมไปถึง อำนาจ 7 ประการของประธานาธิบดีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย (2) รัฐสภาที่มีอำนาจมากขึ้น คณะกรรมการได้เสนอปรับปรุงระบบการจัตุวาระการประชุมสภา วิธีการประชุมสภาและกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมาย และ (3) สิทธิใหม่ๆ สำหรับพลเมือง มีการเสนอให้ปรับปรุงสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ ปรับปรุงระบบตัวแทนของประชาชนในรัฐสภา เช่น ตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตัวแทนของชาวฝรั่งเศสที่อยู่นอกประเทศ ตัวแทนกลุ่มการเมืองต่างๆ ที่ไม่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาในรัฐสภา เป็นต้น รวมถึงการเสนอสิทธิใหม่ๆ ให้กับประชาชนในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ในส่วนสุดท้ายนี้ยังได้กล่าวถึงการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้ดีขึ้นกว่าเดิมด้วย นอกจากนี้รายงานดังกล่าวยังประกอบด้วยภาคผนวกอีก 5 เรื่อง คือ (1) ความคิดเห็นส่วนบุคคลของกรรมการบางคน (2) รัฐกฤษฎีกาตั้งคณะกรรมการ (3) ตารางข้อเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญจำนวน 77 ข้อของคณะกรรมการ (4) ตารางเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับมาตราที่จะขอแก้ไขใหม่ และ (5) ภาคผนวกสุดท้าย คือรายชื่อบุคคลที่คณะกรรมการได้เชิญมาพูดคุยสอบถามความคิดเห็นซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญๆ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หัวหน้าพรรคของทุกพรรค ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงขององค์กรของรัฐ เช่น ศาลปกครองสูงสุด ศาลยุติธรรม ศาลตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน รวมไปถึงผู้บัญชาการทหารสูงสุดด้วย ซึ่งรายงานดังกล่าวนี้ได้ส่งถึงประธานาธิบดีและเผยแพร่ต่อสาธารณชนและส่งให้หน่วยงานต่างๆ ให้ความเห็น โดยประสงค์ที่จะให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันในแวดวงต่างๆ อย่างกว้างขวาง จากนั้นก็ได้นำเอาข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่างๆ มาพิจารณาปรับปรุงร่างรัฐธรรมนูญกันอีกครั้งก่อนที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อไป⁴⁰⁴ เพื่อเป็นการเสริมสร้างระบบรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นเสถียรภาพ มุ่งเน้นการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและรับรองถึงสิทธิพลเมืองต่างๆ เพื่อจัดวางกลไกการปกครองในระบอบประชาธิปไตยให้เข้มแข็งมากยิ่งขึ้น

ในการนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ผ่านพัฒนาการทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของฝรั่งเศสตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ผ่านกระบวนการต่อสู้ทางการเมือง โดยเฉพาะเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 และได้มีการนำแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการจำกัดการใช้อำนาจของ

⁴⁰⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , กระบวนการที่นำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งล่าสุดของประเทศฝรั่งเศส , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1429>

ผู้ปกครองมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในรูปของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง
 อนแสดงให้เห็นว่า แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศ
 ฝรั่งเศสถูกหล่อหลอมผ่านกระบวนการทางการเมือง แปรเปลี่ยนจากแนวความคิดที่เป็นนามธรรมมาสู่
 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นรูปธรรมขึ้นมา อันเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมทางการเมืองแบบ
 ประชาธิปไตย อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยความไม่มีเสถียรภาพในทางการเมืองในช่วงต้นเป็นผลทำให้
 ประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญหลายครั้ง เพื่อค้นหา
 รูปแบบการปกครองที่เหมาะสมกับประเทศของตน และด้วยสภาวะของความไร้เสถียรภาพนี้เองที่ทำให้
 ให้แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาน้อย
 แตกต่างกันไปตามยุคสมัย ในบางยุคสมัยแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพก็ไม่ปรากฏอยู่
 เลย อย่างไรก็ดี แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพซึ่งได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม
 ทางการเมืองของฝรั่งเศสแล้วนั้น ก็ได้ถูกเรียกร้องโดยประชาชนอยู่เสมอมา และมีพัฒนาการอย่าง
 ต่อเนื่องและเหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง จนกระทั่งในยุคสาธารณรัฐที่ 5
 แนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็มาปรากฏชัดเจนอีกครั้งในรัฐธรรมนูญ
 แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน โดยการอ้างถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.
 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 และเมื่อรัฐธรรมนูญได้แก้ไขปัญหาข้อบกพร่องของ
 รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ในเรื่องความมีเสถียรภาพของระบบการเมือง ซึ่งมีความสำคัญต่อการคุ้มครอง
 สิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน
 และได้กลายเป็นต้นแบบให้กับประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ในเวลาต่อมา⁴⁰⁵

โดยสรุปแล้ว เมื่อศึกษาถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญของ
 ประเทศฝรั่งเศสอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองรัฐ และความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของ
 ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศสในแต่ละยุคสมัยได้หล่อหลอมจนเป็นอุดมการณ์ทางการเมืองที่
 สะท้อนถึงแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนภายใต้แนวคิดพื้นฐานอันเป็นหลักการ
 สำคัญต่างๆ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่ถือเป็นตั้งเอกสารชิ้นสำคัญซึ่ง
 เกิดขึ้นในสมัยหัวเวลาของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ได้ประกาศรับรองสิทธิมนุษยชนของชนชาวฝรั่งเศส
 โดยจะเห็นได้ว่า พัฒนาการของหลักนิติรัฐในฝรั่งเศสได้มุ่งเน้นถึงหลักการสำคัญของนิติรัฐในทาง
 เนื้อหา กล่าวคือ หลักการตามคำประกาศฯ ได้มีการวางแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐ
 ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมี
 เจตนารมณ์อันสำคัญคือ แนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจรัฐและการยืนยันถึงความสำคัญ
 ของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ หลักความเสมอภาค และเพื่อจำกัดการใช้อำนาจที่มีขอบของ

⁴⁰⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ : วิทยุชน , 2556) , หน้า 208-215

ผู้ปกครอง โดยยึดถือเจตจำนงในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และนับเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชาวฝรั่งเศสโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร และได้กลายเป็นแนวคิดต้นกำเนิดที่ฝังรากลึกในระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรผ่านยุคสมัยของแต่ละสาธารณรัฐ จวบจนมาสู่รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1958 ที่ถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐในการปกครองประเทศทั้งในแง่ของการฟื้นฟูบทบาทของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐให้มีบทบาทในทางการเมืองการปกครองโดยแท้ มีการเพิ่มอำนาจของรัฐบาลเพื่อสร้างประสิทธิภาพและเสถียรภาพให้รัฐบาล การปรับบทบาทของรัฐสภาให้มีความสมเหตุสมผล และการวางระบบและกลไกควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดี รัฐบาล และรัฐสภา ประกอบกับการวางแนวคิดมุ่งหมายในการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐ การตรวจสอบและถ่วงดุลกลไกการใช้อำนาจรัฐ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง และการเสริมสร้างเสถียรภาพของรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การตุลาการมีการวางหลักความเป็นอิสระของตุลาการที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้วางหมุดหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ดังคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อันเปรียบเสมือนจิตวิญญาณแห่งชนชาติในการรับรองและพิทักษ์สิทธิของประชาชนชาวฝรั่งเศสให้ปรากฏเป็นรูปธรรมได้อย่างแท้จริง

3.2.2 วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴⁰⁶

รูปแบบการบริหารภาครัฐแบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralization) ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีผลโดยตรงต่อการจัดรูปแบบของระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งย้อนไปในยุคสมัยกลางที่ประเทศฝรั่งเศสปกครองในรูปแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจของกษัตริย์ฝรั่งเศสจำกัดอยู่เพียงบริเวณรอบๆ นครปารีส ส่วนหัวเมืองต่างๆ ทั่วประเทศจะถูกปกครองดูแลโดยขุนนางและบุคคลชั้นสูง (Nobility) การปกครองแบบกระจายอำนาจในยุคนั้นส่งผลต่อรูปแบบการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมโดยตรง กล่าวคือ เจ้าของที่ดินมีอำนาจในการจัดการระบบเศรษฐกิจสังคมและความยุติธรรมในดินแดนของตนในลักษณะเช่นเดียวกับระบบ Feudalism โดยกษัตริย์ของฝรั่งเศสมีอำนาจชำระความได้ตามแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีกฎหมายโรมันที่มีความเชื่อว่า กษัตริย์คือแหล่งที่มาของความยุติธรรมทั้งปวง (The king was a source of all justice) ซึ่งต่อมา

⁴⁰⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 102* , หน้า 4-6 และนั่นทวัฒน์ บรมานันท์ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 42* , หน้า 46-47

อำนาจของกษัตริย์ได้แผ่ขยายออกไปและค่อยๆ ยกเลิกความสำคัญของศาลของเจ้าศักดินา⁴⁰⁷ จนกระทั่งปลายคริสต์ศตวรรษที่ 13 มีการจัดตั้งสภา (Parlement) เพื่อช่วยในการจัดการกับปริมาณคดีที่เพิ่มขึ้น จนกระทั่งคริสต์ศตวรรษที่ 16 อำนาจของกษัตริย์ได้แผ่ขยายไปทั่วอาณาจักร จึงมีการจัดตั้งสภาท้องถิ่น (Provincial Parlements) ขึ้นเพื่อช่วยแบ่งเบางานด้านการยุติธรรมของกษัตริย์ (Royal Justice) ในยุคนี้จะประสบปัญหาความแตกต่างของระบบกฎหมายในแต่ละท้องถิ่น ต่อมาจนกระทั่งคริสต์ศตวรรษที่ 18 ภายหลังจากการปฏิวัติของฝรั่งเศส ระบบศาลของรัฐบาล (Royal Court System) ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อจัดระบบกฎหมายให้เป็นเอกภาพทั่วราชอาณาจักร การเรียนการสอนกฎหมายในยุคนั้นจะใช้ประมวลกฎหมายจัสติเนียน (Code of Justinian) ที่อธิบายหลักและทฤษฎีกฎหมายอย่างเป็นระบบและแยกกฎหมายออกจากความคิดทางศาสนา นับเป็นการสิ้นสุดยุคแห่งการครอบงำของนักบวชที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาและที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางระบบการเมืองของประเทศฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่า แต่เดิมประเทศฝรั่งเศสไม่มีระบบศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยภายหลังจากการปฏิวัติในปี ค.ศ.1789 ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้รับบทเรียนและประสบการณ์การก้าวถอยจากฝ่ายตุลาการในอดีตที่พยายามจะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดนโยบายของรัฐโดยการตีความขยายอำนาจของตนว่า ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ (Judicial Review) ที่ผ่านจากสภานิติบัญญัติ จึงพยายามที่จะป้องกันการก้าวถอยจากฝ่ายตุลาการนั้นโดยการมอบหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ นายพล เดอโกลล์ (1890-1970) ผู้นำประเทศผ่านวิกฤติในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง ได้ปฏิเสธการพยายามครอบงำฝ่ายบริหารและปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ ของฝ่ายตุลาการว่าเป็น “การจัดตั้งรัฐบาลโดยฝ่ายตุลาการ” และกล่าวว่า “ในระบบประชาธิปไตย ประชาชนเท่านั้นคือศาลสูงสุด” ดังนั้น แนวคิดในเรื่องตุลาการมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ จึงยังไม่ได้รับการยอมรับในประเทศฝรั่งเศส⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ ในยุคสมัยกลาง ศาลที่มีอำนาจชำระความของประเทศฝรั่งเศส อาจจำแนกได้คือ

- (1) ศาลศาสนา (Ecclesiastical courts) มีอำนาจชำระความที่เกี่ยวข้องกับโบสถ์ ความผิดทางอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นนักบวช เป็นต้น
- (2) ศาลการค้า (Communal courts) มีอำนาจพิจารณาคดีข้อโต้แย้งที่เกิดจากการค้าขาย นอกจากนี้ ยังนำมาชำระความแพ่งต่างๆ และความอาญาที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจด้วย
- (3) ศาลของเจ้าศักดินา (Seigniorial courts) เจ้าของที่ดินมีอำนาจในการตัดสินชำระความและข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตน โดยกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินข้อพิพาทจะเป็นหลักที่มาจากธรรมเนียมประเพณีทั่วๆ ไปที่มีอยู่ของแต่ละท้องถิ่น ดังนั้น การตัดสินความจึงจะแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น

⁴⁰⁸ น้ำแท้ มีบุญสร้าง , ระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส , วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2552 , หน้า 73-78

3.2.2.1 วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1799⁴⁰⁹

การเกิดขึ้นขององค์กรที่ทำหน้าที่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและมีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมการกระทำทางการเมืองและกฎหมายต่างๆมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้นั้น จะมีได้ก็เฉพาะในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีการนำระบบ “การแบ่งแยกอำนาจ” (separation des pouvoirs) มาใช้ในการปกครองประเทศ ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี ค.ศ. 1789 ก็ได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นในปี ค.ศ. 1791 เป็นฉบับแรก จากนั้นก็ได้มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศตลอดมาจนกระทั่งปัจจุบัน ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 3 ในปี ค.ศ. 1795 Emmanuel Joseph SIEYES (1748-1836) ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ได้เสนอให้มี “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” (jurieconstitutonnari) ขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นหลักประกันของความเป็นเอกสารทางการเมืองสูงสุดของประเทศคือรัฐธรรมนูญ นั่นเอง โดย SIEYES เห็นว่า เพื่อที่จะให้เกิดการเคารพในความเป็นเอกสารทางการเมืองที่สูงที่สุดของรัฐธรรมนูญสมควรที่จะมีองค์กรหรืออำนาจใดอำนาจหนึ่งซึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนการกระทำหรือกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ความเห็นของ SIEYES นี้ เป็นความเห็นที่สอดคล้องและมีที่มาจากความเห็นของ SIEYES ก่อนหน้านี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) กับอำนาจที่เกิดจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) เป็นคนละอำนาจกัน เพราะเมื่อมีรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมเป็นผู้จัดตั้งระบบกฎหมาย ระบบการเมืองการปกครองขึ้นมา องค์กรต่าง ๆ ที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้อำนาจนั้นให้ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ เพราะเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้ของอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนด SIEYES จึงได้เสนอให้จัดตั้งลูกขุนรัฐธรรมนูญขึ้นมาในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษ (ad hoc) แยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายและการกระทำต่างๆ มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อเสนอของ SIEYES ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และถกเถียงกันมากในการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1795 ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้คัดค้านเห็นว่า “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” จะเป็นองค์กรที่อยู่สูงกว่าอำนาจรัฐ (pouvoirs publics) ทั้งหมดและทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทั้งหลาย รวมทั้งเป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นปึกแผ่นของรัฐธรรมนูญนั้น หากคนเหล่านี้กระทำการสิ่งใดที่เกินขอบอำนาจหน้าที่ของตน จะมีผู้ใดหรือองค์กรใดเป็นผู้ควบคุมหรือระงับการกระทำของลูกขุนรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลดังกล่าวเมื่อ

⁴⁰⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทยครั้งแรก , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=174>

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1795 ประกาศใช้บังคับ จึงไม่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาเพื่อทำการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

จากการนำเสนอถึงการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญๆ ของฝรั่งเศสอันเป็นการวางเนื้อหาที่สอดคล้องกับวิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การทำรัฐประหารในปี ค.ศ. 1799 โดยนโปเลียน โบนาปาร์ตได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 และมีการจัดตั้ง “สภาเซนาตผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (sénat conservateur) ขึ้นตามแนวความคิดของ SIEYES อันประกอบด้วยสมาชิก 80 คน ทำหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 คือรักษาและยกเลิกการกระทำทุกอย่างที่ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาจากรัฐบาลหรือคณะกรรมการร่างกฎหมาย (tribunat) แต่อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าสภาเซนาตผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า การกระทำหรือกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งๆ ที่เมื่อนโปเลียน โบนาปาร์ต สถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดิในปี ค.ศ.1804 ก็ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหายไปจากรัฐธรรมนูญระยะหนึ่ง จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1946 ได้มีการบัญญัติไว้ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 91 กำหนดให้มี “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comité Constitutionnel) ประกอบด้วย ประธานาธิบดีทำหน้าที่ประธาน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานสภาแห่งสาธารณรัฐ (Conseil de la République) ซึ่งเทียบเท่ากับประธานวุฒิสภา รวมทั้งกรรมการ 7 คนจากสภาผู้แทนราษฎร และอีก 3 คนจากสภาแห่งสาธารณรัฐทำหน้าที่ตรวจสอบว่า ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามิใช่บทบัญญัติที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ต้องส่งกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ โดยในทางปฏิบัติปรากฏว่า ตลอดระยะเวลาในการใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 นี้ มีเพียงครั้งเดียวที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญส่งร่างกฎหมายกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่

3.2.2.2 วิวัฒนาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ก่อนปี ค.ศ. 1958

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งจำเป็นของประเทศที่มีการตรารัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าหากปล่อยให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและมีเนื้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญยังมีผลบังคับใช้อยู่ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะไม่มีความหมาย และปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าองค์กรใดจะมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับ

รัฐธรรมนูญนั้น ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของรุสโซซึ่งมีแนวคิดที่ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชน ดังเช่นประเทศฝรั่งเศสซึ่งเชื่อว่าเจตจำนงร่วมกันของประชาชนเป็นสิ่งสูงสุด และเห็นว่ากฎหมายซึ่งตราโดยผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนของปวงชนเป็นสิ่งสำคัญ องค์กรอื่นที่ไม่ได้มีที่มาจากราประชาชน ย่อมไม่มีความชอบธรรมที่จะมาตีความหรือล้มล้างกฎหมายนั้นได้ ด้วยเหตุนี้ ประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีการกำหนดระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรอื่นเลยนับตั้งแต่มีการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 จนถึงก่อนสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ในปี ค.ศ. 1958 ซึ่งหมายความว่า องค์กรที่จะสามารถตีความกฎหมายว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่และยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นก็คือ รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั่นเอง อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก โดย Carré de Malberg นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสที่เห็นว่า การใช้อำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนนั้นเป็นคนละอย่างกับอำนาจของประชาชน กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาไม่ใช่กฎหมายของประชาชน ดังนั้น การให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่รัฐสภาออกขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้เพียงองค์กรเดียวก็จะเป็นการยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด จะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ และแนวความคิดเรื่องที่ว่ารัฐสภาแม้จะเป็นผู้แทนของปวงชน แต่ก็เป็นคนละอย่างกับชาติในความหมายของพลเมืองทุกคนร่วมกัน ก็ปรากฏชัดเจนในงานเขียนเรื่อง “อะไร คือ สภาสามัญชน?” (Qu'est-ce que le tiers état?) ของซีเอเยส์ ยิ่งกว่านั้น การปล่อยให้รัฐสภาเป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญและตีความกฎหมายก็จะมีข้อบกพร่อง คือ รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมาย จึงมีความเป็นไปได้น้อยมากที่รัฐสภาคจะตีความไปในทางที่ว่ากฎหมายที่ตนเองออกนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ⁴¹⁰ ดังที่ปรากฏในการปฏิวัติฝรั่งเศส มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจนิติบัญญัติเป็นศูนย์กลาง โดยยังไม่มีระบบตรวจสอบอำนาจของกฎหมายโดยการมีองค์กรวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าผู้ที่ร่างกฎหมายมาจากประชาชนและเป็นตัวแทนของประชาชนย่อมมีความชอบธรรมแล้ว อันเป็นเหตุผลว่าเนื่องจากกฎหมาย (loi) ได้แก่ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน (l' expression de la volontegenerale) ดังนั้น จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้ แต่ต่อมารัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้จัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบางประเภท คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นองค์กรสำคัญขององค์กรหนึ่งในระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศส จวบจนในปัจจุบัน

⁴¹⁰ ชมพูนุท ตั้งถาวร , กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2556) หน้า 195-198

ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 อันเป็นฉบับที่ใช้อยู่จนกระทั่งปัจจุบันนั้น เกิดขึ้นมาจากความล้มเหลวในระบบการเมืองการปกครองและเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศส รัฐสภาในขณะนั้นจึงได้ตรากฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง คือ กฎหมายลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 มอบอำนาจในการบริหารประเทศให้นายพล Charles de GAULLE พร้อมทั้งมอบอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแก้ปัญหาของประเทศให้ด้วย โดยแนวความคิดในการให้มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น แม้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะเห็นด้วยกับหลักการในเบื้องต้นว่า เนื่องจากกฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้ก็ตาม แต่การควบคุม “ร่างกฎหมาย” ที่ยังไม่มีการลงนามโดยประมุขของรัฐและยังไม่ประกาศใช้มิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้โดยไม่ขัดกับหลักการที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น จึงมีการบัญญัติถึงเรื่องคณะกรรมการรัฐธรรมนูญไว้เป็นหมวดพิเศษ และให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ตลอดจนทั้งกระบวนการวิธีพิจารณา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁴¹¹ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้วางประกันให้ความเคารพเสรีภาพที่สำคัญๆ ที่ได้กำหนดไว้โดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 ที่อ้างถึงคำประกาศรับรองสิทธิมนุษยชนดังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1958 วรรคแรก ซึ่งยืนยันถึงหลักการที่ว่า "ประชาชนชาวฝรั่งเศสของแสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติตั้งที่ได้ยินยอมไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองเมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946..." นอกจากนี้ในหมวด 7 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่ในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในหมวด 7 นั้นมีความไม่ชัดเจนอยู่พอสมควรในมาตรา 62 ที่บัญญัติว่า บทบัญญัติใดที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายและไม่อาจมีผลบังคับได้ บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้เพิ่มปัญหาตามมาว่า ที่ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นรวมไปถึงอารัมภบทของรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ถ้าวรรณไปถึงด้วยก็หมายความว่า อารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญเลย ดังนั้น ถ้าคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามิชอบบทบัญญัติขัดต่อหลักการที่ระบุไว้ในคำปรารภแล้ว คณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็สามารถยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้นได้และมีการยอมรับในปัจจุบันแล้วว่าอารัมภบทนั้นมีค่าเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ของฝรั่งเศสตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้น มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็น “คณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง” ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่

⁴¹¹ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958

เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึงทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว ส่วนการเสนอปัญหาว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น⁴¹²

3.2.2.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ดังจะเห็นได้ว่า ในฝรั่งเศสไม่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเหมือนกับประเทศเยอรมัน แต่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ซึ่งมีลักษณะเป็นคณะกรรมการทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 56 ได้บัญญัติว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท คือ ตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทแต่งตั้ง และตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง โดยมีที่มาและองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁴¹³

(1) ตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทแต่งตั้ง มีจำนวน 9 คน โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งจำนวน 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แต่งตั้งจำนวน 3 คน และอีก 3 คน ประธานวุฒิสภาเป็นผู้แต่งตั้ง ทั้งนี้ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งในส่วนที่เกี่ยวกับอายุหรือการสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์ไว้ และไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดบัญญัติกระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา จึงมีดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการคัดเลือกบุคคลเข้ามาดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทแต่งตั้งนี้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวไม่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ และจำนวนตุลาการ 1 ใน 3 จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงในทุก 3 ปี โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะแรกประกอบด้วย 1) ตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน ซึ่งดำรงตำแหน่ง 3 ปี 2) ตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน ซึ่งดำรงตำแหน่ง 6 ปี และ 3) ตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน ซึ่งดำรงตำแหน่ง 9 ปี

(2) ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง (Member de droit) หรือตุลาการตามกฎหมายตามมาตรา 56 วรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติให้อัต

⁴¹² โปรตดู สมคิด เลิศไพฑูรย์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 102 , หน้า 8

⁴¹³ จิราภา เต็มเพชร , ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2549) หน้า 140-142

ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งและมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต อดีตประธานาธิบดีนั้นหากยังคงดำรงตำแหน่งอื่นใดทางการเมือง เช่น เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร บุคคลนั้นจะต้องสละตำแหน่งตราบเท่าที่ยังคงทำหน้าที่ในทางการเมืองอยู่ (obligation de réserve)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) มีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง (Organ politique) โดยมีลักษณะองค์กรที่เป็นรูปแบบเดียวกับคณะกรรมการทั้งหลาย การประชุมปรึกษาจึงมีลักษณะเป็นการปรึกษาหารือกันในระหว่างคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยกันเองฝ่ายเดียวซึ่งแตกต่างจากระบบศาลต่างๆ ไป โดยในการพิจารณาและวินิจฉัยปัญหาที่ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นก็ทำในลักษณะของกลุ่มตุลาการ ซึ่งก็จะต้องรวมกลุ่มกันเป็นองค์คณะเหมือนกับศาลอื่นเช่นกัน ตามรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญมาตรา 14 บัญญัติไว้ว่า ในองค์คณะนั้นจะต้องประกอบด้วยตุลาการอย่างน้อย 7 คนเป็นองค์คณะในการพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดคดี ซึ่งมีองค์คณะเดียวเท่านั้น แต่มีข้อสังเกตว่า ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งให้แบ่งองค์คณะออกเป็น 3 องค์คณะย่อย

ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการแต่งตั้งตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนโดยเป็นอำนาจของประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่จะเป็นผู้แต่งตั้ง โดยตุลาการคนใดได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนแล้ว ตุลาการผู้นั้นย่อมมีภาระหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในเรื่องต่างๆ จนกระทั่งมีการนัดประชุมปรึกษาคดีและลงมติวินิจฉัย จะมีหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับการวินิจฉัย วิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ เหล่านั้นและสรุปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับทราบ ซึ่งในทางปฏิบัติตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนจะค้นคว้าเอกสารใดมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยย่อมได้ทั้งสิ้นไม่ว่าคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1967 เป็นต้นมา การเปิดเผยรายชื่อตุลาการรัฐธรรมนูญที่ร่วมเป็นองค์คณะวินิจฉัยชี้ขาดคดีจะกระทำมิได้เว้นแต่คดีดังกล่าวเป็นคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการคัดค้านการเลือกตั้ง

อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁴¹⁴

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนอกจากจะมีอำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่อื่นอีกหลายประการ เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ โดยอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือ

⁴¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , ศาลรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศส ตอนที่ 2 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=176>

แย้งต่อรัฐธรรมนูญการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalite) นี้ มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อ

1. รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 และคำปรารภ (Preamble)
2. คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946
3. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1789 (Declaration des droits de l'homme) ส่วนในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้น ได้กล่าวรับรองถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 เอาไว้ ดังนั้น จึงทำให้คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและอยู่ในสถานะเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย

ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญมี 3 ประเภทด้วยกัน คือ

1. การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร
2. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ให้ต้องทำ ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และร่างข้อบังคับรัฐสภา (reglements des assemblies parlementaires) จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญ⁴¹⁵
3. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้ กฎหมายธรรมดาและพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagement international) อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หากมีการร้องขอ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴¹⁵ มาตรา 61 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการใช้บังคับข้อบังคับรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกันก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือ นายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญนั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยอมทำให้การนับระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมายหยุดลง”

3.1 การควบคุมกฎหมายธรรมดา (loisordinaires)

การวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น กระทำได้สองวิธี คือ (1) การวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ และ (2) วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นเฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะส่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก็ได้ โดยการควบคุมดังกล่าวนี้ใช้เฉพาะร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายที่ได้ผ่านความเห็นชอบของประชาชน โดยการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ (referendum) ซึ่งถือว่ามีมาจากการความต้องการที่แท้จริงของประชาชน

3.2 การควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux)

ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ถูกร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น หากคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มิใช่แก้ไขร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก โดยร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญา (traites) และข้อตกลง (accord) ระหว่างประเทศด้วย

ผู้มีสิทธิร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา คือ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร และถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีบางส่วนที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือให้ประเทศคู่สัญญาทบทวนร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นเสียก่อน รัฐสภาจึงสามารถให้การภาคยานุวัติแก่ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้

ทั้งนี้ อำนาจอื่นๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่สำคัญ คือ บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 โดยอำนาจพิเศษของประธานาธิบดีที่จะสั่งการได้อย่างอิสระทุกอย่างในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ภายในที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอก ซึ่งทำให้การปฏิบัติงานตามปกติไม่สามารถกระทำต่อเนื่องได้แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษากับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังทำหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้ อนึ่ง คำแนะนำ (consultatif) ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีนั้น จะไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณชน จะรู้เฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้ประชาชนสามารถออกเสียงประชามติได้ใน 3 กรณี คือ การออกเสียงประชามติต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติต่อร่างกฎหมายที่ประธานาธิบดีเสนอให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติต่อการเปลี่ยนแปลงเขตดินแดนของประเทศ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ (referendum) และทำหน้าที่ประกาศผลดังกล่าวด้วย ซึ่งในรัฐกำหนดที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ระบุไว้ว่า รัฐบาลจะต้องปรึกษากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกกรณีที่เกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติและยังมีหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์กรที่จะเผยแพร่ขั้นตอนและวิธีการในการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติด้วย

โดยสรุปแล้ว เขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีอำนาจใน 2 ลักษณะ คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดทางตุลาการประการหนึ่ง และอำนาจในการวินิจฉัยในลักษณะให้คำปรึกษาอีกประการหนึ่ง อำนาจทั้งสองลักษณะนี้อาจแยกได้ออกเป็น 5 ประการใหญ่ๆ คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาและรัฐบาล อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการเลือกตั้งละสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อำนาจในการดำเนินการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการออกเสียงประชามติ และอำนาจในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจในยามฉุกเฉินของประธานาธิบดี⁴¹⁶

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน เดิมระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว หากแต่แนวคิดของการใช้อำนาจในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล ด้วยหลายเหตุผล ได้แก่ ตัวบทรัฐธรรมนูญไม่ได้ยืนยันสถานะความเป็นองค์กรตุลาการแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้องค์ประกอบและที่มาของตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะ “การเมือง” มากกว่าการเป็นตุลาการอาชีพ และไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดรับรองให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะ

⁴¹⁶ วาเจตัน ภาศิริรัตน์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 69 , หน้า 73-77

เป็นข้าราชการตุลาการ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้ว อาจกล่าวได้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ เพราะอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญและอำนาจในคดีรัฐธรรมนูญอื่นๆ มีลักษณะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี การตัดสินคดีนี้มีผลเป็นที่สุด มีหลักประกันความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมือนกับศาล นอกจากนี้ ในฝรั่งเศสซึ่งเป็นต้นแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองได้พยายามปฏิรูปคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียใหม่ให้มีความเป็นศาลเต็มรูปแบบมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ ประเทศฝรั่งเศสจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปสถาบันและองค์กรทางการเมืองการปกครองโดยยอมให้มีการตรวจสอบ “ภายหลัง” กฎหมายประกาศใช้แล้วได้ จึงเท่ากับว่า ปัจจุบันฝรั่งเศสมีทั้งการตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมายและหลังประกาศใช้กฎหมาย⁴¹⁷ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 และภายหลังจากการมีรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2008 อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญและการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย หากแต่ข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ คือ ภายหลังที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2008 แล้ว ประเทศฝรั่งเศสได้มีกลไกในการตรวจสอบภายหลังกฎหมายประกาศใช้ อันส่งผลให้ประเทศฝรั่งเศสมีระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนและหลังการประกาศใช้กฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

3.2.3 หลักวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส⁴¹⁸

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐกำหนด หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ในส่วนที่ 2 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รัฐกำหนดฉบับดังกล่าวหากพิจารณาในแง่ของสถานะแล้ว ถือว่าเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามรัฐกำหนดฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาทั่วไปที่ต้องใช้กับกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญประเภทต่างๆ นั้นมีบทบัญญัติ

⁴¹⁷ ปิยนุตร แสงกนกกุล , ศาลรัฐธรรมนูญ (12) , คอลัมน์ นิติศาสตร์เพื่อราษฎร มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับวันที่ 21 - 27 ตุลาคม 2559 , สืบค้นจากเว็บไซต์ https://www.matichonweekly.com/column/article_12899

⁴¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 69* , หน้า 79-81

เพียง 3 มาตรา (มาตรา 13-15) อันเป็นเรื่องการเรียกประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การกำหนดจำนวนตุลาการในการทำคำวินิจฉัย และการจัดองค์การของสำนักงานเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากบทบัญญัติทั้งสามมาตราดังกล่าวยังไม่ปรากฏให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ของวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่ามาตรา 56 ของรัฐกำหนดฉบับดังกล่าว จะอนุญาตให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์ที่จำเป็นเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า สำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นจะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณา โดยเท่าที่ผ่านมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีที่มีคำร้องเกี่ยวกับการเลือกตั้งเท่านั้น⁴¹⁹ อาจกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังไม่ปรากฏให้เห็นเด่นชัดดังเช่นสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่มีรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ประเทศฝรั่งเศสได้มีหลักการทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

(1) หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบไม่มีคู่ความพิพาทกัน

กระบวนการวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีลักษณะที่แตกต่างจากกระบวนการพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันหรือออสเตรียประการหนึ่ง คือ เป็นกระบวนการพิจารณาแบบไม่มีคู่ความที่พิพาทกัน ทั้งนี้เว้นแต่กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา อาจกล่าวได้ว่าหลักการทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส คือ หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบไม่มีคู่ความพิพาทกัน อย่างไรก็ตาม มาตรา 18 ของรัฐกำหนดได้บัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในกรณีมีผู้ร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเอาไว้ว่า ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแจ้งไปยังประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาโดยเร็วว่า มีการร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาแจ้งให้สมาชิกแห่งสภาที่ตนเป็นประธานทราบ ในทางปฏิบัติรัฐบาลจะชี้แจงความเห็นของตนเป็นลายลักษณ์อักษรตอบกลับไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หากว่าคำร้องนั้นมาจากสมาชิกรัฐสภา นอกจากนี้ สมาชิกรัฐสภาก็มักจะส่งหนังสือ บันทึกแสดงความเห็นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่อ้างความเห็นต่างๆ ที่กล่าวมานี้ไว้ชัดแจ้งในคำวินิจฉัย

(2) หลักการไม่ผูกพันกับเหตุผลทางกฎหมายในคำร้อง

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบประเด็นข้อกฎหมายที่กล่าวอ้างไว้ในคำร้องตลอดจนประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่ง

⁴¹⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 7 , หน้า 110

กฎหมายที่ถูกโต้แย้งทุกประเด็น ยิ่งไปกว่านั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังตรวจสอบเหตุผลต่างๆ ในทางกฎหมายด้วยการริเริ่มของตนเองได้ กล่าวคือ ไม่ได้จำกัดตนเองเฉพาะกับเหตุผลที่มีการกล่าวอ้างในคำร้องเท่านั้น นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติอื่นๆ ในกฎหมายฉบับที่ได้มีการยื่นคำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ถึงแม้ว่าบทบัญญัตินั้นๆ จะไม่ใช่บทบัญญัติที่ผู้ร้องต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก็ตาม

(3) หลักการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส คือ หลักการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐกำหนดว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับการประชุมสภา รัฐบัญญัติ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ การวินิจฉัยแบ่งแยกอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาและรัฐบาล หรือการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ตลอดจนการให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในสถานการณ์ฉุกเฉิน มีข้อสังเกตว่า ถึงแม้จะไม่ได้มีการบัญญัติอย่างชัดเจนในรัฐกำหนดว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการลงประชามติ แต่ในทางปฏิบัติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวด้วย แม้ว่าจะเป็นการให้เหตุผลโดยสังเขปก็ตาม

(4) หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษร

ลักษณะสำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลายลักษณ์อักษร ไม่ใช่การดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจา กระบวนการพิจารณาในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอาจแบ่งออกได้เป็นสองส่วนใหญ่ๆ คือ ส่วนแรกเป็นการตรวจสอบคำร้องและการให้รัฐบาลเสนอความเห็นของตนเกี่ยวกับคำร้อง ส่วนที่สองเป็นการประชุมปรึกษาคดี การประชุมปรึกษาคดีจะกระทำลับหลังผู้มีส่วนร่วมในคดี กล่าวคือ เป็นการประชุมปรึกษาโดยลับ ทั้งนี้ โดยตุลาการที่ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบสำนวนจะเป็นผู้แถลงรายงานเกี่ยวกับคดี หลังจากนั้นก็จะเป็นการอภิปรายปรึกษาและวินิจฉัย จะเห็นได้ว่า การดำเนินกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยตรวจสอบเอกสารต่างๆ ในคดี ไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย ถึงแม้ว่ากระบวนการพิจารณานั้นจะเป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งก็ตาม

การจัดทำคำวินิจฉัยและความเห็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยตุลาการอย่างน้อย 7 คน เว้นแต่มีเหตุการณ์ที่ทำให้ไม่อาจมีตุลาการครบจำนวนดังกล่าวได้ ทั้งนี้จะต้องระบุ

เหตุการณ์ดังกล่าวไว้ในบันทึกการประชุมด้วย โดยมติทั่วไปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือตามความเห็นข้างมากของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีส่วนร่วมในการวินิจฉัย ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด⁴²⁰ โดยตามมาตรา 62 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐบัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญผูกพันอำนาจมหาชนทั้งหลาย ผูกพันเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตลอดจนศาล และไม่ให้มีการอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่า หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติใดๆ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือวินิจฉัยยืนยันความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้ง หรือวินิจฉัยว่าการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำวินิจฉัยต่างๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่กล่าวมานี้ไม่ได้ผูกพันเฉพาะกับผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเท่านั้น แต่ยังผูกพันอำนาจมหาชนอื่นๆ ด้วย ความผูกพันต่อคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เป็นทั้งความผูกพันต่อผลของคำวินิจฉัยและเหตุผลในคำวินิจฉัยซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยด้วย ซึ่งในทางปฏิบัติ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้รับการเคารพและปฏิบัติตามจากองค์กรของรัฐเสมอ แต่ในบางครั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาลก็ไม่ได้ปฏิบัติตามความเห็นในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยอ้างว่าความเห็นในคำวินิจฉัยนั้นเป็นความเห็นที่ไม่ใช่เหตุผลอันเป็นรากฐานในคำวินิจฉัย ดังนั้นความเห็นดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีเครื่องมือที่จะบังคับการให้เป็นไปตามความเห็นของตนได้⁴²¹ แม้ว่าในประเทศฝรั่งเศสจะไม่มีคณะกรรมการหรือหน่วยงานที่รับภาระหน้าที่ในการดูแลการบังคับตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันจะทำให้มีมาตรการหรือการดำเนินการอย่างเป็นทางการก็ตาม แต่ก็เป็นที่ประจักษ์ชัดตามบทบัญญัติมาตรา 62 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958⁴²² ได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม ในการพิจารณาผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นกล่าวได้ว่า โดยหลักทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุด มีผลผูกพันทุกองค์กรรวมทั้งคณะ

⁴²⁰ โดยทั่วไปมติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือตามความเห็นข้างมากของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีส่วนร่วมในการวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่ใช้กับกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ในฐานะดังกล่าวต่อไปได้ หรือเป็นกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งกระทำการละเมิดหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องมีมติด้วยเสียงข้างมากเด็ดขาด

⁴²¹ เติ้งอ่าง , หน้า 83-85

⁴²² บทบัญญัติมาตรา 62 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุด และมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ ตลอดจนถึงองค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาล” , โปรตดู สภาปฏิรูปแห่งชาติ , รัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ฉบับเต็ม-ฉบับแปล , สืบค้นจากเว็บไซต์

ตุลาการรัฐธรรมนูญเองด้วย หรือที่เรียกกันว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (L'autorité de la chose jugée)⁴²³

3.2.4 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Le Conseil Constitutionnel) ในจุดเริ่มต้นคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีจุดมุ่งหมายมุ่งสร้างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อเป็นผู้ช่วยของฝ่ายบริหารในการคานอำนาจกับรัฐสภา และในประเทศฝรั่งเศสนับแต่แนวความคิดว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออถือถือว่า อำนาจของตุลาการนั้นมิได้มีความสำคัญมากนัก เพราะเหตุว่าแหล่งกำเนิดของกฎหมายมีเพียงแหล่งเดียวคือ บทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาอันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน (La loi est l'expression de la *volonté générale*) หน้าที่ของผู้พิพากษาก็คือการหยิบยกบทบัญญัติที่กฎหมายตราขึ้นไว้แล้วมาปรับใช้ นั่นคือ ฝรั่งเศสยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (La *Suprématie du parlement*) อันเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศฝรั่งเศสที่ไม่ไว้วางใจและมุ่งโต้แย้งการขยายอำนาจของตุลาการ⁴²⁴ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงมีลักษณะขององค์กรที่มีความแตกต่างไปจากศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรพิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางที่ถือเป็นรูปแบบอันเป็นลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์ทางการเมืองของเยอรมันเอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ใช่องค์กรที่มีลักษณะเป็นศาล แต่เป็นองค์กรที่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐกับฝ่ายบริหารมากกว่าจะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ และมีอำนาจหลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนอกจากจะมีอำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ยังปรากฏอำนาจหน้าที่อื่นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อีกหลายประการ เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ โดยสำหรับการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อ

⁴²³ อุดม รัฐอมฤต และคณะ , สภาบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2550) , หน้า 28-30

⁴²⁴ อภิญา แก้วกำเนิด , การปกครองโดยตุลาการ , วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559) หน้า 141-146

รัฐธรรมนูญนั้น ปัจจุบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีอำนาจทำหน้าที่ในการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและมีบทบัญญัติให้อำนาจที่จะควบคุมกฎหมายที่ประกาศใช้ไปแล้ว⁴²⁵ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้วางกลไกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย“ก่อน”การประกาศใช้ บังคับอันเป็นการวางรากฐานอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ (les lois) รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (les lois organiques) และข้อบังคับการประชุมสภา (les règlements des assemblées parlementaires) ก่อนการประกาศใช้บังคับได้ ซึ่งเป็นการสร้างหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (la suprématie de la Constitution) ตามหลักนิติรัฐ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ“ภายหลัง”ที่ รัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 61-1 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2010 เกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้บังคับ (la question prioritaire de constitutionnalité) อันเป็นการแก้ไขปัญหาการไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับของประเทศฝรั่งเศสอันเป็นการพัฒนาหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้สมบูรณ์และยืนยันทันถึงหลักนิติรัฐ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสถือเป็นองค์กรที่มีอำนาจหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังที่บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่มีคุณค่าสูงสุดต่อหลักรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองถึงสิทธิตามธรรมชาติ เสรีภาพของปัจเจกชนหลักกฎหมายพื้นฐานและบรรดาหลักการที่มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) ภายใต้ระบบนิติรัฐผ่านคำวินิจฉัยต่างๆ มาอย่างมากมาย ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส โดยจะหยิบยกโดยสรุปคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ของการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอันปรากฏดังตัวอย่างคดีต่อไปนี้

3.2.4.1 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 71-44 DC ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 การรับรองบทบัญญัติต่างๆ สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของรัฐธรรมนูญถือเป็นส่วนหนึ่งของแม่บทกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionnalité)

⁴²⁵ สุภาพร เกษมสุนทร , องค์กรวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีเปรียบเทียบกฎหมายไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยปทุมธานี ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม – สิงหาคม 2556 , หน้า 78-80

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันสถานะของหลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : PFRLR) ที่บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่สี่ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันสถานะของ PFRLR ไว้ในคำวินิจฉัยนี้ โดยรับรองว่า บทบัญญัติต่างๆ ที่รับรองสิทธิตามธรรมชาติ (les droits naturels de l'homme) อันได้แก่ เสรีภาพ (la liberté) ความเสมอภาค (l'égalité) และสิทธิในทรัพย์สิน (la propriété) รวมทั้งสิทธิทางการเมืองของประชาชน (les droits politiques du citoyen) อันได้รับความคุ้มครองและรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส โดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่สี่ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ได้ยืนยันรับรองหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส อันมีผลทำให้เป็นหลักการที่มีคุณค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) และถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Le bloc de constitutionalité) และจากคำวินิจฉัยนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เสรีภาพในการรวมกลุ่ม (la liberté d'association) เป็นหนึ่งใน PFRLR ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักการโดยนำเอาเสรีภาพในการสมาคมตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 มาเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติหรือหลักกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ และได้วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดที่มีบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับหลักการดังกล่าวเป็นร่างกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญและนำไปดำเนินการประกาศใช้เป็นกฎหมายไม่ได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการวางแนวคำวินิจฉัยในการรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทั้งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักประกันขั้นต่ำที่สุดที่รัฐพึงรับรองให้แก่ประชาชน อาทิ สิทธิในชีวิตและร่างกาย⁴²⁶ เสรีภาพส่วนบุคคลและการเคารพความเป็นส่วนตัวของบุคคล⁴²⁷ เสรีภาพ

⁴²⁶ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 74-54 DC ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1975 กำหนดว่ารัฐและองค์กรของรัฐต่างๆ จะต้องเคารพและพิทักษ์สิทธิในชีวิตและร่างกายของบุคคล (แต่ละคน) ตั้งแต่ก่อนเป็นรูปร่างมนุษย์ในครรภ์มารดา จนถึงการมีชีวิตอยู่ และไม่มีบุคคลที่จะถูกละเมิดต่อชีวิต หรือคำสั่งในทางปกครองของผู้ปกครองอันเป็นการละเมิดต่อชีวิตและร่างกาย ข้อกำหนดในสิทธิชีวิตและร่างกายนี้ ได้แก่ (1) การห้ามซื้อขายอวัยวะ ตลอดจนจนการทดลองทางชีวพันธุกรรม (lois bioéthiques) (2) การยกเลิกโทษประหารชีวิต (ตามพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 9 ตุลาคม 1981) (3) การห้ามกระทำการการุณฆาต (L'Euthanasie)

⁴²⁷ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 76-75 DC ลงวันที่ 12 มกราคม ค.ศ. 1977 กำหนดว่าเสรีภาพส่วนบุคคลอันได้แก่ความปลอดภัยในชีวิต เสรีภาพในการเดินทางหรือการย้ายถิ่นที่อยู่ สิทธิและเสรีภาพในเคหสถานหรือความเป็นอยู่ส่วนบุคคล รวมถึงการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคล รับรองและคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญโดยให้อำนาจตุลาการเป็นผู้คุ้มครองและพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพนี้ ; คำวินิจฉัย ที่ 352 DC และ 97-389 DC ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1995 กำหนดให้การเคารพความเป็นส่วนตัวบุคคล (แต่ละคน) และการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคลเป็นสิทธิอย่างบริบูรณ์ ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายพื้นฐานที่รับรองจากพระราชบัญญัติต่างๆ ของระบอบสาธารณรัฐ ถือเป็นหลักกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ; คำวินิจฉัย ที่ 43-325 DC ลงวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 1993 กำหนดให้บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการสมรสเป็นอิสระ

ทางความคิด⁴²⁸ เสรีภาพในการแสดงออก⁴²⁹ เสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ⁴³⁰ อันเป็นการยืนยันถึงสิทธิเสรีภาพที่สำคัญๆ ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคุ้มครองในทางศาล โดยคำวินิจฉัยนี้จึงถือเป็นการยืนยันถึงการวางบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสโดยเพิ่มบทบาทตนเองเป็นผู้ปกครองสิทธิเสรีภาพ⁴³¹ โดยให้การรับรองหลักกฎหมายพื้นฐานอันมีผลทำให้หลักการดังกล่าวมีคุณค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ และเป็นการกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในฐานะเป็นองค์กรคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนอย่างแท้จริง

3.2.4.2 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 73-51 DC ลงวันที่ 27 ธันวาคม 1978 ห้ามองค์การของรัฐกระทำใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ และศาสนาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นการรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาค

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักความเสมอภาคไว้ดังต่อไปนี้⁴³²

⁴²⁸ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 77-87 ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977 และคำวินิจฉัยที่ 84-185 ลงวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 1985 อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในทางมโนธรรม (la liberté conscience) คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 76-67 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1976 คำวินิจฉัยที่ 94-345 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1994 คำวินิจฉัยที่ 96-373 ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1996 และคำวินิจฉัยที่ 99-412 ลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1999 อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

⁴²⁹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 84-181 ลงวันที่ 10-11 ตุลาคม ค.ศ. 1984 อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารกันโดยอิสระ

⁴³⁰ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 81-132 ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 อันเป็นการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน ; คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 77-79 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1977 คำวินิจฉัย ที่ 80-128 ลงวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1981 คำวินิจฉัย ที่ 83-162 ลงวันที่ 19-20 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 และคำวินิจฉัย ที่ 80-117 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้แรงงาน (droit des travailleurs) โดยต้องสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ คือ หลักความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะและหลักการคุ้มครองสุขภาพและความปลอดภัยของบุคคลและทรัพย์สิน ภายใต้แนวคิดบริการขั้นพื้นฐาน (service minimum) , โปรตุเกตุ เอลิมฟังก์ เอกเผ่าพันธุ์ , การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548) หน้า 63-66

⁴³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , *อ้าวแล้วในเชิงอรรถที่ 106*

⁴³² สิทธิพร เคาภาน , ความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2555 , หน้า 67-68

(1) ห้ามองค์กรของรัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด, เชื้อชาติ, ภาษา, เพศ และศาสนา ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

(2) หลักความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

- ความเสมอภาคต่อกฎหมายและระบบวิธีพิจารณาความเดียวกัน โดยเฉพาะกฎหมายอาญาจะต้องตีความเคร่งครัดและวิธีพิจารณาความอาญาที่ชอบด้วยกฎหมาย จะแตกต่างกันได้ก็แต่เพียงโทษที่กำหนดตามที่บุคคลได้กระทำความผิด

- ความเสมอภาคในภาวะสาธารณะ (ภาษีอากรและระบบสวัสดิการสังคม) กำหนดให้ผู้ออกกฎหมายจะต้องกำหนดอัตราภาษีอากรหรือค่าสวัสดิการสังคมในอัตราที่สมเหตุสมผลต่อความสามารถหรือรายได้ของบุคคล (แต่ละคน) ที่เป็นธรรมต่อทุกฝ่าย

- ความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ กำหนดให้ผู้ออกกฎหมายจะต้องเคารพต่อหลักเสมอภาค การออกมาตรการใดๆ ที่เป็นการสร้างความแตกต่างกระทำได้ก็แต่เพียงความรู้ความสามารถและคุณธรรมของบุคคล

- ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง กำหนดให้ผู้ออกกฎหมายมิให้กระทำการใดๆ อันเป็นการกำหนดโควตาอย่างไม่เป็นธรรมต่อเพศหญิงของการลงสมัครเลือกตั้งทั้งในระดับชาติและท้องถิ่น ตลอดจนการแบ่งเขตเลือกตั้งจะต้องสอดคล้องต่อหลักเสมอภาค (ให้เหมาะสมกับจำนวนพื้นที่และจำนวนประชากร)

- ความเสมอภาคระหว่างพลเมืองฝรั่งเศสกับชาวต่างชาติที่พำนักในประเทศฝรั่งเศส โดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิพลเมืองฝรั่งเศสสงวนไว้ก็แต่เพียงสิทธิในกฎหมายเลือกตั้ง สิทธิในการทำงานภาครัฐ และสิทธิในการเข้า-ออกและพำนักในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อย่างถาวร อนึ่งบรรดาสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์อันได้แก่ เสรีภาพ ความเสมอภาค ภราดรภาพ ต้องคุ้มครองแก่บุคคล (แต่ละคน) อย่างเท่าเทียมกัน⁴³³ โดยหลักความเสมอภาควางอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ⁴³⁴

⁴³³ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 89-269 DC ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1990 และคำวินิจฉัย ที่ 93-325 DC ลงวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 1993 กำหนดไว้ว่าการยกเว้นเงินช่วยเหลือด้านภาระการครองชีพต่อชาวต่างชาติที่พำนักอาศัยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือได้ว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

⁴³⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 85-189 DC และ 96-375 DC ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1996 กำหนดไว้ว่า หลักความเสมอภาคอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ การที่จะอ้างหลักความเสมอภาคต่อผู้ออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองปัจเจกชนอันเป็นการเฉพาะตัวจะกระทำมิได้ ส่วนมาตรการของผู้ออกกฎหมายในการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากการป้องกันผลประโยชน์สาธารณะจะต้องอยู่ในหลักการของความจำเป็นอย่างยิ่งของวัตถุประสงค์ในการออกมาตรการต่างๆ และต้องชอบ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางแนวคำวินิจฉัยในการให้ความคุ้มครองในเรื่องหลักความเสมอภาค⁴³⁵ เพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการที่ปรากฏในคำปรารภแห่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองค.ศ. 1789 ที่ว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศสจัดตั้งขึ้นมาเพื่อรักษาและปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนและความผาสุกร่วมกัน แต่ละบุคคลมีเสรีภาพ (la liberté) ความเสมอภาค (l'égalité) และการเคารพ (la fraternité) คือการอยู่ร่วมกันฉันพี่น้องร่วมชาติเดียวกันโดยปราศจากความอยุติธรรมและการกดขี่ทั้งมวล” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า หลักความเสมอภาคได้รับการรับรองอย่างชัดแจ้งโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ตามหลักความเสมอภาคเบื้องต้นหน้ากฎหมาย (Equality before the law)⁴³⁶ อันเป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการให้ความสำคัญและแสดงให้เห็นถึงการยอมรับและเคารพในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหนือสิ่งอื่นใด

3.2.4.3 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 94-343 , 344 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 1994 รัฐจะต้องเคารพและพิทักษ์ศักดิ์ของความเป็นมนุษย์ตามคำรับรองแห่งรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด (la valeur constitutionnelle) อันเป็นการคุ้มครองและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกัน (le droit à la dignité)

ด้วยเหตุผลเสมอ โดยเป็นการแก้ไขความไม่เสมอภาคต่อความเป็นจริง เช่น ทางการศึกษา การช่วยเหลือทางด้านเศรษฐกิจ และทางสังคมต่อผู้ด้อยโอกาส

⁴³⁵ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 80-125 ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1980 วินิจฉัยว่า เพื่อปกป้องสิทธิของผู้เยาว์ในเรื่องของกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราและคดีอาญาที่กระทบต่อจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดี การแยกการกระทำระหว่างบุคคลเพศเดียวกันกับบุคคลต่างเพศถือว่าไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ; คำวินิจฉัย ที่ 83-138 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1982 วินิจฉัยว่า การที่กฎหมายจำแนกการกระทำความผิดทางอาญา โดยมีหลักการที่ชัดเจนเพื่อนำไปสู่การนิรโทษกรรมไม่ถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาค ; คำวินิจฉัย ที่ 85-196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1985 วินิจฉัยว่า ระบบการเลือกตั้งจะต้องเหมือนกันทั้งประเทศ อย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายพิเศษขึ้นสำหรับใช้ในกรณีที่สถานการณ์ไม่ปกติที่เกิดขึ้นในดินแดนโพ้นทะเลของประเทศฝรั่งเศสไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ; คำวินิจฉัย ที่ 84-184 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1984 วินิจฉัยว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกหลักเกณฑ์เพื่อให้ประโยชน์ทางภาษีกับกิจการหนึ่งกิจการใดที่มุ่งให้เกิดผลประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลนิธิและสมาคมที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ; คำวินิจฉัย ที่ 86-225 ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987 วินิจฉัยว่า การกำหนดเงื่อนไขของที่พักอาศัยอย่างหนึ่งอย่างใดของที่พักอาศัย เพื่อที่รัฐจะให้เงินอุดหนุนเกี่ยวกับที่พักอาศัยแก่ประชาชนไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค

⁴³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , หลักความเสมอภาค , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657>

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยให้การเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกัน (le droit à la dignité) ตามคำปรารภ (préambule) แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 อนุมาตรา 1 รับรองและพิทักษ์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยกัน ปราศจากการปฏิบัติที่อยุติธรรม กดขี่การปรักปรำนักโทษโดยไม่เป็นธรรมจากรัฐ จะต้องเคารพสิทธินี้ตามคำรับรองแห่งรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด (la valeur constitutionnelle) คำวินิจฉัยนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d’Etat) ได้วางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองไว้แล้วมาบังคับใช้ให้มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญด้วย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นพันธกิจสำคัญในการวางหลักประกันในการคุ้มครองซึ่งสิทธิและเสรีภาพโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันมีคุณค่าทางกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ (une valeur constitutionnelle) ซึ่งมีใช้เพียงเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่ออารังไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ (État de droit) อย่างแท้จริงอีกด้วย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยขยายขอบเขตของแหล่งที่มาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (droits fondamentaux) ด้วยการให้คุณค่าทางกฎหมายแก่คำปรารภของรัฐธรรมนูญ (le préambule de la Constitution) และหลักกฎหมายทั่วไปที่มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ (les principes à valeur constitutionnelle) และกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ได้รับการรับรองนำไปไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1958 โดยบรรดาสีทธิหรือหน้าที่ที่กำหนดในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ⁴³⁷ ทั้งนี้ นับแต่ปี ค.ศ. 1971 เป็นต้นมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยยอมรับว่าคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789⁴³⁸ โดยกล่าวอ้างในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ⁴³⁹ และคำปรารภของรัฐธรรมนูญมีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ⁴⁴⁰ ในการใช้ควบคุม

⁴³⁷ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2008-564 ลงวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 2008

⁴³⁸ คำวินิจฉัยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 81-132 ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการโอนกิจการเป็นของชาติ (la loi de nationalisation)

⁴³⁹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 73-51 ลงวันที่ 27 ธันวาคม ค.ศ. 1973

⁴⁴⁰ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1946 ถือมีส่วนสำคัญในการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยได้รับการรับรองในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1958 อันยืนยันถึงการมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยหลักการใหญ่ๆ 2 หลักการ คือ หลักการที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งแห่งยุคสมัย (Principes particulièrement nécessaires à notre temps) และหลักการพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายแห่งสาธารณรัฐ (Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย⁴⁴¹ การคุ้มครองและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นหลักคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองถึงบรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับเป้าหมายของคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าวอันเป็นพื้นฐานในการวางรากฐานของการรับรองสิทธิและเสรีภาพและหลักความเสมอภาคอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีอาจพรากและจำหน่ายจ่ายโอนและเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ อันส่งผลให้แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ

3.2.4.4 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2003-467 ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 2003 การวางหลักสมาชิกรัฐสภามีอำนาจตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญในการสร้างกฎระเบียบที่เกี่ยวกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (les garanties fondamentales) ให้แก่ประชาชน โดยชอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องว่า มาตรา 113 แห่งรัฐบัญญัติการรักษาความปลอดภัยภายใน (Loi pour la sécurité intérieure) มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 433-5-1 บัญญัติว่า “เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าระหว่างการชุมนุมที่ได้จัดหรือควบคุมโดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการอันไม่สมควรต่อสาธารณะแก่เพลงชาติหรือธงชาติ ต้องได้รับโทษปรับ 7,500 ยูโร ในกรณีที่มีความผิดเกิดในระหว่างการประชุมจะต้องได้รับโทษจำคุก 6 เดือนและปรับ 7,500 ยูโร” อันเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และขัดต่อหลักการลงโทษตามกฎหมายในการกระทำความผิด (principe de légalité des délits et des peines) และหลักการลงโทษที่จำเป็น (principe de nécessité des sanctions) ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำร้องดังกล่าวใน 3 ประเด็น กล่าวคือ

(1) พิจารณาทบทบัญญัติในมาตรา 10 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องหวั้นเกรงต่อการแสดงความคิดเห็นของตน รวมทั้งการแสดงออกทางศาสนา หากการแสดงออกนั้นไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยตามที่ได้กำหนดโดยรัฐ

⁴⁴¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล , คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษารณีย

กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ , สืบค้นจากเว็บไซต์

http://office.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1403

บัญญัติ” และมาตรา 11 ของคำประกาศฯ ได้รับรองเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดไว้ว่า “บุคคลมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารทางความคิดและการแสดงความคิดเห็นซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าประการหนึ่งของมนุษย์ พลเมืองทุกคนสามารถพูด เขียน พิมพ์อย่างอิสระ เว้นแต่เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบตามที่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ”

(2) พิจารณาทบทวนบทบัญญัติมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้สัญลักษณ์ประจำชาติ ได้แก่ ธงสามสี คือสีน้ำเงิน สีขาว สีแดง และเพลงชาติได้แก่ เพลง La Marseillaise

(3) พิจารณาว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดฐานความผิดใหม่และบทลงโทษ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยและการคุ้มครองเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้คุ้มครอง

จากการพิจารณาข้อพิจารณาทั้ง 3 ประการข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้มาตรา 113 แห่งรัฐธรรมนูญการรักษาความปลอดภัยภายในดังกล่าวขัดด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว อันเป็นกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้มีความสมดุล โดยคำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ผู้เขียนยกตัวอย่างของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอันเป็นหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีที่มาจากสาระสำคัญของหลักนิติรัฐคือ แนวคิดในการควบคุมตรวจสอบบรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐโดยองค์กรตุลาการเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นรากฐานอันเป็นหัวใจสำคัญของรัฐที่เป็นนิติรัฐ

3.2.4.5 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 2008-174 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2008 การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย (la loi relative à la rétention de sûreté) อันเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักความได้สัดส่วน⁴⁴²

⁴⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 65 , หน้า 148-155

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคำร้องขอให้ศาลพิจารณาคความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย (la loi relative à la rétention de sûreté) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยหลักความได้สัดส่วนมีข้อพิจารณาถึงเงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) พิจารณาความสัมฤทธิ์ผลของการใช้อำนาจที่ได้รับมาโดยกฎหมาย (satisfaire à une triple exigence d'adéquation) (2) พิจารณาถึงหลักความจำเป็นในการละเมิดในการใช้อำนาจเท่าที่จำเป็น (la nécessité) และ (3) พิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (la proportionnalité au sens strict)

โดยนับเป็นครั้งแรกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยข้อพิจารณาทั้ง 3 ประการของหลักความได้สัดส่วน อันได้แก่ หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ในรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วางหลักการในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 โดยการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยหลักความได้สัดส่วนนี้ได้นำมาปรับใช้อย่างแพร่หลายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1990 ซึ่งหลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité) ในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสเป็นหลักการที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร แต่เป็นพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐและผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐ หลักการดังกล่าวได้มีการรับรองไว้ในการพิจารณาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel)⁴⁴³ นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นข้อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นอกจากที่ได้หยิบยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยสำคัญที่สะท้อนถึงนิติรัฐในทางรูปแบบและเนื้อหา อาทิ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ หลักความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความได้สัดส่วน รวมถึงการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในการวางบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอิงคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (preamble) และคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 โดยทำให้

⁴⁴³ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักการย่อย 3 ประการของหลักความได้สัดส่วน คือหลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐประกอบการจัดทำคำวินิจฉัย อาทิ คำวินิจฉัยคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 492 Dc ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 2004 ; คำวินิจฉัย ที่ 540 Dc ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 วินิจฉัยกรณีหลักแห่งความจำเป็น โดยการใช้อำนาจในการออกกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องดำเนินการเท่าที่จำเป็นตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น โดยผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องใช้อำนาจที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดและใช้มาตรการที่ไม่ล่วงล้ำต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น (la mesure n'est pas excessive par rapport à l'objectif poursuivi)

เอกสารทั้งสองชิ้นมีฐานะเทียบเท่าเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญและเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับดังเช่นรัฐธรรมนูญดังที่ได้นำเสนอไว้ตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 71-44 DC ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 ไปแล้วนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังได้มีการนำหลักการย่อยต่างๆ ของนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยอื่นๆ ดังตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้ อาทิ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 80-128 D.C. ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 1981⁴⁴⁴ คำวินิจฉัยนี้เป็นคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันเป็นต้นกำเนิดของเทคนิคการตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (réservations d'interprétation) กล่าวคือ ในช่วงก่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีต้นปีค.ศ. 1981 นั้น ปลายปี ค.ศ. 1980 รัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองมากขึ้น ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักทั้งภายในและภายนอกรัฐสภา สมาชิกสภาเสียงข้างน้อยจำนวน 145 คนได้เสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าว ถึงแม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจำนวน 4 มาตรา ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) แล้วทำให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ลงโทษการขัดขวางการดำเนินกิจการรถไฟ (disruption of train services) โดยจำคุก 3 เดือนหรือปรับ ซึ่งปราศจากข้อยกเว้นที่พิจารณาเหตุผล ของการกระทำดังกล่าว บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงถูกโต้แย้งว่า มีถ้อยคำที่เคร่งครัดจนเกินไป ขัดต่อสิทธิในการนัดหยุดงาน (right to strike) และสิทธิในการรวมกลุ่มเป็นสหภาพแรงงาน (trade union rights) ที่รัฐธรรมนูญรับรอง อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาว่า การวางสิ่งของบนรางรถไฟเพื่อขัดขวางการวิ่งของรถไฟจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิในการนัดหยุดงานหรือรวมกลุ่มเป็นสหภาพแรงงาน และพิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดว่า บุคคลซึ่งกระทำการขัดขวางการวิ่งของรถไฟย่อมมีความผิดอาญาตามกฎหมาย แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับบุคคลซึ่งใช้สิทธิในการนัดหยุดงานตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ถึงแม้ว่าการหยุดวิ่งของรถไฟเป็นผลมาจากการขัดขวางดังกล่าว ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาที่พิจารณาคดี (examining magistrate; juge d'instruction) หรือประธานศาลอาญาท้องถิ่น (president of the local criminal court) ในการขยายระยะเวลาการคุมขังก่อนฟ้องคดี (pre-arraignment custody; garde à vue) จากระยะเวลาปกติ 24 ชั่วโมง ใน

⁴⁴⁴ สุวิวัฒน์ เจนวนิชวงศ์, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 91*, หน้า 148-151 และหน้า 159-160

ความผิดอาญาที่ร้ายแรง ซึ่งมีการโต้แย้งกรณีประธานศาลอาญาท้องถิ่นว่า มิได้เป็นผู้พิจารณาสำนวนของผู้ถูกคุมขังแต่อย่างใด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ผู้พิพากษาทุกคนต้องพิจารณาสำนวนก่อนการขยายระยะเวลาการคุมขัง ถึงแม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด...ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาระหว่างความไม่เหมาะสมในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการกำหนดนโยบาย (policymaking process) กับข้อจำกัดของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้นั้น เนื่องจากลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ยังไม่มี ความชัดเจน ทำให้ไม่อาจทราบความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ถึงแม้ว่าการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนอาจเป็นการเข้าไปแทรกแซงกระบวนการกำหนดนโยบาย แต่ในบางครั้งก็เป็นการประกาศหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและนักวิชาการฝรั่งเศสจึงมีความเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นมีเหตุผลเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของอำนาจนิติบัญญัติ (legislative autonomy) การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนจึงเป็นวิธีการที่ดีกว่าการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วน คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้ เงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นผลมาจากการตีความเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากไม่ตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องกลายเป็นปฏิปักษ์กับ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีเสียงข้างมาก ในขณะที่ฝ่ายค้านสามารถนำคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ในทางการเมืองได้ ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงประสงค์ที่จะวินิจฉัยโดยสงวนรักษากฎหมายไว้ด้วยการใช้เทคนิคการตีความเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจึงเป็นวิธีการที่สำคัญประการหนึ่งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความเป็นปฏิปักษ์ทางการเมืองโดยตรงกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร รวมทั้งใช้เป็นวิธีการเพื่อจัดการกับความกดดันต่างๆ ที่เป็นภาระของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนจะช่วยมิให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเป็นผลมาจากการตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย (interprétation neutralisante) หรือตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interprétation constructive) หรือตีความขยายความ เพื่อเป็นแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive) ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขการตีความนั้นมีใช้กฎหมายฉบับเดียวกับที่ฝ่ายนิติ

บัญญัติได้ลงมติให้ความเห็นชอบ แต่เป็นกฎหมายฉบับที่มาจากมติความใหม่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยการตัดทอนหรือเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ใหม่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนการใช้บังคับกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น จะเห็นได้ว่า การตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายบริหาร เนื่องจากทำให้ฝ่ายบริหารทราบอย่างแน่ชัดว่าจะต้องใช้บังคับกฎหมายอย่างไรจึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาในแง่นี้ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญน่าจะถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่เอนเอียงมายังฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมาย แต่หากพิจารณาอีกด้านหนึ่งจะเห็นได้ว่า การใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากการเคารพต่อการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยืนยันหนักแน่นว่า “การตีความเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือ “การตีความเช่นนี้เป็นเงื่อนไขบังคับที่ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเท่ากับเป็นการลดบทบาทของฝ่ายบริหารในฐานะองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากไม่สามารถใช้บังคับกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากต้องใช้บังคับตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ เทคนิคการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่ข้อพิงระวังอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ กล่าวคือ ปัญหา “การปกครองโดยตุลาการ (le gouvernement des juges)” หรือยิ่งกว่านั้น ปัญหา “รัฐสภาโดยตุลาการ (le parlement des juges)” คำวินิจฉัยนี้สะท้อนบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตีความการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวน (réservations d'interprétation) คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นเป็นรูปแบบของคำวินิจฉัยที่ถือได้ว่าเป็นเทคนิคเฉพาะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่วางบทบาทของตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในอันที่เกี่ยวข้องกับบทบาทหน้าที่ของรัฐสภาในการดำเนินการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนวางหลักการใช้บังคับกฎหมายของฝ่ายบริหารให้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 89-260 D.C. ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 1989⁴⁴⁵ คำวินิจฉัยนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยการให้แนวทางในการใช้บังคับ

⁴⁴⁵ เอกบุณญ วงศ์สวัสดิ์กุล , เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ปีที่ 36 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2550) , หน้า 45-46 : อ้างไว้ใน สุวิวัฒน์ เจนวิษขวงศ์ , เพิ่งอ้าง , หน้า 157-158

กฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive) กรณีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ (loi relative à la sécurité et à la protection du marché financier) ได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ (la Commission des opérations de bourse) มีอำนาจลงโทษปรับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกรณีที่รัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดความผิดเป็นเงิน (une sanction pécuniaire) ตามจำนวนที่กำหนด ซึ่งเป็นโทษทางปกครอง (une sanction administrative) ในขณะที่การกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำยังอาจได้รับโทษปรับที่เป็นโทษทางอาญา (une sanction pénale) อีกด้วย **จึงไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่า “บุคคลไม่อาจถูกลงโทษสองครั้งสำหรับการกระทำเดียวกัน (une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait)”** นอกจากนี้ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen 1789) ข้อ 8 ยังได้บัญญัติว่า “กฎหมายต้องกำหนดโทษเท่าที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น (la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires)” ซึ่งคำว่า “โทษ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้หมายถึงโทษที่มีการลงโทษโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงโทษที่ได้มีการลงโทษโดยองค์กรอื่น (ตามที่กฎหมายกำหนด) ที่มีใช้องค์กรตุลาการด้วย **ดังนั้น กรณีตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์จึงอาจทำให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนรัฐบัญญัติต้องได้รับโทษซ้ำซ้อนกันระหว่างโทษปรับทางปกครองและโทษปรับทางอาญาได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญข้างต้น** แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดแนวทางการใช้บังคับรัฐบัญญัติดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า “จำนวนเงินค่าปรับตามที่ได้ลงโทษ ต้องไม่เกินกว่าจำนวนเงินค่าปรับที่สูงที่สุดของโทษใดโทษหนึ่งที่ได้รับ” และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้กล่าวในคำวินิจฉัยเพิ่มเติมอีกว่า “ศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีต้องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ดูแลการเคารพต่อแนวทางการใช้บังคับบทบัญญัติ” ตามแนวทางที่ได้ตีความด้วย ซึ่งในคดีต่อๆ มา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เรียกร้องในคดีให้ศาลปกครองและศาลยุติธรรมตรวจสอบว่าได้มีการใช้บังคับกฎหมายสอดคล้องกับการตีความตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้แนวทางในคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ไว้หรือไม่ คำวินิจฉัยนี้เห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษซ้ำ (Ne bis in idem) และวางหลักบทกำหนดโทษตามกฎหมายให้สอดคล้องกับคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ทั้งนี้หลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษซ้ำ (Ne bis in idem) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาในเรื่องของการห้ามมิให้ลงโทษบุคคลที่เคยถูกลงโทษจากการกระทำเดียวกันนั้นมาแล้ว ด้วยข้อคิดพื้นฐานที่ว่า บุคคลไม่อาจจะถูกลงโทษซ้ำจากการกระทำเดียวกัน และเป็นหลักที่ศาลต้องนำมาใช้ แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ อันเป็นหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญาที่สำคัญของหลักการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดี

หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 99-411 D.C. ลงวันที่ 16 มิถุนายน 1999 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางหลักกฎหมายในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติที่กำหนดมาตรการต่างๆ ในเรื่องความปลอดภัยในการจราจรทางถนน และบทบัญญัติกำหนดความผิดอาญาต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลการขนส่งผู้โดยสารโดยระบบขนส่งสาธารณะ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางหลักดังนี้⁴⁴⁶

(1) ตามหลักทั่วไป ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายที่มีบทสันนิษฐานความผิดในคดีอาญาที่ขัดต่อหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ของบุคคลตามมาตรา 9 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ค.ศ. 1789

(2) แต่อาจมีข้อยกเว้นการใช้หลักสันนิษฐานดังกล่าวเป็นกรณีเฉพาะ ถ้ากฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานนั้นเป็นกรณีความผิดในระดับลหุโทษ (contravention) ซึ่งมีโทษข้อสันนิษฐานเด็ดขาด แต่ให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่จะต่อสู้หักล้าง และข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานมีเหตุผลที่ทำให้เห็นว่าเป็นไปได้อย่างมากที่จะมีการกระทำความผิดตามที่กฎหมายสันนิษฐาน ในคดีดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา L21-2 แห่งประมวลกฎหมายจราจร (ปัจจุบันคือ มาตรา L.121-3) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลผู้มีชื่อเป็นเจ้าของรถยนต์ตามทะเบียนต้องรับโทษปรับในความผิดลหุโทษ กรณีที่รถยนต์ดังกล่าวได้ฝ่าฝืนกฎที่ห้ามใช้ความเร็วเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และกฎว่าด้วยสัญญาณไฟจราจร เว้นแต่เป็นกรณีพิสูจน์ได้ว่ารถยนต์คันดังกล่าวถูกขโมย หรือเป็นกรณีมีเหตุสุดวิสัย หรือกรณีอื่นที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลนั้นมีผู้ใช้กระทำความผิด” ดังนั้น เมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่วางหลักไว้ บทบัญญัติในกฎหมายนี้จึงเป็นกรณีที่อาจกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดได้เป็นกรณีพิเศษ

คำวินิจฉัยนี้จึงเป็นการวางหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ของบุคคลที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของจำเลยในการพิจารณาคดีของศาลที่จะไม่พิพากษาลงโทษจำเลยจนกว่าจะมีพยานหลักฐานแสดงว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอันเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้น

⁴⁴⁶ โปรดดูคำพิพากษาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) Decision n 99-411 , D.C. du 16 juin 1999 , J.O. , 19 juin 1999 , 9019 , คำวินิจฉัยในคดีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางหลักกฎหมายไปในทางเดียวกับศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในคำพิพากษาคดี Salabiaku v. France ลงวันที่ 7 96Jk8, 8.L. 1988 ให้ข้อสังเกตไว้ตอนหนึ่งว่า “ทุกระบบกฎหมายยอมรับข้อสันนิษฐานไม่ว่าจะเป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงหรือข้อสันนิษฐานตามข้อกฎหมาย ถ้าข้อสันนิษฐานนั้นไม่ขัดต่อหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ของบุคคล ในคดีอาญามีข้อจำกัดให้รัฐภาคีจะต้องไม่ตรากฎหมายให้เกินกว่ากรอบในระดับหนึ่ง เพื่อให้อยู่ในขอบเขตที่มีเหตุผลภายใต้ข้อพิจารณาในเรื่องความร้ายแรงของคดีและการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในการต่อสู้คดี” โปรดดู อุดม รัฐอมฤต , การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคล (Presumption of Innocence) , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 33 ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม 2558 , หน้า 88-89

พื้นฐานของบุคคลมิให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐที่ใช้วิธีการจัดการกับผู้ต้องสงสัยในคดีอาญาอย่างรวบรัด แม้หลักกฎหมายนี้จะเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ และมีลำดับศักดิ์กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ แต่โดยเหตุที่ปรากฏการณ์ของการกระทำความผิดอาญามีหลายลักษณะ มีทั้งความผิดกระทบต่อระเบียบสังคมอย่างร้ายแรงและความผิดที่ส่งผลต่อสังคมไม่มากนัก แต่ในบรรดาความผิดเหล่านี้ รัฐมีความจำเป็นจะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย แต่ก็ยังคงต้องให้หลักประกันกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การบัญญัติกฎหมายที่กำหนดข้อสันนิษฐานในทางเป็นโทษกับผู้ถูกกล่าวหาในบางกรณีที่จำเป็นเนื่องจากข้อจำกัดในการพิสูจน์ความผิด โดยหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคลมีผลทำให้จำเลยไม่ถูกบังคับให้ต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้กระทำความผิดในเรื่องที่ตนตกเป็นผู้ถูกกล่าวหา โดยเป็นหน้าที่ของผู้กล่าวหาซึ่งเป็นโจทก์ฟ้องจะต้องพิสูจน์การกระทำความผิดให้เห็นอย่างชัดเจนจนถึงขนาดที่สามารถหักล้างบทสันนิษฐานความบริสุทธิ์นี้ได้

หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1980⁴⁴⁷ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางหลักที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลปกครองไว้ในคำวินิจฉัยโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครอง (le juge administratif) ว่าเป็นหลักการสำคัญที่กฎหมายแห่งสาธารณรัฐให้การยอมรับ โดยแม้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 จะไม่มีการบัญญัติถึงระบบศาลปกครองและคดีปกครองไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม และนอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987 วางหลักที่เกี่ยวข้องกับระบบศาลปกครองที่สำคัญไว้อีกคำวินิจฉัย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับถึงอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยคดีพิเศษบางประเภทโดยเฉพาะการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยฝ่ายปกครอง ในการวินิจฉัยทั้งสองคดีดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้มาปรับใช้กับระบบศาลปกครอง และได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยทั้งสองด้วยว่า หลักที่ปรากฏในคำวินิจฉัยทั้งสองนั้นเป็นหลักที่มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญ (de valeur constitutionnelle) ซึ่งหมายความว่า เป็นหลักที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองนั่นเอง

สำหรับกรณีการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) กรณีที่มีคำร้องว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะดำเนินการตามแนวทางปฏิบัติที่ยึดถือเป็นแนวทางมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1986 กล่าวคือ ศาลจะส่งคำร้องไปยังรัฐบาล เมื่อรัฐบาลชี้แจงเป็นลายลักษณ์อักษร

⁴⁴⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์ , หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2551) , หน้า 21-22

มาแล้วก็จะส่งคำชี้แจงดังกล่าวให้ผู้ร้อง เพื่อให้โต้แย้งคำชี้แจงดังกล่าว และฝ่ายรัฐบาลก็มีสิทธิที่จะขอ
 สำเนาโต้แย้งดังกล่าวได้ โดยปรากฏว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าคู่กรณี
 แท้จริงนั้นมีไซ้รัฐบาล หากแต่เป็นฝ่ายเสียงข้างมากในสภา แต่ด้วยเหตุผลทางการเมืองทำให้ไม่อาจ
 เปลี่ยนแนวทางปฏิบัติของคณะตุลาการฯ ดังกล่าวได้ ซึ่งนับแต่นั้นมาก็มียุทธศาสตร์จากฝ่ายวิชาการ
 ให้มีการจัดทำกระบวนการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ข้อ
 เรียกร้องดังกล่าวก็ยังไม่เป็นผลแต่อย่างใด⁴⁴⁸ แต่อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ทำ
 หน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้
 ซึ่งดังที่ได้กล่าวไปแล้วในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติ
 ค.ศ. 1789 ตามทฤษฎีของรูโซเกี่ยวกับเจตจำนงทั่วไปและหลักการที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของ
 ประชาชน แต่เดิมประเทศฝรั่งเศสไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลัง
 ประกาศใช้ได้ เนื่องจากหลักการที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่โดยที่ประชาชนไม่อาจ
 ใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยตรงตลอดเวลา ดังนั้น กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาจึงเป็นการแสดงออกของ
 ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of
 Parliamentary Legislation ; *souveraineté de la loi*) เมื่อรัฐสภาเป็นสถาบันที่มีสถานะสูงสุด
 กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด ทำให้รัฐสภาไม่ตกอยู่ภายใต้การ
 ตรวจสอบขององค์กรใด อีกทั้งยังไม่มีมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญตามความเป็นจริงด้วย⁴⁴⁹ กรณี
 ดังกล่าวจึงถูกวิพากษ์ วิจารณ์มาโดยตลอดว่า หากกฎหมายใดที่รัฐสภาตราขึ้นประกาศใช้แล้วเท่ากับ
 ว่าไม่มีทางที่กฎหมายดังกล่าวจะถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกต่อ เป็นการเปิดโอกาสให้
 กฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ในระบบกฎหมายได้ และถึงแม้ว่า
 รัฐธรรมนูญป้องกันปัญหาด้วยการบังคับให้ต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้คณะตุลา
 การรัฐธรรมนูญตรวจสอบเสียก่อน แต่ในกรณีของรัฐบัญญัตินั้นก็เป็นไปได้ว่าอาจมีรัฐบัญญัติบางฉบับ
 ที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยไม่มีสมาชิกร่วมกันเสนอคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ
 พิจารณาวินิจฉัย⁴⁵⁰ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 2008 โดยเพิ่มเติม
 มาตรา 61-1 วางบทบัญญัติถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลัง

⁴⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 150*

⁴⁴⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , *กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ
 นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2557) , หน้า 95 , อ้างไว้ใน สุวิวัฒน์ เจนวิษุวงศ์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 91 , หน้า 84*

⁴⁵⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล , *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเพื่อปฏิรูปการเมือง , วารสารนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 36 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2550) , หน้า 743 , เพิ่งอ้าง , หน้า 92*

ประกาศใช้⁴⁵¹ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ยืนยันถึงสถานะของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญผ่านคำวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาทิ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 71-44 D.C. ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงการนำหลักการอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่สำคัญๆ ผ่านบริบททางประวัติศาสตร์และพัฒนาการของเนื้อหารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับที่สำคัญ ประสบการณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสนับได้ว่ามีมากมายและหลากหลายทั้งในแง่เวลาและในแง่พื้นที่ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกปี ค.ศ. 1791 ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญมาก โดยมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับทั้งในระดับอบกษัตริย์ ระบอบจักรวรรดิ และระบอบสาธารณรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญของแต่ละระบอบก็มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติแตกต่างกันไป โดยสรุปแล้ว ความผิดพลาดของรัฐธรรมนูญหนึ่งอาจนำมาซึ่งปฏิกริยาตอบโต้ของรัฐธรรมนูญฉบับถัดไปดังที่ปรากฏให้เห็นจากรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งสร้างระบบรัฐสภาแบบเข้มแข็งและมีเสถียรภาพ อันเป็นการตอบโจทย์ของความผิดพลาดจากระบบรัฐสภาดั้งเดิมในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 และ 4 ความผันแปรของระบบการเมืองการปกครองผ่านช่วงระยะเวลาอันยาวนานของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนที่จะเกิดรัฐธรรมนูญที่ตกผลึกในการสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร การสร้างรัฐธรรมนูญที่เป็นประกันให้ระบอบประชาธิปไตยดำเนินการไปได้ด้วยดีและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ⁴⁵² อันเป็นการพัฒนาในแต่ละก้าวอย่างของนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการ

⁴⁵¹ มาตรา 61-1 บัญญัติว่า “ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล หากปรากฏว่ามีประเด็นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาอาจเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่กำหนด” และวรรคสองบัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรานี้” โดยลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้นแบ่งออกเป็น 4 ประการ กล่าวคือ ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งนั้นต้องบังคับแก่คดีซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้จึงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งในคดีต้องมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นในทางเนื้อหาหรือรูปแบบ ประการที่สาม การตรวจสอบกรณีดังกล่าวตรวจสอบเฉพาะการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดต่อ “สิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น (fundamental rights or freedoms guaranteed by the Constitution)” และประการสุดท้าย ปัญหาดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยมาก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นกรณีการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ทางข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง , เรื่องเดียวกัน , หน้า 93-94

⁴⁵² Philippe RAIMBAULT, *การจัดทำรัฐธรรมนูญ : ประสบการณ์ฝรั่งเศส (แปลโดย ปิยบุตร แสงกนกกุล)* , บทความนำเสนอในการเสวนาวิชาการเรื่อง “แง่มุมทางกฎหมายของการเปลี่ยนผ่านประชาธิปไตย” เมื่อวันที่ 18 มกราคม 2559 จัดขึ้นโดยศูนย์ศึกษากฎหมายฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รัฐธรรมนูญได้ค้นหาหลักการทั้งจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่ถือเป็นหลักคุณค่าสูงสุดที่กลั่นกรองมาจากเลือดเนื้อและจิตวิญญาณในการแสวงหาซึ่งสิทธิและเสรีภาพเหนือสิ่งอื่นใดของประชาชนชาวฝรั่งเศส โดยในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะมีส่วนประกอบที่สำคัญในการอ้างข้อกฎหมายซึ่งจะขึ้นต้นด้วยข้อความว่า “Vu la constitution...” แล้วจึงตามด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีอันเป็นการแสดงให้เห็นว่าในทุกคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการอ้างถึงรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่เป็นสำคัญด้วยเป็นการเน้นย้ำว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และในหลายๆ กรณีก็ปรากฏว่าแม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยตรงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลับนิยมที่จะอ้างแหล่งที่มาทางกฎหมายอื่นในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการอ้างถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี 1789⁴⁵³ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงคำปรารภของรัฐธรรมนูญรวมถึงหลักกฎหมายต่างๆ ที่มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ มาใช้วางหลักการในการจัดทำคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีเจตจำนงในการให้คุณค่าต่อหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในทุกคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการอ้างถึงรัฐธรรมนูญและหลักที่มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติรัฐมาเป็นเครื่องมือสำคัญในการให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อธำรงไว้ซึ่งประโยชน์สุขของมหาชนต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁵³ เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 176*

3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีประวัติความเป็นมาที่น่าสนใจศึกษาเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นประเทศที่มีเอกลักษณ์ของความสำเร็จในการอยู่ร่วมกันของชนหลากหลายเชื้อชาติที่อพยพโยกย้ายถิ่นฐานเข้ามาเป็นสังคมที่สามารถผสมผสานจุดเด่นของความหลากหลายเข้าด้วยกัน ซึ่งนับแต่การเริ่มต้นประเทศด้วยการเป็นอาณานิคมของประเทศต่างๆ ในยุโรปและท้ายที่สุดเป็นอาณานิคมที่ก้าวหน้าที่สุดของสหราชอาณาจักร โดยในยุคเริ่มต้นสภาพความเป็นไปในสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรมีสภาพโครงสร้างทางการเมืองและลักษณะของสังคมที่มีเสถียรภาพทางการเมือง แต่แฝงด้วยความวุ่นวาย ฝ่ายบริหารของสหราชอาณาจักรต้องการจะใช้อำนาจตามกฎหมายของตนอย่างเต็มที่ ประกอบกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของสหรัฐอเมริกายังไม่ยอมรับและเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาลักษณะของความเป็นผู้นำทางการเมืองที่เข้มแข็งอย่างแท้จริง ทำให้สหราชอาณาจักรสามารถใช้อำนาจในการปกครองสหรัฐอเมริกาได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งเมื่อศึกษาประวัติศาสตร์และความเป็นมาของการต่อสู้ปลดแอกจากการเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรจะพบว่า บรรดาแนวความคิดและการกระทำของชาวอาณานิคมที่พยายามตอบโต้กับมาตรการบังคับของสหราชอาณาจักรได้มีพัฒนาการเป็นขั้นตอนและต่อเนื่องเป็นลำดับ ซึ่งในบรรดาแนวความคิดที่สำคัญๆ ที่มีลักษณะเฉพาะของความเป็นอเมริกันอย่างเด่นชัดในช่วงเวลาดังกล่าว ได้แก่ แนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนหน้านี้มิได้มีความหมายมากไปกว่าขนบธรรมเนียมประเพณีและแนวทางปฏิบัติที่ได้สืบทอดต่อกันมา กล่าวคือ ในการจัดระเบียบสถาบันทางการเมืองได้กำหนดให้รัฐธรรมนูญมีความสำคัญมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการเน้นแนวความคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญคือ “กฎเกณฑ์เบื้องต้นที่ควบคุมอำนาจสูงสุดของรัฐและเป็นสิ่งที่แม้แต่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” แนวความคิดที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งพัฒนามาจากประสบการณ์ของชาวอาณานิคมได้แก่แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งเป็นที่ยอมรับและแพร่หลายมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดเรื่องการเมืองมีตัวแทน (Representation) อันอาจเปรียบได้กับระบบการมอบหมายให้บุคคลไปรักษาผลประโยชน์แทนตน (Attorneyship) หมายถึง ผู้ทำหน้าที่พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของประชาชนให้รอดพ้นจากการคุกคามของรัฐบาลสหราชอาณาจักร และแนวความคิดประการสุดท้ายคือ แนวความคิดเรื่องสาธารณรัฐ (Republic) โดยในสมัยนั้นถือว่าการปกครองแบบใดก็ตามที่มีใช้การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ มิได้มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขฝ่ายบริหารแล้วจะถือว่าเป็นสาธารณรัฐทั้งสิ้น⁴⁵⁴ ซึ่งรากฐานของบรรดาแนวความคิดของชาวอาณานิคมที่มีการพัฒนา

⁴⁵⁴ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2544), หน้า 1-8

สืบเนื่องมาจากลำดับนี้ได้ก่อตัวเป็นอุดมการณ์ทางการเมืองที่ต้องการความเป็นอิสระจากการปกครองภายใต้สหราชอาณาจักรผสมผสานกับความปรารถนาในสิทธิและเสรีภาพของชาวอาณานิคมผู้อพยพ อันส่งผลให้กลายเป็นบ่อเกิดของการก่อตัวแนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นแนวคิดอันเป็นรากฐานของพัฒนาการระบบนิติรัฐในสหรัฐอเมริกาในเวลาต่อมา

3.3.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงเวลา ก่อร่างสร้างประเทศแล้วจะพบว่า การก่อตัวของวาทกรรมเสรีภาพในฐานะเป็นอุดมการณ์ทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกามีมาตั้งแต่ก่อตั้งประเทศ โดยแม้มโนทัศน์สิทธิส่วนตัวและเสรีภาพส่วนตัวในสังคมตะวันตกจะเป็นสิ่งใหม่ที่ก่อตัวและพัฒนาขึ้นมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 แต่ในภายหลังการปฏิวัติอเมริกา อุดมการณ์ในเรื่องของเสรีภาพ (Liberty) อันเป็นเสรีภาพของปัจเจกชน กับทรัพย์สินส่วนตัว (Private Property) ได้กลายเป็นอุดมการณ์ในกระบวนการสร้างรัฐประชาชาติสมัยใหม่ขึ้นเป็นแห่งแรกของโลกประกอบกับแนวความคิดว่าด้วย “ความเสมอภาค” (Equality) ได้ก่อให้เกิดพลังในทางอุดมการณ์การเมืองประชาธิปไตยในอเมริกาในวางอยู่บนพื้นฐานของการเคารพในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ตามแนวความคิดของจอห์น ล็อก ที่เห็นว่า รัฐที่ก่อตั้งขึ้นมาบนทฤษฎีสัญญาประชาคมมีหน้าที่โดย “ธรรมชาติ” ที่จะต้องพิทักษ์ปกป้องสิทธิของมนุษย์ที่สำคัญอันประกอบไปด้วย สิทธิในชีวิต สิทธิในอิสรภาพ และสิทธิในทรัพย์สิน (Life, Liberty, and Estate) อันเป็นแนวคิดพื้นฐานในการรองรับให้พลเมืองแห่งรัฐใหม่ได้รับเสรีภาพอย่างเป็นรูปธรรม⁴⁵⁵ ดังที่ปรากฏความสำคัญของทรัพย์สินส่วนตัวและความเกี่ยวเนื่องกับอุดมการณ์ของเสรีภาพจะเห็นได้จากทัศนะของผู้นำและนักคิดชนชั้นนำอเมริกันสมัยปฏิวัติมากมาย ตัวอย่างเช่น นางแอบิเกล อัดัมส์ (Abigail Adams, 1744-1818) ภรรยาของจอห์น อัดัมส์ หนึ่งใน “บิดาผู้สร้างสหรัฐ” (Founding Fathers) เธอเขียนในจดหมายฉบับหนึ่งโจมตีการครอบงำทางการเมืองของกษัตริย์อังกฤษที่กระทำต่อชาวอาณานิคมในอเมริกา โดยอธิบายให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างทรัพย์สินกับอิสรภาพว่า “เราไม่อาจมีความสุขได้โดยปราศจากเสรีภาพ...เราไม่อาจเป็นเสรีได้ในขณะที่ไม่มีความมั่นคงในทรัพย์สินของเรา...เราไม่อาจมีความมั่นคงในทรัพย์สินของเราได้ ถ้าหากว่าคนอื่นอาจอ้างสิทธิโดยที่เราไม่เห็นชอบด้วยมาแย่งทรัพย์สินของเราไปได้ เราตระหนักดีถึงคุณงามความดีของเสรีภาพจนไม่อาจจะละทิ้งมัน

⁴⁵⁵ อดัมส์ อารมณ์สุวรรณ , บาดแผลอเมริกา : สงครามกับเสรีภาพในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน , 2547) หน้า 7-11

ไปได้ง่าย ๆ”⁴⁵⁶ จะเห็นได้ว่า คำอธิบายดังกล่าวสอดคล้องกับแนวความคิดของจอห์น ล็อค ในการให้ความสำคัญกับทรัพย์สินส่วนตัวที่เชื่อมโยงร้อยเรียงกับอุดมการณ์ว่าด้วยเสรีภาพอันเป็นการก่อตัวของพลังแห่งความชอบธรรมในทางอุดมการณ์ทางการเมืองประชาธิปไตยในอเมริกาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคในฐานะที่เป็นมนุษย์ผู้เป็นเจ้าของสิทธิตามธรรมชาติของตน อันทำให้อุดมการณ์ดังกล่าวก่อตัวและวางรากฐานเป็นอุดมการณ์แห่งรัฐชาติสมัยใหม่ของอเมริกาจวบจนปัจจุบัน

แนวคิดปรัชญาทางการเมืองและอุดมการณ์ทางการเมืองว่าด้วยเรื่องเสรีภาพและความเสมอภาคของชนชาวอเมริกันนับแต่การสร้างชาติ (National-Building) ได้ฝังรากลึกในสำนึกแห่งชนชาติอเมริกา ความเคารพในสิทธิตามธรรมชาติและความเป็นมนุษย์ได้วางรากฐานของการเคารพในแนวความคิดประชาธิปไตยหรือหลักของการปกครองโดยความยินยอมเห็นชอบของประชาชนปรากฏผ่านหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาอันเป็นสิ่งที่แสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมของอุดมการณ์ประชาธิปไตยและบัญญัติไว้ในเอกสารสำคัญ 2 ฉบับ คือ คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 1776 และในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลักการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐในอเมริกา กล่าวคือ เป็นรูปแบบของการปกครองโดยกฎหมายที่ถือเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศโดยที่บุคคลทุกคนและทุกชนชั้นรวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมือง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มุ่งที่จะให้หลักประกันสูงสุดแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยการบังคับให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ หรือการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมาย⁴⁵⁷ อย่างไรก็ดี ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จากประเทศอังกฤษโดยตรง ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ถือกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษในช่วงต้นยุคสมัยกลาง อันประกอบไปด้วยหลักการต่างๆ ทางกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นเวลานานจากคำพิพากษาของศาลในคดีแต่ละคดีซึ่งผูกพันศาลในคดีหลังให้ต้องยึดแนวบรรทัดฐานของศาลในคดีก่อนๆ ที่มีข้อเท็จจริงเดียวกัน และการที่ศาลในอังกฤษต้องเดินตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาในคดีก่อนในเรื่องที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการพัฒนาแนวคิดในเรื่องทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายจากคำพิพากษาในอดีต หรือหลัก “Stare Decisis” กล่าวคือ ศาลหนึ่งกำหนดกฎหมายขึ้นเพื่อใช้ในคดีหนึ่ง ศาลอื่นที่ตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันก็รับแนวคำพิพากษาในคดีก่อนมาตัดสินในคดีหลัง เว้นแต่ศาลในคดีหลังมีเหตุผลที่ดีกว่าที่จะเปลี่ยนแนว

⁴⁵⁶ เรื่องเดียวกัน , หน้า 10

⁴⁵⁷ อรรถพรณ สิ้นเปสนันท์ , แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2551 หน้า 31-32

คำตัดสิน โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งได้รับอิทธิพลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จากประเทศอังกฤษได้ปรากฏกฎหมายพื้นฐานหลายเรื่องที่ตั้งอยู่ภายใต้หลักคอมมอนลอว์เป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยระยะเวลาที่ผ่านมากกว่า 200 ปีของประเทศสหรัฐอเมริกา หลักกฎหมายที่อยู่ในรูปของคอมมอนลอว์ถูกนำมาประกาศใช้ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายเรื่อง กระบวนการดังกล่าวนี้เรียกว่า การประมวลกฎหมายคอมมอนลอว์ (Codification of the common law)⁴⁵⁸ โดยระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษโดยเฉพาะหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ⁴⁵⁹

(1) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Court) ของแผ่นดิน

(2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใดๆ ทุกคน (ไม่ว่าเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน

(3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากหรือได้มาจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

สรุปสาระสำคัญของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบกฎหมายอังกฤษได้ว่าบุคคลทุกคนจะต้องอยู่ในฐานะเท่าเทียมกันทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นผู้บริหาร ฝ่ายปกครอง ข้าราชการ หรือบุคคลธรรมดาก็ต้องใช้กฎหมายเดียวกันและต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน หลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาศาลตัดสินของศาลที่ดำเนินการต่อเนื่องเป็นเวลานานจนสร้างหลัก Common Law ของประเทศอังกฤษนี้ ได้ให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชนโดยอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษเป็นรากฐานที่มาของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งส่งอิทธิพลไปทั่วโลกในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายแบบ Common Law ของประเทศอังกฤษคือ การปกครองเพื่อต้องการจำกัดอำนาจรัฐหรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจโดยการสร้างกฎเกณฑ์โดยกฎหมายที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้การปกครอง ทั้งนี้ข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้เรียกหลัก The rule of Law โดยนิยามว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งโดยเนื้อหาแล้วทั้งหลักนิติรัฐและหลัก

⁴⁵⁸ มานิตย์ จุมปา , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2553) , หน้า 41-42

⁴⁵⁹ A.V. Dicey , Law of the Constitution , with an introduction by E.C.S. Wade, (English language book society&Macmillan 1975) ,p. 187-203

นิติธรรมเป็นระบบที่มีรากฐานของแนวความคิดสอดคล้องกันในสาระสำคัญที่ยอมรับถึงหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ที่มุ่งจะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรม โดยกฎหมายจะเป็นกรอบในฐานะที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการทำงานของรัฐบาล อันมีหลักการพื้นฐานที่มีได้แตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ เป็นหลักที่มีลักษณะเป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนแห่งกฎหมายหรือการปฏิบัติให้สอดคล้องกับการใช้กฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรม ส่วนที่มีความแตกต่างกันนั้นเกิดจากบริบทของประวัติศาสตร์และสังคมของแต่ละประเทศเป็นปัจจัยหลักในพัฒนาการของหลักการต่างๆ เหล่านี้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ⁴⁶⁰

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบถึงรายละเอียดของประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) จะพบว่าทั้งสองหลักการแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีต้นกำเนิดหลักนิติรัฐและต้นกำเนิดหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษที่มีชนชาติตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่มีความแตกต่างกันย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ดังนี้⁴⁶¹

(1) ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนี ที่มาบ่อเกิดของกฎหมายนั้นมาจากการตรากฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลในฐานะที่เป็นผู้รับใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินใจของศาลในแต่ละคดีไม่มีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมาย (judge made law) จึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง ส่วนประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ ที่มาบ่อเกิดของกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาลถือว่าศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง ส่วนกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษศาลจะผูกพันการปรับใช้กฎหมาย แต่จะไม่ผูกพันกระบวนการตรากฎหมายว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีนั้นมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรได้บัญญัติ

⁴⁶⁰ วิสิฐ ญาณภีร์ , วารี นาสกุล , วิชญา เครื่องงาม , ณัชชญา ทองจันทร์ และธนาสาร จงพานิชย์ , บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ , วารสารเกษมบัณฑิต ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2559 , หน้า 96

⁴⁶¹ วรเจตน์ ภาศิริตัน , “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 336-341 ; สิทธิกร ศักดิ์แสง , บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ไม่ถือเป็นการปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 34 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2559) , หน้า 226-227

หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ ในประเทศอังกฤษที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร จึงไม่ได้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ได้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

(3) ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนี องค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ โยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งถือว่าเมืองครที่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ส่วนในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ ถือว่ารัฐสภา (องค์กรนิติบัญญัติ) เป็นรัฐสภาธิปไตย ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ศาลในประเทศอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายของรัฐสภา ด้วยเหตุนี้ ประเทศอังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ในการควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา

(4) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีมีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชน (Private Law) กับกฎหมายมหาชน (Public Law) ออกจากกัน จึงแยกระบบวิธีพิจารณาออกจากกัน ถ้าเป็นคดีตามระบบกฎหมายเอกชนใช้ระบบวิธีพิจารณาระบบกล่าวหา (Accusatorial System) แต่ถ้าเป็นคดีตามระบบกฎหมายมหาชนจะใช้ระบบวิธีพิจารณาระบบไต่สวน (Inquisitorial System) จึงมีการแยกระบบศาลในการพิจารณาคดี คือ มีศาลปกครอง (Administrative Court) พิจารณาคดีควบคู่ไปกับศาลยุติธรรม ส่วนในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน จึงใช้ระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาเป็นหลักโดยมีศาลยุติธรรมศาลเดียวพิจารณาคดี

(5) ความแตกต่างในแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ของหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ในขณะที่ประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่าไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษอย่างสูง แต่ด้วยระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกา มุ่งเน้นในหลักเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นอย่างมาก และยังเป็นการปกครองซึ่งมีประธานาธิบดีเป็น

ประมุขที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่เด่นชัด โดยเฉพาะการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ของสหรัฐอเมริกาจึงมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกาถือเป็นหลักสำคัญในการสร้างหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และสังเกตได้ว่าโดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว หลักนิติธรรมจะสัมพันธ์กับเรื่องกฎหมาย เหตุผลศีลธรรม เสรีภาพของประชาชน และรัฐ ความยุติธรรม ความเสมอภาคในรูปแบบ (Format equality) อันเป็นความเสมอภาคที่มีลายลักษณ์อักษรรับรอง หรือความเสมอภาคในเนื้อหา (Substantive equality) อันเป็นความเสมอภาคที่มีผลปรากฏจริงในตัวบุคคลทั่วไปในสังคม หลักคุณค่าต่างๆ เหล่านี้ได้แปรสัมพันธ์ไปกับระดับของพัฒนาการในแต่ละสังคมและอุดมการณ์ทางการเมืองในแต่ละประเทศ⁴⁶² ในสหรัฐอเมริกานั้นแนวคิดของระบบกฎหมายอังกฤษมีอิทธิพลต่อนักวิชาการในสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกาให้เป็นปึกแผ่น เช่น ในขณะปฏิวัติเป็นอิสระจากกษัตริย์อังกฤษ โทมัส เพน (Thomas Paine) กล่าวในหนังสือ Common Sense (1776) ว่า “...ในสหรัฐอเมริกานั้นมีกฎหมายเป็นกษัตริย์...” การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 ทำให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนที่สุดเป็นครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย (Government under the law) ส่งผลให้แนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายแพร่หลายไปอย่างกว้างขวางในสหรัฐอเมริกา ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่มีเจตนารมณ์ “เพื่อให้ผลที่สุดจะมีการปกครองโดยกฎหมายมิใช่การปกครองของมนุษย์” (a government of laws and not of men) กล่าวคือ ทุกอย่างต้องยึดความถูกต้องโดยกฎหมายเป็นหลัก และคำกล่าวที่ว่า “มิใช่การปกครองของมนุษย์” คือ มิใช่การปกครองโดยใครคนใดคนหนึ่งนั่นเอง⁴⁶³ ส่งผลให้เป็นแนวคิดสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพื่อจัดวางกลไกในการปกครองและรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ และเจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐทุกฝ่ายจะต้องผูกพันปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อยกเว้น โดยมีศาลสูงสุดแห่งสหรัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญและควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเห็นได้ว่า แม้ว่า

⁴⁶² จริญญา โฆษณานันท์ , บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์หลักนิติธรรม , เผยแพร่ใน <http://www.pub-law.net> , เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 55

⁴⁶³ ไชยันต์ กุลนิตี , ศาลรัฐธรรมนูญสถาบันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐนิติธรรม , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญ ศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 1-3

ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ เป็นอย่างสูง แต่แนวคิดพื้นฐานในการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกาได้ถูกนำไปด้วยหลักการของสิทธิเสรีภาพ หลักความเสมอภาค ภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวคิดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์มิให้ถูกพรากไปโดยการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองอันถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐที่เป็นแนวความคิดที่มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของระบบ Civil Law ที่แพร่หลายในภาคพื้นยุโรป

ดังนั้น การศึกษาถึงรายละเอียดของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาและคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 1776 อันเป็นลักษณะของระบอบประชาธิปไตยที่มีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบนั้น ได้สะท้อนแนวคิดการปกป้องในสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนของผู้คนที่อพยพมาตั้งรกรากใหม่จากประเทศต่างๆ รวมทั้งจากประเทศอังกฤษ โดยมีรากฐานที่มาจากประวัติศาสตร์มาจากอิทธิพลแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ผู้คนส่วนใหญ่และผู้ร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่สมัยการก่อตั้งประเทศยอมรับจนได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วยลายลักษณ์อักษร โดยแนวคิดดังกล่าวกลายเป็นรากฐานการสนับสนุนแนวคิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับความเชื่อพื้นฐานของประชาชนชาวอเมริกันผ่านเนื้อหาของคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 1776 และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ดังนี้

3.3.1.1 คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776

ในการต่อสู้เมื่อคริสต์ศตวรรษที่ 18 เพื่อประกาศความเป็นชาติเอกราชไม่ขึ้นอยู่กับอังกฤษ ชาวอาณานิคมในอเมริกาได้รับอิทธิพลของความคิดทางการเมืองหลายกระแสทั้งจากกรีกโรมันโบราณ จากนักคิดแนวเหตุผลนิยมในยุคภูมิปัญญา (Enlightenment) แนวปฏิบัติเรื่องกฎหมายที่ถือกำเนิดมาจากคำวินิจฉัยของศาล Common Law แนวคิดทางการเมืองจากพวกพิวริตัน (Puritan) และแนวคิดทางการเมืองที่สืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยสงครามกลางเมืองของอังกฤษและสมัยจักรภพของครอมเวลล์ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากเอกสารสำคัญทางการเมืองและกฎหมายของอเมริกาในยุคนี้ย่อมประจักษ์ได้ถึงอิทธิพลที่แผ่ไพศาลของแนวคิดเชิงปรัชญาแบบเหตุผลนิยม

(Rationalism) ที่เชื่อมโยงกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติสิทธิธรรมชาติและสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ⁴⁶⁴ ความสำเร็จในการแปรเปลี่ยนปรัชญาทฤษฎีสิทธิมนุษยชนมาเป็นรูปธรรมลายลักษณ์อักษรพิจารณาได้จากสิ่งที่ถือเป็นเอกสารสำคัญในทางการเมืองและกฎหมายนับแต่ช่วงเริ่มต้นของการสร้างชาติ คือ คำประกาศว่าด้วยสิทธิของเวอร์จิเนีย (The Virginia Declaration of Rights ค.ศ. 1776) คำประกาศอิสรภาพของอเมริกา วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1787 และ บทบัญญัติที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันรู้จักกันในนามว่า “บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ” (Bill of Rights) โดยก่อนหน้าที่จะมี “คำประกาศอิสรภาพของอเมริกัน” (American Declaration of Independence) ในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 เวอร์จิเนียซึ่งเป็นหนึ่งในรัฐอเมริกันช่วงที่ยังเป็น อาณานิคมอังกฤษที่มีบทบาทเข้มแข็งในการต่อสู้เรียกร้องอิสรภาพ เป็นผู้ริเริ่มในการออก “คำประกาศว่าด้วยสิทธิ” โดยมีข้อความว่า⁴⁶⁵ “โดยการบัญญัติขึ้นของผู้แทนชาวเวอร์จิเนียที่ดี ซึ่งประชุมกันอย่าง พริ้งพริ้วและเป็นอิสระด้วยสิทธิซึ่งเป็นของพวกเขาและอนุชนต่อๆ มาในฐานะเป็นรากฐานแห่งการ ก่อตั้งรัฐบาล ขอประกาศว่า

1. มนุษย์ทุกคนโดยธรรมชาติต่างมีเสรีและอิสระอย่างเท่าเทียมกัน และมีสิทธิที่ติดตัวอันแน่นอน (Certain Inherent Rights) ซึ่งเมื่อเข้ามารวมตัวกันเป็นสังคมแล้วไม่สามารถที่จะถูก ลิดรอนหรือปลดเปลื้องไม่ว่าโดยข้อตกลงใดๆ กล่าวคือ สิทธิในการใช้ชีวิตและอิสรภาพ ซึ่งต้องอาศัย การได้มาและการครอบครองทรัพย์สิน และสิทธิในการแสวงหาและได้รับความสุขและความปลอดภัย ...”

