

## บทที่ 2

### แนวความคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการทุจริตภายหลัง การเปลี่ยนแปลงทางการเมือง

การศึกษาเรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการทุจริต ในเบื้องต้น จำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการพื้นฐานและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่เป็นสากล โดยมีมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในเรื่องการตรวจสอบการทุจริตของบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐของประเทศไทย หลักอำนาจอธิปไตย ซึ่งกล่าวถึงทฤษฎี รูปแบบการใช้และสถาบันผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดไม่มีอำนาจใดสูงกว่าในรัฐ เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเพื่อยึดอำนาจและมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ คณะบุคคลที่ยึดอำนาจจะเป็นองค์อธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นหลักการที่สำคัญที่ใช้ในการวิเคราะห์ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และการทำลายหรือแย่งชิงอำนาจดังกล่าวโดยอ้างเหตุผลและความจำเป็นต่าง ๆ เพื่อแสดงความชอบธรรมในการได้มาซึ่งอำนาจรัฐ และการใช้อำนาจรัฐ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ทุกประเทศที่มีการปกครองโดยกฎหมายยอมรับนับถือว่าเป็นหลักที่ถูกนำมาบังคับใช้กับองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน และเป็นหลักกฎหมายที่บังคับใช้เป็นเวลาต่อเนื่องกันมายาวนาน จนถือได้ว่าเป็น “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นหลักกฎหมายของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยาก การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่มีการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาเพื่อก่อตั้งระบอบการเมืองการปกครองประเทศ โดยกำหนดกรอบขอบเขตและเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีหลักการว่า กฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้ หลักความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นหลักกฎหมายที่อธิบายว่า คนทุกคนในสังคมไม่ว่าจะมีฐานะทางสังคม เศรษฐกิจต่างกันเพียงใด ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความยุติธรรมที่เท่าเทียมกัน มีสิทธิเสมอกันในการฟ้องร้องคดีต่อศาล และศาลต้องตัดสินให้โดยเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือคนธรรมดาทั่วไปจึงต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน

## 2.1 หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม

พัฒนาการของหลักนิติธรรมเริ่มปรากฏชัดเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ เมื่อปี ค.ศ.1215 ใน Magna Carta ที่ได้รับรองสิทธิของประชาชนโดยการจำกัดอำนาจของสถาบัน กษัตริย์ และคุ้มครองสิทธิของบุคคลในลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ การรับรองสิทธิในการต่อสู้คดีขึ้นใน ระบบศักดินา การคุ้มครองเรื่องการจับตามอำเภอใจ ต่อมาในปี ค.ศ.1628 ได้พัฒนาหลักนิติธรรม ใน Petition of Rights ที่ได้จำกัดกรอบการดำเนินงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมาย กำหนด ทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับประกันมิให้มีการละเมิด โดยรัฐจะต้องดำเนินการตาม กระบวนการที่เป็นไปตามกฎหมาย (Due Process of Law) กล่าวคือ ต้องกระทำตามกระบวนการ ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเป็นทางการ และศาลจะเป็นผู้ให้ความคุ้มครองหากเกิดปัญหาโดยผู้ พิพากษาที่มีความเป็นกลาง แนวความคิดของหลักนิติธรรมที่สำคัญ คือ เรื่องหลักกฎหมายต้อง เป็นใหญ่ (Supremacy of Law) โดยถือหลักการบริหารโดยกฎหมาย มิใช่บุคคล (A Government of Laws, not of Men) หรือเป็นอาณาจักรแห่งกฎหมาย มิใช่บุคคล (The Empire of Law, not of men) เพราะปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งหรือคณะบุคคลมีโอกาสที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ง่าย ในเวลาต่อมา Dicey ได้เรียกร้องให้รัฐต้องถูกผูกพันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งในทางเนื้อหาและกระบวนการ โดยศาลจะเป็นผู้สร้างหลักความคุ้มครองสิทธิของประชาชนใน ระบบกฎหมาย Common Law ในลักษณะ Judge-Made Law กฎหมายจึงถูกบังคับใช้ผ่าน กระบวนพิจารณาของศาลเป็นสำคัญ เมื่อปี ค.ศ.1885 Dicey ได้เขียนหนังสือ An Introduction to the Study of the Law of the Constitution ที่เน้นหลักการสำคัญ 3 เรื่อง คือ หลักไม่มีบุคคลใดจะ ถูกลงโทษ เว้นแต่เขาได้กระทำการขัดต่อกฎหมาย (No one can be punished unless they are in clear breach of the law) หลักบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย ผู้ปกครองต้องอยู่ ภายใต้อำนาจเดียวกับประชาชน (Everyone is equal before the law) หลักศาลเป็นผู้ใช้ กฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่มีกฎหมายใดที่สูงไปกว่าสิ่งที่ศาล ธรรมดาจะตัดสินได้ (There is no set of laws which are above the courts)<sup>1</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 1787 เช่น หลักการไม่ออกกฎหมายย้อนหลัง หรือการไม่ลงโทษบุคคลหรือกลุ่มคนเป็นการเฉพาะ การคุ้มครองบุคคลโดยศาลให้การเยียวยาหากมีการควบคุมตัวบุคคลโดยมิชอบด้วยกฎหมายจาก

<sup>1</sup> สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, "หลักนิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้," ใน การประชุมทางวิชาการ ระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 7 การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2552), หน้า 82-83.

ฝ่ายบริหาร (Writ of Habeas Corpus) หลักแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา และประเด็นที่สำคัญ คือ หลัก Due Process ที่เน้นในเรื่องกระบวนการ (Procedural Due Process of Law) และเนื้อหา (Substantive Due Process of Law) นอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายฉบับต่าง ๆ ยังให้ความสำคัญแก่หลัก Due Process ในหลายเรื่อง เช่น กฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Administrative Procedure Law) ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการตามแนวทางที่ดีตามกฎหมาย แต่หลักนิติธรรมของสหรัฐอเมริกายังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นหลักการเดียวกับหลักรัฐธรรมนูญ เพราะหลักนิติธรรมมีลักษณะเป็นนามธรรมอยู่เบื้องหลังทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ที่มีใช้รัฐธรรมนูญ ทำให้ปัญหาเกี่ยวกับหลักนิติธรรมไม่เป็นปัญหาว่าเรื่องต่าง ๆ ชัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และรวมถึงปัญหาความชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไปด้วย<sup>2</sup>

ส่วนพัฒนาการของหลักนิติรัฐ เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของประเทศภาคพื้นยุโรปที่มีรากฐานทางความคิดจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ทำให้เนื้อหาของหลักนิติรัฐจะอ้างอิงไปยังหลักการในคำประกาศเรื่องสิทธิของประชาชนและพลเมืองในปี ค.ศ.1789 ต่อมาหลักนิติรัฐได้ถูกพัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 19 ที่เป็นยุคแห่งเสรีภาพ มีการกำหนดเรื่องความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนในด้านต่าง ๆ รวมถึงคุ้มครองทรัพย์สินของประชาชนด้วย นอกจากนี้คำว่านิติรัฐ (Rechtsstaat) แล้ว ยังมีการใช้คำว่า "รัฐแห่งกฎหมาย" (Gesetzesstaat) "รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsstaat) หมายถึง หลักที่รัฐต้องเคารพรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ "รัฐแห่งความเป็นธรรม" (Gerechtigkeitsstaat) ที่เป็นการเน้นเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายที่ดี แสดงให้เห็นว่า หลักนิติรัฐเน้นหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ผูกพันอำนาจรัฐทุกฝ่าย แต่สิ่งที่พัฒนาแตกต่างกันในแต่ละประเทศเป็นเรื่องรายละเอียดขององค์ประกอบทางรูปแบบและทางเนื้อหา โดยในทางรูปแบบมีการพัฒนาหลักการแบ่งแยกอำนาจรวมทั้งเพิ่มเรื่องการตรวจสอบการละเมิดหลักนิติรัฐโดยศาล ซึ่งแต่เดิมศาลแพ่งและศาลอาญาสามารถตรวจสอบเรื่องนี้ได้ แต่ปัจจุบันได้พัฒนาศาลพิเศษที่ดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิของประชาชนอย่างจริงจัง ได้แก่ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศส หรือศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีและสวิตเซอร์แลนด์<sup>3</sup>

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 83-84.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84-85.

### 2.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม

นิติรัฐ (Legal State / Etat de droit / Rechtsstaatsprinzip) คือ รัฐ หรือประเทศ ที่ปกครองด้วยกฎหมาย หมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐนั้นตราขึ้น<sup>4</sup> นิติรัฐมาจากคำ 2 คำ คือ คำว่า "นิติ" หมายถึง กฎหมาย และคำว่า "รัฐ" หมายถึง ประเทศซึ่งมีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย เมื่อคำวานิตรวมกับรัฐแล้ว จึงหมายถึง ประเทศที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมายและการเคารพซึ่งกฎหมาย การไม่ใช้กฎหมายเกินกว่าที่บัญญัติไว้หรือบังคับใช้เฉพาะกรณี

นิติธรรม (The Rule of Law) คือ รัฐ หรือประเทศที่ใช้กฎหมายด้วยความเป็นธรรม หมายถึง การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการมีกฎหมายที่ดี หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยที่กระบวนการยุติธรรมเป็นสาระสำคัญของการปกครองในระบบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรม ตามกระบวนการและขั้นตอนทางกฎหมาย (Due Process of Law) กระบวนการยุติธรรมจึงมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการรักษาความสงบสุขของสังคม ด้วยการอำนวยความสะดวกยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และเสมอภาค ตลอดจนให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนด้วย นอกจากนี้ ยังเป็นกระบวนการที่สามารถปกป้องสังคมจากอาชญากรรมรูปแบบใหม่ ๆ ที่ซับซ้อน ใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่เป็นเครื่องมือ ทั้งต้องสามารถจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลบางกลุ่ม และสามารถให้ความคุ้มครอง รับรองสิทธิของผู้เสียโอกาสได้ด้วย จึงจำเป็นต้องปรับปรุงและพัฒนาให้เท่าทันกระแสการเปลี่ยนแปลงของโลก<sup>5</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. อักขราทร จุฬารัตน<sup>6</sup> ได้กล่าวถึงความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐว่า หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งและพัฒนาความคิดโดยนักกฎหมายที่ชื่อ Dicey ซึ่งมีอิทธิพลต่อประเทศที่อยู่ในกลุ่ม Common Law องค์กรประกอบที่สำคัญมี 3 ประการ คือ

<sup>4</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 52-53.

<sup>5</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "หลักนิติธรรม," ใน บทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 27.

<sup>6</sup> อักขราทร จุฬารัตน, "บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย," ใน นิติรัฐในสังคมไทย (สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 40-43.

ประการแรก หลักนิติธรรม (Rule of Law) ยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) หมายความว่า กฎหมายของแผ่นดินย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจอย่างกว้างขวางของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง ความหมายของ Supremacy or Predominance of Regular Law เปรียบเทียบของประเทศอังกฤษกับประเทศอื่นที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดกว่ากฎหมายอื่นของประเทศที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาตามปกติ แต่ประเทศอังกฤษที่ถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ทำให้กฎหมายที่เป็นรูปพระราชบัญญัติที่รัฐสภาอังกฤษตราขึ้นมีฐานะที่สูงที่สุดกว่าสิ่งอื่น ไม่ว่าจะมีความเป็นคำพิพากษาของศาลหรือธรรมเนียมปฏิบัติใด ๆ ที่มีค่าเช่นกฎหมาย

ประการที่สอง หลักความเสมอภาคกันทางกฎหมาย (Equality before the Law) หมายความว่า ทุกคนจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง ข้าราชการ หรือราษฎรธรรมดา ก็ต้องใช้กฎหมายเดียวกันและอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน ทำให้ในอังกฤษไม่มีระบบศาลซึ่งแยกศาลออกเป็นหลาย ๆ ศาล

ประการที่สาม คือ ส่วนหนึ่งที่ได้กล่าวแล้วในประการแรกว่า รัฐธรรมนูญอังกฤษเป็นผลที่เกิดจากกฎหมาย (Ordinary law) ที่พัฒนาโดยศาลยุติธรรม ผ่านวิธีการที่รู้จักกันในประเทศอังกฤษว่า Common law ซึ่งจะให้ความคุ้มครองทางกฎหมายกับประชาชนทั่วไปไม่เหมือนกับในประเทศอื่น ๆ ที่จะมีการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญ Rule of Law เป็นส่วนหนึ่งของ Common Law กล่าวคือ หลักกฎหมายของอังกฤษจะเกิดขึ้นและพัฒนาการมาจากคำพิพากษาดัดสินของศาลที่ดำเนินการต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนานตลอดมา จนสามารถสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่า Common law ให้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ

ส่วนในประเทศต่าง ๆ ในแถบยุโรปและประเทศอื่น ๆ ที่ส่วนใหญ่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มประเทศ Common law จะมีหลักกฎหมายที่มีลักษณะตรงกับหลักนิติธรรมในประการแรก คือ การยอมรับความสูงสุดของกฎหมาย และพัฒนาหลักดังกล่าวมาเป็นแนวความคิดทางการเมืองและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักนิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstaat) ซึ่งถือว่ากฎหมายนั้นเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจของรัฐ หรือเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐโดยกฎหมาย มีหลักสำคัญว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐจะดำเนินการใดที่มีผลกระทบต่อประชาชน จะต้องมีความชอบธรรมหรือมีกฎหมายให้อำนาจไว้เสมอ องค์ประกอบที่แสดงถึงลักษณะของหลักนิติรัฐมี 5 ประการ คือ

ประการแรก หลัก Supremacy of law กล่าวคือ รัฐจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อประชาชนพลเมืองของตนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเป็นสำคัญ

ประการที่สอง หลักการแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตย เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐทั้งในด้านการออกกฎหมาย ด้านการบริหาร และด้านการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ทำให้ประเทศที่ปกครองตามหลักนิติรัฐจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกัน โดยมีองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ที่เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจต่อกัน

ประการที่สาม การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยฝ่ายตุลาการว่าได้ใช้อำนาจไปในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย คือ เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นหรือไม่ มีสิ่งทีเรียกว่าเป็น Abuse of power ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองหรือไม่

ประการที่สี่ ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรและกลไกที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นไปตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดหรือไม่อีกชั้นหนึ่ง

ประการที่ห้า ตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ<sup>7</sup> กล่าวถึง หลักการของ The Rule of law คือ

ประการแรก มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรี มีความสำคัญเหนือสิ่งใด เช่น กฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 4 ตอนตัดสินคดีอำแดงเหมือน ที่บอกว่ากฎหมายที่ถือหญิงเป็นควาย ชายเป็นคนนั้นไม่ยุติธรรม ที่เอาเหตุผลมาตัดสินแทนเรื่องจารีตประเพณี

ประการที่สอง สิทธิเสรีภาพเป็นเรื่องแดนอิสระของมนุษย์ที่กฎหมายจะเข้าไปแทรกแซงไม่ได้ เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย รัฐไม่มีอำนาจไปเอาชีวิตประชาชน รวมทั้งเรื่องการอยู่

<sup>7</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "การเมืองไทยกับ Rule of law หรือ Rule by law," ใน นิติรัฐในสังคมไทย (สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 149-150.

