

ศาลรัฐธรรมนูญกับคำวินิจฉัย
ว่าด้วยหลักนิติธรรม

โดย

เชวง ไทยยิ่ง
ผู้อำนวยการสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร
หลักสูตร การป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ ๕๖
ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช ๒๕๕๖-๒๕๕๗

บทคัดย่อ

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับคำวินิจฉัยว่าด้วยหลักนิติธรรม

ลักษณะวิชา การเมือง

ผู้วิจัย นายเชวง ไทยยิ่ง หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ ๕๖

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ โดยได้นำหลัก “นิติธรรม” ตามบทบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจโดยตรงวินิจฉัยการซึ่งกระทำใดเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา ๖๘ วรรคสอง โดยตรง ซึ่งเป็นการตีความภายใต้หลักนิติธรรมที่ยึดในเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการจัดให้มีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และภายใต้หลักเดียวกันนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย “ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเสี่ยงข้างมากต้องรับฟังเสียงข้างน้อย และไม่อาจละเลยสิทธิประโยชน์ที่ต้องจัดสรรให้แก่เสียงข้างน้อยอย่างเป็นธรรม หากเสียงข้างมากใช้ความได้เปรียบจากการถือเสียงข้างมาก กระทำโดยไม่รับฟังความคิดเห็นของเสียงข้างน้อย หรือฟังความคิดเห็นเพียงพอให้เป็นแบบพิธีเท่านั้น การถือเสียงข้างมากโดยไม่เคารพต่อเสียงข้างน้อยดังกล่าวย่อมกลายเป็นเผด็จการรูปแบบหนึ่งที่เรียกว่าเผด็จการโดยเสียงข้างมากหรือเผด็จการทางรัฐสภา อันเป็นรูปแบบการปกครองซึ่งขัดต่อหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งทำลายสารัตถะและความชอบธรรมของกระบวนการนิติบัญญัติที่จะต้องผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของปวงชนชาวไทยโดยรอบคอบและละเอียดถี่ถ้วน “เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญในการวางหลักนิติธรรมในบริบทสังคมไทย” การตีความหลักนิติธรรมตามคำวินิจฉัยทั้งสองเป็นไปโดยสอดคล้องกับแนวคิดในหลักสากลหรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ศาลกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในรูปศาลชำนาญการพิเศษ ในวิธีบัญญัติ กำหนดเขตอำนาจไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) เป็นองค์กรที่มีอำนาจเต็มในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในระบอบการปกครองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข การกำหนดบทบาทหน้าที่อย่างเช่นว่านี้ มีความจำเป็นเนื่องจากการยึดถือการถ่วงดุลอำนาจสามฝ่ายตามแนวคิดดั้งเดิมนั้น

ปรากฏว่า อำนาจบริหารและนิติบัญญัติมักจะส่งมือต่อกันและกัน (ร่วมมือ) ไม่มีการถ่วงดุลระหว่าง อำนาจอธิปไตยกันอย่างแท้จริงซึ่งปรากฏในหลายประเทศ ส่วนในเนื้อหาสาระบัญญัติศาลได้หยิบยกหลักนิติธรรมมาเป็นบทอาศัยอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญเป็นไปตามแนวคิดในระบอบการปกครองประชาธิปไตย ที่จะต้องเป็นไปทั้งในรูปแบบเนื้อหาโดยมีแนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ที่ให้ความสำคัญในเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ควบคู่กับบทบัญญัติในทางกฎหมาย ซึ่งจากคำวินิจฉัยทั้งสองจะเห็นว่า การดำเนินการตามกระบวนการของบทบัญญัติในกฎหมาย หากไม่สอดคล้องกับสาระอันแท้จริงของระบอบประชาธิปไตยแล้วการกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความหลักนิติธรรมมีจุดอ่อนคือ จะตรวจสอบอำนาจหรือสร้างระบบถ่วงดุลอำนาจศาลรัฐธรรมนูญอย่างไรเพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความหลักนิติธรรมไปอย่างไม่มีขอบเขตหรือตีความตามอำเภอใจ

ผู้วิจัยเสนอแนะในสองประการคือ

๑. สร้างกระบวนการคัดสรรตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ได้มาซึ่งผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีความสุจริต มีความกล้าหาญในวิชาชีพ มีประวัติการปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบแห่งศีลธรรมเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับในทางวิชาการด้านกฎหมายและการเมืองการปกครอง
๒. กำหนดกรอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น

คำนำ

จากที่ศาลรัฐธรรมนูญ ได้นำหลักนิติธรรมซึ่งบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ นำมาตีความเพื่อกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นับว่าเป็นการแสดงบทบาทสำคัญยิ่งของศาลรัฐธรรมนูญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยุคใหม่ ซึ่งผู้บริหารประเทศและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องให้ความสนใจและติดตามอย่างใกล้ชิด การศึกษาครั้งนี้อาจจะบกพร่องอยู่มากเนื่องจากเวลาจำกัด แต่อย่างไรก็ตามผู้วิจัยก็ได้พยายามอย่างสุดความสามารถเพื่อให้เห็นถึงแนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมของไทย เท่าที่จะสามารถกระทำได้

(นายเชวง ไทยยิ่ง)

นักศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร

หลักสูตร วปอ. รุ่นที่ ๕๖

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
คำนำ	ค
กิตติกรรมประกาศ	ง
บทที่ ๑ บทนำ	๑
บทที่ ๒ ศาสตร์รัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	๕
บทที่ ๓ แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติธรรม	๓๖
บทที่ ๔ หลักนิติธรรมกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	๘๔
บทที่ ๕ สรุปและข้อเสนอแนะ	๙๕
บรรณานุกรม	๑๐๒
ประวัติผู้วิจัย	๑๐๔

บทที่ ๑

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ กรณีที่มีผู้ร้องว่าการร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ไม่ชอบทั้งในเชิงรูปแบบกระบวนการ และเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญ อันเป็นการกระทำที่เข้าข่ายล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และขัดต่อรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง^๑ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ กรณีที่มีผู้ร้องว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้เพิ่มเติม (ฉบับที่..) พุทธศักราช... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๐) และการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้เพิ่มเติม (ฉบับที่..) พุทธศักราช... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๐) ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองได้ดังกล่าวได้อ้าง “หลักนิติธรรม” ตามที่บัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง^๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นฐานในอำนาจในการพิจารณาและวินิจฉัยคดี โดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ ในสาระสำคัญว่า “องค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยโดยไม่ว่าจะจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาลล้วนจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหา จึงมีผลให้การใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฯ

^๑ มาตรา ๖๘ บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้ ฯฯ

^๒ มาตรา ๓ ฯฯ

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจของทุกฝ่ายทุกองค์กรและหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่า นอกจากการใช้อำนาจตามระบบกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังต้องใช้อำนาจและบัญญัติหน้าที่ต่อความถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่ใช่เฉพาะการปฏิบัติตามกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือหลักเสียงข้างมากแต่เพียงเท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่ไปด้วย การอิงเสียงข้างมากต้องคำนึงถึงเสียงข้างน้อย การหยาบคายเสียงข้างมากมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความซับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวหรือกลุ่มบุคคล กับผลประโยชน์ของชาติและความสงบสุขและประชาชนโดยรวม และการใดก็ตามที่จะสร้างความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือบาดหมางแตกความสามัคคีกันอย่างรุนแรง การนั้นย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามวรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ และได้ยืนยันในคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ ว่า “แม้การปกครองระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากละเลยหลักนิติธรรมหรือใช้อำนาจตามแต่หากละเลยหลักนิติธรรมหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงเสียงข้างน้อย โดยไม่ฟังเหตุผลและปราศจากความชอบธรรมจะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร” ๑

“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่า นอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย”

การที่ศาลรัฐธรรมนูญ ได้อ้างอำนาจในการตรวจสอบความชอบ (judicial review) ความถูกต้องความสมบูรณ์ของกฎหมายและกระบวนการตรากฎหมาย โดย “หลักนิติธรรม” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการวางบรรทัดฐานทางกฎหมายที่สำคัญของประเทศ จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษาวิเคราะห์ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการชอบโดยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรอบว่าด้วยหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญมีหรือไม่อย่างไร การวินิจฉัยในเนื้อหาขัดต่อหลักปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย(ที่กำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยถ่วงดุลซึ่งกันและกัน)หรือไม่ และการอ้างหลักนิติธรรมของศาลรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับหลัก “Rule of Law” และ “Legal State” ในทางสากลหรือไม่

โดยที่การศึกษาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เข้ารับการศึกษากำหนดนโยบายหรือยุทธศาสตร์ของชาตินั้น การศึกษาวิเคราะห์หลักว่าด้วย “นิติธรรม” ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ศาลรัฐธรรมนูญยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อควบคุมการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอื่นนั้น เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อให้เข้าใจ ความหมายและที่มาของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
๒. เปรียบเทียบ “หลักนิติธรรม” กับ “Rule of Law” และ “Legal State”
๓. แนวคิดและพัฒนาการ การนำหลักนิติธรรมในการมาใช้ในการวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ
๔. เสนอแนะกรอบการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในระบบกฎหมายของไทย

ขอบเขตการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้จะเป็นการศึกษาแหล่งที่มาของการนำแนวคิดที่ว่าด้วยหลักนิติธรรม มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ซึ่งเป็นครั้งแรกจากรัฐธรรมนูญฯ ทั้งสิ้น 16 ฉบับ) ว่าการมีเจตนารมณ์ในการกฎหมายอย่างไร มีแนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายสนับสนุนหรือไม่อย่างไร โดยเปรียบเทียบกับแนวคิด “Rule of Law” ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และแนวคิด Legal State ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ทั้งนี้ จะศึกษาจากการคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่มีผู้ร้องว่าการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕ – ๑๘ /๒๕๕๘ และ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๗ เป็นหลัก

สมมุติฐาน

การนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้ในวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใน สอดคล้องกับแนวทาง แนวคิด Rule of Law และ Legal State ชอบด้วยกฎหมายและหลักรัฐธรรมนูญนิยม

วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาวิเคราะห์เอกสารที่เกี่ยวข้องดังนี้

๑. แนวคิดและเจตนารมณ์ในการบัญญัติหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
๒. พัฒนาการแนวคิดที่ว่าด้วยหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายไทย

๓. แนวคิดที่ว่าด้วย Rule of Law และ Legal State
๔. วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักนิติธรรมกับ Rule of Law และ Legal State
๕. วิเคราะห์การนำหลักนิติธรรมในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่ร้องว่า การแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

๑. ทราบถึงความหมายที่ของขอบเขตของหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
๒. สร้างหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ให้เป็นที่ยอมรับในทางสากล
๓. กำหนดบทบาทและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ตรวจสอบความชอบ (judicial review) ด้วยรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสังคมไทย

คำจำกัดความ

๑. รัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐
๒. หลักนิติธรรม หมายถึง หลักนิติธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

บทที่ ๒

ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๑. บทนำ

โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กำหนดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ของรัฐ และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ให้กับประชาชน รวมทั้งตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าว^๑ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรลักษณะหนึ่งที่กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ^๒ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการวินิจฉัยคดีอันเป็นปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอันจะบ่งบอกถึงความสำเร็จหรือล้มเหลวของการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญศาลรัฐธรรมนูญจะมีบทบาทสำคัญในการรวบรวมหลักนิติธรรมในการพัฒนาและปฏิรูประบบการเมืองของประเทศ^๓ ภายใต้กรอบ morality of the constitution (อาจแปลได้ว่าคุณค่าทางจริยธรรมของรัฐธรรมนูญ) โดยในบทนี้จะได้นำเสนอตามรูปแบบ เหตุผลทางประวัติศาสตร์ ขอบเขตอำนาจ ความสัมพันธ์กับองค์กรอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับองค์กรนี้ในรัฐธรรมนูญประเทศอื่นๆ เพื่อให้เข้าใจว่าการปรากฏขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีเหตุผล ที่มาและบทบาทหน้าที่ เป็นอย่างไร

๒. ความเป็นมาและพัฒนาการองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๒.๑ แนวคิดในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ของรัฐเพื่อเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้เป็นรูปธรรมในทางประวัติศาสตร์ อาจนับจากคดี Marbury V. Madison ในปี ค.ศ. ๑๘๐๓ ที่ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่า

^๑ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย สู่ศวรรษใหม่ของนิติรัฐไทย (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๑), หน้า ๑

^๒ องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีหลายลักษณะ เช่น คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสูง ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

^๓ รายละเอียดใน เชาวนะ ไตรมาส, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมือง, รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๑ (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๔๔), หน้า ๑๕๗-๒๕๘

“การกระทำใดๆ ของรัฐบาลที่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศนั้นตกเป็นโมฆะ”^๔

๒.๒ ส่วนแนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญในประเทศออสเตรียในปี ค.ศ. ๑๘๖๗ โดยได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษต่างจากศาลยุติธรรม ความยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา เพื่อให้ทำหน้าที่ พิจารณาชี้ขาดในปัญหาด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เป็นไปตามข้อเสนอของนักวิชาการทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ ชาวออสเตรีย Hans Kelsen เนื่องจากระบบกฎหมาย Civil Law ไม่เหมาะที่จะให้ศาลสูงที่ใช้ในประเทศ Common Law มาพิจารณาวินิจฉัย ปัญหาที่มีลักษณะเฉพาะด้าน ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการที่ ๑ เป็นเรื่องของระบบกฎหมาย คือ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law system) ซึ่งเป็นระบบหลักที่ใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรปและรวมทั้งออสเตรียด้วยนั้น ไม่มีหลักที่เรียกว่า state decisis ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law system) โดยหลักการนี้มีว่า ศาลล่างจะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลสูงที่เคยวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเดียวกันมาแล้ว อันจะส่งผลให้คำพิพากษาของศาลต่างๆ ในประเด็นเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ ในขณะที่ผู้พิพากษาในประเทศซีวิลลอว์นั้นไม่ว่าจะอยู่ในศาลใดลำดับใดก็ตามย่อมมีดุลยพินิจอิสระ ที่จะนำเอาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าประเด็นที่คล้ายคลึงกันนี้มีคำวินิจฉัยของศาลสูงไว้หรือไม่ อย่างไร คำพิพากษาของศาลสูงถ้าจะนำมาพิจารณาก็เป็นเพียงตัวอย่างการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งศาลอาจนำมาพิจารณาประกอบการพิจารณาคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบตนเองเท่านั้น ในกรณีนี้ หากปล่อยให้อำนาจในการ

^๔ “คดี Marbury V Madison เกิดขึ้นในปี ค.ศ. ๑๘๐๑ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาคนแรก คือ นาย John Adam ลงเลือกตั้งประธานาธิบดีกับ Thomas Jafferson Adams แต่การเลือกตั้ง ก่อนพ้นตำแหน่งได้แต่งตั้ง William Marbury Thomas เป็นผู้พิพากษา แต่เนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้ว่า คำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลชั้นต้นของวอชิงตัน ดิซี จะมีผลสมบูรณ์เมื่อคำสั่งของประธานาธิบดีไปยังผู้พิพากษา ซึ่งได้รับแต่งตั้งแล้ว แต่คำสั่งดังกล่าว ถูกระงับโดยรัฐบาลใหม่ นาย Marbury จึงฟ้องรัฐมนตรียุติธรรม Madison ต่อศาลให้ศาลออกหมายบังคับให้ Madison ส่งคำสั่งดังกล่าวแก่ตน ศาลวินิจฉัยว่า การที่ Marbury อาศัยกฎหมายตุลาการปี ๑๗๘๙ ที่ให้ศาลสูงออกกฎหมายบังคับให้ฝ่ายบริหารกระทำทำให้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด ๓ มาตรา ๒ ที่บัญญัติไว้ว่าศาลสูงมีอำนาจมีอำนาจรับฟ้อง (ตั้งต้นหรือฟ้องครั้งแรก) คดีเฉพาะที่กระทบต่อบรรดาเอกอัครทูต รัฐมนตรีและกงสุลและบรรดาคดีที่มลรัฐเป็นคู่ความ คดีอื่นศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาในชั้นอุทธรณ์เท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมายตุลาการปี ๑๗๘๙ ที่กำหนดให้ การขอให้มีการบังคับตามกฎหมายที่ฟ้องที่ศาลสูงจึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลที่น่าสนใจว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามวิถีทางปกติ การที่รัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ได้ออกกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะกระทำไม่ได้ (เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ)” รายละเอียดใน สรวิศ ลิปรั้งมี, สัมพัทธ์คดีที่จุดประกายหลักแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ [www. Library.coj.go.th/indereuticles - php](http://www.Library.coj.go.th/indereuticles - php).

ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระจายอยู่ตามองค์กรศาลต่างๆ ที่มีอำนาจพิจารณาคดีแล้ว ความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ และผลจากการนี้ คือ ความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างปัจเจกพลเมืองของรัฐซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้น เพราะในการพิจารณาคดีหนึ่งๆ กฎหมายฉบับนี้ก็จะถูกนำมาปรับใช้กับคดี ในขณะที่อีกคดีหนึ่งมีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกัน โดยเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีเช่นนี้อาจเกิดความสับสนในความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับคดีได้

ประการที่ ๒ เป็นเรื่องของระบบศาล กล่าวคือ ในประเทศระบบศาลคู่ (Dual system) ซึ่งเป็นระบบศาลที่ใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรป นอกจากศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาตามปกติแล้วยังมีศาลพิเศษที่จัดตั้งขึ้นพิจารณาคดีประเภทอื่นๆ อีกเช่น คดีปกครอง ฯลฯ ซึ่งศาลเหล่านี้ต่างมีความเป็นอิสระจากกันและกัน และมีระบบอุทธรณ์ฎีกาที่สิ้นสุดลงภายในระบบของตนเอง โดยไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาของศาลซึ่งมีขอบอำนาจในคดีอื่นด้วยเหตุนี้ แม้จะกำหนดให้ศาลที่อยู่ในลำดับต้นต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ยังคงมีปัญหาเรื่องความเป็นเอกภาพอยู่ เนื่องจากคำพิพากษาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลหนึ่งย่อมไม่ผูกพันศาลที่อยู่ในระบบอื่นต้องถือตาม โดยเฉพาะไม่ผูกพันศาลสูงของศาลในระบบอื่นๆ ด้วย ดังนั้นศาลสูงของแต่ละระบบศาลจึงอาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งแตกต่างกันได้ และหากจะมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจชี้ขาดเพียงองค์กรเดียว ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ จะมอบหมายอำนาจให้องค์กรใดองค์กรระหว่างองค์กรที่อยู่สถานะเท่าเทียมกัน โดยที่จะมีผลทำให้องค์กรที่ควรจะมีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรอื่นๆ อยู่ในสถานะที่เหนือกว่า

ประการที่ ๓ เป็นปัญหาทางทฤษฎี กล่าวคือ ปัญหาทางทฤษฎีประการหนึ่งที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หากศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ การบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้นๆ ของศาลจะมีผลผูกพันองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัจเจกชนซึ่งมีสถานะทางกฎหมายไม่ต่างจากองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจยกเลิกกฎหมาย โดยนัยนี้จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า อำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ ก็คืออำนาจในการยกเลิกกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจหนึ่งของอำนาจนิติบัญญัติ (Negative legislation) การจะมอบอำนาจดังกล่าวให้ศาลยุติธรรมย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

โดยหลังจากที่ประเทศออสเตรียจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๘๒๐ เพื่อทำหน้าที่พิทักษ์และคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมุ่งหวังที่จะให้เป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลพลเมืองซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าสูงสุด ก็มีประเทศภาคพื้นยุโรปที่รับเอาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบ (Centralized system) ไว้ที่องค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียวซึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญไปใช้ เช่น ประเทศอิตาลี และประเทศเยอรมัน^๕ เกาหลีใต้ สาธารณรัฐเช็ก ตุรกี สเปน

๒.๑ ส่วนประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดองค์กรในการตรวจสอบ แตกต่าง โดยได้กำหนดในรูปแบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๗๘๗ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเริ่มมีบทบาทอย่างจริงจังในปี ค.ศ. ๑๘๕๘ เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. ๑๘๕๘ ที่ใช้อยู่จนกระทั่งปัจจุบันได้บัญญัติถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่เอาไว้อย่างชัดเจน คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ประกอบด้วย ตุลาการที่มาจากการแต่งตั้ง จำนวน ๕ คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง ๕ ปี แต่ให้มีการเปลี่ยนตุลาการจำนวน ๑ ใน ๓ ทุก ๓ ปี มีที่มาคือ ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง ๓ คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แต่งตั้ง ๑ คน และประธานวุฒิสภาเป็นผู้แต่งตั้งอีก ๑ คน และประธานวุฒิสภาเป็นผู้แต่งตั้งอีก ๑ คน โดยรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดคุณสมบัติไว้และปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้งที่จะเลือกแต่งตั้งบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสม และนอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้มีตุลาการตามกฎหมายซึ่งก็ได้แก่ อดีตประธานาธิบดีทุกคนซึ่งถือว่าเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งอีกด้วย วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการตามกฎหมาย คือ ตลอดชีวิต คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนอกจากจะมีอำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติ และกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอำนาจที่อื่นอีกหลายประการ เช่น สำหรับการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีอำนาจทำได้เฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจที่จะควบคุมกฎหมายที่ประกาศใช้ไปแล้ว ส่วนการเสนอปัญหาว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น ส่วนวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นไม่มีการบัญญัติไว้ เป็นกฎหมายเฉพาะ แต่มีบทบัญญัติของกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแทรกอยู่ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์

^๕ วิษณุพล ฉวีวรรณ, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี Legislative Omission”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖) หน้า ๑๑-๑๓

ของฝ่ายบริหาร และกฎเกณฑ์ภายในของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเอง สำหรับหน่วยธุรการของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นจะเป็นหน่วยธุรการเล็กๆ ที่แม้จะมีหัวหน้าหน่วยงาน ธุรการ คือ เลขานุการคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ แต่ก็อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของประธานตุลาการ รัฐธรรมนูญ ส่วนบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นนัก กฎหมายระดับสูงที่มาจากศาลปกครอง ศาลยุติธรรม บุคลากรของรัฐสภา รวมทั้งเลขานุการคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งโดยปกติจะมาจากข้าราชการระดับสูงของสภาแห่งรัฐ สำนักงานคณะตุลา การรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีความเป็นอิสระในงบประมาณของตนเองโดยประธานาธิบดีเป็นผู้ รับผิดชอบและไม่อยู่ภายใต้กระทรวงใด

๒.๔ พัฒนาการองค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ไม่ได้บัญญัติ ใ้ให้มีองค์ใดพิจารณาวินิจฉัยว่าการใดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คงบัญญัติเพียงว่า ในมาตรา ๖๒ “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้” จนกระทั่งในปี พ.ศ. ๒๔๘๘ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ ๑/๒๔๘๘ ว่าพระราชบัญญัติอาชญากร สงคราม พ.ศ. ๒๔๘๘ ที่มีบทลงโทษการกระทำความผิดตามกฎหมายอาชญากรสงครามที่กระทำ ก่อนกฎหมายนี้มีความผิดนั้น ศาลเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายความผิดย้อนหลังเป็นการขัดต่อ รัฐธรรมนูญโดยให้เหตุผลว่า

(๑) ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ฉะนั้น การคว่าอะไรเป็นกฎหมายหรือเป็นกฎหมาย ที่ใช้ได้หรือไม่ย่อมเป็นอำนาจของศาล

(๒) การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญแบ่งอำนาจออกเป็น ๓ ประเภท คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้ง และควบคุมกัน ซึ่งเป็นหลักประกัน ความมั่นคงเมื่อสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีอำนาจ แสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้

(๓) จำเป็นต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้น ข้อความที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็จะไม่มีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรออกมาเอง จะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ ได้อย่างไร จะว่าทางฝ่ายบริหาร มีอำนาจ ชี้ขาดก็ไม่ได้เพราะนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยงานเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับ ให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนแก่ประชาชนบุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรม จากศาลเป็นที่ตั้งและเมื่อมีตัวบทกฎหมายอันออกมาตัดเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงเพื่อความยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องได้อย่างไร หรือแม้ศาล ไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติแต่ก็ไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

จากผลแห่งคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมัยนั้นไม่พอใจที่ศาลได้ล่วงล้ำเข้ามาในหน้าที่ของสภาในการตีความรัฐธรรมนูญ มีการเสนอญัตติให้สภาตีความ มาตรา ๖๒ ของรัฐธรรมนูญและสภาผู้แทนราษฎรได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง จำนวน ๗ คน ประกอบด้วยอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม อดีตประธานศาลฎีกา และผู้เชี่ยวชาญนิติศาสตร์ และคณะกรรมการชุดนี้เห็นว่า อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นเด็ดขาดของสภาผู้แทนราษฎร

เพื่อยุติข้อขัดแย้งระหว่างศาลและสภาผู้แทนราษฎร ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ จึงกำหนดให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ องค์กรพิเศษที่เกิดขึ้นใหม่นี้เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๘ ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๒ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๑๑ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๑๗ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๓๕ และรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราวพุทธศักราช ๒๕๔๕

เป็นที่ทราบกันดีแล้วว่า รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และสิ่งหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดก็คือหลักการที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” โดยมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรองรับว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

อย่างไรก็ตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ไม่อาจจะเกิดผลเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติหากปราศจากซึ่งองค์กรที่จะมาทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมมิให้กฎหมายที่ตราขึ้นหรือที่ใช้บังคับอยู่นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญของไทยจึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นโดยเฉพาะ โดยมีพัฒนาการจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจนมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการปฏิรูปการเมืองโดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ที่กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกและได้สิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขฉบับที่ ๓ เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๔๙ อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ก็ได้ก่อตั้งให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง

องค์ประกอบขององค์กรวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในอดีต แยกเรียงตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ดังนี้

(๑) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๑๕ คน ประกอบด้วยบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้นเป็นประธานตุลาการคนหนึ่ง และตุลาการอีกสิบสี่คน และให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุกครั้งเมื่อได้มีการเลือกตั้งสมาชิกผู้แทน เพราะเหตุที่สภาผู้แทนหมดยุหรือถูกยุบ รัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช ๒๔๘๕ ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒิที่รัฐสภาจะแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

(๒) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๙๒ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๘ คน ประกอบด้วยประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทน ประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสี่คนซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย โดยประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

(๓) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๔๙๕ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๖ คน ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา อธิบดี ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสามคนซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ โดยประธานศาลฎีกาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญกำหนดว่า ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไปให้สภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายในสามสิบวันนับแต่วันเปิดสมัยประชุมสภาครั้งแรก และสามารถแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่อีกได้

(๔) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๑๑ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๘ คน ประกอบด้วยประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทน ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสี่คนซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย โดยประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญกำหนดว่า ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไปให้รัฐสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ ภายในสามสิบวัน นับแต่วันเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรก และสามารถแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่อีกได้

(๕) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๑๓ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๘ คน โดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการตุลาการ เป็นผู้เลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิมีจำนวนฝ่ายละสามคน โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำรายชื่อผู้ได้รับเลือกตั้งทั้งหมดกราบบังคมทูล เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ให้กระทำแล้ว

เสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไปและจะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญติดต่อกันสองครั้งมิได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานส่วนท้องถิ่นมิได้

(๖) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๒๑ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๙ คน ประกอบด้วยประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสี่คนซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ โดยประธานรัฐสภาเป็นประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไป ให้รัฐสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิใหม่ภายในสามสิบวันนับแต่วันเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรก โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งหรือต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป และรัฐสภาจะแต่งตั้งผู้ที่พ้นจากตำแหน่งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่อีกก็ได้

ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจะเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานส่วนท้องถิ่นมิได้

(๗) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๓๔ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีจำนวน ๑๐ คน ประกอบด้วยประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์หรือสาขารัฐศาสตร์ อีกหกคนซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งสภาละสามคน โดยประธานรัฐสภาเป็นประธาน ตุลาการรัฐธรรมนูญ และในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ หรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยตำแหน่งประกอบด้วยประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกาและอัยการสูงสุด

ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจะเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานส่วนท้องถิ่นมิได้ และมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปี แต่อาจได้รับแต่งตั้งใหม่ได้

(๘) ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๔๐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๔๐ มีจำนวน ๑๕ คน ซึ่งมีพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจาก (๑) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่า

ผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๕ คน (๒) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๒ คน (๓) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกจากคณะกรรมการสรรหาและวุฒิสภา จำนวน ๕ คน และ (๔) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ซึ่งได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการสรรหาและวุฒิสภา จำนวน ๓ คน โดยผู้ได้รับการเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปีนับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และด่อนพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์

(๕) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๘ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๘ ประกอบด้วย ตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน ๕ คน ประกอบด้วย (๑) ประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (๒) ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธานคณะตุลาการ (๓) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๕ คน ตุลาการรัฐธรรมนูญ และ (๔) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน ๒ คน เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ^๖

๓. บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

จากการที่ประเทศไทยเลือกที่จะใช้รูปแบบขององค์กรตรวจสอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) หรือศาลพิเศษจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะแยกออกจากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ในการพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมาถึงภาพรวมแม้ลักษณะของศาลปกครองแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน อันเนื่องมาจากพัฒนาการของแต่ละประเทศที่ต่างกัน มีรายละเอียดแตกต่างกัน แต่รัฐอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ (หรือองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในรูปแบบอื่นๆ) สามารถจัดกลุ่มบทบาทและอำนาจหน้าที่ได้ดังนี้^๗

^๖ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑, หน้า ๕-๑๑

^๗ รายละเอียด วุฒิชัย จิตตานุ, บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดรวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๒ ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ๒๕๔๐) หน้า ๓๔๑-๓๔๒