สาระสำคัญของ “คำประกาศว่าด้วยสิทธิ” ยืนยันถึงอำนาจสูงสุดของประชาชน การ ก่อตั้งรัฐบาลเพื่อการปกป้องประโยชน์สุขและความปลอดภัยของประชาชน และดังนั้น “เมื่อปรากฏ ว่ารัฐบาลมีข้อจำกัดบกพร่องหรือกระทำการที่ขัดแย้งกับจุดประสงค์ดังกล่าว ผู้คนส่วนใหญ่ของชุมชน ย่อมมีสิทธิที่ไม่มีข้อสงสัย, ไม่อาจพรากไอนได้และไม่อาจทำลายได้ในการปฏิรูป, เปลี่ยนแปลงหรือล้ม ล้างรัฐบาลในลักษณะการที่จะนำไปสู่ความเจริญรุ่งเรืองของส่วนรวม”

หลักการและสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาติใน “คำประกาศว่าด้วยสิทธิ” ข้างต้น ได้รับการยืนยันอีกครั้งในอีกไม่ถึง 1 เดือนถัดมา ใน “คำประกาศอิสรภาพของอเมริกัน” (หรือ “The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America”) ดังถ้อยคำในความนำ

⁴⁶⁴ จรัญ โฆษณานันท์ , สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม , (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2545) , หน้า 202-209

⁴⁶⁵ สมบัติ จันทร์วงศ์ , มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776-1800 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2529) หน้า 27-28 , อ้างไว้ใน จรัญ โฆษณานันท์ , *เพ็ญอ่าว*

ของคำประกาศฯ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันอย่างดีที่กล่าวว่า “เราถือว่าสัจธรรมทั้งหลายนี้เป็นความจริงที่ประจักษ์แจ้งในตัวเอง กล่าวคือคนทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน พวกเขาได้รับมอบสิทธิที่แน่นอนอันไม่อาจเพิกถอนได้จากพระเจ้าผู้สร้างในบรรดาสิทธิเหล่านั้น ได้แก่สิทธิในชีวิต สิทธิในอิสรภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุข” นัยสำคัญของแนวความคิดดังกล่าวก็คือ ความเป็นอิสระของปัจเจกชนอันนับเป็นครั้งแรกที่มีการประกาศเจตนารมณ์อย่างแน่วแน่ และยังยืนยันด้วยกำลังอาวุธ ในอุดมการณ์จนนำมาสู่ความต้องการในการปลดปล่อยมนุษย์ออกจากพันธนาการของสังคมเก่าที่วางอยู่บนอำนาจและอภิสิทธิ์ของผู้ปกครองส่วนน้อยที่อ้างความชอบธรรมจากจารีตประเพณี ศาสนา และสายเลือดของตนเองเท่านั้น การที่มนุษย์ทุกคนเกิดมาอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันนี้เองทำให้พึงได้รับสิทธิที่มีมาแต่ธรรมชาติและไม่อาจล่วงละเมิดได้⁴⁶⁶

การยืนยันในสิทธิที่ติดตัวมาโดยธรรมชาติของมนุษย์ในคำประกาศอิสรภาพของอเมริกาดังกล่าว ตั้งอยู่บนฐานเหตุผลของ “ความจริงที่ประจักษ์ชัดในตัวเอง” หรืออีกนัยหนึ่งคือความเป็นจริงตามธรรมชาติหรือกฎธรรมชาตินั่นเอง ขณะเดียวกันยังมีการเชื่อมโยงแหล่งที่มาแห่งสิทธิไปถึง “พระเจ้าผู้สร้าง” (Creator) อีกด้วยดั่ง นัยเพื่อเสริมความศักดิ์สิทธิ์น่าเชื่อถือให้แก่กำเนิดแห่งสิทธิธรรมชาติดังกล่าว โดยที่ “พระเจ้าผู้สร้าง” นี้มิได้มีถ้อยคำระบุชัดให้หมายถึง “พระเจ้า” ตามความเชื่อในศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นการเฉพาะ ลักษณะของฐานเหตุผลดังกล่าวยึดโยงอยู่กับธรรมชาติ อันเป็นการยืนยันถึงความเท่าเทียมกันของมนุษย์และสิทธิติดตัวโดยกำเนิดของถ้อยคำอันเป็นนามธรรมที่ปรากฏในเนื้อหาของคำประกาศฯ ดังกล่าวอันเป็นฐานคิดเชิงอภิปรัชญาและเชื่อว่าเป็นฐานคิดเชิงนิติปรัชญาของอเมริกันในยุคแรกเริ่มก่อตั้งชาติอีกด้วย โดยถือว่า กฎแห่งธรรมชาติและพระเจ้าแห่งธรรมชาติจัดเป็นป่อเกิดหรือที่มาแห่งความยุติธรรมของกฎหมายซึ่งมนุษย์บัญญัติขึ้น ความเชื่อมโยงสัมพันธ์ของปรัชญากฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวจึงล้วนตั้งอยู่บนฐานแห่งอำนาจทางการเมืองและกฎหมายเชิงจริยธรรม อันเป็นหลักการในเชิงอุดมคติของปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่แฝงอยู่ในคำประกาศอิสรภาพของอเมริกันอันเป็นการเน้นถึงสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่กำเนิดของมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม การยืนยันความเท่าเทียมกันของมนุษย์ในคำประกาศอิสรภาพฯ ก็หาใช่จะสามารถลบล้างความไม่เท่าเทียมกันของมนุษย์ไปได้ โดยแม้ในช่วงปฏิวัติประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกันยังคงปรากฏการดำรงอยู่ของทาสที่ยังเป็นสิ่งที่ไม่มีผู้ใดแตะต้องให้ล้มเลิกในทันทีทันใด แม้ในร่างคำประกาศอิสรภาพฉบับแรกที่เจฟเฟอร์สันร่างขึ้นจะกล่าวประณามระบบทาสและการค้าทาสอย่างรุนแรง โดยเห็นว่าระบบทาสเป็นการละเมิดสิทธิธรรมชาติในอิสรภาพและการแสวงหาความสุขอย่างสูงสุด โดยในทางประวัติศาสตร์ ทาสผิวดำในสหรัฐอเมริกามีโอกาสที่จะหลุดพ้นจาก

⁴⁶⁶ เชนส อารณีสวรรณ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 186 , หน้า 9

ระบบทาสและได้รับเสรีภาพกลายเป็นเสรีชนได้อย่างสมบูรณ์ อย่างน้อยสองครั้ง ครั้งแรกคือ ในสมัยของการปฏิวัติอเมริกาจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษในปี ค.ศ. 1776 และอีกครั้งคือ ในสงครามกลางเมืองระหว่างภาคเหนือกับภาคใต้ในปี ค.ศ. 1861-1865 การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา ครั้งใหญ่ทั้งสองนี้ แม้ไม่ได้มีจุดหมายเบื้องต้นที่การปลดปล่อยหรือทำลายระบบทาสผิดๆ แต่การปฏิวัติทางการเมืองดังกล่าวก็ไม่อาจปฏิเสธถึงความหมายนัยและผลสะท้อนที่การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองดังกล่าวที่มีผลต่อการดำรงอยู่ของระบบทาสไปได้ อันเป็นปัญหาและความขัดแย้งในเรื่องเสรีภาพในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกาต่อฐานะและความเป็นทาสของคนดำ⁴⁶⁷ แต่ในที่สุดก็ต้องยินยอมให้ถูกตัดออกด้วยเหตุผลทางการเมืองและเศรษฐกิจเพื่อประนีประนอมกับรัฐทางใต้ที่สนับสนุนระบบทาส อันถือเป็นความขัดแย้งลึกๆ ระหว่างอุดมคติกับความเป็นจริงเสมือนเป็นปรากฏการณ์สามัญที่ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องในสังคมมนุษย์ และในขณะที่ “คำประกาศอิสรภาพของอเมริกัน” เต็มไปด้วยกลิ่นอายของอุดมการณ์สิทธิธรรมชาติเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญที่มลรัฐอิสระต่างๆ ประกาศใช้หลังจากนั้น โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญของมลรัฐเวอร์จิเนีย หากแต่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อแรกประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1787 กลับไม่มีการกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจนแต่อย่างใด มีเพียงอาร์มภทส์สั้นๆ ที่กล่าวถึงการรวมตัวเป็นรัฐใหม่ว่า “เพื่อส่งเสริมสันติสุขทั่วไปและพิทักษ์รักษาความสุขสวัสดิ์แห่งอิสรภาพ (The Blessings of Liberty) ทั้งที่มีอยู่ในตัวเองและของอนุชนรุ่นหลัง” ซึ่งการขาดไว้บทบัญญัติที่เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญแต่เริ่มแรก สอดคล้องกับเบื้องหลังทัศนคติของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญบางคน อาทิ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) ที่กล่าวว่า ในที่สุดแล้วการปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหาได้วางอยู่ที่หลักประกันบนแผ่นกระดาษไม่ แต่อยู่ที่หัวใจและจิตใจ (Hearts and Minds) ของประชาชนในประเทศชาติ จะเห็นได้ว่า บรรยากาศของห้วงเวลาของสงครามในการปฏิวัติอเมริกา ความคิดทางการเมืองในยุคนี้ได้เรียกร้องในอิสรภาพและเสรีภาพของปัจเจกชนให้หลุดพ้นจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษ อันสะท้อนให้เห็นได้จากคำประกาศอิสรภาพของอเมริกาที่เพียรพยายามเคารพในสิทธิธรรมชาติของมนุษย์บนพื้นฐานของเสรีภาพและความเสมอภาค และนำมาสู่การร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของสหรัฐอเมริกาและฉบับเดียวที่บังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

รัฐธรรมนูญอันเป็นดังสัญญาที่เกิดขึ้นจากความตกลงกันระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองกับประชาชนในฐานะผู้ปกครองตาม “แนวคิดสัญญาประชาคม” ซึ่งถือเป็นรากฐานความคิด (Conceptual Foundation) ของคำสอนว่าด้วยสัญญาประชาคม (Social Contract

⁴⁶⁷ ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, ความคิดทางการเมืองของคนอเมริกันผิวดำ : จากทาสสู่เสรีชน, (กรุงเทพฯ : แสงดาว, 2551), หน้า 40-41

Doctrine) ที่ถือเป็นแนวคิดที่ทรงอิทธิพลยิ่งต่อประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือเป็นแนวคิดพื้นฐานอันถือเป็น “แรงบันดาลใจ” ที่นำไปสู่การเคลื่อนไหวเพื่อทำการปฏิวัติ (American Revolution) และประกาศตัวเป็นอิสระแยกขาดจากประเทศอังกฤษ ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ปรากฏอย่างประจักษ์ชัดแจ้งผ่านสารัตถะของคำประกาศอิสรภาพ (Declaration of Independence) ที่ผู้ก่อร่างสร้างประเทศสหรัฐอเมริกา (Founding Fathers) เป็นผู้ร่วมกันเขียน โดยส่วนใหญ่ของคำประกาศนี้ถูกเขียนโดยโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคิดว่าด้วยสัญญาประชาคมที่มีการอธิบายในงานเขียนชื่อ “ตำราเล่มที่สองว่าด้วยการปกครอง” (Second Treatise on Government) ของจอห์น ล็อก (John Locke) ภายหลังจากการประกาศคำประกาศอิสรภาพ แนวคิดนี้ถูกนำไปใช้เป็น “แนวคิดหลัก” ในการยกร่าง “กฎหมายสูงสุด” ทุกฉบับในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศอย่างบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ (Articles of Confederation) รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (Constitution of the United States of America) อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สองและเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน รวมตลอดไปถึงรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ในมลรัฐ (State Constitutions) อีกด้วย โดยอยู่บนมุมมองที่ว่า มนุษย์นั้นมีสิทธิเท่าเทียมกันทุกคนและมีสิทธิที่ติดตัวมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการอยู่อย่างสงบสุข (Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness) อันมิอาจถูกพรากเอาไปได้ รัฐบาลถือกำเนิดขึ้นจากการสถาปนาของประชาชน กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้ปกครองเกิดขึ้นและมีอำนาจได้ก็แต่โดยการยินยอมพร้อมใจของผู้ถูกปกครอง (The Consent of the Governed) เท่านั้น คำอธิบายดังกล่าวได้รับการยอมรับนับถืออย่างกว้างขวาง อันส่งผลให้ “แนวคิดว่าด้วยสัญญาประชาคม” ได้ถูกยกย่องให้มีสถานะเป็นหนึ่งใน “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ที่มีความสำคัญมากที่สุดหลักการหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากนั้นแนวคิดถือว่า “รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม” ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลกผ่านการยึดถือ “รัฐธรรมนูญอเมริกัน” เป็นต้นแบบ⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ แนวคิดที่ว่าด้วย “สัญญาประชาคม” ได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Theory) โดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ศาลได้นำเอาแนวคิดดังกล่าวมาเพื่อใช้พิจารณาตีความตัวบทรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีต่างๆ คดีแรกที่ศาลสูงอธิบายและใช้แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมมาตัดสินเกิดขึ้นในคดี *Chisholm v. Georgia* (1793) ประธานศาลสูงสุดคนแรกของประเทศสหรัฐอเมริกา ท่านจอห์น เจย์ (John Jay) ได้หยิบยกเอาแนวคิดดังกล่าวมาใช้พร้อมอธิบายในคำวินิจฉัยโดยชัดแจ้งว่า “รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกสถาปนาขึ้นในฐานะของสัญญา (Compact) ที่ประชาชนชาวอเมริกันจัดทำขึ้นเพื่อปกครองตนเอง” ภายหลังจากนั้นก็ปรากฏคำวินิจฉัยศาลสูงสุดคดีสำคัญต่างๆ (Landmark cases) ที่พิจารณายืนยันไปในแนวทางเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นคดี *Calder v. Bull* ในปี ค.ศ. 1798 คดี *McCulloch v. Maryland* ในปี ค.ศ. 1819 ที่มีประธานคือ ท่านจอห์น มาร์แชล (John Marshall) คดี *League v. De Young* ในปี ค.ศ. 1850 หรือคดี *Lochner v. New York* ในปี ค.ศ. 1905 ฯลฯ โปรดดู พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ, วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 46 ฉบับที่ 1 (2559), หน้า 150-152

3.3.1.2 พัฒนาการก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

เมื่อพิจารณาถึงช่วงระยะเวลาของการอพยพเข้ามาตั้งถิ่นฐานของชาวอาณานิคมในอเมริกา ชาวอาณานิคมที่อพยพจากเกาะอังกฤษมาตั้งรกรากใหม่ในสหรัฐอเมริกายังรู้สึกว่ตนเองคือพลเมืองอังกฤษ และอ้างถึงสิทธิโดยการเกิดของคนอังกฤษอยู่เสมอ แต่สิทธิของคนที่เป็นพลเมืองอังกฤษมิใช่สิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด เป็นเพียงกฎหมายธรรมดาของประเทศบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและต้องพึ่งบารมีศาลเป็นสำคัญ นอกจากนี้ การที่จะเรียกร้องสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากระบบ Common Law ได้นั้น ผู้เรียกร้องจะต้องจงรักภักดีต่ออังกฤษเป็นเบื้องแรก ฉะนั้นหากชาวอาณานิคมผู้ใดประสงค์จะก่อตั้งรัฐของตนเองขึ้นมาใหม่ จำเป็นต้องสร้างพื้นฐานแห่งความชอบธรรมขึ้นมาใหม่ด้วยเช่นกัน ประเด็นสำคัญจึงอยู่ที่ว่า แทนที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายของอังกฤษ จะต้องสร้างสิทธิที่ใช้สำหรับคนทุกคนได้ขึ้นมาเองโดยไม่มีเปลี่ยนแปลงในแง่ของเนื้อหาของสิทธิเหล่านี้ การแปลงสภาพในส่วนของพื้นฐานแห่งความชอบธรรมนี้ จึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปอาศัยฐานจากข้อตกลงระหว่างผู้อพยพด้วยกันเองในช่วงแรกๆ กล่าวคือ บรรดา covenants compact และ agreements ทั้งหลายเพื่อมาประกอบกับแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของปวงชน และสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง โดยมีเป้าหมายสูงสุดอยู่ที่การนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนมาลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงอยู่ในรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้ที่ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามใจชอบได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสภาของอังกฤษจะเข้ามาแตะต้องสิทธิเหล่านี้ไม่ได้ ในสถานการณ์เช่นนี้นับได้ว่าเป็นทางออกใหม่ที่เชื่อมโยงแนวความคิดเดิมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญกับแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเข้าไว้ด้วยกัน การเชื่อมโยงแนวความคิดที่สำคัญทั้งสองนี้เข้าด้วยกันนับได้ว่าเป็นก้าวสำคัญสำหรับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ เป็นการทำให้สิทธิตามธรรมชาติกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบ้านเมือง จนมีคำกล่าวว่า “ในขณะที่นักคิดชาวยุโรปสร้างทฤษฎีขึ้นมาห้อมล้อมรอบปัจเจกบุคคลไว้ คนอเมริกันกลับสร้างรัฐขึ้นมาห้อมล้อมปัจเจกบุคคลและสิทธิของเขาเหล่านั้น” ซึ่งจากมาตรการทางการค้าและภาษีของคนอังกฤษ นำมาซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยการตรวจค้นและการจับกุมคุมขัง ทำให้คนอเมริกันผู้ถูกระทบสิทธิเหล่านั้นในขั้นแรกต้องอ้างกฎหมายอังกฤษเพื่อยืนยันกับทางการ ต่อมาจึงมีการชุมนุมประท้วงและการประกาศสิทธิของตนเองในที่สุด วิวัฒนาการเหล่านี้มาจากการต่อสู้ทางการเมืองและการพลิกตำรากฎหมายมาโต้แย้งกันระหว่างชาวอาณานิคมอเมริกันกับเจ้าอาณานิคมอังกฤษ ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1764 ถึง ค.ศ. 1776 สู้เพื่อให้ได้มาซึ่งเอกราช ในช่วงแรกยังเป็นที่เข้าใจกันว่า การต่อสู้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อการปกป้องรักษารัฐธรรมนูญอังกฤษที่ถูกกระทำร้ายจากรัฐสภาอังกฤษและผู้บริหารอาณานิคม ในการประชุมสภาแห่งทวีปครั้งแรก ที่ประชุมได้มีมติเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1774 ที่ฟิลาเดลเฟีย ให้ออก “คำ

ประกาศว่าด้วยสิทธิและคำร้องทุกข์ของชาวอาณานิคม” จากการถกเถียงกันและมีการระดมแนวความคิดของนักคิดคนสำคัญ ในที่สุดที่ประชุมได้ข้อสรุปว่า สิทธิของพลเมืองที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการของนิติบัญญัติย่อมเป็นพื้นฐานของรัฐบาลที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง และจากความคิดคำนึงในฟิลาเดลเฟียดังกล่าวข้างต้น ปรากฏอีกครั้งใน Virginia Bill of Rights ลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1776 และคำประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกัน ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 รวมทั้งรัฐธรรมนูญอเมริกันฉบับแรกที่ตราขึ้นที่เพนซิลวาเนีย ลงวันที่ 28 กันยายน ปีเดียวกัน ก็ได้นำเอาแนวความคิดดังกล่าวมาตราเป็นลายลักษณ์อักษร ตามมาด้วยรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ จนถึงรัฐธรรมนูญแบบสหพันธรัฐ ลงวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1787 และมีผลบังคับใช้ใน ค.ศ. 1789 ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการเพิ่ม “บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ” 10 ประการ⁴⁶⁹ ซึ่งมี

⁴⁶⁹ บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ ได้รับการเสนอเข้าสภาองเกรสให้เป็นส่วนหนึ่งของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment) ในปี ค.ศ. 1791 โดยบทบัญญัติทั้ง 10 ข้อก็ได้รับการให้สัตยาบันรับรองและกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญอเมริกัน ซึ่งบรรจุรายการสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐต้องให้การปกป้องคุ้มครอง โดยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ 10 ข้อดังกล่าว มีสาระสำคัญโดยสรุปนับตั้งแต่

- (1) การปกป้องเสรีภาพในการนับถือศาสนา สภาคองเกรสจะบัญญัติกฎหมายให้มีการสถาปนาศาสนา (ประจำชาติ) ไม่ได้ การรับรองสิทธิเสรีภาพในการพูด การพิมพ์ การร่วมชุมนุมโดยสงบ รวมทั้งสิทธิที่จะยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ต่อรัฐบาล
- (2) สิทธิของประชาชนในการมีและถือศาสตราวุธ (Rights to Bear Arms) โดยมีจุดประสงค์ดั้งเดิมเพื่อคงไว้ซึ่งกองกำลังอาสาสมัครฝ่ายพลเรือนเพื่อปกป้องความมั่นคงของรัฐที่เป็นเสรี
- (3) สิทธิในเคหสถานของประชาชนที่จะไม่ถูกล่วงล้ำจากฝ่ายทหาร
- (4) สิทธิเสรีภาพที่จะมีความปลอดภัยในร่างกายและเคหสถานที่จะไม่ถูกตรวจค้นหรือยึดทรัพย์สิน เว้นแต่จะมีหมายค้นหรือยึดตามแต่กรณี โดยที่หมายดังกล่าวต้องระบุรายละเอียดการค้นหรือยึดที่แน่นอนชัดเจน
- (5) การพิจารณาความผิดของบุคคลในคดีที่มีโทษประหารชีวิตหรืออาชญากรรมอันน่าอัปยศ จะกระทำมิได้หากมิได้กระทำต่อหน้าคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Juries) สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกพิจารณาพิพากษาโทษซ้ำในความผิดอันเดียวกันอันจะเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของเขา สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับในคดีอาญาในการเป็นพยานปรักปรำตนเอง, สิทธิที่จะไม่ถูกลิดรอนชีวิต อิสรภาพหรือทรัพย์สิน ซึ่งมีได้เป็นไปตามครรลองของกระบวนการที่เป็นธรรมแห่งกฎหมาย (Due Process of Law) รวมทั้งทรัพย์สินส่วนบุคคลจะถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยปราศจากค่าทดแทนอันเป็นธรรมมิได้ (Just Compensation)
- (6) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอาญาอย่างรวดเร็วและเปิดเผย โดยคณะลูกขุนที่เป็นกลางของรัฐซึ่งความผิดได้เกิดขึ้น สิทธิที่จะได้รับแจ้งถึงลักษณะและสาเหตุของข้อกล่าวหา สิทธิที่จะได้รับการสืบพยานโจทก์ต่อหน้า สิทธิที่จะมีกระบวนการบังคับให้พยานฝ่ายตนมีโอกาสเบิกความ และสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือแก่ต่างคดีจากการมีทนายความ
- (7) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ข้อเท็จจริงที่ลูกขุนพิจารณาแล้วห้ามมิให้ศาลใดๆ ของสหรัชนำขึ้นมาพิจารณาใหม่อันต่างไปจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายคอมมอนลอว์
- (8) ห้ามมิให้กำหนดค่าประกันละค่าปรับสูงเกินควร รวมทั้งห้ามมิให้มีการลงโทษที่ทารุณ โหดร้ายและผิดปรกติวิสัย
- (9) การระบุแจกแจงสิทธิอันแน่นอนในรัฐธรรมนูญ (ตามที่กล่าวมาข้างต้น) จะนำมาตีความให้เป็นการปฏิเสธหรือลิดรอนสิทธิอื่นๆ ที่ประชาชนมีอยู่หาได้ไม่
- (10) อำนาจต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้มอบหมายให้แก่สหรัฐ (United States) หรือที่มิได้ห้ามรัฐไม่ให้มี ให้สงวนรักษาไว้แก่รัฐต่างๆ หรือแก่ประชาชน

ผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1791 เอกสารเหล่านี้เป็นผลพวงทางความคิดเกี่ยวกับรูปแบบพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ซึ่งเป็นผลของการสังเคราะห์ (Synthesis) แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานกับแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญเข้าด้วยกัน และผลงานการสังเคราะห์ดังกล่าวทำให้สหรัฐอเมริกาได้ชื่อว่าเป็นแหล่งกำเนิดของแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐที่ปกครองภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญในยุคใหม่อย่างเต็มภาคภูมิ⁴⁷⁰ จะเห็นได้ว่า นับตั้งแต่วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ที่ 13 มลรัฐในอเมริกาประกาศอิสรภาพจากการเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ก็ได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงของระบบกฎหมาย การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการหล่อมลอมวัฒนธรรมทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยที่ส่งผลต่อพัฒนาการของระบบกฎหมายต่างๆ ทั่วโลก โดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ กล่าวคือ พัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เติบโตขึ้นในนานาประเทศทั่วโลกนั้น นับว่ามีส่วนจากอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เพราะเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ที่ได้นำความคิดทฤษฎีการเมืองต่างๆ นำมาสังเคราะห์ (Synthesis) ออกแบบโครงสร้างระบบการเมืองการปกครองใหม่ที่เหมาะสมกับประเทศ จนสำเร็จผลมาเป็นรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีการจัดองค์กรโครงสร้างทางการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องต่างๆ ที่ยังมีความทันสมัย โดยบรรดาแนวความคิดพื้นฐานตลอดจนจิตวิญญาณแห่งความเรียกร้องไฝหาในสิทธิและเสรีภาพของชาวอาณานิคมในอเมริกาได้หล่อมลอมจนกลายเป็นรากฐานแห่งรัฐธรรมนูญอเมริกาที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และเป็นแนวคิดของหลักการปกครองภายใต้กฎหมายอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจรัฐ

ก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอันเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่เก่าแก่ที่สุดในโลกปัจจุบันนี้ สหรัฐอเมริกาได้ผ่านวิกฤติการณ์มาแทบทุกรูปแบบแม้กระทั่งสงครามกลางเมือง แต่ก็สามารถดำรงอยู่มาได้จนถึงปัจจุบัน ซึ่งเดิมก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาผู้แทนของรัฐต่างๆ 12 รัฐ ที่มาประชุมกันที่เมืองฟิลาเดลเฟีย ในปี ค.ศ. 1787 นั้น โดยเจตนาจะมาเพื่อแก้ไขมาตราของรัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐเดิม แต่เมื่อมาถึงแล้วกลับกลายเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยหยิบยกแนวความคิดทางการเมืองของนักปรัชญา เช่น หลักของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ของจอห์น ล็อก ที่เห็นว่ารัฐบาลที่ดีจะต้องให้การประกันต่อสิทธิเสรีภาพแก่

บทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 10 ข้อข้างต้น รู้จักในนามของ “บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ” (Bill of Rights) อันเป็นการวางหลักประกันแห่งกฎหมายของอเมริกันและเป็นกรอบบรรทัดฐานในการใช้การตีความรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของอเมริกัน, โปรดดู จรัญ โฆษณานันท์, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 195*

⁴⁷⁰ กิตติวัฒน์ รัตนดิกล ภู เกื้อ , “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ : หลักการสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย , รัฐศาสตร ปีที่ 68 ฉบับที่ 4 เดือนเมษายน 2558 , หน้า 40-42

ประชาชน และหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ อันเป็นกลไกที่สำคัญที่จะจำกัดอำนาจรัฐบาลมิให้เป็นเผด็จการ โดยกลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ผ่านสงครามกบฏอิสรภาพปลดแอกจากอังกฤษจึงตระหนักถึงคุณค่าของอิสรภาพ และชาวซึ่งจากประสบการณ์ของการปกครองตนเองในช่วงสมัยสงครามกบฏอิสรภาพตีว่า การปกครองนั้นมีใช้เรื่องการให้เสรีภาพแต่เพียงอย่างเดียว แต่เป็นเรื่องของการจัดตั้งรัฐบาลที่เข้มแข็งเพื่อจะบริหารประเทศได้ โดยรูปแบบของการปกครองแบบสมาพันธรัฐอันเป็นการรวมตัวกันของมลรัฐทั้ง 13 รัฐที่เป็นรัฐเอกราชในขณะนั้น ไม่มีการจัดตั้งรัฐบาลกลางส่งผลให้เกิดปัญหาในการบริหารการปกครองไม่มีรัฐบาลกลางที่จะมาจัดเก็บภาษี ไม่มีกองทัพของชาติที่จะมาปกป้องประเทศ และบรรดาปัญหาอีกนานัปประการ ฉะนั้น กลุ่มผู้นำจาก 12 รัฐ ที่มาประชุมจึงมีเจตนารมณ์ที่จากเดิมจะมาแก้ไขรัฐธรรมนูญเดิม กลายมาเป็นคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จำนวน 55 คนอันประกอบด้วยนักคิด นักปรัชญา และรัฐบุรุษ อาทิเช่น เบนจามิน แฟรงคลิน จอร์จ วอชิงตัน และเจมส์ เมดิสัน เป็นต้น โดยมีแนวคิดในการสร้างรัฐบาลกลางให้เข้มแข็งพอที่จะปกครองตนเองได้ และหาวิธีการในการสร้างกลไกเพื่อให้อำนาจแก่รัฐบาลในการปกครองผู้อยู่ใต้การปกครองในรูปแบบไม่เป็นเผด็จการ จากแนวความคิดดังกล่าวจึงเกิดรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะของการประนีประนอมระหว่างแนวคิดเรื่องเสรีภาพและเสถียรภาพความมั่นคงระหว่างการสร้างรัฐบาลชาติให้มีอำนาจปกครองประเทศได้ ขณะเดียวกันก็ธำรงรักษาสิทธิเสรีภาพของมลรัฐที่จะปกครองตนเองในระดับหนึ่ง และให้มีการแบ่งแยกอำนาจและคานอำนาจของสถาบันนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ⁴⁷¹ ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรประเทศแรกที่มีแนวคิดการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนภายใต้กระบวนการ Constitutional Review โดยสถาบันตุลาการซึ่งคือ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา โดยอำนาจของสถาบันตุลาการโดยเฉพาะศาลสูงของสหรัฐอเมริกานั้นมีพัฒนาการสืบเนื่องมาตั้งแต่สมัยที่ประเทศยังคงเป็นอาณานิคมของอังกฤษที่ชาวอาณานิคมอเมริกามีความเชื่อเช่นเดียวกับชาวอังกฤษในยุคนั้นที่ว่า รัฐบาลที่ดีควรมีอำนาจจำกัด (limited government) ซึ่งบรรยากาศของการจำกัดอำนาจของรัฐบาลผู้ที่มีบทบาทสำคัญคือ ผู้พิพากษาในศาล ซึ่งในระบบกฎหมายแบบ Common Law ผู้พิพากษามีความเป็นเสรี (Liberal) ในการวินิจฉัยคดีและคำพิพากษาของศาลก็ถือเป็นกฎหมาย และเพื่อให้รัฐบาลมลรัฐและชาวอาณานิคมได้เต็มใจอยู่ร่วมกันและรักษาหลักการของการคุ้มครองสิทธิพลเมืองไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีมากเกินไปและป้องกันรัฐบาลที่เป็นเผด็จการ ผู้ให้กำเนิดสหรัฐอเมริกาจึงได้ให้ความสำคัญสูงสุดกับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Supremacy) ภายใต้แนวคิดที่เชื่อว่ากฎหมายมีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกายุติ

⁴⁷¹ วิชัย ตันศิริ, รัฐธรรมนูญประเทศตะวันตกและไทย : กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา, 2540) หน้า 20-22

แนวคิดที่ว่ารัฐเกิดจากประชาชนตามแนวคิดสัญญาประชาคมของ John Locke ที่อธิบายว่า รัฐเกิดจากการทำสัญญาของมนุษย์ที่สละสิทธิตามธรรมชาติในสภาวะธรรมชาติของตนเข้ามาสู่สังคมรัฐ มนุษย์กลายเป็นประชาชนของรัฐและร่วมกันมอบอำนาจของตนในรูปแบบของการทำสัญญาให้กับรัฐบาลในการทำหน้าที่ปกป้องรักษาความปลอดภัยในชีวิตและกรรมสิทธิ์ของประชาชน ดังนั้น เพื่อที่จะให้เกิดสภาพบังคับให้รัฐบาลต้องปฏิบัติต่อประชาชนจึงต้องมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นหลักประกันซึ่งเป็นที่มาของการจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitutional) ขึ้น ซึ่งการที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีรูปแบบการปกครองแบบรัฐรวม (Federal State) ส่งผลให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นความสำคัญจำเป็นในบทบาทของฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลสูง จึงเขียนรัฐธรรมนูญเพื่อให้อำนาจศาลสูงในทาง Judicial Review ไว้ โดยความจำเป็นดังกล่าวคือ ในระบบ Federal System ของสหรัฐอเมริกานั้น รัฐสภาในระดับชาติและรัฐสภาในระดับมลรัฐนั้น ต่างฝ่ายต่างมีอำนาจในทางนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาในระดับมลรัฐ (State Law) อาจจะขัดแย้งกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาในระดับชาติ (Federal Law) ที่เรียกว่า “conflicts over jurisdiction or jurisdictional disputes” ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าจำเป็นต้องมีหน่วยงานที่สามที่เป็นสถาบันที่เป็นกลาง (neutral body) และกลไก (mechanisms) ไว้แก้ไขความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นดังกล่าว ตลอดจนการให้หลักประกันในระบบการค้าเสรี (free trade system) เป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนบทบาทด้าน Judicial Review ของศาลสูงสหรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐบาลของมลรัฐที่มารวมเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ต่างมีอำนาจในการกำกับการค้าในมลรัฐของตนจนบางครั้งอาจจะออกกฎเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้ประกอบการในมลรัฐของตน ซึ่งนำไปสู่การใช้นโยบายการคุ้มครองผู้ประกอบการของตนและกีดกันผู้ประกอบการที่มาจากมลรัฐอื่น (protectionist barriers) ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าจำเป็นต้องให้อำนาจ Judicial Review กับศาลสูงเพื่อคุ้มครองนโยบายสนับสนุนระบบการค้าเสรีดังกล่าว อีกทั้งการที่สหรัฐอเมริกามีระบบการปกครองแบบรัฐรวมที่มีการกระจายอำนาจการปกครองระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น นั้นมีผลต่อการสร้างระบบ Judicial Review ให้กับสถาบันตุลาการหรือศาลสูงเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งในกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐไม่ให้ขัดกับกฎหมายในระดับประเทศและเพื่อเป็นการคุ้มครองหลักการการค้าเสรีของประเทศ ซึ่งหากไม่มีกระบวนการ Judicial Review ของศาลสูงแล้ว ความขัดแย้งดังกล่าวก็อาจนำประเทศไปสู่ทางตัน (gridlock) และส่งผลต่อเสถียรภาพของการรวมตัวกันของบรรดามลรัฐเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาได้⁴⁷² บทบาทขององค์กรตุลาการในการใช้อำนาจตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจอริปไตยของสถาบันนิติบัญญัติและสถาบันบริหารจึงได้รับการยอมรับให้เป็นไป

⁴⁷² วิเชียร ต้นศิริมงคล , วิจารณ์การของ Judicial Review , วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยบูรพา ปีที่ 3 ฉบับที่ 3 ปี พ.ศ. 2554 , หน้า 56-59

ตามหลักนิติรัฐผ่านรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา จนกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นเสาหลักของระบบการเมืองการปกครองของสหรัฐอเมริกา โดยรัฐธรรมนูญอันปรากฏเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

3.3.1.3 หลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคือเป็นบทกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศ ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลางและมลรัฐ โดยรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1789 ขึ้นต้นด้วยคำปรารภและแบ่งเนื้อหาออกเป็น 7 หมวดได้แก่⁴⁷³

1. ว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจในการสร้างกฎหมาย
2. ว่าด้วยฝ่ายบริหารและบทบาทของประธานาธิบดี
3. ว่าด้วยฝ่ายตุลาการและระบบศาล
4. ว่าด้วยการปกครองมลรัฐและรัฐบาลกลาง
5. ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
6. ว่าด้วยการใช้หนี้ของรัฐบาล, ลำดับกฎหมาย, การสาบานตนของประธานาธิบดี
7. ว่าด้วยการให้สัตยาบัน

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐบาลและประชาชน โดยแต่ละมลรัฐก็มีรัฐธรรมนูญของตนเองในฐานะเป็นบทกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างการเมืองการปกครองของแต่ละมลรัฐ โดยมลรัฐมีอิสระที่จะขยายขอบเขตแห่งสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาให้แก่ประชาชนในมลรัฐของตน คือ ให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนในมลรัฐมากกว่าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้ แต่ถูกจำกัดว่าจะเพิกถอนหรือลดสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้ โดยหลักการพื้นฐานที่กำหนดโครงสร้างพื้นฐานของสหรัฐอเมริกาและในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาปรากฏหลักการดังต่อไปนี้⁴⁷⁴

⁴⁷³ โกวิท วงศ์สุรวัฒน์ , รัฐธรรมนูญและการเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา , (โรงพิมพ์ศูนย์ส่งเสริมและฝึกอบรมการเกษตรแห่งชาติ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ วิทยาเขตกำแพงแสน นครปฐม , 2544) , หน้า 5

⁴⁷⁴ มานิตย์ จุมปา , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 189* , หน้า 32-33 และอภิญา แก้วกำเนิด , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 3* , หน้า 73-78

3.3.1.3.1 การจำกัดอำนาจรัฐและอำนาจอิปไตยมาจากประชาชน

แนวคิดระบบการปกครองที่มีรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ของสหรัฐอเมริกา (American constitutionalism) ถือหลักการที่ว่าด้วยอำนาจของรัฐได้รับมาจากประชาชน (Popular sovereignty) รัฐบาลได้เข้ามาบริหารประเทศโดยความยินยอมของประชาชน อำนาจของรัฐบาลได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่มีอย่างจำกัด (Limited government) กล่าวคือ แนวคิดรัฐธรรมนูญที่จำกัดการใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือแนวคิด Constitutionalism ได้ปรากฏเด่นชัดนับแต่ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1787 เป็นต้นมา โดยได้รับอิทธิพลโดยตรงจากแนวคิดปัจเจกชนนิยม แนวคิดเสรีนิยม และทฤษฎีสัญญาประชาคม ด้วยแนวคิดที่ว่ามนุษย์แต่ละคนมีสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดซึ่งรัฐจะล่วงละเมิดมิได้ โดยมนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคมและจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นสัญญาประชาคมระหว่างสมาชิกทุกคนในสังคมต่อกัน และระหว่างสมาชิกของสังคมในฐานะผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง รัฐธรรมนูญจึงเป็นดังสัญญาประชาคมในฐานะหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสมาชิกภายในรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจรัฐโดยยึดเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนภายในรัฐ⁴⁷⁵

3.3.1.3.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมืองในรัฐบาล

กลาง

ถือเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดสถาบันหลักภายในระบบสหรัฐ (Federal government) คือ จะไม่มีสถาบันใดสถาบันหนึ่งมีอำนาจมากเกินไป แต่ละสถาบันมีอำนาจหน้าที่ของตนเองซึ่งไม่อาจถูกแบ่งแยกไปให้สถาบันอื่นใช้อำนาจหน้าที่นั้น ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) โดยการจัดโครงสร้างรัฐในระบบสหรัฐมีหลักการพื้นฐานเพื่อให้งานมีประสิทธิภาพและมีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างสถาบันต่างๆ โดยข้อกังวลใจที่มีต่ออันตรายของการที่ให้อำนาจแก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งมากเกินไป คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (The Framers) จึงได้แบ่งอำนาจและความรับผิดชอบของสถาบันต่างๆ การจัดแบ่งเช่นนี้เรียกว่า การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้ออกแบบรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาให้

⁴⁷⁵ วลัยมาศ แก้วศรีชัย , สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541) , หน้า 21-22

มีการแบ่งอำนาจหน้าที่ของรัฐให้แก่สถาบันหลักของประเทศ 3 สถาบัน ได้แก่ (1) ฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative Branch) ซึ่งมีหน้าที่ในการตรากฎหมาย รัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกา (The United States Congress) แบ่งออกเป็น 2 สภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร (The House of Representative) และวุฒิสภา (The United States Senate) โดยกฎหมายที่จะประกาศใช้ได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา (2) ฝ่ายบริหาร (The Executive Branch) คือ ประธานาธิบดี (President) ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนและจะต้องเป็นชาวอเมริกันโดยกำเนิด มีสถานะเป็นประมุขของประเทศ มีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้⁴⁷⁶ และรวม 3 ตำแหน่งที่สำคัญให้เข้ามาอยู่ในตำแหน่งประธานาธิบดี คือ ประมุขของรัฐ หัวหน้าฝ่ายบริหาร และผู้บัญชาการทหารสูงสุด และ (3) ฝ่ายตุลาการ (The Judicial Branch) มีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยยุติธรรมโดยการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เป็นคดีชั้นสู่ศาล โดยมีศาลสูงสุดในระดับสหรัฐ ได้แก่ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (The United States Supreme Court) ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และเป็นศาลสูงสุดที่รับพิจารณาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลระดับล่างในระดับสหรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ข้อ 1 ได้สร้างระบบศาลในระดับสหรัฐ (Federal court system) ขึ้น โดยได้กำหนดไว้ว่า อำนาจตุลาการของสหรัฐอยู่ที่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา และศาลล่างที่รัฐสภาจะตรากฎหมายจัดตั้งขึ้น ในระบบศาลในระดับสหรัฐอเมริกานั้น ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกจะเป็นศาลสูงสุดที่มีอำนาจตัดสินในคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายสหรัฐ (Federal law)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴⁷⁶ อำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แบ่งออกได้เป็น 4 ส่วน คือ

- (1) อำนาจในทางบริหารโดยตรง เช่น อำนาจในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีและผู้อำนวยการต่างๆ ในรัฐบาล แต่งตั้งผู้พิพากษาปฏิบัติงานเกี่ยวกับการต่างประเทศ ยกเว้นการแต่งตั้งเอกอัครราชทูต การตกลงทำสนธิสัญญา ละการประกาศสงคราม ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน
- (2) อำนาจทางทหาร ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุด สามารถสั่งเคลื่อนย้ายกำลังพล และสั่งให้มีการปฏิบัติการทางทหารได้
- (3) อำนาจทางตุลาการ ประธานาธิบดีมีอำนาจให้อภัยโทษแก่ผู้กระทำความผิดและระบุด่วนบุคคลเพื่อเข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา แต่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา
- (4) อำนาจของประธานาธิบดีที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ประธานาธิบดีสามารถเรียกประชุมรัฐสภาสำหรับกรณีที่เป็นปัญหาเร่งด่วนได้ และมีอำนาจยับยั้ง (Veto) กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ยังสามารถแนะนำระเบียบข้อบังคับบางประการเพื่อการตรากฎหมายต่อรัฐสภา และในกรณีที่ประธานาธิบดีเสนอกฎหมายใดขึ้นมาและต้องการกฎหมายสนับสนุนนโยบายของตน แต่รัฐสภาไม่สนับสนุน ประธานาธิบดีมีอำนาจแถลงให้ประชาชนรับรู้เพื่อขอเสียงจากประชามติ , อภิญา แก้วกำเนิด , อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 205 , หน้า 76

3.3.1.3.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับมลรัฐ

หลักการนี้เป็นหลักการหรือทฤษฎีที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลของมลรัฐหรือที่เรียกว่า หลักสหพันธรัฐ (Federalism) กล่าวคือ ได้แบ่งระดับการปกครองประเทศสหรัฐอเมริกาออกเป็น 2 ระดับ คือ การปกครองในระดับสหรัฐหรือรัฐบาลกลาง (Federal) กับการปกครองระดับมลรัฐ (State) ซึ่งสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ จำนวน 50 มลรัฐ แต่ละมลรัฐมีอำนาจและอิสระในการปกครองตนเองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยการจัดแบ่งอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลมลรัฐออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) Delegated Power เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางโดยตรง ซึ่งรัฐบาลแห่งมลรัฐมอบให้รัฐบาลกลางมีอำนาจเด็ดขาดในการดำเนินการทางด้านเศรษฐกิจและการเงิน จัดระเบียบการค้าพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ และระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับต่างประเทศ กำหนดระบบเงินตรา และการดำเนินการกู้ยืมเงินทั้งในและนอกประเทศ การเรียกเก็บภาษี รวมทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการจัดการกองทัพ การประกาศสงคราม และการทำสนธิสัญญาสันติภาพ

(2) Reserved Power เป็นอำนาจที่รัฐบาลแห่งมลรัฐยังคงรักษาไว้ และมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการดำเนินกิจการภายในของมลรัฐ โดยรัฐบาลกลางจะเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ได้ ได้แก่ อำนาจในการจัดการศึกษา การจัดการจราจร การกำหนดพิศดัตราภาษีภายในมลรัฐ การตรากฎหมายว่าด้วยการสมรสและการหย่าร้าง เป็นต้น

(3) Concurrent Power เป็นอำนาจที่ใช้ร่วมกันระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลของมลรัฐ เช่น การเก็บภาษี ซึ่งในกรณีเช่นนี้ทำให้ชาวอเมริกันต้องเสียภาษีหลายครั้ง

อาจกล่าวได้ว่า อันที่จริงแล้วประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองและกฎหมายที่แตกต่างกันถึง 51 รูปแบบ คือ มลรัฐ 50 มลรัฐและรัฐบาลกลาง โดยที่กฎหมายของแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน เพราะแต่ละมลรัฐมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายขึ้นใช้ภายในมลรัฐของตนเอง โดยที่กฎหมายที่ประกาศใช้แล้วในมลรัฐอาจถูกศาลสูงสุดของมลรัฐวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้เพราะเหตุแห่งการที่กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ระบบดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ยอมให้สถาบันหนึ่งควบคุมอีกสถาบันหนึ่งซึ่งเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (The Checks and Balance System)

3.3.1.3.4 หลักการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจ

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้ยึดหลักการที่ว่าด้วยการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 องค์กร อันได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ การแบ่งแยกอำนาจนี้เพื่อให้มีระบบการถ่วงดุลและคานอำนาจ (The Checks and Balance System) โดยการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกัน ทำให้มีการคานอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อป้องกันมิให้องค์กรฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอำนาจมากเกินไป โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางแนวคิดที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจและตรวจสอบถ่วงดุลเป็นแนวคิดสำคัญในการกำหนดโครงสร้างของรัฐ ซึ่งแนวคิดและทฤษฎีที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจได้พัฒนามาจนถึงจุดสูงสุดโดยมองเตสกีเออซึ่งมีได้ยึดถือการแบ่งแยกอำนาจจากกันอย่างเด็ดขาด แต่ให้มีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน และเน้นถึงความสำคัญของอำนาจตุลาการที่เป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และเป็นองค์กรที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดมิให้เกิดการปกครองแบบทรราชย์กดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งมากเกินไป (Concentration of Power) ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงออกแบบให้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามแยกออกจากกัน โดยให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ประธานาธิบดีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ โดยออกแบบให้แต่ละองค์กรต้องถ่วงดุลซึ่งกันและกัน พึ่งพาอาศัยกัน และต้องมีการแข่งขันกัน อันยังผลให้การตรวจสอบถ่วงดุลเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ และมีการกำหนดให้การใช้อำนาจบางประการนั้น ทั้งสามองค์กรสามารถก้าวล่วงไปในกิจการของอีกฝ่ายหนึ่งได้ (Separate and Overlap) เพื่อไม่ให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดต่อประชาชนและต่อกันและกัน ซึ่ง “หลักการ” แบ่งแยกอำนาจและตรวจสอบถ่วงดุลของสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาผ่านทางคำพิพากษาของศาลจนกลายเป็น “หลักกฎหมาย” ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (Law of Separation of Powers) และถูกปรับใช้จริงโดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁷⁷

3.3.1.3.5 หลักสิทธิและเสรีภาพ

หลักการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนมิให้รัฐล่วงละเมิดได้ตามอำเภอใจ ได้ปรากฏโดยการบัญญัติบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) ไว้ใน

⁴⁷⁷ ธีชวูร์ที พุทธิสมบัติ , หลักกฎหมายว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ : แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจตุลาการในการตรวจสอบถ่วงดุลของสหรัฐอเมริกา , ดุลพาท เล่มที่ 1 ปีที่ 61 มกราคม – เมษายน 2557 , หน้า 106-110

รัฐธรรมนูญ อันเป็นการวางหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันและวางหลักความเสมอภาคของประชาชนทุกคนภายใต้กฎหมายภายใต้หลักการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งรากฐานที่มาของหลักการแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของอเมริกาในรัฐธรรมนูญมีที่มา 3 ทาง คือ มาจากนักปรัชญาการเมือง การปฏิวัติทางการเมืองการปกครอง และแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม⁴⁷⁸ ซึ่งแนวความคิดต่างๆ ได้ผสมผสานจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่แสดงถึงสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่รัฐต้องให้ความเคารพหลอมรวมจนนำมาสู่การปฏิวัติทางการเมืองการปกครอง ค.ศ. 1776 ซึ่งเหตุการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลเป็นอย่างมากจากแนวความคิดของจอห์น ล็อก เกี่ยวกับแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยจนนำมาสู่มีคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) อันเป็นเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่มีความสำคัญมากในทางกฎหมายมหาชนและเป็นแนวคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพประการต่างๆ จนนำมาสู่แนวความคิดการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้มีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดและการยอมรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้กลายเป็นรากฐานของอุดมการณ์ทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา แนวความคิดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพนอกจากจะเป็นหลักการพื้นฐานตามเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Context) แล้ว ยังคงปรากฏโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment) และบทบาทของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) ผ่านคำพิพากษาของศาลสูงสุดตามหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาล (Judge Made Law) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ถือเป็นเสมือนเสาหลักของระบบการเมืองของสหรัฐอเมริกาซึ่งชาวอเมริกันให้ความเคารพต่อดัชนีและแนวความคิดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยชาวอเมริกันมีความเชื่อถือศรัทธาในรัฐธรรมนูญว่าเป็นหลักประกันที่ทำให้เขามีสิทธิตามกฎหมายที่จะมีความคิดเห็นที่ไม่ตรงกันได้ สามารถแสดงความคิดเห็นที่ไม่ตรงกันออกมาได้ และสามารถได้รับคำตอบสนองได้ ภายใต้ลักษณะของประเทศที่เป็นหม้อหลอม (Melting Pot) ของชนต่างเผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ฯลฯ จนมีการกล่าวกันว่าสหรัฐอเมริกานั้นก่อตั้งขึ้นมาได้โดยอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นหลัก โดยการก่อตั้งและวิวัฒนาการของระบบรัฐธรรมนูญอเมริกาแยกได้เป็น 4 ช่วง ดังนี้⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ ปัญญา อุดชาชน , สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย , รัฐสภาสาร , ปีที่ 62 เล่มที่ 7 ปี พ.ศ. 2557, หน้า 44-49

⁴⁷⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2559) หน้า 156-159

1. ช่วงที่หนึ่ง : ตั้งแต่การประกาศเอกราช (4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776) ถึง การประชุมที่ฟิลาเดลเฟีย (ในปี ค.ศ. 1787)

บรรพบุรุษของชาวอเมริกันรุ่นแรกได้อพยพเข้ามาตั้งรกรากในทวีปอเมริกาเหนือในปี ค.ศ. 1620 ทางชายฝั่งตะวันออกเฉียงเหนือที่เป็นมลรัฐ Massachusetts ในปัจจุบัน จนเป็นอาณานิคมของอังกฤษในอเมริกาเหนือ แล้วลุกฮือขึ้นต่อต้านการปกครองของสหราชอาณาจักรในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ด้วยปัญหาทางเศรษฐกิจและการเมือง จากนั้นอาณานิคมทั้ง 13 ได้ทำสงครามต่อสู้กับกองทัพของสหราชอาณาจักร โดยได้รับการสนับสนุนจากฝรั่งเศส จนได้รับชัยชนะและนำไปสู่การประกาศเอกราชเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 รัฐเกิดใหม่ทั้ง 13 แห่งได้รวมตัวกันเป็นสมาพันธรัฐโดยสนธิสัญญา ค.ศ. 1777 ซึ่งรัฐดังกล่าวได้มอบหมายให้สมาพันธรัฐเป็นผู้รับผิดชอบการต่างประเทศและการป้องกันประเทศของสมาพันธรัฐ โดยรัฐทั้ง 13 ยังคงรักษาอำนาจที่สำคัญเอาไว้ ในระหว่างปี ค.ศ. 1777-1787 มีการพิจารณากันว่าจะเปลี่ยนระบบการปกครองจากสมาพันธรัฐไปเป็นสหพันธรัฐ ซึ่งในที่สุดก็ได้ชั่ยุติในปี ค.ศ. 1787 โดยมีการประชุมระหว่างรัฐทั้ง 13 ที่ฟิลาเดลเฟีย แล้วตกลงกันที่จะเข้าร่วมกันเป็นสหพันธรัฐ ผู้ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการก่อตั้งสหรัฐอเมริกา คือ เบนจามิน แฟรงคลิน และจอร์จ วอชิงตัน ซึ่งต่อมาได้เป็นประธานาธิบดีคนแรกของสหรัฐอเมริกา โดยในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1787 ในตอนแรกมีเพียง 7 มาตรา ซึ่งเป็นบทบัญญัติกว้างๆ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอีก 27 ครั้ง⁴⁸⁰ โดยมีการแบ่งเขตอำนาจกันระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ

2. ช่วงที่สอง : การเพิ่มเขตอำนาจของสหพันธรัฐระหว่าง ค.ศ. 1789-1865

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ผลใช้บังคับจริงในปี ค.ศ. 1789 จากนั้นได้เกิดสงครามกลางเมืองระหว่างมลรัฐตอนเหนือ กับมลรัฐตอนใต้ซึ่งต้องการแยกตัวออกไปจากสหพันธรัฐเพราะมีความขัดแย้งกันในเรื่องทางเศรษฐกิจและปัญหาการเลิกทาส โดยมลรัฐตอนเหนือเห็นควรมีให้มีการเลิกทาส แต่มลรัฐตอนใต้เห็นควรมีให้คงไว้ จนมลรัฐตอนเหนือได้รับชัยชนะในปี ค.ศ.

⁴⁸⁰ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา มีทั้งหมด 27 ครั้ง โดยบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติไว้ในหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญ (Article v Amendment of Constitution) โดยการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดำเนินได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกโดยรัฐสภา (The Congress) ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของทั้งสองสภาเสนอ และกรณีที่สองโดยรัฐสภาของมลรัฐ จำนวน 2 ใน 3 ขึ้นไปของหลายๆ มลรัฐประชุมเพื่อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจากสภาของมลรัฐตั้งแต่ 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมดได้ให้สัตยาบัน ด้วยเหตุนี้ การให้สัตยาบันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละครั้งจึงใช้ระยะเวลาที่แตกต่างกัน , โปรดดู ปัญหา อุดชาชน , สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 15-21

1865 อันเป็นการสิ้นสุดสงครามกลางเมือง โดยในแง่ของรัฐธรรมนูญ สหพันธรัฐมีอำนาจเพิ่มมากขึ้น ภายใต้อิทธิพลของปัจจัยหลัก 3 ปัจจัย ดังนี้

(1) การโต้เถียงกันเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการแบ่งเขตอำนาจกันระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ โดยมี 2 ทฤษฎี ทฤษฎีแรกเห็นว่า จะต้องตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดที่สุดว่า สหพันธรัฐมีเขตอำนาจเฉพาะในเรื่องที่รัฐธรรมนูญระบุไว้เท่านั้น ส่วนมลรัฐมีเขตอำนาจในเรื่องที่เหลือทั้งหมด ส่วนทฤษฎีที่สองเห็นว่า ควรตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไปในทางที่ว่า เรื่องที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ให้อยู่ในเขตอำนาจของสหพันธรัฐ ถือว่าเป็นเป้าหมาย ดังนั้น สหพันธรัฐจึงมีอำนาจที่จะใช้วิธีการใดๆ ก็ได้ให้บรรลุเป้าหมายที่เป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของสหพันธรัฐ ซึ่งประธานาธิบดีจอร์จ วอชิงตัน และศาลสูงของสหพันธรัฐอเมริกาในคดี *McCulloch v. Maryland* (1819) ก็ยึดถือตามทฤษฎีที่สองนี้

(2) รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติของสหพันธ์ แต่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้วินิจฉัยเองว่าตนมีอำนาจดังกล่าว โดย John Marshall ซึ่งเป็นประธานศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเป็นเวลา 34 ปี มีบทบาทสำคัญมากในเรื่องนี้โดยเป็นผู้ผลักดันให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติของสหพันธ์และเป็นผู้ผลักดันให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาที่สนับสนุนการขยายเขตอำนาจของสหพันธ์เหนือเขตอำนาจของมลรัฐ โดยมีคำพิพากษาที่สำคัญมากในคดี *Marbury v. Madison* (1803) จนท่านได้รับการยกย่องให้เป็นผู้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคนที่สอง

(3) ชัยชนะของมลรัฐตอนเหนือซึ่งสนับสนุนการเลิกทาสเหนือมลรัฐตอนใต้ซึ่งต่อต้านการเลิกทาสในสงครามกลางเมืองเท่ากับเป็นชัยชนะของฝ่ายที่สนับสนุนการเพิ่มอำนาจของสหพันธ์เหนือฝ่ายที่ต่อต้าน

3. ช่วงที่สาม : การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาของระบบทุนนิยมแบบเสรีนิยมระหว่างปี ค.ศ. 1865-1953

ภายหลังสงครามกลางเมืองต้องมีการฟื้นฟูประเทศและเกิดการขยายตัวทางอุตสาหกรรมภายใต้ระบบทุนนิยมแบบเสรีนิยมอย่างเต็มที่ สหพันธรัฐหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายในของมลรัฐ ส่วนมลรัฐตอนใต้ก็ยังคงออกกฎหมายที่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างเผ่าพันธุ์ซึ่งขัดแย้งกับหลักการของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีบทบาทที่สำคัญมากในช่วงเวลานี้ โดยวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติทางด้านประกันสังคมและสภาพแรงงานที่รัฐสภาตราขึ้นตามข้อเสนอของประธานาธิบดีเพื่อจัดระเบียบทางเศรษฐกิจและสังคม ขัดต่อหลักการของเสรีนิยมทางเศรษฐกิจตามรัฐธรรมนูญ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาจึงวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่ากับว่าอำนาจทางตุลาการอยู่เหนืออำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจทางบริหาร จนมีการขนานนาม

สถานการณ์ในช่วงนั้นว่าสหรัฐอเมริกาถูกปกครองโดย “รัฐบาลของผู้พิพากษา” (le gouvernement des juges) แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐทางตอนใต้ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อชาวอเมริกันผิวดำ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกากลับวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่า ชาวอเมริกันผิวขาวและผิวดำ แม้จะได้รับการปฏิบัติที่แยกต่างหากจากกัน แต่ก็เสมอภาคกัน (“separate but equal”)⁴⁸¹ ทั้งนี้ ในช่วงการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาของระบบทุนนิยมแบบเสรีนิยมนี้ได้เกิดการก่อตัวของสิทธิแรงงานและวางรากฐานให้กับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนและความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) และรับรองสิทธิแรงงานในฐานะเป็นสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ที่พึงได้รับการคุ้มครอง⁴⁸²

⁴⁸¹ แนวคิดเสรีนิยมก่อให้เกิดการก่อตัวของทุนนิยม โดยมีแก่นสำคัญที่เสรีภาพของกลไกตลาดและการค้า คือหลักประกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคล รัฐเสรีนิยมใหม่ภายใต้ระบบการจัดการเชิงสถาบันที่ถือเป็นหัวใจสำคัญในการรับประกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยทฤษฎีเสรีนิยมใหม่มีศูนย์กลางอยู่ที่หลักบังคับแห่งกฎหมายและการตีความหลักการในรัฐธรรมนูญอย่างเข้มงวด , โปรดดู เดวิด ฮาร์วี , ประวัติศาสตร์ฉบับย่อของลัทธิเสรีนิยมใหม่ A Brief History of Neoliberalism , โปรดดู เก่งกิจ กิติเรียงลาภ , นรุตม์ เจริญศรี , ภัควดี วีระภาสพงษ์ , สุรัตน์ โหระชัยกุล และอภิรักษ์ วรณสาธ (ผู้แปล) , (กรุงเทพฯ : สวนเงินมีมา , 2555) , หน้า 110-113

⁴⁸² ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ซึ่งจัดตั้งขึ้นจากความตกลงในสนธิสัญญาแวร์ซาย เมื่อปี 1919 ได้จัดการประชุมวาระพิเศษที่เมืองฟิลาเดลเฟีย สหรัฐอเมริกาในปี 1944 และได้มี “คำประกาศแห่งฟิลาเดลเฟีย” อันเป็นการวางรากฐานให้กับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนและความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) และต่อมาปี 1946 ได้บรรจุคำประกาศแห่งฟิลาเดลเฟียในธรรมนูญของ ILO ซึ่งถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่มีการยอมรับในองค์การระหว่างประเทศให้สิทธิความเท่าเทียมกันในทางแรงงานมีความเชื่อมโยงกับสิทธิมนุษยชน โดยสิทธิแรงงานถือเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองจากรัฐและองค์กรต่างๆ ทั่วโลกว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่สำคัญของมนุษยชาติ อาทิสหิทธิที่จะทำงาน (Right to Work) เสรีภาพในการเลือกงาน (free choice of employment) สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมในสหภาพแรงงาน (Right to form and join trade unions) อีกทั้งสิทธิบางประการที่ทั้งองค์การสหประชาชาติและ ILO ยอมรับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น เสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว และสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง ถือเป็นมาตรฐานหลักด้านแรงงาน (Core Labour Standards) และได้ประกาศเป็นหนึ่งในสี่สิทธิพื้นฐานด้านแรงงาน โดยสิทธิแรงงานที่อยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Convention on Human Rights) และกฎบัตรว่าด้วยสังคมแห่งยุโรป (The European Social Charter) ได้ถูกนำไปเป็นแนวทางรับรองสิทธิดังกล่าวในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งอเมริกัน (The American Convention on Human Rights) อีกด้วย ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาสิทธิแรงงานตามแนวคิดสิทธิมนุษยชนยุคใหม่ว่ามีที่มาจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่า มนุษย์ทุกคนควรมีสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชนจะต้องมีผลเป็นการทั่วไป (Universal) ไร้กาลเวลา (Timeless) และมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Imperative) โดยให้น้ำหนักกับมาตรฐานทางศีลธรรม (Moral) ที่ผู้ปกครองรัฐต้องรักษาความชอบด้วยสิทธิมนุษยชนในฐานะที่เป็นบทบังคับเด็ดขาด (Peremptory force) , โปรดดู อิศรา วรณสาธ , สิทธิแรงงาน : การพัฒนาสู่ความเป็นสิทธิมนุษยชน , สืบค้นจากเว็บไซต์ www.oia.coj.go.th/doc/data/oia/oia_1502353533.pdf

4. ช่วงที่สี่ : การขยายอำนาจของสหพันธ์

วิกฤติเศรษฐกิจโลกในช่วงปี ค.ศ. 1929-1932 ซึ่งส่งผลกระทบต่ออย่างหนักหน่วงต่อสหรัฐอเมริกา ทำให้ตลาดหลักทรัพย์ Wall Street ล่มสลาย เกิดการหดตัวทางเศรษฐกิจ มีการว่างงานในอัตราที่สูงมาก ลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่เคยมีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการมาก่อนหน้านั้นต้องหลีกทางให้แก่นโยบายการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ ในระยะต่อมาก็เกิดสงครามโลกครั้งที่สอง ระหว่างปี ค.ศ. 1939-1945 จึงมีความจำเป็นต้องมีการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่สหพันธ์โดยมีการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางให้แก่สหพันธ์และโดยเฉพาะอย่างยิ่งให้แก่ประธานาธิบดี และเพื่อเป็นการกระตุ้นระบบเศรษฐกิจให้หลุดพ้นจากภาวะหดตัว ประธานาธิบดี Franklin D. Roosevelt ได้เสนอโครงการกระตุ้นเศรษฐกิจที่เรียกว่า “New Deal”⁴⁸³ ในระหว่างปี ค.ศ. 1933-1939 รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติที่สำคัญๆ ในด้านเกษตรกรรม อุตสาหกรรม และสังคม โดยให้อำนาจในการดำเนินการทางเศรษฐกิจและสังคมแก่รัฐบาลของสหพันธ์ แต่รัฐบัญญัติดังกล่าวกลับถูกศาลสูงของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมวินิจัยว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญเกือบทั้งหมด เมื่อประธานาธิบดี Roosevelt ได้รับการเลือกตั้งให้เป็นประธานาธิบดีต่อไปอีกวาระหนึ่ง ท่านได้ถือโอกาสที่มีตำแหน่งผู้พิพากษาในศาลสูงของสหรัฐอเมริกาว่างลงหลายตำแหน่งอันเนื่องมาจากการเสียชีวิตและการลาออกของผู้พิพากษา ทำการแต่งตั้งผู้พิพากษารุ่นใหม่ซึ่งสนับสนุนนโยบายทางเศรษฐกิจของประธานาธิบดี Roosevelt เข้าไปดำรงตำแหน่งในศาลสูงของสหรัฐอเมริกา อันส่งผลให้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าวข้างต้นให้แตกต่างไปจากเดิม โครงการ New Deal จึงดำเนินการต่อไปได้โดยสหพันธ์ได้อาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติดังกล่าวเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจและเข้าแทรกแซงในกิจการของมลรัฐโดยการจัดตั้ง “Independent regulatory commissions” ซึ่งเป็นคณะกรรมการทางบริหารเฉพาะด้านของสหพันธ์ซึ่งมีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์และวินิจัยชี้ขาดได้ ซึ่งทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐมีความซับซ้อนมากขึ้น

⁴⁸³ รัฐบาลของประธานาธิบดีรูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ได้ใช้โครงการ New Deal สร้างสวัสดิการต่างๆโดยรัฐเพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำ คนว่างงาน และได้ตรารัฐบัญญัติความมั่นคงทางสังคม (Social Security Act) ในรูปแบบของรัฐสวัสดิการ (Welfare State) โดยรัฐสวัสดิการในความหมายรวบยอดหมายถึง รัฐหรือประเทศที่มีการจัดระบบสวัสดิการสังคมอย่างทั่วด้านให้แก่ทุกคนในสังคมอย่างถ้วนหน้า (Welfare for All) สวัสดิการต่างๆที่จัดขึ้นนั้นดำเนินงานโดยรัฐทั้งหมด รัฐสวัสดิการมีลักษณะทั่วไป 3 ประการ คือ 1. รัฐที่มีการประกันรายได้ขั้นต่ำของทุกคนในสังคม 2. สร้างความมั่นคงในชีวิตให้แก่ทุกคน ทุกครัวเรือน โดยให้มีหลักประกันทางรายได้และอยู่รอดปลอดภัยจากภาวะวิกฤติต่างๆ 3. ให้แก่พลเมืองทุกคน โดยไม่เลือกกลุ่มคน ชนชั้น และสถานภาพ ได้รับบริการสังคม (social service) อย่างเสมอหน้ากัน ด้วยมาตรฐานที่ดีที่สุด เท่าเทียมกัน, โปรดดู จตุรงค์ บุญยรัตนสุนทร, รัฐสวัสดิการกับสังคมสวัสดิการ : มุมมองทางทฤษฎี , บทความวิชาการ/สาธนะ มูลนิธินิคม จันทรวีรุฬ สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.nikomfoundation.org/autopagev4/show_page.php?varid=36%2C24%2C

จะเห็นได้ว่า ระบบการเมืองของสหรัฐอเมริกาอันถือหลักการถ่วงและคานดุล (Checks and Balances) กันระหว่างอำนาจ 3 ฝ่ายที่เท่าเทียมกันแต่แตกต่างกัน คือ อำนาจทางบริหาร อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจทางตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจกันอย่างเคร่งครัด รูปแบบการปกครองของสหรัฐอเมริกาถือเสมือนเป็นแม่แบบของรัฐเสรีประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาก็เป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่างๆ ทั่วโลก อีกทั้งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีรากฐานมาจากปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่มุ่งจำกัดการใช้อำนาจของรัฐให้ภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) อันเป็นหลักการสำคัญของการจัดทำรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ ที่ต้องการความชอบธรรมและความมีประสิทธิภาพในการบริหารประเทศของผู้ปกครอง โดยมีเนื้อหาที่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนและมีการวางหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจของผู้ปกครอง แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ได้ส่งผลโดยตรงต่อการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1787 ของสหรัฐอเมริกา ถือเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่อย่างแท้จริง เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นเอกสารฉบับเดียวที่มีสถานะสูงสุดเหนือกฎหมายใดๆ และเป็นเครื่องมือในการวางโครงสร้างและจัดระเบียบการปกครองภายในประเทศ ทั้งการสร้างระบบประธานาธิบดี เป็นองค์กรบริหารโดยแยกออกอย่างเด็ดขาดจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ให้เป็นกลไกในการตรวจสอบ และถ่วงดุลมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด จึงอาจกล่าวได้ว่า จุดเริ่มต้นของรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ก็คือ การจำกัดอำนาจรัฐ และรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเป็นทางการในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีสถานะสูงสุดนั่นเอง⁴⁸⁴ อีกทั้งยังรับรองถึงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครองและพัฒนาการทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชาวอเมริกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน⁴⁸⁵ อันส่งผลให้แนวคิดที่ว่าด้วยความเสมอภาคและความตระหนักในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เจริญงอกงามในระบอบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกา และปลูกฝังในจิตสำนึกทางการเมือง ตลอดจนวัฒนธรรมทางการเมืองในการเคารพสิทธิเสรีภาพเหนือสิ่งอื่นใดของพลเมืองอเมริกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การรับรองสิทธิและเสรีภาพประเภทต่างๆ รวมถึงการทำให้แนวความคิดว่าด้วยหลักการสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคให้มีผลใช้บังคับอย่างจริงจัง อันเป็นบทบาทของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) ในฐานะเป็นสถาบันสูงสุดในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญผ่าน

⁴⁸⁴ วลัยมาศ แก้วศรีชัย , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 206 , หน้า 10-18

⁴⁸⁵ อมร รักษาสัตย์ และคณะ , ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการและแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2543) , หน้า 101-108

คำพิพากษาของศาลสูงสุดซึ่งทำหน้าที่ตีความและวินิจฉัยว่ากฎหมายของมลรัฐหรือของสหรัฐขัดกับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่ อีกทั้งลักษณะของการตีความรัฐธรรมนูญ อันเป็นการวางรากฐานของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

3.3.2 วิวัฒนาการของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

ในช่วงเวลาการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ปรากฏแนวความคิดการจัดให้มีศาลสูงสุดแห่งเดียวเพื่อพิจารณาคดีเป็นที่สุด เพราะเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อให้กฎหมายและสนธิสัญญาต่างๆ มีผลในทางปฏิบัติได้จริง ในฐานะที่เป็นกฎหมายของแผ่นดิน ทำให้เกิดเอกภาพในการตัดสินทางศาล โดยหากปล่อยให้แต่ละมลรัฐมีศาลสูงสุดเป็นของตนเองแยกเทศ ก็จะเป็นไปได้ที่คำตัดสินของแต่ละศาล จะขัดแย้งกัน จึงเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งศาลหนึ่งอยู่เหนือศาลอื่นทั้งหมด และเพื่อป้องกันมิให้กฎหมายของส่วนกลางถูกส่วนย่อยขัดขวางและป้องกันการเกิดอคติของความเห็นและความลำเอียงระดับท้องถิ่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาคือศาลสุดท้ายในระบบศาลทั้งหมดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1789 มีองค์คณะคือ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดประกอบด้วยประธานศาลสูงสุด 1 นาย และผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีก 8 นาย ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) โดยเป็นศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีพิพาททางรัฐธรรมนูญ ร่วมกับคดีอื่นๆ โดยไม่มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง โดยแม้รัฐธรรมนูญบางประเทศมอบหมายอำนาจในการพิจารณาควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้แก่ศาลยุติธรรมอย่างชัดเจน ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักเปิดช่องว่าจะต้องมีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้ระบุว่าให้เป็นอำนาจขององค์กรใด ศาลยุติธรรมซึ่งมีอยู่เพียงเป็นองค์กรเดียวจึงอ้างว่าเป็นอำนาจของตนเอง โดยการตีความเอาจากตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ได้เปิดช่องไว้ นั้นรัฐต่างๆ ทั้งในยุโรปและเอเชียต่างก็รับเอาระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรมเข้ามาใช้ในรัฐของตน ในทำนองเดียวกันกับที่ปรากฏอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁸⁶ โดยระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยศาลยุติธรรมถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ (Supreme Court of the United States) คดี Marbury v. Madison ค.ศ. 1803 ซึ่งได้วินิจฉัยวางหลักว่า ศาลเป็นองค์กรที่ต้องใช้กฎหมายในการบังคับแก้คดี ศาลจึงเป็นองค์กรที่ต้องพิจารณาว่าสิ่งใด

⁴⁸⁶ วิจิตรา พงษ์ลัดดา , ระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2523 , หน้า 11

เป็นกฎหมาย และสิ่งใดไม่ใช่กฎหมาย และเมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขึ้นปรับแก้คดีไม่ได้ ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก้คดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และจะใช้บังคับได้หรือไม่ จึงอาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวางรากฐานว่าศาลทั้งหลายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลกำลังจะยกขึ้นปรับแก้คดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁸⁷

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจัดตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 มีเขตอำนาจพิจารณาคดีส่วนใหญ่ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ตีความรัฐธรรมนูญ ตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย วินิจฉัยข้อโต้แย้งระหว่างมลรัฐ พิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายของสหรัฐในคดีที่มีการอุทธรณ์ คดีที่มีการฟ้องร้องของเอกอัครราชทูต ทูต สนธิสัญญาต่างๆ โดยยุคสมัยของศาลสูงสุด (Era of the Supreme Court) เป็นการแสดงถึงพัฒนาการของศาลและคำพิพากษาของศาลในการวินิจฉัยคดี และคำพิพากษาของศาลนั้นนอกจากต้องอาศัยหลักวิชาความรู้ทางนิติศาสตร์แล้ว ประสบการณ์และทัศนคติของผู้พิพากษาแต่ละนายก็มีส่วนสำคัญยิ่งในการพิพากษาคดีของศาล โดยเฉพาะในส่วนของประธานศาลสูงสุดที่สามารถวางกรอบและแนวโน้มกำหนดแนวทางการลงมติของผู้พิพากษาศาลสูงสุดให้สอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมตามความรู้และทัศนคติของตนเองได้ เหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นในศาลสูงสุดจึงถูกกล่าวถึงหรือบันทึกไว้โดยอิงสมัยของประธานศาลสูงสุดเป็นสำคัญ ซึ่งบางครั้งอาจกล่าวถึงอ้างอิงสัมพันธ์ไปกับสมัยของประธานาธิบดีและเหตุการณ์สำคัญทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยยุคสมัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามาตามสมัยของประธานศาลสูงสุดสามารถนำมาจัดพัฒนาการได้ 4 ยุค โดยสังเขป ดังนี้⁴⁸⁸

3.3.2.1 ยุคสมัยที่ 1 (ค.ศ. 1793 -1876)

กำหนดกรอบการปกครองของรัฐ (Defining American Government)

ในยุคสมัยที่หนึ่งเป็นยุคที่เพิ่งมีการก่อตั้งประเทศปลดแอกจากการเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษและจัดตั้งการปกครองระบอบสหรัฐ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงสุดส่วน

⁴⁸⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 131* , หน้า 199

⁴⁸⁸ วรรณภา สุพรรณชะริตา , ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากับการจัดทำคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ , (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับพิมพ์ พ.ศ. 2554) , หน้า 12, 33, 46, 55-95 (เอกสารอัดสำเนา) และเผยแพร่ในเว็บไซต์ www.pub-law.net

ใหญ่จึงเป็นการวินิจฉัยคดีในเรื่องกรอบอำนาจความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐว่ามีอำนาจหน้าที่ความสัมพันธ์ต่อกันในรูปแบบใดและมากน้อยเพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ยังไม่ได้กำหนดกรอบความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้ชัดเจน ถือเป็นยุคแห่งการแสวงหาดุลอำนาจความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลสองระดับ คือ รัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ โดยนักการเมืองและผู้ก่อตั้งประเทศในสมัยนั้นแบ่งเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆ คือ กลุ่มที่หนึ่งสนับสนุนมลรัฐเข้มแข็ง กลุ่มที่สองสนับสนุนรัฐบาลกลางเข้มแข็ง ซึ่งในคำพิพากษาศาลช่วงแรกเขียนโดยประธานศาลสูงสุดคนที่ 4 ท่าน John Marshall นั้นเน้นให้อำนาจรัฐบาลกลางเข้มแข็ง โดยเฉพาะในเรื่องการค้าระหว่างมลรัฐที่ให้อำนาจรัฐบาลกลางในการออกกฎเกณฑ์ได้ และกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิของเอกชนในเรื่องทรัพย์สินจากการละเมิดของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐได้ แต่ในช่วงปลายยุคที่หนึ่งสมัยประธานศาลสูงสุด ท่าน Roger Brooke Taney ได้สนับสนุนให้มลรัฐมีอำนาจได้เต็มที่เสมือนช่วงระยะเวลาก่อนที่จะมีการปฏิวัติอเมริกา โดยศาลวินิจฉัยว่า คำประกาศสิทธิ (Bill of Right) ใช้เฉพาะการจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง ไม่บังคับใช้กับมลรัฐ และคดีสำคัญในยุคดังกล่าวนี้ คือ คดี Dred Scott v. Stanford (1857) ที่ศาลสูงสุดได้พิพากษาว่า ทาสไม่ใช่พลเมืองสหรัฐ คดีดังกล่าวนี้เองได้นำไปสู่เหตุการณ์สำคัญคือ การเกิดสงครามกลางเมืองระหว่างรัฐฝ่ายเหนือที่สนับสนุนการเลิกทาส และรัฐฝ่ายใต้ซึ่งสนับสนุนการมีทาส และเมื่อสิ้นสุดสงครามกลางเมืองแล้ว ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 13 (1865) , ฉบับที่ 14 (1868), ฉบับที่ 15 (1870) เพื่อยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับระบบทาส⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 เกี่ยวกับการเลิกทาส (Slavery prohibited) และอำนาจในการรักษากฎหมายของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Power to enforce amendment) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. 1865 กล่าวคือ ห้ามการมีทาสและการเกณฑ์แรงงานภายในเขตอำนาจของสหรัฐ เว้นแต่เป็นการลงโทษอาชญากรรมตามกฎหมายเท่านั้น รวมถึงรัฐสภามีอำนาจที่จะบังคับใช้มาตรานี้ โดยการตราเป็นกฎหมายตามความเหมาะสม

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

- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 เกี่ยวกับสิทธิเลือกตั้งของพลเมืองจากเชื้อชาติและสีผิว (Right of Citizens to vote-Race or color not to disqualify) โดยได้รับการให้สัตยาบัน ค.ศ. 1870 กล่าวคือ สหรัฐหรือมลรัฐใดจะปฏิเสธหรือตัดสิทธิที่จะออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองสหรัฐ เนื่องจากเชื้อชาติ สีผิว หรือเงื่อนไขใดๆ เป็นข้อห้ามเข้ามาก่อนไม่ได้

ในยุคสมัยที่หนึ่งนี้ ช่วงที่ John Marshall เป็นประธานศาลสูงสุดคนที่ 4 (1801-1835) ผู้ได้รับการยกย่องว่าเป็นประธานศาลสูงสุดผู้ยิ่งใหญ่ (The Great Chief Justice) โดยวางหลักการสำคัญหลายประการที่เป็นการเพิ่มบทบาทหรือรับรองสถานะของรัฐบาลกลางให้เข้มแข็งมาจนถึงปัจจุบัน อาทิ การตีความรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐเพื่อกำหนดกรอบอำนาจของมลรัฐและรัฐบาลสหรัฐให้ชัดเจน โดยขยายอำนาจของสหรัฐและการยืนยันหลักการว่ากฎหมายสหรัฐสูงกว่ากฎหมายมลรัฐ ผลงานสำคัญของ Marshall ที่เป็นการวางบทบาทของตุลาการซึ่งมีอิทธิพลไปทั่วโลก ได้แก่ การกำหนดให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Principle of Judicial Review) อันเป็นการคานอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการในคดี Marbury v. Madison ซึ่งเป็นคดีสำคัญคดีแรกของยุค Marshall และของโลกก็ว่าได้ โดยศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายขยายอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายตุลาการ (The Judiciary Act of 1789) นั้น เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 13 โดยพิพากษาว่า ข้อความตามรัฐธรรมนูญตุลาการที่ให้ศาลสูงสุดออกหมายบังคับกับฝ่ายบริหารนั้นเป็นโมฆะเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้คู่ความจะมีได้กล่าวอ้างว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ ศาลสูงสุดก็มีอำนาจยกปัญหาดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เอง ซึ่งโดยนัยยะคือ การวางหลักให้ฝ่ายตุลาการสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Judicial Review) ยิ่งไปกว่านั้น Marshall ได้วางบทบาทของศาลสูงสุดให้เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่สูงสุดที่จะชี้หรืออธิบายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอันเป็นการวางรากฐานที่มั่นคงและเกิดความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ความเห็นของ Marshall เป็นการแสดงออกถึงจารีตประเพณีของประเทศอเมริกาและระบบกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักการปกครองโดยกฎหมาย (Government under Law) ซึ่งกำหนดกรอบการกระทำของบุคคลรวมถึงประธานาธิบดีและองค์กรต่างๆ ไม่ว่าจะเป็ศาลหรือรัฐสภาต้องไม่กระทำการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นกัน

3.3.2.2 ยุคสมัยที่ 2 (ค.ศ. 1877 -1940)

การปกครองและเศรษฐกิจ (Government and Economy)

ยุคสมัยที่สองเป็นยุคที่ศาลได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ศาลมีบทบาทสำคัญในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายของรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐที่เกี่ยวกับสังคมเศรษฐกิจ โดยในช่วงต้นของยุคนี้ ศาลจะวางหลักรับรองเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชน และเห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง โดยอาศัยรัฐธรรมนูญ ฉบับ

แก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 โดยศาลถือตามความเห็นของ James Madison ผู้ร่วมก่อตั้งประเทศที่เห็นว่า รัฐควรวางตัวเป็นกลางระหว่างการแข่งขันกันของกลุ่มเศรษฐกิจ ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เศรษฐกิจเสรีนิยม (laissez - faire) ซึ่งเน้นความเป็นเสรีของเอกชนในการดำเนินเศรษฐกิจ โดยที่รัฐหรือกฎหมายไม่ควรเข้าไปควบคุมเป็นลัทธิทุนนิยม เช่นในปี ค.ศ. 1905 ศาลวินิจฉัยในคดี Lochner v. New York ที่ศาลวินิจฉัยว่า กฎหมายมลรัฐนิวยอร์กกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาทำงานและเงื่อนไขการทำงานของบริษัทเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 เนื่องจากขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชน แต่อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1908 ศาลวินิจฉัยในคดี Muller v. Oregon ว่ากฎหมายโอเรกอนที่จำกัดเวลาการทำงานของสตรีอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 เพราะเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐในการคุ้มครองสุขภาพของสตรี สำหรับกรณีคำวินิจฉัยคดีสำคัญเกี่ยวกับการแบ่งแยกสีผิวคดีหนึ่งในยุคนี้ คือ เมื่อปี ค.ศ. 1896 ศาลสูงสุดพิพากษาในคดี Plessy v. Ferguson ว่าการแยกโรงเรียนบนพื้นฐานของผิวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่า “separate but equal” (แม้จะแยกกันแต่ก็ยังเท่าเทียมอยู่)⁴⁹⁰ ถือว่าเป็นคดีที่มีผู้วิพากษ์วิจารณ์สนับสนุนและคัดค้านอยู่มาก ภายหลังจากคดี Dred Scott จากยุคสมัยที่หนึ่ง โดยในช่วงปลายยุคสมัยที่สองเกิดวิกฤตเศรษฐกิจตกต่ำทำให้เกิดการตั้งคำถามเกี่ยวกับระบบทุนนิยมและการปกครองตามรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ในช่วงปี ค.ศ. 1937 ศาลเริ่มกลับแนวคำพิพากษาในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายของกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจโดยเห็นว่า เสรีภาพภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องกระบวนการที่ยุติธรรม (Due Process) กฎเกณฑ์ต้องสัมพันธ์กับประโยชน์ของสังคมด้วย

3.3.2.3 ยุคสมัยที่ 3 (ค.ศ. 1941 -1971)

สิทธิและเสรีภาพของพลเมือง (Civil Rights and Civil Liberties)

ยุคสมัยที่สามเป็นยุคที่ศาลหันเหการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการออกหลักเกณฑ์ทางเศรษฐกิจมาสู่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง โดยยังคงใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 เป็นตัวขับเคลื่อนเช่นเดิม โดยมีคดีจำนวนมากเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิของบุคคลตามคำประกาศสิทธิ (Bill of right) เช่น การแบ่งแยกสีผิวอันเป็นการเลือกปฏิบัติ สิทธิของชนกลุ่มน้อย และกลุ่มผู้ไม่มีสิทธิการเลือกตั้ง คดีสำคัญๆ ที่ศาลสูงสุดมีคำวินิจฉัยในยุคนี้ เช่น การยุติการแบ่งแยกสีผิวในโรงเรียน และเริ่มเห็นว่ารัฐบาลกลางเป็นวิธิต่างของการแก้ปัญหาสังคม ช่วงระยะเวลาในยุคสมัยประธานศาลสูงสุด Earl Warren เป็นช่วงที่แนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดก้าวหน้าและ

⁴⁹⁰ โปรดดูรายละเอียดของคดี Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) เผยแพร่ในเว็บไซต์

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>

ค่อนข้างเสรีนิยมมาก ศาลสูงสุดมีบทบาทในการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม คดีเกี่ยวกับสิทธิพลเมือง (civil rights) เช่น การยกเลิกแบ่งแยกสีผิวของโรงเรียนของรัฐ (School Segregation) และคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา⁴⁹¹ อำนาจในการจับกุมของตำรวจ (police arrest procedure)⁴⁹² และยุคสมัยของ Warren ได้รับการยอมรับว่าเป็นยุคที่มีการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการที่มีผลกระทบต่อการพัฒนาความก้าวหน้าของสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงเวลาดังกล่าวมีการวางหลักเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญหลายเรื่องโดยประธานศาลสูงสุด Warren ได้รับการยกย่องว่าเป็นประธานศาลสูงสุดที่ทรงอิทธิพลมากที่สุดคนหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคดีสำคัญคดีหนึ่งในยุคที่สามนี้ คือ คดีเกี่ยวกับการยกเลิกการเลือกปฏิบัติหรือการแบ่งแยกสีผิวในทางกฎหมาย ในคดี Brown v. Board of Education ค.ศ. 1954 ที่ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ให้มีการแบ่งแยกสีผิวในโรงเรียนของรัฐเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ ถือเป็นกรรณการยกเลิกหลักการ “การแบ่งแยกแต่เท่าเทียม” ซึ่งศาลสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Plessy v. Ferguson (1896) ซึ่งหลังจากคดี Brown ได้ก่อให้เกิดคนผิวดำเริ่มมีการเคลื่อนไหวเรียกร้องความเสมอภาคมากขึ้น เกิดขบวนการ Civil Rights Movement ในปีต่อมา ค.ศ. 1955 กรณีนางสาวโรซ่า พาร์ค (Rosa Park) อันเป็นชนวนเหตุที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและสังคมครั้งใหญ่ในประวัติศาสตร์⁴⁹³

⁴⁹¹ สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาดังกล่าว คือ การดำเนินคดีอาญาจะกระทำมิได้ถ้าไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากคณะลูกขุนใหญ่ เว้นแต่กรณีที่เกิดขึ้นในกองทัพบก กองทัพเรือ หรือกองกำลังอาสาสมัครในขณะสงครามหรือในขณะที่มีภัยอันตรายต่อสาธารณะ นอกจากนี้บุคคลจะต้องไม่ถูกพิจารณาโทษในเรื่องเดียวกัน 2 ครั้ง บุคคลจะต้องไม่เป็นพยานกล่าวโทษตนเองในคดีอาญา บุคคลจะไม่ถูกกีดกันหรือถูกกลั่นแกล้งสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากหลักนิติธรรม , โปรดดู , ปัญญา อุดชาชน , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 209* , หน้า 62

⁴⁹² คดี Miranda v. Arizona (1966) ที่ก่อให้เกิดหลัก The Miranda Warning ขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องอ่านคำเตือนก่อนที่ จะจับกุมให้ผู้ต้องหาฟัง หากไม่พูดจะถือว่ากรรณการจับกุมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักดังกล่าวนี้ คือ

1. คุณมีสิทธิที่จะพูดหรือไม่พูดก็ได้
2. คำพูดของคุณจะผูกมัดในชั้นศาล
3. คุณมีสิทธิที่จะมีทนายระหว่างถูกสอบสวน
4. หากไม่มีทนาย เราจะจัดหาให้

โปรดดู , ปัญญา อุดชาชน , *เพิ่งอ้าง*

⁴⁹³ ภายหลังเมื่อรัฐต่างๆ ในโลกได้เปลี่ยนแปลงเข้าสู่สมัยใหม่ และปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิพลเมือง หรือสิทธิพื้นฐานทางการเมืองที่พลเมืองทุกๆ คนของรัฐพึงมีนั้นจึงได้แพร่หลายออกไป เพราะในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประชาชนทุกๆ คนคือที่มาของอำนาจอันชอบธรรมของการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิพลเมืองจึงได้หยั่งรากลึก และขยายขอบเขตออกไปกว้างขวางกว่าเดิมในสภาวะการณ์ของโลกที่ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตยการขยายตัวดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนในสหรัฐอเมริกาที่เกิดขบวนการที่รู้จักกันในชื่อ “ขบวนการเรียกร้องสิทธิพลเมือง” (civil rights movement) อันเกิดจากปัญหาความขัดแย้งที่มีที่มาจากแนวคิด “แบ่งแยกแต่เท่าเทียม” (Separate but Equal) ของคนที่มีสีผิวแตกต่างในสังคมอเมริกัน

3.3.2.4 ยุคสมัยที่ 4 (ค.ศ. 1972 -ปัจจุบัน)

ยุคอนุรักษ์นิยมแบบปฏิบัตินิยม (Pragmatic Conservatism)

ยุคสมัยที่สี่เป็นยุคที่ศาลเน้นการจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง และไม่แทรกแซงเรื่องการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการบริหารของฝ่ายบริหาร พยายามจำกัดกรอบการตีความของศาลสูงสุดโดยปรากฏ**ข้อวิจารณ์สำคัญเกี่ยวกับศาลสูงสุดที่สำคัญ** เช่น การกระทำของศาลสูงสุดที่เป็นการเกินกรอบอำนาจหน้าที่ของศาลในการตีความข้อกฎหมาย (Judicial Activism) โดยใช้ความคิดเห็นส่วนตัวมากเกินไป หรือตีความเกินตัวบทกฎหมาย เช่น คดีที่มีผู้วิจารณ์ว่าเสรีนิยมเกินไปในคดี Roe v. Wade (1973) ที่รับรองสิทธิบุคคลในการทำแท้งว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคล⁴⁹⁴ การตีความของศาลในลักษณะดังกล่าวทำให้ศาลเป็นเสมือนผู้ตรากฎหมายเสีย

ในช่วงศตวรรษที่ 20 อันก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของพลเมืองอเมริกันขึ้น โดยมีการกีดกัน (segregation) คนผิวดำตั้งแต่การแบ่งแยกการใช้ห้องสุขา การใช้รถสาธารณะ ไปจนถึงการห้ามคนผิวดำพักค้างคืนในเมือง (ภายใต้กฎหมายที่ชื่อ “Sundown Ordinance” ของมลรัฐโอไฮโอ และโอเรกอน) จนกระทั่งเมื่อหญิงสาวผิวดำที่ชื่อ โรซา พาร์ค (Rosa Parks) ได้ปฏิเสธนโยบายการแบ่งแยกสีผิวในรถเมล์ด้วยการเข้าไปนั่งในบริเวณของคนสีขาวในปี ค.ศ. 1955 ซึ่งได้กลายเป็นชนวนเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิพลเมืองที่เท่าเทียมกันในช่วงทศวรรษ 1950-1980 ขึ้น จนกระทั่งท้ายที่สุดรัฐบาลกลางสหรัฐฯ ได้มีการประกาศรัฐบัญญัติสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act of 1964) ขึ้นในปี ค.ศ. 1964 อันทำให้พลเมืองสหรัฐอเมริกา ทุกๆ คนนั้นมีสิทธิที่เท่าเทียมกัน ภายใต้หลักการให้ความคุ้มครองอย่างเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (equal protection of the laws) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ที่มีมาแต่เดิมนั่นเอง , สิทธิพรณ นกสวน สวัสดิ์ และคณะ , คำและแนวคิดในประชาธิปไตยสมัยใหม่ , พฤษจิกายน 2557 , หน้า 173 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.fes-thailand.org>

⁴⁹⁴ คดี Roe v. Wade เป็นคดีที่แยกประเทศสหรัฐอเมริกาในเชิงความคิดและปรัชญาออกเป็น 2 ส่วน ซึ่งแต่ละส่วนยากที่จะผสมเข้ากันได้ ฝ่ายหนึ่งเป็นแนวคิดเชิงเสรีนิยมซึ่งเรียกได้ว่าเป็นผู้สนับสนุนแนวคิดเรื่อง “สิทธิในการเลือก (Pro-choice)” และฝ่ายที่สองเป็นฝ่ายที่มีแนวคิดเชิงอนุรักษ์นิยมซึ่งเรียกได้ว่าเป็นผู้ที่สนับสนุนแนวคิดเรื่อง “สิทธิในการมีชีวิต (Pro-life)” โดยฝ่ายเสรีนิยมจะสนับสนุนให้ผู้หญิงมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าตนมีสิทธิที่อุ้มท้องทารกในครรภ์ไปตลอดจนกระทั่งครบกำหนดคลอดหรือจะยุติการตั้งครรภ์เสียก่อนครบกำหนดด้วยการทำแท้ง ในขณะที่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมจะให้ความสำคัญกับการคุ้มครองและรักษาชีวิตทารกในครรภ์ไว้มิให้ย่ำแย่กว่าการให้ความสำคัญกับตัวมารดา และต้องการจะให้ห้ามการทำแท้งแทบจะโดยสิ้นเชิงยกเว้นแต่ในกรณีจำเป็นอย่างยี่งเท่านั้น โดยความเป็นมาของแนวความคิดนี้มีส่วนสัมพันธ์กับความเชื่อทางศาสนาอย่างมากเนื่องจากเชื่อว่าการที่ชีวิตกำเนิดขึ้นได้ก็ด้วยเหตุที่มีลิขิตของพระเจ้า การที่มนุษย์ไปทำลายชีวิตเท่ากับเป็นการขัดลิขิตของพระเจ้าเป็นเจ้านั้นด้วย จากคำวินิจฉัยดังกล่าวแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนถึงสิทธิส่วนบุคคล แต่แนวคำพิพากษาที่ผ่านมา ศาลฎีกาได้ยอมรับว่าสิทธิส่วนบุคคลหรือการรับรองในขอบเขตหรืออาณาเขตส่วนบุคคลบางส่วนมีอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในคำพิพากษาต่างๆ ที่แสดงอย่างชัดเจนว่าเพียงแต่เฉพาะสิทธิส่วนบุคคลที่อาจถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือแฝงอยู่ในแนวคิดของเสรีภาพที่ไว้ไว้ จึงจะถือว่ารวมอยู่ในการรับรองสิทธิส่วนบุคคล และสิทธิดังกล่าวได้ขยายขอบเขตไปถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสมรส การให้กำเนิดบุตร การคุมกำเนิด ความสัมพันธ์ทางครอบครัว การเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่บุตร , โปรตดู สุรวดี ลิ้มปรีงษ์ , สัมผัสคดี เรื่องสิทธิในการทำแท้งที่เป็นใจกลางความขัดแย้งระหว่างฝ่ายเสรีนิยมและอนุรักษ์นิยมในประเทศสหรัฐอเมริกา , หน้า 1 และ 8 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://elib.coj.go.th/Article/articleinter3.pdf>

เอง หรือกรณีที่ศาลขยายกรอบอำนาจของรัฐบาลสหรัฐอเมริกามากเกินไปจนเป็นการแทรกแซงอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ หรือกรณีการแทรกแซงของฝ่ายตุลาการในประเด็นที่เป็นข้อขัดแย้งทางการเมือง เช่น กรณีพิจารณาการนับคะแนนเลือกตั้งในคดี Bush v. Gore (2000) ที่ศาลสั่งระงับให้มีการนับคะแนนใหม่⁴⁹⁵ เป็นต้น สำหรับข้อวิจารณ์ในกรณีอื่นๆ อาทิ ความล้มเหลวในการคุ้มครองสิทธิของบุคคล (Individual rights) อำนาจศาลสูงสุดที่มีมากเกินไป ศาลไม่ตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารเท่าที่ควร ไม่เลือกคดีขึ้นมาพิจารณาที่มากพอ มีกระบวนการพิจารณาคดีที่ไม่เปิดเผย (secret proceeding) สร้างวัฒนธรรมให้คนเกรงกลัวกฎหมายมากเกินไป แทนที่จะเห็นกฎหมายเป็นเครื่องมือในการป้องกันและการไม่มีการเกษียณอายุของผู้พิพากษาศาลสูงสุด ซึ่งในประเด็นนี้มีผู้โต้แย้งว่าการที่ผู้พิพากษาศาลสูงสุดไม่มีการเกษียณอายุนี้เอง ทำให้คำพิพากษาศาลสูงสุดทรงพลังยิ่ง เพราะไม่อาจถูกแทรกแซงทางการเมืองได้

เมื่อพิจารณาถึงยุคสมัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาอันเป็นองค์กรตุลาการมีบทบาทที่เฉพาะเจาะจงและสำคัญเป็นอย่างยิ่งในระบบการเมืองของสหรัฐอเมริกา ดังจะเห็นได้จากข้อพิจารณา 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง การให้ความสนใจของสาธารณชนต่อการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาและแนวนโยบายของศาลในการวินิจฉัยคดีต่างๆ โดยชาวอเมริกันตระหนักดีว่าคำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาส่งผลต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศ

⁴⁹⁵ ในการเลือกตั้งประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000 ระหว่าง George w. Bush กับ Albert Gore ซึ่งในการแข่งขันครั้งนั้น คะแนนเสียงของผู้แข่งขันทั้งสองคนใกล้เคียงกันมาก คะแนนเสียงในรัฐที่ชี้ขาด คือรัฐฟลอริดา ซึ่งมีคะแนนคณะผู้เลือกตั้ง 25 คะแนนคณะผู้เลือกตั้ง (Electoral Votes) 25 คะแนน ผู้ได้คะแนน Popular Votes ที่ประชาชนมาลงให้เป็นอันดับหนึ่งก็จะได้คะแนน Electoral Votes ไปทั้งหมด 25 คะแนน ซึ่งจะได้เป็นประธานาธิบดี ผลการนับคะแนนปรากฏว่า Bush ชนะไปเพียง 1,784 คะแนน ซึ่งจะทำให้ Bush ได้คะแนน Electoral Votes ทั้งหมด 271 คะแนน (ผู้ที่จะได้เป็นประธานาธิบดีจะต้องได้คะแนน Electoral Votes 270 คะแนนขึ้นไป) มากกว่า Gore ซึ่งได้ 266 คะแนน Gore จึงยื่นคำร้องต่อศาลฎีกามลรัฐฟลอริดา ขอให้มีการนับคะแนนใหม่ซึ่งศาลอนุญาตให้นับคะแนนใหม่ Bush จึงยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาสหรัฐฯ คัดค้านคำสั่งของศาลฎีกามลรัฐฟลอริดา ศาลฎีกาสหรัฐฯ มีคำวินิจฉัย 5 ต่อ 4 ว่า คำพิพากษาศาลฎีกามลรัฐฟลอริดาขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 ว่าด้วยสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน (The Equality Protection) เนื่องจากศาลฎีกามลรัฐฟลอริดายอมให้มีการนับคะแนนใหม่ตามคำขอของ Gore เฉพาะในบางหน่วยเลือกตั้งที่น่าจะเป็นหน่วยที่ลงคะแนนให้ Gore ศาลฎีกาสหรัฐฯ จึงสั่งยกเลิกการนับคะแนนใหม่ เป็นผลให้ Bush ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี ซึ่งจากปัญหาที่เกิดขึ้น แม้ Gore มีความไม่เห็นด้วยต่อคำพิพากษาของศาล แต่ขอยอมรับคำตัดสินและยอมรับผลที่ชี้ขาดแล้ว (Finality of the outcome) เพราะเชื่อมั่นในหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งต่อมาได้มีการออกกฎหมายเลือกตั้งของสหรัฐฯ ใหม่ที่เรียกว่า Help America Vote Act หรือ HAVA เพื่อแก้ไขปรับปรุงระบบการเลือกตั้งในสหรัฐฯ ให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และมีการจัดตั้งคณะกรรมการสนับสนุนการเลือกตั้ง (Election Assistance Commission, AEC) เพื่อพัฒนาระบบการเลือกตั้งของสหรัฐอเมริกาให้มีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับยิ่งขึ้น , โปรดดู คณะกรรมการการเลือกตั้ง , การสังเกตการณ์การเลือกตั้งประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภาสหรัฐอเมริกา 2555 , สืบค้นจากเว็บไซต์ www2.ect.go.th/download-file.php?Action=download&DataID=40842

ประการที่สอง ความสำคัญทางการเมืองของแนวคำวินิจฉัยของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาซึ่งมักจะเป็นจุดศูนย์กลางของประเด็นปัญหาใหญ่ๆ ที่ชาวอเมริกันให้ความสำคัญ โดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกาจะต้องเป็นผู้ให้คำตอบสุดท้าย ซึ่งศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีบทบาทดังกล่าวมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับตัวบุคคลของประธานและผู้พิพากษาของศาลในแต่ละยุคสมัย ประการที่สาม กฎหมายมีบทบาทสำคัญในสังคมอเมริกัน ซึ่งชาวอเมริกันมีกิตติศักดิ์ในด้านการใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องคดีกันมากกว่าชนชาติอื่น โดยมีความเชื่อมั่นต่อกฎหมาย เป็นเหตุให้มันักกฎหมายในสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก จนทำให้ผู้พิพากษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระดับสหพันธรัฐได้เป็นเพียงองค์กรเจ้าหน้าที่ทางตุลาการเท่านั้น แต่มีสถานภาพเป็นอำนาจหนึ่งทีเดียว โดยเป็นผู้พิทักษ์ดุลอำนาจระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐ กับเป็นผู้ตีความและเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเป็นผู้พิทักษ์ระบบนิติธรรมและเป็นผู้ถ่วงและคานดุลอย่างแท้จริงกับอำนาจทางการเมืองในระดับสหพันธรัฐอีก 2 อำนาจ คือรัฐบาลและรัฐสภา⁴⁹⁶ เมื่อพิจารณาถึงระบบศาลของสหรัฐอเมริกาอันเป็นระบบศาลคู่ คือ ศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court) กับศาลมลรัฐ (State Court) จะเห็นได้ว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาอันเป็นศาลของรัฐบาลกลางมีคดีที่อยู่ในเขตอำนาจ ดังต่อไปนี้⁴⁹⁷

- (1) คดีซึ่งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเป็นคู่ความ
- (2) คดีซึ่งไม่ควรให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลมลรัฐต่างๆ เพราะศาลเหล่านั้นไม่อยู่ในฐานะจะวางตัวเป็นกลางได้เต็มที่
- (3) คดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ
- (4) คดีเกี่ยวกับสนธิสัญญา การเดินเรือ และกฎหมายทะเล
- (5) คดีเกี่ยวกับความผิดอาญาซึ่งรัฐสภากำหนดว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินของรัฐบาลกลางไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ
- (6) คดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

โดยศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาอันเป็นศาลเดียวและศาลสูงสุดมีอำนาจรับคดีที่มาจากศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ รวมถึงคดีที่มาจากศาลฎีกาของมลรัฐต่างๆ เพราะเหตุที่มีประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายของสหรัฐหรือข้อพิพาทระหว่างมลรัฐหรือรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลฎีกามีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่า กฎหมายใดของมลรัฐใด หรือแม้แต่มติของรัฐบาลกลางขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมถึงในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพประเภทต่างๆ รวมถึงการทำให้หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับอย่างจริงจัง ทำให้ศาลฎีกา

⁴⁹⁶ ชาลซีย์ แสงศักดิ์, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 210*, หน้า 159-160

⁴⁹⁷ วิษณุ เครืองาม, ระบบกฎหมายแองโกล - อเมริกัน, เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 5 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2535), หน้า 310-312

สหรัฐเป็นสถาบันสูงสุดในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและสามารถชี้ขาดว่ากฎหมายควรพัฒนาไปในแนวทางอย่างไร อันเป็นลักษณะเฉพาะของการตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา

3.3.3 หลักวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา

ด้วยโครงสร้างการจัดระบบศาลในสหรัฐอเมริกาที่แบ่งออกเป็น 2 ระดับ มีจำนวนรวมทั้งสิ้น 51 ศาล ซึ่งแยกออกจากกัน โดยแบ่งเป็นศาลระดับรัฐบาลกลาง (Federal court) จำนวน 1 ศาล และแบ่งเป็นศาลระดับมลรัฐ (state courts) อีกจำนวน 50 ศาล พร้อมทั้งมีการให้เหตุผลว่าระบบการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย (judicial system) ของสหรัฐอเมริกาโดยศาลดังกล่าวได้จัดองค์กรอย่างเป็นระบบและปฏิบัติงานในทิศทางเดียวกัน และยังคงแสดงนัยถึงการเกาะเกี่ยวกันและเป็นรูปแบบเดียวกัน (a cohesive and uniform set) ขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย และหมายถึงการจัดลำดับชั้น (hierarchy of judicial authority) ของบรรดาองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีจากศาลระดับสูงไปยังศาลระดับต่ำกว่า พร้อมกับคาดหวังว่าบรรดากฎระเบียบและนโยบายทั้งหลายที่ออกโดยตุลาการในศาลระดับสูงกว่าจะถูกนำไปปฏิบัติโดยตุลาการในศาลระดับต่ำกว่าตลอดทั้งระบบศาลอีกด้วย โดยระบบศาลของสหรัฐอเมริกาคือเป็นระบบศาลเดี่ยว เนื่องจากมีศาลยุติธรรมเป็นหลักเพียงศาลเดียวของประเทศ และศาลยุติธรรมสูงสุดทั้งในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยระดับรัฐบาลกลางพิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท และคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศ (the U.S. Constitution) ส่วนระดับมลรัฐพิจารณาวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทและคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ (state constitution) ประกอบกับรัฐธรรมนูญของประเทศก็ได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะแยกออกจากศาลยุติธรรม โดยศาลระดับรัฐบาลกลางยึดถือรัฐธรรมนูญของประเทศเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ขณะที่ศาลระดับมลรัฐทุกมลรัฐต่างยึดถือรัฐธรรมนูญของมลรัฐตนเองเป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศและกฎหมายของรัฐบาลกลาง (federal laws) เป็นกฎหมายที่ออกมารองรับโครงสร้างของศาลในระดับรัฐบาลกลาง ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐ (states laws) ในแต่ละมลรัฐออกมารองรับโครงสร้างของศาลในระดับมลรัฐในแต่ละมลรัฐ และถึงแม้ศาลระดับมลรัฐจะเป็นสถาบันหรือองค์กรที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายและกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชน แต่การพิจารณาพิพากษาคดีศาลทั้ง 2 ระดับมิได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด ในบางกรณีมีความสัมพันธ์

กัน เช่นบ่อยครั้งที่ศาลสูงสุดของประเทศรับคดีจากศาลสูงสุดของมลรัฐทั้งหลายมาพิจารณาพิพากษา โดยเฉพาะในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของรัฐบาลกลาง และจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน รวมทั้งมิได้มีบทบัญญัติที่แยกศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลยุติธรรมทั้งในระดับรัฐบาลกลางและระดับมลรัฐ แต่ได้กำหนดให้มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่ใช้อำนาจด้านตุลาการ (judicial power) หรือมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง ตลอดทั้งคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หรือทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในที่นี้จึงหมายถึงศาลยุติธรรมระดับประเทศที่ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญระดับประเทศที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด รวมทั้งกฎหมายอื่นที่ออกโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศ (congressional statutes) โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจัดเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายตุลาการและมีอำนาจสูงสุดในการพิจารณาวินิจฉัยรัฐธรรมนูญและถือเป็นที่สุด⁴⁹⁸ การพิจารณาและตีความคดีรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกานับแต่ศาลฎีกาสหรัฐได้วางรากฐานเรื่องอำนาจการตรวจสอบกฎหมาย (Judicial Review) ไว้ในคดี Marbury v. Madison ในปี ค.ศ. 1803 ด้วยการยืนยันถึงอำนาจศาลสูงสุดสหรัฐในการตีความวินิจฉัยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ และได้ใช้อำนาจดังกล่าวเรื่อยมา โดยการตีความกฎหมายของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นลักษณะเฉพาะ โดยได้ปรากฏหลักการเบื้องต้นโดยสรุป ดังนี้⁴⁹⁹

(1) หลักการตีความตามลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการตีความตัวบทกฎหมายเรียกว่า “หลักการตีความตามลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด” หรือ “Plain Meaning Rule” ซึ่งหลักการนี้ถูกเรียกขานกันในประเทศอังกฤษว่าหลัก “Literal Interpretation” โดยการตีความด้วยวิธีดังกล่าวนี้มีหลักการที่ว่าศาลจะตีความตามตัวอักษรในตัวบทกฎหมายนั้นๆ เป็นหลักอย่างจำกัดเคร่งครัด ถ้าตัวอักษรหรือข้อความที่ปรากฏมีความชัดเจนตามแนวคิดที่ว่า “หากตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายมีความชัดเจนในตัวเองอยู่แล้ว การตีความก็ควรจะไปให้มีความหมายเดียวกับตัวอักษรที่ปรากฏชัดเจนอยู่นั้นเอง แนวความคิดนี้ถูกอธิบายอย่างชัดเจนโดยผู้พิพากษาในศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียว่า “เราไม่ควรที่จะเขียนตัวบทกฎหมายขึ้นใหม่หรือตีความกฎหมายให้มีความหมายที่ผิดแผกแตกต่าง

⁴⁹⁸ ขจิตพรณ สุขแสง , การยกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) , หน้า 66-71

⁴⁹⁹ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , หลักการเบื้องต้นในการตีความกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1321>

ออกไปจากตัวอักษรที่ปรากฏอยู่” นอกจากหลักการตีความตามลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดที่ศาลได้นำมาใช้เพื่อการค้นหาความหมายของกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวก็ยังถูกนำมาใช้เพื่อเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดกระบวนการพิจารณาบนชั้นศาล (judicial procedure) ในประเทศสหรัฐอเมริกาอันเกี่ยวเนื่องกับการนำเสนอพยานหลักฐานเพิ่มเติมของคู่ความเพื่อสนับสนุนการตีความกฎหมายของฝ่ายตนเองอีกด้วย กล่าวคือ หากศาลพินิจพิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่า ข้อความอันเป็นข้อพิพาทของคู่ความนั้นชัดเจน ไม่มีความคลุมเครือแล้ว โดยส่วนใหญ่ศาลก็จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำเสนอพยานหลักฐานใดๆ เพิ่มเติมเพื่อเป็นการสนับสนุนการตีความตามความคิดเห็นของฝ่ายตนเอง โดยศาลจะพิจารณาและตีความตามลายลักษณ์อักษรของตัวบทกฎหมายนั้นเท่านั้น

(2) หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

หลักการตีความตามลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด หรือ Plain Meaning Rule ในความเป็นจริงแล้ว ไม่ถือเป็นเป็นวิธีการที่สมบูรณ์แบบหรือดีที่สุดสำหรับการตีความตัวบทกฎหมายที่มีความคลุมเครือชัดเจน หากแต่ยังคงมีจุดบกพร่องอยู่พอสมควร ดังที่ลอร์ด วินส์ลีย์เดล (Lord Wensleydale) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษได้วิพากษ์วิจารณ์ไว้ในคดี Gray v. Pearson ว่า“...การตีความอย่างจำกัดครั้งเคร่งตามหลักไวยากรณ์ และความหมายของตัวอักษรสามารถทำได้ หากมันจะมีได้นำไปสู่ผลอันแปลกประหลาด หรือเป็นการขัดแย้งกับส่วนอื่นๆ ของกฎหมาย ด้วยเหตุผลนี้ เราจึงอาจมีการปรับเปลี่ยนไวยากรณ์และความหมายตามลายลักษณ์อักษรในตัวบทกฎหมายก็ได้ในบางกรณี เพื่อปกป้องมิให้การตีความของเรานั้นนำไปสู่ผลอันแปลกประหลาดดังกล่าว แต่การเปลี่ยนแปลงนี้จะต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงมากจนเกินไป”

จากความเห็นของลอร์ดวินส์ลีย์เดล แสดงให้เห็นว่า หลักการตีความตามลายลักษณ์อักษรมิอาจใช้ได้เสมอไปและไม่เป็นการเหมาะสมนัก หากการตีความด้วยวิธีดังกล่าวนำไปสู่ผลอันแปลกประหลาดดังนั้น เพื่อการแก้ไขปัญหาการตีความข้างต้นนี้ ศาลจะอนุญาตให้คู่ความนำเสนอพยานหลักฐานอื่นๆ เพื่อการตีความที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น กล่าวคือ การได้มาซึ่งเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่แท้จริงนั่นเอง โดยพยานหลักฐานนี้เรียกว่า “พยานหลักฐานเพิ่มเติม” หรือ “Intrinsic Evidence” ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวจะช่วยในการค้นหาความหมายอันแท้จริงของตัวอักษรในตัวบทกฎหมายนอกเหนือไปจากตัวอักษรเองโดยลำพัง หลักการตีความที่อาศัยพยานหลักฐานเพิ่มเติมนี้ถูกเรียกในประเทศสหรัฐอเมริกาว่า “หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย” หรือ “Legislative Purpose Rule” ในขณะที่ประเทศอังกฤษได้เรียกขานหลักการนี้ว่า “หลักการตีความแบบลอร์ดวินส์ลีย์เดล” หรือ “Lord Wensleydale’s Golden Rule” ทั้งนี้เพื่อเป็นการสรรเสริญลอร์ดวินส์ลีย์เดลในฐานะของผู้คิดค้นหลักการตีความนี้

(3) การตีความตามโครงสร้างของรูปประโยค

นอกจากการตีความตามลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัดและการตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น บ่อยครั้งที่ศาลจะตีความกฎหมายโดยใช้หลักการตีความตามโครงสร้างของรูปประโยค หรือ the Canons of Construction ซึ่งในความเป็นจริง วิธีการตีความด้วยวิธีการดังกล่าวได้ถูกใช้มาตั้งแต่สมัยโบราณกาลแล้ว โดยทั่วไปหลักการตีความกฎหมายตามโครงสร้างของรูปประโยค เป็นหลักการที่นักอักษระนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายแต่อย่างไรก็ดี หลักการนี้ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากโดยนักวิชาการและศาล ยกตัวอย่างเช่น ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยกล่าวถึงหลักการตีความตามโครงสร้างของรูปประโยคว่า เป็นวิธีการที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการตีความรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายต่างๆ เท่ากับหลักการตีความตามลักษณะอักษรโดยเคร่งครัด อันมีใจความดังนี้ “ในการตีความตัวบทกฎหมายนั้น ศาลควรที่จะใช้หลักการตีความตามรูปแบบของประโยควิธีการหนึ่งก่อนที่จะหันไปใช้วิธีการอื่น แต่อย่างไรก็ดี ศาลจะต้องตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าตัวอักษรที่ปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายนั้นคือสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการที่จะกล่าว...” เมื่อตัวอักษรแห่งกฎหมายมีความชัดเจนในตัวเอง การตีความตามโครงสร้างของรูปประโยคควรจะต้องเป็นวิธีการสุดท้ายที่จะถูกใช้

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวนทั้งสิ้น 9 คน ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา (Chief Justice) 1 คน และผู้พิพากษาอื่น (Associate Justices) อีก 8 คน ซึ่งมีตำแหน่งรองประธานศาลฎีกา โดยจะกำหนดให้มีผู้พิพากษาอย่างน้อยจำนวน 6 คน เป็นองค์คณะ (Quorum) ในการพิจารณาและพิพากษาคดี แต่ในธรรมเนียมปฏิบัติจะมีการนั่งพิจารณาคดีกันครบ 9 คน เป็นองค์คณะ ซึ่งผู้พิพากษาในศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาทุกคนได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีโดยได้รับคำแนะนำและเห็นชอบจากเสียงข้างมากของวุฒิสภา (advice and consent by majority vote of the Senate) เมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีวิต เว้นแต่จะลาออกหรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยวิธีการ “Impeachment” โดยในการทำคำพิพากษาของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกานั้นยึดหลักการว่า จะต้องกระทำโดยกลุ่มของผู้พิพากษาในลักษณะที่รวมตัวกันเป็นองค์คณะไม่ใช่ทำการเพียงคนเดียว โดยผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะทุกคนจะต้องร่วมกันนั่งพิจารณาคดีพร้อมกันทุกคนและร่วมกันพิจารณาและตัดสินคดีด้วยกันไม่มีการแบ่งแยกออกเป็นส่วนๆ ในศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญจะมีองค์คณะเดียวซึ่งจะต่างกับในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมี 2 องค์คณะ ทั้งนี้ ในศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาจะมีการแต่งตั้งผู้พิพากษาผู้รับผิดชอบสำนวนด้วยเพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับคดี เช่น การเขียนคำพิพากษารวม การอ่านคำพิพากษา ซึ่งในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือหลักที่ว่าห้ามมิให้ผู้พิพากษา

มีส่วนได้เสียเข้ามาเป็นองค์คณะในการพิจารณาและพิพากษาคดีเช่นกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ใช้กันในศาลที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law System)⁵⁰⁰

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาถืออำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้ความหมายแก่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติไว้ชัดเจน⁵⁰¹ และเป็นศาลสูงสุดที่รับพิจารณาคดีที่มีการอุทธรณ์ขึ้นมาจากศาลระดับล่างในระดับรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในฐานะองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายสหรัฐ (Federal Law) ศาลภายใต้หลักประกันความเป็นอิสระ เป็นองค์กรคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเป็นผู้มีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ โดยที่รัฐธรรมนูญมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวงที่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ โดยมีความสัมพันธ์กับแนวคิดในเรื่อง “ลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย” (hierarchy of law) ที่ถือว่าในบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ย่อมมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งอันมีสถานะในทางกฎหมายอยู่ในลำดับสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง โดยให้อำนาจแก่ศาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะตีความบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ เหล่านั้น ศาลจึงมีหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามหลักการ “อำนาจตรวจสอบของศาล” (judicial review) อันเป็นบทบาทโดยการพิจารณาตีความของศาลในการสร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งศาลได้พัฒนาระบบการพิจารณาตรวจสอบของศาลเรื่อยมา⁵⁰² และอำนาจตุลาการของศาลแห่งสหรัฐอเมริกา

⁵⁰⁰ จิราภา เต็มเพชร , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 144 , หน้า 142-143

⁵⁰¹ ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญให้ความหมายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติไว้ชัดเจนด้วยการสร้างเนื้อหาของคำหรือประโยคขึ้นใหม่ได้ กล่าวคือ ในคดี Marbury V. Madison ศาลฎีกาได้วางหลักว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายที่สภาองเกรสตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้ โดยท่าน John Marshall ประธานศาลฎีกาได้ยืนยันถึงอำนาจของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาในการตีความวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และนับแต่นั้นเป็นต้นมา ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาก็ได้ใช้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเรื่อยมา , โปรตดู บวรศักดิ์ อูวรรณโณ , กฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี , (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2538) , หน้า 147-152

⁵⁰² การที่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกามีบทบาทตีความรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายอเมริกันเรียกว่า “การตัดสินใจทางนโยบายของศาล” (Judicial Policy-Making) โดยปรากฏคำพิพากษาที่แสดงถึงการสร้างกฎหมายของศาล อาทิเช่น คดี smyth V. Ames 169 U.S. 466, (1898) กรณีศาลถือว่ากรรมสิทธิ์และเสรีภาพนั้นจะออกกฎหมายมาจำกัดไม่ได้เลย ; คดี Allgeyes V. Louisiana 165 U.S. 578 (1897) สัญญาเป็นเสรีภาพเด็ดขาดที่รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดไม่ได้เลย โดยเฉพาะสัญญาจ้างแรงงาน ; คดี Pollock V. Farmers Lean and Turst Co. 157 U.S. 429 , (1895) สภาองเกรสจะออกกฎหมายภาษีเงินได้มาเก็บภาษีคนอเมริกันไม่ได้เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ ; คดี Inter State Commerce Commission V. Alabama Midland Railway 162 U.S. 184, (1896) กรณีพิพาทว่าคณะกรรมการการค้าระหว่างรัฐไม่มีอำนาจกำหนดราคาขึ้นสูงหรือต่ำของสินค้าหรือบริการ และไม่มีอำนาจไต่สวนหาข้อเท็จจริง ; คดี Williams V. Mississippi 163 U.S. 537 (1896) กรณีพิพาทว่าการที่รัฐธรรมนูญให้คนผิวขาวและคนผิวดำมีสิทธิเท่าเทียมกัน ไม่ห้ามที่จะแยกกันอยู่อย่างเด็ดขาด ; คำพิพากษาเหล่านี้บ้างถูกแก้ไขโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 11 ครั้งที่ 14 และครั้งที่ 16 , โปรตดู บวรศักดิ์ อูวรรณโณ , *เพิ่งอ้าง*

นอกจากมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่อื่นที่มีได้ มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่สำคัญได้แก่ อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลสูงแห่งอเมริกาที่เกิดขึ้นจากการยืนยันอำนาจชี้ขาดในทางกฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยผ่านกระบวนการพิจารณาทางตุลาการ ซึ่งวิวัฒนาการขึ้นมาจากคดี Marbury V. Madison ในปี ค.ศ.1803 นอกจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกายังมีอำนาจที่สภาองเกรสได้บัญญัติกฎหมายกำหนดอำนาจของศาลในกระบวนการออกหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน⁵⁰³ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้นำแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการใช้และตีความรัฐธรรมนูญที่ศาลได้พัฒนาระบบการพิจารณาตรวจสอบโดยศาลเรื่อยมาเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ชาวอเมริกาในอันที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย “The equal protection of the laws”⁵⁰⁴

3.3.4 การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบทบาทขององค์กรตุลาการในการใช้อำนาจตีความกฎหมายและถือเป็นปฐมบทในการทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ภายใต้ระบบ Common Law ที่ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย (Judge Made Law) จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีส่วนสำคัญในทางการปกครองของประเทศ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ใช้อำนาจการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและได้นำหลักการในการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ การรับรองความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติตลอดจนแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของระบบนิติรัฐผ่านคำวินิจฉัยต่างๆ โดยคำพิพากษาศาลสูงสุดถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เหตุผลและหลักกฎหมายที่ศาลได้วางไว้ในแต่ละคดีจะถูกใช้เป็นหลักต่อไปจนกว่าจะมีการกลับคำพิพากษา **โดยแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ที่มีรากฐานของแนวความคิดของหลักนิติธรรม (Rule of Law) แต่อย่างไรก็ตาม ได้มี**

⁵⁰³ บุญศรี มีวงศ์โหมะ , การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาล , (กรุงเทพฯ : มิสเตอร์ ก๊อปปี (ประเทศไทย) จำกัด , 2548) , หน้า 63-64

⁵⁰⁴ นภดล ช. สรพงษ์ , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองความเสมอภาคของประชาชน , งานวิจัยการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” รุ่นที่ 8 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2548, หน้า 58-60

แนวคิดว่าการใช้หลักนิติธรรมนั้นไม่สามารถใช้อย่างเอกเทศโดยตัวของหลักนิติธรรมเอง จำเป็นต้องเชื่อมโยงกับบทบัญญัติกฎหมายที่มีในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ ในอีกชื่อหนึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่า หลักนิติกระบวนการ (Due Process of Law) ซึ่งเน้นว่าการที่รัฐจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพแห่งปัจเจกชนแล้ว รัฐจะต้องจัดให้มีองค์ประกอบบางอย่างของกระบวนการที่เรียกว่านิติกระบวนการที่จะต้องดำเนินการอันควรถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เรียกหลักนี้ว่า “นิติรัฐ” เพื่อให้ครอบคลุมบรรดาการใช้อำนาจรัฐของทุกองค์กรมิให้แอบอ้างหรือแฝงตัวมาในนามของประโยชน์สาธารณะหรือความเป็นรัฐจงใจใช้อำนาจตามอำเภอใจและปราศจากกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมล่วงล้ำละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁵⁰⁵ และประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและถือเป็นต้นแบบของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกให้การยอมรับและนำไปปรับใช้ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ทำหน้าที่ในฐานะองค์กรพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยนำหลักการของแนวคิดนิติรัฐมาใช้ในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผ่านคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ มายาวนานนับร้อยปี ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา โดยจะหยิบยกคำวินิจฉัยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่สำคัญๆ ของการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ อันปรากฏดังต่อไปนี้

3.3.4.1 คดี Marbury V. Madison (1803) การวางหลักให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Judicial Review)

คดีนี้นับเป็นกรณีศึกษาแรกสุดและยังคงได้รับการศึกษาอย่างต่อเนื่องและกล่าวถึงในปัจจุบัน หลักการที่ศาลได้ตัดสินและวางรากฐานไว้ในคำพิพากษานี้ยังคงได้รับการยึดถือปฏิบัติโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการยืนยันถึงอำนาจทางตุลาการที่ดูเหมือนเป็นฝ่ายที่มีอิทธิพลมากที่สุด ในระบบการแบ่งแยกและถ่วงดุลอำนาจระหว่างการปกครอง 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ของระบบการปกครองของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าระบบกฎหมาย Common Law ของอเมริกันตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีอำนาจในการตรากฎหมาย แต่ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะอธิบายว่ากฎหมายนั้น

⁵⁰⁵ วิสิฐ ญาณภักดิ์ , วาริ นาสกุล , วิชณะ เครืองาม , ณชัชชญา ทองจันทร์ และธนาสาร จองพานิชย์ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 191*

มีความหมายว่าอย่างไร รูปแบบการตีความโดยฝ่ายตุลาการที่สำคัญที่สุดได้แก่การที่ศาลแห่งรัฐบาลกลางสามารถตัดสินว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามความหมายของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อที่จะทำความเข้าใจการตีความโดยฝ่ายตุลาการหรือการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีชื่อเรียกเป็นการเฉพาะว่า Judicial Review เพื่อศึกษาความเป็นมาของอำนาจการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการในรูปแบบของคดี Marbury V. Madison ซึ่งตัดสินในปี 1803⁵⁰⁶ ความเป็นมาในคดี Marbury V. Madison เริ่มจากในปี ค.ศ. 1800 โทมัส เจฟเฟอร์สัน ซึ่งเป็นผู้ที่มีแนวคิดเชิงอนุรักษนิยมที่ไม่เห็นด้วยกับการรวมอำนาจไว้ที่รัฐบาลกลางของสหพันธรัฐหรือที่เรียกว่าแนวคิดแบบรีพับลิกัน (Republican) ได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งตำแหน่งประธานาธิบดี โดยจะเข้ารับตำแหน่งในวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1801 โดยได้รับชัยชนะเหนือประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ ที่เป็นพวกนิยมรัฐบาลกลาง (Federalist) ผู้ซึ่งกำลังจะพ้นจากตำแหน่งและได้เสนอชื่อ จอห์น มาร์แชลล์ ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี (Secretary of State) ในขณะนั้นให้ดำรงตำแหน่ง “ประธานศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา (Chief Justice of the United States)” ซึ่งในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1801 รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาซึ่งในขณะนั้นครองเสียงข้างมากโดยสมาชิกที่มีแนวคิดเป็นพวกนิยมรัฐบาลกลาง (Federalist) ได้ผ่านกฎหมาย คือ (1) กฎหมายว่าด้วยศาลอุทธรณ์ภาค ซึ่งบทบัญญัติประการหนึ่งของกฎหมายดังกล่าวคือ การเพิ่มจำนวนผู้พิพากษาของศาลสหพันธรัฐขึ้นอีกหนึ่งเท่าตัว และ (2) กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรศาล ซึ่งอนุญาตให้แต่งตั้งผู้พิพากษา จำนวน 42 คนในเขต District of Columbia และวุฒิสภาได้ดำเนินการกระบวนการรับรองรายชื่อผู้พิพากษาที่ประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ เสนอซึ่งผู้ได้รับการเสนอชื่อเหล่านั้นล้วนแต่เป็นผู้ที่มีแนวคิดเป็นพวกนิยมการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่รัฐบาลกลาง (Federalist) และประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ พยายามแต่งตั้งบุคคลของตนเข้าเป็นผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาประจำศาลต่างๆ เพื่อสร้างฐานอำนาจให้แก่ฝ่ายตนภายใต้ระบบการเมืองแบบอุปถัมภ์จนกระทั่งวันสุดท้ายในการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี การแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ทำงานจนนาทีสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีดังกล่าวจนมีการเปรียบเทียบกันว่าผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งในช่วงสุดท้ายเหล่านี้เป็นผู้พิพากษาเที่ยงคืน (Midnight Judges)⁵⁰⁷ โดยประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ เป็นผู้ลงนามในหนังสือแต่งตั้งผู้พิพากษาดังกล่าวและผนึกลงตราโดยรัฐมนตรี (Secretary of State) ซึ่งขณะนั้นคือ นาย John Marshall รักษาการในตำแหน่งดังกล่าว และเป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานศาลสูงแห่งสหรัฐฯ อีกด้วย แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดด้านเวลายังผลให้หนังสือแต่งตั้งผู้พิพากษาหลายฉบับรวมทั้งของนายวิลเลียม มาร์เบอร์รี่ (William Marbury)

⁵⁰⁶ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, คำอธิบายรายวิชา LW 454 กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น, ภาควิชากฎหมายทั่วไป คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551), หน้า 21-23

⁵⁰⁷ วิเชียร ต้นศิริมงคล, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 203*, หน้า 59

มิได้ถูกจัดส่งออกไป ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1801 อันเป็นวันที่ประธานาธิบดีโทมัส เจฟเฟอร์สัน เข้ารับตำแหน่งได้มีคำสั่งให้เจมส์ เมดิสัน ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี (Secretary of State) ของตนระงับการส่งหนังสือแต่งตั้งทั้งหมดที่เหลืออยู่ ด้วยเหตุดังกล่าว นาย William Marbury และบุคคลอื่นจึงได้ฟ้องขอให้ศาลฎีกามีคำสั่งให้บังคับเจมส์ เมดิสันส่งหนังสือแต่งตั้งทั้งหมด ศาลได้มีคำสั่งให้นายเมดิสันแสดงเหตุผลอันควรที่ทำให้ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุอันควรที่จะมีคำสั่งบังคับ ตามที่ได้รับการร้องขอ โดยในระหว่างที่คดีดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาได้มีข้อโต้แย้งระหว่าง รัฐสภาชุดใหม่ซึ่งครองเสียงข้างมากโดยสมาชิกที่มีแนวคิดเชิงอนุรักษนิยมและไม่เห็นด้วยกับแนวคิด การรวมอำนาจไว้ที่รัฐบาลกลาง (Federalist) ประกอบความไม่พอใจที่ศาลมีแนวคิดเชิง Federalist ซึ่งได้มีคำสั่งในเชิงปฏิปักษ์ต่อรัฐมนตรีของรัฐบาลรีพับลิกัน (Republican) จึงเกิดข้อโต้แย้งระหว่าง ทั้งสองฝ่ายในรัฐสภา โดยมีความพยายามที่จะยกเลิกกฎหมายว่าด้วยศาลอุทธรณ์ภาคว่า ถือเป็น การกระทำอันฝ่าฝืนขัดต่อรัฐธรรมนูญ อันส่งผลให้ศาลฎีกาจึงยังมิได้มีการพิจารณาคดีนี้ตั้งแต่เดือน ธันวาคม ค.ศ. 1801 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1803 ซึ่งต่อมาในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1803 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในคดีนี้ ซึ่งเขียนขึ้นโดยท่าน John Marshall ประธานศาลฎีกา โดยแจกแจง ประเด็นแห่งคดีถึงหลักการอันเป็นพื้นฐานแห่งคำพิพากษาในคดีนี้โดยสรุป 3 ประการ คือ⁵⁰⁸

(1) กรณีผู้ร้องมีสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งตามที่เรียกร้องหรือไม่นั้น ศาลเห็นว่า เนื่องมาจากการที่หนังสือแต่งตั้งได้รับการลงนามโดยประธานาธิบดีและผนึกลงตราโดยรัฐมนตรี (Secretary of State) จึงถือได้ว่านาย Marbury ได้รับการแต่งตั้งแล้ว และตามกฎหมายซึ่งก่อตั้ง ตำแหน่งนี้ขึ้น การแต่งตั้งจึงไม่อาจถูกเพิกถอนได้และข้าราชการตุลาการมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับความคุ้มครองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศนี้ ดังนั้น การยับยั้งการแต่งตั้งจึงถือเป็นการ กระทำที่ศาลเห็นว่าขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและฝ่าฝืนต่อสิทธิอันชอบธรรมที่กฎหมายให้ไว้

(2) กรณีหากมีสิทธิตามกฎหมายของนาย Marbury ได้ถูกลบล้างเมิต กฎหมายของประเทศนี้ ได้ให้หนทางเยียวยาแก่เขาหรือไม่นั้น ศาลเห็นว่า สาระสำคัญของสิทธิพลเมืองประกอบไปด้วยสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่ละคนที่จะเรียกร้องให้กฎหมายให้การคุ้มครองแก่ตนเมื่อได้รับความเสียหายเพื่อแสวงหาหนทางเยียวยา อันเป็นหน้าที่สำคัญประการแรกๆ ประการหนึ่งของรัฐในการให้ความคุ้มครองดังกล่าว หากกฎหมายมีอาจให้การเยียวยาแก่การลบล้างสิทธิอันชอบธรรมตามกฎหมายได้ การได้รับการขนานนามอย่างหนักแน่นของสหรัฐอเมริกาว่าเป็นรัฐแห่งกฎหมายก็ย่อมไม่สมควรที่จะได้รับการยกย่องที่สูงส่งเช่นนั้นอีกต่อไป

⁵⁰⁸ สรวิต ลิ้มปรีงษ์ (ผู้เรียบเรียง) , สัมผัสคดีที่จุดประกายหลักการแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ , ดุลพาห เล่มที่ 2 ปีที่ 52 พฤษภาคม – สิงหาคม 2548 , หน้า 234-244

(3) กรณีผู้ร้องมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาตามที่ร้องขอหรือไม่นั้น ศาลจึงต้องวินิจฉัยต่อไปว่า ลักษณะของคำสั่งที่ถูกร้องขอในคดีซึ่งเป็นคดีที่ชัดแจ้งว่าเป็นการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าจะเป็นการส่งหนังสือแต่งตั้งหรือสำเนาของหนังสือดังกล่าวจากเอกสารที่เก็บไว้ และอำนาจแห่งศาลโดยตามกฎหมายที่ก่อตั้งศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาให้อำนาจศาลฎีกาในการ “ออกคำสั่งให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในกรณีที่ให้อำนาจไว้โดยหลักการและการบังคับใช้แห่งกฎหมาย โดยคำสั่งดังกล่าวอาจจะมิไปยังศาลอื่นที่มีการแต่งตั้งหรือบุคคลที่ดำรงตำแหน่งภายใต้อำนาจของสหรัฐอเมริกา”

กรณีนาย Marbury ได้ขอให้ศาลสูงบังคับให้นายเจมส์ เมดิสัน ดำเนินการส่งคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวให้แก่ตนโดยอ้างถึงอำนาจในการออกหมายบังคับ (mandamus) ตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 ที่ให้ประธานาธิบดีดำเนินการตามกฎหมายนี้เป็นอำนาจของศาลสูง โดยท่าน John Marshall ประธานศาลสูงสหรัฐฯ ซึ่งเป็นพวกนิยมรัฐบาลกลาง (Federalist) ได้วินิจฉัยถึงประเด็นแห่งคดีดังกล่าวและตัดสินว่า การแต่งตั้งและการส่งมอบหนังสือแต่งตั้งมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะว่าตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 ได้ให้อำนาจแก่ศาลสูงในสิ่งที่ไม่มีการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐฯ คำตัดสินนี้ถือเป็นเรื่องที่บริบทและเหตุการณ์ค่อนข้างผิดปกติมาก เพราะท่าน John Marshall ประธานศาลสูงสหรัฐฯ เป็นพวกนิยมรัฐบาลกลาง (Federalist) แต่กลับตัดสินให้ศาลสูงแห่งสหรัฐฯ มีอำนาจในการตัดสินว่า กฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรสใช้บังคับมิได้หากขัดกับรัฐธรรมนูญและเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁵⁰⁹ โดยท่าน John Marshall ได้ตัดสินคดีนี้โดยยืนยันถึงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ คือการที่รัฐธรรมนูญสหรัฐฯ กำหนดให้ศาลสูงเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ (appeal court) การที่กฎหมาย Judiciary Act of 1789 ให้อำนาจศาลสูงแห่งสหรัฐฯ ดำเนินการเป็นเสมือนศาลชั้นต้นด้วยการให้อำนาจศาลสูงในการออกหมายบังคับนั้น กรณีนี้เป็นการกระทำที่เกินไปจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ศาลสูงแห่งสหรัฐฯ ไม่ควรต้องทำหน้าที่ที่เป็นงานของศาลชั้นต้น กฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับหลักการสำคัญที่ปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลสูงเป็นศาลชั้นอุทธรณ์ กฎหมายดังกล่าวจึงขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาโดยท่าน John Marshall จึงมีคำพิพากษาว่า กฎหมาย Judiciary Act of 1789 เป็นโมฆะ ดังนั้นการที่นาย Marbury ฟ้องโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย Judiciary Act of 1789 ซึ่งเป็นโมฆะนั้นจึงกระทำมิได้ และการที่จะบังคับให้นายเจมส์ เมดิสัน ส่งคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวให้แก่ นาย Marbury จึงทำไม่ได้เช่นกัน⁵¹⁰ คำวินิจฉัยในคดีนี้จึงเป็นการสะท้อนถึงเจตนารมณ์ในการรับรองให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอันเป็นรากฐานในการปกครองประเทศ ศาลได้ให้เหตุผลถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญย่อมควบคุมการกระทำของฝ่าย

⁵⁰⁹ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 237*, หน้า 23

⁵¹⁰ วิเชียร ต้นศิริมงคล, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 203*, หน้า 60

นิติบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ กรณีถือเป็นอาณาเขตและหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะชี้ว่ากฎหมายคืออะไร และผู้ที่มีหน้าที่ต้องบังคับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีย่อมมีความจำเป็นที่จะแสดงรายละเอียดและตีความของกฎหมายเหล่านั้น หากกฎหมายสองฉบับขัดแย้งซึ่งกันและกัน ศาลต้องวินิจฉัยถึงการบังคับกฎหมายแต่ละฉบับ และถ้าหากกฎหมายฉบับหนึ่งตั้งอยู่พื้นฐานที่ตรงกันข้ามกับรัฐธรรมนูญ ศาลจำเป็นต้องเคารพรัฐธรรมนูญและยึดถือหลักการว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะสูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยทั่วไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตุลาการแห่งประเทศไทย สหรัฐอเมริกาจะมีอยู่เหนือบรรดาคดีที่เพิ่งเกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ⁵¹¹

ผลของคำพิพากษาศาลสูงสุดในคดี *Marbury v. Madison* ทำให้เกิดบรรทัดฐานต่อมาว่า ศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ตราออกมาโดยสภาองเกรสและลงนามโดยประธานาธิบดีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีศาลสูงสุดเห็นว่ากฎหมายที่ตราออกมาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจลบล้างกฎหมายนั้นได้ รวมทั้งมีอำนาจตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งหมายรวมถึงการวินิจฉัยว่าการปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ทั้งนี้ ท่าน John Marshall ได้ให้ความเห็นไว้ตอนหนึ่งว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หากมีปัญหาที่ต้องตีความ ผลที่สุดต้องเป็นอำนาจที่ศาลสูงสุดผู้ใช้อำนาจตุลาการ จะเป็นผู้ตีความว่ารัฐธรรมนูญมีความหมายเช่นใด ซึ่งอยู่ในขอบเขตเดียวกันกับที่ศาลเป็นผู้ตีความกฎหมาย” โดยในเวลาต่อมา มีหลายฝ่ายได้ให้ข้อสังเกตแสดงความเห็นต่อคำพิพากษาคดี *Marbury v. Madison* อย่างหลากหลาย ที่น่าสนใจคือ ความเห็นที่ว่าจากคำวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะของท่าน John Marshall ก่อให้เกิดหลักการที่เป็นบรรทัดฐานว่าศาลสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการตีความรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญจะมิได้มีบทบัญญัติระบุให้อำนาจศาลสูงสุดไว้โดยชัดแจ้ง แต่เกิดขึ้นจากความสำคัญของหลักการการถ่วงดุลอำนาจระหว่างอำนาจอภิปไตย 3 ฝ่ายไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจมากเกินไป กรณีมีปัญหาต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยสภาองเกรสฝ่ายนิติบัญญัติ และปัญหาการปฏิบัติงานของประธานาธิบดีฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ชอบที่ฝ่ายตุลาการจะเป็นผู้วินิจฉัย⁵¹² ตลอดจนคำพิพากษาของศาลสูงสุดในคดีนี้ได้ยืนยันถึงหลักการพื้นฐานของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญหลายๆ ด้านด้วยกันซึ่งได้แก่ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการ

⁵¹¹ สรวิต ลิ้มปริงซี (ผู้เรียบเรียง), *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 239*, หน้า 244-248

⁵¹² สกล หาญสุทธีวรินทร์, *อำนาจตีความและวินิจฉัยกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา*, เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์ กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันที่ 5 พฤศจิกายน 2556

แบ่งแยกอำนาจ และหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการในปริวิตลทางการเมืองอันเป็นหลักการที่ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาถือตามอย่างเคร่งครัด⁵¹³ คำวินิจฉัยในคดีนี้นับได้ว่าได้วางแนวบรรทัดฐานที่สะท้อนถึงบทบาทขององค์กรตุลาการที่เด่นชัดอันสอดคล้องตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการในฐานะองค์กรผู้พิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกรณีศึกษาของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกยกให้เป็นปฐมบทของอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดบรรทัดฐานของการสร้างระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และยังคงได้รับการยึดถือปฏิบัติโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน อันยืนยันถึงสถานะหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่สะท้อนถึงระบบนิติรัฐในยุคสมัยใหม่

3.3.4.2 คดี *Brown v. Board of Education* , 347 U.S. 483 (1954) และคดี *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) หลักคุ้มครองความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

คำวินิจฉัยคดี *Brown v. Board of Education* นี้ปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่า เด็กนักเรียนผิวดำถูกปฏิเสธไม่รับเข้าเรียนในโรงเรียนที่จัดไว้สำหรับคนผิวขาว ซึ่งการแบ่งแยกนี้เป็นไปตามกฎหมายที่ให้มีการแบ่งแยกได้โดยเหตุผลทางเชื้อชาติ ซึ่งพบว่าโรงเรียนของเด็กนักเรียนผิวดำและผิวขาวต่างก็ต้องมีความเสมอภาคในเรื่องของอาคาร หลักสูตรคุณภาพการศึกษา และเงินค่าตอบแทนครู ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ การแบ่งแยกโรงเรียนรัฐโดยอาศัยเชื้อชาติของนักเรียนเป็นเกณฑ์ ภายใต้เงื่อนไขที่สภาพแวดล้อมต่างๆ มีความเท่าเทียมกันถือว่าการตัดสิทธิของเด็กซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่ได้รับการปกป้องภายใต้หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายหรือไม่นั้น ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญโดยหลักเรื่องการแบ่งแยกแต่มีความเสมอภาคไม่นำมาใช้กับเรื่องการศึกษา การแบ่งแยกเด็กนักเรียนผิวขาวและผิวดำออกจากกันในโรงเรียนของรัฐก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อเด็กผิวดำ เพราะหลักการแบ่งแยกทางเชื้อชาติทำให้เกิดความรู้สึกที่ด้อยกว่าทำให้ส่งผลกระทบต่อความตั้งใจในการเรียนรู้ โดยภายหลังจากคำพิพากษาในคดี *Brown v. Board of Education* ในปี ค.ศ. 1954 ได้ก่อผลกระทบอันเป็นปัญหาของการแบ่งแยกสีผิวในสหรัฐอเมริกาและเกิดเหตุการณ์สำคัญอย่างมากและเป็นมูลเหตุที่นำมาสู่การเกิดความเปลี่ยนแปลง

⁵¹³ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , อ้างถึงใน *เชิงอรรถที่ 62* , หน้า 106

ครั้งสำคัญของประวัติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกา⁵¹⁴ ทั้งนี้ สืบเนื่องจากในคดี *Brown v. Board of Education* ยังผลมาจากในช่วงต้นทศวรรษ 1950 มีเรื่องร้องเรียนไปสู่ศาลสูงแห่งสหรัฐเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับคดีให้ยกเลิกการแบ่งแยกผิวในสถานศึกษาโดยกลุ่มนักเรียนและผู้ปกครองที่ถูกคุกคามชีวิตความเป็นอยู่และทรัพย์สิน โดยมีเป้าหมายเพื่อต่อต้านระบบนี้ โดยคำพิพากษาของศาลซึ่งพิจารณาว่าการแยกปฏิบัติโดยเฉพาะการแยกให้นักเรียนผิวขาวและผิวดำให้เรียนคนละโรงเรียนเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลเห็นว่าการแบ่งแยกแต่มีความเสมอภาค (*separate but equal*) เป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ และตัดสินว่าการแยกปฏิบัติในเรื่องการศึกษาเป็นสิ่งที่ไม่เสมอภาค (*separate is unequal*) คำวินิจฉัยในคดีนี้เองเท่ากับเป็นการกลับคำตัดสินในคดี *Plessy v. Ferguson* ที่ศาลสูงสุดได้เคยวินิจฉัยคดีไว้ว่า รัฐบัญญัติของมลรัฐหลุยเซียน่าที่กำหนดหน้าที่ให้การรถไฟซึ่งเป็นกิจการของเอกชนแยกโบกี้สำหรับผู้โดยสารที่เป็นคนผิวขาวและคนผิวดำออกจากกันและห้ามผู้โดยสารที่เป็นคนผิวขาวใช้โบกี้สำหรับคนผิวดำ ส่วนผู้โดยสารที่เป็นคนผิวดำก็ห้ามใช้โบกี้สำหรับคนผิวขาวเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว

โดยข้อเท็จจริงในคดี *Plessy v. Ferguson*, (163 U.S. 537), 1896 เป็นกรณีที่ โจทก์ *Plessy* เป็นพลเมืองของมลรัฐหลุยเซียน่า สหรัฐอเมริกาและได้รับการรับรองว่าเป็นพลเมืองผิวขาวของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับสิทธิ เอกสิทธิ์และอิสรภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งโจทก์ได้เดินทางภายในมลรัฐหลุยเซียน่าโดยชำระค่าโดยสารชั้น 1 และนั่งเก้าอี้ว่างในตู้โดยสารสำหรับคนผิว

⁵¹⁴ คำพิพากษาในคดี *Brown v. Board of Education* ในปี ค.ศ. 1954 ที่ศาลฎีกาออกคำสั่งให้โรงเรียนเลิกระบบแบ่งแยกผิวก่อให้เกิดความไม่พอใจและโกรธแค้นของประชาชนชาวผิวขาว จนเกิดกรณีเด็กชายผิวดำจากชิคาโก อายุ 14 ปีที่มาพักผอนกับญาติในมิสซิสซิปปีถูกลี้ภัยตัวไปทุบตีอย่างทารุณ เหตุการณ์นี้ทำให้ประชาชนชาวผิวดำโกรธแค้น โดยมาร์ติน ลูเธอร์ คิง ผู้นำกลุ่มของชาวผิวดำผู้สร้างความสมานฉันท์ระหว่างคนผิวดำฝ่ายต่างๆ ได้ปลุกพลังทางสังคมของชาวผิวดำและความสงบของการถูกกดขี่ได้ขยายตัวไปอย่างรวดเร็ว อันสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในวันที่ 1 ธันวาคม 1955 เมื่อโรซา ปาร์ค ช่างเย็บเสื้อผ้าได้ถูกตำรวจจับในข้อหาไม่ยอมลุกจากที่นั่งบนรถเมล์ให้กับคนผิวดำนั่ง ซึ่งเป็นการขัดคำสั่งเรื่องการแบ่งผิวของเมืองมอนต์โกเมอรีในรัฐอลาบามา ซึ่งเป็นเมืองหลวงแห่งแรกของสหพันธรัฐภาคใต้ และเป็นสัญลักษณ์แห่งความพ่ายแพ้และความต่ำต้อยของประชาชนผิวดำซึ่งถูกคนผิวขาวซึ่งมีจำนวนน้อยกว่ามองเป็นเสมือนวัตถุ เครื่องมือหรือสิ่งของและถูกกดขี่มานานนับปี เหตุการณ์ดังกล่าวนี้จึงเกิดการปะทุของพลังทางสังคมของชาวผิวดำและเกิดขบวนการความเคลื่อนไหวอันเป็นอุบัติการณ์ที่หล่อหลอมความรู้สึกร่วมของชาวผิวดำ ความต้องการเครื่องมือ และผู้นำที่จะชี้ทางให้ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นที่มอนต์โกเมอรีทำให้องค์ประกอบทั้งสามประการครบและเป็นมูลเหตุให้เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์อเมริกา และนำมาสู่คำพิพากษาของศาลฎีกาของสหรัฐได้มีคำตัดสินว่า “รัฐอลาบามาและกฎหมายประจำท้องถิ่นที่ให้มีระบบแบ่งผิวบนรถประจำทางเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งนำมาสู่การเลิกแบ่งผิวในการให้บริการขนส่งสาธารณะและมีการดำเนินการเพื่อนำมาซึ่งความเสมอภาคของชาวผิวดำอีกหลายประการ จนนำมาสู่การประกาศเป็นทางการว่า “การแบ่งผิวเป็นการผิดศีลธรรม” และมีการเสนอรัฐบัญญัติต่อรัฐสภาเกี่ยวกับสิทธิของพลเมืองที่มีขอบข่ายกว้างขวางที่สุดที่เคยมีมา , โปรตดู วิลม จันทรโรทัย , ดร. มาร์ติน ลูเธอร์ จูเนียร์ : ผู้นำการปฏิวัตินิโกร , งานค้นคว้าอิสระ เอกสารการศึกษาในหลักสูตรผู้นำการเมืองยุคใหม่ รุ่นที่ 3 สถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2549 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.kpi-lib.com/multim/ebook6/นป257.pdf>

ชาวของบริษัทรถไฟ East Louisiana Railway ซึ่งเป็นรถไฟบริการทั่วไป (common carrier) และไม่มีอำนาจในการแบ่งแยกพลเมืองบนหลักของเชื้อชาติ ทั้งนี้ ตามกฎหมายมลรัฐหลุยเซียน่า 1890 ส่วนที่ 1 กำหนดให้ทุกบริษัทขนส่งโดยสารทางรถไฟในมลรัฐหลุยเซียน่าจัดเตรียมสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับคนผิวขาวและผิวดำอย่างเท่าเทียมกัน (equal) แต่แยกออกจากกัน (separate) โดยการจัดเตรียมตู้โดยสาร 2 ตู้ขึ้นไปสำหรับรถไฟโดยสารในแต่ละเที่ยวหรือจัดแบ่งตู้โดยสารโดยใช้แผงกั้นเพื่อแยกสิ่งอำนวยความสะดวกออกจากกัน นอกจากนี้ กฎหมายส่วนที่ 2 ยังกำหนดห้ามบุคคลโดยสารในตู้ที่ไม่เป็นไปตามเชื้อชาติของตน และกำหนดให้เจ้าหน้าที่รถไฟเป็นผู้จัดสรรให้ผู้โดยสารนั่งในตู้โดยสารหรือพื้นที่จัดสรรตามเชื้อชาติโดยที่บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบการกระทำนั้นว่าขัดหลักรัฐธรรมนูญ และมาตรา 3 กำหนดโทษสำหรับเจ้าหน้าที่หรือผู้ดูแลตรวจสอบในการเพิกเฉยหรือเลี้ยงที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งกรณี Plessy เจ้าหน้าที่รถไฟได้ขอให้โจทก์ลุกจากที่นั่งดังกล่าวและให้ย้ายไปนั่งบนเก้าอี้ที่ทางรถไฟจัดไว้สำหรับคนที่ไม่ใช่ผิวขาว โจทก์ได้ปฏิเสธที่จะกระทำตามคำสั่งและยืนยันว่าตนนั่งเก้าอี้ที่ถูกต้องตามเชื้อชาติ โจทก์ถูกบังคับให้ลงจากรถโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจตามคำร้องขอของเจ้าหน้าที่การรถไฟและถูกฝากขังไว้ในเมืองนิวออร์ลีอันส์ตามข้อหาละเมิดกฎหมายข้างต้น โดยโจทก์ได้ยกประเด็นขึ้นต่อสู้ว่ากฎหมายละเมิดรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขที่ 13 และ 14 ซึ่งศาลสูงสุดคดี Plessy v. Ferguson รับคำร้องและพิพากษาว่า กฎหมายมลรัฐหลุยเซียน่า 1890 ที่กำหนดให้แบ่งแยกตู้โดยสารสำหรับคนผิวขาวและผิวดำนั้นไม่เป็นการละเมิดสิทธิ (privileges) กระบวนการทางกฎหมาย (due process of law) และหลักการคุ้มครองความเท่าเทียมกัน (equal protection of laws) ตามความหมายของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขที่ 14 ครอบคลุมเท่าที่สิ่งอำนวยความสะดวกในการโดยสารรถไฟได้ถูกจัดแบ่งแยกให้สำหรับคนผิวขาวและผิวดำอย่างเท่าเทียมกัน จึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญหรือเรียกหลักการแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน (separate but equal doctrine)

ซึ่งภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาในคดี Brown โดยกลับคำตัดสินในคดี Plessy v. Ferguson ซึ่งถือเป็นการยกเลิกระบบการแบ่งแยกแต่เท่าเทียมกัน (separate but equal doctrine) ที่ถูกใช้ในคดี Plessy ซึ่งเป็นบรรทัดฐานมาอย่างยาวนานกว่า 60 ปี ดังกล่าวแล้ว ต่อมา ปี ค.ศ. 1970 ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแยกสีผิวที่สำคัญอีกคดีหนึ่งคือ Swann v. Charlotte – Mecklenburg Board of Education , 402 U.S. 1 (1970) ที่ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า โครงการรถรับส่งนักเรียนเป็นการส่งเสริมการไม่แยกเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁵¹⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสภาพเหตุการณ์ของบริบททางประวัติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาจะพบว่า แนวคิดการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบนพื้นฐานของสิทธิความเป็นพลเมือง ซึ่งได้รับการรับรองและยอมรับ

⁵¹⁵ โปรดตุ วรณา สุพรรณธรริตา , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 219 , หน้า 194-198 ; 224-225

สถานภาพโดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นผลพวงมาจากขบวนการเคลื่อนไหวเพื่อสิทธิพลเมือง และการต่อรองระหว่างอำนาจต่างๆ ในสังคมการเมือง โดยลักษณะที่เด่นชัดอย่างหนึ่งของสถาบันการเมืองสหรัฐอเมริกา คือความต่อเนื่องของสถาบันทางการเมืองทั้งรัฐสภา รัฐธรรมนูญ และกฎหมายต่างๆ เป็นระยะเวลากว่า 200 ปี โดยสังคมการเมืองอเมริกันมุ่งแสวงหาวิถีทางในการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการขั้นพื้นฐานที่ไม่สามารถทำลายได้อันเป็นคุณลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญอเมริกาที่ถือเป็นฉันทามติของการก่อตั้งประเทศ ซึ่งปัญหาประการสำคัญที่สืบเนื่องมาจวบจนปัจจุบันและเป็นรอยต่างของประวัติศาสตร์ของอเมริกาตั้งแต่เริ่มต้นคือการทำให้ทาสกลายเป็นสถาบันทางกฎหมายและสถาบันทางสังคมที่ถูกต้องชอบธรรม (Institutionalization of slavery) ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้สั่งสมมาเป็นระยะเวลายาวนานที่แสดงถึงการต่อสู้ของชนผิวดำในการเรียกร้องความเป็นมนุษย์และสังคมเพื่อให้ตนมีอิสระและเสรีภาพ ตลอดจนสิทธิพลเมืองและสิทธิเลือกตั้งจนเหตุการณ์ได้ปะทุนำมาสู่สงครามกลางเมือง ซึ่งต่อมาได้มีความพยายามในการบูรณะประเทศ (Reconstruction) โดยขยายสิทธิของพลเมืองอันนำมาสู่การเสนอร่างบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 เรื่องสิทธิพลเมืองให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงแก่กลุ่มชนผิวดำและทาส และมีการให้สัตยาบันจนประกาศเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1868 ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 1 ของบทแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายฉบับดังกล่าว อันเป็นการรับรองเอกสิทธิ์และความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยต่อมาบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 19 ได้ขยายไปสู่การให้ความสำคัญกับสิทธิเลือกตั้งของสตรี⁵¹⁶ และกลุ่มชนชายขอบต่างๆ⁵¹⁷ ที่ศาลสูงสุด

⁵¹⁶ ในปี ค.ศ. 1920 บทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 19 บัญญัติว่า “สิทธิของพลเมืองสหรัฐในการเลือกตั้งจะไม่ถูกปฏิเสธหรือตัดทอนโดยสหรัฐหรือโดยมลรัฐใดๆ เนื่องจากเพศ” โดยได้มีคดีขึ้นสู่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี *Leser v. Garnett*, (258 U.S. 130), 1922 กรณี Oscar Leser เจ้าหน้าที่รับผิดชอบการเลือกตั้งปฏิเสธไม่ให้สตรีสองคนลงทะเบียนใช้สิทธิเลือกตั้งในเมืองบอลทิมอร์ มลรัฐแมริแลนด์ เนื่องจากเขาเชื่อว่าธรรมนูญของมลรัฐแมริแลนด์ให้สิทธิเลือกตั้งกับผู้ชายเท่านั้นและฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเองก็มีได้ลงนามให้สัตยาบันในบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 19 และ Leser ให้หนึ่งในเหตุผลว่าบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 19 เป็นการทำลายความเป็นอิสระของมลรัฐ เพราะมีผลให้เพิ่มจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตพื้นที่โดยไม่ได้มีความเห็นชอบจากมลรัฐ ซึ่งท้ายที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 19 เป็นเช่นเดียวกับบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 15 ซึ่งขยายสิทธิเลือกตั้งในพื้นที่โดยไม่ใช้เหตุแห่งเชื้อชาติอันมีผลมากกว่า 50 ปีแล้ว และคำตัดสินของศาลได้ส่งผลให้สตรีสองคนในเมืองบอลทิมอร์สามารถไปลงทะเบียนใช้สิทธิเลือกตั้งได้

⁵¹⁷ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี *Worcester v. Georgia* 31 U.S. (6 Pet.) 515, 1832 ว่า ให้ชนชาติอินเดียนถือเป็นชาติอิสระที่ได้รับสิทธิตามธรรมชาติ โดยไม่มีข้อขัดข้องในเรื่องที่ดิน ส่วนคำว่า “ชาติ” นั้นโดยทั่วไปให้ใช้กับคนอินเดียนซึ่งหมายถึงบุคคลที่แตกต่างจากคนอื่น ๆ ด้วยการที่อินเดียนเป็นชาติอันจริงอาจอยู่ภายใต้การพิทักษ์ของชาติที่เข้มแข็งกว่าโดยมิได้ทำให้สูญเสียสิทธิการปกครองตนเองยังคงดำรงอยู่ เว้นเสียแต่ว่าหลักการในคำวินิจฉัยนี้จะถูกละเลยหรือฝ่าฝืนโดยกฏกติกาและการตีความในระดับท้องถิ่นเท่านั้น เนื่องด้วยคนอินเดียนถือเป็นกลุ่มหนึ่งที่ถูกกีดกันออกไปจากการได้รับสิทธิพลเมืองมาแต่ต้น ซึ่งด้วยคำวินิจฉัยนี้ส่งผลให้เกิดการประกาศใช้กฎหมายพลเมืองอินเดียน (Indian Citizenship Act of 1924) เพื่อให้สิทธิพลเมืองเต็มขั้นแก่คนพื้นเมืองอเมริกัน ; ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในคดี *Smith v. Allwright* 321 U.S. 649, 1944 ว่าการให้

แห่งสหรัฐได้ให้การรับรองตั้งนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า จากรากฐานของความหลากหลายทางวัฒนธรรมของชนชาติอเมริกันนับแต่ก่อตั้งประเทศได้ปรากฏความขัดแย้งของชนกลุ่มต่างๆ ที่นำมาสู่การเคลื่อนไหวเรียกร้องสิทธิพลเมืองประการต่างๆ และเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอันนำมาสู่คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นแนวคิดที่เสมือนตั้งรากฐานของชนชาติอเมริกาและทั้งนี้ จากความเคลื่อนไหวของขบวนการเพื่อสิทธิพลเมืองอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากความตื่นตัวของคดี *Brown v. Board of Education* ในปี ค.ศ. 1954 ดังกล่าวนี้ และความตื่นตัวของขบวนการเคลื่อนไหวสิทธิพลเมือง จนนำมาสู่เหตุการณ์ลอบสังหารประธานาธิบดีจอห์น เอฟ. เคนเนดี (John F. Kennedy) ได้เป็นแรงผลักดันให้รัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิพลเมือง (Civil Rights Act of 1964) ผ่านรัฐสภา โดยมีใจความสำคัญว่าการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนแอฟริกันอเมริกัน สตรี รวมทั้งการแบ่งแยกสีผิวเป็นสิ่งผิดกฎหมาย และการออกกฎหมายว่าด้วยสิทธิการเลือกตั้ง (Voting Rights Act of 1965)⁵¹⁸ และ Voting Rights Act of 1970⁵¹⁹ ซึ่งขยายสิทธิการเลือกตั้งออกจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิการเลือกตั้งฉบับเดิมอันถือเป็นการรับรองสิทธิพลเมืองให้ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่เป็นตั้งเอกสารจัดการความสัมพันธ์ภายในประเทศและถือเป็นกฎหมายสูงสุด และอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถบรรลุเจตนารมณ์ได้โดยหากปราศจากศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ และในหลายกรณีได้สร้างบรรทัดฐานในทางปฏิบัติให้รัฐธรรมนูญคงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด⁵²⁰ จากคำวินิจฉัยในคดีนี้นับเป็นจุดก่อเกิดของการสิ้นสุดของการแบ่งแยกสีผิวที่ฝังรากลึกในวัฒนธรรมของอเมริกา อันนำมาสู่การรับรองและยืนยันถึงหลักการพื้นฐานที่ว่าด้วยความเสมอภาคและความเท่าเทียมของความเป็นมนุษย์โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา และการเกิดเหตุการณ์ต่างๆ ที่เป็นผลพวงสืบเนื่องจากผลของคำวินิจฉัยนี้มากมาย หากแต่นับเป็นปรากฏการณ์ของก้าวอย่างแห่งการรับรองสิทธิพลเมืองอันเป็นรากฐานของการ

เฉพาะคนผิวขาวใช้สิทธิเลือกตั้งเบื้องต้น (whites-only primary elections) เป็นสิ่งที่ขัดรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้หลังจากนั้นคนผิวดำผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถไปลงทะเบียนเพิ่มขึ้น

518 The Voting Rights Act of 1965 , The United States Department of Justice , Available From <https://www.justice.gov/crt/history-federal-voting-rights-laws>

519 Gerhard Peters and John T. Woolley , Richard Nixon: "Statement on Signing the Voting Rights Act Amendments of 1970.," June 22, 1970., The American Presidency Project , Available From <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=2553>.

520 ลีดิกร สังข์แก้ว , อ่านความเป็นพลเมืองในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : บริบทเชิงนิติประวัติศาสตร์และภาคปฏิบัติการทางการเมือง , วารสารวิชาการ Veridian E-Journal บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร ปีที่ 6 เล่มที่ 1 มกราคม – เมษายน 2556 , หน้า 749-768

หลอมรวมความเป็นพลเมืองแห่งชนชาวอเมริกัน และก่อกำเนิดหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เชื้อชาติ สีผิว ทรัพย์สิน หรือแม้แต่ว่าระดับของการศึกษาที่สะท้อนถึงความเคารพในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และยึดหลักความเสมอภาคที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาโดยเท่าเทียมกันอันสะท้อนถึงนิติรัฐในทางเนื้อหาที่ปรากฏผ่านรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา

3.3.4.3 คดี Goldberg v. Kelly , 397 U.S. 254 (1970) หลักสิทธิของบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองจากหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law)

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยกรณีคณะกรรมการอุทธรณ์ของหน่วยงานประชาสงเคราะห์ฟ้องคดีต่อศาลมลรัฐทางภาคใต้ของรัฐ New York แห่งสหรัฐอเมริกากรณี นาย Goldberg ผู้รับสวัสดิการจากรัฐได้ทำการฟ้องคดี โดยศาลแห่งมลรัฐได้ยึดหลักว่า ก่อนยกเลิกการให้สวัสดิการจะต้องได้รับการยืนยันโดยพยานหลักฐานอันเป็นข้อเรียกร้องของหลัก Due Process ซึ่งหลัก Due Process of Law เป็นกระบวนการและวิถีทางตามกฎหมายอันหมายถึงการที่รัฐจะบังคับหรือปฏิบัติต่อพลเมืองในเรื่องใดๆ จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานไว้แล้วอย่างเคร่งครัด⁵²¹ โดยศาลฎีกาได้ยืนยันว่า หลักการรับฟังคำชี้แจงก่อนยกเลิกการให้สวัสดิการของรัฐ จะต้องมีการแจ้งหรือบอกกล่าวล่วงหน้า(Notice) และให้โอกาสในการเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดี (Hearing) ที่เหมาะสมกับคดีนั้นๆ ซึ่งกระบวนการพิจารณาโดยคณะกรรมการอุทธรณ์ของประชาสงเคราะห์ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าและได้รับการตรวจสอบ (Review) อีกครั้งโดยเจ้าหน้าที่สวัสดิการท้องถิ่นและอนุญาตให้ผู้รับสวัสดิการได้ระบุแถลงการณ์เพื่อแสดงให้เห็นว่า เหตุใดประโยชน์ที่พึงได้รับไม่ควรถูกยกเลิก และต้องอนุญาตให้มีการพิจารณาคดีอย่างเป็นทางการภายหลังการยกเลิก ซึ่งเมื่อศาลได้ทบทวนว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีที่มีหลักฐานปรากฏชัดเจนก่อนการยกเลิกและได้มีการตัดสินใจถึงความถูกต้องของการยกเลิกว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อตอบสนองต่อหลัก due process โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลพบว่าสำหรับผู้รับสวัสดิการที่ยากไร้ นั้น การสิ้นสุดของสวัสดิการของรัฐถือมีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับผู้ยากไร้ในการดำรงชีวิต ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่า มีความจำเป็นที่จะต้องมุ่งเน้นหาวิธีการในการดำรงชีวิตที่ได้ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแสวงหาการชดเชยจากรัฐจากการยกเลิกสวัสดิการ และเพื่อคุ้มครองกระบวนการอันควรแห่งกฎหมาย (Due Process) ตามหลักการรับฟังคู่กรณีก่อนการยกเลิก

⁵²¹ โกวิท วงศ์สุวรรณ , Rule of Law & Due Process Of Law , บทความเผยแพร่หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 1 มีนาคม 2549 ปีที่ 29 ฉบับที่ 10217 , จุฬารัตน์ ยะปะนัน (รวบรวม) , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/K28_jun_3_3.pdf

สวัสดิการจากรัฐ⁵²² ศาลฎีกาได้ใช้หลัก due process ในการวินิจฉัยให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐ ต้องจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีก่อนบอกเลิกการให้เงินสวัสดิการแก่ผู้รับประโยชน์ และคดีนี้ศาลยังได้ วินิจฉัยอีกว่า ต้องจัดให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครองในการรับฟังคู่กรณีที่เต็มรูปแบบ (a full trail type hearing) รวมทั้งต้องให้โอกาสอย่างแท้จริงที่จะต่อสู้คดีโดยการเผชิญหน้ากับ พยานฝ่ายตรงข้าม (an effective opportunity to defend by confronting any adverse witness...) โดยในคดี Goldberg v. Kelly นี้ถือว่าได้รับ full trial-type hearing ที่เป็นการ พิจารณาคดีเต็มรูปแบบ⁵²³ ตามหลักการที่ว่าผู้รับสวัสดิการมีสิทธิตามหลักกระบวนการอันควรแห่ง กฎหมาย (Due Process Clause) ที่จะได้รับโอกาสในการชี้แจงหรือบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนการยุติ ความช่วยเหลือจากรัฐ โดยศาลได้ชี้ว่า รัฐต้องแต่งตั้งที่ปรึกษาเป็นตัวแทนของผู้อ้างสิทธิในกระบวนการ พิจารณาตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งผลก็คือเสียงข้างมากของศาลได้พิจารณาถึงกรณีเกี่ยวกับสวัสดิการของรัฐ มุ่งหมายคุ้มครองโจทก์ซึ่งเป็นผู้ยากไร้และผู้ไร้การศึกษาพึงได้รับการสนับสนุนจากรัฐ โดยวางอยู่บน ทฤษฎีการบังคับใช้ตามบรรทัดฐานขั้นต่ำตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งระบุว่าสถานะนิติบัญญัติของรัฐมีหน้าที่ตาม รัฐธรรมนูญในการแจ้งให้ทราบต่อผู้มีสิทธิได้รับสวัสดิการจากกองทุนช่วยเหลือของรัฐจาก กระบวนการพิจารณาทางปกครองในการยกเลิกสวัสดิการอันเป็นประโยชน์ของการดำรงชีวิต ศาล ตัดสินว่า หลัก due process เรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเหมาะสมในการบอกกล่าวในกระบวนการ พิจารณาทางปกครอง ก่อนยกเลิกความช่วยเหลือสวัสดิการจากรัฐ ซึ่งจากข้อเท็จจริงนาย Goldberg ได้ให้ความเคารพต่อกระบวนการพิจารณาในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ยากไร้อันเป็นศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ขั้นพื้นฐานและสวัสดิการที่พึงได้รับจากรัฐ โดยยึดความเสมอภาคและความเท่าเทียมในการ ได้รับความยุติธรรมตามบรรทัดฐานของหลัก rule of law และหลักการพื้นฐานของความเสมอภาค ภายใต้อกฎหมาย⁵²⁴ ดังนั้น เจเนอไซพื้นฐานของหลัก Due Process นั้นได้แก่การที่บุคคลจะต้องได้รับ สิทธิในการแจ้งข้อกล่าวหาและเหตุผลก่อนถูกเลิกจ้าง (Pretermination Notice) และสิทธิในการเข้า สู่กระบวนการพิจารณาไต่สวนคดีก่อนมีคำสั่งเลิกจ้าง (Pretermination Hearing) เพื่อแก้ข้อกล่าวหา ไม่ว่าจะโดยวิธีการชี้แจงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม โดยเฉพาะสิทธิในการเข้าสู่

⁵²² law school case briefs , Goldberg v. Kelly case brief , Available From

<http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/05/goldberg-v-kelly-case-brief.html>

⁵²³ วันชัย โฆษิตมาต , หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน

สหรัฐอเมริกา และไทย . (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2549) , หน้า 82-85

⁵²⁴ Stephen Loffredo and Don Friedman , GIDEON MEETS GOLDBERG : The Case For A Qualified Right To Counsel

In Welfare Hearings , The *Touro International Law Review* Vol. 25 , No. 1-2009 , p. 276-283 , Available From

<https://www.tourolaw.edu/>

[LawReview/uploads/pdfs/_11_WWW_Gideon%20Meets%20Goldberg_SM_Final_12.23.08_.pdf](http://www.tourolaw.edu/LawReview/uploads/pdfs/_11_WWW_Gideon%20Meets%20Goldberg_SM_Final_12.23.08_.pdf)

กระบวนการพิจารณาไต่สวนก่อนการเลิกจ้างนั้นแม้ว่ากระบวนการดังกล่าวอาจไม่ได้ช่วยให้หลุดพ้นจากการถูกเลิกจ้างก็ตาม แต่ก็ยังเป็นวิธีการตรวจสอบคำสั่งหรือคำวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าคำสั่งหรือคำวินิจฉัยมีข้อผิดพลาดใดหรือไม่ หรือมีเหตุผลเพียงพอที่จะรับฟังได้ตามข้อกล่าวหาหรือไม่ นอกจากนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการวินิจฉัยคดีศาลยังต้องคำนึงถึงปัจจัย 3 ประการซึ่งประกอบด้วยผลประโยชน์ของตัวบุคคลที่จะได้รับจากการจ้างงานผลประโยชน์ของรัฐที่สามารถเลิกจ้างข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐที่รัฐไม่ต้องการ และการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงในความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นได้ในการเลิกจ้าง⁵²⁵

จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นการเรียกร้องหลัก due Process ในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐมาลิดรอนสิทธิของประชาชนในการกระทำทางปกครอง เพื่อมุ่งให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติออกมา โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้ทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครอง (Judicial Review)⁵²⁶ โดยเฉพาะคำวินิจฉัยในคดีนี้ได้วางหลักการบอกกล่าวล่วงหน้า (Notice) และให้โอกาสคู่กรณีในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี (Hearing) และหลักการรับฟังคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอันเป็นการเรียกร้องของหลัก Due Process of Law ซึ่งได้รับการยอมรับโดยมีการรับรองและการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวางในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแนวคิดของหลักนิติกระบวนการมีหลักอยู่ว่าการที่รัฐบาลจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อปัจเจกชนอย่างรุนแรงแล้ว รัฐบาลจะต้องจัดให้มีองค์ประกอบบางอย่างของกระบวนการที่เรียกว่า “นิติกระบวนการ” หรือ Due Process of Law คือจะต้องดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมายอันเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง เจ้าหน้าที่รัฐต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ทุกคนมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ใดที่กระทำการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจึงต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย ส่วนผู้ที่

⁵²⁵ เหตุผลที่ปรากฏดังกล่าว เกิดขึ้นในคดี Cleveland Board of Education V. Loudermill (1985) ซึ่งเป็นคดีที่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลของการใช้หลักนิติกระบวนการอันปรากฏเทียบเคียงกรณีเดียวกับคดี Goldberg v. Kelly ซึ่งคดี Cleveland Board of Education เป็นคดีที่ศาลพิจารณาว่าวิธีการใดบ้างที่มีความจำเป็นจะต้องดำเนินการก่อนการเลิกจ้างข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐซึ่งจะถูกเลิกจ้างได้ต่อเมื่อมีเหตุอันสมควร (Discharged for Cause) ศาลสูงสุดได้วางหลักว่า หลัก Due Process ถือเป็นหลักที่สำคัญในการบริหารงานบุคคลในภาครัฐโดยศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่าหลักการที่สำคัญของหลัก Due Process เป็นหลักที่ประกันว่าการเพิกถอนการตัดสินใจหรือการกระทำใดๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตเสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะมีกระบวนการอันชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะต้องมีการแจ้งหรือบอกกล่าวล่วงหน้า (Notice) และให้โอกาสในการเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดี (Hearing) ที่เหมาะสมกับคดีนั้นๆ

⁵²⁶ Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , Administrative Law Treatise , 2nd ed. Vol2 (San Diego : K.C. Davis. Pub. Co. , 1979) , p. 352 , วันชัย โฆษิตมาศ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 254

ได้รับความเสียหายจะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอเหมือนกันเพื่อความเป็นธรรม และชอบธรรมในสังคม⁵²⁷

527

หลัก Due Process of Law ได้รับอิทธิพลจากมาตรา 39 ของแมกนา คาร์ตา ค.ศ. 1215 ของประเทศสหราชอาณาจักร ทำนองเดียวกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) และถูกนำมาใช้ในความหมายเดียวกันกับคำว่า “กฎหมายแห่งดินแดน” (Law of the Land) ในบทแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 คำว่า Due Process of Law ถูกนำมาใช้เมื่อ ค.ศ. 1791 โดยจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Government) แห่งสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ รัฐบาลต้องดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยวางหลักว่ารัฐบาลจะลดทอนหรือกระทำการใดๆ อันมีผลกระทบต่อชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการของกฎหมายไม่ได้ คือต้องให้บุคคลมีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนที่เหมาะสมตามวิถีทางของกฎหมาย ต่อมาได้มีบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 ใช้เมื่อ ค.ศ. 1868 โดยขยายไปใช้จำกัดอำนาจของมลรัฐทุกแห่งในสหรัฐอเมริกาด้วย เพื่อให้ดูเป็นคำใหม่ และชัดเจน ครอบคลุมกระบวนการทางวิธีบัญญัติและกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จาริตประเพณี ตลอดจนความยุติธรรมทั่วไป โดยเน้นว่าคำว่า “กระบวนการ” แสดงออกถึงการเคลื่อนไหวที่ไม่คงที่และปรับเปลี่ยนอยู่เสมอ ดังนั้น ศาลจึงต้องทำให้รัฐธรรมนูรมีลักษณะเหมือนมีชีวิต กล่าวคือ สามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์บ้านเมืองโดยระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาให้การรับรองหลักนิติกระบวนการ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 1787 ที่เริ่มมีหลักนิติกระบวนการปรากฏอยู่ เช่น หลักการไม่ออกกฎหมายย้อนหลัง หรือการลงโทษบุคคลหรือกลุ่มคนเป็นการเฉพาะ การคุ้มครองโดยคำสั่งศาล และหมายศาล ที่เรียกว่า Writ of Habeas Corpus หมายความว่า บุคคลทั้งหลายที่ถูกจับกุมในสภาพที่เห็นได้ว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุคคลอื่นใดที่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น อาจยื่นคำร้องขอโดยแสดงหลักฐานต่อผู้พิพากษาให้ทำการไต่สวนพิจารณาว่า การจับกุมคุมขังบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลอาจจะให้การเยียวยาได้หากมีการควบคุมตัวบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ ยังมีหลักการเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ รวมถึงเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษา นอกจากนี้ ยังปรากฏตัวอย่างของหลักนิติกระบวนการที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา อาทิ คดี United States v. Agurs , 427 U.S. 97 (1976) ศาลฎีกาได้พิพากษาโดยวางหลักไว้ว่า หากพยานหลักฐานนั้นมีความสำคัญและเกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิสูจน์ว่าจำเลยไม่เป็นผู้กระทำความผิดกรณีถือได้ว่าเป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการจะต้องเปิดเผยให้จำเลยทราบแม้จะมีได้มีการร้องขอโดยเฉพาะเจาะจงให้พนักงานอัยการเปิดเผยก็ตาม ; คดี James E. Gilbert, President, East Stroudsburg University, et al. V. Richard Homar (1997) คดีนี้ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ การไม่แจ้งหรือบอกกล่าวล่วงหน้าและไม่จัดให้มีกระบวนการพิจารณาไต่สวนคดีก่อนออกคำสั่งพักงานของลูกจ้างของรัฐโดยไม่จ่ายค่าจ้าง (Suspension Without Pay) เป็นกรณีที่รัฐฝ่าฝืนหลัก Due Process หรือไม่นั้น ศาลวินิจฉัยว่าหลัก Due Process เป็นหลักการที่มีความยืดหยุ่นและเป็นหลักที่กำหนดให้มีกระบวนการหรือวิธีการคุ้มครองได้ตามสถานการณ์ที่แตกต่างกันไป ดังนั้น จึงไม่สามารถใช้บรรทัดฐานจากคดี Cleveland Board of Education V. Loudermill มาสรุปได้ว่า คำสั่งพักงานโดยไม่จ่ายค่าจ้างนั้นจะชอบด้วยกฎหมาย หากมีการบอกกล่าวและผ่านดำเนินการพิจารณาไต่สวนคดีก่อนศาลยังได้ชี้ว่าวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีกระบวนการพิจารณาไต่สวนคดีก่อนออกคำสั่งเลิกจ้างในคดี Cleveland Board of Education V. Loudermill นั้น ก็เพื่อจะพิจารณาว่ามีเหตุผลอันสมควรเชื่อได้ตามข้อกล่าวหาและมีเหตุผลใดในการสนับสนุนการเลิกจ้างนั้นหรือไม่ เช่นเดียวกัน วัตถุประสงค์ของการจัดให้มีกระบวนการพิจารณาไต่สวน คดีก่อนออกคำสั่งพักงานนั้นก็เพื่อพิจารณาให้แน่ใจว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะสนับสนุนการออกคำสั่งพักงานนั้นโดยไม่จ่ายค่าจ้าง ซึ่งศาลเห็นว่าในคดีนี้มีเหตุผลอย่างเพียงพอจากการที่ลูกจ้างของรัฐถูกจับกุมและตั้งข้อกล่าวหา ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสภาพและพฤติการณ์ในคดีนี้ ศาลเห็นว่ารัฐมิได้กระทำการฝ่าฝืนหลัก Due Process ในการไม่แจ้งหรือบอกกล่าวล่วงหน้าและไม่จัดให้มีกระบวนการพิจารณาไต่สวนคดีก่อนออกคำสั่งพักงานของลูกจ้าง , ไพรอต วิสิฐ ญาณภริต , วาริ นาสกุล , วิชญะ เครื่องงาม , ณัชชัญญา ทองจันทร์ , ธนสารจงพานิช และอดิศักดิ์ โจอาเรีย , บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ , รายงานการวิจัยได้รับทุนสนับสนุนจากคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ เดือนสิงหาคม 2557 สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม , หน้า 24-30

คำวินิจฉัยนี้ถือเป็นกรณีพิพาทสูงสุดได้วินิจฉัยถึงหลักการที่สำคัญของหลัก Due Process อันเป็นหลักที่ประกันว่าการเพิกถอนการตัดสินใจหรือการกระทำใดๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตเสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่จะมีกระบวนการอันชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการที่สะท้อนถึงหลักนิติรัฐอันเป็นแนวคิดที่ให้รัฐวางหลักประกันที่เป็นธรรมแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถยื่นเรื่องไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้นๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมืองและมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ โดยมีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหายกล่าวคือ จะต้องมีการแจ้งหรือบอกกล่าวล่วงหน้า (Notice) และให้โอกาสในการเข้าสู่กระบวนการไต่สวนหรือกระบวนการพิจารณาคดี (Hearing) ที่เหมาะสมกับคดีนั้นๆ อันเป็นหลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี หลักคิดเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่า หลักนิติรัฐมิใช่เพียงแต่หลักกฎหมายเท่านั้นแต่เป็นหลักของกระบวนการยุติธรรมและหลักของการใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงมีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกับหลักการปกครองอื่นๆ ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) หลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) หลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law) หรือความชอบธรรม (Righteousness) อื่นๆ ในการปกครองประเทศ ระบบนิติรัฐจะถือหลักเกณฑ์กติกากว่าสำคัญกว่าอำเภอใจมนุษย์ กล่าวคือ การไม่ถือบุคคลเป็นใหญ่แต่ถือหลักเกณฑ์และกติกาสังคมเป็นสิ่งสำคัญ หากแต่ก็ได้ถือบทกฎหมายเป็นสรณะแต่เพียงถ่ายเดียวบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผู้ปกครองบัญญัติขึ้นนั้นหากปราศจากความชอบธรรมรองรับ สภาพบังคับก็แทบจะไม่พึงปรากฏผล หลักนิติรัฐจึงมุ่งปฏิเสธผู้ใช้อำนาจเป็นธรรม (Might is Right) แต่เทิดทูนผู้ที่ใช้ธรรมเป็นอำนาจ (Right is Might) การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายจะต้องกระทำตามกรอบและครรลองแห่งหลักการถือกฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of Law) ตามแนวคิดของระบบ Common Law หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (Legal State) ตามแนวคิดของระบบ Civil Law ประกอบกับหลักยุติธรรม (Principle of Natural Justice) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law) หลักนิติรัฐจึงถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในอันที่จะช่วยให้เกิดความถูกต้องเป็นธรรมและสันติสุขในสังคม⁵²⁸

528

สกล หาญสุทธีวารินทร์ , การปกครองตามหลักนิติธรรมในมุมมองขององค์กรเอกชนต่างประเทศ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา

3.3.4.4 คดี Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey , 505 U.S. 833 (1992) หลัก Stare Decisis หลักผลผูกพันของคำพิพากษาที่ศาลได้ตัดสินไว้แล้ว

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลัก stare decisis ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย Common Law นั้นเป็นที่เข้าใจกันทั่วไปว่าหมายถึงการกำหนดให้ศาลล่างต้องผูกพันต่อคำพิพากษาที่ศาลสูงได้ ตัดสินไว้และกำหนดให้ศาลนั้นต้องผูกพันต่อคำพิพากษาที่ได้เคยตัดสินไว้ก่อนหน้านี้ด้วย นักกฎหมายอเมริกันได้อภิปรายโต้แย้งกันเกี่ยวกับความผูกพันของศาลสูงสุดที่มีต่อคำพิพากษาเก่าๆ ของศาลมาอย่างยาวนาน หลักความผูกพันต่อคำพิพากษาในคดีก่อนปรากฏชัดเจน ที่สุดในคำพิพากษาเกี่ยวกับการทำแท้ง ใน ค.ศ. 1973 ศาลสูงสุดได้พิพากษารับรองสิทธิของหญิงมีครรภ์ที่จะทำแท้งโดยเห็นว่าสิทธิดังกล่าวได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ในคดี Roe v. Wade⁵²⁹ ซึ่งปรากฏว่าสัดส่วนของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดได้เปลี่ยนไปจากเดิม เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวประธานาธิบดี Reagan และประธานาธิบดี Bush ได้แต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงที่มีแนวความคิดในทางอนุรักษนิยมเข้าไปดำรงตำแหน่งมากขึ้น ทำให้เกิดการคาดหมายกันว่าหลักการเกี่ยวกับการทำแท้งที่ปรากฏในคดี Roe v. wade น่าจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตามใน ค.ศ. 1992 ศาลสูงสุดได้พิพากษายืนยันสิทธิของหญิงมีครรภ์ที่จะทำแท้งไว้อีกครั้งหนึ่งในคดี Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey นี้เอง⁵³⁰ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ศาลสูงสุดพิพากษายืนยันเดินตามแนวทางเดิมมาจากหลัก stare decisis และเมื่อพิจารณาจากหลักคิดในเรื่องความผูกพันของคำพิพากษาแล้ว จะพบว่าโดยหลัก แล้วหากปรากฏว่าเรื่องที่เป็นปัญหาให้ต้องพิพากษานั้นได้เคยมีการพิพากษาไว้แล้ว ศาลจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามแนวทางที่เคยมีการพิพากษาไว้ ทั้งนี้โดยมีพ้องต้องค้ำึงคำพิพากษาที่มีมาก่อนจะเป็นคำพิพากษาที่มีมานานแล้ว หรือเป็นคำพิพากษาใหม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งหากเรื่อง ที่ศาลต้องพิพากษาเป็นเรื่องที่เคยมีคำพิพากษาแล้วครั้งหนึ่ง ย่อมถือว่าประเด็นที่เคยมีการ พิพากษาไว้แล้วเป็นอันไม่ต้องมาพิจารณากันใหม่อีก ศาลในคดีหลังต้องเดินตามคำพิพากษาในเรื่องเดียวกันที่มีมาก่อนหน้านั้น ทั้งนี้เพราะสิ่งที่เหมือนกันย่อมต้องได้รับการวินิจฉัยเหมือนกัน แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่เป็นรากฐานของ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 4-6

⁵²⁹

Bradley Silverman , Liberty or Dignity : Investigating the Fundamental Ideals Underlying American & German Abortion Jurisprudence , *The University of Chicago Undergraduate Law Review (UCULR)* Volume III Issue 1 , p. 44-60

⁵³⁰

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey , Governor of Pennsylvania , et al. , Available From <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>

หลัก stare decisis และเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับความยุติธรรม ดังที่ Alexander Hamilton หนึ่งในคณะผู้ก่อการของประเทศสหรัฐ (a Founding Father) และเป็นผู้ตีความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่สำคัญ (Constitutional interpretation) ที่ก็เห็นว่าเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจของผู้พิพากษา การกำหนดให้ศาลต้องผูกพันกับคำพิพากษาที่ได้เคยมีการตัดสินไว้แล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ศาลสูงสุดเองก็เคยกล่าวไว้ว่า หลัก stare decisis ถือเป็นเสาหลักแห่งระบบกฎหมาย⁵³¹

คดี Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey และ คดี Roe v. Wade เป็นการรับรองสิทธิของสตรีในการยุติการตั้งครรภ์โดยคำวินิจฉัยของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาโดยยืนยันเดินตามแนวทางเดิมมาจากหลัก stare decisis อันเป็นหลักการผูกพันตามแนวคำพิพากษาที่มีมาก่อน (Stare Decisis) หลัก stare decisis จึงถือเป็นความพิเศษโดดเด่นประการหนึ่งของระบบศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ความเคารพต่อหลักการที่ได้วางไว้แล้ว โดยเรียกกันว่าหลักกฎหมายที่มีมาก่อนผูกพันความเห็นศาล ซึ่งในระบบกฎหมาย Common Law คำพิพากษาของศาลมีหน้าที่ 2 ประการคือ การวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทที่มาสู่ศาล และศาลจะปฏิเสธที่จะพิพากษาโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดีนั้นไม่ได้ โดยกฎหมายที่ศาลนำมาใช้พิพากษาคดีในระบบกฎหมาย Common Law ไม่ว่าจะเป็กฎหมายที่ศาลค้นพบเองหรือบัญญัติขึ้นมาใหม่นั้นมีผลกระทบต่อผู้อื่นด้วย อันเป็นหลัก Common Law ที่คำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐานที่คดีต่อๆ มาจะต้องถือตาม หลักบรรทัดฐานคำพิพากษา (The Doctrine of

531

หลัก stare decisis หรือหลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อนถือเป็นเงื่อนไขสำคัญของการสร้างกฎหมายจากคำพิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือแองโกลอเมริกัน โดยในการพิพากษาคดีผู้พิพากษาศาลในระบบคอมมอนลอว์ จะพิจารณาว่าคดีที่ตนต้องตัดสินนั้นเคยมีคำพิพากษาเดิมวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการวินิจฉัยปัญหา (rules) ไว้แล้วหรือไม่ หากใช่ผู้พิพากษาในคดีหลังก็จะสร้างหลักการ (principles) จากหลักดังกล่าวเพื่อใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีหลัง การกระทำในลักษณะดังกล่าวส่งผลให้คำพิพากษาของศาลมีความเป็นเอกภาพและสม่ำเสมอ ช่วยป้องกันการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจของผู้พิพากษา แต่อย่างไรก็ดี หลัก stare decisis ยังปรากฏผลเสียในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาต้องมาสืบค้นถึงคำพิพากษาในเรื่องที่คล้ายคลึงกันที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ทำให้กระบวนการพิจารณาคดียุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น โดยการยึดหลัก stare decisis อย่างเคร่งครัดอาจทำให้คำพิพากษาที่มีความผิดพลาดนั้นเจริญงอกงามในระบบกฎหมาย ดังปรากฏตัวอย่างของการยึดหลัก stare decisis ในคำพิพากษาของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา คดี Lochner v. New York 198 U.S. 45 (1905) ที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่ากฎหมายที่กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาทำงานและเงื่อนไขการทำงานฉบับเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญา และคดี Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896) ที่ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยคดีไว้ว่า รัฐบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้การรถไฟแยกโบกี้สำหรับผู้โดยสารที่เป็นคนผิวขาวและคนผิวดำออกจากกันเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว แต่อย่างไรก็ดี จะพบว่าในหลายกรณีผู้พิพากษายังให้ความสำคัญกับหลัก stare decisis อยู่มาก และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาก็ให้ความสำคัญและยังคงยึดถือหลัก stare decisis มาจนปัจจุบัน , วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษารณีสศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับปีที่ 41 เล่มที่ 4 (ธันวาคม 2555) , หน้า 654-655

Precedent) อันเรียกเป็นภาษาลาตินว่า Stare Decisis ที่มาจากคำว่า stare decisis et non quieta movere ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า to adhere to precedents , and not to unsettle things which are established โดยการยึดถือแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลนี้เริ่มในประเทศอังกฤษ และสืบทอดต่อมายังประเทศสหรัฐอเมริกา โดยถือว่าเป็นประเพณีอันเป็นส่วนหนึ่งของ Common Law โดยเหตุที่มีการยึดถือหลักแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาก็ด้วยเหตุผลต่างๆ คือ⁵³²

(1) เพื่อความเสมอภาค ทั้งนี้เนื่องจากได้มีการกำหนดบรรทัดฐานไว้แล้ว คดีต่อมาก็มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันก็จะได้รับการวินิจฉัยแบบอย่างเดียวกัน ก่อให้เกิดความเสมอภาคแก่คดีที่มาสู่ศาล

(2) สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า โดยการที่ศาลยึดแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาทำให้สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในภายหลังจะได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดเช่นใด

(3) การกำหนดมาตรฐานเพื่อการชี้ขาดตัดสินคดีที่เกิดขึ้นมาใหม่ย่อมทำให้เป็นการประหยัดเวลาการทำงาน

(4) การยึดแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาเป็นการแสดงความเคารพนับถือในความฉลาดและประสบการณ์ของตุลาการรุ่นก่อน

หลักการยึดแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาได้หยั่งรากลงในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอย่างมั่นคงโดยผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องเคารพหลักการหรือหลักกฎหมายที่มีการวินิจฉัยคดีมาก่อนซึ่งมีผลผูกพันศาลที่กำลังพิจารณาคดีตัดสินคดีอยู่ และศาลมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนที่ได้วางหลักกฎหมายในเรื่องต่างๆ ไว้แล้วอันเป็นหลักการที่วางให้ศาลที่อยู่ในระดับต่ำกว่าต้องปฏิบัติตามความเห็นของศาลในระดับที่สูงกว่าตน หรือศาลในระดับเดียวกัน ต้องยึดหลักคำพิพากษาของศาลในระดับเดียวกันที่มีมาก่อนหน้า ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ทั้งนี้ หลักการผูกพันตามแนวคำพิพากษาที่มีมาก่อนหรือเรียกกันว่าหลักกฎหมายที่มีมาก่อนผูกพันความเห็นศาล (Stare Decisis) ก็สามารถถูกกลับได้หากเข้าหลักเกณฑ์ (Arts of Overruling) กล่าวคือ “โดยปรากฏเหตุผลอันชอบธรรมเป็นพิเศษ” เช่น คำพิพากษาในคดีก่อนเป็นคำพิพากษาที่ผิดพลาดและสภาพการณ์หรือความสัมพันธ์ต่างๆ ในทางข้อเท็จจริงที่เป็นฐานแห่งคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านั้นได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว หรือคำพิพากษาในคดีก่อนๆ ขัดแย้งกันเอง หรือในช่วงเวลาที่ผ่านมามีเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาอ่อนกำลังลง จนทำให้เกิดการขัดแย้งกับคำพิพากษาในคดีอื่นๆ หรือคำพิพากษาในคดีก่อนกลายเป็นคำพิพากษาที่หากยังคงเดินตามอยู่จะส่งผลกระทบในทางปฏิบัติได้แม้ปรากฏว่าศาลในคดีก่อนตัดสินได้อย่างถูกต้องก็ตาม⁵³³ **หลัก stare decisis**

⁵³² ดวงจิตต์ กำประเสริฐ , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 237* , หน้า 36-37

⁵³³ วรรณภา สุพรรณธะริตา , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 219* , หน้า 210-212

หรือหลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อน (doctrine of stare decisis) ถือเป็นเครื่องบ่งชี้ความแตกต่างในทางนิติวิธีที่สำคัญยิ่งระหว่างระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรป (Civil Law) กับระบบกฎหมายอังกฤษ (Common Law) และแนวความคิดดังกล่าวนี้ยังคงได้รับการยอมรับจนถึงปัจจุบัน หลักผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีก่อนสร้างหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ แต่กระนั้นแม้หลัก stare decisis จะมีข้อดีอาทิ ช่วยให้คำพิพากษาของศาลเป็นเอกภาพ สร้างความไว้เนื้อเชื่อใจในการใช้อำนาจตุลาการ ป้องกันการใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจของผู้พิพากษา หากแต่หลัก stare decisis ยังปรากฏผลในแง่ที่อาจส่งผลให้เกิดคำพิพากษาที่ไม่ยุติธรรมหรือทำให้คำพิพากษาที่ผิดพลาดไปนั้นยังคงปรากฏในระบบกฎหมายต่อไป การยึดหลัก stare decisis อย่างเคร่งครัดอาจส่งผลให้ผู้พิพากษาไม่อาจวินิจฉัยเพื่อแก้ปัญหาได้ในหลายแนวทางและส่งผลกระทบต่อการศึกษา คดีและระบบกฎหมาย เนื่องด้วยบริบททางประวัติศาสตร์สถานการณ์ทางการเมือง และสภาพการณ์ทางสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย บริบทในเหตุการณ์ฯ หนึ่งอาจไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงของบริบทในเหตุการณ์ที่เป็นปัจจุบัน อันก่อให้เกิดปัญหาในการพัฒนากฎหมายหรือการนำความรู้หรือทฤษฎีใหม่ๆ มาใช้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีเพื่อให้เกิดความก้าวหน้าต่อภาพรวมของระบบกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายที่มีมาก่อนผูกพันความเห็นศาล (Stare Decisis) ก็สามารถถูกกลับได้หากเข้าหลักเกณฑ์ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว โดยศาลสูงสุดได้มีการกลับแนวคำพิพากษาในหลายๆ คดี⁵³⁴ โดย

⁵³⁴ การกลับแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีปรากฏบ่อยครั้ง ซึ่งการกลับแนวคำพิพากษาคดีหนึ่งที่โด่งดังมากคือ คดีที่เรียกกันว่า Legal Tender Case เมื่อ ค.ศ. 1871 ในคดี Knox v. Lee , 79 U.S. 457 (1871) ศาลสูงสุดพิจารณายอมรับว่ารัฐสภาใช้อำนาจในการตรากฎหมายกำหนดให้ตัวเงินเป็นสื่อกลางที่สามารถใช้ชำระหนี้ได้ โดยแต่ก่อนหน้านั้นเพียง 1 ปี ศาลสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดี Hepburn v. Griswold , 75 U.S. 603, 624 (1869) ว่าการใช้ตัวเงินเป็นสื่อกลางในการชำระหนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำพิพากษารณคดี Legal Tender Case เกิดจากการเปลี่ยนแปลงขององค์คณะผู้พิพากษาเสียในคดีอันกล่าวได้ว่า การกลับแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดในกรณีของตัวเงินนี้มิได้เกี่ยวพันกับการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการพิจารณาพิพากษาคดีแต่อย่างใดทั้งสิ้น แต่เป็นเรื่องตัวบุคคลที่เป็นผู้พิพากษาโดยแท้ ; ใน ค.ศ. 1985 ศาลสูงสุดได้พิพากษาคดี Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority , 469 U.S. 528 (1985) ซึ่งกลับแนวคำพิพากษาในคดี National League of Cities v. Usery 426 U.S. 833 (1976) และคำพิพากษาในคดี National League of Cities นี้ก็ได้กลับแนวคำพิพากษาในคดี Maryland v. Wirtz 392 U.S. 183 (1968) ซึ่งการพิพากษาคดีกลับไปกลับมาของศาลสูงสุดในเรื่องดังกล่าว ทำให้นักวิชาการบางคนเห็นว่า หลัก stare decisis จะมีความหมายและความสำคัญน้อยกว่าที่เข้าใจกัน แต่อย่างไรก็ตาม หลัก stare decisis ยังคงปรากฏความสำคัญอยู่มาก โดยผู้พิพากษาบางท่านได้ตัดสินคดีไปโดยยอมผูกพันกับแนวคำพิพากษาของศาลในคดีเดิมถึงแม้จะไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาในคดีเดิมก็ตาม แต่ตนก็ให้ความเคารพต่อหลัก stare decisis และนับแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ศาลสูงสุดได้พิพากษากลับแนวคำพิพากษาเดิมบ่อยครั้งขึ้น และมีบทบาทในการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมและได้วางหลักในทางรัฐธรรมนูญใหม่ๆ หลายเรื่อง โดยในช่วง Earn Warren ดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดได้มีการกลับแนวคำพิพากษามีผลสะท้อนในทางกฎหมาย การเมือง เศรษฐกิจ และสังคม โดยในยุคนี้ ศาลสูงสุดได้พัฒนาเกณฑ์ในการกลับแนวคำพิพากษาเดิมซึ่งส่งผลโดยตรงต่อหลัก stare decisis กล่าวคือ ในการกลับแนวคำพิพากษาเดิมนั้นนอกจากศาลในคดีหลังจะเห็นว่าแนวคำพิพากษาเดิมไม่อาจจะยอมรับต่อไปได้ในทางกฎหมายแล้ว ยังต้องปรากฏเหตุอื่นสนับสนุนด้วย เกณฑ์ดังกล่าวปรากฏชัดเจนในคดี Arizona v. Ramsy 467 U.S. 203 , 212 (1984) ซึ่งศาลสูงสุด

เมื่อพิจารณาโดยถี่ถ้วนแล้วจะพบว่า หลัก stare decisis ส่งผลทางบวกต่อคำพิพากษาและระบบกฎหมายนานับประการ อันช่วยให้การพัฒนากฎหมายเป็นไปอย่างมั่นคงและการใช้กฎหมายเป็นไปโดยเสมอภาคในทุกกรณี ตามหลักการที่ว่าสิ่งที่เหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน (treat like case alike) อันเป็นการสร้างเสริมหลักความยุติธรรม และหลัก stare decisis ยังคงปรากฏความสำคัญในแง่ของการเป็นหลักการอันเป็นเงื่อนไขสำคัญของการสร้างกฎหมายจากคำพิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือแองโกลอเมริกัน และได้รับการยอมรับโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเข้ามาเป็นหลักการพื้นฐานใช้ในคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาโดยตลอดมา

ทั้งนี้ หลัก stare decisis อันเป็นหลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ยังเป็นหลักสำคัญที่ทำให้ว่าศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะการเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษามีไขจะกระทำได้ง่ายเนื่องเพราะถือเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการสร้างขึ้นโดยผู้พิพากษาที่เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีก็ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย อันเป็นรากฐานของหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common Law) ซึ่งระบบ Common Law นี้ได้เกิดการก่อตัวของหลัก Rule of Law ที่มีหลักการสำคัญได้แก่ บุคคลพึงได้รับการพิจารณาโทษโดยศาลในการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยหลักความเสมอภาค ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในฐานะใด สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้รับการยอมรับจากศาลด้วยผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งเป็นความเป็นธรรมที่มีอยู่ในกฎหมายหรือกฎหมายให้ความเป็นธรรมได้ และยังมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่ว่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน และการมีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ จะเห็นได้ว่า หลัก stare decisis อันจัดเป็นนิติวิธีตามหลักบรรทัดฐานคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) ที่เด่นชัดโดยเฉพาะของระบบกฎหมาย Common Law System ที่เป็นจุดกำเนิดของหลัก Rule of Law นี้ที่แม้จะมีใช้ชุดความคิดของหลักนิติรัฐโดยตรง แต่ก็มี

พิพากษาว่า “ถึงแม้ว่าในคดีรัฐธรรมนูญ จะไม่อาจบังคับให้ต้องเดินตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานอย่างแข็งกระด้างก็ตาม แต่การจะหันหลังให้กับหลัก stare decisis นั้น ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาเหตุผลพิเศษด้วย” , วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 69* , หน้า 36-38

รายละเอียดเนื้อหาในทางที่สอดคล้องต้องกัน และการก่อกำเนิดรวมถึงจุดเน้นของหลักนิติธรรม และหลักนิติรัฐที่อาจจะแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญคือ ต่างมุ่งเน้นจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง เหมือนกัน โดยนิติรัฐถือเป็นกรอบสำคัญในการบัญญัติหรือบังคับใช้กฎหมายควบคู่กับการจัดให้มี กลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และผลของนิติรัฐทำให้บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดก็ต้องอยู่ ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเดียวกัน และยังทำให้หลักความเสมอภาคมีความเป็นไปได้จริงในทาง ปฏิบัติ⁵³⁵ จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายนี้เองที่เป็นจุดสำคัญ ทำให้หลักนิติรัฐซึ่ง ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในระบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมาย Civil Law System นี้ได้รับการหยั่งรากวางรากฐานลงในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับอิทธิพล อย่างสูงจากแนวความคิดของระบบ Common Law System โดยมีการผสมผสานแนวความคิด ของหลัก Rule of Law ของสหรัฐอเมริกาผ่านหลักนิติกระบวนการ (Due Process of Law) อันเป็น หลักของการใช้อำนาจรัฐที่ให้ความเคารพสอดคล้องต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) อันอาจเรียกได้ว่า เป็นรากฐานของแนวความคิดของความเป็น “นิติรัฐ” ของ ประเทศสหรัฐอเมริกา สอดรับกับสิ่งที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การใช้หลัก rule of law ของสหรัฐอเมริกานั้น เชื่อมโยงกับบทบัญญัติกฎหมายที่มีในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ ตามหลักนิติกระบวนการ (Due Process of Law) ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เรียก หลักนี้ว่า “นิติรัฐ”⁵³⁶ อันส่งผลให้หลัก Due Process of Law ดังกล่าวนี้นี้เชื่อมโยงรองรับ (Support) ความเป็นนิติรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาให้เจริญงอกงามเป็นหลักคิดที่หยั่งรากลึกในระบบกฎหมาย รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอันเป็นรากฐานของระบบการปกครองโดยกฎหมายที่มุ่งสร้างความ ยุติธรรมให้เป็นไปตามครรลองแห่งความผาสุกของรัฐ รวมไปถึงผดุงไว้ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพของประชาชนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งนับเป็นหัวใจสำคัญของการผูกโยงร้อย เรียงความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรม (Rule of Law) และนิติรัฐ (Legal State) โดยที่หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมต่างก็เป็นหลักการที่เป็นแนวความคิดที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นเพื่อมุ่งจำกัดอำนาจ ของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งหลักนิติรัฐและนิติธรรมมุ่งกำกับ หรือเป็นหลักให้กับกฎหมายเพื่อให้กฎหมายต้องเป็นธรรม มีความชัดเจนแน่นอน มีเหตุผลผลและ นำไปปฏิบัติได้ และเป็นหนทางที่นำไปสู่ความยุติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา โดยปรากฏคำ กล่าวในเชิงอรรถอธิบายสาระสำคัญที่เป็นเสมือนจุดเกี่ยวโยงความสัมพันธ์กันระหว่างหลักนิติรัฐ

⁵³⁵ บรรพชาญ จงเจริญประเสริฐ , ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) การอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาล รัฐธรรมนูญ , หน้า 2-3

⁵³⁶ กล่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 236

และหลักนิติธรรมได้เด่นชัดที่สุดนั่นก็คือ หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเปรียบเสมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกันที่ต่างมุ่งให้ร่มเงาแก่ประชาชนให้ได้รับความยุติธรรม โดยมุ่งหมายในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง หากแต่ต้นไม้ทั้งสองไปเจริญงอกงามในสองดินแดนที่มีประวัติศาสตร์ ระบบกฎหมาย สภาพแวดล้อม บริบททางสังคม ฯลฯ ที่แตกต่างกัน เมื่อได้ดิน ใต้น้ำ ได้ปุ๋ย ได้อากาศที่แตกต่างกัน ต้นไม้ทั้งสองก็ย่อมพัฒนาเติบโตแตกต่างกันไปบ้าง มีบางส่วนเหมือน มีบางส่วนต่าง มีจุดเน้นที่เหมือนและแตกต่างกัน แต่เป็นความต่างบนความเหมือนกัน และด้วยปรัชญาพื้นฐานเดียวกันนี้เอง จึงทำให้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม เป็น “หลัก” ของกฎหมายที่นักกฎหมายไม่ว่าจะในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ต่างต้องยึดถือเพื่อให้มั่นใจได้ว่าระบบกฎหมายจะนำไปสู่ความผาสุกและความยุติธรรมโดยแท้จริง⁵³⁷

นอกจากนี้จากการที่ได้หยิบยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยสำคัญที่สะท้อนถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเสมอภาค หลัก Due Process of Law และหลัก Stare Decisis อันเป็นหลักการที่ปรากฏเฉพาะในการสร้างกฎหมายจากคำพิพากษาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือแองโกลอเมริกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น เห็นได้ว่าศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเพียงเฉพาะคดีรัฐธรรมนูญเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ แต่เป็นศาลที่พิจารณาทั้งปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญและการตีความกฎหมายธรรมดา และสำหรับคดีสำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายและเป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศเกือบทุกคดี ไม่ช้าก็มาสู่การพิจารณาวินิจฉัยโดยศาลสูงสุดของประเทศและคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของประเทศถือเป็นที่สุด โดยเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแล้ว ศาลสูงสุดจะต้องวินิจฉัยว่าจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลล่างหรือไม่อย่างไร ศาลสูงสุดอาจวินิจฉัยยืนตามคำพิพากษาของศาลล่างหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกลับเสียก็ได้ นอกจากนั้นศาลสูงสุดอาจวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลล่างเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับก็ได้ คำพิพากษาศาลสูงมิใช่จะมีผลบังคับเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ในบางคำพิพากษามีความสำคัญมากเนื่องจากถือเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายด้วย คำพิพากษาของศาลสูงที่สร้างขึ้นเต็มรูปแบบจะต้องประกอบไปด้วยคะแนนเสียงของคำพิพากษาอย่างน้อย 5 ท่านใน 9 ท่าน จึงจะถือเป็นคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมาย ความเห็นเหล่านั้นมีความสำคัญหลายประการกล่าวคือ ประการแรกความเห็นประกอบคำพิพากษานี้ถือเป็นความพยายามในการให้เหตุผลสนับสนุนคำพิพากษา เช่นกรณีที่ศาลสูงสุดกลับคำพิพากษาจะต้องอธิบายถึงหลักกฎหมายที่ศาลสูงสุดใช้ เพื่อให้ได้รับการยอมรับว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้อง ประการที่สอง กรณีที่ศาลสูงแก้ไขปรับปรุงหรือกลับคำพิพากษาของศาลล่าง ศาลสูงสุดจะส่งความเห็นไปยังศาลล่างเพื่อให้

⁵³⁷ บรรพทนาย จงเจริญประเสริฐ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 266 , หน้า 4-5

ศาลล่างพิจารณาคดีใหม่อีกครั้ง กรณีนี้ความเห็นประกอบคำพิพากษาจะกล่าวถึงวิธีการในการพิจารณาใหม่เพื่อให้ศาลล่างปฏิบัติตาม ประการที่สาม ซึ่งอาจถือได้ว่าสำคัญที่สุดความเห็นประกอบคำพิพากษานี้จะวางหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายเป็นบรรทัดฐานนำไปใช้ได้กับคดีอื่นๆ ด้วยและมีผลผูกพันผู้พิพากษาศาลล่างให้ต้องวินิจฉัยตาม นอกจากนี้หลักกฎหมายดังกล่าวที่ศาลได้สร้างขึ้นยังถือได้ว่าเป็นนโยบายของศาลเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ด้วย ความสำคัญของความเห็นประกอบคำวินิจฉัยในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายและนโยบายของศาลในการวินิจฉัยคดีปรากฏชัดเจนในคดี *immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983) คดีนี้สภาผู้แทนราษฎรยกเลิกคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองและเรียกร้องให้ Jagdish Ral Chadha ออกจากประเทศสหรัฐอเมริกา คดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า Chadha จะต้องได้รับใบอนุญาตให้อยู่ในประเทศต่อไป โดยวินิจฉัยถึงบทบัญญัติที่สภาผู้แทนอ้างถึงในการใช้สิทธิ Veto ว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากปราศจากเหตุผลดังกล่าวคำวินิจฉัยในคดีนี้คงมีผลแต่เฉพาะกับ Chadha เท่านั้น แต่ด้วยการให้เหตุผลดังกล่าว คดี Chadha จึงกลายมาเป็นคดีที่ส่งผลต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กับสภาผู้แทนราษฎรทันที⁵³⁸ นอกจากนี้ บทบาทหน้าที่ของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ขยายบทบาทในทางคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวางภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เก่าแก่ที่สุดในโลก โดยได้มีการนำหลักการย่อยต่างๆ ของนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยต่างๆ ดังตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้ อาทิ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

คดี *ashwander v. Tennessee valley authority* (1936)⁵³⁹ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของศาลสูงในเรื่อง Judicial Review ปรากฏอยู่ใน คำพิพากษาของ Justice brandies ในคดีนี้กล่าวคือ

- (1) ศาลจะไม่กำหนดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้เกินขอบเขตข้อเท็จจริงในแต่ละคดี
- (2) ศาลจะไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ ถ้าปรากฏว่าสามารถที่จะตัดสินคดีโดยอาศัยเหตุอื่นได้ และแม้มีข้อสงสัยอย่างยิ่งว่ากฎหมายอื่น ๆ นั้นจะขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลต้องพยายามตีความกฎหมายนั้นไปในทางที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว

นอกจากนั้นอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ต้องมีลักษณะเป็นประเด็นข้อพิพาท ไม่ใช่เพียงการขอความเห็นในลักษณะขอคำปรึกษาจากศาล กล่าวคือ โจทก์จะต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิฟ้องเรียกหรือถูกโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับปัญหากฎหมายรัฐธรรมนูญ และการถูกโต้แย้งสิทธิของโจทก์ก็ต้องเป็นการโต้แย้งผลประโยชน์ที่มีกฎหมายรองรับด้วย

⁵³⁸ ขจิตพรธม สุขแสง , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 229 , หน้า 75-76

⁵³⁹ เพ็งอ้าง , หน้า 77-78

ทั้งนี้จากที่กล่าวมาแล้วว่า เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติถึงองค์กรพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งปวง รวมทั้งคดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญด้วย อันเป็นบทบาทในการควบคุมตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐทั้งปวงมิให้ขัดหรือแย้งต่อหลักการและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยคดีที่มักขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดคือ การวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ เพราะเป็นความจำเป็นของการปกครองระบบสหรัฐที่ต้องมีองค์กรเพื่อรักษาความเป็นเอกภาพของประเทศ อำนาจของศาลสูงสุดในการควบคุมกฎหมายนั้นจะใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นคดีที่ไม่มีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายทางการเมือง แต่อำนาจของศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในทางปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาศาลจะพยายามไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงแต่จะไม่นำกฎหมายที่เห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับคดีเท่านั้น แต่กฎหมายก็ยังคงสภาพเป็นกฎหมายอยู่และหากจะกระทำก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นที่ยังสงสัยว่าศาลสูงสุดควรมีอำนาจดังกล่าวนี้เพียงใด ซึ่งปรากฏข้อสังเกตเห็นว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการปฏิบัติตามความยินยอมโดยปริยายของประชาชนเนื่องจากศาลก็ตระหนักในการใช้อำนาจว่าควรมีขอบเขตอยู่เช่นกัน โดยมีข้อคิดเห็นว่าการทบทวนกฎหมายของรัฐสภาว่าถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลจะต้องไม่เอาทัศนคติของตนเข้าไปแทนที่ทัศนคติของรัฐสภา และควรวินิจฉัยแต่กรณีที่ได้เห็นได้ชัดว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในแนวทางนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงพัฒนาหลักเรื่องการจำกัดตนเอง (self-restraint) ขึ้น โดยจะวินิจฉัยปัญหาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่าที่จำเป็นและเห็นได้ว่าชัดเจนเท่านั้น อันจัดเป็นแนวทางสายกลางในการยอมรับให้ศาลมีอำนาจเช่นนั้นได้ และแม้เดิมบทบาทของศาลสูงสุดมีขึ้นเพื่อรักษาระบบของสหรัฐก็ตาม แต่ศาลควรวางบทบาทในเรื่องทางการเมือง ตามหลัก political-question doctrine ที่ปัญหาในปริมนชลทางการเมืองจะไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล ทั้งนี้ ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำของรัฐ โดยเฉพาะระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่างๆ โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเสมือนสัญลักษณ์ของความเป็นองค์กรตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้พ้นจากการถูกล่วงละเมิดคุกคามโดยมิชอบจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนควบคุมตรวจสอบการกระทำจากองคาพยพของรัฐทั้งปวงที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

หลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี

คดี Coffin v. United States 156 U.S. 432 (1895) คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยยืนยันหลักข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยศาลสูงสุดวางหลักว่า ข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอย่างแท้จริง ถือเป็นหลักการพื้นฐานและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปและเป็นหลักการที่ต้องนำมาใช้บังคับในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ในคดีนี้ศาลสูงสุดตัดสินให้จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 รับผิดชอบร่วมกับจำเลยที่ 1 ฐานเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดและเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 1 ในการกระทำความผิดอาญาฐานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตาม The National Bank Act Section 5209 ลงโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปีแต่ไม่เกิน 10 ปี โยศาลสูงสุดยืนยันว่า จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 จะต้องรับผิดชอบ ก็ต่อเมื่อมีการพิสูจน์ได้ว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นประธานกรรมการธนาคาร อีกกรณีตัวอย่างคดีที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เคยวินิจฉัยคือ คดี Tot v. United States 319 U.S. 473 (1945) คดีนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า กฎหมายจะกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล ระหว่างข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์กับข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของบทสันนิษฐานกล่าวคือ ถ้ามีข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐานย่อมเป็นที่แน่นอนแทบจะปราศจากข้อสงสัยเลยว่าข้อเท็จจริงที่ต้องการพิสูจน์ (องค์ประกอบความผิด) ย่อมมีอยู่ด้วย เห็นได้ว่า ตัวอย่างคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางแนวคำวินิจฉัยเหล่านี้เป็นการวางหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนในอันที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสากลในทางระหว่างประเทศอาทิ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อที่ 14-2 “บุคคลทุกคนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญา ย่อมมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำผิดตามกฎหมาย”⁵⁴⁰ หลักสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสิทธิที่จะนิ่ง (Passive Right) ซึ่งตามหลักกระบวนการที่เป็นธรรมที่ระบุไว้ในมาตรา 6 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป ค.ศ. 1949 โดยสิทธิที่จะนิ่งของผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นผลมาจากข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นั้นย่อมส่งผลสำคัญ 2 ประการคือ⁵⁴¹

⁵⁴⁰ วิฑูรย์ กล้าศึก , ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งสันนิษฐานความรับผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2558 , หน้า 145-146 และหน้า 157-162

⁵⁴¹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานบางหลักตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน , ดุลพาท ปีที่ 60 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2556) , หน้า 120-127

ประการแรก ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางบวกที่จะทำให้ข้อเท็จจริงแห่งคดีมีความกระจ่าง

ประการที่สอง ภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นภาระของเจ้าหน้าที่ของรัฐและไม่อาจที่จะผลักภาระดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาได้ ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องไม่ถูกทำให้ต้องรู้สึกว่าคุณเองมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนและทำให้ต้องให้การอย่างไรๆ ออกมา

หลักสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ถือเป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญในการสร้างหลักประกันให้เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยที่แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาจะมีได้บัญญัติหลักการของบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ไว้โดยตรง แต่หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองไว้ในส่วนบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 และฉบับที่ 14 ซึ่งคดีที่ถือว่าเป็นการวางหลักในการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลในคดีอาญาโดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ในคดี *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966) ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process of Law) เมื่อตำรวจจับผู้ต้องหา ตำรวจมีหน้าที่ตามหลักศุภนิติกระบวนการที่ต้องแจ้งสิทธิ 4 ประการให้ผู้ต้องหาได้ทราบคือ (1) ผู้ถูกจับจะให้การหรือไม่ให้การก็ได้ (2) ถ้าผู้ถูกจับให้การ คำให้การนั้นอาจใช้ยืนยันผู้ถูกจับในชั้นศาลได้ (3) ผู้ถูกจับมีสิทธิที่จะมีทนายความ (4) ถ้าไม่มีทนาย รัฐจะตั้งทนายให้ กรณีนี้จึงเป็นการที่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาใช้การตีความของศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787⁵⁴²



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁴² รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 ยังได้ให้การคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของบุคคลโดยเฉพาะสิทธิในคดีอาญา ได้แก่การคุ้มครองสิทธิในทางอาญาโดยการกำหนดให้มีคณะลูกขุนใหญ่พิจารณาพยานก่อนเริ่มการพิจารณาคดี (Grand Jury) สิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำในข้อเท็จจริงเดียวกัน (Double Jeopardy) สิทธิที่จะไม่ให้การที่เป็นปฏิปักษ์แก่ตนเอง (Right Against Self-Incrimination) และสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยเมื่อถูกรัฐเอาทรัพย์สินไปใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Talking Clause) รวมทั้งได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะนิ่งไว้ด้วยว่า “บุคคลไม่จำต้องให้การอันเป็นการปรักปรำตนเอง หน้าที่ที่จะต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวเป็นของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1966 ในคดี *Miranda v. Arizona* ที่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาวางหลักไว้ว่า ในการสอบปากคำผู้ต้องหาของเจ้าพนักงานตำรวจ จะไม่ถือว่าผู้ต้องหาให้การรับสารภาพ หากว่าผู้ต้องหาไม่ได้รับการแจ้งเตือนให้ทราบถึงสิทธิของตนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และได้สละสิทธิดังกล่าวโดยชัดแจ้งแล้ว หน้าที่ที่จะต้องแจ้งเตือนก่อนที่เจ้าพนักงานตำรวจจะสอบคำให้การ ซึ่งถูกขนานนามว่า “คำเตือนในคดีมิแรนดา” โยมาตรฐานขั้นต่ำของการแจ้งเตือนที่ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาวางหลักไว้คือ คุณมีสิทธิที่จะนิ่ง ทุกๆ สิ่งที่คุณพูดสามารถและจะถูกนำมาใช้ยืนยันคุณในชั้นศาลได้ คุณมีสิทธิที่จะพูดคุยกับทนายความ และมีทนายความอยู่ร่วมด้วยในการสอบถามปากคำ และถ้าคุณไม่สามารถจัดหาทนายความได้ จะมีการจัดหาทนายความให้โดยรัฐเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายให้, โปรตดู วิชญ์ย์ กล้าศึก, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 268*, หน้า 159

หลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

คดี Richmond Newspaper, Inc. v. Virginia (1980) คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า “สาธารณะและสื่อมวลชน (The public and the press) มีสิทธิในการเข้าร่วมรับรู้ในการพิจารณาคดีอาญาในศาลได้ ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) เสรีภาพในการพูด หรือการพิมพ์โฆษณาของสาธารณชนและสื่อมวลชนนี้ย่อมไม่อาจถูกตัดทอนโดยการพิจารณาคดีลับ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่จำเป็นให้กระทำได้นอกจากนี้ ประวัติศาสตร์ของการพิจารณาในประเทศแองโกลอเมริกัน (Anglo-American) มีขึ้นพร้อมกับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยที่จะไม่ขัดขวางสาธารณชนในการเข้าร่วมรับรู้การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยไม่เป็นเพียงสิ่งที่ประกอบเข้ามาของระบบกล่าวหา แต่เป็นสิ่งที่สมบูรณ์และไม่อาจแบ่งแยกได้จากกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) โดยนัยแล้วเป็นการห้ามรัฐมิให้พิจารณาคดีอาญาโดยลับ เสรีภาพในการพูด หรือการพิมพ์โฆษณา จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิของทุกคนที่จะเข้าร่วมรับรู้ในการพิจารณาคดีได้อย่างเสรี” ประกอบกับสังคมอเมริกันนั้นเห็นคุณค่าการแสดงความคิดเห็นอย่างเสรีของประชาชนสืบเนื่องมาจากความยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมซึ่งถือว่ามหาชนจะต้องมีอำนาจเหนือรัฐบาลและองค์กรทุกหน่วยของการปกครอง การเปิดโอกาสให้มหาชนติชมกลไกของรัฐบาลอย่างเสรีจึงเป็นวิธีการควบคุมให้การดำเนินนโยบายเป็นไปในทางสนองความต้องการของประชาชนที่มีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง ในทรรศนะของคนอเมริกันจึงถือว่ากลไกทั้งหมดของรัฐบาลจะอยู่เหนือคำวิพากษ์วิจารณ์ของสาธารณชนไม่ได้ เพราะมิฉะนั้นแล้วก็จะเป็นการเปิดทางให้กับการมีอำนาจเด็ดขาดของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือเพียงคนเดียว ลักษณะการปกครองดังกล่าวเป็นสิ่งที่คนอเมริกันถือว่าเป็นความชั่วร้ายที่ไม่สามารถทนทานได้ นอกจากนี้การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นใดๆ โดยเสรี ปราศจากอุปสรรคกีดขวางก็ถือกันในกลุ่มคนอเมริกันว่าเป็นทางที่ดีที่สุดที่ทำให้ได้มาซึ่งัจธรรมและความสว่างไสวของปัญญา โดยแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าไปในการพิจารณาคดีในศาลของสื่อมวลชนเป็นสิ่งที่เป็นส่วนประกอบของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 และเป็นการรับรองเสรีภาพในการเสนอข่าวสารของระบบการดำเนินคดีอาญา ซึ่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ได้ทำให้สิทธิเสรีภาพของสาธารณชนและสื่อบรรลุผลในการเข้าไปในการพิจารณาคดีอาญาของศาล โดยเป็นการแสดงออกต่อสาธารณชนถึงความชอบธรรมและเป็นการลดโอกาสที่จะเกิดการเบี่ยงเบนความชอบธรรมโดยอคติ ตลอดจนพฤติกรรมที่มีชอบของผู้เกี่ยวข้องในคดี รวมทั้งลดปัญหาเรื่องคำวินิจฉัยที่อาจเกิดจากอคตินั้น นอกจากนี้ศาลยังได้แสดงต่อสาธารณชนว่ากระบวนการยุติธรรมได้ทำงานอย่างไร รวมทั้งทำให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมรู้เห็นการจัดการกับอาชญากรรมด้วยอย่างไรก็ดีในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยจะต้องมีมาตรการป้องกันปัญหาแรงกดดันจากสาธารณชนรวมทั้งปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยที่อาจเกิดขึ้นระหว่างการพิจารณาคดี ทั้งนี้ล้วนต้องตกอยู่ภายใต้

เจตนารมณ์ของหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (Public trial) ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 (Sixth amendment) กำหนดว่า “ในการดำเนินคดีอาญาทั้งปวง จำเลยพึงมีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างรวดเร็วและเปิดเผย โดยคณะลูกขุนที่เป็นกลางของรัฐ และท้องถิ่นที่มีความผิบนั้นเกิดขึ้น กับต้องได้รับแจ้งถึงเหตุผลและลักษณะของข้อกล่าวหาที่ฟ้องตน นั้น กับพึงมีสิทธิเผชิญหน้ากับพยานที่ให้การในทางยืนยันความผิดของตน” อันเป็นวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้จะต้องพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอันได้แก่ เป็นการให้หลักประกันแก่จำเลยในคดีอาญาว่า จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและถูกต้องไม่ว่าจะมีคำวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ก็ตาม⁵⁴³ หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยจัดเป็นหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในกระบวนการยุติธรรมประการสำคัญ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาในชั้นการพิจารณาคดีของศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้การคุ้มครองสิทธิต่างๆ แก่จำเลยอาทิเช่น สิทธิในการมีทนายความ (Right to counsel) สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยลูกขุน (Right to jury trial) และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็วและเปิดเผย (Right to speedy and public trial) เป็นต้น หลักการเหล่านี้สอดคล้องกับหลักประกันที่สำคัญที่สุดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยซึ่งก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะบรรดาบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม (Amendments) ตั้งแต่ฉบับที่ 1-10 หรือที่เรียกว่า Bill of Rights อันวางบทบาทในการให้หลักประกันแก่ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม โยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักในการที่จะตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการขยายความให้เข้าไปคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาละจำเลยอย่างแท้จริง

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คดี Dred Scott v. Sanford , 60 U.S. 393 (1857)⁵⁴⁴ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบการกระทำของสภาคองเกรสว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ นาย Dred Scott เป็นทาสชาวเวอร์จิเนียและได้ถูกขายไปยัง ดร.เอเมอร์สัน โดยในระหว่างที่อยู่กับ ดร. เอเมอร์สัน ได้เก็บรวบรวมเงินเพื่อที่จะทำการไถ่ตนเองให้เป็นเสรีภาพ เมื่อได้เงินครบ ดร.เอเมอร์สันไม่ยินยอม นาย Dred Scott ได้ยื่นฟ้องไปยังศาลมลรัฐมิสซูรี โดยกล่าวอ้างว่าตนเองมีสิทธิเสรีภาพในการเลือกที่อยู่ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ชนะคดี แต่ศาลสูงสุดของมลรัฐพิพากษาว่า นาย Dred Scott เป็นทาสที่ไม่มีสิทธิเสรีภาพใดๆ ในการที่จะเลือกถิ่นที่อยู่ ตั

⁵⁴³ ธรรมนูญ เจริญเลิศ , ขอบเขตของการพิจารณาคดีอาญาโดยเปิดเผย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2553 , หน้า 41-45

⁵⁴⁴ โปรดดูคำวินิจฉัยฉบับเต็มจากเว็บไซต์ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>

งอยอยู่ภายใต้อำណติของนายทาสซึ่งก็คือ ดร.เอเมอร์สัน นาย Dred Scott ได้อุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุด โดยกล่าวอ้างว่า ตนเองมีเสรีภาพในการเป็นพลเมืองของสหรัฐอเมริกา และมีสิทธิเสรีภาพย่อมได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มีคุณค่าในตนเองมิใช่เป็นทรัพย์สินสมบัติของผู้ใด ผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้เถียงกันอย่างมากในเรื่องดังกล่าว โดยเฉพาะเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และได้มีมติว่า นาย Dred Scott มีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่และมีศักดิ์ศรีความเป็นพลเมือง การกระทำของมลรัฐมิสซูรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีนี้เป็นคดีที่วินิจฉัยวางหลักการรับรองสิทธิของบุคคล และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จนกระทั่งได้นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵⁴⁵ อย่างไรก็ตาม คดีที่ถือได้ว่าสร้างผลกระทบ (Impact) ในทางการเมืองอย่างมหาศาลโดยนับเป็นหมุดหมายสำคัญของประวัติศาสตร์กระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการปฏิรูป และนำมาสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายหลังจากสงครามกลางเมือง⁵⁴⁶

หลักความได้สัดส่วน

คดี United States v Cruikshank 92 U.S. 542 (1876) ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มี คำพิพากษาวางแนวทางไว้เป็นบรรทัดฐานไว้กรณีสิทธิในการชุมนุมที่มีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและโดยสงบเพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อแก้ไขทุกข์ให้แก่ตนนั้นเป็นสิทธิของชาวอเมริกันที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 (First Amendment) เมื่อปี ค.ศ. 1971 รับรองสิทธิในการชุมนุมโดยสงบโดยห้ามมิให้รัฐตรากฎหมายที่มีผลเป็นการลิดรอนสิทธิในการชุมนุมโดยสงบ และต่อมารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment) เมื่อปี ค.ศ. 1868 ห้ามมิให้แต่ละรัฐตรากฎหมายหรือกระทำการใดที่มีผลเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกัน แต่อย่างไรก็ตามหลักการชุมนุมโดยสากลแล้ว การชุมนุมสาธารณะเป็นการแสดงออกตามวิถีทางในระบอบประชาธิปไตย แต่การชุมนุมสาธารณะไม่ว่าจะเป็นที่ใด ต้องเป็นการชุมนุมโดยสงบเท่านั้นจึงจะได้รับการคุ้มครอง โดยใน

⁵⁴⁵ ขจิตพรธณ สุขแสง , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 229 , หน้า 80

⁵⁴⁶ กรณีศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี Scott v. Sanford (60 U.S. 393) , 1857 ว่า ทาสมิใช่พลเมืองของสหรัฐ และไม่มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลในการพิจารณาคดี ในคำวินิจฉัยของศาลยังให้ความเห็นต่อว่า หากทาสมีสิทธิเป็นพลเมืองแล้ว ขนเผ่านีโกรย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการเดินทาง การประกอบอาชีพ ไปจนถึงการถือครองอาวุธ จึงเป็นอันตราย จะให้มีสิทธิไม่ได้ โดยคดีนี้ถือได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญของประวัติศาสตร์ในทางกระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ซึ่งสถาบันศาลได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรง ทั้งละเมิดสิทธิ ความเป็นมนุษย์ และละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา ละเมิดรัฐธรรมนูญของมลรัฐ โดยปรากฏความไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนี้อย่างกว้างขวาง จนประชาชนถึงขั้นไม่เชื่อถือในระบบความยุติธรรม และท้ายที่สุด เมื่อความยุติธรรมมีอาหาได้จากระบบตุลาการซึ่งควรเป็นที่พึ่งสุดท้าย สหรัฐอเมริกาจึงเข้าสู่สงครามกลางเมือง คำวินิจฉัยนี้นับเป็นบทเรียนและนำมาสู่การปฏิรูประบอบตุลาการในภายหลัง และในที่สุดคำวินิจฉัยนี้ก็ถูกลบล้างไป ด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 13 14 และ 15 , โปรตดู ธีรภัทร เจริญสุข , คำพิพากษาที่ไม่เห็นคนเป็นคน – ผลคือสงครามกลางเมือง , เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2557

ระหว่างการชุมนุมนั้นผู้ชุมนุมจะต้องพึงระวังว่าต้องไม่กระทำการตามอารมณ์ เพราะอาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น หรืออาจก่อให้เกิดอันตรายความเดือดร้อนเสียหาย หรือความรำคาญแก่บุคคลอื่นได้ ไม่ว่าจะเป็นการปิดกั้นการจราจรอย่างสิ้นเชิง จนผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในการชุมนุมไม่สามารถใช้ทางสัญจรไปมาได้ การทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น หรือการตรวจค้นร่างกายและทรัพย์สินของผู้อื่นที่ผ่านเข้าไปในบริเวณที่ชุมนุม เพราะการกระทำเหล่านี้ล้วนแล้วแต่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นทั้งสิ้น⁵⁴⁷ อันเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสาธารณะส่วนรวม และรัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่การเน้นความเป็นอิสระและความเท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้รับรองสิทธิพลเมืองเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบของประชาชนในอเมริกาเพื่อเรียกร้องความต้องการของประชาชนต่อรัฐบาลเป็นส่วนสำคัญของกระบวนการทางการเมือง (political process) โดยระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะโดยเฉพาะจึงใช้กฎหมายทั่วไป คือ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งในการควบคุมดูแลการชุมนุมสาธารณะและการเดินขบวน ประกอบกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานั้นเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลสูง (Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกา⁵⁴⁸ ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถกล่าวได้ว่า การตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นไม่สามารถกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการห้ามการชุมนุมก่อนที่การชุมนุมจะเกิดขึ้นหรือการกำหนดเงื่อนไขในการชุมนุมโดยให้ผู้จัดหรือผู้เข้าร่วมการชุมนุมต้องลงทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน⁵⁴⁹ เห็นได้ว่าการวางหลักการชุมนุมสาธารณะตามคำพิพากษา

⁵⁴⁷ โอกาส เตพละกุล , การชุมนุมสาธารณะกับความผิดฐานก่อการร้าย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) รายงานการฝึกอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 1

⁵⁴⁸ ชลัท ประเทืองรัตนา , กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ : ดุลยภาพระหว่าง เสรีภาพของผู้ชุมนุมกับเสรีภาพของประชาชน , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน พ.ศ. 2559 , หน้า 131

⁵⁴⁹ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการชุมนุมในสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามคำพิพากษาของศาลสูง (Supreme Court) ที่วางหลักไว้ในคดีต่างๆ นอกจากคดี United States v. Cruikshank อาทิ คดี DeJonge v. Oregon ศาลวางหลักเพิ่มเติมว่า รัฐไม่สามารถตรากฎหมายที่บัญญัติให้การเข้าร่วมการชุมนุมโดยสงบนั้นเป็นการกระทำความผิดได้ แต่ถ้าผู้เข้าร่วมการชุมนุมกระทำความผิดใดๆ ขึ้นหรือคบคิดกันเพื่อกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Conspiracy) ผู้กระทำความผิดต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อการกระทำความผิดนั้น ดังนั้นทราบเท่าที่การชุมนุมเป็นไปโดยสงบและปราศจากความรุนแรงใดๆ รัฐจะจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมมิได้ ; คดี Thomas v. Collins ศาลวางหลักว่าสิทธิในการชุมนุมไม่จำกัดเฉพาะเรื่องทางศาสนาหรือการเมืองเท่านั้น แต่สามารถชุมนุมได้ทุกเรื่องรวมทั้งเรื่องทางธุรกิจและเรื่องทางเศรษฐกิจ ส่วนการที่รัฐตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้ผู้ประสงค์จะใช้สิทธิในการชุมนุมต้องลงทะเบียน (registration) กับเจ้าหน้าที่ก่อนมิฉะนั้นถือเป็นความผิดอาญานั้น ศาลสูงวางหลักต่อยอดจากคำพิพากษาในคดี DeJonge v. Oregon ว่า เมื่อ รัฐ ไม่ สามารถ ตรากฎหมายที่ บัญญัติ ให้ การ เข้าร่วม การ ชุ ม มุ ม โดยสงบนั้นเป็นการกระทำความผิดได้ การที่รัฐตรากฎหมายให้ผู้ประสงค์จะใช้สิทธิในการชุมนุมต้องลงทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ก่อน

ของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นการกำหนดที่ห้ามมิให้รัฐตรากฎหมายหรือกระทำการใดที่มีผลเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองเป็นแนวความคิดการควบคุมการใช้อำนาจโดยเฉพาะอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลอันเป็นรูปแบบของการนำหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาให้เป็นไปตามลำดับขั้นตอน โดยเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้อิทธิพลเป็นอย่างมากสูงจากระบบกฎหมายอังกฤษที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวทำให้มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง⁵⁵⁰ ดังนั้น ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีภารกิจในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลยุติธรรมซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law ของอังกฤษ แต่ระบบศาลเดี่ยว ของสหรัฐอเมริกาซึ่งอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิจารณาสูงสุดยิ่งไปกว่ากฎหมายใดที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลสหรัฐอเมริกาจึงมีขอบเขตอำนาจกว้างขวาง โดยระบบการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง แยกเป็นสองกรณี คือ⁵⁵¹

(1) อำนาจในการตรวจสอบและทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลจะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้หรือไม่ หรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบอย่างไร (Abuse of Power) หรือให้ความเป็นธรรมตามกฎหมายแก่คู่กรณีที่มีข้อขัดแย้งกันหรือไม่ (Due Process of Law) หากฝ่ายปกครองกระทำไปพอเหมาะแก่อำนาจที่มีอยู่ หรือมิได้กระทำตามอำเภอใจ หรือมิได้ปฏิบัติฝ่าฝืนหลักการให้ความเป็นธรรมดังกล่าว เช่นนี้ศาลย่อมจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง หลักการที่ศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาจะตรวจสอบทบทวนการกระทำในทางปกครองตามหลัก Ultra Vires เฉพาะแต่กรณีดังต่อไปนี้

- การกระทำที่เป็นไปโดยตามอำเภอใจหรือการวินิจฉัยสั่งการโดยมิชอบหรือเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย
- การกระทำที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความคุ้มกันแก่บุคคล

มิฉะนั้นถือเป็นการผิดอาญาก็เป็นสิ่งที่กระทำมิได้เช่นกัน ; คดี NAACP v. Claiborne Hardware Co. ศาลวางหลักในกรณีที่ผู้เข้าร่วมการชุมนุมกระทำการอันก่อให้เกิดความรุนแรงหรือความเสียหายใดๆ ขึ้นต่อผู้อื่นว่าจะดำเนินคดีได้เฉพาะผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำการอันก่อให้เกิดความรุนแรงหรือความเสียหายเท่านั้น , โปรตดู กชกร เขียวอรุณ , สิทธิเสรีภาพการชุมนุมของประชาชนในที่สาธารณะ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554 , หน้า 132-134

⁵⁵⁰ อนุวัฒน์ บุญนันท์ , การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554 , หน้า 54

⁵⁵¹ อนุวัฒน์ พลอยเทศ , อำนาจศาลในกฎหมายการชุมนุมสาธารณะของประเทศไทย , วารสารวิชาการเซิร์ธอีสท์บางกอก ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2559 , หน้า 124-125

- การกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายหรือกฎข้อบังคับ
- การกระทำที่ฝ่าฝืนขั้นตอนของกฎหมาย เช่น กฎข้อบังคับจะมีผลใช้บังคับก็ต่อเมื่อกระบวนการออกกฎข้อบังคับได้ประกาศไว้ใน Federal Register ต่อจากนั้นต้องให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับ กฎข้อบังคับมีโอกาสเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นต่อกฎข้อบังคับเสียก่อน และต้องมีการประกาศล่วงหน้า 30 วันเป็นต้น

- การกระทำที่ปราศจากพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ (Substantial Evidence) โดยเฉพาะในการพิจารณาได้สวนข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้เสียหาย โดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง

(2) ข้อจำกัดอำนาจการตรวจสอบ ศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาจะไม่เข้าไปตรวจสอบบททวนการกระทำของฝ่ายปกครอง โยจะถูกจำกัดอำนาจการตรวจสอบบททวนการกระทำของฝ่ายปกครองเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมของประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวอื่นๆ ทั่วไป ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ศาลเข้าไปแทรกแซงก้าวกายการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครอง อันเป็นอำนาจอิสระของฝ่ายบริหารตามหลักแบ่งแยกอำนาจ

ฉะนั้นการตรวจสอบบททวนของศาลในสหรัฐอเมริกาจึงถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะปัญหาการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงบางประการเท่านั้น ทั้งนี้เพราะในการตรวจสอบปัญหาข้อเท็จจริงทางปกครองเป็นบทบาทที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญและความชำนาญเฉพาะด้านของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง ทั้งนี้ระบบการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองของรัฐโดยศาลของสหรัฐอเมริกาสถาปนาได้ด้วยความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน อันนับเป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่สำคัญในการจัดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐกับประชาชนผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณ (moderation) ที่นับเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของแนวคิดตามหลักนิติรัฐ ในอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ โดยรัฐจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญ และกระทำการทุกอย่างต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยมีองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่ามีการใช้อำนาจถูกต้องตามกฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือไม่ โดยรัฐมีหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะมีอำนาจบังคับให้ประชาชนในรัฐกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในบางเรื่องภายใต้ข้อจำกัดว่ารัฐจะใช้อำนาจเท่าที่จำเป็น

เพื่อประโยชน์สาธารณะและเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น⁵⁵² โดยที่หลักความได้สัดส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาอาจมิได้ปรากฏเด่นชัดตามหลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศสที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง และยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหภาพยุโรป ที่วางหลักดังกล่าวไว้ว่า รัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกินขอบเขตขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาล โดยต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายต่อปัจเจกชนและผลที่ได้รับต่อรัฐหรือชุมชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยในระบบประเทศฝรั่งเศสได้อธิบายว่า เป็นหลักขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตน อย่างพอเหมาะ พอประมาณ และแม้หลักความได้สัดส่วนจะมีที่มาจากประเทศในระบบซีวิลลอว์ แต่หลักนี้ก็มิอยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ด้วย เช่น อังกฤษ⁵⁵³ และครอบคลุมรวมไปถึงประเทศสหรัฐอเมริกาดังที่ได้กล่าวมา

หลักความเป็นอิสระของตุลาการ

คดี United States v. Nixon 418 U.S. 683 (1974)⁵⁵⁴ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาในคดีที่ประธานาธิบดีนิกสันถูกพิจารณาคดีในคดีวอเตอร์เกต แม้ว่าประธานาธิบดีนิกสันจะได้ขอให้มีการพิจารณาเป็นการลับ แต่ศาลสูงสุดอเมริกาก็ได้พิจารณาคดีนั้นแบบคดีธรรมดา โยไม่ให้อภิสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษใดๆ แก่ประธานาธิบดี ซึ่งจะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาคดีได้อย่างเต็มที่ ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นหลักสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาสามารถดำรงความเป็นอิสระมาได้ตราบนานทุกวันนี้⁵⁵⁵ ในกรณีนี้ประธานาธิบดีนิกสันปฏิเสธที่จะส่งเทปบันทึกเสียงที่จะใช้เป็นหลักฐานในการกระทำความผิดคดีอาญา คดีนี้เป็นปัญหาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับประเทศทำให้ศาลสูงสุด

⁵⁵² ปราณี สุขศรี , หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/>

parliament_parcy/download/admincourt_journal/everyorganization/68.pdf , หน้า 10

⁵⁵³ ทวีศักดิ์ กลับช่วย และพัชรพรรณ นุชประยูร , การใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://law.nida.ac.th/main/images/Data/LLM/Bell%20Up/IS/IS_Tawesak.pdf

⁵⁵⁴ โปรดดูคำวินิจฉัยฉบับเต็มจากเว็บไซต์ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/case.html>

⁵⁵⁵ วรรณวิสาข์ สุทธิวารีย์ , ขอบเขตการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ , 2554 , หน้า 48

ของประเทศรับไว้พิจารณาวินิจฉัยคดีโดยเร่งด่วนหลังจากศาลชั้นต้นของประเทศได้พิพากษาคดีแล้ว อำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดของประเทศในขณะนี้ถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่หลักและสูงส่งอย่างยิ่ง เป็นที่น่าสนใจว่าแม้ศาลสูงสุดของประเทศนับว่ามีอิสระพอสมควรที่จะเลือกพิจารณาวินิจฉัยคดีใดหรือไม่ แต่ในอนาคตแนวโน้มอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดเป็นไปในลักษณะที่รัฐสภาจะออกกฎหมายเพื่อให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะเลือกว่าจะรับปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีใดไว้พิจารณาวินิจฉัยเพิ่มมากขึ้น⁵⁵⁶ และผลจากคำพิพากษาคดีนี้จึงทำให้มีการตีความถึง “เอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร” (executive privilege) เป็นครั้งแรก ซึ่งเกิดขึ้นมาจากธรรมเนียมทางการเมืองไม่นานนักหมายถึง การที่ประธานาธิบดีอ้างสิทธิพิเศษในการระงับข้อมูลหรือเอกสารใดๆ ที่ฝ่ายบริหารตีความว่าไม่สมควรเปิดเผยเพื่อประโยชน์หรือความมั่นคงของประเทศ ศาลฎีกาว่าตัดสินว่าฝ่ายบริหารไม่มี “เอกสิทธิ์อันเด็ดขาด” (absolute privilege) ในเมื่อเอกสารหรือข้อมูลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ในทางกลับกัน ศาลฎีกาไม่ได้ปฏิเสธว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร” ไม่มี โดยปกติอำนาจในการดังกล่าวเพื่อปลดออกจากตำแหน่งตามกระบวนการอิมพีชเมนต์เป็นอำนาจพิเศษที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่รัฐสภา ประธานาธิบดีไม่สามารถอ้าง “เอกสิทธิ์” ต่อรัฐสภาด้วยการปฏิเสธที่จะส่งมอบพยานเอกสารที่รัฐสภาเรียกร้องหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวางการดำเนินงานของรัฐสภา รัฐสภาสามารถฟ้องต่อศาลฐานไม่ปฏิบัติตามหมายเรียกของรัฐสภาได้⁵⁵⁷ ซึ่งผลของคำวินิจฉัยในคดีนี้ศาลสูงแห่งสหรัฐได้วินิจฉัยคดี โดยมีมติเป็นเอกฉันท์อันยืนยันอำนาจอิสระขององค์กรตุลาการ โดยวินิจฉัยว่า “เมื่อปรากฏหลักฐานต่อศาลให้พอเชื่อได้ว่ามีพฤติการณ์ที่น่าสงสัยว่าหลักฐานเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับการทำความผิด ศาลย่อมมีอำนาจเรียกหลักฐานมาได้ พร้อมทั้งชี้ไว้ด้วยว่า ประธานาธิบดีแม้มีเอกสิทธิ์ในฐานะประมุขฝ่ายบริหาร ก็ไม่มีเอกสิทธิ์สมบูรณ์จากอำนาจศาล โดยเฉพาะเมื่อมีเหตุควรสงสัยว่าได้ทำความผิด” อันยืนยันถึงหลักความมีอิสระของผู้พิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปรากฏอยู่ใน The Constitution of the United States of America ค.ศ. 1787 ซึ่งประกอบด้วยหลัก 5 ประการ คือ (1) ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง (Tenure of judges) เมื่อผู้พิพากษาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประจำศาลสูงสุด ผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิต ไม่มีการโยกย้ายหรือเกษียณอายุ ทำให้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดไม่ต้องหวั่นไหวจากอิทธิพลใดๆ ดังนั้น แม้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดจะมาจากพรรคการเมืองใดก็จะมีพรรคการเมืองใดให้คุ้มครองให้โทษได้อันเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในทางส่วนตัวเพื่อช่วยเสริมความเป็นอิสระ (2) เงินประจำตำแหน่ง (Salary) รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เงินประจำตำแหน่งของผู้พิพากษาจะลดน้อยลง

⁵⁵⁶ ขจิตพรธม สุขแสง , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 229 , หน้า 72-73

⁵⁵⁷ กชวรรณ จันทร์เณร , การดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ , 2544 , หน้า 55

เพราะเหตุหนึ่งเหตุใดมิได้ตลอดระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่งและเงิน ประจำตำแหน่งนี้จะต้องเหมาะสมเพียงพอค้ำครองชีพ ซึ่งเป็นหลักประกันทำให้ผู้พิพากษามีความเป็นอิสระในทางส่วนตัวไม่ต้องกังวลต่อการทำมาหาเลี้ยงชีพเพื่อความเป็นอิสระให้ดียิ่งขึ้น (3) สวัสดิการ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา มีสวัสดิการและความเป็นอยู่ที่ดี มีความสะดวกสบายในท้องถิ่นที่ดี (4) การทำคำพิพากษาอย่างมีอิสระ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแต่ละคนมีสิทธิในการทำคำพิพากษาอย่างมีอิสระของตน ซึ่งต้องอ่านประกอบคำพิพากษาหลักอันถือเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุด อย่างแท้จริง (5) การทำ ความเห็นแย้ง ความเป็นอิสระของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกามีหลักประกันในการแสดงความคิดเห็นภายในที่ประชุมแห่งศาลสูงสุด และสามารถแสดงออกต่อสาธารณชนได้⁵⁵⁸ เห็นได้ว่าหากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะพบว่า “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” นับเป็นหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญในการจัดระบบการปกครองที่มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการที่อาศัยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้จัดทำขึ้นเป็นเครื่องมือเพื่อประโยชน์ในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว⁵⁵⁹ ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจัดเป็นประเทศที่ผู้พิพากษามีอิสระมากที่สุด เนื่องจากหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้บัญญัติรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษานี้มิใช่เป็นอิสระที่ต้องไม่ได้รับการตรวจสอบจากหน่วยงานอื่น หากแต่ยังมีองค์กรที่จะคอยควบคุมดูแลในการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตนของผู้พิพากษาและวางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาอันเป็นความจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาซึ่งมีผลต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาเป็นอย่างมาก⁵⁶⁰

จากระยะเวลาทางประวัติศาสตร์อันยาวนานที่ผ่านมาตั้งแต่เริ่มต้นก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ท่ามกลางความหลากหลายทางวัฒนธรรมของแผ่นดินอเมริกาที่วางรากฐานสังคมอเมริกันบนหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพผ่านรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้วางรากฐานในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้เป็นเสมือน “เสาหลัก” แห่งความยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันปรากฏคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดแห่ง

⁵⁵⁸ ปัญญา อุดชาชน , ความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญ : วาระที่เหมาะสม , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.constitutionalcourt.or.th/ occ_web/download/article/article_20170720150403.pdf

⁵⁵⁹ ณวัฒน์ ศรีปัดดา , ความเป็นไปได้ในการนำหลักการในระบบอิมพีชเมนต์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้กับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2544 , หน้า 39

⁵⁶⁰ นิทรวัตติ ฤทธิพันธ์ , ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาคดีอาญา , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2555 , หน้า 46-47

สหรัฐอเมริกาที่นำหลักการพื้นฐานของนิติรัฐมาใช้ในการรับรองสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ แก่ประชาชนชาวอเมริกันอย่างมากและเป็นองค์การในการธำรงความยุติธรรมให้เป็นปึกแผ่น โดยแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับอิทธิพลจากระบบ Common Law ของระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษภายใต้หลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันเป็นแนวคิดที่ก่อตัวขึ้นเพื่อเป็นการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักการปกครองโดยกฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดที่มีมาช้านานและถูกดำรงอยู่ในระบบกฎหมาย Common Law และเป็นหลักที่ใช้ในการจำกัดการปกครองของอังกฤษและเคียงคู่อระบบการปกครองในระบบประชาธิปไตยโดยรัฐสภาโดยตลอด⁵⁶¹ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้รับการสืบทอดหลักนิติธรรมตามระบบ Common Law ของประเทศอังกฤษมาอย่างยาวนาน แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดพื้นฐานในการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกาได้อุดมไปด้วยหลักการของสิทธิเสรีภาพ หลักความเสมอภาค ภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งแนวคิดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์มิให้ถูกพรากไปโดยการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ตลอดจนการมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐที่เป็นแนวความคิดที่มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของระบบ Civil Law ที่แพร่หลายในภาคพื้นยุโรป โดยหลักการปกครองทั้งสองหลักนี้ต่างมีรายละเอียดปลีกย่อยที่มีความแตกต่างกัน แต่ก็ยังมีวัตถุประสงค์ที่มีเป้าหมายเดียวกัน คือ รัฐที่ถือการปกครองโดยกฎหมาย⁵⁶² และโดยที่บทบาทของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการแปลความรัฐธรรมนูญหรืออีกนัยหนึ่งคืออุดมการณ์สิทธิธรรมชาติดั้งเดิมในประวัติศาสตร์อเมริกาย่อมชี้ให้เห็นถึงความแข็งแกร่งน่าเชื่อถือของสถาบันตุลาการในการปกป้องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยสถานภาพอันมีเกียรติของศาลเช่นนี้เกี่ยวพันกับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์การเมืองของอเมริกาอย่างลึกซึ้งอันเป็นเบื้องหลังของพัฒนาการเชิงสร้างสรรค์ของศาลสูงสุดกับอุดมการณ์ความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนที่เป็นพลังขับเคลื่อนที่สำคัญ ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนทำให้อเมริกามีสถาบันหรือกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนที่เป็นการเฉพาะอันปรากฏเป็นผลพวงในเชิงสร้างสรรค์ในรูปคำพิพากษาต่างๆ ของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา⁵⁶³

จากการศึกษาถึงรากฐานแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทั้ง 3 ประเทศอันได้แก่ ประเทศ

⁵⁶¹ เขตไท่ ลังการ์พินธุ์, หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย : ความหมายและสาระสำคัญ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์ ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 พฤศจิกายน 2558, หน้า 25-27

⁵⁶² สิทธิกร ศักดิ์แสง, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), หน้า 214

⁵⁶³ จริญญา โฆษณานันท์, อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 195, หน้า 220

เยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ผ่านภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐของแต่ละประเทศ ดังจะเห็นได้ว่าแนวคิดการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจในกระบวนการตรากฎหมายให้ เป็นไปตามเจตจำนงของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย ที่ได้วางระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอำนาจนิติบัญญัติแตกต่างกันออกไปตาม วัฒนธรรมทางการเมือง หรือรูปแบบเฉพาะในทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ โดยในระบบการ ตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Checks and Balances) การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ถือได้ว่าเป็นกลไกสำคัญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ที่บรรดา องค์การตุลาการสามารถทำหน้าที่พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Act of Parliament) หรือการกระทำของฝ่ายบริหาร (Government Administrations) ศาลมี อำนาจในการยกเลิก เพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งของฝ่ายบริหารได้ อาทิ บทบัญญัติที่ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ เป็นต้น แต่ละประเทศมีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับภูมิหลังทางประวัติศาสตร์และความต้องการของแต่ละประเทศที่มีความหลากหลายและ แตกต่างกัน ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่าระบบการวินิจฉัยตรวจสอบโดยตุลาการจึงมีความแตกต่างกันในแต่ละ ประเทศทั้งในด้านโครงสร้างเชิงสถาบัน ตลอดจนเนื้อหาและกระบวนการพิจารณาความต่าง ๆ⁵⁶⁴ และจากการพิจารณาวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันมี รูปแบบที่แตกต่างกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศ ฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใน รูปแบบของระบบ Common Law เห็นได้ว่าปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลา การ สามารถแบ่งออกเป็น 2 สาเหตุที่สำคัญ กล่าวคือระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่แตกต่างซึ่ง ความเข้าใจทั่วไปสามารถแยกเป็นสองระบบกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ ลายลักษณ์อักษร (Civil Law) กับประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ทั้งสองระบบกฎหมายมีแนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการที่แตกต่าง โดยประเทศ ที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ถือว่าผู้พิพากษาเป็นที่มาและบ่อเกิดแห่ง กฎหมายมีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อวางบรรทัดฐานและแนวปฏิบัติขณะเดียวกันมีอำนาจ ในการปฏิเสธหลักการของกฎหมายที่ล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน สำหรับ ประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรผู้พิพากษาคือผู้ที่ทำหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย (Applying the Law) เท่านั้น ผู้พิพากษาโดยทั่วไปจึงไม่มีอำนาจในการสร้างหรือปฏิเสธบทบัญญัติ

⁵⁶⁴ ปวีศร เลิศธรรมเทวี , ภูมิหลังว่าด้วยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 35 ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน 2560 , หน้า 74

แห่งกฎหมาย นอกเหนือจากระบบกฎหมาย แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีอิทธิพลต่อการจัดวางระบอบการปกครองเป็นอีกปัจจัยที่ส่งผลต่อระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการให้มีความแตกต่างกัน โดยแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของ John Locke ที่ถูกขัดเกลาโดย Montesquieu และได้นำไปใช้ในการตรารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกในสหรัฐอเมริกา แนวคิดดังกล่าวเกิดขึ้นบนพื้นฐานที่ว่าอำนาจทั้งสามอำนาจมีอาจแทรกแซงซึ่งกันและกันได้โดยปราศจากกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law) สาระสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว คือมีระบบการตรวจสอบและดุลแห่งอำนาจทั้งสามกล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหารปฏิบัติ ฝ่ายบริหารมีอำนาจแต่งตั้งตุลาการ และตุลาการก็มีอำนาจตรวจสอบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ถือเป็นหัวใจสำคัญของการรักษาสมดุลแห่งอำนาจในการปกครองประเทศ อย่างไรก็ตามหลายประเทศที่เผชิญปัญหาเผด็จการอำนาจนิยม (Tyranny of the Majority) โดยเฉพาะประเทศในยุโรปจึงได้นำระบบการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการมาใช้เพื่อป้องกันมิให้รัฐบาลกลายเป็นเผด็จการ⁵⁶⁵ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าภูมิหลังของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างย่อมส่งผลให้ระบบการตรวจสอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยตุลาการมีแนวทางที่แตกต่างกันในการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศดังกล่าวแล้วจะพบว่า ประเทศที่มีการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยในสากลประเทศย่อมอยู่ภายใต้หลักการที่สำคัญ อาทิเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชน และอีกหลักการสำคัญหนึ่งที่จะขาดไปเสียมิได้ นั่นคือ หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ (The Rule of Law หรือ Rechtsstaat หรือ Etat du Droit) เพื่อเป็นหลักประกันในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรฝ่ายตุลาการได้มีบทบาทอย่างสำคัญในการรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐและนิติธรรมผ่านการปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดย “หลักนิติรัฐ” ของแต่ละประเทศดังกล่าวมีจุดเด่นอันเป็นลักษณะสำคัญเฉพาะตามภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ผ่านพัฒนาการของระบบการเมืองการปกครอง ตลอดจนวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ขับเคลื่อนตามความเป็นพลวัตของสังคมในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชน ดังต่อไปนี้⁵⁶⁶

หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นต้นแบบและอธิบายความหลักกฎหมายได้ค่อนข้างเด่นชัดกรณีของ “หลักนิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” เป็นหลักที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในเยอรมัน

⁵⁶⁵ เียงอั้ง , หน้า 74-75

⁵⁶⁶ ไชยันต์ กุลนิตี , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 194 , หน้า 3-5

ภายใต้แนวความคิดว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรมและรัฐต้องปกครองตามบทกฎหมาย โดยมีองค์ริสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐอันถือได้ว่าเป็นแนวความคิดเรื่อง “นิติรัฐ” และต่อมา “นิติรัฐ” ได้พัฒนาการมากกว่ารูปแบบการปกครองโดยกฎหมายแต่ต้องเป็นระบอบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนด้วย และแนวคิดการมีระบบศาลมากกว่าการมีศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อันเป็นลักษณะของระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป โดยระบบรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาททางการเมือง เฉกเช่นเดียวกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีการยอมรับระบบศาลอื่นนอกจากศาลยุติธรรมซึ่งแตกต่างจากในระบบกฎหมาย Common Law ที่นิยมมีเพียงระบบศาลยุติธรรมเพียงหนึ่งเดียว โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันจึงมีอำนาจหน้าที่ที่สอดคล้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานที่มุ่งหมายให้เป็นองค์กรในการวินิจฉัยบรรดาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือระหว่างองค์กรในระดับสหพันธ์และระหว่างมลรัฐต่างๆ และรักษาความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับประชาชนในลักษณะของการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และควบคุมตรวจสอบบรรดาการกระทำกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญในฐานะกรรมการผู้ตัดสินข้อพิพาท (Schiedsrichter) ในทางรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเมืองหรือมีผลต่อการเมืองในทางใดทางหนึ่งแทบทั้งสิ้นอันเป็นอำนาจที่ได้รับการมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ (Verfassungsauftrag) และเห็นได้ชัดว่าการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนนั้นย่อมมีความชอบธรรม เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) โดยตรง กรณีนี้จึงเป็นที่เห็นได้ชัดว่า เป็นกรณีที่มีความแตกต่างกันอย่างมากระหว่างศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา โดยในขณะที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายบริหาร ศาลสูงสุดของสหรัฐจึงได้สร้างหลักขึ้นมาเองว่าองค์กรตุลาการสามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁵⁶⁷ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเป็นต้นแบบขององค์กรผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแทบจะทุกๆ กรณีในการใช้อำนาจรัฐ ในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและควบคุมการเมืองให้เป็นไปตามกติกาของรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิ

⁵⁶⁷ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 62 , หน้า 108-109

เสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงมีอำนาจที่กว้างกว่าบรรดาศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ดังเจตนารมณ์ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการขัดขวางอันตรายใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักเสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป และในคดีบางประเภทคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับเสมือนเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้หยิบยกหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนโดยหลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้นำมาใช้ในคำวินิจฉัยตามเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญฉบับกฎหมายพื้นฐานให้มิผลใช้บังคับต่ออำนาจรัฐทั้งปวงที่ต้องให้ความเคารพ

หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือ “L’ETAT DE DROIT” นั้น เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสอันเป็นประเทศแรกๆ ที่มีการศึกษาเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ ตามแนวคิดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสรัฐที่จะถือว่าเป็นนิติรัฐได้นั้น ต้องมีองค์ประกอบอย่างน้อย 3 ประการ คือ (1) ต้องมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยมีหลักว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) และกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ (2) ต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดๆ ของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นและ (3) ต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น 3 ฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยองค์กรตุลาการต้องมีความเป็นอิสระสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้⁵⁶⁸ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นได้มีองค์กรตุลาการแยกออกมาจากศาลธรรมดา อาทิสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) อันเทียบเคียงได้กับศาลปกครองทำหน้าที่ในการตรวจสอบบรรดาการกระทำทางปกครองของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการมีระบบศาลมากกว่าหนึ่งศาลนี้เป็นจุดแตกต่างจากระบบกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่มีศาลยุติธรรมเพียงระบบศาลเดียว โดยในฝรั่งเศสไม่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเหมือนกับประเทศเยอรมัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีสถานะเป็นองค์กรพิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวางที่ถือเป็นรูปแบบอันเป็นลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์ทางการเมืองของเยอรมันเอง หากแต่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil

⁵⁶⁸ อัคราทร จุฬารัตน์ , การใช้และการตีความกฎหมาย , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง , 2553) , หน้า 87-93

Constitutionnel) ที่โครงสร้างเชิงสถาบันเป็นองค์กรทางการเมือง โดยเป็นองค์กรที่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างรัฐกับฝ่ายบริหารซึ่งมีลักษณะเป็นคณะกรรมการ โดยระบบสภารัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดเป็นอีกรูปแบบหนึ่งขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดจากแนวคิดของฝรั่งเศสที่รวมเอาข้อดีของแต่ละระบบไว้ด้วยกัน ระบบสภารัฐธรรมนูญแบบฝรั่งเศสต้องการให้มีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่วินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันเพื่อป้องกันมิให้องค์กรดังกล่าวมีอำนาจมากเกินไปจึงถูกจำกัดอยู่ในลักษณะของคณะตุลาการหรือสภารัฐธรรมนูญ⁵⁶⁹ แต่ก็จัดได้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสทำหน้าที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญและอำนาจในคดีรัฐธรรมนูญอื่นๆ มีลักษณะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดี การตัดสินคดีมีผลเป็นที่สุด มีหลักประกันความเป็นกลางและความเป็นอิสระ ตลอดจนมีกระบวนการพิจารณาคดีที่เหมือนกับศาล และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญผูกพันอำนาจมหาชนทั้งหลาย ความผูกพันต่อคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เป็นทั้งความผูกพันต่อผลของคำวินิจฉัยและเหตุผลในคำวินิจฉัยซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยด้วย อีกทั้งในทางปฏิบัติคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้รับการเคารพและปฏิบัติตามจากองค์กรของรัฐเสมอภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (L'autorité de la chose jugée) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสถือเป็นองค์กรที่มีอำนาจหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตั้งที่บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่มีคุณค่าสูงสุดตั้งหลักรัฐธรรมนูญ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองถึงสิทธิตามธรรมชาติ เสรีภาพของปัจเจกชน หลักกฎหมายพื้นฐานและบรรดาหลักการที่มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) ภายใต้ระบบนิติรัฐผ่านคำวินิจฉัยต่างๆ อย่างมากมาย

หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้รับอิทธิพลของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ตามระบบ Common Law ของระบบกฎหมายอังกฤษอย่างสูง แต่ด้วยหลักการปกครองทั้งสองหลักทั้งหลักนิติรัฐและนิติธรรมนี้แม้มีรายละเอียดปลีกย่อยที่มีความแตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์ที่มีเจตนารมณ์เดียวกัน คือ รัฐที่ถือการปกครองโดยกฎหมาย และด้วยระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกาที่มุ่งเน้นในแนวคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพอย่างมาก และการให้ความเคารพในหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการเคารพในสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยเฉพาะตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลักการที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐในอเมริกา กล่าวคือ เป็นรูปแบบของการปกครองโดยกฎหมายที่ถือเป็นหลักการสำคัญในการ

⁵⁶⁹ ปวีศร เลิศธรรมเทวี , อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 292 , หน้า 91

ปกครองประเทศโดยที่บุคคลทุกคนและทุกชนชั้นรวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมายบ้านเมือง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มุ่งที่จะให้หลักประกันสูงสุดแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยการบังคับให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ หรือการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการมีศาลฎีกาแห่งสหรัฐเป็นสถาบันสูงสุดในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและตีความวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ อันเป็นลักษณะเฉพาะของการตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา แต่อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตคือ จากการที่รัฐธรรมนูญสหรัฐไม่ได้กำหนดขอบอำนาจของศาลสูงสุดไว้อย่างชัดเจนว่าจะควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ในกรณีใดบ้าง ศาลสูงสุด (Supreme Court) จึงได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ศาลหรือองค์กรตุลาการจะเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้หรือไม่ และมากน้อยเพียงใด ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้พัฒนาหลัก judicial self-restraint หรือหลัก political-question-doctrine หลักเรื่องการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในปริมาณทางการเมืองขึ้น เพื่อควบคุมและจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการไม่ให้ล่วงล้ำเข้าไปในพรมแดนที่เป็นอำนาจตัดสินใจทางการเมืองโดยเฉพาะ โดยศาลสูงสุดของสหรัฐจะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (Konkrete Normenkontrolle) ในกรณีที่เกิดเป็นคดีเฉพาะเรื่องเฉพาะราว และมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายที่จะนำมาปรับแก้คดีนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจในการพิพากษาว่ากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด ศาลทำได้เพียงไม่นำกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวเท่านั้น ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกจะไม่รับคำร้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) หรือกรณีข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreit) โดยการยุติปัญหาในกรณีดังกล่าว ศาลสูงสุดสหรัฐจะปล่อยให้เป็นเรื่องทางการเมืองที่ต้องแก้ปัญหากันเองต่อไป⁵⁷⁰ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางบทบาทของตนเองในการยืนยันหลักการพื้นฐานของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญไว้ในหลายๆ ด้านทั้งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการในปริมาณทางการเมืองที่ถือเป็นหลักที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาถือตามอย่างเคร่งครัด ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจึงถือเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับเป็นอย่างสูงจากมหาชน โดยเปรียบเสมือนเสาหลักที่ธำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันปรากฏผ่านการตีความกฎหมายและการวางหลักกฎหมายในคำวินิจฉัยเพื่อเจตจำนงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐ

⁵⁷⁰ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 295

ดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่า การศึกษาในบทที่ 3 ถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทั้ง 3 ประเทศอันได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา แม้จะมีรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของบริบทของแต่ละประเทศ แต่กระนั้นเององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทั้ง 3 ประเทศดังกล่าวได้ยื่นหยัดทำหน้าที่ในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำต่างๆ ในทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้ล่วงละเมิดกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นหัวใจของการปกครองในระบอบนิติรัฐ โดยได้นำหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหามาใช้ในคำวินิจฉัยเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนความผาสุกของรัฐ

บทที่ 4

วิเคราะห์การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการนำเสนอเนื้อหาในบทที่ 3 ถึงแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ผ่านภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐของแต่ละประเทศ และศึกษาวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันมีรูปแบบที่แตกต่างกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของระบบ Common Law โดยเฉพาะการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยผ่านคำวินิจฉัยที่สำคัญขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศดังกล่าว

ในบทที่ 4 จึงเป็นการศึกษาถึงแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย ผ่านประวัติศาสตร์ในทางการเมืองของรัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญอันเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศึกษาวิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยผ่านคำวินิจฉัยที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

4.1 แนวคิดและพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทย

พัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐอันเป็นแนวคิดในการที่รัฐต้องอยู่ภายใต้ตัวบทกฎหมายและมีหัวใจสำคัญเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายหรือกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวคิดการปกครองที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเกิดขึ้นพร้อมกันกับวิวัฒนาการของระบบการเมืองและสังคมอันมีรากฐานมาจากระบบจารีตประเพณี กล่าวคือ จารีตประเพณีดังกล่าวนี้ คือ ข้อห้ามต่างๆ ที่คนในสังคมให้ความเชื่อและจะละเมิดมิได้ และเมื่อสังคมมีการรวมกลุ่มที่ขยายใหญ่โตขึ้นก็ปรากฏกฎเกณฑ์ในการพิจารณาข้อพิพาทต่างๆ โดยพิจารณาจากขนบธรรมเนียมประเพณีที่สังคมยึดถือยอมรับและปฏิบัติร่วมกัน โดยมีผู้ปกครองผู้มีความยุติธรรมมีสิทธิอันชอบธรรมและมีอำนาจในการปกครอง ซึ่งต่อมาเมื่อมีการรวมตัวของกลุ่มชนในสังคมที่มีความหลากหลายและปรากฏความซับซ้อนทางความเชื่อและขนบประเพณีจารีตต่างๆ

อันยากแก่การที่จะใช้จารีตประเพณีของกลุ่มชนใดมาเป็นบรรทัดฐานในการควบคุมและระงับข้อพิพาทได้ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะมีผู้ปกครองหรือผู้ที่เป็นกษัตริย์สร้างกฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนที่ใช้ในการควบคุมพฤติกรรมร่วมกันเพื่อเป็นที่ยุติ และต้องมีบัญญัติและมีอำนาจบังคับใช้ให้บังเกิดผล กฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนที่มีอำนาจบังคับใช้ดังกล่าวนี้ก็คือ สิ่งที่เราเรียกว่า กฎหมาย (Law) ซึ่งเป็นผลิตผลของสังคมที่สอดคล้องกับวิวัฒนาการของสังคมมนุษย์นั่นเอง กฎหมายจึงมีความเด่นชัดในแง่ของการควบคุมสังคมคือ มีอำนาจบังคับใช้และมีโทษที่แน่นอนที่ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติขึ้นให้แก่ผู้อยู่ใต้การปกครองใช้ร่วมกัน ซึ่งบรรดากฎเกณฑ์ต่างๆ หรือกฎหมายเหล่านี้หาได้คิดขึ้นใหม่ตามอำเภอใจแต่อย่างใด หากแต่นำสิ่งที่มีอยู่ในขนบธรรมเนียมประเพณีและจารีตของกลุ่มชนต่างๆ มาดัดแปลงปรุงแต่งให้เหมาะสมให้เกิดการยอมรับร่วมกันของกลุ่มชนในสังคม ซึ่งกฎหมายของสังคมมนุษย์ในสมัยก่อนๆ ก่อนการเป็นสมัยใหม่ในปัจจุบันมักเป็นกฎหมายแบบจารีต (Customary Law) ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่สืบทอดมาตามยุคสมัย โดย “กฎหมายตราสามดวง” ถือเป็นกฎหมายที่ใช้ในราชอาณาจักรสยามมาตั้งแต่กรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 นับเนื่องเป็นกฎหมายแบบจารีต (Customary Law) ที่พัฒนาการสืบเนื่องมาตามวิวัฒนาการของสังคมและรัฐ อันเป็นกฎหมายและระเบียบแบบแผนของบ้านเมืองนับแต่กรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 5⁵⁷¹ อันเป็นพัฒนาการที่สำคัญของแนวคิดการปกครองที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศไทยมาจวบจนถึงปัจจุบัน

4.1.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ระบบการปกครองภายใต้แนวความคิดว่าด้วยกฎหมายในยุคเดิมก่อนเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ในประเทศไทยนั้นหาใช่คำว่า “กฎหมาย” ในความหมายที่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislation) คือการตรากฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นแนวคิดที่เป็นอยู่ดังในปัจจุบัน ในสมัยโบราณกฎหมายก็คือธรรมะซึ่งถือเป็นเรื่องเดียวกัน แยกจากกันไม่ได้ อันเป็นความคิดทำนองเดียวกับความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ของโลกตะวันตก สำหรับกฎหมายซึ่งเชื่อว่าเข้ามาสู่ดินแดนของประเทศไทยตั้งแต่ยุคกรุงสุโขทัยและถือเป็นแม่บทอันสำคัญของกฎหมายไทยเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยาก็คือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ อันมีที่มาจากประเทศอินเดียตามความเชื่อในศาสนาฮินดู โดยไทยได้รับผ่านทางมอญซึ่งนับถือพุทธศาสนาเช่นเดียวกัน โดยถือกันว่าเป็นหลักธรรมที่เป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกคนต้องปฏิบัติตาม โดยหลักการใหญ่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้

⁵⁷¹ ศรีศักร วัลลิโภดม , กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย , (กรุงเทพฯ : เมืองโบราณ , 2545) , หน้า 11-19

กำหนดให้พระมหากษัตริย์นำมุลคดีซึ่งมีทั้งสิ้น 39 ประการอันประกอบด้วยมุลคดีแห่งผู้พิพากษาและ
 ตระลาการ 10 ประการอันเป็นกฎหมายแม่บทเกี่ยวกับอำนาจศาลและวิธีพิจารณาความ และมุลคดี
 วิวาท 29 ประการอันเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดเป็นกรณีพิพาทต่อ
 กัน มาเป็นหลักในการบัญญัติสาขาคดีต่างๆ อันเป็นบทบาทตามราชประเพณีของผู้ปกครองแผ่นดินใน
 การรักษาความยุติธรรม และนอกจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้
 ในการปกครองแผ่นดินแล้ว ยังปรากฏกฎหมาย “พระอัยการ” หรือ “พระไอยการ” อันหมายถึง
 กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน (Basic Law) ที่ทุกคนจะต้องปฏิบัติตามและหากมีปัญหาเกี่ยวกับพระ
 อัยการ พระมหากษัตริย์จะต้องมีพระราชวินิจฉัยในแต่ละคดีเพื่อให้ความยุติธรรมซึ่งถือเป็นพระราช
 อำนาจของพระมหากษัตริย์ในการปกครองบ้านเมือง นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กล่าวถึงลักษณะของ
 การเป็นผู้พิพากษาที่ดีว่าต้องยึดหลักอินทภาษ คือ เวลาพิจารณาคดีจะต้องปราศจากอคติ 4 ประการ
 คือ ฉันทาคติ (รัก) โทสาคติ (โกรธ) โมหาคติ (หลง) และภยากติ (กลัว) อีกทั้งจะต้องยึดถือหลัก
 กฎหมายเป็นใหญ่และเข้าใจอย่างถ่องแท้ โดยในพระอัยการลักษณะตระลาการได้กล่าวเตือนถึง
 หลักการ คือ มหามค.คคณั ซึ่งหมายถึงการยึดกฎหมายเป็นใหญ่ กุมค.ควิข.ชน ซึ่งหมายถึงวินิจฉัย
 โดยไม่เห็นแก่ประโยชน์ใดๆ จนทำให้ผิดทางไม่ได้อำนวยความสะดวกยุติธรรมให้เกิดขึ้น และสาตมธิตตธม.ม
 ซึ่งหมายถึง ต้องศึกษากฎหมายให้ถูกต้องชำนาญ เข้าใจเจตนารมณ์ในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะ
 คุ้มครอง แนวทางดังกล่าวถือเป็นหลักการสำคัญที่จะอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นกับผู้ที่เกี่ยวข้อง
 และสังคม ทั้งนี้ มหามค.คคณั คือการยึดกฎหมายเป็นใหญ่ ซึ่งก็คือ หลักนิติธรรม (Rule of Law)
 นั้นเอง⁵⁷²

เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายไทยในสมัยโบราณโดยเฉพาะในสมัย
 สุโขทัยและสมัยกรุงศรีอยุธยาอันเป็นแนวความคิดว่าด้วยการปกครองในสมัยการปกครองระบอบ
 สมบูรณาญาสิทธิราชย์ จะพบแนวความคิดที่ว่าด้วยกฎหมายก็คือหลักธรรมหรือธรรมะ หรืออาจจะ
 กล่าวได้ว่า กฎหมายกับธรรมะเป็นเรื่องเดียวกัน แยกจากกันไม่ได้ ประชาชนในสังคมสมัยโบราณ
 ปฏิบัติตามหลักธรรมของพุทธศาสนาที่เปรียบเสมือนเป็นกฎหมายที่ทุกคนต้องประพฤติปฏิบัติตาม
 วยความเคร่งครัด ทั้งนี้ กฎหมายที่ถือเป็นแม่บทอันสำคัญก็คือ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์หรือธรรม
 สัตถัมอันเป็นคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ตามแนวของศาสนาพุทธ ที่มีเนื้อหาเป็นกฎเกณฑ์ธรรมชาติของ
 สรรพสิ่งที่ทุกคนต้องปฏิบัติตามเพื่อให้ชีวิตดำเนินไปตามธรรมชาติ ส่งผลให้คนทุกคนสามารถมีชีวิต
 อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายในสมัยก่อนก็คือกฎเกณฑ์ที่เป

⁵⁷² สวาง บุญเฉลิมวิภาส , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย , พิมพ์ครั้งที่ 7 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2551) , หน้า 84-106

นหลักธรรมนั่นเอง⁵⁷³ หลักแนวความคิดเช่นว่านี้ที่เชื่อมโยงกฎหมายกับธรรมะตามแนวคิดในพระพุทธศาสนาถือเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องทำนองเดียวกับความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ของโลกตะวันตกตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ **โดยระบบการปกครองในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีพระมหากษัตริย์เป็นผู้ปกครองสูงสุดในการอำนวยความยุติธรรมและหลักการที่ว่าด้วยผู้พิพากษาต้องวินิจฉัยคดีโดยยึดกฎหมายเป็นใหญ่ตามหลักคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ที่ก่อตัวมานับแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ได้กลายเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยอันเป็นแนวความคิดว่าด้วยการปกครองภายใต้ระบบกฎหมายที่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของระบบการเมืองและสังคมสยามที่ในห้วงเวลาต่อมาที่อิทธิพลของโลกตะวันตกได้แพร่ขยายเข้ามาในดินแดนยังผลให้สยามในยุคนั้นต้องปรับตัวและก่อให้เกิดแนวคิดในการปฏิรูประบบการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นการเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ของประเทศไทย ซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่มีการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 4 (พ.ศ. 2394-2411) และมาปรากฏชัดเจนในสมัยรัชกาลที่ 5 (พ.ศ. 2411-2453) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. 2435 อันเป็นผลมาจากการคุกคามของลัทธิอาณานิคมจากตะวันตกโดยเฉพาะจากอังกฤษและฝรั่งเศสที่คุกคามอธิปไตยของประเทศไทย ผลของการปฏิรูปดังกล่าวก่อให้เกิดการรวมอำนาจการปกครองไว้ที่สถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นศูนย์กลางการปกครองของประเทศ⁵⁷⁴ ทั้งนี้ระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นผู้ปกครองสูงสุดของไทยนั้นมิได้เป็นระบอบที่มีมาแต่สมัยโบราณ หากแต่ปรากฏก่อตัวขึ้นในสมัย **รัชกาลที่ 5** เนื่องจากการทรงรวบรวมอำนาจจากเหล่าขุนนาง ข้าราชการที่เคยมีอำนาจและบทบาทมากในช่วงยุคสมัยก่อนหน้านั้น มาไว้ที่ศูนย์กลางการปกครอง คือ พระมหากษัตริย์และพระประยูรญาติ ทำให้พระมหากษัตริย์ทรงดำรงสถานะเป็นทั้งประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ซึ่งเท่ากับว่าระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของไทยมีเพียง 3 รัชกาลเท่านั้น คือ รัชกาลที่ 5 รัชกาลที่ 6 และรัชกาลที่ 7 แต่อย่างไรก็ตาม ระบบการเมืองการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการกล่าวถึงรูปแบบของระบบการปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้บริหารสูงสุดที่จะกำหนดรูปแบบและโครงสร้างการ**

⁵⁷³ ตามพงศ์ ขอบอิสระ , ธรรมะกับกฎหมาย... , สืบค้นจากเว็บไซต์

http://www.kcbc.coj.go.th/doc/data/kcbc/kcbc_1497515156.pdf

⁵⁷⁴ ร. แลงการ์ด (ชาณูวิทย์ เกษตรศิริ และวิภัลย์ พงศ์พนิตานนท์ บรรณาธิการ) , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย , ฉบับพิมพ์สิงหาคม 2553 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) หน้า 53-62

ปกครองเพื่อปกครองดูแลราษฎรให้เกิดความสงบเรียบร้อยอยู่ภายใต้พระราชอำนาจอันเด็ดขาด⁵⁷⁵ ในการนี้ จึงเห็นได้ว่าแนวความคิดว่าด้วยระบบการปกครองภายใต้กฎหมายได้ก่อตัวและมีมาอย่างยาวนานแล้วตั้งแต่สมัยโบราณนับแต่ครั้งสมัยสุโขทัยและสมัยกรุงศรีอยุธยาภายใต้ระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นผู้ปกครองสูงสุด โดยจะพบแนวความคิดที่ว่าด้วยกฎหมายก็คือหลักธรรมหรือธรรมะ เนื่องจากแนวคิดของประเทศโลกตะวันออกโดยเฉพาะในประเทศไทยมีความเชื่อและยึดหลักธรรมคำสอนในพระพุทธศาสนาและมองว่ากฎหมายกับธรรมะถือเป็นเรื่องเดียวกัน แยกจากกันไม่ได้ และเมื่อประกอบกับความเปลี่ยนแปลงของระบบการเมือง เศรษฐกิจ และภาวะความสมัยใหม่ (Modernity) ที่แผ่ขยายโดยลัทธิอาณานิคมชาวตะวันตกเข้าสู่ประเทศสยามในห้วงรัชสมัยรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 ที่ประเทศสยามต้องปรับตัวให้ทัดเทียมอารยประเทศอันก่อให้เกิดการปฏิรูประบียบแบบแผนต่างๆ โดยการเปลี่ยนแปลงของระบบกฎหมายได้ถือเอาหลักความยุติธรรมตามหลักคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในการก่อกำเนิดกฎหมายเพื่อแก้ไขบทกฎหมายเก่าและจารีตประเพณีเดิมให้ทัดเทียมเหมือนดังนานอารยประเทศ

4.1.1.1 แนวคิดการปกครองด้วยระบบกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

ในช่วงเริ่มต้นกรุงรัตนโกสินทร์ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 แห่งอันเป็นเวลาประเทศไทยได้เริ่มรับแนวคิดจากกฎหมายตะวันตกซึ่งถือว่าเป็น กฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) เข้ามาในสังคมไทยและมีการจัดทำประมวลกฎหมายต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงอาจกล่าวได้ว่า ช่วงเวลาดังกล่าวนี้เป็นจุดที่ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติแบบสมัยใหม่ ซึ่งอาจแยกวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงทางด้านระบบกฎหมายในสมัยใหม่ได้เป็น 3 ช่วงเวลาคือ⁵⁷⁶

ช่วงที่ 1 รับเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เพื่อเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องไปก่อน เพราะการปฏิรูปกฎหมายทั้งระบบจะต้องใช้เวลานาน การรับกฎหมายอังกฤษเข้ามาในครั้งนี้ เข้ามาในสองทางคือ ทางที่หนึ่งเป็นการรับเข้ามาใช้เป็นเรื่องๆ หรือที่เรียกว่า peach meal โดยศาลจะนำ

⁵⁷⁵ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ , เหตุแห่งการปฏิวัติสยาม 2475 , บทสัมภาษณ์นิตยสารสารคดี ปีที่ 14 ฉบับที่ 172 เดือนมิถุนายน 2542 , หน้า 110 , อ้างไว้ใน ภัทรวดี ชินชนะ , สมบูรณาญาสิทธิราชย์ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=สมบูรณาญาสิทธิราชย์>

⁵⁷⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์ , นิติปรัชญา , พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2539) , หน้า 49-50

หลักกฎหมายของอังกฤษเข้ามาเป็นส่วนประกอบเพื่อให้กฎหมายไทยที่บกพร่องสมบูรณ์ขึ้น และทางที่สองเป็นการรับเข้ามาโดยทางโรงเรียนสอนกฎหมาย ซึ่งจากการที่ไทยได้ส่งนักกฎหมายไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ และพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระราชบิดาแห่งกฎหมายไทย ผู้ได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษได้ตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น ซึ่งอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษได้แผ่เข้ามาในลักษณะนี้

ช่วงที่ 2 มีการตัดสินใจจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญาและจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งสองบรรพแรกแบบของฝรั่งเศส อันเกิดจากสภาพปัญหาในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่ชาติตะวันตกอ้างว่ากฎหมายไทยมีความล้าสมัย กลายเป็นข้ออ้างที่ไม่ยินยอมให้บุคคลในบังคับของตนขึ้นศาลไทยจนกว่าประเทศไทยจะได้ปรับปรุงกฎหมายเหมือนอารยประเทศ ซึ่งเงื่อนไขนี้ทำให้ต้องมีการจัดทำประมวลกฎหมายให้แล้วเสร็จโดยเร็ว โดยในระยะแรกประเทศไทยได้ตัดสินใจร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาก่อน และประกาศใช้เมื่อ ร.ศ. 127 หรือปี พ.ศ. 2451 หลังจากนั้นจึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งสองบรรพแรกและมีการประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2466 แต่ปรากฏเกิดข้อขัดข้องจนต้องจัดทำใหม่ในเวลาต่อมา

ช่วงที่ 3 มีการตัดสินใจที่จะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบเยอรมัน ซึ่งเริ่มต้นโดยมีบรรพทั่วไป ผู้ที่มีบทบาทอย่างมากในการร่างประมวลกฎหมายในครั้งนี้คือ พระยามานวราชเสวี ทำหน้าที่เป็นเลขานุการคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายได้ถวายความเห็นต่อรัชกาลที่ 6 ว่า ควรใช้แบบประมวลกฎหมายเยอรมันโดยลอกเลียนแบบจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งดัดแปลงไว้แล้วจะได้เกิดความรวดเร็วเพื่อจะได้ขอยกเลิกในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

โดยในช่วงรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 ได้เกิดความเปลี่ยนแปลงของประเทศในหลายๆ ด้าน รวมทั้งได้มีการปฏิรูปการบริหารราชการบ้านเมืองรวมถึงการปฏิรูประบบกฎหมายนอกจากจะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแล้ว ในสมัยรัชกาลที่ 5 ยังได้มีการปฏิรูปทางการศาลครั้งสำคัญโดยมีการตั้งกระทรวงยุติธรรมและรวมศาลซึ่งแต่เดิมกระจายอยู่ตามกระทรวงต่างๆ ให้มาไว้ในแห่งเดียวกัน และมีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน และจัดทำประมวลกฎหมายซึ่งรวมถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความด้วยจนเสร็จสิ้นโดยความเปลี่ยนแปลงของการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 5 สอดรับกับช่วงเวลาที่เกิดพัฒนาการในด้านต่างๆ โดยเฉพาะวิวัฒนาการในด้านกฎหมายและการปกครองเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ของโลกตะวันตกซึ่งมีลักษณะสำคัญของการให้ความสำคัญเคารพต่อมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย ยึดหลักแดนความเป็นอิสระของเอกชน (Sphere of Private Autonomy) ในการถือครองทรัพย์สินและเสรีภาพในการนับถือศาสนา การก่อตัวของหลักการพื้นฐานทางกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญา และแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนถือหลักว่าการปกครองและการบริหารราชการต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality in Administration) การปกครองในรัฐสมัยใหม่

จึงยอมรับในหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักการกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) หรือในภาคพื้นยุโรปเรียกว่า หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่ถือว่าคนทุกคนไม่ว่าประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเสมอกัน การให้อภิสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษแก่บุคคลเฉพาะรายโดยปราศจากเหตุผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (Common Good) หรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ถือเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและยอมรับไม่ได้ในสังคมสมัยใหม่ (Modern Society) โดยความเป็นกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) ของกฎหมายตะวันตกที่ได้พัฒนาหลักกฎหมายจนกลายเป็นหลักเกณฑ์สากลที่เหมาะสมกับกาลสมัยและสามารถใช้แก้ปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้นี้ ส่งผลให้ประเทศไทยรับเอาอิทธิพลของกฎหมายจากประเทศตะวันตกมาเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่โดยผสมผสานกับสังคมไทยอันเป็นรัฐประชาชาตินโยบายของรัชกาลที่ 5 ในการจัดทำประมวลกฎหมาย โดยคำนึงถึงบทบัญญัติในแต่ละเรื่องในประมวลกฎหมายที่เหมาะสมกับสังคมไทยโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัวซึ่งเกี่ยวข้องกับพื้นฐานความเชื่อทางศาสนาและวัฒนธรรมที่มีมาอย่างยาวนานในสังคม ดังความเห็นที่ว่า “เป็นปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่อำนาจรัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวถือเป็น The Autonomous Legal Domain หรือ The Autonomous Domain of Unwritten Law ซึ่งเป็นขนบธรรมเนียมประเพณีหรือกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเอง (Spontaneous Order)”⁵⁷⁷ แนวความคิดใหม่ๆ ที่ประเทศไทยได้รับมาจากประเทศตะวันตกโดยเฉพาะแนวความคิดของการปกครองโดยระบบกฎหมายและการให้ความเคารพต่อมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันจึงเข้ามามีอิทธิพลต่อความเปลี่ยนแปลงของวัฒนธรรมความเชื่อและบริบทของสังคมไทยในแทบจะทุกด้าน อันส่งผลให้ประเทศไทยก้าวเข้าสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ดังนั้น แนวความคิดการยึดกฎหมายเป็นใหญ่และระบบการปกครองโดยคำนึงถึงความยุติธรรมได้ปรากฏในประเทศไทยผ่านตัวบทกฎหมายลักษณะต่างๆ ซึ่งมีวิวัฒนาการมาตามยุคสมัยอันผูกพันกับวัฒนธรรมแบบจารีตประเพณีของการปกครองในระบบพระมหากษัตริย์ที่เป็นตั้งสมมติเทวดาตามแนวคิดเทวนิยมและหลักธรรมคำสอนในยุคสมัยก่อนอันเป็นบทบาททางนิติราชประเพณีของผู้ปกครองแผ่นดินในการรักษาความสงบเรียบร้อยของการปกครองแผ่นดินและปกครองผู้คนให้ดำรงอยู่ในธรรมโดยมีกฎหมายแม่บทที่ใช้ในการปกครองแผ่นดินเพื่ออำนวยความยุติธรรม แนวคิดอันเป็นรากฐานของระบบการปกครองโดยกฎหมายเหล่านี้ได้เป็นหลักการพื้นฐานที่สืบทอดและวิวัฒนาการมาตามยุคสมัย แต่อย่างไรก็ดีลักษณะของสังคมการเมืองและการปกครองในยุคเดิมที่ยังอาจมิได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าใดนัก เนื่องด้วยยังปรากฏสถานภาพของมนุษย์ใน

⁵⁷⁷ Preedee Kasemsup , “Reception of Law in Thailand : A Buddhist Society” Masaji Chiba (Ed) , Asian Indigenous Law , London , 1986 , p. 278-279 , อ้างไว้ใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ,อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 2 , หน้า 256-257

ระบบไพร่ที่สังกัดมูลนายหรือระบบทาสที่มีมาตั้งแต่ยุคเดิมจวบจนสมัยช่วงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ หากแต่ด้วยแนวคิดของหลักธรรมเรื่องของความเมตตาตามหลักการของพระพุทธศาสนา จึงทำให้ระบบทาสในประเทศไทยมีการปฏิบัติต่อทาสแตกต่างไปจากทาสในรูปแบบของสังคมตะวันตก และเมื่อมีการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5 แนวคิดการให้ความเคารพต่อมนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้หลักการเรื่องสิทธิพลเมืองและการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจได้นำไปสู่การยกเลิกระบบไพร่โดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร ร.ศ. 124 ในปี พ.ศ. 2448 การออกกฎหมายต่างๆ เพื่อปฏิรูประบบการบริหารราชการแผ่นดิน และการเลิกทาสอันเกิดจากอิทธิพลของอารยธรรมตะวันตกที่มุ่งปลดปล่อยทาสให้เป็นเสรีชนได้แพร่ขยายเข้ามาในสังคมไทยภายหลังที่ไทยได้ติดต่อค้าขายกับประเทศตะวันตกอย่างกว้างขวางจากการทำสนธิสัญญาบาวริง พ.ศ. 2398 เป็นต้นมา อันเป็นกระบวนการเปลี่ยนผ่านของระบบสังคมและการเมืองของรัฐสยามจากรัฐแบบจารีตไปสู่การเป็นรัฐสมัยใหม่และนำมาสู่การสถาปนาขึ้นมาของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในรูปแบบการรวมอำนาจไว้ที่สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นศูนย์กลางของอำนาจรัฐ⁵⁷⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ของประเทศไทยในยุคปฏิรูปบ้านเมืองในสมัยรัชกาลที่ 5 จะพบว่า แม้ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนี้ประเทศไทยจะปกครองภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ตาม แต่พระองค์ทรงปฏิรูปบ้านเมืองโดยทรงมุ่งเน้น “การสร้างรัฐ” (State-Building) ภายใต้รัฐประศาสนนโยบายที่เรียกว่า “รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์” (Absolute State) ซึ่งปกครองโดยพระมหากษัตริย์ที่มีพระราชอำนาจเต็มโดยการ “กฎหมาย” เป็นเครื่องมือสำคัญในการเปลี่ยนแปลงประเทศให้ทันสมัยก้าวทันประเทศตะวันตก โดยการเปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจทั้งทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยมีเป้าหมายสำคัญคือ การวางรากฐานเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตย นอกจากนี้ ภายใต้การปฏิรูปดังกล่าวพระองค์ทรงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรวมทั้งความเสมอภาคของราษฎร ทำให้ราษฎรมีความเท่าเทียมกันด้วยการเลิกทาสให้หมดสิ้นไป โดยการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลิกทาสหลายฉบับ ซึ่งพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจทางด้านนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อให้ประเทศเกิดความเปลี่ยนแปลงอย่างค่อยเป็นค่อยไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าแท้จริงแล้วหลักนิติรัฐได้เข้ามามีบทบาทในประเทศไทยตั้งแต่ในสมัยรัชกาลที่ 5 อันเป็นความสัมพันธ์ระหว่าง

⁵⁷⁸โปรดดูรายละเอียด อัญชลี สุสายัณห์, ไพร่สมัย ร.5: ความเปลี่ยนแปลงของระบบไพร่และผลกระทบต่อสังคมไทย ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2553)

หลักนิติรัฐกับการเลิกทาสในประเทศไทย และแสดงให้เห็นถึงพระปรีชาสามารถในการเปลี่ยนผ่านประเทศซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐในปัจจุบัน⁵⁷⁹

4.1.1.2 การก่อตัวของหลักนิติรัฐในช่วงสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ห้วงเวลาการเปลี่ยนผ่านของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในช่วงสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 ได้ปรากฏแนวความคิดที่สะท้อนถึงหลักการอันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐอันเป็นแนวคิดในการคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยหลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์ 2443-2526) ผู้เป็น 1 ใน 7 ของผู้ร่วมก่อตั้งกลุ่ม “คณะราษฎร” เพื่อเปลี่ยนการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญโดยปรากฏจุดเริ่มต้นของความแตกหักในทางวัฒนธรรมกฎหมายกับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เมื่อหลวงประดิษฐมนูธรรมได้เปิดสอนวิชากฎหมายปกครองที่โรงเรียนกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรก ซึ่งถือว่าการสอนวิชากฎหมายปกครองและกฎหมาย “พระธรรมนูญ” นั้นเป็นเรื่องที่ไม่บังควรและไม่เหมาะสมกับจารีตประเพณีและยุคสมัยของประเทศสยาม โดยในการบรรยายวิชากฎหมายปกครองหลวงประดิษฐมนูธรรมได้กล่าวไว้อย่างหนักแน่นเป็นครั้งแรกว่า กฎหมายใดจะต้องพึงตราขึ้นบนพื้นฐานของหลัก “สิทธิมนุษยชน” ขยายความได้ว่ามนุษย์นั้นเกิดมามีทั้งสิทธิและหน้าที่ที่จะดำรงชีวิตและรวบรวมกันอยู่ได้เป็นหมู่คณะ สิทธิและหน้าที่เหล่านี้ย่อมมีขึ้นจากสภาพตามธรรมชาติของการเป็นมนุษย์นั่นเอง ซึ่งอาจจำแนกได้เป็นความเป็นอิสระหรือเสรีภาพ ความเสมอภาค และความช่วยเหลือซึ่งกันและกันฉันพี่น้องหรือภราดรภาพ หลักแนวคิดดังกล่าวแม้ดูเป็น “ของตะวันตก” ซึ่งถือกำเนิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส แต่ก็ดูจะเป็นจริงเช่นกันว่ามนุษย์สามารถมีความเชื่อและศรัทธาได้โดยไม่มีปัญหาว่าหลักการนั้นเกิดขึ้นที่ประเทศใด ซึ่งการให้คุณค่าแก่ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามคำบรรยายของหลวงประดิษฐมนูธรรมก่อผลกระทบโดยตรงต่อแนวคิดทางการเมืองแบบเดิม ซึ่งในสภาพการณ์ดังกล่าวนี้คงมีแต่ความสนใจถึงการให้คุณค่าแก่เรื่อง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” เท่านั้นที่จะทำให้มนุษย์มีพลังกระทำการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในทางเป็นปฏิปักษ์ต่อระบบที่ตั้งมั่นอยู่ ซึ่งลักษณะเด่นๆ ของหลวงประดิษฐมนูธรรมในระยะแรกประการหนึ่งคือ การเป็นคนให้ความสนใจกับกำเนิดของกฎหมายและเจตนารมณ์ของมนุษย์ผู้ให้กำเนิดกฎหมาย โดยเฉพาะการมีระบอบรัฐธรรมนูญ โดยที่ในยุคดังกล่าวผู้มีอำนาจสูงสุดยังคงได้แก่พระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ทางกฎหมายที่ไม่สนิทกับ

⁵⁷⁹ เจษฎา ทองขาว , หลักนิติรัฐกับการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 5 ศึกษากรณีการเลิกทาสในประเทศไทย , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 35 ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม 2560 , หน้า 155-157

ความคิดของหลวงประดิษฐมนูธรรม เหตุเพราะจุดประสงค์ของคณะราษฎรนั้นไม่ได้ต้องการรัฐธรรมนูญที่เกิดจากประมุขแห่งรัฐเป็นผู้ให้เอง หากแต่เป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์ โดยให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่ใช่อยู่เหนือกฎหมาย⁵⁸⁰ อันถือเป็นแนวความคิดการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ อันเป็นแนวคิดที่เป็นรากฐานของระบบนิติรัฐของโลกตะวันตกและเมื่อประกอบกับบริบทของความเปลี่ยนแปลงที่กำลังเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วอันเนื่องมาจากสภาพปัญหาทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่สั่งสมมาตั้งแต่ช่วงปลายรัชกาลที่ 5 และต้นรัชกาลที่ 6 ที่กลุ่มสนใจการเมืองซึ่งมีฐานอย่างกว้างขวางในสยามและความก้าวหน้าของสยามภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ถูกมองและตีค่าโดยเปรียบเทียบกับความก้าวหน้าของประเทศอื่นๆ ภายใต้การปกครองระบบอื่น อันส่งผลให้ชนชั้นกลางในยุคนั้นมีการจัดเวทีสาธารณะและทางสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่ทำให้สยามมีทางเลือกใหม่สำหรับระเบียบทางสังคมและการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในห้วงเวลาหลายปีตอนปลายรัชกาลที่ 6 ความขัดแย้งทางการเมืองที่รุนแรงระหว่างแผ่นดินและราชสำนักที่ซับซ้อนมากขึ้นเพราะวิกฤติเศรษฐกิจของชาติตั้งแต่ปี 2465-2466 เป็นต้นมางบประมาณแผ่นดินขาดดุลงบประมาณและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจยิ่งทรุดหนัก โดยมีการพุ่งเป้าว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ราชสำนักใช้จ่ายเกินตัว และสถานการณ์การเงินการคลังได้กลายเป็นประเด็นที่มีการโต้แย้งในคณะผู้บริหารรัฐบาล จนถึงในรัชสมัยรัชกาลที่ 7 เริ่มขึ้นครองราชย์ในปี 2468 ท่ามกลางวิกฤติเศรษฐกิจและความขัดแย้งทางการเมือง อันนำมาสู่การสิ้นสุดของระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสยามในปี พ.ศ. 2475 ซึ่งเริ่มต้นด้วยปัญหานานัปการสำหรับราชาธิปไตยและนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงของระบบการเมืองและจบลงด้วยการที่ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของสยามถูกล้มล้างไป โดยมุ่งเน้นไปที่การทูลเชิญของคณะราษฎรกลุ่มผู้นำของรัฐประหารให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ครองราชย์บัลลังก์ภายใต้รัฐธรรมนูญต่อไป อันเป็นไปดังพระราชประสงค์ที่พระองค์ทรงมีพระราชดำริอยู่นานแล้วว่าพระราชนานรัฐธรรมนูญและไม่ต้องเห็นคนสยามขัดแย้งกันเอง ดังนั้น พระองค์ทรงยินดีจะสละพระราชอำนาจและเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ⁵⁸¹ การเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบการปกครองด้วยระบบรัฐธรรมนูญถือเป็นหมุดหมายสำคัญในทางประวัติศาสตร์ทางการเมืองและการปกครองของประเทศสยามในยุคนั้นและประเทศไทยในเวลาต่อมา กล่าวคือ เป็นการนำระบบการปกครองโดยกฎหมายอันเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐที่มีขึ้น

⁵⁸⁰ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, การปฏิวัติสยาม พ.ศ.2475, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ :ฟ้าเดียวกัน, 2553) หน้า 205-216

⁵⁸¹ เบนจามิน เอ. บัทสัน, อวสานสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 2 เนื่องในวาระ 72 ปี การปฏิวัติสยาม, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2547), หน้า 21-22, 339-340

เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย โดยถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่ในทุกองคาพยพของรัฐ ไม่ว่าจะประชาชนหรือผู้ใช้อำนาจรัฐใดๆ หรือแม้แต่พระมหากษัตริย์ผู้ปกครองรัฐล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

4.1.2 พัฒนาการของหลักนิติรัฐในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475

ประเทศไทยได้เข้าสู่ยุคที่มีระบบการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเริ่มต้นขึ้นภายหลังเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 โดยคณะราษฎรที่นับเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการทางด้านระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 นับได้ว่าเป็นการปฏิวัติครั้งแรก และครั้งเดียวที่เป็น “จุดเปลี่ยน” (Turning Point) สำคัญที่สุดสำหรับสังคมไทย คือการนำประเทศเข้าสู่ระบอบใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ประกันรับรอง สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลทุกชนชั้นไม่เว้นแม้แต่สถาบันพระมหากษัตริย์ และการยืนยันหลักการที่ว่าอำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของประชาชนทั้งหลายเป็นครั้งแรก⁵⁸² โดยการเปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ได้นำความเปลี่ยนแปลงอย่างไพศาลมาสู่สังคมไทยโดยมีการเปลี่ยนรูปแบบการปกครองจาก “การปกครองของกษัตริย์เหนือกฎหมายมาเป็นการปกครองที่มีกษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมาย” หรือคำอธิบายอย่างกว้างขวางในภายหลังว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลกระทบสำคัญต่อการจัดวางสถาบันทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันต่างๆ รวมถึงสำนักของผู้คนที่มีต่อสถานะและบทบาทของสถาบันแต่ละประเภท สถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นสถาบันหลักและเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในทางการเมืองเหนือสถาบันอื่นตามระบอบราชาธิปไตยได้ถูกปรับเปลี่ยนสถานะและอำนาจให้กลายเป็นสถาบันหนึ่งที่ไม่ได้มีอำนาจสูงสุดเช่นที่เคยมีมา รัฐธรรมนูญได้ถูกคาดหวังให้เป็นกติกาสถิตในการปกครองบ้านเมือง โดยจะเป็นกฎเกณฑ์ในการกำหนดว่าสถาบันใดจะทำหน้าที่อย่างไรและมีอำนาจมากน้อยเพียงใด สถาบันทุกสถาบันในทางการเมืองล้วนต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญที่ได้ถูกตราขึ้นไว้ รวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ก็ดำรงอยู่ด้วยการได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน โดยการปกครองในรูปแบบที่ “กษัตริย์อยู่ใต้กฎหมาย” ตามความมุ่งหมายของคณะราษฎรอันมิใช่เพียงความต้องการกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ดังที่กลุ่มชนชั้นนำเข้าใจเช่นนั้นเท่านั้น

⁵⁸² ทวีศักดิ์ ตั้งปฐมวงศ์ , การเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 : การปฏิวัติที่ถูกนิยามใหม่ , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ปีที่ 31 ฉบับที่ 3 พฤษภาคม - มิถุนายน พ.ศ. 2555 , หน้า 39

ดังจะปรากฏให้เห็นเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกเกิดขึ้น โดยในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ.2475 มาตรา 1 บัญญัติว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย” มาตรา 2 บัญญัติว่า “ให้มีบุคคลและคณะบุคคลดังจะกล่าวต่อไปนี้เป็นผู้ใช้อำนาจแทนราษฎรตามที่จะได้กล่าวต่อไปในรัฐธรรมนูญ คือ 1. กษัตริย์ 2. สมาชิกแทนราษฎร 3. คณะกรรมการราษฎร 4. ศาล” บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยจึงสะท้อนให้เห็นถึงอุดมการณ์ที่แตกต่างไปจากเดิมอย่างสำคัญ ด้วยการยืนยันถึงอำนาจสูงสุด หรือ “อำนาจอธิปไตย” ว่าเป็นของประชาชน มิใช่เป็นของกษัตริย์ดังที่เคยเป็นมาแต่เดิม และสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจในการปกครองเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่ได้รับมอบหมายมา ภายใต้หลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนี้เป็นการยอมรับว่าประชาชน เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ ประชาชนจะแสดงออกซึ่งการเป็นเจ้าของอำนาจโดยใช้อำนาจเลือกตัวแทนของตนไปทำหน้าที่ใช้อำนาจปกครอง การกำหนดตัวผู้ปกครองจึงเป็นอำนาจอธิปไตยของประชาชนมิใช่ใช้อำนาจอธิปไตยของผู้ปกครอง ดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจึงถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายอย่างชัดแจ้งและส่งผลให้กฎหมายเป็นเครื่องกำหนดการใช้อำนาจของผู้ปกครองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ลงวันที่ 10 ธันวาคม 2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการยอมรับร่วมกันระหว่างทั้งจากฝ่ายเจ้าและฝ่ายคณะราษฎรก็ได้ยอมรับ หลักการดังกล่าวว่าด้วยอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวสยาม โดยพระมหากษัตริย์เป็นประมุขผู้ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ทางสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีและศาล ดังนั้น รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นความมุ่งหมายในการเปลี่ยนแปลงการปกครองที่บังเกิดขึ้นจึงเป็นที่แน่ชัดว่ามีความหมายถึงรัฐธรรมนูญที่วางอยู่บนอุดมการณ์ทางการเมืองในแบบประชาธิปไตย ซึ่งต่อมาก็ได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทยมาโดยตลอด แม้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกระทั่งการยกเลิกและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ไม่ได้มีความเปลี่ยนแปลงที่กระทบถึงหลักการนี้อย่างสำคัญแต่อย่างใด⁵⁸³ การกำเนิดของระบบรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นกฎเกณฑ์บังคับถึงรูปแบบของรัฐ รัฐบาล อำนาจหน้าที่ รวมถึงเป็นสิ่งให้อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทุกองค์กรในการตัดสินใจแทนประชาชนทั้งหมด รัฐธรรมนูญเป็นผู้ก่อตั้งประมุขของรัฐไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญจะกำหนดว่าองค์กรฝ่ายต่างๆ มีอำนาจหน้าที่ประการใด ดังนั้น องค์กรทั้งหลายที่ถูกตั้งขึ้นจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และจะกระทำการใดๆ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใดหรือที่

⁵⁸³ สมชาย ปรีชาศิลปกุล , อภิรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีไทย 2475 – 2555 (ตอนที่ 1) , นิตยสารวิภาษา ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 ลำดับที่ 42 วันที่ 1 พฤษภาคม – 15 มิถุนายน 2555 , หน้า 13-14

เรียกว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”⁵⁸⁴ รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษรอันเป็นที่มาของระบบกฎหมายต่างๆ ของรัฐ ส่งผลให้บรรดากฎหมาย กฎเกณฑ์ใดหากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบทบัญญัตินั้นมิอาจนำมาใช้บังคับได้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กำหนดความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ ภายใต้หลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ซึ่งในลำดับต่อไปนี้จะขอนำเสนอถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญต่างๆ ในทางกฎหมายมหาชนอันปรากฏในบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 โดยจะหยิบยกมานำเสนอเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับที่มีความสำคัญต่อพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยมาโดยสังเขปเท่านั้น ดังต่อไปนี้

4.1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475

ประเทศไทยได้นำระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ อันเป็นผลจากการที่คณะราษฎรได้ขอร้องให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงอยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินและพระองค์ทรงยอมรับตามคำขอและได้พระราชทานรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เรียกชื่อว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” ถือเป็นรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยฉบับแรกของไทย และจากการพระราชทานรัฐธรรมนูญทำให้ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากเดิมซึ่งเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญและยังผลให้อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของปวงชนชาวไทย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่และเป้าหมายสำคัญในฐานะเอกสารทางการเมืองที่แสดงพันธะสัญญาระหว่างรัฐกับประชาชนในฐานะที่เป็นการวางหลักการสำคัญของรัฐหรือระบบการเมือง โดยเป็นเครื่องมือกำกับการใช้อำนาจรัฐ โดยหน้าที่สำคัญของรัฐธรรมนูญก็คือการแสดงการดำรงอยู่ของรัฐ การมีรัฐธรรมนูญจึงเป็นการสถาปนาอำนาจอธิปไตย การสถาปนาคุณค่าของสังคมและเป้าหมายของสังคมที่เป็นเอกภาพในรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เสมือนแนวทางในการปกครอง หรือแบบพิมพ์เขียวของรัฐ โดยได้ระบุถึงอำนาจหน้าที่ต่างๆ บทบาทของสถาบันการเมืองต่างๆ ตลอดจนกลไกในการทำงาน รัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่กำกับให้กิจกรรมและความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นไปอย่างมีเสถียรภาพ หรือหากมีความขัดแย้งกัน ในรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนด

⁵⁸⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐธรรมนูญน่ารู้, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2542) หน้า 14-15

แนวทางการคลี่คลายความขัดแย้งของระบบการเมืองเอาไว้ รัฐธรรมนูญในความหมายแบบเสรีนิยมจึงทำหน้าที่จำกัดอำนาจรัฐบาลเพื่อปกป้องเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การมีรัฐธรรมนูญจึงเป็นการรับรองความชอบธรรมทั้งภายในรัฐและภายนอกรัฐ⁵⁸⁵ ทั้งนี้ สำหรับในประเทศไทยเองนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกของไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้มีการออกแบบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อรองรับปัญหาที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการใช้บังคับของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิ่งใหม่อย่างยิ่งเนื่องจากรัฐธรรมนูญคือบทบัญญัติสูงสุดที่วางโครงสร้างทางการเมืองการปกครองในระบอบใหม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าฯ ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าพระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม รัฐธรรมนูญฉบับนี้มี 68 มาตรา ร่างโดยคณะอนุกรรมการซึ่งสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญชั่วคราวได้แต่งตั้งขึ้น และได้แสดงความหวังว่า “ขอให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรของเรานี้ยืนยงอยู่ คู่กับสยามรัฐราชสีมาตราบเท่ากัลปาวสาน สมดังพระบรมราชปรีชานทุกประการเทอญ” แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เป็นรัฐธรรมนูญถาวรเนื่องจากความผันผวนทางการเมือง ซึ่งต่อมาคณะราษฎรซึ่งเป็นกลุ่มผู้เปลี่ยนแปลงการปกครองได้เกิดความแตกแยกกัน ประกอบกับประชาชนให้ความสนใจระบอบประชาธิปไตยมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการยกย่องว่า ร่างกะทัดรัดที่สุดและร่างขึ้นโดยการออมชอมและการผ่อนปรนของทุกฝ่าย⁵⁸⁶ โดยในห้วงเวลาที่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ปรากฏเหตุการณ์สำคัญหลายเหตุการณ์ที่มีผลต่อระบบการเมืองการปกครอง อาทิ ความแตกแยกทางความคิดภายในคณะราษฎร การรัฐประหารในวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2476 การเกิดคณะกบฏบวรเดช โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงสละราชสมบัติโดยเสด็จไปประทับที่ประเทศอังกฤษ⁵⁸⁷ ซึ่งเหตุการณ์ต่างๆ ในทางการเมืองที่เกิดขึ้นยังผลมาจากความผันผวนของสถานการณ์ทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นความหวาดระแวงถึงความพยายามยึดอำนาจจากรัฐบาลคณะราษฎรโดยกลุ่มอำนาจเก่า รวมถึงการที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงมีความรู้สึกว่าคุณะรัฐบาลไม่ให้

⁵⁸⁵ บัณฑิต จันทร์โรจน์กิจ , รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558) , หน้า 18-21

⁵⁸⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม , สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย , (นครหลวงฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2515) , หน้า 25

⁵⁸⁷ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ , วิภาลัย ธีรชัย , สุภาสิณี ชมะสุนทร และสมคิด เลิศไพฑูรย์ , 60 ปีประชาธิปไตย สิทธิเสรีประเทศไทย , เอกสารประกอบการสัมมนา จัดโดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ เมื่อวันที่ 24-28 มิถุนายน 2535 ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , หน้า 19-21

ความสำคัญต่อสถาบันกษัตริย์นำไปสู่การทรงสละราชสมบัติสภาวะการณดังกล่าวเป็นผลอันสืบเนื่องมาจากยุคสมัยดังกล่าวนี้คณะราษฎรครองอำนาจเหนือแผ่นดินสยามโดยให้ความสำคัญกับ “รัฐธรรมนูญ” เสมือนหนึ่งในสัญลักษณ์ประจำชาติที่ประชาชนต่างแสดงความเคารพ โดยในช่วงแรกเริ่มของ “ระบอบรัฐธรรมนูญ” ในสยามตามแนวคิดที่ว่าด้วย “วัฒนธรรมทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Culture) โดยคณะราษฎรได้สร้างรัฐธรรมนูญให้เป็นสัญลักษณ์ประจำชาติในรูปแบบที่เน้นการสร้างความคิดศักดิ์สิทธิ์ (Sacralisation) เป็นสำคัญ อันยังผลให้เมื่อสิ้นสุดของระบบการปกครองโดยคณะราษฎรก็ทำให้ความนิยมในรัฐธรรมนูญของประชาชนจางหายไปมิได้หยั่งรากลึกในจิตวิญญาณของชนชาติดังประเทศอื่นๆ⁵⁸⁸ แต่ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญนี้ใช้มาถึง พ.ศ. 2489 คือเกือบ 14 ปี คณะรัฐมนตรีในขณะนั้นเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความล้าสมัย จึงได้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรขอให้ตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาปัญหาการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งสภาผู้แทนฯ ก็เห็นชอบและได้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2489 เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 แล้วจะเห็นได้ว่า ในภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความสำคัญในแง่ของการเป็นต้นสัญลักษณ์ของ “ก้าวแรก” ในการเปลี่ยนผ่านของการสถาปนารัฐธรรมนูญตามระบอบประชาธิปไตย ให้รัฐธรรมนูญเป็นหลักแห่งการปกครองบ้านเมืองและเป็นกฎหมายสูงสุดในการสร้างระบอบการเมืองการปกครองแบบใหม่ให้บังเกิดขึ้น และเป็นก้าวอย่างสำคัญของการพัฒนาการของแนวคิดนิติรัฐสมัยใหม่ในประเทศไทยที่มีหลักหัวใจสำคัญคือ การให้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐใช้ในการจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์ผู้ปกครอง โดยให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมาย อันเป็นหลักการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองมิให้เป็นไปตามอำเภอใจหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของหลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรปของโลกตะวันตก

4.1.2.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

จากการพิจารณาประวัติศาสตร์ทางระบบการเมืองการปกครองของไทย ผลพวงสืบเนื่องของการปฏิรูประบบราชการของสยามเมื่อปี พ.ศ. 2435 ในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งต้องการจัดตั้งรูปแบบการบริหารราชการแผ่นดินโดยมุ่งรวมอำนาจเข้าสู่ส่วนกลาง (Centralization) เพื่อให้ง่ายต่อ

⁵⁸⁸ ภูริ พวงศ์เจริญ, “ลัทธิบูชารัฐธรรมนูญ” กับสยามสมัยคณะราษฎร, ศิลปวัฒนธรรม ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2558, หน้า 79-80

การปกครอง การปฏิรูปดังกล่าวทำให้สยามแปรสภาพเป็นรัฐภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) อีกทั้งยังไปสู่การก่อให้เกิดการก่อรูปของระบบราชการสมัยใหม่ โดยส่งผลให้สถานะของระบบราชการโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบราชการพลเรือนมีความสำคัญมากยิ่งขึ้น ในฐานะสถาบันทางการเมือง (Political Institution) ที่มีรากฐานที่เข้มแข็งที่สุดสถาบันหนึ่งในทางการเมืองที่อยู่ในช่วงการเปลี่ยนผ่าน (Transitional Period) จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ระบอบประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญ (Constitutional Democracy) ซึ่งห่างเวลากว่า 25 ปี ระหว่าง พ.ศ. 2475 – 2500 ระบบราชการได้มีปฏิสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมืองอื่นๆ ที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งยุคสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่มีแนวความคิดการนำระบบราชการมาทำให้กลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบไทย โดยถือว่าระบบราชการมีหน้าที่เป็นตัวแทนและปฏิบัติตามคำบัญชาของผู้ปกครองโดยตรงและยอมรับการชี้แจงทางการปฏิบัติจากรัฐบาล โดยเฉพาะจากตัวผู้นำเป็นสำคัญอันเป็นรูปแบบการปกครองที่กล่าวได้ว่ามีการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จของนายกรัฐมนตรีในฐานะผู้นำของรัฐบาล⁵⁸⁹ ท่ามกลางบริบทแวดล้อมของ

⁵⁸⁹ ในทัศนะของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ระบบประชาธิปไตยแบบไทยควรที่จะเป็นไปในรูปแบบที่รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งประเทศชาติจะเป็นระเบียบไม่ได้ถ้ายังมีระบบพรรคการเมืองที่แบ่งแยกตามแนวคิด แต่ควรที่จะต้องอาศัยการแบ่งตามแนวนอนระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองด้วย จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์เชื่อว่า ระบบการเลือกตั้งและระบบพรรคการเมืองไม่เหมาะสมกับประเทศไทย เพราะจะทำให้เกิดการแตกแยก ทางออกของปัญหานี้คือ ควรต้องให้อำนาจกับรัฐบาลมากขึ้น โดยเห็นว่ารัฐเป็นสถาบันที่กำหนดว่าอะไรคือเจตนารมณ์ของประชาชนชาวไทยทั้งประเทศ โดยมีเป้าหมายที่สำคัญอยู่ที่ความมั่นคงและเสถียรภาพทางการเมือง แนวความคิดเหล่านี้ในทางปฏิบัติแล้ว จอมพลสฤษดิ์เชื่อว่า ผู้นำคือนายกรัฐมนตรีซึ่งต้องมีอำนาจที่เด็ดขาดและเห็นว่า ประเทศควรแบ่งออกเป็นสามชั้น คือ รัฐ/รัฐบาล ข้าราชการ และประชาชน โดยเชื่อว่า รัฐบาลจำเป็นต้องมีอำนาจสูงสุดและมีหน้าที่ในการวางนโยบายที่สำคัญๆ งานที่สำคัญของรัฐบาลคือ จะต้องทำให้มีเสถียรภาพทางการเมืองและธำรงไว้ซึ่งความเป็นปึกแผ่นของชาติ และสำหรับประชาชนได้ถูกจำกัดบทบาททางการเมืองลง โดยหากจะมีบทบาทได้ต้องดำเนินไปภายใต้การควบคุมดูแลหรือการยินยอมจากรัฐบาลเท่านั้น นอกจากนี้ จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยังเห็นว่า รัฐบาลเป็นผู้มีหน้าที่วางโครงการและกำหนดแนวทางต่างๆ ที่จะทำให้ประเทศทันสมัยและเจริญรุ่งเรือง อันอาจกล่าวได้ว่านับตั้งแต่การทำรัฐประหารในพ.ศ.2501 คณะปฏิวัติภายใต้การนำของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ นำประเทศไทยกลับไปสู่แนวความคิดแบบโบราณทั้งในด้านรากฐานของประเทศและรัฐบาล มีการแสวงหาความชอบธรรมในทางที่จะนำเอาระบบพ่อลูกสมัยสุโขทัยมาใช้ โดยที่จอมพลสฤษดิ์มักจะเทียบเคียงการปกครองแบบบิดากับบุตรและการปกครองที่มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารกับประเทศเสมอ การให้เหตุผลของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ในการเสนอให้มีการจัดระเบียบการเมืองการปกครองของไทยในลักษณะการปกครองแบบพ่อปกครองลูกดังเช่นในสมัยสุโขทัยนั้น ก็คือการสร้างความชอบธรรมทางการเมืองที่มีพื้นฐานอยู่บนประวัติศาสตร์และจารีตดั้งเดิมของสังคมไทย โดยนำเอาจารีตประเพณีดังกล่าวมาผสมผสานเข้ากับแนวคิดประชาธิปไตย ส่งผลให้จอมพลสฤษดิ์ถูกยกฐานะให้เป็นเสมือน "พ่อ" ของคนไทยทุกคน หรืออีกนัยหนึ่งมีฐานะเป็น "พ่อขุน" ที่เปี่ยมไปด้วยความเป็นธรรมและความเมตตาที่ต้องปกครองครอบครัวที่ใหญ่ที่สุดซึ่งก็คือชาติ , โปรดดูรายละเอียด ทักษ์ เฉลิมเกียรติ , การเมืองระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2559) ; สุมาลี พันธุ์ยรา , ระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ>

สภาวะยุคสงครามเย็น (Cold War) ซึ่งคณะปฏิวัติใช้เป็นเงื่อนไขในการรวมอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงและการพัฒนาประเทศ โดยมีมาตรา 17 ตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นหลักหมายในการมอบอำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Power) ให้กับผู้ปกครองในระบอบใหม่ในฐานะนายกรัฐมนตรีอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน นำไปสู่การสถาปนาระบอบสฤษดิ์ (Sarit Regime) โดยระบอบดังกล่าวดำรงอยู่เป็นระยะเวลากว่า 16 ปีคือ ตั้งแต่ พ.ศ.2501 จนกระทั่งถูกโค่นล้มลงในวิกฤตการณ์เหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ซึ่งนำไปสู่การเปิดพื้นที่ให้สถาบันทางการเมืองอื่นๆ กลับเข้ามาสู่ระบบการเมืองในที่สุด⁵⁹⁰ และจากเหตุการณ์ดังกล่าวได้นำมาสู่ข้อเรียกร้องของประชาชนในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ที่ปรากฏนัยดังกล่าวประการในรัฐธรรมนูญคือ เป็นนัยของการประกาศถึงยุครุ่งอรุณแห่งสังคมใหม่ที่ประชาธิปไตยผลิบานอย่างเต็มรูปแบบ⁵⁹¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มีความสำคัญต่อระบบการเมืองการปกครองของไทยในแง่ที่มีการจัดวางโครงสร้างและกลไกของรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้สภาพการเมืองที่เป็นประชาธิปไตย ในการร่างรัฐธรรมนูญได้มีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยมากฉบับหนึ่งมาเป็นแนวทางในการพิจารณาและในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญประชาชนได้ร่วมแสดงความคิดเห็นไปยังผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันมาก โดยคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการนำบทบัญญัติเรื่องการให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญซึ่งอาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชนมากกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย⁵⁹² เมื่อรัฐธรรมนูญ

⁵⁹⁰ สรณันท์ สรณานุกาพ และวสันต์ เหลืองประภัสร์ , การขยายตัวของระบบราชการไทยในสมัยระบอบสฤษดิ์ : ยุคความมั่นคงและการพัฒนา พ.ศ. 2501 -2516 , วารสารการเมืองการปกครอง วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 ประจำเดือน มกราคม – เมษายน 2560 , หน้า 284-286

⁵⁹¹ เขาวนะ ไตรมาศ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทย , รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์

www.pub-law.net เล่มที่ 4 , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2548) , หน้า 170

⁵⁹² "ประชามติ" เป็นคำที่ใช้สำหรับกระบวนการออกเสียงลงคะแนนของพลเมืองเพื่อแสดงความคิดเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับมาตรการที่รัฐบาลเสนอ หรือต่อสิ่งที่เกิดจากความคิดริเริ่มของประชาชน (une initiative populaire) ระบบการออกเสียงประชามติเป็นกระบวนการสำคัญกระบวนการหนึ่งที่ถูกนำเข้ามาเป็นส่วนเสริมทฤษฎีตัวแทนของประชาชน กล่าวคือ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนนั้น ประชาชนจะไปเลือกผู้แทนเข้าไปใช้อำนาจแทนตนเอง โดยการกำหนดให้ประชาชนสามารถเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยได้ด้วยตนเองในเรื่องที่เป็นกิจการสำคัญของประเทศ ซึ่งก็คือการให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามตินั่นเอง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการประชุมตีส่งผลทำให้การปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองของประชาชนโดยประชาชนและเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง โปรตุเกส นันทวัฒน์ บรมานันท์ , การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) (ตอนที่ 1) , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=401>

ฉบับนี้ประกาศใช้จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเป็นประชาธิปไตยตามแนวทางรัฐธรรมนูญนิยม โดยได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างกว้างขวางและได้วางรูปแบบการปกครองในระบอบรัฐสภาแบบสองสภาที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้วางโครงสร้างและกลไกให้ฝ่ายบริหารมีเสถียรภาพมากขึ้น โดยมาตรการส่งเสริมระบบพรรคการเมืองที่กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมือง และได้เพิ่มเติมองค์การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ คือตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี และสาขาสังคม ผู้ตรวจเงินแผ่นดินรัฐสภา เป็นต้น⁵⁹³ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ในส่วนของหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้รับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนไว้มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ เป็นอย่างมาก เช่น การบัญญัติถึงความเสมอภาคของชายและหญิง (มาตรา 28 วรรคหนึ่ง) การรับรองหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (มาตรา 28 วรรคสาม) การรับรองสิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐาน (มาตรา 41 วรรคหนึ่ง) เสรีภาพทางวิชาการ (มาตรา 42) เป็นต้น ซึ่งรวมทั้งหมดในหมวด 3 นี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ถึง 27 มาตรา รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ได้ชื่อว่า “มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพมากที่สุด”⁵⁹⁴ และนับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้มีการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย (มาตรา 224) ซึ่งเป็นการรับเอาอิทธิพลหรือแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย หรือหลักการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนี้มีการนำมาใช้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากนั้นหลักการดังกล่าวนี้⁵⁹⁵ ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรต่อมาทุกฉบับ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁵⁹³ โปรตดู ทรวงุฒิจารจรกุล, รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง : ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542)

⁵⁹⁴ เฉลิมพงศ์ เอกเผ่าพันธุ์, การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 102-103

⁵⁹⁵ หมายเหตุผู้เขียน : หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายประเทศมีการนำมาใช้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งต่อมาฝรั่งเศสได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปสถาบันและองค์กรทางการเมืองการปกครองโดยให้มีการตรวจสอบ “ภายหลัง” กฎหมายประกาศใช้แล้ว จึงเท่ากับว่า ปัจจุบันฝรั่งเศสมีทั้งการตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมายและหลังประกาศใช้กฎหมาย, โปรตดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, ศาลรัฐธรรมนูญ (12), คอลัมน์ นิติศาสตร์เพื่อราษฎร มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับวันที่ 21 - 27 ตุลาคม 2559, สืบค้นจากเว็บไซต์ https://www.matichonweekly.com/column/article_12899

(มาตรา 190) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (มาตรา 205)⁵⁹⁶ อันเป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถือเป็นหลักการสำคัญของนิติรัฐยุคสมัยใหม่ นอกจากนี้ เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 ได้มีการบรรจุคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในคำปรารภเป็นครั้งแรกในประโยคที่ว่า “จักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรมเพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”⁵⁹⁷ อันเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติถึงหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งนับได้ว่าเป็นการยืนยันถึงหลักการปกครองแบบ “นิติรัฐ” ที่ยึด “หลักนิติธรรม” ของประเทศไทยที่เกิดจากการนำหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ที่ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรปกับการปกครองแบบหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ใช้กันอยู่ในประเทศอังกฤษมาผสมผสานจนกลายเป็นหลักการปกครองเดียวกัน จึงเรียกว่า “การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม”⁵⁹⁸ อันเป็นการยอมรับหลักการถือกฎหมายเป็นใหญ่ของรัฐสมัยใหม่ที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในโลกตะวันตกและเป็นการวางหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยมีระบบการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายอันเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ปรากฏผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริง

4.1.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ในการสถาปนารัฐธรรมนูญตามระบอบประชาธิปไตยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของไทยได้เกิดเหตุการณ์ต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองไทยมากมายหลายเหตุการณ์อันส่งผลต่อพัฒนาการของระบบนิติรัฐในประเทศไทยที่ไม่เจริญรุดหน้าเท่าที่ควรเมื่อเทียบกับความรุดหน้าของระบบนิติรัฐดังเช่นประเทศในโลกระหว่างสงครามทั้งหลาย และแม้ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยจะมีระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามแบบอย่างของนานาอารยประเทศสมบูรณ์แล้วก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่ายังมีสาเหตุปัจจัยนานัปการที่เป็นอุปสรรคขวางกั้นมิให้การปกครองบ้านเมือง

⁵⁹⁶ บรรหาร กำลา , หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย : ที่มาแนวคำวินิจฉัย และข้อสังเกต , จุลินิติ กรกฎาคม – สิงหาคม 2553 , หน้า 174-175

⁵⁹⁷ สมฤทธิ์ ไชยวงศ์ , หลักนิติธรรม : การคุ้มครองหลักนิติธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม” , (กรุงเทพฯ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558) , หน้า 249

⁵⁹⁸ สิทธิกร ศักดิ์แสง , หลักกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2557) , หน้า 214

เป็นไปด้วยความราบรื่น ทั้งยังมีเหตุการณ์ในทางการเมืองหลายอย่างเกิดขึ้นอันเป็นเหตุให้รัฐบาลชาติ เสถียรภาพจนไม่สามารถแก้ไขปัญหามันเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพอันก่อภาวะวิกฤติจนนำมาสู่การ ปราบปรามแนวคิด “การปฏิรูปการเมือง” (Political Reform) อันเป็นการกำหนดโครงสร้างและระบบ การใช้อำนาจรัฐเสียใหม่เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิควบคุมและตรวจสอบได้อย่างแท้จริงอันเป็นการ ป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจในทางการเมืองในทางมิชอบ โดยการปฏิรูปการเมืองดังกล่าวจึงต้อง เป็นการปฏิรูปที่มีพื้นฐานมาจากการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริง และการทำให้สิทธิเสรีภาพ ขันมูลฐานของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ ในทางปฏิบัติอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอันเป็นการหล่อ หลอมถึงการตระหนักในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่จะไม่ยินยอมสยบให้กับการใช้อำนาจรัฐที่เกิน เลยหรือไม่ชอบธรรมด้วยประการใดๆ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึง ถือกำเนิดมาบนแนวความคิดในการปฏิรูปการเมืองในฐานะ “ธรรมนูญแห่งสิทธิเสรีภาพ” และเน้นมี ส่วนร่วมของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง⁵⁹⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงถือเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับ ประชาชน” เนื่องจากประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้และยังมี เจตนารมณ์ที่จะปรับปรุงการเมืองทั้งระบบให้มีความสามารถในการแก้ปัญหาที่เป็นอุปสรรคต่อการ สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพทางการเมืองในอดีต รวมทั้งวางรากฐานในการปฏิรูประบบราชการ และระเบียบบริหารราชการแผ่นดินให้มีความโปร่งใส โดยประชาชนสามารถตรวจสอบได้ตลอดเวลา ตลอดจนวางแนวทางในการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมให้สามารถอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน ได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งยังผลให้ระบบประชาธิปไตยของไทยมีลักษณะเด่นคือ เป็นประชาธิปไตยที่ ประชาชนมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) โดยเน้นสิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมของ ประชาชน⁶⁰⁰ โดยปรากฏกรอบความคิดพื้นฐาน หลักการ และสาระสำคัญที่มีการบัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ 3 ประการสำคัญ คือ กรอบที่ 1 สิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมของพลเมือง กรอบที่ 2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และกรอบที่ 3 สถาบันการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบัน การเมือง ภายใต้หลักการปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองใหม่ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ ยิ่งขึ้น⁶⁰¹ ซึ่งจากบริบทในทางระบบการเมืองการปกครองของไทยที่ตั้งอยู่บนสภาวะของความไม่

⁵⁹⁹ มานิตย์ จุมปา , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ นิติธรรม , 2543) , หน้า 7-12

⁶⁰⁰ กระมล ทองธรรมชาติ และเขาวานะ ไตรมาส , วิชาการของการระบอบรัฐธรรมนูญไทยจากอดีตถึงปัจจุบัน , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณกิจ 1991 จำกัด , 2545) , หน้า 93

⁶⁰¹ มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ , เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2542) , หน้า 32-34

แน่นอนอันส่งผลให้เสถียรภาพทางการเมืองเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลาตามแต่ละช่วงเวลา อันก่อให้เกิดความไม่ศรัทธาต่อระบบการเมืองของมหาชนส่วนใหญ่ที่ต้องการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางการเมืองจากกลุ่มการเมือง นายทุน หรือระบบราชการอันฝังรากลึกในระบบการเมืองไทยมาอย่างยาวนานมาสู่การปกครองโดยเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกภาคส่วน โดยเฉพาะการเพิ่มกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นระบบในการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent Regulatory Agency) โดยองค์กรอิสระจัดเป็นสถาบันทางการบริหารเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นความจำเป็นของการมีกลไกคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง อันเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักของนิติรัฐในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลักของนิติรัฐในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตลอดจน การมีแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง โดยกลไกขององค์กรอิสระที่มีใช้องค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ อันเป็นการเสริมอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการเพื่อเยียวยาปัญหาของประชาชน จากการใช้อำนาจรัฐหรือการกระทำของบุคคลและการคุ้มครองด้านสิทธิมนุษยชน⁶⁰² แนวความคิดต่างๆ ที่ปรากฏเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงส่งเสริมให้มีหลักการจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีระบบศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบรรดาการกระทำของรัฐเพื่อมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการมีระบบการเมืองที่มีรัฐบาลบริหารในทางการปกครองได้อย่างมีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลในระบบประชาธิปไตยอย่างเข้มแข็ง อันเป็นบรรดาหลักการ

⁶⁰² องค์กรอิสระที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาโดยมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ อันเป็นการเสริมอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ อันได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (ค.ต.ง.) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา , โปรดดู นพดล เสงเจริญ , องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=895>

ที่สอดคล้องกับแนวความคิดพื้นฐานของระบบนิติรัฐ และถือเป็นรัฐธรรมนูญที่วางรากฐานให้กับพัฒนาการของระบบนิติรัฐในประเทศไทยที่เด่นชัดที่สุดฉบับหนึ่ง

4.1.2.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดฉบับหนึ่งนับแต่ประเทศไทยมีระบบรัฐธรรมนูญเป็นต้นมา ระบอบประชาธิปไตยที่เป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญปี 2540 กำลังอยู่ในขั้นตอนพัฒนาได้สะดุดลงเนื่องจากการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ท่ามกลางความมุ่งหมายของสังคมที่ว่าในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่จะเกิดขึ้นต้องประกอบไปด้วยหลักการที่มีมาตรฐานไม่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 อาทิ หลักการของการมีส่วนร่วมของประชาชน หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน เสรีภาพประกาศต่าง ๆ⁶⁰³ ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้นำเอาหลักการต่างๆ ของหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้รวมทั้งวางหลักประกันต่างๆ ในทางสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชน บนสถานการณ์ที่จะต้องนำพาประเทศไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ และเพื่อแก้ปัญหาของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ที่ก่อให้เกิดการผูกขาดอำนาจรัฐและการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม การดำเนินการทางการเมืองที่ขาดความโปร่งใส ไม่มีคุณธรรมและจริยธรรม ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ล้มเหลว และการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังไม่ได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองอย่างเต็มที่ และรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ใช่รัฐธรรมนูญของนักการเมืองเท่านั้น⁶⁰⁴ ดังนั้น การยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดบทบัญญัติต่างๆ ที่สำคัญเพื่อแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางการเมืองการปกครองไทย อันได้แก่⁶⁰⁵

ประการแรก รัฐธรรมนูญไทยไม่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่ ดังนั้นจึงต้องปรับปรุงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่

⁶⁰³ ชำนาญ จันทร์เรือง , ปฏิวัติ รัฐประหาร หรือกบฏ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=982>

⁶⁰⁴ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ , สารสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พร้อมตารางเปรียบเทียบ กับรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2540 , จัดทำโดยสำนักกรรมการยกร่าง 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , หน้า 1

⁶⁰⁵ มন্ত্রী รูปสุวรรณ์ , กรอบแนวคิดการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (พ.ศ. 2550) , ได้รับทุนสนับสนุนจากมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ธันวาคม 2549 , หน้า 17-18

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงต้องปรับปรุงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างแท้จริง

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญไทยไม่ได้กำหนดโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ ดังนั้น จึงต้องปรับปรุงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพอย่างเพียงพอ

ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ กรอบแนวคิดในการยกร่างรัฐธรรมนูญจึงจัดทำขึ้นเพื่อให้สามารถวิเคราะห์ถึงมาตรการแก้ไขปัญหาการเมืองการปกครองไทยได้อย่างลึกซึ้ง สร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นในการแก้ไขปัญหาพื้นฐานการเมืองการปกครองไทยโดยอาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เป็นฐานในการกำหนดกรอบสำหรับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ดังนั้น รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 จึงร่างขึ้นบนสถานการณ์ที่ต้องการให้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ที่ก่อให้เกิดปัญหากับระบบการเมืองหลายประการ โดยยังคงยึดถือโครงสร้างใหญ่ของรัฐธรรมนูญ 2540 ที่วางไว้เป็นหลัก ซึ่งหากประมวลสภาพปัญหาที่เกิดจากการใช้บังคับรัฐธรรมนูญนั้น มีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน กล่าวคือ ส่วนแรกเป็นปัญหาที่เกิดจากข้อบกพร่องที่ตัวรัฐธรรมนูญเอง กับส่วนที่สองคือปัญหาทางข้อเท็จจริงทางการเมืองที่เกิดปรากฏการณ์พรรคการเมืองที่สามารถคุมเสียงข้างมากในรัฐสภาได้อย่างเด็ดขาดจนทำให้ดุลแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารสูญเสียไปมีลักษณะของเผด็จการรัฐสภา รวมถึงการแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรอิสระทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น ประกอบกับมีเหตุแห่งการใช้อำนาจที่ไม่ชอบธรรมทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนที่ดีในหลายเรื่องถูกบิดเบือนไปและฝ่ายรัฐบาลก็แสวงหาประโยชน์และโอกาสข้อได้เปรียบต่างๆ จากรัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมือ⁶⁰⁶ จึงปรากฏเป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญที่มุ่งจะแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าว โดยดำเนินการใน 4 แนวทางด้วยกัน คือ⁶⁰⁷

- (1) การคุ้มครอง ส่งเสริม และการขยายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่
- (2) การลดการผูกขาดอำนาจรัฐและขจัดการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม
- (3) การทำให้การเมืองมีความโปร่งใส มีคุณธรรมและจริยธรรม
- (4) การทำให้ระบบการตรวจสอบมีความเข้มแข็งและทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

⁶⁰⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 เดือนกันยายน – ธันวาคม 2550, สืบค้นจากเว็บไซต์ http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย_พุทธศักราช_2550

⁶⁰⁷ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *อ้าวแล้วในเชิงพรรคที่ 34*

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงปรับปรุงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยยังคงยึดถือโครงสร้างตามกรอบของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และเพิ่มความเข้มข้นของการจัดวางโครงสร้างทางการเมืองการปกครองโดยเฉพาะฝ่ายบริหารให้รัดกุมยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการวางกลไกของอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ให้มีความเข้มแข็ง และปรากฏที่มาโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่ได้จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ให้มีความชอบธรรมและเป็นเสาหลักแห่งความยุติธรรมอย่างแท้จริง ตลอดจนบทบัญญัติต่างๆ ที่วางไว้เป็นหลักในการรับรองและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้บังเกิดผลได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยปรากฏ “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” ซึ่งได้บัญญัติไว้เป็นรูปธรรมไว้ในมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อีกทั้งยังได้บัญญัติหลักการอันเป็นเนื้อหาของหลักนิติธรรม ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการมีศาลที่มีอิสระและทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทกระจายอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ อีกมากมาย⁶⁰⁸ อันจะเห็นได้ว่าหลักการต่างๆ ดังกล่าวนี้นล้วนเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา อันอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งยังคงยึดถือหลักการอันเป็นสาระสำคัญต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ให้เป็นกลไกในการปรับปรุงโครงสร้างในทางการเมืองการปกครองประเทศให้มีประสิทธิภาพและเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น โดยวางกลไกการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรของรัฐต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างดุลยภาพในทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนการตรวจสอบการทำงานของรัฐโดยมุ่งเน้นภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งแม้เป็นผลผลิตสืบเนื่องจากการรัฐประหาร ปี พ.ศ. 2549 แต่ก็มิมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าเป็นไปตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมอันเป็นการตระหนักถึงสาระสำคัญของความเป็น “นิติรัฐ” ที่นานาอารยประเทศให้การยอมรับและเป็นรากฐานให้การปกครองประเทศได้

⁶⁰⁸ “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)” ได้ปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 แต่อย่างไรก็ดี การปรากฏตัวดังกล่าวก็เป็นการปรากฏตัวใน อารัมภบท ของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับเท่านั้น จนกระทั่งมีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงได้มีการบัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้อย่างเป็นรูปธรรมไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว, โปรตดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557), หน้า 1-20

อย่างมีประสิทธิภาพเพื่อผดุงไว้ซึ่งความผาสุกของรัฐ โดยองค์ประกอบที่จะแสดงให้เห็นว่าประเทศใดมีลักษณะของความเป็นนิติรัฐมี 5 ประการคือ⁶⁰⁹

ประการแรก คือ หลักความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) โดยรัฐจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบกับประชาชนพลเมืองของตนได้ต่อเนื่องมีกฎหมายให้อำนาจเป็นสิ่งสำคัญ

ประการที่สอง คือ ประเทศที่จะเรียกว่าเป็นนิติรัฐ ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเหตุผลก็เพราะว่า อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ ทั้งในด้านการออกกฎหมาย ด้านการบริหาร และด้านการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ และถ้าหากว่าปล่อยให้อำนาจเหล่านี้ต้องตกอยู่ภายใต้ตอ้งครัดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียวให้องค์กรนั้นมีอำนาจอย่างล้นพ้นแล้ว ซึ่งอาจจะมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไปในทางการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของประชาชน เพราะฉะนั้นประเทศที่ปกครองตามหลักนิติรัฐ จะต้องเป็นประเทศที่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกัน โดยมีองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการที่เกิดความสมดุลในการใช้อำนาจต่อกัน

ประการที่สาม คือ ต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยฝ่ายตุลาการ ผู้ใช้อำนาจในการบริหารประเทศจะต้องมีผู้ตรวจสอบเพื่อดูว่าฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเครื่องมือในการบริหารของตนนั้น ได้ใช้อำนาจไปในทางที่ถูกที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นหรือไม่ มีสิ่งๆที่เรียกว่าเป็น Abuse of Power ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองหรือไม่

ประการที่สี่ คือ ประเทศโดยส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบรัฐสภา จะมีความเชื่อมโยงระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารที่ใกล้ชิดจนอาจกล่าวได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกันและกัน เพราะฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับเสียงข้างมากจะเข้ามาทำหน้าที่ฝ่ายบริหาร เพราะฉะนั้นการที่องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงให้แกกันและกัน อาจทำให้การตรวจสอบไม่สามารถทำได้โดยเฉพาะการตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และแม้จะมีการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยศาลแล้ว ฝ่ายบริหารก็อาจจะแก้ไขไม่ให้เกิดการถูกตรวจสอบนั้นเป็นผลในภายหน้าได้ โดยการให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเสียงข้างมากและเป็นรัฐบาลสามารถเสนอแก้ไขกฎหมายใดๆ ให้เป็นไปตามความต้องการของรัฐบาลของตนได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีองค์กรและกลไกอีกคือ ศาลรัฐธรรมนูญ

⁶⁰⁹ อภิขรทรร จุฬารัตน์ , ปาฐกถานำเรื่อง “บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย” , วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2552) , หน้า 4-6 ; อ่างไวนัน ปัญญา อุดชาชน , ศาลรัฐธรรมนูญค้ำชูหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560 , หน้า 133

ประการที่ห้า ซึ่งเป็นประการสุดท้ายที่จะทำให้หลักการของนิติรัฐที่กล่าวข้างต้น เป็นไปได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์และแท้จริง คือ ตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดและพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยที่สัมพันธ์กับระบอบรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่หลังมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา จะเห็นว่าประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วรวมทั้งสิ้น 20 ฉบับ⁶¹⁰ ซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 และมีบทบัญญัติ 279 มาตรา⁶¹¹ ซึ่งในแง่หนึ่งแสดงให้เห็นถึงรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับที่ถูกบัญญัติขึ้นมีความสัมพันธ์กับการต่อสู้

⁶¹⁰ นับตั้งแต่หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 20 ฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475
2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475
3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489
4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490
5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492
6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495
7. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502
8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511
9. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515
10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517
11. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519
12. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520
13. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521
14. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534
15. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534
16. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
17. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549
18. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
19. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557
20. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รวบรวมข้อมูลโดย กลุ่มงานพัฒนาทรัพยากรสารสนเทศ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , รัฐธรรมนูญและธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://library2.parliament.go.th/giventake/thaicons.html>

⁶¹¹ กลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ , รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักงานการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ , 2560)

ในทางการเมืองแต่ละช่วง อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงความไร้เสถียรภาพในทางการเมืองการปกครองอันเนื่องมาจากการยึดอำนาจและรัฐประหารจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองมาในแต่ละยุคสมัย และชี้ให้เห็นลักษณะเด่นของรัฐธรรมนูญไทยแต่ละฉบับโดยแบ่งออกเป็นรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญกึ่งเผด็จการกึ่งประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญอำมาตยาธิปไตย⁶¹² ซึ่งนับแต่ความผันผวนและการแย่งชิงอำนาจทางการเมืองในทศวรรษ 2490 และการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 นับเป็น “จุดเริ่มต้น” ที่สำคัญต่อการสร้างจารีตประเพณีในการรัฐประหารให้บังเกิดขึ้นในสังคมไทยสืบต่อมาในภายหลัง จนกระทั่งได้ปรากฏเป็น “วงจรอุบาทว์” ของการเมืองไทยและเป็นที่รับรู้กันอย่างกว้างขวางโดยเริ่มจากการมีรัฐธรรมนูญ การเลือกตั้ง รัฐสภา รัฐบาล หลังจากนั้นก็จะนำไปสู่วิกฤติการณ์ทางการเมืองและจบลงด้วยการรัฐประหาร ก่อนเหตุการณ์จะหมุนวนกลับสู่การมีรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองด้วยการรัฐประหารมักนำไปสู่การยกเลิกรัฐบาล รัฐสภาและรัฐธรรมนูญ ซึ่งการกระทำในลักษณะเช่นนี้ดำเนินไปโดยปราศจากกฎหมายใดๆ รับรองความชอบธรรมไว้ เนื่องจากในรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีการกำหนดถึงกระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งและพ้นจากตำแหน่งของผู้ใช้อำนาจในองค์กรเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจนว่า จะต้องดำเนินการด้วยกระบวนการอย่างไร รวมทั้งการกระทำอันเป็นผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงใดๆ ขึ้นโดยที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญก็ถือเป็นการกระทำความผิดรุนแรงในกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม เป็นที่รับรู้กันอย่างกว้างขวางว่าการรัฐประหารเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเป็นปรากฏการณ์ที่ไม่ได้เป็น “ภาวะปกติ” ของสังคมไทยแต่ประการใด การรัฐประหารที่เกิดขึ้นอย่างบ่อยครั้งและก็มีกรณีรัฐธรรมนูญไปในแทบจะทุกครั้งที่มีการกระทำดังกล่าว และรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากในสังคมไทยก็เป็นผลอันสืบเนื่องมาจากการรัฐประหาร โดยที่ไม่ได้มีความชอบธรรมหรือความสืบเนื่องกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าแต่อย่างใด การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองด้วยการใช้กำลังอำนาจส่งผลให้เกิดความไม่ต่อเนื่องของสถาบันการเมืองอันเป็นผลมาจากการรัฐประหารซึ่งไม่ได้เป็นไปตามกรอบแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นการใช้กำลังอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶¹³

ดังนั้นถึงแม้ว่าการรัฐประหารซึ่งไม่ได้เป็นไปตามกรอบแห่งรัฐธรรมนูญและเป็นการใช้กำลังอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่คณะรัฐประหารได้อำนาจในทางการเมืองมาโดยมิชอบ แต่เมื่อได้มาแล้วสามารถสถาปนาอำนาจจนมีเสถียรภาพในระดับหนึ่งจนกลายเป็นรัฐาธิปไตย คณะ

⁶¹² รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, จารีตรัฐธรรมนูญไทยกับสันติประชาธรรม, การแสดงปาฐกถาพิเศษป่วย อังภาภรณ์ ครั้งที่ 10 วันที่ 9 มีนาคม 2550, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ open book, 2550), หน้า 77-89, อ้างไว้ใน สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 12*, หน้า 16

⁶¹³ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, อภิรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีไทย 2475 – 2555 (ตอนที่ 2) : จารีตประเพณีว่าด้วยการรัฐประหาร, นิตยสารวิภาษา ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 ลำดับที่ 43 วันที่ 16 มิถุนายน – 31 กรกฎาคม 2555, หน้า 13

รัฐประหารก็ย่อมมีอำนาจออกกฎหมายได้ อันปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่ยอมรับว่า คำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมาย⁶¹⁴ และยังปรากฏประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับเก่าๆ ที่เป็นผลต่อเนื่องมาจากรัฐประหารในอดีตจำนวนมากยังคงมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายอยู่ในปัจจุบัน⁶¹⁵ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยังรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งเหล่านี้ไว้ ซึ่งในระบบกฎหมายไทย มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ยอมรับการดำรงอยู่ของรัฐประหาร โดยถือหลักว่า เมื่อเริ่มแรกรัฐประหารเป็นสิ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่งคณะรัฐประหารได้กระทำการจนสำเร็จและยึดอำนาจได้อย่างบริบูรณ์ สามารถยืนยันอำนาจของตนและปราบปรามอำนาจเก่าหรือกลุ่มที่ต่อต้านให้เสร็จสิ้น เมื่อนั้นคณะรัฐประหารก็มีสถานะเป็นรัฐอธิปไตย มีอำนาจออกรัฐธรรมนูญใหม่หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่า ตลอดจนการออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายได้⁶¹⁶ จนกล่าวได้ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งแปลกปลอมสำหรับสังคมการเมืองไทย เพราะไม่ได้สอดคล้องกับวัฒนธรรมการเมืองไทยที่เป็นอยู่จริง ไม่ศักดิ์สิทธิ์ และไม่ได้เป็นข้อกำหนดสูงสุดแท้จริงจึงถูกฉีกได้ง่าย แต่สังคมไทยมี “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรม” ซึ่งผูกร้อยสัมพันธ์ภาพทางอำนาจไว้อย่างแน่นแฟ้นผ่านสถาบันต่างๆ ในสังคม ข้อกำหนดซึ่งเกิดขึ้นจากการที่บุคคลและสถาบันต่างๆ ได้ต่อสู้ช่วงชิงและธำรงรักษาอำนาจจนเกิดการยอมรับร่วมกันในระดับหนึ่งกลายเป็นวัฒนธรรมการเมือง อันถือเป็นข้อกำหนดสูงสุดแท้จริงที่สังคมไทยและ

⁶¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ยอมรับว่าคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 “ในพ.ศ.2501 คณะปฏิวัติได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติยอมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกด้วยคำแนะนำหรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม” หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 “แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็หาได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ ประกาศหรือคำสั่งนั้นจึงยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่”

⁶¹⁵ กฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติรัฐประหาร เมื่อพิจารณาเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาอาจแบ่งออกเป็น 5 ประเภท คือ (1) ประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมีลำดับศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ (2) ประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมีลำดับศักดิ์ในระดับพระราชบัญญัติ (3) ประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่มีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายลำดับรอง (4) ประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่มีผลบังคับเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีหรือเฉพาะราย (5) ประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายโดยสภาพ, โปรตดู วิโรจน์ ธิตา, การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 52-58, อ้างไว้ใน อติเทพ อูยะพัฒน์, การปฏิวัติ รัฐประหาร กับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญและออกกฎหมายของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร และรูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม, (กรุงเทพฯ :สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 465-466

⁶¹⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1001>

รัฐไทยยึดถือ ทั้งยังศักดิ์สิทธิ์ลวงละเมิดมิได้”⁶¹⁷ แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งก็รวมถึงประเทศไทยด้วยแล้ว โดยหลักจะต้องยึดแนวคิดที่ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ” (the Constitution is the supreme law of the land) ตามหลักทฤษฎีของกฎหมายรัฐธรรมนูญ การยกสถานะให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีประการสำคัญก็คือ การที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยเหตุที่มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้เอง จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ได้มีการยกสถานะให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อมิให้มีการดำเนินมาตรการใดๆ เพื่อเป็นการลิดรอนหรือก้าวล่วงไปซึ่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งใดๆ หรือแม้กระทั่งการตรากฎหมายใดๆ ดังนั้น ประเทศไทยควรสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองที่ตระหนักถึงความเคารพต่อบทกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศและมีการใช้บังคับโดยเคร่งครัด มิฉะนั้นแล้วการไม่เคารพต่อหลักแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจะกลายเป็นบรรทัดฐานที่ไม่ถูกต้อง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประเทศไทยต้องกลับไปสู่หลักการไม่ว่าจะเป็นนิติรัฐ (Legal State) หรือนิติธรรม (Rule of Law)⁶¹⁸ ในการนี้ การนำเสนอถึงการรัฐประหาร การยกเลิกรัฐธรรมนูญ และการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 20 ฉบับในห้วงเวลากว่า 80 ปีนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 อันเป็นเสมือนวัฏจักรของระบบการปกครองของประเทศไทย ดังที่กล่าวมาขึ้น เป็นการมุ่งชี้ให้เห็นถึงความไร้เสถียรภาพของระบบการเมืองการปกครองและภาวะความชะงักงันของพัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญอันก่อผลกระทบโดยตรงต่อพัฒนาการของหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบนิติรัฐที่ปรากฏผ่านการรับรองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีความสะดุดหยุดลงหรือเกิดสภาวะหยุดนิ่งซึ่งนับเนื่องมาจากการรัฐประหารและการยกเลิกรัฐธรรมนูญเหตุเนื่องมาจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองและการปกครองดังกล่าว

ดังนั้น ในการศึกษาถึงพัฒนาการของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมุ่งเน้นถึงรัฐธรรมนูญที่เป็นการก่อตัวของการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยได้หยิบยกรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญที่ก่อคุณูปการต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังเช่นโลกตะวันตกอันเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐดังที่ได้นำเสนอไปแล้วนั้น อันอาจกล่าวได้ว่า ระบบการเมืองการปกครองและระบบกฎหมายภายใต้หลักการนิติรัฐในประเทศ

⁶¹⁷ นิธิ เอียวศรีวงศ์ , รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย , นิตยสารศิลปวัฒนธรรม ปีที่ 13 เล่มที่ 1 (พฤศจิกายน 2534) , หน้า 267-268

⁶¹⁸ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , รัฐธรรมนูญไทยกฎหมายสูงสุดที่ไม่สูงสุด , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1314>

ไทยไม่อาจจะก่อตัวได้อย่างสมบูรณ์ หากไม่มีมีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครอง บรรดาสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ ไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศตามหลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จะปรากฏเป็นรูปธรรมมิได้หากปราศจาก “ศาลรัฐธรรมนูญ” อันเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัย คุ้มครองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นองค์กรผู้พิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญในการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้มีวิวัฒนาการควบคู่กับระบอบ การปกครองของประเทศไทยมาโดยตลอด

4.2 วิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ดังที่ได้นำเสนอไปแล้วนั้นและเป็นที่ทราบกันดีว่า รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ สิ่งหนึ่งที่แสดงถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือ กฎหมายใดๆ ที่ใช้บังคับหรือ จะใช้บังคับนั้น จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นแม่บทนั้นมีได้ที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ” ซึ่งหลักการนี้ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงปัจจุบันของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจที่จะเกิดผลอันเป็นจริงในทางปฏิบัติได้ เลย หากปราศจากองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมมิให้กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับได้ก่อให้เกิดองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ ปรากฏถึงวิวัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งพิจารณาได้จาก บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ที่จะสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการเชิงสถาบันขององค์กรวินิจฉัย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในลักษณะต่างๆ สรุปได้เป็น 5 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ (1) ช่วงรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญ (2) ช่วงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อ รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของศาลฎีกา (ศาลยุติธรรม) (3) ช่วงระยะเวลาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อ รัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (4) ช่วงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาล รัฐธรรมนูญ และ (5) ช่วงการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองประเทศ อำนาจสูงสุดเป็นของหัวหน้า รัฐบาล⁶¹⁹ ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอถึงวิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทยก่อนรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถึงความเป็นมาโดยสังเขป เพื่อแสดงเนื้อหาโดยสรุปของการก่อตั้งของ องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก่อนมาเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” ที่ได้รับการ

⁶¹⁹ ปวีศร เลิศธรรมเทวี , พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 34 ฉบับที่ 1 ประจำปี 2559 หน้า 165-186

จัดตั้งเต็มรูปแบบนับแต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา และนำเสนอถึง ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในแต่ละฉบับต่อๆ มา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.2.1 ความเป็นมาในการก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนปี พ.ศ. 2540

แต่เดิมก่อนปี พ.ศ. 2489 นั้นไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้องค์กรใดจะเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดว่า กฎหมายที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเมื่อปี พ.ศ. 2488 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ได้มีการตรา “พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488” ให้เอาโทษแก่ผู้ที่มีการกระทำที่ตามกฎหมายนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะกระทำขึ้นก่อนหรือหลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับก็ตาม ซึ่งเมื่อคดีนี้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า ศาลฎีกามีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมีเหตุผลสรุปได้ว่า “ศาลเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมาย ศาลจึงต้องรู้ว่ากฎหมายนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งศาลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตุลาการซึ่งมีหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้น” และศาลฎีกาได้พิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 นั้นเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่มีผลย้อนหลังเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวใช้บังคับไม่ได้ เป็นโมฆะ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงคราม ที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ทำให้เกิดความตื่นตัวว่าองค์กรใดควรมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นจุดเริ่มต้นให้มีการก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เพื่อเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและขจัดข้อขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา⁶²⁰ โดยรูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council) จัดเป็นอีกรูปแบบหนึ่งขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เกิดจากแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสที่รวมเอาข้อดีของแต่ละระบบเข้าไว้ด้วยกัน ระบบตุลาการรัฐธรรมนูญแบบประเทศฝรั่งเศสต้องการให้มีองค์กรกลางที่ทำหน้าที่วินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันเพื่อป้องกันมิให้องค์กรดังกล่าวมีอำนาจมากเกินไปจึงถูกจำกัดอยู่ในลักษณะของคณะตุลาการหรือสภารัฐธรรมนูญ⁶²¹ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 จึงได้บัญญัติให้มืองค์กรพิเศษขึ้นมาที่เรียกว่า คณะ

⁶²⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย , (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์ , 2544) , หน้า 1-3

⁶²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 1 เล่ม 1 ปี

ตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ยังไม่มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เนื่องจากเกิดรัฐประหาร ปี 2490 ขึ้นก่อน⁶²² คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีอำนาจจำกัดตามมาตรา 88 เฉพาะกรณีที่มีการตีความกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีตามที่ศาลยุติธรรมส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเท่านั้น ทั้งนี้ สำหรับรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” มีจำนวน 8 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญ ปี 2489 , ปี 2492 , ปี 2475 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2495 , ปี 2511 , ปี 2517 , ปี 2521 , ปี 2534 และปี 2549 โดยลำดับต่อไปจะนำเสนอถึงการกำเนิดขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ใน 2 ช่วงเวลาดังต่อไปนี้⁶²³

ช่วงปี 2489-2534 กล่าวคือ ในช่วงนี้ประเทศไทยยอมรับ 2 สถาบัน คือรัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญควบคู่กันไปด้วยจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น หากแต่ยังไม่มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเกิดรัฐประหาร ปี 2490 ก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีอำนาจจำกัดเฉพาะกรณีที่มีการตีความกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีตามที่ศาลยุติธรรมส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเท่านั้น ได้แก่ มาตรา 88 รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลได้ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วเท่านั้น รัฐสภาจึงไม่มีอำนาจตีความกฎหมายว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นต้น ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งเกิดจากการยกร่างของคณะรัฐประหาร พ.ศ. 2490 ได้กลับไปสู่หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอีกครั้งหนึ่ง เหมือนกับระยะแรกโดยไม่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ มาตรา 94 รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาได้บัญญัติจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นและได้ลดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไว้เฉพาะประเด็นปัญหาอันอยู่ในวงงานของรัฐสภาเท่านั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 เป็นต้น

⁶²² ปัญญา อุดชาชน , องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 12 เล่มที่ 35 เดือนพฤษภาคม – สิงหาคม 2553 , หน้า 68

⁶²³ ปัญญา อุดชาชน , พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เล่มที่ 42 เดือนกันยายน – ธันวาคม 2555 , หน้า 36-40

ช่วงปี 2534-2540 กล่าวคือ ในช่วงนี้ประเทศไทยมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 200 บัญญัติว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์หรือสาขาวิชาอื่นอีก 6 คนซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร แต่งตั้งสภาละ 3 คน ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตราไว้ ณ วันที่ 11 ตุลาคม พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับจนถึงวันที่ 19 กันยายน 2549 (คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน) และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บทเฉพาะกาล มาตรา 320 ได้บัญญัติว่า “ในวาระเริ่มแรก ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญนี้ จนกว่าจะมีศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคสอง” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) จึงได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกของประเทศไทย

จะเห็นได้ว่า การก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนปี พ.ศ. 2540 มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในหลายรูปแบบอันปรับเปลี่ยนไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติก่อตั้งองค์กรดังกล่าวซึ่งเป็นผลมาจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมือง การรัฐประหารและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในแต่ละฉบับ ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับรูปแบบ โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่มาตามลำดับ⁶²⁴ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้เปลี่ยนแปลง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” มาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” ปรากฏในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ในหมวด 8 ว่าด้วยศาล โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้บัญญัติให้มีอำนาจหน้าที่เพิ่มขึ้นมากเมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา เช่น อำนาจหน้าที่ในการยุบพรรคการเมือง เป็นต้น

⁶²⁴ นับแต่มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น (พ.ศ. 2489-2540) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยทั้งสิ้น 13 ฉบับ โดยเป็นคำวินิจฉัยในประเด็นที่ว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียง 5 ฉบับ ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ ต.1/2494 คำวินิจฉัยที่ ต.2/2494 คำวินิจฉัยที่ ต.3/2494 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2501 และคำวินิจฉัยที่ ต.1/2513 โดยเป็นคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง และไม่ขัดรัฐธรรมนูญ 3 ครั้ง , โปรตดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , *อ่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 49* , หน้า 17

4.2.2 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีเจตนารมณ์เพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปรากฏผลเป็นรูปธรรมและได้รับความคุ้มครอง โดยการนำศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นผลมาจากการปฏิรูปการเมืองตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 อันเป็นการนำแนวความคิดของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมาใช้ในระบบกฎหมายไทย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้นถือได้ว่าเป็นสัญลักษณ์ของการปฏิรูประบบการเมืองแบบรัฐสภาที่ถือเสียงข้างมากเป็นใหญ่ภายใต้ระบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralized System) จัดให้มีองค์กรเดียว (Single Judicial Organ) แบบรวมศูนย์อำนาจ และมีหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาชี้ขาดข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐธรรมนูญและทำหน้าที่สองส่วนด้วยกัน (Dual Roles) คือเป็นศาลยุติธรรม (Court of Justice) และเป็นผู้พิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ (Warden of the Constitution) และประเทศไทยได้นำแนวคิดและหลักการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมาใช้คือ ทำหน้าที่เป็นองค์กรศาลและเป็นสถาบันพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ โดยถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution)⁶²⁵ ศาลรัฐธรรมนูญไทยจึงได้มีการจัดตั้งเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาจากความจำเป็นอย่างน้อย 2 ประการ คือ⁶²⁶

(1) ความจำเป็นในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่ว่าจะมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐและวางระเบียบการดำเนินการปกครองโดยกำหนดให้มีสถาบันทางการเมืองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งระบุอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจหน้าที่ระหว่างสถาบันทางการเมืองหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นประการหนึ่ง และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนโดยมีการกำหนดหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจปกครองอันเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกประการหนึ่ง

⁶²⁵ อนุรัักษ์ นิยมเวช , ศาลรัฐธรรมนูญไทย : แนวคิด ที่มา หลักการ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/บทความ+ศาล...pdf>

⁶²⁶ บุญเสริม นาคสาร , ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่นและศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5 “ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2549) , หน้า 241-242

(2) ความจำเป็นในการปกครองโดยนิติรัฐ กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเป็นไปตามกฎหมายอีกทั้งยังต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งแยกได้ 3 ประการ คือ ประการแรก คือ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดมิได้ ประการที่สอง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐในฝ่ายปกครองจะมีอำนาจสั่งให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และใช้อำนาจอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ประการที่สาม คือ หลักการควบคุมความชอบโดยองค์กรตุลาการ เพื่อเป็นการควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีองค์กรตุลาการที่มีอำนาจและมีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงได้กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและควบคุมมิให้องค์กรของรัฐกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในรูปแบบ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ และระบบวิธีพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดอย่างเดียวของการปฏิรูปการเมืองไทยโดยปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบของเขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ (1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (2) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ (3) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติ และการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (4) การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (5) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของพรรคการเมือง และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งคาดว่าจะเชื่อมโยงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ในที่สุดคือ การจำกัดและควบคุมตรวจสอบอำนาจรัฐ และการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งถือว่าเป็นเป้าหมายสูงสุดของการปฏิรูปการเมืองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ⁶²⁷

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถือเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย ในการนี้สามารถพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศในสาระสำคัญ ที่หยิบยกมานำเสนอ

⁶²⁷ เขาวนะ ไตรมาส , ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง , รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2546) , หน้า 198

3 ประเทศ อันประกอบด้วยประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกาในสาระสำคัญ ซึ่งสามารถสรุปได้เป็น 6 ประเด็นหลัก ดังนี้⁶²⁸

(1) ประเด็นเกี่ยวกับจำนวนและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีตุลาการจำนวน 15 คน ถือเป็นคณะตุลาการที่มีจำนวนมาก เมื่อเปรียบเทียบกับคณะตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และมีความหลากหลายเกี่ยวกับที่มา หรือคุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมากกว่าศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ กล่าวคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ ผู้พิพากษาศาลฎีกา และตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน ในขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศจะแต่งตั้งจากผู้พิพากษา หรือผู้มีวิชาชีพทางกฎหมายเท่านั้น เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันแบ่งตุลาการเป็น 2 องค์คณะ ๆ ละ 8 คน ที่แยกเด็ดขาดออกจากกัน ตุลาการในแต่ละองค์คณะได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) 4 คน และได้รับเลือกจากสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) 4 คน โดยสภาทั้งสองต้องเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ องค์คณะละ 3 คน ส่วนที่เหลือให้เลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิโดยต้องเป็นเนติบัณฑิตหรือเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมาย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส โดยประธานาธิบดีแต่งตั้ง 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง 3 คน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้ง 3 คน (อดีตประธานาธิบดีทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีวิต) และไม่มีการกำหนดคุณสมบัติของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีองค์คณะคือ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดประกอบด้วยประธานศาลสูงสุด 1 นาย และผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีก 8 นาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาถือเป็นศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) โดยเป็นศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีพิพาททางรัฐธรรมนูญร่วมกับคดีอื่นๆ โดยไม่มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจง

ตามที่ได้กล่าวถึงที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า มาจากการเสนอและแต่งตั้งโดยสถาบันทางการเมือง เช่น รัฐสภาหรือประธานาธิบดี ซึ่งสถาบันดังกล่าวมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น เฉพาะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์เท่านั้นที่มีจากการเลือกของ

⁶²⁸ บุญเสริม นาคสาร , *อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 54* , หน้า 249-254 ; หมายเหตุผู้เขียน : การพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยจะหยิบยก 3 ประเทศ คือ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกามาเสนอโดยสังเขปถึงความแตกต่างตามประเด็นหัวข้อในส่วนที่เกี่ยวข้อง

วุฒิสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา และที่มาจากการเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา

(2) ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย สามารถแบ่งเป็นหลักๆ ได้ 7 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การควบคุมร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ และ กฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง การควบคุมเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

ประการที่สาม การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี หรือกรรมการการเลือกตั้งสิ้นสุดลง หรือต้องพ้นจากตำแหน่งหรือไม่

ประการที่สี่ การวินิจฉัยให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่จงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สิน หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สินอันเป็นเท็จ ต้องพ้นจากตำแหน่งและต้องห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ประการที่ห้า การวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่หก อำนาจหน้าที่อื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด มี 6 กรณี กล่าวคือ (1) การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่า ขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่ (2) การวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (3) การวินิจฉัยอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรณีที่พรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดอยู่ มีมติให้พ้นจากสมาชิกภาพ (4) การวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณามีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้ หรือไม่ (5) การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กระทำการเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ และ (6) การควบคุมร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประการที่เจ็ด อำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มี 3 กรณี กล่าวคือ (1) การวินิจฉัยชี้ขาดคำสั่งไม่รับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองของนายทะเบียนพรรคการเมือง (2) การสั่งให้หัวหน้าพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง ระบุหรือจัดการแก้ไขการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หรือออกจากตำแหน่ง และ (3) การสั่งให้ยุบพรรคการเมืองตามคำร้องขอของนายทะเบียนพรรคการเมือง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติ ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาหรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติ แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จะมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับการเลือกตั้งและการออกเสียงประชามติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีอำนาจหน้าที่ในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงออกจากตำแหน่ง ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นผู้ได้ส่วนแล้วเสนอให้วุฒิสภามีมติถอดถอนจากตำแหน่ง แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จะมีอำนาจหน้าที่ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือ ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงออกจากตำแหน่งได้

(3) ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง กล่าวคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่ได้กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ประชาชนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้อมได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรกโดยผ่านช่องทางศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง เมื่อประชาชนเป็นคู่ความในคดี และได้โต้แย้งว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลจะส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กับกรณีที่สองโดยประชาชนไปร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาว่า กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงาน ของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน หากมีกรณีกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว เมื่อประชาชนได้ใช้สิทธิทางศาลทั่วไปถึงที่สุดแล้ว ยังสามารถไปยื่นร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง (4) ประเด็นเกี่ยวกับ

การกำหนดให้มีองค์คณะย่อยเพื่อถ่วงดุลองคมนตรี กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้กำหนดให้มีองค์คณะย่อย แต่กรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน เป็นต้น ได้กำหนดให้มีองค์คณะย่อยขึ้นมาเพื่อแบ่งเบาภาระงานขององค์คณะในการพิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ ซึ่งเป็นวิธีการถ่วงดุลองคมนตรีก่อนที่จะเข้าสู่องค์คณะอย่างหนึ่ง

(5) ประเด็นเกี่ยวกับการมอบหมายให้มีตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่มีการมอบหมายให้ตุลาการคนใดคนหนึ่งเป็นตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 267 วรรคสอง กำหนดว่า “*ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนจะต้องทำคำวินิจฉัยในส่วนของตนพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ*” แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มีระบบการมอบหมายให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งเป็นตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวน

(6) ประเด็นเกี่ยวกับลำดับชั้นทางกฎหมายของวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 269 วรรคแรก กำหนดว่า “*วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา*” จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยสามารถกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้เอง แต่กรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส วิธีพิจารณาคดีจะเป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น

มีข้อสังเกตว่า ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมีความเชื่อมโยงกับสถาบันทางการเมืองซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน หรือกรณีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กำหนดที่มาของผู้พิพากษาในศาลสูงสุด (The Supreme Court) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญ โดยให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้ง ตามคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา ดังนั้น เมื่อพิจารณาที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของทุกประเทศแล้วจะมีความเชื่อมโยงกับตัวแทนของประชาชนทั้งสิ้น กล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้ว ที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นปัญหาต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญน่าจะขึ้นอยู่กับหลักประกันที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ เช่น การดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนาน หรือการกำหนดลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องผลประโยชน์ขัดกันและเพื่อความเป็นกลางทางการเมือง เป็นต้น

แนวคิดของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้มีการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญขึ้นโดยมีรูปแบบเป็นองค์กรศาล ทำหน้าที่ในการพิทักษ์ รักษา ปกป้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเปลี่ยนโฉมหน้าจากระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรที่ผสมผสานลักษณะขององค์กรทางการเมืองกับองค์กรตุลาการเข้าไว้ด้วยกัน ซึ่งไม่ใช่องค์กรตุลาการอย่างเต็มรูปแบบมาสู่ระบบศาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ และถือเป็นการนำแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศตามระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ (le contrôle de légalité) ซึ่งในทุก

ระบบกฎหมายทั่วโลกก็มอบหน้าที่ในการควบคุมนี้ให้แก่องค์กรตุลาการหรือศาล ซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรมอย่างในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา หรือศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองอย่างในฝรั่งเศส เยอรมันก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับบริบทของระบบกฎหมายในแต่ละประเทศ และด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าวจึงกล่าวได้ว่า การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องสามารถถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้ทั้งสิ้น และเมื่อประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 จึงได้ออกแบบระบบการตรวจสอบโดยให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองเหมือนดังเช่นในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส โดยในกรณีที่เป็นข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญก็ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ได้ทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้สิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งได้มีบทบัญญัติในมาตรา 35 กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อันประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา โดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 5 คนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 2 คน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยบรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และให้โอนบรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 ให้อยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁶²⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 เป็นต้นมา ก็ได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งหนึ่ง

4.2.3 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้ง โดยองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคล้ายคลึงกับองค์ประกอบ

⁶²⁹ ชรินทร์ ดิชาวัน , องค์ประกอบและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ : ข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1020>

ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยจะแตกต่างที่จำนวนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาและกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁶³⁰ และดังที่กล่าวไปแล้วว่า ประเทศไทยมีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 และต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นระบบองค์กรวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีพัฒนาการเชิงสถาบันในระดับสูงสุด ฉะนั้นด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยยังคงยึดระบบศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญต่อไป ควบคู่ไปกับพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นสิ่งที่คู่กันและแยกออกจากกันเสียมิได้ กล่าวคือ เนื่องจากการปกครองโดยใช้กฎหมายยอมให้อำนาจแก่รัฐในการบังคับประชาชนภายใต้เขตอำนาจของตนและอาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของบุคคลได้ ดังนั้น การสถาปนารัฐธรรมนูญจึงต้องมีการรับรองสิทธิและสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิไว้เพื่อประกันสิทธิของบุคคลทั้งหลายอย่างเสมอภาคกัน ซึ่งตลอดแปดสิบปีที่ผ่านมาสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทยได้สอดแทรกอยู่ในหมวดสิทธิเสรีภาพ และได้ถูกขยายออกอย่างมากในรัฐธรรมนูญ 2540 และคงไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 โดยกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐกลับได้เพิ่มจำนวนมากขึ้นและมีขอบเขตของอำนาจมากขึ้น⁶³¹ และตามรัฐธรรมนูญ 2550 ปรากฏบทบัญญัติของ “หลักนิติธรรม” โดยตรง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ได้หยิบยกหลักนิติธรรมมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัยมาโดยตลอด ดังจะเห็นได้ว่า หลักการที่สำคัญอันเป็นองค์ประกอบของหลักนิติธรรม ประกอบด้วยหลักการใหญ่ๆ 2 ประการคือ หลักความสูงสุดของกฎหมาย (Submission of all to the law/Supremacy of law) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (The separation of powers) ซึ่งหลักการใหญ่ 2 ประการก็ประกอบด้วยหลักการย่อยๆ อีกหลายข้อ คือ (1) หลักความเป็นอิสระและปราศจากความลำเอียงของผู้พิพากษา (an independent and impartial judiciary) (2) หลักสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ (the presumption of innocence) (3) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมอย่างเปิดเผยและโดยไม่ชักช้า (the right to a fair and public trial without undue delay) (4) หลักการลงโทษอย่างมีเหตุผลและอย่างมีสัดส่วน (a rational and

⁶³⁰ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด , 2551) , หน้า 143-150 , อ้างไว้ใน ธนินทร พูนศรีสวัสดิ์ , ตุลาการรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ) , สืบค้นจากเว็บไซต์ [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_\(ศาลรัฐธรรมนูญ\)](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_(ศาลรัฐธรรมนูญ))

⁶³¹ ทศพล ทรศนกุลพันธ์ , สืบค้นจากมติมหาชนในมติที่ 80 ของรัฐธรรมนูญไทย , วารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2555 , หน้า 95

proportionate approach to punishment) (5) หลักความเป็นอิสระของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (a strong and independent legal profession) (6) การรักษาความลับระหว่างทนายความกับลูกความ (strict protection of confidential communications between lawyer and client) (7) หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย (and equality of all before the law)⁶³² บรรดาหลักการดังกล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าแทบจะเป็นเนื้อเดียวกับหลักการของนิติรัฐซึ่งทั้งในทางความหมายและองค์ประกอบที่แทบจะไม่มี ความแตกต่างจากกัน ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงเป็นองค์กรสำคัญที่ยืนยันถึงระบบนิติรัฐในประเทศไทยที่หยิบยกหลักการสำคัญต่างๆ มาประกอบเป็นเหตุผลในคำวินิจฉัย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ทางตุลาการประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน มาจากผู้พิพากษาในศาลฎีกา จำนวน 3 คน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ จำนวน 2 คน และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น จำนวน 2 คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งแบ่งได้เป็น 9 ประเภทที่สำคัญ คือ⁶³³

- (1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ
- (2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว
- (3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด
- (4) การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการกระทำการใด เพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่
- (5) การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป

⁶³² สมาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิชาชีพทางกฎหมายอันเป็นองค์กรที่รวมตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ประเทศสหรัฐอเมริกาก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ.1947 ได้ออกข้อมติเกี่ยวกับองค์ประกอบของหลักนิติธรรม แทนที่จะให้คำนิยาม , Commentary on the IBA Council 'Rule of Law' Resolution of September 2005 adopted 2009 , pp. 3-6 , อ้างไว้ใน ประสิทธิ์ พี วาวิฒนพานิช , ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม , วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 13 ฉบับที่ 3 กันยายน - ธันวาคม 2558 , หน้า 26-27

⁶³³ ปวีตร เลิศธรรมเทวี , การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย , รัฐสภาสาร ปีที่ 64 ฉบับที่ 6 ปี 2559 , หน้า 11-13

(6) การวินิจฉัยยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(7) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

(8) การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ และ

(9) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความแตกต่างกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในบางประการที่สำคัญ กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้เพิ่มขึ้นในสาระสำคัญมากกว่าที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังต่อไปนี้⁶³⁴

1. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย นอกจากนี้ยังให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องมีผู้ร้องเรียน

2. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีอำนาจในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

3. ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง เพื่อให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

4. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเงื่อนไขเพิ่มขึ้นคือ การตราพระราชกำหนดเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

5. การวินิจฉัยกรณีปัญหาว่าหนังสือใดที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับนานาประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่

6. ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา หรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและเสนอร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้น

⁶³⁴ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *อ่าวไว้ในเชิงอรรถที่ 58*, หน้า 153-173

อีกทั้งจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และคุณสมบัติที่หลากหลายของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ทำให้เห็นถึงบทบาทขององค์กรและตัวผู้ทำหน้าที่ในการใช้อำนาจในศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่ถูกกำหนดให้เป็นผู้รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าน่าจะทำได้ดีสมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และมีบทบัญญัติที่แก้ไขข้อบกพร่องในบทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ให้ชัดเจนและเพิ่มเติมให้มากขึ้น โดยเฉพาะได้ให้สิทธิประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ทำให้เกิดการละเมิดนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่จะใช้สิทธิได้ต่อเมื่อตนไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นแล้ว ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2540 ไม่ได้ให้สิทธิประชาชนที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้งที่รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นแบบอย่างในเรื่องศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่จะดำเนินการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้⁶³⁵ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทต่อหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดพื้นฐานของระบบนิติรัฐนานัปการ และมีผลต่อบริบทในทางการเมืองและการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยไทย ซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับต่อไป

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะถือเป็นการขยายบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้เพียงใดก็ตาม หากแต่ด้วยภาวะวิกฤติการณ์ทางการเมืองของระบบการเมืองไทยได้นำมาสู่การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ซึ่งได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 สิ้นสุดลง เว้นหมวด 2 พระมหากษัตริย์ โดยศาลทั้งหลายคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมาย

⁶³⁵ เสาวนีย์ อัครโรจน์ , รัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทย : การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน , วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2552 , หน้า 5-30

4.2.4 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

ประเทศไทยได้ใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557⁶³⁶ จนถึงปัจจุบัน โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้สิ้นสุดไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 รับรองให้มีศาลรัฐธรรมนูญและศาลทั้งหลาย และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นผู้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงบัญญัติรับรองให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 โดยประการสำคัญที่ต้องยอมรับว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้มีเจตนารมณ์บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ในการชั่วคราว จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะจัดทำขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป อันสืบเนื่องมาจากภาวะวิกฤติทางระบบการเมืองและความขัดแย้งระหว่างกลุ่มต่างๆ อันเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ส่งผลให้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ยังคงปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 42) และโดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามมาตรา 44 อันเรียกได้ว่าเป็นการใช้ “อำนาจพิเศษ” อันเป็นอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ⁶³⁷ โดยต้องถือว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 44 ถือเป็นอำนาจพิเศษที่ใช้ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติเพื่อนำพาประเทศออกจากวิกฤติการณ์ที่บ่มเพาะมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานและรักษาความสงบเรียบร้อยในการบริหารจัดการเพื่อวางรากฐานการปฏิรูปประเทศในด้านต่างๆ หากแต่การใช้อำนาจดังกล่าวได้ก่อผลกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของนิติรัฐเป็นอย่างยิ่ง ที่แม้จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ (มาตรา 45) หากแต่ยังไม่ปรากฏการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามมาตรา 44 แต่ประการใด และทั้งนี้แม้จะมีบทบัญญัติตามมาตรา 4 ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แต่การใช้อำนาจและการปฏิบัติตามอำนาจ

⁶³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ประกาศใช้บังคับในห้วงเวลาที่ดำเนินการเสนอเค้าโครงการศึกษาในหัวข้อวิจัยนี้

⁶³⁷ โปรดดู ประกาศ คำสั่ง คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) , สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://library2.parliament.go.th/giventake/hcpo.html>

มาตรา 44 อันเป็นการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จ⁶³⁸ ย่อมอาจก่อผลในทางละเมิดสิทธิมนุษยชนอันย้อนแย้งต่อบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และล่วงละเมิดต่อความยุติธรรมบนพื้นฐานของระบบนิติรัฐ⁶³⁹ โดยรัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองความชอบด้วยกฎหมายให้กับบรรดาคำสั่งและการกระทำตามมาตรา 44 เหล่านั้นแล้วโดยการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้แก่การใช้อำนาจของ คสช. และหัวหน้า คสช. ดังกล่าวย่อมก่อผลกระทบโดยตรงต่อการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ อำนาจทางบริหาร และอำนาจทางตุลาการ กล่าวคือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติมีการออกประกาศ/คำสั่งที่ก่อผลในทางกฎหมาย ซึ่งในทางรูปแบบการออกกฎหมายนี้ไม่ได้มีฐานที่มาจากความยินยอมและการมีส่วนร่วมใดๆ ของประชาชน และในทางเนื้อหาได้มีกฎหมายหลายฉบับที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนอันขัดต่อหลักการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งได้ใช้อำนาจตามกฎอัยการศึกในการเชิญบุคคลมารายงานตัวหรือปรับทัศนคติ การจัดเจ้าหน้าที่ติดตามไปยังเคหะสถานของกลุ่มบุคคลซึ่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นว่าเป็น “ภัยต่อความ

⁶³⁸ มีบทวิเคราะห์ว่า นับแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ ฉบับชั่วคราว เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 ภายหลังกองการปฏิรูปวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคสช. โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 เป็นจำนวนอย่างน้อยทั้งสิ้น 100 กว่าฉบับ อันเป็นการที่หัวหน้าคสช. ใช้อำนาจพิเศษเพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายและกฎระเบียบที่มีอยู่อย่างพลการและเฉพาะการโดยปราศจากการทบทวนของฝ่ายตุลาการควรเป็นเรื่องที่ต้องตระหนัก โดยมาตรา 44 มอบอำนาจนิติบัญญัติไว้ในมือของคนเพียงคนเดียว ส่วนมาตรา 47 และมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฯ ฉบับชั่วคราว ก็ป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจทบทวนหรือขัดขวางมิให้เข้าถึงการเยียวยาและการชดเชยจึงเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องโดยสิ้นเชิงกับหลักนิติธรรมซึ่งมีหลักการพื้นฐานสามประการได้แก่ หลักความเสมอภาค (Equality) หลักการตรวจสอบ (Accountability) และความแน่นอนของกฎหมาย (Predictability) ฉะนั้น มาตรา 44 จึงเป็นกฎหมายที่สมควรต้องถูกยกเลิกในทันที , โปรตดู วิลเดอร์ เทเลอร์ , (คำแปลแถลงการณ์ เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2559) , ประเทศไทย : ICJ ตระหนักต่อการใช้อำนาจโดยพลการตามมาตรา 44 ที่เพิ่มมากขึ้น , สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/10/Thailand-Art-44-NCPO-News-Press-releases-2016-THA.pdf>

⁶³⁹ ปรากฏผลการศึกษาพบว่า มาตรา 44 ถูกใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม การขยายขอบเขตผู้มีอำนาจบังคับใช้ให้กว้างขวางออกไปภายใต้บริบทที่อำนาจบริหาร ตุลาการ นิติบัญญัติถูกรวมศูนย์โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) นั้นขัดต่อหลักนิติธรรม การบังคับใช้กฎหมายที่ปราศจากกลไกการตรวจสอบนั้นเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน บ่อยครั้งจึงก่อให้เกิดความขัดแย้ง การบังคับใช้กฎหมายพิเศษคือการเพิ่มความเข้มข้นของการบังคับใช้กฎหมาย แม้ว่าอาจจะเพิ่มความเข้มข้นในการบังคับใช้กฎหมายก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงจำเป็นต้องตั้งกลไกพิเศษขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะด้าน ดังนั้น การบังคับใช้มาตรา 44 เป็นการบังคับใช้ที่ตั้งอยู่บนฐานความคิดเรื่องวาทกรรมกฎหมาย และทำให้กฎหมายมีความเป็นการเมือง ข้อขัดแย้งอันเนื่องมาจากการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้ลักษณะดังกล่าวล่วงละเมิดต่อความยุติธรรมภายใต้หลักการของนิติรัฐที่สถานการณ์การเมืองอยู่ในภาวะประชาธิปไตยปกติที่วางอยู่บนหลักการสำคัญว่า รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุด , โปรตดู กมลวรรณ ชื่นชูใจ และเจตน์สฤกษ์ สังข์พันธ์ , การเมือง กฎหมาย และการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 , บทความวิจัยเสนอในการประชุมมหาดไทยวิชาการระดับชาติ ครั้งที่ 7 เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2559 ณ มหาวิทยาลัยมหาดไทย , สืบค้นจากเว็บไซต์ [http://www.hu.ac.th/conference/conference2016/proceedings/data/4-1_บรรยาย/6.นิติฯ/7-114L-O\(กมลวรรณ_ชื่นชูใจ\).pdf](http://www.hu.ac.th/conference/conference2016/proceedings/data/4-1_บรรยาย/6.นิติฯ/7-114L-O(กมลวรรณ_ชื่นชูใจ).pdf)

มั่นคง” มีการแทรกแซงหรือปิดกั้นไม่ให้มีการจัดงานเสวนาหรือกิจกรรมสาธารณะที่จะเกิดขึ้น อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และกรณีคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้กำหนดให้คดีความผิดบางประเภทอยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลทหารซึ่งตุลาการศาลทหารอยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงกลาโหม อันขัดต่อหลักการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีและหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการ เป็นต้น ดังนั้นแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้อำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ภายใต้รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ล้วนมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของหลักการของนิติรัฐแทบจะทั้งสิ้น⁶⁴⁰ อีกทั้งผลกระทบของการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 44 เป็นการใช้อำนาจพิเศษของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ได้รับการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้แก่การใช้อำนาจดังกล่าวส่งผลให้กระบวนการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นองค์กรสำคัญของระบบนิติรัฐและองค์กรพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่บังเกิดผลในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญได้อย่างเป็นรูปธรรม และไม่อาจใช้อำนาจหน้าที่ได้อย่างสัมฤทธิ์ผลภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ทั้งนี้ปรากฏคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในห้วงเวลาที่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 รวมทั้งสิ้น 10 คำวินิจฉัย⁶⁴¹

ณ ปัจจุบัน มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญหลายกรณีที่มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 อย่างมีนัยสำคัญและอำนาจหน้าที่และบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 ก็ได้ขยายขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้กว้างขวางมากขึ้นกว่าเดิมในหลายๆ เรื่อง โดยยังอยู่บนพื้นฐานของโครงสร้างอำนาจหน้าที่เดิม โดยอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 210 และมาตราอื่นๆ โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มีทั้งที่เหมือนกับรัฐธรรมนูญ ปี 2550 และที่แตกต่างและเพิ่มขึ้นไปจากเดิม ดังนี้⁶⁴²

⁶⁴⁰ ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน , รายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชน หนึ่งปีหลังการรัฐประหาร 2557 กระบวนการยุติธรรมลายพราง ภายใต้ คสช. เมื่อวันที่ 4 มิถุนายน 2558 , สืบค้นจากเว็บไซต์

https://www.prachatham.com/files/20150604_55707349ea098_f.pdf

⁶⁴¹ คำวินิจฉัยที่ 10-11/2557 , คำวินิจฉัยที่ 1/2558 , คำวินิจฉัยที่ 1-2/2559 , คำวินิจฉัยที่ 3/2559 , คำวินิจฉัยที่ 4/2559 , คำวินิจฉัยที่ 5/2559 , คำวินิจฉัยที่ 6/2559 , คำวินิจฉัยที่ 7/2559 , คำวินิจฉัยที่ 1/2560 , คำวินิจฉัยที่ 2/2560 สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.constitutionalcourt.or.th>

⁶⁴² ธนกฤต วรรณัชชากุล , ส่องศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญใหม่ , สืบค้นจากเว็บไซต์ https://www.matichon.co.th/columnists/news_532864

(1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

(2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

ในข้อนี้มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ปี 2550 มาตรา 214 ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเรื่องความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไป โดยตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่กว้างขวางและมากขึ้นจากเดิม โดยมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรวุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้ความขัดแย้งระหว่างองค์กรเกิดขึ้นเสียก่อน ดังเช่นรัฐธรรมนูญ ปี 2550

(3) วินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 ได้ตัดกรณีพรรคการเมืองกระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขออก และตามมาตรา 49 หากอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ผู้ร้องขอต่ออัยการสูงสุด ให้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว หรืออัยการสูงสุดไม่ดำเนินการภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ ปี 2550 มาตรา 68 ไม่ได้บัญญัติให้สิทธิบุคคลผู้ร้องขอยื่นคำร้องต่อโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หากเกิดกรณีดังกล่าว

(4) วินิจฉัยการสิ้นสุดสมาชิกภาพของ ส.ส. และ ส.ว. ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 82

(5) วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 139

(6) วินิจฉัยว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเรื่องการแปรญัตติร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับงบประมาณรายจ่าย ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 144 วรรคสอง ที่ห้ามการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้ ส.ส. ส.ว. หรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่

หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 144 วรรคสอง ให้การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำดังกล่าวเป็นอันสิ้นผล ถ้าผู้กระทำการดังกล่าวเป็น ส.ส. หรือ ส.ว. ให้ผู้กระทำการสิ้นสุดสมาชิกภาพนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลนั้น แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้กระทำการหรืออนุมัติให้กระทำการหรือรู้ว่ามีการกระทำดังกล่าวแล้วแต่มิได้สั่งยับยั้ง ให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตั้งคณะนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่ง

นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้อยู่ในที่ประชุมในขณะที่มีมติ และให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายพร้อมดอกเบี้ยด้วย

(7) วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการดำเนินการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 178

(8) วินิจฉัยว่ามีการกระทำซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 213 ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ปี 2550 มาตรา 212 ที่บัญญัติให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้เป็นการขอให้วินิจฉัยว่าการกระทำขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับที่รัฐธรรมนูญ ปี 2560 บัญญัติไว้

ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ปี 2560 ในมาตรา 267 กำหนดให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จำนวน 10 ฉบับ ให้แล้วเสร็จ ภายใน 240 วันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี 2560 ซึ่งรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญด้วย

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า ไม่เคยมีการออกพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญเลย ถึงแม้ว่าตามรัฐธรรมนูญ ปี 2550 มาตรา 216 วรรค 6 จะได้กำหนดให้วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ และตามมาตรา 300 วรรค 5 บัญญัติให้ต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 1 ปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี 2550 ก็ตาม โดยที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามมาตรา 300 วรรค 5 ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 มาใช้ในการพิจารณาและวินิจฉัยคดี ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาโดยตลอด นอกจากนี้ ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ปี 2560 มาตรา 273 วรรค 3 ยังกำหนดว่าในระหว่างที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ การพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี 2560 ซึ่งก็คือข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 255

อนึ่ง ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนุญ ปี 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี 2560 ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปและเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องได้จัดทำขึ้นตามมาตรา 267 และใช้บังคับแล้ว การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ในระหว่างเวลาที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้น การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ปี 2550 และตามบทเฉพาะกาลมาตรา 276 ศาลรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ร่วมกันกับองค์กรอิสระในการร่วมกันกำหนดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรมตามมาตรา 219 ขึ้นใช้บังคับแก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ ส.ส. ส.ว. และคณะรัฐมนตรี ภายใน 1 ปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี 2560 ด้วย หากดำเนินการไม่แล้วเสร็จตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต้องพ้นจากตำแหน่ง

ทั้งนี้ จากการพิจารณาถึงวิวัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญไทยถึงรูปแบบองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนับแต่ก่อนปี พ.ศ. 2540 จวบจนปัจจุบันจะเห็นได้ว่า องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศไทยก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) ซึ่งสอดคล้องกับวัฒนธรรมของประเทศไทยที่มีความยึดมั่น เชื่อมั่นต่อองค์กรศาลในการตัดสินชี้ขาดมาโดยตลอด ภายใต้หลักการที่ว่า “ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย” และเมื่อพิจารณาองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศจะเห็นว่าในระบบศาลสากล ลักษณะขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อม อันได้แก่ สภาพการเมือง สภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่ารูปแบบศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court) ดีที่สุด ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นว่ารูปแบบศาลการรัฐธรรมนูญ (The Conseil Constitutionnel) ดีที่สุด ประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่ารูปแบบศาลฎีกา (The Supreme Court) ดีที่สุด อย่างไรก็ตามระบบการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) แบบยุโรปที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen ระบบนี้มีลักษณะแตกต่างจากระบบของอเมริกาอย่างน้อยสามประการคือ⁶⁴³

ประการแรก ระบบศาลรัฐธรรมนูญมีการกำหนดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งแตกต่างจากระบบของอเมริกาที่ผู้พิพากษาสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีวิต

⁶⁴³ ปวีศร เลิศธรรมเทวี , ภูมิหลังว่าด้วยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 35 ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน 2560 , หน้า 89-90

กรอบระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศมีกรอบระยะเวลาที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ทุกประเทศห้ามมิให้ตุลาการกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งได้อีกภายหลังหมดวาระ (Reappointment)

ประการที่สอง กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากระบบศาลยุติธรรมในอเมริกา แม้ผู้พิพากษาจะมาจากกระบวนการสรรหาและแต่งตั้งที่มีความเป็นการเมือง (ในลักษณะเดียวกันกับของอเมริกา) การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการยอมรับจากกลุ่มการเมืองทุกฝ่าย อาทิ การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 206 วางกรอบไว้ว่าจะต้องมี “คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ประกอบไปด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ...” จะเห็นได้ว่ากระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของไทยจะต้องผ่านการกลั่นกรองจากหลายฝ่ายซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความสำคัญในทางการเมือง ในทางทฤษฎีอาจกล่าวได้ว่า ระบบดังกล่าวจะส่งเสริมให้ตุลาการที่จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ที่มีความเป็นกลางและปราศจากการแทรกแซงทางการเมืองได้ในระดับหนึ่ง

ประการสุดท้าย ระบบศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสชนแนวคิดแบบอเมริกาที่ให้อำนาจผู้พิพากษาศาลในทุกระดับ (Ordinary Judges) สามารถควบคุมกฎหมายให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ระบบศาลรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับผู้ที่ทำหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบและวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณวุฒิ วิทยุฒิและประสบการณ์มากกว่าผู้พิพากษาในศาลต่างๆ

ซึ่งสำหรับประเทศไทยได้มีประสบการณ์นำรูปแบบองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบต่างๆ ทุกรูปแบบมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจัยร่วมที่สำคัญที่แทบทุกประเทศยึดถือเป็นหลักคือ ต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ต้องเป็นองค์กรที่มีความมั่นคงและมีความเป็นสถาบัน โดยแนวคิดการนำระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญได้แผ่ขยายจากยุโรปไปสู่ทวีปต่างๆ หลายประเทศหันมาปรับใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้นรวมทั้งประเทศไทย และสำหรับกรณีประเทศไทย ถือได้ว่ารูปแบบ “ศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court)” เหมาะสมกับสภาพการเมือง สภาพสังคมและวัฒนธรรมไทยและจะต้องมีควบคู่ไปกับรัฐธรรมนูญตลอดไป⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ ปัญญา อุดชาชน , ทำไมต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์

4.3 วิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ภายใต้แนวความคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ จึงมีความจำเป็นต้องปกป้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่ทำหน้าที่มีอำนาจวินิจฉัยก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างจากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และมีข้อกำหนดหรือหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นการเฉพาะเป็นการใช้กระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวน ซึ่งทำให้ศาลสามารถแสวงหาข้อเท็จจริงได้โดยปรากฏหลักการพื้นฐานของกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย แบ่งออกเป็น 7 หลักการดังนี้ คือ⁶⁴⁵

(1) หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน เป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับหลักกล่าวหาซึ่งเป็นหลักที่ใช้อยู่ทั่วไปในคดีแพ่ง ตามหลักการดังกล่าวศาลจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดว่าข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานใดควรจะนาเข้าสู่การพิจารณาเพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริงแห่งคดี และถือเป็นหน้าที่ที่ศาลจะกระทำทุกอย่างในขอบเขตของตนเพื่อให้ความจริงแห่งคดีปรากฏขึ้นในการค้นหาความจริงแห่งคดีนั้น ทั้งนี้ ศาลย่อมไม่ผูกพันอยู่กับคำร้องของผู้มีส่วนร่วมในคดี

(2) หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความ กล่าวคือ โดยปกติแล้วในการดำเนินคดีศาลไม่มีอำนาจหน้าที่จะเริ่มต้นคดีด้วยตนเอง เช่น ในคดีแพ่งหรือคดีอาญา คดีจะเกิดขึ้นได้ก็โดยการเสนอเรื่อง หรือวัตถุแห่งการพิจารณาจากคู่ความต่อศาลเท่านั้น ในการดำเนินคดีแพ่ง ผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์จะเป็นผู้กำหนดเรื่อง หรือ “สภาพแห่งข้อหา” หรือกำหนดความต้องการหรือ “คำขอบังคับ” ของตนเองต่อศาล และเฉพาะเรื่องที่โจทก์ต้องการเท่านั้นที่ศาลจะต้องมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาต่อไปได้ อันเป็นไปตามหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความตามหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความนั้นมีความหมายว่าคู่ความในคดีมีอำนาจที่จะกำหนดเนื้อหาของข้อพิพาทและการดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมด เช่น หากคู่ความในคดีประสงค์จะถอนคดีก็เป็นอำนาจของคู่ความที่จะกระทำได้ ศาลไม่อาจขัดความประสงค์ ของคู่ความในคดีได้ หลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความนี้ เป็นหลักที่ใช้ในคดีแพ่ง ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความอิสระของบุคคลอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งตรงกันข้ามกับหลักในการดำเนินคดีในทางอาญาที่ถือหลักการกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยศาล โดยได้กำหนดให้เป็นอำนาจรัฐในการกำหนดการดำเนินการในทางอาญา สำหรับข้อพิพาทในศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะใช้กระบวนการพิจารณาโดยคู่ความหรือหลักกำหนดกระบวนการพิจารณาโดยศาลแค่ไหนเพียงใดนั้นยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่

⁶⁴⁵ ชยพัทธ์ วิบุลละ , ปัญหากระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี , 2554) หน้า 66-69

(3) หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย หมายถึง การเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าฟัง การพิจารณาคดีของศาลได้ และหลักการดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยเปิดเผย มีความใกล้ชิดกับ หลักการดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยวาจาหรือการออกนั่งพิจารณา เนื่องจากหากไม่มีการออกนั่ง พิจารณาของศาลแล้วประชาชนก็ไม่มีสิทธิเข้าไปฟังการพิจารณาคดีของศาลได้ โดยการพิจารณาคดี โดยเปิดเผยถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินการกระบวนพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการ หลักการนี้โดยหลักจะเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้ารับฟังการพิจารณาพิพากษาคดีได้ และเปิดโอกาสให้ คู่ความทุกฝ่ายสามารถนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสนับสนุนข้ออ้างข้อถกเถียงของตนและหักล้าง ข้ออ้างข้อถกเถียงของฝ่ายตรงข้ามการเปิดโอกาส ให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็น หลักประกันว่า ศาลจะไม่ใช้อำนาจพิจารณาคดีตามอำเภอใจ หลักการนี้ถือเป็นหลักการสากลที่ ทุกประเทศถือเป็นหลักการพิจารณาคดีในศาลทุกศาลไม่เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น ใน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หลักการนี้ได้กำหนดหลักการดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยวาจาไว้ในรัฐ บัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 25 วรรคแรก

(4) หลักการใช้สิทธิคุ้มครองขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับตน ในต่างประเทศการขอตรวจดู เอกสารเป็นเรื่องในกระบวนพิจารณา กล่าวคือ หากถือว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารในกระบวนพิจารณา แล้ว คุ้มครองย่อมมีสิทธิขอตรวจดูเอกสารดังกล่าวทั้งสิ้น ทั้งนี้ ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้อง กับตนเท่านั้น ดังนั้น เอกสารที่คุ้มครองอาจขอได้ก็คือ เอกสารทั้งหลายทั้งปวงที่รวมเป็นส่วนหนึ่งของ เอกสารในกระบวนพิจารณา เอกสารที่คู่ความฝ่ายหนึ่งส่งให้แก่ศาลจึงเป็นเอกสารที่คู่ความอีกฝ่าย หนึ่งขอได้เสมอ

(5) หลักการเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นที่ ยอมรับกันทั่วไปว่า ศาลจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางตุลาการต้องทำหน้าที่โดยปราศจากอคติ เพื่อคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลจะได้เป็นที่ยอมรับ ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงเป็นหลักการที่ สำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างกลไกให้มีการคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งข้อกำหนดศาล รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 10 ซึ่งหากเมื่อพิจารณา เปรียบเทียบกับบทบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและรัฐบัญญัติว่า ด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียเกี่ยวกับบทบัญญัติการคัดค้านตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการ บัญญัติไว้ชัดเจนกว่าของศาลรัฐธรรมนูญไทย

(6) หลักการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย หรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญ หลักการให้เหตุผล ประกอบคำวินิจฉัยนี้เป็นหลักที่ต้องการสร้างหลักประกันให้กับประชาชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตาม อำเภอใจ แต่ต้องพิพากษาอย่างมีเหตุผลที่สามารถรับฟังได้ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วย พิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 53 ได้กำหนดไว้ว่า คำวินิจฉัยของศาลต้อง ประกอบด้วยความเป็นมา หรือคำกล่าวหา สรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณา เหตุผลในการ

วินิจฉัยในปัญหา ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายที่ยกขึ้นอ้าง และศาลรัฐธรรมนูญทุกประเทศได้ยอมรับหลักการดังกล่าวเป็นการทั่วไป

(7) หลักการให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยจะดำเนินคดีในระบบไต่สวน คือ ศาลมีอำนาจในการกำหนดว่าข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานใดควรจะถูกนำเข้าสู่การพิจารณาก็ตาม แต่โดยหลักการแล้วการพิจารณาของศาลต้องมีการรับฟังความจากทุกฝ่าย เพื่อให้ศาลได้พิจารณาวินิจฉัยภายใต้ข้อเท็จจริงที่มีอยู่ครบถ้วน และกรณีนี้จะปรากฏขึ้นจริงก็ต่อเมื่อศาลได้ให้โอกาสคู่กรณีแสดงความเห็นของตนต่อศาลได้เท่านั้น

ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญตาม 7 หลักการข้างต้นปรากฏอยู่ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ข้อ 43 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ร้องและผู้ถูกร้องอาจแถลงการณ์ปิดคดีเป็นหนังสือ หรือวาจาก็ได้ ตามที่ศาลเห็นสมควร ความสำคัญของหลักการฟังความทุกฝ่ายเป็นสิ่งที่ไม่อาจปฏิเสธในระบบวิธีพิจารณาคดีของศาล เมื่อพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานของกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า หลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นสาระสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาหลักในกระบวนการพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของนิติรัฐในการวางหลักการประกันสิทธิต่างๆ ของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีและหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่จัดได้ว่าสอดคล้องกับนิติรัฐในทางเนื้อหาในลักษณะของการส่งเสริมและพัฒนากระบวนการได้มาซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่นับเป็นหัวใจสำคัญของการผลิตความยุติธรรมสาธารณะเชิงบูรณาการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งในความจริงแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความหมายครอบคลุมทั้งในเรื่องของการตัดสินใจ (decision) ให้ผลของคดีมีสภาพบังคับไปในทางหนึ่งทางใด และการแก้ไข (correction) ให้สมมติฐานปัญหาของคดีนั้นได้คลี่คลายให้สำเร็จลุล่วงไปได้โดยที่ทั้งการตัดสินใจและการแก้ไชนั้นก็มีขอบเขตที่ครอบคลุมทั้งกรณีของคดี (case) และฐานปัญหาที่แท้จริงของคดี (problem) ด้วย⁶⁴⁶ การวางบรรทัดฐานในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญนับเป็นการสร้างมาตรฐานในวิธีกระบวนการพิจารณาเพื่อสร้างผลสัมฤทธิ์สนองต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการรับรองหลักการพื้นฐานและสิทธิต่างๆ ของปัจเจกบุคคลให้พึงได้รับความคุ้มครอง และสามารถเป็นกลไกในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะการใช้อำนาจรัฐในทางตุลาการที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการ

⁶⁴⁶ เขาวณะ ไตรมาส , กระบวนการสร้างความเป็นเลิศในการผลิตคำวินิจฉัยกับภาระและความจำเป็นในการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐของศาลรัฐธรรมนูญ , จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 8 ฉบับที่ 4 (เล่มที่ 48) ประจำเดือน กรกฎาคม - สิงหาคม 2549 , หน้า 5-6

ยุติธรรมให้เป็นไปอย่างเป็นธรรมและเพื่ออํารังไว้ซึ่งความยุติธรรมของรัฐภายใต้แนวความคิดของการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐนั่นเอง

4.3.1 ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวน

ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนตามหลักการว่าด้วยการพิจารณาแบบไต่สวน (Untersuchungsgrundsatz) เป็นลักษณะของบทบาทศาลเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพยานหลักฐานแห่งคดีรูปแบบหนึ่ง ซึ่งระบบไต่สวน (Inquisitorial System) หมายถึงการได้มาซึ่งพยานหลักฐานแห่งคดีหาใช่มาจากคู่ความเท่านั้น ศาลมีบทบาทในการค้นหาพยานหลักฐานด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้มาซึ่งความจริงแห่งคดี ดังนั้น ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งในคดี แต่คู่ความไม่นำเสนอต่อศาล ศาลจะสามารถสืบค้นหรือไต่สวนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงนั้น จากความหมายดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่า ในระบบนี้ศาลมีบทบาทในการได้มาซึ่งพยานหลักฐานด้วยตนเอง ไม่ผูกมัดต่อพยานหลักฐานจากคู่ความเท่านั้น สำหรับวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้ถือหลักการว่าด้วยการพิจารณาแบบไต่สวน โดยศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการแสวงหาพยานหลักฐานหรือความจริงแห่งคดีด้วยตนเอง โดยไม่ผูกมัดกับพยานหลักฐานที่ผู้ร้องหรือคู่ความนำเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทในการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงแห่งคดีให้ครบถ้วนสมบูรณ์ ที่เป็นเช่นนั้นเนื่องจากคดีในศาลรัฐธรรมนูญเป็น คดีที่เกี่ยวข้องกับประชาชนส่วนรวมและประโยชน์สาธารณะ จึงไม่อาจปล่อยให้เรื่องความจริงแห่งคดีอยู่แต่ ในเงื้อมมือของบุคคล เพราะในที่สุดแล้วคำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีผลเฉพาะแต่บุคคลในคดีนั้นเท่านั้น หากแต่มีผลไปยังประชาชนส่วนรวมและประโยชน์สาธารณะของประเทศ อีกทั้งคดีในศาลรัฐธรรมนูญเป็นคดีทางกฎหมายมหาชนที่มีสภาพธรรมชาติของคดีเป็นการโต้แย้งกับอำนาจทางกฎหมายและคู่ความในคดีจะมีสถานะทางกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน ในลักษณะฝ่ายหนึ่งจะมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง อาทิเช่น ฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรของรัฐ อีกฝ่ายหนึ่งเป็นปัจเจกบุคคล เพราะฉะนั้น พยานหลักฐานที่อยู่ในฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าจึงเป็นเรื่องยากที่ฝ่ายที่มีสถานะด้อยกว่าจะสามารถเข้าถึงหรือกระทำการใดเพื่อให้ได้ซึ่งพยานหลักฐานนั้นได้โดยง่าย⁶⁴⁷

⁶⁴⁷ อานนท์ มาเม้า , ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : 2558) , หน้า 180-181

4.3.2 การทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

หลักในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยนอกจากจะปรากฏตามหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เป็นการเฉพาะเป็นการใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณา อันเป็นหลักการพื้นฐานของกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่แบ่งออกเป็น 7 หลักการดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังปรากฏหลักในการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย โดยมีรายละเอียดโดยสรุปคือ (1) องค์คณะในการพิจารณาและวินิจฉัยคดีของตุลาการ โดยหลักแล้วตุลาการจะต้องครบองค์คณะ (2) หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (3) หลักการประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันในการทำคำวินิจฉัย (4) หลักในเรื่องเมื่อพิจารณาคดีเสร็จแล้วตุลาการที่ไม่ได้เป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีจะทำคำวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ (5) หลักการตุลาการที่เป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีจะปฏิเสธไม่ทำคำวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ (6) หลักการทำคำวินิจฉัย (7) ขั้นตอนภายหลังการทำคำวินิจฉัยแล้วเสร็จ⁶⁴⁸ ซึ่งหลักการสำคัญที่ต้องการนำเสนอคือ หลักการทำคำวินิจฉัยและขั้นตอนภายหลังการทำคำวินิจฉัยแล้วเสร็จ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาแล้ว ลำดับต่อไปคือการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย ประมวลผลความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่านและปรึกษาหารือก่อนที่จะทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในลำดับท้ายสุด โดยทั่วไปศาลทุกศาลถูกเรียกร้องให้ภายในองค์คณะต้องดำเนินการดังกล่าวทุกครั้งเพื่อให้การทำคำวินิจฉัยเป็นสิ่งประกอบด้วยเหตุผลซึ่งอธิบายได้และมีคุณภาพ และสำหรับศาลรัฐธรรมนูญถือมีความจำเป็นมากกว่าปกติที่จะต้องกำหนดให้การทำคำวินิจฉัยมีเหตุผลอย่างยิ่งตามหลักการว่าด้วยการทำคำวินิจฉัยอย่างมีเหตุผลอย่างยิ่ง และด้วยเหตุที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวงและมีผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม เพราะฉะนั้นภายหลังการทำคำวินิจฉัยแล้วเสร็จจำเป็นที่จะต้องให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่เปิดเผยแก่สาธารณชน วิธีการที่ทำให้คำวินิจฉัยเปิดเผยแก่สาธารณชนนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีอยู่ 2 ประการ ประการแรกคือ การอ่านคำวินิจฉัยโดยเปิดเผย และประการที่สองคือการเผยแพร่คำวินิจฉัยในประกาศทางการของรัฐซึ่งกรณีประเทศไทยก็คือการประกาศคำวินิจฉัยในราชกิจจานุเบกษาอันเป็นไปตามหลักการว่าด้วยการเปิดเผยคำวินิจฉัย ซึ่งย่อมเท่ากับการประกาศว่าถือว่าประชาชนและองค์กรของรัฐทั้งปวงต้องรับรู้ รับทราบ และการกำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องลงในราชกิจจานุเบกษาย่อมเท่ากับอาศัยราชกิจจานุเบกษาเป็นเครื่องมือในการก่อผลผูกพันเป็นการทั่วไป⁶⁴⁹

⁶⁴⁸ จีราภา เต็มเพชร , ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีศึกษาการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2549) หน้า 237-296

⁶⁴⁹ อานนท์ มาเม้า , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 72* , หน้า 181-183

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216⁶⁵⁰ ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้⁶⁵¹

(1) องค์คณะของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยคดีใดจะต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนไม่น้อยกว่าห้าคน (จำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดมีจำนวน 9 คน)

(2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ถือเสียงข้างมากแต่วันแต่จะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดข้อยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดข้อยกเว้นไว้เพียงกรณีเดียวคือ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ซึ่งต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด

(3) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งองค์คณะทุกคนจะต้องทำความเข้าใจในคำวินิจฉัยในส่วนของตน พร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนลงมติ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคนให้ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยสาระสำคัญในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างน้อยต้องประกอบด้วยความเป็นมาหรือคำกล่าวหาสรุปข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการพิจารณา เหตุผลในการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างอิง

(4) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ซึ่งผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นแยกได้เป็น 2 ประเด็น คือ

(4.1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด หมายความว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้ว คู่ความ คู่กรณี หรือผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญจะอุทธรณ์หรือฎีกาหรือโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ หรือจะนำไปฟ้องร้องยังศาลอื่นเพื่อให้กลับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ทั้งสิ้น

(4.2) เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อบุคคลที่สามที่ไม่ได้เป็นคู่ความ คู่กรณี หรือผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ มีผล

⁶⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ประกาศใช้บังคับในห้วงเวลาที่ดำเนินการศึกษาในหัวข้อวิจัยนี้ แต่อย่างไรก็ตาม โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนองค์คณะและการจัดทำคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังคงปรากฏตามหลักการที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

⁶⁵¹ ธวัชพล ทองอินทราช , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญต่อการพัฒนาการเมืองไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ , 2554) หน้า 116-117

ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เป็นผลมาจากหลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังได้มีบทบัญญัติที่ได้รับรองและคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ตามมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” อันหมายความว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใด ย่อมมีผลผูกพันโดยตรงต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ประกอบกับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน” อันเป็นการยืนยันหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันบรรดาองค์กรทั้งหลายของรัฐต้องให้ความเคารพ รวมทั้งเป็นหลักความผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

4.3.3 ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยมีลักษณะเฉพาะ คือ การมีผลบังคับเป็นการเด็ดขาดหรือความเป็นที่สุดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยที่ตนได้วินิจฉัยไปแล้วได้และคู่กรณีก็ไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยนั้นต่อไปได้อีก เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีศาลเดียว ไม่มีศาลหรือองค์กรใดที่อยู่ในลำดับที่เหนือกว่าศาลรัฐธรรมนูญอีก คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีสภาพบังคับในทางกฎหมายเมื่อได้มีการอ่านคำวินิจฉัยหรือส่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้คู่กรณีทราบ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นที่สุดเด็ดขาดดังกล่าวจึงเป็น

เครื่องชี้ที่แน่นอนในการชี้สิทธิหน้าที่หรือนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญระหว่างคู่กรณีว่าดำรงอยู่อย่างไร และเฉพาะบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีหรือผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีและศาลที่วินิจฉัยคดีนั้นเท่านั้นที่ถูกผูกพันต่อสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยถูกผูกพันในลักษณะที่ว่า คู่ความในคดีหรือผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปยังองค์กรอื่นใดๆ ได้อีก ในขณะที่เดียวกันศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาทำการวินิจฉัยใหม่ได้อีก คู่ความในคดีหรือผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายดังกล่าว หากไม่มีการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็จะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป แต่ไม่ได้หมายความว่าผู้ที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในทุกกรณี เฉพาะผู้ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นคู่ความในคดีเท่านั้นที่จะถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสำหรับบุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่คู่ความในคดี เมื่อไม่เคารพหรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่กรณีที่ต้องมีการบังคับให้บุคคลหรือองค์กรของรัฐเท่านั้นต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถือเป็นการละเมิดคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันอาจเป็นการกระทำที่เป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ทุกกรณีเสมอไปที่ต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁶⁵²

โดยหลักแล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลบังคับในทางกฎหมาย ซึ่งอาจแบ่งผลบังคับในทางกฎหมายออกเป็นผลบังคับในทางกฎหมายในแง่รูปแบบ (formelle Rechtskraft) คือกรณีที่มีคำวินิจฉัยของศาลเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งไม่อาจถูกโต้แย้งด้วยกระบวนการในทางกฎหมายได้อีกต่อไป ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับในทางกฎหมายในแง่รูปแบบต่อเมื่อได้มีการอ่านคำวินิจฉัยหรือเมื่อได้มีการส่งคำวินิจฉัยนั้นให้คู่กรณีทราบ กับผลบังคับในทางกฎหมายในแง่เนื้อหา (materielle Rechtskraft) เป็นกรณีมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองหลักการไม่อาจถูกโต้แย้งได้อีกต่อไปซึ่งคำวินิจฉัยของศาลนั้น ผลบังคับในทางเนื้อหามีผลผูกพันคู่ความในคดีและผู้สืบสิทธิของคู่ความในคดีตามกำหนดระยะเวลาที่คำวินิจฉัยนั้นมีผลบังคับในทางรูปแบบ และในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่อนุญาตให้ศาลทำการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ใหม่⁶⁵³ แต่อย่างไรก็ตามหลักการมีผลบังคับเป็นการเด็ดขาดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึง

652

อุดม รัฐอมฤต และคณะ , สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2550) , หน้า31-32

653

บรรเจิด สิงคะเนติ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2560) , หน้า 218-222

ที่สุดไปก่อนแล้ว ทั้งไม่ผูกมัดศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดด้วย กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญอาจเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานของตัวเองได้ ดังตัวอย่างในคำวินิจฉัยที่ 58-62/2543 ซึ่งวินิจฉัยว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ กลับคำวินิจฉัยเดิมที่ 4/2541 , 7/2541 และ 10/2541⁶⁵⁴ ในการนี้ หลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นเจตนารมณ์เพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญบรรลุผล ซึ่งนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 268) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 216 วรรคห้า) ก็ได้บัญญัติรับรองผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ โดยการกำหนดให้ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ” ซึ่งย่อมหมายความว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มีผลผูกพันในองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องเคารพและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะหากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการเคารพหรือปฏิบัติตามแล้ว การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจที่จะบรรลุความมุ่งหมายนั้นได้ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดหลักการเอาไว้อย่างกว้างๆ เกี่ยวกับเรื่องผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ⁶⁵⁵ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ การจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะจะสอดคล้องกับหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ส่งเสริมกลไกให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้รับความเคารพ มีความชัดเจนเป็นที่สุด น่าเชื่อถือและได้รับการยอมรับจากมหาชน หลักความมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นหลักการสำคัญที่ยืนยันสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามโดยมีสภาพบังคับเป็นการเด็ดขาดที่บุคคลหรือองค์กรของรัฐใดๆ ไม่สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปยังองค์กรอื่นใดได้อีกหรือความเป็นที่สูงสุดของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้สะท้อนความเป็นรัฐที่เป็นนิติรัฐในการพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ปรากฏเป็นรูปธรรม

⁶⁵⁴ จริญญา ภักดีธนากุล , บทบาทศาลรัฐธรรมนูญในระบบศาลไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 11 “ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2556) , หน้า 104

⁶⁵⁵ กองบรรณาธิการ วารสารจลนिति , คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : สภาพบังคับทางกฎหมายและขอบเขตของความผูกพัน , บทนำ บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ จลนिति ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 พฤษภาคม – มิถุนายน 2557 , หน้า 1

4.4 วิเคราะห์การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษาพบว่า ภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญคือการพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยถือเป็น องค์การที่มีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดและมีสภาพบังคับเพื่อให้การใดๆ ก็ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีผลใช้บังคับได้จริง ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายหรือการใช้อำนาจในทางการเมือง ตลอดจนความถูกต้องด้วย คุณสมบัติของบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจทางการเมืองระดับสูงนั้นเป็นไปตามเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับแต่ละตำแหน่งนั้น รวมถึงการชี้ขาดเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนด บทบาทหน้าที่ไว้ให้ชัดเจนโดยองค์กรตุลาการที่ไม่มีส่วนในความขัดแย้ง จึงเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญ มีบทบาทหลักอยู่สองประการ โดยบทบาทแรกนั้น คือ (1) บทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิให้ถูกละเมิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ (2) บทบาทในการตรวจสอบ การใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการเมืองต่างๆ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองของไทยอาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่มา ของจุดพลิกผันทางการเมืองครั้งสำคัญมาตั้งแต่วิกฤตการณ์ทางการเมืองเริ่มต้นขึ้นในปี พ.ศ. 2548 กล่าวโดยสรุปผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้นายกรัฐมนตรีพ้นตำแหน่งไปโดยทางตรงและทางอ้อมสามคน พรรคการเมืองใหญ่ที่ชนะการเลือกตั้งทั่วไปถูกยุบไปสองพรรค (ซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่มาจากขั้วอำนาจเดียวกัน) ทำให้การเลือกตั้งทั่วไปเป็นโมฆะเสียเปล่าโดยทางตรงและทางอ้อมสองครั้ง รวมถึงการพิจารณาความชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญสองครั้ง นอกจากนี้ยังวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐบาลตราขึ้นตามนโยบายสำคัญที่ได้หาเสียงไว้ต่อประชาชนตกไปด้วยหนึ่งฉบับ⁶⁵⁶ จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาดัดสินของศาลรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ในปัจจุบันได้ส่งผลกระทบต่อสภาพการเมืองอย่างมหาศาลจนกระทั่งถูกกล่าวขานทั่วไปว่า “ตุลาการภิวัตน์” อันเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองรูปแบบหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนเพื่อแก้ไขวิกฤติทางการเมืองที่เกิดขึ้น⁶⁵⁷ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องเกาะเกี่ยวอยู่กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับในทุกมาตรา รวมทั้งการเกาะเกี่ยวกับเจตนารมณ์เป้าหมายและเจตนารมณ์ย่อยอีกหลายประการอาทิ การใช้รัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานสำคัญในการปฏิรูป

⁶⁵⁶ กล้า สมุทวณิช , ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับดุลยภาพทางการเมือง , บทความการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16 ประจำปี 2557 “8 ทศวรรษ ประชาธิปไตยไทย : พลวัตแห่งดุลอำนาจ” , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558) , หน้า 129-142

⁶⁵⁷ ธนัย เกตวงกต , บทบาทของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับตุลาการภิวัตน์ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1477>

การเมือง การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้นตลอดทั้งปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยนัยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องดำรงอยู่ท่ามกลางบริบทแวดล้อมที่มีมิติซับซ้อนทั้งในส่วนของตัวบทและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งครอบคลุมและสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้งฉบับ การมีฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับของรัฐ องค์กร ตัวบุคคล กฎหมาย กิจกรรม คุณสมบัติ การกระทำและกระบวนการทางการเมืองการปกครองในขั้นตอนต่างๆ อีกจำนวนมาก รวมทั้งความละเอียดลึกซึ้งของมิติในเชิงนามธรรม (Abstract Dimension) อีกด้วย เช่น ประชาธิปไตย อธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ประโยชน์สาธารณะ การขัดกันของผลประโยชน์ และการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ฯลฯ เป็นต้น ลักษณะสำคัญของบริบทแวดล้อมอันเป็นเงื่อนไขจำเป็นดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความสลับซับซ้อนของคดี การพิจารณาวินิจฉัย และผลที่คาดหมายจากคำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ โดยการที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องรับผิดชอบในคดีมหาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมจึงต้องชี้แจงนำหน้ากระหว่างการพิจารณาตัดสินวินิจฉัยคดีความเพื่อผลเฉพาะกรณีของคดีความนั้นๆ (Specific case) หรือเพื่อผลต่อการแก้ไข้ปัญหาทั่วไปของเรื่องนั้นๆ (General Problem) ทั้งนี้ เพื่อบรรลุถึงเป้าหมายสูงสุดของการเป็นองค์กรที่มีความรับผิดชอบพื้นฐานในการตัดสินคดีมหาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ส่วนรวมได้อย่างแท้จริงไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะประโยชน์ของคู่กรณีเท่านั้น โดยที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นนอกจากอำนวยความสะดวกธรรมให้แก่คู่กรณีแล้ว ยังส่งประโยชน์ต่อส่วนรวมทั้งทางตรงและทางอ้อมอีกด้วย ซึ่งเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับรัฐและระบบการเมือง ประชาชน การปฏิรูปการเมืองการปกครอง และประโยชน์ต่อรัฐธรรมนูญเองด้วย⁶⁵⁸

การใช้อำนาจตีความของศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการกระทำหรือใช้อำนาจของบุคคลและองค์กร โดยในการสร้างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลักนิติรัฐถือเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบของบรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมถึงการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของรัฐต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ และดังที่ได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 2 ว่าหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยนิติรัฐในเชิงรูปแบบและนิติรัฐในเชิงเนื้อหา อันประกอบไปด้วยหลักการย่อยหลายประการ ซึ่งหลักการบางประการเป็นหลักการในเชิงนามธรรมที่มีวิวัฒนาการควบคู่ไปกับหลักการอันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐ

⁶⁵⁸ เขาวนะ ไตรมาศ , การตีความรัฐธรรมนูญกับคุณูปการอันพึงคาดหวังของศาลรัฐธรรมนูญ , เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ ประจำปีการศึกษา 2553-2554 , หน้า 44-48

ในทางคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัยให้ปรากฏเป็นรูปธรรมมาโดยตลอดซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่หยิบยกมานำเสนอ ผู้วิจัยได้หยิบยกมานำเสนอโดยสังเขปเพื่อให้ปรากฏคำวินิจฉัยที่มีความสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา อันจะนำมาสู่การศึกษาถึงปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในลำดับต่อไป โดยผู้วิจัยจะนำเนื้อหาจากสรุปย่อคำวินิจฉัยที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษามานำเสนอโดยสรุป⁶⁵⁹ โดยผู้วิจัยขอจำกัดขอบเขตของการนำเสนอแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยเฉพาะขอบเขตคำวินิจฉัยที่อยู่ในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับมานำเสนอเป็นหลัก โดยจะหยิบยกคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญบางฉบับในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่น่าสนใจและปรากฏหลักการของนิติรัฐเด่นชัด เนื่องจากหลักการอันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐในทางรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับเป็นไปในลักษณะเดียวกัน ผู้วิจัยจึงขอนำเสนอตัวอย่างคำวินิจฉัยที่มีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาของหลักการในระบบนิติรัฐของประเทศไทย ซึ่งจะแบ่งการนำเสนอแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีหลักการพื้นฐานของนิติรัฐที่เป็นรูปธรรมทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา ดังนี้

4.4.1 นิติรัฐในเชิงรูปแบบ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า แนวความคิดของหลักการย่อยอันเป็นองค์ประกอบของหลักนิติรัฐซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันรวมทั้งจากการศึกษาในประเทศไทยเองเป็นที่ยอมรับร่วมกันว่า องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐจะเป็นกรณีที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ซึ่งในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม⁶⁶⁰ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยได้

⁶⁵⁹ สามารถดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด ทั้งคำวินิจฉัยกลาง คำวินิจฉัยส่วนตน และสรุปย่อคำวินิจฉัย ได้จากเว็บไซต์ของศาลรัฐธรรมนูญคือ <http://www.constitutionalcourt.or.th>

⁶⁶⁰ Anke Freckmann and Thomas Weigerich, *The German Legal System*, London NW3 3PF : Sweet & Maxwell, 1999, P. 58-60 ; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*, เผยแพร่ใน <http://www.pub-law.net>, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 326-327

นำองค์ประกอบของนิติรัฐในเชิงรูปแบบดังกล่าวมาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัย โดยปรากฏแนวคำวินิจฉัยที่น่าสนใจศึกษา ดังต่อไปนี้

4.4.1.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดองค์กรรัฐในนิติรัฐโดยมิใช่เพื่อเป็นการควบคุมการใช้อำนาจมิให้เกินขอบเขต ซึ่งเมื่อไม่มีการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตก็เท่ากับเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย โดยหัวใจสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจถือเป็นการคุ้มครองหรือสร้างหลักประกันความมั่นคงปลอดภัยแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากใช้อำนาจรัฐ และสร้างแนวความคิดเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขึ้นด้วยในขณะเดียวกัน เป็นที่ยอมรับร่วมกันว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอันประกอบด้วย องค์กรผู้ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจในทางบริหาร องค์กรผู้ใช้อำนาจในทางตุลาการ ต้องใช้อำนาจเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในทางตุลาการที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ อำนาจทางบริหารและครอบคลุมบรรดาองค์กรทั้งหลายของรัฐให้ใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้วิจัยได้หยิบยกแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เห็นว่าสัมพันธ์กับหลักการแบ่งแยกอำนาจมานำเสนอโดยสังเขป ดังนี้

4.4.1.1.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2544 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 96 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶⁶¹

ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป นายสนธิ วรปัญญา และคณะ รวมสิบคน ยื่นหนังสือร้องเรียน ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ว่าคำสั่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 81/2544 ลงวันที่ 13 มีนาคม 2544 เรื่อง คำสั่งให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาใหม่ กรณีการคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา เขตเลือกตั้งจังหวัดขอนแก่น เขตเลือกตั้งจังหวัดพะเยา เขตเลือกตั้งจังหวัดพระนครศรีอยุธยา เขตเลือกตั้งจังหวัดระนอง เขตเลือกตั้งจังหวัดลพบุรี เขตเลือกตั้งจังหวัดศรีสะเกษ และเขตเลือกตั้งจังหวัดอุบลราชธานี มีผลให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาที่ถูกคัดค้านทุกคนตาม

⁶⁶¹ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 119 ตอนที่ 6 ก วันที่ 15 มกราคม 2545

คำสั่งนี้สิ้นสุดลงนับแต่วันที่มีคำสั่ง นั้น เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198⁶⁶² เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัย ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 96 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ด้วยเหตุผลดังนี้

1. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 96 บัญญัติว่า เมื่อ คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือ สมาชิกวุฒิสภาซึ่งถูกคัดค้านสิ้นสุดลงนับแต่วันที่มีคำสั่ง ย่อมเป็นผลร้ายและกระทบต่อสิทธิหรือสมาชิกภาพ ของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ จึงเป็นบทบัญญัติที่นอกเหนือ แดกต่าง หรือเพิ่มเติมจาก รัฐธรรมนูญ มาตรา 133

2. คำสั่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 81/2544 ลงวันที่ 13 มีนาคม 2544 ที่อ้าง รัฐธรรมนูญ มาตรา 97 นั้น เนื่องจากมาตรา 97 เป็นบทบัญญัติที่รับรองกิจการที่สมาชิกวุฒิสภาได้กระทำไปในหน้าที่ หรือสิทธิในการได้รับเงินประจำตำแหน่ง หรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น ก่อนที่จะออกจากตำแหน่งหรือก่อนที่สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลงเท่านั้น และน่าจะหมายถึง การออกจากตำแหน่ง เพราะเหตุที่ผู้นั้นได้รับการเลือกตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 133 ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 85/9 และมาตรา 90

3. แม้อำนาจพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 85/9 และ มาตรา 90 จะบัญญัติให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีที่มีการกระทำผิดเกี่ยวกับการเลือกตั้งได้ก็ตาม แต่ก็ยังให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ และต้องกระทำภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง เพื่อให้เป็นไป

⁶⁶² รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 198 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใด ตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองแล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่งโดยไม่ชักช้า”

วยความรอบคอบและเคร่งครัด เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจตัดสินสิทธิบุคคล หากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 96 ไขบังคับได้โดยไม่ถือว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว จะกลายเป็นวาทะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาลิ้นสุดลงได้อย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดเวลาและไม่ต้องมีองค์กรใดช่วยกันตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ มาตรา 96 บัญญัติขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้ เมื่อมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งมีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาผู้ใด ในเขตเลือกตั้งใดใหม่แล้ว สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาผู้นั้นย่อมสิ้นสุดลงไปโดย และการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งจะมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ก็ต้องสืบเนื่องมาจากการดำเนินการสืบสวน สอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงตามรัฐธรรมนูญ ก่อนแล้ว นอกจากนั้น การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ บัญญัติเรื่องการนับคะแนนใหม่ อันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ถูกคัดค้านต้องสิ้นสุดลง โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการนับคะแนนใหม่นั้น ก็เป็นการบัญญัติโดยอาศัยอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากกว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 96 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

คำวินิจฉัยในคดีนี้มีจุดเริ่มต้นจากกรณีการทุจริตเลือกตั้งของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งมีมติให้ถอดถอนสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 10 คนจาก 7 จังหวัด เนื่องจากการทุจริตเลือกตั้ง นับเป็นปรากฏการณ์เชิงจริยธรรมในเชิงลบที่ส่งผลกระทบต่อบทบาทของสมาชิกวุฒิสภา⁶⁶³ การคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาใหม่ที่ขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เข้าชื่อเสนอเพื่อนำเสนอศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งฯ ตามมาตรา 96 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นการชี้ให้เห็นถึงหลักการตรวจสอบโดยเสียงข้างน้อยซึ่งสะท้อนถึงหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (checks and balances) อันเป็นหัวใจสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นจุดสำคัญที่บ่งชี้ถึงหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative Democracy) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ

⁶⁶³ สอนทยา แสงภา , บทบาทของวุฒิสภาในการพัฒนาจริยธรรมของสมาชิกวุฒิสภา , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebspa/dissertation-sonthaya.pdf>

(Separation of Power) ที่เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดอำนาจสูงสุดของประชาชน (Population Sovereignty)⁶⁶⁴ โดยเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยนี้เมื่อพิจารณาถึงมูลกรณีที่สามารถคัดค้านการเลือกตั้งได้ คือ การกระทำทุจริตเลือกตั้ง เช่น การซื้อเสียง และกระบวนการเลือกตั้งที่ไม่สุจริตและเที่ยงธรรม ส่วนการคัดค้านคุณสมบัติของผู้สมัครหลังประกาศผลรับรองเป็น ส.ส. และ ส.ว.ไปแล้ว ต้องไปแจ้งข้อเท็จจริงที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาแล้วแต่กรณี เพื่อให้บรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหลายทราบถึงมูลเหตุของสมาชิกภาพของ ส.ส. หรือ ส.ว. ผู้ใดสิ้นสุดลง และเมื่อ ส.ส. หรือ ส.ว. รับทราบแล้ว เห็นว่ากรณีมีมูล ส.ส. หรือ ส.ว. 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อนำเสนอศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 96 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณี กกต. มีความเห็นว่าจะเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกคัดค้านด้วย ก็จะต้องส่งเรื่องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตรวจสอบของคณะประธานกรรมการกฤษฎีกาตามมาตรา 85/9 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2543 โดยหากคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ได้รับข้อมูลมาภายหลังจากประกาศผลให้ผู้ได้รับเลือกตั้งผู้นั้นเป็น ส.ส. หรือ ส.ว. ไปแล้ว กกต. มีอำนาจที่จะสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้ถ้าพบว่ากระบวนการเลือกตั้งนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม⁶⁶⁵ การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ในการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งและการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้นี้ เป็นการสะท้อนถึงหลักกลไกป้องกันตนเองของระบอบประชาธิปไตย นั้นเพราะการเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยถูกต้องตามเจตจำนงของประชาชน ส่งผลให้ได้ผู้แทนที่ไม่เหมาะสม การกระทำที่เป็นเหตุให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งอาจหมายความว่ารวมถึงการกระทำที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยบิดเบือนไปจากความเป็นจริง ดังนั้น การกระทำที่เป็นเหตุให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งจึงเป็นการกระทำหรือการใช้สิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตย ยังผลให้ผู้ใดก็ตามที่กระทำการให้การแสดงเจตจำนงในการเลือกผู้แทนของประชาชนบิดเบือนไปจากเจตจำนงอันเสรีของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ผู้นั้นก็ไม่ควรได้รับความคุ้มครองให้มีสิทธิเลือกตั้งอีกต่อไป ดังนั้น จึงเป็นไปตามหลักการที่ว่าระบอบประชาธิปไตยจึงควรจะป้องกันตัวเองให้ดำรงอยู่ต่อไปได้โดยการเพิกถอนสิทธิ

⁶⁶⁴ สุวัชรี้ กรรเจียกพงษ์ , การตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยฝ่ายตุลาการ , วิทยานพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551 , หน้า 11

⁶⁶⁵ กมลชัย รัตนสกววงศ์ , การคัดค้านการเลือกตั้ง-สอง , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=129>

เลือกตั้งของบุคคลเหล่านี้มิให้มีสิทธิเลือกตั้งอีกต่อไป ทำให้ไม่สามารถเข้ามายุ่งเกี่ยวกับกระบวนการเลือกตั้งและไม่สามารถทำให้กระบวนการใช้อำนาจอธิปไตยบิดเบือนไปได้⁶⁶⁶

อนึ่ง เพื่อยกตัวอย่างให้เห็นภาพของหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกกรณีหนึ่งที่สอดคล้องใกล้เคียงกันในเรื่องเกี่ยวกับการเลือกตั้งอันแสดงถึงเจตจำนงของประชาชนตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶⁶⁷ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทสำคัญที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งอย่างเด่นชัด ตามที่มีการศึกษาว่าอย่างน้อยนับตั้งแต่มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน มีข้อเท็จจริงว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นโมฆะไปแล้ว 2 ครั้ง ซึ่งครั้งแรกก็คือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 นี้ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ชัดเจนมากกว่าเมื่อการเลือกตั้งมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องทำอย่างไรต่อไป โดยศาลรัฐธรรมนูญกล่าวไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยว่า "จึง

⁶⁶⁶ พระราชวัฒน์ พูนทองพันธ์ , ปัญหาการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553 , หน้า 97-99

⁶⁶⁷ คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีการพิจารณาและวินิจฉัยว่าการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดวันเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เฉพาะมาตรา 4 ในการจัดการการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 ตลอดจนการดำเนินการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งดังกล่าว และการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับมติในการจัดคูหาเลือกตั้ง ไม่เป็นการลงคะแนนโดยลับเป็นการเลือกตั้งที่ทำให้เกิดผลของการเลือกตั้งที่ไม่เที่ยงธรรม ไม่เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการจัดการเลือกตั้ง คือ ตั้งแต่การกำหนดวันรับสมัครเลือกตั้ง การรับสมัครรับเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียง การนับคะแนนเสียง การประกาศผลการเลือกตั้ง อันส่งผลให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรับรองผลดังกล่าวตามประกาศผลการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ และแบบบัญชีรายชื่อทั้งหมดต้องเสียไปด้วย มีผลเป็นการเพิกถอนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามประกาศผลการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าว และเมื่อกำหนดระยะเวลาที่จะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ได้ล่วงพ้นหกสิบวันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ไปแล้ว และเพื่อให้การเลือกตั้งที่จะมีขึ้นต่อไป มีความเที่ยงธรรมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องมาจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรดำเนินการให้มีพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปโดยกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ต่อไป , ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 123 ตอนที่ 71 ก วันที่ 12 กรกฎาคม 2549

เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ...มาตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการจัดการเลือกตั้ง คือ ตั้งแต่การกำหนดวันรับสมัครเลือกตั้ง การรับสมัครรับเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียง การนับคะแนน การประกาศผลการเลือกตั้ง" และศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดสิ่งที่ผู้เกี่ยวข้องทั้งหลายต้องดำเนินการต่อไปก็คือ "เพื่อให้การเลือกตั้งที่จะมีขึ้นต่อไป มีความเที่ยงธรรมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องมาจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรดำเนินการให้มีพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปโดยกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ต่อไป"⁶⁶⁸ ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้เห็นได้ว่า นับเป็นปรากฏการณ์ในทางการเมืองที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจในทางตุลาการตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลในการจัดวางความสมดุลในทางการเมืองในการจัดการเลือกตั้งซึ่งเป็นการแสดงออกถึงสิทธิทางการเมืองของประชาชนในระบอบประชาธิปไตยให้สะท้อนเจตจำนงของปวงชนได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ระบุถึงรูปแบบการจัดการเลือกตั้งให้มีความเที่ยงธรรมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ แนวคิดการจัดการเลือกตั้งมิใช่การทำตามตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือนำหนักไปที่งานเทคนิคในการเลือกตั้งเท่านั้น หากแต่การเตรียมความพร้อมทางด้านประชาชนโดยการให้การศึกษาทางการเมืองแก่ประชาชนในการใช้อำนาจอธิปไตยของตน เพื่อการใช้สิทธิทางการเมืองและการเลือกตั้งก็สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน⁶⁶⁹ ดังจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาของหลักความสุจริตและความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้ง กล่าวคือภายใต้แนวคิดตาม ระบบความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้งจัดเป็นเครื่องมือสำคัญของการปฏิบัติตามกฎหมายและเป็นหลักประกันสูงสุดที่มีตามหลักประชาธิปไตย เพื่อธำรงไว้ซึ่งการเลือกตั้งที่เสรี เที่ยงธรรม และแท้จริง (genuine) โดยรอบคอบของ

⁶⁶⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ครั้งที่สอง คือ คำวินิจฉัยที่ 5/2557 ในเรื่องที่ยุติการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245(1) ว่าการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 ออกมาก็เกิดข้อโต้แย้งและวิพากษ์วิจารณ์ทางวิชาการมากกว่า แล้วจะอย่างไรกันต่อไป เพราะคำวินิจฉัยไม่มีความชัดเจนเหมือนกับคำวินิจฉัยที่ 9/2549 , โปรตดู นันทวัฒน์ บรมานันท์ , คำวินิจฉัยที่บกพร่อง , บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 340 , เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1953>

⁶⁶⁹ สมชาติ เจศรีชัย , การเมือง-การเลือกตั้งไทย และประเทศในอาเซียน , (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา ภายใต้มูลนิธิส่งเสริมนโยบายศึกษา , 2559) , หน้า 81

ความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้งย่อมกว้างกว่ากรอบการบังคับใช้กฎหมายเพียงเท่านั้น กรอบคิดนี้ยังใช้ในการออกแบบ และในการดำเนินการโดยรวมของกระบวนการการเลือกตั้งทั้งหมด อีกทั้งยังมีอิทธิพลต่อการประพฤติปฏิบัติของผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการการเลือกตั้งด้วย “ความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้ง” จึงเป็นที่กล่าวถึงกันมากมายนานพอสมควร โดยเฉพาะในประเทศที่การเลือกตั้งถูกจัดให้เป็นวาระสำคัญที่จะนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองตามระบอบประชาธิปไตย แต่โดยที่การเลือกตั้งประกอบไปด้วยกระบวนการและกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องที่เรียกว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” หลายฝ่ายความเที่ยงธรรมจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญของคำถามในกระบวนการเลือกตั้งที่เกิดขึ้น แม้ว่าการเลือกตั้งจะมีใช้คำตอบทั้งหมดของคำว่าประชาธิปไตย แต่ก็เป็นส่วนที่เด่นที่สุดที่จะชี้ให้เห็นว่าประเทศนั้นๆ เป็นประชาธิปไตยหรือไม่ ดังมีคำเปรียบเทียบว่า หากประชาธิปไตยคือก้อนน้ำแข็ง การเลือกตั้งคือยอดน้ำแข็งส่วนที่โผล่ขึ้นมาให้เห็นเหนือหน้าน้ำนั่นเอง⁶⁷⁰ และจะเห็นได้ว่า กรอบความคิดเรื่อง ความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้งที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกมาเป็นเหตุผลประการสำคัญในคำวินิจฉัยเป็นประเด็นอันเป็นปัจจัยสำคัญของการเลือกตั้งในนานาประเทศให้มีหลักเกณฑ์เป็นที่ยอมรับ และเป็นปัจจัยชี้ขาดที่ทุกภาคส่วนให้การยอมรับว่าการเลือกตั้งนั้นมีความชอบธรรมหรือไม่เพียงใด อันเป็นการสะท้อนเจตจำนงของประชาชนตามหลักการสากลของระบอบประชาธิปไตยและโดยเฉพาะอย่างยิ่งให้เป็นไปตามกรอบเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 12/2544 และคำวินิจฉัยที่ 9/2549 จึงเป็นปรากฏการณ์ในทางระบบการเมืองของประเทศไทยที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อันสะท้อนถึงเจตจำนงทางการเมืองของปวงชนที่เป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอันสะท้อนถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ที่นับเป็นหลักการพื้นฐานของ “หลักนิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันและ “L’État de Droit” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือเป็นองค์ประกอบในทางรูปแบบอันจะขาดเสียมิได้ของหลักนิติรัฐ “เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจโดยมิชอบ กรณีจำเป็นต้องกระจายสิ่งต่างๆ เพื่อให้อำนาจยับยั้งการใช้อำนาจ” อันเป็นหลักประกันมิให้องค์กรของรัฐแต่เพียงองค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดอำนาจรัฐ และนำไปสู่การใช้อำนาจลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามอำเภอใจ⁶⁷¹

⁶⁷⁰ สุกุล สื่อทรงธรรม (ผู้แปล) , ความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้ง : บทสังเขปจากหนังสือคู่มือของ International IDEA , แปลจาก Electoral Justice: An Overview of the International IDEA Handbook (เมษายน 2554) , คำนำผู้แปล และหน้า 8 สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/electoral-justice-handbook-overview-TH.pdf>

⁶⁷¹ ณรงค์เดช สรุโฆษิต , แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2554) , หน้า 266

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น เป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งนอกจากนี้ยังปรากฏคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในประเด็นที่น่าสนใจของบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญกับเขตอำนาจทางการเมืองของประชาชนในการเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นผู้แทนปวงชนตามกระบวนการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดลงไว้หลายคดีดังที่ได้มีคำวินิจฉัยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งในกรณีดังต่อไปนี้ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 กรณีเป็นลูกจ้างของผู้ใด , คำวินิจฉัยที่ 9/2551 กรณีการถือหุ้นของรัฐมนตรี , คำวินิจฉัยที่ 19/2552 กรณีลาออก , คำวินิจฉัยที่ 12-14/2553 กรณีถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐหรือบริษัทประกอบกิจการโทรคมนาคม , คำวินิจฉัยที่ 25/2554 และคำวินิจฉัยที่ 26/2554 กรณีพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นสมาชิกมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองนั้น โดยกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ยังคงบัญญัติให้เป็นเหตุแห่งการสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังเช่นคำวินิจฉัยที่ 13/2555 กรณีเป็นสมาชิกพรรคการเมืองเป็นเวลาติดต่อกันน้อยกว่าเก้าสิบวัน และคำวินิจฉัยกรณีเป็นบุคคลที่อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษา ซึ่งเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสุดลง ซึ่งคำวินิจฉัยเหล่านี้ล้วนเป็นตัวอย่างที่สำคัญทั้งต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ที่อยู่ภายใต้เหตุแห่งการสิ้นสุดสมาชิกภาพดังกล่าว รวมทั้งประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในการเลือกตั้งผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่อไป⁶⁷²

4.4.1.1.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 กรณีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68⁶⁷³

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว มีประเด็นพิจารณาวินิจฉัย คือ

⁶⁷² ปฐมพงษ์ พิพัฒน์นากิจ , คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดสมาชิกภาพตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 , รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 11 (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ : พิ.เพรส จำกัด , 2556) , หน้า 146-153

⁶⁷³ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 129 ตอนที่ 118 ก วันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2555

ประเด็นที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยวางหลักสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 เป็นหลักการสำคัญมุ่งหมายให้คนไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ล่วงหน้า เพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วย่อมสุดวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนมาได้ ดังนั้น ประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา 68 วรรคสอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดาสำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้ที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

ประเด็นที่สาม การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291 มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้มีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นรายมาตราเพื่อปฏิรูปการเมืองและปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้อำนาจไว้เพื่อเป็นช่องทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากข้อบกพร่องในตัวรัฐธรรมนูญเอง หรือปัญหาจากข้อเท็จจริงทางการเมืองที่ต้องมีการแก้ปัญหอย่างเป็นระบบและมีความสอดคล้องต่อเนื่องในคราวเดียวกัน ประกอบกับข้อเท็จจริงยังรับฟังไม่ได้ว่า การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ข้อกล่าวอ้างทั้งหมดจึงคงเป็นเพียงการคาดการณ์ หรือเป็นความหวังใจต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งยังห่างไกลต่อการที่จะเกิดเหตุตามที่กล่าวอ้าง การกระทำของผู้ถูกร้องจึงฟังไม่ได้ว่ามีเจตนาล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงให้ยกคำร้องในประเด็นนี้ เมื่อได้วินิจฉัยเป็นดังนี้แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นว่า หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่อีกต่อไป

จากผลคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการสำคัญถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 โดยคำวินิจฉัยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ⁶⁷⁴ ไว้ว่า “มาตรา 68 บทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรค

⁶⁷⁴ การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นถูกนำมากำหนดให้มีขึ้นในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยโดยเชื่อว่า เป็นการพิทักษ์กฎหมายสูงสุดของรัฐให้มีความมั่นคงยิ่งขึ้น ต่อต้านการทำรัฐประหาร และครอบคลุมการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการเลือกตั้งที่ไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม การนำหลักการเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญถูกนำมาบัญญัติครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 63 และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับบทลงโทษการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคเป็นเวลา 5 ปี โดยเป็นบทบัญญัติที่อาศัยหลักการเดิมซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 , โปรดดู รัชชานันต์

การเมืองผู้กระทำการตาม มาตรา 68 วรรคหนึ่ง มีสิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ สองประการ คือ (1) เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และ (2) ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวโดยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการ ในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นละยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หาได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่” อย่างไรก็ตามประเด็นของผู้ที่จะสามารถใช้อธิปไตยยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตามช่องทางของรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ในทางวิชาการหาได้สิ้นสุดลงไปไม่ ได้เกิดการแสดงความคิดเห็นในลักษณะที่เห็นด้วยและเห็นต่างในทางวิชาการต่อกรณีดังกล่าวนี้ยังกว้างขวาง⁶⁷⁵ ซึ่งอย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อถกเถียงในทางวิชาการในลักษณะที่เห็นด้วยต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นการขยายหลักการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทยในทางที่เป็นประโยชน์ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และสร้างกลไกคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้เป็นรูปธรรม โดยจากการที่มีการกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นพิเศษอันแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งในการ

เศกายน , บทบาทและอำนาจหน้าที่ ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาปัญหาและข้อเสนอแนะในการใช้สิทธิ พิทักษ์รัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 , หน้า 94

⁶⁷⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ได้วินิจฉัยถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 โดยปรากฏเหตุผลประกอบสำคัญอีก 6 ประการได้แก่

- (1) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้คนไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
 - (2) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นไปเพื่อรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 ซึ่งบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้
 - (3) การมีอยู่ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 69 จึงเป็นไปเพื่อพิทักษ์และคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเอง
 - (4) ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญต่างหากที่ถือเป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญที่จะต้องยึดถือไว้เป็นสำคัญยิ่งกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ที่ความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งก็มีใช้เจตนารมณ์ทั้งหมดของรัฐธรรมนูญ
 - (5) การตีความเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องตีความไปในแนวทางของการยอมรับสิทธิ มิใช่จำกัดสิทธิและ
 - (6) เพื่อให้คนไทยและศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำที่อาจมีปัญหาตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งได้
- โปรดดู สมฤทธิ์ ไชยวงศ์ , สิทธิมนุษยชน : ประชาชนกับใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 , หน้า 239-240

ตรารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ถือเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ ประชาชนก็ควรจะได้ลงประชามติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับดังกล่าว ถือได้ว่าคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการเรื่อง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน” ซึ่งนับเป็นการวางหลักที่ถือเป็นประวัติศาสตร์ในทางทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทยไว้⁶⁷⁶ และได้รับรองซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการตรวจสอบการกระทำในการใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจรัฐแทนตนเองให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างเป็นรูปธรรมอันเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้สถาปนาอำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับของรัฐบาล โดยวางกลไกในการป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญและขยายขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ที่มีอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการเมืองค่อนข้างมาก และจากการใช้อำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแสดงถึงระบบการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและประเทศไทยที่สะท้อนถึงหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้ชี้ให้เห็นถึงการใช้อำนาจการ

⁶⁷⁶ คำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักที่ถือเป็นประวัติศาสตร์ในทางทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทยไว้ในตอนหนึ่งว่า “...อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญโดยถือว่าอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองเมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐบาลก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่...” , โปรตตุ กล้า สมทวนิช , พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร ศูนย์รวมดวงใจของปวงชนแห่งระบอบรัฐธรรมนูญไทย , จดหมายข่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 ฉบับรำลึกในพระมหากษัตริย์คุณ เล่มที่ 109 , หน้า 15-16

วินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรตุลาการที่เป็นไปอย่างกว้างขวาง ตามระบบการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจให้เกิดความสมดุลในทางระบบการเมืองการปกครอง โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรสุดท้ายในการยุติข้อพิพาทในทางการเมืองการปกครอง และใช้อำนาจในการคุ้มครองความสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ

4.4.1.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการที่สำคัญของแนวคิดนิติรัฐอันเป็นรัฐจำกัดอำนาจโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัดและรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ของรัฐอยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายได้มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันที่บรรดาการกระทำของรัฐจะต้องเคารพต่อกฎหมาย หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐจึงเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐที่มุ่งให้บรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ขอบเขตของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐมีลักษณะขอบเขตของหลักการที่กว้างขวางครอบคลุมในบรรดาการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลาย ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการได้ยืนยันถึงหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและควบคุมตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และแทบจะกล่าวได้ว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวพันในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทั้งปวง เพราะครอบคลุมถึงบรรดาการกระทำของรัฐที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ เพื่อจำกัดขอบเขตของการศึกษาให้เป็นไปโดยสังเขป ผู้วิจัยจึงขอหยิบยกตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจมานำเสนอ ดังนี้

4.4.1.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2551 ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองส่งคำโต้แย้งของจำเลย (พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ที่ 1 และคุณหญิงพงมาน ชินวัตร ที่ 2) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 50 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 และมาตรา 38 วรรคหนึ่งและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43 หรือไม่⁶⁷⁷

คำวินิจฉัยนี้มีลำดับความเป็นมาโดยสรุปคือ

1. อัยการสูงสุด เป็นโจทก์ ได้ยื่นฟ้องพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ที่ 1 และคุณหญิงพงมาน ชินวัตร ที่ 2 เป็นจำเลย ต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ฐานความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐร่วมกันเป็นคู่สัญญาหรือมีส่วนได้เสียในสัญญาที่ทำกับหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี และเป็นเจ้าพนักงานและผู้สนับสนุนเจ้าพนักงานมีหน้าที่จัดการหรือดูแลกิจการใด เข้าไปมีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นเนื่องด้วยกิจการนั้น เป็นเจ้าพนักงานและผู้สนับสนุนเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ซึ่งคณะกรรมการตรวจสอบ (คตส.) มีมติว่าข้อกล่าวหาไม่มีมูลความผิดตามมาตรา 9 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฎหมาย เล่ม 125 ตอนที่ 117 ก วันที่ 31 ตุลาคม 2551

⁶⁷⁸ คดีนี้ได้มีคำขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองตามกฎหมาย ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542 มาตรา 4, 100 และ 122 ประกาศคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เรื่อง กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องห้ามมิให้ดำเนินการตามความในมาตรา 100 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2544

(2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33, 83, 86, 90, 91, 152 และ 157 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2502 มาตรา 8 และ 13 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2526 มาตรา 4

(3) ประกาศคณะกรรมการปกรองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน 2549

2. จำเลยทั้งสองยื่นคำโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะใช้บังคับแก่คดีนี้ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ขอให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

3. ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พิจารณาคำร้องของจำเลยทั้งสองแล้วให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 50 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 และมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เหตุผลในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 เป็นผลสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติในมาตรา 301 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และกำหนดสาระสำคัญและวิธีการตรากฎหมายดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 302 ก็ได้รับรองให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับต่อไป โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 เป็นการอธิบายหรือให้ความหมายของคำต่าง ๆ ที่ใช้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ให้มีความชัดเจนภายในกรอบวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” คำว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” คำว่า “ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง” เป็นต้น เพื่อให้การปฏิบัติตามกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องตรงกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย มาตรา 100 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินกิจการในลักษณะเป็นบทบัญญัติกำหนดการกระทำอันเป็นความผิด เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นใช้อำนาจหน้าที่ของตนไปในทางอันจะนำมาซึ่งการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม โดยวรรคสามให้นำบทบัญญัติในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวด้วย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่มีช่องว่างให้ผู้กระทำผิดหลบเลี่ยงได้ ทั้งนี้เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีเหตุผลและความชอบธรรมรองรับอยู่แล้ว เนื่องจากการทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบ หรือดำเนินคดี พร้อมทั้งคู่สมรสของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นย่อมเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินการ

หรือกระทำการให้เกิดขึ้นได้โดยง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งในระดับสูงซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในระบอบราชการอย่างกว้างขวาง และที่บัญญัติเช่นนี้เพื่อมิให้มีผลประโยชน์ทับซ้อน เพื่อความเหมาะสม และเหมาะสมกับสภาพปัญหาของประเทศชาติ บทบัญญัติมาตรา 100 นี้มีสาระสำคัญตามที่มาตรา 331 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ ซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคสาม ประกอบมาตรา 267 ส่วนมาตรา 122 ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนถือว่าเป็นบทบัญญัติที่จำเป็นต้องมีเพื่อทำให้กฎหมายมีสภาพบังคับใช้ได้จริง และมาตรการบังคับดังกล่าวก็อยู่ในขอบเขตอันเหมาะสมทางกฎหมาย โดยวรรคสองยังบัญญัติทางแก้ไขเพื่อความเป็นธรรมไว้ด้วยว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นยินยอมด้วยในการที่คู่สมรสของตนดำเนินกิจการตามมาตรา 100 วรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้นั้นไม่มีความผิด จึงเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 เพราะมิได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควรและมิได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 เพราะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่ยำเลยกระทำการดังที่กล่าวหา มิใช่บทบัญญัติที่มีผลย้อนหลังไปลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กับทั้งไม่ได้เป็นบทสันนิษฐานความผิด อันจะเป็นภาระให้จำเลยพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง แต่โจทก์ยังต้องมีภาระพิสูจน์การกระทำและเจตนาของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับความผิดอาญาต่างๆ ไปนั่นเอง และมีได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 43 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล เพราะมิได้ล่วงละเมิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจนเกินความพอเหมาะพอควรแก่กรณีแต่อย่างใด อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสามมาตราดังกล่าวก็สอดคล้องกับหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ และหลักธรรมาภิบาล อันเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 100 และมาตรา 122 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 39 และมาตรา 43

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นกรณีสืบเนื่องจากศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ส่งเรื่องความผิดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกกันว่า

คดีที่ดินรัชดา⁶⁷⁹ อันเป็นคดีที่นับได้ว่าเป็นอีกหนึ่งหมุดหมายสำคัญในประวัติศาสตร์ทางการเมืองของไทยซึ่งปรากฏข้อพิพาทกันในทางสังคมอย่างกว้างขวางถึงผลแห่งคำพิพากษาในคดีนี้⁶⁸⁰ และกล่าวได้ว่าจากผลของคำวินิจฉัยนี้ได้เกิดปรากฏการณ์ต่อระบบการเมืองไทยอย่างต่อเนื่องจวบจนปัจจุบันอันยังผลมาจากเจตนารมณ์ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการในการดำเนินคดีต่อผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในชั้นศาลให้เป็นไปได้ด้วยความรวดเร็ว และเที่ยงธรรมมากกว่าเดิม กล่าวคือเนื่องจากประเทศไทยประสบปัญหาเกี่ยวกับการทุจริตและประพฤติมิชอบของนักการเมืองและข้าราชการระดับสูงเพิ่มมากขึ้น แต่กระบวนการยุติธรรมในการดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทุจริตและประพฤติมิชอบแต่เดิมนั้นล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จึงกำหนดให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทำหน้าที่ได้สวนข้อเท็จจริง ในกรณีที่มีผู้กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันได้แก่ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือข้าราชการการเมืองอื่น รวมทั้งผู้ที่ไม่ได้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแต่ได้เป็นตุลาการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ หรือ ร่ำรวยผิดปกติ เพื่อพิจารณาส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาหรือร้องขอให้ทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าวตกเป็นของแผ่นดิน แล้วแต่กรณี และกำหนดให้มีแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองขึ้นในศาลฎีกาเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกาศใช้ก็ได้ยืนยันในหลักการดังกล่าว โดยในหมวดการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้เพิ่มการตรวจสอบทรัพย์สิน และการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ นอกจากการถอดถอนจากตำแหน่ง และการดำเนินคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่มีอยู่เดิม ทั้งนี้ผู้ร่วมรับผิดชอบให้รวมทั้งผู้ให้ ผู้ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่นที่เป็นตุลาการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน⁶⁸¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนับเป็นคดีที่มีความสำคัญยิ่งต่อปรากฏการณ์ในระบบการเมืองไทยที่จำเลยที่ต้องคำวินิจฉัยนี้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งอดีตนายกรัฐมนตรีที่มีบทบาทอย่างสูงต่อ

⁶⁷⁹ โปรดดูรายละเอียดคดีโดยสรุปลำดับความเป็นมาได้ที่ ประชาชาติธุรกิจออนไลน์ วันที่ 22 ตุลาคม 2551 , เปิดคำพิพากษาศาลฎีกา คดีประวัติศาสตร์ทุจริตชื่อที่ดินรัชดา , สืบค้นจากเว็บไซต์

https://www.prachachat.net/news_detail.php?newsid=6387

⁶⁸⁰ โปรดดู สมลักษณ์ จัตุระบวรพล , ความสำคัญผิดในสาระสำคัญของคำพิพากษาคดีที่ดินรัชดา , สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://www.isranews.org/isranews-article/2800-ความสำคัญผิดในสาระสำคัญของคำพิพากษาคดีที่ดินรัชดา.html>

⁶⁸¹ ฐานันท์ วรรณโกวิท , ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง , สืบค้นจากเว็บไซต์

<http://www.supremecourt.or.th/file/criminal/new%203.pdf>

ระบบการเมืองของประเทศไทย โดยเมื่อพิจารณาเนื้อหาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันเจตนารมณ์ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการอันเป็นบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยดำเนินคดีต่อผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้บรรลุผลโดยได้กล่าวถึงหลักการต่างๆ ของหลักนิติรัฐเป็นเหตุผลประกอบในคำวินิจฉัยอาทิ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษทางอาญาแก่บุคคล การวางหลักประกันเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล ประกอบหลักนิติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลได้กล่าวถึงหลักนิติรัฐไว้โดยตรง และหลักธรรมาภิบาลอันเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยที่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องยึดถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติรัฐประกอบกับหลักนิติธรรมมาใช้เป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

4.4.1.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 กรณีประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶⁸²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁸² ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา 131 ตอนที่ 53 ก วันที่ 16 กรกฎาคม 2557

คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วกำหนดประเด็นวินิจฉัยรวม 2 ประเด็น ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้พิจารณาวินิจฉัยประเด็นแรก คือร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 169 หรือไม่ เห็นว่า การใช้จ่ายเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กระทำตามที่อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำรายละเอียดการดำเนินโครงการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติการดำเนินโครงการและอนุมัติการจัดสรรเงินกู้ตามโครงการดังกล่าว ซึ่งเป็นผลให้การจ่ายเงินเพื่อดำเนินโครงการต่างๆ ในแต่ละปีงบประมาณไม่ได้ผ่านการตรวจสอบของรัฐสภา รวมทั้งไม่มีการควบคุมตรวจสอบการใช้เงินดังกล่าวอย่างชัดเจน กรณีจึงเป็นร่างพระราชบัญญัติที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินกระทำโดยไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ สำหรับประเด็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีความจำเป็นเร่งด่วนอันเป็นข้อยกเว้นการใช้เงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง หรือไม่นั้น เห็นว่าการดำเนินการเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศตามร่างพระราชบัญญัติฯ สามารถดำเนินการโดยวิธีการอื่นๆ เช่น วิธีการงบประมาณตามปกติโดยอาศัยวิธีการกู้เงินตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ทวิ และพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 21 หรือการให้เอกชนร่วมลงทุนตามหลักเกณฑ์และวิธีการของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นต้น ซึ่งวิธีการเหล่านี้มีผลกระทบหรือมีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นน้อยกว่าการดำเนินการโดยหลักเกณฑ์ของร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. เนื่องจากโดยวิธีการงบประมาณตามปกติ รัฐสภาสามารถตรวจสอบการดำเนินโครงการของฝ่ายบริหารได้อย่างรัดกุม หรือโดยวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนก็เป็นการป้องกันหรือลดผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อความมั่นคงทางการเงินการคลังของประเทศได้ในระยะยาวอีกด้วยไม่ได้เป็นข้อจำกัดถึงขนาดที่จะทำให้ไม่สามารถดำเนินการโครงการใด ๆ ได้เลย ดังนั้น เมื่อร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. อนุญาตให้จ่ายเงินแผ่นดินโดยไม่ได้กระทำตามที่อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวกับการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง อีกทั้งมิใช่กรณีจำเป็นเร่งด่วน ร่างพระราชบัญญัตินี้ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง

ประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยต่อไปมีว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 หรือไม่ เห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติความหมายของกรอบวินัยการเงินการคลังไว้อย่างชัดเจน และยังมีได้มีการตรากฎหมายการเงินการคลังของรัฐดังกล่าวเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังขึ้นใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 วรรคสาม แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 และพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ที่ใช้บังคับอยู่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำงบประมาณ การใช้จ่ายและการควบคุมงบประมาณ และการบริหารหนี้สาธารณะ ซึ่งครอบคลุมเรื่องการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน ด้วยเหตุนี้ กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวด 8 จึงหมายความว่าถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงิน การจัดหารายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การก่องหน ภาระทางการเงินของรัฐ และการอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบในการจัดหารายได้ กำกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาเสถียรภาพ การพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และความเป็นธรรมในสังคมการที่ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. มาตรา 6 บัญญัติให้นำเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ได้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังและมาตรา 18 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีรายงานการกู้เงิน ผลการดำเนินงาน และการประเมินผลการดำเนินการตามแผนงานในแต่ละยุทธศาสตร์ต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากที่พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายเงินแผ่นดินบัญญัติไว้ทำให้การควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องประกอบกับร่างพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจำนวนมากถึงสองล้านล้านบาท แต่ไม่มีความชัดเจนในรายละเอียดของแผนงานหรือโครงการที่จะใช้จ่ายเงินอันเกี่ยวกับการวางแผนการเงินการจัดหารายได้เพื่อชดใช้หนี้ หรือการบริหารจัดการกำกับการใช้จ่ายเงิน อีกทั้งเป็นการสร้างภาระผูกพันทางการเงินแก่ประเทศเป็นจำนวนมหาศาลและเป็นระยะเวลายาวนานโดยไม่มีหลักประกันความเสี่ยงภัยทางการเงินการคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอเมื่อการใช้จ่ายเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ดำเนินการตามกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญ หมวด 8 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 วรรคสอง อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่งและมาตรา 170 วรรคสอง ซึ่ง

ข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ได้ปรากฏข้อวิพากษ์ในวงกว้างถึงกรณีไม่มีการกำหนดนิยามศัพท์คำว่า “เงินแผ่นดิน” ทำให้เกิดปัญหาการตีความให้เป็นที่ถกเถียงกันซึ่งมีประเด็นว่าเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นเงินแผ่นดินหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเงินแผ่นดิน ซึ่งกรณีจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ได้ปรากฏข้อเสนอให้ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 โดยให้บัญญัติคำนิยาม “เงินแผ่นดิน” ให้หมายความว่า เงินทั้งปวงที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานลักษณะพิเศษ กองทุนสาธารณะ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งที่เป็นเงินงบประมาณรายจ่าย เงินรายได้แผ่นดิน เงินเบิกเกินงบการเงิน เหลือจ่ายปกาสงคืน เงินกู้ และเงินนอกงบประมาณ และให้หมายความรวมถึงเงินคงคลังด้วย”⁶⁸³ เพื่อให้เกิดความชัดเจน อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญได้หวั่นวิตกความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญ⁶⁸⁴ มาใช้ในการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า

⁶⁸³ ญัตติกานต์ มณีรัตน์ , ประทีป ทับอวดตานนท์ และสอาด หอมมณี , ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 , วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี ปีที่ 13 ฉบับที่ 3 ประจำเดือน มกราคม-เดือนมีนาคม 2560 , หน้า 173-174

⁶⁸⁴ ความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญประกอบด้วย นางสาวประพิร อังกินันท์ รองผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน รักษาการแทนผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน นายพิสิฐ ลี้อาธรรม อดีตรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง และอดีตกรรมการกร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 นายพะนง พิทยะ อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง นายธีระชัย ภูวนาถนรานุบาล อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และนางสาวสุภา ปิยะจิตติ รองปลัดกระทรวงการคลัง ยื่นคำชี้แจงเป็นหนังสือและชี้แจงด้วยวาจา สรุปความเห็นได้ ดังนี้

(1) ความหมายของเงินแผ่นดิน คำว่า ตรวจสอบ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 4 เงินแผ่นดิน บรรดาเงินทั้งปวง ทรัพย์สิน สิทธิ และผลประโยชน์ต่างๆ ซึ่งมีใช้กรรมสิทธิ์หรืออยู่ในความครอบงำหรืออำนาจสั่งการใดๆ ตามกฎหมายเอกชน แต่อยู่ในความรับผิดชอบหรือครอบครองของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเงินที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐได้รับมาเป็น กรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะเงินงบประมาณ เงินนอกงบประมาณ เงินกู้ เงินอุดหนุน เงินบริจาค หรือเงินช่วยเหลือจากแหล่งในประเทศหรือต่างประเทศอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือ วัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ และไม่ว่าจะเป็นเงินรายได้ที่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐนั้นต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน หรือไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดินก็ตาม เงินแผ่นดิน จึงมีความหมายกว้างกว่า เงินรายได้แผ่นดิน กล่าวคือ เงินแผ่นดินรวมถึงเงินรายได้ที่หน่วยงานของรัฐต้องส่งเป็นเงินรายได้ของแผ่นดินตามกฎหมาย และเงินที่มีกฎหมายยกเว้นมิให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งเป็นเงินรายได้ของแผ่นดินด้วย

(2) ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากวินัยทางการคลัง ประกอบด้วยวินัยทางการเงิน วินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณ ซึ่งกำหนดให้มีขึ้นเพื่อให้ การใช้จ่ายเงินของรัฐเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย มีวินัย คุ่มค่า โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชน โดยการปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐที่ไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน

ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินฯ ดังกล่าว เป็น “เงินแผ่นดิน” การใช้จ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้อีกเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนจึงจะตราเป็นกฎหมายเฉพาะได้ และในประเด็นต่อมาการตราร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคม พ.ศ. ... มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่ ซึ่งการวินิจฉัยถึงความจำเป็นเร่งด่วนของร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่มีความจำเป็นเร่งด่วน⁶⁸⁵ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง และมาตรา 170 วรรคสอง ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นอันตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคสาม ทั้งนี้เห็นได้ว่า จากการที่ศาลชี้ว่าร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการ

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 170 แม้จะเป็นเงินที่หน่วยงานของรัฐได้รับมา และสามารถนำไปใช้จ่ายในการบริหารงานของหน่วยงานได้ โดยไม่มีข้อผูกพัน จะต้องชำระคืนก็ตาม ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของการรักษาวินัยการเงินการคลังและงบประมาณตามรัฐธรรมนูญด้วย แต่ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. มาตรา 6 ให้นำเงินกู้ไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง มีผลให้เงินที่ได้จากการกู้ ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และ พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 นอกจากนี้ การตราร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ยังจะเป็นการเปิดช่องให้ในอนาคตรัฐบาลสามารถนำเสนอกฎหมายเพื่อโครงการต่างๆ ในทำนองเดียวกันโดยไม่ผ่านกระบวนการงบประมาณปกติอีกต่อไป และส่งผลให้เจตนารมณ์ในการกำกับควบคุมโดยรัฐสภาผ่านกระบวนการงบประมาณไม่ได้ผล

(3) โครงการตามร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการกู้เงินจำนวนถึงสองล้านล้านบาท มีผลผูกพันกับระดับเพดานหนี้สาธารณะ ซึ่งมีภาระชำระหนี้คืนและทำให้เกิดข้อจำกัดการจัดทำงบประมาณรายจ่าย เพื่อลงทุนพัฒนาโครงการที่จำเป็นในอนาคต และเมื่อรวมเงินต้นและดอกเบี้ย ตลอดระยะเวลา 50 ปี มีปัญหาด้านความเสี่ยงทางการเงินที่เกิดขึ้นจากผลกระทบในการรักษาระดับเพดานหนี้ไม่ให้เกินร้อยละ 60 เนื่องจากปัจจัยทางเศรษฐกิจโลกที่ไม่แน่นอนและอัตราดอกเบี้ยที่มีแนวโน้มจะสูงขึ้นในอนาคต ซึ่งเป็นความเสี่ยงต่อการหารายได้มาชดเชยคืนเงินกู้ในอนาคต

(4) ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ไม่ได้มีความจำเป็นเร่งด่วน เนื่องจากเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่เพิ่งเริ่มต้น จึงต้องมีการศึกษาและออกแบบเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต่างๆ ซึ่งโดยปกติจะมีขั้นตอนการพิจารณาในด้านต่างๆ อาทิ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ผลตอบแทนทางเศรษฐกิจ และสังคม ผลกระทบต่อการเมืองระหว่างประเทศ ในส่วนของการกู้หรือการหาแหล่งเงินเพื่อก่อสร้าง ควรพิจารณาดำเนินการเท่าที่จำเป็นและสอดคล้องกับสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินของประเทศ

โปรดดู อภิธาน นันทราทิพย์, ปัญหาวินัยทางการเงินการคลังในการก่อหนี้สาธารณะ : กรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557, วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558, หน้า 76-77

⁶⁸⁵ กฤตธี จันบัวลา, รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีศึกษากฎหมายการเงินการคลัง, วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2558, หน้า 88-89

สร้างภาระผูกพันทางการเงินแก่ประเทศเป็นจำนวนมหาศาลและเป็นระยะเวลายาวนาน โดยไม่มีหลักประกันความเสี่ยงภัยทางการเงินการคลังและระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างเพียงพอ อันเนื่องมาจากเนื้อหารายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติฯ หรือที่เรียกกันว่า “ร่าง พรบ. กู้เงิน 2 ล้านล้านบาท” มีหลักการและเหตุผลเพื่อให้อำนาจกระทรวงการคลังในการระดมเงินกู้จำนวน 2 ล้านล้านบาทเป็นเวลา 7 ปี เพื่อไปสร้างระบบขนส่งทั่วประเทศ การเสนอร่าง พระราชบัญญัติกู้เงินในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งมหึมาที่ผูกพันวงเงินสูงมากเป็นประวัติการณ์อย่างไม่เคยมีปรากฏมาก่อน โดยมีวงเงินเท่ากับร้อยละ 80 ของพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี 2556 และจะเป็นการผูกพันการกู้เงินเกินกว่าระยะเวลาที่เหลือของรัฐบาลชุดนี้ รวมไปถึงอีกเทอมละ 4 ปีของรัฐบาลชุดต่อไป อีก 2 ชุด ส่วนการเบิกจ่ายเพื่อก่อสร้างก็จะยาวนานกว่านี้ เมื่อมีการเบิกถอนเงินกู้ทั้งหมดจะทำให้ประเทศไทยมีหนี้รัฐบาลเพิ่มขึ้นอีกกว่า 1 ใน 3 โดยที่ยังไม่รวมหนี้รัฐบาลอันเนื่องมาจากความเสียหายจากโครงการประชานิยมต่างๆ ผลการกู้เงินตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้ก็จะทำให้รัฐบาลมีภาระหนี้ทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นสูงสุดอีกประมาณ 140,000 ล้านบาทต่อปี โดยมีอายุการเป็นหนี้ 50 ปี⁶⁸⁶ รวมถึงมีการวิเคราะห์ถึงร่างพระราชบัญญัตินี้มีปัญหาเกี่ยวกับ

⁶⁸⁶ รัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ที่บัญญัติหลักการเพื่อพิทักษ์วินัยการเงินการคลังไว้เป็นหมวดหมู่ ในหมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลังและงบประมาณซึ่งไม่เคยมีปรากฏในรัฐธรรมนูญก่อนหน้า เหตุผลที่ต้องมีหมวด 8 ก็เนื่องจากคาดว่าประเทศต่างๆ ในโลกจะประสบปัญหาวิกฤตการเงินการคลังอันเนื่องมาจากวินัยการคลังหละหลวม รัฐบาลใช้จ่ายเพื่อโครงการประชานิยมมากเกินไปส่งผลให้เกิดการขาดดุลการคลังมากขึ้น ภาระหนี้รัฐบาลสูง และยังคงเป็นแหล่งที่มีการทุจริตทำลายหลักคุณธรรม ส่งผลกระทบต่อสังคมและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและระบบการเงินของประเทศต่างๆ ทำให้ประชาชนตกงานและเดือดร้อน ในการร่างรัฐธรรมนูญ 2550 จึงได้มีการบัญญัติหมวด 8 ไว้ เพื่อปกป้องไม่ให้เกิดปัญหาวิกฤตการเงินการคลังในประเทศไทย เนื้อหาสำคัญของหมวด 8 แห่งรัฐธรรมนูญ 2550 มีเพียง 5 มาตรา ตั้งแต่มาตราที่ 166 ถึง 170 แต่ก็มีให้นำหลักปฏิบัติที่ได้อยู่แล้วเป็นส่วนใหญ่ในระบบการคลังของไทยมาแสดงไว้ เพื่อเสริมสร้างหลักธรรมาภิบาล 4 ด้าน คือ ความโปร่งใส (Transparency) การถ่วงดุล (Checks and Balances) และการรักษาความมั่นคงของระบบการคลัง (Fiscal Integrity) แต่ก็ยังให้มีความคล่องตัว (Flexibility) เพื่อสนับสนุนการบริหารราชการของรัฐบาลให้มีความต่อเนื่องและราบรื่น ซึ่งกล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญ 2550 หมวด 8 มีจุดหมายเพื่อพิทักษ์ความโปร่งใส การถ่วงดุลอำนาจและความมั่นคงของระบบการคลัง โดยให้มีความคล่องตัวเพื่อความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดินตามสมควร แต่ร่าง พรบ. ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อการพัฒนาด้านโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ (ร่าง พรบ. กู้เงิน 2 ล้านล้านบาท) ไม่ได้เป็นแต่เฉพาะกฎหมายกู้เงินตามรูปแบบที่เสนอเท่านั้น ที่แท้จริงเป็นกฎหมายให้อำนาจจัดสรรงบประมาณเพื่อผูกพันการใช้จ่ายระยะยาว อนุมัติรายจ่าย จากเงินกู้ รวมทั้งให้อำนาจสั่งจ่ายเงินกู้ในวงเงินที่สูงถึงร้อยละ 80 ของวงเงินงบประมาณ รายจ่ายประจำปี 2556 หรืออีกนัยหนึ่งมีลักษณะเป็น งบประมาณรายจ่าย แต่ไม่ได้ ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 167 และ 168 รัฐธรรมนูญ มาตรา 166 และมาตรา 167 กำหนดให้การอนุมัติงบประมาณรายจ่าย รายแผนงานอยู่ที่รัฐสภา แต่ร่าง พรบ. เงินกู้ 2 ล้านล้านบาท มาตรา 14 และ 15 พร้อมกับบัญญัติท้ายพระราชบัญญัติ ที่แท้จริงมีลักษณะเป็นการรวบอำนาจของกรการคลัง หน่วยงานและอนุมัติงบประมาณรายจ่ายเงิน 2 ล้านล้านบาท จากรัฐสภาอยู่กับคณะรัฐมนตรี ร่าง พรบ. กู้เงินดังกล่าว หากมีผลในทางปฏิบัติได้จริงจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของการมีกรอบวินัยการเงินการคลัง ย่ำยีหลักธรรมาภิบาล บั่นทอนความ โปร่งใสทำลายระบบถ่วงดุล ขัดขวางการตรวจสอบ เป็นการเอื้อให้เกิดการฉ้อราษฎร์ บังหลวง และตอกย้ำให้สังคมมีข้อสงสัยในความ

ความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญในหลายประเด็น ทั้งปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 167 วรรค 3 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 169 และปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 170 ด้วยเหตุผลที่ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย การดำเนินการทางการเงิน การคลัง และงบประมาณในปัจจุบันนอกจากจะเป็นไปตามกฎหมายแล้วยังต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานต่างๆ อันได้แก่ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจและหลักการตรวจสอบถ่วงดุล หลักความยินยอมทางงบประมาณ ซึ่งในการจัดทำงบประมาณโดยหลักแล้วจะกำหนดให้ฝ่ายการเสนองบประมาณประจำปีกระทำโดยฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล และการพิจารณาอนุมัติงบประมาณเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา สำหรับกรณีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. จัดทำขึ้นในรูปของพระราชบัญญัติซึ่งมีกระบวนการจัดทำผ่านรัฐสภา โดยร่างพระราชบัญญัตินี้จะต้องผ่านการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยผ่านรัฐสภา อย่างไรก็ดี แม้กระบวนการจัดทำร่างพระราชบัญญัตินี้จะสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานดังกล่าว แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวมา โดยศาลได้วางหลักการและยืนยันถึงความสำคัญของกรอบวินัยการเงินการคลังไว้ในคำวินิจฉัยนี้ อีกทั้งศาลเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ ขัดต่อหลักการจ่ายเงินแผ่นดินจึงเป็นการขัดต่อกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญและขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 170⁶⁸⁷ จากเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นหลักการตรวจสอบก่อนกฎหมายประกาศใช้บังคับโดยศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักการพื้นฐานต่างๆ มาพิจารณาโดยคำนึงถึงผลกระทบสาธารณะต่อประโยชน์มหาชนเป็นสำคัญ และได้ใช้เป็นเหตุผลในการจัดทำคำวินิจฉัยโดยมุ่งหมายเจตนารมณ์ให้บรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐไม่ที่จะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะดำเนินกิจการใดๆ นอกจากจะต้องเป็นไปตามกระบวนการตามที่กฎหมายบัญญัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

สุจริตของฝ่ายการเมืองมากยิ่งขึ้น ระบบ การเงินการคลังจะมีความเสี่ยงต่อการเข้าสู่วิกฤตได้มากขึ้น สำหรับรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 เงินกู้ เช่นเดียวกับเงินภาษีอากร เมื่อตกอยู่ในมือคลังแล้ว ย่อมเป็นส่วนหนึ่งของเงินของประเทศหรือเป็นเงินแผ่นดิน ที่คลังต้องรับผิดชอบดูแลเงิน เหล่านี้ไม่ต่างจากเงินคลังหรือสินทรัพย์ฯ เนื่องจากร่าง พรบ.กู้เงิน 2 ล้านล้านบาท ไม่อยู่ในกลุ่มกฎหมายการเงินการคลัง 4 ประเภท ตามความในมาตรา 169 การสั่งจ่ายเงิน ตาม มาตรา 6 ร่าง พรบ.กู้เงิน 2 ล้านล้านบาท จึงขัดกับรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 169 ที่ว่าเงินแผ่นดินจะจ่ายออกได้แต่เฉพาะรายการที่อนุญาตในกฎหมาย 4 ประเภท เท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวว่า ร่าง พรบ.กู้เงิน 2 ล้านล้านบาท จึงขัดและแย้งกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ 2550 หมวด 8, โปรดดู พิสิฐ ลี้อาธรรม , ร่าง พรบ.เงินกู้ 2 ล้านล้านบาท: ความขัดแย้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ , วารสารเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัย เชียงใหม่ ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2557) , หน้า 1-20

⁶⁸⁷ อภิญา นันทราทิพย์ , อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 103 , หน้า 80-84

แล้ว พึงต้องดำเนินการเป็นไปโดยสุจริต หลักธรรมาภิบาลและต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการดำเนินการกิจขององค์กรของรัฐ

4.4.1.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี

ด้วยแนวความคิดการใช้อำนาจรัฐในระบบนิติรัฐนั้นจะต้องถูกผูกพันโดยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีจึงถือเป็นหลักประกันในการใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อมิให้ถูกกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม อันถือเป็นหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่อยู่ภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ที่มีความสำคัญและมีขอบเขตกว้างขวางกว่าสิทธิอื่นๆ และจากการทบทวนวรรณกรรมจะเห็นได้ว่า ทั้งหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีและหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อันเป็นหลักการย่อยประการสำคัญของนิติรัฐเป็นแนวความคิดที่สอดรับกันและเกี่ยวข้องกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการผูกพันรัฐกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายของระบบนิติรัฐกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐที่เป็นกลไกหลักในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐทั้งระบบ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ปรับหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีในคำวินิจฉัยต่างๆ โดยปรากฏตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ดังนี้

4.4.1.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4-21/2554 พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 74 ถึงมาตรา 82 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 58 มาตรา 75 มาตรา 81 มาตรา 84 (1) (2) (5) มาตรา 197 มาตรา 198 มาตรา 211 และมาตรา 218 หรือไม่⁶⁸⁸

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในคดีนี้จะเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณามีความเกี่ยวข้องกับบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตราทั้ง

⁶⁸⁸ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 128 ตอนที่ 68 ก วันที่ 16 กันยายน 2554

บทบัญญัติที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค รวมไปถึงบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญ โดยในการกล่าวถึงประเด็นเนื้อหาเฉพาะในส่วนที่สอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยเป็นบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลให้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง ให้มีสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาและมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ให้ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยาน มีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง และมีสิทธิได้รับความคุ้มครองและช่วยเหลือจากรัฐรวมทั้งสิทธิพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมอื่นๆ ตามที่บัญญัติรับรองไว้ จากกรณีการที่ผู้ร้องอ้างว่า พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 74 มาตรา 75 มาตรา 76 มาตรา 77 มาตรา 78 มาตรา 79 มาตรา 80 มาตรา 81 และมาตรา 82 เป็นบทบัญญัติให้สิทธิและอำนาจแก่บสท. ในการบังคับจำหน่ายหรือบังคับจำหน่ายกับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันสำหรับสินทรัพย์ด้อยคุณภาพของลูกหนี้และผู้จำหน่ายหรือผู้จำหน่าย หรือให้อำนาจ บสท. สามารถรับโอนทรัพย์สินนั้นเป็นของบสท. ในราคาไม่น้อยกว่าราคาที่จะพึงได้รับจากการขายทอดตลาดแทนการจำหน่าย หรือบังคับทรัพย์สินจำหน่ายโดยไม่ต้องดำเนินการตามกระบวนการของศาลยุติธรรมในกรณีการบังคับจำหน่ายและขายทอดตลาด ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย หลักนิติธรรม อันเป็นการเอื้ออำนวยให้ บสท. ในฐานะองค์กรของรัฐใช้อำนาจโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ขัดต่อหลักความเสมอภาคเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล อีกทั้งมิได้ให้โอกาสลูกหนี้ได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผยโดยศาล และก้าวล่วงอำนาจตุลาการโดยไม่ดำเนินการตามกระบวนการของศาลยุติธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 ให้ บสท. มีอำนาจบริหารสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ และบังคับจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันของลูกหนี้ที่ บสท. ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องจากสถาบันการเงินมาบริหารเพื่อบังคับชำระหนี้ เป็นวิธีการเฉพาะ เพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ บทบัญญัติของพระราชกำหนดดังกล่าวมิได้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง มาตรา 4 มาตรา 6 และมาตรา 7 ทั้งไม่ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลและหน่วยงานของรัฐไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม และมีได้เป็นเรื่องการใช้อำนาจขององค์กร โดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ หรือเป็นการจำกัดสิทธิ

และเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ เกินความจำเป็นหรือเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือความเสมอภาคในกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามมาตรา 3 วรคสอง มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 30 มิได้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามมาตรา 40 แม้ว่า พระราชกำหนดดังกล่าวจะจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินบางประการ แต่ก็เป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าว เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อแก้ไขปัญหาสิทธิพลเมืองคุณภาพ และการค้างชำระหนี้ของลูกหนี้ของสถาบันการเงินของรัฐและเอกชนที่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและสถาบันการเงินของประเทศ เป็นการดำเนินการเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิใช่เพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ และมีได้เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 และมาตรา 42 อีกทั้งมิได้ตัดสิทธิผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของ บสท. ในการที่จะใช้สิทธิทางศาลฟ้องเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาต่อศาลยุติธรรม อันเป็นการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมจากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้ว มิได้เป็นการขัดต่อแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐด้านกฎหมายและการยุติธรรมหรือแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ และมีได้เป็นการก้าวล่วงอำนาจตุลาการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 58 มาตรา 75 มาตรา 81 มาตรา 84 (1) (2) (5) มาตรา 197 มาตรา 198 มาตรา 211 และมาตรา 218 ตามที่ได้แย้งในคำร้องดังกล่าวแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 74 ถึงมาตรา 82 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 41 มาตรา 42 มาตรา 58 มาตรา 75 มาตรา 81 มาตรา 84 (1) (2) (5) มาตรา 197 มาตรา 198 มาตรา 211 และมาตรา 218

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงหลักการต่างๆ ในทางมหาชนไว้อย่างกว้างขวาง อาทิ หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย หลักนิติธรรม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค หลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการกล่าวถึงหลักการพิจารณาอย่างเปิดเผยอันเป็นหลักในการดำเนินการตามกระบวนการของศาลยุติธรรมอันเป็นสิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาตามหลักการคุ้มครองประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีแก่ประชาชนในอันที่จะได้รับสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักการต่างๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยนี้ล้วนสะท้อนถึงหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา ที่แม้คำวินิจฉัยนี้จะมีได้เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นหมุดหมาย (landmark) ในทางระบบการเมืองที่สำคัญๆ ดังเช่นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่สร้างผลกระทบ (Impact) ในวงกว้างต่อระบบ

การเมืองหรือเป็นคำวินิจฉัยที่สร้างปรากฏการณ์ในทางการเมืองไทย แต่ก็นับได้ว่าจากหลักการต่างๆ ในทางกฎหมายมหาชนที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกมากล่าวไว้ในคำวินิจฉัยนี้จัดเป็นเนื้อหาคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจศึกษาถึงการหยิบยกหลักการย่อยต่างๆ ของหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบ และเนื้อหา กล่าวไว้แทบจะครอบคลุมครบถ้วน

4.4.1.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และ มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่⁶⁸⁹

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาคำวินิจฉัยมีประเด็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรคสอง มาตรา 29 และ มาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่ ประเด็นที่ได้แย้งว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 39 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 39 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการสืบสวน สอบสวน ฟ้องคดี ริบทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา โดยให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศเสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลาง คือ อัยการสูงสุด หรือผู้ซึ่งอัยการสูงสุดมอบหมายเป็นผู้ดำเนินการ โดยคำขอให้ทำตามแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางกำหนด และให้ผู้ประสานงานกลางพิจารณาว่าสมควรจะขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศหรือไม่ ให้ถือว่า คำวินิจฉัยของผู้ประสานงานกลางเป็นยุติ เว้นแต่นายกรัฐมนตรีจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น หน่วยงานผู้ขอต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อประเทศผู้รับคำร้อง ขอในการใช้ข่าวสารหรือพยานหลักฐานตามวัตถุประสงค์ที่ระบุในคำขอ นอกจากนี้ หน่วยงานผู้ขอจะต้องรักษาความลับของข่าวสารหรือพยานหลักฐานที่ขอรับความช่วยเหลือ เว้นแต่ข่าวสารหรือพยานหลักฐานนั้นจำเป็นต่อการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยอันเป็นผลจากการสืบสวน การสอบสวน การฟ้องคดี หรือการดำเนินการ

⁶⁸⁹ ประการศราชกิจงานุเบกษา เล่ม 130 ตอนที่ 59 ก วันที่ 4 กรกฎาคม 2556

อื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาที่ระบุไว้ในคำขอ เห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการในการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศในเรื่องทางอาญา ซึ่งเป็นเรื่องการดำเนินการขององค์กรฝ่ายบริหาร บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ได้ขัดต่อหลักนิติธรรม ทั้งมิได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือประเด็นที่ได้แย้งว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) หรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 เป็นบทบัญญัติที่มีได้กำหนดรายละเอียด ขั้นตอน และกระบวนการเพื่อให้ ได้มาซึ่งพยานหลักฐาน แต่เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้จำเลยต้องถูกผูกมัดตามพยานหลักฐานและเอกสารที่ได้มาจากการสืบพยานของโจทก์ในศาลต่างประเทศที่จำเลยไม่มีโอกาสตรวจหรือรับทราบ พยานหลักฐาน หรือต่อสู้คดีได้อย่างเพียงพอ แม้ว่าการรับฟังพยานหลักฐานของศาลต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 และมาตรา 227/1 ที่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่จำเลยไม่มีโอกาสถามค้านด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานดังกล่าวโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลยก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้เป็นข้อห้ามเด็ดขาด โดยยังเปิดโอกาสให้ศาลนำพยานหลักฐานเช่นนี้ไปใช้ประกอบกับพยานหลักฐานอื่นได้จึงไม่เป็นธรรมแก่จำเลย ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ ไม่ว่าจะ**เป็นสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบ ข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม การได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม การมีโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ และการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ** อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ข้อ 14.3 อันเกี่ยวกับ**สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้า สิทธิที่จะต่อสู้คดีด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้ช่วยเหลือทางกฎหมาย สิทธิที่จะซักถามพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน และสิทธิขอให้เรียกพยานฝ่ายตนมาซักถามภายใต้เงื่อนไขเดียวกับพยานซึ่งเป็นปรปักษ์ต่อตน** พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ทั้งไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 39 ไม่ขัดหรือ

แย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) และพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 40(2) (3) (4) (7)

คำวินิจฉัยในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดีไว้ปรากฏอย่างเด่นชัด โดยยึดโยงกับหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนประกอบกับหลักประกันสิทธิของจำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาตามแนวความคิดของหลักนิติรัฐในทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญาอันเป็นประเด็นหลักที่หลักนิติรัฐเข้ามาดูแลในลักษณะของการผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดและจำกัดการใช้อำนาจ โดยให้ใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นจริงๆ ในอันที่จะก่อผลกระทบต่อบุคคลในทางอาญา⁶⁹⁰ ด้วยเหตุที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นรากฐานประการหนึ่งของสังคมรัฐเป็นส่วนสำคัญในการรักษาสังคมให้เที่ยงธรรม สงบสุข และปลอดภัยด้วยการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ บังคับใช้กฎหมายและคุ้มครองสิทธิประชาชน โดยมีสาระสำคัญทั้งในแง่การคุ้มครองสาธารณะ (protecting the public) การจัดการลงโทษผู้กระทำความผิด (holding people responsible for crimes they have committed) เป็นต้น ซึ่งแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบันได้มุ่งเน้นระบบวิธีพิจารณาคดีที่เน้นความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลและให้สอดคล้องกันเป็นมาตรฐานในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ระบบวิธีพิจารณาคดีจึงมีใช้วิธีการที่สร้างขึ้นเพื่อมุ่งหมายในการที่รัฐจะลงโทษผู้ถูกกล่าวหาแต่เพียงประการเดียวโดยมิได้สนใจต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา หากแต่ระบบวิธีพิจารณาความอาญาได้ผันตัวเองมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งผสมผสานความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตั้งแต่เริ่มการดำเนินคดีจนกระทั่งคดีถึงที่สุด⁶⁹¹ เนื่องด้วยโทษทางอาญาก่อให้เกิดผลกระทบต่ออันลิดรอนสิทธิและเสรีภาพและส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบดังกล่าว ทั้งยังเป็นกรณีที่ผู้ได้รับผลกระทบได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไปซึ่งจัดเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่ได้นำเอาหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญามากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่

⁶⁹⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553) , หน้า 258

⁶⁹¹ อุทัย อาทิวา , หน้าที่ 3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและบทบาทขององค์การสหประชาชาติ เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา , เอกสารประกอบการสอน ชุดวิชา 41717 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , หน้า 5-6

ปรากฏหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญาที่สำคัญในการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีไว้ นอกจากนี้ในคำวินิจฉัยยังได้หยิบยกหลักการของกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ที่ปรากฏบทบัญญัติตามข้อ 14 วรรคสามเกี่ยวกับการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดี อันเป็นหลักประกันสิทธิของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาในการดำเนินคดีอาญานับเป็นหลักประกันขั้นต่ำแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดในการพิจารณาคดีในเรื่องต่างๆ อาทิ สิทธิในการต่อสู้คดี สิทธิในการได้รับการดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความ สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านล่าม สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าและซักถามพยาน กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับการพิจารณาต่อหน้า รวมทั้งการซักถามพยานซึ่งเป็นปรัภักซ์ต่อตน เป็นต้น⁶⁹² โดยองค์การตุลาการเป็นองค์กรสำคัญในกระบวนการค้นหาความจริงโดยอาศัยการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำมาวินิจฉัยชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีโดยเฉพาะในคดีอาญา ศาลจะต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี (based on particular facts-in-issue) และการค้นหาข้อเท็จจริงแห่งคดีตามกฎหมายสมัยใหม่สามารถค้นหาได้จากพยานหลักฐานที่แสดงถึงความมีอยู่ของ

⁶⁹² กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR) ดังนี้ (1) สิทธิที่จะรับทราบข้อหา กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิที่จะได้รับแจ้งสภาพและข้อหาแห่งความผิดที่ถูกกล่าวหาโดยพลัน และโดยละเอียดในภาษาซึ่งบุคคลนั้นเข้าใจได้

(2) สิทธิในการต่อสู้คดี กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิจะต่อสู้คดีอาญาได้อย่างเสมอภาค มีเวลา และได้รับความสะดวกเพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อต่อสู้คดี และสามารถติดต่อกับทนายความได้ตามประสงค์

(3) สิทธิในการได้รับการดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยปราศจากความล่าช้าอย่างไม่เป็นธรรม

(4) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านทนายความ กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านทนายและหากไม่สามารถจัดหาทนายได้ รัฐต้องจัดหาให้โดยไม่คิดมูลค่า

(5) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือด้านล่าม กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือด้านล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากไม่อาจเข้าใจหรือพูดภาษาที่ใช้ในศาลได้

(6) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาต่อหน้าและซักถามพยาน กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิได้รับการพิจารณาต่อหน้ารวมทั้งการซักถามพยานซึ่งเป็นปรัภักซ์ต่อตน นอกจากนี้ตนก็มีสิทธินำพยานฝ่ายตนเพื่อซักถามในศาลได้

(7) สิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ ผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดมีสิทธิที่จะให้การหรือไม่ก็ได้ และไม่ถูกบังคับให้การที่เป็นปรัภักซ์ต่อตนเอง

ข้อเท็จจริงนั้น⁶⁹³ และในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีอาญาของศาล มีหลักกฎหมายสำคัญที่ยึดถือเป็นสากลว่า บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา จะต้องได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย (Presumption of Innocence) และร้อยเรียงหลอมรวมเป็น “หลักนิติรัฐ” ในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกี่ยวกับโทษทางอาญาและความรับผิดทางอาญาที่มีหลักการที่สำคัญ คือ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักการห้ามลงโทษซ้ำ หลักการรับผิดชอบการกระทำของตนที่ควรแก่การดำเนิน หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์ หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ⁶⁹⁴ ซึ่งหลักการพื้นฐานต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นหลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในกระบวนการพิจารณาคดีในกระบวนการยุติธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนในการอำนวยความเป็นธรรมแก่ประชาชน

4.4.1.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

จากการพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 กำหนดรายละเอียดของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้หลายมาตรา โดยที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ หากแต่เพียงกำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะรายละเอียดนั้น ได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว อีกทั้งหากมีการบัญญัติรายละเอียดไว้ในรัฐธรรมนูญจะทำให้มีการปรับปรุงเพื่อเพิ่มสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมกระทำได้ยาก นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฯ ยังได้เพิ่มหลักการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) ไว้ โดยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมเป็นหนึ่งในหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 39 และมาตรา 40⁶⁹⁵ รัฐธรรมนูญจึง

⁶⁹³ ไกรพล อรัญรัตน์ , ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่อการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีอาญา , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 31 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2556 , หน้า 114

⁶⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ , “หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560 , หน้า 99

⁶⁹⁵ มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ได้รับรองเป็นหลักประกันสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้ โดยหากปราศจากหลักกระบวนการยุติธรรมที่ดีและเป็นธรรมเป็นแนวปฏิบัติในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพแล้ว บทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประการต่างๆ ก็ยากที่จะบังเกิดผลตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญได้ กระบวนการยุติธรรมเพื่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมีความสำคัญในฐานะเป็นหลักประกันว่าสิทธิมนุษยชน ตลอดจนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลและสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนุญให้ความคุ้มครองนั้น จะได้รับการปฏิบัติที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนุญตามมาตรฐานสากล โดยครอบคลุมตั้งแต่เมื่อเริ่มต้นจะกล่าวหาต่อบุคคลว่าล่วงละเมิดต่อกฎหมายจนผ่านกระบวนการดำเนินคดีที่จะเป็นหลักประกันว่าบุคคลนั้นจะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม⁶⁹⁶ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นไปตามหลักเกณฑ์สากลของสหรัฐอเมริกาอาทิ หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย สิทธิในการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ เป็นต้น โดยกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สากลระหว่าง

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมีได้
มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

- (1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง
- (2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง
- (3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม
- (4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
- (5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ
- (7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว
- (8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ

⁶⁹⁶ สุชาติ ธรรมาทัททักกุล , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน : มุมมองจากกระบวนการยุติธรรมของไทย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) รายงานการอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษาสำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ , หน้า 5

ประเทศและหลักกฎหมายในต่างประเทศอันถือเป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งต่อการบริหารงานยุติธรรมทางอาญาที่มุ่งเน้นให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁶⁹⁷ และดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์ ที่นับว่าเป็นหลักการสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีอาญาของศาล แนวความคิดอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการผูกพันรัฐกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายของระบบนิติรัฐกับกระบวนการยุติธรรมของรัฐอันเป็นกลไกหลักในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐทั้งระบบ โดยปรากฏศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมต่างๆ ซึ่งรวมไปถึงหลักสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) มาใช้ในคำวินิจฉัยหลายคดี ซึ่งจะขอหยิบยกบางแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมานำเสนอเป็นตัวอย่าง ดังนี้

4.4.1.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่⁶⁹⁸

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 236 ใดบัญญัติเป็นหลักประกันสิทธิของคุณความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล โดยการนั่งพิจารณาคดีต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะและผู้ทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีต้องเป็นผู้ที่นั่งพิจารณาคดีนั้น ผู้ที่มีเดิมนั่งพิจารณาคดีเป็นองคณะไม่อาจทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยได้เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เมื่อพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสามในส่วนที่บัญญัติให้คดีที่ศาลจังหวัดทหาร (ซึ่งเป็นศาลชั้นต้น) ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาใดตามอำนาจที่ระบุไว้โดยกฎหมายแล้ว หากจะพิพากษาคดีลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ต้องทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษา แล้วแต่กรณีเป็นศาลที่ทำคำพิพากษา โดยที่ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพมิได้ดำเนินการออกนั่งพิจารณาคดีมาแต่แรกเริ่มแต่ประการใด ประกอบกับมิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติถึงเหตุสุดวิสัย หรือเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ ขัดต่อหลักการประกันของคุณความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ

⁶⁹⁷ วิรัช ชินวินิจกุล , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 , หน้า 180-185

⁶⁹⁸ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 121 ตอนที่ 19 ก วันที่ 22 มีนาคม 2547

ศาล โดยการนั่งพิจารณาคดีต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะและผู้ทำคำพิพากษาหรือทำคำวินิจฉัยคดีต้องเป็นผู้ที่นั่งพิจารณาคดีนั้น จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 236 ใช้บังคับไม่ได้ และรัฐสภาจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

คำวินิจฉัยในคดีนี้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งนับเป็นการวางรากฐานของการกำหนดรายละเอียดของหลักการประกันสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลซึ่งจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการของหลักประกันสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลครอบคลุมผูกพันศาลทุกศาลที่เป็นองค์กรตุลาการ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญเอง ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง รวมทั้งศาลทหารที่ต้องให้ความเคารพต่อหลักการเดียวกัน อันเป็นสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 โดยที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองวางหลักประกันสิทธิในกระบวนการยุติธรรมไว้เช่นเดียวกันโดยวางกรอบของกฎหมายให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ประกาศรับรองสิทธิของผู้เสียหายในคดีอาญา โดยได้ประกาศปฏิญญานี้เมื่อ ค.ศ. 1985 เพื่อกำหนดหลักการที่เจ้าหน้าที่พึงปฏิบัติต่อผู้เสียหายในคดีอาญานับแต่เริ่มดำเนินคดี กระบวนวิธีพิจารณาโดยศาล จนถึงการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำ โดยการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทั้งในส่วนของการตำรวจ อัยการ ทนายความ ศาล และราชทัณฑ์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายเพื่อให้เกิดความถ่วงดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำความผิดกับสิทธิของผู้เสียหายอย่างแท้จริง โดยกำหนดสิทธิของผู้เสียหายที่ต้องได้รับการคุ้มครองประกอบด้วย (1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to justice and fair treatment) (2) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด (Restitution) (3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation) (4) การให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อ (Assistance)⁶⁹⁹ ทั้งนี้ ตามกระบวนการวิธีพิจารณาในกระบวนการยุติธรรมแต่ละขั้นตอน อาทิ ไม่ว่าจะเป็นการจับกุม ตรวจค้น สอบสวน การฟ้องคดีต่อศาล กฎหมายจะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างกว้างขวาง ซึ่งหมายรวมไปถึงกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยศาล จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญรวมไปถึงกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะต้องวางกรอบกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลายไว้ให้เหมาะสมเพื่อมิให้ผู้บริสุทธิ์ต้องถูกลงโทษ หรือแม้ผู้กระทำนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน แต่ก็มีแนวความคิดที่ว่าด้วยกระบวนการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดนั้น

⁶⁹⁹ สุรศักดิ์ ตรีรัตน์ตระกูล , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยกระบวนการยุติธรรม , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) รายงานการอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษาศึกษาสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 13-14

จะต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรม ไม่ทารุณโหดร้ายหรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งโดยหลักแล้วในการใช้บังคับกฎหมายจะต้องรักษาสมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการลงโทษผู้กระทำความผิด (Crime Control) กับหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process of Law) โดยรัฐต้องมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาเป็นหลักและบัญญัติให้อำนาจของเจ้าหน้าที่เป็นข้อยกเว้น⁷⁰⁰ หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นไปโดยคำนึงถึงหลักการประกันสิทธิของประชาชน ตลอดจนสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่จะได้รับการปกป้องสิทธิมิให้ถูกล่วงละเมิดต่อเสรีภาพในร่างกาย เคหสถานและในกรณีอื่นโดยไม่จำเป็นหรือไม่มีเหตุอันสมควรจากการใช้อำนาจในการค้นหาความจริงของเจ้าพนักงานและศาลดังกล่าว อีกทั้งยังได้รับการประกันสิทธิที่จะไม่ได้รับปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรมอีกด้วย⁷⁰¹ ประเทศไทยได้รับเอาหลักการพื้นฐานจากกฎบัตรสหประชาชาติปฏิญญา และสนธิสัญญาต่างๆ ที่เป็นสาระสำคัญเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ สิทธิในกระบวนการยุติธรรมนอกจากจะมุ่งเน้นสิทธิของจำเลยหรือผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาแล้ว ยังปรากฏหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ

ทั้งนี้ เห็นได้ว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทยปัจจุบันมีการพัฒนาเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติให้รัฐต้องดำเนินการตามนโยบายด้านกฎหมายและการยุติธรรมไว้ในมาตรา 81 เช่น รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรมและทั่วถึงจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นใน กระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ รวมถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พ้นจากการล่วงละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และต้องอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น การอำนวยความสะดวกยุติธรรมภายใต้ระบบการดำเนินคดีอาญานั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยให้มีศักยภาพในการต่อสู้คดี เพื่อให้ได้รับความเสมอภาคและคามยุติธรรมตามครรลองของกฎหมายไว้ในมาตรา 39 และมาตรา 40 หลายประการ อาทิ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ สิทธิพื้นฐานในกระบวนการที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย และได้รับการพิจารณาคดีอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ รวมถึงการได้รับความช่วยเหลือจากทนายความ และ

⁷⁰⁰ กัทรวิทย์ อบสุวรรณ , การทำแผนประทุษกรรมประกอบคำรับสารภาพในระบบกฎหมายไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550, หน้า 12

⁷⁰¹ ณรงค์ ใจหาญ , หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน , 2543) , หน้า 19-20

การได้รับโอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ ฯลฯ การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อจะลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นเปิดโอกาสให้กับผู้ต้องหาหรือจำเลยได้พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองด้วย การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้มีประสิทธิภาพนอกจากจะเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมแล้ว ขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิ ของผู้ต้องหา และจำเลยในระหว่างขั้นตอนของการดำเนินคดีอีกด้วย เพราะบุคคลทุกคนย่อมมีความเสมอภาคและสมควรได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย⁷⁰² โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดหรือหลักข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ไว้หลายกรณี

4.4.1.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 คดีที่ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่⁷⁰³

คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสองนี้ เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 11 ที่ว่า “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคล

⁷⁰² ซีฟ จุลมนต์ , สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรณีสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐโดยการจัดหาทนายความช่วยเหลือทางคดี , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 “ ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ” (กรุงเทพฯ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557) , หน้า 117-120

⁷⁰³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 129 ตอนที่ 97 ก วันที่ 10 ตุลาคม 2555

ทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญาเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ และระดับระหว่างประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกมีพันธกรณีอยู่ด้วยสำหรับพระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเสนอขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้บริโภคโดยตรง ณ ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของบุคคลอื่น หรือสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านผู้จำหน่ายอิสระหรือตัวแทนชายตรง ทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่ไม่อาจตัดสินใจตกลงซื้อสินค้าหรือรับบริการได้อย่างอิสระและรอบคอบ นอกจากนี้ ยังมีการประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค ซึ่งสินค้าหรือบริการดังกล่าวอาจไม่ตรงกับคำกล่าวอ้างตามที่ได้โฆษณาไว้ อีกทั้งการทำตลาดชายตรงและตลาดแบบตรง ในปัจจุบันได้มีการใช้วิธีการชักชวนและจัดให้ประชาชนทั่วไปเข้าร่วมเป็นเครือข่ายในธุรกิจโดยตกลงจะให้ผลประโยชน์ตอบแทนจากการหาผู้เข้าร่วมเครือข่าย ซึ่งคำนวณจากจำนวนผู้เข้าร่วมเครือข่ายที่เพิ่มขึ้น อันมีลักษณะเป็นการหลอกลวงประชาชน ทำให้ประชาชนโดยทั่วไปในฐานะผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม จึงมีบทกำหนดโทษในมาตรา 54 ว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เห็นว่า พระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตาม

พระราชบัญญัตินี้และจำเป็นเป็นการจัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย เป็น การผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 5 คน คือ นายสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ นายจรูญ ภักดีธนากุล นายเฉลิมพล เอกอุรุ นายซัช ชลวร และนายบุญส่ง กุลบุปผา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้บรรดากรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 คน คือ นายจรูญ อินทจาร นายนุรักษ์ มาประณีต นายสุพจน์ ไข่มุกด์ และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) และมาตรา 30 อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใด ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยไม่ปรากฏว่ามีภาระการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆ หรือไม่ อีกต่อไป

คำวินิจฉัยในคดีนี้เป็นคำวินิจฉัยที่จัดได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญ (landmark) ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ที่กล่าวถึงหลักสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ไว้อย่างชัดเจน และสร้างผลผูกพันบังคับเด็ดขาดต่อเนื่องถึงบทบัญญัติทางกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทสันนิษฐานในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติชายตรงๆ ที่ต้องมีการแก้ไขให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้⁷⁰⁴ นอกจากนี้ ได้ปรากฏความเห็นหมายเหตุท้ายคำวินิจฉัยประการหนึ่งว่า คำวินิจฉัยนี้น่าจะเป็นคำวินิจฉัยแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยอ้างอิงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights - UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติและมีผลผูกพันประเทศไทยนับแต่วันที่ 30 มกราคม 2540 เป็นเหตุผลประกอบข้อวินิจฉัยว่า มาตรา 54 พระราชบัญญัติชายตรงๆ ขัดต่อหลักนิติธรรมและรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง แต่ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยโดยตรงว่า มาตรา 54 ขัดต่อ “สิทธิมนุษยชน” ตามปฏิญญาและกติการะหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งกรณีเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อเป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 (2) เท่านั้น⁷⁰⁵ ดังจะเห็นได้ว่า โลกตะวันตกได้ยอมรับหลักที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาใน

⁷⁰⁴ สืบเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ว่า พ.ร.บ.ชายตรงและตลาดชายตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง เฉพาะส่วนสันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องได้รับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำผิดของนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการทำความผิดของนิติบุคคล เป็นอันบังคับใช้ไม่ได้ คือเป็นการรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการทำงานทั้งฝ่ายวิชาการและฝ่ายปฏิบัติที่ต้องเป็นไปตามวิถีทางเดียวกันเพื่อประโยชน์ของประเทศ โดยนายกำชัย จงจักรพันธ์ กรรมการปฏิรูปกฎหมาย กล่าวว่า หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ในมาตรา 54 ของ พ.ร.บ.ชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากในมาตราดังกล่าวมีข้อความที่บัญญัติว่า ให้สันนิษฐานตั้งแต่แรกว่าผู้แทนนิติบุคคลต้องรับโทษทางอาญา และมีหน้าที่พิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตัวเอง เป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีความผิดนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความเห็นออกมาเช่นนี้ก็ควรนำมาเป็นบรรทัดฐาน และก่อนอื่นต้องมีการบอกกล่าวให้กับประชาชนรับทราบ แต่ในฐานะเป็นกรรมการปฏิรูปกฎหมายและเป็นนักกฎหมายก็ได้ศึกษา และเห็นว่ามีความหมายกว่า 90 ฉบับที่อาจเข้าข่ายขัดรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับ พ.ร.บ.ชายตรงๆ นี้ ซึ่งเป็นหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะต้องไปแก้ไขให้สอดคล้องตามคำวินิจฉัย เพื่อไม่ให้เกิดปัญหา แต่หากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่สนใจดำเนินการแก้ไขก็ควรที่จะพิจารณาตัวเองว่าสมควรที่จะจะอยู่ต่อไปหรือไม่, โปรตดู กำชัย จงจักรพันธ์, จีรื้อ กม.กว่า 90 ฉบับให้สอดคล้องคำวินิจฉัย พ.ร.บ.ชายตรงๆ ของศาล รธน., การเสวนาทางวิชาการเรื่อง “หลักนิติธรรม : กรณีกฎหมายสันนิษฐานความผิดทางอาญา” เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2555 ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://mgronline.com/politics/detail/9550000056797>

⁷⁰⁵ ณรงค์เดช สุรโฆษิต, หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>

คดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ที่ราบเท่าที่ยังไม่มีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยืนยันโดยปราศจากข้อสงสัยอันสมควร (Beyond Reasonable Doubt) ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง⁷⁰⁶ และจากข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาวินิจฉัยถึงหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์มาใช้เป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาตัดสินเป็นเจตนากรณีในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ตกเป็นจำเลยในคดีอาญา นับเป็นการหยิบยกหลักการดังกล่าวที่เป็นหลักสากลซึ่งได้รับการเคารพและปฏิบัติตามเรื่อยมาในการตัดสินชี้ขาดคดีของศาลในประเทศไทย โดยจากข้อเท็จจริงปรากฏมีบทบัญญัติในกฎหมายหลายฉบับที่แย้งกับหลักการดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งปรากฏข้อสังเกตพบว่า กฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะที่รัฐให้ความสำคัญเป็นพิเศษมักจะมีบทบัญญัติที่กำหนดข้อสันนิษฐานว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิด เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้รู้เห็นหรือยินยอมในการกระทำความผิด กล่าว หมายความว่า แม้ว่าจะไม่มีผู้บริหารคนใดลงมือกระทำความผิด แต่มีการกระทำอันถือได้ว่าเป็นความผิดของนิติบุคคลขึ้น ผู้แทนนิติบุคคลที่ไม่ได้ลงมือกระทำความผิดก็ต้องถูกสันนิษฐานให้ต้องรับผิดชอบได้ อาทิเช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า⁷⁰⁷ และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า

⁷⁰⁶ ข้อสันนิษฐานว่าจำเลยหรือผู้ต้องหาในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนานภายใต้ระบบกฎหมายแองโกลอเมริกัน (Anglo-American law) และระบบกฎหมายยุโรป (European Union law) แต่ความหมายและการนำมาใช้ในการพิจารณาคดียังคงมีความคลุมเครือ ต่อมาข้อสันนิษฐานนี้ได้วางรากฐานขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1895 โดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ในคดี Coffin v. United States และในการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยอันสมควร (Beyond Reasonable Doubt) เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลหรือคณะลูกขุน (ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย) ที่มีต่อพยานหลักฐานทั้งหมดในคดี ซึ่งไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนตายตัว ดังนั้นการให้คำจำกัดความจึงกระทำได้โดยยาก นอกจากนี้นักวิชาการต่างประเทศหลายท่านให้ความเห็นว่ามาตรฐานในการพิสูจน์คือเพียงแค่ปราศจากความสงสัยอันสมควร (Beyond Reasonable Doubt) ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่าปราศจากความสงสัยทั้งหมดที่มี (Beyond All Possible Doubt) , โปรดดูเชิงอรรถอ้างอิงใน กิตติยา พุกษารุ่งเรือง , บทบาทในฐานะพระอาจารย์ของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ : ตอนสอนงานเรื่องกฎหมายลักษณะพยาน , วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559) , หน้า 8

⁷⁰⁷ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 74 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่า กรรมการ หรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำ ผิดกับนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การกระทำ ของนิติบุคคลนั้น ได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือ ยินยอมด้วย”

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 72 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้ถือว่า กรรมการหรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับ นิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 59 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นนิติบุคคลนั้น กรรมการหรือผู้จัดการ หรือ ผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนิน การของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมาย กำหนดสำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำ โดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย” พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการ ดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น ต้องรับโทษ

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันคือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556⁷⁰⁸ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2556 ซึ่งวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 78 ขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสองด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานที่น่าจะให้ความมั่นใจได้ว่า หากบุคคลใดประสงค์ที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่มีข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคลที่กล่าวข้างต้น ก็จะได้รับคำวินิจฉัยในทิศทางเดียวกัน⁷⁰⁹ รวมไปถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2556⁷¹⁰ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556⁷¹¹ ซึ่งจัดว่าเป็นแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาของจำเลยก่อน อันเป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โดยสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่าจำเลยกระทำความผิด อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย จึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญา โดยอาศัยสถานะบุคคลเป็นเงื่อนไขให้รับผิดทางอาญามีใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อ⁷¹² ซึ่งโดยสรุปแล้ว ข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์เป็น

ตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้น ได้กระทำโดย ตนเองมิได้รู้เห็นหรือยินยอมหรือตน ได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว”

⁷⁰⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556 ความสรุปว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 74 เฉพาะในส่วน ที่สันนิษฐานให้กรรมการหรือผู้จัดการทุกคนของ นิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลนั้น โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการ กระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น มีปัญหาความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง , โปรตดู ภุทธิยา เทพขจร , ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล , สืบค้นจากเว็บไซต์

http://203.114.122.85/download/Journals/ebook56_2-10.pdf

⁷⁰⁹ วิภาณันท์ ประสบปลื้ม , ข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ , เผยแพร่ในคอลัมน์ หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจออนไลน์เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2559 สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/638417>

⁷¹⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2556 กรณีพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

⁷¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556 กรณีพระราชบัญญัติปุ๋ย พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

⁷¹² นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2559 เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 25 57 มาตรา 4 และ 5 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไปในลักษณะทำนองเดียวกัน โดยในคำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

หลักการที่ได้รับการเคารพและปฏิบัติตามต่อเนื่องสืบมาจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ แม้ว่าภาระการพิสูจน์ความผิดควรจะต้องตกแก่ผู้เป็นโจทก์ แต่ผู้แทนนิติบุคคลที่ไม่ได้รู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่ถือเป็นความผิดของนิติบุคคล ก็ยังคงต้องแสดงให้เห็นถึงความบริสุทธิ์ของตนด้วยเท่าที่จะสามารถทำได้ ประเด็นว่าศาลไทยจะเห็นว่าผู้แทนนิติบุคคลจะต้องรับผิดชอบหรือไม่จากพยานหลักฐานเป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ซึ่งโดยหลักในคดีอาญาโจทก์ก็ควรจะต้องพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัย โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเรื่องข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมาใช้ในการวินิจฉัยคดีสืบเนื่องมา ทั้งนี้ จากการพิจารณาหลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีและหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมซึ่งนับเป็นเนื้อหาของแนวความคิดการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในกระบวนการยุติธรรมจะเห็นได้ว่า การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมตามระบบของศาลประเทศไทยนั้นพบว่า มิได้ปรากฏอยู่แต่เฉพาะในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่คงปรากฏอยู่ในระบบศาลอื่นด้วย โดยแต่ละองค์กรศาลต่างมีบทบาทและภารกิจในการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรมที่แตกต่างกันออกไปตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย⁷¹³

จากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะพบว่า การหยิบยกหลักการย่อยของหลักนิติรัฐมาใช้เป็นเหตุผลในการจัดทำคำวินิจฉัยทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหานั้น เนื่องจากด้วยหลักการบางประการเป็นหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้นำมาใช้ในกระบวนการวิธีพิจารณาและเป็นหลักการในการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นหลักการอันเป็นสากลที่ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นหลักพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้หยิบยกหลักการพื้นฐานที่ได้รับการวางหลักและพัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยการใช้กฎหมายและการตีความโดยศาลเพื่อครอบคลุมถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประการต่างๆ ให้เป็นไปอย่างกว้างขวาง และจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

เพิ่มเติมว่า มิใช่เพียงแต่การสันนิษฐานให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลเท่านั้น แต่ได้สันนิษฐานให้เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับ “บุคคลใดก็ตาม” ที่กระทำผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่นิติบุคคลด้วย ซึ่งเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาที่กว้างยิ่งกว่าการสันนิษฐานให้ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลเสียอีก ทั้งยังเป็นการสันนิษฐานความผิดของบุคคลดังกล่าวโดยไม่มีความเกี่ยวพันกันอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรม (Rational Connection) ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) กับข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐาน (Presumed Fact) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐานอีกประการหนึ่งด้วย , โปรดดู สุวิวัฒน์ เจนวิชชวงศ์ , คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2558) หน้า 285-286

⁷¹³ ศีรวรรณ ดำเนินชาญวนิชย์ ทรงเมตตา , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญต่อการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 52 เดือนมกราคม-เมษายน 2559 , หน้า 260 และ 266-267

ได้มีการกล่าวถึงหลักนิติธรรมอันเป็นหลักการใช้กฎหมายและความยุติธรรมที่รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องยึดถือในการปฏิบัติหน้าที่และบริหารราชการแผ่นดินเพื่อให้ได้ชื่อว่าเป็นนิติรัฐ (Legal State)⁷¹⁴ เพื่อกำกับการตีความกฎหมายโดยเฉพาะการตีความและบังคับใช้กฎหมายโดยศาลนอกจากจะพิจารณาตามตัวบทกฎหมายที่เป็นตัวอักษรแล้ว ต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายควบคู่กันไป ทั้งรัฐธรรมนูญและยังรวมถึงกฎหมายอื่นๆ ให้สอดคล้องกับความยุติธรรม และใช้บังคับกฎหมายโดยยึดถือไว้ซึ่งเจตจำนงสูงสุดคือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การวางรากฐานของหลักความยุติธรรมในทำนองนี้ จำเป็นอย่างยิ่งที่ทุกองคาพยพของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการต้องเป็นองค์กรหลักในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในการสร้างผลิตผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบบรรดาการใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร และหยิบยกบรรดาหลักการแนวความคิดต่างๆ อันเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐมาปรับใช้ให้เป็นรูปธรรม อาทิ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมไปถึงหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ มาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยซึ่งหลักการดังกล่าวนั้นในทางทฤษฎีจัดเป็นหลักการของนิติรัฐในเชิงเนื้อหา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีคำวินิจฉัยวางบรรทัดฐานรับรองหลักการต่างๆ ของนิติรัฐในเชิงเนื้อหาผ่านแนวคำวินิจฉัยซึ่งจะนำเสนอตัวอย่างไว้ในลำดับต่อไป

4.4.2 นิติรัฐในเชิงเนื้อหา

จากการศึกษาแนวความคิดของรัฐที่มีการปกครองโดยนิติรัฐในทางเนื้อหาอันเรียกร้องให้กฎหมายที่รัฐตราขึ้นเพื่อใช้บังคับกับประชาชน จะต้องมีความชัดเจนแน่นอนอย่างเพียงพอเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าใจและปฏิบัติตามได้ รวมทั้งจะต้องมีการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อระบบกฎหมาย แนวความคิดดังกล่าวได้รับการพัฒนาและยอมรับอย่างสูง โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสอันเป็นหลักการจำกัดและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้วางหลักการต่างๆ ของนิติรัฐในทางเนื้อหาให้ปรากฏเด่นชัดและรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็ได้รับรองหลักการต่างๆ ในลักษณะเดียวกัน และครอบคลุมถึงสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ มากยิ่งขึ้นอันเป็นการปรับตัวขององค์กรศาลในการรับรองและสร้างประกันแก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับการคุ้มครองจากบรรดาการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงให้มีความสมบูรณ์โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับ

⁷¹⁴ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม , ความหมายของหลักนิติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 16 เล่มที่ 48 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2557 , หน้า 75

หลักการย่อยของนิติรัฐในเชิงเนื้อหาประกอบไปด้วย ดังตัวอย่างของแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการดังต่อไปนี้

4.4.2.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเสมอภาค

นับแต่ปี พ.ศ. 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 การประกาศใช้รัฐธรรมนูญปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะหนึ่งเป็นรัฐธรรมนูญมุ่งใช้บังคับเป็นการถาวรโดยยกกร่าอย่างเป็นระบบ กับอีกลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญมุ่งใช้บังคับเป็นการชั่วคราว เรียกว่า รัฐธรรมนูญการปกครองประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นประชาธิปไตยและได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคไว้รวม 12 ฉบับ⁷¹⁵ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ผูกพันองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะองค์กรฝ่ายตุลาการต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐต้องจัดให้ประชาชนได้รับความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกันในการฟ้องศาล การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อหน้าศาล และการใช้กฎหมายโดยศาลอันเป็นความผูกพันต่อการรับรองและการคุ้มครองหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก่ประชาชน เพื่อให้หลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองประชาชนไว้นั้นมีผลเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวคำวินิจฉัยให้การรับรองและให้การคุ้มครองหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้



⁷¹⁵ (1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 (มาตรา 14) (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 (มาตรา 12) (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2489 (มาตรา 12) (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 (มาตรา 21) (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 (มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 36 และมาตรา 40) (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 (มาตรา 12) (7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 (มาตรา 24 และมาตรา 25) (8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 (มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 41 และมาตรา 46) (9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 (มาตรา 23) (10) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (มาตรา 25) (11) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (มาตรา 5 และมาตรา 30) (12) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 30 และมาตรา 31) , โปรตดู สิทธิพร เสาภา ยน , ความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เล่มที่ 42 เดือนกันยายน – ธันวาคม 2555 , หน้า 71-76

4.4.2.1.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของ รัฐสภาเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ที่มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้นมีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 หรือไม่⁷¹⁶

ศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยสรุปคือ พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่ ข้อที่ต้องพิจารณามีว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคลฯ นั้น มีความหมายในลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น หรือเป็นการให้ สิทธิแก่หญิงมีสามีสามารถใช้ชื่อสกุลของสามีได้ พิจารณาแล้วเห็นว่า ถ้อยคำที่เป็นสาระสำคัญของ มาตรา 12 คือ คำว่า “ให้ใช้” ซึ่งมีลักษณะเป็นบทบังคับโดยชัดแจ้ง เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 มี ลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อ สกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันเกิดความไม่เสมอภาคกันทางกฎหมาย ด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น ธรรม เนื่องจากการบังคับให้หญิงมีสามีใช้ชื่อสกุลของสามีเพียงฝ่ายเดียวโดยใช้สถานะการสมรสนั้น มิได้เป็นเหตุผลในเรื่องความแตกต่างทางกายภาพ หรือภาระหน้าที่ระหว่างชายและหญิงที่มีผลมาจาก ความแตกต่างทางเพศ จนทำให้ต้องมีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 6

คำวินิจฉัยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักความเสมอภาคอันเป็น หลักการพื้นฐานตามระบบกฎหมายไทยภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยนี้ นับเป็นอีกคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องของ การรับรองหลักความเสมอภาคที่มักถูกนำไปใช้ในการอ้างอิงในทางวิชาการโดยตลอดมา ทั้งนี้ การ วางหลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของ บุคคลและเพศ ความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายในกรณีนี้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สำคัญ อยู่ 2 เรื่อง⁷¹⁷ คือ คำวินิจฉัยนี้ และคำวินิจฉัยที่ 48/2545 อันเป็นคำวินิจฉัยกรณีการยื่นรายการและ

⁷¹⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 121 ตอนที่ 17 ก วันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2547

⁷¹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์ , หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์

การเสียภาษีของสามีและภรรยา⁷¹⁸ ซึ่งอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งต่อมาตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 29 และมาตรา 30 โดยมีเนื้อหาเช่นเดียวกัน โดยความสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักความเสมอภาคคือ เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจ การกระทำของรัฐที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดโดยเฉพาะรัฐจะต้องสามารถให้คำอธิบายอันสมเหตุสมผลได้ว่า เพราะเหตุใดจึงดำเนินการเช่นนั้น หากเหตุผลที่ให้ไม่สามารถรับฟังได้ อาจแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐกำลังใช้ อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลด้วยความไม่เป็นธรรม⁷¹⁹

4.4.2.1.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 หรือไม่⁷²⁰

ศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยสรุปคือ ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยให้ทุกคนมีความเสมอภาคกันในกฎหมายซึ่งถือเป็นหลักความเสมอภาคและห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่น กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ เว้นแต่จะเป็นการจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาล โดยให้ผู้สมัครต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด และผู้ที่มีสัญชาติไทยแต่มีบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย

⁷¹⁸ หมายเหตุผู้วิจัย จะนำเสนอรายละเอียดเนื้อหาของคำวินิจฉัยที่ 48/2545 ไว้ในเนื้อหาภายในหัวข้อ 4.4.2.1.3 ต่อไป

⁷¹⁹ อภิวัฒน์ สุตสาว , หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , จุลนิติ ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - กุมภาพันธ์ 2554 , หน้า 145

⁷²⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 121 ตอนที่ 51 ก วันที่ 16 สิงหาคม 2547

ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีคุณสมบัติทางการศึกษาเพิ่มขึ้น อันเป็นเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นตามเชื้อชาติของบุคคล เป็นการกำหนดคุณสมบัติแตกต่างกับผู้สมัครที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิด ทำให้ไม่เสมอกันในกฎหมาย และเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 มาตรา 20 (1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่ กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย” มีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้

วินิจฉัยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 โดยวางหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องเชื้อชาติและจัดเป็นอีกหนึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับการกล่าวอ้างในทาง วิชาการถึงหลักความเสมอภาคกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งภายหลังจากการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ก็ได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในเนื้อหาบทบัญญัติมาตรา 30 เฉก เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งปรากฏตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่สำคัญในการรับรองถึงหลักความเสมอภาคไว้ว่าที่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554 กรณีเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลที่เป็น ข้าราชการฝ่ายอื่น อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม⁷²¹ และ

⁷²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554 (การกำหนดอัตราเงินและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช.) ร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ..) พ.ศ. มาตรา 64 กำหนดให้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งมีฐานะเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสำนักงาน ป.ป.ช. เป็นผู้มีอำนาจกำหนดและจัดทำบัญชี อัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. โดยใน ส่วนข้าราชการประเภทอื่นให้นำบัญชีอัตรา เงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนมาใช้บังคับโดยอนุโลม และในส่วนข้าราชการใน สาขากระบวนกรยุติธรรมมีอัตราไม่สูงกว่าบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการอัยการได้โดยไม่ต้องได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา นั้น มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. และข้าราชการฝ่ายอื่น นอกจากนี้ การกำหนดตำแหน่งหรือคุณสมบัติต่างๆ ของ ข้าราชการในสาขากระบวนกรยุติธรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานแห่ง การกำหนดบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งไว้ในร่างมาตรา 63 ที่ให้เพิ่มความเป็นมาตรา 110/1 วรรคหนึ่ง ว่า “ใน การกำหนดตำแหน่งข้าราชการสำนักงาน ป.ป.ช. ให้ดำรงตำแหน่งในสาขากระบวนกรยุติธรรมนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีพื้นความรู้ใน ระดับเนติบัณฑิต หรือเป็นผู้สำเร็จปริญญาทางกฎหมาย และเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ในการไต่สวนและวินิจฉัยคดี หรือ การให้ความเห็นทางกฎหมาย ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ประกาศกำหนด” ก็เป็นเพียงการกำหนด คุณสมบัติอย่างกว้างเท่านั้น เมื่อไม่ปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้มีข้อความใดกำหนดให้ข้าราชการในสาขา กระบวนกรยุติธรรม มีความแตกต่างจากข้าราชการฝ่ายอื่น หรือมีคุณสมบัติทำนองเดียวกันกับพนักงานอัยการ จึงมีความ แตกต่างกันในสาระสำคัญ ดังนั้น ร่างมาตรา 64 จึงไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 251 วรรคสาม ประกอบมาตรา 202 และ

คำวินิจฉัยที่สำคัญอื่นๆ ซึ่งจะนำเสนอตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่รับรองหลักความเสมอภาคตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ในลำดับต่อไป

4.4.2.1.3 คำวินิจฉัยที่ 17/2555 ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) เป็นบทบัญญัติที่จำแนกเงินได้พึงประเมินออกเป็นประเภทต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ส่วนมาตรา 57 ตี ให้การเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยาที่อยู่ร่วมกันตลอดปีที่ล่วงมาแล้ว ให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี แต่เมื่อมีภาษีค้างชำระให้ภริยาร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้นด้วยนั้นเป็นการยุติธรรม สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกัน ถ้าภริยามีรายได้ของตัวเองย่อมมีสิทธิยื่นรายการและเสียภาษีของตัวเองได้และรับผิดชอบปัญหาภาษีค้างชำระด้วยตนเอง รวมทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลระหว่างหญิงโสดกับหญิงมีสามี ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่ายแยกยื่นเมื่อยังไม่มี การสมรส สำหรับมาตรา 57 เบญจ ที่ให้เฉพาะภริยาที่มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) สามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามี โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตี ไม่เป็นการส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิงและเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคล บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 30

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 48/2545 กรณีการยื่นรายการและการเสียภาษีของสามีและภริยา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยข้อเท็จจริงและบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งนับเป็นการวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตราเดียวกันที่มีเนื้อหาตามข้อมูลเดียวกันกับคำวินิจฉัยในคดีนี้ โดยมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ซึ่งคำวินิจฉัยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยอาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะ

มาตรา 255 วรรคเจ็ด และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสถานะของบุคคลที่เป็นข้าราชการฝ่ายอื่น อันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม

เห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยด้วยเหตุผลทางวิชาการอีก แนวหนึ่งแตกต่างกัน อันเป็นการวินิจฉัยในทางตรงกันข้ามกัน แต่อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยที่ 48/2545 และคำวินิจฉัยที่ 17/2555 ทั้งสองเรื่องนี้ชี้ให้เห็นได้ถึงพัฒนาการของการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแนวทางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วยกันเพื่อสร้างบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ⁷²² กล่าวคือ คำวินิจฉัยที่ 48/2545 เป็นกรณีประชาชนซึ่งเป็นคู่ความในคดีของศาลภาษีอากรกลางขอให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ปี 2540 มาตรา 29 และมาตรา 30 แล้วได้มีการวิพากษ์วิจารณ์แสดงความคิดเห็นของประชาชน นักวิชาการ และผู้เกี่ยวข้องอย่างกว้างขวางถึงความไม่เป็นธรรม ความไม่เสมอภาคกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ เป็นกรณีการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งได้รับการร้องเรียนจากสมาคมบัณฑิตสตรีทางกฎหมายแห่งประเทศไทย ในพระบรมราชินูปถัมภ์ ที่มีข้อสรุปจากการเสวนา เรื่อง “การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ในกรณีหญิงมีสามี” ว่า บทบัญญัติประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ขอให้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย จะเห็นได้ว่า เป็นความมุงตงามในการสร้างบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างดี

⁷²² คำวินิจฉัยที่ 48/2545 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยให้ความสำคัญกับวิธีการจัดเก็บภาษีของรัฐ โดยกำหนดให้สามีและภริยายื่นแบบรายการและเสียภาษีเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน ด้วยการถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามีตามอัตราภาษีเงินได้ที่กฎหมายกำหนด โดยให้เหตุผลว่าสามีและภริยาต่างจากคนโสด เนื่องจากมีเงื่อนไขและสาระสำคัญในการดำรงชีวิต รวมทั้งมีพฤติกรรมทางเศรษฐกิจที่ต่างกัน ประกอบกับเงินได้ระหว่างสมรสเป็นสินสมรสที่ได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน ส่วนการกำหนดให้เฉพาะภริยาแยกยื่นการเสียภาษีเฉพาะเงินได้ตามมาตรา 40 (1) ไม่ได้ให้สิทธิสามีด้วยนั้น มิได้เป็นบทบังคับเพียงแต่ภริยามีสิทธิแยกยื่นภาษีเท่านั้นและเป็นประโยชน์ทั้งสามีและภริยา ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 29 และมาตรา 30 ซึ่งต่อมามีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 ให้ความสำคัญกับความเสมอภาคของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 โดยเห็นว่าสามีและภริยาก็มีสิทธิเท่าเทียมกัน ภริยามีรายได้ของตนเองย่อมมีสิทธิยื่นรายการและเสียภาษีของตนได้ กรณีเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างเรื่องสถานะของบุคคล ระหว่างหญิงโสดกับหญิงมีสามีที่มีรายได้พึงประเมินอื่นนอกจกเงินเดือน ถือว่าไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง มุ่งให้สามีและภริยาร่วมกันจ่ายภาษีให้มากที่สุด กรณีไม่มีความจำเป็นหรือเหตุผลใดที่กำหนดให้ภริยาแยกยื่นรายการและเสียภาษีเฉพาะเงินได้ตามมาตรา 40 (1) เท่านั้น ไม่เป็นการสร้างความมั่นคงของสถาบันครอบครัวทำให้ต้องวางแผนภาษีโดยการจดทะเบียนหย่า ประมวลรัษฎากรทั้ง 2 มาตรา จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 , โปรตดู อุดมศักดิ์ นิติมนตรี , ศาลรัฐธรรมนูญกับการสร้างบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 53 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2559 , หน้า 255-258

4.4.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

แนวความคิดของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเนื้อแท้แล้วมุ่งให้ความเคารพต่อหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ (Equality and Non-discrimination) โดยพึงปฏิบัติต่อมนุษย์ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงถือเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) เป็นศัพท์ที่นักวิชาการได้บัญญัติขึ้นในยุคที่มีการเรียกร้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และได้ปรากฏสู่ระบบกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และยังคงสืบเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ถึงสามมาตราคือ มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ในการใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของรัฐธรรมนูญ นอกจากจะบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรตรวจสอบมิให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ยังบัญญัติว่าบุคคลย่อมสามารถอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหากถูกล่วงละเมิดก็สามารถใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้อีกด้วย นอกจากนั้นยังมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี 1948 ที่มีเนื้อหาคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยการอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์ (Objective) อันหนึ่งในการที่จะคุ้มครองสิทธิของมนุษย์และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน⁷²³ และสามารถกล่าวได้ว่าหลักความเสมอภาคนับเป็นหลักการพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนที่มีความเกี่ยวข้องสอดคล้องซึ่งกันและกัน และร้อยเรียงสัมพันธ์กับแนวความคิดว่าด้วยสิทธิ

⁷²³ การใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนี้ (1) การใช้สิทธิผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 244 (1) ของรัฐธรรมนูญฯที่ให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียน ในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น ในการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัติ นอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ (2) การใช้สิทธิผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 257 ของรัฐธรรมนูญฯที่สามารถตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือ เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองกรณีกฎหมายหรือคำสั่งหรือการกระทำใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และยังสามารถฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหายในกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวมได้อีกด้วย (3) การใช้สิทธิทางศาลโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมตามมาตรา 218 ศาลปกครองตามมาตรา 223 หรือแม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ที่บัญญัติไว้ว่าบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้วโปรดดู ชำนาญ จันทร์เรือง, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มหลากหลายทางเพศ ในมุมมองของนักกฎหมาย, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1346>

และเสรีภาพของมนุษย์อย่างแนบแน่นในสาระสำคัญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักความเสมอภาคและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มากกว่าอ้างไว้ในคำวินิจฉัยไว้ด้วยกัน อันปรากฏตัวอย่างผ่านแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

4.4.2.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2546 ศาลแรงงานกลางสงคำโต้แย้งของโจทก์ (นางจิรวรรณ ตรีภัทรรังษิกุล) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ว่า พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 56 วรรคหนึ่ง และมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่⁷²⁴

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณากรณีพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมี วัตถุประสงค์เพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและบุคคลอื่นโดยการจัดตั้งกองทุนประกันสังคม และให้ ฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้แก่ฝ่ายรัฐบาล ฝ่ายนายจ้าง และฝ่ายผู้ประกันตน ออกเงินสมทบเข้ากองทุน และเมื่อประกันตนประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย ทูพพลภาพ ตาย คลอดบุตร สงเคราะห์บุตร หรือชราภาพ ผู้ประกันตนหรือบุคคลอื่นจะได้รับประโยชน์ทดแทนตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายดังกล่าวได้มีการกำหนดเงื่อนไข ตามมาตรา 65 วรรคหนึ่ง และกำหนดเงื่อนไข การใช้สิทธิรับประโยชน์ทดแทนฯ ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา 56 วรรคหนึ่งและมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ไม่ใช่การปฏิบัติที่ไม่สมควรกับความเปนมุขยของผู้ประกันตนตามความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และมีใช้การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกันตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 26 แต่อย่างใด เนื่องจากพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องโดยการจัดตั้งกองทุน เพื่อช่วยเหลือกรณีคลอดบุตรด้วย จึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และการกำหนดระยะเวลายื่นคำร้องขอรับประโยชน์ทดแทนภายในหนึ่งปีก็มีผลใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคน ซึ่งหากลูกจ้างผู้ประกันตนคนใดมีเหตุจำเป็นจนไม่สามารถจะปฏิบัติตามกำหนดเวลานั้นได้ ก็อาจยื่นคำร้องก่อนสิ้นกำหนดเวลานั้นเพื่อขอขยายหรือเลื่อนกำหนดเวลาออกไปได้ตามความจำเป็นกรณี เงื่อนไขดังกล่าวจึงไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับ

⁷²⁴ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 120 ตอนที่ 125 ก วันที่ 22 ธันวาคม 2546

แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 56 วรรคหนึ่ง และมาตรา 65 วรรคหนึ่ง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 29 และมาตรา 30

คำวินิจฉัยในคดีนี้เป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ที่หลักการตลอดจนความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ปรากฏสู่ระบบกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างถึงความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัย แม้จะมีได้อธิบายเพิ่มเติมถึงเนื้อหาความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่นับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่นับเป็นมิติใหม่แห่งการคุ้มครองที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ นอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ โดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนที่รัฐให้การรับรองคุ้มครองโดยทั่วไป และจัดเป็นมาตรการคุ้มครองของรัฐที่อยู่ในลักษณะของการตรากฎหมายมาใช้บังคับซึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบของความชอบด้วยกฎหมาย ขณะเดียวกันรัฐก็ต้องตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลคุ้มครองสังคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดระเบียบให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย และดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมมาพิจารณาควบคู่ไปกับหลักการพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเชิงอธิบายกำกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐ และการใช้บังคับกฎหมายต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Casebook on Human Rights

4.4.2.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่⁷²⁵

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับหนังสือร้องเรียนจากนายศิริมิตร บุญมูล ว่า ได้ไปสมัครทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ แต่สำนักงานศาลยุติธรรมแจ้งว่า ก.ต. มีมติไม่รับสมัครโดยให้เหตุผลว่าสภาพร่างกายและจิตใจไม่

⁷²⁵

ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 129 ตอนที่ 100 ก วันที่ 18 มกราคม 2555

เหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการตุลาการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่าย ตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26วรรคหนึ่ง (10) ซึ่งผู้ร้องเรียนและผู้ร้องเห็นว่า การตัดสินคดี สอบบุคคลด้วยเหตุผลดังกล่าว ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่าง ในเรื่องสภาพทางกายหรือความพิการ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ให้ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็น ข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะ ต้องห้าม “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” นั้น คำว่า “กายหรือจิตใจ ไม่เหมาะสม” อยู่ในกรอบความหมายของคำว่า “คนพิการ” ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนา คุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ โดยมีลักษณะเป็นการกำหนดลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการไว้ อย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่ส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็น ธรรมได้ในที่สุด กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องมีขอบเขตชัดเจนแน่นอน เช่น อาจกำหนดว่า มีลักษณะทางกายและจิตใจที่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าราชการตุลาการได้เพียงใด เป็นต้น เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง และ ต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือ ประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ขององค์กร พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลา การศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) จึงเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้มีการใช้ ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นอันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้ การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคน พิการไว้ในขั้นตอนการรับสมัครบุคคลเพื่อสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการ โดยให้เป็นดุลพินิจของ ก.ต. ในการพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลที่จะให้มีสิทธิสมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลา การหรือไม่นั้น เป็นการตัดสินคดีคนพิการตั้งแต่ต้น โดยไม่เปิดโอกาสให้คนพิการสามารถสอบคัดเลือก ได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป และไม่มีโอกาสแสดงความรู้ความสามารถอย่างแท้จริงที่เกี่ยวข้อง กับตำแหน่งงานนั้นเสียก่อน ทั้งภารกิจหลักตามอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องนั่ง พิเคราะห์โดยครบองค์คณะ ความพิการจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จะเป็นข้าราชการ ตุลาการ ที่จะมิผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ในส่วนที่บัญญัติให้ผู้สมัคร สอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า “มีกาย

หรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม

จากการพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ที่ศาลรัฐธรรมนูญให้การรับรองหลักการของหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อสิทธิคนพิการ และให้ความคุ้มครอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” คำวินิจฉัยนี้นับเป็นมติใหม่การวางแนวคำวินิจฉัยที่รับรองหลักการของหลักความเสมอภาคและการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ผูกพันบรรดาการใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่นับเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชนโดยเชื่อมโยงกับระบบกฎหมายและการใช้อำนาจทางกฎหมายในทุกกรณี ต้องให้ความเคารพ ซึ่งคดีนี้ได้ปรากฏประเด็นในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เด่นชัดในส่วนของการเห็นในการวินิจฉัยคดีสวนตนของ นายจรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตอนหนึ่งว่า “...การให้ความคุ้มครองผู้พิการนั้น นอกจากจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วยังเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities : CRPD) ของสหประชาชาติที่ประเทศไทยเป็นภาคีมีพันธกรณี อยู่ด้วยการคุ้มครองความพิการตามมาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ มิได้มุ่งให้ความช่วยเหลือผู้พิการเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งที่จะให้โอกาสและส่งเสริมให้คนพิการสามารถประกอบอาชีพเลี้ยงตัวเองได้ ซึ่งนอกจากจะไม่ตกเป็นภาระแก่รัฐและสังคมแล้ว ยังเป็นการสร้างคุณค่าและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ให้แก่ผู้พิการด้วย ในส่วนของผู้พิการเอง หากสามารถประกอบอาชีพหาเลี้ยงตนเองตามสภาพแห่งความพิการได้แล้ว ย่อมมีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป การให้โอกาสคนพิการในการประกอบอาชีพจึงเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องสนับสนุน ส่งเสริม และให้โอกาสคนพิการในการประกอบอาชีพตามความสามารถและความต้องการของตนเอง หากคนพิการถูกจำกัดสิทธิ จนไม่อาจประกอบอาชีพได้ ย่อมเป็นภาระของรัฐและสังคมที่จะต้องคอยให้ความช่วยเหลือ อันจะเป็นการทำลายศักดิ์ศรี

แห่งความเป็นมนุษย์ของคนพิการ...”⁷²⁶ ซึ่งนับได้ว่าความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนนี้ นอกจากจะกล่าวถึงหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้วยังได้กล่าวอ้างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการในการวางหลักประกันแก่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะสิทธิคนพิการที่มีลักษณะของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นสากลของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในแง่ของการส่งเสริม คุ้มครอง ตลอดจนผลักดันการใช้สิทธิมนุษยชนที่เต็มส่วนให้แก่คนพิการ อันเป็นมาตรฐานสากลในเชิงสิทธิประโยชน์ที่คนพิการพึงได้รับการคุ้มครองจากรัฐ ที่ชี้ให้เห็นว่าประเทศไทยได้ให้ความตระหนักถึงความสำคัญดังกล่าว

อนึ่ง แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัตินี้ได้ปรากฏคำวินิจฉัยที่อาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่แตกต่างกันอีกกรณี กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 30 นั้น แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติข้อความว่า “ความพิการ” เพิ่มเติม อันเป็นหลักการสำคัญที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 จึงมีคำวินิจฉัยในคดีนี้ในการรับรองสิทธิคนพิการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities : CRPD) และยืนยันถึงหลักการให้ความคุ้มครองหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตลอดจนการคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์⁷²⁷

⁷²⁶ จริญญา ภักดีธนากุล , ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 , ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 129 ตอนที่ 100 ก ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2555 สามารถสืบค้นรายละเอียดได้จากเว็บไซต์ http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/charun15_55.pdf

⁷²⁷ กรณีศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 นั้น แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติข้อความว่า “ความพิการ” เพิ่มเติม อันเป็นหลักการสำคัญที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผู้ร้องเสนอเรื่องให้วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เฉพาะหลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการตามมาตรา 30 วรรคสาม จึงเป็นเรื่องหรือประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยพิจารณาวินิจฉัยมาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 215 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 16/2545 ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 แล้ว ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities : CRPD) ของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2551 ซึ่งมีผลบังคับให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่จะปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ 28 สิงหาคม 2551 เป็นต้นมา และทำให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ตามพันธกรณี ข้อ 27 (A) ที่กำหนดว่า ห้ามการเลือก

จะเห็นได้ว่า การให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทยได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานและสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพทั้งปวง ซึ่งรัฐไม่อาจล่วงละเมิดได้ แนวทางในการตีความสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นนี้สอดคล้องกับแนวทางการตีความศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยยอมรับว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทหนึ่ง และต่อมาได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานเป็นรายข้อรายมาตรา อันผูกพันการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่การใช้อำนาจรัฐก็ต้องผูกพันกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และจากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองรับรองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะการคุ้มครองรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นนับเป็นหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาประกอบการพิจารณาตีข้อพิพาทที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพเสมอ เช่นเดียวกันกับการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในอารยประเทศดังเช่นตามแนวความคิดหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันนำมาปรับใช้แก่คดีภายใต้บริบทที่ว่าบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิที่เกี่ยวข้องแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการใช้อำนาจของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย หรือในประเทศฝรั่งเศสก็มีมุมมองเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นจะมีการหยิบยกบทบัญญัติในรูปแบบลายลักษณ์อักษรในระดับระหว่างประเทศขึ้นมาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งก็คือ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (universal Declaration of Human Rights 1948) หรือกฎบัตรสิทธิพื้นฐานแห่งสหภาพยุโรป โดยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรดังกล่าวก็มีเนื้อหาสาระที่รับรองไว้ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไว้ในทำนองเดียวกันสำหรับในทางปฏิบัตินั้นพบว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ยังเป็นถ้อยคำที่ศาลทั้งในระดับประเทศและศาลภายในของฝรั่งเศสบัญญัติรับรองความสำคัญไว้ เป็นต้น⁷²⁸ โดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นับเป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพ หากการกระทำใดๆ เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพแล้ว การกระทำนั้นๆ ย่อมเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย หลักดังกล่าวได้แก่ (1) หลักความเสมอภาคอันเป็น

ปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความพิการในทุกด้านที่เกี่ยวกับการจ้างงาน รวมถึงเงื่อนไขในการคัดเลือกบุคคล การว่าจ้าง และการจ้างงาน การจ้างงาน อย่างต่อเนื่อง ความก้าวหน้าในอาชีพการงาน และสภาพการทำงานที่ถูกสุขอนามัยและปลอดภัย และ (G) ที่กำหนดให้ว่าจ้างคนพิการเข้าทำงานในหน่วยงานภาครัฐ ดังนั้น การที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใด ย่อมต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย

⁷²⁸ ไชยันต์ กุลนิตี , ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 52 เดือนมกราคม-เมษายน 2559 , หน้า 82-85

หลักที่มีความต่อเนื่องเชื่อมโยงกับหลักแห่งสิทธิเสรีภาพ (2) หลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักการที่รัฐต้องตรากฎหมายเพื่อมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพ และการตรากฎหมายของรัฐต้องกระทำภายใต้ขอบเขตแห่งความชอบด้วยกฎหมายเพื่อจำกัดมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ และ (3) หลักแห่งความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁷²⁹ ดังนั้นแล้วจึงเห็นได้ว่าหลักการต่างๆ ดังที่กล่าวมานี้ล้วนเป็นหลักการที่มีความสอดคล้องต่อกัน เชื่อมโยงและร้อยเรียงสัมพันธ์ต่อกันและกัน อันเป็นหลักการและฐานความคิดอ้างอิงของหลักกฎหมาย ตลอดจนการใช้และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องและพึงให้ความเคารพเสมือนหลักการพื้นฐานทั่วไปทางรัฐธรรมนูญ และผูกพันบรรดาการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงต้องคำนึงถึงในฐานะเป็นบริบทของนิติรัฐในทางเนื้อหาซึ่งมีเจตนารมณ์สูงสุดเพื่อควบคุมตรวจสอบบรรดาการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4.4.2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความได้สัดส่วน

ในระบบกฎหมายไทยหลักความได้สัดส่วนจัดเป็นหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่ห้ามมิให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง กล่าวคือ เป็นหลักที่มุ่งควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองนำมาใช้ต้องก่อให้เกิดผลต่อการบรรลุวัตถุประสงค์การใช้มาตรการดังกล่าวด้วยความจำเป็นและต้องได้สัดส่วน ระหว่างผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกจำกัดอันเป็นผลจากการใช้มาตรการนั้นด้วย โดยหลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมใช้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในการพิจารณาว่ามาตรการที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรหรือไม่ ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา อันประกอบด้วย หลักความเหมาะสม ของมาตรการหรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง หลักความจำเป็นของมาตรการหรือวิธีการ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือความสมเหตุสมผลระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการตามมาตรการ

⁷²⁹ วนิดา ไชยชนเศรษฐี , ข้อความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมผู้ต้องขังกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=703>

ดังกล่าว⁷³⁰ หลักความได้สัดส่วนได้นับเป็นหลักการสำคัญที่องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญไทยนำมาใช้เป็นหลักการพื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัยโดยเฉพาะในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยปรากฏตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ดังนี้

4.4.2.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่⁷³¹

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณากรณีนายชะลอ รับทอง นางสาวสมพร รับทอง และนายสมนึก รับทอง เป็นผู้ฟ้องคดี ยื่นฟ้องการประปาส่วนภูมิภาคเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ต่อศาลปกครองกลางเพื่อขอให้ชดเชยค่าเสียหายจากการที่การประปาส่วนภูมิภาควางท่อน้ำรูกกล้าแดนกรรมสิทธิ์ใต้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม ซึ่งในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองกลาง ผู้ฟ้องคดี ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองกลางพิจารณาสงคำโต้แย้งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจใช้ทรัพย์สินของเอกชนในการวางท่อน้ำโดยไม่ต้องจ่ายเงินค่าทดแทน ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจการประปาส่วนภูมิภาคซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจในการจัดทำน้ำประปา อันเป็นบริการสาธารณะของรัฐ ในด้านสาธารณูปโภค จึงต้องเอื้อให้หน่วยงานของรัฐผู้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าวสามารถดำเนินการได้โดยสะดวกเพื่อรักษาประโยชน์ของส่วนรวม แต่การใช้อำนาจเช่นนี้ต้องอยู่บนหลักการเคารพสิทธิของเอกชน ผู้ที่อาจจะต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรือถูกจำกัดสิทธิ หรือถูกรอนสิทธิอันเกิดจากการจัดทำ บริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมดังกล่าวคือ การที่รัฐจะใช้ทรัพย์สินอันใดแก่ที่ดิน ซึ่งประชาชนเป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองในทรัพย์สินนั้นอยู่ รัฐก็จำต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหาย อันเป็นธรรมตามควรแก่กรณีในการใช้ประโยชน์จาก

⁷³⁰ ภัสวรรณ อุซพงษ์อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ์ , การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนโดยศาลปกครอง ตามหลักความได้สัดส่วน , วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา ปีที่ 7 ฉบับที่ 2 , หน้า 176

⁷³¹ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 131 ตอนที่ 2 ก วันที่ 6 มกราคม 2557

ทรัพย์สินดังกล่าว อันเป็นหลักการสำคัญของการใช้อำนาจรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญว่ารัฐจะไม่กระทำการอันใดที่เป็นการละเมิดหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็น เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจว่า รัฐภายใต้การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติธรรมดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง โดยที่รัฐจะให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากรัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวแล้วก็ต้องเป็นไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และภายในขอบเขต ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 แล้วเห็นว่า การประปาส่วนภูมิภาคเป็นบริการสาธารณะที่รัฐจำเป็นต้องจัดทำ หรือให้มีขึ้นอย่างต่อเนื่องเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนและการพัฒนาประเทศในด้านสาธารณสุขโภภค และสุขอนามัยที่ดีของประชาชน อันเป็นสาธารณประโยชน์ และยังมีความสำคัญต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศด้วยการเขาไปดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา รัฐมีความจำเป็นต้องให้อำนาจแก่การประปาส่วนภูมิภาคในการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ไปใต้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นที่ดินของบุคคลที่มีไซที่ตั้งของโรงเรือนหรือที่อยู่อาศัยใด เพื่อประโยชน์แก่การดังกล่าว โดยผู้เป็นเจ้าของหรือครอบครองทรัพย์สินไม่ได้สูญเสียสิทธิในทรัพย์สินของตน เพียงแต่ถูกจำกัดสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินบางประการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการเขาไซบริเวณที่ดินเพื่อเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ของการประปาส่วนภูมิภาค จะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินย่อมต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้ขอบเขตแห่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญด้วย

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีการระบุในเรื่องค่าทดแทนไว้โดยชัดแจ้งในกรณีของการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร จึงทำให้เกิดการตีความและยึดถือเป็นหลักกฎหมายว่า การประปาส่วนภูมิภาคก็ไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะการที่รัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดินของบุคคลแม้จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็เป็นการทำให้สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเสื่อมเสียไปอยู่ดี ประกอบกับการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์นั้นก็ต้องมีการกำหนดบริเวณของที่ดินซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ อันเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เฉพาะในส่วนที่มีได้กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีการชดใช้ค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี และขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง อีกด้วย

จากคำวินิจฉัยนี้ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 41 ในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล โดยเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม และไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 29 กับไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี ในประเด็นที่น่าสนใจคือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การรอนสิทธิในทรัพย์สินของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐจะต้องรับผิดชอบต่อชดเชยค่าทดแทนเยียวยาโดยจะต้องมีการจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมเช่นกัน เห็นได้ว่า ลักษณะของการใช้และการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นนิวัติวิธีของการใช้กฎหมายว่า มีการอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเทียบเคียงเพื่อค้นหาความหมายของถ้อยคำและปรับใช้รัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน⁷³² ประกอบกับคำวินิจฉัยนี้เป็นคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมิให้ใช้มาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร หรือต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น อันเป็นไปตามหลักการแนวคิดที่ว่า ประโยชน์เอกชนพึงสละเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น โดยเอกชนผู้ต้องเสียสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหาย หากได้ก่อให้เกิดภาระที่ทำให้เอกชนรายใดรายหนึ่งต้องรับภาระสาธารณะแทนหรือมากกว่าประชาชนทั่วไปแล้ว รัฐจะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนรายนั้นเป็นการทดแทนด้วยหลักการแนวคิดนี้ทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย หลักความเสมอภาคในการรับภาระบริการ

⁷³² ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์ , การใช้รัฐธรรมนูญและการอุดหนุนของรัฐธรรม ตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ,สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1963>

สาธารณะ และหลักความรับผิดชอบของรัฐ⁷³³ และนับได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยสำคัญที่ชี้ให้เห็นถึงสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนโดยปรากฏเด่นชัดถึงหลักการตีความกฎหมายอันเป็นนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนในการมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้ได้ดุลยภาพกับประโยชน์ของเอกชน

จากการพิจารณาในระบบกฎหมายไทยแม้ว่าก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จะไม่มีบทบัญญัติใดหรือมาตราใดของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติในลักษณะเป็นการทั่วไปถึงขอบเขตมีข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐในลักษณะทั่วไปว่าจะต้องเป็นการใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุก็ตาม ก็มีได้หมายความว่า หลักความได้สัดส่วนจะเป็นหลักกฎหมายที่เพิ่งปรากฏตัวขึ้นภายหลังหรือพร้อมกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่มากระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานเพียงแต่การที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 เพิ่งได้นำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร⁷³⁴ ซึ่งเป็นการปรากฏความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับหลักความได้สัดส่วนที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี พ.ศ. 2540 เป็นครั้งแรกในมาตรา 29 วรรคหนึ่งซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งต้องกระทำ “เท่าที่จำเป็น” และรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้เช่นเดียวกันทุกประการ⁷³⁵ คำวินิจฉัยนี้นับเป็นหนึ่งในตัวอย่างของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วางแนวทางการวินิจฉัยในเรื่องหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะเป็นข้อจำกัดบรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐโดยพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่ประชาชนต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน

⁷³³ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์ , นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1777>

⁷³⁴ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มี 2 กรณีกล่าวคือ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 12/2541, คำวินิจฉัยที่ 24/2543, คำวินิจฉัยที่ 19-22/2545, คำวินิจฉัยที่ 25/2547, คำวินิจฉัยที่ 28/2547, คำวินิจฉัยที่ 40/2547, คำวินิจฉัยที่ 58/2547, คำวินิจฉัยที่ 65-82/2547, คำวินิจฉัยที่ 5-26/2548, คำวินิจฉัยที่ 33/2548, คำวินิจฉัยที่ 40/2548, คำวินิจฉัยที่ 49-50/2548, คำวินิจฉัยที่ 51/2548, คำวินิจฉัยที่ 7/2549 และกรณีที่สอง คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยที่ 30/2548 , โปรตุดู บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558) , หน้า 7-8 และโปรตุดู รายละเอียดของคำวินิจฉัยต่างๆ ได้ในหน้า 28-42

⁷³⁵ ดิเรก สุขสว่าง , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554 , หน้า 140

4.4.2.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2552 ศาลปกครองกลางสงคำโตแยงของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 4 (โรงเรียนนานาชาติใหม่แห่งประเทศไทย กับพวก) เพื่อขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 3 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 42 หรือไม่ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 มาตรา 49 วรรคสาม และมาตรา 50)⁷³⁶

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยจึงมีว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 มาตรา 49 วรรคสาม และมาตรา 50 (ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย) หรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ โดยที่มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพที่ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้อย่างใดเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดคือ ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง พิจารณาทบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เห็นว่ามีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้นักเรียนและนักศึกษาประพฤติตนอยู่ในระเบียบวินัยของโรงเรียนหรือสถานศึกษา จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดมาตรการโดยการอบรมสั่งสอนหรือลงโทษ เพื่อควบคุมไม่ให้มีการฝ่าฝืนระเบียบ โดยออกระเบียบการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาที่ประพฤติตนไม่เหมาะสมหรือประพฤติตนฝ่าฝืนระเบียบของโรงเรียนหรือสถานศึกษา และการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อการอบรมสั่งสอน และเพื่อให้นักเรียนหรือนักศึกษาปรับปรุงแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรมความประพฤติให้มีความเหมาะสมและมีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้น อันจะส่งผลให้นักเรียนหรือนักศึกษาเป็นบุคลากรที่มีคุณภาพของประเทศชาติในอนาคต การกำหนดโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนระเบียบของโรงเรียนหรือสถานศึกษาจึงเป็นเพียงมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด

⁷³⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 127 ตอนที่ 31 ก วันที่ 10 พฤษภาคม 2553

กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในขอบเขต “ที่เหมาะสม” มิได้เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการจัดการศึกษาอบรมขององค์การศึกษาซีพีหรือเอกชน การศึกษาทางเลือกของประชาชน การเรียนรู้ด้วยตนเอง และการเรียนรู้ตลอดชีวิตตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 43 วรรคสาม และเป็นบทบัญญัติที่ “ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มิได้เป็นการจำกัดเสรีภาพในทางวิชาการ และการศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัยและการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการของบุคคลตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 50 และไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 29

จากคำวินิจฉัยนี้เป็นอีกหนึ่งตัวอย่างของการนำหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะ “หลักแห่งความเหมาะสม” มาปรับใช้ในการวางแนวทางการวินิจฉัยในเรื่องหลักความได้สัดส่วนที่ได้นำมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเนื้อหาเดียวกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ทุกประการ⁷³⁷ การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงมีผลทำให้สถานะความมีอยู่และความแน่นอนชัดเจนของหลักความได้สัดส่วนที่จากเดิมอาจมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่มีภาระหน้าที่เป็นหลักประการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ โดยในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเนื่องจากความจำเป็นเพราะเหตุความมั่นคงในด้านต่างๆ นั้น นานาประเทศ รวมทั้งประเทศไทยได้ใช้หลักกฎหมายเรื่องหลักความได้สัดส่วน (The principle of proportionality) ซึ่งมีรากฐานจากระบบกฎหมายยุโรป คือ ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ในระบบของประเทศเยอรมันนั้นหลักดังกล่าวหมายความว่ารัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาล ส่วนในระบบของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง หลักการพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ⁷³⁸ โดยหลักความได้สัดส่วนนับเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญที่เป็นผลให้บทบัญญัติแห่ง

⁷³⁷ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มี 2 กรณีกล่าวคือ คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 11/2551, คำวินิจฉัยที่ 50/2554, คำวินิจฉัยที่ 30/2555, คำวินิจฉัยที่ 32/2555 และกรณีที่สอง คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย อาทิ คำวินิจฉัยที่ 3-4/2557, โปรตดู บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 151*, หน้า 42-48

⁷³⁸ เสาวนีย์ อัคราโรจน์, *อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 62*, หน้า 16

กฎหมายต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด ซึ่งในประเทศไทย บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง อันเป็นหลักว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศเยอรมัน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองเสรีภาพ และจะเห็นได้ว่าได้มีความพยายามในการใช้เกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย⁷³⁹ ดังนั้นสามารถกล่าวได้ว่าการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการต่างๆ ของนิติรัฐในเชิงเนื้อหาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักการในทางกฎหมายมหาชนทั้งหลักความเสมอภาค หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความได้สัดส่วน มาใช้ควบคู่กันไปในการวินิจฉัยโดยยกเป็นเหตุผลประกอบการวินิจฉัยบรรดาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติในการกำกับควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายต่างๆ รวมไปถึงการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากแทบจะทุกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดๆ ก็ตาม หากมีการพิจารณาถึงบทบัญญัติของร่างหรือกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะวางหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยอันเป็นผลให้บทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ อันเป็นผลมา



⁷³⁹ ในทางทฤษฎีหรือหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้นมี 2 หลักการคือ (1) การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์โดยหลักการเห็นว่า ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดไม่อาจที่จะทำการละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิได้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการคุ้มครองขั้นต่ำสุดต่อแก่นของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหัวใจของสิทธิอื่นๆ ซึ่งแยกเขตแดนของสิทธิออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกเป็นส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ ส่วนที่สองเป็นขอบเขตที่รัฐไม่อาจจะก้าวล่วงเข้าไปได้ อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ โดยการคุ้มครองนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากการแทรกแซงเป็นกรณีไปหรือมิได้ขึ้นอยู่กับการใช้เหตุผลของการแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป (2) การคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์เห็นว่า ไม่ควรมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวนี้จึงควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามในการใช้เกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นของสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานการแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ซึ่งเป็นหลักประกันว่าถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็ไม่อาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ, โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *อ้างอิงในเชิงอรรถที่ 151*, หน้า 24-25

จากบทบัญญัติของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญนั่นเอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมานั้น สามารถชี้ให้เห็นได้ว่าแนวคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญ นับแต่รัฐธรรมนูญฯ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ใช้บังคับเป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้ หยิบยก “หลักนิติธรรม” มาเป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยไว้ด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

4.4.2.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ

ตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐเห็นได้ว่า สถาบันที่ทำให้ความยุติธรรมปรากฏแก่ ประชาชนได้เด่นชัดที่สุดก็คือ สถาบันตุลาการ ในฐานะองค์กรที่มีบทบาทในการใช้กฎหมายเป็น เครื่องมือในการบรรลุประโยชน์สูงสุดของรัฐเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน โดยนิติรัฐมีหลักการที่ สำคัญในแง่ของการใช้อำนาจตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งของรัฐและทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ ขาดข้อพิพาทและตัดสินอรรถคดีต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการใช้อำนาจตุลาการดังกล่าวก็อาจ มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในทางหนึ่งทางหนึ่ง รวมถึงภายใต้การแบ่งชี้ทางด้าน ความคิดของสังคมในปัจจุบันเพื่อหลีกเลี่ยงข้อครหาใดๆ สถาบันตุลาการจึงต้องดำรงตนให้เหมาะสม ด้วยความเป็นกลางอย่างยิ่ง ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน องค์กรตุลา การจึงต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง โดยปรากฏตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ สัมพันธ์กับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ดังนี้

4.4.2.4.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2556 คณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรค หนึ่ง (2) ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่⁷⁴⁰

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ดำเนินการทางวินัยของผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอน หลังจากคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้สวนข้อเท็จจริงกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อ ตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมแล้วมีมติว่ามีมูลความผิด

⁷⁴⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 131 ตอนที่ 39 ก วันที่ 8 เมษายน 2557

ทางวินัย โดยมาตรา 92 วรรคสอง บัญญัติในกรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการอัยการ ให้ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ประธานคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือประธานคณะกรรมการอัยการ แล้วแต่กรณีเพื่อพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายโดยให้ถือเอารายงานและเอกสารของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนหนึ่งของการสอบสวนด้วยพิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการอัยการ โดยหลักเกณฑ์นี้แม้จะมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง แต่ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการและข้าราชการอัยการ มีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจซึ่งมีความจำเป็นและเพื่อให้เกิดความเหมาะสม กล่าวคือ เพื่อให้ข้าราชการตุลาการสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอย่างมีอิสระและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 220 และมาตรา 224 ที่ได้บัญญัติให้การลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมและตุลาการในศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมหรือคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณี อันเป็นการรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ และเพื่อให้ข้าราชการอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง จึงเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง และข้าราชการอัยการมีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่มีลักษณะขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 92 วรรคสอง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

คำวินิจฉัยนี้แม้ไม่ได้มุ่งกล่าวถึงหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาโดยตรง โดยเป็นการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยหลักความเสมอภาคหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล แต่กระนั้นก็ที่จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในตอนหนึ่งประกอบคำวินิจฉัยในการรับรองบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้การดำเนินการในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการต้องมีความเป็นอิสระตามลักษณะของภารกิจซึ่งมีความจำเป็นและเพื่อให้เกิดความเหมาะสม เพื่อให้ข้าราชการตุลาการสามารถพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอย่างมีอิสระและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

อันเป็นการรับรองหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 249 บัญญัติว่าผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาตามลำดับชั้น อันนับเป็นการให้หลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาและตุลาการ ดังนั้นจึงเป็นหลักการที่ว่าผู้พิพากษาและตุลาการพึงตระหนักว่าในการปฏิบัติงานของตนเองนั้นต้องก่อให้เกิดความมีอิสระในการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยไม่ให้อำนาจหรือองค์กรอื่นมาแทรกแซง เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คนในสังคมและเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁷⁴¹ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็ได้วางหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ในมาตรา 197 ที่วางหลักให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรใดๆ เพื่อมุ่งหมายให้ประชาชนได้รับการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง เป็นไปด้วยความรวดเร็ว และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการได้รับความเป็นธรรมจากการตัดสินวินิจฉัยคดีจากองค์กรตุลาการ

4.4.2.4.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 ศาลปกครองสูงสุดส่งความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 ว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 หรือไม่⁷⁴²

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณากรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง... ทั้งนี้ การที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 บัญญัติให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น เป็นการบัญญัติจำกัดอำนาจการตรวจสอบควบคุมการออกกฎ และการ

⁷⁴¹ เกษม ศุภสิทธิ์, ความอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี, เอกสารวิชาการส่วนบุคคลการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 2 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2547, สืบค้นจากเว็บไซต์ http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/2547-59.pdf

⁷⁴² ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 127 ตอนที่ 77 ก วันที่ 15 ธันวาคม 2553

กระทำของฝ่ายบริหารของศาลปกครอง โดยมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจพิเศษบางประการ สำหรับบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่ง บัญญัติจำกัดอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไว้ โดยมีข้อความว่า “...ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า คดีพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน หรือคดีอื่นเนื่องมาจากการใช้อำนาจปกครองของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น มิได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองทั้งหมด รัฐอาจตรากฎหมายยกเว้นมิให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบางประเภทได้ ซึ่งมีกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจการของรัฐ โดยมีได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อนึ่ง การที่มาตรา 16 บัญญัติมิให้ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองก็เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาของบ้านเมืองให้บรรลุผลสำเร็จและเป็นไปตามความจำเป็นของสถานการณ์ของบ้านเมืองเท่านั้น ซึ่งเป็นระยะเวลาชั่วคราว ทั้งนี้ได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินการตามพระราชกำหนดดังกล่าวจะมิได้รับความคุ้มครอง เพราะผู้ได้รับความเสียหายยังสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ ตามความในมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ **จึงมิได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบขององค์กรตุลาการแต่ประการใด** อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 16 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223

จากคำวินิจฉัยนี้จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในส่วนของอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง โดยจัดวางกรอบของขอบเขตอำนาจของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารอันเป็นอำนาจพิเศษในการบริหารราชการบ้านเมืองกับการตรวจสอบควบคุมการออกกฎและการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง โดยให้การรับรองสิทธิของบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างหลักการตรวจสอบขององค์กรตุลาการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองของศาลปกครอง อันเป็นการยืนยันถึงหลักความเป็นอิสระของตุลาการอันนับเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและเป็นหลักการที่รับรองในรัฐธรรมนูญไทยแทบทุกฉบับ จนถึงเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันเป็นการเสริมสร้างบทบาทขององค์กรตุลาการทั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรม ศาลทหาร รวมไปถึงศาลรัฐธรรมนูญให้ได้รับความเชื่อมั่นและมีสถานะที่มั่นคงและได้รับความเชื่อมั่นยอมรับในทางสังคม และถือเป็นหลักนิติธรรมที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศที่เป็นประชาธิปไตยและในกฎหมาย

ระหว่างประเทศ⁷⁴³ ดังจะเห็นได้ว่า จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ครอบคลุมไปถึงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์การตุลาการอื่นๆ ให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองหลักการต่างๆ และวางหลักการพื้นฐานของบรรดาการใช้อำนาจรัฐทั้งฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ รวมไปถึงองค์การฝ่ายตุลาการ โดยที่ยังให้ความสำคัญรักษารากฐานของหลักความเป็นอิสระของตุลาการให้คงไว้

นอกจากนี้ จากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นตัวอย่างของการหยิบยกแนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาமாகแล้ว ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ นับเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จนปรากฏชัดเจนขึ้นตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และนอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้รับรองแนวความคิดของเอกสารสำคัญต่างๆ จากระบบกฎหมายของต่างประเทศที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน ซึ่งปรากฏตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในการปรับใช้แนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ เป็นอาทิดังต่อไปนี้

สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556⁷⁴⁴ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีการระบุในเรื่องค่าทดแทนไว้โดยชัดแจ้งในกรณีของการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตร จึงทำให้เกิดการตีความและยึดถือเป็นหลักกฎหมายว่าการประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะการที่รัฐเข้าไปใช้ประโยชน์ในที่ดินของบุคคลแม้จะใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็เป็นการทำสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลเสื่อมเสียไปอยู่ดี ประกอบกับการเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์นั้นก็ต้องมีการกำหนดบริเวณของที่ดินซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองไม่อาจใช้ประโยชน์ได้ อันเป็นการรบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นธรรม บทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 เฉพาะในส่วนที่มีได้กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคมีการชดเชยค่าทดแทนในการใช้ที่ดินให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไว้ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากการจำกัดสิทธิใน

⁷⁴³ ณรงค์เดช สุระเมษิต , การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง กับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ตอนที่ 2 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1982>

⁷⁴⁴ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 131 ตอนที่ 2 ก วันที่ 6 มกราคม 2557

ทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธินั้น ทั้งยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลดทอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี และขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง อีกด้วย

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552⁷⁴⁵ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา วันแต่จะได้รับใบอนุญาต ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคหนึ่ง โดยตรงนอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบการอาชีพสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามีได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข ปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสองแต่อย่างใด ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น อันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ด้วย ประกาศของคณะปฏิวัติฯ ดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้

ทั้งนี้ การคุ้มครองการประกอบอาชีพหรือการประกอบกิจการของประชาชนนั้นถือได้ว่าเป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้เริ่มมีการบัญญัติรับรองไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 48 โดยมองว่าการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนเป็นสิทธิที่ควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้เช่นเดียวกัน แต่มี

⁷⁴⁵ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 126 ตอนที่ 91 ก วันที่ 2 ธันวาคม 2550

ความแตกต่างกันตรงที่ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ถือว่าการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชน ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแห่งการแข่งขันโดยเสรีและเป็นธรรม กล่าวคือ เป็นเสรีภาพการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพใดๆ ก็ตาม อันถือเป็นเสรีภาพประเภทหนึ่งที่รัฐธรรมนูญฯ บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ และจะถูกจำกัดมิได้ ทั้งนี้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุขปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขัดขวางความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้มีการแก้ไข เพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงแต่อย่างไร⁷⁴⁶

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555⁷⁴⁷ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การสร้างภาพยนตร์เป็นการแสดงความคิดเห็นของผู้สร้างภาพยนตร์ เพื่อนำเสนอความคิดเห็น ความเห็น สะท้อนปัญหาสังคมในแง่มุมต่างๆ โดยถ่ายทอดเรื่องราวเป็นภาพและเสียงอันเป็นวิธีการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ซึ่งเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 คุ้มครองไว้ แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าว ผู้สร้างภาพยนตร์จะต้องตระหนักถึงขอบเขตแห่งเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ด้วย เมื่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดกระบวนการและมาตรการทางกฎหมายในการอนุญาตให้ภาพยนตร์ที่จะนออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร ต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก่อน ซึ่งในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์นั้น คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจกำหนดประเภทของภาพยนตร์ตามมาตรา 26 โดยมาตรา 26 (7) เป็นภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร และมาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า ถ้าคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่าภาพยนตร์เรื่องใดมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต หรือจะไม่อนุญาตก็ได้ เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์

⁷⁴⁶ อารีพงศ์ ภูซุ่ม , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีการจัดหาพัสดุภาครัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 , หน้า 248

⁷⁴⁷ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 130 ตอนที่ 6 ก วันที่ 22 มกราคม 2556

และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 เป็นมาตรการทางกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐพิจารณาความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ก่อนที่จะนำออกสู่สาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้สร้างภาพยนตร์ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามอำเภอใจโดยไม่มีขอบเขตซึ่งอาจทำให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวมได้ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้ห้ามการสร้างภาพยนตร์ หากแต่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่ประสงค์จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ตามกฎหมายก่อน จึงมิได้เป็นการจำกัดเสรีภาพเกินกว่าความจำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 รับรองไว้แต่อย่างใด อีกทั้งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใด บุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ซึ่งมีผลให้คณะกรรมการดังกล่าวต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติ จึงเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ภายในขอบเขตการใช้ดุลพินิจเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวมอันเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติธรรมแล้ว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 29 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 45

เสรีภาพในการเดินทาง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2556⁷⁴⁸ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บทบัญญัติมาตรา 267 เป็นบทบัญญัติให้อำนาจศาลอาญาสั่งห้ามมิให้บุคคลออกนอกราชอาณาจักรไว้ก่อน และในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งห้ามมิให้บุคคลออกนอกราชอาณาจักรไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวได้เป็นเวลาไม่เกินสิบห้าวันจนกว่าศาลอาญาจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นมาตรการป้องกันมิให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเท่านั้น เพื่อประโยชน์ในการนำตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมาดำเนินคดีตามกฎหมาย เพราะหากผู้ถูกกล่าวหาได้หลบหนีหรือเดินทางออกนอกราชอาณาจักรแล้วการจับกุมตัวบุคคลดังกล่าวมาดำเนินคดีย่อมกระทำไม่ได้ยาก มาตรการดังกล่าวจึงมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีความมุ่งหมายที่จะป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดในตลาดทุนที่มี

748

ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 130 ตอนที่ 88 ก วันที่ 8 ตุลาคม 2556

ความสำคัญทางเศรษฐกิจของประเทศ ทำให้การใช้อำนาจของสำนักงาน ก.ล.ต.เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักความได้สัดส่วนตามความจำเป็นแก่กรณีแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคหนึ่งอยู่บ้าง แต่ก็เป็นการจำกัดเสรีภาพ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 วรรคสอง เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อย และสวัสดิภาพของประชาชน กล่าวคือ เป็นการจำกัดเสรีภาพเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งของรัฐและเอกชน อีกทั้งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ดังนั้น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 267 วรรคสี่ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

โดยที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดๆ ของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการหยิบยกหลักการพื้นฐานต่างๆ ทางกฎหมายมหาชนสอดแทรกพิจารณาควบคู่กันไปในเรื่องหาของคำวินิจฉัย และหากกรณีเป็นบทบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการ จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการจำกัดขอบเขตควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้หยิบยกมานำเสนอไปแล้วนั้น และจากการศึกษาพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจหลักในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานทางกฎหมาย ซึ่งครอบคลุมคดีต่างๆ ในทางรัฐธรรมนูญ⁷⁴⁹ ซึ่งเนื้อแท้แล้วล้วนข้องเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายหรือกฎหมาย

⁷⁴⁹ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และกฎหมายอื่นได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่

(1) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานทางกฎหมาย

(1.1) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 141 และมาตรา 154)

(1.2) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 185 มาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2))

(2) คดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 214)

ใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการวินิจฉัยตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐทั้งปวงให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันกล่าวได้ว่าเป็นเนื้อหาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ควบคุมบรรดาการกระทำของทุกองคาพยพของรัฐต้องเป็นไปตามหลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายต่างๆ ก็เจตนารมณ์เพื่อหัวใจสูงสุดของความเป็นนิติรัฐ นั่นก็คือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมไปถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการเป็นองค์กรหลักในการรักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติรัฐอันเป็นแนวทางในการปกครองที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองความยุติธรรมตามธรรมชาติกำกับการใช้อำนาจของทุกองค์กรรัฐซึ่งปรากฏตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็กรอบแห่งความเป็นนิติรัฐ อาทิ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมาย กับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ นับเป็นคำวินิจฉัยที่จัดเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีให้บทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติในการกำกับควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายต่างๆ รวมไปถึงการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากแทบจะทุกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดๆ ก็ตาม หากมีบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้ง

(3) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมือง หรือการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของพรรคการเมือง (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 65 พรรคสาม มาตรา 68 มาตรา 106 (7) และมาตรา 237 พรรคสอง)

(4) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบการดำเนินงานภายในวงงานของรัฐสภา (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 149 มาตรา 155 และ มาตรา 168)

(5) คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 190 พรรคหก)

(6) คดีเกี่ยวกับการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 91 มาตรา 182 พรรคสาม และมาตรา 233)

(7) คดีเกี่ยวกับการดำเนินการของพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 โปรดดู พรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาหลักนิติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 53 เดือน พฤษภาคม-สิงหาคม 2559 , หน้า 71-72

ต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะวางหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยอันเป็นผลให้บทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้อันเป็นผลมาจากบทบัญญัติของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งได้ดังนี้⁷⁵⁰

(1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “ก่อน” ใช้บังคับเป็นกฎหมาย สามารถจัดกลุ่มคำวินิจฉัยได้ดังนี้

1.1 กรณีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

กลุ่มร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 2/2551 , คำวินิจฉัยที่ 3/2551 , คำวินิจฉัยที่ 4/2551 และกลุ่มร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 1/2554 เป็นต้น

1.2 กรณีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ

กลุ่มร่างพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 16/2551 , คำวินิจฉัยที่ 17/2551 , คำวินิจฉัยที่ 15/2552 และกลุ่มร่างพระราชบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 11/2549 , คำวินิจฉัยที่ 30/2548 เป็นต้น

(2) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ สามารถจัดกลุ่มคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเฉพาะเรื่อง ได้แก่ ความเสมอกันในกฎหมายและการไม่เลือกปฏิบัติอาทิ คำวินิจฉัยที่ 21/2546 , คำวินิจฉัยที่ 45/2546 , คำวินิจฉัยที่ 17/2555 , คำวินิจฉัยที่ 15/2555 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ คำวินิจฉัยที่ 12/2552 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม คำวินิจฉัยที่ 12/2555 , คำวินิจฉัยที่ 4/2556 , คำวินิจฉัยที่ 5/2556 , คำวินิจฉัยที่ 10/2556 , คำวินิจฉัยที่ 11/2556 , คำวินิจฉัยที่ 19-20/2556 สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล คำวินิจฉัยที่ 13/2556 ซึ่งคำวินิจฉัยกลุ่มนี้ล้วนเป็นคำวินิจฉัยที่สำคัญอันเป็นการวางหลักของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประการต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ และได้นำเสนอเนื้อหาไปแล้ว

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่ง การขัดกันแห่งผลประโยชน์ขณะดำรงตำแหน่งทางการเมือง และการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในทางนิติบัญญัติ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 กรณี

⁷⁵⁰ เพ็งอ้าง , หน้า 73-85

การขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) เป็นพิธีกรและรับค่าตอบแทนที่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินเป็นการรับจ้างทำการทำงานตามความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” อันเป็นการกระทำต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ , คำวินิจฉัยที่ 9/2551 กรณีรัฐธรรมนูญ มาตรา 269 วรรคสามบัญญัติให้นำการแจ้งถือครองหุ้นและการรับผลประโยชน์จากการถือครองหุ้นของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมาใช้บังคับกับคู่สมรสของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีด้วย (กรณีการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีของนายไชยา สะสมทรัพย์) , คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 กรณีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสองกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา , คำวินิจฉัยที่ 11/2552 กรณีพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นต้น

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2551 (คดียุบพรรคประชาธิปัตย์)⁷⁵¹ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีเจตนารมณ์ที่จะให้การเลือกตั้งของประเทศเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีบทบัญญัติป้องกันการทุจริตการเลือกตั้งด้วยการใช้เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดซื้อสิทธิซื้อเสียงของประชาชนเพื่อให้ได้รับการเลือกตั้ง อันเป็นวิธีการที่นักการเมืองส่วนหนึ่งใช้กันมานานจนเป็นความเคยชินแล้วกลายเป็นจุดเปราะบางทางการเมืองที่นักการเมืองผู้กระทำไม่รู้สำนึกกว่าเป็นการทำความผิดที่ร้ายแรง ทำให้การเมืองและประชาธิปไตยของประเทศไทยไม่พัฒนาไปสู่ประชาธิปไตยอย่างแท้จริง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศเป็นอย่างมากเนื่องจากนักการเมืองเหล่านี้ เมื่อเข้าสู่อำนาจแล้ว ย่อมใช้อำนาจหน้าที่แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยการทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวงโดยไม่มีความละอาย เพื่อเตรียมไว้สำหรับใช้ในการเลือกตั้งครั้งต่อไปเพื่อให้ได้อำนาจสำหรับแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบต่อไป เป็นวัฏจักรที่เลวร้ายอย่างไม่มีที่สิ้นสุด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงได้กำหนดมาตรการป้องกันและกำหนดวิธีการลงโทษไว้อย่างชัดเจนและเข้มงวดเพื่อป้องกันนักการเมืองที่ไม่สุจริตเหล่านี้ ไม่ให้มีโอกาสเข้ามาก่อให้เกิดความเสื่อมเสียทางการเมือง และเพื่อส่งเสริมนักการเมืองที่ตั้งมั่นอยู่ในสุจริตธรรม ให้ได้มีโอกาสทำภารกิจอันเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนมากยิ่งขึ้นประเด็นที่รองหัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์และกรรมการบริหารพรรคประชาธิปัตย์ กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 พิจารณาแล้วเห็นว่า ประเด็นปัญหาการกระทำ ความผิดของรองหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้อง นั้น ผ่านกระบวนการสืบสวน

⁷⁵¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 126 ตอนที่ 16 ก วันที่ 19 มีนาคม 2552

สอบสวนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ประเด็นที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้วินิจฉัยไว้แล้วนั้น เป็นประเด็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับคดีนี้และเป็นประเด็นที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของ คณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะเป็นผู้วินิจฉัยตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง บัญญัติไว้เป็นการเด็ดขาดว่า ถ้ามีการกระทำผิดของผู้สมัครรับเลือกตั้ง และ ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใด มี ส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำผิดของผู้สมัครรับเลือกตั้งนั้นแล้ว มิได้ยับยั้ง หรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ คดีนี้จึงถือได้ว่า มีเหตุตามกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่าสมควรยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องหรือไม่โดยที่ผู้ถูกร้องเป็นพรรคการเมืองอันเป็นองค์กรที่มีความสำคัญยิ่งของการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย ต้องเป็นแบบอย่างที่ถูกต้อง ซอบธรรม และสุจริต กรณีจึงมีเหตุอันสมควรที่ จะต้องยุบพรรคผู้ถูกร้อง เพื่อให้เป็นบรรทัดฐานพฤติกรรมทางการเมืองที่ดีงาม และเพื่อให้เกิดผล ในทางยับยั้งป้องปรามมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำขึ้นอีกศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเอกฉันท์ จึงวินิจฉัยให้ ยุบพรรคประชาธิปัตย์ และให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์และ กรรมการบริหารพรรคประชาธิปัตย์ เป็นระยะเวลาห้าปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบ พรรคการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ประกอบมาตรา 68 วรรคสี่

จากคำวินิจฉัยในคดีนี้ มีการศึกษาถึงมาตรการยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 237 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ไปใช้ในการแก้ไขปัญหาทุจริตในการ เลือกตั้ง ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ยุบพรรคพลังประชาชน พรรคชาติไทย พรรค มัชฌิมาธิปไตย⁷⁵² โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้มีคำสั่ง/คำวินิจฉัยในการยุบพรรคการเมืองมาโดยตลอด ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันซึ่งในหลายกรณีเป็นพรรคการเมืองขนาดใหญ่และก่อผลกระทบในทาง การเมืองค่อนข้างสูง⁷⁵³ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองจึงนับเป็นอำนาจ พิจารณาวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองที่กำหนด

⁷⁵² โปรดดู ทิพสุดา ญาณภีร์ , การยุบพรรคการเมือง : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคพลัง ประชาชน พรรคชาติไทย และพรรคประชาธิปัตย์ , วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553

⁷⁵³ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองกรณีที่สำคัญอีกกรณีคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 กรณีมี คำสั่งให้ยุบพรรคพัฒนาชาติไทย พรรคแผ่นดินไทย และพรรคไทยรักไทย โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย/คำสั่งในการยุบเลิก พรรคการเมืองตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองที่ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบเลิกพรรค การเมือง นับเนื่องมาตั้งแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีการก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จวบจนปัจจุบัน ซึ่งมีการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่างๆ ในทางปฏิรูปมากมาย โดยจะต้องมีการศึกษาถึงคำ วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับการยุบเลิกพรรคการเมืองต่อไป

อำนาจหน้าที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญไว้ โดยเฉพาะอำนาจในการยุบเลิกพรรคการเมืองอันเป็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการสร้างกลไกในระบอบประชาธิปไตยที่จะส่งผลทำให้พรรคการเมืองมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ เพื่อให้สามารถเป็นสถาบันทางการเมืองที่ประชาชนให้ความเชื่อถือไว้วางใจจนสามารถสร้างความเป็นเอกลักษณ์ให้ปรากฏต่อสาธารณชน ด้วยเหตุนี้จึงกำหนดเหตุแห่งการยุบเลิกพรรคการเมืองโดยคำสั่ง/คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวางบทบาทสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญกับพรรคการเมือง ซึ่งมีผลสำคัญที่ช่วยให้พรรคการเมืองต้องพัฒนาให้เข้มแข็งเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีการบริหารจัดการที่เป็นระบบ มีมาตรฐาน และมุ่งสู่ธรรมาภิบาล⁷⁵⁴ โดยหากพรรคการเมืองใดมีลักษณะในทางการบริหารงานหรือมีเหตุลักษณะต้องห้ามอันไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะต้องถูกยุบเลิกโดยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาคุณภาพตามแนวทางของระบอบประชาธิปไตยอันเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญกับการรักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556⁷⁵⁵ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แม้ว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากละเลยหรือใช้อำนาจอำเภอใจกดขี่ข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อยจะกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมาก จำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือนหรืออำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบและถ่วงดุล เพื่อทัดทานและคานอำนาจ มิใช่แบ่งแยกให้เป็นพื้นที่อิสระของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้

ทั้งนี้ มีการศึกษาพบว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้เป็นคำวินิจฉัยแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่หยิบยกหลักนิติธรรมขึ้นมาวินิจฉัย เนื่องจากก่อนหน้าที่จะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติใดทั้งในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นอธิบายหรือขยายความว่าหลักนิติธรรมหมายถึงอะไร ทั้งไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยใดอธิบายความหมายไว้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคำวินิจฉัยนี้จึงเป็นคำวินิจฉัยแรกที่ให้อรรถาธิบายถึงที่มาและความสำคัญ ตลอดจนผลจากการบังคับใช้หลักนิติธรรมตามที่บัญญัติ

⁷⁵⁴ นพดล เสงเจริญ , ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับบทบาทที่เกี่ยวกับพรรคการเมืองและการเลือกตั้ง , รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 4 , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2548) , หน้า 61

⁷⁵⁵ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 131 ตอนที่ 5 ก วันที่ 8 มกราคม 2557

ไว้ในรัฐธรรมนูญ ถือเป็น “รุ่งอรุณของหลักนิติธรรมไทย” โดยแท้⁷⁵⁶ และจะเห็นได้ว่า จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ศึกษามานั้นเป็นการสะท้อนถึงภารกิจขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญที่มีความผูกพันต่อการรับรองและการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ด้วยกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันถือว่าเป็นบทบาทและภารกิจหลักของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองประชาชนมิให้ถูกระทบกระเทือนจากการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแสดงให้เห็นว่า ได้ปฏิบัติภารกิจที่สำคัญยิ่งในการพิทักษ์คุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁷⁵⁷ อีกทั้งการปรากฏข้อเท็จจริงในเนื้อหาของหลายแนวคำวินิจฉัยนับแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ที่มีการบัญญัติถึง “หลักนิติธรรม” ไว้เป็นครั้งแรกในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้โดยตรงและดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นว่า หลักการทั้งนิติรัฐและนิติธรรมที่มีความสอดคล้องใกล้เคียงกัน หากแต่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศ Civil Law มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม⁷⁵⁸ โดยที่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน

⁷⁵⁶ สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล , หลักนิติธรรมร่วมสมัย จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2560 , หน้า 280

⁷⁵⁷ สิทธิพร เสาภายน , การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ , รายงานการฝึกอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , หน้า 1-2

⁷⁵⁸ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศ Civil Law มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

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

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการคือ (1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน (2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ คณะกรรมการวิสามัญชั้นที่เจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม , สภาร่างรัฐธรรมนูญ , หน้า 2-3 , อ้างไว้ใน พรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์ *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 166* , หน้า 67

มิได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึง “หลักนิติรัฐ” หรือมีถ้อยคำว่า “นิติรัฐ” ไว้โดยตรงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังเช่นคำว่า “หลักนิติธรรม” อันเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติธรรมมากำกับ การใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่ายทุกองค์กรและทุกหน่วยงานของรัฐ ภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยาบยกมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมจึงถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐจะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ⁷⁵⁹ และกระนั้นเองดังจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักนิติธรรมที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐอันแท้จะเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกันมาปรับใช้วางแนวทางในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในลักษณะที่ได้มีการหยิบยกหลักนิติธรรมมาเป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยอย่างมากมาย อันเป็นเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญในการเป็นองค์กรวางกรอบแนวทางและบรรทัดฐานในการพัฒนาหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญในการวางกรอบการใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องเหล่านี้ได้แสดงถึงความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญในการวางกรอบแนวทางของหลักนิติธรรมให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ก็ยังมีลักษณะเป็นการนำหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะความยุติธรรมตามธรรมชาติมาใช้โดยไม่มีการอธิบายในเชิงรูปธรรม อันทำให้หลักนิติธรรมก็ยังเป็นนามธรรมที่จับต้องได้ยาก และยังเป็นวิพากษ์วิจารณ์เรื่องความเหมาะสมในการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยอีกด้วย โดยในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้นพอสรุปได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักนิติธรรมมาเป็นฐานรองรับหลักการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อาทิ เช่น ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมจะกระทำมิได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกินความจำเป็นหรือกระทบกระเทือนสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพจะกระทำมิได้ บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีความผิด เป็นต้น และในส่วนของการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม เช่น หลักไม่ยึดถือเสียงข้างมากโดยละเลยเสียงข้างน้อยอันมีลักษณะเผด็จการรัฐสภา หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หลักประชาธิปไตยคือการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน

⁷⁵⁹ เติ้งอ่าง , หน้า 81-82

ผู้แทนต้องยึดเจตจำนงของประชาชนอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมยิ่งกว่าประโยชน์ของตน เป็นต้น รวมทั้งยังคงต้องกำหนดกรอบหรือแนวทางในการขยายความหลักนิติธรรมเพื่อให้เกิดการยอมรับ โดยเฉพาะแนวทางกฎหมายในอนาคตต่อไป เพื่อสร้างความศรัทธาและความเชื่อมั่นในศาลรัฐธรรมนูญ⁷⁶⁰ ซึ่งการกล่าวถึงหลักนิติธรรมในที่นี้ก็เป็นเพราะว่ารัฐธรรมนูญฯ ได้บัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้โดยตรง โดยยังไม่ปรากฏมีรัฐธรรมนูญฯ ฉบับใดที่กล่าวถึง “หลักนิติรัฐ” ไว้ในเนื้อหาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ โดยตั้งที่จากการศึกษาพบว่า หลักนิติรัฐมีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม และยังคงกล่าวได้ว่า นิติรัฐนับเป็นหลักการและแนวความคิดพื้นฐานที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานควบคู่มากับการก่อตัวของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะระบบกฎหมายรูปแบบ Civil Law ของโลกตะวันตก และมีพัฒนาการถึงจุดสูงสุดนับเนื่องมาแต่ช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17-18 โดยเฉพาะในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสที่วางรากฐานของแนวความคิดนิติรัฐเพื่อเป็นไปในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมีระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกำกับแนวทางของความเป็นนิติรัฐหรือรัฐภายใต้ตัวบทกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักการดังกล่าวสอดแทรกในการก่อเกิดของระบบกฎหมายไทยนับแต่ห้วงเวลาการปกครองในรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 พัฒนาการสืบเนื่องมาควบคู่กับการกำเนิดรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ที่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นปฐมบทของการกำเนิดนิติรัฐในประเทศไทยอย่างเต็มรูปแบบ อันเป็นไปในลักษณะที่สอดรับปรับตัวตามความเป็นพลวัตของบริบทในทางสังคมการเมืองการปกครองของประเทศไทย และเมื่อประเทศไทยได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญเต็มรูปแบบตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จวบจนรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ที่สภาวะในทางการเมืองยังเรียกได้ว่า มีเสถียรภาพเนื่องจากมีรัฐบาลที่มาจากทางเลือกตั้งจากประชาชน อันส่งผลต่อเนื่องให้การพัฒนาาระบบนิติรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญถูกนำมาพัฒนาและวางรากฐาน โดยเฉพาะจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าเป็นองค์กรหลักที่สำคัญในการพัฒนาหลักการของนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาที่ได้รับการสืบทอดของแนวความคิดมาจากโลกตะวันตก ถูกนำมาปรับใช้ให้ปรากฏเป็นรูปธรรม และวางรากฐานของแนวความคิดนิติรัฐในการตีความและการปรับใช้ผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบรรลุเจตนารมณ์สูงสุดในการรักษาความยุติธรรมและผดุงความผาสุกของรัฐอันเป็นภารกิจในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตลอดมา

จากการศึกษาแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรหลักของประเทศไทยที่มีบทบาทในทางตุลาการ โดยมีพันธกิจหลักในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการรักษาเสถียรภาพ

⁷⁶⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 89

ของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทำการพิพากษาคดีที่เกิดจากปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญหรือการนำรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติโดยการตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษารัฐธรรมนูญให้มีความศักดิ์สิทธิ์ สามารถดำรงรักษาไว้ซึ่งระบบการปกครองโดยกฎหมายอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นการใช้กฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นหลักประกันรองรับความยุติธรรมในการปกครองที่เป็นการอาศัยเครื่องมือทางกฎหมายเป็นหลักประกันรองรับการสร้างความสะดวกในการใช้อำนาจการปกครองให้มีความชอบธรรม ทั้งนี้ โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องรักษาระบบการปกครองโดยกฎหมายให้ครอบคลุมในองค์ประกอบพื้นฐาน 3 ประการ คือ (1) การรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมทั้งความเป็นกฎหมายสูงสุด และการเป็นกฎหมายพื้นฐานในการปกครองของรัฐธรรมนูญ (2) การพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมทั้งการรักษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การแก้ไขปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญและการสร้างความก้าวหน้าทางการเมืองการปกครอง และ (3) การบังคับคดีรัฐธรรมนูญให้มีผลผูกพันองค์กรอำนาจหลักทางการเมืองการปกครองครอบคลุมทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ⁷⁶¹ ซึ่งจากการนำเสนอแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ผู้วิจัยเห็นว่า สัมพันธ์กับหลักการพื้นฐานของนิติรัฐทั้งนิติรัฐในเชิงรูปแบบและนิติรัฐในเชิงเนื้อหาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักการต่างๆ มากกล่าวอ้างไว้ในคำวินิจฉัยดังที่นำเสนอมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักการย่อยพื้นฐานของนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานประกอบเหตุผลในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยแม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันจะมีได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึง “หลักนิติรัฐ” หรือมีถ้อยคำว่า “นิติรัฐ” ไว้โดยตรงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังเช่นที่ปรากฏตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันอันเป็นต้นแบบของระบบนิติรัฐก็ตาม โดยในขณะที่ท่ามกลางสภาวะความไม่แน่นอนในทางระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยที่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาแล้วทั้งสิ้นรวม 20 ฉบับ อันเป็นวงจรของระบบการเมืองการปกครองของไทย ซึ่งเห็นได้ว่าพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยสอดคล้องกับบริบทของระบบการเมืองการปกครองและประกาศใช้รัฐธรรมนูญในขณะนั้นอย่างแนบแน่น ที่ในบางช่วงเวลาผู้ปกครองใช้อำนาจรัฐในทางที่ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของนิติรัฐก็ตาม แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า ระบบนิติรัฐในประเทศไทยได้มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องมาตามลำดับ กล่าวคือ หลักการอันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐได้ถูกหยิบยกมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตามลำดับ ซึ่งนับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้กลายเป็นองค์กรสำคัญที่ยืนยันถึงความมีอยู่ของหลักนิติรัฐในประเทศ

⁷⁶¹ เขาวนะ ไตรมาศ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=704>

ไทย และศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจในทางรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยนำหลักการย่อยพื้นฐานของนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัยมาโดยตลอด โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับหลักนิติรัฐประการต่างๆ มีสภาพบังคับและผูกพันต่อการใช้บังคับกฎหมายและบรรดาการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับจากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ได้ก่อคุณูปการต่อนิติรัฐในประเทศไทย เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นนอกจากอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีแล้ว ยังส่งประโยชน์ต่อส่วนรวมทั้งทางตรงและทางอ้อมอีกด้วย ซึ่งเป็นประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับรัฐและระบบการเมือง ประชาชน การปฏิรูปการเมืองการปกครองและประโยชน์ต่อรัฐธรรมนูญเองด้วยดังเช่น⁷⁶²

(1) ประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและระบบการเมืองได้แก่ (1) การรักษาระบอบการเมืองให้เป็นไปตามครรลองของอุดมการณ์ประชาธิปไตย โดยการกำกับควบคุมกลไกการเมืองการปกครองให้อยู่ในกรอบของหลักการปกครองด้วยกฎหมาย (2) การสร้างประสิทธิภาพทางการเมือง โดยการช่วยคลี่คลายสถานการณ์ตึงเครียดจากความขัดแย้งทางการเมืองที่เกิดขึ้นจากปัญหากรณีพิพาทเกี่ยวกับการแข่งขันทางอำนาจ การใช้อำนาจและการเปลี่ยนแปลงอำนาจ (3) การสร้างความสามารถทางการเมืองการปกครอง โดยการช่วยอำนวยความสะดวกให้เกิดดุลยภาพในการจัดระเบียบอำนาจและความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ราบรื่นระหว่างองค์กรอำนาจของกลไกการปกครอง (4) การสร้างศักยภาพของรัฐ โดยการเชื่อมประสานช่องว่างความแตกต่างและเป้าหมายผลประโยชน์ความต้องการร่วมระหว่างรัฐกับประชาชน

(2) ประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนได้แก่ (1) การรักษาและคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการรองรับการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (2) การระงับยับยั้งภัยคุกคามสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการเหนี่ยวรั้งการใช้อำนาจเกินขอบเขตและละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากองค์กรอำนาจรัฐ (3) การส่งเสริมความเข้าใจและสร้างแรงจูงใจในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง โดยการเผยแพร่ความรู้และช่วยแก้ไขข้อพิพาทขัดแย้งในหมู่ประชาชนด้วยตนเอง

(3) ประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิรูปการเมืองการปกครองได้แก่ (1) การดำรงจุดมุ่งหมายของการปฏิรูปการเมืองการปกครองอาทิเช่น การจำกัดควบคุมอำนาจของบุคคลและองค์กรอำนาจในฝ่ายปกครองให้อยู่ในกรอบของความชอบตามรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิประโยชน์ของผู้ได้ปกครองโดยการคุ้มครองป้องกันและแก้ไขการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การรักษาเสถียรภาพและประสิทธิภาพของระบบการเมือง (2) การกำกับกระบวนวิธีปฏิบัติของการ

⁷⁶² เขาวานะ ไตรมาศ , อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 86 , หน้า 48-50

ปฏิรูปการเมืองการปกครองอาทิเช่น การกำกับกระบวนการวิธีในการบังคับใช้กฎหมาย กระบวนการวิธีในการควบคุมพฤติกรรมทางอำนาจของผู้ปกครอง กระบวนการวิธีในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการส่งเสริมการมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองของประชาชน (3) การกำหนดกลไกปฏิบัติในการปฏิรูปการเมืองการปกครองอาทิเช่น การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งจากการใช้อำนาจ และปัญหาข้อขัดขัดหรืออุปสรรคในการใช้อำนาจให้แก่องค์กรอิสระต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญให้เกิดดุลยภาพในการใช้อำนาจและประสานสัมพันธ์ภาพทางอำนาจระหว่างองค์กรให้ดำเนินไปด้วยความราบรื่นก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการส่งเสริมการปฏิรูปการเมืองการปกครองตามเจตนารมณ์เป้าหมายของรัฐธรรมนูญ

(4) ประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้แก่ (1) การธำรงรักษาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยการกำกับควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอำนาจและตีความการใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (2) การบำรุงรักษารัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคงมีเสถียรภาพลดการเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงและตอบสนองต่อความต้องการใหม่ๆ ในทางปฏิบัติ (3) การรักษาความศักดิ์สิทธิ์และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการวินิจฉัยร่างกฎหมายและกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นเด็ดขาดและมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และองค์กรของรัฐ

จะเห็นได้ว่านับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ก่อผลกระทบต่อระบบการเมืองและเกิดทั้งข้อสนับสนุนในทางบวกและข้อวิพากษ์ในทางลบมาโดยตลอด โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่หยิบยกมานำเสนอ รวมทั้งคำวินิจฉัยอื่นๆ หลากหลายคำวินิจฉัยได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง และหลายแนวคำวินิจฉัยได้สร้างมาตรฐานทางสังคมให้เป็นรูปธรรม และยกมาตรฐานการดำเนินงานขององค์กรของรัฐอันเป็นการวางแนวบรรทัดฐานอันเป็นการสร้างกลไกในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง การใช้อำนาจในทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายปริมาณผลในทางจัดตั้งความเป็นสถาบัน (Institutionalization) ให้แก่องค์กรศาลรัฐธรรมนูญในระบบการเมืองของประเทศไทยให้ปรากฏเด่นชัด และเป็นองค์กรสุดท้ายที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรต่างๆ ในทางการเมืองและระบบรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยุติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาการทางการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนของไทย แต่อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยสภาวะความไม่แน่นอนในทางระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยที่ในบางช่วงเวลาการใช้อำนาจรัฐในทางที่ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดของนิติรัฐ ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในห้วงเวลาที่รัฐปกครองในรูปแบบผู้ปกครองที่มีการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จและมีบทบัญญัติ

ทางกฎหมายในทางที่ไม่สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิและสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้กลไกในการใช้บังคับกฎหมายขององค์กรของรัฐ รวมทั้งเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่บางกรณีอาจมีปัญหาในทางกระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ

4.5 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ

ในการพิจารณาปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลไม่ว่าศาลใดก็ตามย่อมมีผลกระทบอยู่ 2 ประการ ประการแรกคือ กระทบเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่ความหรือหลักคำวินิจฉัยศาลผูกพันเฉพาะคู่กรณี (Res judicata) อันเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ นานาชาติว่าคำวินิจฉัยยอมผูกมัดเฉพาะผู้ที่เป็นคู่กรณีหรือคู่พิพาทเท่านั้น คำวินิจฉัยจะไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ซึ่งผลกระทบจะมาน้อยหรือแล้วแต่ผลของคำพิพากษาในแต่ละคดี และประการที่สองที่นับว่าสำคัญคือ ผลกระทบอันผูกพันและไปถึงบุคคลทั้งหลายทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นหรือไม่เป็นคู่ความก็ตาม (Res commun) ซึ่งในกรณีศาลอื่นไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารจะหาคำวินิจฉัยที่เป็น Res commun ยาก กรณีของศาลรัฐธรรมนูญนี้จะมีคำวินิจฉัยที่ให้ผลกระทบทั้งสองอย่าง คือ ผลกระทบต่อบุคคล องค์กร หรือพรรคการเมืองที่เป็นคู่กรณี แต่เนื่องจากเรื่องอันเป็นเหตุแห่งคดีนี้เกี่ยวพันกันกับบุคคลเป็นอันมากซึ่งอาจจะทั้งประเทศ คำวินิจฉัยที่วินิจฉัยลงไปย่อมส่งผลกระทบต่อทั้งหมด Res commun คือผลกระทบเป็นการทั่วไป มีผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง วัฒนธรรม วิถีชีวิตและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งหาไม่ได้ในคำวินิจฉัยของศาลอื่น ในอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจพิเศษที่เรียกว่า Judicial Review และเมื่อใดที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปใช้อำนาจ Judicial Review เรื่องนั้นแปลว่ากำลังจะทำให้เกิดผลกระทบอันเรียกว่า Res commun มีความรุนแรง ซึ่งไม่อาจเห็นในศาลอื่นเท่าใดนัก⁷⁶³ โดยเมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางกรณี

⁷⁶³ วิชญ์ เครืองาม , วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , การบรรยายเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2548 ณ ที่ทำการศาลรัฐธรรมนูญ ถนนจักรเพชร กรุงเทพฯ , สรุปลงความโดย นกตล ช.สรพงษ์ , ผลกระทบกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 11 “ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2556) , หน้า 298-301

อาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ ในหัวข้อนี้จึงมุ่งหมายนำเสนอถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยวิเคราะห์ปัญหาจากการที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางกรณีอาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ โดยหยิบยกตัวอย่างกรณีศึกษาที่สำคัญมานำเสนอโดยสรุปรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.5.1 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความเสมอภาค

จากการพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นว่าการเขียนรัฐธรรมนูญให้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความเสมอภาคมิได้เป็นหลักประกันจะมีหลักเสมอภาคเกิดขึ้นได้ในทางกฎหมายการสร้างกลไกเพื่อคุ้มครองหลักความเสมอนั้นเป็นสิ่งจำเป็น โดยรัฐธรรมนูญได้มอบความไว้วางใจให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการคุ้มครองหลักการดังกล่าว ผ่านกระบวนการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้สองระยะคือ ก่อนที่กฎหมายจะตราขึ้นใช้บังคับ กับหลังจากที่กฎหมายนั้นตราขึ้นใช้บังคับแล้วปัญหาการถูกระทบ กระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการบังคับใช้กฎหมายนั้นอาจกล่าวได้ว่า มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ทางตรงก็ทางอ้อมจากการละเลยหลักความเสมอภาคอันเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรมที่สำคัญของทุกสังคมในโลก ซึ่งประเทศไทยก็เริ่มต้นต่อการพัฒนาการใช้การตีความหลักความเสมอภาค โดยผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรสำคัญในการคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นความจำเป็นของการมีกลไกควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพควบคู่ไปกับการเพิ่มเติมสิทธิเสรีภาพใหม่ๆที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷⁶⁴ โดยการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาคที่เป็นหลักเกณฑ์อันสำคัญยิ่งประการหนึ่งที่จะทำให้การใช้สิทธิเสรีภาพบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายได้รับรองและคุ้มครอง โดยจะก่อให้เกิดการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันของประชาชน และเกิดความยุติธรรมแก่ทุกกรณีจากการที่รัฐมีความผูกพันที่ต้องออกกฎหมายมาใช้กับประชาชน การบังคับใช้กฎหมายที่ออกมานั้นแก่ประชาชนและการเยียวยาสิทธิให้แก่ประชาชน ทั้งนี้การที่จะบรรลุผลตามหลักความเสมอภาคได้นั้นย่อมต้องอาศัยความเข้าใจและตระหนักในสิทธิของประชาชนในการกล่าวอ้างถึงหลักความเสมอภาคต่อรัฐและขณะเดียวกันองค์กรของรัฐก็ต้องปฏิบัติต่อประชาชนโดยเคารพหลักความเสมอภาคเป็นสำคัญ จึง

⁷⁶⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นจากเว็บไซต์

จะทำให้หลักความเสมอภาคเกิดผลในทางปฏิบัติได้⁷⁶⁵ ซึ่งจากการศึกษาแนวความคิดพื้นฐานของหลักนิติรัฐและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับนิติรัฐในทางเนื้อหาแล้วพบว่า หลักความเสมอภาคมีความเชื่อมโยงสอดคล้องอย่างแนบแน่นกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาปัญหาเรื่องหลักความเสมอภาคในประเทศไทยยังมีปัญหาในเรื่องการเลือกปฏิบัติตามหลักการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ปรากฏให้เห็น เป็นต้นว่าสิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ โดยการเอื้ออำนาจหรือการสนับสนุนให้พลเมืองของรัฐสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ได้แก่ การให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการสอบคัดเลือก การเอื้ออำนาจในการรับสมัครให้กระจายไปอย่างทั่วถึง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเท่าเทียมกันและอย่างทั่วถึงโดยไม่จำกัดอยู่แต่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ⁷⁶⁶ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และยังไม่สอดคล้องกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁷⁶⁷ กล่าวคือ ดังที่ได้นำเสนอเนื้อหาของคำวินิจฉัยไว้ในหัวข้อ 4.2.2.2 ถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับหลักความเสมอภาคแล้วพบว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ที่พิจารณกรณีทนายความผู้พิการถูกปฏิเสธการสมัครสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษา ภายหลังจากที่คณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเป็นข้าราชการตุลาการเห็นว่าทนายความผู้สมัครที่เป็นโปลิโอ มีร่างกายไม่เหมาะสมตามกฎหมายระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และที่ประชุม กต. ก็เห็นชอบด้วยกับความเห็นดังกล่าวจึงมีมติไม่รับสมัคร โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ไม่มีปัญหาด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 นั้น⁷⁶⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อ้างเหตุผลเรื่องความจำเป็นและความเหมาะสม เพื่อสนับสนุนลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นของมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เมื่อวิเคราะห์ศึกษาในทางวิชาการอย่างจริงจังได้มีทัศนะว่า “น่าจะเป็นคำ

⁷⁶⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักความเสมอภาค, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=3>

⁷⁶⁶ จุฬารัตน์ ยะปะนันท์, หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Non-Discrimination), สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b16%20jun_1_4.pdf

⁷⁶⁷ จิตรารัตน์ พันธุ์พิจิตร, ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง กรณีความเสมอภาคในการเข้ารับราชการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547

⁷⁶⁸ หมายเหตุผู้วิจัย รายละเอียดคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 นำเสนอไว้ในเชิงอรรถที่ 146

วินิจฉัยที่ผิดพลาดบกพร่องบนฐานของความไม่รู้ และความรู้สึกในทางลบต่อคนพิการ มากกว่าตระหนักเคารพต่อหลักการพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐธรรมนูญ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักการตีความกฎหมาย” โดยนัยนี้ บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดลักษณะต้องห้ามอย่างกว้างๆ คลุมเครือว่า มีกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ ย่อมจัดเป็นกฎหมายที่ไม่ยอมรับต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเท่าเทียมกันของคนพิการ ที่เปิดช่องให้มีการใช้ดุลยพินิจเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมภายใต้ข้ออ้างเรื่องความไม่เหมาะสม⁷⁶⁹ ซึ่งภายหลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวนับได้ว่า คำวินิจฉัยนี้เป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สร้างผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อย่างเด่นชัดที่สะท้อนให้เห็นถึงทัศนคติในเชิงนิติวิธีของศาลต่อประเด็นผู้พิการ และได้ปรากฏมีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยกรณีไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ได้วางหลักการสำคัญว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองและตามมาด้วยการย้าว่าการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ นับเป็นการวางหลักนิติปรัชญาของรัฐไทยสมัยใหม่ที่ผูกมัดองค์กรทั้งหมด รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญให้ต้องพิจารณาหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นรากฐานของสิทธิมนุษยชน เชื่อมโยงกับกฎหมายและการใช้อำนาจทางกฎหมายในทุกกรณี อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15/2555 เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยนี้ไปแล้ว ดังที่นำเสนอไว้ในหัวข้อ 4.4.2.2.2

4.5.2 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความได้สัดส่วน

การใช้อำนาจรัฐจะกระทำการใดอันเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพประชาชน นอกจากต้องคำนึงถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังต้องคำนึงถึง “หลักความได้สัดส่วนด้วย” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักความได้สัดส่วนมีรากฐานจากหลักความยุติธรรมที่ต้องคำนึงถึงทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนับเป็นหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานต่างๆ ในทางระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพกล่าวคือ เป็นหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมิให้ใช้มาตรการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร หรือต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็นหรือเกินสมควร โดยต้องนำหลัก

⁷⁶⁹ จรัญ โฆษณานันท์ , ความพิการของกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายกรณีสองทนายความโปลิโอ , วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน 2546 , หน้า 31-32

ความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยจากการศึกษา ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความได้สัดส่วนในหลายกรณีดังตัวอย่างคำวินิจฉัยอาทิ⁷⁷⁰

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2552⁷⁷¹ คดีนี้เป็นคดีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ซึ่งเป็นการส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อความในบทบัญญัติของ ร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ในส่วนเนื้อหา ข้อความทั้ง 51 มาตรา รวมทั้งในส่วนนำตอนต้น (คำปรารภ) ของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว เห็นว่า มีความสอดคล้องและไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2552⁷⁷² คดีนี้เป็นคดีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. ซึ่งเป็นการส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า ข้อความในบทบัญญัติของร่างกฎหมาย ดังกล่าวในส่วนเนื้อหาข้อความทั้ง 45 มาตรา รวมทั้งในส่วนคำปรารภของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วเห็นว่า มีความสอดคล้องและไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนมีฐานะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญโดยที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งจากหลักการดังกล่าว เป็นผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติหรือที่เรียกชื่ออย่างอื่น ต้องปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้เนื่องจากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงขัดกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจากการพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะนำหลักความได้สัดส่วนมารับรองวางเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพไว้ในบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยเนื้อหา

⁷⁷⁰ ดิเรก สุขสว่าง , *อ้างถึงในเชิงอรรถที่ 143* , หน้า 133-135 และ 141-142

⁷⁷¹ โปรดดูรายละเอียดของคดีได้ในเว็บไซต์

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center8_52.pdf

⁷⁷² โปรดดูรายละเอียดของคดีได้ในเว็บไซต์

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/center17_52.pdf

ของร่างกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาโดยสรุป สำหรับการปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการวินิจฉัยร่างกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว เห็นว่าช่วงหลังปี 2550 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วินิจฉัยเนื้อหาของร่างกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้ถ้อยคำอย่างกว้างๆ ว่าข้อความของร่างกฎหมายทั้งหมด ไม่มีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากการวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยเนื้อหาของร่างกฎหมายในช่วงก่อนปี 2550 เป็นคำวินิจฉัยที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แล้ว แม้จะยังไม่ค่อยจะชัดเจนก็ตาม ส่วนคำวินิจฉัยที่ได้วินิจฉัยในช่วงหลังปี 2550 ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อธิบายให้เห็นภาพถึงการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดแล้ว อาจกล่าวได้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในระยะแรกดูเหมาะสมกว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในระยะหลัง เนื่องจากได้วินิจฉัยลงไปเนื้อหาของมาตราที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แม้คำวินิจฉัยในกลุ่มนี้จะไม่ค่อยชัดเจนมากนักก็ตาม ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจมีผลกระทบต่อหลักความได้สัดส่วนในแง่ของการวินิจฉัยตรวจสอบร่างกฎหมายที่อาจมีเนื้อหาในทางจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่เป็นไปตามกรอบของหลักการพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน

4.5.3 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประกอบกับการวิเคราะห์และอภิปรายผลที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ถึงหลักการและแนวความคิดตลอดจนนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนแล้ว พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญยึดการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนในปัจจุบันมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นที่มาที่สำคัญ ซึ่งการตีความเพื่อชี้ขาดข้อกฎหมายเหล่านี้ก็เป็นการวางหลักกฎหมาย ซึ่งถือเป็นที่มาของกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่ง ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปก็เป็นที่มาของกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่งซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ศาลเพียงแต่ค้นหาและนำมาสร้างกฎเกณฑ์เพื่อปรับใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง มิใช่เป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้นนิติวิธีในกฎหมายมหาชนเป็นไปในลักษณะของการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะที่ต้องดำเนินไปได้ในขณะเดียวกันก็ต้องประสานประโยชน์สาธารณะให้เหมาะสมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนตามสมควร⁷⁷³ การใช้และการตีความกฎหมายจึงเป็นไปในลักษณะของการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะในทางมหาชนกับผลที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี

⁷⁷³ สุนทร มณีสวัสดิ์, ที่มาและนิติวิธีในกฎหมายมหาชน, หน้าที่ 1 เอกสารการสอนชุดวิชา 41712 กฎหมายปกครองชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, หน้า 20

ซึ่งปัญหาการใช้อำนาจโดยองค์กรตุลาการที่อาจขัดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้
อำนาจโดยองค์กรตุลาการในที่นี่หมายรวมถึงศาลอื่นๆ ด้วย อันกล่าวได้ว่า หลักการต่างๆ
ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพนับเป็นรากฐานของหลักกฎหมายมหาชนล้วนเป็นไปเพื่อเจตนารมณ์ของการ
รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น ซึ่งหากไม่มีองค์กรสูงสุดในการตรวจสอบ
ความเป็นเอกภาพในการตีความเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความ
เรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ และในอีกด้านหนึ่ง การให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถ
ตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลอื่นเฉพาะในขอบเขตการตีความรัฐธรรมนูญได้ย่อมเป็นการแสดงให้เห็น
ได้ว่าศาลต่างๆ นั้นย่อมถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การที่
จะพิจารณาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลอื่นๆ ว่า ใช้และตีความกฎหมายขัดต่อ
สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องอาศัยเวลาในการพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องดังกล่าว
รวมทั้งยังต้องอาศัยประสบการณ์ของศาลรัฐธรรมนูญ ที่แสดงให้เห็นที่ประจักษ์ว่าเป็นองค์กรที่วินิจฉัย
เรื่องต่างๆ โดยวางอยู่บนหลักพื้นฐานในทางกฎหมายที่ถูกต้อง เป็นองค์กรที่ให้หลักประกันทั้งต่อ
องค์กรตุลาการและต่อปัจเจกบุคคล ดังนั้น การพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้จึงมิได้ขึ้นอยู่กับประเด็น
ในทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในทางสังคมว่าบุคคลในสังคมได้ให้ความ
เชื่อถือไว้วางใจต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่เพียงใด⁷⁷⁴ ซึ่งการวินิจฉัยตีความกฎหมายของศาล
รัฐธรรมนูญที่ผ่านมาบางกรณีได้ปรากฏลักษณะของการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในทางจำกัด
สิทธิและเสรีภาพบางประการ ยกตัวอย่างอาทิ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 อันเป็นกรณี
ห้ามฉายภาพยนตร์เนื่องจากมีเนื้อหาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยกระทบ
ต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 การยุบพรรค
การเมือง ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองเสรีภาพและการดำเนินกิจกรรมของพรรค
การเมือง⁷⁷⁵ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อาจกระทบต่อสิทธิ

⁷⁷⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ , ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 [ตอนที่
1] , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=407>

⁷⁷⁵ การใช้มาตรการยุบพรรคการเมืองในประเทศไทยยังคงเป็นปัญหา เนื่องจากเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองแล้ว
ในหลายกรณีปรากฏว่าผลของคำสั่งนั้นไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองเสรีภาพและดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองตามกฎหมาย
รัฐธรรมนูญ ทั้งยังส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของปัจเจกบุคคลในพรรคการเมือง อันได้แก่หัวหน้า
พรรคการเมืองและคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองจนเกินสมควร ทำให้การใช้เสรีภาพทางการเมืองในระบบประชาธิปไตย
ของประชาชนไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยแท้จริง ดังเช่นกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3-5/2550 ที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรค
ไทยรักไทยและตัดสิทธิเลือกตั้งหัวหน้าพรรคและคณะกรรมการบริหารพรรคเป็นระยะเวลา 5 ปี เพราะเหตุที่มีการตกลงจ้าง
พรรคเล็กให้ส่งสมาชิกลงสมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการรับจ้างเพื่อกระทำการซื้อเสียง ซึ่งเกิดจากการกระทำ
ของคณะกรรมการบริหารของพรรคบางคนเท่านั้น แต่ผลของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับมีผลถึงหัวหน้าพรรคการเมืองและ
กรรมการบริหารพรรคการเมืองอื่นให้ถูกตัดสิทธิทางการเมืองไปด้วย , รัชนิกุล อุตราศาสตร์ , ปัญหาทางกฎหมายในการยุบพรรค

และเสรีภาพของประชาชนในบางกรณีนั้น อาจมิใช่ผลกระทบที่เกิดจากเนื้อหาของคำวินิจฉัยโดยตรง ดังตัวอย่างข้างต้นการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นก็ดี หรือเสรีภาพและการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองจากการยุบพรรคการเมืองก็ดี เป็นกรณีที่มีกฎหมายควบคุมกำกับการใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการของประชาชนต้องเป็นไปภายใต้กรอบของกฎหมายและรวมถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมไปถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันเป็นไปตามหลักการประชาธิปไตยของพรรคการเมือง ซึ่งกรณีผลกระทบจากการยุบพรรคการเมืองนี้สอดคล้องกับข้อเสนอแนะที่ว่า ในการพิจารณามาตรการที่เหมาะสมในการใช้และตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญต้องเคารพหลักเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมือง สิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อศาล สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ⁷⁷⁶

โดยที่เมื่อพิจารณาถึงการศึกษานโยบายในทางวิชาการที่ศึกษาพบผลกระทบที่เกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนในบางกรณีทั้งหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁷⁷⁷ และปรากฏการศึกษาที่สอดคล้องกันว่า หากคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญเกิดความผิดพลาดบกพร่องก็อาจสร้างผลกระทบต่อระบบกฎหมายหรือในบางกรณีอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁷⁷⁸ ซึ่งจากกรณีดังกล่าว เมื่อพิจารณาถึงหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ถือเป็นหลักกว่าประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายมาจำกัด ในขณะที่เดียวกันรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินภารกิจอันเกี่ยวกับการบริการสาธารณะให้บรรลุวัตถุประสงค์ รัฐจึงต้องมีอำนาจที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นไปเพื่อสนองประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม อำนาจของรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นอำนาจภายใต้นิติรัฐ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่รัฐได้รับมาจากกฎหมายและกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็คือกฎหมายที่มาจากประชาชนโดยผ่านทางผู้แทนของตน ดังนั้น แท้ที่จริงแล้วผู้ที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การเมืองในประเทศไทย , วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2557 , บทคัดย่อ

⁷⁷⁶ ณรงค์เดช สรุโฆษิต , *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 92* , หน้า 11

⁷⁷⁷ พูนเพิ่ม กฤษณะวณิช, ผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและองค์ กรที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2553 , บทคัดย่อ

⁷⁷⁸ พุฒิพันธ์ อภิไชยวาทย์ , การทบทวนคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2555 , บทคัดย่อ

ของประชาชนก็คือ ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจนั่นเอง⁷⁷⁹ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่าการวินิจฉัยตีความ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับแก่คดีหรือในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการพิจารณาวินิจฉัยคดี ซึ่งในบางกรณีอาจเป็นไปได้ในลักษณะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้น หากขณะในห้วงเวลาดังกล่าว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีบางบทบัญญัติที่มีลักษณะไม่เป็นไปตาม แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมดังเช่น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวต่างๆ หรือคำสั่ง/ประกาศของคณะปฏิวัติบางฉบับที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในทางกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมถึง การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางประการ ย่อมเป็น “ปัจจัย” ที่ส่งผลโดยตรงต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจวางบทบาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เท่าที่ควร อย่างไรก็ตาม โดยเนื้อหาแล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมิได้ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตีความโดยใช้ “หลักความสมดุลของนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน” โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของมหาชนเป็นสำคัญ หากแต่บริบทของสภาวะในทางระบบการเมือง เช่น การใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวต่างๆ หรือคำสั่ง/ประกาศของคณะปฏิวัติบางฉบับที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่อาจมีบทบัญญัติในทางกระทบสิทธิและเสรีภาพซึ่งนับได้ว่า เป็นปัจจัยอันอาจก่อผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในบางกรณี

4.5.4 ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีสำคัญหลายคดีที่ผ่านมาได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในวงกว้าง และมีการศึกษาว่า เป็นคำวินิจฉัยที่อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความถูกต้องเป็นธรรม และหลายคดีศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีโดยได้ก้าวล่วงการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรอื่นโดยไม่มีอำนาจและขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ จนนำมาสู่ความหวาดระแวงสงสัยว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ให้สมกับความคาดหวังของประชาชนและภารกิจที่รัฐธรรมนูญได้มอบหมายไว้หรือไม่ และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีอิสระหรือไม่ จนเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สังคมไทยเกิดความขัดแย้งทางสังคมและทางการเมืองที่รุนแรง

⁷⁷⁹ ธารณี องค์กรสุทธีสวัสดิ์ , ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยประกาศห้ามทำและเผยแพร่โพลเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550 , หน้า 40

อย่างที่ไม่เคยมีปรากฏมาก่อน⁷⁸⁰ รวมถึงมีข้อวิพากษ์ วิจารณ์ถึงขอบเขตการใช้อำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายขอบเขตการตัดสินเกินเลยไปจากอำนาจของตัวเอง ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญเองควรมีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีบทบัญญัติกฎหมายที่ออกมาใหม่ว่าขัดแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น แต่จากการพิจารณาคำวินิจฉัยในอดีตของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการขยายอำนาจหรือขอบเขตในการวินิจฉัยออกไปจากอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่⁷⁸¹ อาทิศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่าการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง นอกจากนี้แล้ว ในคำวินิจฉัยก็ได้กำหนดให้การเลือกตั้งและผลที่เกิดขึ้นจากการเลือกตั้งนั้น "เสียไป" หรือ "เป็นโมฆะ" ตามที่กล่าวอ้างกันไปทั่วจึงเกิดคำถามสำคัญว่าอะไรคือผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องใหญ่ๆ เช่นนี้ น่าจะมีความชัดเจนมากกว่านี้และกำหนดให้ชัดเจนไปเลยว่า ผลเป็นอย่างไร คำวินิจฉัยที่ขาดความชัดเจน เกิดข้อโต้แย้งและเกิดปัญหาในการนำไปปฏิบัติถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่บกพร่อง⁷⁸² และยังมีข้อโต้แย้งทางวิชาการหลายประการ ทั้งในประเด็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการรับเรื่องไว้พิจารณาวินิจฉัย ข้อกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างอิงในการวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีและประธานกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจร่วมกันในการกำหนดวันเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปขึ้นใหม่ได้ รวมถึงความไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำวินิจฉัยได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้อาจสืบเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนเพียงพอของตัวบทกฎหมายหรือหลักการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งโดยหลักการองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องอาจดำเนินการ

⁷⁸⁰ อุกฤษ มงคลนาวิน, ข้อเสนอปรับปรุงศาลรัฐธรรมนูญ , สืบค้นจากเว็บไซต์ http://www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20130423_cc.pdf

⁷⁸¹ พีร์ พงศ์พิพัฒน์พันธ์ , อำนาจตุลาการที่ยึดโยงกับประชาชน , สยามรัฐออนไลน์ วันที่ 19 พฤศจิกายน 2560 , สืบค้นจากเว็บไซต์ <https://siamrath.co.th/n/26658>

⁷⁸² นันทวัฒน์ บรมานันท์ , คำวินิจฉัยที่บกพร่อง , บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 340, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1953>

แก้ไขปัญหาดังกล่าว⁷⁸³ จะเห็นได้ว่า จากตัวอย่างคำวินิจฉัยที่หยิบยกมานั้นเป็นเพียงหนึ่งในหลายกรณี ที่ศาลรัฐธรรมนูญถูกโต้แย้งในทางวิชาการถึงผลของคำวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญและปรากฏข้อสังเกตของสาธารณะว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีการตีความบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญในทางขยายขอบเขตอำนาจของตนเองจนไปก้าวล่วงอำนาจของสถาบันผู้ใช้อำนาจ อธิปไตยของรัฐองค์กรอื่นๆ จนเสมือนประหนึ่งว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเอง สภาพ ปัญหาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงค่อนข้างปรากฏ เด่นชัดเป็นอย่างมาก เนื่องจากในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญได้เปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ อำนาจวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนที่ไปกระทบต่อปริมณฑลในทางการเมืองของฝ่าย บริหารอย่างกว้างขวาง หรือแม้กระทั่งไปก้าวล่วงการวินิจฉัยตีความถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ด้วยเหตุที่ระบบการเมืองต้อง อาศัยรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนการใช้อำนาจของสถาบันทางการเมืองการปกครอง ทั้งหลาย และในขณะเดียวกันระบบการเมือง โดยเฉพาะระบบทางการเมืองที่ปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย เป็นระบบที่จำเป็นต้องจำกัดควบคุมอำนาจด้วยนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อไปถึง ความจำเป็นในการใช้รัฐธรรมนูญเพื่อกำกับควบคุมการใช้อำนาจของสถาบันทางการเมืองการ ปกครองในทางอ้อมอีกทางหนึ่งด้วยในการจำกัดควบคุมอำนาจของสถาบันทางการเมืองการปกครอง โดยอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการกำกับควบคุมนั้น เป้าหมายหลักมิได้เป็นมาตรการเชิงรับ เพื่อการปกป้องคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเองโดยตรง แต่เป็นมาตรการเชิงรุกที่จะใช้รัฐธรรมนูญในการ ปกป้องคุ้มครองสถาบันทางการเมืองการปกครองด้วยกันเองและปกป้องคุ้มครองประชาชนจาก สถาบันทางการเมืองการปกครองเป็นเป้าหมายสำคัญดังนั้นการรักษาหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ การควบคุมสภาพการบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญ การสร้างความสืบเนื่องของรัฐธรรมนูญ การอุดช่องว่าง ของรัฐธรรมนูญ การสร้างบรรทัดฐานของรัฐธรรมนูญ และการวางธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ ล้วนเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องนำมาใช้ในการฟื้นฟูรัฐธรรมนูญให้คงสภาพของการบังคับใช้ให้มีความ สืบเนื่องต่อไปได้ ซึ่งในการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว ย่อมจำเป็นที่จะต้องสร้างกลไกป้องกัน รัฐธรรมนูญในรูปของการตีความรัฐธรรมนูญเป็นมาตรการหลัก⁷⁸⁴ ซึ่งจากการพิจารณาการตัดสิน วินิจฉัยคดีขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอาทิเช่น ศาลสูงอเมริกันจะไม่ ก้าวล่วงไปถึงกระบวนการภายในของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร รวมถึงรัฐธรรมนูญอเมริกันได้วาง

⁷⁸³ จุฑาลักษณ์ จำปาทอง , บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2557 กรณีการกำหนดวันเลือกตั้งใหม่เป็นการทั่วไป , บทความวิชาการ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปีที่ 4 ฉบับที่ 3 กุมภาพันธ์ 2557 , หน้า 26-27

⁷⁸⁴ เขวณะ ไตรมาศ , รัฐธรรมนูญ : ทำไมต้องตีความ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=709&Page=1>

ระบบที่เรียกว่า “การแก้ไข” หรือ Amendment ที่การตีความของศาลสูงอเมริกันนั้นอาจถูกลบล้าง (Overrule) ได้ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลจึงไม่ใช่เป็นคำตัดสินสุดท้ายที่จะแก้ไขอะไรไม่ได้อีกต่อไป นอกเหนือไปจากระบบการถ่วงดุลศาลจากประชาชนในเชิงของการยอมรับของสาธารณะหรือ Public Acceptance ที่คำตัดสินของศาลจะต้องได้รับการยอมรับและต้องไม่ขัดแย้งกับมติสาธารณะจนเป็นเหตุให้เกิดความขัดแย้งกันในระหว่างหมู่ชนหรือประชาชนโดยทั่วไป⁷⁸⁵ จากหลักคิดดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า การวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลของต่างประเทศได้จำกัดขอบเขตอำนาจของตนเองให้อยู่ภายในบริบทของความเป็นสถาบันตุลาการ และเคารพต่อสถาบันอำนาจอื่น ๆ ทั้งองค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และรวมไปถึงองค์กรอื่นของรัฐ โดยไม่ก้าวล่วงการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตปริณทลของตน โดยเฉพาะปริณทลทางการเมืองที่มีความเปราะบาง (Sensitive) เป็นอย่างสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคำนึงถึงมติมหาชนซึ่งสะท้อนได้ซึ่งเจตจำนงสูงสุดอันเป็นความคาดหวังของสังคมสาธารณะต่อสถาบันศาลรัฐธรรมนูญ

จากบทวิเคราะห์ข้างต้นมิได้มีเจตนาที่จะมุ่งคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะเป็นที่ทราบกันดีว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการแล้ว ทุกองค์พพในส่วนที่เกี่ยวข้องจะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นเด็ดขาดและเป็นที่สุดภายใต้ระบบนิติรัฐ ด้วยเหตุเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตระหนักว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี องค์กรอื่นของรัฐและศาลเองด้วยและถือเป็นที่สุดเด็ดขาด ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อันสะท้อนถึงความ เป็นองค์กรสูงสุดในทางการเมืองของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญ และชี้ให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการวางบรรทัดฐาน กำหนดกฎเกณฑ์ให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นรูปธรรมที่มีผลผูกพันที่จะต้องกระทำตาม (binding) เสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงแต่เป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ดำรงคงอยู่และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีสถานะเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการทำคำวินิจฉัยเพื่อวางบรรทัดฐาน กล่าวคือ หากเป็นคำวินิจฉัยที่ยุติธรรมถูกต้องเหมาะสมชัดเจน และเป็นไปบนหลักการและพื้นฐานของกฎหมายแล้ว ย่อมจะส่งผลในทางสร้างคุณูปการให้โครงสร้างของสังคมการเมือง ระบบกฎหมายมหาชน และระบอบการปกครองของประเทศพัฒนาไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของระบบนิติรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม หากคำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมหรือปราศจากยุติธรรม หรือเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นปัญหาต่อหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชน อันส่งผลให้โครงสร้างของสังคมการเมือง ระบบ

⁷⁸⁵ พีร์ พงศ์พิพัฒน์พันธุ์, *อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 194*

กฎหมายมหาชน และระบอบการปกครองของประเทศถดถอย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็
จะดำรงอยู่ในระบบกฎหมายไทยไปตลอด โดยต้องรองจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลง
แนวคำวินิจฉัยนั้นต่อไป

จากการนำเสนอการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในหัวข้อ 4.4
จะพบว่า บางคำวินิจฉัยที่หยิบยกมานำเสนอนั้น แม้เป็นคำวินิจฉัยที่สัมพันธ์กับแนวคิดนิติรัฐที่ศาล
รัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักการต่างๆ มากกล่าวอ้างประกอบเป็นเหตุผลในคำวินิจฉัย แต่บางกรณีอาจมี
ปัญหาในทางวิชาการที่กระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของนิติรัฐ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาล
รัฐธรรมนูญที่ผ่านมาพบว่า หลายกรณีในบางคำวินิจฉัยจะก่อผลทั้งในทางบวกและทางลบ โดยที่อาจ
กล่าวได้ว่าบางคำวินิจฉัยจะปรากฏทั้งข้อสนับสนุนและข้อวิพากษ์ไปควบคู่กันดังเช่นคำวินิจฉัยศาล
รัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ที่มีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้มีท่าทีต่อการกำหนดข้อสันนิษฐานความ
รับผิดชอบของจำเลยที่เปลี่ยนแปลงไปคือไม่ยอมรับความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความ
รับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาอีกต่อไป ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้วินิจฉัยไว้ดังนี้ “เห็นว่า
พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มี
ผลการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่าง
ใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อนเป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการ
สันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจาก การสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำ
ความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของ
นิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้
เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนา
ของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วน
ร่วมเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำ
ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบใน
การดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ
ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผล
เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลที่รับผิดชอบใน
การดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐาน
ความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การ
สันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการ
กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่า
โจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด
นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตก

เป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือ ถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนา ประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐาน ความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนา ประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง” ดังนั้น การนำการกระทำของนิติบุคคลมาโยงผูกพันเข้ากับการกระทำของผู้แทนนิติบุคคล เป็นการสันนิษฐานโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข ไม่ใช่การสันนิษฐานจากองค์ประกอบ ความผิดบางข้อ หรืออาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมองว่า Basic Fact ที่ว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำ ความผิด ไม่มีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล (Rational Connection) กับ Presumed Fact ที่ถือ ว่าผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้กระทำผิดและต้องรับโทษตามกฎหมายในความผิดที่นิติบุคคลทำนั่นเอง ดังนั้นจึงเท่ากับว่า ณ ขณะนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ไม่ยอมรับและไม่รับรองความชอบ ธรรมในการมีอยู่ของข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาอีกต่อไป และจะเห็นได้ว่าใน ประเด็นเรื่องความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ ของประเทศไทยยังมีความสับสนและไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการทำคำวินิจฉัยได้เลย ความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาสำหรับประเทศไทยนั้น ได้หมดสิ้นไปโดยผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555⁷⁸⁶ และจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ข้างต้นทำให้เกิดข้อสังเกตทางกฎหมายต่อกฎหมายอีกหลายฉบับที่มีบทบัญญัติสันนิษฐาน ความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคลไว้ในทำนองเดียวกันว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ซึ่ง หน่วยงานที่มีอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องจะต้องติดตามให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาแก้ไขปรับปรุง กฎหมายต่างๆ ที่อาจมีบทบัญญัติสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลให้เป็นผู้ร่วมรับ ผิดกับนิติบุคคลนั้นต่อไป ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาร้องเรียนในลักษณะทำนองนี้อีก และเพื่อให้ ประชาชนได้รับความเป็นธรรมจากการถูกบังคับใช้กฎหมายที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้⁷⁸⁷ ซึ่งผู้ศึกษาก็ได้มีความเห็นสอดคล้องกับ ความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายที่ได้มีความเห็นว่า การกำหนดบทสันนิษฐานในลักษณะที่ว่า ถ้าผู้กระทำผิดเป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นร่วมรับ ผิดกับนิติบุคคลด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดต่อ

⁷⁸⁶ ไกรพล อรรถรัตน์ , ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ต่อความสามารถในการแสวง หาพยานหลักฐานเพื่อ พิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1797>

⁷⁸⁷ ภัทรียา เทพขจร , ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล , วารสาร ผู้ตรวจการแผ่นดิน ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2556) , หน้า 142-147

รัฐธรรมนูญตามหลัก Presumption of Innocence เพราะว่าบทสันนิษฐานอย่างนี้เท่ากับสันนิษฐานว่ากรรมการผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นกระทำความผิดด้วย แล้วผลกระทการพิสูจน์มาให้บุคคลเหล่านี้ต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเองให้พ้นผิด รวมทั้งยังขัดต่อหลัก “ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองโดยกฎหมาย และประชาธิปไตยทางเนื้อหาที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันที่ได้บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ โดยไม่เลือกฐานะหรือตำแหน่ง ทั้งนี้ เพราะการกระทำตามข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสันนิษฐานนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด นอกจากนั้นยังเป็นการละเมิดเอกสิทธิ์ของจำเลยในอันที่จะไม่เบิกความปรักปรำตนเอง (Privilege Against Self-Incrimination) เพราะการกำหนดข้อสันนิษฐานเช่นนี้ทำให้จำเลยต้องอ้างตนเองเป็นพยานเพื่อนำสืบให้พ้นจากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายดังกล่าว

นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นว่า ภายหลังจากที่มีการบัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้โดยตรงในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักนิติธรรมมากล่าวอ้างไว้อย่างมากมายในฐานะเป็นหลักการกำกับการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐต้องให้ความเคารพ และปฏิบัติตามหลักนิติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการศึกษาถึงสภาพปัญหาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายกรณีได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมอย่างมากและหลายๆ ครั้งในฐานะเป็นฐานที่มาแห่งการอ้างอำนาจในการวินิจฉัยคดีและพบว่า ประเด็นเรื่องหลักนิติธรรมได้กลายเป็นศูนย์กลางหนึ่งของคำวินิจฉัย และกลับกันเป็นประเด็นวิพากษ์วิจารณ์หนึ่งเช่นกันในฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยโดยเฉพาะในเรื่อง ความเลือนลอมคลุมเครือในคำอธิบายของศาลรัฐธรรมนูญ หลายกรณีศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอย่างเป็นนามธรรมยิ่งว่าหลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักนิติธรรมมาเป็นข้ออ้างอย่างรวบรัดเพื่อสถาปนาอำนาจทางกฎหมายของตนในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมอันขยายความสู่การมีอำนาจในการพิจารณายื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 เรื่องการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ แม้หลักนิติธรรมตามนิยามที่มีความคลุมเครือของศาลรัฐธรรมนูญอาจดูเสมือนหลักการใช้อำนาจที่เป็นธรรมทั่วไป แต่พิจารณาโดยรวมกลับมีฐานะเป็นหลักนิติธรรมเฉพาะกิจที่สร้างขึ้นโดยเฉพาะเจาะจงให้สอดคล้องกับความเชื่อมั่นของศาลในพฤติกรรมการใช้อำนาจที่ไม่เป็นธรรมของรัฐบาล/ฝ่ายเสียงข้างมากในรัฐสภาทั้งในแง่เผด็จการเสียงข้างมากหรือการมีผลประโยชน์ทับซ้อน ยิ่งกว่านั้นในความคลุมเครือของคำอธิบายหลักนิติธรรมดังกล่าว หากสังเกตให้ดีจะพบว่าไม่มีมิติของกฎหมายหลักการทางกฎหมาย/กระบวนการยุติธรรมปรากฏอยู่เลย ดังมีการเรียกขานการใช้อำนาจตุลาการทางการเมืองอย่างปิดป้องเพื่อการยึด เปลี่ยนแปลงอำนาจรัฐระดับใดระดับหนึ่งโดยมิชอบดังกล่าวว่า

เป็น“ตุลาการรัฐประหาร”(Judicial Coup)”⁷⁸⁸ซึ่งจากข้อสังเกตดังกล่าวต่อหลักนิติธรรมในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้นำมาสู่ข้อเสนอแนะที่สอดคล้องกับทัศนะของผู้วิจัยว่า การเรียกหลักนิติธรรมนี้มาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ซึ่งมีนิติวิธีที่แตกต่างกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) รวมถึงประเทศไทยด้วยเช่นกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้อง ไม่เกิดปัญหาในเรื่องกรอบของการตีความและการใช้นิติวิธีที่เหมาะสม รวมถึงการสร้างบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญรวมทั้งบรรทัดฐานทางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงควรมีการบัญญัติถึงหลักนิติรัฐให้ปรากฏเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะในส่วนของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

โดยในปัจจุบันมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560⁷⁸⁹ที่ยังคงปรากฏบทบัญญัติที่ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ทุกประการอันเป็นโครงสร้างของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่จัดวางกลไกในการปกครองประเทศได้อย่างสมบูรณ์ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม และก่อผลในทางสร้างความเจริญรุดหน้าของพัฒนาการในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 มีคำวินิจฉัยทั้งสิ้น 7 คำวินิจฉัย⁷⁹⁰ หากแต่แม้จะมีรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 บังคับใช้ในฐานะ

⁷⁸⁸ เปรตดู จรรย์ โฆษณานันท์ , นิติธรรมมาของศาลรัฐธรรมนูญไทยและตุลาการรัฐประหาร, สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://www.thailaw.ruacth.vlawfiles/ArticleLaw/นิติธรรมมาของศาลรัฐธรรมนูญไทย.pdf>

⁷⁸⁹ ปัจจุบันมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน 2560

⁷⁹⁰ คำวินิจฉัยที่ 1 /2560 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ , คำวินิจฉัยที่ 2/2560 เรื่อง นายทะเบียนพรรคการเมืองขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคเพื่อประชาชนไทย , คำวินิจฉัยที่ 3/2560 เรื่อง คณะรัฐมนตรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178วรรคห้า ว่าร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาเป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสาม ที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสอง หรือไม่ , คำวินิจฉัยที่ 1 / 2561 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. มาตรา 185 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ , คำวินิจฉัยที่ 2/2561 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. มาตรา 94 มาตรา 92 มาตรา 93 มาตรา 94 มาตรา 95 และมาตรา 96 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 107ประกอบมาตรา 269 หรือไม่ , คำวินิจฉัยที่ 3/2561 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263

กฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว แต่ประเทศไทยก็ยังสามารถกล่าวได้ว่า เป็นระบบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดได้ไม่เต็มรูปแบบ เพราะยังคงปรากฏบทบัญญัติที่รับรองการใช้อำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป⁷⁹¹ อันส่งผลให้การใช้อำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ตามมาตรา 44 ยังคงมีสถานะอาจเรียกได้ว่า “สูงกว่า” บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ และยิ่งปรากฏการใช้อำนาจพิเศษของมาตรา 44 ใช้บังคับอยู่อย่างต่อเนื่อง แม้จะมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้วก็ตาม กล่าวคือภายใต้ระบบนิติรัฐการใช้อำนาจในทุกบรรดาการกระทำของรัฐย่อมสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น หากแต่การใช้อำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและยังควบบทบาทของนายกรัฐมนตรีในฐานะประมุขฝ่ายบริหารย่อมก่อให้เกิดการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลตามหลักการ Check and Balance ดังนั้นแล้ว การใช้อำนาจทางบริหารในการออกประกาศหรือคำสั่งต่างๆ ก่อผลในทางลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในกรณีนี้ จึงก่อให้เกิดประเด็นที่เป็นชนวนความขัดแย้งในทางการเมืองหรือในเชิงระบบรัฐธรรมนูญ คือประเทศไทยเสี่ยงต่อการเกิดสภาวะวิกฤติของระบบ

ว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. มาตรา 35 (4) และ (5) มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 95 วรรคสาม และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. มาตรา 92 วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 85 หรือไม่ , คำวินิจฉัยที่ 4/2561 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231(1) ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 45 หรือไม่ , ข้อมูล ณ วันที่ 8 มิถุนายน 2561

⁷⁹¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 265 บัญญัติว่า “ให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้ ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลัง การเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่

ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษา ความสงบแห่งชาติ ยังคงมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป

ให้นำความในมาตรา 263 วรรคเจ็ด มาใช้บังคับแก่การสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ดำรงตำแหน่งในคณะรักษาความสงบแห่งชาติด้วยโดยอนุโลม”

รัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis) คือสภาวะที่สถาบันการเมืองมีการทำหน้าที่ ที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างการใช้อำนาจหรือการทำหน้าที่ของสถาบันการเมือง มีลักษณะของการทำหน้าที่ที่มีการเข้าไปแทรกแซงจนเข้าไปกระทบอำนาจหลักที่รัฐธรรมนูญวางเอาไว้ ยกตัวอย่างเช่น องค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ทำหน้าที่ของตนเองแล้วทำให้รัฐสภาไม่สามารถทำตามตัวบทกฎหมายได้ หรือมีลักษณะขององค์กรใช้อำนาจไปแล้วทำให้รัฐบาลไม่สามารถใช้อำนาจบริหารแผ่นดินได้ สิ่งเหล่านี้คือ ความเป็นระบบวิกฤตของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นลักษณะการวางดุลอำนาจที่มีปัญหา ในเชิงวิชาการ มองว่า ระบบวิกฤติรัฐธรรมนูญมีปัจจัยที่ถือกำเนิดมาจาก 3 ปัจจัย สภาวะการณ์แรก เรียกว่าเป็นปัจจัยที่เกิดมาจากการร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดมาจากการวางดุลอำนาจที่ผิดพลาด หมายถึงการวางอำนาจที่ไม่ได้ดุลมาตั้งแต่ต้น ส่งผลให้การทำหน้าที่ที่ของสถาบันการเมืองที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เกิดความขัดแย้งกัน ซึ่งในภาคีของนักกฎหมายจะบอกว่า “คุณต้องการให้ประเทศเป็นเช่นไร ก็ออกแบบรัฐธรรมนูญให้เป็นเช่นนั้น” สาเหตุอย่างที่สองเกิดมาจากตัวสถาบันที่เกิดมาจากตัวรัฐธรรมนูญนั่นเอง ที่ทำหน้าที่ที่มีลักษณะเกินขอบเขตที่ผู้ร่างวางไว้ ซึ่งตามธรรมชาติของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายชนิดพิเศษที่เรื่องของการตีความไม่ได้รวมศูนย์อยู่ที่ องค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียว แต่เป็นการกระจายอำนาจการตีความคือรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลเอง ก็มีอำนาจในการตีความ ส่งผลให้ต่างฝ่ายต่างตีความของตนเองจึงทำให้เกิดสภาวะวิกฤติรัฐธรรมนูญและสุดท้าย ปัจจัยที่เกิดจากการผสมผสานของสองปัจจัยแรกคือ การวางดุลยภาพ ที่มีปัญหาและจากการทำหน้าที่ของสถาบันการเมืองเอง ทำให้เกิดสภาวะวิกฤติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis)⁷⁹² ด้วยเหตุเช่นนี้ การจัดวางดุลยภาพระหว่างองค์กรและสถาบันทางการเมืองต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญให้เกิดความสมดุลย่อมส่งผลให้กลไกการบังคับใช้กฎหมายและการทำหน้าที่ขององค์กรและสถาบันทางการเมืองต่างๆ จากการออกแบบรัฐธรรมนูญให้สามารถก้าวผ่านจุดเปลี่ยนทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมโดยให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจัดการความขัดแย้งและเป็นกลไกหลักในการคลี่คลายแก้ไขปัญหาคความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ของประเทศชาติด้วยตัวของรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งหากการออกแบบกลไกในรัฐธรรมนูญมิได้เป็นไปในทางสอดคล้องกับบริบทของสภาวะความขัดแย้งและวิกฤติการณ์ทางการเมือง ความเหลื่อมล้ำและความไม่เป็นธรรมอันเป็นสภาวะการแบ่งแยกที่ฝังรากลึกสั่งสมมาอย่างยาวนานในสังคมย่อมส่งผลต่อกลไกในการใช้อำนาจขององคาพยพต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสภาพปัญหาอันเกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเอง ย่อมก่อผลต่อการใช้บังคับและการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่งที่ย่อมก่อผลกระทบในทางก้าวล่วงการใช้อำนาจของ

⁷⁹² พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , การสร้างดุลยภาพในระบบโครงสร้างอำนาจรัฐ , การประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16 ประจำปี 2557 : 8 ทศวรรษ ประชาธิปไตยไทย : พลวัตแห่งดุลอำนาจ (กรุงเทพฯ , สถาบันพระปกเกล้า , 2558) , หน้า 125-128

องค์กรต่างๆ ในทางการเมือง และมีได้มีสถานะเป็นองค์กรที่เป็นกลางที่จะสามารถสร้างฉันทามติและได้รับการยอมรับจากสาธารณชนให้เป็นองค์กรขับเคลื่อนนำพาประเทศชาติออกจากหล่มวิกฤติความขัดแย้งไปได้ การใช้อำนาจในทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญบางกรณีจึงเป็นไปได้ว่าก่อผลกระทบต่อสาระสำคัญของนิติรัฐในบางประการ ซึ่งย่อมไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ

ทั้งนี้จากบริบทการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในทางตุลาการในยุคปัจจุบันสอดคล้องกับแนวความคิดที่ว่า นับแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เข้าสู่ศตวรรษที่ 21 รัฐสภาเริ่มเสื่อมอำนาจและเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลงอย่างเห็นได้ชัดและเกิดขึ้นทั่วโลก ก่อให้เกิดกลายเป็นองค์กรตุลาการที่เข้ามามีอำนาจมากขึ้น การปรากฏตัวของสำนวน “การปกครองโดยตุลาการ” เสมือนเป็นสัญญาณบ่งบอกถึงอำนาจที่เพิ่มมากขึ้นขององค์กรตุลาการแนวคิดเรื่อง “การปกครองโดยตุลาการ” หรืออาจจะเรียกได้ว่า “รัฐบาลตุลาการ” ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า Le gouvernement des juges ภาษาเยอรมันเรียกว่า Richtersstaat และตรงกับหลักกฎหมายใน กลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน คือ Rule of judges หรือ Government by Judges หรือ Government by the Judiciary โดยชี้ให้เห็นว่าระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลเป็นกลไกหรือเครื่องมือการใช้อำนาจสูงสุดทางการเมือง (La suprématie politique) ขององค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ การพิเคราะห์ถึงข้อความคิดว่าด้วย “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” นี้ แม้จะยังไม่มียุทธศาสตร์เป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่ได้รับฉันทามติว่าเป็นหลักกฎหมาย แต่นับว่าเป็นความพยายามของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะสร้างและพัฒนาข้อความคิดทางกฎหมาย ที่ชัดเจนจากปรากฏการณ์ในการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่น โดยเฉพาะ ก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร และยิ่งไปกว่านั้น คือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นผู้ให้กำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ โดยต้องไม่ปล่อยให้ข้อความคิดทางกฎหมายนี้เป็นเพียงวาทกรรมทางกฎหมาย บทความนี้ ถือเป็นโอกาสที่จะเปิดประเด็นวิเคราะห์ต่อยอดเกี่ยวกับ “ศาลรัฐธรรมนูญไทย” ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่าเข้าลักษณะเป็น “การปกครองโดยตุลาการ” หรือ “รัฐบาลตุลาการ” ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ที่กล่าวเช่นนี้ ก็เนื่องจากว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเพิ่มอำนาจ ให้กับศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้นอย่างไม่เคยมีมาก่อน และอำนาจบางประการก็ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย การเพิ่มอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมทำให้เกิด “การปกครองโดยตุลาการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” แต่ขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย”⁷⁹³ ดังจะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายครั้งในปัจจุบันที่ส่งผลกระทบต่อ

793

อภิญา แก้วกำเนิด , การปกครองโดยตุลาการ , วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2559) , หน้า 126-157

สภาพการเมืองอย่างมหาศาลจนกระทั่งถูกกล่าวขานทั่วไปว่า “ตุลาการภิวัฒน์” อันเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองรูปแบบหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนเพื่อแก้ไขวิกฤติทางการเมืองที่เกิดขึ้น โดยเป็นผลมาจากสองปัจจัยหลักคือสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองปลายสมัยอดีตนายกทักษิณ ชินวัตร และความชอบธรรมของสถาบันพระมหากษัตริย์ที่ทรงชี้แนะแนวทางให้สถาบันตุลาการได้มีส่วนร่วมต่อการแก้ไขวิกฤติทางการเมืองดังกล่าว ซึ่งช่วงเวลาดังกล่าวนี้ถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญที่ได้มีวิวัฒนาการขององค์กรอันเป็นส่วนหนึ่งของสถาบันที่เปลี่ยนแปลงไปจากช่วงก่อตั้งสถาบันศาลรัฐธรรมนูญอย่างเด่นชัด กล่าวคือ ช่วงระยะแรกของการก่อตั้งสถาบันศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นช่วงเวลาของการสถาปนาขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามความเข้าใจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันตามแต่ละบุคคล และช่วงระยะที่สองเป็นช่วงที่สถาบันศาลรัฐธรรมนูญเริ่มเป็นสถาบันที่มีชีวิตและมีวิวัฒนาการของตนเองที่จะส่งผลต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และกลายเป็นเครื่องมือของผู้นำทางการเมืองเพื่อทำลายความชอบธรรมของผู้นำทางการเมืองเดิม โดยที่ความเป็นสถาบันของศาลรัฐธรรมนูญจะยังคงดำรงอยู่เช่นนี้ต่อไป จนกว่าจะเกิดจุดเปลี่ยนที่สำคัญต่อความเป็นสถาบันศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง⁷⁹⁴

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่าประเทศไทยมีการบัญญัติหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ไว้ในบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ประกอบกับตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ปรากฏการนำหลักนิติธรรมมาใช้เป็นเหตุผลสำคัญในการจัดทำคำวินิจฉัยมาอย่างมากมาย โดยที่มิได้มีการกล่าวถึงคำว่า นิติรัฐ ไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 แต่ให้ความหมายของคำว่า นิติธรรม ไว้แต่ไม่ได้กล่าวถึงคำว่า นิติรัฐ แต่อย่างใด ทั้งนี้ “หลักนิติรัฐ” นั้น เป็นหลักการพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่⁷⁹⁵ โดยที่ความเข้าใจเกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ของไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันอยู่ จนเกิดความเข้าใจว่าคำทั้งสองมีความหมายที่ใกล้เคียงกัน จนแยกกันไม่ออกและมีแนวโน้มที่จะอ้างถึงหลักทั้งสองควบคู่กันไป ดังจะเห็นได้จากแผนยุทธศาสตร์ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2554-2559 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิสัยทัศน์เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานภายในระยะเวลา 5 ปีว่า “ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักของนิติรัฐและนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” อีกทั้งยังมีพันธกิจหลักในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สร้างบรรทัดฐานการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตาม

⁷⁹⁴ ฉนัย เกตวงกต , บทบาทของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับตุลาการภิวัฒน์ , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1477>

⁷⁹⁵ ชาญชัย แสงวงศ์ , “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560 , หน้า 37

รัฐธรรมนูญ สร้างความถูกต้องเป็นธรรมของระบบนิติรัฐและรักษาความชอบธรรมของการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁷⁹⁶ แต่โดยที่ทั้งสองหลักการทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมล้วนได้มีพัฒนาการควบคู่มากระบบกฎหมายทั้งระบบที่สอดคล้องกับการใช้บังคับกฎหมายเพื่อความยุติธรรมและความผาสุกของรัฐ อันเป็นความตระหนักถึงการยอมรับการใช้บังคับกฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือของการปรับปรุงจัดระเบียบสังคม ทั้งรัฐบาล ประมุขของรัฐ องค์กฤษฎีกา องค์กรบริหาร องค์กรวิชาชีพ ท้องถิ่น ผู้รับใช้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย และผู้นำปรับปรุงแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายของสังคมไปในตัว อันเป็นแนวทางค้นหาการจัดระเบียบสังคมในเรื่องนั้นๆ ให้เกิดความผาสุกร่วมกันในเรื่องนั้นๆ อันเป็นการยอมรับว่ารัฐเป็นเครื่องมือของสังคมในการทำให้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นความคิดร่วมกันของคนในสังคมเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ ซึ่งสะท้อนแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายร่วมกันในสังคมที่สร้างรัฐขึ้น ดังนั้น การที่รัฐต้องเคารพกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นเพื่อสะท้อนแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายของสังคมในการจัดระเบียบสังคมให้ผาสุกนิติรัฐ (Etat de Droit) ตามแนวความคิดเช่นนี้จึงเกิดจากตรรกะ (logique) ของกำเนิดรัฐ ในลักษณะกฎหมายเป็นสิ่งที่สร้างรัฐ โดยที่รัฐและกฎหมายต่างก็เสริมกันและกันและร่วมกันพาสังคมไปสู่สันติสุขตามแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของสังคม และเป็นนิติรัฐที่รัฐเองโดยผ่านทางรัฐบาลมีส่วนในการปรับปรุงเสริมแต่งแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของคนในสังคม โดยการนำความคิดเกี่ยวกับกฎหมายกว้างๆ ของสังคม มาแก้ปัญหาสังคมในแต่ละเรื่องตามแนวทางที่สามารถทำให้สังคมเชื่อและยอมรับได้ ด้วยเหตุนี้ นิติรัฐในแนวคิดนี้จึงมีลักษณะพลวัต (dynamique) ตามแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายของสังคมซึ่งมีพลวัตตามยุคสมัยเช่นเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐ กฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายของสังคมต่างเปลี่ยนแปลงไปอย่างสอดคล้องประสานกัน โดยการกระทำร่วมกันต่อกันของสังคมต่อรัฐ และรัฐต่อสังคม⁷⁹⁷

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นว่า แนวความคิดในเรื่องระบบนิติรัฐและระบบนิติธรรมนั้นเป็นแนวความคิดทางการเมืองและแนวความคิดทางนิติศาสตร์ของประเทศตะวันตกซึ่งมีการใช้คำที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศดังที่ในประเทศเยอรมันเรียกว่า “Rechtsstaat” ในฝรั่งเศสเรียกว่า “Etat de droit” และนิติธรรมดังประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law ของประเทศอังกฤษซึ่งรวมไปถึงประเทศสหรัฐอเมริกา โดยที่ระบบนิติธรรม (Rule of Law) จัดเป็นพื้นฐานที่สำคัญของกระบวนการสร้างประชาธิปไตยและหลักการที่สำคัญที่ต้องการให้ผู้ปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายและเป็นสังคมที่มีกฎเกณฑ์และมีเสถียรภาพเพื่อให้ประชาชนสามารถอยู่ร่วมกันได้ ระบบนิติ

⁷⁹⁶ คู่มือผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นชป.) รุ่นที่ 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , เพ็ญอ้วง , หน้า 37-38

⁷⁹⁷ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ , กฎหมายมหาชน เล่ม 4 : รัฐ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2560) , หน้า 217-218

ธรรม (Rule of Law) จึงนับเป็นแนวความคิดที่ถูกกล่าวถึงมากที่สุดเรื่องหนึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและเป็นที่ยึดถือกันมาตั้งแต่อดีตแล้ว ระบบนิติธรรมจะมีส่วนช่วยแก้ไข้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และโดยพื้นฐานแล้วระบบนิติธรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สังคมมีหลักเกณฑ์ที่มีเสถียรภาพเพื่อให้ประชาชนอยู่ร่วมกันได้ และถูกสร้างขึ้นมารับประกันความสงบเรียบร้อยและการดำรงอยู่ของสังคม และมีผลโดยตรงต่อประชาชนทั้งหมดในสังคมนั้นที่ต้องปฏิบัติตามและเคารพกฎหมายภายในสังคม และนอกจากนี้แล้วระบบนิติธรรมยังมีผลต่อรัฐบาลที่ต้องการให้ปกครองสอดคล้องกับหลักกฎหมายด้วย ประการต่อมาคือระบบนิติธรรมเป็นระบบที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยหลายวิธีการเช่น การใช้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และการรับรองสิทธิทั้งหลายของพลเมือง ในแง่นี้แล้วระบบนิติธรรมเป็นระบบที่ส่งเสริมกระบวนการยุติธรรมให้สามารถปกป้องสิทธิของปัจเจกบุคคลได้อย่างเหมาะสม ดังนั้นระบบนิติธรรมจึงมิใช่เป็นเพียงหลักในทางนิติศาสตร์แต่ถือว่าเป็นหลักในทางปกครองด้วย ระบบนิติธรรมยังได้รับการพัฒนาควบคู่กับหลักการอื่นๆ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ ประชาธิปไตย ความยุติธรรม สิทธิมนุษยชน ความชอบธรรมและความโปร่งใสด้วย ระบบนิติธรรมไม่เพียงแต่มีความคาดหวังว่าจะทำให้การเมืองการปกครองภายในรัฐดีขึ้นเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการมีส่วนร่วมในพัฒนาการในเรื่องอื่นๆ ด้วยเช่น การแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันหรือสิ่งแวดลอม ซึ่งเมื่อปรากฏความขัดแย้งใดก็ตามที่พื้นฐานของความขัดแย้งนั้นมักจะระบุปัญหาเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น ในการแก้ไข้ปัญหาดังกล่าวจำเป็นต้องนำระบบนิติธรรมโดยนำปัจจัยในการวัดระบบนิติธรรมเข้ามาช่วยแก้ไข้ปัญหา โดยคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นหัวใจพื้นฐาน⁷⁹⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาถึงบริบทในการเมืองการปกครองตลอดจนระบบรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ผ่านมา ในบางห้วงเวลาเผชิญกับสถานะที่รัฐไม่สามารถดำเนินการกิจการของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากปัญหาความรุนแรงหรือความขัดแย้งทางการเมือง จนทำให้รัฐขาดเสถียรภาพทางการเมืองในการทำหน้าที่ของความเป็นรัฐนั้น และเป็นลักษณะของสังคมที่ผ่านความขัดแย้งหรือความไม่มีเสถียรภาพ รวมถึงไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามกลไกของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ ระบบนิติธรรมจึงเป็นหลักสำคัญในการ

⁷⁹⁸ ปัจจัยในการวัดระบบนิติธรรมได้ประกอบไว้ 9 ประการ คือ (1) รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด (2) การปราศจากการประพฤติทุจริต (3) ความสงบเรียบร้อยของสังคม (4) สิทธิขั้นพื้นฐาน (5) รัฐบาลที่โปร่งใส (6) ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย (7) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (8) ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และ (9) กระบวนการยุติธรรมอย่างไม่เป็นทางการ , Andrej Zwitter , “The Rule of Law in Times of Crisis – A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy,” in University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series, Retrieved October5, 2016 from <http://ssm.com/abstract=2369335> โปรดดู เทิดสยาม บุญยะเสนา , ระบบนิติธรรมภายใต้บริบททางการเมืองที่ขาดเสถียรภาพ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 46 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2560) , หน้า 462-470

ปฏิรูปตามกลไกของรัฐสมัยใหม่ตามรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมและรัฐธรรมนูญและเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการสร้างสถาบันต่างๆ ที่เป็นกลไกของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่า เพื่อเป็นการสร้างความชอบธรรมในระบบการปกครองเพื่อเจตนารมณ์ผดุงไว้ซึ่งความผาสุกของรัฐ การจัดวางกลไกในทางการเมืองการปกครองของไทยให้มีเสถียรภาพอย่างมั่นคง และวางบรรทัดฐานในระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยให้เป็นหลักให้ปฏิบัติตามได้อย่างมีประสิทธิภาพที่มั่นคงยั่งยืน จึงควรมีการนิยามหลักการสำคัญของนิติรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยตีความหลักนิติรัฐว่ามีความหมายประการใด และนอกจากการนิยามตลอดจนวินิจฉัยตีความหลักนิติรัฐอันเป็นลักษณะการปรับกระบวนทัศน์ (Paradigm) ของระบบกฎหมายให้การก่อตัวของนิติรัฐอย่างเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทยแล้วนั้น พึงมีการสร้างระบบนิติรัฐให้ปรากฏดังเช่นหลักนิติธรรมที่มีปัจจัยในการวัดระบบนิติธรรมที่เป็นรูปธรรม

โดยสรุปแล้วการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นับเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาได้ปรากฏแนวคำวินิจฉัยได้สร้างหลักเกณฑ์จากหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนให้ปรากฏชัดเจนแน่นอนทั้งคำวินิจฉัยที่ให้การรับรองหลักความเสมอภาค หลักการไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน เป็นต้นที่มีฐานะเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญให้ปรากฏเป็นรูปธรรม อันเป็นวางบรรทัดฐานให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด รวมไปถึงกฎหมายลำดับรองอื่นต้องวางแนวปฏิบัติให้สอดคล้องตามหลักการตามรัฐธรรมนูญโดยเคร่งครัดในการดำเนินงานขององค์กรของรัฐอันเป็นการสร้างมาตรฐานและจัดวางกลไกในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้บรรลุผลโดยบริบูรณ์ การใช้อำนาจในทางตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญได้สร้างความเป็นมาตรฐาน (Standardization) ในการปฏิรูประบบการเมืองของประเทศไทยให้ปรากฏเด่นชัด ตลอดจนวางหลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามกรอบบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจัดเป็นองค์กรสุดท้ายที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรต่างๆ ในทางการเมืองและระบบรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยุติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาการทางการเมืองและการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนของไทยสืบเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่ปรากฏการรับรองหลักการต่างๆ ที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา โดยยังคงยึดถือหลักการอันเป็นสาระสำคัญต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และมีการปรับปรุงโครงสร้างในทางการเมืองการปกครองประเทศให้มีประสิทธิภาพและเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น โดยวางกลไกการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรของรัฐต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการสร้างดุลยภาพในทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนจัดวางระบบกลไกในการตรวจสอบการบริหารงานของรัฐโดยมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งการขยาย

บทบัญญัติในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสีทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ครอบคลุมสอดคล้องกับบริบทของระบอบการปกครองประชาธิปไตยในระดับสากล อันแสดงถึงความตระหนักในสาระสำคัญของความเป็นนิติรัฐโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ปรับปรุงองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตลอดจนการกำหนดองค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ เพื่อครอบคลุมบริบทในทางตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐให้มีประสิทธิผล โดยได้ปรากฏคำวินิจฉัยในทางขยายการสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั้งหลายอย่างเสมอภาคกันอาทิการวางหลักสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ การยุบพรรคการเมือง การใช้อำนาจในการตีความเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การวางหลักของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เป็นต้นแต่อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าเมื่อประเทศชาติอยู่ในสภาวะวิกฤติอันนับเนื่องมาจากเหตุการณ์ในทางการเมือง ท่ามกลางความแตกแยกทางความคิด ความเชื่อ ระบบอุดมการณ์ทางการเมืองต่างๆ ซึ่งส่งผลให้ระบบการเมืองและการปกครองของประเทศไทยเข้าสู่สภาวะความขัดแย้ง ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรสุดท้ายในทางการเมือง ซึ่งในบางกรณีอาจมีบางคำวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานบางประการของนิติรัฐ หากแต่เมื่อมองในสภาพความเป็นจริงทางบริบทของระบบการเมืองการปกครองไทยที่จัดเป็นอัตลักษณ์ประจำชาติ (National Symbol) ในทางการเมืองการปกครองที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญจำต้องเข้ามาสู่วิกฤติในทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในฐานะองค์กรสุดท้ายที่จะคลี่คลายสถานการณ์ในทางการเมืองให้เป็นที่ยุติ จวบจนปัจจุบันนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาตนเองให้กลายเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยของประเทศตะวันตกทั้งหลายและของระบบรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ ทั้งยังเป็นหนึ่งในองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่ามีความสำคัญมากที่สุดต่อการดำรงอยู่ของนิติรัฐ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่การศึกษาถึงบริบทของแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ ทั้งในส่วนของพัฒนาการและความเป็นมาของการก่อเกิดของแนวคิดนิติรัฐในระดับสากล องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางรูปแบบ และองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหา ซึ่งพบว่าพัฒนาการของหลักนิติรัฐทั้งในต่างประเทศและประเทศไทยนับตั้งแต่รากฐานของแนวความคิดนิติรัฐ อันก่อเกิดมาจากหลักการที่รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันถือเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นสิ่งสำคัญที่สุดของความเป็นรัฐ โดยรัฐใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจรัฐและบริหารกิจการของรัฐที่มีอยู่หลากหลายอันเป็นภารกิจของรัฐให้บรรลุผล พัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับรากฐานทางกฎหมายและหลักการปกครองที่รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายที่ถือเป็นรากฐานของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ ได้ร้อยเรียงสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับการกำเนิดของรูปแบบการปกครองโดยรัฐธรรมนูญที่ยอมรับกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐให้เป็นไปตามกรอบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้บรรลุผลเป็นรูปธรรม

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศทางตะวันตก อันประกอบด้วย ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า จากประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองและรากฐานความเป็นมาของการกำเนิดรัฐธรรมนูญของต่างประเทศได้มีวิวัฒนาการเติบโตในทางขยายการรับรองสิทธิและเสรีภาพสัมพันธ์ควบคู่มากับการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญและเอกสารสำคัญในทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ ประกอบกับการมีรากฐานความเป็นมาจากประวัติศาสตร์ทางความคิดและผ่านการต่อสู้ในทางการเมืองและประสบปัญหาทางระบบการเมืองการปกครองภายในประเทศมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน จนนำไปสู่การสร้างระบบการเมืองการปกครองที่มีความมั่นคงและมีเสถียรภาพได้ ก็เนื่องด้วยการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นแม่บทในการวางรากฐานของประเทศในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดผูกมัดให้รัฐใช้อำนาจภายในกรอบของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยถือได้ว่าประเทศเหล่านี้ล้วนมีการจัดรากฐานของหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาผ่านกลไกการใช้บังคับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตลอดจนจากการศึกษาถึงรากฐานของหลักนิติรัฐทั้งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ที่ล้วนเป็นแม่แบบของการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยที่ประเทศไทยได้หยิบยกแนวความคิดพื้นฐานและรูปแบบการจัดตั้งองค์กรของประเทศต่างๆ มาปรับใช้แล้วพบว่า

การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมีความสัมพันธ์กับบริบทของภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของพัฒนาการของหลักนิติรัฐของแต่ละประเทศ และในการศึกษาวิวัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ล้วนมีบริบทความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของระบบการเมืองการปกครองที่ผ่านการต่อสู้เพื่อเรียกร้องต่อการจำกัดการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครองให้เป็นที่ไปตามสาระสำคัญของนิติรัฐโดยการสถาปนาจัดตั้งองค์กรตุลาการให้เป็นสถาบันสูงสุดในทางการเมืองโดยมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับประชาชนในลักษณะของการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ และเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบกลไกทางการเมืองหรือวินิจฉัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวางหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และควบคุมตรวจสอบบรรดาการกระทำของรัฐโดยการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนให้มีประสิทธิภาพ ตลอดจนการคุ้มครองคุณค่าและหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยมุ่งหมายธำรงไว้ซึ่งรูปแบบการรักษาความสมดุลในระบบการเมืองและรักษาเสถียรภาพของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย โดยสถานะของคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรผู้พิทักษ์หลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือเป็นหลักที่มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่ต้องให้ความเคารพในคำวินิจฉัยและได้รับความเชื่อมั่นศรัทธาจากประชาชนเป็นอย่างสูง

แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งนับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาจนถึงปัจจุบัน หลักนิติรัฐถือเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อควบคุมวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำของรัฐทั้งหลายให้เป็นที่ไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากการศึกษาถึงบริบทในทางระบบการเมืองการปกครองของไทยที่สัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับการดำรงอยู่ของระบบรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ผ่านมา นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและสืบเนื่องถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า บางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ อันนำมาสู่การนำเสนอถึงบทสรุปและข้อเสนอแนะ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศึกษาจากประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยนับจากอดีตมีวิวัฒนาการของนิติรัฐแตกต่างไปจากพัฒนาการของนิติรัฐของต่างประเทศ เนื่องจากพัฒนาการของนิติรัฐประเทศไทยไม่เข้าไปในทางพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง โดยมีการรัฐประหารและการยุบเลิกรัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้ง ทำให้พัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยเป็นไปอย่างไม่มีวิวัฒนาการในลักษณะคงเส้นคงวาต่อเนื่อง อันส่งผลให้เกิดเข้าสู่วงจรวิกฤติทางระบบการเมืองที่ก่อให้เกิดความไม่มีเสถียรภาพ ยังผลต่อการพัฒนาของวัฒนธรรมในทางระบบการเมืองการปกครองระบอบประชาธิปไตยและทำให้เกิดความไม่แน่นอนในทางการเมืองการปกครองด้วยระบอบรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อีกทั้งในการใช้บังคับกฎหมายโดยยึดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในทางรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิได้ปรากฏเป็นไปอย่างเป็นรูปธรรมเท่าที่ควร เนื่องมาแต่การปกครองในบางบริบทอยู่ในสภาวะไร้รัฐธรรมนูญภายใต้ใช้อำนาจรัฐที่มีสถานะเป็นรัฐธนาธิปไตยอันส่งผลให้บทบาทการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอาจมิได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ผ่านมาบางกรณีไม่สอดคล้องต่อแนวคิดพื้นฐานและอาจมีเนื้อหาที่กระทบต่อหลักการย่อยบางประการของหลักนิติรัฐ ซึ่งอาจสรุปความได้ดังนี้

1. การสถาปนารัฐธรรมนูญตามระบอบประชาธิปไตยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ของประเทศไทยมีความแตกต่างจากการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ ดังที่ได้ศึกษามา โดยเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองของไทยได้เกิดเหตุการณ์ต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองไทยมากมายหลายเหตุการณ์อันส่งผลต่อพัฒนาการของระบบนิติรัฐในประเทศไทยที่ไม่เจริญรุดหน้าเท่าที่ควร ซึ่งนับแต่ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เข้าสู่วงจรวิกฤติทางระบบการเมืองโดยมีการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้งทำให้พัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยเป็นไปอย่างไม่มีวิวัฒนาการในลักษณะคงเส้นคงวาต่อเนื่องดังเช่นพัฒนาการของนิติรัฐในต่างประเทศ **ความไร้เสถียรภาพของระบบการเมืองที่มีการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง** ต่อเนื่องมาสู่การรัฐประหารเมื่อปีพ.ศ. 2557 อันเป็นการรัฐประหารครั้งล่าสุดที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างของระบบการปกครองและกฎหมายเป็นอย่างมาก เห็นได้ว่าสถานการณ์ความเป็นไปในทางระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยภายใต้ห้วงเวลาของระบอบรัฐประหารดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อระบบนิติรัฐในประเทศไทย อันก่อให้เกิดการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความเป็นกฎหมายสูงสุดของ

รัฐธรรมนูญไม่บรรลุผลในเชิงรูปธรรม และสืบเนื่องส่งผลให้กลไกในการใช้บังคับกฎหมายขององค์กรของรัฐทั้งปวงสะดุดหยุดลง

เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดและพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทยที่สัมพันธ์กับระบอบรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่หลังมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วรวมทั้งสิ้น 20 ฉบับอันแสดงให้เห็นถึงการประกาศใช้และยกเลิกรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับล้วนมีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับความเปลี่ยนแปลงในทางระบบการเมืองในแต่ละช่วงเวลา อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงความไร้เสถียรภาพในทางการเมืองการปกครองอันเนื่องมาจากการยึดอำนาจรัฐและการก่อรัฐประหารจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองในแต่ละยุคสมัย ที่เรียกกันว่า เป็นวงจรอุบาทว์ (Vicious Circle) ของระบบการเมืองไทย โดยสรุปเริ่มจากการมีรัฐธรรมนูญ การมีรัฐบาลจนนำไปสู่วิกฤติการณ์ทางการเมือง และท้ายที่สุดมีการรัฐประหารและหมุนวนกลับสู่การมีรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองด้วยการรัฐประหารมักนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญ อันเป็นเสมือนวัฏจักรของระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย อันก่อผลกระทบโดยตรงต่อพัฒนาการของหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบนิติรัฐที่ปรากฏผ่านการรับรองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งนับเนื่องมาจากการรัฐประหารและการยกเลิกรัฐธรรมนูญด้วยเหตุเนื่องมาจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองและการปกครองดังกล่าว ซึ่งส่งผลในเชิงระบบอันเป็นปัญหาสืบเนื่องต่อพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยมาจวบจนปัจจุบัน และทำให้พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทยถูกบั่นทอนและส่งผลกระทบต่อระบบนิติรัฐของประเทศไทยทั้งระบบในระยะยาวอีกต่อไปด้วย

2. จากพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทยมีสถานะที่ไม่แน่นอนหรือมีลักษณะชะงักงันไปอันเนื่องมาจากความไร้เสถียรภาพในทางการเมืองซึ่งนับเนื่องมาจากการช่วงชิงอำนาจในทางการเมืองการปกครองของกลุ่มต่างๆ ในทางการเมือง และนำมาสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญอันส่งผลกระทบต่อโดยตรงบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้ถูกยกเลิกและไม่สามารถเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง อันนับเป็นสภาพปัญหาในเชิงระบบในระดับโครงสร้างในทางการเมืองการปกครองของประเทศไทยที่เป็นปัญหาเรื้อรังในบริบททางสังคมการเมืองไทยมาโดยตลอดระยะเวลายาวนาน และเป็นสถานะที่ก่อให้เกิดให้อำนาจรัฐใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจในการล่วงล้ำหรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งบริบททางสังคมการเมืองไทยในลักษณะดังกล่าวล้วนสัมพันธ์เป็นอย่างยิ่งกับพัฒนาการของนิติรัฐในประเทศไทย สถานะปัญหาดังกล่าวนั้นได้กัดเซาะความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยและส่งผลโดยตรงต่อการพัฒนาของระบบนิติรัฐในประเทศไทย อีกทั้งยังเชื่อมโยงส่งผลต่อแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการหยิบยกแนวความคิดพื้นฐานต่างๆ ตลอดจนหลักการย่อยต่างๆ ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาของนิติรัฐมาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องเชื่อมโยงจากกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นแม่บทของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยที่เมื่อโดยสภาพแล้วรัฐธรรมนูญเองมีลักษณะเป็นพลวัตที่สอดคล้องกับบริบทในทางระบบการเมืองการปกครอง และขับเคลื่อนเปลี่ยนแปลงสนองตอบต่อประโยชน์มหาชนที่มีพัฒนาการมาตามยุคสมัย เมื่อบริบทในทางระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้งอันเนื่องมาจากการปฏิวัติรัฐประหารที่ระบบการปกครองตกอยู่ภายใต้การใช้อำนาจรัฐาธิปัตย์ย่อมส่งผลโดยตรงต่อสถานะและบทบาทการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในห้วงเวลาสุญญากาศในทางการเมืองดังกล่าวมานั้น ด้วยเหตุเช่นนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการรัฐประหารและยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหรือแม่กระทั่งการเกิดสภาวะไร้รัฐธรรมนูญเมื่อใดก็ตามย่อมส่งผลกระทบต่อให้นำแนวคิดนิติรัฐมาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เสื่อมประสิทธิภาพ สภาพปัญหาดังกล่าวนี้ นับเป็นปัญหาใหญ่ในเชิงโครงสร้างของระบบการปกครองไทย และเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยมีความแตกต่างในเรื่องของการตีความและบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยที่ผิดแผกไปจากการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอันเป็นการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ได้เป็นไปเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันแท้จริง นำไปสู่ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และสร้างผลกระทบทางลบต่อเนื่องอันมาจากผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะดำรงอยู่ในระบบกฎหมายไทย จนกว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยที่ผิดเพี้ยนนั้น อีกทั้งยังส่งผลให้สถาบันตุลาการประสบกับภาวะความไม่เชื่อมั่นต่อองค์กรศาลรัฐธรรมนูญเองทั้งในภายในประเทศและในระดับระหว่างประเทศ ยังผลให้เป็นสภาพปัญหาที่ก่อให้เกิดข้อกังขาในแง่ของการยอมรับและความศรัทธาของประชาชนในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

3. นับแต่ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้สร้างผลกระทบ (Impact) ต่อระบบการเมืองไทยในเชิงปรากฏการณ์หลายลักษณะ โดยปรากฏผลทั้งในทางสนับสนุนในทางบวก และข้อวิพากษ์ในทางลบดังที่ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้หยิบยกมานำเสนอนั้น รวมทั้งคำวินิจฉัยอื่นๆ หลากหลายคำวินิจฉัยที่ได้ปรากฏต่อสังคมในห้วงเวลาที่ผ่านมา ล้วนมีผลในเชิงก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้อำนาจหน้าที่ในทางควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำของรัฐในทางเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่พบว่าภายใต้ความไม่มีเสถียรภาพในทางการเมืองการปกครอง และบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มีเจตนารมณ์เปลี่ยนแปลงไปตามบริบททางสภาพการเมือง

และสังคม อันส่งผลต่อการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการใช้อำนาจในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และไม่อาจใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการตีความเจตนารมณ์แห่งกฎหมายได้สอดคล้องกับหลักการในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อาจมีปัญหาในทางกระทบต่อแนวคิดพื้นฐานบางประการของหลักนิติรัฐ อันเนื่องด้วยโดยสภาพคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเฉพาะในแง่การมีผลบังคับเป็นการเด็ดขาดเป็นที่สุดและมีผลผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กร การใช้อำนาจตีความของศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบรรดาการกระทำหรือการใช้อำนาจของบุคคลและองค์กร และโดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นล้วนเกี่ยวพันกับเรื่องในทางการเมืองโดยตรง ทั้งในลักษณะของการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัยตัดสินคดีในทางการเมืองท่ามกลางบริบทของปัญหาความขัดแย้งในทางการเมืองต่างๆ บทบาทของตัวองค์กรศาลรัฐธรรมนูญจากปรากฏการณ์ในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีข้อกังขาถึงว่า ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรการเมืองอื่น โดยเฉพาะก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อันขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ รวมทั้งด้วยสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับเป็นการเด็ดขาดผูกพันทุกองค์กรนั้นจึงดำรงอยู่ท่ามกลางบริบทแห่งความขัดแย้งในทางการเมือง รวมถึงความคาดหวังถึงความเที่ยงธรรมจากผลแห่งคำวินิจฉัยในคดีของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบในทางการเมืองที่สูงมาก อันเป็นผลิตผล (Output) ของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีทางมหาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะของส่วนรวมที่เกี่ยวข้องกับรัฐและระบบการเมืองทั้งระบบ ด้วยเหตุเช่นนี้บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบรัฐประหารที่แทรกแซงอยู่ในระบบการเมืองการปกครองและระบบกฎหมายของประเทศมาอย่างยาวนานต่อเนื่อง รวมไปถึงการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้ความไร้เสถียรภาพของระบบการเมืองและการตั้งอยู่ท่ามกลางบริบทแห่งความขัดแย้งในทางการเมืองนี้เอง ยังผลให้ผลิตผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในบางกรณีได้รับข้อวิพากษ์ในทางวิชาการ ข้อโต้แย้งในทางสังคมมหาชน อีกทั้งการตรวจสอบผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจากสาธารณชนยังปรากฏเป็นไปในวงกว้าง และในบางกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเองยังปรากฏข้อขัดแย้งต่อหลักทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนอันทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เสมือนศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเหนือกว่าเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันส่งผลกระทบเทือนต่อสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในบางกรณีหรือบางคำวินิจฉัยอาจขัดต่อหลักการ

พื้นฐานบางประการของนิติรัฐทั้งหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นสภาพปัญหาในเชิงบรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีได้อาศัยหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตีความรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้บังคับกฎหมายและการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญได้เป็นไปตามครรลองของความเป็นนิติรัฐ โดยมีการตีความเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้เป็นไปตามกรอบของหลักการพื้นฐานในทางเนื้อหาของนิติรัฐ

อนึ่ง เนื่องด้วยความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่เป็นวงจรของระบบการเมืองของประเทศไทยที่มีผลกระทบต่อสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องดำรงอยู่ท่ามกลางความขัดแย้งในทางการเมือง โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้นับเป็นที่มาของความเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองครั้งสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อมาจวบจนปัจจุบันในหลายเหตุการณ์ ซึ่งหลายกรณีได้สร้างผลกระทบต่อสภาพของระบบการเมืองอย่างมหาศาล อันเป็นปรากฏการณ์ทางการเมืองที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนเพื่อมุ่งหมายในทางแก้ไขวิกฤติทางการเมืองที่เกิดขึ้น โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในลักษณะต่างๆ อันอาจจะก้าวล่วงเข้าไปในแดนของการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารผ่านการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอาจกระทบต่อความเชื่อมั่นและการยอมรับจากสาธารณชน โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสร้างสภาพบังคับผูกพันทุกองคาพยพของรัฐต้องให้ความเคารพ ทั้งนี้ ในการสร้างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือได้ว่าหลักนิติรัฐจัดเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานสำคัญในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกหลักนิติรัฐทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการจัดทำคำวินิจฉัยมาโดยตลอด ซึ่งหลักการบางประการเป็นหลักในการในเชิงนามธรรมที่มีวิวัฒนาการควบคู่ไปกับหลักการอันเป็นสาระสำคัญของนิติรัฐในทางคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในระดับสากลที่มีพัฒนาการมายาวนาน โดยศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกนำมาปรับใช้โดยวางคำวินิจฉัยรับรองหลักการต่างๆ ให้ปรากฏในเชิงรูปธรรม แม้ที่ในระบบกฎหมายไทยจะยังไม่ปรากฏการบัญญัติถึงหลักนิติรัฐไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการพิจารณาสภาพปัญหาของแนวคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญไทย อันเป็นการทบทวนปริทัศน์ (Criticism) ที่จำเป็นต่อการนำมาพิจารณาถึงบริบทของแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยที่ด้วยสถานะของระบบการเมืองการปกครองไทยที่เรียกได้ว่า มีความเป็นพลวัตในทางการเมืองสูงในลักษณะของความไม่แน่นอนที่ส่งผลต่อสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องดำรงอยู่ท่ามกลางความขัดแย้งในทางการเมืองของประเทศไทย การที่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักนิติรัฐไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายรวมทั้งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเนื้อหาที่จะกล่าวอ้างหลักนิติรัฐมาใช้ในการวินิจฉัยคดีในทางรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยที่ผ่านมาการตีความและการกล่าวอ้างหลักนิติรัฐยังเป็นเพียงการกล่าวอ้างถึงหลักการพื้นฐานอื่นๆ ที่สัมพันธ์เป็นส่วนหนึ่งกับเนื้อหาของนิติรัฐ รวมถึงเป็นการอ้างอิงถึงหลักนิติรัฐโดยใช้เป็นเพียงเหตุผลในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับจากการศึกษาถึงแนวความคิดการนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศพบว่า นิติรัฐถือเป็นเสมือนหลักการอันเป็นรากฐานของแนวความคิดทางกฎหมายต่างๆ ที่แทรกซึมอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญควบคู่ไปกับการให้ความเป็นธรรมและการธำรงความเป็นนิติรัฐไว้ โดยหลักนิติรัฐ (Principles of Legal State) เป็นหลักที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในการสร้างหลักประกันความเป็นนิติรัฐเพื่อให้หลักการพื้นฐานต่างๆ ของหลักนิติรัฐสามารถบังคับใช้อย่างต่อเนื่อง และสามารถยืนยันได้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความยึดโยงสัมพันธ์อย่างแนบแน่นกับหลักนิติรัฐ ในการนี้ เพื่อให้การจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้มีพัฒนาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องต้องคำนึงถึงเรื่องในลักษณะข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. การรักษาเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญโดยยกย่องคุณค่าและหลักการแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดโดยการสร้างความเชื่อและความศรัทธาของประชาชนโดยยึดถือให้กฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใดของรัฐ เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายเป็นกระบวนการในทางสร้างสรรค์ต่อระบบการเมืองการปกครองและเป็นสิ่งกำหนดบทบาทองค์กรของรัฐ และควบคุมกลไกของรัฐทั้งปวงให้เป็นไปตามครรลองของระบบการเมืองการปกครองที่ถูกต้องชอบธรรม อันจะยังผลให้กลไกในทางกฎหมายสามารถทำหน้าที่ตามระบบในทางคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เต็มประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวางรากฐานของวัฒนธรรม

ทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยแบบนิติรัฐที่ยึดกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดอันจะเป็นพัฒนาการในเชิงคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยที่ได้รับการพัฒนาและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศในระดับสากล อันจะทำให้ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยเป็นไปตามครรลองระบอบประชาธิปไตยที่อารยประเทศให้การยอมรับ

การให้ความเคารพในบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญจะส่งผลนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงอันพึงปรารถนาของการสร้างความยั่งยืนให้เกิดขึ้นแก่ระบอบรัฐธรรมนูญไทยในระยะยาว โดยที่จะทำให้การใช้อำนาจนอกกฎหมาย (Rule) ที่ไม่พึงปรารถนาในรูปแบบต่างๆ ดังเช่น การปฏิวัติรัฐประหารยึดอำนาจรัฐบาลแบบที่ผ่านๆ มาจะกลายเป็นแบบแผนที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมไปโดยปริยาย เนื่องจากเป็นที่ยอมรับร่วมกันของนานาประเทศในระดับสากลแล้วว่า การปฏิวัติรัฐประหารโดยใช้อำนาจทางทหารเข้าควบคุมอำนาจรัฐเป็นวิธีการที่ไม่ใช่หนทางในการแก้ไขปัญหาในเชิงระบบที่จะนำไปสู่การพัฒนาของระบบการเมืองการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้อีกต่อไป การรัฐประหารโดยยึดอำนาจรัฐมักนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นนับเป็นวัฏจักรที่ไม่พึงปรารถนาของระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยอันสร้างผลเสียในทางก่อให้เกิดความไร้เสถียรภาพของระบบการเมืองการปกครอง และส่งผลโดยตรงต่อพัฒนาการของระบอบประชาธิปไตยภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญ อันก่อผลกระทบโดยตรงในเชิงโครงสร้างต่อพัฒนาการของหลักการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบนิติรัฐที่ปรากฏผ่านการรับรองโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ การใช้รัฐธรรมนูญเป็นกรอบแนวทางสำคัญในการสร้างวิวัฒนาการของการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองการปกครองโดยยึดเจตจำนงของประชาชนเป็นเป้าหมายสำคัญ การใช้รัฐธรรมนูญจำกัดควบคุมบรรดาการใช้ใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามกรอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และใช้รัฐธรรมนูญส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สิ่งเหล่านี้นับเป็นพันธกิจ (Mission) ที่สำคัญที่จะต้องสร้างเสริม บ่มเพาะในการสร้างผลในทางปฏิบัติให้บรรลุในการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสำคัญโดยวางจุดหมายให้ระบบการปกครองของประเทศไทยเป็นไปตามครรลองโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นการวางรากฐานในทางยุทธศาสตร์ของประเทศชาติที่นำไปสู่การปฏิรูปการเมืองการปกครองโดยยึดเจตนารมณ์เป้าหมายของรัฐธรรมนูญ และอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสำคัญของการสถาปนาระบบนิติรัฐในประเทศไทยให้ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและดำรงอยู่ได้อย่างยั่งยืน

2. การพัฒนามาตรฐานในการผลิตคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอันจะเป็นผลผลิตในทางพัฒนาการในเชิงคุณค่าต่อระบอบรัฐธรรมนูญจะยังผลให้การปรับปรุงระบบการเมืองให้เป็นไปตามครรลองของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งจะสร้างการเปลี่ยนแปลงในเชิงโครงสร้างทางการเมืองการปกครองของประเทศเป็นไปอย่างเป็นระบบ อันนับเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างผลสัมฤทธิ์ในการพัฒนาระบบนิติรัฐในแง่ของการสร้างวิวัฒนาการของการนำรัฐธรรมนูญไปปฏิบัติในการปฏิรูประบบการเมืองทั้งระบบโดยการใช้รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตอำนาจไว้ให้แน่นอน ในแง่ของการวางกรอบอำนาจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ การวางกรอบอำนาจของรัฐทั้งปวงให้เป็นไปภายใต้กรอบแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจรัฐนั้นภายในขอบเขตที่ชัดเจน การดำเนินการในลักษณะนี้จะเป็นการรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญและโครงสร้างในทางการเมืองการปกครองให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐเสรีประชาธิปไตยตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของอำนาจอธิปไตยให้มีความสมดุลและวางหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปในทางสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันเป็นกระบวนการจัดระบบของความสัมพันธ์ทั้งหลายในอำนาจรัฐให้เป็นไปในทางพัฒนาระบบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยซึ่งจะสืบทอดส่งต่อมายังการสร้างความเคารพในหลักรัฐธรรมนูญและการให้ความสำคัญกับการตีความและการผลิตคำวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญให้ก้าวหน้าต่อการวางบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างกระบวนการแก้ไขทุกบริบทของสภาพปัญหาในทางระบบการเมืองให้เป็นที่ยุติ อันจะเป็นการวางรากฐานของการสร้างทางออกให้เกิดขึ้นในระบบการเมืองโดยปราศจากการใช้อำนาจนอกกฎหมายแห่งกรอบบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ โดยการพัฒนามาตรฐานในการผลิตคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ชี้ให้เห็นประสิทธิภาพสูงสุดคือ การตีความตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยเคร่งครัด โดยนำแนวคิดนิติรัฐมาเป็นรากฐานของการจัดทำคำวินิจฉัย และบัญญัติให้ปรากฏเป็นรูปธรรมในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นการแปรสภาพแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้เป็นประโยชน์ในมิติต่างๆ ตามเจตนารมณ์เป้าหมายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และยึดถือหลักนิติรัฐเป็นเจตนารมณ์สูงสุดที่จะหยิบยกนำมาปรับใช้ในการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพ โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรพิทักษ์ปกป้องคุณค่าของรัฐธรรมนูญและสนองต่อความคาดหวังต่อสาธารณชนตามครรลองในระบอบประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ

3. การจัดวางบทบาทและกลไกการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง การปฏิรูปให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในเชิงรุกที่มีความเป็นอิสระ ความเป็นกลางในการวินิจฉัยปัญหาและตัดสินคดี และทำหน้าที่ตีความกฎหมายให้มีความกระจ่างชัดในข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติรัฐอันเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ การยกระดับวางแนวบรรทัดฐานแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการวางบรรทัดฐานธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Practice) ในลักษณะการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ในทางปฏิบัติสามารถดำเนินต่อไปได้ อันนับเป็นจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองป้องกันเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญและพันธกิจของศาลรัฐธรรมนูญในการอำนวยความยุติธรรมต่อรัฐ ระบบการเมืองและประชาชน โดยมุ่งเน้นการมีส่วนร่วมของสาธารณชนในการตรวจสอบการปฏิบัติงานของศาลรัฐธรรมนูญในเชิงปรับปรุงบทบาทให้พัฒนาในเชิงสถาบันถึงจุดสูงสุดจนเป็นที่ยอมรับศรัทธาจากทุกองคาพยพของรัฐโดยเฉพาะคำวินิจฉัยส่วนตัวและคำวินิจฉัยกลาง อันจะทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับของประชาชนและคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งความเป็นกฎหมายสูงสุด อันเป็นการจัดวางดุลยภาพในการใช้อำนาจให้เกิดประสิทธิภาพในการส่งเสริมการปฏิรูปการเมืองการปกครองตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญและสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญจัดเป็นองค์กรหลักของการขับเคลื่อนรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามครรลองของหลักการปกครองโดยกฎหมายอันเป็นการกำกับระบอบการปกครองให้เป็นไปตามกรอบของหลักนิติรัฐ โดยเสริมสร้างระบอบนิติรัฐและกระบวนการควบคุมตรวจสอบบรรดาการใช้อำนาจรัฐอันเป็นหัวใจหลักของระบบนิติรัฐซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวคำวินิจฉัยรับรองไว้โดยชัดแจ้งและผูกพันบรรดาองค์กรของรัฐทุกองค์กรโดยแนวคิดต่างๆ ดังกล่าวนี้ได้สอดคล้องกับความเป็นสถาบันพิทักษ์รัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญนานาประเทศที่มีบทบาทหลักในการเป็นองค์กรรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง โดยการวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญที่นอกจากจะยึดถือตัวบทกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบแล้ว ประการสำคัญคือ ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามกรอบครรลองของนิติรัฐบนพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน เพื่อสร้างบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์สูงสุดของความเป็นนิติรัฐ ซึ่งก็คือการให้ความคุ้มครองความเสมอภาคศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดหรือถูกลิดรอนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐอันเป็นเสมือนหัวใจของนิติรัฐในการยึดเจตนารมณ์สูงสุดทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของนิติรัฐ และรักษาไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอันเป็นกรอบแนวทางในการนำหลักนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ในท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกล่าวว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำเสนอให้เห็นแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะองค์กรผู้พิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และนับเป็นองค์กรสำคัญที่รักษาความสมดุลในระบบการเมืองตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำหลักนิติรัฐมาเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีโดยการตีความเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการ สร้างบรรทัดฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ ความมุ่งหมายในการสร้างบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามครรลองของนิติรัฐ และสร้างเสถียรภาพของระบอบรัฐธรรมนูญไทยให้ดำรงอยู่ท่ามกลางความคาดหวังของเจตจำนงแห่งปวงชน จำต้องมีการวางรากฐานในทางระบบการเมืองการปกครองและระบอบรัฐธรรมนูญไทยให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลัก ในการนำหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของนิติรัฐมาจัดทำคำวินิจฉัยให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานแห่งนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อไป โดยผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีส่วนช่วยในการจุดประกายประเด็นการศึกษาของหลักนิติรัฐกับศาลรัฐธรรมนูญไทยแก่ผู้ที่สนใจต่อไป



รายการอ้างอิง

หนังสือภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ , หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2544)

กวี อิศริวรรณ , 20 ความคิดทางการเมือง , (กรุงเทพฯ : สยามบรรณ , 2530)

กระมล ทองธรรมชาติ , การเลือกตั้ง พรรคการเมือง และเสถียรภาพของรัฐบาล (กรุงเทพฯ : มาสเตอร์เพลส , 2531)

กระมล ทองธรรมชาติ และเชาวนะ ไตรมาศ , วิวัฒนาการของระบอบรัฐธรรมนูญไทยจากอดีตถึงปัจจุบัน , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณกิจ 1991 จำกัด , 2545)

กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ , ประชาธิปไตยที่ใครๆ คงอยากเห็น ,วารสารศาลรัฐธรรมนูญปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558)

กล้า สมุทวณิช , ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558)

_____ , พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร ศูนย์รวมดวงใจของปวงชนแห่งระบอบรัฐธรรมนูญไทย , จัดหมายข่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 ฉบับรำลึกในพระมหากรุณาธิคุณ เล่มที่ 109

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับดุลยภาพทางการเมือง , บทความการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16 ประจำปี 2557 “8 ทศวรรษประชาธิปไตยไทย : พลวัตแห่งดุลอำนาจ” , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558)

กิตติยา พุกษารุ่งเรือง , บทบาทในฐานะพระอาจารย์ของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ : ตอนสอนงานเรื่องกฎหมายลักษณะพยาน , วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2559)

กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต , “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ : หลักการสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย , รัฐสภาสาร ปีที่ 68 ฉบับที่ 4 เดือนเมษายน 2558

กุลพล พลวัน , การบริหารกระบวนการยุติธรรม , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2544)

_____ , สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2547)

กุลลดา เกษบุญชู มีดี, วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลก จากระบบฟิวต์ถึงการปฏิวัติ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน ร่วมกับรองศาสตราจารย์ ดร. กุลลดา เกษบุญชู มีดี , 2552)

กลุ่มงานพัฒนากฎหมาย สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ , รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : กลุ่มงานการพิมพ์ สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ , 2560)

เก่งกิจ กิติเรียงลาภ , นรุตม์ เจริญศรี , ภัควดี วีระภาสพงษ์ , สุรัตน์ โหระชัยกุล และอภิรักษ์ วรรณสารพ (ผู้แปล) , (กรุงเทพฯ : สวนเงินมีมา , 2555)

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2543)

_____ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555)

_____ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2556)

_____ , หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2550)

ไกรพล อรัญรัตน์ , ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่อการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีอาญา , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 31 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2556

โกเมศ ขวัญเมือง , กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (Advanced Constitutional Law and Political Institutions) , มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2548

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์ , รัฐธรรมนูญและการเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา , (โรงพิมพ์ศูนย์ส่งเสริมและฝึกอบรมการเกษตรแห่งชาติ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ วิทยาเขตกำแพงแสน นครปฐม , 2544)

กองบรรณาธิการ วารสารจลนิตี , คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : สภาพบังคับทางกฎหมายและขอบเขตของความผูกพัน , บทนำ บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ จลนิตี ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 พฤษภาคม - มิถุนายน 2557

กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ , การใช้การตีความกฎหมาย , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2552

เขตไท ลังการ์พินธุ์ , หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษ และประเทศไทย : ความหมายและสาระสำคัญ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 พฤศจิกายน 2558

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ , สำระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่
พร้อมตารางเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2540 , จัดทำโดยสำนักกรรมการ
3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

คู่มือผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 4 สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ

เคลาส์ ปีเตอร์ ฮิลล์ (ค่านา) , สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐ
เยอรมนี , ฉบับแปลโดย มุลนิธิคอนราต อาเดนาัวร์ , (กรุงเทพฯ :สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ,
2555)

จรัญ ภักดีธนากุล , บทบาทศาลรัฐธรรมนูญในระบบศาลไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550 , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 11 “ศาล
รัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
ทรงเป็นประมุข” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2556)

_____ , ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ , วารสารตุลพาท , 27 , 1
(มกราคม – กุมภาพันธ์ 2523)

จรัญ โฆษณานันท์ , ความพิการของกฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายกรณีสองทนายความโปลิโอ ,
วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน
2546

_____ , นิติปรัชญา , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2538)

_____ , บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์หลักนิติธรรม , เผยแพร่ใน
<http://www.pub-law.net> , เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์
ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

_____ , รัฐธรรมนูญ 2540 : จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน ,
(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2544)

_____ , สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน : ปรัชญากฎหมาย แลความเป็นจริงของสังคม ,
(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2545)

จรัล ดิษฐาอภิชัย , การปฏิวัติฝรั่งเศส เล่ม 2 : จากวันประกาศสงครามกับอังกฤษถึงรัฐประหารของน
โปเลียน 1793-1799 , พิมพ์ครั้งแรก , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เบรน เซ็นเตอร์ , 2542)

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา , หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมใน
สังคมไทย , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1

(กรุงเทพ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

จุฑาลักษณ์ จำปาทอง , บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2557 กรณีการกำหนดวัน
เลือกตั้งใหม่เป็นการทั่วไป , บทความวิชาการ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปี
ที่ 4 ฉบับที่ 3 กุมภาพันธ์ 2557

เจษฎา ทองขาว , หลักนิติรัฐกับการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 5 ศึกษากรณีการเลิกทาสใน
ประเทศสยาม , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 35 ม.ค.ฉบับ
ที่ 1 เดือนมีนาคม 2560

ชลัท ประเทืองรัตนา , กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ : ดุลยภาพระหว่าง เสรีภาพของผู้ชุมนุมกับ
เสรีภาพของประชาชน , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม-
มิถุนายน พ.ศ. 2559

ชาติ ชัยเดชสุริยะ , มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือน
ตุลา , 2549)

ชาญชัย แสวงศักดิ์ , กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ , (กรุงเทพฯ :
วิญญูชน , 2553)

_____ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ , พิมพ์ครั้งที่ 4
(กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2559)

_____ , คำอธิบายกฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 17 , (กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์วิญญูชน ,
2554)

_____ , “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กร
ตุลาการ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560

ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิมลย์ พงศ์พนิตานนท์ (บรรณาธิการ) , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย , ร. แลง
การ์ด ฉบับพิมพ์สิงหาคม 2553 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

ชาญวิทย์ รัชนีกุลชน , หลักนิติธรรมกับหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี ,
เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่
1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ชีพ จุลมนต์ , สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กรณีสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยใน
การได้รับความช่วยเหลือจากรัฐโดยการจัดหาทนายความช่วยเหลือทางคดี , รวมบทความ
ทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 “ ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิ
เสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ” (กรุงเทพฯ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557)

ไชยันต์ กุลนิตติ , ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยศาลรัฐธรรมนูญ ,
วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 52 เดือนมกราคม-เมษายน 2559

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญสถาบันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐนิติ
ธรรม , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อ
ประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์ , กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สื่อ
ปัญญา , 2540)

_____ , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 9 : การควบคุม
การใช้อำนาจนิติบัญญัติ , สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2526

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม , ความหมายของหลักนิติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 16 เล่มที่ 48 เดือน
กันยายน-ธันวาคม 2557

ชมพูนุท ตั้งถาวร , กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ , (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2556)

เขาวาน์ กาญจนะไพบูลย์ , ปัญหาสิทธิมนุษยชนกับคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
ของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัย
รัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เขาวานะ ไตรมาศ , กระบวนการสร้างความเป็นเลิศในการผลิตคำวินิจฉัยกับภาระและความจำเป็นใน
การพัฒนาประชาธิปไตย ในระบบนิติรัฐของศาลรัฐธรรมนูญ , จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ
ปีที่ 8 ฉบับที่ 4 (เล่มที่ 48) ประจำเดือน กรกฎาคม – สิงหาคม 2549

_____ , การตีความรัฐธรรมนูญกับคุณูปการอันพึงคาดหวังของศาลรัฐธรรมนูญ , เอกสาร
วิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ ประจำปี
การศึกษา 2553-2554

_____ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญไทย , รวมบทความกฎหมาย
มหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 4 , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ,
2548)

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง , รวมบทความทางวิชาการของ
ศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 2 ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง , (กรุงเทพฯ :
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2546)

ญาณวัฒน์ พลอยเทศ , อำนาจศาลในกฎหมายการชุมนุมสาธารณะของประเทศไทย ,
วารสารวิชาการเซาธ์อีสท์บางกอก ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 มกราคม – มิถุนายน 2559

- ฐิติกร สังข์แก้ว , อ่านความเป็นพลเมืองในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา : บริบทเชิงนิติประวัติศาสตร์ และภาคปฏิบัติการทางการเมือง , วารสารวิชาการ Veridian E-Journal บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร ปีที่ 6 เล่มที่ 1 มกราคม – เมษายน 2556
- ณรงค์ ใจหาญ , หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543)
- ณรงค์เดช สรุโฆสิต , แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2554)
- ณัฐกานต์ มณีรัตน์ , ประทีป ทับอัตรานนท์ และสอาด หอมมณี , ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 , วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี ปีที่ 13 ฉบับที่ 3 ประจำเดือน มกราคม-เดือนมีนาคม 2560
- ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร , รัฐศาสตร์ , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2553)
- ณัฐธนิชา เลอฟิลิแบร์ต , ศิริพร เอี่ยมธงชัย และคณะ , กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล และบทสันนิษฐานให้รับผิดชอบทางอาญา , วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 31 ตอน 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เอ.ลิวิ่ง จำกัด , 2557)
- ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน , หน่วยที่ 5 ทฤษฎีอาชญาวิทยา , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง หน่วยที่ 1-7 , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ดิเรก ควรสมาคม , นิติปรัชญา , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2557)
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ , คำอธิบายรายวิชา LW 454 กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น , ภาควิชากฎหมายทั่วไป คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2551)
- ดำริห์ บุรณะนนท์ , ความรู้เบื้องต้นทางรัฐศาสตร์และกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2548)
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557)
- _____ , สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2559)
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2554)

- ทวิศักดิ์ ตั้งปฐมวงศ์ , การเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 : การปฏิวัติที่ถูกนิยามใหม่ , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ปีที่ 31 ฉบับที่ 3 พฤษภาคม - มิถุนายน พ.ศ. 2555
- ทักษ์ เฉลิมเตียรณ , การเมืองระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2559)
- ทศพล ทรรศนกุลพันธ์ , สสำรวจหมุดหมายสิทธิมนุษยชนในปีที่ 80 ของรัฐธรรมนูญไทย , วารสารนิติสังคมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2555
- เทิดสยาม บุญยะเสนา , ระบบนิติธรรมภายใต้บริบททางการเมืองที่ขาดเสถียรภาพ , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 46 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2560)
- ธนวัฒน์ เนติโพธิ์ , การดำเนินกระบวนการพิจารณาและทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 16 เล่มที่ 48 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2557 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2557)
- _____ , ศาลรัฐธรรมนูญและควมมีส่วนร่วมในนิติรัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 49 เดือนมกราคม-เมษายน 2558 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558)
- ธนศ อารมณ์สุวรรณ , ความคิดทางการเมืองของคนอเมริกันผิวดำ : จากทาสสู่เสรีชน , (กรุงเทพฯ : แสงดาว , 2551)
- _____ , บาดแผลอเมริกา : สงครามกับเสรีภาพในประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา , (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มติชน , 2547)
- ธัชวุทธิ์ พุทธิสมบัติ , หลักกฎหมายว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ : แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจตุลาการในการตรวจสอบถ่วงดุลของสหรัฐอเมริกา , ดุลพาท เล่มที่ 1 ปีที่ 61 มกราคม - เมษายน 2557
- ธานี วรภัทร์ , หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555)
- ธิติพงศ์ มีทอง , สภาแพ่งเฟิร์ดกับการปฏิวัติแห่งปรัสเซียใน ค.ศ. 1848 : การสร้างจุดเริ่มต้นแห่งการรวมชาติเยอรมัน , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ปีที่ 33 ฉบับที่ 1 มกราคม-เมษายน 2559
- ธีระ สุธีวรารังกูร , ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อนๆ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2542)

ธีรภัทร เจริญสุข , คำพิพากษาที่ไม่เห็นคนเป็นคน – ผลคือสงครามกลางเมือง , หนังสือพิมพ์กรุงเทพ
ธุรกิจ ฉบับวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2557

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ , การปฏิวัติสยาม พ.ศ.2475 , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : ฟาเดียวกัน , 2553)
นันทวัฒน์ บรมานันท์ , กฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2553)

_____ , รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เสนอต่อสำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ , 2542

_____ , หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน ,
2551)

นิติ เอียวศรีวงศ์ , รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย , นิตยสารศิลปวัฒนธรรม ปีที่ 13 เล่มที่ 1
(พฤศจิกายน 2534)

นพดล นิมหนู และอมรรรัตน์ อริยะชัยประดิษฐ์ นิมหนู , ความสำคัญของแนวคิดสิทธิมนุษยชนใน
บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย The Importance of the Concept of Human Rights in
the Provisions of the Thai Constitutions , วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์
มหาวิทยาลัยมหาสารคาม , ปีที่ 31 ฉบับที่ 5 กันยายน - ตุลาคม 2555

นพนิติ สุริยะ , สิทธิมนุษยชน , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2537)

นพดล เสงเจริญ , ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับบทบาทที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและการเลือกตั้ง , รวม
บทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 4 , (กรุงเทพฯ : สำนักงาน
ศาลรัฐธรรมนูญ , 2548)

นภดล ช. สรพงษ์ , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองความเสมอภาคของประชาชน ,
งานวิจัยการอบรมหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)” รุ่นที่ 8
วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2548

_____ , ผลกระทบกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศึกษาเปรียบเทียบกับ
แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ ชุดที่ 11 “ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ , 2556)

น้ำแท้ มีบุญส้าง , ระบบกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส , วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิ
ราช ปีที่ 21 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2552

_____ , หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา , จุลนิตี , ปีที่ 11 ฉบับที่ 5
(กันยายน - ตุลาคม 2557)

- บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ , กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ , พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2552)
- _____ , กฎหมายมหาชน 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย , (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2537)
- _____ , กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2538)
- _____ , กฎหมายมหาชน เล่ม 4 : รัฐ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2560)
- _____ , กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม , 2537)
- _____ , รัฐธรรมนูญน่ารู้ , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2542)
- _____ , ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 1 เล่ม 1 ปี 2546
- บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ และชาญชัย แสงศักดิ์ , การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2540)
- บัณฑิต จันทรโรจนกิจ , รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558)
- บรรเจิด สิงคะเนติ , การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2551)
- _____ , ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2560)
- _____ , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2547)
- _____ , “หลักนิติธรรม” ในฐานะ “เกณฑ์” ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560
- _____ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2552)
- _____ , หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2558)
- _____ , หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน , เอกสารประกอบการสัมมนา บทบาทศาลรัฐธรรมนูญกับสังคม

เยอรมัน , จัดโดย สถาบันนโยบายศึกษา โดยการสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2555 ณ ห้องประชุม ชั้น 5 อาคารบุญชนะ

อรรถากร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์ , หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมัน และฝรั่งเศส , วารสารกฎหมายปกครอง , เล่มที่ 19 ตอน 1 , เมษายน 2543

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ , รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558)

บรรหาร กำลา , หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย : ที่มา แนวคำวินิจฉัย และข้อสังเกต , จุลินิติ กรกฎาคม – สิงหาคม 2553
บรรหาญ จงเจริญประเสริฐ , ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) การอบรมหลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , การปกครองแบบสหพันธรัฐเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2533)

_____ , การปรับปรุงระบบพรรคการเมือง, รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมือง เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.) , สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

_____ , การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้สิทธิทางศาล , (กรุงเทพฯ : มิสเตอร์ ก๊อปปี้ (ประเทศไทย) จำกัด , 2548)

_____ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2555)

_____ , กฎหมายเลือกตั้งเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 3 ปี 2532)

_____ , กฎหมายมหาชนเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2557)

_____ , ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย , ในหนังสือ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

- _____ , คำอธิบาย วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2535)
- _____ , แนวทางการปฏิรูประบบการเลือกตั้งและพรรคการเมือง , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2555)
- _____ , หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ , รายงานผลการวิจัย เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , กันยายน 2546
- _____ , หนังสือรายงานการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองไทย” จัดโดยสถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สนับสนุนโดยมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558)
- บุญเสริม นาคสาร , ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่นและศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 5 “ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2549)
- เบนจามิน เอ. บัทสัน , อวสานสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสยาม , พิมพ์ครั้งที่ 2 เนื่องในวาระ 72 ปี การปฏิวัติสยาม , (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2547)
- ปกิตตา นิภาวรรณ , ศิริพร เอี่ยมธงชัย และคณะ , กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล และบทสันนิษฐานให้รับผิดชอบทางอาญา , วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 31 ตอน 1 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เอ.ลีฟวิ่ง จำกัด , 2557)
- ปฐมพงษ์ คำเชียว , ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 11 ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้หลักนิติธรรมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข . (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2556)
- ปฐมพงษ์ พิพัฒน์ธนากิจ , คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดสมาชิกภาพตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 , รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 11 (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ : พี.เพรส จำกัด , 2556)
- ประชุม โฉมฉาย , กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารัตโรมันและแองโกลแซกซอน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551)

- _____ , วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)
- _____ , หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2555)
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช , ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม , วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 13 ฉบับที่ 3 กันยายน – ธันวาคม 2558
- ปวีศร เลิศธรรมเทวี , การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย , รัฐสภาสาร ปีที่ 64 ฉบับที่ 6 ปี 2559
- _____ , ภูมิหลังว่าด้วยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 35 ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน 2560
- _____ , พัฒนาการขององค์กรณีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 34 ฉบับที่ 1 ประจำปี 2559
- ประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ , ศาลปกครองกับการคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- ปัญญา อุดชาชน , ความยุติธรรมกับรัฐธรรมนูญภายใต้ประชาคมอาเซียน ปี พ.ศ. 2558 , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2555
- _____ , พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เล่มที่ 42 เดือนกันยายน – ธันวาคม 2555
- _____ , ศาลรัฐธรรมนูญคำชูลหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม-เมษายน 2560
- _____ , สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย , รัฐสภาสาร , ปีที่ 62 เล่มที่ 7 ปี พ.ศ. 2557
- _____ , หลักประชาธิปไตย เรื่อง : สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- _____ , องค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 12 เล่มที่ 35 เดือนพฤษภาคม – สิงหาคม 2553

- ปัญญา อุดชาชน และวุฒิเลิศ เทวกุล , รายงานการวิจัย เรื่อง อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมือง : กรณีศึกษาประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศไทย , สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา , (พฤษภาคม 2547)
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกข์ , ศาลปกครองฝรั่งเศสกับการบริหารจัดการคดีเลือกตั้ง : ความทั่วไปและพัฒนาการในปัจจุบัน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม-กันยายน 2559 , สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง)
- ปิยบุตร แสงกนกกุล , การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเพื่อปฏิรูปการเมือง , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 36 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2550) _____ , การจัดทำรัฐธรรมนูญ : ประสบการณ์ฝรั่งเศส , บทความนำเสนอในการเสนาวิชากรเรื่อง “แง่มุมทางกฎหมายของการเปลี่ยนผ่านประชาธิปไตย” จัดขึ้นโดยศูนย์ศึกษากฎหมายฝรั่งเศส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ _____ , กรณียุบพรรคในต่างประเทศ , ประชาชาติธุรกิจ , (1-4 พฤษภาคม 2551)
- ปรีชา ช่างขวัญยืน (แปล) W.T.Stace , ปรัชญากรีก , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ :มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2514)
- ปรีดี เกษมทรัพย์ , นิติปรัชญา , พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551)
- ปรีดี เกษมทรัพย์ , ระบบ ก.ต. และความเป็นอิสระของตุลาการ , วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 22 เล่มที่ 3. กันยายน 2535
- พิชัย อิศรภักดี , เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบการเมืองเปรียบเทียบ หน้าที่ 10 : การเมืองในประเทศประชาธิปไตย : ยุโรปตะวันตก , สาขารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , (พิมพ์ครั้งที่ 22) พ.ศ. 2554
- ไพโรจน์ ชัยนาม , สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย , (นครหลวงฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2515)
- ไพโรจน์ วายุภาพ , หลักนิติรัฐกับความสำคัญของผู้พิพากษาและคำพิพากษา , ดุลพาห ปีที่ 60 , เล่มที่ 2 (2556)
- พิสิฐ ลี้อาธรรม , ร่าง พรบ.เงินกู้ 2 ล้านล้าน: ความขัดแย้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ , วารสารเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัย เชียงใหม่ ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2557)
- พรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาหลักนิติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 53 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2559
- พรสวรรค์ วัฒนางกูร , ความหลากหลายทางเชื้อชาติและวัฒนธรรมและปัญหาที่เกิดขึ้นในยุโรป : กรณีศึกษาประเทศเยอรมนี 136 ปี หลังเยอรมนีรวมชาติ: จากตำนาน “ซีกฟรีด” ถึง “WM

2006” , เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการ เรื่อง “ความหลากหลายทางเชื้อชาติ และ วัฒนธรรมของสหภาพยุโรปและเอเชีย : ปัญหาหรือ โอกาส” จัดโดย ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , การสร้างดุลยภาพในระบบโครงสร้างอำนาจรัฐ , การประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16 ประจำปี 2557 : 8 ทศวรรษ ประชาธิปไตยไทย : พลวัตแห่ง ดุลอำนาจ (กรุงเทพฯ , สถาบันพระปกเกล้า , 2558)

_____ , หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ , วารสารสังคมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 46 ฉบับที่ 1 (2559)

ภัทรศักดิ์ วรรณแสง , บทบาทศาลยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อ ประชาธิปไตย” รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาล รัฐธรรมนูญ

ภัทริยา เทพขจร , ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกรณีข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของ ผู้แทนนิติบุคคล , วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2556)

ภัททิยา สิริบวรพิพัฒน์ , การจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย , หน่วยที่ 14 เอกสารการสอนชุดวิชา 40701 กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิดและหลัก กฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

ภัทสรธร อุซพงษ์อมร และอารีรัตน์ โกสสิทธิ์ , การตรวจสอบกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน โดยศาลปกครอง ตามหลักความได้สัดส่วน , วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา ปีที่ 7 ฉบับที่ 2

ภาคภูมิ แก้วเขื่อน , หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติ ธรรม” , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558)

ภุรี พวงค์เจริญ , “ลัทธิบูชารัฐธรรมนูญ” กับสยามสมัยคณะราษฎร , ศิลปวัฒนธรรม ปีที่ 37 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2558

ภุริชญา วัฒนรุ่ง , ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543)

โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์ , หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : นิติ ธรรม , 2551)

มานิตย์ จุมปา , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2553)

- _____ , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2543)
- _____ , ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2546)
- มนตรี รุประเสริฐ , กรอบแนวคิดการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (พ.ศ. 2550) , ได้รับทุนสนับสนุนจากมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ธันวาคม 2549
- มนตรี รุประเสริฐ และคณะ , เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2542)
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์ , จารีตรัฐธรรมนูญไทยกับสันติประชาธรรม , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ open book , 2550)
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์ , วิทยาลัย อีริชชี่ , สุภาสินี ชมะสุนทร และสมคิด เลิศไพฑูรย์ , 60 ปี ประชาธิปไตย สิทธิเสรีประชาไทย , เอกสารประกอบการสัมมนา จัดโดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์
- รุจิรา เตชางกูร , เอกสารประกอบการสอนวิชา PS 430 การเมืองระหว่างประเทศในยุโรปตะวันตก คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- รองพล เจริญพันธ์ , นิติปรัชญา : การศึกษาตามแนวทฤษฎี Legal positivism ภาค 1: ทฤษฎีที่ว่าไปว่าด้วย กฎหมายกับรัฐ , พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2524)
- ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์ , ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในความสิ้นไปของความเท่าเทียมกันของประชาชนในการรับภาระสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 29/2557) , พิมพ์ครั้งที่ 1 (วารสาร วิชาการศาลปกครอง ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม-กันยายน 2559 , สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง)
- วรรณมา สุพรรณธรรมา , ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกากับการจัดทำคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ , (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับพิมพ์ พ.ศ. 2554)
- วิชชกานต์ เสาภายน , บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาพปัญหาและข้อเสนอแนะในกรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม – สิงหาคม 2558 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2559)
- วิชัย ดันศิริ , รัฐธรรมนูญประเทศตะวันตกและไทย : กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา , 2540)

วิชัย วิวิตเสวี , สรุปคำบรรยายสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรม (ภาคปกติ) , รวมคำบรรยาย เล่มที่ 6-7 เนติบัณฑิต ภาค 2 สมัยที่ 67

วิชัย ศรีรัตน์ ลาวัณย์ ถนัดศิลปะกุล และทศพล ทรรคนกุลพันธ์ (เขียนและเรียบเรียง) , ศัพท์สิทธิมนุษยชน , พิมพ์ครั้งที่ 1 (จัดพิมพ์โดย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ , 2554)

วิเชียร ตันศิริมงคล , วิวัฒนาการของ Judicial Review , วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยบูรพา ปีที่ 3 ฉบับที่ 3 ปี พ.ศ. 2554

วิรัช ชินวินิจกุล , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์สากลและหลักเกณฑ์ในประเทศสหรัฐอเมริกา , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558

_____ , ประชาธิปไตย : ประวัติศาสตร์ แนวคิด ปัญหา แนวทางแก้ไขและพัฒนา , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 49 เดือนมกราคม-เมษายน 2558 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2558)

วิภาดา กิตติโกวิท, สัญญาประชาคม/หลักแห่งสิทธิทางการเมือง โดย ฌอง-ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jaques Rousseau) , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : ทัพนั่งสื่อ สำนักพิมพ์ แซด โปรดักชั่น สตูดิโอ , 2550)

วิมล จันทโรทัย , ดร. มาร์ติน ลูเธอร์ จูเนียร์ : ผู้นำการปฏิวัตินิโกร , งานค้นคว้าอิสระ เอกสารการศึกษาในหลักสูตรผู้นำการเมืองยุคใหม่ รุ่นที่ 3 สถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2549

วิศรุต คิตดี , เหตุใดจึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 10 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ , (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2555)

วิชญ์ เครื่องงาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์ , 2530)

_____ , หน่วยที่ 1 : ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน , เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช . พ.ศ. 2526

_____ , หน่วยที่ 2 : ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1-7 , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพฯ , สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , 2552)

- _____ , ระบบกฎหมายแองโกล – อเมริกัน , เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทย และต่างประเทศ หน่วยที่ 5 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , 2535)
- วิชฌุ วัลญญ , หลักกฎหมายปกครองอันมีที่มาจากนิติรัฐ , รายงานการวิจัยผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 16 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม , 2555
- วิสิฐ ญาณภีร์ , วารีนานาสกุล , วิชญะ เครื่องงาม , ณชชชญา ทองจันทร์ , ธนสารจงพานิช และอดิศักดิ์ ใจอารีย์ , บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ , รายงานการวิจัยได้รับทุนสนับสนุนจากคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ เดือนสิงหาคม 2557 สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม
- วิสุทธิ์ โปธิแทน , การดำเนินกิจการของพรรคการเมืองไทย , (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า , 2544)
- _____ , แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย , พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า , 2551)
- วีระ โลจายะ , กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2538)
- _____ , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8 : สิทธิเสรีภาพของประชาชน , สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , 2534
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541)
- _____ , ง (ม.ป.ป.) , ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน , เอกสารประกอบการเรียนการสอน , หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่น 14 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- _____ , รายงานผลการวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย , เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2545
- _____ , รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน , (กรุงเทพฯ : มิสเตอร์ก๊อปปี้ , 2550)
- _____ , หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม , เผยแพร่ใน <http://www.pub-law.net> , เอกบุญวงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

- วรวจน์ วิศรุตพิชญ์ , “นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย” , ในหนังสือ “ข้อ
 ความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน” , สำนักพิมพ์นิติธรรม , พ.ศ. 2540
 _____ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2538)
 _____ , สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ,
 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2543)
 _____ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน ,
 2540)
 _____ , หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง , เอกสาร
 ประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543
 วุฒิชัย จิตตานุ , กระบวนการทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ของโลก , (กรุงเทพฯ :
 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2556)
 _____ , ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมายในประเทศต่างๆ ทั่วโลก
 , วารสารศาลรัฐธรรมนูญปีที่ 9 เล่มที่ 27 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2550 (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.
 เพรส จำกัด , 2550)
 ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์ , คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน , (กรุงเทพฯ :
 วิญญูชน , 2559)
 ศฤงคาร พันธุ์พงศ์ , เอกสารประกอบการสอนวิชา HI 352 ประวัติศาสตร์ยุโรป 2 ภาควิชา
 ประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพฯ :
 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2540)
 ศิริชัย มงคลเกียรติศรี , “Equity ; Legal Method to Mitigate the Rigours of Strict Law in
 Both Common and Civil Law” , วารสารนิตยสาร ฉบับที่ 3 ปีที่ 24 (กรกฎาคม –
 กันยายน 2547)
 ศิริวรรณ ดำเนินชาญวนิชย์ ทรงเมตตา , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญต่อการคุ้มครองสิทธิของจำเลย
 ในกระบวนการยุติธรรม , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 52 เดือนมกราคม –
 เมษายน 2559
 ศรีศักร วัลลิโภดม , กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย , (กรุงเทพฯ : เมืองโบราณ , 2545)
 สกล หาญสุทธิวารินทร์ , อำนาจตีความและวินิจฉัยกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ,
 เผยแพร่ในหนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ ฉบับวันที่ 5 พฤศจิกายน 2556
 สถาบันพระปกเกล้า , การบรรยายพิเศษถอดบทเรียนการคลี่คลายวิกฤติการณ์ทางการเมืองสู่การ
 ปฏิรูปประเทศในระบอบประชาธิปไตย : กรณีศึกษาการร่างรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ,
 (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า , 2558)

สัญญา ธรรมศักดิ์ , “อุดมการณ์บนเส้นทางสายยุติธรรม” ใน 7 รอบ อาจารย์สัญญา, จัดพิมพ์โดย
มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , พ.ศ. 2534

สามารถ ตราชู , รัฐธรรมนูญกับอุดมการณ์ทางการเมืองภายใต้บริบทของความเป็นไทย , วารสาร
ผู้ตรวจการแผ่นดิน พิมพ์ครั้งที่ 1 , ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2555
(กรุงเทพฯ : สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน , 2556)

สิทธิกร ศักดิ์แสง , บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ไม่ถือเป็นการปกครองแบบนิติรัฐที่
ยึดหลักนิติธรรม , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 34 ฉบับ
ที่ 2 (กันยายน 2559)

_____ , หลักกฎหมายมหาชน , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2557)

สิทธิกร ศักดิ์แสง และณัฐภัทร ธีรารังค์กุล , แนวคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ว่าด้วย
อำนาจอธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 , วารสาร
มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 มกราคม-
มิถุนายน 2557

สิทธิพร เศาภายน , การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ,
เอกสารวิชาการส่วนบุคคลของการอบรม หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่
1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

_____ , ความเสมอภาคตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 14 เล่มที่
42 เดือนกันยายน-ธันวาคม 2555

สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน : มุมมองจากกระบวนการยุติธรรมของไทย ,
เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) รายงานการอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรม
เพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษาสำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ

_____ , หลักนิติธรรมร่วมสมัย จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ,
วารสาร ศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 56 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2560

สุนทร มณีสวัสดิ์ , ที่มาและนิติวิธีในกฎหมายมหาชน , หน่วยที่ 1 เอกสารการสอนชุด
วิชา 41712 กฎหมายปกครองชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
ศูนย์ มโนมัยอุดม , ระบบกฎหมายอังกฤษ , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2555)

สุรพล นิติไกรพจน์ , ปาฐกถาพิเศษ “ภาพจริง-ภาพลวง : สังคมแห่งนิติรัฐ” , โครงการสัมมนาทาง
วิชาการติดตามนโยบายสาธารณะ เรื่อง “4ปีประเทศไทย : ภาพจริง-ภาพลวง?” วันพุธที่ 10
พฤศจิกายน 2547 ณ สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย , ในหนังสือ เอกบุณย

วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) , นิติรัฐ นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและ
เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)

_____ , รายงานการวิจัยระบบควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม ,
(กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) , 2538)

สุพัชรี เมนะทัต , ปฏิวัติฝรั่งเศส ความโหยหาในสิทธิความเป็นมนุษย์ , สารประชาสัมพันธ์ วารสาร
เพื่อการประชาสัมพันธ์ คณะมนุษยศาสตร์ มศว ฉบับอิเล็กทรอนิกส์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1
กรกฎาคม - สิงหาคม 2551

สุพจน์ บุญวิเศษ , หลักรัฐศาสตร์ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : เอ็ม.ที.เพรส , 2551)

สุภาพร เกษมสุนทร , องค์การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีเปรียบเทียบ
กฎหมายไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , วารสารวิชาการ
มหาวิทยาลัยปทุมธานี ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 พฤษภาคม – สิงหาคม 2556

สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ , หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2560)

สุรศักดิ์ ตริรัตน์ตระกูล , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยกระบวนการยุติธรรม ,
เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) รายงานการอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรม
เพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ , หลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานบางหลักตามกฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญาเยอรมัน , ดุลพาท ปีที่ 60 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2556)

สมเกียรติ วันทะนะ , การสร้างระบอบประชาธิปไตยในอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี , รัฐศาสตร์สาร
ปีที่ 33 ฉบับที่ 3 กันยายน-ธันวาคม 2555 , (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2558)

สมคิด เลิศไพฑูรย์ , การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย , วารสารกฎหมาย คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557)

_____ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
ไทย พุทธศักราช 2540 , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2548)

_____ , ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2550 , วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 5 ฉบับที่ 3 เดือนกันยายน – ธันวาคม 2550

_____ , รายงานการวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส , เสนอต่อ
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , มกราคม 2548

_____ , หลักความเสมอภาค , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2543)

สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ , เอกสารประกอบการสอนวิชา HI 453 ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสสมัยใหม่ , ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2540)

สมชาติ เจริญชัย , การเมือง-การเลือกตั้งไทย และประเทศในอาเซียน , (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา ภายใต้มูลนิธิส่งเสริมนโยบายศึกษา , 2559)

สมชาย ปรีชาศิลปกุล , อภิรัฐธรรมนุญจารีตประเพณีไทย 2475 – 2555 (ตอนที่ 1) , นิตยสารวิภาษา ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 ลำดับที่ 42 วันที่ 1 พฤษภาคม – 15 มิถุนายน 2555

_____ , อภิรัฐธรรมนุญจารีตประเพณีไทย 2475 – 2555 (ตอนที่ 2) :จารีตประเพณีว่าด้วยการรัฐประหาร , นิตยสารวิภาษา ปีที่ 6 ฉบับที่ 3 ลำดับที่ 43 วันที่ 16 มิถุนายน – 31 กรกฎาคม 2555

สมนึก ชูวิเชียร , ความคิดทางการเมืองแบบตะวันตก จากโสกราตีสถึงยุคอุดมการณ์ , (กรุงเทพฯ : เอ็มแอล ครีเอชั่น แอนด์ พริ้นติ้ง , 2548)

สมบัติ จันทรวงศ์ , ประวัติปรัชญาการเมือง (เล่มที่หนึ่ง) , (กรุงเทพฯ : คบไฟ , 2551)

_____ , มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776-1800 , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2529)

สมบัติ อารังธัญวงศ์ , การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา , (กรุงเทพฯ : โครงการเอกสารตำราคณะรัฐประศาสนศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ , 2545)

_____ , การเมืองอเมริกา , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เสมาธรรม , 2544)

สมยศ เชื้อไทย , คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2553)

_____ , คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 2 , โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ , 2535

_____ , นิติปรัชญาเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิญญูชน , 2554)

_____ , หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2555)

สมฤทธิ์ ไชยวงศ์ , สิทธิมนุษยชน : ประชาชนกับใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558

_____ , หลักนิติธรรม : การคุ้มครองหลักนิติธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม” , (กรุงเทพฯ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558)

แสวง บุญเฉลิมวิภาส , ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย , พิมพ์ครั้งที่ 7 , (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2551)

เสาวนีย์ อัครวิจารณ์ , รัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทย : การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน , วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2552

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย : สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย , (กรุงเทพฯ : บริษัท พี.เพรส จำกัด , 2551)

_____ , รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย , (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์ , 2544)

สรนันท์ สรณานุภาพ และวสันต์ เหลืองประภัสร์ , การขยายตัวของระบบราชการไทยในสมัยระบอบสฤษดิ์ : ยุคความมั่นคงและการพัฒนา พ.ศ. 2501 -2516 , วารสารการเมืองการปกครองวิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 ประจำเดือนมกราคม – เมษายน 2560

สรวิศ ลิ้มปริงซี่ , สัมผัสคดีที่จุดประกายหลักการแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ , ดุลพาห เล่มที่ 2 ปีที่ 52 พฤษภาคม – สิงหาคม 2548

หยุด แสงอุทัย , หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2507)

อดิเทพ อุษะพัฒน์ , การปฏิวัติ รัฐประหาร กับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญและออกกฎหมายของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร และรูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย , รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 13 ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2558)

อภิญา แก้วกำเนิด , การปกครองโดยตุลาการ , วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559)

อภิมุข สุขประสิทธิ์ , ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล และบทสันนิษฐานให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญา : กรณีศึกษาประเทศออสเตรเลีย , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ.ปีที่ 16 เล่มที่ 47 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2557

อภิวัฒน์ สุดสาว , หลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , จุลนิติ ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม – กุมภาพันธ์ 2554

- อมร จันทรสมบูรณ์ , คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย , สถาบันนโยบายศึกษา โดยความสนับสนุนของ มูลนิธิคอนราต อเดนาวร์
- อมร รักษาสัตย์ และคณะ , ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการและแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2543)
- อักษราทร จุฬารัตน์ , การใช้และการตีความกฎหมาย , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง , 2553)
- อัญชลี สุสายัณห์ , ไพโรสมัย ร.5: ความเปลี่ยนแปลงของระบบไพร่และผลกระทบต่อสังคมไทย ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว , (กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ , 2553)
- อานนท์ มาเม็ก , ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558)
- อารีพงศ์ ภู่อุ่ม , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ กรณีการจัดหาพัสดุภาครัฐ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 17 เล่มที่ 50 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2558
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล , เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส , วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , ปีที่ 36 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2550)
- แอล ดูปลาตร์ , กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (การศาลในประเทศฝรั่งเศส) , คำสอนทางปริญาโททางนิติศาสตร์ พ.ศ. 2478 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง , (พระนคร : โรงพิมพ์พระจันทร์ พระนคร 25 ก.พ. 2478)
- อุดม รัฐอมฤต , การคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาตามหลักสันนิษฐานความบริสุทธิ์ของบุคคล (Presumption of Innocence) , วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 33 ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม 2558
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ , การอ้างอิงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2544)
- _____ , รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ , 2550)
- อุดมศักดิ์ นิติมนตรี , ศาลรัฐธรรมนูญกับการสร้างบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 18 เล่มที่ 53 เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม 2559
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์ , สิทธิมนุษยชน , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2555)
- อุทัย อาทิวา , หน่วยที่ 3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและบทบาทขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา , เอกสารประกอบการสอน

ชุดวิชา 41717 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพยานชั้นสูง สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช

โอกาส เตพละกุล , การชุมนุมสาธารณะกับความผิดฐานก่อการร้าย , เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study) รายงานการฝึกอบรม หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 2
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หนังสือภาษาต่างประเทศ

A.V. Dicey , Law of the Constitution , with an introduction by E.C.S. Wade, (English
language book society&Macmillan 1975)

Anke Freckmann and Thomas Wegerich , The German Legal System , London NW3
3PF : Sweet & Maxwell , 1999

A.Wagner , Die Entstehung , Organisation und Kompetenzwn des
Bundesverfassungsgerichts , in : DRiZ 1961

Anke Freckmann and Thomas Wegerich , The German Legal System , London NW3
3PF : Sweet & Maxwell , 1999

Benda/Kliein , Lehrbuch der VerfassungsprozeSSrechts , Heidelberg 1991

Bradley Silverman , Liberty or Dignity : Investigating the Fundamental Ideals
Underlying American & German Abortion Jurisprudence , The *University of
Chicago Undergraduate Law Review (UCULR)* Volume III Issue 1

Elisabeth Zoller , Introduction au droit public , Paris , Dolloz , réed, 2006

Fritz Schulz , History of Roman Legal Science , (London : Oxford University Press ,
1967)

H.F. Jolowicz,Lectures on Jurisprudence , 1963 ; C.J. Friedrich , The Philosophy of Law
in Historical Perspective , 1963

H.G.Hanbury , English Court of Law , 4th ed (Newyork Toronto : Oxford University Press)

H. Simon , Verfassungsgerichtsbarkeit , in : Benda/Nathofer/Vogel , Handbuch des
Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland , 2 Aufl. , 1994

J. Zekoll and M. Reimann , Introduction to German Law , 2nd Edition Kluwer Law
International , 2005

Jean Rivero *Libertés publiques* Paris Presses universitaire de France , 1973

Kenneth Culp Davis and John P. Wilson , Administrative Law Treatise , 2nd ed. Vol2
(San Diego : K.C. Davis. Pub. Co. , 1979)

Preedee Kasemsup , “Reception of Law in Thailand : A Buddish Society” Masaji Chiba
(Ed) , Asian Indigenous Law , London , 1986 R. Carré de Malberg , Contribution
à la théorie générale de l'Etat : Tome I

Scheuher , Die Ueberlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. Und 20.
Jahrhundert , in : Festgabe aus Anlass des 25 jaehrigen Bestehens des
Bundesverfassungsgerichts , Band I , Tuebingen 1976

Stephen Loffredo and Don Friedman , GIDEON MEETS GOLDBERG : The Case For A
Qualified Right To Counsel In Welfare Hearings , The *Touro International Law
Review* Vol. 25 , No. 1-2009

V.L. Heuschling , Etat de droit , Rechtsstaat , Rule of Law , Paris , Dalloz , 2002

วิทยานิพนธ์

กชกร เขียวอรุณ , สิทธิเสรีภาพการชุมนุมของประชาชนในที่สาธารณะ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554

กชวรรณ จันทร์เณร , การดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2544

กนิษฐา เขียววิทย์ , การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กร
นิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ , วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2533

กนกรัตน์ ปัญญาบุรุษวงศ์ , การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย . 2551

กษิต์เดช สุทธิวานิช , อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะกรรมการการเลือกตั้งกับการตรวจสอบโดย
องค์กรตุลาการ , (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554)

กฤตธี จันบัวลา , รูปแบบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีศึกษากฎหมายการเงินการคลัง ,
วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2558

ขจิตพรพรณ สุขแสง , การยกเลิกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล , วิทยานิพนธ์
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551)

- จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล ,
 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย . 2548
- จิตรรัตน์ พันธุ์พิจิตร , ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง กรณี
 ความเสมอภาคในการเข้ารับราชการ , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย, 2547
- จิราภา เต็มเพชร , ปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีการทำคำวินิจฉัยของ
 ศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,
 2549)
- เฉลิมพงศ์ เอกเผ่าพันธุ์, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ,
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548
- ชยกร แก้วมาก , การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมการเมืองไทย ,
 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2552
- ชยพัทธ์ วิบุลละ , ปัญหากระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติ
 ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี , 2554)
- ชัชฎุชา สงสมอ , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนด : ศึกษาเฉพาะ
 กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต , คณะ
 นิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2550
- ฐานนท์ มณีนิล , ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง , วิทยานิพนธ์
 ปริญญาโทมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2549
- ณวัฒน์ ศรีปัดถา , ความเป็นไปได้ในการนำหลักการในระบบอิมพีชเมนต์ของประเทศสหรัฐอเมริกา
 ปรับใช้กับการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,
 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2544
- ณัฐนันท์ กัลยาศิริ , หลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองกับการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งของ
 พรรคการเมือง (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,
 2554)
- ณัฐพล บุญชิต , สภาพบังคับของแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 พุทธศักราช 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ,
 2555)
- ดิเรก สุขสว่าง , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่
 เหตุ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554)

- ทิพรรัตน์ เต็มเพ็ชร , ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ และตามกฎหมายภายใน , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550)
- ทิพสุดา ญาณภริต , การยุบพรรคการเมือง : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคพลังประชาชน พรรคชาติไทย และพรรคมหาชนปีไทย , วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553
- ทรงวุฒิ จารจรกุล , รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง : ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2542)
- ธนธรรม เจริญเลิศ , ขอบเขตของการพิจารณาตีอาญาโดยเปิดเผย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2553
- ธารณี องค์กรสุวิสต์ , ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยประกาศห้ามทำและเผยแพร่ โพลเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550
- ธวัชพล ทองอินทราช , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญต่อการพัฒนาการเมืองไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ , 2554)
- นฤมล ธรรมครองอาตม์ , บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการปฏิรูปการเมือง , วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ , 2544)
- นิทราวดี ฤทธิ์พันธุ์ , ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการทำคำพิพากษาคืออาญา , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2555
- พรชวีวัฒน์ พูนทองพันธ์ , ปัญหาการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง , วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553
- พีรพิชญ์ วงศ์วัฒนศานต์ , หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554)
- รัตติยา ทาทอง , หลักความเป็นอิสระในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน : วิเคราะห์การกำหนดมาตรฐานการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1 , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2555)
- รุจิรา เตชางกูร , วิเคราะห์รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันฉบับปัจจุบันในแง่การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาล , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2546)

- ภัทรวิทย์ อบสุวรรณ , การทำแผนประทุษกรรมประกอบคำรับสารภาพในระบบกฎหมายไทย ,
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550
- พุดพันธ์ อภิไชยวาทย์ , การทบทวนคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์
มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2555
- พูนเพิ่ม กฤษณะวณิช, ผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
และองค์กรที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)
พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 , วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2553
- รัชนิกุล อุตระศาสตร์ , ปัญหาทางกฎหมายในการยุบพรรคการเมืองในประเทศไทย , วิทยานิพนธ์นิติ
ศาสตร์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2557
- วลัยมาศ แก้วศรีชัย , สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ,
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541)
- วันชัย โฆษิตมาศ , หลักการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบ
กฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ , 2549)
- วรรณวิสาข์ สุทธิวารี , ขอบเขตการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล , วิทยานิพนธ์ปริญญาโท
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ , 2554
- วัชชกานต์ เสาภายน , ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล : ศึกษากรณีการละเมิด
อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต , คณะ
นิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต , 2559
- วิจิตรา ฟุ่งลัดดา , ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2523
- วิชัย เต็มรัตน์ศิริกุล , กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักห้ามย้อนหลัง , (วิทยานิพนธ์ปริญญา
โทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2536)
- วิฑูรย์ กล้าศึก , ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งสันนิษฐานความรับ
ผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม , วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
- วิโรจน์ ธิตา , การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารโดยศาล
ปกครอง , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2552)

- วุฒิกกร อินทะวงค์ , กฎหมายพรรคการเมืองในประเทศไทย ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์แนวความคิด , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2535)
- ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์ . ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 . วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง . 2544
- สิรินาถ วิสุทธิวัชรกุล , ปัญหาการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทย , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2553)
- สุจิวรรณ รัตนประทีป , ความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษากรณีการรับภาระเกินปกติ , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริดิพินมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต . 2555
- สุพจน์ เวชมุข , การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . 2552
- สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว , ปัญหาการยุบพรรคการเมืองที่กระทบต่อเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551
- สุวัชรี้ กรรเจียกพงษ์ , การตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยฝ่ายตุลาการ , วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551
- สุวิวัฒน์ เจนวิชชวงศ์ , คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2558)
- สรภัทร สีระสาพร , ความสำคัญของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสที่มีต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2547)
- อนุวัฒน์ บุญนันท์ , การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโยงค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2554
- อมรรัตน์ กุลสุจริต , ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541
- อภิชญา นันทราทิพย์ , ปัญหาวินัยทางการเงินการคลังในการก่อหนี้สาธารณะ : กรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 , วิทยานิพนธ์ปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558

- อภิญา แก้วกำเนิด , การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์
 กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย ,
 (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2544)
- อภิศักดิ์ พรหมสวัสดิ์ , ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา , วิทยานิพนธ์ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2534
- อาทิตย์พันธ์ พันธุ์ชมพู , ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ,
 วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต , คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ
 บัณฑิตย , 2557
- อรพรรณ ถิ่นเปสนันท์ , แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญ
 แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 , วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร
 มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2551
- กฎหมาย/คำวินิจฉัย
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1976 (International
 Covenant on Civil and Political Rights)
- กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958
- ธรรมนูญกรุงโรมว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศ (Rome Statute of the International Criminal
 Court)
- ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
- พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
- พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522
- พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544
- BVerfGE 2, 266
- BVerfGE 4, 157 ff
- BVerfGE 5.85

BVerfGE 6.264

BVerfGE 7.209

BVerfGE 7.377

BVerfGE 11.255

BVerfGE 13.167

BVerfGE 19, 342

BVerfGE 24.269

BVerfGE 30.173

BVerfGE 30,292

BVerfGE 45.187

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 43-325 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 71-44 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ 73-51 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 74-54 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 76-67

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 76-75 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 77-87

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ที่ 80-125

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 81-132

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 84-181

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 84-185

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 85-189 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 89-269 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 94-343 , 344

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 94-345

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 96-373

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 96-375 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 97-389 DC

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ที่ 99-412

คดี Allgeyes V. Louisiana 165 U.S. 578 (1897)

คดี Brown v. Board of Education , 347 U.S. 483 (1954)

- คดี Cleveland Board of Education V. Loudermill (1985)
- คดี Goldberg v. Kelly , 397 U.S. 254 (1970)
- คดี Inter State Commerce Commission V. Alabama Midland Railway 162 U.S. 184, (1896)
- คดี Marbury V. Madison (1803)
- คดี Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey , 505 U.S. 833 (1992)
- คดี Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896)
- คดี Pollock V. Farmers Loan and Trust Co. 157 U.S. 429 , (1895)
- คดี Smyth V. Ames 169 U.S. 466, (1898)
- คดี Williams V. Mississippi 163 U.S. 537 (1896)
- คดี Worcester v. Georgia 31 U.S. (6 Pet.) 515 , 1832
- คดี Smith v. Allwright 321 U.S. 649 , 1944
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2544
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2545
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2556
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2559

ข้อมูลออนไลน์

กมลชัย รัตนสกววงศ์ , การคัดค้านการเลือกตั้ง-สอย , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=129>

กมลวรรณ ชื่นชูใจ และเจตน์สฤษดิ์ สังข์พันธ์ , การเมือง กฎหมาย และการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 , (ออนไลน์) [http://www.hu.ac.th/conference/conference 2016/proceedings/data/4-1 บรรยาย/6.นิติฯ/7-114L -O \(กมลวรรณ ชื่นชูใจ\).pdf](http://www.hu.ac.th/conference/conference 2016/proceedings/data/4-1 บรรยาย/6.นิติฯ/7-114L -O (กมลวรรณ ชื่นชูใจ).pdf)

กิตติพัฒน์ สุวรรณศิริเมธี , เอกสารประกอบวิชาการปรัชญารองศาสตราจารย์เมืองตะวันต , คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย , 2550 , (ออนไลน์)

- http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=548&articlegroup_id=129
- กุลธิดา ชันวีธิ , สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี , (ออนไลน์)
http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvane/ewt_dl_link.php?nid=396
- กลุ่มงานพัฒนาทรัพยากรสารสนเทศ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร , รัฐธรรมนูญและธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย , (ออนไลน์)
<http://library2.parliament.go.th/giventake/thaicons.html>
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , ทฤษฎีองค์กรการเมืองและชาติ , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=417>
- _____ , แนวความคิดว่าด้วยรัฐ (ตอนที่ 1) , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=295>
- _____ , พัฒนาการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆของฝรั่งเศส , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=392>
- _____ , รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (ตอนที่ 1) , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=409>
- _____ , หลักความเสมอภาค , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=657&Page=2>
- _____ , อิทธิพลของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส ค.ศ.1946 ที่มีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=394>
- เกษม ศุภสิทธิ์ , ความอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี , (ออนไลน์)
http://elib.coj.go.th/Ebook/data/judge_report/2547-59.pdf
- ไกรพล อรัญรัตน์ , ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ต่อความสามารถในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา , (ออนไลน์)
<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1797>
- กำชัย จงจักรพันธ์ , จีร้อ กม.กว่า 90 ฉบับให้สอดคล้องคำวินิจฉัย พ.ร.บ.ชายตรงฯ ของศาล รธน. , (ออนไลน์) <https://mgronline.com/politics/detail/9550000056797>
- เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง , การยุบพรรคการเมืองเนื่องจากการกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งของผู้บริหารพรรคการเมืองเป็นอันตรายต่อประชาธิปไตย , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1276>

คณะกรรมการการเลือกตั้ง , การสังเกตการณ์การเลือกตั้งประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภา

สหรัฐอเมริกา 2555 , (ออนไลน์) www2.ect.go.th/download-file.php?Action=download&DataID=40842

ชนินทร์ ดิชาวัน , องค์ประกอบและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ : ข้อเสนอสำหรับรัฐธรรมนูญ

ฉบับใหม่ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1020>

จตุรงค์ บุญยรัตนสุนทร , รัฐสวัสดิการกับสังคมสวัสดิการ : มุมมองทางทฤษฎี , (ออนไลน์)

http://www.nikomfoundation.org/autopagev4/show_page.php?varid=36%2C24%2C

จรัญ โฆษณานันท์ , นิติธรรมมาษาของศาลรัฐธรรมนูญไทยและตุลาการรัฐประหาร, (ออนไลน์)

<http://www.thailaw.ru.ac.th/lawfiles/ArticleLaw/นิติธรรมมาษาของศาลรัฐธรรมนูญไทย.pdf>

จรัญ ภักดีธนากุล , ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ,

(ออนไลน์)

http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/file_import/c harun_15_55.pdf

จุฬารัตน์ ยะปะนันท์, หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Non-Discrimination),

(ออนไลน์)

http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b16%20jun_1_4.pdf

จุมพล ศรีจงศิริกุล , วรพล ชินเพชร , อนัญ ยศสุนทร และกฤตติกา ยูวนะเตมีย์ , แก่นรัฐธรรมนูญ

ฝรั่งเศส เฉพาะประเด็นการเลือกตั้งและสถาบันทางการเมือง การถ่วงดุลอำนาจและองค์กร

อิสระตามรัฐธรรมนูญ การมีส่วนร่วมของประชาชนและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และ

การจัดทำประชามติ , (ออนไลน์) <http://lawdrafter.blogspot.com/2015/05/blog-post.html>

เขาวนระ ไตรมาศ , รัฐธรรมนูญ : ทำไมไม่ต้องตีความ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=709&Page=1>

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ , (ออนไลน์)

<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=704>

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ , (ออนไลน์)

<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=704>

ชำนาญ จันทร์เรือง , ปฏิวัติ รัฐประหาร หรือกบฏ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=982>

<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=982>

_____ , ประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศส , (ออนไลน์),

<http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/641183>

ชำนาญ จันทร์เรือง , ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มหลากหลายทางเพศ ในมุมมองของนักกฎหมาย
 , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1346>
 ฌานิทธี สันตะพันธ์ , ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับ
 ปี พ.ศ. 2550 , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1367>
 ฐานันท์ วรรณโกวิท , ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง , (ออนไลน์)
<http://www.supremecourt.or.th/file/criminal/new%203.pdf>
 ณรงค์เดช สรุโฆษิต , การให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง กับหลักความเป็นอิสระของตุลา
 การ ตอนที่ 2 , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1982>
 _____ , หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง
 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ,
 (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>
 ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์ , การใช้รัฐธรรมนูญและการอุดช่องของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 7 ของ
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1963>
 _____ , นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1777>
 ณัฐพล สกุลเมฆา , ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยในคดี
 ปกครองเยอรมัน , (ออนไลน์) <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act292.pdf>
 _____ , วิวัฒนาการของระบอบการเมืองการปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
 ศึกษาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1849 ถึงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.
 1949 (ออนไลน์) <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=267>
 ตามพงศ์ ชอบอิสระ , ธรรมะกับกฎหมาย... , (ออนไลน์) http://www.kcbc.coj.go.th/doc/data/kcbc/kcbc_1497515156.pdf
 ทวีศักดิ์ กลับช่วย และพัชรวรรณ นุชประยูร , การใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณาพิพากษาคดี
 ของศาลปกครอง , (ออนไลน์)
http://law.nida.ac.th/main/images/Data/LLM/Bell%20Up/IS/IS_Tawesak.pdf
 ชนกฤต วรรณชชากุล , ส่งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญใหม่ , (ออนไลน์)
https://www.matichon.co.th/columnists/news_532864
 ธนัย เกตวงกต , บทบาทของสถาบันศาลรัฐธรรมนูญกับตุลาการภิวัตน์ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1477>

- ธนินทร พูนศรีสวัสดิ์ , ตุลาการรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ) , (ออนไลน์) [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_\(ศาลรัฐธรรมนูญ\)](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_(ศาลรัฐธรรมนูญ))
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไชยชิต , การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ , (ออนไลน์) http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_156.pdf
- นรินทร์ อธิสาร , เสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1326>
- นันทวัฒน์ บรมานันท์ , กระบวนการที่นำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งล่าสุดของประเทศฝรั่งเศส , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1429>
- _____ , การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 7) , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=727>
- _____ , การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) (ตอนที่ 1) , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=401>
- _____ , คำวินิจฉัยที่บกพร่อง , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1953>
- _____ , แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง , (ออนไลน์) <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1228>
- _____ , ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส ตอนแรก , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=174>
- นันทวัฒน์ บรมานันท์ , ศาลรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศส ตอนที่ 2 , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=176>
- _____ , “สถานการณ์ฉุกเฉิน” บทบรรณาธิการครั้งที่ 241 , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1475>
- _____ , หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง , (ออนไลน์) <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1229>
- นพดล เสงเจริญ , การตีความรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publao/view.asp?Publaw IDs=398>
- _____ , บรรทัดฐานใหม่ทางกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์) <http://elib.coj.go.th>
- นพดล เสงเจริญ , องค์กรอิสระ : ความสำคัญต่อการปฏิรูปการเมืองและการปฏิรูประบบราชการ , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=895>

- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ , ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ,
(ออนไลน์) [http://kpi.ac.th/ media/pdf/M7_14.pdf](http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_14.pdf)
- บรรเจิด สิงคะเนติ , การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw /view.aspx?id=241>
- _____ , ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 [ตอนที่ 1] , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=407>
- บุญเลื่อน หมั่นทรัพย์ , พระศาสนจักรกับสิทธิมนุษยชน , บทบรรยาย จากงานสัมมนาผู้บริหารโรงเรียนคาทอลิก เรื่อง "สิทธิมนุษยชนศึกษา" เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2543 ณ อาคารมูลนิธิเซนต์คาเบรียล ซอยทองหล่อ 25 กรุงเทพฯ , (ออนไลน์) <http://www.jpthai.org/content/view/520/109/>
- บุญเสริม นาคสาร, ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร, (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=719>
- _____ , องค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทย , <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1011>
- บุบผา อัครพิมาน , หลักกฎหมายทั่วไป , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=920>
- ประกาศ คำสั่ง คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) , สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (ออนไลน์) <http://library2.parliament.go.th/giventake/ncpo.html>
- ปัญญา อุดชาชน , ความอิสระของศาลรัฐธรรมนูญ : วาระที่เหมาะสม , (ออนไลน์) http://www.constitutionalcourt.or.th/ occ_web/download/article/article_20170720150403.pdf
- _____ , ทำไมต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์) http://www.constitutionalcourt.or.th/ occ_web/download/article/article_20170720121009.pdf
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกข์ , การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐในประเทศฝรั่งเศส , (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/ printPublaw.aspx?ID=720>
- ปรานี สุขศรี , หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) , (ออนไลน์)

http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/admincourt_journal/everyorganization/68.pdf

ปิติเทพ อยู่ยืนยง , หนึ่งคนหนึ่งเสียงในการเลือกตั้งกับความเท่าเทียม, (ออนไลน์)

<http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1925>

ปิยบุตร แสงกนกกุล , การจัดเลี้ยง Banquet ต้นกำเนิดหลักของการเปลี่ยนแปลงจาก Monarchie เป็นสาธารณรัฐที่ 2 ในฝรั่งเศส , (ออนไลน์)

<https://mynoz.wordpress.com/2009/03/07การจัดเลี้ยง-banquet-ต้นกำเนิด/>

_____ , รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย , (ออนไลน์) [http://public-](http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1001)

[law.net/publaw/view.aspx?id=1001](http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1001)

_____ , ศาลรัฐธรรมนูญ (12) , (ออนไลน์) [https://www.matichonweekly.com/](https://www.matichonweekly.com/column/article_12899)

[column/article_12899](https://www.matichonweekly.com/column/article_12899)

ปิยะวรรณ ปานโต, อำนาจอธิปไตย , (ออนไลน์) <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=อำนาจ>

[อธิปไตย](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=อำนาจ)

พัชร นิยมศิลป์ , ความยุติธรรมกับการปฏิวัติรัฐประหาร: เมื่อแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองกำลังถูก

ท้าทาย , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1420>

พีร์ พงศ์พิพัฒน์พันธุ์ , อำนาจตุลาการที่ยึดโยงกับประชาชน , (ออนไลน์)

<https://siamrath.co.th/n/26658>

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศ

ฝรั่งเศส , (ออนไลน์) <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

_____ , รัฐธรรมนูญไทยกฎหมายสูงสุดที่ไม่สูงสุด , (ออนไลน์) [http://public-](http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1314)

[law.net/publaw/view.aspx?id=1314](http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1314)

_____ , หลักการเบื้องต้นในการตีความกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ,

(ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=1321>

พงษ์ศักดิ์ เลาสวัสดิ์ชัยกุล , เรียนรู้เยอรมันผ่านทางรัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี :

Deutscher Bundestag (German Federal Parliament) , (ออนไลน์)

<http://www.oie.go.th/sites/default/>

[files/attachments/article/german_federal_parliament.pdf](http://www.oie.go.th/sites/default/files/attachments/article/german_federal_parliament.pdf)

ภัทรวดี ชินชนะ , สมบูรณาญาสิทธิราชย์ , (ออนไลน์) <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=>

[สมบูรณาญาสิทธิราชย์](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=)

มูลนิธิ ฟรีดริช เนามัน , แนวคิดเสรีนิยม , (ออนไลน์) [http://www.fnfthailand.org/library-of-](http://www.fnfthailand.org/library-of-freedom/liberal-ideas)

[freedom/liberal-ideas](http://www.fnfthailand.org/library-of-freedom/liberal-ideas)

- ยากอบ แมกแกแล , รากฐานมั่นคงแห่งความเชื่อคริสเตียน : หลักคำสอนเบื้องต้น , (ออนไลน์)
<http://thaicrc.info/collect/thaicrc2/index/assoc/D1307.dir/1307.pdf>
- ยงยุทธ อนุกุล , หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาล
 ต่างประเทศ , (ออนไลน์)
<http://www.lawwebservice.com/lawsearch/yongyut01.pdf>
- วนิดา ไชยชนตรติ , ข้อความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมผู้ต้องขังกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ,
 (ออนไลน์) <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=703>
- วิภาณันท์ ประสบปลื้ม , ข้อเสนอพื้นฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์)
<http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/638417>
- วรเจตน์ ภาคิรินทร์ , รัฐธรรมนูญไวมาร์ , (ออนไลน์) <http://research.law.tu.ac.th/research/upload/portfolio/2015-11-21-1448084153-99057.pdf>
- วิลเดอร์ เทเลอร์ , (คำแปลแถลงการณ์ เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2559) , ประเทศไทย : ICJ
 ตระหนักต่อการใช้อำนาจโดยพลการตามมาตรา 44 ที่เพิ่มมากขึ้น , (ออนไลน์)
<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/10/Thailand-Art-44-NCPO-News-Press-releases-2016-THA.pdf>
- ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน , รายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชน หนึ่งปีหลังการรัฐประหาร
 2557 กระบวนการยุติธรรมลายพราง ภายใต้ คสช. เมื่อวันที่ 4 มิถุนายน 2558 , (ออนไลน์)
https://www.prachatham.com/files/20150604_55707349ea098_f.pdf
- สกุศล สื่อทรงธรรม, ความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้ง : บทสังเขปจากหนังสือคู่มือของ International
 IDEA , แปลจาก Electoral Justice: An Overview of the International IDEA
 Handbook (เมษายน 2554) , (ออนไลน์) <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/electoral-justice-handbook-overview-TH.pdf>
- สโรช สันตะพันธ์ , บทบาทของคริสตศาสนจักรโรมันคาทอลิกในระบบการเมืองยุโรปยุคกลาง , (ออนไลน์)
<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=767>
- สภาปฏิรูปแห่งชาติ , รัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ฉบับเต็ม-ฉบับแปล , (ออนไลน์)
http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=35650
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนาพัฒน์ , ศาลยุติธรรมกับการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์)
http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1516085792.pdf
- สุมาลี พันธุ์ยุธรา , ระบบพอขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ , (ออนไลน์)
<http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ระบบพอขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ>

สรวิศ ลิ้มปรั้งซี่ , สัมผัสคดีเรื่องสิทธิในการทำแท้งที่เป็นใจกลางความขัดแย้งระหว่างฝ่ายเสรีนิยมและอนุรักษนิยมในประเทศสหรัฐอเมริกา , (ออนไลน์)

<http://elib.coj.go.th/Article/articleinter3.pdf>

สนธยา แสงภา , บทบาทของวุฒิสภาในการพัฒนาจริยธรรมของสมาชิกวุฒิสภา , สืบค้นจากเว็บไซต์ <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebspa/dissertation-sonthaya.pdf>

สมเกียรติ ตั้งนโม, ลัทธิพลเมืองโลก (Cosmopolitanism) : จากแนวคิดกรีก ถึงยุคสว่าง , บทความมหาวิทยาลัยเที่ยงคืน ลำดับที่ 1210 , (ออนไลน์) <http://v1.midnightuniv.org/midnight2544/0009999717.html>

สมคิด เลิศไพฑูรย์ , หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์)

http://www.kpi.ac.th/media/pdf/M7_13.pdf

สมลักษณ์ จัดกระบวนพล , ความสำคัญผิดในสาระสำคัญของคำพิพากษาคดีที่ดินรัชดา, (ออนไลน์)

<https://www.isranews.org/isranews-article/2800-ความสำคัญผิดในสาระสำคัญของคำพิพากษาคดีที่ดินรัชดา.html>

อนุรักษ์ นิยมเวช , ศาลรัฐธรรมนูญไทย : แนวคิด ที่มา หลักการ , (ออนไลน์)

<http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/comm/บทความ+ศาล...pdf>

อภิวัฒน์ สุดสาว , ปัญหาในทางปฏิบัติของการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์)

<http://www.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/think/think15.pdf>

อิสรา วรรณสวาท , สิทธิแรงงาน : การพัฒนาสู่ความเป็นสิทธิมนุษยชน , (ออนไลน์)

www.oia.coj.go.th/doc/data/oia/oia_1502353533.pdf

อุกฤษ มงคลนาวิน , ข้อเสนอปรับปรุงศาลรัฐธรรมนูญ , (ออนไลน์)

http://www.nrlcthailand.org/nrlc2013/download/20130423_cc.pdf

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล , คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ , (ออนไลน์)

[http://office.constitutionalcourt.or.th/](http://office.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1403)

[occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1403](http://office.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1403)

Gerhard Peters and John T. Woolley , Richard Nixon: "Statement on Signing the Voting Rights Act Amendments of 1970.," June 22, 1970., The American Presidency Project , (Online) <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=2553>

Law school case briefs , Goldberg v. Kelly case brief , (Online) <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2013/05/goldberg-v-kelly-case-brief.html>

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey , Governor of Pennsylvania , et al. , (Online)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) (Online)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>

The Voting Rights Act of 1965 , The United states Department of Justice , (Online)

<https://www.justice.gov/crt/history-federal-voting-rights-laws>



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายสามารถ ทรายชู เกิดเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2529 สถานที่เกิด จังหวัดสระแก้ว สำเร็จการศึกษา ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อ พ.ศ. 2551 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เมื่อ พ.ศ. 2555 รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2555 ประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2557 เข้าศึกษาต่อหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2557 ปัจจุบันรับราชการ เป็นเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