กินของประชาชนที่เมื่อก่อนกฎหมายเยอรมันจะเข้าไปยุ่งกับประชาชนมากในเรื่องการอยู่กินของครอบครัว ซึ่งค่อนข้างเป็นเรื่องการแทรกแซงเสรีภาพในครอบครัว

ประการที่สาม หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย คือ ต้องปฏิบัติต่อทุกสิ่งเหมือนกัน เท่ากัน

ประการที่สี่ อำนาจของรัฐนั้นมีได้ แต่ต้องมีเฉพาะที่กฎหมายให้เท่านั้น ต่างกับประชาชนที่มีเสรีภาพเสมอถ้ากฎหมายไม่ห้าม

ประการที่ห้า การยอมรับหลักเรื่องอำนาจนั้นจะต้องได้มาโดยชอบ และเอาไปใช้โดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ กล่าวถึง ความเข้าใจผิดในความหมายของหลักนิติธรรม (Rule of law) ว่าหมายถึง กฎหมายต้องเป็นใหญ่ (Rule by Law) หรือ นิติกลวิธี ซึ่งหมายถึงกฎหมายเป็นใหญ่ เมื่อออกกฎหมายมาแล้วไม่ว่าใครเป็นผู้ออกกฎหมายก็ตาม ต่างได้รับการยอมรับว่าเป็นใหญ่ทั้งสิ้น ทำให้กฎหมายต้องถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม นิติกลวิธีเกิดจากปัจจัยต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการแรก กระบวนการร่างกฎหมายที่อาจไม่ได้คำนึงถึงผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เหมาะสม และผู้เกี่ยวข้องไม่ควรจะยอมรับสิ่งที่มาจากอำนาจรัฐ มาจากองค์กรของรัฐ มาจากฐานคิดของผู้ที่เกี่ยวข้องทางการเมืองอย่างเดียวโดยไม่ได้ผ่านกระบวนการที่ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียเข้ามาร่วม

ประการที่สอง เกิดจากการขาดการให้ความสำคัญของกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ ไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลพอสมควร

ประการที่สาม เกิดจากการยังไม่ให้ความสำคัญหรือยังไม่เข้าใจว่าองค์กรทางกฎหมาย หรือองค์กรทางตุลาการโดยเฉพาะ จำเป็นต้องมีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง แต่ความอิสระและความเป็นกลางนั้นต้องตั้งอยู่ด้วยการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างสามอำนาจ

ตราบไต่องค์กรตุลาการ ไม่ว่าจะเป็ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรใดก็ตาม ไม่สามารถตรวจสอบกฎหมายอย่างเหมาะสมในกฎหมายที่ออกมา ในการกระทำของฝ่ายบริหาร ถ้าตรวจสอบมากเกินไปจนกระทั่งเป็นรัฐบาลโดยตุลาการเอง และถ้าประชาชนยังไม่

เห็นความสำคัญ ไม่เข้าใจว่าเป็นเรื่องจำเป็น ก็คงไม่สามารถสร้างหลักนิติธรรม หรือหลักอะไรก็ได้แล้วแต่ให้คงอยู่ได้

## 2.1.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม

### 2.1.2.1 พิจารณาในแง่ของรูปแบบ

2.1.2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ ที่แยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ให้สามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกัน เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง

หลักการแบ่งแยกอำนาจ หากพิจารณาในด้านภาระหน้าที่ของรัฐ ก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์การตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” เป็นการเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเองที่ไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในองค์กรอื่น และกำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจ หรือให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น หรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ และในแง่ของตัวบุคคลแล้ว จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง<sup>8</sup>

2.1.2.1.2 หลักกฎหมายตามรูปแบบยอมผูกมัดอำนาจรัฐ เป็นกรณีที่มีการดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐต้องถูกผูกพันโดยกฎหมาย ในฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญทุกบทบัญญัติ ไม่จำกัดเฉพาะหลักการสำคัญ ๆ ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนฝ่ายบริหารรวมทั้งฝ่ายปกครอง ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมายต่าง ๆ โดยครอบคลุมถึงระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง และจารีตประเพณีต่าง ๆ

2.1.2.1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนทางศาล เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายอำนาจรัฐ เป็นสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานรัฐ เพื่อเรียกร้องให้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายทางละเมิด และครอบคลุมถึงสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน กล่าวคือ หากมีกฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ

<sup>8</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547) หน้า 25-26.

การคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานรัฐที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากหน่วยงานของรัฐไม่ได้ดำเนินการ หรือดำเนินการบกพร่องจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน ย่อมเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ ของตนได้ ดังนั้น สิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลตามกฎหมายมหาชน อาจเป็นสิทธิที่กฎหมายใด ๆ รับรองไว้ก็ได้ แต่กฎหมายนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเท่านั้น<sup>9</sup>

2.1.2.1.4 หลักความมั่นคงของกฎหมาย เป็นหลักการที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีรายละเอียดดังต่อไปนี้<sup>10</sup>

(1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน เพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่า รัฐเรียกร้องอะไรจากตนบ้าง และพฤติกรรมของฝ่ายรัฐต้องเป็นพฤติกรรมที่พลเมืองสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ และมีความสม่ำเสมอ เพื่อให้ประชาชนวางตัวได้อย่างถูกต้องสอดคล้องกับพฤติกรรมของรัฐ ในกรณีที่มาตรการของรัฐจะกระทบสิทธิของประชาชน ต้องมีการบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจน จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็น และไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ต้องเป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับใช้เป็นการทั่วไป เป็นนามธรรมไม่เจาะจงกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

(2) ความถาวรต่อเนื่องของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เป็นการเรียกร้องในแง่ของเวลา กล่าวคือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องใช้ได้ยืนยาว มีความถาวรต่อเนื่อง และจะยังคงใช้อยู่ต่อไปในอนาคต เป็นที่มาของหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อการดำเนินมาตรการทั้งหลายของรัฐ ทำให้ประชาชนมั่นใจว่า การวางกฎเกณฑ์ของรัฐจะเป็นเรื่องที่มีความถาวรต่อเนื่อง จนวางใจได้ว่าสามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักในการดำเนินชีวิตและธุรกิจต่าง ๆ ของตนได้ และรัฐจะไม่ตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายต่อประชาชน แต่หากเป็นการเอื้อประโยชน์สามารถตรากฎเกณฑ์นั้นได้



<sup>9</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 414-415.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 420-425.

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ
ห้องสมุดงานวิจัย
วันที่ 21 ส.ย. 2555
เลขทะเบียน 246939
เลขเรียกหนังสือ

(3) ประเด็นเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครอง การออกคำสั่งทางปกครองต้องสอดคล้องกับหลักความมั่นคงของกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองเป็นทั้งการทำให้กฎหมายที่มีความเป็นนามธรรมเกิดความเป็นรูปธรรม และทำให้กฎหมายมีความแน่นอน ฝ่ายปกครองและประชาชนย่อมอาศัยคำสั่งทางปกครองที่มีผลผูกพันเป็นพื้นฐานทางกฎหมาย

(4) ประเด็นเกี่ยวกับคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล ภารกิจของศาลคือการตัดสินข้อพิพาททางกฎหมาย เพื่อให้เกิดสันติภาพทางกฎหมายทำให้คำพิพากษาของศาลที่เป็นที่สุดแล้วเป็นที่ยุติและไม่อาจโต้แย้งได้อีก เว้นแต่จะมีเหตุให้ขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ หรือมีช่องทางอื่นที่สามารถมีการตรวจสอบคำพิพากษาดังกล่าวได้อีก

(5) กรณีความขัดแย้งกันระหว่างหลักความมั่นคงของกฎหมาย กับหลักที่ว่า การปกครองต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หากการตัดสินใจของรัฐหรือมาตรการของรัฐที่ดำเนินการไปแล้วไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น สิ่งที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายไม่อาจทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเหมือนสิ่งนั้นไม่เคยเกิดขึ้นมาได้ อาจเป็นความชอบธรรมที่จะต้องยอมรับสภาพ แต่การตัดสินใจของรัฐหรือมาตรการของรัฐที่ดำเนินการไปแล้วต้องเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย และความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนต้องได้รับการชดเชย

### 2.1.2.2 พิจารณาในแง่ของเนื้อหา

#### 2.1.2.2.1 หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชน

รัฐต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วจึงจะสามารถกระทำได้ การกระทำของรัฐต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในระบบการปกครองโดยกฎหมาย หรือ นิติรัฐ นั้น รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในลำดับใด แต่ในกรณีที่รัฐ องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ต้องมีองค์กรและกระบวนการที่เป็นอิสระ สามารถตัดสินปัญหาดังกล่าวและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนได้

2.1.2.2.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือ หลักการห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ<sup>11</sup> (principle of proportionality)

ขอบเขตในการใช้หลักการเป็นกรณีการแทรกแซงของฝ่ายอำนาจรัฐที่กระทำต่อฝ่ายเอกชน สามารถกระทำได้ต้องเป็นการแทรกแซงที่มีความเหมาะสม มีความจำเป็น และพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งใจเอาไว้

วิธีการใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อตรวจสอบการดำเนินการมาตรการของรัฐที่มีการแทรกแซงการกระทำต่อเอกชนว่าเป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ในขั้นแรก ต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการแทรกแซงว่าคืออะไร มีความชอบธรรมหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่ ขั้นที่สอง จึงตรวจสอบมาตรการการแทรกแซงของรัฐ โดยตรวจสอบมาตรการที่ใช้ในประการแรกว่า เป็นมาตรการที่เหมาะสม สามารถนำไปสู่ผลตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ ตรวจสอบประการที่สองว่า เป็นมาตรการที่จำเป็น ไม่มีมาตรการอื่นที่ส่งผลเช่นเดียวกันแต่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่าให้เลือกดำเนินการได้ และตรวจสอบประการสุดท้ายว่า เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ มาตรการที่ใช้กับผลที่ได้รับจะต้องได้สัดส่วนกัน และหากเป็นการแทรกแซงจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ก็ต้องมีภาระชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองกับผลประโยชน์ของส่วนรวมที่ทำให้ต้องจำกัดสิทธินั้น

#### 2.1.2.2.3 หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา

หลักนิติรัฐทางอาญา เป็นลักษณะที่ผูกมัดเจ้าหน้าที่รัฐให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด และจำกัดการใช้อำนาจให้ใช้เท่าที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งในรัฐธรรมนูญของไทยได้นำหลักการดังกล่าวมากำหนดไว้ดังต่อไปนี้<sup>12</sup>

(1) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (nullum crimen nulla poena sine lege) หรือ หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย เป็นหลักการเดียวกับหลักที่ว่ากฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง เพียงแต่มีลักษณะเจาะจงและมีความชัดเจนในเรื่องความผิดและโทษทางอาญา

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 425-428.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 415-419.

การมีผลย้อนหลังของกฎหมาย<sup>13</sup> แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย หรือ การมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว กรณีที่สอง การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ หมายถึง กรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโดยกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีตแต่ข้อเท็จจริงนั้นยังไม่ได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต รูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณีนั้น หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่เกิดภาวะหรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้ผลย้อนหลังย่อมต้องมีขอบเขตตามหลักความแน่นอนของกฎหมายกับการคุ้มครองความสุจริตซึ่งไม่ได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ การให้ผลย้อนหลังโดยแท้ต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมายกับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะ ส่วนการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับประโยชน์สาธารณะที่เป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมุ่งจะคุ้มครอง แต่ทั้งสองกรณีต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

(2) หลักการห้ามการลงโทษซ้ำ (ne bis in idem) เป็นการห้ามการลงโทษหลายครั้งต่อการกระทำเพียงครั้งเดียว มีผลเป็นการยับยั้งมิให้ต้องดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญาซ้ำ ต่อการกระทำเดียวกันที่ได้ผ่านหรือกำลังอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญาอยู่แล้ว

(3) หลักการรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การดำเนิน (Schuldprinzip) เป็นการให้บุคคลที่ต้องรับโทษทางอาญาต่อการกระทำของตน มีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้น ๆ ต้องได้กระทำในสิ่งที่ควรแก่การดำเนิน ซึ่งมีการพิสูจน์ตามกระบวนการวิธีพิจารณาทางอาญาที่ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติ และโทษที่ได้รับต้องได้สัดส่วนกับการกระทำตลอดจนความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดด้วย

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 30-31.

(4) หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์ กล่าวคือ บุคคลทุกคน แม้ว่าบุคคลผู้นั้นจะเป็นผู้ต้องสงสัย หากยังมีได้มีคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อผู้นั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้

(5) หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง กล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาทางอาญา จะบังคับให้กล่าวร้ายหรือกล่าวถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ไม่ได้ ผลของการบังคับหรือการจูงใจด้วยวิธีการใด ๆ โดยวิธีการที่มีชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ศาลต้องถือเสมือนว่าไม่มีหลักฐานดังกล่าว เพื่อให้การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเป็นการกระทำที่สุญเปล่า ไม่ได้ประโยชน์จากการกระทำนั้น ๆ ทำให้ช่วยให้พฤติกรรมอันไม่เหมาะสมของฝ่ายเจ้าหน้าที่ลดน้อยลง

(6) หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo) กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงในคดียังไม่ชัดเจนเพียงพอ จนก่อให้เกิดความสงสัยขึ้นมาได้ว่าเงื่อนไขต่าง ๆ ในแง่ของข้อเท็จจริง สำหรับการตัดสินลงโทษจำเลยมีอยู่อย่างครบถ้วนหรือไม่ ศาลต้องตัดสินปล่อยจำเลยไป หากไม่อาจแก้ข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ให้ตกไปได้

(7) หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา มาจากแนวความคิดที่ว่า รัฐเป็นผู้ผูกขาดการใช้กำลังเพียงผู้เดียว รวมทั้งทำหน้าที่ปกครองให้ประชาชนอยู่เย็นเป็นสุข โดยไม่ต้องหวาดผวาท่อภัยที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน โดยมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดพฤติกรรมของการอยู่ร่วมกัน เมื่อเกิดคดีอาญาอันถือได้ว่าเป็นการปฏิเสธกฎหมายขึ้น รัฐย่อมไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบในส่วนนี้ได้ และรัฐควรดูแลผู้เสียหายตามสมควรโดยผู้เสียหายจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นด้วย

(8) หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ เพื่อเป็นการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐได้กระทำการนอกขอบเขตแห่งกฎหมาย และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชน

ฉะนั้น หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐมีความเกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐ กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติที่สำคัญคือ การออกกฎหมายต้องเป็นกฎหมายที่มีความยุติธรรม มีเหตุผล มีความชอบธรรม เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติโดยส่วนรวม ก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและสร้างสันติสุขของบ้านเมือง ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยเชื้อชาติ ศาสนา เพศ โดยไม่มีเหตุผลเพื่อความแตกต่างระหว่างมนุษย์ ไม่เข้าแทรกแซงเสรีภาพ

ของความเชื่อทางศาสนาและการประกอบพิธีกรรมต่าง ๆ ที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไม่ออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลังที่เป็นโทษต่อบุคคลใด ๆ ไม่วิตรอนสิทธิของประชาชนในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล แม้ในภาวะฉุกเฉินที่จำเป็นต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารควบคุมสถานการณ์ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องใช้หลักนิติธรรมเพื่อดูแลขอบเขตวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจบางอย่างเพื่อนำไปใช้ปฏิบัติและเกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ส่วนอำนาจบริหารมีหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุตามนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภา เสนอร่างกฎหมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ และบังคับกฎหมายให้เป็นกฎหมายอย่างถูกต้องและยุติธรรมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ฝ่ายบริหารจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่อยู่เหนือกฎหมาย ใช้อำนาจตามกฎหมายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้จะกระทำการเกินขอบอำนาจไม่ได้ และต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ส่วนอำนาจตุลาการมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความปลอดภัยในชีวิตร่างกายของปัจเจกชน ทำให้ศาลต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค หลักนิติธรรมที่เกี่ยวข้องกับอำนาจตุลาการจะไม่สนับสนุนทฤษฎีการลงโทษทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง โดยเฉพาะการลงโทษที่โหดเหี้ยมทารุณ ไร้มนุษยธรรม มีความระมัดระวังในกระบวนการพิจารณาความ และยอมรับหลักว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่าเขาเป็นผู้กระทำความผิดจริง

### 2.1.2.3 หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายไทย

ในทางตำรานิติศาสตร์ของไทยมีการใช้ทั้งคำว่า “หลักนิติธรรม” และคำว่า “หลักนิติรัฐ” ควบคู่กันไป โดยมีการใช้ในลักษณะเกี่ยวพัน เชื่อมโยง และแยกออกจากกันได้ยาก ซึ่งบางครั้งมีการใช้สลับสับเปลี่ยนจนถือเสมือนเป็นสิ่งเดียวกัน เพราะเป็นหลักการที่ว่าด้วยการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐทุกฝ่ายจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเฉพาะในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้บัญญัติหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และปรากฏในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ

ที่สำคัญ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง<sup>14</sup>

### 2.1.3 ลักษณะของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ<sup>15</sup>

ความเป็นนิติบุคคลของรัฐทำให้รัฐไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง จึงต้องมีการกระทำของบุคคลธรรมดาเป็นผู้กระทำการแทนรัฐภายในขอบเขต เงื่อนไขและวิธีการที่ ตามกฎหมายกำหนด การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดทั้งสิทธิและหน้าที่ในนามของรัฐมิใช่เป็นการ ส่วนตัวของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ ลักษณะของการกระทำของรัฐมีดังต่อไปนี้

(1) การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ

(2) การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่ง หน้าที่เป็นองค์กรของรัฐได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ คือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ ตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ และ

(3) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยผ่านบุคคล ธรรมดา

เนื่องจากการกระทำของรัฐต้องกระทำผ่านบุคคลธรรมดา จึงอาจมีการกระทำ นอกขอบเขต เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นการกระทำโดยมีเจตนาทุจริต หรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย บิดเบือนการใช้อำนาจ รัฐเพื่อตนเองหรือกลุ่มของตนเอง การใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความ บกพร่อง จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของ ประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว

การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ มีหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้อง คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ หลักการ

<sup>14</sup> สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, "หลักนิติธรรมกับสังคมไทย : คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้," หน้า 89-90.

<sup>15</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ [ออนไลน์], 29 กันยายน 2544, แหล่งที่มา

คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้ระบบการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐประชาธิปไตยเป็นระบบสำคัญ ซึ่งต้องมีลักษณะที่ครอบคลุมกิจกรรมสำคัญของรัฐทุกประเภทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม และต้องมีหลักการที่ดี หลักการของระบบการควบคุมการใช้อำนาจ ควรมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

ประการแรก ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กร เพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวันมีประสิทธิผลจริงจัง แต่องค์กรและกระบวนการควบคุมต้องไม่ซ้ำซ้อน สับสน การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรไม่ให้ซ้อนกัน แต่เสริมซึ่งกันและกัน จึงเป็นเรื่องสำคัญ เพราะไม่มีประเทศใดที่มีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงระบบเดียวหรือองค์กรเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสม

ประการที่สอง ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น ต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องสร้างสมดุลภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคน

ประการที่สาม องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั้นเองจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย การได้มาซึ่งบุคคลในองค์กรผู้ควบคุมที่มีคุณสมบัติเหมาะสมก็ดี การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระ เป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้เป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้น เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ประการสุดท้าย เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบองค์กรตรวจสอบตามวิธีการข้างต้นแล้ว ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใคร ๆ ก็นำเรื่องอะไรก็ได้ มาให้องค์กรตรวจสอบหรือไปควบคุมการใช้อำนาจ เพราะระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนเพียงบางคน

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ," วารสารกฎหมายปกครอง 13, (สิงหาคม 2537).

ดังนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรง หรือจะต้องถูกผลกระทบโดย  
ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จากการใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรควบคุมพิจารณา  
ได้

### 2.1.3.1 ประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

การควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ สามารถแบ่งออกได้เป็น  
2 ลักษณะ คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์  
และการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจในแง่ของการทุจริตต่อหน้าที่หรือการกระทำผิดต่อ  
ตำแหน่งหน้าที่ราชการ ซึ่งทำให้การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐแบ่งออกเป็น 2 ประเภท  
คือ การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กร และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

#### 2.1.3.1.1 การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กร เฉพาะ องค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีการควบคุม 2 ลักษณะ คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและ ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่ง หน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ การควบคุมภายในองค์กรจะมีการควบคุม เฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เนื่องจากบทบัญญัติ ของกฎหมายมีผลกระทบสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน ทำให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องยึดถือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งพิจารณาได้จาก

ประการแรก หลักความมาก่อนของกฎหมาย กล่าวคือ การ  
กระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ  
ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ไม่อาจกระทำการขัดแย้งกับบทบัญญัติ  
ของกฎหมายได้ หากมีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการใดขัดหรือแย้งกับกฎหมายย่อม  
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง หลักเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นหลักที่กำหนดให้  
ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่ง  
การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคล นอกจากนี้ องค์กรฝ่าย  
ปกครองต้องคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะเป็นการยอมรับใน  
ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลที่สามารถพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของ  
บุคคลนั้น รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำ

2.1.3.1.2 การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก แบ่งออกเป็น การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

(1) การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง เป็นการเยี่ยวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติในเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในระบบรัฐสภาอาจใช้วิธีการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งคณะกรรมการสอบสวน หรือการตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น ซึ่งการควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองมีความเหมาะสมเฉพาะการตรวจสอบในเชิงนโยบายหรือควบคุมและตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่เป็นปัญหาสำคัญ ๆ เท่านั้น

(2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ เป็นการมอบหมายให้องค์กรอิสระมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้น ๆ เช่น ผู้ตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบเรื่องการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ

(3) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชน มีการกล่าวกันว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐ หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพราะเป็นองค์กรที่มีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา เนื่องจากการใช้กฎหมายขององค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากการเป็นตัวแทนของประชาชน การใช้กฎหมายขององค์กรตุลาการจึงต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ ที่จะต้องกระทำการให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งมี 3 รูปแบบ คือ

ประการแรก ฝ่ายตุลาการต้องไม่พิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้

ประการที่สอง ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

ประการที่สาม ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง

### 2.1.3.2 ผู้ใช้อำนาจรัฐที่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ<sup>17</sup>

2.1.3.2.1 ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ : รัฐสภา ประเทศไทยใช้ระบบสภาคู่ คือ มี 2 สภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เพื่อให้แต่ละสภาสามารถคานอำนาจซึ่งกันและกัน อันเป็นการตรวจสอบภายใน สภาทั้งสองรวมเรียกว่า รัฐสภา บุคคลผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในระบบสภาคู่ ได้แก่ สมาชิกรัฐสภา ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา แต่บางช่วงที่ประเทศไทยมีระบบรัฐสภาเป็นสภาเดียว ซึ่งหมายความว่ารัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองมาจากการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครอง จึงไม่มีผู้แทนที่มาจากกรเลือกตั้ง จึงต้องใช้ระบบสภาเดียว เรียกว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นสภาที่แต่งตั้งโดยคณะรัฐประหาร ทำให้บุคคลที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

2.1.3.2.2 ผู้ใช้อำนาจบริหาร : คณะรัฐมนตรี โดยปกติคณะรัฐมนตรีจะคัดเลือกจากผู้ได้รับการเลือกตั้งเป็นผู้แทนราษฎร แต่อาจมีบุคคลภายนอกผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญพิเศษ รวมทั้งบุคคลที่ให้การสนับสนุนทางการเงินกับพรรครัฐบาลได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีได้ด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามมิให้บุคคลภายนอกดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีจะต้องยึดหลัก “ความรับผิดชอบร่วมกัน” (Collective Responsibility) การเป็นรัฐมนตรีจึงรวมถึง การยอมรับในหลักความรับผิดชอบร่วมกัน กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งร่วมกัน

<sup>17</sup> วรพชร จันทร์ขันธ์, “กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 287-297.

ฝ่ายปกครอง เป็นองค์กรหนึ่งที่อยู่ใบบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือการใช้อำนาจทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นการใช้อำนาจในฝ่ายบริหาร ซึ่งมีทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ ที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ อันเป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของกระทรวง กรม และหน่วยงานของรัฐ โดยมีบทบัญญัติที่จะให้มีการบังคับตามกฎหมายนั้น ด้วยการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจออกคำสั่ง อนุญาต วินิจฉัย และสั่งการ องค์กรฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายขององค์กรใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล กล่าวคือ ฝ่ายบริหารเป็นผู้ให้นโยบาย ฝ่ายปกครองเป็นผู้ปฏิบัติ ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองในฐานะเป็นผู้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายจึงต้องอาศัยการตีความกฎหมายเป็นสำคัญ ผลของการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองอาจปรากฏออกมาในรูปของการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาตามที่กฎหมายนั้น ๆ ให้อำนาจที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ การกระทำทางปกครองอันเป็นผลมาจากการตีความของฝ่ายปกครอง นอกจากจะขึ้นอยู่กับ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลแล้ว องค์กรทางการเมืองผู้ใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหารซึ่งอยู่ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง ก็อาจควบคุมการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นหรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้อีกทางหนึ่งด้วย การควบคุมโดยองค์กรทางการเมืองผู้ใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหารอาจมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปภายในฝ่ายบริหารให้ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติ เช่น มติคณะรัฐมนตรี หนังสือเวียน หรือแนวปฏิบัติ ฯลฯ หรือในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาก็อาจใช้อำนาจยกเลิก เพิกถอน หรือยับยั้งการตีความกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ในฐานะเป็นผู้ได้บังคับบัญชาได้อีกด้วย

2.1.3.2.3 ผู้ใช้อำนาจตุลาการ : ศาล องค์กรฝ่ายตุลาการ ได้แก่ ศาลและผู้พิพากษา มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการอำนวยความยุติธรรม เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยหลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาจะต้องเป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรอื่น ๆ หรือเรียกว่า หลักความเป็นอิสระแห่งตุลาการ การใช้อำนาจตุลาการมีหลักการที่สำคัญอันเป็นเครื่องกำกับการใช้อำนาจของตุลาการ คือ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของฝ่ายตุลาการ และหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เมื่อใดที่ตุลาการขาดความเป็นอิสระและละเลยที่จะเคารพหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ความยุติธรรมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย และเป็นอันตรายมากกว่าการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายอื่น ๆ เพราะตุลาการมีอำนาจที่จะวินิจฉัยพิจารณา

พิพากษาให้คุณให้โทษ ตลอดจนการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน

2.1.3.2.4 ผู้ใช้อำนาจอรัฐที่เป็นองค์กรอิสระ องค์กรอิสระ หมายถึง องค์กรของรัฐที่มีสถานะพิเศษ สามารถปฏิบัติภารกิจหน้าที่ได้โดยอิสระไม่ถูกแทรกแซง โดยองค์กรอื่นของรัฐหรือสถาบันการเมืองอื่น องค์กรอิสระมีลักษณะที่สำคัญ คือ ความเป็นอิสระในเรื่องที่มาและการเข้าสู่อำนาจของบุคคลที่เข้ามาทำหน้าที่ในองค์กรอิสระ การกำหนดนโยบาย และการดำเนินงานขององค์กร งบประมาณ และหน่วยธุรการที่เป็นอิสระ เพื่อให้มีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการทำหน้าที่และการใช้อำนาจของฝ่ายการเมือง ฝ่ายข้าราชการในด้านต่าง ๆ รวมทั้งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

2.1.3.2.5 ผู้ใช้อำนาจอรัฐที่เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประเทศไทยมีรูปแบบการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบประธานาธิบดี คือ ให้ฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน แยกอำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายสภาออกจากกันอย่างเด็ดขาด ชัดเจน ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตัดสินใจ เด็ดขาด รวดเร็ว เป็นอิสระ และรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน ฝ่ายสภาไม่สามารถตรวจสอบควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหารได้อย่างแท้จริงตามหลักการถ่วงดุลอำนาจ ส่วนฝ่ายข้าราชการประจำมีฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของผู้บริหารท้องถิ่น และมีหน้าที่ปฏิบัติตามนโยบาย ในปัจจุบันการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นแบบรัฐกิจ ที่ให้ความสำคัญแก่รัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากกว่าให้ความสำคัญกับประชาชนในท้องถิ่น ทั้งที่โดยหลักแล้วควรจะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกลไกสำคัญที่สุดในการปกครองท้องถิ่น ซึ่งควรกำหนดอนาคตท้องถิ่นโดยมีประชาชนในท้องถิ่นเป็นผู้ตรวจสอบควบคุมองค์กรปกครองท้องถิ่นอีกชั้นหนึ่ง

## 2.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ หรืออำนาจอธิปไตย เกิดขึ้นเมื่อประชาชนมารวมตัวกันอยู่ในประเทศเดียวกันแล้วมีรัฐบาลทำหน้าที่บริหารหรือปกครองประเทศต่อเนื่องกันตลอดเวลา อำนาจที่ปกครองประเทศเรียกว่าอำนาจอธิปไตย มีบุคคลหรือคณะบุคคลทำหน้าที่เป็นองค์อธิปัตย์โดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช พระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ (sovereign) ในระบอบประชาธิปไตย ประชาชนทุกคนรวมกันเป็นองค์อธิปัตย์ (popular sovereignty) แต่ประชาชนทั้งหมดจะบริหารประเทศโดยตรงไม่ได้ จึงตั้งองค์กรต่าง ๆ มาบริหารแทนตน ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร เป็นตัวแทนของประชาชนในการใช้อำนาจอธิปไตย มีลักษณะของประชาธิปไตยทางอ้อม แต่ในเวลาที่มีการปฏิวัติรัฐประหารยึดอำนาจและล้มล้าง

รัฐธรรมนูญหรือระบอบประชาธิปไตย คณะปฏิวัติรัฐประหารก็จะกลายเป็นองค์อธิปัตย์ ไม่ว่าจะเป็นการขอขบธรรมถูกต้องหรือเป็นที่พอใจของประชาชนหรือไม่ เพราะความเป็นใหญ่ของประชาชน ในฐานะอธิปัตย์และรัฐบาลที่ประชาชนตั้งให้เป็นผู้กระทำการแทนตนได้ถูกทำลายไปแล้วโดยผู้มีอำนาจคนใหม่

### 2.2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย

หลักการและความหมายของคำว่า อธิปไตย (sovereignty) นักนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ที่สำคัญของโลกหลายท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

Jean Bodin (1530-1596) กล่าวว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเด็ดขาดและถาวร (Sovereign is absolute and perpetual) หมายความว่า เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใด ๆ แต่มิได้ชี้ขาดว่าเป็นอำนาจสูงสุดอย่างแท้จริง เพราะ Bodin ยอมรับอำนาจอธิปไตยต้องอยู่ภายใต้อำนาจของพระเจ้าเป็นเจ้า และอยู่ภายใต้กฎหมายโรมัน นอกจากนี้ยังเน้นถึงคุณลักษณะสำคัญของอธิปไตย คือ อำนาจนิติบัญญัติ ส่งผลให้รัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ เพื่อให้ประชาชนของตนปฏิบัติตามโดยไม่ขึ้นอยู่กับใครหรือกฎเกณฑ์ของผู้ใด อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจที่แสดงว่ารัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง ซึ่งถือได้ว่าอำนาจนิติบัญญัติเป็นเครื่องแสดงออกว่าองค์การนั้น ๆ เป็นรัฐหรือไม่หรือมีอำนาจอธิปไตยหรือไม่ เป็นคำอธิบายที่รัฐสมัยใหม่ใช้เป็นข้ออ้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายเพื่อบงการกิจการต่างๆ ภายในรัฐให้ดำเนินไปอย่างมีระเบียบแบบแผนอันนำไปสู่ความสำเร็จของการสร้างชาติและรัฐสมัยใหม่ ทำให้เกิดความคิดที่ถือว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์บัญญัติขึ้น<sup>18</sup>

Thomas Hobbes (1583-1645) กล่าวว่า อำนาจของรัฐเป็นอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาด องค์อธิปัตย์คือผู้ปกครองที่มีอำนาจสูงสุดที่ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เป็นความคิดที่ยอมรับให้กฎหมายเป็นไปตามอำเภอใจของรัฐบาลิปไตย หรือกฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลิปไตย ทำให้กฎหมายเป็นเครื่องมือรักษาความสงบของรัฐบาลิปไตย โดย Hobbes ได้อธิบายว่า กฎหมายบ้านเมือง คือ กฎเกณฑ์ทั้งโดยตรง และโดยปริยายที่รัฐบาลิปไตยสั่งการ หรือกำหนดไว้ว่าเป็นสิ่งถูก-ผิด บังคับเอากับประชาชน กฎหมายบ้านเมืองจึงไม่อาจเป็นกฎหมายที่อยู่ติธรรม ดังนั้นกฎหมายทั้งหลายย่อมเป็นธรรมและราษฎรต้องยอมรับโดยดุษณี<sup>19</sup>

<sup>18</sup> สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2548), หน้า 124-126.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 126-128.

John Austin (1790-1859) กล่าวว่า ถ้าบุคคลที่มีอำนาจสูงสุดคนหนึ่งที่ไม่ต้องอยู่ในโอวาทของผู้มีอำนาจสูงสุดคนอื่น และบุคคลนั้นเป็นผู้ที่มีบุคคลจำนวนมากในสังคมนั้นยอมอยู่ในโอวาทเป็นปกติวิสัย บุคคลผู้มีอำนาจสูงสุดนั้นคืออธิปัตย์ในสังคมนั้น และสังคมนั้น (รวมทั้งตัวองค์อธิปัตย์) คือสังคมการเมืองสังคมหนึ่งและมีความเป็นเอกราช นั่นคือประเทศหนึ่งมีองค์อธิปัตย์องค์เดียวที่คนส่วนมากยอมเคารพเชื่อฟัง<sup>20</sup> กฎหมายถูกกำหนดขึ้นโดยผู้มีอำนาจสูงสุดในทางการเมืองเพื่อเป็นแนวทางความประพฤติของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจในทางการเมืองของตน หรือเป็นคำสั่งทั่วไปของรัฐบาลอธิปัตย์ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐจึงเป็นกฎหมายที่แท้จริงและมีความสมบูรณ์ในตัวเองไม่มีกฎหมายอื่นที่เหนือกว่า<sup>21</sup>

Blackstone กล่าวว่า อำนาจอธิปไตย คือ อำนาจสูงสุด สัมบูรณ์ และไม่ถูกจำกัด ควบคุม ซึ่งรัฐที่เป็นเอกราชใช้ปกครองประเทศ องค์อำนาจทางการเมืองสูงสุด องค์อำนาจสูงสุดที่ควบคุมรัฐธรรมนูญและกรอบของรัฐบาล และการปกครองประเทศ แหล่งอำนาจทางการเมืองที่มีกำลังเพียงพอในตัวเอง ซึ่งเป็นผู้ให้อำนาจทางการเมืองเฉพาะด้านแก่ทุกฝ่าย ความเป็นเอกราชในกิจการระหว่างประเทศรวมทั้งสิทธิและอำนาจจะควบคุมกิจการภายในของตนเองโดยไม่มีต่างประเทศคอยบงการ หมายถึงถึง สังคมการเมืองหรือรัฐที่มีอธิปไตยและเป็นเอกราช ความเป็นเอกราชในกิจการระหว่างประเทศรวมทั้งสิทธิและอำนาจจะควบคุมกิจการภายในของตนเองโดยไม่มีต่างประเทศคอยบงการ หมายถึงถึง สังคมการเมืองหรือรัฐที่มีอธิปไตยและเป็นเอกราช อำนาจที่จะทำทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐหนึ่งโดยไม่ต้องรับผิดชอบ เช่น ตรากฎหมายต่าง ๆ การนำกฎหมายไปปฏิบัติและบังคับการตามกฎหมาย ตั้งและจัดเก็บภาษี และเรียกเก็บส่วยสาอากรต่าง ๆ ดำเนินสงครามและทำสันติภาพ ทำสัญญา สัมพันธไมตรีหรือการค้ากับต่างประเทศ และทำการอื่น ๆ ในลักษณะนี้ อำนาจอธิปไตยของรัฐบาล คือ อำนาจสาธารณะซึ่งนำหรือสั่งการให้บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมนั้นจะต้องทำ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายของสังคมนั้น เป็นอำนาจสูงสุดที่พลเมืองทุกคนถูกปกครอง และเป็นบุคคลหรือคณะบุคคลในรัฐนั้นซึ่งไม่มีใครจะมีอำนาจสูงกว่า การถือหลักว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดไม่มีอำนาจใดสูงกว่าในรัฐเอกราชทุกรัฐนั้นเป็นเรื่องสำคัญมาก ถ้าประเทศเดียวมีหลายองค์อำนาจสูงสุด ประชาชนและสถาบันต่าง ๆ ก็จะไม่ทราบว่าจะปฏิบัติตามคำสั่งของใครถูก ก็จะทำให้เกิดความสับสนกันไปทั้งวงการต่างประเทศก็ไม่ทราบว่าจะติดต่อกับใคร คณะใดได้ถูกต้อง จึงต้องมีการรับรองกันว่าใครเป็นอธิปัตย์ที่แท้จริง ถ้าต่างประเทศรับรองหลาย

<sup>20</sup> อมร รัชศาสตร์, "การยึดทรัพย์สินนักการเมืองจากทัศนคติทางการเมืองและรัฐศาสตร์," *วารสารนิติศาสตร์* 23, 2 (มิถุนายน 2536): 303-305.

<sup>21</sup> สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญาเบื้องต้น*, หน้า 128-131.

กลุ่ม กลุ่มเหล่านั้นก็จะทำสงครามกลางเมืองแย่งอำนาจกันจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะชนะในที่สุด และยกตนเองเป็นอธิปัตย์ต่อไป เมื่อประเทศส่วนมากรับรองแล้วก็จะกลายเป็นรัฐบาลโดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศอื่นจะเข้ามาสนับสนุนกลุ่มอื่นต่อไปอีกไม่ได้ จะถูกถือว่าแทรกแซงในกิจการภายในของเขา<sup>22</sup>

นักปรัชญาที่มีแนวความคิดทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่เป็นพื้นฐานในการสนับสนุนการปกครองประชาธิปไตยที่แตกต่างกัน<sup>23</sup> มีดังต่อไปนี้

2.2.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ซึ่งรุสโซเป็นผู้เผยแพร่แนวคิดนี้ กล่าวคือ โดยสภาพของมนุษย์ทุกคนแล้วไม่มีความมั่นคงในชีวิต ไม่มีความปลอดภัย โดนกดขี่ข่มเหงจากผู้ปกครอง ดังนั้น การที่จะลดความทุกข์ของประชาชนลงไปได้ นั้น ก็ต่อเมื่อ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในสังคมนั้นต้องลดความข่มขู่จากผู้ปกครอง ดังนั้น ประชาชนทุกคนต้องพร้อมใจกันเห็นว่ากฎเกณฑ์เหล่านั้นจำเป็นจริง ๆ ทุกคนจึงต้องมีส่วนร่วมในการตั้งกฎข้อบังคับที่จะมีผลมาถึงตนเอง คือ ทุกคนต้องมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมาย ประชาชนที่เข้าทำการตกลงพร้อมใจกันนั้นไม่จำเป็นต้องอยู่ใต้อาณัติของผู้ใด แต่หมายความว่าต่างได้ยินยอมพร้อมใจกันโอนอำนาจของตนเองให้แก่ส่วนรวม และผู้ถืออำนาจโดยแท้จริงก็ได้แก่ประชาชนนั่นเอง การแสดงออกซึ่งความยินยอมพร้อมใจกันดังกล่าวเรียกว่า เจตจำนงทั่วไป รุสโซไม่ยอมรับการโอนเจตจำนงทั่วไปของประชาชนไปยังผู้แทน แต่กล่าวว่าผู้แทนของประชาชนนั้นมีฐานะเป็นเพียงกรรมการและอยู่ภายใต้อาณัติบังคับของประชาชน จะเห็นได้ว่ารุสโซนั้นให้ความสำคัญกับเสียงข้างมากในสังคม โดยสรุปว่าเสียงข้างมากสะท้อนถึงเจตนาร่วมกันของปวงชน ประชาชนแต่ละคนเป็นเจ้าของในหนึ่งส่วนของอำนาจอธิปไตย ดังนั้นเมื่อประชาชนแต่ละคนมอบส่วนหนึ่งของแต่ละคนมารวมกันโดยสัญญาประชาคม ส่วนต่าง ๆ เหล่านั้นมาประกอบรวมกันเข้าเป็นอำนาจอธิปไตย ด้วยความเห็นดังกล่าวอำนาจอธิปไตยจึงเป็นของปวงชน แนวความคิดดังกล่าวส่งผล 2 ประการ คือ

ประการแรก การออกกฎหมายใดก็ตามจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงสิทธิอำนาจอธิปไตยเสียก่อนหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายทุกฉบับจะต้องได้รับการเห็นชอบจากประชาชน มิฉะนั้นก็ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นหาผลไม่ “โดยทุกกรณีกฎหมายที่

<sup>22</sup> อมร รัชชาติ, “การยึดทรัพย์สินนักการเมืองจากทัศนะทางการเมืองและรัฐศาสตร์,” *วารสารนิติศาสตร์* 23,2 (มิถุนายน 2536): 303-305.

<sup>23</sup> เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, “ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยกับการลงประชามติ,” *บทบัญญัติ* 54,4 (ธันวาคม 2541): 173-178.

ได้รับการยอมรับจากบรรดาสมาชิกรัฐสภาแล้วจะต้องได้รับการลงประชามติอีก กฎหมายฉบับใดที่ไม่ผ่านการยอมรับจากประชาชนก็ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นหาผลไม่" วิธีการของรัสเซียสนับสนุนการปกครองประชาธิปไตยโดยตรงอย่างแท้จริง จึงกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยในแบบของรัสเซียเป็นประชาธิปไตยแบบบริสุทธ์ เป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน

ประการที่สอง สมาชิกรัฐสภาจะต้องปฏิบัติตามแนวทางหรือแนวปฏิบัติของประชาชนมิเช่นนั้นอาจถูกถอดได้โดยประชาชน สมาชิกรัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนที่ประชาชนตั้งขึ้นมาเท่านั้นและต้องปฏิบัติตัวให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของปวงชน

จากเหตุผลสองประการดังกล่าวในความเห็นของรัสเซีย ประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายและรัฐสภาเป็นแค่เพียงเครื่องอุปกรณ์ของประชาชนเท่านั้น

2.2.1.2 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ซีเอเยส์ ได้กล่าวว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกไม่ได้ ผลที่ตามมาคือ ประชาชนแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของในหนึ่งส่วนของอำนาจอธิปไตย แต่กลับมองว่าการรวมตัวของประชาชนทั้งหมดในนามของชาตินั้นเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้นในแนวความคิดของซีเอเยส์มองว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติไม่ได้เป็นของประชาชน ประชาชนแต่ละคนไม่มีสิทธิ์ใด ๆ เลยที่เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือไม่มีสิทธิในการออกกฎหมาย ประชาชนแต่ละคนมีสิทธิแต่เพียงในการเลือกตั้งตัวแทนของตนเพื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยในนามของชาติเท่านั้น ดังนั้น ผู้แทนที่ได้รับเลือกเข้าไปจึงเป็นผู้แทนของชาติเท่านั้น ไม่ใช่ผู้แทนของประชาชนและผู้แทนดังกล่าวเป็นอิสระจากอำนาจของประชาชนและมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะกระทำการใด ๆ ในนามของรัฐ ความอิสระดังกล่าวนี้ก็คืออำนาจของผู้แทน ด้วยแนวความคิดดังกล่าวจึงก่อให้เกิดทฤษฎีของการเป็นผู้แทน เป็นการสนับสนุนการปกครองประชาธิปไตยโดยทางอ้อม ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า แนวความคิดของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาตินั้น คัดค้านกับแนวคิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนที่กล่าวข้างต้น พอจะกล่าวได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนมองว่า การเลือกตั้งเป็นสิทธิ แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมองว่าประชาชนไม่มีสิทธิออกเสียงในนามของชาติชาติมาจากการรวมตัวของประชาชน ชาติจะต้องมาก่อนสิ่งอื่นใด ดังนั้นการเลือกตั้งจึงเป็นหน้าที่ของประชาชนทุกคนที่จะต้องกระทำเพื่อชาติ ชาติจะเป็นผู้กำหนดคัดเลือกว่าประชาชนคนใดมีความสามารถเพียงพอที่จะมีหน้าที่ดังกล่าว สิทธิในการเลือกตั้งดังกล่าวตามแนวคิดนี้เรียกว่า สิทธิในการลงคะแนนเสียงที่สงวนไว้สำหรับผู้ที่มิคุณสมบัติเฉพาะ

ประการที่สอง ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนเห็นว่า การเลือกตั้งต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป เพราะว่าการเลือกตั้งเป็นสิทธิของประชาชนทุกคนโดยให้เหตุผลว่า ทุก ๆ คน มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การตัดสินใจผู้หนึ่งผู้ใดไม่ให้ใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเพราะเหตุเนื่องจากพื้นเพแหล่งกำเนิด ความยากดีมีจนหรือการศึกษาอบรมนั้นทำไม่ได้ แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เห็นว่า การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของประชาชน เจตนารมณ์ของชาติแสดงผ่านโดยทางผู้แทน รัฐสภาที่กระทำการในนามของชาติและชาติจะเป็นผู้กำหนดบุคคลที่มีหน้าที่ในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเอง

ประการที่สาม ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน เห็นว่า สมาชิกรัฐสภาจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับของประชาชน เพราะเป็นผู้แทนของประชาชนที่ได้รับการเลือกเข้ามาโดยประชาชน ในขณะที่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติกลับมองว่าสมาชิกรัฐสภาที่ได้รับการเลือกจากประชาชนนั้นเป็นอิสระจากประชาชน เพราะว่าสมาชิกเหล่านั้นได้ผันตัวมาเป็นผู้แทนของชาติ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าสมาชิกรัฐสภามีอิสระและมีอำนาจของตัวเอง

ในปัจจุบัน เนื่องจากจำนวนประชากรเพิ่มขึ้นมากมาย ทำให้รูปแบบประชาธิปไตยที่เป็นไปได้ในยุคปัจจุบัน ก็คือ ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน ส่วนการมีประชาธิปไตยแบบทางตรงเป็นตัวเสริมหรือสนับสนุนการมีประชาธิปไตยทางอ้อมหรือโดยมีผู้แทนเท่านั้น เรียกว่า ประชาธิปไตยแบบกึ่งทางตรงหรือกึ่งโดยตรง อันเป็นการผสมแนวความคิดของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนกับอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเข้าด้วยกัน ซึ่งแนวความคิดของทั้งสองทฤษฎีมองต่างแง่มุมกันในเรื่องของอำนาจอธิปไตย และไปด้วยกันไม่ได้เพราะแนวความคิดที่กล่าวว่า ชาตินั้นมีความเป็นหนึ่งเดียวแบ่งแยกไม่ได้ ไปด้วยกันไม่ได้กับแนวความคิดที่ว่า ประชาชนแต่ละคนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยคนละหนึ่งส่วน แต่อย่างไรก็ตาม ในรัฐสมัยใหม่ในปัจจุบันนี้ ก็ได้ยอมรับแนวความคิดผสมของทั้งสองทฤษฎีดังกล่าว เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี 1958 มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติว่า "อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงลงประชามติ" ประชาธิปไตยกึ่งทางตรงเป็นระบบการปกครองที่สมาชิกรัฐสภาที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นผู้ตรากฎหมายและลงมติในการใช้บังคับกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันก็มีมาตรการการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยตรงในกิจการบ้านเมืองบางมาตรการเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น การลงมติคัดค้านของมหาชนในการที่จะบังคับใช้กฎหมาย การริเริ่มของมหาชนในการเสนอปรับปรุงกฎหมาย และการลงมติของมหาชนหรือการออกเสียงลงประชามติ

### 2.2.2 ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

แนวคิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจได้รับอิทธิพลมาจากมองเตสกีเออ ซึ่งได้อธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจว่า รัฐมีการใช้อำนาจอยู่ 3 ประการ<sup>24</sup> คือ

ประการแรก รัฐมีอำนาจออกกฎหมายมาบังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมาย นั่นคือ อำนาจนิติบัญญัติ

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย ภารกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ประการสุดท้าย รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย

การแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออจึงหมายถึง การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย หรือเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ให้องค์กรต่าง ๆ ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งมีจุดมุ่งหมายไม่ให้องค์กรใดขององค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากจนเป็นการผูกขาด เพื่อให้ความคุ้มครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน โดยมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็น องค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ และองค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่มิใช่อยู่เหนือกว่าในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ ต้องมีมาตรการที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ในแต่ละองค์กร โดยมีการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งของการแบ่งแยกการใช้อำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเป็นที่ประจักษ์ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของประเทศ เมื่อแบ่งแยกประเภทแล้วก็จะต้องมีสถาบันมาใช้อำนาจตามจำนวนที่แบ่งแยกนั้น สำหรับประเทศไทยได้แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ประเภท จึงมีสถาบันผู้ใช้อำนาจ 3 สถาบัน<sup>25</sup> กล่าวคือ

<sup>24</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 174-175.

(1) ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ สถาบันในการร่างกฎหมาย ควบคุมดูแลฝ่ายบริหาร เรียกกันทั่ว ๆ ไปว่าสภา สภานี้อาจมีสภาเดียว คือ สมาชิกสภาที่ราษฎรเป็นผู้เลือกโดยตรง เรียกว่าสภาผู้แทนราษฎร บางประเทศนอกจากสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ยังอาจมีอีกสภาหนึ่งได้ เป็นสภาที่เลี้ยง อาจเรียกชื่อสภานี้ต่าง ๆ กัน เช่น สภาสูง วุฒิสภา หรือพฤฒิสภา สภาเหล่านี้บางประเทศก็ให้ราษฎรเลือกโดยตรง บางประเทศก็เป็นการแต่งตั้ง

(2) ฝ่ายบริหาร คือ สถาบันที่เป็นผู้จัดการดูแลประเทศให้สงบเรียบร้อยให้ประชาชนเกิดความผาสุกโดยทั่วหน้า เรียกว่า คณะรัฐมนตรี แต่คณะรัฐมนตรีจะมีโครงสร้างอย่างไรก็ได้ขึ้นอยู่กับระบบการปกครองของประเทศนั้น ๆ เช่น หัวหน้าคณะรัฐมนตรีอาจเป็นประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรีก็ได้ ซึ่งทั้งประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีต้องมาจากการเลือกตั้ง ในระบบประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งรัฐมนตรีจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบการบริหารโดยตรงต่อสภา ในระบบนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ส่วนรัฐมนตรีจะมาจากผู้แทนหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้ารัฐมนตรีไม่ได้มาจากผู้แทนก็ต้องมาตามสัดส่วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้และจะต้องรับผิดชอบต่อสภา อำนาจบริหารแบ่งออกได้ดังต่อไปนี้

(2.1) อำนาจบริหารทางฝ่ายรัฐบาล คือ รัฐบาลจะให้นโยบายว่าจะทำกิจการไปทางใด ประชาชนจึงจะเกิดความผาสุก นอกจากนี้รัฐบาลยังมีหน้าที่ดูแลการกระทำต่าง ๆ ให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมาย มีหน้าที่ดำเนินสัมพันธไมตรีกับนานาอารยประเทศ ปกป้องประเทศให้ปราศจากการคุกคามจากประเทศอื่น

(2.2) อำนาจบริหารทางฝ่ายปกครอง คือ จะต้องกระทำการทำนุบำรุงประเทศ กิจการใด ๆ ที่จะกระทำก็ต้องเป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ ต้องเป็นไปตามกฎหมาย จะออกกฎหรือระเบียบขัดแย้งกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นไม่ได้

(3) ฝ่ายตุลาการหรือองค์กรอื่น คือ สถาบันที่เป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็คดีระหว่างรัฐกับราษฎร หรือระหว่างราษฎรด้วยกันเอง ฝ่ายตุลาการที่สำคัญ ได้แก่ สถาบันศาล การเข้าดำรงตำแหน่งในสถาบันซึ่งเราเรียกว่าผู้พิพากษา อาจมาจากการสอบแข่งขัน ในบางประเทศก็อาจมาจากการแต่งตั้ง เช่น สหรัฐอเมริกา บางประเทศถือว่าอัยการก็เป็นผู้พิพากษาเช่นเดียวกัน มีการหมุนเวียนกันได้ระหว่างตำแหน่งผู้พิพากษาและอัยการ

<sup>25</sup> วารี นาสกุล, หลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, 2551), หน้า 72-73.

เช่น ประเทศฝรั่งเศส ส่วนองค์กรที่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทอื่น ได้แก่ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการรัฐสภา แต่การเข้าดำรงตำแหน่ง ตลอดทั้งขอบเขตและวิธีการดำเนินข้อพิพาทเป็นไปตามที่กฎหมายนั้น ๆ บัญญัติไว้โดยเฉพาะ

### 2.2.2.1 เป้าหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจ<sup>26</sup>

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐและการกำหนดภารกิจของรัฐ จึงเป็นหลักการที่มีได้มีวัตถุประสงค์หลักที่พุ่งไปที่การแยกอำนาจรัฐ แต่เป็นการแยกการใช้อำนาจรัฐและกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ไปดำเนินการใช้อำนาจดังกล่าว การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ นั้น มีเป้าหมายสำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) เป้าหมายเพื่อการบรรลุซึ่งภารกิจตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ การแยกภารกิจของรัฐและอำนาจหน้าที่ออกจากกัน และแจกจ่ายไปยังองค์กรต่าง ๆ เป็นการลดความเข้มข้นของการรวมศูนย์อำนาจลง และเกิดความเสี่ยงต่อการใช้อำนาจในทางที่ผิดลดน้อยลง ก่อให้เกิดผลดีแก่ประชาชนในส่วนของ การได้รับหลักประกันทางด้านสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ แต่การแยกอำนาจรัฐเป็นเพียงการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจในทางที่ผิดให้เล็กลงไป แต่ภายในขอบเขตดังกล่าวก็ยังมีโอกาสที่การใช้อำนาจในทางที่ผิดจะเกิดขึ้นได้อยู่ จึงจำเป็นที่จะต้องให้ส่วนของอำนาจแต่ละส่วนมีความเชื่อมโยงกัน ในแง่ของการมีส่วนร่วมและควบคุมซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมิใช่การแยกอำนาจออกจากกันเท่านั้น แต่ต้องมีการประสานและมีการคานและดุลอำนาจกันเองด้วย

(2) เป้าหมายเพื่อการบรรลุซึ่งภารกิจตามหลักประชาธิปไตย กล่าวคือ การแยกองค์กรรัฐช่วยให้เกิดความหลากหลายของบุคลากรในองค์กรรัฐต่าง ๆ ทำให้เกิดผลตามมา คือ ความหลากหลายในแง่ของจุดยืนทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา และเป็นการเปิดโอกาสโดยปริยายให้ผู้ที่มีความคิดแตกต่างกันทางการเมืองได้เข้ามามีส่วนร่วมได้ตามสมควรในการตัดสินใจของรัฐ หรือมีการร่วมกันสร้างเจตจำนงทางการเมืองของรัฐ และจากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรรัฐต่าง ๆ ต้องประสานงานและร่วมมือกันเพื่อให้บรรลุซึ่งการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของรัฐ ทำให้เกิดการประสานงานกันระหว่างพลังทางการเมืองซึ่งมีความหลากหลาย ก่อให้เกิดการบูรณาการทางความคิดของตัวแทน

<sup>26</sup> บุญศรี มีวงศ์ฤทธิเมษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 432-435.

พลังทางการเมือง ทั้งนี้ การตัดสินใจท่ามกลางความหลากหลายดังกล่าวย่อมเป็นไปตามหลักเสียงข้างมาก และหลักการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยด้วย

(3) เป้าหมายเพื่อให้บรรลุซึ่งภารกิจทั้งหลายของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ในการดำเนินการให้บรรลุซึ่งภารกิจของรัฐนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยองค์กรที่มีการจัดหน่วยงานที่เหมาะสมกับสภาพของงานตามภารกิจ และประกอบด้วยบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถตามลักษณะงานที่จะบริหารงาน ให้เป็นไปตามขั้นตอนที่เหมาะสมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป้าหมายนี้จึงมีลักษณะของการแยกแล้วประสานเพื่อประสิทธิภาพสูงสุดของงานที่จะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อการประสานงานขององค์กรที่เกี่ยวข้องเป็นไปอย่างราบรื่น

เป้าหมายทั้งสามประการ แสดงให้เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจทำให้รัฐไม่อาจตัดสินใจและดำเนินการอย่างง่าย ๆ หรือดำเนินการอย่างรวบรัดได้ แต่จะต้องกระทำการตามขั้นตอนอย่างน้อยสองขั้นตอน เช่น การตรากฎหมายแล้วบังคับใช้ตามกฎหมายนั้น ส่วนของงานนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ย่อมดำเนินการโดยรัฐสภาซึ่งได้รับความชอบธรรมตามระบอบประชาธิปไตยที่มาจากประชาชนให้เข้ามาทำหน้าที่แทนตนเพื่อความผาสุกของส่วนรวม ส่วนของงานฝ่ายบริหารซึ่งมีหน้าที่ในการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ต้องใช้กฎหมายตามดุลพินิจเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ภายในกรอบของกฎหมายที่กำหนดไว้

#### 2.2.2.2 ระบบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

2.2.2.2.1 ระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ประเทศที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการจะไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ แต่จะใช้อำนาจทั้งหมดรวมอยู่กับฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งระบบการปกครองที่อำนาจทั้งหมดไปรวมอยู่ที่ฝ่ายบริหารนั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้ง ๆ ที่มีสภานิติบัญญัติอยู่ กล่าวคือ สภานิติบัญญัติไม่สามารถใช้อำนาจส่วนของตนได้ตามความเป็นจริง แต่ในทางกฎหมายอำนาจนั้นยังมีอยู่ การรวมอำนาจมาอยู่กับฝ่ายบริหารอาจเกิดขึ้นโดยลักษณะภายนอกปรากฏว่าเป็นประชาธิปไตยก็ได้ เช่น การเผด็จการโดยให้ประชาชนทั้งประเทศออกเสียงสนับสนุนตัวบุคคลเพียงคนเดียวในการใช้อำนาจ ตัวอย่างเช่น เยอรมันในสมัยของฮิตเลอร์ที่ให้ประชาชนออกเสียงสนับสนุนพรรคการเมืองของตน เป็นการกระทำที่แฝงความเป็นประชาธิปไตย แต่ไม่ได้เป็นประชาธิปไตยในอุดมคติ ที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิใช้เสียงของตนได้ตามที่ตนต้องการทุกขณะ แต่กลายเป็นกรณีที่อำนาจตกอยู่กับบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นระยะเวลาอันยาวนาน และเป็นผู้มีอำนาจกำหนดเวลาหรือเนื้อหาที่จะให้ประชาชนออก

ความเห็น ส่วนระบบการปกครองที่อำนาจไปรวมอยู่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ ระบบการปกครองแบบรัฐบาลของรัสเซีย ฝ่ายบริหารเป็นเพียงองค์กรหรือเครื่องมือของฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจนิติบัญญัติอยู่ในฐานะมีอิทธิพลเหนือฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนฝ่ายบริหารได้ และฝ่ายบริหารไม่สามารถในการโต้ตอบ คือ ไม่สามารถยุบสภาได้<sup>27</sup> รัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามที่สภานิติบัญญัติกำหนด และรัฐบาลจะต้องรายงานผลการปฏิบัติงานต่อสภานิติบัญญัติ ทั้งนี้ เติต็จการในอำนาจนิติบัญญัติเกิดจากการรวมอำนาจโดยบุคคลกลุ่มน้อย ได้แก่ พรรคการเมืองหรือกลุ่มบุคคล และภายในพรรคการเมืองนั้นก็จะมีผู้มีอิทธิพลบางคนเท่านั้นที่ใช้อำนาจ แม้ว่าการให้อำนาจสูงสุดอยู่กับสภานิติบัญญัติที่ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งขึ้นมา ซึ่งเป็นการให้ประชาชนลงมติเห็นชอบในตัวบุคคลให้คนใดคนหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจแต่เป็นการให้อำนาจโดยเด็ดขาดและประชาชนไม่สามารถใช้สิทธิและเสียงของตนได้โดยเสรี<sup>28</sup>

2.2.2.2 ระบบการปกครองที่มีการแบ่งแยกอำนาจ<sup>29</sup> กล่าวคือ มีการแยกการใช้อำนาจโดยองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรเดียวกัน หรือไม่ใช่องค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดอำนาจไว้ แต่การใช้อำนาจยังมีความสัมพันธ์กัน คือ มีการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน และความสัมพันธ์นี้อาจแตกต่างกันไปตามระบบการปกครองของแต่ละประเทศ ซึ่งระบบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ แบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ คือ

(1) ระบบการแบ่งแยกอำนาจออกไปค่อนข้างเด็ดขาด เป็นระบบที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศต่าง ๆ ในทวีปอเมริกา ระบบนี้คือระบบประธานาธิบดี ซึ่งในทางทฤษฎีถือว่าเป็นระบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการอย่างเด็ดขาด ไม่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน โดยพิจารณาจากการที่คณะรัฐมนตรีไม่มีหน้าที่ต้องรับนโยบายจากสภามาปฏิบัติและรัฐมนตรีไม่ต้องรับผิดชอบในนโยบายโดยส่วนรวม หรือโดยเฉพาะตัวต่อสภา คือ รัฐบาลไม่มีสิทธิลงมติไม่ไว้วางใจ หรือตั้งกระทู้ถามแก่คณะรัฐมนตรีได้ ส่วนฝ่ายบริหารไม่สามารถใช้สิทธิยุบสภาได้ โดยที่มาของฝ่ายบริหารและที่มาของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นแยกกัน คือประชาชนเลือกตั้งทั้งสองประเภท แต่ในทางปฏิบัติไม่ได้เป็นการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด เพราะเกิดปัญหาว่าอำนาจในบางกรณีควรจะเป็นของอำนาจใด จึงได้หาวิธีแก้ไขโดยให้พรรคการเมืองเป็นสื่อกลาง หรืออาจใช้วิธีให้มีการตั้งคณะกรรมการของสภาขึ้นทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายบริหารโดยทางอ้อม และฝ่ายบริหารมีโอกาส

<sup>27</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, หน้า 176.

<sup>28</sup> อมร จันทรมนุญ, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538) หน้า 68-70.

<sup>29</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, หน้า 176-179.

ติดต่อกับฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยการติดต่อกับคณะกรรมการนี้ได้เช่นเดียวกัน<sup>30</sup> ทำให้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการใช้อำนาจโดยผสมกัน โดยให้ความสำคัญอยู่ที่การจัดองค์กรและกลไกของรัฐ อันเป็นไปตามทฤษฎีการกระจายอำนาจเพื่อการคานและดุลกันมากกว่า

(2) ระบบการแบ่งแยกอำนาจออกไปอย่างไม่เด็ดขาด เป็นระบบที่มีการกระจายอำนาจหน้าที่ให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว แต่เป็นการกระจายอำนาจในการทำงานให้เกิดความสมดุลในกลไกของรัฐ โดยเน้นหลักการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน เพราะการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดไม่สามารถทำให้รัฐปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ประเทศฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าสามารถออกกฎหมายในเรื่องใดบ้าง และเรื่องที่อยู่นอกเหนือจากนั้นให้อำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมาย หรือในกรณีที่ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐมีอำนาจในการยุบสภาอันอาจเนื่องมาจากรัฐบาลมีนโยบายไม่ตอบสนองต่อนโยบายของประธานาธิบดีได้ และในขณะเดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติโดยสภาผู้แทนราษฎรก็สามารถตั้งกระทู้ถามหรือลงมติไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีในสมัยประชุมของฝ่ายบริหารได้ในกรณีที่ประธานาธิบดีทรยศต่อชาติ หรือในประเทศอังกฤษ อำนาจทั้งสามมีความเกี่ยวข้องกัน คือ มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกันได้ เห็นได้จากการที่รัฐสภาสามารถตั้งกระทู้ถามหรือเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ ในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารก็มีอำนาจในการยุบสภาได้ เป็นต้น

### 2.3 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

รัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวทางหรือกระบวนการที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 เพื่อให้รัฐทั้งหลายมีรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดเป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในการจำกัดอำนาจรัฐและองค์กรของรัฐ มิให้กลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจและอำนาจทรราช ซึ่งรัฐธรรมนูญตามรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม คือ มาจากการยอมรับของสมาชิกในสังคมร่วมกัน หากมีการละเมิดก็ต้องมีกระบวนการคุ้มครองให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีให้ศาลเยียวยาความเสียหายได้

#### 2.3.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญนิยม

<sup>30</sup> มาร์ติน มุสิกเจียนันท์, สรุปหลักกฎหมายมหาชน เรื่อง หลักการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจ (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 5.

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์<sup>31</sup> ได้กล่าวถึง หลักรัฐธรรมนูญนิยมว่า Constitutionalism เป็นการเขียนรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีองค์กรทางการเมือง ด้วยจุดมุ่งหมายให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศโดยมีการเลือกตั้ง (ในเขตเลือกตั้งต่าง ๆ) เพื่อที่จะเข้ามาใช้อำนาจทางการเมืองในองค์กรทางการเมือง แต่ในขณะเดียวกัน Constitutionalism ก็เป็นการเขียนรัฐธรรมนูญที่กำหนดวิธีการจัดองค์กรขององค์กรทางการเมือง เพื่อให้องค์กรทางการเมืองเป็นองค์กรที่บริหารประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ และป้องกันการบิดเบือนการใช้อำนาจที่มาจากพฤติกรรมของนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>32</sup> ได้กล่าว ธิรัฐธรรมนูญนิยม มีปัจจัยหลายประการ คือ การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ในฐานะกฎหมายสูงสุดที่เป็นสัญญาประชาคม การยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองอย่างแท้จริง การมีกลไกควบคุมหรือดุลและคานอำนาจไม่ให้ใช้เกินขอบเขต การยอมรับและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

### 2.3.2 วัตถุประสงค์ของหลักรัฐธรรมนูญนิยม<sup>33</sup> มีดังต่อไปนี้

2.3.2.1 เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ หลักรัฐธรรมนูญนิยมต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันการแทรกแซงของบุคคลหรือองค์กรใด ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐเข้าละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้มีการบัญญัติรับรองแล้ว ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรของรัฐที่ใช้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นรัฐบาล รัฐสภา หรือแม้กระทั่งศาลที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครอง ซึ่งก่อให้เกิดกระบวนการที่ใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเป้าหมาย ส่งผลให้การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเป็นเครื่องมือที่จะทำให้อำนาจซึ่งเป้าหมายที่วางไว้

<sup>31</sup> ออมร จันทรสมบูรณ์, การปฏิรูปการเมือง คอนสติติวชันแนลลิสม์ ทางออกของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: บริษัทหลักทรัพย์ จัดการกองทุนรวม บัวหลวง จำกัด, 2539), หน้า 67.

<sup>32</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 82.

<sup>33</sup> จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, "การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 23-26.

2.3.2.2 เพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยให้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ทำให้รัฐมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง จึงต้องให้บุคคลธรรมดาเข้ามาดำเนินกิจการต่าง ๆ แทนรัฐ ซึ่งอาจจะทำในรูปของบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว หรือในรูปของคณะบุคคลหรือองค์กรของรัฐ เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามในนามของรัฐและแทนรัฐ โดยกฎหมายนั้นถือว่าการกระทำทั้งหลายที่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวได้กระทำการไปภายในขอบเขตและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้น ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ประการใดก็เป็นหน้าที่ของรัฐมิใช่หน้าที่โดยส่วนตัวของบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยให้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดจึงถือเป็นหัวใจของหลักรัฐธรรมนูญนิยมในปัจจุบันเพราะเป็นกระบวนการที่จะทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้นในความเป็นจริง โดยการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่ดีจะต้องมีกลไกให้องค์กรภายนอกได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเพราะจะทำให้เกิดความเป็นกลางในการตรวจสอบและโปร่งใส ในสังคมประชาธิปไตยจึงเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยมากขึ้น

2.3.2.3 เพื่อเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาล กล่าวคือ การจะให้รัฐดำรงอยู่ได้นั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนทุกคนหรือประโยชน์สาธารณะ อันเป็นภารกิจหลักประการหนึ่งของรัฐที่จะต้องดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สุขของมหาชน และการที่จะทำให้รัฐบาลสามารถปฏิบัติภารกิจของรัฐได้อย่างราบรื่น และมีความมั่นคงในการบริหารประเทศ จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาลเพื่อจะได้มีรัฐบาลที่มีความมั่นคง และประชาชนโดยทั่วไปก็จะเกิดความมั่นใจในแนวทางหรือนโยบายในการบริหารประเทศของรัฐบาล ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์มหาชนก็จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับประโยชน์ของปัจเจกชน

## 2.4 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Rules of Natural Justice)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักวิธีพิจารณาที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ มีผลบังคับต่อคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการและบังคับใช้กับองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยที่กระทบต่อสิทธิของประชาชน ให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิและหลักการพิจารณาคดีโดยปราศจากอคติ ในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษไม่ปรากฏหลักยุติธรรม

ตามธรรมชาติอย่างชัดเจน แต่หลัก natural justice<sup>34</sup> มาจากความคิดที่ว่า อะไรคือสิ่งที่ถูกที่ควร และอะไรคือสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เป็นการมองในแง่ของความยุติธรรม ทำให้หลัก natural justice ได้รับการนับถือปฏิบัติมาในประเทศอังกฤษมาเป็นเวลานานและถือว่าเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลัก natural justice วิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่จะต้องมีลักษณะที่คล้ายหรือทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาความในชั้นศาล ได้แก่ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักการรับฟังผู้ถูกกระทบสิทธิ ส่งผลให้มีการจำกัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ที่มาของหลัก Natural Justice มีต้นกำเนิดจาก Magna Carta ที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1215 ซึ่งมีบทบัญญัติที่มีลักษณะในการประกันสิทธิและความยุติธรรมด้วยการควบคุมกระบวนการที่เป็นธรรมในการวินิจฉัยออกคำสั่ง และศาลอังกฤษต้องปฏิบัติตามกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมในการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายธรรมชาติที่แสดงว่าสิ่งที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติใช้บังคับไม่ได้ จากแนวคิดกฎหมายธรรมชาติได้ก่อให้เกิดหลักวิธีพิจารณาในชั้นศาล เรียกว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ ดังต่อไปนี้<sup>35</sup>

2.4.1 หลักการรับฟังคู่กรณี (Audi Alteram Partem หรือ Both sides must be heard) ในกรณีที่การกระทำของฝ่ายปกครองล่วงเข้าไปกระทบถึงเสรีภาพ สิทธิ หรือทรัพย์สินของประชาชน ผู้ถูกกระทบสิทธิจะต้องมีโอกาสที่จะแสดงหลักฐานและความคิดเห็นโต้แย้งข้อเท็จจริงที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนได้ เมื่อผู้ถูกกระทบสิทธิได้รับโอกาสดังกล่าวอย่างถูกต้องแล้ว ถือว่าเป็นการเพียงพอในการปฏิบัติตามหลักการรับฟัง ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องรับฟังผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง มิฉะนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองจะถูกเพิกถอนได้

2.4.2 หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินเรื่องและวินิจฉัย (Freedom from Interest of Bias) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีผลประโยชน์ส่วนตัวในเรื่องที่วินิจฉัย เช่น ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจยอมถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำการโดยตนมีส่วนได้เสียหรือกรณีมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ยื่นคำร้องฝ่ายหนึ่งก็นำไปสู่ความมีส่วนได้เสียใน

<sup>34</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537) หน้า 81.

<sup>35</sup> อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, "กลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง," อุลพาน 44,1 (มกราคม-มีนาคม 2540): 29-31.

กระบวนการพิจารณาเช่นกัน ซึ่งเป็นเหตุที่จะยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นได้

2.4.3 หลักหน้าที่ในการให้เหตุผลในคำสั่งคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง แม้ศาลอังกฤษไม่ถือว่าหน้าที่ในการให้เหตุผลเป็นส่วนหนึ่งของหลัก Natural Justice และโดยหลักฝ่ายปกครองจะไม่ต้องบอกเหตุผล เว้นแต่กฎหมายจะบังคับไว้โดยตรง แต่คณะกรรมการ The Frank Committee เห็นว่าหลักนี้มีความสำคัญ คือ ประการแรก จะทำให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเรื่องที่วินิจฉัยได้ละเอียดสมเหตุสมผลและถูกต้อง ประการที่สอง ผู้ถูกกระทบสิทธิอาจใช้เหตุผลของเจ้าหน้าที่เป็นพื้นฐานในการโต้แย้งสิทธิในชั้นอุทธรณ์ อย่างไรก็ตามน่าจะเป็นที่เข้าใจว่าจะต้องให้เหตุผลในประเด็นที่สำคัญของเรื่องที่วินิจฉัย

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ จึงเป็นหลักที่ใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองประการหนึ่ง ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็นกระบวนการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามก่อนออกคำสั่ง คำวินิจฉัยหรือดำเนินการใด ๆ ในทางปกครอง และกลายมาเป็นหลักกฎหมายวิธีสบัญญัติในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศอังกฤษซึ่งมีผลเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการวินิจฉัยสั่งการที่ไม่ชอบตั้งแต่ต้นก่อนออกคำสั่ง และนับว่าเป็นมาตรการที่สำคัญประการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิให้แก่ประชาชนและควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยึดหลักการทำนองเดียวกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ คือ หลัก Due Process of law ซึ่งยึดหลักการรับฟังคู่กรณีและหลักความไม่มีส่วนได้เสีย แต่ศาลฎีกาสหรัฐได้พัฒนาและแปลหลัก Due Process of law ให้มีความหมายกว้างกว่าหลัก natural justice เช่น ศาลฎีกาสหรัฐได้วางหลักการปฏิบัติตามหลัก Due process of law ของฝ่ายปกครองไว้โดยนำวิธีพิจารณาคดีของศาลมาใช้ และสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียก็เกือบจะเป็นอย่างเดียวกับสิทธิของจำเลยในคดีอาญา โดยทั่วไปผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนี้<sup>36</sup>

(1) สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าซึ่งประเด็นและเรื่องที่องค์กรฝ่ายปกครองจะสั่งหรือวินิจฉัย

(2) สิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานและข้อโต้แย้ง

(3) สิทธิที่จะหักล้างพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของตน

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

- (4) สิทธิที่จะมีทนายความเข้าดำเนินการแทน
- (5) สิทธิที่จะไม่วินิจฉัยจากพยานหลักฐานนอกสำนวน
- (6) สิทธิที่จะให้มีบันทึกหลักฐานอย่างสมบูรณ์

## 2.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ความสำคัญของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญพิจารณาได้จากแง่มุมต่าง ๆ ดังต่อไปนี้<sup>37</sup>

ประการแรก ในแง่ของการจัดทำ รัฐธรรมนูญจัดทำขึ้นยากกว่ากฎหมายธรรมดาอื่น โดยเฉพาะในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมระหว่างสมาชิกในสังคมทุกคนต่อกัน และระหว่างสมาชิกของสังคมในฐานะผู้ได้ปกครองกับผู้ปกครอง จึงต้องมีการระดมความคิดและอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ หรือต้องตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมากร่างเป็นการเฉพาะ

ประการที่สอง ในแง่ของเนื้อหาของสาระของรัฐธรรมนูญ เป็นการรองรับอำนาจที่สูงสุดกว่าอำนาจอื่นใดในประเทศ นั่นคืออำนาจอธิปไตย นอกจากนี้ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดโครงสร้างและองค์กรที่ใช้อำนาจในรัฐโดยมีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่อำนาจและการพ้นอำนาจ กลไกควบคุมการใช้อำนาจและการกำหนดหน้าที่และอำนาจขององค์กรแต่ละองค์กรไว้ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดแนวทางของสังคมในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อให้องค์กรและกลไกที่กำหนดไว้เดินตาม

ประการที่สาม ในแง่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมักปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ซึ่งความข้อนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมาก จนถึงขนาดได้ตราไว้ว่า “สังคมใดที่ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ... สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” ด้วยเหตุนี้ เมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีความสำคัญเช่นนี้ หากไม่จัดให้

<sup>37</sup> กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สมาธรรม, 2552), หน้า 232-233.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจได้รับความกระทบกระเทือน เช่นถูกจำกัดตัดสิทธิโดยกฎหมายธรรมดาได้ ซึ่งกรณีไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น และ

ประการสุดท้าย ในแง่ปรัชญากฎหมาย ถ้าไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ก็คงต้องจัดให้กฎหมายอื่นอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่นั่นเอง เพราะตามข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีอยู่มากมายหลายรูปแบบก็ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น และเป็นจุดเริ่มต้นของการออกกฎหมายอื่น

### 2.5.1 สถานะของรัฐธรรมนูญ

สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะถูกล่งละเมิดได้โดยง่าย หากไม่มีการประกันซึ่งอาจกระทำได้โดยการกำหนดให้บทกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะเมื่อกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว หากปล่อยให้บทกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่และยอมรับว่าบังคับใช้ได้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไร้ความหมาย เช่น บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถ้ามีกฎหมายในลำดับรองที่เกิดขึ้นภายหลังแล้วมีบทบัญญัติขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและกำหนดกฎเกณฑ์การปกครองประเทศเป็นประการอื่น ตามหลักที่ว่าการออกกฎหมายใหม่ต้องดีกว่ากฎหมายเก่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญนั้นจะไม่เกิดประโยชน์ต่อประชาชน นอกจากนี้ ยังต้องกำหนดการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้เช่นเดียวกัน<sup>38</sup>

ในข้อนี้อาจกล่าวได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนามากที่สุด โดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการควบคุมไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ประเทศอังกฤษ แม้จะถือหลัก Sovereignty of Parliament ที่ไม่ยอมให้ศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา แต่ก็ไม่ได้ห้ามศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (หมายรวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ) ด้วย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) มีอำนาจที่จะวินิจฉัยในเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจมีบุคคลใด ๆ กล่าวอ้างขึ้น เพราะเห็นว่าตนได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น

<sup>38</sup> ธีระ สุธีรวงศ์, "ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.

ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ของตน อันนี้นอกจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะยอมรับหลักการที่ว่า การกระทำของฝ่ายบริหารใด ๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้แล้ว กรณียังได้ขยายไปถึงการกระทำของฝ่ายตุลาการอีกด้วยว่า จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วินิจฉัยไว้ในหลายคดีว่า การที่ศาลตัดสินคดีโดยมีองค์คณะไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ หรือดำเนินการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นธรรมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาที่ไม่ชอบ<sup>39</sup>

## 2.5.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยวิธีการพิเศษ

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการแสดงถึงความเป็นเหตุผล เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐ และจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทำให้รัฐธรรมนูญต้องมีความมั่นคงพอสมควรจะเปลี่ยนแปลงบ่อย ๆ ไม่ได้ เพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ แต่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ได้ทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะแก้ไขได้เลย เพราะรัฐธรรมนูญก็ไม่ต่างจากสิ่งอื่นที่มีความสัมพันธ์กับสภาพการณ์ทางการเมืองของประเทศ จึงย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตามสมควร ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจแก้ไขโดยใช้วิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดเป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ ในเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ Sieyes มีความเห็นว่า โดยพิจารณาจากสภาพการณ์ของประเทศฝรั่งเศส ในช่วงปี ค.ศ. 1789 ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและปัญหาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไปไม่สามารถจะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ เพราะองค์กรตัวแทนเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งจากรัฐธรรมนูญ การจะแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยองค์กรตัวแทนพิเศษซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างมากของชาติ แต่รัฐธรรมนูญในยุคต่อมาได้

<sup>39</sup> ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์, "กระบวนการยุติธรรมในคดีรัฐธรรมนูญ : ศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 264," (งานวิจัยของหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 4 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2542), หน้า 10-11.

ยอมให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับเสียงข้างมากตามที่กำหนดไว้ เช่น ได้รับเสียงข้างมาก 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของสมาชิกรัฐสภา และกำหนดกระบวนการพิเศษสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น กำหนดให้มีการลงประชามติ ในบางกรณีอาจกำหนดขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย เช่น รัฐธรรมนูญโมนาโค ค.ศ.1962 มีบทบัญญัติว่า “จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกี่ยวกับระบบการปกครองโดยกษัตริย์ หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับศาสนาอิสลามหาได้ไม่” หรือรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 มีบทบัญญัติว่า “จะไม่มี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้อันเกี่ยวกับระบบสหพันธรัฐ การที่สภาแห่งมลรัฐเข้าร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือบทบัญญัติอันกำหนดไว้ในมาตรา 1 และ 20”<sup>40</sup> ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญฉบับใดไม่ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการทำให้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากสำหรับองค์กรนิติบัญญัตินั้น เป็นการกำหนดขอบเขตความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติที่มีต่อรัฐธรรมนูญ<sup>41</sup> แต่องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะมีอำนาจเฉพาะ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เท่านั้น โดยไม่สามารถ “ให้รัฐธรรมนูญใหม่” ทั้งฉบับได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ก็ย่อมหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และในกรณีนี้ย่อมถือว่า ไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับนั้น<sup>42</sup>

### 2.5.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้นำมาสู่นโยบายในการสร้างระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีสถานะเหนือกฎหมายใด ๆ แต่ละประเทศจะมอบอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติไว้ในองค์กรที่แตกต่างกันไป ซึ่งระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 2 ระบบ<sup>43</sup> คือ

<sup>40</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 735.

<sup>41</sup> กิตติวัฒน์ รัตนดิลก ณ ภูเก็ต, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 234.

<sup>42</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 198.

<sup>43</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 124-130.

(1) ระบบกระจายอำนาจ (decentralized system) เป็นระบบที่มีการกระจายอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลใช้บังคับกับคดีที่ศาลพิจารณายู่ชัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไปยังศาลยุติธรรมทุกศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบกระจายอำนาจนี้เป็นระบบที่มีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบและยังคงใช้บังคับอยู่ในประเทศญี่ปุ่น นอร์เวย์ และสวีเดน

อย่างไรก็ตาม มีการกล่าวให้เห็นถึงผลเสียของระบบนี้ไว้หลายประการเช่นกัน เป็นต้นว่า ประการแรก การให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้วินิจฉัยในเรื่องเช่นนี้เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะเท่ากับเปิดทางให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งหากเกิดความผิดพลาดขึ้นมาประชาชนก็ไม่มีทางที่จะควบคุมศาลได้ ประการที่สอง การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาการเมืองไม่ใช่ปัญหากฎหมายธรรมดา ดังนั้น หากยอมให้ศาลทำหน้าที่นี้ได้ก็เท่ากับเปิดทางให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับการเมือง ประการที่สาม ผู้พิพากษามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับการทำงานเช่นนี้เพราะมีความเป็น “นักกฎหมาย” เกินไป ในขณะที่การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต้องอาศัยความรู้ทั้งทาง เศรษฐศาสตร์ การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและอื่น ๆ และประการสุดท้าย การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไป ทำให้คำวินิจฉัยไม่เป็นเอกภาพ เพราะแต่ละศาลอาจตัดสินไม่เหมือนกัน<sup>44</sup>

(2) ระบบรวมอำนาจ (centralized system) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบรวมอำนาจเป็นการรวมอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรเดียวเป็นการเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันระบบนี้ได้มีการนำไปใช้ในประเทศภาคพื้นยุโรป

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ สามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้

2.5.3.1 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา เป็นระบบที่ได้รับการยอมรับในประเทศฝรั่งเศสในสมัยสาธารณรัฐที่ 1-3 (ค.ศ. 1789-1946) ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ของรุสโซ่ที่มีอิทธิพลอย่างมากในระบบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ส่งผลต่อระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ

<sup>44</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 687-697.

แม้รัฐธรรมนูญมีสถานะสูงสุดที่กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งมิได้ แต่การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเป็นการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน โดยองค์กรอื่นใดจึงมีอาจจะทำได้นักนิติศาสตร์ได้อธิบายว่า รัฐสภาจะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยเองว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเมื่อรัฐสภาได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแล้วก็ย่อมเป็นการแสดงอยู่ในตัวว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แนวคิดที่ว่า กฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของปวงชนซึ่งทำให้ไม่อาจมีองค์กรใดที่จะมีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นการปฏิเสธข้อเสนอของซีเอเยส์ (Siéyès) ที่ให้จัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นทำหน้าที่ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่า “คณะลูกขุนผู้พิทักษ์” (jury constitutionnaire) โดยสิ้นเชิง แม้ต่อมาแนวคิดของซีเอเยส์ จะได้รับการยอมรับในสมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 1 ด้วยการจัดตั้ง “สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Sénat Conservateur de la Constitution) ขึ้นก็ตาม แต่องค์กรดังกล่าวก็ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และถูกล้มเลิกไปในที่สุด

อย่างไรก็ตาม ข้ออ้างที่ว่ากฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของปวงชนได้ถูกวิจารณ์โดย เกอเร เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) กล่าวว่า การใช้อำนาจของรัฐสภากับการใช้อำนาจของประชาชนเป็นสิ่งเดียวกันนั้นไม่ถูกต้อง เพราะอำนาจอธิปไตยในทัศนะของรุสโซนั้นต้องใช้โดยประชาชน แต่รัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนประชาชนเลือกขึ้นมา กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจึงไม่ใช่กฎหมายที่ประชาชนตราขึ้น ดังนั้น การที่จะให้รัฐสภายินิจฉัยโดยการลงมติในญัตติที่สมาชิกรัฐสภาเสนอว่าร่างกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญเสียเอง ก็เท่ากับยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดและจะตรากฎหมายใดให้ขัดรัฐธรรมนูญ (ในสายตาของผู้อื่น) ก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ในสาธารณรัฐที่ 4 จึงมีข้อเสนอให้จัดตั้ง “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comité constitutionnel) ขึ้น โดยให้ประธานาธิบดีและประธานคณะรัฐมนตรี (Président du Conseil หรือตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในปัจจุบัน) สามารถขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติได้ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งหากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็จะส่งกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติให้ความเห็นชอบแล้วกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอีกครั้ง และถ้ารัฐสภาลงมติว่าเป็นกฎหมายแล้ว ก็ให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับรัฐบัญญัติที่รัฐสภาได้ตราขึ้นใหม่ แต่หากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวก็จะถูกประกาศใช้ทันที ด้วยเหตุนี้ แนวคิดพื้นฐานในการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ในสาธารณรัฐที่ 4 จึงเป็นไปเพื่อให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจดูความสอดคล้องระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญและเป็นเครื่องมือในการระงับความขัดแย้ง

ระหว่างสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภามากกว่าที่จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ต่อมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ในปี ค.ศ.1958 จึงได้มีการจัดตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) ขึ้นทำหน้าที่แทนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและมีลักษณะเป็นองค์กรพิเศษที่มีอำนาจในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

2.5.3.2 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม ได้ถือกำเนิดขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในการตัดสินคดี Marbury V. Madison ของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ.1803 ซึ่งศาลสูงสุดได้วางหลักว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภาองเกรสซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้ โดยประธานศาลสูงสุด John Marshall ได้ให้เหตุผลว่า เมื่อศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ศาลจึงมีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายแก่กรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นความจำเป็นอยู่เองที่ศาลจะต้องตรวจสอบ ติความและวินิจฉัยว่าอะไรคือกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับได้ ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญนี้มีศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายใด ๆ ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลก็มีหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาด โดยยึดหลักว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุด และกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้นแล้วการปฏิเสธหลักการดังกล่าวย่อมจะเป็นการทำลายรากฐานของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เป็นที่น่าสังเกตว่าการที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้เช่นนี้ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้ง ก็เท่ากับว่าศาลฎีกาได้ยืนยันและตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งกฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ และศาลย่อมเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ

สำหรับกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ด้วยเหตุที่ระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาคือระบบกระจายอำนาจ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจึงอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมทุกศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา โดยมีกระบวนการพิจารณาอันเป็นสาระสำคัญ ดังนี้

- (1) ผู้มีสิทธิในการเริ่มคดี ได้แก่ คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย
- (2) การพิจารณาวินิจฉัยของศาล เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลและคู่ความในคดีนั้นหรือผู้มีส่วนได้เสียยกเป็นประเด็นแห่งคดีว่ากฎหมายที่บังคับในคดีนั้นขัด

หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือโดยศาลเห็นเอง ศาลยุติธรรมจะต้องวินิจฉัยปัญหาที่ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เสียก่อน และพิจารณาคดีต่อไป ตามคำวินิจฉัยนั้น ทั้งนี้ หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะปฏิเสธที่จะใช้บังคับกฎหมายนั้นกับคดีที่นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล หากคำวินิจฉัยไม่เป็นที่พอใจแก่คู่ความในคดีนั้นก็สามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยนั้นต่อไป และให้ถือเป็นที่สุดโดยคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมสูงสุด

(3) ผลของการวินิจฉัย คำวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันเสียเปล่าและมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่ต้น (retrospective) โดยจะมีผลบังคับระหว่างคู่ความในคดี (inter partes) เท่านั้น หลักในเรื่องผลย้อนหลังของกฎหมาย ให้ถือว่ากฎหมายเป็นโมฆะมาแต่แรก ต่อมาได้ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในกรณีที่ศาลได้กลับคำพิพากษาเสียใหม่ เช่น ในคดีเดิมศาลได้พิพากษาให้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีเป็นโมฆะเพราะขัดรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาศาลจะย้อนกลับไปลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายฉบับดังกล่าวนับแต่คดีแรกจนถึงคดีหลังได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ในเวลาต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้เปลี่ยนแปลงหลักในเรื่องการย้อนหลังของกฎหมาย โดยวางหลักว่า ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยถึงผลของการย้อนหลังของกฎหมายเองโดยคำนึงถึงผลดีผลเสียในแต่ละคดี

นับตั้งแต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักไว้ในการตัดสินคดี Marbury V. Madison ในปี ค.ศ.1803 เป็นต้นมา หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษรก็ได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจน และเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกโดยมีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในเวลาต่อมา

2.5.3.3 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษ แนวคิดในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษขององค์กรเดียว ได้ถือกำเนิดขึ้นครั้งแรกโดย Hans Kelsen ซึ่งเสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะ Kelsen ได้อธิบายว่า การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดใช้บังคับมิได้เพราะขัดรัฐธรรมนูญ เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เมื่อโดยปกติแล้วกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับย่อมต้องได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม การระงับผลของกฎหมายโดยการวินิจฉัยว่ากฎหมายใช้บังคับมิได้จึงเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ (negative act of legislation) ดังนั้น ศาลพิเศษที่จัดตั้งขึ้นต้องมีรากฐานที่มาจากองค์กรนิติบัญญัติโดยให้องค์กรนิติบัญญัติมีส่วนในการแต่งตั้ง และเป็นการสมควรที่จะจัดตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจเพิกถอนกฎหมาย

ของรัฐสภาเพื่อให้คำวินิจฉัยนั้นเกิดผลบังคับเป็นการทั่วไป นอกจากนี้ การจัดตั้งองค์กรดังกล่าวให้เป็นองค์กร “ศาล” เพื่อให้เกิดความเป็นอิสระและมีหลักประกันในการทำงาน และเพื่อให้เกิดความรอบคอบและทันต่อเหตุการณ์ของสังคม ผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในองค์กรนี้จึงจำเป็นต้องมีองค์ประกอบจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย การเมือง และเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน โดยจัดให้มีเพียงองค์กรเดียวและคำวินิจฉัยมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

## 2.6 หลักความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย<sup>45</sup>

หลักความเสมอภาคในกฎหมาย หมายถึง บุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ และเป็นได้ทั้งในทางสิทธิและหน้าที่หรือภาระ แต่ไม่ใช่ทุกคนจะต้องมีความเสมอภาคในการมีวัตถุประสงค์ของ ในรัฐธรรมนูญของไทยได้มีการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 มีใจความว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่นย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

โดยในวรรคแรกเป็นการรับรองหรือความเสมอภาคทั่วไป หรือหลักความเสมอภาคเบื้องต้นกฎหมาย วรรคสองรับรองความเสมอภาคระหว่างเพศ หรือการรับรองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และวรรคสามกำหนดห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม วรรคสุดท้ายรับรองให้รัฐสามารถเลือกปฏิบัติได้ในกรณีที่เป็นการมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ได้

การกระทำที่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค หรือเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรูปแบบของการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็น

<sup>45</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 186-211.

ธรรม โดยอาศัยเหตุต่าง ๆ ไว้หลายประการ คือ เลือกปฏิบัติเพราะถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทาง ศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หากมีการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุดังกล่าว บุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติก็สามารถที่จะใช้สิทธิทางศาลเพื่อ เรียกร้องให้บังคับตามสิทธิได้

## 2.6.1 ประเภทของหลักความเสมอภาค

### 2.6.1.1 หลักความเสมอภาคทั่วไป

ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย หมายความว่า บุคคลไม่ว่าจะมีฐานะทางกฎหมายอย่างไร ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน สถานะทางกฎหมายไม่ก่อให้เกิดเอกสิทธิ์ แก่บุคคลเหล่านั้นแต่อย่างใด จึงเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไปที่บุคคลอาจเรียกร้องจากรัฐเพื่อให้ ปฏิบัติต่อตนเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อบุคคลอื่นอย่างเท่าเทียมกัน

### 2.6.1.2 หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง หมายความว่าถึง กฎหมายได้บัญญัติถึง หลักความเสมอภาคในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ แบ่งออกได้เป็น

2.6.1.2.1 ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม หมายความว่า เมื่อมีกรณีที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลบุคคลทุกคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถที่จะนำคดีเข้าสู่ การพิจารณาในศาลที่มีเขตอำนาจได้อย่างเท่าเทียมกัน และได้รับการพิจารณาตามกระบวนการ พิจารณาอย่างเดียวกัน ผู้ใดจะร้องขอให้จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีของตน โดยเฉพาะไม่ได้ ยกเว้นกรณีการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ให้อยู่ใน อำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพียงศาลเดียว

2.6.1.2.2 ความเสมอภาคในการเข้าทำงานในภาครัฐ หมายความว่า บุคคลทุกคนที่เป็นคนไทยที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติ ของบุคคลที่จะเข้าทำหน้าที่ในภาครัฐ บุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะสมัครเข้ารับราชการได้ โดยทั่วไปแล้วกระบวนการคัดเลือกก็จะดำเนินการโดยมีการสอบแข่งขันกันเพื่อพิจารณาความรู้ ความสามารถของบุคคล การนำหลักเกณฑ์อื่นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานอกจากพิจารณา จากความรู้ความสามารถของบุคคล จึงเป็นกรณีที่อาจขัดกับหลักความเสมอภาค

2.6.1.2.3 ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง พิจารณาทั้งกรณีของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งและบุคคลผู้มีสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หมายความว่า บุคคลทุกคนที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งและสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน

2.6.1.2.4 ความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ได้แก่ ความเสมอภาคในการชำระภาษีให้แก่รัฐมากน้อยตามความสามารถของแต่ละบุคคล ความเสมอภาคในการรับราชการทหารของชายไทยทุกคนที่มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป จะต้องเข้ารับราชการทหารประจำการ เว้นแต่จะเป็นบุคคลที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องเข้ารับราชการทหาร

2.6.1.2.5 ความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ เช่น บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิเสมอภาคในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี หรือบุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

## 2.6.2 หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติแก่บุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน แต่โดยการใช้หลักความเสมอภาคที่มีความหลากหลายในการปฏิบัติเนื่องจากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันไป ทำให้ต้องปฏิบัติแก่บุคคลให้แตกต่างกันและต้องยอมรับกันได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมมีดังนี้<sup>46</sup>

### 2.6.2.1 สิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน

ความเท่าเทียมกันตามหลักความเสมอภาคไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกันทุกประการ กล่าวคือ เท่าเทียมกันในสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย หมายความว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับผลทางกฎหมายอย่างเดียวกัน ดังนั้น หลักความเสมอภาคในหลักเกณฑ์ข้อนี้ จึงต้องมีการเปรียบเทียบระหว่างข้อเท็จจริงสองกรณี กลุ่มบุคคลสองกลุ่ม หรือบุคคลสองคน หากพบว่ามีเหมือนกันหรือแตกต่างกันในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญต้องได้รับการปฏิบัติและผลทางกฎหมายเหมือนกัน

<sup>46</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "หลักความเสมอภาค," เอกสารการสอนวิชาการศึกษาเปรียบเทียบการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยกฎหมาย. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

### 2.6.2.2 สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน

ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้ ข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน ต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน จึงต้องมีการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับข้อแรก หากเปรียบเทียบแล้วพบว่ามี ความแตกต่างกันในข้อเท็จจริงแห่งคดี การปฏิบัติต่อสิ่งที่อยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่ แตกต่างกันต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปฏิบัติให้ แตกต่างกัน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงแห่งคดี แต่ถ้ามีความ แตกต่างกันในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญแล้ว ต้องถือว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นอยู่ในสถานะที่ เหมือนกัน ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม หากใช้หลักเกณฑ์ที่ แตกต่างกันย่อมถือว่าการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

### 2.6.3 ข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค

การกระทำที่ไม่ถือว่าการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือไม่เป็นการขัดกับ หลักความเสมอภาค เนื่องจากหลักความเสมอภาคไม่ได้เรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐ ทุกองค์กรต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกันในทุกกรณี แต่เรียกร้องให้ปฏิบัติต่อบุคคลที่ แตกต่างกันโดยสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล เฉพาะแต่ละ บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้น อย่างเดียวกัน โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล และการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือ แตกต่างกันต้องมีเหตุผลที่สามารถรับฟังได้จึงจะทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม พิจารณาได้ จากกรณีดังต่อไปนี้

2.6.3.1 การเลือกปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์มหาชน หรือเพื่อคุ้มครอง ประโยชน์สาธารณะ เมื่อประโยชน์สาธารณะขัดแย้งกับประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ประโยชน์ สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ผลประโยชน์ มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นเหตุผลของรัฐ (State reason) เช่น ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม หลักความ เสมอภาคไม่อาจใช้อ้างต่อเหตุผลของรัฐที่กระทำเพื่อผลประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ได้ หากเป็นการอ้างเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักแห่งความเสมอภาคที่เป็นการก่อให้เกิดการแบ่งแยก อย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ กล่าวคือ เป็นการแบ่งแยกที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

2.6.3.2 การเลือกปฏิบัติเพื่อมุ่งลดความเหลื่อมล้ำที่ดำรงอยู่ เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติยอมให้รัฐหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกำหนดมาตรการบางอย่างขึ้น เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคหรือเป็นการส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น เช่น การกำหนดให้บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายกำหนด เป็นการดำเนินการตามกฎหมายที่รัฐจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดหรือส่งเสริมให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสถานะด้อยกว่าบุคคลอื่นสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เช่นเดียวหรือใกล้เคียงกับบุคคลอื่น

2.6.3.3 การเลือกปฏิบัติเนื่องจากสถานการณ์หรือสภาพของเรื่องแตกต่างกัน หมายความว่า ในเรื่องเดียวกันในสถานการณ์เดียวกันหรือในสภาพอย่างเดียวกันบุคคลทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน หากไม่ใช่สถานการณ์หรือสภาพอย่างเดียวกัน องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอาจปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นให้แตกต่างกันได้ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายหรือการตีความกฎหมาย เช่น การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานการณ์ทางกฎหมายแตกต่างกัน เช่น ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายสองสถานะในขณะเดียวกัน คือ ในฐานะที่เป็นบุคคลโดยทั่วไปที่สามารถมีสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ทุกประการเหมือนบุคคลโดยทั่วไป อีกฐานะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐจึงอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมากกว่าบุคคลทั่วไป เช่น ถูกจำกัดสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง บุคคลอีกประเภทที่อาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพราะสถานะทางกฎหมายของบุคคล คือ ผู้ต้องขัง ซึ่งถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพมากกว่าบุคคลโดยทั่วไป เช่น เสรีภาพในการเคลื่อนไหว สิทธิส่วนตัว เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ กรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะสถานะทางกฎหมายของบุคคลเหล่านี้แตกต่างกับบุคคลทั่วไป การปฏิบัติที่แตกต่างกันจึงไม่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค