

แนวความคิดว่าด้วยที่มาของอำนาจอธิปไตยและผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

ในการศึกษาแนวความคิดว่าด้วยที่มาและผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้นก่อนอื่นต้องศึกษาถึงความหมายของอำนาจและลักษณะของการใช้อำนาจในสังคมมนุษย์ยุคต่างๆเพื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์มาถึงลักษณะของการใช้อำนาจในสังคมยุคก่อนที่จะถือว่ามี การจัดสถาบันให้กับอำนาจหรือก่อนการกำเนิดรัฐสมัยใหม่จากนั้นก็พิจารณาถึงปัจจัยต่างๆที่ก่อให้เกิดการแยกอำนาจให้ออกจากตัวบุคคลเป็นของรัฐในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจที่มีความสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย

2.1 ปรัชญาการปกครองของการใช้อำนาจในสังคมการเมืองก่อนกำเนิดรัฐ

2.1.1 ความหมายของอำนาจและอำนาจการเมือง

1. อำนาจ (power)

อำนาจเป็นปรากฏการณ์ในเชิงความสัมพันธ์ของคนในสังคม ที่แทรกตัวผสมผสานอยู่ในชีวิตประจำวันของมนุษย์ ลักษณะพื้นฐานในความสัมพันธ์เชิงอำนาจ หมายถึง ความต้องการของบุคคลหนึ่งที่สามารถกระทำให้อีกบุคคลหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะยอมรับหรือไม่ก็ตาม เช่น ก.จะมีอำนาจเหนือ ข. เมื่อ ก. สามารถทำให้ ข. กระทำบางสิ่งทั้งที่ ข. ไม่ต้องการที่จะกระทำ² และความสามารถที่จะกระทำใ้บุคคลอื่นทำตามความต้องการของตนนี้อาจปรากฏได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เหตุผลโน้มน้าวใจให้คนอื่นคล้อยตาม ช่มชู้ หรือใช้กำลังบังคับ เช่นในความสัมพันธ์ระดับครอบครัว บิดามารดา มีความประสงค์ต้องการให้บุตรเป็นคนดีจึงใช้เหตุผล อบรมสั่งสอนเพื่อให้เชื่อฟัง หรืออาจมีการลงโทษในบางครั้งหากบุตรขาดการเคารพเชื่อฟัง การสอนหนังสือของครูกับศิษย์ ก็ต้องใช้คำอธิบายเหตุผลโน้มน้าวเพื่อให้ศิษย์เชื่อตามคำสอนนั้น ลักษณะของความสัมพันธ์เช่นนี้ย่อมปรากฏถึงลักษณะของการใช้อำนาจซึ่งเป็นปรากฏการณ์ทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในสังคม

¹ สัญญา สัญญาวิวัฒน์ , สังคมวิทยาการเมือง : หลักการและการประยุกต์ (กรุงเทพฯ : เจ้าพระยาการพิมพ์, 2530), หน้า 15.

² Robert Dahl, "The concept of power," *Power*, ed. Seteven Lukes,(Oxford : Basil Blackwell,1986), p.2.

อย่างไรก็ตามระดับความสัมพันธ์เชิงอำนาจอาจมีระดับที่แตกต่างกันไป และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจมากที่สุด ในการต้องมีผู้สนองความต้องการของผู้ใช้อำนาจแล้วจึงต้องอาศัยการบังคับ การบังคับจึงเป็นลักษณะสำคัญของอำนาจอย่างหนึ่ง เพราะเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ใช้อำนาจประสบผลสำเร็จในการให้ผู้อื่นปฏิบัติตามความต้องการของตนไม่ว่าจะยอมรับในเหตุผลหรือความต้องการเช่นนั้นหรือไม่ก็ตาม โดยนัยนี้การใช้อำนาจให้บรรลุผลจึงมีลักษณะที่ต่างกัน 2 ประการคือการใช้อำนาจบรรลุผลเกิดขึ้นเพราะความเชื่อและคล้อยตามในเหตุผลของผู้ที่ใช้อำนาจกับความยินยอมเพราะความจำเป็นที่ต้องเชื่อฟังเพราะมีการบังคับของผู้ใช้อำนาจ ความสัมพันธ์พื้นฐานในเชิงอำนาจจึงประกอบด้วย

1. ผู้ที่สามารถกระทำให้ผู้อื่นกระทำตามความต้องการของตน
2. ผู้ที่กระทำตามความต้องการ นั้น

นอกจากปรากฏการณ์ในความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่มีอยู่ทั่วไปในสังคมแล้ว ในสังคมจะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่สามารถบังคับบุคคลทุกคนในสังคมและเป็นอำนาจที่มีสภาพบังคับที่ยิ่งใหญ่ที่สุด³ เหนือกว่าอำนาจอื่นๆภายในสังคม อำนาจนั้นเรียกว่า อำนาจการเมือง (Political Power)

2. อำนาจการเมือง (Political Power) หรืออำนาจในการจัดระเบียบสังคม

เป็นที่ยอมรับกันว่ามนุษย์ไม่สามารถอยู่เพียงลำพังได้ ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว มีพลัง 3 ด้านที่ขับเคลื่อนมนุษย์ให้มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม พลังทั้ง 3 ด้านได้แก่

1. ความกลัว
2. ความปรารถนาที่จะมีชีวิตรอดอยู่อย่างมีความสุข
3. ความต้องการที่จะอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี

มนุษย์จะมีความกลัวอยู่ตลอดเวลา เพราะมนุษย์มีความกลัวมนุษย์จึงแสวงหาความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต เมื่อมนุษย์อยู่รอดได้และมีความมั่นคงขั้นต่ำในชีวิตจึงเริ่มเกิดความ

³ Alan R. Ball, Modern Politic And Government (Great Britain : Macmillan,1971), p.27.

ปรารถนาที่จะมีชีวิตรอดอยู่อย่างมีความสุขและประสงค์ที่จะดำเนินชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีอันสะท้อนออกมาจากความปรารถนาในการมีส่วนร่วมทางสังคม⁴ พลังขับเคลื่อนทั้งสามด้านนี้เอง ที่ก่อให้เกิดการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในลักษณะที่เป็นสังคมการเมือง ซึ่งอริสโตเติลให้ความหมายว่าเป็นการอยู่ร่วมกันของมนุษย์โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่ต้องการกระทำให้บรรลุลัทธิธรรมดั่งมีเจตนาร่วมกัน⁵ เจตนาร่วมกัน ก็คือ ความต้องการความมั่นคงในชีวิต ความปรารถนาที่จะมีชีวิตรอดอยู่อย่างมีความสุข และการอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี หรืออาจกล่าวได้ว่า การอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมืองของมนุษย์มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกัน ทั้งนี้เพราะมนุษย์ไม่มีหน้าที่เพียงดำรงชีวิตเท่านั้นหากต้องดำเนินชีวิตไปในทางที่ดีด้วย⁶

อย่างไรก็ตามสังคมการเมืองจะไม่สามารถดำรงอยู่เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันได้ หากขาดพลังที่คอยสนับสนุนผลักดัน และควบคุมรักษาระเบียบวินัยของสังคมให้เป็นไปอย่างเป็นระบบ เนื่องจากสังคมการเมืองจะต้องมีระเบียบ (ordre) ที่คอยกำหนดให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตามอยู่ในกรอบเพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ร่วมกัน และมีวินัย (discipline) ที่คอยส่งเสริมการปฏิบัติตามให้อยู่ภายในระเบียบนั้นและหากมีการฝ่าฝืนก็จะต้องถูกลงโทษ และสิ่งที่คอยควบคุมเพื่อรักษาระเบียบวินัยในสังคมนี้ก็คือ อำนาจการเมือง (pouvoir politique) อำนาจกับสังคมจึงเกิดขึ้นมาพร้อมกัน อำนาจถือเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมเพราะเหตุว่า อำนาจไม่สามารถแยกออกจากสังคมได้และหากไม่มีการใช้อำนาจเพื่อควบคุมสังคมแล้ว สังคมก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้ เพราะจะปราศจากระเบียบวินัยและจะเสื่อมสลายไปในที่สุด ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วสังคมการเมืองทุกแห่งจะต้องถูกควบคุมโดยอำนาจนี้เพื่อนำพาสมาชิกในสังคมไปสู่จุดมุ่งหมายหรือประโยชน์สุขร่วมกัน⁷

ศูนย์วิทยพัชรายากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, รัฐกับสังคม : ไตรลักษณ์ของรัฐไทยในพหุสังคมสยาม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 29 – 31.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

⁶ ส.ศิวลักษณ์, แนวคิดทางปรัชญาการเมืองของอริสโตเติล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ปารยสาร, 2534), หน้า 40.

⁷ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, 18 ed (Paris : LGDJ, 1977), p11.

โดยทั่วไปแล้วความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจก็เพื่อวัตถุประสงค์ในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง^๘ อำนาจการเมืองนั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการเมืองซึ่งแปลว่ากิจการของแผ่นดินหรือการดำเนินกิจกรรมต่างๆในการปกครอง หรือจัดการเมือง^๙ ดังนั้นอำนาจการเมืองจึงเป็นความต้องการร่วมกันของคนในสังคมและเกิดขึ้นมาพร้อมกับสังคม เพื่อเป็นสิ่งในการจัดระเบียบสังคมหรือจัดการปกครองต่างๆภายในเมืองโดยการวางกฎเกณฑ์ต่างๆให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตามและหากสมาชิกในสังคมมีการฝ่าฝืนก็ต้องมีการลงโทษ เพื่อวัตถุประสงค์ในการนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน

2.1.2 ที่มาของอำนาจในการจัดระเบียบสังคมการเมือง (อำนาจการเมือง) ก่อนกำเนิดรัฐ

ในสังคมการเมืองที่อยู่ร่วมกันนั้นจะต้องมีสิ่งๆที่เรียกว่า อำนาจการเมือง เพื่อจัดการเมืองและคอยควบคุมสังคมให้ดำเนินไปโดยความเป็นระเบียบเรียบร้อย แต่ในสังคมการเมืองที่ดำรงอยู่มาอย่างช้านานจะมีที่มาของอำนาจในรูปแบบที่ไม่เหมือนกันตลอดไป ในสังคมชนเผ่าที่เก่าแก่ อำนาจนี้มีที่มาจาก ธรรมเนียมประเพณีและความเชื่อต่างๆ ครั้นเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้าขึ้นเกิดความจำเป็นทางเศรษฐกิจ หรือการต่อสู้ระหว่างชนเผ่าต่างๆจึงจำเป็นต้องมีหัวหน้าเพื่อเป็นผู้นำของกลุ่ม อำนาจนั้นก็เปลี่ยนจากธรรมเนียมประเพณีและความเชื่อต่างๆ กลายมาเป็นของบุคคลที่เป็นผู้นำที่มีความสามารถหรือมีทักษะมากกว่าบุคคลอื่นที่สามารถนำพาสังคมได้ อำนาจในยุคนี้จึงเคลื่อนมาเป็นของบุคคล¹⁰

1. อำนาจในรูปธรรมเนียมประเพณีของกลุ่ม

ในสังคมชนเผ่าที่เก่าแก่ซึ่งมีจำนวนสมาชิกในสังคมไม่มากนักเป็นสังคมที่เรียบง่ายที่สุดเท่าที่มนุษย์ได้รู้จัก โดยข้อเท็จจริงแล้วท่ามกลางสังคมชนเผ่าเหล่านี้ ไม่มีใครอยู่เหนือใคร ความสัมพันธ์ของคนในสังคมจะถูกจัดตั้งและเป็นไปในรูปแบบที่เรียบง่ายเช่นเดียวกับความสัมพันธ์แบบเครือญาติ ทุกคนในสังคมถือเป็นพี่น้องกัน ในสภาพของสังคมที่ไม่มีการยอมรับว่ามีผู้ใดอยู่ในสถานะที่สูงกว่าบุคคลอื่นนั้น คนในสังคมจึงมีความเท่าเทียมกัน กฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นคำสั่งของบุคคลจะไม่มีในสังคมเช่นนี้ แต่จะปรากฏในรูปของธรรมเนียมประเพณีหรือกฎ

^๘ จรูญ สุภาพ, หลักรัฐศาสตร์ (พระนคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2514), หน้า 141.

^๙ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ : จีรวิศการพิมพ์, 2540), หน้า 7.

¹⁰ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, pp. 11 – 12.

เกณฑ์ที่ไม่เป็นล้ายลักษณะอักษร ซึ่งมีที่มาจากความเชื่อและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ต่างๆ เรียกสังคมเช่นนี้ว่า tribes without rulers¹¹ ความเชื่อในธรรมเนียมประเพณีต่างๆจะดำรงอยู่มาตั้งแต่ในอดีต และเป็น ที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายเป็นกฎเกณฑ์อันทำให้สมาชิกแต่ละคนเลื่อมใสและยอมปฏิบัติตาม บนพื้นฐานของความสัมพันธ์อันซื่อสัตย์ของสมาชิกที่ผ่านกระบวนการเรียนรู้เข้าใจร่วมกัน¹² อำนาจในการนำพาและควบคุมสังคมให้มีความเป็นระเบียบในสังคมชนเผ่าเช่นนี้จึงมีที่มาจาก ธรรมเนียมประเพณีและความเชื่อต่างๆที่ยังผลให้สมาชิกในสังคมต้องปฏิบัติตาม

2. อำนาจเป็นของตัวบุคคล

เมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้าขึ้นเกิดความจำเป็นทางเศรษฐกิจและความมั่นคง หรือการรุกรานระหว่างชนเผ่าต่างๆ จึงเกิดพัฒนาการของการรวมกันระหว่างชนเผ่าต่างๆกลายเป็น สังคมที่ความสัมพันธ์ของคนในสังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น

สังคมลักษณะนี้จะมีหัวหน้าเป็นผู้บังคับบัญชาสมาชิกในสังคมและมีอำนาจเหนือคน ในสังคม สามารถวางกฎเกณฑ์ต่างๆขึ้น เรียกสังคมลักษณะนี้ว่า chiefdom หรือ tribes with ruler¹³ สมาชิกในสังคมเริ่มไม่มีความเท่าเทียมกันเกิดขึ้นระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ ใต้ปกครอง¹⁴ และการที่บุคคลสามารถมีอำนาจได้นั้นมักขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่บุคคลนั้นเป็น วีรบุรุษในการทำสงคราม¹⁵ การที่บุคคลใดจะมีอำนาจได้นั้นจึงขึ้นอยู่กับคุณสมบัติส่วนตัวของผู้ นั้นที่สมาชิกในสังคมยอมรับว่ามีความสามารถหรือทักษะมากกว่าบุคคลอื่นในการทำสงคราม ระหว่างชนเผ่า

ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและความจำเป็นในการทำสงครามระหว่างชนเผ่านี้เองที่ ทำให้มนุษย์ต้องการ บุคคลที่มีคุณสมบัติส่วนตัวที่สมาชิกยอมรับร่วมกันว่าบุคคลนี้สามารถนำพา สังคมให้รอดพ้นจากอันตรายต่างๆและนำไปสู่ความผาสุกร่วมกันได้ ที่มาของอำนาจในยุคนี้จึง

¹¹ Martin van Creveld, The rise and decline of the state (Cambridge : Cambridge University, 1999), p.2.

¹² Richard E. Flath, Concept in social & political philosophy (Newyork : Macmillan, 1973), pp.108 —109.

¹³ Martin van Creveld, The rise and decline of the state, p. 10.

¹⁴ Ibid, pp.11-12.

¹⁵ Richard E. Flath, Concept in social & political philosophy, p.112.

เปลี่ยนจากจารีตประเพณีและความเชื่อของชนเผ่าไปสู่ตัวบุคคล อำนาจในการควบคุมและจัดระเบียบสังคมจึงเป็นของตัวบุคคล

ในสังคมที่มีพัฒนาการของการรวมกันระหว่างสังคมเผ่าต่างๆเนื่องจากการรุกรานกันระหว่างเผ่าเหล่านั้นจะขยายใหญ่ขึ้นเรื่อยๆจนกลายเป็น นครใหญ่ เช่น นครรัฐในกรีกสมัยโบราณ และในที่สุดหลายรัฐหรือหลายนครรัฐก็รวมเข้าด้วยกันเป็นจักรวรรดิ¹⁶ สังคมที่ขยายใหญ่ขึ้นนี้จะมีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างคนในสังคม ช่องว่างของความเท่าเทียมกันระหว่างคนในสังคมจะขยายใหญ่ขึ้นจนเกิดความไม่เท่าเทียมกัน

สถานะของคนในสังคมจะเป็นไปอย่างที่ Leon Duguit ปรมจารย์กฎหมายมหาชนฝรั่งเศสได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ผู้บริหารปกครองสังคม หรือ ผู้ปกครอง (gouvernants) และผู้ที่ถูกบริหารปกครอง หรือผู้ถูกปกครอง (gouvernes)¹⁷ ในยุคนี้เองบุคคลที่มีคุณสมบัติสูงกว่าคนอื่นๆเป็นผู้นำพาสังคมหรือเป็นผู้ปกครองเกิดการบังคับบัญชาและมีการกำหนดระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆเพื่อให้สมาชิกปฏิบัติตาม

การปกครองบังคับบัญชาเป็นไปในลักษณะที่ต้องฟังคำสั่งคำสั่งด้วยอย่างเคร่งครัด มีการใช้กำลังบังคับอย่างรุนแรง มีการปกครองบังคับบัญชาที่เป็นกิจจะลักษณะที่เรียกว่าเป็นการปกครองโดยแท้ คือเป็นการปกครองจริงๆที่มีผู้บังคับบัญชาฝ่ายหนึ่งแยกจากผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาอีกฝ่ายเป็นคนละพวกกันแยกจากกันอย่างเด่นชัด¹⁸ อำนาจในการนำพาและจัดระเบียบสังคมเพื่อนำสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน หรืออำนาจการเมืองในสังคมยุคนี้ จึงอาจเรียกได้ว่า อำนาจในการปกครองของผู้ปกครอง

2.1.3 ลักษณะของอำนาจในการจัดระเบียบสังคมการเมือง (อำนาจการเมือง) ก่อนการกำเนิดรัฐ

¹⁶ วิษณุ เครืองาม, "ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชน," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1-7 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531), หน้า 69.

¹⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายปัญหาขั้นสูงในกฎหมายมหาชน, (เอกสารการสอนชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2524), หน้า 1.

¹⁸ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ตามแนวคำสอน ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 32-33.

ในสังคมที่เกิดการปกครองและมีการแยกกันระหว่างผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองอย่างชัดเจนนี้ ยังไม่มีลักษณะของความเป็นรัฐในความหมายสมัยใหม่ และอำนาจของบุคคลที่เป็นผู้ปกครองก็ยังไม่ใช่อำนาจสูงสุดในความหมายของอำนาจอธิปไตย เนื่องจากอำนาจดังกล่าวเกิดขึ้นจากคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคล อำนาจของผู้ปกครองจึงมีลักษณะเป็นของส่วนตัว เพราะการเป็นเจ้าของอำนาจได้มาเพราะความสามารถจากการต่อสู้ด้วยกำลังโดยปราศจากกฎหมายที่แน่นอน

อำนาจที่เป็นของส่วนตัวจึงมีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์ (privilege) เฉพาะตัวบุคคลนั้น ทำให้ผู้มีอำนาจจะใช้อำนาจหรือไม่ หรือใช้อย่างไรก็ได้ตามใจ เพราะเป็นเอกสิทธิ์ส่วนตัวไม่มีใครเอาผิด¹⁹ อำนาจที่เป็นของตัวบุคคลอันมีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์นี้จะมีประโยชน์ในการทำให้เกิดการรวมตัวของสมาชิกในสังคมเป็นปีกแผ่นและเป็นการแสดงถึงความเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองของบุคคลเพียงคนเดียวได้อย่างชัดเจน แต่ผลเสียของการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคลมีมากกว่านั้นคือ²⁰

1. ขาดความสูงสุด เนื่องจากอำนาจที่แสดงออกโดยบุคคลเพียงคนเดียวนี้อาจมีบุคคลอื่นที่มีความสามารถที่เท่าเทียมกันมาแข่งขันช่วงชิงไปเมื่อใดก็ได้เพราะการเข้าสู่อำนาจพิสูจน์กันด้วยความสามารถและการใช้กำลังเพียงอย่างเดียว
2. ขาดความต่อเนื่อง เนื่องด้วยสังคมของมนุษย์จำต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง อำนาจที่มีอยู่ก็เพื่อนำพาสังคมที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องนี้ไปสู่ผลประโยชน์ร่วมกัน แต่ลักษณะของอำนาจที่เป็นของตัวบุคคลนั้นจะสูญสิ้นไปกับบุคคลเมื่อบุคคลนั้นตายหรือมีอันเป็นไป หัวหน้าหรือคนที่มีพลังกำลังแข็งแกร่งคนอื่น ๆ ก็จะแย่งชิงต่อสู้กันเพื่อช่วงชิงครองอำนาจต่อไป ไม่สามารถนำพาสังคมให้ดำรงอยู่ต่อไปได้อย่างสงบสุข
3. ขาดความชอบธรรมและการใช้อำนาจอาจไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

อำนาจมีอยู่เพื่อนำพาและจัดระเบียบสังคม อำนาจประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม แต่อำนาจที่เป็นของตัวบุคคลนี้ ผู้ครองอำนาจจะมีทางพิสูจน์ความถูกต้องของการใช้อำนาจมาก็โดยแต่การใช้กำลังอำนาจจึงเป็นเอกสิทธิ์ของตัวบุคคล การใช้อำนาจจึงอาจไม่ชอบ

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การสร้างธรรมาภิบาลในสังคมไทย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 56.

²⁰ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.12.

ธรรม เพราะผู้มีอำนาจจะใช้อำนาจที่มีอยู่นั้นอย่างไรก็ได้ ซึ่งอาจเป็นการใช้อำนาจบาทใหญ่ ข่มขู่ บังคับโดยผลการ แม้คนในสังคมจะรู้ว่าใครเป็นผู้บังคับบัญชา แต่ก็ไม่รู้ว่าใครมีสิทธิถูกต้องในการ บังคับบัญชาเพราะในการได้มาซึ่งอำนาจนั้นปราศจากกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผนอย่างชัดเจน การ ที่อำนาจเป็นเอกสิทธิ์อาจส่งผลให้ การใช้อำนาจอาจไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของคนใน สังคม และไม่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมทำให้หัวหน้าจะต้องมีการบังคับให้ยอมรับความเป็นผู้มี อำนาจโดยการใช้กำลังอาวุธเป็นเหตุให้ขาดความสงบเรียบร้อยในสังคม

สภาพการขาดความสงบเรียบร้อยในสังคมที่เกิดขึ้นจากการที่อำนาจเป็นของตัว บุคคลนี้ จะเห็นได้จากการล่มสลายของอาณาจักรโรมันและเป็นที่ยึดมั่นในสังคมยุคกลางหรือยุค ศักดินา

สภาพการณ์ที่ว่าไปนับแต่จักรวรรดิโรมันล่มสลายลงเป็นต้นมา อำนาจที่เป็นศูนย์กลาง แห่งการปกครองของยุโรปเป็นอันสิ้นสุดลง บรรดาผู้มีกำลังในท้องถิ่นต่างก็ตั้งตนเป็นใหญ่ เกิดการรบพุ่งแย่งชิงความเป็นใหญ่และแย่งโอกาสสมบัติกันตามท้องถิ่นต่างๆในยุโรป โดยไม่มีใครมี อำนาจยิ่งใหญ่พอที่จะควบคุมให้อยู่ในความสงบได้เหมือนในสมัยโรมันยังเรื่องอำนาจ บรรดาผู้นำ ท้องถิ่นที่มีความเข้มแข็งก็ต้องคุมกันอยู่เป็นหมู่เป็นเหล่าเพื่อรักษาความปลอดภัยในชีวิตและ ทรัพย์สินของตนและบริวาร การปกครองแยกออกเป็นแคว้นๆมีเจ้าครองนครเป็นผู้ปกครองเป็น ใหญ่ในแคว้นแคว้นของตนสภาพความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจเสื่อมถอยลง ความเป็นอยู่แบบชนบท ต่างคนก็ทำกินในที่ดินอันจำกัดเพื่อเลี้ยงปากเลี้ยงท้องของตนเท่านั้น²¹ เมื่อสภาพของสังคมขาด อำนาจสูงสุดในการปกครองอย่างแท้จริง สภาพบ้านเมืองอยู่ในความวุ่นวายและสับสนมีการรบพุ่ง กันตลอดเวลาเพื่อช่วงชิงความเป็นใหญ่ จึงทำให้คนในสังคมต่างแสวงหาความคุ้มครองจากผู้ที่มีความสามารถพอ เป็นเหตุให้เกิดความสัมพันธ์ในระบบศักดินา (feudal system) ซึ่งเป็น ความสัมพันธ์ที่คนในสังคมจำต้องเข้าสวามิภักดิ์ต่อผู้มีอำนาจมากกว่าตน เพื่อปกป้องให้พ้นจาก ภัยอันตรายต่างๆที่จะเกิดขึ้น

เป็นหน้าที่ของคนแต่ละคนที่จะต้องหาผู้คุ้มครองตนเอง ความต้องการความคุ้ม ครองจึงเกิดขึ้นทั่วไป ทั้งใน ชั้นบน และ ชั้นล่าง ของสังคม ในชั้นบน นั้นพระเจ้าแผ่นดินก็ต้องการ ความคุ้มครองภัยจากการรุกรานของต่างประเทศ ขุนนางเป็นกบฏและราษฎรเป็นกบฏ พระเจ้า แผ่นดินก็ต้องผูกมิตรกับขุนนางและไปรยปรายผลประโยชน์ลื้องสมผู้คนไว้คุ้มครองตนให้พ้นจาก

²¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า

ภัยเหล่านี้ ทางด้านขุนนางก็ต้องระวังภัยจากการถูกพระเจ้าแผ่นดินเล่นแร่และขุนนางด้วยกัน ยกทัพมาตี หรือราษฎรลุกฮือขึ้นต่อสู้ไม่ยอมอยู่ได้อำนาจ ในชั้นล่างของสังคม คือราษฎรทั่วไปก็ อาจมีภัยจากขุนนางแคว้นอื่นๆส่งคนมาปล้นสะดมภ้อาทรัพย์สินไป²² การรุกรานเช่นนี้ทำให้เกิด การสร้างที่หลบภัยขึ้น เกิดปราสาทในลักษณะเป็นป้อมปราการเต็มทั่วยุโรปที่สร้างขึ้นโดยเจ้าครอง นครหรือขุนนางเพื่อเป็นที่หลบภัยให้กับคนของตน²³ ยุคกลางในยุโรปนั้นจึงเรียกว่ายุคมืด เพราะ ทุกคนในยุคนั้นอยู่ในที่มืดไม่รู้ว่าภัยอันตรายจะโผล่มาทางไหน²⁴ และในความคิดของยุคกลางนี้เองที่สังคมกลายเป็นสังคมเถื่อนเพราะถึงแม้ว่ากฎหมายยังมีอยู่ สถาบันที่จะวินิจฉัยกฎหมายคือ สิ่งใดก็มีอยู่... แต่ยุคแห่งกฎหมายได้สิ้นสุดลงแล้วเพราะในระหว่างเอกชนด้วยกันหรือกลุ่มบุคคล ด้วยกันนั้น ข้อพิพาทต่างๆยุติลงได้โดยกฎแห่งความแข็งแรงกว่าหรือโดยอำนาจตามอำเภอใจของ ผู้นำ²⁵ สภาพสังคมเช่นนี้เป็นสังคมที่ปราศจากการรวมศูนย์อำนาจอย่างสิ้นเชิง แต่จะอยู่รวมกัน เป็นเผ่าแบบยุคโบราณต่างฝ่ายต่างเป็นอิสระแก่กัน ทำสงครามรบพุ่งแย่งชิงดินแดนและประชากร กัน ไม่มีใครมีอำนาจจริง ต่างรบพุ่งฆ่าฟันกันตลอดเวลา เกิดความไม่สงบเรียบร้อย (disorder) และการไม่เคารพกฎหมาย (unlawfulness) เต็มไปหมดประชาชนต่างอยู่ด้วยความหวาดกลัว²⁶

2.1.4 การจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่า รัฐ

จะเห็นได้ว่าผลเสียของการที่บุคคลเป็นเจ้าของอำนาจ ซึ่งการได้อำนาจมาจะพิสูจน์ ได้ก็แต่โดยการใช้กำลังแต่อย่างเดียวนั้นจะทำให้ขาดอำนาจสูงสุดที่แท้จริงในการปกครองและ ส่งผล ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นมาในสังคม

²² ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช, ฝรั่งศักดิ์ดินนา (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สยามรัฐ, 252), หน้า 6 - 7.

²³ อังรี ปีแรน, ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจและสังคมยุโรปสมัยกลาง, แปลโดย ฉัตรทิพย์ นาถสุภา และคณะ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 45.

²⁴ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช, ฝรั่งศักดิ์ดินนา, หน้า 7.

²⁵ Rene' David, Les grands syste'mes de droit contemporains, 7ed (Paris : Dalloz, 1978), pp.37-38., อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, " สกฏกฎหมายโรมานอ-เยอรมันนิก, "ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2535), หน้า 74.

²⁶ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 13-16.

สังคมการเมืองในช่วงระยะเวลาหนึ่งเช่นในประเทศฝรั่งเศสตอนต้นของศตวรรษที่ 16 อำนาจที่เป็นของตัวบุคคลที่ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติส่วนตัวของหัวหน้า ก่อให้เกิดการต่อสู้แย่งชิงซึ่งทำให้ขาดความต่อเนื่องในการใช้อำนาจ ความต้องการที่จะให้อำนาจมีความต่อเนื่องเป็นไปอย่างถาวร เพื่อนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน จึงทำให้คนในสังคมเกิดแนวคิดร่วมกันคิดค้นรูปแบบใหม่ให้กับอำนาจ โดยการให้อำนาจนั้นเป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่กับตัวบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง แต่ให้เป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐ การกระทำดังกล่าวเรียกว่า การจัดสถาบันของอำนาจ (institutionalisation du Pouvoir) ซึ่งเป็นการกระทำที่เคลื่อนย้ายอำนาจที่เป็นของตัวบุคคลให้เป็นของรัฐ รัฐจึงเป็นสถาบันนามธรรมที่มนุษย์คิดขึ้นมาเพื่อเป็นฐานรองรับอำนาจ แต่การใช้อำนาจก็ต้องมีบุคคลอยู่เพราะรัฐเป็นเพียงสิ่งที่เป็นนามธรรม การใช้อำนาจของรัฐจะเป็นผลขึ้นได้ก็โดยแต่ตัวบุคคล รัฐจึงจำต้องมีบุคคลใช้อำนาจแทน แต่บุคคลจะเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจชั่วคราว ในนามรัฐแทนรัฐเท่านั้น รัฐจึงเป็นการอธิบายที่มีเหตุผลและเป็นการใช้ประโยชน์จากปรากฏการณ์แห่งสังคมคืออำนาจ ไม่มีใครเคยเห็นหน้าตาของรัฐ ว่าเป็นอย่างไร แต่ก็ไม่มีใครปฏิเสธว่าไม่เป็นจริง รัฐจึงเป็นเพียงความคิดและจะมีอยู่เพราะได้ถูกคิดไปถึง ความคิดในเรื่องรัฐจึงเป็นความคิดที่ก้าวหน้าทางสติปัญญาของมนุษย์ในทางการเมืองของผู้อยู่ได้ปกครองเพราะการให้อำนาจเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ โดยมีผู้ปกครองเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทน ก็แสดงว่าได้แยกตัวผู้ปกครองซึ่งเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจออกจากเจ้าของอำนาจที่แท้จริงคือรัฐ ทำให้อำนาจนั้นไม่เป็นเอกสิทธิ์สำหรับผู้ปกครองที่จะใช้หรือไม่อย่างไรก็ได้ ส่งผลให้ผู้ปกครองต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ต่างๆที่ตนได้กำหนดขึ้น การที่ผู้ปกครองต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์และต้องปฏิบัติตามเช่นเดียวกับผู้อยู่ได้ปกครองเช่นนี้ทำให้ผู้อยู่ได้ปกครองจะรู้สึกถึงความมีศักดิ์ศรีเพราะการยอมรับอำนาจนั้นเป็นการยอมรับต่อสิ่งที่เป็นนามธรรมคือรัฐ ไม่ใช่การยอมรับเพราะการถูกข่มขู่ของบุคคลที่เป็นผู้ปกครองและผู้อยู่ได้ปกครองก็จะสามารถกำหนดขอบเขตการกระทำของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้ขอบเขตที่ตนต้องการได้²⁷ มนุษย์จึงเป็นผู้สร้างรัฐขึ้นมาเพื่อที่จะได้ไม่ต้องพึ่งมนุษย์ด้วยกันเอง เนื่องจาก การเคารพบุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นเป็นความรู้สึกว่าต่ำต้อย ในทางตรงกันข้ามการเคารพมวลหมู่ทั้งหมดที่ลึกซึ้งโดยให้นิยามความหมายว่าเหนือบุคคลทั้งปวงนั้นเป็นความรู้สึกตามธรรมชาติอย่างสมบูรณ์แบบ ความคิดในเรื่องรัฐจึงได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในเวลาอันรวดเร็ว เพราะเป็นการทำให้หลุดพ้นจากการถูกบังคับและหลุดพ้นจากความทรงจำที่จะถูกใช้เยี่ยงทาส

อย่างไรก็ตามการกำเนิดขึ้นของรัฐที่เป็นสถาบันนามธรรม เจ้าของอำนาจหรือที่เรียกว่าการจัดสถาบันของอำนาจ ที่อำนาจจะเคลื่อนจากตัวบุคคลมาเป็นของสถาบัน ปรากฏการณ์นี้

²⁷ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politique*, pp.12-14.

จะไม่บรรลุผลในช่วงเวลาอันสั้นแต่จะมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องโดยไม่สามารถกำหนดเวลาที่แน่ชัดลงไปได้ แต่ก็จะมีเงื่อนไขบางประการ อันเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายที่ทำให้เกิดรัฐขึ้น (conditions d'existence de l'Etat)²⁸ ซึ่งทำให้เรารู้ว่าในยุคนี้ๆจะมีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐหรือเกิดรัฐในฐานะที่เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจแล้ว

2.2 สาระสำคัญของความเป็นรัฐที่มีลักษณะทางกฎหมาย

สาระสำคัญของรัฐที่มีลักษณะทางกฎหมายหรือเงื่อนไขทางกฎหมายที่ทำให้เกิดความมั่นคงในอำนาจและเป็นการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลผู้ปกครองไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐจะประกอบด้วย ดินแดน สังคมชาติ และอำนาจที่เกิดจากการที่ผู้อยู่ได้ปกครองยอมรับ²⁹ ซึ่งก็คืออำนาจที่แยกออกจากตัวบุคคลแล้วนั่นเอง

2.2.1 ดินแดน

1. ความหมายของดินแดน

ดินแดนเป็นเขตแดนทางพื้นที่สำหรับเป็นที่อาศัยของพลเมืองภายในรัฐ ในอดีตแนวคิดในเรื่องเขตแดนจะไม่มีความแน่นอน สมัยกรีก จะไม่มีเส้นเขตแดนทางศุลกากรหรือทางทหาร สมัยโรมันก็ถือว่าดินแดนของอาณาจักรโรมันคือพื้นที่ที่กองทัพสามารถควบคุมได้ การตีกรอบเขตแดนหรือการมีเขตแดนที่แน่นอนเกิดขึ้นในสมัยศตวรรษที่ 16 ซึ่งมีการทำแผนที่เพราะมีการศึกษาในการคำนวณและทางภูมิศาสตร์ได้เจริญก้าวหน้าจึงทำให้เกิดความคิดเกี่ยวกับเขตแดนสมัยใหม่ขึ้น³⁰ ในรัฐสมัยใหม่เส้นแบ่งเขตแดนจะทำให้เกิดความแน่นอนแก่ดินแดนของรัฐ แต่ดินแดนที่รัฐตั้งอยู่มิได้หมายความว่า ต้องตั้งอยู่บนพื้นที่แห่งเดียวและติดต่อเป็นผืนเดียวกันและไม่จำกัดเฉพาะในดินแดนที่เป็นผืนแผ่นดินแต่จะรวมถึงพื้นที่ที่เป็นทะเลซึ่งอยู่รอบๆอาณาเขตบนผืนแผ่นดินตลอดจนพื้นที่ทางอากาศ ซึ่งอยู่เหนือดินแดนบนแผ่นดิน และดินแดนที่เป็นผืนแผ่นดินก็มีได้หมายความว่าต้องตั้งอยู่บนพื้นที่แห่งเดียวและติดต่อเป็นผืนเดียวกัน อาจมีการแยกดินแดนออกเป็นหลายส่วนได้ตามพื้นที่ทางภูมิศาสตร์³¹

²⁸ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politique*, pp.15-16.

²⁹ Ibid, p.16.

³⁰ Ibid, p.16.

³¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค ความนำทั่วไป* (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 274 – 275.

ดังนั้น ดินแดนจึงถือเป็นขอบเขตทางพื้นที่สำหรับเป็นที่อาศัยของพลเมืองภายในรัฐ จะไม่สามารถเป็นรัฐได้ถ้าไม่มีดินแดน ขอบเขตทางพื้นที่ของดินแดนนี้จะรวมถึงพื้นดิน พื้นน้ำ และพื้นอากาศ ขอบเขตทางดินแดนของรัฐจำเป็นต้องมีความแน่นอนในระดับหนึ่งเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่ารัฐ จะมีขอบเขตทางเนื้อที่เพียงใดในการใช้อำนาจเหนือพลเมือง

2. บทบาทของดินแดน : เขตแดนทางพื้นที่ในการใช้อำนาจเหนือพลเมือง

ดินแดนเป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของรัฐจะไม่มีรัฐเกิดขึ้นถ้าไม่มีดินแดนที่แน่นอน เนื่องจากดินแดนจะเป็นที่ตั้งของสังคมมนุษย์ให้อยู่เป็นหลักแหล่งและเป็นสิ่งที่แสดงถึงความมีเอกราชที่แสดงให้เห็นว่าสามารถใช้อำนาจที่เป็นอิสระภายในเขตแดนที่เป็นของรัฐตนเท่านั้น³² เพราะการใช้อำนาจของรัฐแทนรัฐโดยตัวบุคคลที่เป็นผู้ปกครองสามารถกระทำได้ภายในดินแดนของรัฐกับเฉพาะบุคคลที่อาศัยอยู่ภายในรัฐเท่านั้นไม่สามารถใช้อำนาจเหนือบุคคลภายนอกรัฐและไม่อยู่ในดินแดนของรัฐได้

2.2.2 พลเมืองหรือสังคมนชาติ

รัฐจะต้องมีพลเมืองซึ่งหมายถึงคนที่อาศัยอยู่อย่างเป็นหลักแหล่งถาวรภายในเขตแดนของรัฐ ไม่มีลักษณะเร่ร่อนไปมาโดยไม่ติดต่อกับที่

การต้องมีพลเมืองอยู่ภายในรัฐนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาติของการเป็นรัฐเพราะการใช้อำนาจของรัฐต้องกระทำต่อพลเมืองที่อยู่ภายในรัฐ³³ อย่างไรก็ตามพลเมืองที่อาศัยอยู่ภายในดินแดนของรัฐมิใช่จะอาศัยอยู่แบบต่างคนต่างอยู่แต่ต้องอาศัยอยู่รวมกันในลักษณะของความเป็นชาติ

1. การอยู่ร่วมกันในลักษณะของความเป็นชาติ

การอยู่ร่วมกันของพลเมืองต้องอยู่ร่วมกันในลักษณะของความเป็นชาติ กล่าวคือ ต้องมีสิ่งที่ผูกพันบรรดาสมาชิกแต่ละคนไว้ด้วยกัน

สิ่งที่ก่อให้เกิดความผูกพันของสมาชิกแต่ละคนในการอยู่ร่วมกันนั้นอาจมีปัจจัยมาจากการมีภาษา ศาสนา ความเชื่อ และเผ่าพันธุ์เดียวกันโดยอยู่ร่วมกันภายในดินแดนเดียวกันมา

³² George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.17.

³³ Ibid, pp.18-19.

อย่างยาวนาน แต่สิ่งสำคัญของความเป็นชาตินั้น ศาสตราจารย์ โมริซอริอู (Maurice Hauriou) ยืนยันว่าได้แก่ “ เจตนาร่วม ” ซึ่งหมายถึง ความนึกคิดจิตใจ ความปรารถนาที่จะอยู่ร่วมกัน ซึ่งมีองค์ประกอบประการแรกได้แก่ เหตุการณ์ในอดีต เช่นสงคราม ภัยพิบัติ หรือยุคแห่งความรุ่งเรืองความสำเร็จของชาติ วิชาญาณชาตินั้นถูกสร้างขึ้นจากความทรงจำในอดีตร่วมกัน ซึ่งอาจเป็นความทุกข์หรือความสุข ประการต่อมาคือ เป็นที่ตั้งของประชาคมแห่งผลประโยชน์ร่วม ซึ่งเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจอันเป็นผลมาจากการอยู่ผืนแผ่นดินเดียวกันทำมาหากินด้วยกัน และประการสุดท้ายคือ ความรู้สึกเกี่ยวดองกันในทางจิตใจกล่าวคือ แม้จะมีความเชื่อหรือความคิดแตกต่างกัน กลุ่มชนที่รวมกันนั้นจะโต้ตอบอย่างคล้ายคลึงกันในเหตุการณ์ต่างๆที่ปรากฏเบื้องหน้า³⁴

การอยู่ร่วมกันของพลเมืองที่มีความรู้สึกร่วมกัน หรือมีเจตนาร่วมกันในลักษณะของความเป็นชาติ จึงเป็นความผูกพันในอดีตและต่อเนื่องไปถึงในอนาคตเพื่อทำให้บรรลូវัตถุประสงค์ร่วมกันของสังคม³⁵ ซึ่งได้แก่ประโยชน์สุขร่วมกันนั่นเอง

2. ความสัมพันธ์ระหว่างชาติกับรัฐ

การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมที่มีลักษณะของความเป็นชาติเมื่อถึงช่วงระยะเวลาหนึ่ง คนในสังคมจะเกิดแนวความคิดร่วมกัน แนวความคิดที่ว่านี้เรียกว่า แนวความคิดทางกฎหมาย (idee de droit) ร่วมกันของคนในสังคมชาติ ที่ต้องการจัดระเบียบสังคมโดยการให้อำนาจในการจัดระเบียบสังคม แยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐ ทำให้รัฐเป็นเจ้าของอำนาจแทนตัวบุคคล จะเห็นได้ว่า เมื่อเกิดชาติขึ้นอำนาจที่เป็นของตัวบุคคล ซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่สังคมจะไม่ได้รับการยอมรับจากคนในสังคม ดังนั้น การอยู่ร่วมกันของพลเมืองในลักษณะของความเป็นสังคมชาติ จึงก่อให้เกิดรัฐขึ้น เนื่องจากคนในสังคมชาติ มีแนวความคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดระเบียบสังคม โดยการเปลี่ยนรูปแบบของอำนาจเพื่อสามารถตอบสนองประโยชน์ส่วนรวม โดยการสร้างรัฐขึ้นให้เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจแทนตัวบุคคล³⁶ โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่า ชาติจึงเป็นที่มาของรัฐเพราะการที่คนอยู่ร่วมกันในสังคมชาติเมื่อถึงจุดหนึ่งก็จะเกิดแนวความคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดระเบียบสังคม โดยการจัดสถาบันให้อำนาจ เช่นนี้ ชาติจึงมีลักษณะทางสังคมแต่รัฐมีลักษณะทางกฎหมายหรือรัฐมีสถานะเป็นเป็นนิติบุคคลทางกฎหมาย

³⁴ โภคิน พลกุล. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า

³⁵ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.19.

³⁶ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.19 — 20.

ของชาติ เพราะสังคมชาติได้แสดงเจตนาโดยการมีแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันเพื่อจัดตั้งสถาบันที่เรียกว่ารัฐให้เป็นเจ้าของอำนาจในการจัดระเบียบสังคมเพื่อนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน โดยมีบุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนรัฐในนามรัฐเท่านั้น ดังจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไปในเรื่องความเป็นนิติบุคคลของรัฐ

2.2.3 อำนาจที่เป็นของสถาบัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในสังคมชาติที่มีแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันก็จะก่อให้เกิดการแสดงเจตนาแยกอำนาจที่ปะปนอยู่ที่ตัวบุคคลอันก่อให้เกิดผลเสียหลายประการ ให้เป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐ ส่งผลให้รัฐเท่านั้นที่เป็นเจ้าของอำนาจ บุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจในนามรัฐแทนรัฐเท่านั้น แต่การแสดงเจตนาจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลให้เป็นของสถาบันนั้น ไม่สามารถจะระบุได้ชัดเจนว่าเป็น วันเวลาใด แต่เมื่อคนในสังคมเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันถึงจุดหนึ่ง ก็จะมีปัจจัยที่แสดงให้เห็นว่าได้มีการแยกอำนาจให้ออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐแล้ว

1. ปัจจัยในการจัดอำนาจให้เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ

1.1 กฎเกณฑ์การเข้าสู่การใช้อำนาจ

กฎเกณฑ์การเข้าสู่การใช้อำนาจนี้ถือเป็นปัจจัยทางกฎหมายที่สำคัญในการแสดงออกว่ามีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลแล้วกล่าวคือ การเข้าสู่การเป็นผู้มีอำนาจไม่ได้อาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคล ที่ต้องรบพุ่งแย้งชิงกัน แต่การเข้าสู่อำนาจได้นั้นต้องอาศัย หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย บุคคลที่มีคุณสมบัติส่วนตัวที่เก่งกล้า แต่ไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ก็ไม่อาจเข้าสู่การใช้อำนาจได้ ปัจจัยทางกฎหมายของการเข้าสู่การใช้อำนาจแทนรัฐที่สำคัญจะปรากฏให้เห็นทาง กฎมณเฑียรบาล ในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่วางกฎเกณฑ์ในการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ หรือรัฐธรรมนูญในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย

เมื่อมีกฎเกณฑ์ของการเข้าสู่การเป็นผู้ใช้อำนาจแล้วก็จะแสดงให้เห็นว่ามีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจเนื่องจาก อำนาจจะไม่เป็นของตัวบุคคลอีกแต่จะเปลี่ยนไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ ผู้ที่สามารถเข้าสู่การเป็นผู้ใช้อำนาจของสถาบันและแทนสถาบันได้ต้องอาศัยกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ดังสุภาษิตกฎหมายละตินที่กล่าวว่า Rex non debet esse sub homine, sed sub deo et lege quia lex facit regem ซึ่งแปลว่า กษัตริย์ไม่อยู่ใต้ใคร แต่อยู่ใต้พระเจ้าและกฎหมาย

เพราะกฎหมายสร้างกษัตริย์³⁷ กล่าวคือ เมื่อการเป็นกษัตริย์ (ผู้ใช้อำนาจ) เกิดขึ้นโดยกฎหมาย กษัตริย์ จึงเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดจริงแต่การใช้อำนาจสูงสุดนั้นเป็นการใช้อำนาจที่เป็นของรัฐและ แทนรัฐเท่านั้น เพราะอำนาจนั้นไม่ใช่ของกษัตริย์อีกต่อไป แต่เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ กษัตริย์ จึงไม่สามารถใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นของส่วนตัว แต่ต้องใช้เพื่อประโยชน์สุขร่วมกันของคนใน สังคมและความผาสุกของประชาชนนี่เองที่เป็นกฎหมายสูงสุด (Salus populi est suprema lex)³⁸ กษัตริย์จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและไม่สามารถทำอะไรที่ไม่ยุติธรรมได้ (Rex quod injustum est facere non potest)³⁹

อย่างไรก็ตามในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ผู้ใช้อำนาจจะได้แก่ พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นคนคนเดียวที่มีอำนาจในการจัดระเบียบสังคมทั้งหมดเพื่อนำพา สังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน แต่ในยุคที่กำเนิดรัฐในฐานะที่เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจแล้ว อำนาจจะไม่ได้เป็นส่วนตัวของกษัตริย์อีกต่อไป รากฐานของอำนาจจะเปลี่ยนไปเป็นของ สถาบัน กษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐโดยการอาศัยกฎเกณฑ์ที่เรียกว่ากฎเกณฑ์บรรดาในการ เข้าสู่การเป็นผู้ใช้อำนาจเท่านั้น ซึ่งจะแตกต่างจากในยุคที่ยังไม่มีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจ ซึ่ง บุคคลเพียงคนเดียวก็จะเป็นผู้ใช้อำนาจเช่นกัน แต่รากฐานของอำนาจจะแตกต่างกัน เพราะการ เป็นผู้มีอำนาจในยุคนี้จะอาศัยคุณสมบัติส่วนตัวเพียงเท่านั้นไม่ได้อาศัยกฎเกณฑ์ แต่ในยุคที่มี การจัดสถาบันให้แก่อำนาจแล้วคุณสมบัติส่วนตัวที่เบ่งกว่าคนอื่นจะไม่มีควมสำคัญถ้ามีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ก็ไม่สามารถเป็นผู้ใช้อำนาจได้

1.2 ความต่อเนื่องในการใช้อำนาจ

นอกจากปัจจัยทางกฎหมายอันได้แก่กฎเกณฑ์ในการสืบราชสมบัติ หรือกฎเกณฑ์การ เข้าสู่ตำแหน่งในการใช้อำนาจแทนรัฐแล้ว สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่แสดงว่ามีการแยกอำนาจ ออกจากตัวบุคคลออกไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ คือความต่อเนื่องในการใช้อำนาจ เนื่องจากการที่คนในสังคมเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันเพื่อจัดอำนาจให้เป็นของสถาบัน ก็เนื่องมาจาก ผลเสียของการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคล ซึ่งจะสิ้นสุดลงทุกครั้ง เมื่อมีผู้ที่มีความสามารถมากกว่า มาช่วงชิงทำให้การใช้อำนาจขาดความต่อเนื่องในการนำพาสังคม แต่เมื่ออำนาจเป็นของสถาบัน

³⁷ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร, ภาษิตกฎหมายละติน — ไทย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สามย่าน วิทยพัฒนา, 2540), หน้า 132.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 132.

แล้วอำนาจก็จะไม่สิ้นสุดไปพร้อมกับตัวบุคคล เมื่อบุคคลนั้นตายแต่อำนาจนั้นจะยังอยู่และจะคงอยู่ตลอดไปไม่สิ้นสุดไปพร้อมกับตัวบุคคลเพราะอำนาจเป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐและความต่อเนื่องของอำนาจที่เป็นของสถาบันนี้จะแสดงให้เห็นโดยการสืบราชสมบัติ

ปรากฏการณ์ การสืบราชสมบัติมีความหมายมากทางการเมืองเพราะเริ่มแสดงให้เห็นการต่อเนื่องของอำนาจซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของการจัดสถาบันของอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคล (institutionalisation du pouvoir)⁴⁰ ดังสุภาชิตกัญญาหมายละตินว่า Rex nunquam moritur ซึ่งแปลว่า กษัตริย์ไม่เคยตาย⁴¹ ซึ่งตามปกติตัวบุคคลที่เป็นกษัตริย์ซึ่งเป็นมนุษย์นั้นตามธรรมชาติแล้วก็ต้องตาย แต่สุภาชิตดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า มีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคล โดยอำนาจมีลักษณะเป็นสถาบัน (institution) คนเป็นเพียงผู้ถือและใช้อำนาจแทนสถาบันเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือตัวคนตายได้แต่สถาบันและอำนาจไม่ตาย และนี่ก็คือที่มาของทฤษฎีที่ว่า กษัตริย์ มี 2 พระวรกาย พระวรกายหนึ่งสวรรคตได้แต่อีกพระวรกายหนึ่งเป็นอมตะ ซึ่งตามตรรกะของหลักนี้มีผลอยู่ว่าถ้ากฎหมายยังใช้บังคับได้ภายหลังที่กษัตริย์ผู้ออกกฎหมายสวรรคตแล้วก็หมายความว่าเราไม่ได้เชื่อฟังตัวบุคคลหรือพระวรกายที่สวรรคตได้ของรัฐอธิปไตยแต่เพราะเราต้องเชื่อฟังสถาบันและอำนาจหรือพระวรกายที่เป็นอมตะต่างหาก ผลของหลักนี้จะเป็นรากฐานสำคัญที่สุดของรัฐสมัย คือ การแยกภาระหน้าที่ (fonction) ออกจากตัวบุคคล (personne)⁴² กษัตริย์หรือข้าราชการจึงมีลักษณะทางกฎหมายเหมือนกันคือในฐานะส่วนพระองค์ หรือ ส่วนตัวที่กระทำการใดไปย่อมไม่ผูกพัน รัฐ และการกระทำนั้นๆก็ไม่ต่างไปจากที่คนสามัญกระทำ แต่ในฐานะและตำแหน่งหน้าที่กษัตริย์ก็ดี ในฐานะเจ้าพนักงานของรัฐก็ดี กษัตริย์และข้าราชการย่อมมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติแทนรัฐจึงใช้อำนาจรัฐเหนือคนธรรมดาได้⁴³

1.3 การยอมรับอำนาจของผู้อยู่ใต้ปกครอง : การใช้อำนาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมสนองความต้องการของสังคม

⁴⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 29

⁴¹ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, ภาชิตกัญญาหมายละติน — ไทย, หน้า 132.

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 34 — 35.

⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40 — 41.

การใช้อำนาจให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแสดงถึงการใช้อำนาจในนามสถาบัน เพราะอำนาจที่เป็นของสถาบันถูกคิดขึ้นก็เพื่อนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน คนในสังคมจะยอมรับในการใช้อำนาจก็ต่อเมื่อ การใช้อำนาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม

การยอมรับในอำนาจนี้เป็นเงื่อนไขที่สำคัญสำหรับการเป็นรัฐเพราะการยอมรับในอำนาจเป็นรากฐานของการจัดระเบียบภายในรัฐ และทำให้เกิดความชอบธรรมในการปกครอง เพราะถ้าคนในสังคมขาดซึ่งการยอมรับในอำนาจนั้นแล้ว ก็จะมีแต่การใช้กำลังบังคับเพียงอย่างเดียวที่ใช้เป็นหลักในการปกครอง⁴⁴ และถ้าอำนาจได้รับการค้ำจุนโดยกำลังเพียงอย่างเดียว อำนาจนั้นก็จะเป็นอำนาจทางพฤตินัยจะสามารถเป็นอำนาจทางนิตินัยได้ก็โดยความยินยอมของผู้อยู่ใต้ปกครอง⁴⁵ การยินยอมหรือการยอมรับอำนาจของผู้อยู่ใต้ปกครองจึงถือว่าเป็นการทำให้ อำนาจมีความชอบธรรม

ความชอบธรรมของอำนาจนี้ Max Weber ได้กล่าวไว้ว่ามี 3 ประการด้วยกันคือ

1. ความชอบธรรมของอำนาจเกิดจากรธรรมเนียมประเพณี
2. ความชอบธรรมของอำนาจเกิดจากการเลื่อมใสในคุณสมบัติของตัวบุคคล
3. ความชอบธรรมของอำนาจเกิดจากกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้

ความชอบธรรมทั้ง 3 นี้แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติของการใช้อำนาจเป็นพื้นฐานกล่าวคือ ในสังคมการเมืองตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันคนในสังคมจะมีความต้องการร่วมกันว่าควรจัดระเบียบสังคมอย่างไรเพื่อจะให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกัน ความประสงค์ร่วมกันนี้ถือว่าเป็น แนวคิดทางกฎหมาย (idee de droit) ซึ่งความประสงค์ร่วมกันของคนในสังคมว่าจะจัดระเบียบสังคมอย่างไรเองที่จะทำให้เกิดอำนาจขึ้นเพื่อนำพาและจัดระเบียบสังคม อำนาจจึงจำต้องได้รับการยอมรับจากคนในสังคมเพราะอำนาจเกิดจากความต้องการร่วมกันของคนในสังคม และเมื่อคนในสังคมยอมรับในอำนาจนั้นแล้วก็ยอมให้อำนาจนั้นมีความชอบธรรม หรือทำให้ผู้ใช้อำนาจนั้นเกิดความชอบธรรมในการปกครอง ความชอบธรรมของอำนาจจึงมีที่มาจากแนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคม⁴⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่าเมื่ออำนาจในการจัดระเบียบสังคมเป็นไปเพื่อสนองความ

⁴⁴ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.22 – 23.

⁴⁵ Andre Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, 17 ed (Paris : Montchrestien, 1988), p.107.,อ้างถึงใน โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 62.

⁴⁶ George Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politique, p.23 – 25.

ต้องการร่วมกันของคนในสังคมที่ต้องการให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกัน อำนาจนั้นก็จะมีคุณธรรม

อำนาจในการจัดระเบียบสังคมเพื่อนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์ร่วมกัน (อำนาจการเมือง) นั้น จะมีรูปแบบที่ไม่เหมือนกันตลอดไป ในสังคมที่เก่าแก่อำนาจจะอยู่ในรูปแบบของจารีตประเพณีของชนเผ่า คนในสังคมมีความประสงค์ร่วมกันหรือมีแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันให้จารีตประเพณีต่างๆเป็นสิ่งนำพาและจัดระเบียบสังคม ความชอบธรรมของอำนาจในยุคนี้จึงอยู่ที่จารีตประเพณีต่างๆ ครั้นเมื่อมีการต่อสู้รุกรานระหว่างชนเผ่าต่างๆ อำนาจจึงเคลื่อนมาอยู่ที่ตัวบุคคล คนในสังคมต่างยอมรับว่าคุณสมบัติของหัวหน้าที่ต้องรบเก่ง จะเป็นผู้มีอำนาจนำพาและจัดระเบียบสังคม ความชอบธรรมของอำนาจจึงอยู่ที่คุณสมบัติของตัวบุคคล และเมื่อคนในสังคมรู้สึกร่วมกันว่า อำนาจที่เป็นของตัวบุคคลก่อให้เกิดผลเสียตามมาหลายประการ จึงเกิดความประสงค์ร่วมกันที่ต้องการแยกอำนาจให้ออกจากตัวบุคคลให้เป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐ บุคคลไม่อาจมีอำนาจที่เป็นของส่วนตัวได้แต่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในนามรัฐแทนรัฐเท่านั้น การที่บุคคลจะเข้าสู่การใช้อำนาจแทนรัฐได้จึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ความชอบธรรมของอำนาจจึงอยู่ที่กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความประสงค์ร่วมกันของคนในสังคมที่ต้องการให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกันในสังคมอย่างแท้จริง หรือที่เรียกว่า แนวคิดทางกฎหมาย (idee de droit) นี้เองที่เป็นสิ่งที่กำหนดอำนาจให้มีความชอบธรรมก่อให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจของผู้ปกครอง

2. ผลของการที่อำนาจเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ

เมื่อรัฐเป็นเพียงสิ่งนามธรรมที่เกิดจากแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมที่ต้องการให้เป็นฐานรองรับการมีอยู่ของอำนาจในการจัดระเบียบสังคม แต่รัฐก็ต้องมีบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจ โดยบุคคลนั้นไม่สามารถใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นของส่วนตัวได้ เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจในนามรัฐและแทนรัฐเท่านั้น บุคคลที่ใช้อำนาจแทนรัฐจึงต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับการมีอยู่ของรัฐนั้นคือต้องใช้อำนาจให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม

2.1 บุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจในนามรัฐและแทนรัฐเท่านั้น

รัฐเป็นเพียงสิ่งนามธรรมที่เป็นเจ้าของอำนาจแต่ลำพังเพียงสิ่งนามธรรมนั้นไม่อาจใช้อำนาจในการจัดระเบียบสังคมได้จึงต้องมีบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจแทน

เมื่ออำนาจได้กลายเป็นของรัฐแล้วอำนาจนั้นก็จะเป็อำนาจสูงสุดโดยไม่สามารถมีอำนาจอื่นใดของบุคคลใดมาแข่งขันหรือท้าทายได้ แต่เมื่อรัฐเป็นสิ่งนามธรรมที่ไม่อาจใช้อำนาจสูงสุดนั้นได้จึงต้องมีบุคคลใช้อำนาจแทนซึ่ง เรียกบุคคลที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐแทนรัฐว่ารัฐาธิปัตย์ นอกจากรัฐาธิปัตย์แล้ว ภายในรัฐอาจมีบุคคลที่ใช้อำนาจแทนรัฐาธิปัตย์อีกชั้นหนึ่งเพราะรัฐาธิปัตย์ไม่อาจใช้อำนาจนั้นได้ด้วยตนเองทั้งหมด ซึ่งผู้ที่ใช้อำนาจแทนรัฐาธิปัตย์นี้เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งจะเป็นผู้ใช้อำนาจให้เป็นไปตามความต้องการหรือตามเจตนารมณ์ของรัฐาธิปัตย์

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของรัฐาธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐนั้น จะก่อให้เกิดระบอบการปกครองที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ หากบุคคลเพียงคนเดียวเป็นรัฐาธิปัตย์ก็จะก่อให้เกิดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่กษัตริย์เพียงผู้ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐเพื่อนำพาและจัดระเบียบสังคม นำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน หากรัฐาธิปัตย์เป็นประชาชนก็จะก่อให้เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดแทนรัฐเพื่อนำพาและจัดระเบียบสังคมด้วยความประสงค์ของประชาชนเอง แต่ประชาชนทั้งหมดก็ไม่อาจใช้อำนาจได้จึงต้องมีตัวแทนอันได้แก่รัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากประชาชนจัดระเบียบสังคมโดยการวางกฎเกณฑ์ต่างๆเพื่อให้เป็นไปตามกรอบหรือความประสงค์ที่รัฐาธิปัตย์อันได้แก่ประชาชนได้วางไว้ภายใต้การควบคุมของรัฐาธิปัตย์

อย่างไรก็ตาม ทั้งรัฐาธิปัตย์และรัฐบาลต่างก็เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจที่เป็นของรัฐในนามรัฐและแทนรัฐเท่านั้นเพราะรัฐเป็นสถาบันนามธรรมที่เกิดขึ้นมาจากแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมที่จัดระเบียบสังคมให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกัน แต่รัฐไม่อาจใช้อำนาจได้ด้วยตนเอง จำต้องมีบุคคลใช้อำนาจแทน ซึ่งผู้แต่งตำรากฎหมายมหาชนเรียกบุคคลที่ใช้อำนาจแทนรัฐนี้ว่า "องค์กรของรัฐ" (organ of state)⁴⁷

2.2 รัฐเป็นสถาบันนามธรรมที่ทำให้แนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคมเป็นจริง

⁴⁷ R.carre de malberg, "Contribution a la theorie generale de l etat" (Paris : Cnrs, 1962), p.256-258 ,อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวบรวมความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2540), หน้า 61.

เมื่อรัฐเป็นสถาบันนามธรรมเจ้าของอำนาจที่เกิดขึ้นจากแนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคมที่ประสงค์ให้แยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐและจัดระเบียบสังคมเพื่อนำสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน

รัฐจึงเกิดจากแนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคมและเป็นเครื่องมือที่ทำให้แนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคมเป็นจริง รัฐจึงต้องจัดระเบียบสังคมเพื่อให้เป็นไปตามแนวคิดทางกฎหมาย และการจัดระเบียบสังคมตามแนวคิดทางกฎหมายเพื่อให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกันในสังคมนี้จะแสดงออกโดยการบัญญัติเป็นกฎหมาย⁴⁸ การจัดระเบียบสังคมให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกันจึงเกิดมาจากแนวคิดทางกฎหมายและแสดงออกโดยกฎหมาย โดยการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อจัดระเบียบสังคมกฎเกณฑ์ต่างๆที่เรียกว่ากฎหมายจึงต้องมีขึ้นเพื่อประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม

บทบาทของกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยการใช้อำนาจของรัฐจึงต้องสามารถจัดระบบผลประโยชน์ต่างๆให้สมดุลมีประสิทธิภาพและตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างสูงสุดโดยทำให้เกิดการร้าวฉานหรือสูญเสียน้อยที่สุด⁴⁹ ซึ่งทั้งหมดก็เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสังคม ซึ่งเป็นข้อเรียกร้อง ความต้องการหรือความปรารถนาที่มนุษย์ต่างยืนยันเพื่อให้ได้มาอย่างแท้จริง และเป็นภารกิจที่กฎหมายต้องกระทำการอันใดอันหนึ่ง เพื่อสิ่งเหล่านี้หากต้องการอ้างไว้ซึ่งสังคมอันเป็นระเบียบเรียบร้อย⁵⁰ กฎหมายที่เป็นตัวบทหลายลักษณะอักษรอันเกิดจากการตราโดยอำนาจที่เป็นของรัฐจึงเป็นเพียงพาหะที่เชื่อมของสองสิ่งเข้าด้วยกัน คือในด้านแรกกฎหมายทุกฉบับแต่ละเรื่องต้องมีเจตนารมณ์ในการจัดสรรประโยชน์ต่างๆให้คนที่เกี่ยวข้องในแต่ละเรื่องอย่างเป็นธรรมคือทุกฝ่ายรับได้เพราะต่างฝ่ายต่างได้ มิใช่ฝ่ายหนึ่งได้อีกฝ่ายหนึ่งเสียอีกอย่างเดียว และในอีกด้านหนึ่งก็คือความสงบสุขและปราศจากปัญหาอันเกิดจากความเป็นธรรมที่ทุกคนได้รับจริงตามที่บัญญัติไว้เป็นตัวบทหลายลักษณะอักษรนั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายก็คือเจตนารมณ์ในการจัดสรรประโยชน์อย่างเป็นธรรมกับความเป็นธรรมที่เกิดขึ้นจริง คุณธรรมของกฎหมายจึงขึ้นกับ เรื่อง คนที่เกี่ยวข้อง สถานที่ และเวลาตามบริบทสังคมและเศรษฐกิจ คุณธรรมของกฎหมายจึงละเอียดอ่อนและสร้างได้หากการสร้างนั้นทุกฝ่ายยอมรับ การยอมรับจากทุกฝ่ายนี้เองที่จะวัดความเป็นธรรม

⁴⁸ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politique*, p.36.

⁴⁹ Roscoe Pound, *Interpretation of legal history* (New York, 1923), p.156 ,อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532), หน้า 246-247.

⁵⁰ Roscoe Pound, *Jurisprudence*, (New York : cst.Paul Minn, 1959), p.15 ,อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, หน้า 247.

และการยอมรับนั่นเองที่จะทำให้กฎหมายแต่ละเรื่องมีประสิทธิภาพในสังคมและทำให้ระบบกฎหมายคงอยู่ได้โดยไม่ต้องอาศัยกระบอกปืนชี้ให้คนต้องทำตามอยู่ทุกนาที่⁵¹ ผู้ใช้อำนาจของรัฐแทนรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายจัดระเบียบสังคมเพื่อสังคมโดยอ้างไว้เพื่อประโยชน์สุขร่วมกัน อันสอดคล้องกับการกำเนิดรัฐในฐานะที่เป็นสถาบันนามธรรมเจ้าของอำนาจที่เกิดจากแนวคิดทางกฎหมายของคนในสังคมเพื่อต้องการจัดระเบียบสังคมให้เกิดประโยชน์สุขอย่างแท้จริง

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจที่เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐกับอำนาจอธิปไตย

รัฐเกิดขึ้นจากการจัดสถาบันของอำนาจหรือการจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ การกระทำที่เป็นการจัดสถาบันให้แก่อำนาจนี้เกิดขึ้นจากแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมที่ประสงค์จะจัดระเบียบสังคมเพื่อให้เกิดประโยชน์สุขร่วมกัน

การที่คนในสังคมจะเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดระเบียบสังคมด้วยการทำให้อำนาจแยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐนั้นจำต้องอาศัยปัจจัยหลาย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสาเหตุที่สำคัญได้แก่ การทนสภาพที่อำนาจแยกไม่ออกจากตัวบุคคลก่อให้เกิดสภาวะที่ไม่สงบเรียบร้อย เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้คนเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดสถาบันให้แก่อำนาจได้

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้ชี้นำหรือจุดประกายความคิดให้กับคนในสังคมก็ได้แก่นักปรัชญาเมธีทั้งหลาย ที่คิดค้นทฤษฎีตลอดจนแนวคิดต่างๆผ่านทางข้อเขียน โดยแนวคิดและทฤษฎีของนักปรัชญาเหล่านี้เองที่มีส่วนทำให้คนในสังคมเห็นพ้องด้วยและส่งผลให้กลายเป็นสิ่งที่ยอมรับกันภายในสังคม ทำให้คนในสังคมประสงค์ที่จะให้ทฤษฎีต่างๆนั้นเกิดขึ้นจริงหรือมีผลใช้บังคับในความเป็นจริง ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า ปรัชญาต่างๆที่แปรเป็นทฤษฎีและแตกย่อยเป็นหลักกฎหมายนั้นไม่ได้เกิดในสุญญากาศ แต่เกิดขึ้นจากความพอใจหรือไม่พอใจในสภาพสังคมในเวลา que ปรัชญานั้นๆเกิดขึ้น⁵² เมื่อความไม่พอใจในสภาพสังคมที่เป็นอยู่ประกอบกับการชี้นำผ่านทางแนวคิดที่เสนอทางออกให้กับปัญหาของนักปรัชญาต่างๆสิ่งเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดคนในสังคมเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกัน เพื่อจัดระเบียบสังคมให้เป็นไปตามทฤษฎีนั้นๆ โดยปริยาย

⁵¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "นักนิติศาสตร์ในอุดมคติ สาสน์จากคณะบดี," รพีพัฒน์ศักดิ์ บท ความทางกฎหมายของนิติศาสตร์นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (7 สิงหาคม 2541)

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ, หน้า 3 – 4.

แนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมในการจัดสถาบันให้กับอำนาจหรือการจัดสถาบันของอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐเพื่อใช้อำนาจในการจัดระเบียบสังคม ก็มีส่วนที่ได้รับการส่งเสริมหรือชี้แนะด้วยแนวคิดของนักปรัชญาที่สำคัญคือ แมคคิอาเวลลี ที่เป็นผู้ปูทางแนวคิดว่าด้วยความเป็นสถาบันของรัฐและแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ โบแดนซ์ที่ทำให้รัฐเป็นสถาบันที่มีอำนาจสูงสุดเพื่อใช้ในการปกครองภายในรัฐ

ดังนั้น การศึกษาถึงทฤษฎีของนักปรัชญาทั้ง 2 ท่านนี้จึงเป็นการศึกษาถึงสิ่งที่เป็นแม่แบบของความคิดที่ทำให้คนในสังคมเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดระเบียบสังคมโดยให้อำนาจแยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่และอำนาจที่เป็นของสถาบันนี้เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองภายในรัฐหรือเรียกว่าอำนาจอธิปไตย

2.3.1 แนวความคิดว่าด้วยการกำเนิดรัฐของแมคคิอาเวลลี และลักษณะของอำนาจอธิปไตยของโอบแดนซ์

งานเขียนของแมคคิอาเวลลี ที่มีชื่อเสียงมากที่สุดคือ *The prince* ซึ่งเป็นหนังสือที่เสนอแนวความคิดเพื่ออธิบายคุณค่าและความหมายของรัฐในความหมายสมัยใหม่ โดยแนวคิดนี้กำเนิดขึ้นในบริบทของความเบื้อหนาย สภาพไร้กฎหมายและความไม่สงบ (unlawfulness and disorder) ของสังคมในยุคกลางหรือยุคศักดินานิยม⁵³ ซึ่งมีผลมาจากการที่อำนาจในการจัดระเบียบสังคม (อำนาจการเมือง) เป็นของตัวบุคคล

แมคคิอาเวลลีอธิบายว่ามนุษย์ทุกคนมีลักษณะเยี่ยงสัตว์เดรัจฉานและไม่มีใครที่จะรักษาสิ่งจะกับใคร มนุษย์จะทำดีก็ต่อเมื่อถูกบังคับ มิฉะนั้นมนุษย์ก็จะทำชั่วอย่างเลียงไม่พ้น ดังนั้นการตั้งตนเป็นใหญ่รวบรวมบ้านเมืองให้เป็นปึกแผ่นได้นั้นไม่อาจทำได้ด้วยการอาศัยหลักธรรมเนื่องจากการมีอำนาจทางการเมืองเป็นเรื่องของการต่อสู้ช่วงชิงและการเอาชนะผู้อื่น ผู้ที่ประสงค์จะได้มาซึ่งอำนาจหรือต้องการรักษาอำนาจให้มั่นคงจึงไม่ควรผูกพันตนไว้กับหลักศีลธรรมการรักษาสัจจะนั้นเป็นสิ่งที่มีความน่าสรรเสริญ แต่การจะรักษาอำนาจการเมืองไว้ให้ได้นั้น ไม่อาจหลีกเลี่ยงไม่ใช้วิธีหลอกลวงปลิ้นปล้อนเป็นเครื่องมือได้ ตามทัศนะของแมคคิอาเวลลี ผู้ปกครอง (the prince) ควรจะแสดงออกซึ่งความจริงใจความรักในความถูกต้อง และมีมนุษยธรรมแต่ผู้ปกครองต้องถือคติอยู่ในใจอย่างเคร่งครัดว่าเมื่อถึงคราวจะต้องรักษาบ้านเมือง รักษาอำนาจรัฐไว้จะ

⁵³ Actes de la table ronde, *Ecole Francaise de Rome, Culture et idiologie dans la genese de l'Etat moderne* (Paris Farnese, 1985), p..2. อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*, หน้า 21.

ไม่ยึดถือคุณธรรมข้างต้นนี้เลย เพราะแม้ว่าการกระทำนั้นอาจจะถูกตำหนิว่าชั่ว แต่ผลที่เกิดขึ้นย่อมเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นจากการกล่าวหาเช่นนั้น (the act accuses, but the result excuse) ดังนั้น ขอแต่ให้ผู้มีอำนาจทำเพื่อชาติบ้านเมืองไม่ว่า จะทำอย่างไร จะฆ่าใคร จะโกง จะโกหก จะล้มล้างประเทศชาติบ้านเมืองอื่นอย่างไรได้ทั้งนั้น การยืนยันเช่นนี้เป็นการยืนยันว่าความคงอยู่ของรัฐเป็นสิ่งที่มีความค่าอยู่ในตัวเอง⁵⁴ การวิเคราะห์เช่นนี้จะไม่ใช่ศีลธรรมและความดีซึ่งเป็นรากฐานของการสร้างปรัชญาและทฤษฎีในยุคโบราณมาสร้างทฤษฎีในการใช้อำนาจ แต่ใช้ข้อเท็จจริงในประวัติศาสตร์มาเป็นรากฐานในการสร้างทฤษฎี เช่นการรักษาคำพูดหรือสัญญา นั่น แมคคီอาเวลลี ยอมรับว่าเป็นความดี แต่ความดีที่คนธรรมดานิยมกัน อาจเป็นอันตรายมากถ้าเจ้าชายต้องปฏิบัติตาม เพราะ เจ้าชายอยู่ในฐานะต่างจากคนธรรมดา การต้องรักษารัฐไว้อาจบังคับให้เจ้าชายต้องละเมิดกฎเกณฑ์ทางมนุษยธรรม ทางการกุศล ทางความจงรักภักดี และทางศาสนา ดังนั้นเจ้าชายต้องรู้จักทำตัวให้เป็นคนดีถ้าไม่มีปัญหาอะไร และต้องละทิ้งความดีทันที ที่สถานการณ์บังคับ เจ้าชายจึงไม่จำเป็นต้องมีความดีทุกประการแต่ต้องทำตัวเสมือนหนึ่งว่ามี ทั้งนี้ก็เพื่อสิ่งที่สำคัญที่สุดคือ เหตุผลของรัฐ เจ้าชายจึงมีลักษณะเป็นทั้งผู้นำและสถาบัน (institution – personne) เป็นการวางรากฐาน ในการแยกตัวบุคคลของเจ้าชาย ซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัว ออกจาก รัฐ ที่เป็นสถาบันที่เจ้าชายต้องรับผิดชอบ โดยผ่านแนวคิดทาง เหตุผลและความจำเป็นของรัฐ⁵⁵ รัฐตามแนวคิดของแมคคီอาเวลลี จึงเป็นการจัดสถาบันของอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคล โดยบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจแทนสถาบันที่เรียกว่ารัฐ และต้องใช้อำนาจเพื่อเหตุผลของรัฐ นั่นก็คือประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม

นอกจากแนวคิดของแมคคီอาเวลลีที่ทำให้รัฐเป็นสถาบันเจ้าของอำนาจ ที่แยกออกจากตัวบุคคลแล้ว นักปรัชญาอีกท่านหนึ่งที่ทำให้อำนาจที่เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ เป็นอำนาจสูงสุด โดยเรียกอำนาจสูงสุดที่เป็นของรัฐว่า อำนาจอธิปไตย

งานที่ยิ่งใหญ่ที่สุดของโบแดง คือเรื่อง สาธารณรัฐใน 6 บรรพ (six livres de la re publique) ซึ่งเขียนขึ้นเพื่อให้คำตอบแก่ปัญหาต่างๆ ที่ประเทศของเขาได้รับ อันมีสาเหตุมาจาก สงครามทางศาสนา อันไม่อาจยอมขอมกันได้ และปัญหาทางการเมือง ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและคนในบังคับ ทำให้เกิดความระส่ำระสาย ที่ไม่อาจขจัดให้หมดสิ้นไปได้ จึงต้องมีหลักการใหม่บางอย่างที่ต้องยอมรับร่วมกัน ซึ่งจะเป็นสิ่งที่จะนำมาซึ่งความมี

⁵⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 159

⁵⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 23 – 24.

เอกภาพ มาให้ในสถานการณ์ที่มีความลึกลับกันอยู่⁵⁶

ตามแนวความคิดของโบแดงนั้น อำนาจมีกำเนิดมาจากครอบครัว หรือมาจากบิดาหัวหน้าครอบครัว ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอันเกือบสมบูรณ์ ภายในวงครอบครัว บิดามีสิทธิกระทำเช่นนั้น เพราะว่าเหตุผลของเขายู่เหนือกว่าสมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัว ทั้งนี้ก็เพราะ บุตรหลานยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ และภรรยาก็เป็นเพียงสตรีมีอารมณ์และอ่อนไหวเกินกว่าที่จะได้รับมอบความรับผิดชอบที่แท้จริงใดๆ เมื่อเวลาล่วงไปครอบครัวทั้งหลายก็จะรวมเข้ากันเป็นสังคมการเมือง ด้วยจุดประสงค์ต่างๆ เช่นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ความฝึกฝนทางศาสนาและความต้องการได้รับความคุ้มครอง ซึ่งจำเป็นต้องมีความร่วมมือทางสังคมอันไม่อาจกระทำได้ในระดับครอบครัว และในบั้นปลายสมาคมเหล่านี้ ก็จะรวมกันตั้งเป็นรัฐขึ้น

โบแดง เปรียบรัฐเสมือนครอบครัวที่ใหญ่ที่สุดเข้ามารวมตัวกัน และไม่มีรัฐใดที่จะดีไปกว่าหน่วยครอบครัวที่ประกอบเป็นรัฐ ดังนั้นภายในรัฐจึงต้องมีอำนาจที่เด็ดขาดอันเปรียบเสมือนกับที่บิดามี ในฐานะที่เป็นประมุขของครอบครัว⁵⁷ โดยเรียกอำนาจนั้นว่าอำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร และแสดงออกโดยการตรากฎหมาย ยกเลิกกฎหมาย และแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่า อำนาจอธิปไตยจะแสดงออกทางกฎหมาย เพราะสิทธิส่วนอื่นๆ เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจในการตรากฎหมาย⁵⁸ และเป็นอำนาจที่รวมทุกๆ สิ่งไว้ด้วยกันเพราะสามารถอนุญาตให้บุคคลกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ก็ได้⁵⁹

ด้วยเหตุที่อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่แสดงออกทางกฎหมาย อำนาจอธิปไตย จึงไม่อาจถูกยับยั้งหรือจำกัดโดยกฎหมายใดๆ (Legibus Soluta) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าภายในเขตแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายหรือมีอำนาจบัญญัติกฎเกณฑ์ให้แก่ตนเองและประชาชนของตนปฏิบัติตามโดยไม่ต้องอยู่กับใครหรือกฎเกณฑ์ของผู้ใด⁶⁰ ทั้งนี้ก็เนื่อง

⁵⁶ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมือง, แปลโดย เสน่ห์ จามริก (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 261.

⁵⁷ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมือง, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, หน้า 262

⁵⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจาตุรนต์ ธีระวัฒน์, "อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ," วารนิตศาสตร์ 16 (ธันวาคม 2529) : 177.

⁵⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 160.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 161.

จาก ภายในรัฐต้องมีอำนาจที่สูงที่สุดเพียงอำนาจเดียวไม่สามารถมีอำนาจอื่นมีแข่งขัน ซึ่งเป็นสิ่งที่โบแดงคิดขึ้นเพราะต้องการให้สภาพความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดจากการรบพุ่งแย่งชิงความเป็นใหญ่อันเนื่องจากการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคลหมดสิ้นไป

อย่างไรก็ตามความสูงสุดของอำนาจอธิปไตยที่ไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายใดๆตามแนวคิดของโบแดงนั้น โบแดงไม่ได้ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสมบูรณ์สิ้นพัน! ราวศจากเงื่อนไขข้อแม้หรือไร้ขอบเขตใดๆ แต่การที่อำนาจอธิปไตยไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายใดๆหมายถึงไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นเท่านั้น แต่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมชาติ (jus naturale) และไม่สามารถออกมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักความยุติธรรม⁶¹ เพราะหากถือว่าผู้มีอำนาจเด็ดขาดคือผู้ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใดๆเลยนั้นย่อมหมายความว่า เราจะไม่พบ กษัตริย์ที่เป็นองค์อธิปัตย์ในพื้นที่พิภพเลย ด้วยเหตุว่า กษัตริย์ทุกพระองค์บนพื้นพิภพล้วนแล้วแต่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายศักดิ์สิทธิ์และกฎหมายธรรมชาติที่มีลักษณะเหมือนกันทุกชนชาติ⁶² อำนาจอธิปไตยจึงไม่ใช่จุดมุ่งหมายปลายทางในตัวของตัวเองแต่เป็นเพียงมรรคไปสู่ผลหรือเป็นเครื่องมือเพื่อทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่รัฐมีอยู่⁶³ อำนาจอธิปไตยจึงเป็นอำนาจที่โดยธรรมชาติแล้วติดมากับรัฐและเป็นพลังที่สร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาคมการเมือง ซึ่งจะผูกพันอยู่อย่างแน่นแฟ้นกับจิตสำนึกของสังคมในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ถ้าหากปราศจากพลังเช่นว่านี้ประชาคมการเมืองก็ต้องสลายลง⁶⁴ อำนาจอธิปไตยจึงเป็นสิ่งที่รัฐต้องมีอยู่เสมอขึ้นเพื่อนำพาจัดระเบียบสังคมให้ไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน

2.3.2 อำนาจที่เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐเป็นอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย

ในสังคมยุคก่อนกำเนิดรัฐในฐานะสถาบันที่เป็นเจ้าของอำนาจ อำนาจในการจัดระเบียบสังคม (อำนาจการเมือง)จะปะปนอยู่กับตัวบุคคลโดยขึ้นอยู่กับคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลนั้น การได้มาซึ่งอำนาจจะขึ้นอยู่กับความสามารถเฉพาะตัว ซึ่งเป็นผลให้ขาดอำนาจสูงสุดในการปกครองอย่างแท้จริง เพราะต่างคนต่างก็รบพุ่งชิงแย่งชิงความเป็นใหญ่เพื่อให้ได้มาซึ่ง

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 162.

⁶² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจาดรนต์ ธีระวัฒน์, "อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ",วารสารนิติศาสตร์, :177.

⁶³ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมือง, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, หน้า 262.

⁶⁴ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2536), หน้า 25.

อำนาจอยู่ตลอดเวลา อำนาจจะยิ่งใหญ่หรือสูงส่งเพียงใดนั้น จะขึ้นอยู่กับความสามารถหรือคุณสมบัติส่วนตัวของคุณคนเท่านั้น ไม่มีความแน่นอน

เมื่อคนในสังคมรู้สึกถึงผลร้ายในการที่อำนาจปะปนอยู่ที่ตัวบุคคล คนในสังคมจึงเกิดความประสงค์ร่วมกัน ที่เรียกว่าแนวคิดทางกฎหมาย โดยการจัดให้อำนาจแยกออกจากตัวบุคคล ไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ บุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจในนามรัฐแทนรัฐเท่านั้น อำนาจที่เป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ จะไม่แปรเปลี่ยนไปตามคุณสมบัติของตัวบุคคล เพราะบุคคลถือเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ ไม่ว่าจะบุคคลที่เป็นผู้ปกครองจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรแต่อำนาจนั้นก็ยังคงอยู่และจะคงอยู่ตลอดไปอย่างต่อเนื่องและถาวร

อำนาจในการจัดระเบียบสังคม(อำนาจการเมือง)ที่เป็นของรัฐจึงเป็นอำนาจสูงสุดหนึ่งเดียวภายในรัฐ ที่จะได้รับการยอมรับว่ามีความชอบธรรมจากคนในสังคมนั้นๆ โดยไม่สามารถมีอำนาจอื่นใดมาแข่งขันหรือท้าทายได้ ซึ่งเรียกอำนาจนี้ในลักษณะทางกฎหมายว่า อำนาจอธิปไตย เพราะถือเป็นอำนาจที่สูงที่สุดภายในรัฐในการออกหรือยกเลิกกฎหมายเพื่อวางกฎเกณฑ์นำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน

โดยนัยนี้ ในหลักกฎหมายมหาชนจึงถือว่ารัฐเป็นการจัดสถาบันของอำนาจการเมืองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย รัฐกับอำนาจอธิปไตยจึงเปรียบเสมือนเหรียญสองหน้ากล่าวคือ จะไม่มีรัฐถ้าไม่มีอำนาจอธิปไตย และจะไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยไม่มีรัฐ⁶⁵ เพราะรัฐเป็นสถาบันนามธรรมเจ้าของอำนาจที่มีความสูงสุดเพื่อนำพาจัดระเบียบสังคม วางกฎเกณฑ์ต่างๆในการปกครอง โดยบุคคลถือเป็นเพียงองค์กรผู้ใช้อำนาจแทนรัฐเท่านั้น

2.4 รัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยแทนรัฐ

อำนาจอธิปไตยเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐและถูกคิดขึ้นมาเพื่อให้เป็นอำนาจสูงสุดในการจัดระเบียบสังคมโดยมีบุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนรัฐในนามรัฐเท่านั้นและบุคคลผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐนี้จะเรียกว่ารัฐอธิปไตย

อย่างไรก็ตามบุคคลที่ควรเป็นรัฐอธิปไตยนี้ก็แตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัย ซึ่ง อาจเป็นบุคคลเพียงคนเดียว หรือเป็นประชาชนก็ได้ โดยรัฐอธิปไตยที่แตกต่างกันไปนี้จะก่อให้เกิดการปกครองในรูปแบบที่แตกต่างกัน

⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม1วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ , หน้า 40.

ในยุคที่ต้องการสร้างความเป็นปึกแผ่นให้แก่บ้านเมืองอันเกิดจากความเสื่อมโทรมที่อำนาจเป็นของตัวบุคคล ภายในระยะเวลาอันรวดเร็วนักปรัชญา ก็สร้างทฤษฎีขึ้นเพื่อสนับสนุนให้บุคคลเพียงคนเดียวเป็นรัฐาธิปัตย์ แต่หลังจากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับรัฐาธิปัตย์ก็เปลี่ยนแปลงไปเกิดแนวคิดให้ประชาชนเป็นรัฐาธิปัตย์อันเนื่องมาจากความเสื่อมของการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

2.4.1 ทฤษฎีที่สนับสนุนการใช้อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยแทนรัฐโดยบุคคลเพียงคนเดียว : กษัตริย์เป็นรัฐาธิปัตย์

1. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของโบแดง (1530 – 1596)

ตามทฤษฎีของโบแดง ภายในรัฐอาจมีผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐได้ 3 ประเภทโดยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแต่ละประเภทจะสะท้อนรูปแบบการปกครองที่แตกต่างกัน รูปแบบการปกครองที่แตกต่างกันไปคือ ราชาธิปไตย อภิชนาธิปไตย และประชาธิปไตย แต่โบแดงเห็นว่า การรวมศูนย์อำนาจในองค์การเดียวเท่านั้นที่อาจบังเกิดผลได้จริงจัง เพราะการให้อำนาจอธิปไตยถูกใช้โดยราษฎรจำนวนมากส่วนใหญ่ หรือโดยขุนนางกลุ่มเล็กๆ ย่อมจะบั่นทอนจุดประสงค์อันแท้จริงที่อำนาจอธิปไตยควรถูกใช้ เพราะจะมีความวุ่นเรในการใช้อำนาจ อำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของโบแดงจึงควรใช้โดยบุคคลเพียงคนเดียวคือพระมหากษัตริย์เท่านั้นเนื่องจากสามารถที่จะสถาปนาเอกภาพอันจำเป็นสำหรับรัฐที่มีระเบียบอันดี ทำให้การปกครองที่ดีเป็นไปได้⁶⁶ การที่โบแดงต้องการให้กษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย จะเห็นได้จากการที่ทำให้อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกไม่ได้ (indivisible) เนื่องจากโบแดงต้องการระบอบกษัตริย์ (ที่มีผู้ใช้อำนาจเพียงบุคคลเดียว) การให้อำนาจอธิปไตยโอนไม่ได้ (non de leguee) ก็เพื่อไม่ให้มีการเลือกตั้ง การให้อำนาจอธิปไตยถอนถอนไม่ได้ (irrevocable) โบแดงต้องการให้อำนาจนี้แก่กษัตริย์คนเดียวแล้วไม่มีใครเพิกถอนได้อีก การให้อำนาจนี้ถาวร (perpetuelle) โบแดงต้องการให้มีการสืบราชสมบัติ การให้อำนาจนี้ล้นพ้น (supreme) โบแดงเห็นว่าไม่มีอำนาจใดอีกที่จะเหนือกว่าอำนาจของกษัตริย์⁶⁷ เหตุผลสำคัญ สามประการที่โบแดงสนับสนุนให้กษัตริย์เป็นรัฐาธิปัตย์เนื่องจาก

⁶⁶ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, *ความคิดทางการเมือง จากเพลโต ถึงปัจจุบัน*, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, หน้า 264

⁶⁷ Marcel PRELOT, Georges LESCUYER, *Histoire des idees politiques*, 10 ed (Paris, Dalloz, 1990), p.347. อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*, หน้า 26.

1. ระบบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเป็นระบบที่สอดคล้องกับธรรมชาติมากที่สุด เนื่องจากกฎธรรมชาติทั้งหมดนำไปสู่ความมีอำนาจสูงสุดโดยบุคคลเพียงคนเดียว อาทิครอบครัวมีหัวหน้าแต่เพียงคนเดียว ท้องฟ้ามีพระอาทิตย์ดวงเดียว โลกมนุษย์มีพระเจ้าสูงสุดแต่พระองค์เดียว

2. ในทางทฤษฎีแล้ว อำนาจอธิปไตยอาจจะอยู่ที่มวลชน อยู่ที่คนกลุ่มน้อยหรืออยู่ที่คนๆเดียวได้ทั้งนั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วจะมีแต่ในการปกครองโดยกษัตริย์เท่านั้นที่อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเด็ดขาด แบ่งแยกไม่ได้ จะได้ว่าซึ่งองค์กรที่เหมาะสมมีฐานคำจูนที่แข็งแกร่งรวมตลอดถึงมีหลักประกันความถาวร หรือกล่าวได้ว่าอำนาจอธิปไตยจะดำรงอยู่ได้ก็แต่ในการปกครองโดยกษัตริย์เท่านั้น เพราะองค์อธิปัตย์ในรัฐจะมีได้ก็แต่เพียงหนึ่งเดียว ถ้ามี 2 หรือ 3 องค์อธิปัตย์จะไม่มีแม้แต่สักคนที่จะมีอำนาจสูงสุดได้อย่างแท้จริง

3. การปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด ให้หลักประกันที่สูงสุดในการเลือกเฟ้นคนเก่งคนดีให้เข้ามาช่วยในกิจการของรัฐ เพราะคนฉลาดและมีคุณธรรมจะมีอยู่เป็นจำนวนน้อยในทุกแห่งทุกหน จนกระทั่งบ่อยครั้งที่เดียวในหมู่คนจำนวนมาก คนกลุ่มที่บริสุทธิ์ที่สุดและดีที่สุดจะถูกบังคับให้ต้องสยบกับความโลภของสภาหรือของนักพูดที่ไร้ยางอาย แต่กษัตริย์องค์อธิปัตย์สามารถเข้าถึงคนกลุ่มนี้ดีที่สุด และมีจำนวนน้อยที่สุดได้และสามารถเลือกเน้นเอาแต่คนดี เฉลียวฉลาดและมีความรู้เข้าใจในกิจการของรัฐในขณะที่การปกครองโดยประชาชนหรือการปกครองโดยกลุ่มอภิชน ความจำเป็นบีบบังคับให้ต้องปรึกษาหารือคนดีและคนบ้าพร้อมๆกัน⁶⁸

นอกจากนั้น กษัตริย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ตามทัศนะของโบแดงนั้น ต้องเป็นกษัตริย์ที่เข้าสู่ตำแหน่งโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ได้ตำแหน่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายถือเป็นทรราชย์ ซึ่งไม่เพียงแต่จะไม่ได้รับการเชื่อฟังเท่านั้นแต่ยังอาจถูกโค่นหรือแม้แต่สังหารโดยไม่ต้องดำเนินวิธีการที่เป็นทางการเนื่องจากทรราชย์ไม่เคยมีอำนาจอธิปไตยอยู่แล้ว⁶⁹รัฐกษัตริย์จึงต้องเป็นรัฐกษัตริย์ที่ชอบธรรม ซึ่งหมายถึงรัฐที่ผู้อยู่ใต้ปกครองเคารพกฎหมายของกษัตริย์ และกษัตริย์เคารพธรรมชาติที่จรรโลงไว้ซึ่งเสรีภาพตามธรรมชาติและทรัพย์ของผู้อยู่ใต้ปกครอง⁷⁰

⁶⁸ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาศักย์, ทฤษฎีการเมืองสมัยใหม่, หน้า 30-31.

⁶⁹ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโต จนถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์จามริก, หน้า 266.

⁷⁰ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาศักย์, ทฤษฎีการเมืองสมัยใหม่, หน้า 31.

ผลของการที่กษัตริย์เพียงผู้เดียวเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยก่อให้เกิดการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งบุคคลเพียงคนเดียวจะเป็นรัฐาธิปัตย์ แต่การเข้าสู่การใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และการใช้อำนาจก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมชาติซึ่งได้แก่ความยุติธรรม โดยนัยนี้แสดงให้เห็นว่าอำนาจไม่ได้เป็นของส่วนตัวของกษัตริย์ กษัตริย์จึงไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะที่เป็นอำนาจสูงสุดส่วนตัวได้ แต่ต้องใช้อำนาจอธิปไตยให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม ทั้งนี้เพราะรากฐานของอำนาจไม่ใช่ของตัวบุคคลที่เป็นของกษัตริย์อีกต่อไป แต่รากฐานของอำนาจเปลี่ยนไปเป็นของรัฐ รัฐเท่านั้นที่เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจอธิปไตย กษัตริย์เป็นแต่เพียงรัฐาธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามรัฐเท่านั้น กษัตริย์จึงต้องใช้อำนาจแทนรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำรงอยู่ของรัฐนั้นคือประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม

2. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ โทมัส ฮอบส์ (Thomass Hobbes)

นอกจากโบแดงที่ เป็นผู้สนับสนุนให้กษัตริย์เป็นรัฐาธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐแล้ว นักปรัชญาอีกท่านหนึ่งที่เป็นผู้สนับสนุนให้กษัตริย์เป็นรัฐาธิปัตย์ อันก่อให้เกิดการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ได้แก่ โทมัส ฮอบส์ ในผลงานที่สำคัญคือ Leviathan

ตามแนวคิดของฮอบส์แล้วโดยธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนจะมีต้นเหตุอยู่ 3 อย่างคือ การแข่งขันกันเพราะอยากมีอยากได้ หรือไม่อยากมี ไม่อยากได้ (competition) ความกลัว (diffidence) และความอยากมีอำนาจได้เป็นใหญ่ (glory) ซึ่งต้นเหตุเหล่านี้จะก่อให้เกิดความวิวาทบาดหมางกันเป็นเหตุให้เกิดภาวะสงครามสำหรับทุกคน⁷¹ สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์จึงเป็นสภาวะสงคราม ซึ่งเป็นสิ่งที่โหดร้ายที่สุด ดังที่ฮอบส์ได้กล่าวไว้ว่า “ในสภาวะเช่นนั้นจะไม่มีที่สำหรับวิสาหกิจ เพราะว่ามีผลที่ได้ไม่แน่นอน และแล้วก็จะไม่มีวัฒนธรรมของโลก ไม่มีทั้งการเดินเรือ และการใช้สิ่งอุปโภค บริโภค ที่อาจนำเข้าสู่ทางทะเล ไม่มีสิ่งก่อสร้างอันให้ความสะดวกสบาย ไม่มีเครื่องมือเคลื่อนย้ายสิ่งต่างๆ ที่ต้องอาศัยกำลังมากมาย ไม่มีวิชาความรู้เกี่ยวกับผืนโลก ไม่มีการนับเวลา ไม่มีศิลปะ ไม่มีวรรณกรรม ไม่มีสังคม และที่ร้ายที่สุดคือมนุษย์จะมีความกลัวที่ไม่หยุดหย่อน และอันตรายของการตายอย่างรุนแรง ชีวิตของคนจะโดดเดี่ยว แร้นแค้น ทุกข์ยาก

⁷¹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, “โลกทัศน์ของฮอบส์,” ใน ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่, สมบัติ จันทวงศ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521), หน้า 103.

เหยียด และสั้น”⁷² สภาวะสงครามเช่นนี้จะทำให้มนุษย์ต่างมุ่งหน้าเข้าประหัตประหารกันเพื่อรักษาผลประโยชน์ที่มีอยู่เดิมและพยายามแสวงหาอำนาจอยู่ทุกขณะเพื่อเป็นเครื่องประกันว่าประโยชน์ที่มีอยู่จะไม่ถูกทำลายลงหรือถูกยึดเอาไป⁷³

อย่างไรก็ตาม แม้มนุษย์ในสภาวะตามธรรมชาติเป็นภาวะสงครามซึ่งเป็นสิ่งที่โหดร้าย แต่มนุษย์ก็ยังเป็นสัตว์ที่มีเหตุผลอยู่เพราะจุดมุ่งหมายที่สำคัญของมนุษย์ก็คือการสงวนรักษาชีวิตมนุษย์จึงเกิดความกลัวที่สำคัญคือ ความกลัวตาย⁷⁴.. ความกลัวตายนี้เองที่ทำให้มนุษย์ต้องการหลุดพ้นจากสภาวะธรรมชาติ มนุษย์จึงได้ทำสัญญาระหว่างกันเพื่ออยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมือง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หลุดพ้นจากสภาวะธรรมชาติที่น่าสะพรึงกลัวและสามารถอยู่รอดได้อย่างปลอดภัย

การอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมืองตามแนวคิดของฮอบส์จึงแตกต่างจากอริสโตเติล เนื่องจากตามแนวคิดของอริสโตเติลนั้น มนุษย์เป็นสัตว์สังคม สภาวะธรรมชาติของมนุษย์จึงเกิดมาเพื่อดำรงชีวิตร่วมกันเป็นสังคม สังคมการเมืองจึงเป็นสภาวะธรรมชาติ แต่สำหรับฮอบส์ สังคมการเมืองของมนุษย์เกิดขึ้นจากความขัดแย้งและความกลัวในสภาวะธรรมชาติและเพื่อให้หลุดพ้นจากสภาวะธรรมชาติมนุษย์จึงต้องตกลงร่วมกันเป็นสังคมการเมือง

อย่างไรก็ตามสัญญาที่มนุษย์ได้ตกลงกันที่จะอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมือง นั้น ฮอบส์เห็นว่า ยังไม่เพียงพอที่จะมั่นใจได้ว่า มนุษย์จะปฏิบัติตามสัญญานั้น เพราะ พันธะของคำพูดนั้นอ่อนแอเกินกว่าที่จะควบคุมความทะเยอทะยาน ความละโมภ โกรธ และอารมณ์อื่นๆของคน⁷⁵ ด้วยเหตุเช่นนี้ภายใต้พันธะสัญญาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีอำนาจบังคับที่เด็ดขาดเพื่อป้องกันมิให้มีการละเมิดสัญญาขึ้น และหนทางเดียวที่สามารถมีอำนาจเด็ดขาดคอยควบคุมมิให้มีการละเมิดสัญญาก็คือ มนุษย์แต่ละคนต้องตกลงกันยอมสละสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติแล้วมอบให้กับบุคคลหนึ่งเป็นผู้คุ้มครองทุกคนและเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครอง บุคคลผู้ที่มีอำนาจสูงสุดนั้นก็คือ

⁷² เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโต จนถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์จามริก, หน้า 278-279.

⁷³ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, “โลกทัศน์ของฮอบส์,” ใน ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่, สมบัติ จันทรวงศ์ บรรณาธิการ, หน้า 103.

⁷⁴ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโต จนถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์จามริก, หน้า 279.

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 280.

รัฐาธิปัตย์ และเรียกสัญญาที่ว่า Leviathan หัวใจสำคัญของสัญญาที่ตกลงกันระหว่างมนุษย์จึงอยู่ที่ ชีวิตและการอยู่รอดปลอดภัยมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด แม้แต่สิทธิเสรีภาพจะต้องเสียไปก็ต้องยอม และรัฐาธิปัตย์ที่ทุกคนยอมมอบสิทธิเสรีภาพให้มีอำนาจเหนือชีวิตและทรัพย์สินโดยปราศจากเงื่อนไขนั่นเองที่จะช่วยให้ทุกคนมีความสุขสมบูรณ์ได้⁷⁶..

การละสิทธิตามธรรมชาติของแต่ละคนจึงต้องเป็นไปโดยเด็ดขาด กล่าวคือเมื่อทำสัญญาละสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่รัฐาธิปัตย์ไปแล้ว ก็ไม่อาจทวงคืนได้ เนื่องจากรัฐาธิปัตย์ไม่ได้เป็นคู่สัญญาด้วยจึงไม่ต้องผูกมัดตามสัญญานั้น คนที่ทำสัญญาจึงต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐาธิปัตย์ที่ตนได้มอบอำนาจไป รัฐาธิปัตย์ผู้รับมอบอำนาจจากสัญญาที่มนุษย์ได้ตกลงกันนี้ จึงอยู่ในสถานะผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองและคุ้มครองปกป้องรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม การใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์จึงต้องตอบสนองจุดมุ่งหมายที่คนได้ทำสัญญากัน นั่นคือ ให้ความคุ้มครองความปลอดภัยแก่ผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งความปลอดภัยไม่ได้หมายถึง แต่เพียงการอารักขาชีวิตของผู้อยู่ใต้ปกครองให้พ้นจากภัยอันตรายต่างๆ เท่านั้น แต่ยังหมายถึง การให้ผู้อยู่ใต้ปกครองเสวยสุขจากชีวิตของตนได้อย่างชอบธรรมด้วย⁷⁷

อำนาจสูงสุดที่ใช้โดยรัฐาธิปัตย์ นี้เรียกว่าอำนาจอธิปไตย ซึ่งอำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของฮอบส์ ต้องเป็นอำนาจที่สูงสุดภายในรัฐ เด็ดขาดและแบ่งแยกไม่ได้ แสดงออกโดยการออกและยกเลิกกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของโบแดง แต่แตกต่างกันในประเด็น ของการออกกฎหมาย กล่าวคือตามแนวคิดของโบแดง กฎหมายที่ออกโดยรัฐาธิปัตย์ จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติหรือความยุติธรรม แต่สำหรับ ฮอบส์ โดยสมมติฐานแล้วไม่มีกฎหมายใดที่ออกโดย รัฐาธิปัตย์จะไม่ยุติธรรม กฎหมายอาจจะขัดกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายที่เลวได้และไม่จำเป็นได้ แต่ไม่สามารถไม่ยุติธรรมได้ เพราะสิ่งที่จะตัดสินได้ว่าอะไรจะยุติธรรมหรือไม่ก็ได้แก่ กฎหมายที่ออกโดยการใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์เพียงผู้เดียว⁷⁸ การใช้อำนาจของรัฐาธิปัตย์จึงมีความสูงสุด เด็ดขาดและทุกๆคนภายในรัฐ จำต้องปฏิบัติตามในทุกๆกรณี แม้แต่รัฐาธิปัตย์จะใช้อำนาจโดยปราศจากความยุติธรรมหรือเสียหายแก่ประชาชนจนเรียกว่าเป็นทรราชย์ แล้วประชาชนก็ไม่สามารถ เพิกถอนสัญญาที่ตนได้มอบอำนาจไปได้ เพราะถือว่าประชาชนเป็นผู้มอบอำนาจให้แก่รัฐาธิปัตย์ ด้วยตนเองจึงต้องรับผิดชอบ

⁷⁶ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, "โลกทัศน์ของฮอบส์," ใน ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่, สมบัติ จันทรวงศ์ บรรณาธิการ, หน้า 116.

⁷⁷ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, ทฤษฎีการเมืองสมัยใหม่, หน้า 43.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

ในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป ดังที่ฮอปส์ได้กล่าวว่า “เป็นความจริงว่ารัฐาธิปัตย์อาจกระทำการอันไม่เป็นธรรมได้ แต่ไม่ใช่ความอยุติธรรม หรือความเสียหายในความหมายที่ถูกต้อง การพิฆาตทรวาญเป็นสิ่งที่จะต้องห้าม ไม่ใช่เพราะถือว่าเป็นกบฏ (Lese majeste) หากเป็นเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นจะเท่ากับเป็นการลงโทษองค์อริปัตย์สำหรับอาชญากรรมที่ประชาชนมอบอำนาจให้กระทำได้ ที่ร้ายยิ่งกว่านั้นคือหากปราศจากรัฐาธิปัตย์ผู้มีอำนาจสูงสุดแล้ว คนเราก็จะหวนตกไปสู่สภาวะธรรมชาติกันอีก”⁷⁹ ซึ่งจะแตกต่างจากแนวคิดของ โบแดงที่เห็นว่า หากรัฐาธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกลายเป็นทรวาญ ประชาชนสามารถสังหารหรือถอดถอนเสียได้ เพราะถือว่าทรวาญไม่อาจเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐได้อยู่แล้ว

ตามแนวความคิดของฮอปส์เช่นนี้ก่อให้เกิดการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างสมบูรณ์ เพราะส่งเสริมให้มีการใช้อำนาจอธิปไตยโดยรัฐาธิปัตย์เพียงบุคคลเดียว โดยไม่อาจถอดถอนได้แม้เป็นทรวาญ และใช้อำนาจโดยไม่ยุติธรรม ทั้งนี้เพราะโลกทัศน์ของฮอปส์จำกัดอยู่ในช่วงที่มีสงครามการเมืองเกิดขึ้นในอังกฤษ ระหว่างปี ค.ศ.1642 – 1649 ซึ่งฮอปส์เชื่อว่า สงครามการเมืองในอังกฤษสมัยนั้นเกิดขึ้นเพราะความขัดแย้งกันระหว่างพวกบักลิ่งศาสนา กับพวกบักลิ่งการเมือง ชีวิตส่วนตัวของฮอปส์ที่ต้องหลบหนีภัยอันตรายจากพวกบักลิ่งศาสนาทำให้ฮอปส์ฝังใจว่ามนุษย์เรานี้มีความกลัวเป็นที่สุด ความรุนแรงการประหัตประหารกันในสงครามการเมืองทำให้ฮอปส์รู้สึกว่ทุกคนมีอันตรายเท่ากันไม่มีใครหลีกเลี่ยงได้ การที่พระเจ้าเฮนรี่ผู้ยิ่งใหญ่ถูกฆ่า ทำให้ฮอปส์เชื่อว่าโดยแท้จริงแล้วคนทั่วไปมีกำลังเท่าเทียมกันเพราะแม้แต่ผู้ที่ดีอย่างกำลังและอำนาจก็อาจใช้เครื่องมือฆ่าผู้มีอำนาจเหนือกว่าได้ สภาพการณ์ที่แวดล้อมทั้งหมดทำให้ฮอปส์เชื่อว่าธรรมชาติของมนุษย์นั้นเต็มไปด้วยกิเลส หยาบและภาวะตามธรรมชาติเป็นภาวะสงครามระหว่างทุกคน⁸⁰ ด้วยเหตุแห่งสภาวะแวดล้อมนี้เองฮอปส์จึงเสนอให้รัฐาธิปัตย์เป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐเพื่อให้ปราศจากซึ่งภาวะทางสงครามและรัฐาธิปัตย์นั้นแม้จะเป็นทรวาญก็ไม่อาจถูกถอดถอนได้ เพราะหากถูกถอดถอนออกได้ก็จะมีผู้ใดเป็นรัฐาธิปัตย์ที่มีอำนาจสูงสุดในการควบคุมสังคม คนในสังคมก็จะกลับสู่สภาวะธรรมชาติซึ่งมีแต่สงครามอันก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยตามมา

⁷⁹ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโต จนถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์จามริก, หน้า 284.

⁸⁰ ชัยอนันต์ สมุทวาณิช, “โลกทัศน์ของฮอปส์,” ใน ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่, สมบัติจันทร์วงศ์, บรรณาธิการ, หน้า 110.

จากแนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ โบแดงและฮอปส์จะสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมยุคดังกล่าวต้องการให้มีการจัดระเบียบสังคมโดยทำให้อำนาจที่เป็นของตัวบุคคลเคลื่อนไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐจึงทำให้อำนาจนั้นนั้นเป็นอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย โดยไม่มีอำนาจอื่นใดในสังคมมาแข่งขันหรือท้าทายได้ และยังทำให้อำนาจอธิปไตยนั้นถูกใช้โดยรัฐอธิปไตยเพียงบุคคลเพียงคนเดียว อันก่อให้เกิดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทั้งนี้ก็เพราะต้องการสร้างความเป็นปึกแผ่นให้กับบ้านเมืองในยุคที่เสื่อมโทรมและขาดความสงบเรียบร้อยจากการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคลอย่างรวดเร็ว

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าความเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองโดยตัวบุคคลเพียงคนเดียวนั้น จะมีพัฒนาการเริ่มมาตั้งแต่ในยุคที่ยังไม่มีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจ อำนาจสูงสุดดังกล่าวจึงเป็นของตัวบุคคล เกิดขึ้นจากการอาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลนั่นเอง แต่ความสูงสุดของอำนาจกรณีนี้ที่อำนาจเป็นของตัวบุคคลนี้ จะดำรงอยู่ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ไม่มีความแน่นอน การปกครองที่อำนาจเกิดจากคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลนี้ จึงมีลักษณะเป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทางสังคม เนื่องจากการเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองมีรากฐานมาจากตัวบุคคล เกิดจากคุณสมบัติส่วนตัวที่เก่งกล้าสามารถกว่าบุคคลอื่นใดในสังคม สังคมในลักษณะนี้ยังไม่มีความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างแท้จริง ครั้นต่อมาเมื่อคนในสังคมเริ่มมีแนวคิดทางกฎหมายเปลี่ยนไปโดยไม่ยอมรับให้อำนาจเป็นของส่วนตัวของบุคคลอีก จึงมีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจ ให้อำนาจเคลื่อนออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันนามธรรมที่เรียกว่ารัฐ รัฐเท่านั้นที่จะเป็นเจ้าของอำนาจได้ แต่เมื่อรัฐเป็นเพียงสิ่งนามธรรมที่ไม่อาจใช้อำนาจได้ด้วยตัวของมันเอง รัฐจึงจำเป็นต้องมีบุคคลเพื่อใช้อำนาจแทน โดยนัยนี้ หากภายในรัฐมีบุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ที่ใช้อำนาจแทน บุคคลเพียงคนเดียวนั้นเองที่เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐแทนรัฐ อำนาจที่เป็นของรัฐนี้จะเป็นอำนาจที่สูงสุดอย่างแท้จริง จะไม่แปรเปลี่ยนไปตามคุณสมบัติของตัวบุคคลที่ไม่มีความแน่นอน และอำนาจสูงสุดของรัฐนี้เองที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย

ดังนั้น เมื่อเกิดรัฐขึ้น รากฐานหรือที่มาของอำนาจจะอยู่ที่รัฐ บุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ ในนามรัฐเท่านั้น กรณีเช่นนี้จะแตกต่างกับ การที่บุคคลเพียงคนเดียวมีอำนาจสูงสุดในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่มีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจ เพราะในยุคที่ยังไม่มีการจัดสถาบันให้แก่อำนาจนั้น รากฐานหรือที่มาของอำนาจนั้นจะอยู่ที่คุณสมบัติส่วนตัวของบุคคล อำนาจจึงมีลักษณะเป็นของส่วนตัวมิใช่เป็นของรัฐ แต่เมื่อเกิดรัฐแล้วอำนาจที่เป็นของส่วนตัวของบุคคลจะเคลื่อนไปเป็นของรัฐแทน และเมื่อกำเนิดรัฐขึ้นการเข้าสู่การใช้อำนาจแทนของตัวบุคคลก็ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ตามกฎหมาย บุคคลผู้เข้าสู่การใช้อำนาจต้องมีคุณสมบัติตามกฎหมายที่กำหนดขึ้นมิใช่อาศัยความเก่งกล้าสามารถเฉพาะตัวบุคคลอีกต่อไป และเมื่อตามกฎหมายกำหนดให้

บุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ ก็ทำให้บุคคลนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยนั่นเอง โดยนัยนี้ จะเห็นได้ว่าการปกครองโดยบุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุด จะแปรเปลี่ยนไป จากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทางสังคม เป็นระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ตามกฎหมาย เพราะในยุคที่มีการจัดสถาบันของอำนาจแล้ว การเข้าสู่อำนาจเป็นผู้มีอำนาจต้องอาศัยกฎเกณฑ์ตามกฎหมายมิใช่อาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลอีกต่อไป และสิ่งที่เกิดขึ้นจากการจัดสถาบันของอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคล ไปเป็นของรัฐ โดยมีบุคคลเพียงคนเดียวเป็นรัฐอธิปัตย์หรือผู้ใช้อำนาจสูงสุดแทนรัฐ นี้ก็คือ รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นั่นเอง

อย่างไรก็ตามจากสภาพของสังคมการเมืองของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ที่การใช้ อำนาจอธิปไตยของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่คนเดียวหรือคณะเดียว ราษฎรจะไม่มีสิทธิเสรีภาพอันที่จะ กระทำการต่างๆ ทั้งนี้เพราะ อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจ เสื่อมลงอย่างถึงที่สุด(Power corrupts, absolute power corrupts absolutely)⁸¹ และการที่บุคคล เดี่ยวเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุด จนกลายเป็นผู้ใช้อำนาจอย่างสุดโต่งอย่างบ้าอำนาจนี้ จะนำมาซึ่ง ความขัดแย้ง กับกลุ่มต่างๆ ในสังคมไม่ช้าก็เร็ว จากปัญหาของสังคมจากทางต้นของ สมบูรณาญาสิทธิราชย์แบบสุดขั้ว จึงทำให้นักปรัชญาหาทางออกใหม่ให้กับสังคมและทางออกที่ ว่านั่นก็คือการเลือกให้ความสำคัญกับคุณค่าของมนุษย์แต่ละคนในฐานะปัจเจกชน (individualism) ที่ผู้มีอำนาจต้องยอมรับพร้อมๆ กับการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง⁸² ทำให้คนใน สังคมเกิดแนวคิดร่วมกันในการจัดระเบียบการใช้อำนาจใหม่โดยทำให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ แปรเปลี่ยนไปจากบุคคลเพียงคนเดียวเป็นประชาชนทั้งหมดเพื่อสะท้อนถึงควมมีอิสระของ ประชาชนที่ไม่มีใครสามารถมาละเมิดได้ จนก่อให้เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และ เป็นรัฐประชาธิปไตยตามมา

2.4.2 แนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจสูงสุดแทนรัฐโดยบุคคลเพียงคนเดียว : ประชาชนเป็นรัฐอธิปัตย์

1. แนวความคิดว่าด้วยสัญญาประชาคมของ John Locke (1632 – 1704)

⁸¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธ ศักราช 2540 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 62.

⁸² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมาย มหาชนยุคต่างๆ, หน้า 46.

ลึอกเป็นนักปรัชญาที่ได้ตั้งต้นความคิดของตนเกี่ยวกับธรรมชาติของมนุษย์ เช่นเดียวกับฮอปลั แต่สำหรับลึอกแล้ว แนวคิดเกี่ยวกับภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์จะมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ลึอกเชื่อว่าภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์นั้น ทุกคนต่างคนต่างอยู่ โดยแต่ละคนต่างมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์จึงมีแต่ความสงบสุข เต็มไปด้วยเสรีภาพและความเสมอภาค ในสภาวะตามธรรมชาติมนุษย์จึงมีแต่ความเท่าเทียมกัน ไม่มีใครมีอำนาจที่เหนือกว่าใคร ไม่มีใครทำร้ายใคร ทุกชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างผาสุกและมีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตอย่างเต็มที่

อย่างไรก็ตามการมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ของมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติไม่ได้หมายถึงว่ามนุษย์ทุกคนจะทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจ และสภาวะแห่งความเสมอภาคของมนุษย์ ไม่ได้ก่อให้เกิดภาวะสงครามระหว่างทุกคน เหมือนอย่างที่ฮอปลัได้วาดภาพเอาไว้ค่อนข้างแล้ว ทั้งนี้ก็เนื่องจากในสภาวะธรรมชาติมนุษย์จะรู้จักกฎหมายธรรมชาติ อันเป็นสิ่งที่สอนให้มนุษย์ รู้จักเคารพความเสมอภาคและเป็นอิสระต่อกันว่า แต่ละคนไม่ควรจะล่วงละเมิด ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของกันและกัน⁸³ ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ เมื่อสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิ่งที่เรียกได้ว่า มีความสงบสุขอย่างสมบูรณ์แล้วเพราะเหตุใดมนุษย์จึงต้องมาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมืองอีก

กรณีนี้ลึอกเห็นว่า แม้ในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์จะมีกฎแห่งธรรมชาติควบคุมอยู่แต่ในสภาวะธรรมชาตีย่อมมีข้อบกพร่อง ซึ่งลึอกกล่าวว่ามี ข้อบกพร่องอยู่ 3 ประการที่บังคับให้คนพิจารณาแก้ไขข้อบกพร่อง 3 ประการได้แก่

1. ไม่มีกฎหมายที่ตกลงยอมรับและเป็นสิ่งที่รู้กัน เพราะคนส่วนใหญ่จะตกอยู่ใต้อิทธิพลของผลประโยชน์ส่วนตัว
2. สภาวะตามธรรมชาติ ขาดตุลาการที่รู้กันแน่นอนและเที่ยงธรรม ที่จะระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นภายใต้กฎแห่งธรรมชาติ เนื่องจากแต่ละคนเป็นผู้วินิจฉัยซึ่งต่างคนต่างก็มักจะเห็นส่วนดีของฝ่ายตนมากเกินไป จนไม่ใส่ใจกับความยุติธรรมสำหรับผู้อื่น

⁸³ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 196.

3. ในสภาวะธรรมชาติ ไม่มีอำนาจบริหารที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำตัดสิน
ต่างๆ เพราะทุกคนต่างเท่าเทียมกัน⁸⁴

ด้วยภาวะในการขาดสภาพบังคับที่แน่นอนอันเนื่องมาจาก ความเท่าเทียมและความ
เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวของมนุษย์นี้เอง จึงทำให้มนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม เพื่อแก้ไขปรับปรุง
ภาวะธรรมชาติให้ดีขึ้น มนุษย์จึงเข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมืองก็เนื่องจากต้องการมีชีวิตที่ดี
กว่า ไม่ใช่เพราะมนุษย์ไม่สามารถทนทานสภาวะตามธรรมชาติอันมีแต่ความทารุณโหดร้าย
เหมือนอย่างแนวคิดของฮอบส์

เพื่อเป็นการแก้ไขปรับปรุงภาวะตามธรรมชาติให้ดีขึ้น มนุษย์จึงรวมกลุ่มกันเป็นสังคม
โดยการเข้าทำสัญญากันระหว่างมนุษย์เพื่อจัดตั้งรัฐบาลขึ้นทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่ง
ลึอก เรียกว่าสัญญาประชาคม

การเข้าทำสัญญากันระหว่างมนุษย์ตามแนวคิดของลึอก ในรูปของสัญญาประชาคม
เพื่อจัดตั้งรัฐบาลจึงมีขึ้นเพื่อ เพิ่มพูน ประกัน เสรีภาพ และรักษาสิทธิตามธรรมชาติไว้เพราะ ใน
สภาวะธรรมชาติไม่มีอำนาจร่วมที่คอยคุ้มครองปกป้องสิทธิให้คงอยู่ถาวรตลอดไปแต่ไม่ได้หมายความว่า
ความว่า มนุษย์ได้หนีจากสภาวะสงครามเข้าสู่ประชาคมใหม่อย่างทีฮอบส์เข้าใจ แต่มนุษย์เลือก
เข้าสู่สังคมการเมืองใหม่โดยร่วมกันทำพันธสัญญาต่อกัน เพื่อชีวิตที่สะดวกสบายกว่า⁸⁵สัญญา
ประชาคมในความหมายของลึอก จึงไม่ใช่การตกลงกันโอนสิทธิและอำนาจทั้งปวงของตนให้แก่ผู้
ปกครอง เหมือนเช่นของฮอบส์ แต่เป็นเพียงการโอนอำนาจบังคับการตามกฎหมายธรรมชาติ ให้
แก่รัฐบาล ผู้ปกครองเท่านั้น เป้าหมายหลักที่มนุษย์เข้าทำสัญญาประชาคมและอยู่ภายใต้บังคับ
ของรัฐบาล ก็คือการดำรงไว้ซึ่ง สิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน ซึ่งเรียกรวมได้ว่าความดีงามร่วม
กัน (The common good) และเมื่อใดที่ผู้ปกครองหรือรัฐบาลใช้อำนาจละเมิดสิ่งเหล่านี้ก็ถือได้
ว่าผิดสัญญา⁸⁶

จะเห็นได้ว่าตามความคิดเห็นของลึอก จะมีสองพันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้น(ใน
ขณะที่ฮอบส์มองว่ามีเพียงสัญญาเดี่ยวนั้น) พันธสัญญาแรกเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกัน

⁸⁴ เอ็ม.เจ.ฮาร์มอน. เขียน เสน่ห์ จามริก แปล, ความคิดทางการเมืองจากเพลโต จนถึง
ปัจจุบัน, หน้า 308

⁸⁵ สุรินทร์ พิศสุวรรณ, "สิทธิ : บทวิเคราะห์ความคิดทางการเมืองของ จอห์น ลึอก" ใน,
ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่. สมบัติ จันทรวงศ์ บรรณาธิการ, หน้า 128.

⁸⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 197

เองเพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเองและเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน ในกรณีดังกล่าวตรงกับแนวคิดของฮอปส์ ส่วนพันธสัญญาที่สองนั้น เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐ ในกรณีดังกล่าวเป็นจุดแตกต่างกับฮอปส์ กล่าวคือ ฮอปส์ไม่ได้มองว่าการที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐไปนั้นเป็นการที่ประชาชนเข้าทำพันธสัญญากับรัฐแต่เป็นกรณีที่ประชาชนนั้นต้องหากคนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าว รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมติขึ้นเพื่อใช้อำนาจดังกล่าว โดยมีตัวแทนที่เรียกว่ารัฐาธิปไตย ซึ่งเป็นการส่งเสริมระบบสวามิภักดิ์ รัฐจึงมิใช่คู่พันธสัญญา เพราะรัฐมีอำนาจเหนือกว่าทุกคนในสังคม ส่วนล๊อคคั้นมองว่ามีพันธสัญญาที่สองเนื่องจากพันธสัญญาแรกจะบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อประชาชนในประชาคมต้องยินยอมรับสภาพการปกครอง และเพื่อให้การยินยอมดังกล่าวไปได้ด้วยดี จึงต้องมีการควบคุมอำนาจของรัฐโดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐนั้นจะต้องเคารพกฎหมายที่ตราออกมา ถ้ารัฐละเมิดกฎหมายประชาชนมีสิทธิแข็งขันรัฐได้ ตรงจุดนี้เองที่สะท้อนให้เห็นว่าเป็นพันธสัญญาที่สองที่ประชาชนทำกับรัฐนั้นไม่ได้อยู่เหนือประชาชนเลย รัฐเข้ามาเป็นคู่พันธสัญญากับประชาชนนั่นเอง พันธสัญญาดังกล่าวจึงเป็นพันธสัญญาสหภาพ(Pactum Unionis)⁸⁷

และสิ่งสำคัญที่สุดตามแนวคิดของล๊อค ในการที่มนุษย์เข้าทำสัญญาประชาคมก็คือ การประสงค์ที่จะจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและต้องการที่จะดำรงไว้ซึ่งเสรีภาพของประชาชน มิให้ใครมากดขี่ข่มเหง อันเป็นผลมาจากปรากฏการณ์ของการใช้อำนาจอย่างสุดขั้วในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเพื่อเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้กระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ล๊อคจึงไม่สนับสนุนให้บุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครอง โดยการเสนอหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจเพื่อจำกัดการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจของบุคคลเพียงคนเดียว และใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ของประชาชนแทน

1 การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ

ตามแนวคิดของล๊อคการใช้อำนาจแบ่งออกได้เป็น การออกกฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) การใช้อำนาจโดยฝ่ายบริหารและโดยฝ่ายยุติธรรม (อำนาจบริหาร) และการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (อำนาจสมพันธ์) โดยการใช้อำนาวดังกล่าวต้องไม่มอบหมายให้กับกลุ่มบุคคลเดียวกันหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ กล่าวคือต้องแยกผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมาย(อำนาจนิติบัญญัติ)ออกจากผู้ใช้อำนาจในการบังคับการตามกฎหมาย(อำนาจบริหาร)

⁸⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย," (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

โดยเด็ดขาดเนื่องจากหากอำนาจทั้ง 2 อย่างนี้ปะปนอยู่ที่องค์กรเดียวกันจะทำให้การออกกฎหมายอาจเป็นไปได้โดยขัดต่อประโยชน์ส่วนรวมเพราะผู้ออกกฎหมายอาจออกกฎหมายมาเพื่อบังคับใช้กฎหมายให้เป็นประโยชน์เฉพาะตัวแต่ฝ่ายเดียว แต่สำหรับการใช้อำนาจบังคับการตามกฎหมายนั้นสามารถรวมกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้

2. การใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ของประชาชน

ตามแนวคิดของลอร์ด อำนาจออกกฎหมายหรืออำนาจนิติบัญญัติภายใต้หลักสัญญาประชาคมย่อมมีที่มาจากประชาชน โดยแสดงออกผ่านทางผู้แทน หรือประชาชนมอบอำนาจให้สภาผู้แทนเป็นผู้ใช้อำนาจแทน อำนาจนิติบัญญัติจึงมีที่มาจากประชาชนหรือได้รับมอบมาจากประชาชน ตัวแทนผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงมีข้อจำกัดในการใช้อำนาจคือ

1. ไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ
2. ต้องใช้อำนาจเพื่อมุ่งต่อประโยชน์ของสังคม
3. ไม่อาจใช้อำนาจริดรอนทรัพย์สินของบุคคลใดโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น
4. ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติไม่อาจสละอำนาจในการจัดทำกฎหมายให้แก่องค์กรหรือบุคคลอื่นได้ เพราะว่าเฉพาะประชาชนเท่านั้นที่มีสิทธิมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติ โดยนัยนี้ องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นถือเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดแต่ก็สูงสุดอย่างไม่เด็ดขาด เพราะไม่มีทางอยู่เหนือกว่าประชาชนซึ่งก่อตั้งอำนาจนิติบัญญัติขึ้นมา

สำหรับการใช้อำนาจในการบังคับการตามกฎหมาย (อำนาจบริหาร) ก็ควรถูกใช้โดยสมาชิกในสังคมจำนวนหนึ่งที่มีจำนวนจำกัดโดยเปรียบองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารเสมือนตัวแทนขององค์กรนิติบัญญัติในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ทั้งผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและผู้ใช้อำนาจบริหาร ซึ่งต้องแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดนั้น ต่างก็ได้รับมอบอำนาจมาจากพันธะสัญญาที่ประชาชนได้ทำขึ้น องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสองจึงต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการที่คนในสังคมได้ทำสัญญาประชาคมขึ้นนั่นคือ การธำรงไว้ซึ่งสิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน หากผู้ใช้อำนาจซึ่งถือเป็นตัวแทนของประชาชนใช้อำนาจโดยละเมิดวัตถุประสงค์ของสัญญาประชาคมแล้ว ประชาชนสามารถเรียกอำนาจกลับคืนหรือมีสิทธิในการปฏิวัตินั้นเอง

การเรียกอำนาจกลับคืนมานี้ เป็นสิทธิอันชอบธรรมของประชาชน แต่การใช้สิทธินี้ ต้องไม่เป็นไปเพื่อสนองความปรารถนาชั่วคราวของประชาชน แต่ต้องเป็นไปเพื่อปกป้องระบบที่มีอยู่ หรือเพื่อจัดตั้งขึ้นมาใหม่ ซึ่งหมายความว่า การใช้สิทธิในการลุกขึ้นต่อต้านอำนาจ ต้องใช้ด้วยความสุจริต และประนีประนอมกัน และเมื่อประชาชนมีสิทธิในการต่อต้านอำนาจแล้วก็จะทำให้ผู้ปกครองต้องไตร่ตรองให้ดีก่อนที่จะทำอะไรลงไป

ดังนั้น แม้ตามแนวคิดของล๊อคจะไม่ได้อำนาจไปจนถึงแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่จะเห็นได้ว่าแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมของ ล๊อคเป็นสิ่งที่ใช้จำกัดการใช้ อำนาจของผู้ปกครอง โดยถือว่าผู้มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงได้แก่ประชาชน โดยนัยนี้ รัฐอธิปไตยผู้ใช้ อำนาจสูงสุดที่แท้จริงตามแนวคิดของล๊อค ก็คือประชาชน แต่ประชาชนจะไม่ได้เป็นรัฐบาลผู้ใช้ อำนาจด้วยตนเอง แต่จะมอบให้ตัวแทนอีกชั้นหนึ่งอันได้แก่รัฐบาล ซึ่งรัฐบาลที่อยู่ในฐานะตัวแทน ผู้ได้รับมอบอำนาจจากประชาชนในการใช้อำนาจ จะต้องใช้อำนาจภายใต้การควบคุมของประชาชน หรือภายในกรอบที่ประชาชนได้วางเอาไว้ และกรอบที่ประชาชนได้วางเอาไว้ในการจัดระเบียบ สังคมนี จะแสดงออกในรูปแบบการทำสัญญาประชาคมนั้นก็คือการร่างไว้ซึ่งสิทธิ เสรีภาพ และ ทรัพย์สินของประชาชน

นอกจากล๊อคแล้วก็มีนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงอีกท่านหนึ่ง คือ รูสโซที่มีแนวความคิดในการจำกัดการใช้ อำนาจโดยบุคคลเพียงคนเดียวอันเป็นการปฏิเสธการปกครองในระบบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยเป็นผู้นำแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาประชาคมมาขยายจนก่อให้เกิด ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

2. แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ของรูสโซ (1712-1778)

รูสโซ (Jean Jacque Rousseau) เป็นนักปรัชญาที่เน้นแนวความคิดในเรื่องสัญญาประชาคม เพื่อเป็นการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคและความเป็นธรรม และจำกัดการใช้ อำนาจแบบอำนาจอธิปไตยในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สืบต่อจากล๊อค

รูสโซ เริ่มต้นแนวคิดในเรื่องสัญญาประชาคมโดยกล่าวถึง สภาวะธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเห็นว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมามีเสรีภาพอย่างเต็มที่ และทุกๆคนต่างคนต่างอยู่ โดยไม่มีใครมี อำนาจเหนือใคร จนกระทั่งถึงเวลาที่สถานการณ์บังคับให้แต่ละคนจำต้องเลิกความเป็นอยู่ตาม ธรรมชาติ มนุษย์ทุกคนจึงมารวมตัวกันโดยการก่อตั้งสังคมใหม่ ให้หลุดพ้นจากสภาวะธรรมชาติ เพื่อต้องการให้มีหลักประกันที่แน่นอนในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของตน

ด้วยเหตุนี้ สมาชิกทุกคนในสังคมจึงสมัครใจทำความตกลงร่วมกันทำสัญญาประชาคม โดยสมาชิกแต่ละคนยอมสละสิทธิของตนทั้งหมดให้แก่สังคมแล้วมอบทั้งร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมีอยู่เข้าอยู่ใต้การบังคับบัญชาของเจตจำนงทั่วไป (Volonte generale , General will) ⁸⁸

เมื่อสมาชิกแต่ละคนได้ทำสิ่งที่เรียกว่าสัญญาประชาคมโดยการสละสิทธิทั้งหมดที่พึงมีเข้าอยู่ใต้การบังคับบัญชาของเจตจำนงทั่วไป จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการสละสิทธิให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ จึงไม่มีใครได้หรือเสียประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว ผู้ร่วมสัญญาทั้งหมดก็จะกลายเป็นบุคคลร่วมที่มีความรับผิดชอบ มีเอกภาพ มีวิญญาณ มีชีวิตและมี เจตจำนงเป็นของตนเอง⁸⁹ และเมื่อไม่มีสมาชิกในสังคมผู้ใดต้องสูญเสียสิทธิเสรีภาพ ที่แต่ละคนพึงมีอยู่ตามธรรมชาติไปให้แก่ผู้ใด ทุกคนจึงอยู่ในสถานะที่มีความเท่าเทียมกัน ไม่มีใครมีอำนาจเหนือบุคคลอื่น แต่ละคนมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดิมแต่จะมีหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพที่ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม

จะเห็นได้ว่าการทำสัญญาประชาคมของมนุษย์แต่ละคนก็เพื่อสละสิทธิทั้งหมดของตนแล้วเข้าอยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไป (general will) เจตจำนงทั่วไปจึงถือเป็นสิ่งสูงสุด และสนองความต้องการต่อประโยชน์ส่วนรวมเสมอ และเจตจำนงทั่วไปซึ่งมาจากสัญญาประชาคมนี้เองที่เป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย⁹⁰ และเมื่ออำนาจอธิปไตยมีที่มาจากเจตจำนงทั่วไปอันเกิดจากสัญญาประชาคมที่สมาชิกในสังคมทุกคนได้ก่อให้เกิดขึ้น และไม่สามารถแบ่งแยกหรือโอนไปให้ใครได้ ประชาชนจึงถือเป็นรัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อแสดงออกถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกันด้วยตัวของประชาชนเอง

และเพื่อทำให้เกิดเจตนารมณ์ร่วมกันจริงๆของประชาชน รุสโซจึงปฏิเสธการโอนเจตนารมณ์ร่วมกันที่ประชาชนแต่ละคนแสดงออกไปให้กับผู้แทน โดยนัยนี้ผู้แทนตามแนวคิดของรุสโซจึงเป็นเพียงกรรมการ (commissaires) ที่ประชาชนตั้งขึ้นเท่านั้น การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนจึงต้องไม่มีองค์กรใดมาคั่นกลางระหว่างการแสดงเจตนารมณ์โดยปวงชนโดยตรงกับเจตนารมณ์ที่แสดงออก ดังนั้นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยตรงโดยประชาชน (democratie directe) เท่านั้นที่รุสโซต้องการ การออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วม

⁸⁸ จัง จ้ากส์ รุสโซ, สัญญาประชาคม, แปลโดย จินดา จินตนะเสรี (กรุงเทพฯ : ศิริพรการพิมพ์, 2522), หน้า 47-48.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

กันของรัสเซีย จึงมีได้เพียง สองวิธีคือ ประชาชนออกเอง หรือมีผู้เสนอแล้วให้ประชาชนออกเสียง เป็นประชามติ (referendum)⁹¹

จากแนวความคิดของรัสเซีย จะเห็นได้ว่ารัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยได้แก่ประชาชน และประชาชนก็จะเป็นรัฐบาลผู้ใช้อำนาจด้วยตนเอง ดังจะเห็นจากความประสงค์ที่ไม่ต้องการให้มี องค์กรใดมาคั่นกลางในการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนและการใช้อำนาจบัญญัติ กฎหมายมีได้เพียง 2 วิธีคือประชาชนออกเองหรือมีผู้เสนอแล้วให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ซึ่งเป็นการเน้นที่องค์กรซึ่งได้แก่ประชาชนทุกคนเป็นหลัก ซึ่งจะแตกต่างจากแนวคิดของลัทธิ ที่ประชาชนจะมอบอำนาจให้รัฐบาลเป็นผู้แทนในการใช้อำนาจภายใต้กรอบที่ประชาชนได้กำหนด ไว้ รัฐบาลซึ่งถือเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจที่รับมอบมาจากประชาชนสามารถออกกฎหมายใช้บังคับได้ เอง แต่จุดมุ่งหมายสำคัญที่เห็นได้จากแนวความคิดของทั้ง ลัทธิและรัสเซียที่สอดคล้องกันนั้นคือ การปฏิเสธการใช้อำนาจโดยบุคคลเพียงคนเดียวในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

3. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของซีเยส (1748 – 1836)

แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของซีเยส เป็นแนวคิดที่มีขึ้นเพื่อ ปฏิเสธทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรัสเซีย กล่าวคือในขณะที่รัสเซียเน้นถึง เจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตยประชาชนทุกคนจึงถือเป็น รัฐอธิปไตย และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยด้วยตนเอง ระบบรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของในการใช้อำนาจ จึงไม่ได้รับการยอมรับจากรัสเซีย แต่ตามแนวความคิดของซีเยส แล้ว ซีเยสจะปฏิเสธเจตนารมณ์ ร่วมกันของปวงชนโดยถือว่า การที่ประชาชนมาร่วมกันถือว่าเป็นชาติ ซึ่งถ้าหากแยกประชาชนแต่ ละคนออกไปแล้วก็จะไม่มีอะไรเลย แต่การที่ประชาชนทุกคนมารวมกันเป็นชาติก็ย่อมเป็นทุกสิ่ง ทุกอย่าง⁹²ชาติจึงเป็นสภาพความเป็นจริงที่อยู่เหนือราษฏรที่มีชีวิตอยู่ในช่วงเวลาหนึ่งๆ มีชีวิตจิตใจ

⁹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 50.

⁹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 54

ใจและดำรงอยู่คงทนกว่าราษฎร ในแต่ละยุคสมัยถือเป็นความต่อเนื่องของราษฎรในสังคมและแสดงออกถึงความเป็นปึกแผ่นของราษฎร⁹³

ดังนั้น เจตจำนงทั่วไปซึ่งเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของปวงชนตามแนวคิดของรุสโซ จึงใช้ไม่ได้ในความเป็นจริงแต่ควรถือว่า เจตนารมณ์ของชาติ เท่านั้นที่เป็นที่มาของทุกสิ่งทุกอย่างในสังคมและเจตนารมณ์ของชาตินี้จะแสดงออกได้ก็แต่โดย ชาติ ผ่านทางผู้แทนของชาติ และผู้แทนของชาตินั้นจะถูกเลือกมาจากประชาชนในรูปของ สมาชิกผู้แทนที่มีจำนวนเป็นสัดส่วนกับจำนวนประชาชนทั้งหมดภายในชาติ อำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของซีเยสจึงเป็นของชาติ

โดยนัยนี้ผู้แทนตามแนวคิดของซีเยสจึงไม่ใช่ผู้แทนราษฎรที่เลือกแต่เป็นผู้แทนของชาติ จึงเป็นอิสระไม่ถูกผูกมัดโดยสัญญาใดๆกับประชาชนผู้เลือก แต่มีอิสระที่จะทำแทนชาติได้เต็มที่⁹⁴ การที่ซีเยสถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาตินี้ จะแสดงให้เห็นถึงความเป็นสถาบันของรัฐได้อย่างเด่นชัดขึ้นเพราะเป็นการปฏิเสธว่าอำนาจอธิปไตยไม่ใช่ของบุคคลอีกต่อไป แต่เป็นของรัฐ เพราะ รัฐก็คือสภาพนิติบุคคลของชาตินั้นเอง⁹⁵ บุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐในนามรัฐเท่านั้น ซึ่งตามทฤษฎีของซีเยส รัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอำนาจอธิปไตยแทนรัฐก็ได้แก่ชาติ โดยผ่านทางผู้แทนของชาติที่มาจาก การเลือกตั้งโดยประชาชนทั้งหมด จุดแตกต่างที่เห็นได้จากแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรุสโซ และแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของซีเยส ก็คือตามแนวคิดของรุสโซรัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจะได้แก่ประชาชนทั้งหมด โดยรุสโซจะปฏิเสธระบบการมีผู้แทน จึงถือได้ว่าประชาชนเป็นทั้งรัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการวางกรอบว่าจะจัดระเบียบสังคมอย่างไรและเป็นรัฐบาลดำเนินการใช้อำนาจในการปกครองเพื่อให้เกิดความผาสุกด้วยตนเอง แต่ตามแนวคิดของซีเยสแล้ว ชาติที่ประกอบด้วยประชาชนทั้งหมดจะเป็นรัฐอธิปไตย ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการวางกรอบว่าจะจัดระเบียบสังคมอย่างไรซึ่งซีเยสเรียกว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจสูงสุดไม่อยู่ภายใต้ข้อผูกพันโดยกฎเกณฑ์ใดๆมีขึ้นเพื่อสร้างรัฐธรรมนูญสำหรับก่อตั้งองค์กรการเมืองขึ้นปกครองประเทศนั้น แต่ชาติจะไม่ได้เป็นผู้ใช้อำนาจด้วยตนเองแต่จะมอบอำนาจ

⁹³ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 12.

⁹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 54.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

ไปยังผู้แทนของชาติซึ่งซีเอสเรียกว่าอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitue) ซึ่งเป็นอำนาจที่จำกัดภายใต้ขอบเขตของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

ผลประการสำคัญที่แตกต่างกันระหว่างแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมี 2 ประการคือ

1. ตามแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนจะเป็นรัฐอธิปไตย ผู้ใช้อำนาจเอง รัฐบาลหรือผู้แทนเป็นเพียงกรรมการเท่านั้น ดังนั้นการที่ผู้แทนหรือรัฐบาลผู้ใช้อำนาจในการปกครองจึงเป็นไปในลักษณะที่ผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อาณัติของราษฎร แต่ตามแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เมื่อถือว่าชาติได้มอบอำนาจให้แก่ผู้แทนแล้ว ผู้แทนจึงไม่ได้เป็นเฉพาะตัวแทนของประชาชนเพียงบางกลุ่มภายในเขตเลือกตั้งเท่านั้น แต่ผู้แทนเปรียบเสมือนผู้แทนของชาติและจะไม่อยู่ภายใต้อาณัติของประชาชนแต่ละคน แต่การใช้อำนาจก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้กรอบอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้วางเอาไว้ จะใช้อำนาจฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวมิได้

ดังนั้น ตามแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรัสเซีย เมื่อถือว่ารัฐบาลหรือผู้แทนเป็นเพียง กรรมการแล้วการออกกฎหมายใดก็ตามจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงสิทธิอำนาจอธิปไตยเสียก่อน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายทุกฉบับจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการออกเสียงลงประชามติ ดังที่รัสเซียได้กล่าวไว้ว่า โดยทุกกรณี กฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากบรรดาสมาชิกรัฐสภาแล้วจะต้องได้รับการลงประชามติอีก กฎหมายฉบับใดที่ไม่ผ่านการยอมรับจากประชาชนก็ถือว่ากฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับ จึงกล่าวได้ว่ารัสเซียสนับสนุน การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรง แต่ตามแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ถือว่าเมื่อประชาชนได้มอบอำนาจผ่านทางผู้แทนแล้ว ประชาชนจึงไม่มีสิทธิใดๆ เลยที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจ จึงไม่มีสิทธิในการออกกฎหมาย ประชาชนแต่ละคนนั้นมีสิทธิเพียงเลือกตั้งตัวแทนของตนเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยในนามของชาติเท่านั้น ผู้แทนที่ได้รับเลือกเข้าไปจึงเป็นผู้แทนของชาติไม่ใช่ผู้แทนของประชาชน และผู้แทนดังกล่าวก็เป็นอิสระจากอำนาจของประชาชน และมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะกระทำการใดๆ ในนามของรัฐ แนวคิดดังกล่าวจึงสนับสนุนระบอบประชาธิปไตยโดยทางอ้อม⁹⁶

⁹⁶ เกரியงไกร เจริญธนาวัฒน์, แนวความคิดอำนาจอธิปไตยของฝรั่งเศส, <http://www.pub-law.net/artical>

2. ตามแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนทั้งหมดจึงถือเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นรัฐบาลผู้ปกครองด้วยตนเอง ดังนั้นการเลือกผู้แทนจึงเป็นสิทธิของประชาชนที่จะเลือกหรือไม่ก็ได้ โดยไม่สามารถมีใครมาจำกัดสิทธินั้น แต่ตามแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ชาติอันมีที่มาจากประชาชนทั้งหมดจะเป็นเพียงรัฐอธิปไตยผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแต่จะมอบการใช้อำนาจนั้นให้ผู้แทนใช้อำนาจแทน ดังนั้นประชาชนจึงต้องมีหน้าที่ในการเลือกตั้งผู้แทน เพราะตามแนวคิดของซีเยส ต้องมีผู้แทนที่รับมอบอำนาจจากชาติเพื่อดำเนินการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาในการดำเนินการจัดการปกครองประเทศเพื่อให้เกิดความผาสุกร่วมกัน

และเมื่อแนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ที่การเลือกตั้งถือเป็นสิทธิของประชาชนแล้วประชาชนทุกคนจึงมีสิทธิลงคะแนนเสียง การเลือกตั้งจึงต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป การตัดสิทธิผู้ใดผู้หนึ่งไม่ให้ใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเพราะเหตุเนื่องจากพื้นเพ แหล่งกำเนิด ความยากดี มีจน หรือการศึกษาอบรมย่อมนำไม่ได้ แต่ตามแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ถือว่าการเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของประชาชนในการทำเพื่อชาติแล้วชาติก็จะเป็นผู้กำหนดคัดเลือกว่าประชาชนคนใดมีความสามารถเพียงพอที่จะทำหน้าที่ดังกล่าว การเลือกตั้งตามแนวคิดนี้ จึงมีลักษณะเป็นการสงวนไว้สำหรับผู้มีคุณสมบัติเฉพาะ⁹⁷

4. แนวความคิดในการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

มงเตสกีเออ(Montesquieu) เป็นนักปรัชญาอีกท่านหนึ่งที่มีแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยโดยบุคคลเพียงคนเดียว เพราะการใช้อำนาจโดยบุคคลเพียงคนเดียวจะทำให้บุคคลใช้อำนาจ ใช้อำนาจแบบสุดขั้วโดยอำเภอใจ

ตามแนวคิดของมงเตสกีเออ ภายในรัฐทุกๆรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 อย่างคืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ถ้าอำนาจทั้ง 3 อย่างมีบุคคลเพียงคนเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแล้วจะทำให้ประชาชนปราศจากซึ่งเสรีภาพ ดังที่กล่าวไว้ในหนังสือเรื่องเจตนารมณ์ของกฎหมาย(Esprit des lois)บรรพ 11 บทที่ 6 ว่า

“เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้รวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันหรือในองค์กรเดียวกัน...., เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลอันเดียวกันนั้นจะออกกฎหมายแบบทรราชย์และใช้บังคับกฎหมายโดยวิธีของทรราชย์ และกรณีจะเป็นการ

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า

การตรวจสอบของของทุกสิ่งทุกอย่างถ้าอำนาจทั้งสาม นั่นคือ การตรากฎหมาย การบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีของเอกชนได้ถูกใช้โดยบุคคลคนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกรณีของบรรดาขุนนางหรือประชาชนก็ตาม..กฎหมายจะปราศจากความแน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจแล้วถ้าใครไม่กระทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเสื่อมถอย บ้านเมืองก็จะปราศจากความสงบสุข⁹⁸ และเพื่อที่จะทำให้การใช้อำนาจไม่เป็นไปเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมงเตสกีเออจึงเสนอแนวทางเพื่อให้อำนาจอ่อนตัวลงโดยให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจโดยองค์กรที่แตกต่างกัน ไม่ให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจโดยเด็ดขาด หรือไม่ให้มีการใช้อำนาจโดยบุคคลเพียงคนเดียวหรือโดยองค์กรใดเพียงองค์กรเดียว โดยยกย่องรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ว่าในบรรดาประเทศที่มีเสรีภาพทางการเมืองด้วยกันแล้ว ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีเสรีภาพทางการเมืองมากที่สุด เพราะอำนาจหน้าที่ของรัฐได้แบ่งแยกไปยังองค์กรต่างๆกัน ไม่มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดที่จะมีอำนาจโดยเด็ดขาดที่บีบบังคับประชาชนได้⁹⁹ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจโดยมีสถาบันกษัตริย์(อำนาจบริหาร)มีสภาขุนนางซึ่งมีสมาชิกเป็นขุนนาง อภิสิทธิชนของสังคัมและสภาสามัญเป็นผู้แทนของประชาชน¹⁰⁰

จากแนวคิดของมงเตสกีเออจะเห็นได้ว่าเป็นการปฏิเสธการใช้อำนาจอธิปไตยโดยบุคคลเพียงคนเดียว หรือโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียว จึงต้องมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการที่แตกต่างกัน

ดังนั้น การแบ่งแยกอำนาจ หรือ separation of power จึงไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้เป็นการรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง คำว่า อำนาจในวลีไทยที่ว่า การแบ่งแยกอำนาจ และ power ในวลีอังกฤษที่ว่า separation of power จึงหมายถึง เรื่ององค์กร หรือ organs ผู้ใช้

⁹⁸ เด็อน บุนนาค, การแยกอำนาจ (พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง , 2487), หน้า 8-9.

⁹⁹ Hauriou, Gicquel, et Ge lard, Droit Constitutionnel el Institutions Politiques, 6 edition(Montehrestien, Paris, 1975), pp.235-236., อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2542), หน้า 21.

¹⁰⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการและปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 52.

อำนาจอธิปไตย¹⁰¹ ตามแนวคิดของมงเตสกีเออ อำนาจอธิปไตยอันเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐไม่ควรถูกใช้โดยบุคคลเพียงคนเดียวเพราะการใช้อำนาจอธิปไตยโดยบุคคลเพียงคนเดียวหรือโดยองค์กรเพียงองค์กรเดียว จะก่อให้เกิดการรวมศูนย์ในการใช้อำนาจ และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนได้ จึงต้องมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ ซึ่งแนวคิดนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันที่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น สามองค์กร อันได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ

2.4.3 ลักษณะทางกฎหมายในการจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ : รัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ

รัฐเกิดขึ้นจากแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมที่ประสงค์ให้เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจแทนตัวบุคคล รัฐในฐานะสถาบันเจ้าของอำนาจจึงมีผลเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายโดยสภาพ ที่แยกออกต่างหากจากตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ

1. ความหมายของนิติบุคคล

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันถึงสถานภาพของบุคคลตามกฎหมายว่าแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

บุคคลธรรมดา ตามหลักนิติศาสตร์ปัจจุบัน ได้ถือหลักว่าต้องเป็นผู้ทรงสิทธิและมีหน้าที่ตามกฎหมาย¹⁰² หรือกล่าวได้ว่าบุคคลธรรมดาเป็นทั้ง องค์ภาพทางชีวิตคือมีตัวตนจริงๆ และเป็นทั้งวัตถุแห่งกฎหมาย (subject of law) ซึ่งหมายถึงศูนย์แห่งผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย¹⁰³ บุคคลธรรมดาจึงเป็นผู้ที่ทรงสิทธิตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้และมีหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สำหรับนิติบุคคลนั้นมีความหมาย ดังนี้

¹⁰¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, หน้า 63.

¹⁰² ประเสริฐ โขวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคล และความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2543), หน้า 4

¹⁰³ โภคิน พลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 6 (สิงหาคม 2530) : 281.

1. เป็นที่รวม คือเป็นกลุ่มบุคคล กลุ่มบุคคลนี้อาจเป็นกลุ่มปัจเจกชนรวมกันเป็นสมาคม บริษัท หรือเป็นกลุ่มนิติบุคคลรวมกันเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่ หรืออาจจะเป็นกลุ่มทรัพย์สินที่มีเพื่อประโยชน์แห่งจุดมุ่งหมายที่แน่นอน อันได้แก่มูลนิธิ

อย่างไรก็ตาม กลุ่มมิได้เป็นนิติบุคคลเสมอไป เช่น ครอบครัว ห้างหุ้นส่วนไม่จดทะเบียน เป็นต้น ต้องมีองค์ประกอบ ที่ 2 เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

2. เป็นที่รวมที่มีการจัดระเบียบ

2.1 ที่รวมนี้ต้องมีการจัดระเบียบเพื่อจุดมุ่งหมายบางประการ นิติบุคคลมิได้เกิดขึ้นมาอย่างไรจุดหมาย หากแต่เพื่อจุดประสงค์บางอย่างเช่น อาจเป็นไปในทางการเมือง กีฬา การค้า เป็นต้น บุคคลรวมกันเพื่อดำเนินการให้บรรลุผลประโยชน์ร่วมที่แตกต่างจากผลประโยชน์ของแต่ละคนที่มาวมกัน ด้วยเหตุนี้ในทางนิตินัย การรวมตัวดังกล่าวจึงเป็นเรื่องเฉพาะด้าน เพื่อให้บรรลุเป้าหมายเฉพาะด้านนั้นเป็นสำคัญ

2.2 เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่กล่าวมา นิติบุคคลย่อมต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในแง่ของการกำหนดทิศทางหรืออำนวยการนิติบุคคลนั้น ซึ่งถือเป็นเรื่องการบริหารภายในและในแง่ของการเป็นผู้แทนนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอกไปพร้อมๆกัน องค์กรเช่นนี้ก็คือนิติบุคคลธรรมดาที่มาทำหน้าที่แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลตลอดจนรับผิดชอบนิติบุคคลในบางกรณี

2.3 นิติบุคคลย่อมต้องมีปัจจัยในการดำเนินการ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีทรัพย์สินและสิทธิต่างๆของตนโดยเฉพาะต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่มาวมกัน ตลอดจนมีบุคลากรของนิติบุคคลนั้น

2.4 ในการดำเนินกิจกรรม นิติบุคคลย่อมสามารถได้มาซึ่งสิทธิต่างๆ หรือก่อให้เกิดหนี้ได้

โดยสรุปก็คือ นิติบุคคลเหมือนกับบุคคลธรรมดาในแง่ที่ว่า เป็นวัตถุแห่งกฎหมายที่ได้รับการยอมรับและคุ้มครอง¹⁰⁴ นิติบุคคลจึงต้องเป็นประธานแห่งสิทธิและหน้าที่ ซึ่งกระทำการแทนโดยบุคคลธรรมดาคนหนึ่งคนใดหรือหลายคนก็ได้ และต้องมีลักษณะการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องหรือสืบเนื่องกันโดยไม่ต้องไปยึดหลักอายุไขของบุคคลธรรมดาแต่ประการใด และการดำรงอยู่อย่าง

¹⁰⁴ โภคิน พลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง:

ต่อเรื่องนี้ โดยผลของกฎหมายจะต้องมีลักษณะเพื่อปฏิบัติพันธกิจทางสาธารณะ หรือมีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะซึ่งเป็นการยอมรับทั่วไปเพื่อให้เกิดอรรถประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือผลประโยชน์ร่วมกันอันชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดา¹⁰⁵

ดังนั้น จะเห็นได้ว่านิติบุคคลนั้นเป็นการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลเพื่อประโยชน์บางประการอันเป็นที่ยอมรับกันโดยมิได้เกิดมาอย่างไร้จุดหมาย และเพื่อให้บรรลุถึงประโยชน์แห่งการรวมกันแล้ว นิติบุคคลจะต้องมีองค์กรหรือบุคคลที่ทำหน้าที่แทนเพื่อแสดงเจตนาแทนนิติบุคคลนั้น โดยนัยนี้นิติบุคคลจึงไม่จำเป็นต้องเกิดจากการก่อตั้งโดยกฎหมายเท่านั้น กลุ่มบุคคลที่สามารถแสดงออกร่วมกันเพื่อปกป้องผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นผลประโยชน์ที่สมควรยอมรับเป็นกลุ่มบุคคลที่กฎหมายยอมรับและคุ้มครอง¹⁰⁶ การให้สภาพนิติบุคคลจึงเป็นเพียงวิธีการหรือเทคนิคอันหนึ่งของกฎหมายที่คิดขึ้นมาเพื่อที่จะอำนวยความสะดวกในการให้บุคคลธรรมดาและทรัพย์สินที่มารวมกัน สามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้อย่างสะดวกเท่านั้น¹⁰⁷ นิติบุคคลจึงเกิดขึ้นได้โดยสภาพ ไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับ หากมีองค์ประกอบของความเป็นนิติบุคคลครบถ้วน และสามารถมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ หรือเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่มารวมกัน ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะสร้างสรรค์ประโยชน์ให้เกิดสมดังความต้องการของบุคคลธรรมดาแต่ละคนที่เข้ามารวมกัน

สำหรับประเภทของนิติบุคคลนั้น ในระบบกฎหมายต่างเป็นที่ยอมรับกันว่า นิติบุคคลแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ นิติบุคคลตามกฎหมายของเอกชน หรือที่เรียกสั้นๆว่า นิติบุคคลเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือที่เรียกสั้นๆว่า นิติบุคคลมหาชน ซึ่งการแบ่งแยกนิติบุคคล 2 ประเภทดังกล่าวมักอาศัยหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการคือ 1. กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้น 2. กิจกรรมที่นิติบุคคลนั้นดำเนินการ 3. การใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น

¹⁰⁵ Sir Fererick Pollock, "First Book of Jurisprudence", 5 th ed (London : Macmillan & Co., Ltd., 1923), p.115. อ้างถึงใน ประสิทธิ์ ไขวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล, หน้า 5.

¹⁰⁶ โภคิน พลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง :283.

¹⁰⁷ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 130.

ดังนั้น ถ้านิติบุคคลใดจัดตั้งโดยกฎหมายเอกชน มีกิจกรรมที่เรียกว่าบริการสาธารณะ และมีการใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักเป็นนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่นิติบุคคลใดจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดำเนินกิจกรรมที่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเอกชนและ ไม่มีการใช้อำนาจมหาชนแต่ประการใด นิติบุคคลนั้นก็มักเป็นนิติบุคคลเอกชน¹⁰⁸

2. ลักษณะความเป็นนิติบุคคลของรัฐ

รัฐในฐานะสถาบันนามธรรมเกิดขึ้นจากแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมที่ต้องการจัดระเบียบสังคมการเมืองโดยแยกอำนาจให้ออกจากตัวบุคคลไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ เพื่อให้รัฐเป็นเจ้าของอำนาจในการจัดระเบียบสังคมนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน

การที่คนในสังคมเกิดแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันในการจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลก็เนื่องมาจากผลเสียของการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคลที่ก่อให้เกิดความวุ่นวาย เพราะอำนาจที่เป็นของตัวบุคคลจะเป็นเอกสิทธิ์ของบุคคลนั้นที่จะใช้หรือไม่อย่างไรก็ได้ ซึ่งอาจไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม การที่คนในสังคมมีความต้องการจัดอำนาจให้แยกออกจากตัวบุคคลให้ไปเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ ก็เพื่อผลที่จะไม่ให้บุคคลมีอำนาจอันมีลักษณะเป็นของส่วนตัวอีกต่อไป โดยให้รัฐเป็นสถาบันนามธรรมเจ้าของอำนาจแทน แต่รัฐก็เป็นเพียงสิ่งสมมติ มีอาจใช้อำนาจได้จริง จึงต้องมีบุคคลใช้อำนาจแทน เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมส่งผลให้บุคคลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนรัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจได้ความประสงค์ส่วนตัวแต่ต้องใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการดำรงอยู่ของรัฐนั่นคือต้องใช้อำนาจให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม สมดังเจตนารมณ์ที่คนในสังคมได้จินตนาการสร้างรัฐขึ้น

ความประสงค์ร่วมกันของคนในสังคมที่สร้างรัฐขึ้นมากก็เพื่อให้เป็นสถาบันนามธรรมเจ้าของอำนาจ ที่แยกออกจากตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจ โดยนัยนี้รัฐในฐานะที่เป็นสถาบันก็เปรียบเสมือนที่รวมของอำนาจในการจัดระเบียบสังคมเพื่อนำพาสังคมไปสู่ประโยชน์สุขร่วมกัน(อำนาจการเมือง)และอำนาจที่เป็นของรัฐนี้ถือเป็นอำนาจสูงสุดหรือที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย โดยไม่มีอำนาจอื่นใดในรัฐมาแข่งขันหรือท้าทายอำนาจที่เป็นของรัฐได้ หรือหากมีอำนาจนั้นก็เป็อำนาจที่ไม่ได้รับการยอมรับจากคนในสังคมนั้นโดยมีลักษณะเป็นอำนาจของกลุ่มใจที่ไม่มีควมชอบธรรมทางกฎหมายภายในรัฐเท่านั้น เมื่อรัฐเป็นสถาบันเจ้าของอำนาจ เช่นนี้รัฐจะมีสภาพความเป็นบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่ถือเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐเท่านั้น และไม่ว่าบุคคลผู้ใช้

¹⁰⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, "สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย," รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ (กันยายน 2539), หน้า 34.

อำนาจจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรสภาพความเป็นสถาบันของรัฐก็ยังคงต่อเนื่องไปไม่สิ้นสุดไปพร้อมกับตัวบุคคล รัฐจึงมีลักษณะเป็นนิติบุคคลโดยสภาพเพราะเกิดจากความประสงค์ร่วมกันของคนในสังคม โดยคนในสังคมยอมรับและเห็นประโยชน์เช่นเดียวกับการก่อตั้งนิติบุคคลอย่างบริษัทจำกัดที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดา แต่ต่างกันตรงที่การแสดงเจตนาสร้างรัฐขึ้นของคนในสังคมนั้นไม่สามารถระบุวันเวลาที่แน่นอนเหมือนเช่นการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท แต่จะขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองในช่วงระยะเวลาหนึ่งๆ ไม่เหมือนกับการแสดงเจตนาแบบชัดเจนดังเช่นบริษัทจำกัด แต่ผลของการแสดงเจตนามีลักษณะเดียวกันคือจะทำให้เกิดสถาบันที่เป็นนิติบุคคล ที่มีสิทธิและหน้าที่แยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่มาวมกัน

ความเป็นนิติบุคคลของรัฐมีลักษณะที่พิเศษกว่านิติบุคคลเอกชนหรือ นิติบุคคลมหาชนอื่นตรงที่ ในบรรดานิติบุคคลทั้งหลายมีแต่รัฐเท่านั้นที่เป็นอธิปัตย์ทั้งในแง่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน รัฐเป็นองค์กรเดียวที่สามารถกำหนดถึงอำนาจและหน้าที่ต่างๆของตน นิติบุคคลอื่นจะมีขึ้นได้หรือจะมีอำนาจหน้าที่ได้เพียงไรและอย่างไรนั้นก็แล้วแต่รัฐกำหนดทั้งสิ้น รัฐจึงเป็นองค์กรที่ควบคุมนิติบุคคลอื่นทั้งหมด มีอำนาจอย่างกว้างขวางและทั่วไปเหนือเขตดินแดนและสามารถทำกิจการได้ทุกอย่าง¹⁰⁹ที่อยู่ภายในขอบเขตของการมีรัฐนั้นคือ การจัดสรรประโยชน์สุขร่วมกันของคนในสังคม

เมื่อรัฐมีความเป็นนิติบุคคลโดยสภาพแล้ว รัฐจึงมีสิทธิและหน้าที่โดยต่างหากแยกจากบุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจของรัฐแทนรัฐ จึงทำให้เกิดการแยกภาระหน้าที่ ที่กระทำแทนรัฐ อันเป็นเรื่องประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์ของรัฐแยกออกจากเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่ทำการแทนรัฐ

ดังนั้น การที่จะทำให้บุคคลเข้าไปใช้อำนาจแทนรัฐได้นั้น รัฐจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ในการเข้าสู่ตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งโดยตำแหน่งต่างๆจะมีภาระหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติที่จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้ภาระหน้าที่ลุล่วงไปได้ตำแหน่งต่างๆก็ต้องกำหนดอำนาจไว้ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่รวมทั้งการใช้อำนาจในตำแหน่งนี้ต้องกำหนดไว้โดยกฎหมายอย่างแน่นอน ด้วยเหตุต่างๆนี้เองในรัฐสมัยจะมีกฎเกณฑ์การห้ามนำเรื่องส่วนตัวของคนผู้ดำรงตำแหน่งมาปะปนกับตำแหน่งในการปฏิบัติหน้าที่และการใช้อำนาจ หากมีการนำเรื่องส่วนตัวมาปะปนกับ

¹⁰⁹ โภคิน พลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง :

การปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่ง การใช้อำนาจดังกล่าวก็จะมิชอบและถูกเพิกถอน¹¹⁰ แต่หากบุคคลผู้ใช้อำนาจแทนรัฐใช้อำนาจเพื่อกระทำตามภาระหน้าที่ แล้วไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด บุคคลผู้ได้รับความเสียหายก็สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องต่อรัฐได้โดยตรง โดยที่ผู้กระทำภาระหน้าที่แทนรัฐนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว

นอกจากนั้น การเป็นนิติบุคคลของรัฐยังแสดงออกถึงความเป็นเอกภาพของรัฐอีกด้วย กล่าวคือ ในแง่การคลัง งบประมาณของส่วนกลางและส่วนภูมิภาคย่อมเป็นงบประมาณของรัฐ หรือของแผ่นดินทั้งสิ้น มิใช่เป็นของกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นเพียงองค์กรที่ควบคุมการหารายได้ และการใช้จ่ายเงินของรัฐ ในแง่การปกครองหรือการจัดระเบียบบริหารภายในรัฐ กระทรวงต่างๆ ย่อมไม่เป็นนิติบุคคล เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐที่เป็นนิติบุคคลอยู่แล้ว และในแง่ของกฎหมาย เมื่อกระทรวงไม่เป็นนิติบุคคล จึงมีการป้องกันเองไม่ได้เพราะเท่ากับเป็นรัฐฟ้องรัฐ¹¹¹

ฉะนั้น การยอมรับว่ารัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพจะทำให้เห็นโครงสร้างขององค์กรต่างๆ ภายในรัฐและการทำภาระหน้าที่ของรัฐ โดยผ่านองค์กรต่างๆ ของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่กำหนดหน้าที่บัญญัติกฎหมาย องค์กรบริหารที่ทำหน้าที่บริหารงานและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งองค์กรเหล่านี้ถือเป็นเพียงองค์กรที่ทำหน้าที่แทนรัฐได้ดียิ่งขึ้น

¹¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การสร้างธรรมาภิบาล(good governance)ในสังคมไทย (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2542), หน้า 52-53

¹¹¹ โภคิน พลกุล, "นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง : 293-294.