๓.๑ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ จากแนวคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นองค์กรหลักในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญทำให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปจะมีลักษณะร่วมกันใน ๓ ประการคือ พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ถ่วงดุลอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร แก้ไขปัญหาของรัฐธรรมนูญ และสร้างหลักพื้นฐานทางการเมือง

๓.๑.๑ บทบาทหน้าที่ในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุด จากแนวคิดของ Hans Kelsen หลักเกณฑ์กฎหมายพื้นฐาน (Basic Nom) จากแนวคิดที่ก่อให้เกิดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย อย่างเป็นระบบกฎหมาย กฎหรือระเบียบ ข้อบังคับใด จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า ซึ่งแนวคิดนี้จะใช้กับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ที่บัญญัติว่า บทบัญญัติหรือกฎหมายใด ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะหรือบังคับใช้ไม่ได้ บทบัญญัติ เช่นนี้ เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องการใช้คะแนนเสียงข้างมากในการตรา หรือบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบาทเช่นนี้ในวิชาการ เรียกว่า การใช้อำนาจในเชิงปฏิเสธ (Negative Sense of abolishing a law) ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ (ในบางประเทศ) ศาลยังมีอำนาจในการตรวจสอบในกรณีที่ฝ่ายบริหารได้กระทำการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Legal Action) ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งตรวจสอบคำวินิจฉัยใดๆ ขององค์กรรัฐธรรมนูญอื่นที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ด้วย^๔ นอกจากนี้จะเป็นการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ยังเป็นการสร้างบรรทัดฐานความชอบธรรมของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือระเบียบที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าด้วย จากแนวคิดของ Hans Kelsen ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีความอิสระจากการแทรกแซงทางการเมือง^๕ และมีความเชี่ยวชาญเฉพาะ

๓.๑.๒ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในทางด้านดุลระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจ ระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การขัดแย้งระหว่างองค์กรเหล่านี้จำเป็นต้องมีองค์กรใดมาทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือการวินิจฉัยล้มล้างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหาร เป็นบทบาทสำคัญในการถ่วงดุลอำนาจเพื่อให้เป็นการยุติธรรมอันเป็นการพิทักษ์หรือปกป้องรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในยุโรป^๖ พื้นฐานและสาระสำคัญอย่างหนึ่งเพื่อถ่วงดุลอำนาจ

^๔ Cirotto, Dimitri *Different Models of Constitution Justice : the Diffuse System and The Centralization System and Others tasks to be Performed by a Constitution Court.* France : Strasburg Cedex อ้างใน วุฒิชัย จิตदानุ เพิ่งอ้าง หน้า ๓๖๗

^๕ ซึ่งจากองค์กรที่คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีองค์ประกอบจากฝ่ายการเมืองรวมด้วย เช่นคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญของไทย ก่อน ๒๕๔๐

^๖ ประเทศ Albania, Bulgaria, Croatia, Lithonia, Poland, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia และ Czech Republic

ที่หลากหลายอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การมีแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ที่หลากหลาย^๑ จะสังเกตเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อิสระจากอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ บทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจะมีความเป็นอิสระเพื่อ ดูแลและคานงัดการทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้ และเมื่อยึดถือกันว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันกับองค์กรอื่นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเองดูเหมือนจะปราศจากการถ่วงดุลจากองค์กรอื่น หรืออาจกล่าวได้ว่าอยู่เหนือกฎเกณฑ์การถ่วงดุลอำนาจตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ^๒

๓.๑.๓ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญ ในข้อเท็จจริงความขัดแย้งระหว่างองค์กรที่ไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนหรือความขัดแย้งที่เกิดจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถอาศัยบทบัญญัติทางกฎหมายได้ ซึ่งต่างฝ่ายอ้างความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เช่น การเลือกตั้ง พรรคการเมือง การลงประชามติ การทำสนธิสัญญา ระหว่างประเทศ รวมถึงการกล่าวหาถึงการละเลยไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามามีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาและบางข้อยุติในเรื่องเหล่านี้ และที่สำคัญสำหรับประเทศที่ระบอบการปกครองสาธารณรัฐ การขัดแย้งกันระหว่างมลรัฐจะเป็นปัญหาสำคัญที่จะใช้บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และ ๒๕๕๐ บัญญัติในเรื่องที่ในมาตรา ๗

๓.๑.๔ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในการสร้างพื้นฐานทางการเมือง การตีความรัฐธรรมนูญ ด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นบทบาทและอำนาจพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาสำคัญทางการเมืองที่ไม่มีบทบัญญัติในรายละเอียดจะเป็นปัจจัยที่หลักเคียงไม่ได้ในการกำหนดแนวพื้นฐานในทางการเมืองการปกครองบางประเทศนั้นๆ เมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันทุกองค์กรในรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงกล่าวว่าเป็นบรรทัดฐาน (Norm) อันเป็นพื้นฐานทางการเมืองในตัวเอง แต่อย่างไรก็ตามต้องอยู่ภายใต้กรอบหลักการพื้นฐานของหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองของประเทศ ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาทางการเมืองมีการเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยหรือข้อจำกัดหรือลักษณะเฉพาะที่หลากหลายและสลับซับซ้อนที่มีมิติสัมพันธ์กันในนามธรรมอันเกี่ยวโยงเรื่อง อำนาจอธิปไตย สิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพ ประโยชน์ทางสาธารณะที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ

^๑ แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจในความเป็นจริงอาจมีมากกว่า ๓ อำนาจ ตามแนวคิดดั้งเดิม แต่จะอย่างไรก็ตามความสำคัญอยู่ที่ว่า การใช้อำนาจทั้งหลายจะต้องเกิดสมดุลกัน เพื่อปกป้องคุ้มครองหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

^๒ Spirovski Igor, *The Role of Constitutional Court in The Building of the Constitutional Democracy* : 2001 เฟียงอ้าง หน้า ๓๖๕

ดูเสมือนว่าจะอยู่นอกเหนือหลักทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ (เป็นอำนาจที่ ๔ หรือไม่)^๑

๑.๒ บทบาทและอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมือง หลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ที่ทำให้ชีวิตมนุษย์ต้องทนทุกข์ลำบากเนื่องจากการต่อสู้ที่โหดร้ายและรุนแรงที่สุดเท่าที่เคยปรากฏในประวัติศาสตร์มนุษยชาติ เหตุดังกล่าวเริ่มต้นจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่ละเมิดต่อหลักการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชน สิทธิและเสรีภาพพลเมือง เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์นี้เกิดขึ้นอีก นักกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีความเห็นตรงกันว่า หลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติไว้ หลักการว่าด้วยการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สำคัญในอันจะต้องคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน และปกป้องคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน และปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากมองในอีกด้านหนึ่งเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับข้อแรก ที่เคารพหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ (สมัยใหม่ในทุกประเทศ) ได้กำหนดให้หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวคิดทฤษฎีสันติสนุนในกรณีนี้ที่สำคัญ

ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ที่นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส Jean – Jacques Rousseau ได้เสนอแนวคิดว่าการที่ปัจเจกชนแต่ละคน ได้สละอำนาจทั้งหมดแก่สังคมรวมกันเป็นประชาสังคม แต่ปัจเจกชนแต่ละคนยังคงมีสิทธิและเสรีภาพของตนไว้ในรัฐธรรมนูญ^๒

แนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เห็นว่า สิทธิของบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตัวกับความเป็นมนุษย์ตามธรรมชาติ สังคมจะต้องให้การยอมรับและสามารถอ้างสิทธิดังกล่าวต่อรัฐได้เสมอทุกรูปแบบ ดังนั้น การยอมรับแต่เพียงการมีอยู่เป็นการพอเพียงไม่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจะเป็นกรอบหรือหลักประกันของการใช้อำนาจรัฐซึ่งแนวคิดนี้ปรากฏใน ข้อ ๑๖ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ ของประเทศฝรั่งเศส ที่รับรองสิทธิปัจเจกชนตามหลักกฎหมายธรรมชาติ บัญญัติไว้ว่า “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย จะถือว่ามิรัฐธรรมนูญมิได้” และได้ยืนยันอย่างหนักแน่นในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๙๕๖ ที่กล่าว (บัญญัติ) ในอารัมภบทว่า “ประชาชนชาวฝรั่งเศสขอแสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและอำนาจอริปไตยเป็นของ

^๑ Spisovski, Igor, 2001 เพิ่งอ้าง

๓

^๒ Roland, Jon. . The Social Contract and Constitutional Republics. 2001 เพิ่งอ้าง

ชาติฯ ...” และในส่วนขององค์กรศาลปกครองได้ยึดถือหลักสิทธิมนุษยชนเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ^๑ และนอกจากนี้แนวคิดกฎหมายธรรมชาติยังปรากฏในเอกสารที่เกี่ยวข้องรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ เช่น คำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกาที่ได้อ้างถึงสิทธิที่ไม่อาจโอนกันได้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพ และความสนุกสนานตามแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคและเสรีภาพภายใต้สภาวะธรรมชาติ (State of Nature) จึงมีเหตุและความจำเป็นต้องประกาศอิสรภาพ จนนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ อันถือเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์ฉบับแรกของโลก ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เพื่อพิทักษ์คุ้มครองรัฐธรรมนูญ

๓.๓ หน้าที่อื่นๆ นอกจากบทบาทหน้าที่หลักดังกล่าวมาข้างต้น ในแต่ละประเทศได้กำหนดบทบาทหน้าที่อื่นด้วย เช่น การตรวจสอบการเลือกตั้ง สมาชิกสภา การตรวจสอบเกี่ยวกับการทำประชามติ การดำเนินคดีสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง หรือตรวจสอบการกระทำชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง เป็นต้น

๔. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จะมีลักษณะอย่างไร สอดคล้องกับแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวในข้อ ๓ หรือไม่ พิจารณาได้ในรายละเอียดไว้ใน ๕ ประการ มีรายละเอียดดังนี้

๑. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๑.๑ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๔๑) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีสถานะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ ก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัติที่ประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบทบังคับว่าต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ

^๑ รายละเอียดใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย, (พิมพ์ครั้งที่ ๔ กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, ๒๕๕๒) หน้า ๑๗๐-๑๗๑

^๑ วุฒิชัย จิตदानุ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๗ หน้า ๑๗๔

การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการเลือกตั้ง พระราชบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง

๑.๒ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๔) ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่ นายกรัฐมนตรีที่จะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันและก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ ดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่งนั้น ถ้า

(๑) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(๒) นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่ไม่เป็นสาระสำคัญ ให้เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไปร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้นยังสามารถประกาศใช้บังคับได้

๑.๓ การพิจารณาวินิจฉัยร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๕)

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ซึ่งได้ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่โดยผู้มีสิทธิเข้าเสนอชื่อได้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อย

กว่าหนึ่งในสิบของแต่ละสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของทั้งสองสภา ในกรณียื่นเรื่องเสนอให้พิจารณาร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา

๑.๔ การพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติว่ามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๔๕) รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการตราพระราชบัญญัติว่าต้องเริ่มต้นเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วจึงเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาเห็นชอบแล้ว จึงเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบอย่างไรก็ดี ในขั้นตอนนี้หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎรถือว่าวุฒิสภาได้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อนแล้วต้องส่งกลับคืนให้สภาผู้แทนราษฎร หรือหากวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินั้น แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วยกับการแก้ไข และต่อมาได้มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาแล้ว แต่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยกับร่างคณะกรรมการร่วมกัน ในกรณีเช่นนี้ถือว่ามีกรยับยั้งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ต่อเมื่อระยะเวลา ๑๘๐ วันได้ล่วงพ้นไปแล้ว (เว้นแต่จะเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรอายกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันที) ดังนั้น ในระหว่างที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติไว้นี้ รัฐธรรมนูญมาตรา ๑๔๕ ห้ามมิให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ตามที่บัญญัติไว้

ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาหรือวุฒิสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้น เป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกัน หรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

อนึ่ง การห้ามมิให้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ให้นำมาบังคับใช้กับการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม

๒. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว กรณีที่พระราชบัญญัติได้ประกาศใช้บังคับแล้ว หากต่อมาปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีการควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ๔ กรณี คือ

๒.๑ การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีหรือขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๑๑) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๑๑ ต้องเป็นกรณีที่มีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรือศาลอื่น และไม่ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดก็ตาม หากศาลเห็นเองหรือคู่ความ (โจทก์-จำเลย หรือผู้ฟ้อง-ผู้ถูกฟ้อง) ในคดีนั้นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ในกรณีนี้ศาลสามารถพิจารณาต่อไปได้แต่ต้องรอการพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนี้ หมายถึงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น

๒.๒ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๔๕) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๔๕ ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีในศาลก่อนเหมือนกับกรณีตาม ๒.๑ การเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยหลักการแล้วเป็นกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจพิจารณาและเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องเรียน

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น มีความหมายเดียวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตาม ๒.๑ ซึ่งหมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น

๒.๓ การพิจารณาวินิจฉัยความเห็นชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตามคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๗) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาล

รัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ที่บทบัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการนำเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น มีความหมายเช่นเดียวกับที่ได้กล่าวมาแล้วตาม ๒.๑ และ ๒.๒ กล่าวคือ เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น

๒.๔ การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องทุกข์ของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๑๒) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บทบัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำร้องให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทเฉพาะกาลให้ศาลรัฐธรรมนูญออกเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยได้ แต่ทั้งนี้ต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐

ปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้ออก “ข้อกำหนดฯ” มาใช้บังคับซึ่งตามข้อกำหนดฯ ข้อ ๒๑ และข้อ ๒๒ บัญญัติว่า

ข้อ ๒๑ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒๑๑ มาตรา ๑๔๕ (๑) และมาตรา ๒๕๖ วรรคหนึ่ง (๒) ของรัฐธรรมนูญ”

“ข้อ ๒๒ การยื่นคำร้องของบุคคลตามข้อ ๒๑ นอกจากต้อง

๑. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

๑.๑ การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๔๑) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีสถานะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไป กล่าวคือ ก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบทบังคับว่าต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มี ๘ ฉบับคือ

(๑) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา

(๒) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(๓) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

(๔) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

(๕) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(๖) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(๗) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน ดำเนินการตาม ข้อ ๑๘ แล้ว ให้ระบุเหตุที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วด้วย

การใช้สิทธิของบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นกรณีที่ ไม่อาจใช้สิทธิ โดยวิธีการอื่นได้แล้ว หมายความว่า หากบุคคลใดสามารถใช้สิทธิทางศาลตาม ๒.๑ หรือสามารถใช้สิทธิ โดยการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตาม ๒.๒ หรือสามารถใช้สิทธิ โดยการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตาม ๒.๓ ได้ บุคคลนั้นจะต้องใช้สิทธิตามช่องทางนั้นก่อน นอกจากว่าไม่สามารถใช้สิทธิตามช่องทางนั้นได้แล้ว จึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยยื่นคำร้องตามแบบฟอร์มดังต่อไปนี้

๑. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด มาตรา ๑๘ การตราพระราชบัญญัติกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัตินั้นรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ ดังนี้

๓.๑ ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

๓.๒ การตราพระราชกำหนดตาม ๓.๑ ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เมื่อพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับแล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติหรือไม่ อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป และในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภายังไม่ได้อนุมัติ พระราชกำหนดนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภานับจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของ จำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภา ที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ๓.๑ และ ๓.๒ และให้ประธาน แห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

๔. การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ การใด เพื่อให้ตนมีส่วน โดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย หรือไม่ มาตรา ๑๖๘ รัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการเพื่อตรวจสอบกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายประจำปี ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอน งบประมาณรายจ่าย ว่ามีการเสนอการแปรบัญญัติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เสนอความเห็นต่อศาล รัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย จะทำให้การเสนอ การแปรบัญญัติหรือการกระทำดังกล่าวสิ้นผลไป

๕. การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดให้ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” มี ๒ ประเภท ดังนี้

๕.๑ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มี ๔ องค์กร คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และคณะกรรมการการตรวจ เงินแผ่นดิน

๕.๒ องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ มี ๑ องค์กร คือ องค์กรอัยการคณะกรรมการ สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับ อำนาจหน้าที่ที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้นั้น ต้องเป็นปัญหาความขัดแย้ง

เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และต้องเป็น ความขัดแย้งระหว่างองค์กรต่างๆ ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเท่านั้น มิใช่กรณีการมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจ หน้าที่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่งว่ามีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่

สำหรับปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ให้ศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยแล้วแต่กรณี

๖. การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทาง การเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๖.๑ การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติ หน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือไม่ มาตรา ๖๕ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองมีสิทธิ เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อ สถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นการ คุ่มครองสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ ผู้แทนปวงชนชาวไทยเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทยเหนือประโยชน์ของพรรค การเมืองที่ตนสังกัดอยู่ สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดหรือ แยกกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุขหรือไม่นั้นเป็นการคุ่มครองสมาชิกพรรคการเมืองและประชาชนโดยทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจาก พรรคการเมืองเป็นสถาบันทางการเมืองที่สำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น การดำเนินกิจการของพรรคการเมือง หรือการกำหนดข้อบังคับของพรรคการเมืองจึงต้องไม่ขัดหรือ แยกกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข

๖.๒ การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองมีมติให้ พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๑๐๖ (๗)) สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรที่ถูกพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง (ซึ่งมีผลให้ต้องสิ้นสุด การเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) มีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อคัดค้านว่ามติของพรรค การเมืองดังกล่าวขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

ทรงเป็นประมุข จึงถือว่าเป็นการคุ้มครองสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้แทนปวงชนชาวไทย

๖.๓ การพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ และมาตรา ๒๓๗ ผู้ที่ทราบว่าบุคคลใดหรือพรรคการเมืองใดกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศไทยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำเช่นว่านี้หรืออาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าว

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๓๗ ได้กำหนดมาตรการเพื่อการปกป้องคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งตลอดจนหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่มีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย ให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และให้ถือว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศไทยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

๗. การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

๗.๑ การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา และกรรมการการเลือกตั้ง มาตรา ๕๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดเหตุที่สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลง ดังต่อไปนี้

(๑) ลาออก (มาตรา ๑๐๖ (๓))

(๒) ขาดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๑)

(๓) มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๒)

(๔) กระทำการอันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (มาตรา ๒๖๕ หรือมาตรา ๒๖๖)

(๕) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก หรือพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของที่ประชุมร่วมของคณะกรรมการบริหารของพรรคการเมืองและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองนั้น ให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก ในกรณีที่เช่นนี้ ให้ถือว่าสิ้นสุดสมาชิกภาพนับแต่วันที่ลาออก หรือพรรคการเมืองมีมติ เว้นแต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นได้อุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พรรคการเมืองมีมติคัดค้านว่ามติดังกล่าวจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีมติดังกล่าวมิได้ มีลักษณะตามอุทธรณ์ ให้ถือว่าสมาชิกภาพสิ้นสุดลงนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติดังกล่าวมีลักษณะตามอุทธรณ์สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นอาจเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองอื่น ได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย (มาตรา ๑๐๖ (๗))

(๖) ขาดจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นเป็นสมาชิกและไม่อาจเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองอื่น ได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันถัดจากวันที่ครบกำหนดหกสิบวันนั้น (มาตรา ๑๐๖ (๘))

(๗) ขาดการประชุมเกินจำนวนหนึ่งในสี่จำนวนวันประชุมในสมัยประชุม ที่มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยยี่สิบวัน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากประธานสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา ๑๐๖ (๑๐))

(๘) ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก แม้จะมีการรอกการลงโทษเว้นแต่การรอกการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา ๑๐๖ (๑๑))

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กำหนดเหตุที่สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงดังต่อไปนี้

(๑) ลาออก (มาตรา ๑๑๕ (๓))

(๒) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งหรือมีสิทธิได้รับการเสนอชื่อเพื่อเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา (มาตรา ๑๑๕)

(๓) เป็นรัฐมนตรี เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่น หรือเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือกระทำการอันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (มาตรา ๑๑๖ หรือมาตรา ๒๖๕ หรือมาตรา ๒๖๖)

(๔) ขาดประชุมเกินจำนวนหนึ่งในสี่ของจำนวนวันประชุมในสมัยประชุมที่มีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยยี่สิบวัน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากการประชุมวุฒิสภา (มาตรา ๑๑๕ (๓))

(๕) ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก แม้จะมีการรอกการลงโทษ เว้นแต่เป็นการรอกการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา ๑๑๕ (๔))

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกผู้นั้นสิ้นสุดลงหรือไม่ หรือคณะกรรมการเลือกตั้งเห็นว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงเพราะเหตุดังกล่าว ให้ส่งเรื่องไปยังประธานแห่งสภาผู้ที่เป็นสมาชิกและให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

๗.๒ การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา ๑๔๒) ในกรณีที่ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว เพราะเหตุดังต่อไปนี้

(๑) ลาออก (มาตรา ๑๔๒ (๒))

(๒) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอกการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่ดียังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอกการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา ๑๔๒ (๓))

(๓) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี (มาตรา ๑๓๔)

(๔) กระทำการอันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ หรือกระทำการต้องห้ามในการเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้น หรือคงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๖๗ มาตรา ๒๖๘ หรือมาตรา ๒๖๙)

(๕) ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงในกรณีที่นายกรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าแปดปี (มาตรา ๑๓๑ วรรคสี่)

ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าความเป็นรัฐมนตรีของรัฐมนตรีคนหนึ่งคนใดสิ้นสุดลงหรือไม่ และให้ประธาน

แห่งสภาที่ได้รับคำร้องส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ด้วยเช่นเดียวกับข้อ ๗.๑

๗.๓ การวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ (มาตรา ๒๓๓) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ทั้งสองสภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดตามมาตรา ๒๓๐ และให้ประธานรัฐสภาส่งคำร้องนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามสิบวันแต่วันที่ได้รับความร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

การขาดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม หรือการกระทำการอันต้องห้ามของกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งมีดังนี้

- (๑) กรรมการการเลือกตั้งต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบปีบริบูรณ์ (มาตรา ๒๓๐ (๑))
- (๒) กรรมการการเลือกตั้งต้องสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๓๐ (๒))
- (๓) ขาดคุณสมบัติและมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๐๕ (๑) (๔) (๕) และ (๖) (มาตรา ๒๓๐ (๓))
- (๔) ไม่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (รัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ มาตรา ๒๓๐ (๔))
- (๕) ไม่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ (มาตรา ๒๐๗ (๑))
- (๖) ไม่เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาของรัฐวิสาหกิจของหน่วยงานของรัฐ (มาตรา ๒๐๗ (๒))

(๗) ไม่ดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน หรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใด (มาตรา ๒๐๗ (๓))

(๘) ไม่ประกอบวิชาชีพอิสระอื่นใด (มาตรา ๒๐๗ (๔))

๘. การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้อำนาจกับศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใด

ที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับนานประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ทั้งนี้ตามมาตรา ๑๕๐ วรรคสอง ซึ่งหนังสือสัญญาดังกล่าวได้แก่

- ๑) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย
- ๒) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ
- ๓) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา
- ๔) หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง
- ๕) หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หากเห็นว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน ให้เสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดว่า หนังสือสัญญาดังกล่าว ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๐ วรรคหก

๘. อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มี ๘ ประการดังนี้

๘.๑ การวินิจฉัยชี้ขาดคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมืองที่ไม่รับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๓ หรือมาตรา ๑๔)

ผู้ยื่นจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมืองที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งไม่รับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองของนายทะเบียน อาจยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งของนายทะเบียนต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งดังกล่าว

๘.๒ การวินิจฉัยชี้ขาดคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมืองที่ไม่รับจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงนโยบายพรรคการเมือง ข้อบังคับพรรคการเมือง การเปลี่ยนแปลงชื่อ อาชีพ ที่อยู่และลายมือชื่อของกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ได้รับจดทะเบียนไว้กับนายทะเบียนพรรคการเมืองหรือการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในหนังสือแจ้งการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง มาตรา ๔๑) หัวหน้า

พรรคการเมืองที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของนายทะเบียนที่ไม่รับจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลง ซึ่งมี ๓ กรณี คือ กรณีแรก การขอเปลี่ยนแปลงนโยบายพรรคการเมืองหรือข้อบังคับพรรคการเมือง กรณีที่สอง การขอเปลี่ยนแปลงชื่อ อาชีพ ที่อยู่ และลายมือชื่อของกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ได้จดทะเบียนไว้กับนายทะเบียน และกรณีที่สาม การขอเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในหนังสือแจ้งการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง ในกรณีเช่นว่านี้ หัวหน้าพรรคการเมืองดังกล่าวอาจยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งของนายทะเบียนต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งไม่รับจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลงนั้น

๕.๓ การวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาตรา ๓๓) สมาชิกพรรคการเมืองซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรรมการบริหารพรรคการเมืองจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมือง จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคน เห็นว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

นอกจากนี้ มติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๓ ถือว่าเป็นมติหรือข้อบังคับที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยังหมายถึง ข้อบังคับพรรคการเมืองที่มีข้อกำหนดให้ดำเนินการทางวินัยหรือจรรยาบรรณ โดยมีได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกดำเนินการทางวินัยหรือจรรยาบรรณมีโอกาสสู้ข้อกล่าวหาและแก้ข้อกล่าวหาได้ตามสมควร หรือข้อบังคับพรรคการเมืองที่มีข้อกำหนดให้มีการดำเนินการเพื่อให้สมาชิกที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากสมาชิกภาพของพรรคการเมือง เพราะเหตุที่สมาชิกผู้นั้นลงมติหรือไม่ลงมติในสภาผู้แทนราษฎรหรือในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา หรือกรณีอื่นใดตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองที่ขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๓๓ นี้

เป็นบทบัญญัติที่ขยายรายละเอียดของอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๖๕ ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น ตาม ๖.๑

๕.๔ การวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพพรรคการเมืองที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มาตรา ๒๐ (๔) การสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกพรรคการเมืองที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเนื่องจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติให้ออกตามข้อบังคับพรรคการเมืองเพราะกระทำผิดวินัยหรือจรรยาบรรณอย่างร้ายแรงหรือมีเหตุร้ายแรงอื่นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๒๐ (๔) สมาชิกผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสามสิบวันนับแต่วันพรรคการเมืองมีมติเพื่อคัดค้านว่ามติดังกล่าวขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งการอุทธรณ์ดังกล่าวให้เป็นไปตามพระบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพของสมาชิกพรรคการเมืองที่ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๒๐ นี้ เป็นบทบัญญัติที่ขยายรายละเอียดของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๐๖ (๗) ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น ตาม ๖.๒

๕.๕ การวินิจฉัยให้หัวหน้าพรรคการเมือง คณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมือง ระวังหรือจัดการแก้ไขการกระทำใดๆ อันเป็นการฝ่าฝืนนโยบายพรรคการเมืองหรือข้อบังคับพรรคการเมือง หรือให้หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งคณะหรือบางคนออกจากตำแหน่ง มาตรา ๑๑

เมื่อปรากฏว่าหัวหน้าพรรคการเมือง คณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมือง จัดให้พรรคการเมืองกระทำการใดๆ ฝ่าฝืนนโยบายพรรคการเมืองหรือข้อบังคับพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๑๑ กำหนดให้นายทะเบียนพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น ระวังหรือจัดการแก้ไขการกระทำนั้นภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนด

ถ้าหัวหน้าพรรคการเมือง คณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมือง ไม่ปฏิบัติตามคำเตือนของนายทะเบียน นายทะเบียน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ระวังหรือจัดการแก้ไขการกระทำดังกล่าว หรือหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งคณะ

หรือบางคนออกจากตำแหน่งได้ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งคณะหรือบางคนออกจากตำแหน่ง ผู้นั้นไม่มีสิทธิเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองอีกเว้นแต่จะพ้นกำหนดสองปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่ง

๕.๖ การวินิจฉัยเกี่ยวกับการสิ้นสุดสภาพความเป็นพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๕๑ พรรคการเมืองย่อมสิ้นสุดสภาพความเป็นพรรคการเมืองด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งต่อไปนี้

(๑) ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่นายทะเบียนพรรคการเมืองรับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองใด แต่ปรากฏว่าพรรคการเมืองนั้นไม่ดำเนินการรับสมัครสมาชิกให้มีจำนวนไม่น้อยกว่าห้าพันคน ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมีที่อยู่ในแต่ละภาคตามบัญชีรายชื่อภาคและจังหวัดที่นายทะเบียนประกาศกำหนด และมีสาขาพรรคการเมืองอย่างน้อยภาคละหนึ่งสาขา

(๒) ไม่ส่งผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเลือกตั้งทั่วไปสองครั้งติดต่อกัน หรือเป็นเวลาแปดปีติดต่อกันสุดแต่ระยะเวลาใดจะยาวกว่ากัน

(๓) มีจำนวนสมาชิกเหลือไม่ถึงห้าพันคน เป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี

(๔) ไม่มีการเรียกประชุมใหญ่พรรคการเมือง หรือไม่มีการดำเนินกิจกรรมใดทางการเมือง เป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี โดยมีได้มีเหตุอันสมควรจะอ้างได้ตามกฎหมาย เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่ามีเหตุดังกล่าว ให้นายทะเบียนดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริง ถ้าเห็นว่ามีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นกับพรรคการเมืองใดจริงให้นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเลือกตั้งในราชกิจจานุเบกษาว่าพรรคการเมืองนั้นสิ้นสุดสภาพความเป็นพรรคการเมือง

ในกรณีที่หัวหน้าพรรคการเมืองที่ถูกประกาศว่าสิ้นสุดสภาพ เห็นว่าการประกาศของนายทะเบียนไม่เป็นไปตามเหตุของการสิ้นสุดสภาพความเป็นพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๕๑ หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้มีคำสั่งเลิกการประกาศได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

มิให้นำความในมาตรา ๕๑ นี้มาใช้บังคับกับกรณีที่พรรคการเมืองมีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

๕.๗ การวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๕๓ หรือมาตรา ๕๔) การพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ สามารถแยกได้เป็น ๒ กรณี คือ กรณีเกี่ยวกับการกระทำของพรรคการเมือง ตามมาตรา ๕๓ และกรณีเกี่ยวกับการกระทำของพรรคการเมืองที่มีผลกระทบต่อปกครองหรือความมั่นคงของราษฎร ตามมาตรา ๕๔

เหตุของการยุบพรรคการเมืองซึ่งต้องมีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง กรณีการบริหารจัดการของพรรคการเมืองตามมาตรา ๕๓ มี ๓ กรณี กรณีแรกคือ กรณีที่พรรคการเมืองมีเหตุต้องเลิกตามข้อบังคับพรรคการเมือง แต่พรรคการเมืองนั้นยังมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอยู่ กรณีที่สองคือ กรณีที่พรรคการเมืองใดไม่จัดทำรายงานการดำเนินงานกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาแจ้งให้นายทะเบียนทราบ (มาตรา ๔๒ วรรคสอง) และกรณีที่สามคือ กรณีที่พรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนพรรคการเมืองให้ถูกต้องตามความเป็นจริงยื่นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา ๘๒)

เหตุของการยุบพรรคการเมืองซึ่งต้องมีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองกรณีการกระทำของพรรคการเมืองมีผลกระทบต่อการปกครองและความมั่นคงของรัฐตามมาตรา ๕๔ มีดังนี้

(๑) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว

(๒) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการเลือกตั้งซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

(๓) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(๔) กระทำการอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ

(๕) พรรคการเมืองรับบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยโดยการเกิดหรือผู้มีสัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติซึ่งได้สัญชาติไทยมาแล้วน้อยกว่าห้าปีเข้าเป็นสมาชิกหรือดำรงตำแหน่งใดๆ ในพรรคการเมือง หรือยอมให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อประโยชน์ของพรรคการเมือง (มาตรา ๒๑) หรือพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ของพรรคการเมือง ช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา หรือผู้รับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา เพื่อให้ได้รับการเลือกตั้งหรือได้รับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อม (มาตรา ๔๓) หรือพรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองรับบริจาคเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีแหล่งอื่นที่มาโดย

ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา ๖๕) หรือพรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งพรรคการเมืองรับบริจาคจากผู้ใดเพื่อกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือกระทำการอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทำการอันเป็นการทำลายทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ (มาตรา ๖๖) หรือพรรคการเมืองรับบริจาคเพื่อดำเนินกิจการของพรรคการเมืองจากบุคคล องค์กร หรือนิติบุคคลตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติห้ามไว้หรือตามที่กำหนดในประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (มาตรา ๖๕) หรือพรรคการเมืองหรือผู้ใดสมคบ รู้เห็นเป็นใจ หรือสนับสนุนให้บุคคลใดดำเนินการใด เพื่อให้บุคคลอื่นหรือคณะกรรมการการเลือกตั้ง หลงเชื่อหรือเข้าใจว่าพรรคการเมืองอื่น หรือบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ โดยปราศจากมูลความจริง (มาตรา ๑๐๔)

เมื่อปรากฏก่อนนายทะเบียน หรือนายทะเบียนได้รับแจ้งจากคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองและได้ตรวจสอบแล้วเห็นว่าพรรคการเมืองใดกระทำการตามมาตรา ๕๔ ให้นายทะเบียน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้งต่ออัยการสูงสุด พร้อมด้วยหลักฐาน เมื่ออัยการสูงสุดได้รับแจ้งให้พิจารณาเรื่องดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง ถ้าอัยการสูงสุดเห็นสมควร ก็ให้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ถ้าอัยการสูงสุดไม่เห็นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญให้นายทะเบียนตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีผู้แทนจากนายทะเบียนและผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐาน แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไป ในกรณีที่คณะกรรมการดังกล่าวไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการยื่นคำร้องได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่แต่งตั้งคณะกรรมการ ให้นายทะเบียน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจยื่นคำร้องเอง

หากนายทะเบียนเห็นสมควรจะให้ระงับการดำเนินการของพรรคการเมืองซึ่งกระทำตามมาตรา ๕๔ ให้นายทะเบียน โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้งต่ออัยการสูงสุดขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งระงับการกระทำดังกล่าวของพรรคการเมืองไว้เป็นการชั่วคราวก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๕๕

๕.๘ การวินิจฉัยเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง มาตรา ๕๘

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองเพราะเหตุอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การใช้จ่ายเงินสนับสนุนพรรคการเมือง (มาตรา ๘๒) หรือเหตุของการยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา ๘๔) และปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใดมีส่วนร่วม รู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำความผิดแล้วมิได้ยับยั้ง หรือแก้ไขการกระทำความผิดกล่าวศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น มีกำหนดเวลาห้าปี นับแต่วันที่มิคำสั่งให้ยุบพรรคการเมือง

๑๐. อำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยคดี ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา หรือ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ ที่เกี่ยวกับการจัดองค์กร และพระราชบัญญัติที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๓๕ และมาตรา ๑๔๒ (๓)

บทที่ ๓

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

๑ บทนำ

ในระหว่างการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่าบทบัญญัติในมาตรา ๓ ควรจะใช้คำว่านิติธรรมหรือนิติรัฐ ฝ่ายสนับสนุนให้ใช้คำว่านิติรัฐ ให้เหตุผลว่า “คำว่านิติรัฐมีความหมายครอบคลุมกว้างขวางกว่า คำว่านิติธรรม ซึ่งโดยคำว่านิติธรรม นั้น มีความหมายในลักษณะที่มักจะใช้กันภายในองค์กรศาลเท่านั้น คำว่านิติรัฐ โดยหลักการแล้วไม่ได้แปลว่า รัฐตามกฎหมายอย่างที่มีหลายคนเข้าใจ คำว่านิติรัฐ คือ รัฐตามกฎหมาย แต่ความจริงแล้วหลักนิติรัฐที่เป็นอุดมการณ์และเป็นอุดมคติในทางปรัชญา รากฐานของกฎหมายมหาชน... ที่รัฐนั้นย่อมต้องเคารพอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย... ส่วนฝ่ายที่ เห็นควรใช้คำว่า “นิติธรรม” ได้แสดงเหตุผลที่น่าสนใจว่านิติธรรม คือธรรมะแห่งกฎหมาย นั่นก็คือ กฎหมายที่จะต้องเป็นธรรมไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมา เพื่อให้คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้เปรียบ อีกคนหนึ่งเสียเปรียบ ซึ่งตรงกับคำว่า Rule of Law ซึ่งรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆจะใช้คำ Rule of Law ในการบัญญัติถึงการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ

ซึ่งการอภิปรายในส่วนนี้มีถ้อยคำในทางกฎหมายที่ถูกหยิบยกประกอบเหตุผล ใน ยืน ยัน ความเห็น เช่น “Rule of Law” “Rechtsstaat” “Etat de Droit” “Legal State” และ “Due process of Law” ทั้งนี้เพื่อให้เข้าใจในบริบทคำว่า “นิติธรรม” ที่บัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ยกขึ้นเป็นข้อกฎหมาย ในคำวินิจฉัย ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ ดังนั้น เพื่อการวิเคราะห์ (หรือการตีความ) นิติธรรมที่บัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง ๆ ดังกล่าว มีความหมายหรือนัยใดก็สมควรอย่างยิ่ง ที่จะต้องเข้าใจที่มาของถ้อยคำทางกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น

๒. พัฒนาการและที่มาของคำว่า “Rule of Law”

The Rule of Law เป็นหลักที่กล่าวมานานแล้วในระบบกฎหมายของไทยซึ่งผู้แปลหรือให้ความหมายในภาษาไทยไว้หลากหลาย

๑. ศาสตราจารย์วิกรม เมลานันท์ เรียกว่า “หลักธรรม” โดยเห็นว่าเป็นคำกะทัดรัด และกินความ ถึงแม้ว่าจะไม่ตรงทีเดียวกับ Rule of Law ก็เห็นจะพอคลุมไปถึงความหมาย ที่ต้องการอยู่บ้าง (ดู คุลพาท ปีที่ ๒ เล่ม ๑๒ .ศ. ๒๔๕๘, หน้า ๘๑)

๒. สุต สุตตรา เรียกว่า “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย” (ดู คุลพาท ปีที่ ๗ เล่ม ๑๑ พ.ศ. ๒๕๐๓, หน้า ๑๔๐๘)

๓. เสริม สุวรรณเทพ เรียกว่า “นิติธรรมวินัย” (ดู คุลพาท ปีที่ ๘ เล่ม ๔ พ.ศ. ๒๕๐๔, หน้า ๓๘๔)

๔. เสนาะ เอกพจน์ “หลักกฎหมาย” (ดู คุลพาท ปีที่ ๘ เล่ม ๕ พ.ศ. ๒๕๐๔, หน้า ๑๐๐๓)

๕. ศิริ วิศิษฐธรรม อัสวอนนท์ เรียกว่า “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา” เพราะ “The Rule of Law” เป็นหลักกฎหมาย (doctrine of Law) จึงนับได้ว่าเป็นปรัชญาทาง กฎหมายด้วย (ดู คุลพาท ปีที่ ๘ เล่ม ๑๐ พ.ศ. ๒๕๐๔, หน้า ๑๑๒๓)

๖. จำรูญ เจริญกุล ได้แปล Rule of Law คือ “นิติสดมภ์” เพราะเห็นว่าแต่โบราณกาลมา ในการปกครองประเทศไทยเราเคยมีเวียง วัง คลัง นา เรียกว่า “จตุสดมภ์” คำว่า “สดมภ์” แปลว่า เสา หลัก จึงเรียกว่า จตุสดมภ์ (ดู คุลพาท ปีที่ ๕ เล่ม ๑ พ.ศ. ๒๕๐๕, หน้า ๖๐)

๗. ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบาย Rule of Law หมายถึง หลักการแห่ง กฎหมายที่เกิดทุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนแห่งทุกมุม รัฐ ต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษย์ให้พ้นจากลัทธิตหารราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสิน คดีตามกฎหมายของบ้านเมือง

สำหรับศาสตราจารย์วิกรม เมลานันท์ ได้บันทึกข้อความตอนหนึ่งว่า ความหมาย อย่างเลาๆ ของ Rule of Law ในที่นี้ก็คือ ยอดของหลักกฎหมายในการออกกฎหมาย หรือปฏิบัติการ ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าจะต้องไม่เป็นการใช้อิทธิพล หรือตามอารมณ์ชอบ หรือตามอำเภอใจ แต่จะต้องเป็นกฎหมายหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยทำนองคลองธรรม ส่วนที่ใช้คำว่า “หลักธรรม” นั้น เพราะได้คิดทบทวนไปมา ก็เห็นว่าคำกะทัดรัดและกินความ แม้จะไม่ตรงทีเดียวกับ Rule of Law ก็เห็นจะพอคลุมไปถึงความหมายที่ต้องการอยู่บ้าง^๑

^๑ พลตรีปิยะพล วัฒนกุล, หลักนิติธรรมกับการตรากฎหมาย (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการ ยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ศ.) รุ่นที่ ๑๒, ๒๕๕๒) หน้า ๔-๕

การทำความเข้าใจความหมายของ Rule of Law เป็นสิ่งที่ต้องทำความเข้าใจในความ เป็นมาและพัฒนาการยอมรับหลักดังกล่าว ก่อนที่จะทำความเข้าใจในบริบทของสังคมไทย

๒.๑ Rule of Law ในความหมายดั้งเดิม Rule of Law เป็นแนวคิดที่จะค้นหาหลักการ ปกครองที่ดีที่สุด เพลโต (๔๒๘-๓๔๘ B.C.) นักปรัชญาชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีที่คุณธรรมประจำ ใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายแล้วเพลโตก็ไม่สามารถหาคน ที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับ “กฎหมาย” โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคม สามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่ว ก็ยังอาจจะมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน แต่หากในรัฐใด กฎหมายอยู่ภายใต้อำนาจของผู้มีอำนาจ รัฐนั้นก็จะมีแนวโน้มล่มสลาย ในทางตรงกันข้าม ถ้ากฎหมายเป็นนายของรัฐบาลและรัฐบาลเป็นทาส ของกฎหมาย ประชาชนก็จะมีความสุข

ต่อมา อริสโตเติล (Aristotle ๓๘๔-๓๒๒ B.C) ศิษย์เอกของเพลโตก็ได้้นำความคิดนี้ มาขยายต่อโดยเสนอว่าการปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of law is preferable to that of any individual...) แต่ก็มิใช่ประโยชน์ ที่จะให้บางคนมีอำนาจสูงสุดในฐานะผู้พิทักษ์และผู้รับใช้กฎหมาย^๒

Rule of Law ในทางกฎหมายเข้าใจโดยทั่วไปว่าเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมาย ที่พัฒนาอย่างต่อเนื่องในประเทศอังกฤษ แนวคิดในเรื่องนี้อาจสืบสาวราวเรื่องไปในยุคกลางของ ประเทศอังกฤษ ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๑๕๕ เมื่อพระเจ้าจอห์น ที่ ๑ แห่งอังกฤษ ขึ้นครองราชย์มีปัญหากับ สันตะปาปาที่กรุงโรม จนถูกทำบรรพชานียกรรมในปี ๑๒๐๕ เกิดความขัดแย้งกับกษัตริย์แห่ง ฝรั่งเศสจนเกิดการรบกันที่ Bouvins ปรากฏว่าอังกฤษแพ้สงครามครั้งนั้น ได้มีการทำสัญญา สันติภาพที่เมือง Chiron อังกฤษต้องเสียดินแดนทั้งสองที่เคยกอบครองซึ่งอยู่ตอนเหนือของแม่น้ำ Loire ในฝรั่งเศสไป พระเจ้าจอห์นต้องทำสงครามต่อ จึงเรียกเก็บภาษีเพิ่ม แต่บรรดาขุนนางอังกฤษ ไม่ยอม ทั้งสองฝ่ายจึงไม่เจรจากัน สุดท้ายขุนนางดังกล่าวยินดีจ่ายภาษีเพิ่ม โดยพระเจ้าจอห์นจะต้อง ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta เอกสารนี้เป็นสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดา ขุนนางของพระองค์ในการจะจำกัดอำนาจของพระองค์ ซึ่งเป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมือง การปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์

^๒ Rule of Law (online), 6 March 2014 Available form <http://in.wikipeki.org/Widie>, Rule of Law อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การสถาปนาลัทธิธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 32 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2537) :หน้า 3

อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่าเมื่อมีการลงนามใน Magna Carta และหลักกฎหมาย Common Law อันเป็นกฎหมายประเพณีที่รับสืบทอดและพัฒนาโดยศาลเท่านั้น

แม้ในเวลาต่อมาจะได้มีการตั้งรัฐสภาขึ้นเมื่อ ค.ศ. ๑๒๖๕ แต่อำนาจในการปกครองบ้านเมือง (Preogatives) ก็ยังคงอยู่ในมือของกษัตริย์อย่างเดิม จะถูกจำกัดลงบ้างก็เพียงเล็กน้อย อำนาจของกษัตริย์อังกฤษพัฒนาขึ้นถึงจุดสูงสุดในสมัยราชวงศ์ Tudor อันเป็นช่วงเวลาที่ยบอบหนักของรัฐบาลถดถอยลง อาจกล่าวได้ว่าในช่วงเวลานั้นกษัตริย์มีอำนาจมากและเข้าใจวิธีการในการรักษาอำนาจของตนและจำกัดอำนาจของรัฐสภา อีกทั้งยังรู้จักที่จะใช้รัฐสภาเป็นฐานในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตนด้วย อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา รัฐสภาได้พัฒนาต่อไปเป็นสถาบันซึ่งเป็นผู้แทนของกลุ่มคนต่างๆ และเริ่มมีบทบาทขึ้นจนกลายเป็นคู่ปรับสำคัญของกษัตริย์

ใน ค.ศ. ๑๖๒๘ ในยุคสมัยของพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่ง (King Charles I ค.ศ. ๑๖๐๐ ถึง ๑๖๔๙) รัฐสภาได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว ภายหลังจากได้มีการตรา Petition of Rights ได้สิบสองปี ได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นในอังกฤษ ตามมาด้วยการประหารชีวิตพระเจ้าชาร์ลที่ ๑ Petition of Rights ไม่ได้เป็นเพียงเอกสารที่กล่าวถึงความยินยอมในการเสวยราชย์เท่านั้น แต่ยังเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นอย่างมาก ในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารอีกฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act (ค.ศ. ๑๖๗๙) เอกสารฉบับนี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เนื้อหาหลักของเอกสารฉบับนี้คือ การให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลใดถูกจับกุม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลโดยคำฟ้องที่เรียกว่า Writ of Habeas Corpus ทันที

รัฐสภาสามารถที่จะสถาปนาและขยายอำนาจของตนเองออกไปอย่างมั่นคงตามลำดับ การขยายอำนาจของรัฐสภามีผลทำให้กษัตริย์ค่อยๆ ถูกจำกัดอำนาจลง และในที่สุดกษัตริย์เริ่มรู้สึกว่ารัฐสภามีอำนาจมากเกินไปและเริ่มเป็นอันตรายต่อพระองค์เสียแล้ว การแข่งขันเพื่อครองอำนาจที่เหนือกว่าระหว่างรัฐสภากับกษัตริย์เป็นไปอย่างเข้มข้น และได้เกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่าง ค.ศ. ๑๖๔๒ หลังจากสงครามกลางเมืองดังกล่าว การต่อสู้ก็ยังคงดำเนินต่อไปอีกจนกระทั่งในที่สุดรัฐสภาก็กำชัยชนะได้ในการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ระหว่าง ค.ศ. ๑๖๘๘ ถึง ๑๖๘๙ ผลของการปฏิวัตินี้ได้นำมาซึ่งเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่งคือ Bill of Rights และทำให้รัฐสภาอังกฤษกลายเป็นรัฐธิปไตยคู่กันกับกษัตริย์

โดยเหตุที่ในช่วงต้นศตวรรษที่ ๑๗ ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ในอังกฤษ ปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นคือปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในทางกฎหมายเป็นที่สุด อำนาจดังกล่าวควรอยู่กับกษัตริย์ สภา หรือศาล Francis Bacon (ค.ศ. ๑๕๖๑ ถึง ๑๖๒๖) เห็นว่าโดยเหตุที่กษัตริย์มีอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด และดำรงอยู่นอกกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือ Common Law ที่พัฒนาขึ้น โดยศาล ดังนั้นกษัตริย์จึงมีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาล (๑๕) ด้วยเหตุดังกล่าว กษัตริย์ย่อมต้องมีอำนาจในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้วและมีอำนาจที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยวกับทางปฏิบัติของศาล โดยสามารถตรวจสอบแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานตาม Common Law ได้ อย่างไรก็ตามพัฒนาการทางการเมืองในเวลาต่อมา ก็ไม่ได้เป็นไปตามแนวความคิดของ Francis Bacon เนื่องจากรัฐสภาสามารถจำกัดอำนาจกษัตริย์จนสำเร็จและได้ กลายเป็นรัฐาธิปไตยแทนกษัตริย์อังกฤษ และในช่วงที่รัฐสภาอังกฤษต่อสู้กับกษัตริย์อยู่นี้ ศาลก็ได้ เข้ามามีบทบาทด้วย โดย Sir Edward Coke (ค.ศ. ๑๕๕๒ ถึง ๑๖๓๔) ได้พิพากษาคดีไปในทาง ยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law กษัตริย์ก็ดี รัฐสภาที่ดีจะตรากฎหมายหรือ กำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่ได้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัย ว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ แม้ว่าแนวความคิดและ คำพิพากษาของ Coke จะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครองของอังกฤษ เพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่สภาตราขึ้น จะอ้าง Common Law ปฏิเสธกฎหมายที่สภาตราขึ้น ไม่ได้ แม้กระนั้นแนวคิดของ Coke ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญของหลัก นิติธรรมในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้

ในศตวรรษที่ ๑๘ ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐสภาเข้มแข็งมากแล้วนั้น คณะรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่ โดยอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร และในเวลาต่อมาก็ค่อยสลัดตนเองพ้นจากอิทธิพลของราชวงศ์ เมื่อก้าว เข้าสู่ศตวรรษที่ ๒๐ อาจกล่าวได้ว่าอังกฤษได้พัฒนาตนไปสู่ความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ที่ยอมรับสิทธิเลือกตั้งของราษฎร สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษพัฒนาไปในทิศทางของการมีพรรค การเมืองใหญ่สองพรรคผลัดกันเข้ามาบริหารประเทศ โดยฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรีและ คณะรัฐมนตรีเริ่มมีอำนาจมากขึ้นและยังคงความเข้มแข็งจนถึงทุกวันนี้^๓

๒.๒ Rule of Law แนวคิดและเนื้อหาพร้อมสมัย Rule of Law ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่อง ในประเทศอังกฤษ จนกระทั่งในศตวรรษที่ ๑๘ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ A.V.

^๓ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกมูญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร:โครงการตำราฯ, ๒๕๕๓) หน้า ๓๓๒

Dicey ซึ่งดำรงชีวิตในระหว่าง ค.ศ. ๑๘๓๕-๑๙๒๒ ได้เขียนหนังสือ “Law of the Constitution” ซึ่งเป็นตำราพื้นฐานที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญในอังกฤษส่วนใหญ่ต้องนำมาอ้างอิง เมื่อต้องการจะอธิบายความหมายของคำว่า Rule of Law ซึ่งในทัศนะของ Dicey หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอำนาจสูงสุดของรัฐสภา รัฐสภาและศาลมีหน้าที่สำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎร (อังกฤษ) จากการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยเนื้อหาสำคัญของหลักนิติธรรม คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหนึ่งกฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (The Ordinary law of the Land)

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่ กล่าวในทางทฤษฎีแล้วรัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษจึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญและย่อมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่พึงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปเลย

แน่นอนว่าในทางทฤษฎี เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภานั้นเองจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยตรากฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลเสียโดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษ ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น โดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับการสนับสนุนของรัฐบาล และพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมากสนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งถัดมาย่อมเป็นที่คาดหมายได้ในที่สุดแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับการเจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั่นเองที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทางหลักๆ ของการตรากฎหมาย และเมื่อกล่าวว่ารัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบอบประชาธิปไตยที่พัฒนาในอังกฤษ ย่อมต้องเข้าใจว่ารัฐสภาย่อมทรงอำนาจสูงสุดในหมู่องค์กรต่างๆ

ของรัฐ แต่ในที่สุดแล้ว ในทางการเมืองที่อยู่ใต้ประชาชน ดังนั้นประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมือง และจารีตประเพณีที่รับสืบทอดกันมา ในประเทศที่สิทธิเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชน เช่นประเทศอังกฤษนี้ย่อมไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดที่จะต้องบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความเป็นนิติรัฐ หรือบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นมาตราๆ ไป

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกัน อยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ตำราต่างชาติก็ไม่ได้อธิบาย ความแตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้น ต้องมีลักษณะสำคัญ คือ

- ๑) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- ๒) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- ๓) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- ๔) กฎหมายจะต้องได้รับการขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- ๕) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความขัดแย้งกันเอง
- ๖) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- ๗) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามเอกสาร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- ๘) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วนั้น^๔

^๔ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง หน้า ๓๓๖

แนวคิดที่ได้นำเสนอก็เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับบริบทประวัติศาสตร์และระบบกฎหมายในประเทศอังกฤษและกับประเทศในเครือจักรภพ ที่ได้นำเอาระบบกฎหมายอังกฤษไปใช้ แต่หลักการ Rule of Law มีข้อขัดข้องกับการนำไปใช้ในประเทศระบบกฎหมาย Civil Law ที่ใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรป ซึ่งประเทศเหล่านี้ได้สร้างหลักการควรคู่ในการตรวจสอบอำนาจของรัฐที่เรียกว่า Rechtsstaatsprinzip ในภาษาเยอรมัน หรือ Etat de droit ในภาษาฝรั่งเศส หรือ Legal State ในภาษาอังกฤษ^๕ ในส่วนคำว่า Rule of Law ได้พัฒนาการและเริ่มตกผลึกทางความคิดได้ว่าการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นธรรม อีกนัยหนึ่งเป็นหลักกฎหมายที่การปกครองดำเนินไปอย่างเป็นธรรมโดยกลไกทางกฎหมาย ซึ่งมีความหมายหลักคำว่า “การปกครองโดยกฎหมาย” อีกระดับหนึ่งและมีใช้ “หลักกฎหมาย” อย่างลอยๆ แต่มีแนวโน้มให้เห็นถึงเป้าหมายของหลักการดังกล่าวด้วย^๖

ในความหมายของ Rule of Law เนื้อหาสาระเริ่มจากการแยกการปกครองที่ดีออกจากการปกครองที่ไม่ดีโดยมีตัวกฎหมายที่กำกับการใช้อำนาจการปกครองที่มีมาตรฐานการใช้อำนาจทางปกครองที่จะต้องมีความยุติธรรม เพราะในกรณีไม่มีกฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจน การให้ความเป็นธรรมแต่ละกรณีก็ต้องใช้ดุลพินิจที่มีหลัก Rule of Law กำกับไว้เสมอ เห็นได้ว่า Rule of Law แท้จริงแล้วมีสาระสำคัญหรือรายละเอียดอีกมากนักนักนิติศาสตร์ได้พิจารณาหลัก Rule of Law ไว้เป็นระบบต่อเนื่องที่น่าสนใจ เช่น

การประชุมสหภาพนักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ (International Congress of Jurists) ในปี ค.ศ. ๑๙๕๕ ที่นิวยอร์ก ประเทศอินเดีย สรุปว่า ในสังคมที่มีหลัก Rule of Law นั้น “จะต้องสร้างและรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไขในการผดุงเกียรติภูมิของมนุษย์ที่เป็นเอกชน เกียรติภูมินี้มิใช่เป็นเพียงแต่การยอมรับในสิทธิมนุษยชนและการเมืองของเอกชนเท่านั้น แต่จะต้องเป็นการก่อตั้งเงื่อนไขในทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษาและวัฒนธรรม บรรดาที่จำเป็นในการพัฒนาให้สมบูรณ์ซึ่งบุคลิกภาพของผู้นั้นด้วย อันเป็นความหมายที่ค่อนข้างกว้างมาก โดยกำหนดในแง่เป้าหมาย ซึ่งการนำไปสู่เป้าหมายนั้นย่อมต้องมีทั้งหลักสาระบัญญัติ (substance) และวิธีการ (procedure) แต่จะมีรายละเอียดเช่นใด มติดังกล่าวมิได้ขยายความต่อไป

ลอน แอล. ฟูลเลอร์ (Lon L. Fuller) ได้เสนอในปี ค.ศ. ๑๙๖๔ ว่า การใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมาย โดยกฎหมายต้องมีหลักศีลธรรมภายใน (Inner

^๕ ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดต่อไป

^๖ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, “หลักนิติธรรม(Rule of Law)”ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราฯ, ๒๕๕๓) หน้า ๑๓๒

Morality of law) เป็นหลักยึดของกฎหมายต่างๆ อีกชั้นซึ่งศีลธรรมภายในนี้มืองค์ประกอบ ๘ ประการ คือ

- (๑) เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม
- (๒) มีการประกาศให้ทราบทั่วไป
- (๓) การไม่ใช้บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ
- (๔) มีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน
- (๕) ไม่มีการวางหลักที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น
- (๖) ไม่บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้
- (๗) ไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเกินควร และ
- (๘) มีความสอดคล้องระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทบัญญัติของกฎหมาย

ซึ่งหลักข้อสุดท้ายของ (๘) นี้กว้างขวางมาก โดยหมายรวมถึง มาตรการต่างๆ ที่ต้องนำมาใช้เพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอันรวมถึงแต่การให้เจ้าหน้าที่มีกระบวนการพิจารณาอย่างเป็นธรรม เช่น สิทธิการให้ที่ปรึกษา (ทนายความ) ทำการแทน สิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนสิทธิในการอุทธรณ์ ฯลฯ ตลอดจนการมีหลักเกณฑ์ให้ตีความกฎหมายได้โดยถูกต้อง ซึ่งหลักข้อ ๘ นี้จะเกี่ยวข้องกับสาระของกฎหมายปกครองโดยตรง แม้หลักศีลธรรมภายในกฎหมายตามข้อเสนอของฟูลเลอร์ (Fuller) แม้จะมีสาระที่น่าสนใจ แต่ก็มีผู้ไม่เห็นด้วยมากมายในแง่ความสมบูรณ์ของเนื้อหาว่าหลักที่กฎหมายควรจะเป็นมิได้มีเพียงแค่นี้

โจเซฟ เรซ (Joseph Rez) เสนอในปี ค.ศ. ๑๙๗๗ ว่าหลัก Rule of Law เป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่มี ความหมาย แต่ต้องมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานบางอย่าง และเห็นว่าหลักนิติธรรมอย่างน้อยต้องประกอบด้วย หลักการต่อไปนี้

- (๑) บทกฎหมายจะต้องไม่ใช้บังคับย้อนหลัง และต้องเปิดเผยและชัดเจน
- (๒) กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร
- (๓) บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคง และชัดเจน
- (๔) ความอิสระขององค์กรตุลาการจะต้องมีการคุ้มครอง
- (๕) มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (natural justice ตามแนวของกฎหมายอังกฤษ อีกนัยหนึ่งก็คือ due process if law นั่นเอง)
- (๖) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง

(๓) บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่าย โดยไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไป และระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป

(๘) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย

เรซ (Raze) ยอมรับว่าหลักการที่ตนเสนอมิได้สมบูรณ์แต่ควรมีการพัฒนาให้ละเอียดรอบคอบและถูกต้องยิ่งขึ้น แต่โดยสภาพจะเห็นได้ว่า หลักการดังกล่าวจะแยกเป็น ๒ กลุ่ม โดยข้อ (๑) ถึง (๓) เป็นหลักการทางสารະบัญญัติของกฎหมาย ส่วน (๔) ถึง (๘) เป็นกลไกในการใช้บังคับกฎหมาย ซึ่งทั้งสองส่วนควรมีความสำคัญในเนื้อหาของหลักนิติธรรม และแม้กลไกการบังคับใช้กฎหมายจะเน้นที่ศาลก็ตามแต่ก็เห็นว่าศาลเองก็มีพันธะต้องทำตามกฎหมายและต้องไม่ใช่ดุลพินิจในการพิจารณาคดีโดยลำเอียง ซึ่งในที่สุดหลักนิติธรรมนี้จะมีคุณความดี ในการเป็นระบบพิทักษ์ความดีและป้องกันความชั่วร้าย

เจฟฟรีย์ โจเวลล์ (Jeffery Jowell) สรุปว่า ตั้งแต่อดีตมา Rule of Law เป็นหลักเกี่ยวกับกลไกการใช้กฎหมาย (procedure) ตั้งแต่วิธีการควบคุมดุลพินิจการวางหลักให้ใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีฐานะทางกฎหมาย และการกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายหรือคำสั่ง แต่ขณะเดียวกัน Rule of Law จะต้องเกี่ยวข้องกับสาระของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองด้วยอันเป็นเรื่องในทางสารະบัญญัติ (substance) โดยหลักนิติธรรมก็คือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง และล่าสุดแม้สาระส่วนใหญ่ในการนำเสนอจะคงเดิม แต่โจเวลล์ (Jowell) จัดหัวข้อในเรื่อง Rule of Law ใหม่โดยเพิ่มหลักในทางสารະบัญญัติ เพื่อให้เป็นสังคมประชาธิปไตยที่ไม่บิดเบือนการใช้อำนาจ เช่น หลักความไม่แน่นอนในกฎหมาย กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม เปิดโอกาสให้เกิดการถ่วงดุลและมีช่องทางเพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

ไฮน์ริช ซีเดนทอปฟ์ (Heinrich Siedentopf) สรุปใน ค.ศ. ๑๙๕๓ ว่าหลักนิติธรรมประกอบด้วยหลักการสำคัญ คือ

(๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจ เพื่อให้เกิดการคานและดุลกันในการดำเนินการปกครองเพื่อประโยชน์ของประชาชน

(๒) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง โดยการใช้อำนาจต้องมีฐานตามกฎหมายและมีการใช้อำนาจตามกรอบที่กฎหมายกำหนด ทั้งในแง่สารະบัญญัติและวิธีพิจารณา

(๓) สิทธิพื้นฐาน (basic rights) จะต้องได้รับความคุ้มครอง

(๔) สิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อให้ทราบการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่กฎหมาย

(๕) หลักสัดส่วน โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงความจำเป็น ให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้มาตรการที่ได้สัดส่วนกัน และมาตรการที่ใช้ต้องไม่เกิดภาระแก่เอกชนเกินควร

(๖) ความแน่นอนของกฎหมาย เพื่อให้บุคคลมีความเชื่อมั่นในกฎหมายและสิทธิต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย ตลอดจนหลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในผลทางกฎหมายและหลักการไม่ใช้มาตรการบังคับย้อนหลัง

(๗) ความรับผิดชอบของรัฐและความรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ เพื่อคุ้มครองสิทธิและทรัพย์สินของเอกชนที่ต้องเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครอง

ในเยอรมันเห็นว่าจุดหมายปลายทางของการปกครองประสงค์ให้เกิดความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ ความเป็นธรรมในสังคม และการป้องกันภัยพิบัติด้วย ทั้งนี้ตามหลักของรัฐสวัสดิการ (welfare state) และได้มีการรวมหลักการนี้เข้ามาเป็นเป้าหมายโดยเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมด้วย

จากข้อเสนอของนักวิชาการต่อเนื่องเกือบ ๒๐๐ ปี หลัก Rule of Law เกิดขึ้นในชื่อเรียกร้องสิทธิจากการใช้อำนาจของกษัตริย์อังกฤษ เพื่อคุ้มครองของเหล่าขุนนางและเสรีชนจากการกระทำตามอำเภอใจ และได้พัฒนาต่อเนื่องมาจนถึงเป็นสาระสำคัญในการใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายทั่วไปและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบัน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศาสนต์ อดีตนายกมนตรีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่าแม้การให้ความหมายของ Rule of Law จะไม่ต่างกันนักกับของเหล่าวิชาการ แต่สิ่งทั้งหลายที่นำเสนอขึ้นนั้นมีความชัดเจนตรงกันว่า หลัก Rule of Law เป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่ที่จะดำเนินการเพื่อคุ้มครองทั้งประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน และในกรณีประโยชน์ขัดกัน

ก็ด้วยคุ้มครองให้เกิดดุลยธรรมที่เป็นธรรม แต่ทั้งหลายทั้งปวงนั้น อาจจำแนกสาระสำคัญของ Rule of Law ได้ดังนี้

(๑) การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ (supremacy of law) ไม่ว่าจะ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ (machinery of government) โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตจำกัดของการใช้อำนาจต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกันและจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

(๒) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลเดียวกันจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีการคานและดุลกัน อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ง่าย

(๓) การมีกฎหมายที่ดี (good law) อันจะเกี่ยวข้องทั้งในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย

ก) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องมีความชัดเจน (clarity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง (certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมจะก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควร ความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ (security of right) เช่น สิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครองก็จะมีหลักให้มีความแน่นอน โดยบุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณีโมฆะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบต่อไปอีกช่วงว่า หากมีคำสั่งทางปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิในประโยชน์นั้น กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (legitimate expectation) ดังกล่าวตามควร

ข) ในแง่ทางสาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม และความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสาระนั้นจึงสะท้อนถึงการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบหรือมิให้โอกาสโดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมสร้างความเหลื่อมล้ำแก่ผู้ที่มีโอกาสต่อยกกว่าจนเกิดความไม่เป็นธรรม แนวคิดที่จะให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมนั้นจึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (ทำนองเดียวกับแนวคิดด้านรัฐสวัสดิการหรือความมุ่งมั่นในการประกาศหลักนิติธรรม ในการประชุมที่กรุงนิวเดลีครั้งที่กล่าวข้างต้น)

(๔) การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (administrative legality) ในการปกครอง ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้น ในการใช้อำนาจใดๆ ต่อเอกชนรัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย กาดใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงเพื่อให้มีการเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมายและการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม

(๕) ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ และในกรณีที่ทำเป็นอาชญากรรมหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติม

ตามความจำเป็นรัฐ แต่ก็ตั้งอยู่บนฐานของความเท่าเทียมกันในความสามารถที่จะเลือกสถานะนี้
ได้ มิใช่ผู้ใดจะต้องสูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (worsing off) ดังนั้น ในกรณีของรัฐ
(โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือในการรักษาประโยชน์มหาชน
อันใดที่จำต้องทำให้เอกชนใดเสียหาย รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้น ให้ตามที่เป็นธรรมเนียม
ในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประชารัฐ

(๖) การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจ
บริหารนอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิธีทางการเมืองแล้ว เมื่อยอมรับการใช้อำนาจ
ทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กร
อิสระเพื่อให้มั่นใจได้ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณี que เห็นว่าการใช้
อำนาจผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลัก Rule of Law
หากรัฐสภาตรากฎหมายโดยผิดหลักเกณฑ์ตามหลักรัฐธรรมนูญก็อาจนำคดีไปสู่ไปการสู่พิจารณา
ของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณา
ของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ แต่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดจะต้องจัดตั้งตาม
ความเหมาะสม ตามความชำนาญเฉพาะด้าน และในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีของศาลก็ต้อง
เป็นไปตามข้อจำกัดโดยสภาพองค์กรศาลที่จะพิจารณาได้ กล่าวคือต้องเป็นกรณีที่เป็นประเด็น
ข้อพิพาท (cases and controversities) มิใช่พิจารณาเรื่องสมมุติที่มีได้มีการพิพาทจริงจึงที่ต้องหา
ข้อยุติให้ และในการตีความสร้างหลักกฎหมายเสริมช่องว่างในกฎหมาย (gap in law) ศาลก็ต้องใช้
หลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปอย่างมีเหตุมีผล มิใช่จะวางหลักอะไรตามใจชอบและต้องไม่ก้าว
ล่วงไปพิจารณาทบทวนในเรื่องนโยบายหรือดุลพินิจเฉพาะในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น
โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสม
(eapediency หรือ L'opportunité) ของการดำเนินการนั้น เป็นความรับผิดชอบขององค์กรผู้ใช้อำนาจ
นั้นโดยตรง ที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชา ผู้รับผิดชอบในทางการเมืองและประชาชน
จึงอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล

(๗) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ พื้นฐานของ
เอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชารัฐ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจ
บริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน
ทั้งนั้น การที่กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย (last resort) ของประชาชน หมายความว่าศาลเป็น
องค์กรสุดท้ายที่ประชาชนมีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหาที่ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาล
เป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพประชาชน อนึ่งตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจบัญญัติและ
อำนาจบริหารนั้นทั้งสมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลต่างคำนึงถึงอย่างมากถึงการคุ้มครองของสิทธิ

เสรีภาพของประชาชนมาก่อนแล้ว และปัญหาส่วนใหญ่ก็ได้ขจัดไปแล้วตั้งแต่ขณะนั้น (ถ้าเป็นรัฐสภาที่ดีและรัฐบาลที่ดี เฉพาะปัญหายุ่งยากที่เห็นไม่ตรงกันหรือปัญหาที่เกิดขึ้นโดยความไม่รู้ในอคติต่างๆ เท่านั้น ทำให้จำเป็นต้องมีคดีขึ้นสู่ศาล โดยสรุปทุกองค์กรที่ดีของรัฐต่างมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยไม่มีเหตุอันสมควรและเป็นธรรมเพียงแต่บทบาทและช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่องค์กรใดจะมีความดีเหนือองค์กรอื่นเพียงองค์กรเดียว จากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนทำให้มีหลักกฎหมายสำคัญตามมาอีกหลายประการ เช่น หลักการเสมอภาคในกฎหมาย (equality before the law) หลักสัดส่วนของการใช้อำนาจ (proportionality) หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังให้เป็นโทษแก่บุคคล (retroactivity) ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนนี้ย่อมจะพัฒนาขยายไปตามขอบเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละกาลสมัย^๖

๓ พัฒนาการและที่มาของ Rechtsstaatsprinzip หรือ Etat de droit หรือ Legal State

Rechtsstaat เป็นภาษาเยอรมัน ประกอบด้วย คำสองคำคือ “Recht” ที่แปลว่า กฎหมาย และคำว่าสิทธิได้ด้วย คำว่า Staat แปลว่า รัฐ และตรงกับภาษาฝรั่งเศสว่า Etat ที่แปลว่า Droit ที่แปลว่า กฎหมาย ตรงกับภาษาอังกฤษให้คำว่า Legal State และนักวิชาการของไทย นำมาแปลในภาษาไทยแบบตรงตัวเลยว่า นิติรัฐ (ต่างจาก Rule of Law ที่มีการแปลเป็นภาษาไทยได้หลายถ้อยคำ ดังที่กล่าวในส่วนที่แล้ว) แนวคิด Rechtsstaat เกิดขึ้นในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ในช่วงศตวรรษที่ ๑๗ ที่มีปฏิกริยาจำกัดการใช้อำนาจปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จนมีคำกล่าวในยุคนั้นว่า Rechtsstaat (นิติรัฐ) คือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่มนุษย์ (government of Law and not of men) ซึ่งแนวคิดนี้มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องในยุโรป และเริ่มปรากฏหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดอำนาจอำเภอใจของกษัตริย์ชัดเจนมากขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ที่เกิดรัฐสมัยใหม่ในยุโรปพัฒนาจากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ความเป็นรัฐ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้นในแง่ของบุคคล กล่าวคือ ถึงแม้ว่ากษัตริย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองจะยังมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็ตาม แต่ในการใช้อำนาจนั้นมีการเรียกร้องให้กษัตริย์ต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย ปรากฏว่าด้วยรัฐในยุคสมัยแห่งพุทธิปัญญานี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากนักคิดอย่าง Immanuel Kant ซึ่งนำเอาความคิดว่าด้วยเสรีภาพและเหตุผลมาเป็นศูนย์กลางของปรัชญาของตน อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า Kant ไม่ได้เน้นเสรีภาพของบุคคลไปที่เสรีภาพทางการ

^๖ รายละเอียดเพิ่มเติมใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, เพิ่งอ้าง หน้า ๑๐๓-๑๐๗

เมืองเหมือนกับที่ปรากฏในหลายๆ ประเทศ แต่เน้นไปที่เสรีภาพในทางความคิด การมุ่งเน้นในประเด็นดังกล่าวของ Kant นี้เอง ที่ทำให้หมโนทส์นว่าด้วยนิติรัฐ แม้จะเป็นหมโนทส์นที่สนับสนุนเสรีภาพ แต่ก็ขาดลักษณะประชาธิปไตย เราจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ของชาติเยอรมันว่าในช่วงเวลานั้นไม่มีคำอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางอำนาจระหว่างรัฐกับราษฎรดังเช่นที่ปรากฏในฝรั่งเศสเลย ในขณะที่นักคิดในเยอรมันคงมุ่งเน้นเรื่องเสรีภาพในทางการเมือง และในที่สุดชนชาติฝรั่งเศสก็สามารถปลดปล่อยตนเองให้พ้นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. ๑๗๘๙

ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับพัฒนาการของนิติรัฐในศตวรรษที่ ๑๘ นี้อยู่ที่การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ แนวคิดที่ว่าจักรวาลดำรงอยู่อย่างเป็นระบบระเบียบเพราะถูกกำกับควบคุม โดยสิ่งที่มีคุณภาพในทางสติปัญญาที่เรียกว่า logos (เหตุผลสากล) ปรากฏขึ้นตั้งแต่ในสมัยกรีกโบราณ โดยเฉพาะในปรัชญาของสำนักสโตอิกส์ (Stoicism) นักคิดสำนักนี้เชื่อว่ามนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลจากเหตุผลสากล มนุษย์ทุกคนจึงเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง กล่าวคือมนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายแห่งเหตุผลได้โดยไม่ต้องมีใครช่วยตีความให้ ความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างยิ่งในอาณาจักรโรมัน (ผ่านความคิดของนักคิดสำนักสโตอิกส์ที่เป็นชาวโรมันอย่างเช่น โซเซโร) ทำให้ชาวโรมันสามารถพัฒนาพัฒนาวิชานิติศาสตร์ตั้งอยู่บนรากฐานของเหตุผลอย่างเป็นระบบขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตามแนวคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลของมนุษย์อ่อนแรงลงในสมัยกลาง ซึ่งเป็นสมัยที่นิติปรัชญาแนวคริสต์ครอบงำยุโรปจวบจนกระทั่งนักคิดอย่าง Samuel Pufendorf (ค.ศ. ๑๖๓๒ ถึง ๑๖๙๔) และ Christain Wolff (ค.ศ. ๑๖๗๙ ถึง ๑๗๕๔) ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าวขึ้นมาพัฒนาต่อความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติจึงกลับฟื้นตัวขึ้น โดยนักคิดในยุคสมัยนั้นได้เชื่อมโยงความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิ ตามธรรมชาติเข้าด้วยกันตามคำสอนของนักคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคฟื้นฟูนี้ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กักรัฐและไม่ขึ้นอยู่กักฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ สิทธิตามธรรมชาติที่กล่าวถึงนี้เองที่ต่อมาจะกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

การเริ่มตระหนักถึงสิทธิที่กล่าวมานี้ ทำให้ในราวปลายศตวรรษที่ ๑๘ ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ ๑๙ ราษฎรได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้น เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางการเมืองการเรียกร้องดังกล่าวไม่ใช่เรื่องที่อยู่เหนือความคาดหมาย เพราะในช่วงเวลานั้นราษฎรที่เป็นสามัญชนเริ่มมีพลังอำนาจทางเศรษฐกิจมากขึ้น

เมื่อราษฎรต่างเริ่มมีทรัพย์สินมากขึ้น ก็ย่อมต้องการความมั่นคงปลอดภัยในทรัพย์สินตนหามาได้ เป็นธรรมดา ราษฎรนี้ต่างเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะปรากฏเป็นจริงได้ ก็ต่อเมื่อมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจของรัฐต้องผูกพันอยู่กับกฎหมาย กฎหมายย่อมจะต้องเป็น กฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ กฎหมายจะต้องสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจ ของรัฐและกฎหมายจะต้องประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

ในราวปลายศตวรรษที่ ๑๙ ซึ่งยังเป็นช่วงที่เยอรมนีอยู่ภายใต้การปกครองของ จักรพรรดิ พัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการหักเหขึ้น ที่ว่าเกิดการหักเหก็เนื่องจาก ในช่วงเวลานี้มีโน้ตสันว่าด้วยนิติรัฐถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องจากในเวลานั้นคำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง หรือสำนักปฏิฐานนิยมบ้านเมืองทางกฎหมาย (Legal Positivism) เจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิด หลักของสำนักคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอน ให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็น สิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับนักกฎหมายบ้านเมืองหรือ สำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมาย ต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐ จึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้ภายในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครอง สิทธิปัจเจกชน (ที่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้น) จากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กร ตุลาการเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มีการพูดถึง องค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ต่อกฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกรัฐ ชนิดนี้ว่า Gesetzesstaat (คำว่า Gesetz ในภาษาเยอรมันแปลว่า กฎหมาย เหมือนกับคำว่า Recht แต่เพียงกฎหมายในทางรูปแบบเช่นนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐ ตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ในรัฐชนิดนี้ ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” ผลพวง จากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดมีโน้ตสัน ว่าด้วยนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย คือเป็นนิติรัฐที่เป็น เสรีนิยม คำนี้ถึงความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบันนี้เมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบ ทั้งสองด้านคือ ทั้งในทางรูปแบบ และในทางเนื้อหาการกล่าวถึงนิติรัฐเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย อาจจะไปสู่ความเข้าใจผิดได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทยที่วงการกฎหมายตลอดจนองค์กร ตุลาการยอมรับบรรดาคำสั่งของคณะรัฐประหารทั้งปวงว่าเป็นกฎหมาย โดยที่ไม่ได้ตั้งคำถาม

ในทางเนื้อหาว่าสิ่งที่เกิดจากการประกาศของคณะรัฐประหารนั้นมีเนื้อหาที่ สอดรับกับความถูกต้อง เป็นธรรมและสมควรจะได้ชื่อว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่

ในประเทศเยอรมนี ภายหลังจากการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ได้มีการพูดถึงนิติรัฐ ในทางเนื้อหามากขึ้น แต่การขึ้นครองบังอำนาจของ Adolf Hitler ก็ทำให้พัฒนาการในเรื่องนี้สะดุดลง จนกระทั่งประเทศเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง แนวความคิดดังกล่าวจึงพัฒนาต่อไป ภายใต้อิทธิพลรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ได้กล่าวมาแล้วว่าแนวคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแค่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเหล่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคม ด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ บุคคลที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มีองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ให้องค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของเยอรมนีหลังสงครามโลก ครั้งที่สองเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) ได้เดินตามแนวทางนี้และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐ เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ^๔

แนวคิดและหลักการดังกล่าวได้มีนักคิดนิติศาสตร์นับแต่ศตวรรษที่ ๑๙ พยายามที่จะ กำหนดองค์ประกอบหลักนิติรัฐไว้ให้ชัดเจน เช่น Hastmut Maurea เห็นว่าหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบ ๕ ประการ คือ ๑ หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในขั้นพื้นฐาน ๒ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ๓ หลัก ความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ ๔ หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง ๕ หลักการ คุ้มครองสิทธิในองค์กรตุลาการ ๖ หลักความรับผิดชอบของรัฐ ๗ หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ๘ หลักความมั่นคงของกฎหมาย และ ๙ หลักความได้สัดส่วน แต่ในส่วนของ Theodor Maunz เห็นว่าภาวะสำรองของหลักนิติรัฐ มี ๗ ประการ คือ ๑ หลักการ แบ่งแยกอำนาจ ๒ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ๓ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ และฝ่ายปกครอง ๔ หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา ๕ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ๖ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยกฎหมาย และ ๗ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางวิชาการในแนวความคิดของ Maunz เป็นที่ยอมรับและนำมาอ้างอิงในทาง วิชาการอย่างกว้างขวาง ซึ่งมีรายละเอียดของแต่ละหลักการดังนี้

^๔ รายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เพิ่งอ้าง หน้า ๓๒๐-๓๒๒

๑. หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกัน โดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใด อำนาจหนึ่งที่ได้รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ ในแง่ของตัวบุคคล (peronelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกร่องให้ภาระหน้าที่

๒. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่ง กับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง ไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับความคุ้มครอง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงแต่เครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

๓. หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่าย

ตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยโคทาขผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดีหรือฝ่ายปกครองที่ดีก็จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้นการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังนี้

(๑) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายฝ่ายตุลาการ ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี ๓ รูปแบบ ดังนี้

(๑.๑) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย

(๑.๒) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้หลักกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

(๑.๓) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง

(๒) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ ๒ หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมายและหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

(๒.๑) หลักความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่างๆ ของรัฐทั้งหลายรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้นการกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หากกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๒.๒) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิบัติให้ฝ่ายปกครองการกระทำอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ ส่วนหลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของหลักกฎหมายดังกล่าว

แต่ประเด็นที่ยังเป็นปัญหาคือ หากเป็นการกระทำที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลกรณีนี้จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการกระทำความดังกล่าวหรือไม่เพียงใด ซึ่งในกรณีนี้ มีความเห็นแบ่งออกเป็น ๒ ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลไม่จำเป็นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจทำการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนได้เสมอ แต่ฝ่ายที่สองเห็นว่า ถึงแม้ฝ่ายปกครองจะทำการอันเป็นการให้ประโยชน์แก่ประชาชน แต่การให้ประโยชน์ดังกล่าวอาจไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น เช่น การที่ฝ่ายปกครองให้เงินสนับสนุนในการดำเนินธุรกิจแก่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง อาจไปกระทบต่อเสรีภาพในการแข่งขันของบุคคลได้ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

๔. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

(๑) หลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่ว่าการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากเขาจะกระทำการอันใดอันหนึ่งและกฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างใดบ้าง จากข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้เองบุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและกระทำให้เกิดความแน่ใจว่าการกระทำของตนจะไม่ใช่การละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบด้วยหลักย่อย ๒ หลัก กล่าวคือ หลักความชัดเจนของกฎหมายและหลักคุ้มครองความสุจริต

(๑.๑) หลักความชัดเจนของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติ (รวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง) ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอเพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายความชัดเจน

(๑.๒) หลักคุ้มครองความสุจริต เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เป็นหลักที่ฝ่ายปกครองจะทำการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง โดยหลักแล้วการยกเลิก เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้นๆ แล้ว ในกรณี

ที่เห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ให้นำหลักความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว

(๒) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร้อยไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น ๒ กรณี คือ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย หรือเรียกว่าการมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย กรณีนี้ได้แก่กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านไป แล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น การเพิ่มอัตราเบี้ยบานาญ โดยให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ย่อมหมายความว่าผู้รับบานาญย่อมมีสิทธิได้รับเงินบานาญเพิ่มขึ้น ในช่วงเวลาที่ผ่านพ้นไปแล้วตามที่กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังไปถึง และกรณีที่สอง คือการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราบานาญสำหรับผู้มีสิทธิได้รับบานาญ โดยให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ในกรณีนี้จะให้มีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปในอนาคต

รูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณี หากมีผลเป็นกรณีที่เกิดภาระต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักของความแน่นอนของกฎหมายกับหลักการคุ้มครองความสุจริต ซึ่งตามหลักทั้งสองก็ได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ส่วนนวนขอบเขตของกฎหมายอื่นๆ นั้น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ จำเป็นจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมายกับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะมุ่งคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่าประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

(๓) หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือเรียกอีกชื่อว่า “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความ

สมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ ๓ หลัก กล่าวคือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

ก. หลักความเหมาะสม หมายถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก

ข. ความจำเป็น หมายถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรฐานที่รับนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ และวิธีการ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งที่จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

๕. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหมายความว่าผู้พิพากษาสามารถกระทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษา มีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น หลักความอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซง โดยเฉพาะจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

ความอิสระของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก ๓ ประการ กล่าวคือ ความอิสระจากคู่ความ ความอิสระจากรัฐ และความอิสระจากสังคม ความไม่เป็นอิสระจากทั้งสาม

ประการดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา ความอิสระของผู้พิพากษาที่ปรากฏในรูปแบบต่างๆ ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา

หลักความอิสระของผู้พิพากษาอาจแบ่งออกได้เป็น ๓ ประการ กล่าวคือ ความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ ความอิสระในทางองค์กร และความอิสระในทางส่วนบุคคล

(๑) ความเป็นอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ เป็นการคุ้มครองการพิจารณาหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาจากอิทธิพลภายนอกทั้งหลาย หลักความอิสระในการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษามีได้คุ้มครองผู้พิพากษาเฉพาะต่อการแทรกแซงจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรอื่นเท่านั้น หากแต่ยังคุ้มครองผู้พิพากษาจากการแทรกแซงโดยทางอ้อมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ทั้งนี้เพราะผู้พิพากษาย่อมผูกตนเองเฉพาะภายใต้บังคับของบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

(๒) ความอิสระในทางองค์กร หรือความเป็นอิสระในการจัดองค์กรของศาล ความอิสระขององค์กรตุลาการมีผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความอิสระในทางองค์กรหมายความว่า อำนาจตุลาการที่ดี ศาลที่ดี หรือผู้พิพากษาที่ดี จะต้องไม่อยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่อยู่ใต้อำนาจขององค์กรอื่นไม่ว่าจะประโยชน์โดยในข้อเท็จจริงหรือในทางกฎหมายก็ตาม

(๓) ความอิสระในทางส่วนบุคคล หมายความว่า โดยหลักแล้วการถอดถอนและการโยกย้ายผู้พิพากษาไม่อาจกระทำได้ หากเป็นการขัดกับความประสงค์ของผู้พิพากษา เว้นแต่กระทำโดยคำพิพากษาของศาล ความอิสระในทางส่วนบุคคลมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความมั่นคงต่อความอิสระของการทำหน้าที่ในทางตุลาการ) ของผู้พิพากษา ซึ่งการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความอิสระของผู้พิพากษานั้นมิใช่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มีคำสั่งโดยตรงต่อผู้พิพากษาเท่านั้น หากแต่กรณีอาจเป็นการกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้วยเช่นกัน หากผู้พิพากษาที่วินิจฉัยตัดสิน ใจคดีนั้นกล่าวว่าหากวินิจฉัยในทางใดทางหนึ่งแล้วจะเกิดผลกระทบต่อสถานะในทางตำแหน่งของผู้พิพากษา ดังนั้น ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องให้หลักประกันแก่ผู้พิพากษาในการอยู่ในตำแหน่งของผู้พิพากษา

๖. หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา นอกเหนือจากหลักประกันในกฎหมายอาญาแล้ว หลักดังกล่าวยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัยและการลงโทษในทางวิธีเรียงตามข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” นั้น วางอยู่บนพื้นฐาน ๔ ประการ คือ (๑) หลักการกระทำ (๒) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย (๓) หลักความแน่นอนชัดเจน และ (๔) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

(๑) หลักการกระทำ กฎหมายอาญาตามหลักนิติรัฐนั้น ย่อมผูกพันอยู่กับการกระทำ แต่มิได้ผูกพันอยู่กับความคิด ดังนั้น พื้นฐานในการกำหนดความผิดหรือกำหนดจึงต้องวางอยู่บน พื้นฐานของ การกระทำ” (ซึ่งหมายความว่าถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย)

(๒) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย หรือการกำหนดโทษจะต้องได้รับการ กำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าวหมายถึงหลักการอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย กฎหมาย ที่จะกำหนดโทษในทางอาญาจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา ซึ่งนำไปสู่ หลักการกำหนดเงื่อนไขโดยรัฐสภา ซึ่งหลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ ๒ ประการ กล่าวคือ ประการ แรก มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองบุคคล เพราะบุคคลควรที่จะได้ทราบล่วงหน้าว่า การกระทำ เช่นใดที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำและกำหนดโทษไว้ ส่วนวัตถุประสงค์ประการที่สอง เพื่อทำให้ เกิดความแน่ใจว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น (ไม่หมายรวมถึงอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ) ที่ทำการกำหนดโทษทางอาญาไว้ จากหลักการการกำหนดโทษต้องกระทำโดยกฎหมายเท่ากับเป็นการ ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล นอกจากนี้ยังห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียง อย่างยิ่ง (Analogie) ลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กล่าวโดยสรุปสำหรับหลักการกำหนดโทษ โดยกฎหมายมีความหมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และเป็นกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ

(๓) หลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลัก ที่สำคัญหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น และเป็นหลักที่ได้รับการเรียกร้องมากขึ้น ในกรณีของกฎหมายอาญายังมีการกำหนดโทษสูงขึ้น กฎหมายอาญายังต้องมีความแน่นอนชัดเจน มากขึ้น หลักความแน่นอนของกฎหมายนั้น เรียกร้องว่าบุคคลควรจะต้องรู้ตั้งแต่เบื้องต้นว่ากฎหมาย อาญาห้ามกระทำการใดบ้างและหากบุคคลละเมิดการกระทำดังกล่าวจะได้รับโทษเพียงใด ทั้งนี้ เพื่อให้ปัจเจกบุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักความแน่นอน ของกฎหมายในทางกฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกับหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายทั่วไปที่มีได้ ห้ามการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีความไม่แน่นอนชัดเจน ซึ่งจำเป็นต้อง อาศัยการตีความโดยผู้พิพากษา

(๔) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง เป็นหลักหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น แต่สำหรับหลักห้ามมิให้กฎหมาย มีผลย้อนหลังในกฎหมายอาญานั้นเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด โดยข้อห้ามดังกล่าวเป็นการห้ามองค์กร นิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางจะก่อให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง เพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ ให้สูงขึ้นและห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล

๗. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตามทัศนะของ Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฏของหลักนิติรัฐ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐนั้นเป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นการทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นการแตกต่างกันในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐของประเทศต่างๆ ในยุโรปกับนิติรัฐของประเทศอังกฤษ ในขณะที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หลักนิติรัฐในอังกฤษจึงมิได้เรียกร้องจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมาย แต่ในขณะที่ในประเทศเยอรมัน ความเข้าใจถึงหลักนิติรัฐถือว่าเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีบทบัญญัติอย่างน้อย ๒ มาตราที่รับรองถึงหลักการดังกล่าว กล่าวคือตามมาตรา ๒๐ วรรคสาม ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ มาตรา ๑๘ วรรคสาม ยังได้บัญญัติรับรองว่า บทบัญญัติของมาตรา ๑ และมาตรา ๒๐ ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามความเข้าใจต่อหลักนิติรัฐในบางประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันถือว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักที่สาระสำคัญบางประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ ดังนั้นหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองต่อหลักนิติรัฐ แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าประเทศใดไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประเทศนั้นไม่ถือว่าเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบบนิติรัฐ

กล่าวโดยสรุปหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักย่อยหลักใดของหลักนิติรัฐล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐหรือเพื่อถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในภาพการณ์ที่อำนาจรัฐมีข้อจำกัดถูกผูกพันต่อกฎหมาย รวมทั้งถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการได้ สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมทำให้สิทธิของปัจเจกบุคคลได้รับการคุ้มครอง^๕

^๕ รายละเอียดใน บรรณเจดิม ลิงกะเนติ “หลักนิติรัฐ” ใน นิติรัฐ นิติธรรม, เอกบญญ วงศ์สวัสดิ์กุล บรรณาธิการ(กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราฯ, ๒๕๕๓) หน้า ๒๓๓-๒๔๘

๓. พัฒนาการแนวคิดนิติธรรมและนิติรัฐในสังคมไทย

จากที่ได้นำเสนอพัฒนาการแนวคิดนิติธรรม (Rule of Law) และแนวคิดนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip หรือ Etat de droit หรือ Legal of State) จากประเทศอังกฤษและยุโรปไปแล้ว ใน ๒ หัวข้อข้างต้นนั้น จะเห็นว่าทั้งสองแนวคิดมีจุดตรงกันว่าจะควบคุมการใช้อำนาจของผู้ปกครองหรือฝ่ายบริหารอย่างไรอยู่ในกรอบที่เรียกรวมๆ กันว่าความยุติธรรม และในส่วนบริบทของสังคมไทย ซึ่งขณะนี้จะกล่าวกันรวมๆ ว่า การบริหารราชการแผ่นดินที่ดีจะต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐ นิติธรรม เพื่อให้ทราบที่มาที่ไปของวลีดังกล่าวนี้ เพื่อเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกับเหล่านิติรัฐว่าและนิติธรรมดังที่กล่าวมาแล้วนั้นในบริบทสังคมไทยมีแนวคิดในการควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองหรือไม่ มีกระบวนการอย่างไรและได้พัฒนาการมาเป็นอย่างไร จนกระทั่งนำหลักนิติธรรม นิติรัฐมาใช้ในสังคมไทยปัจจุบัน

โดยที่พัฒนาการทางกฎหมายในประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงหรือนำเสนอแนวคิดกฎหมายจากประเทศไทยในทางยุโรปมาใช้ด้านเหตุผลทางการเมืองระหว่างต่างประเทศ และแนวทางดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้จนถึงปัจจุบัน ในการทำความเข้าใจประวัติศาสตร์กฎหมายของไทย จึงแบ่งออกเป็น ๒ ยุคใหญ่ๆ โดยยุคแรกเป็นระบบกฎหมายที่มีพื้นฐานความคิดสังคมไทยดั้งเดิมที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายและวัฒนธรรมจากอินเดีย ทั้งนี้อาจเริ่มต้นตั้งแต่ปลายยุคกรุงสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา และในช่วงเวลาตอนต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ส่วนในยุคสองเป็นยุคที่ต้องปรับตัวกับการล่าอาณานิคมของชาวตะวันตกที่ให้นำแนวคิดทางกฎหมายของตะวันตกปรับใช้ในปัจจุบัน อาจเริ่มนับได้จากรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงปัจจุบัน

๓.๑ ลักษณะทั่วไปทางความคิดว่าด้วยกฎหมายและการปกครองในยุคสมัยไทยดั้งเดิมยึดหลักกรรมในพุทธศาสนาเป็นหลักหากการปกครองขาดหลักธรรมซึ่งจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในสมัยสุโขทัยจากวรรณกรรม เรื่องไตรภูมิพระร่วง ซึ่งพญาลิไทหรือพระมหาธรรมราชาที่ ๑ (กษัตริย์องค์ที่ ๖ แห่งราชวงศ์พระร่วง) ได้ทรงนิพนธ์ขึ้นขณะอยู่ในฐานะของอุปราช ไตรภูมิพระร่วงหรือชื่อตามต้นฉบับเดิมว่าเตภูมิกถา เป็นวรรณกรรมที่กล่าวถึงหลักธรรมซึ่งถือเสมือนกฎหมายแม่บทในการปกครอง ในขณะเดียวกันก็กล่าวถึงการเป็นพระโพธิสัตว์ของบุคคลที่ได้รับการเลือกเป็นผู้ปกครองหรือกษัตริย์ดังนี้

“...ว่าบัดนี้เราเป็นโงกเงก ไร้วันักเพราะว่าเราหาที่กล่าวบมิได้แลควรเราทั้งหลายตั้งไว้ท่านผู้หนึ่งให้เป็นที่ใหญ่เป็นเจ้าเป็นจอมเราเถิด เราทั้งหลายผิตชอบสิ่งใดให้ท่านแต่งบังคับ ถ้อยความอันผิตแลชอบแก่เรา... ครั้นว่าเขาชุมนุมกันแล้วเจรจาด้วยกันฉนั้น เขาจึงไปไหว้พระโพธิสัตว์เข้าขอให้ท่านผู้เป็นเจ้าเป็นจอมแก่ผู้ข้าฯ เขาจึงอภิเษกพระโพธิสัตว์เจ้าให้เป็นที่พระญาด้วยชื่อ ๓ ชื่อๆ หนึ่งมหาสมมตราช หนึ่งชื่อ ราชฯ...คนทั้งหลายยอมยกยกท่านให้เป็นที่พระญาได้

เพราะเขาเห็นท่านนั้นมีรูปโฉมอันงามกว่าคนทั้งหลาย ใจซื่อ ใจตรง ใจบุญ ยิ่งกว่าคนทั้งหลาย เขาเห็นดังนั้นเขาจึงตั้งให้เป็นพระญา เป็นเจ้าเป็นจอมเขา...”

ในส่วนของเกี่ยวกับหลักธรรมของผู้ปกครองนั้น ในไตรภูมิพระร่วงได้กล่าวถึงการใช้อำนาจของผู้ปกครองอันเป็นเสมือนตัวอย่างน่าสนใจ ดังต่อไปนี้^๑

๑. ผู้ปกครองต้องให้ความรัก ความเมตตาต่อประชาชนทุกกลุ่มเหล่าในสังคมอย่างเสมอภาคกัน อีกทั้งไม่ก่อบาปทำเข็ญต่อสรรพสัตว์ทั้งปวง :

“จงรักลูกเจ้าเหง้าขุนหมุนทนายไปพรฟ้าข้า! ทวยทั้งหลาย อย่าได้เลือกที่รัก อย่าได้มักที่ชัง แลรักเขาจงเสมอกันแล สัตว์ทั้งหลายนี้ยากที่จะเกิดมาเป็นคน ครั้นว่าเกิดมาได้เป็นท้าวเป็นพระญา ดังชาวเจ้าทั้งหลายนี้ ย่อมมีบุญสมภารมากแล้ว จึงชาวเจ้าทั้งหลายรู้บุญ รู้ธรรม รู้กลัวรู้ละอายแก่บาปนั้นจงนักเถิด”

๒. ผู้ปกครองต้องยึดมั่นในธรรมะ พิจารณาตัดสินคดีอย่างเที่ยงธรรมและประสาทความยุติธรรมโดยรวดเร็ว

“สัตว์ทั้งหลายนี้ยากที่จะเกิดมาเป็นคน จึงชาวเจ้าทั้งหลายรู้บุญ รู้ธรรม รู้กลัว รู้ละอายแก่บาปนั้นจงนักเถิด จะบังคับด้วยความสิ่งอื่นใดก็ดี ด้วยใจอันชอบธรรมด้วยทางธรรมอย่าง ให้พ้นวันพ้นคืน”

๓. ผู้ปกครองต้องรับฟังความเห็นของนักปราชญ์ผู้รู้ และปฏิบัติตามสิ่งที่นักปราชญ์เห็นว่าชอบธรรม :

“แลมีนักปราชญ์ผู้รู้เทศนาให้ท่านทั้งหลายฟังว่า อันใดชอบธรรมควรชาวเจ้าจำแลทำตามอันนั้น อันใดว่ามิชอบธรรมควรชาวเจ้าทั้งหลายเว้นเสีย”

๔. ผู้ปกครองพึงรักษาเบญจศีลและละเว้นบาป ๕ ประการอันเกิดจากการละเมิดศีลดังกล่าว :

“แลเราจะกล่าวถึงบาป ๕ ประการอันควรเว้นเสียนั้นให้ชาวเจ้าทั้งหลายฟังบัดนี้ บาปอันใ้สัคือว่า สัพพสัตว์ทั้งหลายอันมีชีวิตจิตวิญญาณรู้อหิวรู้ตึง ประดาว่ามดตัวหนึ่งก็ดี ปลวกตัวหนึ่งก็ดี มิควรฆ่าให้ตายเลย มาตราว่าคนผู้ใดกระทำร้ายด้วยประการใดๆ ก็ดี ปมิควร (ให้ตายควรสั่งสอนโดยธรรมแล...อันหนึ่งชื่อว่าทรัพย์สินสิ่งสินท่านเจ้าของ เขามีให้ได้แก่ตนชาวเจ้าอย่างควรเอา อนึ่งตนมิได้เอาแลใช้ให้ผู้อื่นเอาก็ดีมิควรใช้ผู้อื่นเอาเลย...อนึ่งอันว่าบาปปรทการกรรมคือว่าทำชู้ด้วยเมียท่านนั้นแลชาวเจ้าทั้งหลายอย่าควรกระทำเลยมาตราบาน้อยหนึ่งก็ดี อย่าได้กระทำเลย...”

^๑ จรัญ โฆษณานันท์, ปรัชญาภุชฌมาชไทย, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2535 อ่างใน ศ.แสวง บุญเฉลิมวิภาส ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2549.) หน้า 11-16

“อันหนึ่งว่าความมุสาวาทคือว่าหากำปมิได้แลกล่าวนั้นสุชาวเจ้าทั้งหลายอย่าควรกล่าว...อันหนึ่งว่า เหล่านั้นแล สุชาวแท้เจ้าทั้งหลายอย่าพึงคบหากันกินเลย”

สำหรับผู้กล่าวคำเท็จจริงก็ต้องตกรกเกิดเป็นคนอีกครั้งก็เป็นคนสกปรกมีกลิ่น โสโครก ติดตัว ส่วนผู้ที่กินเหล้า ตายแล้วตกรก เกิดใหม่ยังต้องเป็นสุนัขบ้า ๕๐๐ ชาติ และแม้จะได้เกิดเป็นคนภายหลังก็ต้องเป็นคนบ้าครั้งนี้ เป็นต้น

๕. ผู้ปกครองต้องมีใจเมตตา ไม่ขูดรีดทรัพย์สินหรือแรงงานของประชาชน :

“ประการหนึ่งด้วยไพร่ฟ้าข้าไทยราษฎรทั้งหลายทำไร ไปนากินในแผ่นดินเรา นี้ เมื่อได้ขำวนั้นเป็นรวงไว้ ให้ผู้ตีเชลยใจซื้อนั้นไปดูปันค่าโดยอุดมเทียบนั้น และกระทำขำวนเปลือก นั้นเป็น ๑๐ ส่วน แลเอาเป็นหลวงนั้นแต่ส่วน ๑ แล ๕ ส่วนนั้นนี้ ให้แก่เขาแล มิเลเห็นว่าเขามิได้ขำวนั้นไว้ให้มีควรเอาแก่เขาเลยฯ อนึ่งควรรู้ให้ขำวนสักส่วนแก่ไพร่ แลทแกล้วทหารทั้งหลายเพื่อแลหกลาบ จึงพอกิน อย่าให้เขาอดอยากมิว่าจะใช้เขากระทำการอันใดๆ ไว้ให้ใช้เขาแต่พอบังควรแล อย่าใช้เขาหนักหนา ให้ล้มเหลือใจฯ ผู้ใดแต่แก่ผู้ผู้นั้นมิควรรู้ใช้เขาเลยปล่อยเขาไปตามใจเขาเลยฯ”

๖. ผู้ปกครองควรเก็บสินส่วน (ภาษี) ราษฎรตามอัตราที่เป็นมาแต่ก่อน มิควรเรียกเก็บ (ภาษี) เพิ่มขึ้น มิฉะนั้นบาปจะตกแก่ผู้เรียกเพิ่ม :

“อนึ่ง ด้วยเอาสินส่วนแก่ราษฎรทั้งหลายไว้ ให้เอาโดยโบราณทำวพระญาทั้งหลายแต่ก่อนอันนั้นแล ผู้แต่ผู้แก่ทั้งหลายสรรเสริญว่าชอบธรรมมิควรเอายิ่งเหลือไปเลย มิว่าเราเอาของเขาให้ยิ่งให้เหลือไปไว้ แลทำวพระญาผู้ใดและจะมาเสวยราชย์ภายหน้าเรานั้น จักได้เอาเป็น อย่างแลธรรมนิยมสืบๆ กันไป และจะได้บาปแก่เรานี้หนักหนา เพราะว่าเราทำความอันมิชอบธรรม ผูกนี้ไว้กับแผ่นดินแลฯ”

“อนึ่ง ไพร่ฟ้าข้าไทยทั้งหลายอันอยู่แคว้นแคว้นแดนดินเมืองเรา มิเลว่าเขาจะไป ค้าขายกินก็ดี แลว่าเขาหาทุนมิได้ แลเขามาหาขอเราผู้เป็นนายเจ้า แลขอกู้เงินทองไปเป็นทุนค้าขาย กิน ดังนั้นเราผู้เป็นท้าวพระญาไม่ควรปลงเงินในท้องพระคลังนั้นนี้ ให้แก่เขา แลว่าเขาเอาไปมากน้อย เท่าใดก็ดี ให้ตราเป็นบาปชี้ไว้แต่ต้นๆ ปีไว้ เราผู้เป็นไทยมิควรเอาเป็นดอกเป็นปลายแก่เขาเลย ควรให้เรียกเอาแต่ทำทุนเท่านั้นคืนแล แลภาษีลดดอกเบี่ยนั้นอย่าได้เอาของเขาเลย”

๗. ผู้ปกครองควรจัดแบ่งทรัพย์สินแก่บรรดาข้าราชการ (ข้าราชการ) ให้เพียงพอ เพื่อให้เกิดกำลังใจในการทำงาน :

“อนึ่ง ผู้เป็นท้าวเป็นพระญาควรรู้ให้ทรัพย์สินแก่ลูกเมียชาวแม่ชาวเจ้าผู้ใหญ่ผู้น้อยทั้งหลาย เพื่อเป็นเสบียงเลี้ยงเขาอยู่กินเป็นกำลังเป็นเครื่องแต่งแ่งแผ่นดินนั้นควรรู้ให้แก่เขา เขาจึงเต็มใจเขาแล เราผู้เป็นท้าวพระญาอย่าควรคิดเสียตายทรัพย์สินนั้นเลยฯ”

๘. ผู้ปกครองต้องรู้จักสำรวมกาย วาจา ใจ และตัดสินคดีความด้วยรายละเอียด รอบคอบโดยใจเป็นธรรม :

“ผู้เป็นท้าวพระยาแม้จะพิพาท เจรจาถึงใดก็ดีอย่าเจรจามาก แม้จะยื้มยืม ด้วยสิ่งใดอย่ายื้มยืมมากแต่พอประมาณเถิด เร่งใจ หาร่ำฟุ้งถึง ความชอบอย่าได้ประมาทล้มตนเลย แม้จะบังคับถ้อยความของไพร่ฟ้าข้าไทยทั้งหลายไว้ อย่าได้ว่าโน้นๆ ว่านี่ ด่าตีกันบังคับถ้อยความนั้น ให้ถูกถ้วน โดยธรรม พิจารณารูปความนั้นแต่ต้นจนปลายให้ระลอบตลอดแล้วจึงบังคับด้วยใจ อันชื่ออันตรงนั้นแลฯ”

๙. ผู้ปกครองพึงเลี้ยงดูและให้เกียรติปริกษาสมณพราหมณ์แลนักปราชญ์ :

“อนึ่งให้เลี้ยงดูรักษาสมณพราหมณ์และนักปราชญ์ราชบัณฑิตผู้รู้ธรรมมาๆ มานั้น ให้นั่งอยู่ที่สูงแล้วๆ จึงถามถึงธรรมอันประเสริฐนั้นแลฯ”

๑๐. ผู้ปกครองพึงให้รางวัลตอบแทนต่อผู้กระทำความชอบตามประโยชน์ที่เขาได้กระทำ :

“อนึ่ง ข้าคนไพร่ฟ้า ข้าคนถือว่ามีดีๆ กิติ และกระทำความชอบให้ได้ประโยชน์ แก่ท้าวพระยาด้วยความอันชอบของเขานั้นไว้ ด้วยให้รางวัลแก่ผู้นั้นตามมากแลน้อยนักแลเขา โดยอำเภอคุณแล อำเภอประโยชน์ของเขานั้นแลฯ”

ในยุคสมัยกรุงศรีอยุธยา เริ่มในปี พ.ศ. ๑๘๕๓ (ค.ศ. ๑๓๕๐) ซึ่งเป็นอาณาจักรที่มีพลเมืองมากขึ้น มีความซับซ้อนในระเบียบทางสังคมมากกว่าสมัยสุโขทัย พัฒนาการทางปรัชญา การเมือง การเมืองการปกครองและกฎหมายได้พิจารณาผิดแผกไปจากสุโขทัย โดยอิทธิพล ในทางด้านวัฒนธรรมจากกฎหมายอินเดียที่มีอิทธิพลทางศาสนาฮินดูส่งผ่านมาในประเทศเขมร ที่เชื่อเกี่ยวกับการปกครองในลัทธิเทวราชา (หรือไศเลนทร์) ซึ่งเชื่อว่า กษัตริย์คือเทพผู้ศักดิ์สิทธิ์ และปรากฏแนวคิดนี้ในพระราชกำหนดเท่าที่ตรงในแผ่นดินพระเจ้าอยู่หัวพระบรมโกษฐ์ พ.ศ. ๒๒๘๗ (ค.ศ. ๑๗๕๐) ความว่า

“อนึ่ง แผ่นดินเป็นใหญ่แต่สมเด็จพระมหากษัตริย์ ด้วยเหตุว่าพระมหากษัตริย์ เจ้านั้นเป็นสมมุติเทวดา จะให้ผู้อย่างน้อยๆ ผู้น้อยเป็นผู้อย่างใหญ่ก็ได้ ถ้าสมเด็จพระมหากษัตริย์ มีพระราชโองการ ด้วยกิจสิ่งใดๆ กิติ ดูดั่งขวานฟ้า ถึงมาว่าฝ่าถูกต้องต้นไม้และภูเขาไม้อาจ สามารถจนทันทานได้ ย่อมหักทำลายไป ถ้าจะมีพระราชโองการตรัสสั่งให้ห้ามสิ่งใดก็ขาดเป็นสิทธิ์นั้น”

ในส่วนกฎหมายในสมัยกรุงศรีอยุธยาถือว่ากฎหมายและธรรมเป็นเรื่องเดียวกัน แยกกันไม่ได้ ซึ่งเป็นแนวคิดทำนองเดียวกับความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (National

School) ในโลกตะวันตก^๑ โดยถือเอาคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งมีที่มาจกความเชื่อในศาสนาฮินดูว่า มาปรับปรุงให้สอดคล้องกับแนวคิดทางพุทธศาสนา เรียกว่าคัมภีร์ “ธรรมสัจถัม” ที่เรียบเรียงใหม่ใน พ.ศ. ๑๙๑๗ (ค.ศ. ๑๓๖๒) โดยพระเถระธรรมวิลาส พระชวามอญ^๒ โดยยึดตามแนวทางของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ว่า กฎหมายแม่บทดังกล่าวมิใช่สิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น แต่เป็นสิ่งที่มียู่แล้วในธรรมชาติ และมนุษย์ทุกคนอาจต้องปฏิบัติตามโดยกำหนดพระราชกิจของพระมหากษัตริย์ที่เรียกว่าธรรมราชา (คือผู้เปี่ยมด้วยคุณธรรมจนผู้คนยกย่องให้เป็นผู้นำ ซึ่งในคัมภีร์ชาดกที่ปรากฏในพุทธศาสนากล่าวถึงหลักจริยวัตรของพระมหากษัตริย์มี ๓ หลัก คือ

๑. ทศพิธราชธรรม ๑๐ ประการ

๒. ราชสังคหวัตถุ ๔ ประการ

๓. จักรวรรดิวัตร ๑๒ ประการ

ซึ่งธรรมทั้ง ๓ ประการนี้เป็นสิ่งที่พระมหากษัตริย์ยึดถือปฏิบัติตั้งแต่สมัยอยุธยาอันเป็นแนวทางในทางปกครองและกฎหมาย

ทศพิธราชธรรม คือ ราชธรรม ๑๐ ประการที่พระมหากษัตริย์ผู้ปกครองประเทศพึงทรงประพฤติปฏิบัติเป็นราชจริยวัตร ทศพิธราชธรรมนี้ ปรากฏอยู่ทั้งในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์และในมหาหังสชาดกขุททกนิกาย ชาดก เป็นพุทธวจนะซึ่งพระสัมมาพุทธเจ้าได้ตรัสไว้ว่า

“ทานํ สีลํ ปริจาคํ อาชรวํ มทุทวํ ตปี

อกุโธ อวิหิตญจ ขนฺติญจ อวิโรชนํ”

๑) ทานํ ทาน คือ ความเผื่อแผ่ให้ปัน ได้แก่ การพระราชทานทรัพย์ช่วยเหลือประชาชน

๒) สีลํ สีล ได้แก่ ความประพฤติดีงาม การสำรวม รักษา และควบคุมพระอาการ กายวาจา ให้เรียบร้อย ละเว้นความชั่ว ประกอบแต่การสุจริตปราศจากโทษควรครหา

๓) ปริจาคํ การบริจาค ได้แก่ การเสียสละทรัพย์ทำบุญ เสียสละความสุขของตนเพื่อประโยชน์ความสุขของประชาชน

๔) อาชรวํ ความซื่อตรง ได้แก่ ความที่มีอหิยาศัยซื่อตรง ดำรงในสัจย์สุจริต

๕) มทุทวํ ความอ่อนโยน ได้แก่ ความที่มีพระอหิยาศัยอ่อนโยน ไม่เย่อหยิ่ง กระด้างหยาบคาย

^๑ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, เพิ่งอ้าง หน้า ๘๗

^๒ ช.แลงกาส ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 มุทธนิธิโครงการดำรง... พ.ศ. 2520 หน้า 35 อ้างใน แสง นุญเฉลิมวิภาส, เพิ่งอ้าง หน้า ๘๗

๖) ตปี ความมีอำนาจในตน ได้แก่ ความที่ทรงมีอำนาจในพระองค์เพียรพยายาม
เผาผลาญกิเลสมิให้ครอบงำจิต ระวังยับยั้งข่มใจได้ มุ่งมั่นแต่จะบำเพ็ญเพียรทำกิจให้บริบูรณ์

๗) อุกุโธ ความไม่โกรธ ได้แก่ การไม่ทรงพระพิโรธ ไม่เกรี้ยวกราด ลู่อำนาจความ
โกรธจนเป็นเหตุให้กระทำผิดทำนองคลองธรรม

๘) อวิหีสัจ ความไม่เบียดเบียนใคร ได้แก่ การที่ไม่ทรงเบียดเบียนบังคับกดขี่ราษฎร
ให้ได้ทุกขัยาคด้วยเหตุอันไม่ควรทำ

๙) ขนฺติญ ความอดทน ได้แก่ ความที่มีพระทัยมั่นคง มีความอดทนในสิ่งที่ควรอดทน
อดทนต่องานที่ตรากตรำโดยไม่ทอดทิ้ง

๑๐) อวิโรธนํ ความไม่ประพาศติหิตระเบียบ สถิตมั่นในธรรม ทรงรักษาความยุติธรรม
ไม่ให้แปรผันจากสิ่งที่เที่ยงตรงและมีระเบียบแบบแผนประเพณีอันดีงาม

ราชสังคหวัตถุ ราชสังคหวัตถุ คือ ราชธรรม ๕ ประการ อันเป็นสังคหวัตถุของ
พระราชชาติทรงปฏิบัติในทางสงเคราะห์แก่กุลประชาชน เป็นธรรมเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจประชาชน
ที่ทำให้เกิดมีความสมัคสมานสามัคคีของกลุ่มชนในชาติได้แก่

(๑) สตุสมธํ ความที่ทรงพระปรีชาในการบำรุงพืชพันธุ์ธัญญาหารให้สมบูรณ์

(๒) บรูสิสมธํ ความที่ทรงพระปรีชาในการบำรุงส่งเสริมข้าราชการ

(๓) สมมาปาสํ ความที่ทรงรู้จักผูกใจประชาชนให้ภักดีต่อพระองค์ด้วยการปกครองที่ดี

(๔) วาจาเปยฺยํ ตรีสวาจาไพเราะ สุภาพนุ่มนวล ประกอบด้วยเหตุผลทำให้เกิดความ
เข้าใจดีต่อกัน และความนิยมเลื่อมใส

จักรวรรดิวัตร คือธรรมเนียมของพระเจ้าจักรพรรดิ ผู้เป็นประมุขของจักรวรรดิอันเป็น
ราชอาณาจักรใหญ่ที่รวมประเทศต่างๆ ไว้เป็นเมืองขึ้น อยู่ใต้อำนาจการปกครองของพระเจ้า
จักรพรรดิองค์เดียวกันในประเทศอินเดียสมัยโบราณถือว่าพระเจ้าจักรพรรดิเป็นราชาธิราชผู้เป็นเจ้าของ
เป็นใหญ่เหนือกษัตริย์ทั้งหลายแห่งราชอาณาจักรที่เป็ฯเมืองขึ้น และเป็นผู้บังคับบัญชาบัญชาการ
มีรัตนะ ๕ ประการเป็นสิ่งที่ประกอบพระบารมี คือ ช้างแก้ว ม้าแก้ว นางแก้ว ขุนคลังแก้ว ขุนพลแก้ว
จักรแก้ว และมณีแก้ว

จักรวรรดิวัตรนี้เป็นธรรมเนียม ๑๒ ประการ ที่พระเจ้าจักรพรรดิทรงถือเป็นพระจริยาวัตรในการ
ปกครองแผ่นดินให้มีสันติสุข ซึ่งจำแนกได้ดังนี้

(๑) อนุโตชนสุมี พลกายสุมี การที่ทรงอนุเคราะห์พระราชวงศ์ พระมเหสี พระสนม
กำนัลและข้าราชการบริพารในพระราชสำนัก และทรงอนุเคราะห์เหล่าทหาร

(๒) ขตุคิเยสุ การที่ทรงอนุเคราะห์กษัตริย์แห่งเมืองขึ้นทั้งหลายที่อยู่ใต้พระบรมเดชานุภาพ

(๓) อนุยฺนุเตสุ การที่ทรงสงเคราะห์พระราชวงศ์และข้าราชการบริพารที่ตามเสด็จ

- (๔) พุราหมณ์เคหปติเกสุ การทรงกึ่งอูถลและคุ่มครองของพราหมณ์และคหบดีชน
- (๕) เนคมชานปเทสุ การที่ทรงสงเคราะห์ชนชาวนิคมนชนบทให้ดำรงชีพเป็นสุขตามวิสัย
- (๖) สมณพราหมณ์เสสุ การที่ทรงอุปการะสมณพราหมณ์
- (๗) มิคปกุชิสู การที่ทรงคุ่มครองบรรดาสัตว์และนกไม่ให้ผู้ใดเบียดเบียนและทำอันตราย
- (๘) อชมมการปฏิภิกเขโป การที่ทรงห้ามปรามคนทั้งหลายไม่ให้กระทำการที่ผิดทำนองคลองธรรม
- (๙) อชานํ ษานานุปปทานํ การพระราชทานทรัพย์สงเคราะห์ผู้ขัดสนไร้ทรัพย์
- (๑๐) สมณพราหมณ์อุปสงกมิตวา ปญหาปุจจนํ การเสด็จไปหาสมณพราหมณ์เพื่อทรงศึกษา และตรัสถามปัญหาเกี่ยวกับบุญและบาป ให้ทรงรู้แจ้งและประพฤติปฏิบัติได้ถูกต้อง
- (๑๑) อชมมราคสุส ปานํ การที่ทรงหักห้ามจิตใจไม่ให้เกิดอธรรมราคะในสถานอันไม่ควร
- (๑๒) วิสมโลกสุส ปาหนํ การที่ทรงห้ามจิตใจไม่ให้ปรารถนาลาภอันมิควรได้

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นแนวคิดในแง่กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมเป็นสิ่งสูงสุด สมบูรณ์ถูกต้องและศักดิ์สิทธิ์ มีผลบังคับแก่บุคคลทั้งหลาย รวมทั้งบุคลาการและพระมหากษัตริย์ กษัตริย์จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักการในพระธรรมศาสตร์ไม่ได้ เนื่องจากพระมหากษัตริย์ไทยมิได้ทรงฐานะเป็นผู้บังคับบัญชากฎหมาย แต่เป็นผู้ทรงวิทยาความสงบเรียบร้อย ระวังรักษากฎหมายและอำนาจความยุติธรรม แต่หากจะมีพระบรมราชโองการกำหนดระเบียบหรือกฎเกณฑ์ใดๆ ขึ้นใหม่ ก็เป็นเพียงการจัดวางระเบียบหรือข้อบังคับให้เป็นไปตามหลักพระธรรมศาสตร์หรือจารีตประเพณีของบ้านเมืองเท่านั้น หรือมีพระบรมราชโองการเรื่องใดอันเป็นการฝ่าฝืนพระธรรมศาสตร์หรือจารีตประเพณี การนั้นก็ได้รับการยอมรับว่ามีผลบังคับได้ในเชิงบังคับโดยกำลังพระราชอำนาจ แต่หาได้มีผลผูกพัน เช่น กฎหมายไม่ ซึ่งความเชื่อเช่นนี้ปรากฏจากการที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงมีพระบรมวินิจฉัยคดีอآمدบ้อมฟ้องหย่านายบุญ^๑ ซึ่งกฎหมายเก่าที่นำมาปรับใช้ในคดีไม่น่าจะถูกต้อง และทรงโปรดให้ชำระคดี

^๑ เรื่องมีอยู่ว่า อآمدบ้อมภริยานายบุญเป็นผู้กับนายราชาอรรด แล้วมาฟ้องหย่านายบุญศรี นายบุญศรีไม่หย่า แต่ศาลตัดสินให้อآمدบ้อมหย่าได้ นายบุญศรีจึงทูลเกล้าถวายฎีกา พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ ๑ ทรงมีพระราชดำรัสว่า “หญิงนอกใจชายแล้วมาฟ้องหย่า ลูกขุนปรึกษาให้หย่ากันนั้นหาเป็นยุติธรรมไม่” จึงตรัสเรียกลูกขุนมาถามได้ลูกขุนก็ทูลว่าได้ตัดสินตามตัวบทกฎหมายในคดีพระธรรมศาสตร์ซึ่งมีว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” ในสถานการณ์ที่พระบรมราชวินิจฉัยตามความยุติธรรมของพระมหากษัตริย์ก็ขัดแย้งกับตัวบทกฎหมายเช่นนี้ หากพระมหากษัตริย์จะถือพระบรมราชวินิจฉัยของพระองค์เป็นใหญ่ก็ควรจะทรงกลับคำพิพากษา หรือ โปรดเกล้าฯ ให้แก้กฎหมายบทนั้นเสีย โดยไม่ต้องนำพาต่อพระราชกำหนดพระอัยการอื่นๆ อีก แต่การนี้หาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะในหลวงรัชกาลที่ ๑ ทรงเข้าพระทัยว่ากรณีที่ถูกกฎหมายผูกมัดเป็นอน โดยคนโลกหลงลักลอบแต่งเดิมกฎหมายให้พื้นเพอนวิปริต “คิดไปจากหลักพระธรรมศาสตร์” โดยที่พระองค์ทรงถือตามโบราณราชนิติประเพณีที่สืบทอดมาว่า ธรรมะย่อมเป็นใหญ่

พระธรรมศาสตร์และพระอัยการ^๑ ทั้งหลายใหม่ ซึ่งการนี้เป็นการยืนยันหลักว่า“พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายเก่าได้บทที่กลาดเคลื่อนเพราะมีผู้ตัดแปลงให้ผิดไปเพื่อให้ตรงกับหลักความยุติธรรมเพราะพระธรรมศาสตร์เท่านั้น

๓.๒ ลักษณะทั่วไปทางความคิดทางกฎหมายว่าด้วยหลักนิติธรรมและนิติรัฐสมัยใหม่ของไทย ศ.ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์ ได้กล่าวถึง การเกิดขึ้นของกฎหมายสมัยใหม่ในตะวันตกในศตวรรษที่ ๑๘ ว่าเป็นปรากฏการณ์ที่น่ามหัศจรรย์ในตำนานอันยาวนานทางประวัติศาสตร์มนุษยชาติและถือว่าเป็นความสำเร็จอันใหญ่หลวงที่น่าภูมิใจของวัฒนธรรมตะวันตก ปรากฏการณ์ที่สำคัญเช่นนี้ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นในวันสองวันแต่เป็นผลจากเหตุนานัปการ ทั้งในด้านความคิดในทางสถาบันและเหตุการณ์ในทางประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวข้องอย่างซับซ้อน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงทำให้กฎหมายสมัยใหม่มีรูปลักษณะที่สมบูรณ์เพียบพร้อมตามหลักวิชาการกฎหมาย เปี่ยมด้วยเหตุผลและหลักมนุษยธรรมซึ่งแตกต่างจากกฎหมายในสมัยกลางและกฎหมายในประเทศตะวันตกที่เราเรียกระบบกฎหมายของตะวันตกที่พัฒนามาอย่างมากที่ว่ากฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law หรือ Modern Legal System)^๒

ในสังคมอิทธิพลและกฎหมายสมัยใหม่เริ่มมีอิทธิพลนับแต่การเข้ามาของประเทศตะวันตกนับแต่พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยอมทำสัญญากับสหราชอาณาจักร (อังกฤษ) ใน พ.ศ. ๒๓๘๘ (ค.ศ. ๑๘๔๕) ที่เป็นเหตุให้ต้องเสียดินแดนนอกอาณาเขต และเป็นเหตุให้สยามประเทศในขณะนั้นต้องปฏิรูปการปกครองและกฎหมายครั้งใหญ่ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๓๕ (ค.ศ. ๑๘๙๒) เพื่อเผชิญกับการคุกคามจากลัทธิจักรวรรดินิยม พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เริ่มเข้าใจว่าแบบแผนทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งตายตัวอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามศีลธรรม

เหนือกฎหมาย ดังนั้นจึงทรงมีพระบรมราชโองการให้นักปราชญ์ราชบัณฑิตทำการชำระพระราชกำหนดบทอันพระอัยการอันมีอยู่ให้ถูกต้องตามพระบาลีถูกต้องตามพระธรรมศาสตร์ “แล้วทรงพระอุทิศสาทร่างชำระคัดแปลงซึ่งบทอันวิปลานั้นให้ชอบโดยยุติธรรมไว้ด้วยพระไทยทรงพระมหากษัตริย์คุณจะให้เป็นที่ประ โยชน์แก่กระษัตริย์อันจะดำรงแผ่นดินไว้ในภายหน้า...” รายละเอียดโปรดดู “พระราชปรารภประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ พิมพ์ตามฉบับหลวงตราสามดวง, เล่ม ๑ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง พ.ศ. ๒๔๘๑ พิมพ์ซ้ำ พ.ศ. ๒๕๒๘), หน้า ๑-๓,

^๑ พระอัยการคือ หรือพระอัยการ กฎเกณฑ์หรือกฎหมายเฉพาะเรื่อง อันเป็นกฎหมายพื้นฐานของแผ่นดินที่ทุกคนต้องปฏิบัติตามและห้ามมิปัญหาเกี่ยวกับพระอัยการ พระมหากษัตริย์มีหน้าที่ในความยุติธรรมและต้องมีคำพระราชวินิจฉัยดังอย่างพระอัยการ เช่น

๑. เรื่องเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพของบุคคล
๒. เรื่องเกี่ยวกับระบบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน
๓. เรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีและการลงโทษผู้กระทำผิด
๔. เรื่องเกี่ยวกับการปกครอง

เป็นต้น

^๒ ปรีดี เภษมทรัพย์, “นิติปรัชญา” อังโน แสงว นุญเฉลิมวิภาส เพิ่งอ้าง หน้า ๑๓๑

ประเพณี และความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม พระมหากษัตริย์เริ่มอ้างหลักธรรมความ
 ยุติธรรมแทนการอ้างกัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และเริ่มใช้อำนาจนิติบัญญัติตามแนวคิดตะวันตก ที่ถือ
 ว่าองค์รัฐชาติปิตักเป็นผู้ทรงอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามความเชื่อว่า
 ธรรมะเป็นที่มาแห่งกฎหมาย และเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับกฎหมายอย่างใกล้ชิดมิได้ถูกตัดขาดไปเสีย
 ที่เดียวดังปรากฏให้เห็นได้ในพระนิพนธ์ของปราชญ์ทางกฎหมายในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระ
 พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ เรื่อง “ธรรมสารวินิจฉัยว่าด้วยยุติธรรมเป็นอย่างไร” ของ
 พระเจ้าน้องยาเธอกรมหลวงพิชิตปรีชากร อธิบดีศาลฎีกาคนแรก เมื่อ พ.ศ. ๒๔๒๘ ซึ่งทรงโยง
 เรื่องกฎหมายดั้งเดิมให้เชื่อมกับความคิดว่าด้วยความยุติธรรมแบบตะวันตก โดยทรงอธิบายคำว่า
 “ยุติธรรม” ว่าหมายถึง “ถูกต้องตามธรรม” ตามธรรมเนียมหรือธรรมเนียมซึ่ง “ประชุมนิยมถือกัน
 เป็นหมู่ ๆ พร้อมกัน “เพื่อความอยู่รอดหรือความสุขความเจริญของประชมนั้น ธรรมเนียมนั้น
 มีองค์ประกอบ ๔ ประการรวมเรียกว่า “ธรรมสาร” คือ

๑. ธรรมที่เกื้อกูลหรือยังให้เกิดอาหาร สิ่งบริโภคน ที่อยู่อาศัย และอาชีพการงาน
 ที่เป็นเครื่องเลี้ยงชีวิตมนุษย์ (จีโวปรณกรรมม : ธรรมที่เป็นเครื่องเลี้ยง)

๒. ธรรมที่ก่อให้เกิดความอุดมสมบูรณ์หรือความมั่งมีทั้งบุคคลและบ้านเมือง
 เพียงพอเลี้ยงชีพในยามสงครามหรือยามขัดสนต่างๆ (พหุลชมม : ธรรมที่เป็นเครื่องทำให้มาก
 ให้บริบูรณ์)

๓. ธรรมที่ชักนำหรือบำรุงให้เกิดความเสมอภาคในการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์
 ของบุคคลในชุมชนโดยไม่มีการเอารัดเอาเปรียบกัน (ตุลชมม : ธรรมอันเสมอ)

๔. ธรรมที่อุดหนุนส่งเสริมพระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดิน (ความมั่นคง
 ในอำนาจรัฐ) เพื่อประโยชน์ในการปกป้องชีวิตทรัพย์สินหรือสันติสุขของประชาชนจากศัตรู
 ทั้งภายนอกและภายในราชอาณาจักร (ทพุหรุกขิตชมม : ธรรมอันมั่นคงไม่อันตราย)

ตามความคิดของกรมหลวงพิชิตปรีชากรนั้น บทกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตรา
 ขึ้นก็ดี ธรรมเนียมหรือธรรมเนียมก็ดี รวมตลอดถึงการพิพากษาคดีล้วนต้องเป็นไปเพื่อบำรุงธรรม
 สารทั้ง ๔ ประการนี้ทั้งสิ้นคือ เอื้อเพื่อแก่การดำรงชีพ ก่อให้เกิดความมั่นคง อำนาจให้เกิดความ
 สมดุลและรักษาความมั่นคงและปลอดภัยภัย จึงจะเกิดผลเรียกได้ว่าเป็น “ยุติธรรม”

เราอาจกล่าวสรุปได้ว่าในทัศนะของนักปราชญ์ไทยเราแต่เดิมนั้นถือกันว่า ธรรมะ
 เป็นหลักการใหญ่ กฎหมายและคำพิพากษาเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งหลักแห่งธรรมะ และยุติธรรม

เป็นเป้าหมายที่มุ่งก่อให้เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะราย อย่างไรก็ตาม แม้แนวความคิดนี้จะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับอุดมคติในพุทธศาสนาอันเป็นพลังทางวัฒนธรรมที่สำคัญของไทยมานานแต่เดิม^๑

แต่ด้วยสถานการณ์ทางการเมืองพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจำเป็นต้องรักษาพระราชอำนาจของพระองค์ไว้ ได้ทรงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระองค์ใน ว่า

“พระบรมเดชาานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้ปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใดด้วยเหตุที่ถือว่าเป็นสันพื้น ไม่มีข้อใดสิ่งอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ แต่เมื่อว่าตามความจริงแล้ว พระเจ้าแผ่นดินจะทรงประพฤติกการอันใดก็ต้องเป็นไปตามที่สมควร”

ซึ่งในแนวคิดนี้เองกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระราชโอรสซึ่งทรงไปศึกษาวิชากฎหมายในประเทศอังกฤษและกลับมารับราชการในตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมปลายปี พ.ศ. ๒๔๓๕ (ค.ศ. ๑๘๙๔) และได้จัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นเพื่อสร้างบุคลากรในงานตุลาการได้นำแนวคิดกฎหมายตามคำสอนของ John Austin ที่แพร่หลายอังกฤษในทออธิบายว่า

“กฎหมายนั้นคือเป็นข้อบังคับของผู้ซึ่งมีอำนาจในบ้านเมือง เมื่อผู้ใดไม่กระทำตามแล้วต้องโทษ”

พร้อมกันนั้นยังทรงอธิบายว่ากฎหมายเป็นคนละเรื่องกับศีลธรรมหรือความยุติธรรมแยกออกจากกันเด็ดขาดไม่เกี่ยวข้องกัน ดังปรากฏใน “เส็คเซอร์ว่าด้วยกฎหมาย” ของพระองค์ซึ่งแสดงไว้ในปีถัดมาว่า

“...เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความชั่ว ฤคความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งแบบที่เราจะต้องประพฤติตามแต่กฎหมายนั้นบางทีก็จะชั่วได้ ถ้าไม่เป็นยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดีอะไรชั่ว อะไรเป็นยุติธรรม อะไรไม่ยุติธรรม มีป้อมที่จะเกิดขึ้นหลายแห่งเช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียวคือจากผู้ปกครองแผ่นดิน ฤคที่ผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น...”

“...ในเมืองไทย คำพิพากษาเก่าๆ แลคำพิพากษาเดี๋ยวนี้นี้ด้วยอ้างความยุติธรรมขึ้นตั้งเสมอๆ แต่คำที่เรียกว่ายุติธรรมเป็นคำไม่มีดีเพราะเป็นการที่ทุกคนเห็นต่างกันตามนิสัยซึ่งไม่เปน

^๑ แนวคิดนี้พ้องกันกับคำอธิบายของ Jeremy Bentham ซึ่งได้อธิบายไว้ใน *The Theory of Legislation*, ed. C.K. Ogden (London, 1931), p.96 ซึ่งแยกแยะความมุ่งหมายของ happiness ว่าจะต้องประกอบด้วยคุณลักษณะ 4 ประการ คือ subsistence, abundance, equality and security for the citizens, เป็นข้อนำคิดต่อไปว่า Bentham จะมีอิทธิพลต่อความคิดของกรมหลวงพิชิตปรีชากรเพียง เมื่อพิเคราะห์ประกอบกับข้อเท็จจริงว่าบรรณธิการหนังสือของ Bentham อาจผ่านเข้ามาในคราวเจริญสัมพันธไมตรีกับไทยก็เป็นได้ รายละเอียดเพิ่มเติมใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, *การปฏิรูประบบกฎหมายภายใต้อิทธิพลยุโรป พิมพ์ครั้งที่ 2* (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2549), หน้า 1-62.

กิริยาของกฎหมาย กฎหมายต้องเป็นยติ จะเถียงแปลออกไม่ได้ แต่เราเถียงได้ว่าอย่างไรเป็น
ยติธรรมไม่ยติธรรมทุกเมื่อทุกเรื่อง...”^๑

แนวคำสอนของกรมหลวงราชบุรีในฐานะอาจารย์โรงเรียนกฎหมายได้แพร่หลาย
ในหมู่นักศึกษาที่ทำหน้าที่ตุลาการได้ปรากฏในคำพิพากษาฎีกามากขึ้นๆ ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๔/๒๕๔๕ “ความยุติธรรมแปลว่าความประพฤติอันชอบด้วย
พระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่างๆ ไม่มียุติธรรมไป
ได้เลย...”

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๑๑/๒๔๗๓ : กฎหมายต้องแปลให้เคร่งครัดตามกฎหมายที่มีอยู่
จะแปลให้คล้อยตามความยุติธรรมมิได้...”

แนวคิดนี้ยังคงได้รับการยอมรับหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ แม้จะ
เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แต่ผู้มีอำนาจรัฐฐาธิปไตย
ก็ยังคงถือนี้มาอย่างต่อเนื่อง แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอย่างไรว่า คำสอนที่ว่า “กฎหมาย
คือคำสั่งของรัฐฐาธิปไตย” ก็ได้ถูกนำมาใช้ในการให้ความชอบธรรมแก่อำนาจและสนับสนุนความมั่นคง
แก่ฝ่ายที่ชิงอำนาจได้สำเร็จ โดยอธิบายว่าเมื่อได้อำนาจปกครองมาแล้ว อำนาจนั้นก็ย่อมเป็นที่
แห่งกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าการชิงอำนาจนั้นจะได้มาโดยชอบหรือไม่อีกต่อไป ดังจะเห็น
ได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ รับรองอำนาจของคณะรัฐประหารที่ยึดอำนาจได้สำเร็จว่าย่อมมี
ฐานะเป็นรัฐฐาธิปไตยมีฐานะชอบด้วยกฎหมายตามความเป็นจริง มีความชอบธรรมในการบริหาร
ราชการแผ่นดิน และมีอำนาจแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติได้

คำพิพากษาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ความคิดทางกฎหมายที่ครอบงำนักกฎหมายไทยอยู่ใน
ระยะหลายสิบปีมานี้คือความคิดที่ว่า “กฎหมายคือคำสั่งของรัฐฐาธิปไตย” หรือความคิดอำนาจนิยม
แบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ความคิดนี้ก่อให้เกิดการยึดถือหลักสำคัญ ๔ ประการ
คือ

๑. ยกย่องว่า “รัฐ” เป็นอำนาจสูงสุดไม่อยู่ใต้กฎเกณฑ์ใดๆ ทั้งสิ้น

^๑ ความคิดนี้ไม่เพียงพอบแต่เป็นที่ยอมรับในอังกฤษ อเมริกาเท่านั้นแม้ในภาคพื้นยุโรป ความคิดนี้ก็มีอิทธิพลครอบงำ
ในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษนี้ ทั้งนี้เพราะความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐกำลังได้รับความยกย่องนับถือในวงวิชาการ คนในยุคนี้
จึงเชื่อมั่นว่าการจัดการบ้านเมืองให้เจริญรุ่งเรืองจะต้องกระทำโดยอำนาจสิทธิขาดของรัฐเชื่อว่ารัฐเป็นอำนาจสูงสุดบนพื้นฐานพิภพนี้
กฎหมายซึ่งรัฐใช้เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคมก็ควรมีลักษณะมีอำนาจสิทธิขาดและสมบูรณ์ในตัว โดยไม่ต้องอาศัยหรือข้อจำกัด
ของศีลธรรมความยุติธรรมหรือสิ่งอื่นใด

๒. เมื่อถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องของ “คำสั่ง” ทำให้ต้องรับต่อไปว่า กฎหมายเป็นเรื่องของ “อำนาจ” แทนที่จะเป็นเรื่องของความถูกต้อง ชอบธรรม ยุติธรรม เพราะคำสั่งนั้นเป็นสิ่งที่ “ผู้มีอำนาจเหนือ” จะบงการให้ผู้อยู่ใต้บังคับแห่งอำนาจ “จำใจ” ต้องปฏิบัติตามเจตจำนงของผู้มีอำนาจ

๓. เมื่อกฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจ ผู้มีอำนาจจะสั่งอย่างไรก็ได้ไม่จำกัด กฎหมายจึงมีที่มาจาก “เจตจำนง” (Will) ของมนุษย์ซึ่งมีผลทางความคิดต่อไปว่า “กฎหมาย” จะมีเนื้อความเป็นอย่างไรถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ ไม่ใช่เรื่องที่นักนิติศาสตร์จะต้องพิเคราะห์อีกต่อไป เพียงแต่พิจารณาว่า กฎหมายมาจาก “เจตจำนง (Will)” ของผู้มีอำนาจอธิปไตยกฏเกณฑ์นั้นย่อมเป็นกฎหมาย เนื้อความจะดีจะชั่วอย่างไร ไม่ใช่เรื่องที่นักนิติศาสตร์จะก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา

๔. ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่แยกจากและเป็นคนละเรื่องกับกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม จริตประเพณี ดังที่อาจได้ยินนักกฎหมายกล่าวอยู่เสมอว่า “นี่ความเป็นยุติธรรมตามกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายโดยปริยายว่าความยุติธรรมตามกฎหมายนั้นอาจจะไม่เป็นธรรมก็ได้

หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ จนถึง พ.ศ. ๒๕๑๔ อำนาจการปกครองเปลี่ยนจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาอยู่ในระบอบรวมอำนาจของคณะปฏิวัติโดยส่วนใหญ่ ความกดดันทางการเมืองก่อให้เกิดความเคลื่อนไหว ให้การสนับสนุนการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยมากขึ้นเรื่อยๆ ในขณะเดียวกันแนวคิดในทางกฎหมายที่สนับสนุนการใช้อำนาจอย่างเป็นทางการซึ่งรับการค้ำจุนและพัฒนาขึ้นในหมู่นักวิชาการทางกฎหมายมากขึ้น การปรากฏขึ้นของหนังสือนิติปรัชญาของศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ที่ออกโต้แย้งวิพากษ์วิจารณ์แนวคิดที่ว่า “กฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปไตย” จากอิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ที่มีอิทธิพลในวงการกฎหมายเกือบหนึ่งร้อย ซึ่งการพัฒนาการในช่วงนี้ (ปัจจุบัน) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้มีข้อเขียนที่น่าสนใจเป็นอย่างในการศึกษาถึงการเปลี่ยนแปลงระบบความคิดของกฎหมายไทย

ทฤษฎีนี้ชักนำไปโลกก้าวไปสู่ความรุนแรงการประหัตประหารอย่างโหดร้ายภายใต้การนำของลัทธิเผด็จการในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งให้เขี่ยยังมีทฤษฎีกฎหมายสำนักอื่นๆ ที่สำคัญและควรเรียนรู้เข้าใจให้แจ่มแจ้ง เช่น สำนักนิยม และสำนักประวัติศาสตร์ สำนักธรรมเนียม นั้นยืนยันว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง หรือหลักแห่งธรรมะอันมนุษย์ทั้งหลายย่อมรู้เข้าใจได้ด้วยสติปัญญาของตน” ทฤษฎีกฎหมายสำนักนี้เป็นรากฐานดั้งเดิมของวัฒนธรรมตะวันตก ซึ่งแม้จะเสื่อมจากความยอมรับนับถือไปในสมัยศตวรรษที่ ๑๕ แต่ก็กลับได้รับการรื้อฟื้นขึ้นอีกหลังจากที่โลกได้รับบทเรียนอันเจ็บปวดจากสงครามโลกครั้งที่สอง ความคิดสำนักนี้ยืนยันความมี

อยู่จริงของธรรมะทางกฎหมายว่ามีอำนาจบังคับเหนือกว่าคำสั่งบัญชาของรัฐาธิปัตย์และเป็นเครื่องจำกัดการใช้อำนาจธรรมของรัฐหลักนิติธรรมหรือหลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) หลักสัญญาประชาคม (Social Contract) หลักประชาธิปไตย หลักสิทธิมนุษยชน และความพยายามจำกัดอำนาจรัฐให้อยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) นั้น ล้วนแต่เป็นความคิดที่ตั้งอยู่บนรากฐานทางทฤษฎีกฎหมายของสำนักธรรมเนียมทั้งสิ้น และที่สำคัญอย่างยิ่งก็คือความคิดสำนักนี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับคตินิยมที่เคยถือกันมาในวัฒนธรรมไทยแต่เดิม อาจนำมาเชื่อมโยงเข้าด้วยกันได้ ส่วนทฤษฎีกฎหมายของสำนักสำคัญอีกสำนักหนึ่งคือสำนักประวัติศาสตร์ก็ยืนยันว่า “กฎหมายคือจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgesist) คือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ในชนชาติ ย่อมเกิดขึ้นและวิวัฒนาการไปอย่างเป็นไปเองตามเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์วัฒนธรรมประเพณีและสภาพแวดล้อมของชนชาตินั้นๆ สำนักประวัติศาสตร์ถือว่า ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของชาตินั้นนอกจากจะเกิดขึ้นจากเหตุผลแล้วยังได้รับการหล่อหลอมปรุงแต่งด้วยความรู้สึกละแวมณ์ภายในจิตใจเข้าผสมผสานและประกอบเข้ากับข้อเท็จจริงทางสังคมประวัติศาสตร์และทางชีววิทยาของชาติด้วย สำนักนี้ให้ความสำคัญแก่วิชากฎหมายในฐานะที่เป็นความเข้าใจในทางวิชาการต่อวัฒนธรรมของชาติเป็นอย่างยิ่ง การใช้กฎหมายและการบัญญัติกฎหมายตามความคิดของสำนักนี้จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับจิตวิญญาณของประชาชาติ ซึ่งโดยพื้นฐานย่อมแสดงทางธรรมเนียมประเพณีของชาตินั้น และในส่วนที่ย่างยากลับซับซ้อนลึกซึ้งขึ้นไปจิตวิญญาณประชาชาติย่อมแสดงออกให้เห็นได้โดยผู้รู้คือนักนิติศาสตร์ที่เข้าใจสถานะและความเป็นมาเป็นไปในชาติของตนอย่างดีและได้ศึกษาค้นคว้าเหตุผลของเรื่องนั้นๆ ตามสภาพความเป็นจริงในสังคมอย่างมีหลักวิชาแล้วอย่างแจ่มแจ้ง ดังนั้นสำนักนี้จึงเน้นว่าการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของรัฐนั้น วิชาการต้องนำหน้าการวินิจฉัยสั่งการ และวิชานิติศาสตร์ต้องนำหน้าอำนาจนิติบัญญัติ

เป็นที่ควรสังเกตด้วยว่า กระแสความคิดเกี่ยวกับความเป็นธรรมในสังคมไทยสมัยหลังมานี้เคลื่อนไหวสอดคล้องกันกับพระราชปณิธานของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวองค์ปัจจุบัน ซึ่งทรงเคยมีพระบรมราชโองการเป็นปฐม ในคราวที่ทรงรับราชาภิเษกว่า^๑

“เราจะครองแผ่นดินโดยธรรมเพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม”

และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาแนวกระแสพระราชดำรัสและพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบันที่ทรงพระราชทานแก่นักกฎหมายในโอกาสต่างๆ สะท้อนให้เห็นว่าทรงใส่พระทัยต่อความคิดทางกฎหมายและความยุติธรรมเป็นอย่างยิ่ง

^๑ พระบรมราชโองการ เมื่อ 5 พฤษภาคม พ.ศ. 2493

พระบรมราชาโชวาทหลายครั้งแสดงแนวพระราชดำริทางปรัชญากฎหมายไปในทางเดียวกับสำนักธรรมนิยมและสำนักประวัติศาสตร์ ดังเช่นที่ทรงกล่าวถึงกฎหมาย อำนาจ ความยุติธรรมและความ เป็นจริงใจในสังคมว่า

“กฎหมายกับความเป็นอยู่ที่เป็จริงอาจขัดกัน และในกฎหมายก็มีช่องโหว่มีช่องน้อย เพราะเราปรับปรุงกฎหมายและการปกครองอย่างใดโดยอาศัยหลักการของต่างประเทศ โดยมีได้ คำนึงถึงความเป็นอยู่ของประชาชนว่าในทีใดเป็นอย่างไร...”^๒

“การนำบทบัญญัติที่ปฏิบัติไม่ได้ตามสภาพที่เป็นจริงของชีวิตมาบังคับใช้เป็นตัวเหตุแห่งความเดือดร้อนแตกแยกในชาติและประชาชนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะยังความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นได้ต้องตรากฎขึ้นตามสภาพการณ์และสภาพชีวิตที่แท้จริงของบ้านเมืองและบุคคล”^๒

“โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าว จึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย”^๒

“...กฎหมายมีไว้สำหรับให้มีความสงบสุขในบ้านเมือง มิใช่ว่ากฎหมายมีไว้สำหรับ บังคับประชาชน ถ้ามุ่งหมายที่จะบังคับประชาชนก็กลายเป็นเผด็จการ กลายเป็นสิ่งที่บุคคลหมู่น้อย จะต้องบังคับหมู่มาก ในทางตรงข้ามกฎหมายมีไว้สำหรับคนหมู่มากมีเสรีและอยู่ได้ด้วย ความสงบ”^๒

การที่อยู่กับกฎหมายและใช้กฎหมายมากๆ นั้น อาจทำให้ติดในดัวบทกฎหมายมากไป และทำให้เห็นว่าคำพิงบทกฎหมายจะให้ความยุติธรรมได้โดยสมบูรณ์ ความจริงกฎหมายเป็นเพียง

^๒ พระราชดำรัสพระราชทานแก่คณะกรรมการจัดงานวัน “นิติศาสตร์จุฬา” ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน วันพฤหัสบดีที่ 13 มีนาคม 2512 ประมวลพระราชดำรัสและพระบรมราชาโชวาทที่พระราชทานในโอกาสต่างๆ อันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องกฎหมาย ตั้งแต่ พุทธศักราช 2489 จนถึง 2529, (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และธนาคารทหารไทยจำกัด, พ.ศ. 2530), หน้า 18

^๒ พระบรมราชาโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ณ ศาลาดุสิตา ลัย วันเสาร์ที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2514 ประมวลพระราชดำรัสฯ, หน้า 45.

^๒ พระบรมราชาโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษากฎหมาย ผู้สำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิต ณ เนติ บัณฑิตยสภา วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2515 ประมวลพระราชดำรัสฯ, หน้า 53.

^๒ พระบรมราชาโชวาท พระราชทานแก่คณะกรรมการจัดงาน “วันรพี” คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ณ พระ ตำหนักจิตรลดารโหฐาน วันพุธที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2516, ใน ประมวลพระราชดำรัสฯ, หน้า 54

เครื่องมือสำหรับกำหนดความถูกต้องเพื่ออาศัยเป็นหลักวินิจฉัยในการอำนวยความสะดวกทางกฎหมาย หากใช้ปัจจัยสิ่งเดียวในการให้ความยุติธรรมไม่^๒

“กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรม หากเป็นแต่เพียงบทบัญญัติหรือปัจจัยที่ตราไว้เพื่อรักษาความยุติธรรม... จึงไม่สมควรจะถือว่าการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินมีวงกว้างอยู่เพียงแต่ขอบเขตของกฎหมายจำเป็นต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย”^๓

เมื่อได้วิเคราะห์ดูกระบวนการเป็นมาของความคิดทางกฎหมายของไทยแล้ว กล่าวได้ว่า ในระยะหลังมานี้ได้เกิดกระแสความคิดอย่างใหม่ขึ้นในสังคมไทยเรียกร้องให้ถือธรรมะ ถือเหตุผล เป็นใหญ่เน้นหลักรัฐมีอำนาจจำกัด เน้นให้นักกฎหมายใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม สำนักคิดชอบชั่วดีของคนในสังคม ไม่ใช่ใช้กฎหมายตามตัวอักษรจนเกิดความอยุติธรรมหรือเพ่งแต่จะคัดลอกตามความพอใจของผู้มีอำนาจ คัดค้านการใช้อำนาจตามอำเภอใจสนับสนุนการจำกัดอำนาจรัฐ และยืนยันคุณค่าแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนความเคลื่อนไหวที่สนับสนุนอุดมคติทำนองนี้ปรากฏให้เห็นได้ในการชุมนุมประท้วงรัฐบาลครั้งสำคัญๆ หลายครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเดินขบวนประท้วงรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจเมื่อ ๑๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๖ การเคลื่อนไหวที่นำไปสู่การประท้วงรัฐบาลเมื่อ ๑๗ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ และการเคลื่อนไหวเรียกร้องให้มี การปฏิรูปการเมืองจนมีการตรารัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๐ และฉบับ พ.ศ. ๒๕๕๐

๓.๓ พัฒนาการนิติธรรมและนิติรัฐในบริบทกฎหมายไทยจากพัฒนาการทางความคิดทางกฎหมายของไทยดังที่กล่าวมาในข้อ ๓.๑ และข้อ ๓.๒ จะพบได้ว่าแนวความคิดทางกฎหมายดั้งเดิมของไทย เชื่อว่ากฎหมายเป็นเรื่องเดียวกับธรรมะ พระมหากษัตริย์เป็นผู้รักษากฎหมายการใช้ อำนาจในการปกครองจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ การแก้ไขปรับปรุงจะกระทำได้อต่อเมื่อบทบัญญัติใดผิดเพี้ยนต่อหลักธรรมเท่านั้นดังที่จากการสังคายนากฎหมายในรัชกาลที่ ๑ กฎหมายตราสามดวงดังที่ปรากฏ แต่ในช่วงการรับเอาอิทธิพลกฎหมายตะวันตกในรัชกาลที่ ๔ มีการนำรูปแบบการบัญญัติกฎหมายและเนื้อหาามาปรับใช้ ในส่วนเนื้อหาของกฎหมายในช่วง ๑๐๐ ปีที่ผ่านมาได้นำแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) มาพัฒนาใช้ในช่วงแรกเพื่อค้ำจุดอำนาจของพระมหากษัตริย์เนื่องจากความจำเป็นในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ประเทศเพื่อต่อสู้กับการล่าอาณานิคมของลัทธิจักรวรรดินิยมและ

^๒ พระบรมราชาทานในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบได้เป็นเนติบัณฑิต ณ อาคารใหม่ สวนอัมพร วันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2522 ใน ประมวลพระราชดำรัสฯ, หน้า 75.

^๓ พระบรมราชาทานในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบได้เป็นเนติบัณฑิต ณ อาคารใหม่ สวนอัมพร วันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2522 ใน ประมวลพระราชดำรัสฯ, หน้า 79.

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ แนวคิดทางกฎหมายนี้ก็ยังคงได้รับการอ้างอิงเพื่อคำจูนอำนาจของคณะผู้ปกครองเช่นเดิม

แต่ในระหว่างนี้แนวคิดการฟื้นฟูแนวความเป็นธรรมทางกฎหมายและการปกครองในระบบเสรีประชาธิปไตย โดยเฉพาะในส่วนการใช้อำนาจในทางปกครองที่จำกัดหรือควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยผ่านหลักนิติธรรม (Rule of Law) หรือนิติรัฐ (Legal State) ได้ถูกนำเสนอมาเป็นระยะ

๓.๓.๑ หลักนิติธรรม (Rule of Law) ได้ถูกนำมากล่าวอ้าง วิกรม เมฆานนท์ ในปี พ.ศ. ๒๔๘๘ โดยแปล Rule of Law “หลักธรรม” ให้ความหมายว่า “ยอดของหลักการในการออกกฎหมายหรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าจะต้องไม่เป็นการใช้อิทธิพลหรือตามอารมณ์ชอบหรือตามอำเภอใจ แต่จะต้องเป็นกฎหมายหรือปฏิบัติที่รวมด้วยทำนองคลองธรรม” เสนาะ เอกพจน์ ในปี ๒๕๐๑ ได้นำหลัก Rule of Law มีสนับสนุนการเขียนบทความว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีการลงโทษ” สด สดตรา ในปีพ.ศ. ๒๕๐๓ แปล Rule of Law ว่า “หลักศักดิ์สิทธิ์แห่งกฎหมาย” ธานินทร์ กรัยวิเชียร ในปีพ.ศ. ๒๕๐๕ ได้แปล The Rule of Law ว่า “นิติธรรมวินัย” วิสาร พันธุระ ปี พ.ศ. ๒๕๑๘ แปล The Rule of Law ว่า “นิติธรรม” และหลังจากนี้เรื่อยมา เมื่อกล่าวถึง The Rule of Law ในสังคมไทยจะหมายถึงหลักนิติธรรม ซึ่งมีผู้พิพากษาและนักวิชาการจำนวนมากได้ยืนยันว่า The Rule of Law คือ “หลักนิติธรรม” ส่วนการให้คำนิยามหรือความหมายนั้นจะแตกต่างกันไปดังที่กล่าวไว้แล้วในข้อ เช่น ศ.วิชา มหาคุณ, ศ.พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ ศ.พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล เป็นต้น ซึ่งในปีพ.ศ. ๒๕๔๕ ศ.ดร.ประยูร กาญจนกุล ราชบัณฑิต (สำนักธรรมศาสตร์และการเมือง ประเภทสังคมศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ ได้ให้ความหมาย คำว่า “นิติธรรม” ตามความหมายทั่วไปหมายถึงหลักธรรมพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ปกครองประเทศ ที่พึงยึดเป็นแนวทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเที่ยงธรรมในการปกครองบ้านเมือง

ส่วนคำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งตรงกับคำว่าภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” ตามความหมายในทางนิติศาสตร์ หมายความว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งจำกัดอำนาจในทางนิติบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มให้เป็นไปโดยเสมอภาคกันตามกฎหมาย

หลักนิติธรรมไทยย่อมเป็นไปตามระบอบการปกครองประเทศ ดังนั้นนิติธรรมไทยในสมัยโบราณจึงเป็นหลักนิติธรรมตามระบอบประชาธิปไตยแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งเป็นระบอบการปกครองของประเทศไทยมาแต่สมัยเริ่มแรกจนถึงสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงมาเป็นระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตั้งแต่วันที่ ๒๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ จนถึงสมัยปัจจุบัน

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในปัจจุบันตามที่ยอมรับนับถือในวงการนิติศาสตร์ มีดังนี้

(๑) การปกครองรัฐต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการปกครองที่เป็นธรรมภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายจะกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายผู้ปกครองรัฐไว้อย่างแน่ชัดและกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองโดยศาลเพื่อควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจปกครองรัฐมิให้ขัดต่อกฎหมาย หรือนอกเหนือกฎหมาย

(๒) สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

(๓) เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครอง ย่อมเสมอภาคตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

๑. การปกครองรัฐต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย

ในประเทศต่างๆ ที่เจริญแล้ว กิจกรรมของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ทั้งนี้หมายความว่าฝ่ายบริหารผู้มีหน้าที่ปกครองรัฐจะต้องดำเนินการในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายบริหารห้ามมีอำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามอำเภอใจไม่ ฝ่ายกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้ เพื่อสั่งให้เพิกถอนการกระทำในทางปกครองอันขัดต่อกฎหมายนั้นเสีย ระบบการปกครองเช่นนี้เรียกว่า “ระบบนิติรัฐ” (Legal State)

๑.๑ ระบบนิติรัฐนี้เป็นระบบที่ถือสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักสำคัญ และมีความมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต่อการกระทำของรัฐ โดยบังคับให้ฝ่ายบริหารดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือกฎหมายต้องกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตอำนาจในการดำเนินการของฝ่ายบริหารไว้ กฎหมายวางหลักไว้ว่าฝ่ายบริหารจะต้องเคารพต่อเสรีภาพของบุคคลต่อสิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิของพลเมือง ฝ่ายบริหารจะไปจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินตามชอบใจไม่ได้

หลักนิติธรรมไทยข้อนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

๑.๒. สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หลักนิติธรรมข้อนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ ว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รับรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและมุ่งหมายให้ใช้บังคับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง”

สิทธิและเสรีภาพที่สำคัญๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองมีดังนี้

- ๑.) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย
- ๒.) เสรีภาพในเคหสถาน
- ๓.) เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร
- ๔.) เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย
- ๕.) เสรีภาพในการถือศาสนา นิิกายของศาสนา
- ๖.) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายวิธีอื่น
- ๗.) เสรีภาพในทางวิชาการ
- ๘.) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
- ๙.) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น
- ๑๐.) เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และเพื่อดำเนินการในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- ๑๑.) สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ
- ๑๒.) เสรีภาพในการประกอบกิจกรรมหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างธรรม
- ๑๓.) สิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา ๖๑)
- ๑๔.) สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น (มาตรา ๖๒)

๒. หลักความเสมอภาคตามกฎหมาย

หลักความเสมอภาคตามกฎหมายเป็นหลักนิติธรรมที่สำคัญมากอย่างหนึ่ง เอกชนผู้อยู่ให้การปกครองต้องเสมอกันตามกฎหมายในสิทธิหน้าที่ และสถานภาพตามกฎหมายและต้องได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเท่าเทียมกัน การให้ความเสมอภาคแก่บุคคลจึงจะพึงทำได้แต่ในทางกฎหมายเท่านั้น การให้ความเสมอภาคทางสังคมและทางเศรษฐกิจย่อมไม่อาจจะทำได้ เพราะจะเป็นการฝืนธรรมชาติ เช่น จะทำให้ทุกๆ คนรวยเท่าๆ กัน หรือจนเท่าๆ กัน ย่อมเป็นไปไม่ได้

ความเสมอภาคตามกฎหมายหมายความว่า การกำหนดให้บุคคลมีสิทธิหน้าที่และสถานภาพตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ดังบทบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สถานภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้” และมีได้บัญญัติไว้ในเรื่องสิทธิเสมอภาคในการรับรองบริการว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐาน ไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย”

“บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

“รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย”

หลักการให้ความเสมอภาคแก่เอกชนในการรับบริการนี้มีความสำคัญมาก ฝ่ายปกครองมีความผูกพันที่จะให้ผลปฏิบัติแก่ประชาชนพลเมืองโดยเสมอภาคกัน การปฏิบัติของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างสม่ำเสมอสำหรับทุกคนไม่มีการเลือกปฏิบัติและเพื่อให้มีหลักประกันในการเสมอภาคนี้ บทกฎหมายจึงวางหลักเกณฑ์ไว้ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติในกรณีที่อนุญาตให้ล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ล่วงหน้าเป็นการทั่วไป โดยมีได้คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะ

หลักการให้ความเสมอภาคนี้เป็นหลักปฏิบัติที่สำคัญยิ่งในการปกครองฝ่ายปกครองจักต้องคำนึงถึงจิตใจของผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครอง เพราะคนไม่ใช่วัตถุสิ่งของย่อมมีความรู้สึกคิด

ทางจิตใจที่อ่อนไหวได้ง่ายเมื่อถูกกระทบกระเทือน การปกครองคนนั้นเพียงแต่ให้สิทธิและเสรีภาพเท่านั้นยังไม่เป็นการเพียงพอแต่จะต้องให้ความเสมอภาคด้วย เสรีภาพเปรียบเสมือนกับอาหารที่ใช้บริโภคเพื่อบำรุงเลี้ยงร่างกายให้ดำรงอยู่ได้ ความเสมอภาคก็เหมือนกับอากาศที่หายใจเข้าไป ซึ่งมีความจำเป็นแก่ชีวิตเท่าๆ กับอาหาร คนเราย่อมจะเจ็บช้ำน้ำใจมากถ้าไม่ได้รับความเสมอภาคถึงจะไม่มีเสรีภาพ แต่ถ้าทุกคนก็ไม่มีเหมือนกันย่อมจะทนได้ มนุษย์ต้องการแม้ความเสมอภาคในความทุกข์ยาก กล่าวคือลำบากก็ลำบากด้วย ถ้าไม่ได้รับความเสมอภาคย่อมทนไม่ได้ ดังนั้นหลักการให้ความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งในการปกครองคน ฝ่ายปกครองต้องไม่มีความลำเอียงและให้ผลปฏิบัติแก่บุคคลหนึ่งแตกต่างกับอีกบุคคลหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ใดผู้หนึ่งนอกเหนือไปจากที่บทกฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ และจะบังคับให้ผู้ใดต้องมีภาระหน้าที่เกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน

หลักนิติธรรมไทยตามที่กล่าวมาแล้วอาจสรุปได้ ดังนี้

หลักนิติธรรมไทยสมัยโบราณที่ได้ใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายไทยมาเป็นเวลาหลายศตวรรษนั้น ส่วนใหญ่ได้รับอิทธิพลมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ จาริตประเพณี และพระราชกำหนดพระอัยการของพระมหากษัตริย์ ซึ่งได้มีการปฏิรูปอย่างขนานใหญ่ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๖ ตั้งแต่พ.ศ. ๒๔๔๐ ตลอดมาจนถึงรัชกาลที่ ๖ และรัชกาลที่ ๗ โดยประเทศไทยได้รับเอาระบบประมวลกฎหมาย อันเป็นระบบกฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายอิตาลี ระบบกฎหมายสวิส ระบบกฎหมายเยอรมัน มาใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายไทยด้วยหลักนิติธรรมไทยจึงได้เปลี่ยนแปลงไปตามระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปดังกล่าวมาแล้ว โดยได้มีการดำเนินการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะต่างๆ เริ่มแต่กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. ๑๒๗ อันเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ถึง บรรพ ๖ ขึ้นจนเสร็จครบถ้วน ตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๗๘ เมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายทั้งหมดแล้วกฎหมายไทยก็มีมาตรฐานทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศต่างๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรป และเมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายต่างๆ ไปแล้ว ๕ ปี ตามสนธิสัญญาที่ได้ทำกับต่างประเทศในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ให้มีการเจรจายกเลิกสัญญาที่ยอมให้มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ ดังนั้น ในระหว่าง พ.ศ. ๒๔๘๐-๒๔๘๑ ประเทศไทยจึงได้ทำสนธิสัญญายกเลิกสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศต่างๆ ทุกประเทศ นับแต่นั้นมาประเทศไทยก็ได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมาอย่างสมบูรณ์

กฎหมายไทยที่ได้ประกาศใช้บังคับภายหลังการปฏิรูปแล้วก็มีมาตรฐานทัดเทียมกับกฎหมายของประเทศในภาคตะวันตกที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และหลักนิติธรรมไทยสมัยปัจจุบันก็ได้พัฒนาไปตามกฎหมายต่างประเทศดังกล่าว ทั้งยังได้ช่วยผสมผสานหลักนิติธรรมและหลักจารีตประเพณีของไทยที่ยังเป็นที่ยอมรับนับถืออยู่ให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายใหม่ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายตามระบบใหม่ ประเทศไทยไม่ได้นำหลักกฎหมายต่างประเทศมาใช้ทั้งหมดแต่ยังคงรักษาหลักนิติธรรมและจารีตประเพณีดั้งเดิมของไทยในส่วนที่ดำรงและที่ไม่มิกฎหมายของต่างประเทศ เช่น หลักนิติธรรมเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ หลักกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัว เช่น คดีอุทลุม ในกฎหมายโบราณ คือ พระไอยการ ลักษณะรับฟ้องที่ห้ามลูกหลานฟ้องบุพการีของตนต่อศาลก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ (ครอบครัว) มาตรา ๑๕๖๒ ด้วยว่าผู้ใดจะฟ้องบุพการีของตนเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญามีได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับคตินิยมของคนไทยและสังคมไทย ดังนั้น หลักนิติธรรมไทยที่ได้พัฒนาแล้วจึงยังคงใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายไทยตามระบบใหม่มาจนตราบเท่าทุกวันนี้^๒

๓.๓.๒ นิติรัฐในบริบทสังคมไทย คำว่า “นิติรัฐ” (Legal State) ปราบกฏในทางเอกสารจากบทสนทนาทางวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ ๑๓ กันยายน พ.ศ. ๒๔๘๘ ลงพิมพ์ครั้งแรกในคูลพาห เล่ม ๑ ปีที่ ๓ มกราคม ๒๔๘๘ เป็นสนทนา.. ระหว่างศ.ดร หยุต แสงอุทัย เคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ใช้นามในการสนทนาว่า วิจักร^๓ เห็นว่าประเทศไทยจะเป็นประชาธิปไตยประเทศต้องเป็นนิติรัฐ ซึ่งมีเกณฑ์การพิจารณา ๓ ประการคือ (๑) ในนิติรัฐกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่น ไม่มีอะไรยิ่งกว่ากฎหมาย (๒) ในนิติรัฐจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ และ (๓) ในนิติรัฐผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความหมาย “นิติรัฐ” หมายถึงรัฐที่ยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้น พัฒนาบุคลิก ลักษณะของคนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเทศนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งมีค่าสูงสุด หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักพื้นฐาน ๒ ประการ^๔ คือ (๑) หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน และ (๒) หลักแบ่งแยกอำนาจ

^๒ รายละเอียดในศาสตราจารย์ประยูร กาญจนกุล, วารสารบัณฑิตยสถาน : ฉบับเฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในโอกาสที่ทรงเจริญพระชนมพรรษา ๑๕ พรรษา ปีที่ ๒๗ ฉบับพิเศษธันวาคม ๒๕๔๕

^๓ รายละเอียดใน หยุต แสงอุทัย, “ประชาธิปไตยกับนิติรัฐ” คูลพาหเล่ม ๑ ปีที่ ๓, ๒ มกราคม พ.ศ. ๒๔๘๘ ในนิติรัฐ นิติธรรม, เอกมณู วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพ : โครงการดำรงฯ, ๒๕๕๓)

^๔ รายละเอียดใน สมยศ เชื้อไทย, “หลักนิติรัฐ” ใน “นิติรัฐ นิติธรรม” อ้างแล้วฯ, ^๕

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบาย “รัฐ” ที่มีลักษณะเป็นนิติรัฐในหนังสือกฎหมายมหาชน เล่ม ๑ ที่มาและนิติวิธีไว้ในหน้า ๕๒ ว่า “อำนาจการเมืองซึ่งแบ่งอยู่ในองค์กรทั้งหมดของรัฐ รวมทั้ง บุคคลทั้งหลายต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนั้น เราเรียกเหล่านี้ว่า “นิติรัฐ” (Etat de droit) จึงหมายความว่า รัฐ และองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐและองค์กรของรัฐตราขึ้น^๒

ศ.ดร.อัคราทร จุฬารัตน์ ได้กล่าวถึงนิติรัฐในการสัมมนาบทบาทใหม่ศาลปกครองไทย ในหัวข้อ “นิติรัฐ” ในสังคมไทย เมื่อวันที่ ๑๖ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๑ หลักนิติรัฐถือว่ากฎหมายนั้น เป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจของรัฐ โดยกฎหมายนั่นเอง..... การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีฐาน ที่มาของอำนาจหรือมีกฎหมายให้อำนาจนั่นเอง..... หลักของกฎหมายมหาชนถือว่า ถ้ากฎหมาย ไม่ให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสั่งการหรือดำเนินการใดๆ กับประชาชน โดยพลการไม่ได้... เป็นลักษณะสำคัญยิ่งของประเทศที่มีลักษณะเป็นนิติรัฐ... สอดคล้องกับหลัก Supremacy of Law ซึ่งหมายความว่าทุกอย่างจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ทุกอย่างต้องทำตามกฎหมายทุกอย่างต้องปฏิบัติ ตามกฎหมายในทฤษฎี “หลักนิติธรรม” (Rule of Law)^๓

จากแนวคิดหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในต่างประเทศและแนวคิดทั้งสองได้เข้ามา บทบาทในสังคมไทย ทั้งที่อยู่ในแนวคำพิพากษา กฎหมาย และรัฐธรรมนูญ ทั้งสองหลักนี้ สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ต้องการแบ่งแยกอำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน คือหลัก Supremacy of Law ที่การกระทำจะอยู่ ภายใต้กฎหมายและเป่าประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพจากการใช้อำนาจของฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง สำหรับ “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) มักจะเป็นการกล่าวอ้างโดยผู้ที่ผ่านการศึกษากฎหมายจะ ประเทศอังกฤษหรือกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ส่วนหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือ (Etat de droit) มักจะเป็นนักวิชาการผู้ที่ผ่านการศึกษามาจากประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบ กฎหมาย (Civil Law) โดยที่ กฎหลักนิติธรรม” ถูกนำไปเชื่อมกับคดีในทางกฎหมายของไทย ทั้งใน รูปถ้อยคำและเนื้อหาที่นึกกันว่ากฎหมายและธรรมะเป็นเรื่องเดียวกัน การบัญญัติ กฎหมายใดๆ ต้องเป่าไปโดยธรรม การกำหนดข้อบัญญัติใดๆ ขัดต่อธรรมจะต้องได้รับการแก้ไข ตุลาการผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายจะต้องใช้อำนาจตีความกฎหมายไปโดยธรรม และในช่วงการพัฒนากฎหมาย ของไทยเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ (Modern Legal System) ตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ นักวิชาการกฎหมายของไทย (ตุลาการ, ผู้พิพากษา) มักหยิบยืมหลักนิติธรรม (Rule of Law) จากระบบกฎหมาย Common Law

^๒ ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน เล่มที่ ๑ ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๖), หน้า ๕๑

^๓ ลงพิมพ์ครั้งแรกในหนังสือนิติรัฐในสังคมไทย, สถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย, กรุงเทพมหานคร, ๒๕๒๒ หน้า ๔๐

มาใช้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเป็นธรรมเสมอๆ หลักนิติธรรมในบริบทของสังคมไทยจึงถูกมองว่าเป็นหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเป็นธรรมในขณะที่หลักนิติรัฐ ถูกนำมากล่าวอ้างภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยผูกโยงหลักนิติรัฐกับระบอบการปกครองประชาธิปไตยโดยนักวิชาการทางกฎหมายมหาชน ซึ่งได้กำหนดลักษณะและรายละเอียดในการพิจารณาว่ารัฐไทยมีลักษณะการปกครองที่เป็นนิติรัฐหรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดแต่นักวิชาการที่นำเสนอมีมากน้อยแตกต่างกันไปบ้าง แต่ลักษณะรวมๆ แล้วจะมี ๕ ถึง ๗ ประการด้วยกัน หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายของไทยจึงถูกมองเป็นรายละเอียดของรัฐในการกระทำการอันสะท้อนการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในขณะที่หลักนิติธรรมเป็นหลักทั่วไปในทางกฎหมายที่จะมีการใช้การตีความกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม กล่าวคือ หลักนิติรัฐนั้นเป็นส่วนรายละเอียดของหลักนิติธรรมเท่านั้น

บทที่ ๔

หลักนิติธรรมกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

๑ บทนำ

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ ศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างหลักนิติธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดถึงการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่า “การที่ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในมาตรา ๖๘ พิจารณาว่าการกระทำใดไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมตามมาตรา ๓ วรรคสอง การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงการกำหนดบทบาทอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่า การกำหนดบทบาทอำนาจและหน้าที่ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักทฤษฎีศาลรัฐธรรมนูญสากลหรือไม่ และการอ้างหลักนิติธรรมเพื่อเป็นฐานอำนาจในการเข้าไปวินิจฉัยถึงเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญเป็นการชอบด้วยหลักสากลหรือไม่

๒. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยได้กำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ (Constitution Court) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นศาลพิเศษเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแยกออกจากศาลยุติธรรม ศาลทหาร ศาลปกครอง โดยมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพลเมือง ซึ่งในทางทฤษฎีหลักการคุ้มครองรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะทั่วไป ๓ ประการคือ

๑. การพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุด หมายถึง การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือกฎหมายนั้นเป็นเป็นโมฆะ หรือบังคับใช้ไม่ได้

๒. บทบาทในการถ่วงดุลระหว่างองค์กรของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดการแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย และ

๑. แก้ไขปัญหาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบดบังในการแก้ไขปัญหากรณีเกิดความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ไม่สามารถอาศัยบทบัญญัติทางกฎหมายที่กำหนดไว้ได้

บทบัญญัติในมาตรา ๖๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐^๑ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดบทบาทหน้าที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจตามมาตรา ๖๘ เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗^๒ ได้ให้เหตุผลว่า

“รัฐธรรมนูญมาตรา ๖๘ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ทำให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองผู้กระทำการตามมาตรา ๖๘ วรรคหนึ่งมีสิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้สองประการคือ หนึ่ง เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และสอง ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว โดยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการ ในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา ๖๘ วรรคสองนี้เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้เท่านั้น หากได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ จึงเป็นสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ประกอบกันเห็นว่า คำร้องมีมูลกรณีที่น่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศไทย โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง และได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยในบทบาทหน้าที่ในการถ่วงดุลระหว่างองค์กรของรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖^๓ ไว้ว่า ประเทศที่นำเอาระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยมาใช้ในการปกครองประเทศ ล้วนมีวัตถุประสงค์และมุ่งหมายที่จะออกแบบหรือสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในอันที่จะให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งสร้างระบบ

^๑ บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว

ตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรหรือสถาบันทางการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นประชาชน ตามหลักการแบ่งอำนาจที่แบ่งช่องทางการใช้อำนาจออกเป็น ๓ ทาง คือ ประการแรก การใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา การใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และการใช้อำนาจตุลาการทางศาล ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จัดทำใหม่นี้มีสาระสำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาชนชาวไทย ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งเอกราชและความมั่นคงของชาติ การทำนุบำรุงรักษาศาสนาทุกศาสนาให้สถิตสถาพร การเทิดทูนพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเป็นมิ่งขวัญของชาติ การยึดถือระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นวิถีทางในการปกครองประเทศ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นรูปธรรม การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิถีการปกครองแบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระอื่นสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสุจริตเที่ยงธรรม

จากหลักการดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม มีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนร่วมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองใดบิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากความชอบธรรมทุกรูปแบบ อีกทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองหยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้างเพื่อใช้เป็นฐานสนับสนุน คำจูน ในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้นๆ

ถึงแม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากทะเลาะหรือใช้อำนาจอำเภอใจกดขี่ข่มเหงฝ่ายเสียงข้างมาก โดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกัน จนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้ จะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากตาจะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศไปอย่างชัดเจน ซึ่งหลักการพื้นฐานสำคัญนี้ได้รับการยืนยันมาโดยตลอดว่าจำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือน หรืออำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน โดยให้ตั้งมั่นอยู่บนหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจของปวงชนชาวไทย เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบและถ่วงดุล ทัดทาน

และคานอำนาจซึ่งกันและกันได้เหมาะสม มิใช่แบ่งแยกให้เป็นพื้นที่อิสระของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ เพราะหากปล่อยให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด โดยปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลแล้ว ย่อมเป็นความเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะให้เกิดความเสียหาย และนำพาประเทศชาติให้เกิดความเสื่อมโทรมลง เพราะความผิดพลาดและมั่วเมา ในอำนาจของผู้ถืออำนาจรัฐ

ในการนี้อาจกล่าวได้ว่า องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือศาล ต่างถูกตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหากรณีจึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

ประเด็นข้อวิพากษ์วิจารณ์ของคำวินิจฉัยในทางสาระบัญญัติว่า การวินิจฉัยเช่นว่านี้เป็นไปโดยชอบโดยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นการตีความกฎหมายเพื่อขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เข้าไปก้าวก่ายในขอบเขตหรือบทบาทอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ทั้งที่บทบัญญัติในมาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้กระบวนการในเรื่องนี้จะต้องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงเสียก่อนแล้วค่อยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้เลิกการกระทำดังกล่าว

จากแนวคิดของการกำหนดองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอของ Hans Kelsen นักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นมุ่งหวังให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการคุ้มครองความรัฐธรรมนูญ เพื่อปกป้องความเป็นกฎหมายสูงสุด ถ่วงดุลระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย และเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลหรือพลเมือง ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับและนำไปใช้เป็นแนวทางในการกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ แบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบ (Centralized System) ไว้ที่องค์กรเดียว ซึ่งแนวทางเช่นนี้ประเทศเกิดจากมีประสบการณ์จากใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในยุคฮิตเลอร์ ที่ฝ่ายบริหารได้มือ(มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันจนมีลักษณะของการเป็น “มือ” ให้กันและกัน อาจทำให้ไม่สามารถตรวจสอบได้)^๒ จากฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ฝ่ายตุลาการมาสามารถไม่เข้าไปตรวจสอบ(Judicial Review) ได้อย่างแท้จริง โดยเหตุนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงยืนยันหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เพื่อถ่วงดุล (Check and balances) ขององค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามมา

^๒ อัครธรร จุฬารัตน บทบาทใหม่ของศาลปกครองไทย (ปาฐกถา นำ ในการสัมมนาใหญ่ประจำปี พ.ศ.๒๕๕๑ “นิติรัฐในสังคมไทย” วันที่ ๑๖ ธันวาคม พ.ศ.๒๕๕๑ เอกสารสำเนา) หน้า ๔๑

เป็นหลักสำคัญในการวินิจฉัยในครั้งนี้ ว่าศาลมีอำนาจเต็มในการที่จะวินิจฉัยคำร้องว่าการกระทำใดขัดต่อมาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง

ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยการตีความวางหลักคำว่า “นิติธรรม” ในบทบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง ซึ่งถือว่าเป็นหลักธรรม^๓(อันเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติโดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง) ในทางปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักการอันอยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ซึ่งเป็นการอ้างที่สอดคล้องกับแนวคิดตามกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งการตีความกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ใช้กันโดยทั่วไปในประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งนอกจากการตีความจากตัวหนังสือแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ควบคู่กันไปด้วย ซึ่งการตีความอย่างนี้ สหประชาชาติไม่คุ้นเคยเนื่องจากประเทศไทยคุ้นเคยกับการตีความในระบบกฎหมาย Common Law ที่เรียกว่า Interpretation of Statute (ของประเทศอังกฤษ ที่เป็นวิธีการใช้การตีความกฎหมายที่รัฐสภาอังกฤษได้ตราขึ้นเท่านั้น แต่ที่ตีความโดยกว้างขวางศาลอังกฤษจะใช้ในกรณีที่เป็น Common Law) แต่อย่างไรก็ตามข้อกังวลที่มีผู้ทักท้วงว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจเต็มในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดขององค์กรทั้งสามเป็นการขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจดังกล่าว แล้วในส่วนการถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของศาลจะให้องค์กรใด หรือกำหนดกลไกใดทำหน้าที่ถ่วงดุลศาลรัฐธรรมนูญ หรือจะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ ๔ ใน อีสระจากการถ่วงดุล

๓. หลักนิติธรรมหรืออำนาจที่ไร้ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอารักภบทในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗^๔ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๘^๕ และได้บัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง และมาตรา

^๓ ตามคติความเชื่อในระบบกฎหมายไทยดั้งเดิม ซึ่งกล่าวไว้ในบทที่ ๓

“เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ แสดงออกให้ปรากฏซึ่งประณิธานร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่า จักรักษาไว้ซึ่งเอกราชแห่งชาติไทยในทุกทาง จักคุ้มครองศาสนาทุกศาสนาให้สถาพร จักเทิดทูนพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและมิ่งขวัญของประเทศไทย จักยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตย จักตรากฎหมายขึ้นใช้เพื่อความเป็นธรรมในสังคม จักใช้มาตรการทั้งปวงในอันที่จะจัดความเหลื่อมล้ำในฐานะของบุคคลทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมให้ลดน้อยลงเป็นลำดับ จักร่วมกันบำบัดทุกข์บำรุงสุขและจักพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของราษฎรโดยทั่วหน้าและอย่างเสมอภาค และจักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

^๕กลับมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น ใช้กำลังเข้าปะทะกันซึ่งอาจมีการสูญเสียชีวิตและเลือดเนื้อได้นับว่าเป็นภัยอันตรายใหญ่หลวงต่อระบบการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ และความสงบเรียบร้อยของประเทศ จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบบ

๘๘(๖) ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นครั้งแรก^๖ ซึ่งอาจแปลในภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” ซึ่งในรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจนอย่างไร แต่ The Rule of Law มักจะแปลผันไปตามสภาพของแต่ละประเทศและระบบกฎหมายที่ประเทศนั้นๆ ใช้อยู่ ซึ่งในบริบทในกฎหมายของไทย ผู้เขียนได้สำรวจสภาพการใช้นาหลักนิติธรรมมาใช้ในสังคมไว้โดยสังเขปแล้วเข้าใจว่า จากการศึกษาพัฒนาการและแนวความคิดของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐในประเทศจะพบว่า เป็นการเรียกร้องให้ถือกฎหมายเป็นใหญ่เหนืออำเภอใจของผู้มีอำนาจ สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ โดยให้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร คานซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับระบอบการปกครองแบบเผด็จการหรือการปกครองในรัฐตำรวจ เมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจ ไม่ว่าจะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ก็เท่ากับเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน^๗

ซึ่งจากการให้ความเห็นของนักวิชาการทางกฎหมายได้พยายามกำหนดกรอบ การที่จะถือว่าเป็นการปกครองที่ถือว่ากฎหมายเป็นใหญ่นั้น ควรจะมีอะไรบ้าง อาจแบ่งได้ ๕ ประการที่จะนำไปพิจารณา กล่าวคือ

๑. รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญ ซึ่งเข้ากับหลัก Supremacy of Law

๒. ประเทศจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลหรือคานกันระหว่างอำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบริหารและอำนาจในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่สมมูลกัน

๓. มีการตรวจสอบการใช้อำนาจแต่ละฝ่ายว่าเป็นการใช้อำนาจชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือตรวจสอบว่าเป็นการใช้อำนาจตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ เพื่อมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือเสียท่า (Abuse of Power)

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การฟื้นฟูความรักสามัคคี ระบบเศรษฐกิจและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การเสริมสร้างระบบการตรวจสอบทุจริตที่เข้มแข็งและระบบจริยธรรมที่ดีงาม การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน....”

^๖ มาตรา ๓ อำนาจธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

^๗ รายละเอียดในสมคิด เลิศไพฑูรย์ การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ ๓๒ ฉบับที่ ๑ (มีนาคม ๒๕๕๓) หน้า ๓-๒๐

๔. องค์การหรือกลไกในการตรวจสอบความชอบ (Judicial Review) ที่มีประสิทธิภาพว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่

๕. ตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญจะต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในกรอบและบทบาทหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ ได้นำหลักนิติธรรมมาเป็นฐานการพิเคราะห์การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าปฏิบัติหน้าที่ โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามบทบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง รายละเอียดดังนี้

“องค์การที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้นการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหากรณีจึงมีผลการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่านอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหิบบกมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชน โดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิทาบาดหมางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม มาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา ๖๗ นั้นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณีจึงต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริตก็ต่อจลมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมิเช่นนั้นจะทำให้บรรดาสุจริตคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ ให้ไปตกอยู่แก่บุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและ

แบบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ

ส่วนหลักการปกครองแบบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และมีใช้การปกครองที่อ้างอิงเพียงฐานอำนาจที่มาจากประชาชนเลือกตั้งเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตย ยังมีองค์ประกอบสำคัญอีกหลายประการ การที่องค์กรหรือสถาบันการเมือง ในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐมักจะอ้างอยู่เสมอว่า ตนมาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติหาใช้วิธีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจากประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้งหรือชนะการเลือกตั้งของฝ่ายการเมืองเท่านั้นเพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หาใช่เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรม แต่อย่างใด

ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้มาศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบบประชาธิปไตยในอันที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๖ วรรคห้า ที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ประกอบมาตรา ๒๗ ที่ว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวงเมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องทั้งสี่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๖๘ วรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ...”

คำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ คำวินิจฉัยมีใจความสำคัญในการอ้างถึงหลักนิติธรรมที่สำคัญ ดังนี้

“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงได้นำหลักนิติธรรม มากำกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่า นอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่จะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหิยขมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวาทบาดหมางและแตกความสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา ๖๘ นั้นเอง การใช้อำนาจและการใช้อำนาจทุกกรณีจึงต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้ทุจริตหรือฉลมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมิเช่นนั้นจะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ ให้ไปตกอยู่กับบุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม

หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝงหลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐสภาที่ดี คณะรัฐมนตรีที่ดี ศาลที่ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ

ส่วนหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และมีใช่การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจากการชนะเลือกตั้งเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ยังมีองค์ประกอบสำคัญอีกหลายประการ การที่องค์กรหรือสถาบันการเมือง ในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐมักอ้างอยู่เสมอว่า ตนมาจากการเลือกตั้งของประชาชนแต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติ หาใช้วิธีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน โดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจากประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้งหรือชนะการเลือกตั้งของฝ่ายการเมืองเท่านั้น เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มี

สิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หากใช้เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรม แต่อย่างไร

ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในอันที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๖ วรรคห้า ที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ประกอบมาตรา ๒๗ ที่ว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง เมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ วรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

แต่ด้วยหลักนิติธรรมไม่ได้มีบทนิยามไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลได้พิเคราะห์ว่าศาลใช้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญนั้นอย่างไร ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับหลักนิติธรรมในทางสากลแล้ว หลักนิติธรรมที่ศาลหยิบยกขึ้นเป็นข้ออ้างนั้นสอดคล้องตรงกันหรือมีข้อแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร

ผู้วิจัยได้นำหลัก ๕ ประการที่แสดงถึงความเข้าใจในบริบทของสังคมในทางวิชาการ ที่กล่าวข้างต้นมาแบบเครื่องมือในการวิเคราะห์ในข้อที่มีเกี่ยวข้อง ดังนี้

๑. หลักแบ่งแยกอำนาจ เพื่อให้เกิดการดุลหรือคานกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งศาลเห็นว่า การใช้อำนาจในเรื่องนี้วัตถุประสงค์จะต้องเป็นไปเพื่อคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกัน การใช้อำนาจหน้าที่ต้องถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย ซึ่งในที่นี้ศาลได้อธิบายเพิ่มไปว่า “การใช้อำนาจจะต้องไปโดยสุจริต” การใช้อำนาจโดยทุจริต นอกลมผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ ดังนั้นการกระทำใดทั้งในด้านรูปแบบและเนื้อหาไม่มีการถ่วงดุลกันอย่างเหมาะสมแล้ว ภายใต้หลักนิติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญหรือไม่

และในคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้ง เกิดจากมีผู้ร้องว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติที่อาศัยเสียงข้างมากในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นการไม่ชอบทั้งสองคำวินิจฉัยมีประเด็นที่ศาล จะพิจารณาใน ๒ ประการ กล่าวคือ ๑. ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยหรือไม่ และ ๒. เนื้อหา สาระที่แก้ไขเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในการพิเคราะห์ของศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบ บบบัญญัติในมาตรา ๓ วรรคสอง ที่ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

บทที่ ๕

สรุปและข้อเสนอแนะ

สรุป

๑. ศาลรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ในรูปแบบศาลชำนาญการพิเศษ (Constitution Court) เช่นเดียวกับประเทศที่ระบบศาลคู่ (Dual System) ซึ่งมีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักประกอบด้วย

๑. การคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นองค์กรหลักในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญทำให้ศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย

๑.๑ พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุด ตามแนวคิดของ Hans Kelsen ที่กำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายอย่างเป็นระบบกฎหมาย กฎหรือระเบียบ ข้อบังคับใด จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น คุ้มครองรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันการใช้คะแนนเสียงข้างมากในการตราหรือบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบาทเช่นนี้ในวิชาการเรียกว่า การใช้อำนาจในเชิงปฏิเสธ (Negative Sense of abolishing a law) อำนาจในการตรวจสอบในกรณีที่ฝ่ายบริหารได้กระทำการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Legal Action) ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งตรวจสอบคำวินิจฉัยใดๆ ขององค์กรรัฐธรรมนูญอื่นที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีความอิสระจากการแทรกแซงทางการเมือง และมีความเชี่ยวชาญเฉพาะ

๑.๒ ถ่วงดุลระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การขัดแย้งระหว่างองค์กรเหล่านี้จำเป็นต้องมีองค์กรใดมาทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นบทบาทสำคัญในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจเพื่อพิทักษ์หรือปกป้องรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะสังเกตว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อิสระอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ แล้วจะมีกลไกใดหรือองค์กรใดตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

๑.๓ แก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ แก้ขัดแย้งระหว่างองค์กรที่ไม่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน หรือความขัดแย้งที่เกิดจากอำนาจหน้าที่ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถอาศัยบทบัญญัติทางกฎหมายได้ ซึ่งต่างฝ่ายอ้างความไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เช่น การเลือกตั้ง พรรคการเมือง การลงประชามติ การทำสนธิสัญญา ระหว่างประเทศ รวมถึงการกล่าวหาถึงการละเลยไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามามีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาและวางข้อยุติในเรื่องเหล่านี้

๑.๔ กำหนดและสร้างแนวคิดพื้นฐานทางการเมือง การตีความรัฐธรรมนูญด้วยอำนาจ หน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นบทบาทและอำนาจพื้นฐานของศาล รัฐธรรมนูญ ปัญหาสำคัญทางการเมืองที่ไม่มีบทบัญญัติในรายละเอียด เป็นปัจจัยที่หลีกเลี่ยงได้ ในการกำหนดแนวพื้นฐานในทางการเมืองการปกครองของประเทศ เมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผูกพันทุกองค์กรในรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงกล่าวเป็นบรรทัดฐาน (Norm) อันเป็นพื้นฐาน ทางการเมืองในตัวเอง แต่อย่างไรก็ตามต้องอยู่ภายใต้กรอบหลักการพื้นฐานของหลักการ พื้นฐานของระบอบการปกครองของประเทศ ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อ มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาทางการเมืองมีการ เปลี่ยนแปลงตามยุคสมัยหรือข้อจำกัดหรือลักษณะเฉพาะ ที่หลากหลายและสลับซับซ้อนที่มี มิติสัมพันธ์กันในนามธรรมอันเกี่ยวโยงเรื่อง อำนาจอธิปไตย สิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพ ประโยชน์ทางสาธารณะที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ ดูเสมือนว่าจะอยู่นอกเหนือหลักทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ เป็นอำนาจที่ ๔ หรือไม่)

๒. คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมือง หลักในรัฐธรรมนูญสากลมีหลักการสำคัญ ที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติไว้คือหลักการว่าด้วยการเคารพอิทธิมนุษยชนและการปกป้อง คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สำคัญในอันจะต้องคุ้มครอง หลักสิทธิมนุษยชนปกป้องคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชน และปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ พลเมืองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากมองในอีกด้านหนึ่งเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับข้อแรก ที่เคารพหลัก ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ (รัฐใหม่) ได้กำหนดให้หลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของพลเมืองเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งทฤษฎีสัญญาประชาคมได้เสนอแนวคิด ว่าการที่ปัจเจกชนแต่ละคนได้สละอำนาจทั้งหมดแก่สังคมรวมกันเป็นประชาสังคม แต่ปัจเจกชน แต่ละคนยังคงมีสิทธิและเสรีภาพแห่งตนไว้ในรัฐธรรมนูญ แนวคิดปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เห็นว่า สิทธิของบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตัวกับความเป็นมนุษย์ตามธรรมชาติ สังคม จะต้องให้การยอมรับและสามารถอ้างสิทธิดังกล่าวต่อรัฐได้เสมอทุกรูปแบบ ดังนั้น การยอมรับ

แต่เพียงการมีอยู่เป็นการพอเพียงไม่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจะเป็นกรอบหรือหลักประกันของการใช้อำนาจอรัฐ ที่มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคและเสรีภาพภายใต้สภาวะธรรมชาติ (State of Nature)

๑. หน้าที่อื่นๆ นอกจากบทบาทหน้าที่หลักดังที่กล่าวมาข้างต้น ในแต่ละประเทศได้กำหนดบทบาทหน้าที่อื่นด้วย เช่น การตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภา การตรวจสอบเกี่ยวกับการทำประชามติ การดำเนินคดีสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง หรือตรวจสอบการกระทำชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.๒๕๕๐ เป็นต้น

๒. แนวคิดหลักนิติธรรมของไทย

จากแนวคิด Rule of Law และ Legal State แนวคิดทั้งสองได้เข้ามาบทบาทในสังคมไทย ทั้งที่อยู่ในแนวคำพิพากษา กฎหมาย และรัฐธรรมนูญ ทั้งสองหลักนี้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ต้องการแบ่งแยกอำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อคุณและคานอำนาจซึ่งกันและกัน คือหลัก Supremacy of Law ที่การกระทำจะอยู่ภายใต้กฎหมายและเป่าประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพจากการใช้อำนาจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สำหรับ “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) มักจะเป็นการกล่าวอ้างโดยผู้ที่ผ่านการศึกษากฎหมายจะประเทศอังกฤษหรือกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ส่วนหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือ (Estate de droit) มักจะเป็นนักวิชาการผู้ที่ผ่านการศึกษามาจากประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมาย (Civil Law) โดยที่ “หลักนิติธรรม” ถูกนำไปเชื่อมและผสมผสานกับคติในทางกฎหมายของไทย ทั้งในรูปถ้อยคำและเนื้อหาที่เข้าใจตรงกันว่า กฎหมายและธรรมะเป็นเรื่องเดียวกัน การบัญญัติ กฎหมายใดๆ ต้องเป็นไปโดย “ธรรม” การกำหนดข้อบัญญัติใดๆ ขัดต่อธรรมจะต้องได้รับการแก้ไข ตุลาการใช้อำนาจตามกฎหมายจะต้องใช้อำนาจตีความกฎหมายไปโดยธรรม และในช่วงการพัฒนา กฎหมายของไทยเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ (Modern Legal System) ตั้งแต่รัชกาลที่ ๔ นักวิชาการกฎหมายของไทย (ตุลาการ, ผู้พิพากษา) มักหยิบยืมหลักนิติธรรม (Rule of Law) จากระบบกฎหมาย Common Law มาใช้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเป็นธรรมเสมอๆ หลักนิติธรรมในบริบทของสังคมไทยจึงถูกมองว่าเป็น “หลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองความเป็นธรรม” ในขณะที่หลักนิติรัฐถูกนำมากล่าวอ้างเพื่อผูกโยงกับระบอบการปกครองประชาธิปไตยโดยนักวิชาการทางกฎหมายมหาชน ซึ่งได้กำหนดลักษณะและรายละเอียดในการพิจารณาว่ารัฐไทยมีลักษณะการปกครองที่เป็นนิติรัฐหรือไม่ ซึ่งมีรายละเอียดที่นักวิชาการแต่ละท่านได้นำเสนอมีมากน้อยแตกต่างกันไป แต่ลักษณะรวมๆ แล้วจะมี ๕ ถึง ๗ ประการด้วยกัน กล่าวคือ

๑. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Supremacy of Law) เป็นหลักที่กระกระทำกรใดๆ ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมาย

๒. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบ ถ่วงดุล และยับยั้งการกระทำซึ่งกันและกันได้

๓. หลักการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองกับฝ่ายนิติบัญญัติ เข้ากับหลักประชาธิปไตย กล่าวคือ การใช้อำนาจฝ่ายปกครองที่ดีก็จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ และการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก็ต้องเป็นไปตามกรอบแห่งรัฐธรรมนูญการปกครองระบอบประชาธิปไตย

๔. หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

๕. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถกระทำหน้าที่ในทางตุลาการโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น หลักความอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซง โดยเฉพาะจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ

๖. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้

หลักนิติรัฐในระบบกฎหมายของไทยจึงถูกมองเป็นรายละเอียดของรัฐในการกระทำการอันสะท้อนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในขณะที่หลักนิติธรรมเป็นหลักทั่วไปในทางกฎหมายที่จะมีการใช้การตีความกฎหมายให้เกิดความเป็นธรรม กล่าวคือ หลักนิติรัฐนั้นเป็นส่วนรายละเอียดของหลักนิติธรรมในบริบทกฎหมายไทย

๓. หลักนิติธรรมจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคำวินิจฉัยที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้ตีความว่างหลักนิติธรรมในบทบัญญัติมาตรา ๓ วรรคสองในสองลักษณะ กล่าวคือ

๑. วิธีสับัญญัติ กำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ที่มีอำนาจเต็มในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ตามหลักการการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีข้อเท็จจริงฟังได้เป็นข้อยุติว่า “การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติกระทำไปโดยขัดต่อเจตนารมณ์ ที่มีความมุ่งหมายที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ บิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากความชอบธรรม หยิบยกบทบัญญัติของกฎหมายเป็นข้ออ้างเพื่อใช้เป็นฐานการสนับสนุน คำจูน ในอันที่จะแสวงขผลประโยชน์ส่วนตนและพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้นๆ โดยใช้เกณฑ์ถือเอามติเสียงข้างมากแต่หากละเลยหลักนิติธรรม หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงเสียงข้างน้อย โดยไม่ฟังเหตุผลและปราศจากความชอบธรรม เป็นการขัดต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ” ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัย ซึ่งการตีความเช่นนี้เป็นหลักการตีความ โดยทั่วไปในประเทศที่ใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ที่นอกจากจะพิจารณาจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กันไปด้วย

ซึ่งการตีความเช่นนี้มีนักวิชาการในประเทศไทยมี ตั้งข้อพิจารณาว่า การตีความดังกล่าวข้างต้น เป็นการกระทำเกินอำนาจหน้าที่ (ตุลาการภิวัตน์) หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นองค์กรใดจะทำหน้าที่ตรวจสอบหรือถ่วงดุลศาลรัฐธรรมนูญ ข้อสังเกตนี้เป็นประเด็นจุดอ่อนเมื่อพิจารณาแล้วเป็นการตั้งข้อพิจารณาที่สำคัญยิ่ง แต่เมื่อตรวจสอบจากประเทศที่ใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญรวมทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ในทางกลับกันจากรายงานการประชุมตุลาการศาลรัฐธรรมนูญระดับโลกในช่วงหลายปีที่ผ่านมาปรากฏว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ได้ปรับปรุงระบบศาลกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลชำนาญพิเศษในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำใดๆที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมากขึ้น ส่วนข้อกังวลว่าบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ จะกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ เพื่อถ่วงดุลองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยหรือไม่ นั้น ได้มีข้อเสนอว่า เพื่อมิให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กร (ที่ ๔) ในการใช้อำนาจอธิปไตย การกำหนดกระบวนการคัดสรรตุลาการและกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสังคมการเมืองของ

แต่ละประเทศ เพื่อให้ตุลาการที่ทำหน้าที่ได้รับการยอมรับ ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญหลุดจากกระบวนการตรวจสอบได้ เป็นทางออกที่เหมาะสมยิ่งกว่า

๒.สาระบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความวางหลักคำว่า “นิติธรรม” ในทางสาระบัญญัติไว้ว่า “นิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนมาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลก็ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานต่างของรัฐ ก็ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ” และได้ขยายความถึงการกระทำในทางนิติบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๕๐ (คำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๕๗) ว่า “..เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แก้ไขก็ตาม หากแต่กระบวนการพิจารณาแก้ไขในเรื่องที่สำคัญดังกล่าว ย่อมต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ดำเนินการด้วยความโปร่งใส คำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติเป็นสำคัญ มิใช่แต่แก้ไขเพื่อแก้ปัญหาให้ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีสามารถทำข้อตกลงผูกพันกับนานาชาติได้สะดวกราบรื่น โดยไม่คำนึงถึงการเปิดโอกาสให้สมาชิกวุฒิสภารวมถึงประชาชนสามารถควบคุมตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็นได้ ทุกแง่ทุกมุม เพื่อให้ได้ความเห็นที่หลากหลาย ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับฟังและนำความเห็นของบรรดาสมาชิกและประชาชนไปประมวลเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติและประชาชนโดยรวม ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่เสียงข้างมากจะต้องฟังเสียงข้างน้อย และไม่อาจจะเลยสิทธิประโยชน์ที่จะต้องจกสรรให้แก่เสียงข้างน้อยอย่างเป็นทางการ หากเสียงข้างมากใช้ความได้เปรียบจากการถือเสียงข้างมาก กระทำโดยไม่รับฟังเสียงข้างน้อย หรือรับฟังความเห็นเพียงเพื่อให้เป็นแบบพิธีการเท่านั้น การถืออำนาจตามเสียงข้างมากโดยไม่เคารพต่อความเห็นของฝ่ายเสียงข้างน้อย ย่อมกลายเป็นเผด็จการโดยเสียงข้างมากหรือเผด็จการรัฐสภา อันเป็นรูปแบบของการปกครองซึ่งขัดต่อหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งทำลายสารัตถะและความชอบธรรมของกระบวนการทางนิติบัญญัติ ที่จะต้องผ่านการพิจารณาจากตัวแทนของปวงชนชาวไทย โดยรอบคอบและละเอียดถี่ถ้วน..”

เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันหลักในทฤษฎี “กฎหมายธรรมชาติ” ที่ให้ความสำคัญในเรื่องเหตุผล ศีลธรรม เสรีภาพของประชาชนและรัฐ ความยุติธรรม ความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality) และความเสมอภาคในเนื้อหา (substantive equality) หรือ กฎหมายคือ “ธรรม” ในคติกฎหมายของไทย ที่อารยประเทศโดยคณะกรรมการนิติศาสตร์สากล(International Commission of Jurists) ได้เคลื่อนไหวจนรงค์ มาแล้วกว่า ๓-๔ ทศวรรษ มาเป็นคุณค่าทั่วไปใน

อุดมการณ์ “หลักนิติธรรม” แต่ทั้งนี้ ข้อจำกัดการตีความกฎหมายในแนวทางเช่นว่านี้ คือ “การตีความที่ตัดขาดจากอารมณ์และความรู้สึก” หากไม่เช่นนั้นแล้ว คุณค่าในเชิงอุดมการณ์หลักนิติธรรมก็เสียเปล่า เป็นเพียงอำนาจที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางกฎหมายตามอำเภอใจเท่านั้น ดังนั้น จะวางกลไกอย่างไรเพื่อไม่ให้ตุลาการ ตีความ “นิติธรรม” ตามอำเภอใจ

ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ซึ่งเป็นรูปแบบที่ประเทศไทยได้เลือกใช้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ เป็นองค์กรที่เข้มแข็ง สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งมักพบเสมอว่ามีความเชื่อมโยงจนบางครั้งถึงกับกระทำในลักษณะเป็น “มือ” ให้แก่กันและกัน และในขณะเดียวกันเพื่อให้เป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับของประชาชนและอารยประเทศ ในความอิสระ เชื่อมโยงกับความเป็นจริงในสังคม อยู่ในกรอบการตรวจสอบได้ทั้งในกฎเกณฑ์บ้านเมืองและศีลธรรม การตีความหรือวางหลักกฎหมายเป็นไปตามหลักวิชาการทางนิติศาสตร์ ไม่กระทำไปโดยอำเภอใจ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในสองประการ ดังนี้

๑. กำหนดกระบวนการคัดสรรตุลาศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้ผู้ซึ่ง มีความรู้ความสามารถ มีความสุจริต มีความกล้าหาญในทางวิชาชีพ มีประวัติการปฏิบัติหน้าที่อยู่ในกรอบแห่งศีลธรรม เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการด้านกฎหมายและการเมืองการปกครอง

๒. กำหนดกรอบการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น การกระทำใดที่คาบเกี่ยวกับการกระทำทางบริหาร หรือการกระทำในทางนิติบัญญัติ ให้อยู่ในบทบาทหน้าที่ขององค์กรอื่นๆ เช่น การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง การเสนอร่างกฎหมายเป็นต้น

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย”. โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. พิมพ์ครั้งที่ ๔ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๒
- กิตติศักดิ์ ปรกิติ. “การปฏิรูประบบกฎหมายภายใต้อิทธิพลยุโรป”. พิมพ์ครั้งที่ ๒ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๕
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์. “หลักนิติธรรม(Rule of Law)”ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- เชาวนะ ไตรมาส. “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมือง”รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๑.ศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๔
- ประยูร กาญจนกุล “หลักนิติธรรมไทย” ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- วุฒิชัย จิตตานุ “บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๒ ศาลรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง: สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๖
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม” ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “หลักนิติรัฐ” ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “กฎหมายมหาชน เล่มที่ ๓ ที่มาและนิติวิธี” พิมพ์ครั้งที่ ๑ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๕

- หยุด แสงอุทัย “ประชาธิปไตยกับนิติรัฐ” ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ ๓๒ ฉบับที่ ๑ วันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๕๓
- สมยศ เชื้อไทย “หลักนิติรัฐ” ใน นิติธรรม นิติรัฐ, เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. “๑๐ ปี ศาลรัฐธรรมนูญ คู่ทศวรรษใหม่ของหลักนิติรัฐ”.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๔
- สรวิศ ลิประณี. “สัมผัสคดีที่จุดประกายหลักแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” www.
Library.co.go.th
- พลตรีปิยะพล วัฒนกุล “หลักนิติธรรมกับการตรากฎหมาย”เอกสารการวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ส.ย.) รุ่นที่ ๑๒ ๒๕๕๒
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย”พิมพ์ครั้งที่ ๖ : วิทยุชน, ๒๕๔๕
- วิทยานิพนธ์เอกสารวิจัย
- วิษณุพล ฉวีวรรณ. “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี Legislation Omission”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๖
- พลตรีปิยะพล วัฒนกุล “หลักนิติธรรมกับการตรากฎหมาย”เอกสารการวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง(บ.ส.ย.) รุ่นที่ ๑๒ ๒๕๕๒

ประวัติย่อผู้วิจัย

ชื่อ	นายเชวง ไทยยิ่ง
วัน เดือน ปีเกิด	๑๐ เมษายน ๒๕๐๕
การศึกษา	คุรุศาสตร์บัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ประวัติการทำงาน	อาจารย์ ๑ สำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดสุรินทร์ นิติกร ๓ สำนักงานการประถมศึกษาแห่งชาติ นักกฎหมายกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ตำแหน่งปัจจุบัน	ผู้อำนวยการสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา