

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายซึ่งบัญญัติให้สันนิษฐานความรับผิดทางอาญา ของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม

เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Law) ภายใต้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นประกาศใช้บังคับก่อน หรือประกาศใช้บังคับภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ก็ย่อมจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่รับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐ ซึ่งภายใต้หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) การตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สอดคล้องกับเงื่อนไขทางด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะตราขึ้นมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่จะไม่ให้ถูกละเมิดโดยรัฐหรือผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญและมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นว่ามีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มีวัตถุประสงค์ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้¹ กล่าวโดยเฉพาะ เมื่อรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ว่า “ในคดีอาญา² ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” หรือสิทธิของบุคคลที่จะ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 มาตรา 61 บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมา (19 ฉบับ) รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 จะมีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”.

² คดีอาญา คือ คดีที่มีโทษทางอาญาซึ่งรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้ลงโทษผู้กระทำความผิด หรือเรียกว่าเป็นคดีที่เกี่ยวกับโทษหลวง โดยโทษทางอาญามี 5 ประเภทตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ซึ่งหากกฎหมายใดกำหนดให้มีการลงโทษ 5 ประเภทนี้ไว้ก็ถือเป็นคดีอาญาซึ่งต้องขึ้นต่อศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญา

ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนในคดีอาญาว่า“ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์” (Presumption of Innocence) จึงส่งผลให้องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายมากำหนดบทสันนิษฐานให้บุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาโดยไม่ได้มีการพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้นก่อนไม่ได้

ดังนั้น เพื่อเป็นพื้นฐานของการศึกษา ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม จึงต้องทำการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แนวคิดและพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แนวคิดของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แนวคิดเกี่ยวกับภารกิจรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน แนวคิดหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ แนวคิดหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ และแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งแนวความคิดและเหตุผลในการกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

เพื่อเป็นหลักประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Law) จึงเกิดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยกำหนดให้องค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย³ ทั้งการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับ⁴ (Pre Publication Control) ที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบนามธรรม (Abstract Control)⁵ และการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

³ สำหรับศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของฝ่ายปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245(2).

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154.

⁵ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (น.63), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(Post Publication Control)⁶ ที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบรูปธรรม (Concrete Control)⁷ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีพื้นฐานมาจากแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวงที่มีผลบังคับใช้ภายในรัฐ⁸ ซึ่งเป็นผลที่มาจากแนวความคิดในเรื่อง “ลำดับชั้นของกฎหมาย” ที่ถือกันว่าในบรรดากฎหมายซึ่งมีอยู่มากมายหลายรูปแบบนั้นย่อมมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งคง “ความเป็นกฎหมายสูงสุด” อันมีสถานะในทางกฎหมายอยู่ในลำดับสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง⁹ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาถึงเหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีที่รองรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตามลำดับดังนี้

2.1.1.1 เหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานในการปกครองรัฐ รวมทั้งได้กำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการใดอันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญนี้ได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งการที่จะดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ จึงต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรหรือสถาบันการเมืองให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการที่จะยืนยันได้ว่าศักดิ์แห่งกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ มีจริงหรือไม่ ก็โดยการตรวจสอบค่า (Valeurs) แห่ง

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 และมาตรา 264 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 กรณีศาลไต่สวนหนึ่งส่งมาให้วินิจฉัย มาตรา 212 กรณีบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 245(1) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญส่งมาให้วินิจฉัย และมาตรา 257(2) กรณีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญส่งมาให้วินิจฉัย.

⁷ ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (น.64), เล่มเดิม.

⁸ จาก แนวคำถามคำตอบรัฐธรรมนูญทั่วไปและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (น. 18), โดย หยุด แสงอุทัย, 2513, พระนคร: นำเชิการพิมพ์.

⁹ จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 669), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.

กฎเกณฑ์ทั้งหลาย¹⁰ ฉะนั้น ในการศึกษาถึงเหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องทราบความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในเบื้องต้นก่อน คือ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ความหมายว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้¹¹ ซึ่งผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจทางกฎหมาย อันนำไปสู่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในทางทฤษฎีนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการขัดแย้งในรูปแบบ (das formelle Kollisionsprinzip) กล่าวคือ เป็นความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น ซึ่งทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือ การทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา (spätere Vernichtigkeit) หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญคือ เรื่องของความผูกพัน และการทำหน้าที่ให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ¹²

นอกจากนี้ เหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากได้พิจารณาถึงแนวคิดที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว ศาสตราจารย์ ดร.วิชญ์ เครืองาม มีความเห็นว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอาจมีเหตุผลมาจาก¹³

(1) การจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นจัดทำขึ้นยากกว่ากฎหมายอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือกันว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมระหว่างสมาชิกในสังคมทุกคนต่อกัน และระหว่างสมาชิกของสังคม ในฐานะผู้ได้ปกครองกับผู้ปกครอง¹⁴ ฉะนั้น จึง

¹⁰ จาก “ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.” โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก. กันยายน 2527, วารสารนิติศาสตร์, น.8 (อ้างถึงใน *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ*) (น.21), โดย สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคนอื่นๆ, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹¹ From *Staatsrecht* (p.13), by Ekkehart Stein, 1993, 14 Aufk; Tübingen. อ้างถึงใน *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ* (น.33-35). โดย สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹² แหล่งเดิม.

¹³ *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 669-670). เล่มเดิม.

¹⁴ จาก *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม “รัฐธรรมนูญ : วิเคราะห์โครงสร้างและกลไก”* (น.99), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก, 2535, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

ต้องมีการระดมความคิดกันมาก และบางครั้งก็ถึงกับต้องจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมากร่างเป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมากร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือในบางประเทศเมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้ว ก็ยังต้องนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบโดยการออกเสียงเป็นประชามติด้วย

(2) เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรองรับ “อำนาจอธิปไตย” ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดกว่าอำนาจอื่นใดในประเทศ นอกจากนี้ ก็ยังเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดองค์กรและโครงสร้างขององค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐ โดยมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าสู่อำนาจและการพ้นจากอำนาจ มีการกำหนดอำนาจหน้าที่และกลไกควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรไว้ อีกทั้งยังมีการกำหนดแนวทางของรัฐในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อให้องค์กรของรัฐและกลไกที่กำหนดไว้เดินตาม¹⁵

(3) บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมักถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ความข้อนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากจนถึงขนาดได้ตราไว้ว่า “สังคมใดที่ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” ด้วยเหตุนี้ เมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีความสำคัญเช่นนี้หากไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจได้รับความกระทบกระเทือนเช่นถูกจำกัดตัดสิทธิโดยกฎหมายธรรมดาได้ ซึ่งกรณีไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น

(4) ในแง่ของปรัชญากฎหมาย ถ้าไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็คงต้องจัดให้กฎหมายอื่นอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นกฎหมายสูงสุดนั่นเอง เพราะตามข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีอยู่มากมายหลายรูปแบบก็ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น และเป็นจุดเริ่มต้นของการออกกฎหมายอื่น

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากเหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานในการปกครองรัฐไว้ และกฎเกณฑ์จำนวนมากก็เป็นกฎเกณฑ์ที่จะขัดขวางมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงเป็นที่เห็นประจักษ์อยู่ในตัวเองว่าระบบกฎหมายจะต้องทำให้รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่นๆ ที่บังคับใช้ในรัฐ เพราะถ้ารัฐธรรมนูญไม่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นๆ แล้ว องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายยกเลิกกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญเสียได้ หรือคณะรัฐมนตรีก็อาจออกคำสั่งทางบริหารได้ตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์กติกาในรัฐธรรมนูญ หรือศาลอาจพิจารณาพิพากษาคดีไปตามใจคนโดยไม่ยึดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้

¹⁵ แหล่งเดิม.

เช่นกัน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นหลักประกันสิทธิเสรีภาพ การกำหนดกรอบของการใช้อำนาจ ตลอดจน การถ่วงดุลอำนาจขององค์กรของรัฐที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญก็เป็นอันไร้ความหมาย ด้วยเหตุ ดังกล่าวนี้นี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดในรัฐ โดยสร้างองค์กรและกระบวนการขึ้นมาคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น สร้างระบบควบคุมตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาได้ตรานั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตรานั้นโดยชอบด้วยกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ หากพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตรานั้นฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องดำเนินการ ประกาศให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้ไม่ได้ หรือเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เสีย¹⁶

2.1.1.2 ทฤษฎีที่รองรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในทางวิชาการได้มีการศึกษาถึงหลักทฤษฎีที่รองรับความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ และทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งหลักปรัชญา การเมือง 2 กระแสนี้ ในอดีตนักปรัชญาเมธีในฝรั่งเศสได้พยายามนำเสนอเพื่อจำกัดอำนาจสูงสุด ของกษัตริย์ และเป็นที่มาของหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right) ในการให้ความคุ้มครองสิทธิ ขึ้นพื้นฐานของบุคคลในทางอาญาตามข้อสันนิษฐานที่ว่า ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ซึ่งเป็นประเพณีหนึ่งของสิทธิและ เสรีภาพในร่างกาย (Right of personal liberty) และได้ถูกรับรองให้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพที่ สำคัญตามรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมาอีกด้วย

1) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

หลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) คือ แนวความคิดที่เชื่อว่านอกจาก กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติ คือเกิดเอง มนุษย์ไม่ได้ สร้างขึ้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่ มีฐานะเหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐต้อง เคารพกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมาย ธรรมชาติ และไร้สภาพบังคับหากขัดแย้งกับกฎหมายนี้¹⁷

กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ได้ถือกำเนิดมาจากปรัชญาของกรีกโบราณในสมัย ศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาล ต่อมา ซิเซรอน (Ciceron 106-43 ก่อนคริสตกาล) นักการเมืองและ

¹⁶ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (พิมพ์ครั้งที่ 2), (น.147), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁷ จาก กฎหมายสิทธิมนุษยชน (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น.16-19), โดย วีระ โลจายะ, 2532, กรุงเทพฯ : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง.

นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของโรมัน ได้บรรยายถึงหลักปรัชญาของสำนัก Stoics ไว้อย่างชัดเจนและเข้าใจในหนังสือชื่อ *La Republique* ความว่า “มีกฎหมายที่แท้จริงอยู่ประเภทหนึ่ง คือ เหตุผลที่ต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในสรรพสิ่งมีชีวิตทั้งปวง มีผลใช้ได้ถาวรตลอดกาล ไม่มีการเปลี่ยนแปลง เป็นกฎหมายที่สั่งบังคับให้เราปฏิบัติหน้าที่ของเรา ห้ามเรากระทำความชั่วและเหนี่ยวรั้งเราให้พ้นจากความชั่ว สุจริตชนย่อมไม่เพิกเฉยต่อบทบัญญัติ และข้อห้ามของกฎหมายนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ต่อกฎหมายนี้กระทำมิได้ ไม่ว่าจะเป็นสภานิติบัญญัติหรือประชาชนโดยส่วนรวมก็ไม่อาจได้รับการยกเว้นที่จะต้องไม่เคารพเชื่อฟังกฎหมายนี้ กฎหมายนี้จะไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์ และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงโรม เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับทุกชาติทุกยุคทุกสมัย...”¹⁸ จากคำบรรยายของซีเซรอน เท่ากับเป็นการยืนยันหลักการสำคัญ 3 ประการของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ คือ ประการแรก ธรรมชาติของมนุษย์และเหตุผลที่ต้องก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่ต้องได้รับการเคารพเชื่อฟัง ประการที่สอง กฎเกณฑ์อันเกิดจากเหตุผลที่ต้องนี้จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นไม่ได้ อำนาจอรรถจะมีสภาพบังคับหากว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายธรรมชาติ (กฎเกณฑ์อันเกิดจากเหตุผลที่ต้อง) กับกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น และประการที่สาม ปรากฏการณ์ของเหตุผลที่ต้องกฎหมายธรรมชาติ จะมีลักษณะสากลและนิรันดร์

ดังนั้น จึงสรุปแนวคิดกฎหมายธรรมชาติของ ซีเซรอน ได้ว่า “กฎหมายธรรมชาติ” ซึ่งเป็นหลักธรรมบัญญัติของโลก คือเหตุผลที่ต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ กฎหมายธรรมชาตินี้เป็นอย่างเดียวกันสำหรับมนุษย์ทุกชาติทุกภาษาและทุกหนทุกแห่ง การปกครองของรัฐบาลและการกระทำของผู้ปกครองจะต้องอาศัยรากฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้

ต่อมาเมื่อถึงยุคกลาง แนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ได้กลายเป็นแนวความคิด ที่แสดงออกมาในรูปของความเชื่อทางศาสนาคริสต์ กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากเจตจำนงของพระเจ้าเป็นเจ้า โดยกฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้าทรงบัญญัติขึ้นนี้มีฐานะเหนือกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น¹⁹

เซนต์โทมัส อควีนาส (St. Thomas Aquinas ค.ศ. 1227-1274)²⁰ นักบวชคนสำคัญคนหนึ่งของคริสต์ศาสนา ได้อาศัยแนวความคิดของนักปรัชญาในสมัยกรีกโบราณและแนวความคิดของคริสต์ศาสนามาสรุปเสนอเป็นทฤษฎีว่า ก่อนที่รัฐจะกำเนิดขึ้นในสังคมมนุษย์นั้น โลกนี้มีกฎหมายอยู่แล้ว กฎหมายดังกล่าวคือ กฎเกณฑ์ข้อบังคับหมวดหมู่หนึ่งซึ่งอาจทราบได้โดยการ

¹⁸ แหล่งเดิม.

¹⁹ แหล่งเดิม.

²⁰ แหล่งเดิม.

แยกแยะพิจารณาค้นหาในธรรมชาติของมนุษย์อย่างเช่นที่พระเจ้าได้ทรงสร้างขึ้นมา ดังนั้นกฎหมายที่อยู่ก่อนกำเนิดของรัฐนี้จึงมีอำนาจเหนือรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐต้องเคารพกฎหมายดังกล่าว กฎหมายนี้เรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ”

ต่อมาในคริสต์วรรษที่ 17 นักปราชญ์ชาวฮอลันดาชื่อ โกรติอุส (Grotius ค.ศ. 1583-1645)²¹ ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติขึ้นมาใหม่ โดยเชื่อว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นมีโครงสร้างที่มีลักษณะอิสระ ไม่จำต้องอาศัยข้ออ้างอิงทางศาสนาว่าเป็นสิ่งที่สืบเนื่องมาจากเจตจำนงของพระเจ้า และแตกต่างจาก “ศีลธรรม” เพราะว่า ศีลธรรม คือสิ่งที่มีอำนาจเหนือกิเลสตัณหาของมนุษย์(ความกลัวและความยินดีพอใจ) เป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของธรรมชาติของมนุษย์ที่จะเลือกกระทำการต่างๆ ขอบเขตของศีลธรรมจึงเป็นเรื่องของจิตใจของบุคคลแต่ละคนแต่ไม่ใช่ของสังคม และยังแตกต่างจาก “กฎหมายที่รัฐชาติบัญญัติขึ้น” เพราะกฎหมายธรรมชาติ ไม่ใช่ข้อห้ามข้อบังคับของอำนาจสูงสุดใด ไม่ได้เป็นกฎหมายที่อาศัยหรือมีที่มาจากอำนาจเหมือนเช่นกฎหมายที่รัฐชาติบัญญัติขึ้น และประการสุดท้ายเป็นกฎหมายที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนละเลยไม่ปฏิบัติตามข้อห้ามข้อบังคับของกฎหมาย

โดยโกรติอุส (Grotius) ได้แต่งหนังสือชื่อ *De jure belli ac pacis* (สงครามและสันติภาพ)²² และได้เสนอแนวความคิด “รากฐานที่มาของกฎหมายธรรมชาติ” ว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีเหตุผลมีสิ่งกระตุ้นรบเร้ามาแต่กำเนิดให้เข้าหาสังคม เพื่อสนองความจำเป็นทางร่างกายและด้านจิตใจที่จะคบค้าสมาคมกับเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน ซึ่งจากธรรมชาติของมนุษย์ที่มีจิตใจใคร่สังคมนี้เอง จึงเป็นที่มาของ “กฎหมายธรรมชาติ” โดยไม่ต้องพึ่งพาอำนาจบัญญัติกฎหมายของรัฐชาติใด และเมื่อกฎหมายธรรมชาติดีมีที่มาจากมนุษย์ “กฎหมายธรรมชาติจึงผูกพันกับมนุษย์อย่างลึกซึ้งจนพระเจ้าซึ่งทรงสร้างมนุษย์ขึ้นมาไม่อาจทรงเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งมีที่มาจากธรรมชาติของสัตว์โลกที่พระองค์ทรงสร้างได้ พระเจ้าเป็นเจ้าของนั้นก็ไม่ทรงสามารถทำให้การคุณสองไม่เท่ากับสี่ พระองค์ย่อมไม่ทรงสามารถทำสิ่งที่ยิ่งไปกว่านั้น คือ ทรงทำให้สิ่งที่ชั่วร้ายในตัวของมันเองกลายเป็นสิ่งที่ดีงามและทรงทำให้สิ่งซึ่งขัดขวางสังคมของสัตว์ที่มีความนึกคิด(มนุษย์) กลายเป็นสิ่งที่ถูกต้องไปได้ “กฎหมายธรรมชาติ” ตามแนวคิดของโกรติอุส จึงมีแหล่งที่มาโดยเฉพาะของตัวเอง ไม่ต้องอาศัยอำนาจพระเจ้าและเมื่อเป็นกฎหมายที่มีที่มาจากธรรมชาติของมนุษย์ จึงมีลักษณะเหมือนกับธรรมชาติของมนุษย์เอง คือ ไม่มีการเปลี่ยนแปลงและเป็นกฎหมายที่สากลใช้บังคับทุกยุคทุกสมัยและกับคนทุกชาติทุกภาษา การที่จะรู้ว่าข้อกำหนดกฎหมาย

²¹ แหล่งเดิม.

²² แหล่งเดิม.

ใดเป็น “กฎหมายธรรมชาติ” หรือไม่นั้น โกรติอุส เสนอวิธีสำหรับการพิจารณาไว้ 2 ประการ²³ คือประการแรก ได้แก่ การทบทวนข้อกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นปัญหามีสภาพที่มีเหตุผลและสอดคล้องกับธรรมชาติของสังคมหรือไม่ กล่าวคือ โดยอาศัยความมีเหตุผล เราย่อมทราบได้ว่า ธรรมชาติของมนุษย์ก่อให้เกิดข้อกำหนดกฎเกณฑ์จำนวนหนึ่ง ข้อกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ คือ กฎเกณฑ์อันเป็นหลักของ “กฎหมายธรรมชาติ” นั่นเอง และประการที่สอง ได้แก่ การสังเกตพิจารณาข้อกำหนดกฎเกณฑ์ อันมีลักษณะเป็นสากลของธรรมชาติต่างๆ ย่อมทำให้ทราบได้ว่า ข้อกำหนดกฎเกณฑ์ใดเป็น “กฎหมายธรรมชาติ” หรือไม่

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติดีมีลักษณะเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นนิจนิรันดร์ เพราะพระผู้เป็นเจ้าเป็นผู้กำหนด มีความเป็นนิจนิรันดร์หรือถาวรตลอดไป มีลักษณะสากลไม่ว่าชาติใดต่างอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน และมีความเป็นกฎหมายสูงสุด นักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงของสำนักนี้คือ เซนต์อ็อกสตัน และเซนต์โทมัส อไควนัส ต่อมาเมื่อกระแสความเชื่อในพระเจ้าลดลง กฎหมายธรรมชาติได้หันไปพึ่งสิ่งที่เรียกว่า เหตุผลตามธรรมชาติแทน กฎหมายธรรมชาติ จึงได้รับการเชิดชูว่าเป็นกฎหมายแห่งเหตุผลอันเป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งกฎหมายธรรมชาติเป็นกระแสที่มีความสำคัญต่อหลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)²⁴ เป็นอย่างยิ่ง เพราะได้ยืนยันว่าเหนืออำนาจของผู้ปกครองยังมีอำนาจที่เหนือกว่า สิ่งนั้นคือ กฎหมายธรรมชาติ อันเป็นกฎของเหตุและผล กระแสนี้นำไปสู่การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและการคุ้มครองสิทธิ

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นกระแสด้านความคิดที่ให้ความสำคัญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ เป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะที่เป็นสัญญาประชาคม โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ ดังนี้

ประการแรก จำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เกิดขึ้นก่อน และยังคงดำรงอยู่จนทุกวันนี้

ประการที่สอง สร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม โดยเฉพาะสังคมที่ถึงแม้จะมีความเสมอภาคกันในกฎหมาย แต่มีความไม่เท่าเทียมกันในความเป็นจริง เพราะเหตุจากสถานะทางเศรษฐกิจและสังคม จึงจำเป็นที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นกติกาหลักของสังคมต้องลงไปมีบทบาทในการสถาปนาความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น โดยให้ความคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า

ประการที่สาม สร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาลในระบบการเมือง เป็นกระแสที่เกิดขึ้นมาเมื่อประมาณ 50 ปีมานี้ คือจะต้องใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐบาล ซึ่งมีหน้าที่บริหารบ้านเมืองมีเสถียรภาพเพียงพอที่จะทำงานบริหารบ้านเมืองให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาของคนในสังคมได้.

เสรีภาพของประชาชนในเวลาต่อมา²⁵ อันเป็นที่มาของคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ซึ่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองดังกล่าวนี้เอง เป็นที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และเป็นที่มาของหลักกฎหมายมหาชนที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เฮอร์มนี ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา รวมทั้งแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็มาจากแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติ

2) ทฤษฎีสัญญาประชาคม

จอห์น ล็อก (John Locke คศ. 1632-1704) ชาวอังกฤษ²⁶ ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับ “สภาวะธรรมชาติของมนุษย์” และ “สัญญาประชาคม (Social Contract)” ในหนังสือชื่อ The Second Treatise of Government ว่า “สภาวะธรรมชาติของมนุษย์” หมายถึง สภาวะที่ยังไม่มีสังคมที่ระเบียบทางการเมือง โดยเชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาตินั้นเป็นอิสระและมีความเสมอภาค กล่าวคือ มนุษย์สามารถกระทำการตามที่ตัดสินใจเลือกกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายธรรมชาติวางไว้ และไม่มีผู้ใดมีสิทธิหรือ มีอำนาจมากกว่าผู้ใด ดังนั้น การที่มนุษย์ก่อตั้งสังคมที่มีระเบียบทางการเมืองขึ้นมาเพื่อมีหลักประกันในความมั่นคงแห่งสิทธิธรรมชาตินั้นเอง แต่สังคมที่มีระเบียบทางการเมืองนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีคนจำนวนหนึ่งมาดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมฯ หนึ่ง ในลักษณะที่คนทั้งปวงแต่ละคนยอมสละอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมายธรรมชาติด้วยตนเอง คือการลงโทษผู้ล่วงละเมิดกฎหมายธรรมชาติด้วยการตอบแทนแก่แค้นของผู้เสียหายตามที่กล่าวข้างต้นให้กับประชาคม

จอห์น ล็อก (John Locke) เห็นว่าเงื่อนไขที่เป็นหลักมูลของ “สัญญาประชาคม”²⁷ คือ การที่สมาชิกของประชาคมยอมสละสิทธิที่จะปราบปรามการล่วงละเมิดกฎหมายธรรมชาติด้วยตนเอง และยอมรับที่จะอยู่ใต้อำนาจฯ หนึ่งซึ่งได้รับมอบหมายให้ปราบปรามผู้ล่วงละเมิดกฎหมายตามแนวคิดนี้ “รัฐ” จึงเกิดจากการที่คนจำนวนหนึ่งซึ่งสละละทิ้ง “สภาวะธรรมชาติทำร่วมกันทำสัญญาประชาคม” ก่อตั้งสังคมที่มีการจัดระเบียบทางการเมืองนั่นเอง และอำนาจที่คนทั้งปวงยอมรับให้มีอำนาจบังคับบัญชาตนก็คือ “องค์อธิปัตย์” นอกจากนี้ จอห์น ล็อก (John Locke) ยังมีความเห็นต่างกับ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) ในการที่ว่าองค์อธิปัตย์ ซึ่งเกิดจากสัญญาประชาคมนั้น ไม่ได้มีอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัด ชนิดที่เรียกว่า “เด็ดขาด” หรือ “พระราชย์” แต่อย่างใด ตรงกัน

²⁵ จาก คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.22), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , 2553, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

²⁶ กฎหมายสิทธิมนุษยชน (น.22-25). เล่มเดิม.

²⁷ แหล่งเดิม.

ข้ามอำนาจขององค์อธิปัตย์เป็นอำนาจช่วยเหลือคนอ่อนแอ และเหตุผลที่ว่าอำนาจขององค์อธิปัตย์มีขอบเขตจำกัดก็คือ ประการแรก อำนาจขององค์อธิปัตย์นั้นเกิดจาก “สัญญา (Pacte)” จึงย่อมเป็นธรรมดาที่อำนาจดังกล่าวจะมีเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของประชาคม ที่มนุษย์ก่อตั้งขึ้นมาบรรลุเป้าหมาย ในประการต่อมา การที่มนุษย์แต่ละทั้ง “สภาวะธรรมชาติ” ก่อตั้งประชาคมที่มีระเบียบในทางการเมืองขึ้นมาก็ด้วยหวังจะมีหลักประกันในความปลอดภัยทางร่างกายและทรัพย์สินของตน ดังนั้น แม้ว่าประชาคมจะมีอำนาจจำกัดเสรีภาพของสมาชิกประชาคมให้ลดน้อยลงแต่ย่อมไม่อาจทำลายล้างเสรีภาพทั้งปวงของสมาชิกซึ่งเคยอยู่ใน “สภาวะธรรมชาติ” ได้ โดยสรุปแล้ว จอห์น ล็อก (John Locke) เห็นว่าใน “สัญญาประชาคม” ที่มนุษย์ก่อตั้งสังคมที่มีระเบียบทางการเมืองขึ้นมานั้น มนุษย์ได้สละเสรีภาพที่เขาเคยมีอยู่ใน “สภาวะธรรมชาติ” ดังเดิมเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้นให้กับองค์อธิปัตย์ เสรีภาพส่วนหนึ่งที่มนุษย์เสียสละให้กับองค์อธิปัตย์นี้เราทราบได้จากการพิจารณาถึงเหตุผลแห่งความจำเป็นของการอยู่ร่วมกันในสังคม แต่อย่างไรก็ตามมนุษย์ก็จะจำกัดเอาไว้แน่ชัดว่ามีสิทธิใด เสรีภาพใดที่มนุษย์เคยมีอยู่ใน “สภาวะธรรมชาติ” จะสงวนเอาไว้ โดยไม่ให้อยู่ในอำนาจของรัฐบาลที่ที่จะออกกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไม่ได้

ฌ็อง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jaque Rousseau ค.ศ. 1712-1778)²⁸ ชาวฝรั่งเศสได้เสนอแนวคิด “สภาวะธรรมชาติ” เป็นสภาวะที่มนุษย์มีความสุขเหลือล้น มีอิสระที่จิตใจเป็นสุขสงบ และร่างกายมีพลานามัย มีความสุขในชีวิตครอบครัว ต่อมาด้วยการประกอบอาชีพเกษตรกรรมทำให้มนุษย์หิวแห้งที่ดิ้นไว้เป็นทรัพย์สินส่วนตัว เป็นสาเหตุนำมาซึ่งความไม่เสมอภาคระหว่างมนุษย์ เกิดการแก่งแย่งชิงดี อิจฉาริษยา เกิดความโลภ ความทะยานอยากจนกลายเป็นการต่อสู้ทำลายล้างกันระหว่างมนุษย์ จึงตกเป็นเหยื่อแห่งความหายนะ ดังนั้น มนุษย์จึงไม่มีทางเลือกอื่นที่จะจำกัดการทะเลาะวิวาท การต่อสู้ทำลายล้างกัน นอกจากหันหน้าเข้าร่วมมือกันก่อตั้งสังคมที่มีระเบียบทางการเมืองด้วยการทำสัญญาประชาคม (Le Contrat Social; Social Contract) ตามแนวคิดของรูสโซ (Rousseau) สังคมที่มีระเบียบทางการเมืองจึงเป็นผลผลิตของวิวัฒนาการของสังคมมนุษย์เพื่อช่วยให้มนุษย์ได้กลับมีเสรีภาพที่เคยมีอยู่ดั้งเดิมใน “สภาวะธรรมชาติ” แต่สังคมที่มีระเบียบทางการเมือง จำเป็นต้องมีอำนาจสูงสุดเพื่อปกครองบังคับบัญชามนุษย์ทั้งปวงที่มาอยู่ร่วมกันโดยสันติสุข ปัญหาว่าจะมีการยอมขอมกันอย่างไรระหว่างอำนาจสูงสุดในการบังคับบัญชา ซึ่งสังคมที่มีระเบียบทางการเมืองจำเป็นต้องมีเหนือสมาชิกของสังคมกับการที่จะสงวนรักษาสีทธิเสรีภาพตามธรรมชาติที่ไม่อาจจะพรากไปจากสภาพของความเป็นมนุษย์ได้ ในการก่อตั้งสังคมที่มีระเบียบทางการเมืองด้วยการที่มนุษย์ร่วมทำ “สัญญาประชาคม” นั้น มนุษย์ทุกคนจำต้อง

²⁸ แหล่งเดิม.

ยอมสละสิทธิทุกประการให้กับสังคมเพื่อก่อตั้งองค์อภิปัตย์ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกทุกคนของสังคม องค์อภิปัตย์นี้แหละที่เป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองบังคับบัญชาสมาชิกของสังคม แต่การที่มนุษย์ยอมสละสิทธิทั้งปวงของตนให้แก่องค์อภิปัตย์นี้ มนุษย์ไม่ได้สูญเสียสิทธิเสรีภาพอย่างใดเลย รัสโซ (Rousseau) เจ้าของแนวคิดในหนังสือสัญญาประชาคม (Social Contract) กล่าวว่า “การที่ผู้ร่วมสัญญาแต่ละคนมอบตัวให้แก่ผู้ร่วมสัญญาทั้งหมดนั้น ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการมอบตัวให้แก่ผู้ร่วมสัญญาคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ และโดยที่ไม่มีใครได้ใครเสียขณะเดียวกันกลับจะทำให้มีพลังมากขึ้น สำหรับจะรักษาสิ่งที่มีอยู่” ฉะนั้น รัสโซ จึงเห็นว่า การที่มนุษย์ยังคงความเป็นอิสระทั้งที่มนุษย์ยอมสละสิทธิที่มีอยู่ทั้งสิ้นโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆ ให้กับองค์อภิปัตย์เพราะว่า องค์อภิปัตย์ประกอบด้วยสมาชิกทั้งปวงของประชาคม หรืออีกนัยหนึ่งองค์อภิปัตย์คือประชาชนทั้งหมดรวมกันนั่นเอง ดังนั้น องค์อภิปัตย์จึงไม่อาจมีผลประโยชน์ตรงกันข้ามหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์ของประชาชนได้ ประชาชนแต่ละคนต่างก็มีส่วนประกอบเป็นองค์อภิปัตย์ ดังนั้น ย่อมเป็นไปได้ ที่องค์อภิปัตย์จะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากเจตนาของสมาชิกของประชาคม เพราะการแสดงเจตนาขององค์อภิปัตย์จะชอบธรรมก็ต่อเมื่อเป็น “เจตจำนงร่วม” ซึ่งก็คือเจตนาของสมาชิกส่วนมากของประชาคม หรือเสียงส่วนมากของสมาชิก และไม่จำเป็นต้องไปที่เสียงของประชาคมจะต้องเป็นเอกฉันท์ แต่ที่จำเป็นคือ ต้องนับทุกเสียง การไม่นับเสียงของสมาชิกคนหนึ่งย่อมทำให้ลักษณะของรวมของเจตนาเสียไป ซึ่งทำให้เกิดข้อโต้แย้งว่า สมาชิกส่วนน้อยของสมาคมจำต้องเคารพเชื่อฟัง เจตจำนงร่วมที่พวกเขาไม่เห็นด้วยนั้น เขายังคงมีความเป็นอิสระอยู่หรือไม่ ซึ่ง รัสโซ ให้เหตุผลว่า การที่มนุษย์เรากลับมาทำ “สัญญาประชาคม” ขึ้นนั้น ความจริงแล้วคือการตกลงที่จะเคารพเชื่อฟังเจตจำนงร่วม นั่นเอง ผลของการลงคะแนนเสียงย่อมแสดงให้เห็นว่า สมาชิกส่วนน้อยของประชาคมทราบว่า สมาชิกส่วนน้อยนั้นลงคะแนนผิดพลาดเพราะเห็นว่าสิ่งอื่นเป็นเจตจำนงร่วม ทั้งที่ความจริงสิ่งนั้น ไม่ใช่เจตจำนงร่วม รัสโซ ยังเห็นว่า การที่เราจะรับรู้ “เจตจำนงร่วม” ก็ต่อเมื่อตัวเขาได้มีส่วนสร้าง “เจตจำนงร่วม” นี้ขึ้นมาจริงๆ กล่าวคือ เขาเป็นผู้ลงคะแนนเสียงด้วยตนเอง ไม่ว่ากรณีเช่นใดใครก็ตามจะทำอิทธิพลกระทำการในนามผู้อื่นไม่ได้ ซึ่งการลงคะแนนเสียงเพื่อออกความเห็นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดของสภาผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งก็เป็นเพียงการแสดงเจตนาของปัจเจกชนเท่านั้น หากใช่เป็น “เจตจำนงร่วม” ไม่ การเคารพในเจตนาของสภาผู้แทนฯ จึงเท่ากับเป็นการยอมเคารพเชื่อฟังมนุษย์คนอื่นอันเป็นการทำให้เราหมดความเป็นอิสระเสรี ตามแนวคิดของ รัสโซ การกำหนดกฎเกณฑ์ระเบียบให้สมาชิกของประชาคมถือปฏิบัติ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การบัญญัติกฎหมาย โดยเจตนาว่าจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญยิ่งของความเป็นเสรีภาพของสมาชิกของประชาคมอาจกล่าวได้ว่า เงื่อนไขดังกล่าวเพียงประการเดียวเป็นหลักประกันพอเพียงสำหรับเสรีภาพของประชาชน ส่วนโครงสร้างขององค์กรต่างๆ ที่ทำหน้าที่ในการบริหารรัฐ

นั่น สำหรับ รูสโซ่แล้ว มีความสำคัญอันดับรอง เพราะว่างองค์กรต่างๆ เหล่านั้น มีหน้าที่เพียงปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งมีหน้าที่เพียงการแปลความหมายของเจตจำนงร่วมเท่านั้น ดังนั้น กิจกรรมขององค์กรดังกล่าวจึงไม่มีทางที่จะกดขี่ย่ำยีเสรีภาพของประชาชนได้ด้วยเหตุดังนี้ การที่มนุษย์เรายอมศิโรราบอย่างสิ้นเชิง และเพียงประการเดียวเท่านั้นต่อ “เจตจำนงร่วม” จึงทำให้มนุษย์เราพ้นจากการที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับทั้งหลายอันเกิดจาก เจตนาของปัจเจกชน การเคารพเชื่อฟังกฎหมายอันเป็นสิ่งที่แสดงออกของ “เจตจำนงร่วม” ที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนร่วมสร้างนั้น คือการที่ประชาชนแต่ละคนต่างเคารพเชื่อฟังตัวเอง ด้วยเหตุดังกล่าวประชาชนจึงได้ชื่อว่า มีอิสระเสรี

กล่าวโดยสรุป หลักทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) จอห์น ล็อก (John Locke) ชาวอังกฤษ และฌ็อง ฌาคส์ รูสโซ่ (Jean Jaque Rousseau) ชาวฝรั่งเศส นักปรัชญาเมธีที่มีชื่อเสียงคนสำคัญ มีแนวความคิดตรงกันว่า มนุษย์โดยสภาพธรรมชาติมีอิสระเสรีภาพเต็มที่ และมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ต่อมามนุษย์เห็นว่าการเข้ามาเป็นสังคมจะทำให้ได้รับประโยชน์มากกว่า เช่น ไม่ต้องเผชิญกับภัยธรรมชาติ สัตว์ร้ายหรือการข่มเหงจากคนที่แข็งแรงกว่าโดยลำพัง ทั้งยังไม่ต้องทำอะไรเองทุกอย่าง ใครมีอะไรก็นำมาแลกเปลี่ยนกัน เมื่อเข้ามารวมกันเป็นสังคมแล้ว ก็มีการทำข้อตกลงว่าจะยอมสละสิทธิโดยให้มีผู้ปกครองทำหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งแห่งการจัดการสังคม และมีระบบการจัดการข้อพิพาท แต่พออยู่ๆ กันมาก็มีการละเมิดข้อตกลง จึงต้องมีการทำให้สัญญาประชาคม มีความชัดเจนขึ้น ก็เขียนเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐธรรมนูญในคตินิสัญญาประชาคม (Social Contract) เป็นเอกสารที่เขียนขึ้นเป็นกฎหมายสูงสุด โดยที่คนในสังคมนั้นทั้งหมดมีส่วนร่วมเพื่อยืนยันสัญญาประชาคมดั้งเดิมที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล มีลักษณะการปกครองโดยความยินยอมของผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครอง คือ เป็นรัฐบาลประชาธิปไตย และมีลักษณะการปกครองโดยกฎหมายมิใช่โดยอำเภอใจของบุคคลใด²⁹

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต้นแบบในโลกตะวันตกที่เชื่อมั่นในคตินิสัญญาประชาคม (Natural Law) และสัญญาประชาคม (Social Contract)³⁰ มิใช่รัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นโดยคนไม่กี่คนแล้วประกาศใช้กับประชาชนทั้งประเทศ แต่เป็นรัฐธรรมนูญที่คนทั้งสังคมมีส่วนร่วมมาแต่แรก เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเรียกว่าสภา Convention มีตัวแทนจาก 13 มลรัฐ ยกร่างเป็นเวลา 4 เดือน เมื่อเสร็จเป็นร่างรัฐธรรมนูญก็นำกลับไปให้สภา Convention ของแต่ละมลรัฐที่ประชาชนได้เลือกตั้งกันขึ้นมาเป็นพิเศษ หรือกลับไป

²⁹ คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.22-23). เล่มเดิม

³⁰ แหล่งเดิม.

ให้สภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐที่มีอยู่แล้วให้สัตยาบัน โดยต้องได้คะแนนเสียง 3 ใน 4 จึงจะมีผลบังคับได้ ส่วนการจัดทำรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในสาธารณรัฐที่ 4 ปี ค.ศ. 1946 ก็ให้ประชาชนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นมาโดยตรง เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จก็นำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปขอประชามติจากประชาชน ถ้าประชาชนเกินกว่าครึ่งไม่ยอมรับก็ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น แต่ถ้าประชาชนเกินกว่าครึ่งยอมรับ รัฐธรรมนูญนั้นก็จะมีผลใช้บังคับ และการที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรกเช่นนี้ทำให้รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นได้ ชื่อว่าเป็นสัญญาสังคมตามคติสัญญาประชาคม ดังที่จอห์น ล็อก และรูสโซว์ กล่าวไว้ว่า “รัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษรมิใช่สิ่งใดเลย รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร คือ การยืนยันสัญญาประชาคมโดยกฎหมายสูงสุดที่เป็นลายลักษณ์อักษร”³¹ โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญจึงไม่ได้หมายความว่าเพียงเอกสารที่เป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งใครก็ได้ตราขึ้น และตราขึ้นอย่างไรก็ได้ แต่เป็นเอกสารที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นจากความยินยอมพร้อมใจของคนทั้งสังคม

นอกจากนี้ ยังมีปรัชญาว่าด้วยการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย³² โดยนักปรัชญาเมธีคนสำคัญที่ชื่อ มงเตสกีเอร์ (Montesquieu) ได้ศึกษาการปกครองของประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 18 มงเตสกีเอร์อธิบายว่า “ถ้าอำนาจสูงสุดทั้งหมดรวมอยู่ในคนเดียว คนนั้นมีอำนาจทั้งออกกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย และตีความกฎหมาย สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ใต้การปกครองจะเกิดขึ้นไม่ได้เลย เพราะผู้ที่มิอำนาจเบ็ดเสร็จมีแนวโน้มที่จะไม่เคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง เพื่อที่จะให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพได้อย่างสมบูรณ์ จึงจำเป็นที่จะต้องแยกผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมายกับอำนาจในการใช้กฎหมายออกจากกัน มงเตสกีเอร์เห็นว่าในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร (สิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน ซึ่งก็คืออำนาจบริหารตามที่เข้าใจกัน) และอำนาจสิ่งซึ่งอยู่กับกฎหมายแพ่ง (ซึ่งคืออำนาจตัดสินคดีของศาลยุติธรรม) การแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวจะทำให้อำนาจหยุดยั้งอำนาจ คือจะเกิดการดุลและถ่วงกันขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าว การแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตยจึงเป็นทฤษฎีรากฐานของรัฐธรรมนูญอีกทฤษฎีหนึ่ง ทั้งนี้ จากแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ สัญญาประชาคม และการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย ซึ่งเป็นเพียงความคิดของนักปรัชญาที่มีคนเชื่อถือและได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย โดยมีเหตุการณ์ 2 เหตุการณ์ ที่ก่อให้เกิดการนำแนวคิดของนักปรัชญาเมธีทั้งหลายมาบัญญัติเป็นกฎหมาย³³ ได้แก่

³¹ แหล่งเดิม.

³² แหล่งเดิม.

³³ แหล่งเดิม.

เหตุการณ์แรก คือ การประกาศเอกราชของอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 ซึ่งทำให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 ซึ่งใช้มาจนปัจจุบัน มีการแก้ไขรวม 27 ครั้ง โดยการแก้ไขครั้งสุดท้าย คือครั้งที่ 27 เมื่อปี ค.ศ. 1992 โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา เป็นที่รวมของหลักกฎหมายธรรมชาติ หลักสัญญาประชาคม และหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีอายุยืนยาวที่สุดในโลก ถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็น “อนุสาวรีย์ทางกฎหมายมหาชน” ชั้นสำคัญของโลกยุคปัจจุบัน

เหตุการณ์ที่สอง คือ การปฏิวัติใหญ่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งนำไปสู่การประกาศคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen) โดยที่คำประกาศดังกล่าว เป็นรากฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) และเป็นรากฐานของหลักกฎหมายมหาชนทั้งปวงที่ปรากฏอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ และหมวดต่างๆ ของรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย คำประกาศสิทธิของมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ไม่ได้เป็นเพียงคำประกาศสิทธิมนุษยย์แต่ละคน และพลเมืองแต่ละคนที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสประเทศเดียว แต่เป็นคำประกาศที่สถาปนาหลักกฎหมายมหาชนขึ้น และหลักกฎหมายมหาชนนั้นก็แพร่กระจายไปทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยด้วย ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3

2.1.1.3 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในทางวิชาการมีแนวคิดที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อันประกอบด้วย การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก การให้สิทธิในการต่อต้าน หลักการแบ่งแยกอำนาจ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ³⁴ มีสาระสำคัญโดยสรุปดังนี้

1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassung sänderung)

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงความเป็นเหตุผล ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย จึงมีพื้นฐานและอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มี

³⁴ ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (น. 37-41). เล่มเดิม.

ความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ ดังนั้น หากองค์การนิติบัญญัติสามารถจะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กรณีดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยเหตุผลนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้เป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt) หากรัฐธรรมนูญฉบับใดไม่ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การทำให้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากสำหรับองค์กรนิติบัญญัติ จึงเป็นการกำหนดขอบเขตความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อรัฐธรรมนูญ³⁵

2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandrecht)

การเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิในการต่อต้าน ย่อมมีความสำคัญในทางทฤษฎี ซึ่งสิทธิในการต่อต้านได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische Staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองซึ่งปกครองโดยไม่ชอบ แต่เห็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจกระทำได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยพระราช ในทางทฤษฎีเห็นว่าวัตถุประสงค์และความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของผู้ปกครองนั้นมีขอบเขตอยู่ที่ความเชื่อฟังของผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาที่จะพิจารณาว่า กรณีนั้นเกินขอบเขตที่กำหนดไว้หรือไม่ เฉพาะในกรณีที่รุนแรงจริงๆ เท่านั้น ที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการโดยผู้ปกครองซึ่งในกรณีนี้การใช้สิทธิในการต่อต้านย่อมสามารถกระทำได้ ด้วยเหตุนี้สิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรปตะวันตกจึงแยกออกจากการควบคุมอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ³⁶ ประเทศที่กำหนดสิทธิต่อต้านไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศเยอรมัน³⁷ ประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 65 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 69 ได้บัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้”

³⁵ แหล่งเดิม.

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 ได้บัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ใน มาตรา 20 (4) ว่า “ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการดำเนินการอื่นๆ ไม่อาจกระทำได้.”

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltentrennung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลัก checks and balances ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมขึ้นอยู่กับว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้นๆ มีประสิทธิผลต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจรัฐหรือไม่³⁸

4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

พัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งกันอย่างยิ่ง ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีความเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เองจึงได้ขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ตามความเห็นของ Sieyès ได้เรียกร้องว่า การคุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้นให้กระทำโดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายที่ไม่เป็นด้วยกับการให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เห็นว่า ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่า องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลนี้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นๆ ย่อมมีความอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการที่จะตีความตามรัฐธรรมนูญ อันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือการให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจในทางการเมือง³⁹

อย่างไรก็ตาม การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา โดยการให้ศาลยุติธรรมควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁴⁰ ในช่วง

³⁸ ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ (น. 39-40). เล่มเดิม.

³⁹ แหล่งเดิม.

⁴⁰ ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิพากษาว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีมาตรการทางตุลาการเพื่อเยียวยาสำหรับการละเมิดสิทธิของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลัก Bill of Rights และเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.

ศตวรรษที่ 19 นั้น หลักการนี้ก็ได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศในภาคพื้นยุโรป เนื่องจากประเทศอังกฤษมีแนวความคิดในเรื่อง Sovereignty of Parliament ส่วนในประเทศฝรั่งเศสด้วยผลของเหตุการณ์ในทางการเมืองได้มีการแยกรัฐธรรมนูญกับปณิญาว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Charten) ออกจากกัน และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของบทบัญญัติดังกล่าว ในทางปฏิบัติมิได้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน และอำนาจของตุลาการเป็นอำนาจที่ไม่เข้มแข็งนัก แต่ในประเทศเยอรมันอำนาจในการปกครองของกษัตริย์มีข้อจำกัดโดยตัวแทนของประชาชน ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่สร้างให้อำนาจทั้งสองอยู่ในภาวะที่สมดุลกัน และเป็นโครงสร้างที่หลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในประเทศเยอรมันจึงไม่มีความเป็นไปได้ในการพัฒนาหลักการความคุ้มครองด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาล⁴¹

2.1.2 หลักลำดับชั้นของกฎหมาย

แนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) ได้เกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เมื่อชาวกรีกได้แยก “Nomos” ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บทและมีกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ซับซ้อนเป็นพิเศษออกจาก “Psephisma” ซึ่งอาจเทียบได้กับกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งที่มีลักษณะทั่วไป ทั้งนี้โดย “Psephisma” จะขัดแย้งกับ “Nomos” ไม่ได้ แนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ปรากฏชัดเจนขึ้นในสมัยกลาง เมื่อนักคิดในสมัยนั้นได้แยกกฎหมายออกเป็นสองระบบคือ ระบบกฎหมายธรรมชาติ (jus natural) กับระบบกฎหมายบ้านเมือง (jus positivum) โดยให้กฎหมายธรรมชาติมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายบ้านเมืองจะขัดหรือแย้งมิได้ และหากเกิดการขัดแย้งขึ้น กฎหมายบ้านเมืองย่อมไม่มีผลบังคับใช้ และไม่ผูกพันพลเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม จากแนวคิดเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวนี้เอง จึงส่งผลให้เกิดแนวคิดในทางกฎหมายสองประการ กล่าวคือ ในทางรูปแบบ ทำให้แยกกฎหมายค่านึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการรับรองหลักกฎหมายธรรมชาติไว้ในกฎหมายบ้านเมือง ส่วนในทางเนื้อหา ก็ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับลัทธิดั้งเดิมของมนุษย์ตกผลึกและทำให้รัฐต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกชนต่อปัจเจกชน อีกทั้งของปัจเจกชนต่อรัฐ⁴²

จากแนวความคิดข้างต้น ลำดับชั้นของกฎหมาย ย่อมหมายถึง ลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายแต่ละฉบับนั้นพิจารณาได้จาก

⁴¹ ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ (น. 41). เล่มเดิม.

⁴² จาก รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอ โดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.6 - 8), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2551, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

องค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมายต่างกัน เช่น รัฐธรรมนูญออกโดยองค์กรนิติบัญญัติสูงสุดของประเทศ คือ รัฐสภา หรือในบางกรณีองค์กรอื่นอาจเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติออกโดยรัฐสภา ในขณะเดียวกันกฎหมายเหล่านี้ก็อาจมอบให้องค์กรอื่นออกกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในรูปของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงเพื่อความเหมาะสมบางประการ หรือพระราชบัญญัติบางฉบับก็ให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น⁴³ เช่น เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบลฯ ออกกฎหมายซึ่งเรียกว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อใช้ในเขตเทศบาล หรือในเขตพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล เป็นต้น ลำดับชั้นของกฎหมาย อาจแบ่งได้เป็น 3 ชั้น⁴⁴ มีสาระสำคัญ ดังนี้

ลำดับชั้นที่ 1 รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบของรัฐและการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กร การสรรหาบุคคลเข้าไปใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร ความสัมพันธ์ระหว่างแต่ละองค์กรเพื่อให้เกิดดุลยภาพกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายแม่บททุกฉบับ กฎหมายอื่นในจะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ลำดับชั้นที่ 2 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ⁴⁵ ประมวลกฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติ เป็นต้น

กฎหมายเหล่านี้ในประเทศไทยถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับชั้นที่ 2 มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ

⁴³ แหล่งเดิม.

⁴⁴ จาก การศึกษากฎหมายแนวใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น.53-54), โดย โกเมศ ขวัญเมือง, 2529, กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

⁴⁵ ประเทศไทยได้นำแนวคิดเรื่องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก ซึ่งในต่างประเทศกำหนดลำดับชั้นของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกัน โดยประเทศฝรั่งเศสให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่าพระราชบัญญัติ แต่ในประเทศอิตาลีให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐธรรมนูญ.

ลำดับชั้นที่ 3 พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎข้อบังคับที่ออกโดย
องค์การศาล กฎที่ออกโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น กฎที่ออกโดยองค์การมหาชน กฎที่ออกโดย
รัฐวิสาหกิจ กฎที่ออกโดยองค์การวิชาชีพ

กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายลำดับชั้นที่ 3 เรียกว่า กฎหมายลำดับรอง เนื่องจากส่วน
ใหญ่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

การจัดลำดับชั้นของกฎหมายข้างต้น ส่งผลให้กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะ
ขัดแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่าไม่ได้ ไม่ว่ากฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าจะตราออกมาใช้
ก่อนหรือหลัง ส่วนกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันขัดหรือแย้งกัน มีหลักว่า กฎหมายที่ออก
ภายหลังย่อมยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ออกมาก่อนเมื่อมีข้อความขัดแย้งกัน⁴⁶

กล่าวโดยสรุป หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับการ
มีลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) และในระบบกฎหมายนั้นยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่
ในลำดับชั้นสูงสุด ในอีกด้านหนึ่งย่อมเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่างๆ
กับรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่างๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ
แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายนั้น
ยังต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการ
การออกกฎหมาย การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นกรณีที่เป็นไปได้ การมีลำดับ
ชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงสุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจ
ในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา และประการสุดท้ายคือ องค์กร
ของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมาย⁴⁷

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในการศึกษาถึงปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่ง
สันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม จะต้องศึกษาหลักการ
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งตามหลักกฎหมายมหาชนการตรวจสอบ

⁴⁶ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำ
ของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอ โดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.8). เล่มเดิม.

⁴⁷ แหล่งเดิม.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจแยกพิจารณาได้ 2 ลักษณะ⁴⁸ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาตรวจสอบทั้งกระบวนการตรากฎหมายฉบับนั้นว่าเป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอน และวิธีการไว้หรือไม่ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นว่ามีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทบัญญัติแม่บท ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นๆ หรือไม่ ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย พิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย ย่อมหมายความว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ได้ถูกบัญญัติหรือตราขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไข และขั้นตอนต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ (Extrinsic Constitutionality) หรือไม่ ซึ่งได้แก่ รูปแบบของกฎหมายต่างๆ ผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย ผู้รับรองกฎหมาย การพิจารณาและการลงมติของที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา รวมทั้งการประกาศใช้กฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้ หากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยไม่ถูกต้องครบถ้วนตามขั้นตอนหรือผิดไปจากแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และแบบพิธีดังกล่าวเป็นแบบพิธีที่เป็นสาระสำคัญ⁴⁹ ก็ไม่อาจถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นเป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่ผูกพันรัฐในกรณีเช่นนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเสียไปทั้งฉบับ และไม่อาจจะทำให้เป็นกฎหมายที่สมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้อีกโดยวิธีการให้สัตยาบัน⁵⁰ หรือโดยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้อีกกลับมาเริ่มต้นกระบวนการตรากฎหมายให้ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ให้ครบถ้วนเท่านั้น ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบ

⁴⁸ จาก รวมบทความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ บทความที่ 7 (น.67). โดย มานิตย์ จุมปา ข, 2546, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁴⁹ จาก การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น.22), โดย กนิษฐา เชื้อวาทย์, 2533, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁵⁰ การยอมรับให้มีการสัตยาบันแก่กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ย่อมเท่ากับเป็นการทำลายหลักการอันเป็นรากฐานของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั่นเอง เพราะเท่ากับยอมรับว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถูกด่างละเมิดนั้นได้ถูกแก้ไข เพิ่มเติมให้เปลี่ยนแปลงไป หรือถูกยกเลิกไปโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั่นเองแล้ว.

พิธีในการตรากฎหมาย จึงต้องพิจารณาทั้งรูปแบบของกฎหมาย (Legal Form) ขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย และองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยมีสาระสำคัญ⁵¹ ดังนี้

2.2.1.1 รูปแบบของกฎหมาย (Legal Form)

คำว่า “แบบ” หรือ “Form” ของกฎหมายที่กล่าวถึงนี้ ย่อมหมายถึง ลักษณะของการปรากฏตัวของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตรารึขึ้นนั่นเอง ในทางวิชาการรูปแบบของกฎหมายอาจจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ กฎหมายที่พัฒนาจากศีลธรรมจารีตประเพณีซึ่งมีลักษณะบังคับในตัวเองโดยไม่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจจะได้รับการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลัง ที่เรียกว่ากฎหมายประเพณีอย่างหนึ่ง กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตรารึขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรอีกอย่างหนึ่ง แต่สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตรารึขึ้น เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างปัจเจกชนของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างปัจเจกชนของรัฐ กับองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ ซึ่งจะต้องปรากฏอยู่ในรูปแบบของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และองค์กรนิติบัญญัติย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะกล่าวอ้างได้ว่าตนได้บัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีขึ้นใช้บังคับ และถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดกล่าวอ้างอำนาจตามกฎหมายที่ไม่มีการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายประเพณีแล้ว การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอยู่ในสถานะที่จะถูกโต้แย้งจากผู้เสียหายได้เสมอเช่นกัน⁵² โดยรูปแบบของกฎหมายและการใช้อำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นนั้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายที่ตราออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องอ้างมาตราในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจทำได้ ตามหลักที่ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามประชาชนจะทำอะไรก็ได้ เพราะประชาชนมีเสรีภาพอยู่เป็นหลัก ถ้าจะห้ามมิให้ประชาชนกระทำการใดก็ต้องตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิ⁵³ โดยกฎหมายที่รัฐสภาตราออกมาต้องใช้ได้เป็นการทั่วไปไม่เจาะจงแก่คดีใดคดีหนึ่งหรือคนใดคนหนึ่ง ทั้งจะต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นและจะไปกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้⁵⁴ ดังนั้น ใน

⁵¹ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตรารึขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (น.23-44). เล่มเดิม.

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.116). เล่มเดิม

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

แง่รูปแบบของกฎหมาย (Legal Form) รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ตนตราขึ้น รัฐสภาจะกระทำการใดให้ขัดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตนตราขึ้นไม่ได้ เพราะรัฐสภาไม่ได้สูงสุด แต่กฎหมายและรัฐธรรมนูญที่สูงสุด อันเป็นหลักที่สำคัญสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย ในแง่รูปแบบของกฎหมาย (Legal Form)

2.2.1.2 ขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย

รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ โดยทั่วไปในปัจจุบันอาจจะกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องปฏิบัติไว้อย่างซับซ้อนหลายขั้นตอน ซึ่งสามารถนำมาสรุปหลักเกณฑ์ร่วมกันได้ว่าในการผ่านร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายได้นั้น ประกอบด้วย 4 ขั้นตอน คือ การริเริ่มนำเสนอกฎหมาย การพิจารณาร่างกฎหมาย การประกาศใช้บังคับกฎหมาย และการประกาศโฆษณากฎหมาย ฉะนั้น ในหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งพิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย จึงมีข้อพิจารณาสำหรับขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย ดังนี้

(1) การริเริ่มนำเสนอกฎหมาย

ในการริเริ่มนำเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งอาจเป็นการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือที่ประชุมร่วมของทั้งสองสภา ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติประกอบด้วยสองสภาแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ และตามแต่ละช่วงของสถานการณ์การปกครอง ซึ่งจะมีผลผูกพันให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาเหตุผลและความจำเป็นในการตรากฎหมายดังกล่าว โดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีสิทธิในการริเริ่มนำเสนอกฎหมาย อาจจะเป็นประมุขแห่งรัฐ คณะรัฐมนตรี สมาชิกองค์กรนิติบัญญัติ คณะกรรมการ องค์กรปกครองท้องถิ่น ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง หรือองค์กรที่มีสถานะพิเศษบางองค์กร เช่น วัดในศาสนาบางนิกาย และธนาคารแห่งชาติ⁵⁵ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากร่างกฎหมายได้ถูกนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐ หรือกลุ่มบุคคลที่ไม่มีสิทธิจะนำเสนอกฎหมายได้ตามรัฐธรรมนูญ หรือได้ถูกนำเสนอโดยกลุ่มบุคคลที่มีสิทธินำเสนอกฎหมายได้ตามรัฐธรรมนูญ แต่ขั้นตอนในการนำเสนอไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมเป็นร่างกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติไม่มีอำนาจในการพิจารณา และหากได้มีมติให้ผ่านร่างกฎหมายที่เสนอโดยผู้ไม่มีสิทธิริเริ่มนำเสนอกฎหมาย ก็ย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁵⁵ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.253 – 257). เล่มเดิม.

และเสียไปทั้งฉบับ และย่อมอยู่ในสถานะที่จะถูกโต้แย้ง ให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมายนั้นได้เสมอ⁵⁶

(2) การพิจารณาร่างกฎหมาย

เมื่อร่างกฎหมายได้ถูกนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติโดยชอบแล้ว ในขั้นการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติ จะแบ่งการพิจารณาร่างกฎหมายออกเป็น 3 วาระ⁵⁷ คือ วาระแรก เป็นการพิจารณาในหลักการของกฎหมายว่าในขณะนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายตามร่างของผู้ที่ริเริ่มนำเสนอขึ้นมาใช้บังคับหรือไม่ องค์กรนิติบัญญัติจะลงมติว่าจะรับหรือไม่รับร่างกฎหมายที่ได้ถูกเสนอเข้ามาพิจารณาในรายละเอียดต่อไปหรือไม่ ถ้ามีมติไม่รับร่างกฎหมายดังกล่าวในขั้นนี้ ร่างกฎหมายก็จะตกไป แต่ถ้าหากองค์กรนิติบัญญัตินำร่างกฎหมายไปพิจารณา ก็จะเข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สอง ซึ่งจะเป็นการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายนั้นๆ ว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนใดบ้างหรือไม่ ตามปกติการพิจารณาในขั้นนี้ องค์กรนิติบัญญัติมักจะแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่พิจารณาในรายละเอียดของกฎหมายก่อน แล้วจึงนำเสนอร่างกฎหมายที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นกรรมการเข้าสู่การพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติในวาระที่สองอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจะทำให้การพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วกว่าที่สมาชิกองค์กรนิติบัญญัติทั้งหมดร่วมกันพิจารณารายละเอียดของกฎหมายแต่ละมาตราพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียในผลของกฎหมายที่จะตราขึ้นใช้บังคับมีโอกาสชี้แจงความคิดเห็นของตนต่อองค์กรนิติบัญญัติในการพิจารณาในวาระที่สองนี้อีกด้วย ซึ่งการพิจารณาในวาระที่สองนี้โดยทั่วไปจะเป็นการพิจารณาซึ่งไม่มีการลงมติว่าให้ร่างกฎหมายผ่านการพิจารณาหรือตกไป จะมีเพียงการลงมติว่าจะให้มีการแก้ไขร่างตามที่มีผู้เสนอขอแก้ไขหรือไม่เท่านั้น และการพิจารณาในวาระที่สาม องค์กรนิติบัญญัติจะต้องลงมติในครั้งสุดท้ายว่าจะให้ผ่านร่างกฎหมายฉบับนั้นออกมาเป็นกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับต่อไปหรือไม่⁵⁸

(3) การประกาศใช้บังคับกฎหมาย

ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติแล้วจะยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ได้ จนกว่าจะได้ผ่านกระบวนการที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กระบวนการประกาศใช้บังคับกฎหมาย (Promulgation) ซึ่งหมายถึงการนำเสนอร่างกฎหมายให้ประมุขแห่ง

⁵⁶ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (น.29-33). เล่มเดิม.

⁵⁷ กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.260 - 261). เล่มเดิม.

⁵⁸ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (น.30 -31). เล่มเดิม.

รัฐลงนามเพื่อประกาศใช้บังคับกฎหมายนั้นๆ ร่างกฎหมายที่ประมุขแห่งรัฐได้ลงนามแล้วเท่านั้น จึงมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์นำไปบังคับใช้ได้ต่อไป ในการใช้อำนาจประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา ซึ่งมีประมุขของรัฐเป็นกษัตริย์ หรือประเทศที่มีระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี หรือกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีซึ่งมีประมุขของรัฐเป็นประธานาธิบดี ย่อมมีอำนาจที่เรียกว่า ขั้วยับ หรือ Veto ซึ่งเป็นอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ลงนามในร่างกฎหมายที่ได้ถูกเสนอขึ้นมาจากองค์กรนิติบัญญัติได้ เพราะเห็นว่ายังไม่สมควรที่จะประกาศให้ร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาเช่นนั้น หรือเห็นว่าร่างกฎหมายฉบับนั้น ถ้าได้รับการประกาศใช้แล้วจะเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี ในกรณีเช่นนี้โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติยื่นยันเจตนารมณ์ของตนอีกครั้งด้วยมติธรรมดาหรือหรือมติพิเศษตามความสำคัญของร่างกฎหมายเพื่อลบล้างอำนาจในการยับยั้งของประมุขแห่งรัฐ ดังนั้น ร่างกฎหมายที่ได้ผ่านการลงนามของประมุขแห่งรัฐ หรือได้ถูกประมุขแห่งรัฐใช้อำนาจขั้วยับ แต่องค์กรนิติบัญญัติได้มีมติยืนยันที่จะให้มีการประกาศใช้กฎหมายนั้นตามรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมเปลี่ยนสถานะจากความเป็นร่างกฎหมาย มาเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์⁵⁹

(4) การประกาศโฆษณากฎหมาย

แม้ว่าร่างกฎหมายที่ได้ผ่านการลงนามจากประมุขแห่งรัฐจะประกาศ ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม แต่ด้วยทัศนคติความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคล และยังให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงล้ำเข้าไปคุกคามสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐ ฉะนั้น จึงควรเปิดโอกาสให้มีการได้รับทราบว่ามีกฎหมายใดกฎหมายขึ้นมาใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีใช้อยู่แล้วให้เปลี่ยนแปลงไป เพื่อที่ว่าพลเมืองของรัฐเหล่านั้นจะได้มีโอกาสวางแผนดำเนินกิจกรรมต่างๆ ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นต่อไป ซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับในรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปว่า กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้บังคับจากประมุขแห่งรัฐ ซึ่งแม้จะมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์แล้ว ก็ย่อมไม่อาจจะนำมาบังคับใช้ให้เป็นผลร้ายต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งก่อนที่จะได้มีการประกาศโฆษณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ อย่างเป็นทางการให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบแล้วได้⁶⁰ แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้ามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้บังคับแล้วกำหนดหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นฝ่ายต้องปฏิบัติเพื่อตอบสนองต่อสิทธิประโยชน์ของฝ่ายปัจเจกชนผู้อยู่ใต้การปกครองของรัฐ ปัจเจกชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายดังกล่าวย่อมกล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขึ้นยืนต่อองค์กรเจ้าหน้าที่

⁵⁹ แหล่งเดิม.

⁶⁰ จาก กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น.18), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์.

ของรัฐให้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เสมอ แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะยังไม่ได้มีการประกาศโฆษณาอย่างเป็นทางการก็ตาม⁶¹

2.2.1.3 องค์กรผู้ใช้อำนาจนิตินบัญญัติ

โดยที่องค์กรผู้ใช้อำนาจนิตินบัญญัติหรือองค์กรนิตินบัญญัติของแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันตามอุดมการณ์ทางการเมือง รูปแบบของรัฐ และประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองที่เป็นเงื่อนไขของแต่ละรัฐ ซึ่งอาจปรากฏให้เห็นได้ในรูปแบบ ที่มา และองค์ประกอบขององค์กรนิตินบัญญัติของแต่ละรัฐนั่นเอง อาทิเช่น ในสหรัฐอเมริกา มีรูปแบบของรัฐเป็นรัฐรวม และใช้ระบอบการปกครองในระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี มีองค์กรนิตินบัญญัติที่ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนมลรัฐ ซึ่งสมาชิกของสภาทั้งสองล้วนมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ส่วนประเทศอังกฤษ เป็นรัฐเดี่ยวและใช้ระบอบการปกครองในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภาซึ่งมีกษัตริย์ เป็นประมุขของรัฐ แต่ด้วยประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางชนชั้นระหว่างเจ้าศักดินาและสามัญชนในอดีตได้ส่งผลให้องค์กรนิตินบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรที่มีสมาชิกรวมมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทำหน้าที่ร่วมกับเจ้าศักดินาที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งเป็นเจ้าศักดินาโดยตำแหน่งและมีการสืบทอดตำแหน่งกันทางสายโลหิตอีกสภาหนึ่งด้วย เป็นต้น ในกรณีของประเทศไทยซึ่งมีรูปแบบของรัฐเป็นรัฐเดี่ยว ใช้ระบอบการปกครองในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภาเช่นเดียวกับอังกฤษ แต่ด้วยเหตุที่ในระบบการเมืองที่ใช้อยู่ในปัจจุบันประกอบด้วยพรรคการเมืองหลายพรรคซึ่งไม่มีพรรคการเมืองใดได้รับการเลือกตั้งเข้ามาโดยมีเสียงข้างมากเพียงพอที่จะจัดตั้งรัฐบาลที่มีความมั่นคงเพียงพรรคเดียวได้ ส่งผลให้องค์กรนิตินบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลายฉบับที่ผ่านมา ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งประเทศ และวุฒิสภา ซึ่งมีสมาชิกทั้งที่มาจากการเลือกตั้งและการสรรหาจากผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่าง⁶² แต่รัฐที่ยึดถือในอุดมการณ์สังคมนิยมนั้น องค์กรนิตินบัญญัตินักประกอบด้วยคณะบุคคลซึ่งแม้ว่าประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการเลือกตั้ง หรือให้ความเห็นชอบตัวบุคคลก็ตาม แต่ก็ยังเป็นคณะบุคคลที่ได้ถูกคัดเลือกไว้แล้วโดยพรรคการเมืองที่มี

⁶¹ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิตินบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (น.32-33). เล่มเดิม.

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมด แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งและการสรรหา.

อำนาจอยู่ในรัฐ และโดยทั่วไปจะเป็นพรรคการเมืองที่มีอยู่เพียงพรรคเดียวเท่านั้น⁶³ ดังนั้น การที่จะถือว่าองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นได้ใช้อำนาจโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งพิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย จึงมีข้อพิจารณาสำหรับองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติอยู่ 3 ประการ คือ

ประการแรก ในขณะที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย องค์กร ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจะต้องมีองค์ประกอบ หรือสมาชิกถูกต้องครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ จึงจะถือว่า เป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ โดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และการมีองค์ประกอบ ที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญนี้ นอกจากจะต้องมีอยู่ในขณะที่มีการแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งใน องค์กรนิติบัญญัติแล้ว ยังจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่องค์กรนิติบัญญัติ ใช้อำนาจนิติบัญญัติตรา กฎหมายขึ้นใช้บังคับด้วย ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้น ใช้บังคับ ในขณะที่ยังมีจำนวนสมาชิกไม่ครบองค์ประชุมที่จะมีมติตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ได้ หรือการเลือกตั้งสมาชิกบางคนเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามวิธีการที่ได้ถูกกำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญ หรือสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามานั้นคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนขาดคุณสมบัติ ตามรัฐธรรมนูญ หรือสมาชิกบางคนพ้นจากตำแหน่งไป ทำให้ตำแหน่งว่างลง และยังไม่มีการ เลือกตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรนิติบัญญัติทดแทนจำนวนสมาชิก ที่ขาดไปให้ถูกต้องและ ครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งส่งผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นโดย องค์กรนิติบัญญัติที่มีองค์ประกอบหรือจำนวนสมาชิกไม่ถูกต้องครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญได้ กำหนดไว้ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่อาจถือได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁶⁴

ประการที่สอง องค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องมีการประชุมปรึกษาหารือ และแสดงเจตนาออกมาในรูปของมติที่ประชุมตามวิธีการและ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการแทนที่จะอยู่ในรูปของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ก็เพื่อให้ กฎหมายที่จะถูกตราขึ้นบังคับใช้กับพลเมืองของรัฐเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชนอย่างแท้จริง ซึ่งการเปิดโอกาสให้มีการประชุมปรึกษากันโดยเปิดเผยย่อมเป็นหนทางที่จะทำให้ร่างกฎหมายที่จะ ถูกตราขึ้นใช้บังคับได้มีโอกาสผ่านการกลั่นกรองในระดับหนึ่ง หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้น ไม่ได้ผ่านการปรึกษาหารือของที่ประชุมขององค์กรนิติบัญญัติ หรือ การประชุมขององค์กรนิติบัญญัติที่ไม่ครบองค์ประชุมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือที่ประชุมของ

⁶³ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ (น.24). เล่มเดิม.

⁶⁴ แหล่งเดิม.

องค์กรนิติบัญญัติลงมติพิพากษา บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่พลเมืองของรัฐดังกล่าวนี้ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

ประการที่สาม องค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐธรรมนูญ จะต้องใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตนเอง การมอบอำนาจนิติบัญญัติต่อไปให้องค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยตรง เพื่อให้ใช้อำนาจแทนตนนั้น โดยหลักการแล้วจะกระทำมิได้⁶⁵ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากภาระหน้าที่และบทบาทของรัฐตามแนวคิดเสรีนิยมดั้งเดิมที่รัฐมีบทบาทจำกัดอยู่แต่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อย และอำนวยความสะดวกเท่านั้น มาสู่แนวความคิดรัฐสวัสดิการ ที่รัฐถูกเรียกร้องให้เข้ามามีบทบาทในการจัดสรรความมั่งคั่งของสังคมไปสู่ผู้ที่อ่อนแอและมีโอกาสน้อยกว่า⁶⁶ ด้วยความก้าวหน้าของวิทยาการสมัยใหม่ที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นสามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นๆ อย่างแท้จริง ดังนั้น การจะให้องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรในรูปคณะกรรมการที่ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนมาก บัญญัติกฎหมายให้มีรายละเอียดครอบคลุม ใช้บังคับได้ทุกกรณีจึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ยากยิ่ง ในทางปฏิบัติรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจในการตรากฎหมายไปให้องค์กรอื่นๆ ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองใช้แทนตนได้ในรูปแบบของการตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อให้การปฏิบัติภาระหน้าที่ของรัฐในด้านต่างๆ ดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองได้ก็ตาม แต่ไม่ได้หมายความว่าองค์กรนิติบัญญัติจะสามารถมอบอำนาจนิติบัญญัติไปให้แก่องค์กรฝ่ายบริหารได้เด็ดขาดในทุกๆ กรณี เพราะมีฉะนั้นแล้วจะเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้อย่างง่ายดายยิ่งขึ้น โดยอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้อำนาจแก่ตนเองได้ตามอำเภอใจ จึงเป็นที่ยอมรับในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติขององค์กรที่มีอำนาจในการชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ

⁶⁵ From *The Constitution of the United State* (p.15), by Edward Dumbauld , 1964, Oklahoma : University of Oklahoma Press. อ้างถึงใน การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น.26), โดย กนิษฐา เชื้อวิทย์, 2533, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁶ จาก “นิติสังคมรัฐ : รัฐที่คำนึงถึงความเป็นธรรม,” โดย สมยศ เชื้อไทย, สิงหาคม, 2526, รพี' 26, น. 84.

ในรัฐต่างๆ โดยทั่วไปว่า องค์การของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจ ในการตรากฎหมาย ลำดับรองให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายซึ่งองค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนอำนาจในการกำหนดหลักการ นโยบาย และมาตรฐานของการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็นส่วนสำคัญของอำนาจนิติบัญญัตินั้น องค์การนิติบัญญัติที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจะไม่มี ความชอบใดๆ ที่จะมอบอำนาจนั้นต่อไปให้องค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ได้⁶⁷

2.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย

โดยที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุด จำกัดอำนาจผู้ปกครอง รัฐให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แบบแผนที่มีความชัดเจนแน่นอนกว่ารัฐธรรมนูญจารีตประเพณี และรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง รวมทั้งกำหนดวิธีการที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นไว้จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองรัฐ ตลอดจนสถาปนาประชาธิปไตยขึ้นในการปกครอง⁶⁸ ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อหลักการตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบนอกจากจะประกอบด้วยบทบัญญัติต่างๆ ที่ประกอบขึ้นมาเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังหมายความรวมถึงปรัชญา หลักการ แนวคิดทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งคือคุณค่าทางสังคมที่รัฐธรรมนูญได้มุ่งหมายที่จะปกป้องรักษาไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย⁶⁹ ฉะนั้น ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย (Intrinsic Constitutionality) จึงต้องพิจารณาในแง่ทั้งบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย บทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาความของกฎหมาย และบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการตรากฎหมาย มีสาระสำคัญ ดังนี้

⁶⁷ From *Three Constitutional Courts: A Comparison* (pp. 978-979), by Taylor Cole, 1959, The American Political Science Review (อ้างถึงใน การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 27), โดย กนิษฐา เชื้อวาทย์, 2533, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁸ คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.33). เล่มเดิม

⁶⁹ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ. (น.34-35). เล่มเดิม.

2.2.2.1 บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กล่าวถึงนี้ หมายความว่า ความมุ่งหมายหรือผลสุดท้ายที่จะบรรลุได้เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายที่เรียกร้องให้รัฐต้องจำกัดการใช้อำนาจล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ และเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต้องปกป้องไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนส่วนรวมที่รัฐมีหน้าที่ดูแลรักษา และโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความชัดเจนแน่นอนนั้น ทำให้มองเห็นได้ว่าบรรดากฎหมายใดๆ ก็ตาม ที่องค์กรนิติบัญญัติของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้ตราขึ้นเพื่อให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐได้แล้ว ย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่จะมีวัตถุประสงค์ในทางอื่นใดนอกจากจะต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์มหาชนที่เป็นวัตถุประสงค์ของการดำรงอยู่ของรัฐแต่เพียงประการเดียวเท่านั้น ส่วนจะเป็นประโยชน์มหาชนแขนงใดในกรณีปกติโดยทั่วไป รัฐธรรมนูญมักจะกำหนดให้เป็นดุลยพินิจขององค์กรนิติบัญญัตินั้นเองที่วินิจฉัยในขณะใดขณะหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าในบางกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงว่าองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขึ้นจำกัดเสรีภาพบางอย่างของปัจเจกชนได้ก็แต่เฉพาะเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแขนงใดแขนงหนึ่งเท่านั้น⁷⁰ เช่น เพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือภาวะสงคราม⁷¹ เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷² หรือเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาให้ต้องตกอยู่ในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดก่อนที่จะได้รับการพิสูจน์ความผิดจากโจทก์ โดยเฉพาะหลักการของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่า จำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์⁷³ นอกจากองค์กรนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแล้ว ยังต้องเป็นประโยชน์มหาชนประเภทเดียวกับที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อีกประการหนึ่งด้วย ฉะนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดก็ตามที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการ

⁷⁰ แหล่งเดิม.

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, มาตรา 36.

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, มาตรา 39.

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาทุกฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 39 “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด.”

ตอบสนองต่อความต้องการหรือสิทธิประโยชน์ของเอกชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือเป็นการจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนเกินกว่ากรณีที่เป็นเพื่อปกป้องไว้ ซึ่งประโยชน์มหาชนหรือตอบสนองต่อประโยชน์มหาชนแขนงใดแขนงหนึ่งใดโดยเฉพาะเจาะจง แล้ว ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.2.2.2 บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย

เนื้อหาของบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนี้อาจแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรกเกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มีอยู่ร่วมกันในรัฐธรรมนูญของทุกๆ รัฐ ไม่ว่ารัฐนั้นจะมีรูปแบบการปกครองแบบใด และส่วนที่สองเกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองและการจัดองค์กรของรัฐที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมืองและระบอบการปกครองที่แต่ละรัฐได้เลือกใช้ ซึ่งในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในส่วนที่สองนี้คือ การบัญญัติรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ และหลักประกันต่าง ๆ ที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้นั้นเป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติ

โดยเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐ และการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ต้องพิจารณา คือ บทบัญญัติที่กำหนดอาณาเขตของรัฐ รูปแบบของรัฐ รูปแบบของรัฐบาล รูปแบบประมุขของรัฐ องค์ประกอบที่มาขององค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ ของรัฐ รวมทั้งกรอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ หากกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นมีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของรัฐ รูปแบบของรัฐ รูปแบบของรัฐบาล รูปแบบประมุขของรัฐ หรือการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบ ขยายหรือตัดทอนอำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งให้แตกต่างไปจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจเช่นนั้นไว้โดยชัดแจ้ง ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนสำหรับการล่วงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Marbury V. Madison*⁷⁴ (ค.ศ. 1803) ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา จอห์น มาร์แชล (John Marshall ค.ศ.1755-1835) ได้วินิจฉัยว่า มาตรา 13 แห่ง The Judiciary Act 1789 ซึ่งให้อำนาจศาลสูงสุดออกหมาย Writ of Mandamus เพิ่มขึ้นจากอำนาจในการออกหมายของศาลตามปกติ

⁷⁴ คดีนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ได้วินิจฉัยยืนยันอำนาจของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น (Superior Paramount Law) ไม่อาจแก้ไขได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการสถาปนาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ และมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ในเวลาต่อมา.

ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้ของรัฐธรรมนูญจะกระทำได้อีกแต่โดยวิธีการที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเป็นการเฉพาะเจาะจงหาใช่จะกระทำได้อีกโดยวิธีการในการตรากฎหมายธรรมดาขององค์กรนิติบัญญัติแต่เพียงเท่านั้นไม่⁷⁵

ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองและการจัดองค์กรของรัฐที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมือง ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อรับรองหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ที่การรับรองสิทธิเสรีภาพอันเท่าเทียมกันของปัจเจกชนและการสร้างหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของบุคคล หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักประชาธิปไตยซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ที่การยอมรับสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดเจตนารมณ์ของรัฐของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพและกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนพลเมืองของรัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น มีเนื้อความที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการต่างๆ ที่ได้กล่าวมานี้ ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เคยมีคำวินิจฉัยเพิกถอนผลบังคับของกฎหมายจำนวนมากที่ขัดแย้งต่อหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างบุคคล โดยการกำหนดให้บุคคลที่อยู่ในสถานะอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐที่ไม่แตกต่างกัน หรือโดยการไม่แยกแยะบุคคลที่ควรจะได้รับปฏิบัติที่แตกต่างออกจากกัน เช่น กฎหมายภาษีที่กำหนดให้คู่สมรสต้องรับภาระทางภาษีมากกว่าบุคคลที่ไม่สมรส เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น แนวความคิดในการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย ปรากฏในคำพิพากษาศาลอาญากรสงครามที่ 1/2489 คดีนี้ศาลฎีกาซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลอาญากรสงครามได้พิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาญากรสงคราม พ.ศ. 2488 เป็นกฎหมายที่กำหนดโทษในทางอาญาย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำสำหรับการกระทำที่ได้เกิดขึ้น และสิ้นสุดลงก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะขัดแย้งต่อหลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่ง

⁷⁵ From *Constitutional Law : Cases and Comment* (P.5-6), by James L. Maddex, 1979, New York: West Publishing Co. อ้างถึงใน การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น.38), โดย กนิษฐา เชื้อวาทย์, 2533, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เป็นกฎหมายสูงสุด พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามฯ จึงใช้บังคับได้⁷⁶ จากคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าได้มีการสถาปนาระบอบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ต่อมาได้มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 3/2494 และคำพิพากษาฎีกาที่ 225/2506 และ 562/2508 ได้วินิจฉัยวางหลักว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้มีส่วนรู้เห็นการกระทำความผิดด้วย เป็นบทบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นต้น

2.2.2.3 บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการตรากฎหมาย

ในกรณีปกติโดยทั่วไป รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นดุลยพินิจโดยอิสระขององค์กรนิติบัญญัติในการที่ใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่า ในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นนั้นควรจะมีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นใช้บังคับหรือไม่ โดยพิจารณาจากความจำเป็นและความสมเหตุสมผลเป็นกรณีๆ ไปว่าในสถานการณ์ดังกล่าว ประโยชน์มหาชนได้เรียกร้องให้ต้อง มีการตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐหรือไม่ และในการที่จะต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนั้น มีความสมเหตุสมผลเพียงใด อย่างไรก็ดี ปรากฏว่า ในบางกรณีกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับนั้น เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับปัจเจกชนพลเมืองของรัฐมากเกินไปจนเกินสมควร เพื่อเป็นหลักประกันว่าปัจเจกชนจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในลักษณะนี้ได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งถ้าไม่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวก็จะทำให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์มหาชนที่รัฐมีหน้าที่จะต้องรักษาดูแลเท่านั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดว่าองค์กรนิติบัญญัติจะใช้อำนาจที่ได้ รับมอบจากรัฐธรรมนูญมาตรากฎหมายจำกัดสิทธิจำกัดสิทธิเสรีภาพ หรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับปัจเจกชนพลเมืองของรัฐมากเกินไปจนเกินกว่ากรณีปกติได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่เป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการตรากฎหมาย อาทิเช่น ถ้ายุติบัตรสาธารณะอันมีมาเป็นการฉ้อโกง การขาดแคลนปัจจัยที่จำเป็นเพื่อการมีชีวิตอยู่ โรคระบาดหรืออาชญากรรม⁷⁷ เป็นต้น หากองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยไม่มีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เกิดขึ้น หรือมีข้อเท็จจริงแต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงชนิดเดียวกันกับที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขเกิดขึ้น แต่องค์กรนิติบัญญัติประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวผิดพลาด หรือเข้าใจผิดว่าข้อเท็จจริงชนิดที่รัฐธรรมนูญได้

⁷⁶ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.174). เล่มเดิม.

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949, มาตรา 11 (2) และมาตรา (13) (2).

กำหนดไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งที่องค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาดในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะนำมาเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนผลบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้

อนึ่ง บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการตรากฎหมายนี้ หากรัฐธรรมนูญกำหนดด้วยถ้อยคำที่มีความหมายไม่รัดกุม ดีความได้หลายนัยก็เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรนิติบัญญัติใช้ดุลพินิจได้มาก และในกรณีนี้หากองค์กรผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายใช้อำนาจตรวจสอบอย่างเข้มงวดย่อมจะกลายเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ในทางตรงกันข้ามหากรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจนย่อมเป็นการจำกัดดุลพินิจขององค์กรนิติบัญญัติให้แคบลง และยอมทำให้องค์กรผู้มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหานั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจตราขึ้น โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เพียงใดไปในขณะเดียวกันด้วย

กล่าวโดยสรุป หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ของแบบพิธีในการตรากฎหมาย และเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายด้วย กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องตราขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนตามกระบวนการขั้นตอน และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และต้องมีเนื้อหาสาระที่สอดคล้องไม่ขัดแย้งกับหลักการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ถ้าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามแบบพิธีในการตรากฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลให้กฎหมายนั้นเสียไปทั้งฉบับ แต่ถ้าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแม้จะได้บัญญัติขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วนตามแบบพิธีในการตรากฎหมาย แต่ถ้ามีเนื้อหาสาระที่ขัดแย้งกับหลักการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้ว ย่อมเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และถ้าเป็นหลักการของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะเสียไปทั้งฉบับ หรืออาจจะเสียไปแต่เพียงบางส่วนถ้าเนื้อหาในส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ และอาจแยกออกจากส่วนอื่นๆ ได้ ในทางตรงกันข้ามแม้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทุกประการ แต่ได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็เป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันซึ่งมีผลให้กฎหมายนั้นเสียไป

ทั้งฉบับ อนึ่งมีข้อสังเกตว่า ถ้าศาลหรือองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจอย่างเข้มงวด ก็อาจทำให้มีลักษณะเป็นการล่วงล้ำเข้ามาใช้ดุลพินิจแทนองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติมาจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจได้

กล่าวโดยเฉพาะสำหรับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิรโทษกรรมนั้น เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นว่าเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทบัญญัติแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นๆ หรือไม่ รวมทั้งหลักการพื้นฐานต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ซึ่งหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีวัตถุประสงค์ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ กล่าวคือเมื่อรัฐธรรมนูญได้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในทางอาญาไว้ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” หรือหลักทั่วไปที่ให้นิยามไว้ก่อนว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์” (Presumption of Innocence) จึงส่งผลให้องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใดมากำหนดข้อสันนิษฐานความผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลให้ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ดังกล่าวมิได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทวิเคราะห์ปัญหาบทที่ 4 ต่อไป

2.3 แนวคิดและพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากหลักการซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเกี่ยวกับการที่รัฐธรรมนูญได้รับการเคารพในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งบรรดากฎหมายที่มีศักดิ์ทางกฎหมายต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้น จึงได้มีแนวคิดในการสร้างหลักประกันที่มั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) ดังกล่าวข้างต้นขึ้น ซึ่งประกอบด้วยกลไกและหลักการต่างๆ หลายประการ ได้แก่ การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก การให้สิทธิในการต่อต้าน หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ⁷⁸ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่มีความสำคัญต่อระบบกฎหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) กล่าวโดยเฉพาะสำหรับหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการที่มีพัฒนาการเกิดขึ้นในรูปแบบให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งรูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนับเป็นรูปแบบที่ได้รับการยอมรับในหลาย

⁷⁸ ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (น. 37-41). เล่มเดิม.

ประเทศ ในฐานะที่จะสามารถสร้างหลักประกันความมั่นคงของรัฐธรรมนูญได้ เมื่อเกิดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมา เพราะบุคคลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดเป็นองค์กรตุลาการที่มีหลักประกันความเป็นอิสระมีความเป็นกลาง และมีกระบวนการวิธีพิจารณาที่เปิดเผยสามารถตรวจสอบได้ เป็นต้น

2.3.1 แนวคิดของระบบและองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน สามารถแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ⁷⁹

(1) ระบบกระจายอำนาจ (Decentralized System) เป็นระบบที่มีการกระจายอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ศาลใช้บังคับกับคดีที่ศาลพิจารณาอยู่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ไปยังศาลยุติธรรมทุกศาลไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา ซึ่งเป็นระบบที่ให้ศาลธรรมดาทำหน้าที่การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้นแบบของระบบนี้ และยังคงใช้บังคับอยู่ในประเทศญี่ปุ่น นอร์เวย์ และสวีเดน เป็นต้น

(2) ระบบรวมอำนาจ (Centralized Systems) เป็นระบบที่มีการรวมอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรเดียวเป็นการเฉพาะ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ระบบนี้ได้มีการนำไปใช้ในประเศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ส่วนใหญ่แล้วประเทศต่างๆ จะกำหนดให้ศาลทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมักจะตั้งศาลเฉพาะขึ้นมาทำหน้าที่นี้ เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court; Verfassungsgericht) เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ออสเตรีย เป็นต้น

เนื่องจากพัฒนาการของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสองระบบข้างต้นนั้น มีการต่อสู้ทางความคิดทั้งสนับสนุน และคัดค้านมาโดยตลอด แต่หากพิจารณาถึงระบบที่เกิดขึ้นก่อนจะเป็นกระบวนการใช้อำนาจของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาที่เริ่มเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2346) ในคดี *Marbury V. Madison* ซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2330) ไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ผู้พิพากษาในคดีนี้คือ John Marshall ผู้เป็นประธานศาลสูงในขณะนั้นก็ได้ยืนยันถึงอำนาจของศาลในการเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อมาแนวความคิดเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แพร่ขยายไปยังทวีปยุโรป แต่ยังคงมีความแตกต่างกันในแง่การกำหนดให้มีศาลเฉพาะเพื่อพิจารณาคดี

⁷⁹ คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 124). เล่มเดิม.

ทางรัฐธรรมนูญ โดย Hans Kelsen นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงชาวออสเตรีย ค.ศ. 1942 ได้เสนอแนวความคิดของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรเฉพาะเพียงองค์กรเดียว ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญของออสเตรีย ค.ศ. 1955 ก็ได้กำหนดให้ตั้งศาลเฉพาะขึ้นมาทำหน้าที่นี้ เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court Verfassungsgericht) ขึ้นเป็นครั้งแรก ต่อมาแนวความคิดของการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อทำหน้าที่นี้ก็แพร่ขยายไปยังประเทศอื่นๆ ได้แก่ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Das Bundesverfassungsgericht) ในประเทศเยอรมัน และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Constitutionnel) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 เป็นต้น⁸⁰

2.3.2 พัฒนาการของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

สำหรับในประเทศไทยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกของไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้มีการออกแบบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อรองรับปัญหาที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการใช้บังคับของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสิ่งที่ใหม่อย่างยิ่ง เนื่องจากรัฐธรรมนูญคือบทบัญญัติสูงสุดที่วางโครงสร้างทางการเมืองการปกครองในระบบใหม่ โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีบทบัญญัติรองรับ กรณีที่อาจมีปัญหาคือข้อถกเถียงเกี่ยวกับข้อความในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁸¹ ไว้ในมาตรา 62 ที่บัญญัติว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

อย่างไรก็ตาม คดีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2489 ในปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 โดยที่พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดความผิดและบทลงโทษแก่บุคคลที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดในอาชญากรรมสงครามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 3 อันได้แก่ การติดต่อวางแผนการศึก หรือทำสงครามเพื่อรุกรานหรือสมัครงร่วมกันสงครามกับผู้ทำสงครามรุกราน หรือโฆษณาให้ผู้อื่นเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน การละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีในการทำสงคราม การกระทำละเมิดต่อมนุษยธรรม และการกระทำโดยสมัครงเข้าร่วมมือกับผู้ทำสงครามรุกราน⁸² ซึ่งปัญหาของพระราชบัญญัตินี้ตั้งกล่าวอยู่ที่ มาตรา 3 วรรคแรก ส่วนที่กำหนดว่า “การกระทำใดๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าจะในฐานะตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือเป็นอาชญากรรมสงคราม

⁸⁰ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอโดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.15) ก. เล่มเดิม.

⁸¹ แหล่งเดิม.

⁸² พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488, มาตรา 3 (1)(2)(3).

และผู้กระทำเป็นอาชญากรสงครามทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้” แต่ปัญหาที่สำคัญ คือ การกำหนดกฎหมายให้มีผลย้อนหลังบังคับเป็นความผิดทางอาญาแก่บุคคลเช่นนี้ จึงน่าจะเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และองค์กรใดจะเป็นผู้มีสิทธิในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸³

ศาลฎีกาซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นศาลอาชญากรสงครามได้วินิจฉัยโดยมีคำพิพากษาที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 พิพากษาว่า บทกำหนดที่ให้ลงโทษการกระทำก่อนวันที่กฎหมายนี้ใช้บังคับนั้น เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลัง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ โดยศาลให้เหตุผลสรุปได้ความว่า เพราะศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ศาลจึงต้องมีอำนาจพิจารณาว่ากฎหมายนั้นสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ และเพื่อเหตุผลในการตรวจสอบถ่วงดุล ศาลจึงต้องมีอำนาจในการพิจารณาว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประการสุดท้ายคือ ศาลต้องรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นผู้ตรากฎหมายนั้นเอง และฝ่ายบริหารไม่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยกฎหมาย ศาลเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรมเป็นที่พึ่งของประชาชน จึงต้องมีอำนาจแสดงความยุติธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้อง⁸⁴

คำพิพากษานี้ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่พอใจที่ศาลล่วงล้ำเข้ามาในหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร เนื่องจากฝ่ายรัฐสภาพิจารณาว่า อำนาจการตีความรัฐธรรมนูญนั้น เป็นหน้าที่ของสภาตามมาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญในขณะนั้น จึงมีการใช้อำนาจตามมาตรา 62 ตีความว่าการวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติในการประชุมวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2489 ตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งเพื่อศึกษาถึงปัญหานี้ อย่างไรก็ตามขณะนั้นมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้บังคับอยู่แล้วได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489⁸⁵ ซึ่งมีแนวคิดในการกำหนดให้มีองค์กรขึ้นทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ”⁸⁶

⁸³ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอโดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.16) ก. เล่มเดิม.

⁸⁴ จาก ตุลาการรัฐธรรมนูญ (น. 11), โดยสมคิด เลิศไพฑูรย์ ข, 2536, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁸⁵ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอโดยศาล หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.17) ก. เล่มเดิม.

⁸⁶ จาก รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย (น.55), โดยไพโรจน์ ชัยนาม, 2519, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์.

2.3.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้กำหนดให้ “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ที่ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ก็ได้รับรองให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 (แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ยกเว้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 รวมทั้งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2515 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2534 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยสรุปสาระสำคัญของอำนาจหน้าที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย กรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 88) ส่วนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญกรณีอื่นเป็นของรัฐสภา (มาตรา 86)⁸⁷

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จึงไม่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 (แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อยู่ รวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาว่าสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติคณะกรรมการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 86 และมาตรา 88.

ส่วนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องอันอยู่ในวงงานของวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา เป็นของรัฐสภา

4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จึงไม่มีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้เพิ่มอำนาจในการควบคุมก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมาย ในระหว่างที่ร่างกฎหมายนั้นอยู่ในกระบวนการตราของรัฐสภาขึ้นมาอีกด้วย รวมทั้งอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีหลักการเดียวกัน หรือคล้ายกันกับหลักการของพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ด้วย และเพิ่มอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ การวินิจฉัยการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรี และการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น อีกด้วย

5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับสุดท้ายที่กำหนดให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ก่อนที่จะพัฒนามาเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” ในปัจจุบัน ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความ กรณีการกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ในการตราพระราชกำหนด อำนาจในการตีความข้อบังคับของวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และอำนาจในการตีความปัญหารัฐธรรมนูญตามที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่งมาด้วย⁸⁸

6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก) การควบคุมการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ (Pre Publication Control) หรือที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบนามธรรม (Abstract Control)⁸⁹ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 ซึ่งเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย⁹⁰

⁸⁸ จาก องค์การพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต (น. 7-15), โดย กมลชัย รัตนสากวศ์, 2541, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

⁸⁹ ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ ก (น. 63). เล่มเดิม.

⁹⁰ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งเนื้อหาสาระ (Substance) และกระบวนการ (Process) (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-4/2551).

มาตรา 262 วรรคแรก “ร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง”

วรรคสาม “ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นให้ร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป”

วรรคสี่ “ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 แล้วแต่กรณีต่อไป”

ข) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Post Publication Control) ที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบรูปธรรม (Concrete Control)⁹¹ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264⁹² ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว⁹³

มาตรา 264 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นให้ศาลรอการพิจารณา

⁹¹ แหล่งเดิม.

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 กำหนดให้ผู้ร้องขอเพื่อเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทั้งองค์กรของรัฐ หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

⁹³ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาสาระ (Substance) หรือ “บทบัญญัติ” แห่งกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมาย (Process) ด้วย ซึ่งแตกต่างจากการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ.

พิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

มีข้อสังเกตว่า ในช่วงเวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ในการเปลี่ยนจาก “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดทางการเมือง ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกโดยตำแหน่ง คือ ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา และอัยการสูงสุด ซึ่งตำแหน่งประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ถือเป็นตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งหากองค์กรชี้ขาดคดีพิพาททางรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง โดยมีองค์ประกอบของบุคคลซึ่งเคยดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาโดยสภาพ หรือกำลังดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาดำรงตำแหน่ง จะทำให้องค์กรดังกล่าวนี้ใช้ข้อพิพาททางการเมืองมากกว่าข้อพิจารณาทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมาย คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ จึงหันไปยึดแนวทางซึ่งให้องค์ประกอบ ตลอดจนองค์กรที่จะชี้ขาดรัฐธรรมนูญเป็น “องค์กรศาล” ซึ่งเป็นแนวทางที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันใช้อยู่ รวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังจะต้องเป็นตำแหน่งประจำ กล่าวคือ ไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตำแหน่งทางราชการ หรือตำแหน่งอื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย และการกำหนดให้องค์กรวินิจฉัยนี้มีสถานะเป็นศาล จึงเป็นผลให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันตามรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวกับศาลที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปด้วย⁹⁴

7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549⁹⁵ ได้กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่แทนศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวของไทยได้มีบทบัญญัติถึงองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 35

มาตรา 35 บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของ

⁹⁴ รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม 2540 หน้า 160.

⁹⁵ รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว ซึ่งใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ต้องสิ้นสภาพการบังคับใช้ไปตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 เมื่อเกิดเหตุการณ์รัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่นำโดย พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ซึ่งตามประกาศฯ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ข้อ 1 ได้ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 สิ้นสุดลง และในข้อ 2 ได้ประกาศให้วุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญ สิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญด้วย.

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบด้วยประธานสภาเป็นประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวนห้าคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวนสองคน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ”

8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁹⁶ ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังนี้

ก) การควบคุมการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ (Pre Publication Control) หรือที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบนามธรรม (Abstract Control) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154

มาตรา 154 วรรคแรก “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตาม มาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อน ที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง”

วรรคสอง “ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป”

ข) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (PostPublication Control) ที่เรียกในทางวิชาการว่า การควบคุมแบบรูปธรรม (Concrete Control)⁹⁷ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 และมาตรา 212

มาตรา 211 วรรคแรก “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับ แก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาล

⁹⁶ ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกยกเลิก ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2557.

⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245(1) และมาตรา 257(2) ซึ่งผู้ร้องขอ เพื่อเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรของรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

ดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

มาตรา 212 วรรคแรก “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้”

วรรคสอง “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

อนึ่ง มาตรา 212 เป็นบทบัญญัติที่ให้ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเป็นครั้งแรก

9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557⁹⁸ ได้กำหนดให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 45

มาตรา 45 วรรคแรก บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 5 และมาตรา 44 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ และตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับผู้ตรวจการแผ่นดิน ให้มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะเมื่อมีกรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

มาตรา 5 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้”

วรรคสอง “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาล

⁹⁸ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 19 ฉบับชั่วคราว จัดร่างโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) มีทั้งสิ้น 48 มาตรา ประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก).

ปกครองสูงสุดให้กระทำได้นเฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่

1) ผู้ตรวจการแผ่นดินตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินในกรณี que ให้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ

2) ในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุดโดยมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้

การส่งเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีคดีตัวอย่างที่สำคัญ คือ

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 85/2557 เป็นกรณีที่ศาลแรงงานกลางส่งคำโต้แย้งของจำเลยว่าพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 9(5) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำร้องดังกล่าวไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ประกอบมาตรา 5 วรรคสอง จึงไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

นอกจากนี้ คำว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งหมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หรือไม่เท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับอื่นที่ถูกยกเลิกไปแล้ว (คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 79/2557)

2.4 แนวความคิดของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งต้นนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรมนั้น จะต้องทำการศึกษถึงหลักการของบทสันนิษฐานตามกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญหรือองค์ประกอบหนึ่งของหลัก

นิติธรรม (The Rule of Law) นั้น นอกจากจะได้ศึกษาถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมทั้งแนวคิดและพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยจะขอเริ่มศึกษาแนวความคิดของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ในเบื้องต้นก่อน เนื่องจากเป็นแนวความคิดที่ได้ก่อให้เกิดหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบกฎหมายต่างๆ รวมทั้งความแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังนี้

2.4.1 แนวความคิดหลักนิติรัฐ (Principle of Legal State ; Rechtsstaatsprinzip)

หลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐเสรีประชาธิปไตยในรัฐสมัยใหม่ คือ รัฐที่มีการปกครองโดยยึดถือหลักนิติรัฐ อันได้แก่ การยึดถือกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้เกิดจากการที่ประชาชนในรัฐหรือสังคมใดสังคมหนึ่งยอมตนให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social Contract) และในปัจจุบันก็คือ รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ นั่นเองเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองของผู้ปกครอง เพราะไม่ว่าการกระทำอื่นใดในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองประเทศกับผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือผู้อยู่ภายใต้การปกครองด้วยกันเองก็ตาม เพราะรัฐธรรมนูญนั้นเป็นทั้งที่มา (Source) และข้อจำกัดอำนาจ (Limitation) ของผู้ปกครองประเทศที่มีอำนาจในการใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจของประชาชนจึงเกิดหลักการที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” เพราะไม่ว่าผู้ปกครองจะกระทำการใดๆ ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจของมวลชนก็ต้องกระทำภายในขอบอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคแรก บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้...” ซึ่งจากหลักการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการกระทำใดๆ ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้อยู่ภายใต้ปกครองก็ต้องอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสัญญาประชาคม (Social Contract)

2.4.1.1 ที่มาและแนวความคิด

รากฐานของปรัชญาด้าน “นิติรัฐ” (Legal State; état de Droit; Rechtsstaat) มีมาตั้งแต่สมัยกรีก อริสโตเติล ได้กล่าวว่า การที่ราษฎรทั้งหลายจะเป็นคนดีได้ต้องอยู่ในรัฐที่ดีมีผู้นำที่ดี และผู้นำที่ดีต้องเคารพกฎหมาย และมีหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ด้วย ในกฎหมายโบราณของ

อังกฤษมีสุภาษิตของพจนานอร์แมนว่า “กฎหมายเป็นมรดกอันล้ำค่าของพระมหากษัตริย์ เพราะเหตุว่ากฎหมายย่อมใช้บังคับแก่พระองค์เองเช่นเดียวกับพสกนิกร ถ้าปราศจากกฎหมายแล้ว ก็หาอาจมีพระมหากษัตริย์หรือมรดกตกทอดอันใดไม่” ปรัชญาดังกล่าวสอดคล้องกับปรัชญาเรื่องการนับถือกฎหมายโดยรัฐ ซึ่งในปัจจุบันนี้ก็กล่าวกันว่า การที่รัฐใดถือกฎหมายเป็นใหญ่ และมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด รัฐนั้นย่อมถือได้ว่าเป็น นิติรัฐ (Legal State) ซึ่งการที่ได้อยู่ในรัฐนั้นย่อมเป็นมงคลอันประเสริฐ”⁹⁹

2.4.1.2 ความหมาย และความสำคัญ

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมัน ประกอบขึ้นจากคำว่า Recht แปลว่า กฎหมาย หรือสิทธิ และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ เมื่อรวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม คำส่วนใหญ่ใช้คำๆ นี้ทับศัพท์ภาษาเยอรมันโดยไม่แปลอย่างไรก็ตาม มีความพยายามแปลคำว่า “Rechtsstaat” อยู่เช่นกัน โดยระบบกฎหมายอังกฤษแปลว่า “rule of law” หรือ “state-under-law” ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแปลว่า “état de Droit” สำหรับในสหรัฐอเมริกาหากไม่แปลคำว่า “Rechtsstaat” ว่า “Rule of Law” ก็มักยกเอาหลักการทางกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนมาเทียบเคียง เช่น due-process-clause เป็นต้น¹⁰⁰ ซึ่งคำว่า “Rechtsstaat” เป็นคำที่เริ่มรู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 นักคิดคนสำคัญของเยอรมันคือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christopt Frisherr von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งอาจให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล และวัตถุประสงค์ อันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า “นิติรัฐ (Rechtsstaat)” คือ รัฐที่ปกครองตามหลักเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข¹⁰¹

ต่อมามีความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ได้ถูกลดขอบเขตความหมายของนิติรัฐ ในทางเนื้อหา กลายเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ โดย Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายว่า รัฐ ควรเป็น “นิติรัฐ”

⁹⁹ จาก การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนด : ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต) (น.42), โดย ชัยบัญชา สงเสมอ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁰⁰ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 160). เล่มเดิม.

¹⁰¹ From *Staatsech I Staatsorganisationsrecchr 4 Auf* (p. 188). by Albert bleckmann, 1997, Carl Heymanns Verlag (อ้างถึงใน *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*) (น. 21), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ซึ่งเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหารัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในการทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าว โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว นอกจากนั้นรัฐไม่ควรใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจริตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล และนี่คือความหมายของ “นิติรัฐ”¹⁰²

โดยคำสอนว่าด้วยนิติรัฐแนวใหม่ มีความพยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของหลักนิติรัฐที่ได้รับการพัฒนาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ทั้งหมด ดังนั้น การอธิบายความหมายของ “หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)” ในช่วงหลังจึงเป็นการให้ความหมายว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วย หลักการย่อยใดบ้าง ตัวอย่างเช่น Hartmut Maurer มีความเห็นว่า หลักย่อยของหลักนิติรัฐประกอบไปด้วย หลักย่อย ได้แก่ 1) หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) 2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) 3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ (die Rechtsbindung der staatlichen organe) 4) หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง (Grundsatz des Gesetzesvorbehalts) 5) หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutz) 6) หลักความรับผิดชอบของรัฐ (Staatshaftung) 7) หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Rechtsstaatliche Strafrechts und Strafprozessrechtsgrundsätze) 8) หลักความมั่นคงของกฎหมาย (Rechtssicherheit) และ 9) หลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhältnismässigkeit)¹⁰³

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายความหมายของนิติรัฐไว้ว่า “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ”¹⁰⁴

นอกจากนี้ ได้มีนักวิชาการให้ความหมายของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หมายถึง หลักการของรัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยหลักนิติรัฐเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งมีหลักการย่อยๆ ที่สำคัญ 3 ประการ¹⁰⁵ คือ

¹⁰² แหล่งเดิม.

¹⁰³ หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 21-22), เล่มเดิม.

¹⁰⁴ จาก *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (น. 91-94) โดย หยุด แสงอุทัย, 2538 (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁰⁵ จาก *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (น.129), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2535 (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักนี้ การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักนี้หมายความว่ากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไรประการหนึ่ง และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง

3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักนี้หมายความว่า การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ก็ได้ เช่น ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการนั้นๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

2.4.1.3 สาระสำคัญ หรือองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

เนื่องจากในทางทฤษฎียังไม่สามารถนิยามความหมายของ นิติรัฐ (Rechtsstaat) ให้กระจ่างแจ้งได้ ในการศึกษาหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) จึงต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติรัฐ หากพิจารณาตามความเห็นของ Theodor Maunz นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของเยอรมนี เห็นว่า หลักดังต่อไปนี้นี้เป็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ กล่าวคือ 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) 2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte) 3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของ

ฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Justiz und Verwaltung) 4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit) 5) หลักความอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter) 6) หลัก “ไม่มีความความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege) และ 7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)¹⁰⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ¹⁰⁷

หากการพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า “การแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionlle Gewaltenteilung)” และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung)” ซึ่งเรียกร้องให้ภาระหน้าที่ของรัฐมีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ตนเองอันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของตนเองอันมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้น หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionlle Gewaltenteilung) และในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung) แล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่างๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิด

¹⁰⁶ หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 22-32). เล่มเดิม.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม.

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยขึ้นเชิงด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ(Rechtsstaat)¹⁰⁸

2) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte)

โดยที่หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) มีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพิจารณาพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ได้มีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie) และหลักประกันที่สำคัญคือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะเป็นการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล¹⁰⁹

¹⁰⁸ แหล่งเดิม.

¹⁰⁹ แหล่งเดิม.

ดังนั้น หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ จึงถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ทั้งนี้ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit von Justiz und Verwaltung)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน นั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้วซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังนี้

(3.1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ¹¹⁰ ดังนี้

รูปแบบที่หนึ่ง ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่าความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือเป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ

¹¹⁰ แหล่งเดิม.

รูปแบบที่สอง ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

รูปแบบที่สาม ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

(3.2) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือหลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) ซึ่งเรียกร้องในทางปฏิบัติว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ที่เรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว¹¹¹

4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (materielle Gesetzmaessigkeit)

ตามหลักนี้ที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความแน่นอนของกฎหมาย (das Prinzip der Rechtssicherheit) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot rückwirkender Gesetze) และหลักความพอสมควรเหตุ (übermaßverbot)¹¹² กล่าวคือ

(4.1) หลักความแน่นอนของกฎหมาย (das Prinzip der Rechtssicherheit)

เป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย อันเป็นหลักที่เรียกร้องว่าการบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้ผู้คนในสังคมสามารถทราบได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากจะกระทำการอันใดอันหนึ่ง และกฎหมาย

¹¹¹ แหล่งเดิม.

¹¹² แหล่งเดิม.

ดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอันใดบ้าง บุคคลจึงสามารถที่จะกำหนดการกระทำของตนให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายและทำให้เกิดความแน่ใจว่า การกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหลักความแน่นอนของกฎหมาย ประกอบด้วยหลักความชัดเจนของกฎหมาย (das Prinzip der Klarheit der Rechtsnormen) ที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร (ในการออกกฎหมายลำดับรอง) ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอ เพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจน (unbestimmter Rechtsbegriff) และการบัญญัติถึง “เงื่อนไขทั่วไป (Generalklauseln)” แต่อย่างใด และหลักคุ้มครองความสุจริต (das Prinzip des Vertrauensschutzes) หลักนี้เรียกร้องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (die begünstigende Verwaltungsakte) ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครอง เชื่อโดยสุจริตว่า คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้นๆ แล้ว หากเห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักคุ้มครองความสุจริต¹¹³

(4.2) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot rückwirkender Gesetze)

หลักนี้เป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี¹¹⁴ คือ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย (die echte Rueckwirkung) หรือเรียกว่า “การมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย (Rueckwirkung von Rechtsfolgen)” ได้แก่ กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว และกรณีที่สอง การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ (die unechte Rueckwirkung) หมายถึง กรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เกิดขึ้นแล้วในอดีตแต่ข้อเท็จจริงนั้นมิได้สิ้นสุดลงขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต

(4.3) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (übermaßverbot)

ตามหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อ

¹¹³ แหล่งเดิม.

¹¹⁴ From *Staatsrecht* (p. 164), by Ekkehart Stein, 14. Aufl. (อ้างถึงใน *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*) (น. 27), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

ความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในเรื่องเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย¹¹⁵ ซึ่งสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน คือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึง มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) หมายถึง มาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้ และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) ซึ่งมีความหมายว่า มาตรการอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน

5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Unabhaengigkeit der Richter)

ความเป็นอิสระของผู้พิพากษามีความหมายว่า ผู้พิพากษาสามารถทำภาระหน้าที่ในทางตุลาการได้โดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ โดยผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนธรรมของตนเท่านั้น¹¹⁶ หลักความอิสระของผู้พิพากษาเป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐ ความมุ่งหมายของหลักดังกล่าวมุ่งการคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซงโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ โดยหลักนี้วางอยู่บนพื้นฐานของความอิสระจาก 3 ประการ กล่าวคือ ความเป็นอิสระจากคู่ความ (Parteienunabhaengigkeit) ความเป็นอิสระจากรัฐ (Staatsunabhaengigkeit) และความเป็นอิสระจากสังคม (Gesellschaftsunabhaengigkeit) ความไม่เป็นอิสระจากทั้งสามประการดังกล่าวจะก่อให้เกิด

¹¹⁵ From *Grundgesetz – Kommentar*, by Jarass/Pieroth, 3.Aufl.,1995, Art, 20, Rdnr. 57a (อ้างอิงใน *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*) (น. 28), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิทยูชน.

¹¹⁶ From *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Hrsg (p. 526), by Bettermann/Nipperday/Scheuner, 1959, Dritter, Berlin (อ้างอิงใน *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*) (น. 28-29), โดยบรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิทยูชน.

อันตรายต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษาที่ปรากฏในรูปแบบต่างๆ ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา¹¹⁷

6) หลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายหมาย (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege)

เป็นหลักพื้นฐานของการปกครองโดยกฎหมายและประชาธิปไตยในทางเนื้อหาที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันที่ได้บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยไม่เลือกฐานะหรือตำแหน่ง¹¹⁸ หลักนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557¹¹⁹ และเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา หลักดังกล่าวยังมีผลใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง โทษทางวินัย และการลงโทษในทางวิธีเรียงตามข้อบังคับขององค์กรในทางวิชาชีพด้วย¹²⁰ หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” นั้น วางอยู่บนพื้นฐาน 4 ประการ¹²¹ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง หลักการกระทำ (Tatprinzip) กฎหมายอาญาตามหลักนิติรัฐนั้น ย่อมผูกพันอยู่กับการกระทำ (Tat) แต่มิได้ผูกพันกับความคิด (Gesinnung) ดังนั้น พื้นฐานในการกำหนดความผิดหรือกำหนดโทษจึงต้องวางอยู่บนพื้นฐานของ “การกระทำ” ซึ่งหมายความว่าความรวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย

ประการที่สอง หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย (Gesetzlichkeitsprinzip) หรือการกำหนดโทษจะต้องได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าวหมายถึง หลักการอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย (Gesetzesvorbehalt) กฎหมายที่จะกำหนดโทษในทางอาญาจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา ซึ่งไปสู่หลักการกำหนดเงื่อนไขโดยรัฐบาล (Parlamentarvorbehalt) ซึ่งหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะคุ้มครองบุคคล เพราะบุคคลควรที่จะได้ทราบล่วงหน้าว่าการกระทำเช่นใดที่

¹¹⁷ แหล่งเดิม.

¹¹⁸ จาก รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 68 ปีการศึกษา 2558 เล่ม 2 วิชากฎหมายอาญา มาตรา 1-58 การบรรยายครั้งที่ 1 (น.22), โดย วีรชาติ เอี่ยมประไพ, 2558, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

¹¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 “บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ประชาชนชาวไทย เคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้.”

¹²⁰ From *Grundrechte-Staatsrecht II* (p. 289), by Pieroth/Schlink, 9. Aufl (อ้างถึงใน หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) (น. 30), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิทยูชน.

¹²¹ แหล่งเดิม.

กฎหมายห้ามมิให้กระทำ และกำหนดโทษไว้ และประการที่ 2 เพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น (ไม่หมายความถึงอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ) ที่ทำการกำหนดโทษทางอาญาได้ จากหลักการกำหนดโทษต้องกระทำโดยกฎหมายเท่ากับเป็นการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล นอกจากนี้ยังห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie) ลงโทษทางอาญาแก่บุคคล กล่าวโดยสรุป สำหรับหลักการกำหนดโทษโดยกฎหมายมีความหมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ

ประการที่สาม หลักความแน่นอนชัดเจน (Bestimmtheitsgrundsatz) เป็นหลักที่สำคัญหลักหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐดังกล่าวที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น และเป็นหลักที่ได้รับการเรียกร้องมากขึ้นในกรณีของกฎหมายอาญา ยิ่งมีการกำหนดโทษสูงขึ้นกฎหมายอาญายังต้องมีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น หลักความแน่นอนของกฎหมายอาญานั้น เรียกร้องว่าบุคคลควรจะต้องรู้ตั้งแต่เบื้องต้นว่ากฎหมายอาญาห้ามกระทำได้บ้างและหากบุคคลละเมิดการกระทำดังกล่าวจะได้รับโทษเพียงใด ทั้งนี้ เพื่อให้ปัจเจกบุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักความแน่นอนของกฎหมายมิได้ห้ามการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำในทางกฎหมายไม่แน่นอนชัดเจน (unbestimmte Rechtsbegriffe) ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการตีความโดยผู้พิพากษา

ประการที่สี่ หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Rueckwirkungsverbot) ซึ่งเป็นหลักหนึ่งของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาดังกล่าวข้างต้น แต่สำหรับหลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในกฎหมายอาญานั้น เป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาด โดยข้อห้ามดังกล่าวเป็นการห้ามองค์กรนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้กฎหมาย มีผลย้อนหลังในทางจะก่อให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง และห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น และห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล¹²²

7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)

จากการศึกษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในหัวข้อ 2.1.1 ข้างต้น เมื่อพิจารณาตามทัศนะของ Maunz มีความเห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ (Kroennung des Rechtsstaates) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า

¹²² แหล่งเดิม.

ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้¹²³ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดว่าเป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) นั้น เป็นลักษณะพิเศษของระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นการทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzesmaßigkeitsgrundsatz) มีความชัดเจนมากเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นความแตกต่างกันในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศต่างๆ ในยุโรป กับนิติรัฐของประเทศอังกฤษ ในขณะที่ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หลักนิติรัฐในอังกฤษจึงมิได้เรียกร้องจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ความเข้าใจถึงหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ถือว่าเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีบทบัญญัติอย่างน้อย 2 มาตรารับรองถึงหลักการดังกล่าว กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 หรือกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz-GG) มาตรา 20 วรรคสาม¹²⁴ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงหลักความก่อนหรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949(Grundgesetz-GG) มาตรา 79 วรรคสาม¹²⁵ ยังได้บัญญัติรับรองว่าบทบัญญัติของมาตรา 1 และมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ในการตรากฎหมาย ซึ่งหมายความว่า ในการตรากฎหมายนั้น รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ที่มีความชอบธรรมสูงสุดในระบอบประชาธิปไตยที่จะตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถือกำเนิดในยุโรป และสหรัฐอเมริกา ในศตวรรษที่ 17-18 และพัฒนาเรื่อยมาภายใต้กรอบประวัติศาสตร์และเงื่อนไขทางการเมืองของแต่ละประเทศ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลโดยตรงให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐ โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญ

¹²³ From *Staatsechr* (p. 13), by E.Stein, 1993, 14 Aufl.; *Bundesverfassungsgericht* (p. 8), K.Schlaich, 1991, 2.Aufl., 1991, Rdnr (อ้างถึงใน *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*) (น. 31-32), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน..

¹²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Grundgesetz-GG) มาตรา 20(3) “อำนาจนิติบัญญัติผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการผูกพันต่อกฎหมาย”.

¹²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Grundgesetz-GG) มาตรา 79(3) “การแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบกับการแบ่งเขตพื้นที่ของมลรัฐซึ่งโดยหลักการแล้ว มลรัฐจะต้องมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายนั้นด้วย หรือหากการแก้ไขนั้นกระทบต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ไม่อาจกระทำได้.”

จึงเป็นทั้ง “กรอบ” ของการใช้อำนาจและเป็น “มาตร” สำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในเวลาเดียวกัน เพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการเคารพและมีผลในทางปฏิบัติจึงต้องมีองค์กรขึ้นมาคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิด เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบกติกาในการเมือง องค์กรรัฐที่ทำหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นองค์กรทางการเมือง(รัฐสภา ประธานาธิบดี) หรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ(ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ) ก็ได้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทางการเมือง สังคมและกฎหมายของรัฐนั้นๆ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งปฏิเสธกฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ได้รับการยอมรับครั้งแรกในบริบทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) ในคดี *Mabury V. Madison* (ค.ศ. 1803 ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งรากฐานของแนวคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ปรากฏก่อนหน้านั้นในยุโรป โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1610 ในคดีนายแพทย์โรมัส บอนแฮม *Thomas Bonham V. College of physicians*. หรือ *Dr.Bonham case* ซึ่งเปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภาแห่งกรุงลอนดอน ซึ่งเป็นข้อบังคับที่ได้รับการรับรองพระมหากษัตริย์และรัฐสภาอังกฤษ ซึ่งศาลแห่งแพทยสภาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์บอนแฮม โดยคำปรับครั้งหนึ่งตกเป็นของประธานแพทยสภา และประธานศาลแห่งแพทยสภา แต่เซอร์ เอ็ดเวิร์ด คูก (Sir Edward Coke ค.ศ. 1552-1634) ซึ่งเป็นผู้พิพากษาคดีนี้ พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทยสภาขัดต่อหลัก กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่ว่า ไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตัวเองมีส่วนเสียได้ บทบัญญัติที่ขัดต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ และศาลย่อมทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) หรือไม่ จึงเกิดหลักความเป็นกฎหมายในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือที่รัฐสภารับรองของกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และหลักการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายธรรมดาที่มีต่อกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ในคดีนี้มีอิทธิพลอย่างมากต่อคดี *Mabury v. Madison* ในเวลาต่อมา โดยนักกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งเดินทางไปจากอังกฤษยังคงรักษาอำนาจการตรากฎหมายที่จำกัดอำนาจการตรากฎหมายของรัฐสภาไว้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญในการประกันสิทธิเสรีภาพของพลเมือง แนวคิดดังกล่าวปรากฏชัดเจนขึ้นเมื่ออเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton ค.ศ. 1755-1804) ซึ่งเป็นผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญได้แสดงความเห็นสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และอำนาจของผู้พิพากษาในการตีความรัฐธรรมนูญ ในคดี *Mabury v. Madison* (ค.ศ. 1803) ผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล (John Marshall ค.ศ. 1755-1835) ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดยืนยันอำนาจผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่สูง

กว่ากฎหมายอื่น (Superior paramount law) ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมายซึ่งมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเพียงแต่ความพยายามที่ไร้ความหมายของประชาชนในการที่จะจำกัดอำนาจรัฐซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่มีขอบเขตจำกัด คดี *Mabury V. Madison* จึงมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ¹²⁶

อย่างไรก็ตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามความเข้าใจต่อหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ในบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมันนั้น ถือว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญในการมุ่งคุ้มครองต่อหลักนิติรัฐ แต่ไม่ได้หมายความว่าประเทศใดไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประเทศนั้นจะไม่ถือว่าเป็นประเทศที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ

กล่าวโดยสรุป แนวคิดหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) เป็นหลักที่มีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากหลักย่อยหลักใดของหลักนิติรัฐล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐ หรือเพื่อถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ในสภาพการณ์ที่อำนาจรัฐมีข้อจำกัด ถูกผูกพันต่อกฎหมาย รวมทั้งถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมทำให้สิทธิของปัจเจกบุคคลได้รับการคุ้มครอง

2.4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหลักนิติรัฐ

จากการศึกษาถึงหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นพื้นฐานของการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวข้างต้นนั้น หากพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญและเป็นบ่อเกิดของหลักกฎหมายมหาชนอื่นๆ อาจกล่าวได้ว่าแท้จริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีความใกล้ชิดเป็นอย่างยิ่งกับหลักนิติรัฐ กล่าวคือ ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิทักษ์ปกป้องรักษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น โดยเนื้อแท้แล้วก็มีที่มาจากหลักนิติรัฐนั่นเอง¹²⁷

¹²⁶ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 152-155). เล่มเดิม.

¹²⁷ รายงานการวิจัย การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอ โดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (น.20-23). เล่มเดิม.

ที่ผ่านมาในระบบกฎหมายไทย แม้ไม่ปรากฏการบัญญัติถึงหลักนิติรัฐไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการในกฎหมายฉบับใด หรือแม้แต่จะมีการกำหนดในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดก็ตาม แต่ก็พบว่านับตั้งแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ซึ่งเรียกว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็จะปรากฏว่ามีบทมาตราที่ได้บัญญัติถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้แล้ว อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ” โดยหากพิจารณาในมุมกลับถ้อยคำดังกล่าว ก็เท่ากับยอมรับเนื้อหาของหลักนิติรัฐไว้แล้ว ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาที่กำหนดไว้เช่นนี้ทั้งสิ้น การปรากฏตัวอย่างชัดเจนของหลักนิติรัฐในระบบกฎหมายไทยได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานรัฐจะต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม” การปรากฏตัวของหลักนิติธรรม หรือหลักนิติรัฐ ตามความในมาตรา 3 วรรคสองดังกล่าว จึงเป็นความก้าวหน้าของรัฐธรรมนูญไทย ที่ทำให้การอ้างอิงถึงการใช้หลักกฎหมายทั่วไปมีตัวบทรองรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว จึงเท่ากับเป็นการตอกย้ำความสำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งในอนาคตรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่จะจัดทำขึ้นใหม่ ก็จะสามารถอาศัยบทบัญญัตินี้ นำมาปรับใช้กับการตีความ และวินิจฉัยคดีได้อย่างครอบคลุมและชัดเจนมากขึ้นในการพิทักษ์ไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะที่ผ่านมาการที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ก็อาจทำให้ศาลไม่มีความกล้าที่จะอ้างหลักนิติรัฐมาวินิจฉัยคดีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งการอ้างอิงถึงหลักนิติรัฐโดยเป็นเหตุผลส่วนหนึ่งในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็ย่อมสามารถทำได้ เพราะ “หลักนิติรัฐ” ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่แพร่ขยายแตกสาขาออกเป็นหลักกฎหมายมหาชนอื่นๆ ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นั้นก็ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ¹²⁸ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องที่น่ายินดีอย่างยิ่ง หากในอนาคตศาลรัฐธรรมนูญไทย จะได้มีการอ้างอิงถึงหลักนิติรัฐไว้ในคำวินิจฉัยของศาลที่จะได้ตัดสินในคดีต่างๆ เพื่อให้การใช้หลักนิติรัฐปรากฏเป็นหลักฐานในเชิงลายลักษณ์อักษร และจะได้มีพัฒนาการในเชิงนิติวิธี (Juristic Method) ของการปรับใช้หลักการนี้ในระบบกฎหมายไทยต่อไป

¹²⁸ แหล่งเดิม

2.4.2 แนวความคิดหลักนิติธรรม (Principle of The Rule of Law)

โดยที่หลักนิติรัฐ (Legal State; Rechtsstaatsprinzip) ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ได้เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “The Rule of Law” หรือที่เรียกในภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” โดยเนื้อหาแล้วทั้งหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมมีความเหมือนกันในสาระสำคัญที่ยอมรับถึงการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ที่มุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรม ซึ่งกฎหมายจะเป็นกรอบในฐานะที่มาแห่งอำนาจ และข้อจำกัดในทางเนื้อหาการกระทำ เพียงแต่อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันบางประการภายใต้บริบททางประวัติศาสตร์ของภูมิหลังของประเทศนั้นๆ¹²⁹ ในการศึกษาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานของหลักนิติธรรม (Principle of The Rule of Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่ว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์ จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด” โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.4.2.1 ที่มา และแนวความคิด

จากแนวคิดนักปรัชญาที่ทำการคิดค้นรูปแบบการปกครองที่ดีเพื่อนำไปสู่สังคมที่เพื่อนมนุษย์สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข มีความสงบสุข ได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีศักดิ์ศรี และเป็นธรรม โดยในช่วง 400 ปี ก่อนคริสตกาล Plato นักปราชญ์ชาวกรีก มีแนวคิดว่าการมีผู้ปกครองเป็นกษัตริย์นักปรัชญา (Philosopher King) จะเป็นการปกครองที่ดีที่สุด แต่ต่อมาในบั้นปลายชีวิตก็เปลี่ยนความคิดโดยเขียนหนังสือชื่อ The Laws แสดงความเห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายเป็นการปกครองที่ดีที่สุด และต่อมา Aristotle ลูกศิษย์ของ Plato ได้สานต่อและขยายความคิดดังกล่าวจนได้ข้อสรุปว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม¹³⁰ ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป คือ สังคมอันชอบธรรม จะพึงเกิดขึ้นได้ต้องเป็นสังคมที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครอง (Rule by law) เป็นหลักในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ไม่ใช่สังคมที่มีบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลเป็นใหญ่ (Rule by men) เป็นผู้ใช้อำนาจ

¹²⁹ แหล่งเดิม.

¹³⁰ From *The Republic, Book VIII, 563A-564D*, by Plato, 1956, Trans. W.H.D. Rouse, A Mentor Book, *The Laws* 875 Trans. T.J. Saunders, Penquin Classic, by Plato, 1975, *Politics* 1981 a Trans. Jowett, Aristotle, 1926. อ้างถึงใน เอกสารประกอบการบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556 โดย คำชัย จงจักรพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrcet.go.th/th/?p=5716>

โดยอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุม ซึ่ง Lord Acton นักประวัติศาสตร์ชาวอังกฤษ ได้กล่าวประโยคที่เป็นสัจธรรมข้อหนึ่งไว้ว่า “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely.”¹³¹ นอกจากนี้ ตามทฤษฎีเสรีนิยม ที่เห็นว่า กฎหมายมีความสำคัญมาก รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล แนวความคิดนี้จึงให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law โดยรัฐมีความชอบธรรมที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้พลเมือง แต่กฎหมายนั้นต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชน ต้องเคารพกระบวนการออกกฎหมายตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เมื่อมีกฎหมายใช้รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนๆ ต้องมีอิสระเสรีจะลงโทษไม่ได้ถ้าเขาไม่ได้ทำผิด การบริหารประเทศต้องเป็นไปตามกฎหมายถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติการไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายจะอ้างเอาหลักรัฐศาสตร์มาใช้ไม่ได้ ในรัฐธรรมนูญจะต้องมีหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และประกันความเป็นธรรมภายในขอบเขตที่รัฐสามารถเข้าไปได้ และการใช้อำนาจของรัฐต้องกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น เช่น การตรากฎหมายจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจเหล่านั้นจะต้องมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน รวมทั้งการมีองค์กรอิสระควบคุมตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลอีกด้วย¹³²

อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่มีกฎหมายเป็นหลักในสังคมหรือในประเทศนั้น ยังไม่เพียงพอ เพราะมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น และผู้สร้างกฎหมายซึ่งเป็นมนุษย์ปุถุชน ย่อมมีทั้งดีและไม่ดี มีอคติและถืออคติ มนุษย์อาจใช้กฎหมายสร้างความไม่เป็นธรรม ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือทำลายล้างฝ่ายตรงข้าม ใช้กฎหมายสร้างความถูกต้องให้กับตนเองหรืออื่นๆ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานบางประการ ซึ่งก็คือหลักนิติธรรม (The Rule of Law)¹³³

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ไม่ใช่คำใหม่ ในวงการกฎหมายของประเทศไทย นักวิชาการและนักกฎหมายไทยได้ยินและรู้จักกับคำว่าหลักนิติธรรมกันมานานพอสมควร แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดและพัฒนาขึ้นก่อนในต่างประเทศ โดยพัฒนาขึ้นครั้งแรก

¹³¹ From Letter to Bishop Mandell Creighton, Mandell Creighton. *Life and Letters of Mandell Creighton*, p. 372, by Louise Creighton, 1904, London: Longmans, Green, and Co (อ้างถึงใน เอกสารประกอบ การบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556 โดย กำชัย จงจักรพันธ์, สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrcet.go.th/th/?p=5716>

¹³² จาก *หลักกฎหมายมหาชน (Principles of Public Law) พร้อมด้วยแนวคำถามและคำตอบ* (น.58), โดย วารี นาสกุล, 2551 (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

¹³³ จาก *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์* (น.23), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

แรกในราวศตวรรษที่ 13 ในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) แต่ประเทศไทยอยู่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)¹³⁴ ซึ่งมีระบบกฎหมาย แนวคิดและสภาพแวดล้อมที่ต่างจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร มีความเห็นว่า จะเหมาะสมหรือไม่หากจะนำหลักนิติธรรมของต่างประเทศมาใช้กับประเทศไทยทั้งหมด หรือควรจะร่วมกันค้นหาเจตนารมณ์ในแบบของไทยเอง เพราะหลักนิติธรรมในหลายๆ ประเทศ ก็มีได้เหมือนกันเสียทีเดียวมีการดัดแปลงหลักนิติธรรมต้นแบบของประเทศอังกฤษไปบ้างเพื่อให้เข้ากับสภาพสังคมในประเทศของตน ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงมีบทสรุปว่า มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องสร้างหลักนิติธรรมในแบบของไทยขึ้นมาเอง¹³⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง

2.4.2.2 ความหมาย และความสำคัญ

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดความหมาย องค์ประกอบ หรือสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ในกฎหมายฉบับใดโดยเฉพาะ เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นหลักคิดที่เป็นนามธรรม จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างเข้าใจยากและมีผลวัดตลอดเวลา ทั้งนักคิด นักกฎหมาย และนักวิชาการสาขาต่างๆ ได้อธิบายความหมาย องค์ประกอบ รวมทั้งสาระสำคัญๆ ของคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้แตกต่างกัน ไม่ตรงกันเสียทีเดียว กล่าวคือ

หลักนิติธรรม มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า “Rule of Law” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554¹³⁶ ให้คำแปลว่า “นิติธรรม” (กฎ) น. “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน” นอกจากนี้มีนักวิชาการได้ให้คำแปลไว้หลากหลาย อาทิ หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย¹³⁷ หลักการปกครองด้วยกฎหมาย¹³⁸ หลักแห่ง

¹³⁴ เอกสารประกอบการบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556 โดย กำชัย จงจักรพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrc.go.th/th/?p=5716>.

¹³⁵ จาก หลักนิติธรรม (น.17-21), โดย ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2553, กรุงเทพฯ: บริษัทชวนการพิมพ์ 50 จำกัด.

¹³⁶ จาก พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (น.), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2556, กรุงเทพฯ: บริษัทวิวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด (มหาชน).

¹³⁷ จาก หลักนิติรัฐหลักนิติธรรม(น.140), โดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹³⁸ จาก หลักนิติธรรมกับสภาพสังคมประเทศไทย (บทสัมภาษณ์), โดย อุทก มงคลนาวัน, 2555, จุลนิตี 9(1), น. 3.

กฎหมาย¹³⁹ หลักกฎหมาย¹⁴⁰ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย¹⁴¹ หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย¹⁴² ฯลฯ แต่คำแปลที่ได้รับความนิยมและใช้กันแพร่หลายโดยทั่วไป คือคำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Law)”

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ¹⁴³ ได้ให้ความหมายว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายกระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม”

อาจารย์เสนาะ เอกพจน์ อดีตผู้พิพากษา ได้กล่าวไว้ว่า “... จะแปล The Rule of Law ว่าอย่างไร ก็คงจะไม่เป็นไร ขออย่างเดียวให้เรานักกฎหมายเข้าใจอย่างถูกต้อง ถึงความหมายที่แท้จริงของ The Rule of Law แล้วช่วยกันป้องกันรักษาไว้ และปฏิบัติตามต่อไปอย่าให้ขาดสาย โดยอย่าขายหลักวิชาเสียเท่านั้น”¹⁴⁴ ซึ่งไม่เพียงแต่นักกฎหมาย นักวิชาการไทยเท่านั้นที่มีความเห็นไม่ตรงกัน แม้แต่นักกฎหมายและนักวิชาการชาวต่างชาติก็มีความเห็นเกี่ยวกับความหมายสาระสำคัญ ฯลฯ ของ The Rule of Law ไม่ตรงกัน¹⁴⁵ ในช่วงหลายปีที่ประเทศไทยประสบวิกฤตความแตกต่างทางความคิดเห็น ทั้งนักกฎหมาย นักวิชาการ องค์กรต่างๆ ตลอดจนประชาชนทั่วไป กลับมีการนำคำว่า Rule of Law มากล่าวอ้างกันจนสับสน และไม่มี ความหมายที่แน่ชัด จน

¹³⁹ จาก กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ (ต่อ), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2527, *วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ตอนที่ 1*, น. 2.

¹⁴⁰ จาก *The Rule of Law*, โดย เสนาะ เอกพจน์, 2504, *จุลพาฬ*, 8(9), น. 982-1003.

¹⁴¹ จาก *เปรียบเทียบวงการกฎหมายค่ายตะวันตกกับค่ายตะวันออก*, โดย สุด สุตรา, 2503, *จุลพาฬ*, 11(7), น.1408.

¹⁴² จาก *การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย*, โดยถาวร โพธิ์ทอง, 2512, *วารสารนิติศาสตร์*, 1 ตอน 2, น.191.

¹⁴³ จาก *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (น.1), โดย คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือ *หลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ*, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม.

¹⁴⁴ *The Rule of Law* (ต่อ) (น.360-361). เล่มเดิม.

¹⁴⁵ From *The Road to Serfdom*. (Great Britain: Routledge, 2006) pp. 75-76. by Friedrich August Hayek 1964. Fuller Lon, *The Morality of Law*, rev.ed., New Haven: Yale University Press, p. 39-94., “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law” Public Law, Paul Craig, 1997, “The Rule of Law and Its Virtue” by Joseph Raz . 1977. Law Quarterly Review (อ้างถึงใน *หลักนิติธรรม (Rule of law) ในรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์*) (น.29), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เกือบจะเป็นสร้อยที่ยกมากล่าวอ้างลอยๆ เพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมบางอย่างเท่านั้น¹⁴⁶ ฉะนั้นไม่ว่าแต่ละบุคคลจะเข้าใจความหมาย สาระสำคัญ หรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรมตรงกันหรือไม่ อย่างไร แต่ถ้าทุกคนเคารพและยึดถือหลักนิติธรรม แม้แต่นักกฎหมายทั่วโลกที่เป็นสมาชิกของ International Bar Association (IBA) ยังมีมติให้บรรดาผู้ที่ใช้วิชาชีพทางกฎหมายให้ความเคารพและถือปฏิบัติในหลักนิติธรรม¹⁴⁷

เนื่องจากหลักนิติธรรมเป็นแนวคิดทฤษฎีที่มีสภาพเป็นนามธรรม ได้ถูกทำให้เป็นรูปธรรมขึ้นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”¹⁴⁸ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยที่ได้บัญญัติรับรู้ถึงความมีอยู่และความสำคัญของหลักนิติธรรม โดยได้บัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความเป็นมา สืบเนื่องจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ จะมีได้มีบทบัญญัติที่ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้โดยตรง แต่ก็มิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ จะมีได้มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาตรงกับหลักการหรือสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ อาทิเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 32-33¹⁴⁹ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ส่วนที่ 3 แนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน

¹⁴⁶ คณะกรรมการอิสระตรวจสอบและค้นหาความจริงเพื่อการปรองดองแห่งชาติ (คอป.) มีข้อเสนอให้นายกรัฐมนตรียึดถือหลักนิติธรรม (Rule of Law) ในการบริหารประเทศ โปรดดู หนังสือคอป. ด่วนที่สุด ที่ คอป. 651/2554 ลงวันที่ 15 กันยายน 2554.

¹⁴⁷ *หลักนิติธรรม* (น.78-79). เล่มเดิม.

¹⁴⁸ ในชั้นร่างรัฐธรรมนูญ ได้มีการชี้แจงเหตุผลของการเพิ่มวรรคสอง ของมาตรา 3 ไว้ว่า “เพื่อต้องการวางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีอยู่สองความหมายคือ ความหมายแรก หมายถึง การตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม และความหมายที่สองหมายถึง การกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องมีกฎหมายรองรับ และจะกระทำเกินไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้” รายละเอียด โปรดดู รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550. น. 50-51.

¹⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” และ มาตรา 33 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด.”

มาตรา 78 (6) ยังได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้...(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ทำให้ “หลักนิติธรรม” ปรากฏขึ้นในคัมภีร์กฎหมายที่จับต้องได้ (Positive law or Existing law) เป็นครั้งแรก และได้ประกาศความสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ชัดเจนว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม และหลังจากการยึดอำนาจการปกครองของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และต่อมามีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 คำว่า “หลักนิติธรรม” ได้ปรากฏตัวขึ้นอีกในมาตรา 35(6) อาจกล่าวได้ว่าคำๆ นี้เป็นคำที่ถูกใช้มากที่สุดในบริบทการเมืองไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา

แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บังคับให้ภาคเอกชนต้องยึดถือหลักนิติธรรม แต่ภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศล้วนเคารพและยึดมั่นในหลักนิติธรรม อาทิ ธนาคารโลก (World Bank Institute) ได้จัดระบบชีวิตธรรมาภิบาลของประเทศทั้งหลาย โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งคือ หลักนิติธรรม¹⁵⁰ ซึ่งมีผลโดยปริยายให้นักกฎหมายต้องทำความเข้าใจเรื่องนี้อย่างจริงจังมากขึ้น ประเด็นสำคัญคือ สิ่งที่ยังไม่ชัดเจนจากรัฐธรรมนูญ ว่าอะไรคือหลักนิติธรรม หลักการหรือสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอะไรบ้าง และถ้าหากมีการฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามหลักนิติธรรม ผลจะเป็นอย่างไร

ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม มีความเห็นว่า “การบัญญัติรับรองเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นเรื่องเหมาะสม แต่อันตรายก็คือการไม่มีแนวทางรองรับในรัฐธรรมนูญว่าคืออะไร เมื่อคิดไปถึงศาลแล้วเรื่องคงง่ายเข้า เพราะคำวินิจฉัยของศาลจะเป็นบรรทัดฐาน แต่ในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี องค์กรอิสระ หน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งไม่มีอำนาจวินิจฉัย จึงควรมี “แนวทาง” (Guidelines) บ้าง นอกเหนือจากที่เคยถกเถียงกันในเชิงทฤษฎีปรัชญา อุดมการณ์ ในชั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ และในวงวิชาการทั้งในและนอกประเทศก็เคยถกเถียงกันมาแล้ว”¹⁵¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า นักกฎหมายไทยพึงร่วมกันทำความเข้าใจและสร้างความชัดเจนในประเด็นดังกล่าว โดยยึดหลักการ “แสวงจุดร่วม สงวนจุดต่าง” พัฒนาและ

¹⁵⁰ หลักนิติธรรม (น.78-79). เล่มเดิม.

¹⁵¹ แหล่งเดิม.

ทำให้หลักนิติธรรมซึ่งเป็นนามธรรมและมีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศมาเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทยโดยบัญญัติความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อให้หลักนิติธรรมเป็นเสาหลักในการค้ำยันให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือที่สามารถนำไปสู่ความเป็นธรรมอย่างแท้จริง ตลอดจนปลูกฝังหลักนิติธรรมนี้ให้ยังรากลึกในสังคมกฎหมายไทยเพื่อที่จะได้พัฒนาอย่างยั่งยืนต่อไป

กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย อันหมายถึงความรวมถึง การบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย โดยที่หลักนิติธรรมจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นเสาหลักที่ใช้ค้ำยันหรือค้ำกับไม่ให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมใดๆ กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจที่ฉ้อฉล ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือแม้แต่ศาลสถิตย์ยุติธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจและดุลยพินิจตามอำเภอใจ¹⁵²

2.4.2.3 สาระสำคัญ หรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรม และผลของการฝ่าฝืน

อัลเบิร์ต เวนน์ ไดซี่ (Albert Venn Dicey ค.ศ. 1835-1922) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักนิติธรรมได้อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมว่า “หลักนิติธรรมต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าชนชั้นใดย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (The Ordinary Law of the Land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (Ordinary Courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว”¹⁵³ ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็น

¹⁵² เอกสารประกอบการบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน”

เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556, โดย กำชัย จงจักรพันธ์, สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrc.go.th/th/?p=5716>

¹⁵³ From *Introduction to the study of the Law of the Constitution*(1885)(p.187-203), by Albert V. Dicey, 1959, London: MacMillan (อ้างถึงใน คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 196-197), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

อิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติตลอดจน ความสะดวกในการเข้าถึง กระบวนการยุติธรรม¹⁵⁴

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของหลักนิติธรรมจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม ดังต่อไปนี้ ก็ไม่ได้ อธิบายความแตกต่างกันมากนัก อาทิ

คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ เห็นว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) อาจจำแนกได้เป็น 2 ประการ¹⁵⁵ คือ

(1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ได้แก่ หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและ ตุลาการ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

โดยหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ดังนั้น หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ที่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งกับหลักนิติธรรมดังกล่าว ย่อมไม่มี ผลใช้บังคับ

(2) หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายกระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ จะไม่มีลักษณะสาระสำคัญครบถ้วนของการเป็นกฎหมายและกระบวนการ ยุติธรรมที่ดี หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ตาม กฎหมาย กระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใดๆ ยังใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด สาระสำคัญของหลักนิติธรรมใน ความหมายอย่างกว้าง ได้แก่ กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดแย้งกันเอง กฎหมายที่ดีต้องมีเหตุผล กฎหมายที่ดีต้องนำไปสู่ความเป็นธรรม กฎหมายที่ดีต้องคุ้มครองสิทธิ มนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย และสามารถ รองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติ

¹⁵⁴ แหล่งเดิม.

¹⁵⁵ หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม (น.1-9).
เล่มเดิม.

ตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล กฎหมายที่ดีต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิดหลักนิติธรรมความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้ และเคารพกฎหมาย กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยโปร่งใส และตรวจสอบได้ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า ด้วยค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก นักกฎหมาย ผู้ที่เกี่ยวข้อง ในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ ซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ เห็นว่า สาระสำคัญ หรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรม¹⁵⁶ ได้แก่ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลัง หรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้ หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ รวมทั้งสาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่ว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด” ซึ่งเป็นประเด็นของการศึกษา ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1) กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป

กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป หมายความว่า กฎหมายต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนโดยเสมอภาคกัน กฎหมายต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือกับคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ การตรากฎหมายจะต้องมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไป เป็นการวางกฎกติกาสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป อาทิเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 หากบุคคลใดได้กระทำการอันกฎหมายอาญายกเว้นไว้เป็นความผิด บุคคลนั้นๆ ก็จะมี ความผิดและได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้

¹⁵⁶ เอกสารประกอบการบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน”

เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556, โดย กำชัย จงจักรพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrc.go.th/th/?p=5716>.

วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลในนิติสัมพันธ์ตามนิติกรรมสัญญาต่างๆ ไว้เป็นการทั่วไป ดังนั้น แม้กฎหมายจะตราออกมาเพื่อใช้บังคับกับคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือวิชาชีพใดวิชาชีพหนึ่งก็ยังสามารถใช้ได้ หากใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับคนกลุ่มนั้นๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง ย่อมใช้บังคับกับเฉพาะพรรคการเมือง กฎหมายเกี่ยวกับแพทย์ย่อมใช้บังคับเฉพาะแพทย์ กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจประกันภัย ย่อมใช้เฉพาะบุคคลในวงการประกันภัย เป็นต้น แต่เป็นการบังคับใช้เป็นการทั่วไปในกลุ่ม ในสาขาอาชีพหรือวิชาชีพนั้นๆ เช่นนี้ไม่ขัดกับหลักที่ว่า กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป หลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจออกกฎหมาย มุ่งหมายกลั่นแกล้งทำลายล้าง หรือลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายมิได้เป็นเครื่องมือในการให้ความเป็นธรรมกับสังคม แต่กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจในการทำลายล้างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นปฏิปักษ์กับตน ดังนั้น หากกฎหมายมีลักษณะดังกล่าวย่อมขัดกับหลักนิติธรรมและไม่มีผลบังคับใช้¹⁵⁷

2) กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลัง หรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้

โดยองค์ประกอบของหลักนิติธรรมในข้อนี้มีสาระสำคัญเหมือนกันกับสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในข้อที่ว่า หลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายหมาย กล่าวคือ หากในขณะกระทำการใดๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา กฎหมายที่ออกในภายหลังจะบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดและมีโทษอาญาย้อนหลังไม่ได้ และในกรณีที่มิได้มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษอาญาอยู่แล้ว กฎหมายที่ตราออกมาในภายหลังจะบัญญัติให้มีโทษย้อนหลังหนักขึ้นมิได้ด้วย หลักนี้ตรงกับสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege” ซึ่งแปลว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังให้เป็นคุณ จากที่เคยเป็นความผิดให้ไม่มีความผิดที่ดี จากที่เคยมีโทษหนักเป็นโทษเบาลงก็ดี ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมในข้อนี้ด้วยเหตุนี้ กฎหมายนิรโทษกรรมที่ตราขึ้นในโอกาสต่างๆ ทั้งหลาย จึงไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม เช่น พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475 พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการต่อต้านการดำเนินการสงครามของญี่ปุ่น พุทธศักราช 2489 เป็นต้น¹⁵⁸

¹⁵⁷ แหล่งเดิม.

¹⁵⁸ แหล่งเดิม.

3) หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ

ผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นกลไกในการอำนวยความยุติธรรมขั้นสุดท้ายที่สำคัญยิ่ง และเพื่อเป็นการประกันว่าความยุติธรรมจะเกิดขึ้นจริง ในการพิจารณาพิพากษารรคดีทั้งหลาย ผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงต้องมีความเป็นอิสระและมีความเป็นกลางอย่างแท้จริงในการพิจารณา วินิจฉัยคดี โดยจะต้องไม่ถูกแทรกแซงทั้งจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติหรือแม้กระทั่งฝ่ายตุลาการ ด้วยกันเอง และนอกจากนี้ผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นอิสระจากใจตนเองด้วย คือ ต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีอคติในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นอคติอันเนื่องมาจากสาเหตุใด¹⁵⁹ หลักนิติธรรมในข้อนี้สอดคล้องตรงกับหลักกฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิม คือ กฎหมายตราสามดวง ส่วนที่ 3 ว่าด้วยหลักอินทภาษ ที่วางหลักธรรมในการดำรงตนและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลว่า จะต้องพิจารณาตัดสินอรรถคดีด้วยความเที่ยงธรรม ปราศจากความลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดอันเกิดจากอคติ 4 ประการ ได้แก่ จันทรคติ คือ ลำเอียงเพราะรักชอบ เห็นแก่อำิสสินบน โทษาคติ คือลำเอียงเพราะโกรธ ภัยาคติ คือลำเอียงเพราะกลัว และโมหาคติ คือลำเอียงเพราะหลง¹⁶⁰

4) รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น¹⁶¹

องค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ มีอำนาจเพราะกฎหมายมอบอำนาจให้¹⁶² ซึ่งเป็นไปตามหลักการจัดสรรกลไกการใช้อำนาจรัฐ หรือหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Seperation of powers) นั่นเอง ซึ่งแต่ละฝ่ายจะต้องใช้อำนาจเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งกฎหมายจะกำหนดจัดสรรอำนาจไว้ในลักษณะที่เหมาะสม มีการถ่วงและดุลกันอย่างพอเหมาะ รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น จะใช้อำนาจเกินขอบเขตกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ ซึ่งรัฐที่ยึดถือหลักนิติธรรม ทั้งรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่สามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำใดๆ ที่ไม่มีกฎหมายรองรับจึงไม่ชอบ และไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้น หลักนิติธรรมในข้อนี้จึงมุ่งคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยแท้

¹⁵⁹ จาก บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”, โดย จริญญา โฆษณานันท์, (ธันวาคม 2529-มีนาคม 2530), *วารสารกฎหมายจุฬา*, 11(1), น. 81-110.

¹⁶⁰ จาก หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน “หลักอินทภาษ” (น. 5), โดยกำชัย จงจักรพันธ์, ฉบับวันจันทร์ที่ 13 สิงหาคม 2555.

¹⁶¹ จาก “หลักนิติธรรมกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย” (น.28). หนังสือ รพี’51, โดยบรรศักดิ์ อูวรรณโณ, 2551, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 60.

¹⁶² จาก *หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม* (น.113-114), โดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

5) กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ

ภายใต้สังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ความพยายามของผู้มีอำนาจที่ น้อยลง ในอันที่จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของตนเพื่อกระทำการใดๆ อันไม่ถูกต้อง ไม่ชอบธรรม ย่อมผันแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย หลักนิติธรรมจึงต้องมีพลวัตร พัฒนาให้เท่าทันกับสถานการณ์ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น การตรากฎหมายอภัยโทษ หรือนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่เกิดขึ้น และผ่านมาแล้ว สามารถกระทำได้ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม แต่การนิรโทษกรรมให้แก่การกระทำที่จะเกิดขึ้นในอนาคต หรืออีกนัยหนึ่งรับรองให้สิ่งที่จะกระทำในอนาคตซึ่งอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ย่อมขัดต่อหลักนิติธรรม เพราะเท่ากับผู้กระทำการนั้นอยู่นอกกฎหมาย¹⁶³

กล่าวโดยสรุป นอกจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่มุ่งจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของ รัฐและมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว ยังมีหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่เป็นหลักแห่งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายของ รัฐ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อีกด้วย ซึ่งการที่รัฐจะตรากฎหมายใดมาสนับสนุนให้เป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญาไม่ว่าจะกระทำตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ¹⁶⁴ และหากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใดๆ ที่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งกับหลักนิติธรรมดังกล่าว ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นเสาหลักที่สำคัญสูงสุดในการค้ำยันกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมให้เป็นที่พึ่งของประชาชนได้อย่างแท้จริง เพราะหลักนิติธรรมเป็นเครื่องมือที่ใช้จำกัดและควบคุมการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของผู้มีอำนาจทั้งหลาย หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการควบคุมกำกับรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และหน่วยงานของรัฐทั้งหลายให้ใช้อำนาจไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด ทำให้เกิดสังคมที่เป็นธรรมทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข ซึ่งสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมได้รับการคุ้มครอง

2.4.2.4 แนวคิดและหลักการสำคัญของบทสันนิษฐานในคดีอาญาที่ว่า ผู้ต้องหาหรือ จำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ตามหลักนิติธรรม

¹⁶³ จาก หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน (น. 7), โดยคำชัย จงจักรพันธ์, ฉบับวันที่ 24 ธันวาคม 2553.

¹⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติคำว่า หลักนิติธรรม ให้ปรากฏเป็นรูปธรรม.

สาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่ว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด”¹⁶⁵ หรือข้อสันนิษฐานที่ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) นั้น อาจเรียกได้อีกอย่างว่า หลักผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกพิจารณาอย่างขาวสะอาด¹⁶⁶ หลักนิติธรรมในข้อนี้มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะต้องได้รับโอกาสต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีของตนอย่างเต็มที่ ตามขั้นตอนและกระบวนการของกฎหมาย การจำกัดโอกาส หรือปิดกั้นไม่ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยนำพยานเข้าสืบพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนจะกระทำมิได้ นอกจากนี้ หลักการพื้นฐานในข้อนี้ก็มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจรัฐรวบรัดใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จในการจับกุม คุมขังลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการต่อสู้คดีในศาลของผู้ต้องหาหรือจำเลย ตัวอย่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลักนิติธรรม เช่น บทบัญญัติมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502¹⁶⁷ ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวุ่นหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายใน หรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใดๆ ได้และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตามความในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ”

จากบทบัญญัติมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ดังกล่าวการที่ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งลงโทษบุคคลใดๆ ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการยุติธรรม ไม่ให้โอกาสแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการนำพยานมาสืบพิสูจน์ต่อสู้คดีเลย บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่มีผลใช้บังคับ แม้บทบัญญัตินี้ดังกล่าว

¹⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 วรรคแรก และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ที่วางบทสันนิษฐานว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence).

¹⁶⁶ “The Rule of law” *คูหาท*, 8(9), น 992, เล่มเดิม

¹⁶⁷ นอกจากนี้โปรดดูบทบัญญัติในทำนองเดียวกันที่มีบทบัญญัติขึ้นในรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในช่วงปฏิวัติรัฐประหาร อาทิ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 17 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 21 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 27 เป็นต้น

จะถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ตาม เพราะหลักนิติธรรมมีค่าเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุด¹⁶⁸

ทั้งนี้ หลักการพื้นฐานในข้อนี้ย่อมมีผลเป็นการห้ามมิให้กฎหมายมีบทสันนิษฐานเด็ดขาดไม่ว่าจะเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดในข้อเท็จจริง หรือบทสันนิษฐานเด็ดขาดในความผิด เพราะบทสันนิษฐานเด็ดขาดดังกล่าวย่อมมีผลทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญาไม่สามารถนำสืบพิสูจน์โต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้เลย จึงขัดต่อหลักนิติธรรมไม่มีผลใช้บังคับ

ดังนั้น ตามหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญา และหลักนิติธรรมจึงมีหลักการว่า “ในคดีอาญาโจทก์มีภาระต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำความผิดของจำเลย โดยจำเลยไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน” หลักการพื้นฐานดังกล่าวมิได้หมายความว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะมีบทสันนิษฐานข้อเท็จจริงไว้ก่อน หรือมีบทสันนิษฐานความผิดไว้ก่อนไม่ได้ หากแต่บทสันนิษฐานความผิดไว้ก่อนดังกล่าวจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อสู้คดีอาญาได้อย่างเต็มที่โดยนำพยานหลักฐานเข้าสืบพิสูจน์โต้แย้งบทสันนิษฐานไว้ก่อนได้ จึงจะเป็นบทบัญญัติที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมในข้อนี้

นอกจากนี้ ตามหลักการพื้นฐานดังกล่าวมิได้หมายความว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะถูกจำกัดหรือถูกปิดกั้นสิทธิบางประการในระหว่างที่อยู่ในกระบวนการดำเนินคดีไม่ได้ ตราบเท่าที่การถูกจำกัดและปิดกั้นสิทธินั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มีเหตุผลและสมควรแก่เหตุ แต่การจำกัดหรือปิดกั้นสิทธินั้นจะต้องไม่มีลักษณะเดียวกับผู้กระทำความผิดที่ศาลได้มีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิดแล้ว อาทิ ไม่สามารถจะนำผู้ต้องหาหรือจำเลยไปจำคุกเช่นเดียวกับผู้ที่ได้รับโทษจำคุกเด็ดขาดโดยคำพิพากษาของศาลแล้ว เป็นต้น

2.4.2.5 ข้อความคิดเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์และประเภทของข้อสันนิษฐานในคดีอาญา

จากข้อความคิดที่ถือปฏิบัติกันเป็นหลักสากลทั่วไปที่ว่า คู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ประเด็นข้อใดแล้วไม่นำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ตามที่ของตน หรือนำสืบไม่ได้ตามมาตรฐานการพิสูจน์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในประเด็นนั้น ถือว่าเป็นผู้ที่แพ้ในประเด็นนั้น¹⁶⁹ ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) จึงหมายถึง หน้าที่ที่กฎหมายบังคับให้คู่ความต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความแท้จริงของสิ่งที่ตนได้อ้างขึ้น โดยหลักแล้วประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้บัญญัติเรื่อง

¹⁶⁸ เอกสารประกอบการบรรยาย “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน” เมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2556 โดย กำชัย จงจักรพันธ์ สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.lrc.go.th/th/?p=5716>.

¹⁶⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น.215-217), โดย จริญ ภักดีชนากุล, 2555, (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ ฯ: พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย).

ภาระการพิสูจน์เอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 มาใช้เท่าที่จะใช้บังคับได้¹⁷⁰ กล่าวคือ ต้องใช้หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องมีการการพิสูจน์” เมื่อในคดีอาญาโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญา โจทก์จึงต้องมีการการพิสูจน์ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญาตามที่ตนกล่าวอ้าง¹⁷¹ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 จะพบว่าหากมีข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยเกิดขึ้น จะมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลยในคดีอาญาทันที กล่าวคือ สามารถนำมาใช้เพื่อเปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากฝ่ายที่กล่าวอ้างให้ไปอยู่กับฝ่ายตรงกันข้ามได้ โดยนำมาเป็นข้อยกเว้นของหลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นเป็นฝ่ายนำสืบได้¹⁷² ซึ่งข้อสันนิษฐานตามมาตรา 84/1 แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย (Statutory Presumption) และข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (Factual Presumption)

1) ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย (Statutory Presumption) หมายถึง กรณีที่มีกฎหมายกำหนดว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นพื้นฐาน (Basic Facts) เกิดขึ้นให้สันนิษฐานว่ามีข้อเท็จจริงอีกอย่างหนึ่งเกิดขึ้น (Presumed Facts) โดยข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Absolute or Irrebuttable Presumption) ซึ่งคู่ความไม่มีสิทธิโต้แย้งข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กฎหมายสันนิษฐานเอาไว้ได้เลย กลายเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความไม่อาจโต้แย้งได้¹⁷³ ซึ่งไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ และข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (Rebuttable Presumption) ซึ่งมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลยในคดีอาญา¹⁷⁴ เช่น ข้อสันนิษฐานที่ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) อันเป็นบทสันนิษฐานทั่วไปที่ไม่มีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Facts) กล่าวคือ “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด”¹⁷⁵ ฉะนั้น บุคคลใดที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญา ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15.

¹⁷¹ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น.111). โดย เข้มชัย ชิววงศ์, 2557 (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

¹⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 84/1.

¹⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 84(2).

¹⁷⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น.85). โดย พรเพชร วิชิตชลชัย, 2555 (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

¹⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39.

บทนี้ทันที¹⁷⁶ ซึ่งเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่ให้การรับรองว่า บุคคลจะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น บทบัญญัติที่เป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลย และผลักภาระการพิสูจน์โต้แย้ง หรือหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นไปให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้แทนของนิติบุคคลจึงเป็นบทบัญญัติที่ละเมิดต่อหลักประกันของบทสันนิษฐานนี้¹⁷⁷

2) ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (Factua Presumption) หรือที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 เรียกว่า ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่เรียกว่าหลัก Res Ipsa Loquitor (The thing speaks for itself) เช่น ในบางสถานการณ์ที่สภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ย่อมแสดงตัวของมันเองอยู่ว่าจำเลยกระทำการโดยประมาท จึงมีผลมาเปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากฝ่ายโจทก์ให้ไปอยู่กับฝ่ายจำเลยที่จะต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานว่าตนไม่ได้กระทำโดยประมาท ซึ่งหากจำเลยไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ก็ต้องแพ้ในประเด็นนี้ไป¹⁷⁸ ข้อสันนิษฐานบทนี้จึงเกิดขึ้นจากการอนุมานข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบเข้ามาเท่านั้น ซึ่งมีผลเป็นการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานไปให้แก่จำเลยในคดีอาญาด้วย ซึ่งในการนำข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง (Factual Presumption) มาปรับใช้กับคดีอาญานั้น จึงไม่มีปัญหาว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยได้ เพราะการนำเอาข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงมาใช้เป็นดุลพินิจของศาลยุติธรรมในแต่ละคดีว่าจะถือเอาข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงตามสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ แต่ศาลยุติธรรมเองก็ต้องคำนึงถึงหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ซึ่งมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อยู่เสมอ¹⁷⁹

ดังนั้น จากแนวความคิด และสาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ดังกล่าวข้างต้น การที่รัฐจะตรากฎหมายมากำหนดบทสันนิษฐานให้เป็นโทษแก่

¹⁷⁶ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น.217). เล่มเดิม.

¹⁷⁷ รายละเอียดโปรดดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 ในภาคผนวก ก. และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2556 ในภาคผนวก ข.

¹⁷⁸ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น.190). เล่มเดิม.

¹⁷⁹ จาก “ผลกระทบทางอ้อมของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556 และ 12/2555 ต่อความชอบธรรมของข้อสันนิษฐานตามสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ (Factual Presumption) ในคดีอาญา.” น. 122-129. โดย ไกลพล อนุรักษ์รัตน์, 2256, หนังสือประชุมบทความวิชาการทางกฎหมายเนื่องในโอกาสวันพี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จำเลยในคดีอาญานั้น มิใช่จะกระทำได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องกระทำภายใต้กรอบของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตามหลักการที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ซึ่งมีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม(The Rule of Law) ดังนั้น หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายวางข้อสันนิษฐานที่มี Rational Connection หรือมีความเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงอย่างสมเหตุสมผลระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Facts) กับข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน(Presumed Fact) หรือข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐาน ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 6 ที่ให้สันนิษฐานไว้ว่า ผู้ใดอยู่ในวงพนัน ให้สันนิษฐานว่าเขาร่วมเล่นพนันด้วย¹⁸⁰ กล่าวคือ การที่เขายู่ในวงพนัน เป็น Basic Facts กฎหมายจึงสันนิษฐานให้ได้ว่าเขาร่วมเล่นพนันในวงนั้นด้วยเป็น Presumed Fact ซึ่งในสถานการณ์นี้ที่ Basic Facts กับ Presumed Fact มีความเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงอย่างสมเหตุสมผล จึงส่งผลให้กฎหมายที่วางบทสันนิษฐานเป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญาบทนี้ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และมีผลไปเปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากฝ่ายโจทก์ให้ตกไปอยู่กับฝ่ายจำเลยได้ ภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ตามรัฐธรรมนูญ จึงเปิดช่องทางให้นำเอาหลัก Rational Connection มาลบล้างบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่เป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญาได้¹⁸¹ ซึ่งเป็นหลักวิชาหลักสากลที่เป็นไปได้มากๆ ที่ต่อไปศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้ประกอบการวิเคราะห์ว่ากฎหมายฉบับต่างๆ ที่กำหนดบทสันนิษฐานเป็นโทษแก่จำเลยในคดีอาญานั้นจะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจักได้นำเสนอในบทวิเคราะห์ บทที่ 4 ต่อไป

2.4.2.6 ข้อความคิดเกี่ยวกับบทสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ของจำเลยกับหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีอาญา

บทสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ของจำเลยตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁸² ที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในทางอาญา กำหนดบทสันนิษฐานว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” โดยในคดีอาญา โจทก์จะต้องนำสืบให้ปราศจากสงสัยว่าจำเลยทำผิดจริง แต่ในคดีแพ่งศาลต้องดูพยานหลักฐานของทุกๆ ฝ่าย แล้วพิจารณาว่าพยานหลักฐานทั้งหมดนั้นเอียงหนักไปข้างฝ่ายใด แม้ว่าไม่ถึงกับปราศจากข้อสงสัยศาลก็ยังชี้ขาดให้ฝ่ายนั้นชนะคดีได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 899/2487) จากหลักดังกล่าว จึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีอาญาประการหนึ่ง คือ หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio

¹⁸⁰ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต. 2/2494 ในภาคผนวก จ.

¹⁸¹ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น. 220). เล่มเดิม

¹⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 39 วรรคสอง.

pro reo)¹⁸³ ซึ่งมีหมายความว่า กรณีใดก็ตามที่ยังมีความสงสัยตามสมควรในคดี กรณีนั้นต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีกับผู้กระทำความผิด¹⁸⁴ หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่สำคัญประการหนึ่ง และเป็นหลักรัฐธรรมนูญทีเดียว ซึ่งหมายความว่า ผู้ถูกกล่าวหา (จำเลย) ไม่ต้องพิสูจน์เรื่องฐานที่อยู่ของตน แต่ต้องมีการพิสูจน์โดยพยานหลักฐานอย่างแน่ชัดว่า ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ ณ ที่เกิดเหตุหรือร่วมกระทำความผิดในการกระทำความผิดอาญานั้นอย่างไร ซึ่งเป็นความสงสัยในข้อเท็จจริงเท่านั้น ความสงสัยในข้อกฎหมายจะใช้หลักนี้ไม่ได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 หรือข้อสงสัยในความไม่สามารถรับผิดเนื่องจากวิกลจริตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 หรือข้อสงสัยในเรื่องเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว เช่น การถอนตัวจากการกระทำความผิดในความผิดอาญาฐานพยายามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 เหล่านี้ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้ผู้ถูกกล่าวหาซึ่งหลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย แสดงให้เห็นถึงข้อความคิดพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วยว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามุ่งถึงการยกฟ้องผู้บริสุทธิ์มากกว่าการลงโทษผู้ผิด หรือที่มักกล่าวกันเสมอว่า “ปล่อยคนทำผิดไปสิบคน ดีกว่าลงโทษคนบริสุทธิ์เพียงคนเดียว”¹⁸⁵

ในการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องที่รัฐต้องดำเนินการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองภายใต้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ¹⁸⁶ และมีพนักงานอัยการทำหน้าที่ดำเนินคดีในนามของรัฐเป็นหลัก แม้ผู้เสียหายจะมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้ก็ตาม¹⁸⁷ แต่ในการดำเนินคดีอาญายังคงอยู่บนฐานของการตรวจสอบโดยมีคำฟ้องของโจทก์ที่กล่าวหาจำเลยเป็นกรอบในการดำเนินคดีของศาล และศาลจะพิจารณาตามฟ้องที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องมีพยานหลักฐานสนับสนุน โจทก์จึงต้องนำเสนอพยานหลักฐานที่ยืนยันการกระทำความผิดของจำเลยเสมอ แม้ในกรณีที่จำเลย

¹⁸³ หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย.”

¹⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 572/2500 : ประโยชน์แห่งความสงสัยที่จะยกให้แก่จำเลยนั้น ต้องมีเหตุผลอันสมควรให้เกิดความสงสัย ข้อสงสัยที่ห่างไกลต่อเหตุ ไม่เป็นเหตุให้ศาลต้องยกฟ้อง.

¹⁸⁵ จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น.72-74), โดย คณิต ณ นคร, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁸⁶ แหล่งเดิม.

¹⁸⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลเหล่านี้มีหน้าที่ฟ้องคดีอาญาต่อศาล (1) พนักงานอัยการ (2) ผู้เสียหาย”.

ให้การปฏิเสธลอยๆ หรือไม่ให้การเลย จะถือว่าจำเลยไม่มีประเด็นนำสืบเหมือนในคดีแพ่งไม่ได้ เพราะการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องที่ต้องตรวจสอบค้นหาความจริงตามภาวะวิสัยเพื่อให้ทราบแน่ชัดว่ามีการกระทำความผิดหรือไม่ และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ และองค์การในกระบวนการยุติธรรมต้องคำนึงถึงความเป็นเสรีนิยมที่กระบวนการยุติธรรมต้องทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย คือนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษและในขณะเดียวกันก็ต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยมีหลักประกันเพียงพอที่จะไม่ให้เกิดความผิดพลาดในการใช้อำนาจกระทำให้ผู้บริสุทธิ์หรือบุคคลใดได้รับความเดือดร้อนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹⁸⁸

ภายใต้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ได้ส่งผลต่อการกำหนดภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) และหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในคดีอาญา ซึ่งในคดีอาญานั้นกฎหมายกำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยถึงขนาดที่ศาล เชื่อได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt) หากโจทก์นำสืบไม่ได้ตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ศาลต้องยกฟ้องโจทก์ และพิพากษาว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหา ส่วนจำเลยก็ต้องนำสืบโต้แย้งว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำความผิดตามที่โจทก์กล่าวหาเท่านั้น ดังนั้น ภาระการพิสูจน์ในคดีอาญาจึงตกอยู่กับโจทก์ผู้กล่าวหาเป็นหลัก โดยเมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิด¹⁸⁹ โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์ โดยเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเห็นถึงการกระทำความผิดของจำเลยในระดับปราศจากข้อสงสัย ศาลจึงจะลงโทษจำเลยได้ และหากโจทก์นำสืบได้ไม่ชัดเจน ศาลก็ต้องยกฟ้องโจทก์ ส่วนจำเลยคงทำหน้าที่แต่เพียงสืบพยานหลักฐานโต้แย้งเท่านั้น หรือต้องนำสืบพยานหลักฐาน ในบางกรณี เช่น จำเลยให้การปฏิเสธ จำเลยไม่มีภาระการพิสูจน์แต่อย่างใด เมื่อโจทก์นำสืบในเบื้องต้นแล้ว จำเลยมีหน้าที่เพียงนำพยานหลักฐานเข้าสืบแก้หรือหักล้างให้เห็นว่าพยานหลักฐานของโจทก์ยังมีข้อสงสัยอยู่ตามสมควรเพื่อให้ศาลยกฟ้องโจทก์ หรือกรณีที่จำเลยให้การปฏิเสธแต่ยกเหตุแห่งการปฏิเสธมาด้วย เช่น อ้างฐานที่อยู่ อ้างว่าเป็นเรื่องอุบัติเหตุ หรือกล่าวอ้างอะไรขึ้นมาใหม่ กรณีเหล่านี้จำเลยคง

¹⁸⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น.35-36), โดย อุศุม รัชธัมฤต, 2558, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁸⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158(5) ในการฟ้องคดีของโจทก์นั้น โจทก์ต้องกล่าวอ้างข้อเท็จจริงให้ครบองค์ประกอบความผิดที่ฟ้อง และโจทก์ต้องกล่าวถึงการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิด ข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้องด้วยพอสมควรเท่าที่จะทำให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดี.

มีหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบเท่านั้น ห้ามมิการกระพริบตาไม่ เพราะตามหลักในการดำเนินคดีอาญา โจทก์ยังคงมีการกระพริบตาเพื่อหักล้างข้อต่อสู้ของจำเลยในข้อหาดังกล่าวอยู่นั่นเอง¹⁹⁰

2.4.3 ความแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม

เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ประกอบกับการปรับใช้หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่าหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันทั้งในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย รวมทั้งการมีศาลปกครองและระบบวิพิจารณาคดี ตลอดจนแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ¹⁹¹ ในที่นี้ผู้เขียนขอพิจารณาความแตกต่างเฉพาะการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายเท่านั้น ที่มีความสัมพันธ์กับขอบเขตการศึกษาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

2.4.3.1 ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดยเหตุที่ประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมาย Common Law หรือกฎหมายจารีตประเพณี จึงไม่มีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ในอังกฤษไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง และอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

สำหรับประเทศในภาคพื้นยุโรป ที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมัน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นผูกพันทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง¹⁹² ซึ่งหมายความว่า ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ องค์กรนิติบัญญัติ มีหน้าที่ในทาง

¹⁹⁰ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (น.214-216). เล่มเดิม.

¹⁹¹ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 200-204). เล่มเดิม.

¹⁹² โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 มาตรา 1 (3)-Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Art. 1(3).

รัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน มิฉะนั้น
ต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.4.3.2 ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ตามหลักนิติรัฐ องค์การนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้น
ใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์การนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศ
หลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐจึงกำหนดให้มีองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้น องค์การที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้ โดยปกติ
แล้วย่อมได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าตามหลักนิติรัฐ การตรากฎหมายขององค์การนิติ
บัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตามการควบคุม
ตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์การนิติบัญญัตินั้น องค์การตุลาการซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ ศาล
รัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควบคุมตรวจสอบความชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์การนิติบัญญัติโดยเกณฑ์ในทางกฎหมาย ไม่อาจนำ
เจตจำนงของตนเข้าแทนที่เจตจำนงขององค์การนิติบัญญัติได้

ในอังกฤษซึ่งเดินตามหลักนิติธรรมนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐาธิปัตย์ ในทางทฤษฎี
รัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมาย ขัดหรือแย้ง
ต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ จารีตประเพณี
การอ้างเช่นนั้นก็มีผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นสิ้นผลลงไม่ ศาลในระบบกฎหมาย
อังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้น
โดยรัฐสภา และด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา
อังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากองค์กรที่ตรากฎหมายตลอดจนกระบวนการควบคุมตรวจสอบ
กฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว เราอาจจะกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในประเทศเยอรมนี
สัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมาย
สูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในประเทศอังกฤษ
สัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

กล่าวโดยสรุป ถึงแม้ว่าหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law)
จะมีความแตกต่างกันอยู่ แต่ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ได้รับการพัฒนาขึ้นในโลก
ตะวันตกโดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง
ต่างก็ไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยตนเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์
ซึ่งหมายความว่า ผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใดๆ ก็ตาม การกระทำนั้น

ต้องสอดคล้องกับกฎหมายจะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ ซึ่งหลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน และคงตอบได้ยากว่าหลักการใดดีกว่ากัน หากนำแนวคิดของทั้งสองหลักมาวิเคราะห์เพื่ออธิบายระบบกฎหมายไทยโดยที่มุ่งไปที่การจัดโครงสร้างของรัฐธรรมนูญไทยตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว จะเห็นได้ว่ารูปแบบและระบบกฎหมายไทยพยายามเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนาในภาคพื้นยุโรปดังจะเห็นได้จากการยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 6 ตลอดจนการประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสองฉบับดังกล่าว¹⁹³ กล่าวโดยเฉพาะการประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการที่รัฐธรรมนูญให้รับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล รวมทั้งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามแนวคิดของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ความเชื่อมโยงของหลักนิติรัฐกับการยอมรับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ อันมีผลโดยตรงต่อการให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาที่ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” เพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในทางอาญาดังกล่าว

2.5 แนวคิดเกี่ยวกับภารกิจของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในการศึกษาถึงปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม มีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับภารกิจของรัฐ เพราะการเป็นรัฐที่ยอมรับนับถือคุณค่าของหลักประชาธิปไตยและคุณค่าของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) นั้น รัฐจะต้องมีภารกิจที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพื่อกำหนดขอบเขตการกระทำของรัฐในรัฐธรรมนูญและกำหนดเขตแดนแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคลที่รัฐไม่สามารถก้าวล่วงได้ หรือหากจะก้าวล่วงได้ก็ต้องทำตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองย่อมจะเห็นได้ว่ารัฐมีภารกิจที่สำคัญ ดังนี้

¹⁹³ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 192, 205-206). เล่มเดิม.

2.5.1 การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความปลอดภัยของรัฐ

ภารกิจเรื่องนี้ถือว่าเป็นภารกิจดั้งเดิม และเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ เพื่อให้ภารกิจดังกล่าวนี้บรรลุผลจึงจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องกำหนดให้รัฐเป็นผู้ที่ผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในรัฐนั้นซึ่งด้านหนึ่งก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ปัจเจกบุคคลในการที่จะไม่ใช่กำลังทางกายภาพในการบังคับการตามสิทธิของตนด้วยตนเอง เพราะหากให้ปัจเจกบุคคลบังคับตามสิ่งที่บุคคลนั้นเห็นว่าถูกต้องแล้ว ความวุ่นวายก็จะเกิดขึ้นทั่วไปในรัฐ นอกจากนี้รัฐยังผูกขาดการใช้กำลังทางทหารในการป้องกันบูรณภาพแห่งดินแดนอีกด้วย ซึ่งการรักษาความปลอดภัยนั้นรัฐย่อมต้องมีกองทัพไว้ป้องกันประเทศ นอกจากนี้การเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ รัฐก็ทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางการทูต ตลอดจนความสามารถในการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ และมีความสามารถในการทำสนธิสัญญารวมตัวกับประเทศต่างๆ เป็นองค์การระหว่างประเทศ หรือเป็นองค์กรเหนือรัฐเพื่อสร้างสันติสุขในระดับภูมิภาคอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของรัฐทางหนึ่งด้วย¹⁹⁴

2.5.2 การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การที่ระบบกฎหมายยอมรับสิทธิมนุษยชนตลอดจนสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นย่อมมีผลจำกัดขอบเขตการกระทำของรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญจะกำหนดแดนแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคลซึ่งรัฐไม่สามารถก้าวล่วงได้หรือสามารถก้าวล่วงได้ ก็ย่อมจะต้องทำตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามรัฐไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเท่านั้น ในอีกด้านหนึ่งรัฐย่อมมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านั้นด้วย ภารกิจดังกล่าวนี้ทำให้รัฐต้องจัดโครงสร้างตลอดจนกระบวนการทางกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอาทิเช่น การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับ (Pre Publication Control)¹⁹⁵ และการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹⁹⁶ (Post Publication

¹⁹⁴ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.75). เล่มเดิม.

¹⁹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154.

¹⁹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 มาตรา 212.

Control)¹⁹⁷ ยิ่งกว่านั้นรัฐยังมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย เช่น ในกรณีที่มิถิยันตรายคุกคามชีวิตหรือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลจากบุคคลที่สามอันเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ รัฐย่อมมีหน้าที่จัดวางการกระทำนั้นเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลที่ถูกล่วงละเมิด อาจกล่าวเป็นหลักได้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่กระทำให้รัฐมีหน้าที่งดเว้นกระทำที่จะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังให้รัฐมีหน้าที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิจากการถูกล่วงละเมิด โดยบุคคลที่สามอีกด้วย¹⁹⁸

นอกจากภารกิจหลักของรัฐข้างต้นแล้ว รัฐยังมีการกิจรอ ได้แก่ การจัดการศึกษาและการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม การจัดสวัสดิการสังคมและการสร้างความเป็นธรรมในสังคม รวมทั้งการส่งเสริมและการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และการพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม¹⁹⁹ เป็นต้น

2.6 แนวคิดหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากหลักการของบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่ว่า จำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์นี้ ประเทศไทยได้รับรองให้ปรากฏไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นฉบับแรก ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550²⁰⁰ ได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในทางอาญาตามบทสันนิษฐานที่ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” อันมีเจตนารมณ์เพื่อรับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญามีให้ต้องตกอยู่ในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดก่อนที่จะได้รับการพิสูจน์ความผิดจากโจทก์ ซึ่งเป็นบทสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และโดยขอบเขตของสิทธินี้ใช้บังคับกับคดีอาญาทุกกรณี โดยไม่มีข้อยกเว้นเพื่อเป็นหลักประกันความบริสุทธิ์

¹⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245(1) และมาตรา 257(2) ซึ่งผู้ร้องขอจะเป็นองค์กรของรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

¹⁹⁸ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.75-76). เล่มเดิม.

¹⁹⁹ แหล่งเดิม.

²⁰⁰ ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ถูกยกเลิกตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ได้อิธอำนาจการปกครองจากรัฐบาลรักษาการ เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และต่อมามีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131/ตอนที่ 55 ก/หน้า 1 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม 2557.

แก่ประชาชน²⁰¹ ดังนั้น เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาตามบทสันนิษฐานที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงแนวคิดหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล แนวคิดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ ความหมาย และการแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อเป็นพื้นฐานของการศึกษาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งการที่ราษฎรจะมีความผาสุกได้ มิใช่เพราะอยู่ในประเทศซึ่งมีระบบการปกครองที่ดีเท่านั้น หากจะต้องมีหลักประกันเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์และเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง²⁰² สามารถศึกษาได้ ดังนี้

2.6.1 แนวคิดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทางอาญาตามรัฐธรรมนูญ

ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีข้อความสั้นหรือข้อความยาว อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีบทบัญญัติรับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ โดยบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ได้ถูกบัญญัติให้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของอังกฤษ ชื่อ Bill of Rights ค.ศ. 1688 ต่อมาได้มีผู้นำเรื่องของสิทธิและเสรีภาพไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่างๆ ที่อยู่ในดินแดนอเมริกาสมัยเมื่อยังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ และหลังจากที่อเมริกาได้ประกาศอิสรภาพแล้วก็ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ตามบทแก้ไขเพิ่มเติม (Amendments) บทที่ 1 ถึงบทที่ 10 หลังจากนั้นก็ได้แพร่หลายไปในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลก²⁰³ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ความตื่นตัวในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของบุคคล นักกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างมีความคิดให้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคลไว้ในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หมายถึง สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มีการคุ้มครองและมีหลักประกันโดยรัฐธรรมนูญ และส่งผลต่อการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration

²⁰¹ บันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2540.

²⁰² จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 151-152)*, โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2553, (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²⁰³ *กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น.640)*. เล่มเดิม.

of Human Rights) ของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948 สร้างบรรทัดฐานให้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ โดยมีกระบวนการทางกฎหมายต่างๆ ให้การคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้น จำเป็นต้องเชื่อมโยงถึงเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้เข้ามามีบทบาทครอบคลุมอยู่ด้วย เนื่องจากสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองทุกประเภท ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้น เป็นพื้นฐานที่มาของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติขึ้นเพื่อให้การรับรองและคุ้มครอง และเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ²⁰⁴ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพเป็นรากฐานสำคัญที่รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายได้ให้การยอมรับต่อหลักการพื้นฐานการปกครองโดยยึดหลักนิติรัฐ(Rechtsstaatsprinzip) และการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐเพื่อมิให้รัฐกระทำการละเมิดต่อกฎหมายซึ่งอาจกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยเกินกว่าความจำเป็น การกระทำของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการตรากฎหมายจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของรัฐสมัยใหม่ที่ได้รับแนวคิดมาจากทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมนั้น รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับที่ผ่านมาได้มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเช่นกัน

2.6.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ตามความหมายดั้งเดิมของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ย่อมหมายถึง สิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของบุคคลที่จะต้องได้รับการเคารพจากรัฐ หรือ “สิทธิในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ”²⁰⁵ โดยเมื่อนุชนมีความเชื่อว่าประชาชนมีสิทธิในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐแล้ว รัฐก็ต้องมีหน้าที่บางประการเพื่อละเว้นจากการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชนนั้นเช่นกัน โดยมีสาเหตุสำคัญที่สืบเนื่องมาจากแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” มีที่มาจากแนวคิดเรื่อง “กฎหมายธรรมชาติ”²⁰⁶ ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเอง มนุษย์ไม่ได้เป็นผู้สร้างขึ้นอย่างกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น และเป็นกฎหมายที่

²⁰⁴ จาก กระบวนการทางกฎหมายและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ (น.3-4), โดย วุฒิชัย จิตตานุ, 2549, กรุงเทพฯ ฯ : มิตเตอร์ก๊อปปี.

²⁰⁵ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 151-152), เล่มเดิม.

²⁰⁶ แหล่งเดิม.

ใช้ได้ไม่จำกัดกาลเวลาและสถานที่ ซึ่งฌอง ริเวโร (Jean Rivero) ได้กล่าวว่า²⁰⁷ “กฎหมายธรรมชาตินี้มีฐานะเหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐต้องเคารพกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ และจะไร้สภาพบังคับหากว่าขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ” ในแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งถือกำเนิดมาจากปรัชญาของกรีกในสมัยศตวรรษที่ 5 มีหลักปรัชญาว่า ในกรณีที่มีการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายของพระเจ้าและกฎหมายของรัฐ บุคคลจะต้องเคารพกฎหมายของพระเจ้า ทั้งนี้ เพราะกรีกเชื่อกันว่าชนบทรบเร่หรือพิธีทางศาสนานี้เป็นกฎหมายของพระเจ้า ซึ่งมีความศักดิ์สิทธิ์กว่ากฎหมายที่มนุษย์เขียนขึ้นและมีผู้เคารพอยู่มากมาย ดังนั้น เมื่อมีการขัดกันระหว่างกฎหมายของพระเจ้าและกฎหมายของรัฐแล้วย่อมเป็นการชอบธรรมที่จะเลือกปฏิบัติตามกฎหมายของพระเจ้า²⁰⁸

ฉะนั้น ตามความหมายดั้งเดิมของแนวความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงมีผลอย่างมากต่อการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประเทศต่างๆ ในปัจจุบันนี้ ไม่ว่าจะเป็นการรับรองไว้เป็นกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ หรือการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม และยังถือได้ว่าเป็นแนวความคิดทางการเมือง ซึ่งหมายถึง สิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของบุคคลที่จะต้องได้รับการเคารพจากรัฐ หรือเป็น “สิทธิในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ” อันมีผลในประการสำคัญคือ รัฐมีหน้าที่หรือพันธะที่จะต้องงดเว้นการกระทำ โดยไม่เข้าไปแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิดังกล่าวจึงเรียกกันว่า “สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง” (Civil and Political Rights) อันได้แก่ ความเสมอภาค สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะมีความมั่นคงปลอดภัยในร่างกาย สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม สิทธิที่จะมีเสรีภาพในการประชุมหรือการสมาคม ซึ่งรวมทั้งสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนไปใช้อำนาจอธิปไตย และสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทน เป็นต้น ซึ่งสิทธิทางแพ่งและทางการเมืองดังกล่าว เป็นสิทธิประการหนึ่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่างๆ ได้มีบทบัญญัติรับรองไว้ด้วย

²⁰⁷ From *Libertes Publiques* (P.35), Jean Rivero, 1973, Paris : P.U.F (อ้างถึงใน *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*) (น. 154), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2553, (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

²⁰⁸ จาก *ทฤษฎีการเมืองและสังคม* (น. 23), โดย เศรษฐาธิ วงศ์โกมลเชษฐ์, กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์ดวงแดด (อ้างถึงใน *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง*) (น. 154), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2553, (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

2.6.2.1 ความหมายของ สิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ

ในที่นี้จะต้องทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “สิทธิ” และคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ก่อน ซึ่งคำว่า สิทธิ (Right) ได้มีนักวิชาการจากต่างประเทศและในประเทศไทยได้ให้คำจำกัดความไว้ อาทิเช่น

Jhering นักกฎหมายชาวเยอรมัน ได้ให้คำจำกัดความว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจ หรือ ประโยชน์ที่กฎหมาย รับรอง ค้ำครอง และบังคับให้ หรือความชอบธรรมที่ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้ กับบุคคลอื่นได้ สิทธินั้นจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิ²⁰⁹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายคำว่า “สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่ กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่า เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่า มีอยู่ และเป็น สิทธิประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตาม สิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย²¹⁰

ศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการใดอย่าง หนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย²¹¹

ตามความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สิทธิ (Right) นั้นหมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่ กฎหมายรับรองคุ้มครอง และบังคับให้ เป็นสิทธิที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของเรา ซึ่ง เป็นความหมายสำหรับกลุ่มประเทศเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไป²¹² สิทธิดังที่กล่าวมานี้เป็นสิทธิ ทางกฎหมาย นั่นเอง

ส่วนคำว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้คำจำกัดความไว้²¹³ อาทิเช่น

หลวงประดิษฐมนูธรรม ได้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายธรรมนูญการปกครอง แผ่นดิน เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในแผ่นดินทั้งหลาย และวิธีดำเนินการ

²⁰⁹ หลักกฎหมายมหาชน(Principles of Public Law) พร้อมด้วยแนวคำถามและคำตอบ (น.74). เล่มเดิม.

²¹⁰ จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น.205), โดย หยุด แสงอุทัย, 2527, กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง.

²¹¹ จาก สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น.21), โดย วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²¹² กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น.151-152). เล่มเดิม.

²¹³ จาก หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1 (น.6-11), โดย โกลิน ฟลกุล, และ ชาญชัย แสงวงศ์, 2541, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ทั่วไปแห่งอำนาจนี้ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญการปกครองวางหลักทั่วไปแห่งอำนาจสูงสุดในประเทศ²¹⁴

ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ได้ให้ความหมายของคำว่า รัฐธรรมนูญไว้ว่า คือ คัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการมากบ้างน้อยบ้างเป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรทางการเมืองของรัฐ²¹⁵

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายไว้ว่า รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้นๆ ต่อกันและกัน²¹⁶ ซึ่งเดิมในประเทศเยอรมันได้มีการถกเถียงกันว่า "สิทธิ" จะเกิดจากกฎหมายมหาชนได้หรือไม่ ต่อมาในศตวรรษที่ 19 จึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า สิทธิสามารถเกิดจากกฎหมายมหาชนได้²¹⁷

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทิย์ อธิบายว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) หมายความว่า เอกสารที่มีความศักดิ์สิทธิ์พิเศษทางกฎหมาย กำหนดกรอบแห่งองค์การปกครองของรัฐ และหลักการสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ปกครองรัฐ มีความมุ่งหมายให้ถาวรยั่งยืน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่ไม่ใช่ทำลาย..."

ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ตามความหมายนี้จึงหมายถึง สิทธิในทางมหาชน (Public Rights) เป็นอำนาจตามกฎหมายสูงสุดของประเทศที่บุคคลได้รับตามกฎหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง โดยสามารถเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืองดเว้นกระทำการ หรือใช้ยื่นให้บุคคลอื่นต้องยอมรับสภาพ นอกจากนี้ เมื่อเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญเป็นประเภทกฎหมายที่ถูกจัดไว้ในส่วนของกฎหมายมหาชน²¹⁸ และเป็นที่ปรากฏในวงการวิชาการว่า สิทธิตามกฎหมายมหาชน คือ สิทธิที่ปัจเจกชนได้รับจากกฎหมายมหาชน ซึ่งเดิมในประเทศเยอรมันได้มีการถกเถียงกันว่า "สิทธิ" จะเกิดจากกฎหมายมหาชนได้หรือไม่ ต่อมาในศตวรรษที่ 19 จึงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า สิทธิสามารถเกิดจากกฎหมายมหาชนได้²¹⁹ ดังนั้น สิทธิต่างๆ ที่ปัจเจกบุคคลได้รับจากรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ จึงมีสภาพเป็นสิทธิตาม

²¹⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง พิมพ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พล.ต.ต.พัฒน์ นิลพัฒนานนท์ (น.4), โดย ประดิษฐ์มนูธรรม หลวง, 2513, กรุงเทพฯ. ม.ป.พ.

²¹⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (น.20). โดย ไพโรจน์ ชัยนาม, 2493, พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.

²¹⁶ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.24). เล่มเดิม.

²¹⁷ แหล่งเดิม.

²¹⁸ หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1 (น. 6-11). เล่มเดิม.

²¹⁹ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.213). เล่มเดิม.

กฎหมายมหาชนไปด้วย โดยเหตุนี้เองในการศึกษาถึงความหมายของคำว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญ จึงจำต้องศึกษาของความหมายของสิทธิตามกฎหมายมหาชนด้วย ในประเด็นนี้ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทัศนะว่า สิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายความว่า รัฐ โดยรัฐธรรมนูญก็ดี โดยกฎหมายก็ดี ย่อมผูกพันตนเองเป็นการผูกมัดของอำนาจสาธารณะเพื่อประโยชน์ของเอกชน สิทธิตามกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิของราษฎรที่มีต่อรัฐและอำนาจสาธารณะอื่น²²⁰

กล่าวโดยสรุป จากนิยามความหมายของสิทธิ ตามความหมายทั่วไป ย่อมหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการใด อย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย อย่างไรก็ตาม ความหมายของสิทธิตาม รัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือ กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใด แทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองยังก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐ ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากนี้ สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ยังหมายความรวมถึง การให้ หลักประกันในทางหลักการ (die institutionellen Garantien) ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบัน ในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ หรือเสรีภาพในทางวิชาการ เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลต่อรัฐ และสิทธิตาม รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และ คุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ²²¹

2.6.2.2 ความหมายของ เสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ

คำว่า เสรีภาพ (Liberty) ได้มีนักวิชาการจากต่างประเทศและของไทยหลายท่านได้ให้ คำจำกัดความไว้ ดังนี้

Salmond นักกฎหมายชาวอังกฤษ ได้ให้คำจำกัดความว่า เสรีภาพ หมายถึง ประโยชน์ที่ บุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใดๆต่อตนเอง เป็นสิ่งที่บุคคลจะทำได้โดยไม่ถูก ป้องกันหรือขัดขวาง แต่การกระทำนั้นจะต้องไม่ก่อความเสียหายต่อบุคคลอื่น หรืออาจกล่าวได้ว่า เสรีภาพ หมายถึง สภาพของมนุษย์ที่ไม่เคยตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร เป็นอำนาจอิสระที่

²²⁰ แหล่งเดิม.

²²¹ หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก. (น. 49). เล่มเดิม.

จะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา²²²

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องเสรีภาพไว้ว่า เป็น ประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใดๆ ต่อตนเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย เป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการ ใดๆ ได้ตามใจชอบภายในขอบข่ายแห่งเสรีภาพตามกฎหมาย ได้แก่ ข่ายแห่งกิจกรรม ซึ่งภายในข่าย นี้กฎหมายปล่อยให้บุคคลกระทำไปโดยลำพัง...²²³

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิชาวุฒิชัย ได้ให้ความเห็นว่า เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน²²⁴

จากคำอธิบายต่างๆ ของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่า เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน ภายในขอบข่ายแห่งเสรีภาพที่ถูกกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมาย ใดๆ ต่อตนเอง แต่ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะ ไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจในการกระทำ หรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น²²⁵

2.6.2.3 ความแตกต่างระหว่างสิทธิ และเสรีภาพ

สิทธิ และเสรีภาพ มีข้อแตกต่างที่สำคัญ กล่าวคือ “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อ เรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำ หรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง สิทธิจึงต้องเป็นเรื่องที่มีกฎหมาย บัญญัติรับรองไว้จึงจะมีความชอบธรรมที่ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้ยันกับบุคคลอื่นได้ เช่น ให้กระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อรักษาผลประโยชน์หรือคุ้มครองสิ่งที่พึงมีพึงได้ตามกฎหมายของตน ส่วน “เสรีภาพ” เป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงหรือ ครอบงำจากบุคคลอื่นๆ²²⁶ โดยเมื่อบุคคลมีเสรีภาพแล้ว บุคคลอื่นไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ต่อเรา และเราก็ไม่มีหน้าที่ต่อเสรีภาพนั้น และจะบังคับให้บุคคลอื่นทำตามเสรีภาพของเราไม่ได้มีสิทธิแต่เพียง เรียกร้องให้ผู้อื่นงดเว้นจากการรบกวนขัดขวางต่อเสรีภาพของเราเท่านั้น หากได้มีหน้าที่ตาม

²²² จาก หลักกฎหมายมหาชน (Principles of Public Law) พร้อมด้วยแนวคำถามและคำตอบ (น.74-75). เล่มเดิม.

²²³ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.20-21). เล่มเดิม.

²²⁴ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ข. (น.21). เล่มเดิม.

²²⁵ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก. (น.47-48). เล่มเดิม.

²²⁶ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ก. (น.47-48). เล่มเดิม.

กฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่น กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของเรา โดยเสรีภาพไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจก็เกิดขึ้นได้ และเมื่อใดที่เสรีภาพนั้นมีกฎหมายคุ้มครองและกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นปฏิบัติ เสรีภาพก็กลายเป็นสิทธิ²²⁷

2.6.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างๆ บัญญัติรับรองให้แก่ประชาชนไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ในทางทฤษฎีมีการจัดแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพออกได้หลายลักษณะโดยใช้หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่แตกต่างกันไป ในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะการจัดแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นที่ยอมรับและมีความสัมพันธ์กับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เท่านั้น ได้แก่ การจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามเนื้อหา การจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามการกำเนิด และการจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามอาการที่ใช้ รวมทั้งการจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิ ซึ่งจะได้ศึกษาตามลำดับ ดังนี้

2.6.3.1 การจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามเนื้อหา

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นเกณฑ์ อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 6 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง และสิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวโดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งได้แก่ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับของไทยที่ผ่านมาได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอาญา²²⁸ อันเป็นบทบัญญัติที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บุคคลจะไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen, nulla poena sine lege)” บทบัญญัติที่ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง

²²⁷ หลักกฎหมายมหาชน (Principles of Public Law) พร้อมด้วยแนวคำถามและคำตอบ (น.75-75). เล่มเดิม.

²²⁸ จาก รายงานการวิจัยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม) (น.22-23), โดย วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

กฎหมาย ฯลฯ สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้องเป็นคดีอาญา เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความ เป็นอยู่ส่วนตัว และบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

กล่าวโดยเฉพาะสำหรับบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนที่จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ หรือข้อสันนิษฐานที่ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานที่ถูกกำหนดขึ้นโดยผลของกฎหมายรัฐธรรมนูญ อันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right) ถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง นอกจากนี้หลักการของข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับทั้งในนานาอารยประเทศและในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย²²⁹

2.6.3.2 การจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามการกำเนิด

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้ว อาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human Right) และสิทธิพลเมือง (Citizens Rights) ทั้งนี้ เพื่อจะได้ทราบว่าสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในแต่ละมาตรานั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมีเจตนามอบให้แก่บุคคลใดและการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้มีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไปใช้บังคับแก่กรณีต่างๆ ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ สำหรับประเภทของสิทธิและเสรีภาพที่ถูกจัดแบ่งตามลักษณะนี้ มี 2 ประเภท คือ

1) สิทธิมนุษยชน (Human Right)

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (Human Right) เริ่มต้นจากข้อความคิดที่ว่ามนุษย์แต่ละคน เพราะเหตุที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มีสิทธิและเสรีภาพบางประการที่อาจยกขึ้นยันผู้อื่นและสังคม

²²⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ในภาคผนวก ก.

ที่ตนอาศัยอยู่ได้นี้ มีมาแล้วตั้งแต่ในสมัยปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนา และมีอิทธิพลแพร่หลายมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 โดยจอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ. 1632-1704) นักปราชญ์คนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School)²³⁰ ได้เสนอแนวความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติเป็นฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชนสมัยใหม่เป็นสิทธิตามธรรมชาติของบุคคล ไม่อาจแยกจากตัวมนุษย์และเป็นเอกเทศจากรัฐซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องสิทธิเหล่านี้ของบุคคลผู้เป็นพลเมืองหรือประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ อนึ่งสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์มีอยู่เป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติโดยเน้นจริยธรรมหรือความเชื่อทางศาสนา ความเปลี่ยนแปลงของสังคมได้ถูกปรับแต่งให้กลายมาเป็นหลักกฎหมายของสังคม มุ่งเน้นให้ปัจเจกบุคคลแสดงออกทางสังคมมากขึ้นในรูปของเจตจำนงทั่วไปหรือมติมหาชนนำไปสู่การร่างสาส์นว่าด้วยสิทธิหลายฉบับในยุคต่อๆ มา ย้ำถึงการแบ่งแยกระหว่างบุคคลกับรัฐโดยที่รัฐจะถูกจำกัดการใช้อำนาจและบุคคล มีสิทธิจะเรียกร้องต่อต้านรัฐได้ เช่นนี้สิทธิมนุษยชนในตะวันตกอันมีที่มาจากแนวคิดสิทธิธรรมชาติแบบใหม่ ที่เน้นแนวความคิดปัจเจกบุคคลนิยมซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานกลไกของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมและระบบศาล ทั้งนี้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและสนับสนุนหลักการของสิทธิมนุษยชน²³¹

ความหมายของสิทธิมนุษยชน ย่อมหมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่ทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร²³² ทั้งยังเป็นสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ทุกคน และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ ซึ่งได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล อาทิเช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน ฯลฯ²³³ ฉะนั้น สิทธิมนุษยชนจึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งปกป้องปัจเจกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจากการกระทำที่ตองห้ามของสมาชิกอื่นหรือรัฐ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ครอบคลุมการดำรงอยู่ของมนุษย์ มี

²³⁰ จาก เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 (น.14-17), หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1, โดยนายสิทธิพร เสภาเกษม, 2556, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

²³¹ จาก กลไกระดับชาติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต) (น.43-44), โดย รัชนิกร โชติชัยสถิต, 2537, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²³² รายงานการวิจัยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ(ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม) (น.24-25). เล่มเดิม.

²³³ แหล่งเดิม.

หลักการสำคัญ คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในการยอมรับนับถือ สิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ชอบธรรม²³⁴

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้คำนิยามสิทธิมนุษยชน ว่าหมายถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนไว้²³⁵ จึงส่งผลให้สิทธิประเภทนี้ มีลักษณะเป็นการทั่วไป กล่าวคือเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด

ความสำคัญของหลักสิทธิมนุษยชนที่นานาประเทศซึ่งปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมได้รวมตัวกันร่างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิต่างๆ ประกอบด้วย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 กำหนดหลักเกณฑ์ของสิทธิที่ไม่อาจปฏิเสธได้ เช่น สิทธิมนุษยชนทางอาญาที่แต่ละประเทศให้การคุ้มครองผ่านขั้นตอนของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล และราชทัณฑ์ หรืออีกนัยหนึ่งคือ สิทธิของบุคคลที่ผ่านเข้ามาในขั้นตอนของการจับกุม การกักขัง การสอบสวน การฟ้องคดีต่อศาล การพิจารณาพิพากษาคดีในศาล และการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ซึ่งอาจแยกได้เป็นสิทธิของผู้ต้องหา สิทธิของจำเลย และสิทธิของผู้ต้องโทษ²³⁶

สำหรับกรณีของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่บัญญัติต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งสะท้อนแนวคิดปัจเจกชนนิยมที่ต้องการให้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ได้อย่างเป็นรูปธรรม เพราะรัฐมีหน้าที่จะต้องปกป้องและเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นการสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

²³⁴ จาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น.40), โดย อุดม รัฐอมฤต, 2544., นพนิติ สุริยะ, บรรเจิด สิงคะเนติ กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

²³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 26 และมาตรา 28.

²³⁶ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น.40). เล่มเดิม.

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิความเป็นมนุษย์หรือสิทธิในความเป็นคนอันเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่เกิดมาตั้งแต่เกิด สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่มีบุคคล องค์กรหรือแม้แต่วิธีจะล่วงละเมิดสิทธิความเป็นมนุษย์นี้ได้ สิทธิในความเป็นมนุษย์นี้เป็นของคนทุกคน ไม่เลือกว่าจะมีเชื้อชาติ ศาสนา แหล่งกำเนิด เพศ อายุ สีผิว ที่แตกต่างกันหรือมีความแตกต่างกันในด้านสุขภาพ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความเชื่อทางศาสนาหรือฐานะทางเศรษฐกิจสังคม สิทธิมนุษยชนนั้นไม่มีพรมแดน ดังนั้น สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ตั้งแต่เกิดส่วนสิทธิพลเมือง เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น ไม่ใช่สำหรับบุคคลที่เป็นคนต่างชาติด้วย

ดังนั้น หลักประกันในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญาตามข้อสันนิษฐานในระดับรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” หรือผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) นั้น ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้มีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right) เป็นประเภทของสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิดจริง

2) สิทธิพลเมือง (Citizens Rights)

สิทธิพลเมือง คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยปราศจากอาวุธฯลฯ ซึ่งสิทธิพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง²³⁷ ทั้งนี้โดยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อมก็ตามเป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนที่มั่นใจได้วิธีหนึ่งในหลายๆ วิธีนั่นเอง รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมของราษฎรและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา ย่อมไม่อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้ง่ายๆ เหมือนกับรัฐบาลที่สถาปนาตนเองโดยพลการ²³⁸

²³⁷ รายงานการวิจัยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ(ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม) (น.28). เล่มเดิม.

²³⁸ แหล่งเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะนติ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่าสิทธิพลเมือง (Buergerrechte) ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในกลุ่มของรัฐเท่านั้น หรือ สิทธิทางการเมือง และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Freiheit der Berufswahl) เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ (Freizuegigkeit) หรือเสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิทธิของชาวเยอรมันเท่านั้น²³⁹

สำหรับในประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วจะพบว่า สิทธิพลเมือง ได้แก่ สิทธิที่มีลักษณะเป็นสิทธิทางการเมืองและสิทธิที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยทางตรง เช่น เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 65) สิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 99-100) สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (มาตรา 101, 102, 115) ออกเสียงประชามติ (มาตรา 165) และสิทธิเสนอร่างกฎหมาย (มาตรา 163) เป็นต้น

2.6.3.3 การจัดแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามอาการที่ใช้

สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้แยกได้ 2 ประการ คือ สิทธิและเสรีภาพในทางความคิด และสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ ดังนี้²⁴⁰

1) สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะสมบูรณ์ และมีคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐไม่สามารถกระทำการหรือละเว้นกระทำการที่จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้

2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ เป็นสิทธิและเสรีภาพในการเคลื่อนไหวส่วนต่างๆ ของร่างกายให้เป็นไปตามความคิด ได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายนอกเหนือไปจากสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด และการใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อาจไปกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือสังคมได้ ดังนั้น รัฐจำเป็นต้องจัดระเบียบการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนร่วม²⁴¹

2.6.3.4 การจัดแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

²³⁹ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.50). เล่มเดิม.

²⁴⁰ รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น.88-89). เล่มเดิม.

²⁴¹ เอกสารวิชาการส่วนบุคคล เรื่องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 (น.8-9). เล่มเดิม.

การจัดแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ เป็นการพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่า สิทธิและเสรีภาพใดเป็นสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายแล้วจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขประเภทใด ทั้งนี้ ได้มีการกำหนดรูปแบบซึ่งเป็นเงื่อนไขของกฎหมายไว้ 3 รูปแบบ²⁴² ได้แก่

รูปแบบที่หนึ่ง สิทธิเสรีภาพกับเงื่อนไขตามเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปโดยรัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สำหรับตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เท่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33)²⁴³ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษใดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ เพียงแต่กำหนดเอาไว้ว่า “เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือ ให้การจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงสามารถจำกัดได้โดยง่ายเสมือนว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองแต่อย่างใดเลย

อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปดังได้กล่าวมานี้ ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์แห่งความมุ่งหมายทั่วไปในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นเพื่อการดำรงอยู่ และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นๆ²⁴⁴ อีกด้วย

รูปแบบที่สอง สิทธิเสรีภาพกับเงื่อนไขพิเศษ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขพิเศษ ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงวิธีการเพื่อแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องถูกผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง หรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนสาเหตุของการกำหนดเงื่อนไขจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้นั้น ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ได้ให้ความเห็นว่า²⁴⁵ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายข้างมากในรัฐสภาออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ตามอำเภอใจ นอกจากในกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตไว้ก็ต้องแก้ไขเพิ่มเติม

²⁴² หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.50-52). เล่มเดิม.

²⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 33 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

²⁴⁴ หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.147). เล่มเดิม.

²⁴⁵ คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.134-135). เล่มเดิม.

รัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเสียก่อน สำหรับตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เท่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาทิเช่น เสรีภาพในการเดินทาง (มาตรา 34) และ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม ตามมาตรา 39 เป็นต้น

มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิดังกล่าวไว้เป็นเงื่อนไขพิเศษที่ว่า “เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ทั้งนี้ จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” หรือบทสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) ในทางหลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน ต้องถือว่าเป็นบทสันนิษฐานทั่วไปที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง และเป็นบทสันนิษฐานที่ไม่มี Basic Facts หรือไม่มีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน บุคคลใดที่มีสถานะเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาก็ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานบทนี้ทันที ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่แก่ฝ่ายโจทก์ที่กล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดอาญา โดยจำเลยได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานทั่วไปนี้ว่าเขาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดซึ่งกฎหมายธรรมดาในระดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เช่นพระราชบัญญัติต่างๆ จะกำหนดบทสันนิษฐานว่าจำเลยกระทำผิดไว้ก่อนย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้ เพราะเป็นข้อสันนิษฐานความผิดที่เป็นโทษแก่จำเลย และศาลรัฐธรรมนูญจะใช้เป็นหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายธรรมดานับต่างๆ ต่อไป²⁴⁶

จากลักษณะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้เพิ่มเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมากขึ้นหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเงื่อนไขเหล่านี้ได้วาง

²⁴⁶ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น.217-220). เล่มเดิม.

กรอบการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนี้ได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้อำนาจไว้ภายใต้เงื่อนไขต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

รูปแบบที่สาม สิทธิเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไข สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐธรรมนูญจะไม่กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการใดๆ ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นการเฉพาะ จึงส่งผลให้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้มีความเด็ดขาดมากที่สุดในบรรดาสหสิทธิและเสรีภาพ ทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวข้างต้น ซึ่งรองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย มีความเห็นว่า การรับรองสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ จะต้องกระทำอย่างระมัดระวังให้มากที่สุด เพราะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐสภา ระบบนี้ทำให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะแข็งกระด้าง โดยอาจมีการละเมิดรัฐธรรมนูญในภายหลังได้ โดยการปฏิวัติรัฐประหารในเมื่อไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้²⁴⁷ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้การจำกัดโดยกฎหมายใดๆ ทั้งสิ้น สำหรับตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เท่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาทิเช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 ที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา นิิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา...” จากบทบัญญัตินี้ เสรีภาพในการนับถือศาสนาจึงเป็นเสรีภาพประเภทที่รัฐไม่สามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดได้เลย เพราะเป็นเสรีภาพที่ไร้การรับรองอย่างสัมบูรณ์ (Absolute)²⁴⁸ โดยไม่มีข้อยกเว้นแต่อย่างใด

ดังนั้น การแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพโดยการพิจารณาจากเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้แล้วว่า เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร หากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นมาไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.6.4 เจตนารมณ์และสาระสำคัญเกี่ยวกับบทสันนิษฐาน: ผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่ประเทศไทยจะเปลี่ยนแปลงการเมืองการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ยังไม่เป็นที่รู้จักแพร่หลาย แต่หลังจากที่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นแม่บทหลักในการปกครอง

²⁴⁷ คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น.135-136). เล่มเดิม.

²⁴⁸ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น.33), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547, กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

ประเทศดังเช่นนานาอารยประเทศแล้ว จึงได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา อิทธิพลของรัฐธรรมนูญต่างประเทศและปริญญาศากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปริญญาศากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights) ของสหประชาชาติได้ส่งผลให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต่อเนื่องถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงได้บัญญัติให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพิ่มมากขึ้นจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มา ดังจะเห็นได้จากคำปรารภของรัฐธรรมนูญที่ว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำใหม่นี้มีสาระสำคัญเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทย...การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน...” โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติหลักการสำคัญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตั้งแต่มาตรา 26 ถึง มาตรา 69 รวม 43 มาตรา ทั้งนี้ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์” ได้บัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 39 อันเป็นสิทธิที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในระบบกฎหมายไทยมาอย่างยาวนานนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมา ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองไว้ในหมวด 3 ส่วนที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา 39²⁴⁹

มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

โดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญา มิให้ต้องรับโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในขณะที่ยุคคลนั้นกระทำความผิด รวมทั้งผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ดังนี้

²⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ไว้ในมาตรา 33.

1) ห้ามนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีโทษทางอาญาไปลงโทษหรือเพิ่มโทษย้อนหลังแก่การกระทำที่มีอยู่ก่อนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ การที่เจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 กำหนดไว้เช่นนี้แสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญานั้นได้ผูกพันอยู่กับโทษที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น

2) トラバドที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาไม่เป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดมิได้ บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับปวงชนชาวไทยนอกเหนือจากสิทธิในฐานะผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁵⁰

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรานี้ถือเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่สำคัญ ซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 11(1) “บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาโดยเปิดเผย ณ ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันต่างๆ ที่จำเป็นในการต่อสู้คดี” และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ข้อ 14-2 “บุคคลทุกคนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ย่อมมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดตามกฎหมาย” ซึ่งมุ่งคุ้มครองบุคคลที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาให้ได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า “เป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence)” จนกว่าจะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ หลักการดังกล่าวได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นครั้งแรก และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อมาทุกฉบับจนถึงปัจจุบัน คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีบทบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้แล้วเช่นกัน²⁵¹

²⁵⁰ จาก เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (น.31), โดย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักกรรมการสิทธิ 3.

²⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 4.

2.7 แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)²⁵² เป็นแนวความคิดที่ต้องการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลระหว่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบันนอกจากรัฐแล้วยังมีองค์การระหว่างประเทศอีกด้วย อีกทั้งยังมีเนื้อหาซึ่งเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองปัจเจกชนภายในรัฐต่างๆ ด้วย โดยเป็นกฎหมายที่มีข้อพิสูจน์ยืนยันได้หลายประการแต่มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายภายใน เนื่องจากเกิดขึ้นในสังคมที่มีโครงสร้างต่างกันและมีพื้นฐานทางกฎหมายแตกต่างกัน²⁵³ ซึ่งการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในด้วย เพื่อจะได้รู้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศนำมาใช้ในประเทศได้อย่างไร ซึ่งในกรณีที่มีการใช้กฎหมายระหว่างประเทศไม่ถูกต้องก็อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ และต้องชดใช้ความเสียหาย²⁵⁴ ดังนั้น ในการศึกษาว่ากฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายส่วนรวมหรือไม่นั้น จะต้องศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ ดังนี้

2.7.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐ

เนื่องจากกฎหมายภายในของรัฐนั้น ย่อมมีผลบังคับผูกพันเฉพาะภายในรัฐนั้นๆ ซึ่งย่อมแตกต่างกันตามสภาพของสังคม ประชาชน และระบอบการปกครองในประเทศนั้นๆ ดังนั้น ความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศอาจมีความคล้ายคลึงกันหรือแตกต่างกันโดย

²⁵² กฎหมายระหว่างประเทศ(International Law) คือ บรรดากฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐในสถานะที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอาจเกิดจากจารีตประเพณีหรือหลักการต่าง ๆ ที่องค์การระหว่างประเทศให้การยอมรับมีสภาพบังคับ ประเทศที่เป็นสมาชิกต้องปฏิบัติตาม เช่น สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้กฎหมายระหว่างประเทศแบ่งได้ 3 ประเภทได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีอาญา.

²⁵³ จาก เอกสาร โสตัทส์นัศตวิชากฎหมายระหว่างประเทศการสอนเสริมครั้งที่ 1 ภาค 1/54. โดย คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

²⁵⁴ จาก กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (น.18). โดยสมบุญณ์ เสริมบุตร, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ พ.ศ.พัฒนา จำกัด.

สิ้นเชิง จึงเป็นเรื่องปกติที่พบเห็นได้โดยทั่วไป เพราะรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นอิสระ ปลอดจากการแทรกแซงจากรัฐอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือต่างฝ่ายต่างต้องยอมรับนับถืออำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน และในส่วนที่คล้ายคลึงกันนั้นเองของแต่ละประเทศ จึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศที่นานาประเทศ (Civilized Nations) ยอมรับร่วมกันให้มีผลผูกพัน และสำหรับในส่วนที่แตกต่างหรือขัดกันของกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ จะถือว่ากฎหมายใดมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากันนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่กำหนดไว้ให้กฎหมายใดมีผลบังคับใช้ หรือกำหนดขั้นตอน กระบวนการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศให้ มีผลใช้บังคับในประเทศของตน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากมีการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว จึงถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีลำดับศักดิ์สูงกว่า อย่างไรก็ตามความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในสามารถอธิบายได้ด้วยทฤษฎีต่างๆ ของนักนิติศาสตร์²⁵⁵ อันได้แก่ ทฤษฎีทวินิยม (Monism Theory) ทฤษฎีเอกนิยม (Dualism Theory) และทฤษฎีประสาน (Coordination Theory) โดยสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

2.7.1.1 ทฤษฎีทวินิยม (Monism Theory)

เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนให้เห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงในระเบียบกฎหมายของรัฐต่างๆ เพราะความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในนี้เป็นความสัมพันธ์ที่ต่างเกี่ยวพันกันและสามารถอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกันซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมายคือปัจเจกชนได้และมีบ่อเกิดกฎหมายในลักษณะที่เกิดจากระบบกฎหมายนั้นเอง มิได้เกิดจากเจตจำนงของรัฐต่างๆ แต่เพียงอย่างเดียว โดยเหตุนี้กฎหมายระหว่างประเทศจึงใช้บังคับกับเอกชนหรือบุคคลธรรมดาได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนต่างๆ ตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ เมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเช่นนี้ จะถือว่ากฎหมายใดมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากัน ในประเด็นนี้นักกฎหมายฝ่ายเอกนิยม (Monism) มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย²⁵⁶ คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า กฎหมายภายในอยู่เหนือกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ Zorn Kaufmann Wenzel แม้จะยอมรับว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นเอกภาพเดียวกัน แต่พวกเขากลับมองว่ากฎหมายภายในเหนือกว่ากฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ เมื่อกรณีขัดแย้งระหว่างกฎหมายทั้งสองแบบขึ้นก็ต้องเลือกใช้กฎหมายภายใน เบอร์กโฮล์ม (Bergbohm) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ซึ่งมีความคิดต่อต้านกฎหมายธรรมชาติ และ

²⁵⁵ เอกสาร โสตทัศนศึกษากฎหมายระหว่างประเทศการสอนเสริมครั้งที่ 1 ภาค 1/54. เล่มเดิม.

²⁵⁶ จาก กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น.51-52). โดยประสิทธิ์ เอกบุตร, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เน้นที่เจตจำนงรัฐ จึงมีความเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นเพียงการแสดงถึงการจำกัดอำนาจตนเองภายใต้เจตจำนงของรัฐอธิปไตย โดยรัฐเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นใช้เพื่อตน เป็นผู้กำหนดว่าตนควรจะมีอำนาจมากน้อยเพียงใด กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐ และรัฐเป็นผู้กำหนดขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น กฎหมายภายในย่อมมีอำนาจบังคับเหนือกฎหมายระหว่างประเทศ²⁵⁷

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน เช่น Hans Kelsen เห็นว่า กฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่บนยอดสูงสุดของพีระมิดของกฎเกณฑ์แบบแผนทั้งหมดนั้น เป็นโครงสร้างอันเดียวกันของกฎเกณฑ์แบบแผนต่างๆ ทั้งหมดในทุกสังคมไม่ว่าจะเป็นสังคมภายในหรือสังคมระหว่างประเทศต่างเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่อยู่ในระบบเดียวกันและต่างมีลำดับชั้นของกฎหมายรองรับซึ่งกันและกัน ในแง่นี้กฎหมายภายในย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หรืออาจเรียกทฤษฎีของ Kelsen ว่าเป็นพวกเอกนิยมด้านกฎเกณฑ์แบบแผน (Normative Monism) นอกจากนี้ George Scelle ได้อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายในเพราะการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในคลกนี้เป็นการอยู่ร่วมกันในสังคมตั้งแต่ระดับเล็กสุดคือครอบครัวไปจนถึงระดับใหญ่สุดคือสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้น สังคมระหว่างประเทศจึงเป็นสังคมที่ใหญ่ที่สุดครอบคลุมถึงสังคมย่อยลงไปไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือไม่ก็ตาม กฎเกณฑ์แบบแผนของสังคมระหว่างประเทศจึงอยู่เหนือกฎเกณฑ์แบบแผนภายในและสามารถแก้ไขหรือยกเลิกกฎเกณฑ์แบบแผนภายในที่ขัดแย้งนั้นได้โดยพฤตินัย (ipso facto) หรืออาจเรียกทฤษฎีของ G. Scelle นี้ว่า เป็นพวกเอกนิยมด้านสังคมวิทยา (Sociology Monism)²⁵⁸ ตัวอย่างประเทศที่ยึดถือทฤษฎีวินิยม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.7.1.2 ทฤษฎีเอกนิยม (Dualism Theory)

ทฤษฎีนี้ได้อธิบายว่า ทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็เป็นกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ แต่อยู่ต่างระบบกันมิได้ขึ้นต่อกัน ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายใดอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เมื่อมีการขัดกันขึ้นจึงต้องถือว่าทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศที่ขัดกันนั้น ต่างมีผลสมบูรณ์ใช้ได้ทั้งคู่ ดังนั้น ศาล รัฐสภา รัฐบาล และประชาชนของรัฐนั้นจึงต้องใช้กฎหมายภายในของตนเป็นสำคัญ แม้ว่ากฎหมายภายในนั้นจะขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ ซึ่งหากรัฐไม่ประสงค์ให้รัฐตนต้องรับผิดชอบก็ต้องแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายภายในของตนเสีย เพื่อให้

²⁵⁷ จาก *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* (น.100-102). โดย นพนิติ สุริยะ, 2552 (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁵⁸ *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา* (น.52). เล่มเดิม.

สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหากจะให้กฎเกณฑ์ใดของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับโดยตรงเหมือนกับกฎหมายภายใน ก็ต้องมีการแปลงสภาพ (Transformation) กฎเกณฑ์ระหว่างประเทศดังกล่าวมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจึงจะสามารถใช้บังคับภายในรัฐของตนได้²⁵⁹ โดยนักกฎหมายฝ่ายทวินิยม (Dualism) เช่น ทรีเปอลด์ (Triepel) ชาวเยอรมัน อธิบายว่า สิ่งที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ คือรัฐทั้งหลาย (States) ส่วนสิ่งที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน คือ ปัจเจกชน (Individuals) โดยกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ ในขณะที่กฎหมายภายในนั้นกำหนดสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกชนที่อยู่ภายในรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศจึงใช้กับเรื่องกิจการระหว่างประเทศ แต่กฎหมายภายในใช้กับเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐนั้นเท่านั้น นอกจากนี้ อันซีโลตี (Anzilotti) เห็นว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ มีเงื่อนไขในแง่หลักการต่างกัน คือ กฎหมายระหว่างประเทศอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าทุกๆ รัฐตกลงกันที่จะเคารพตามสัญญาตามหลักกฎหมาย (pacta sunt servanda) หรือสัญญาต้องได้รับการเคารพและถือปฏิบัติ แต่กฎหมายภายในนั้น อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า กฎหมายรัฐหนึ่งๆ นั้นจำเป็นต้องมีการปฏิบัติตาม (State legislation is to be obeyed)²⁶⁰

ในกรณีที่เกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน แม้ว่านักกฎหมายที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมจะยืนยันว่า กฎหมายภายในมิได้ขึ้นอยู่กับที่มาหรือบ่อเกิดต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายต่างระบบกัน ไม่มีกฎหมายใดอยู่ภายใต้กฎหมายใด และไม่มีผลกระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายทั้งสองก็ตาม แต่เมื่อมีการโต้แย้งในศาลภายในของประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น ศาลของประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมก็จะพิพากษาคดีไปตามกฎหมายภายในของประเทศตน แม้จะเป็นผลทำให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ก็เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารต้องไปทางแก้ปัญหาเอาเองหรือรัฐนั้นต้องรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายแก่รัฐอื่น เนื่องจากคำพิพากษาของศาลภายในย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) ด้วยนั่นเอง

ในประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมมีวิธีการทำกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่จะบัญญัติถึงวิธีการที่เห็นว่าเหมาะสมเอาไว้ นอกจากนี้ยังสามารถศึกษาได้จากแนวทางปฏิบัติของ

²⁵⁹ กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น.53). เล่มเดิม.

²⁶⁰ กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (น.103). เล่มเดิม.

แต่ละประเทศที่เป็นไปตามความนิยมและตามแนวทางซึ่งได้กระทำต่อๆ กันมาเป็นเวลาช้านาน ซึ่งมีสองวิธี ดังนี้

วิธีแรก การแปลงรูป (Transformation) หรือแปลงสภาพ จากทฤษฎีวินัยที่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายคนละระบบ ดังนั้น โดยธรรมชาติแห่งเนื้อหากฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่อาจนำมาใช้ภายในได้โดยตรง ถ้าต้องการนำมาใช้จะต้องมีการแปลงรูปให้กลายเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน โดยการประกาศใช้ (Promulgation) อย่างเป็นทางการรับรู้ให้กฎหมายระหว่างประเทศอันใดอันหนึ่งมีผลบังคับใช้ภายในประเทศ ซึ่งส่วนมากจะเป็นการรับสนธิสัญญา (Promulgation of Treaty) และการแปลงรูปโดยวิธีการออกกฎหมาย (Legislative Act)²⁶¹ อาทิเช่น ในประเทศไทย สนธิสัญญาไม่อาจถือว่าเป็นกฎหมายที่คู่ความหรือศาลจะหยิบยกขึ้นมาใช้เป็นกฎหมายแก่กรณีก่อนจะต้องมีการแปลงสภาพกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศมาเป็นภายในเสียก่อนด้วยการตราเป็นพระราชบัญญัติ จึงสามารถนำกฎเกณฑ์นั้นมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในรัฐได้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 กับพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับ มีผลให้อนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้มีฐานะเป็นกฎหมายที่ใช้ได้ในประเทศไทยในฐานะเดียวกันกับพระราชบัญญัติ²⁶²

วิธีที่สอง การผนวก (Incorporation) เป็นวิธีการผนวกกฎหมายระหว่างประเทศให้มีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายภายในเริ่มต้นเป็นครั้งแรกจากการปฏิบัติของศาลในระบบคอมมอนลอว์ในประเทศอังกฤษซึ่งถือว่ากฎหมายภายในได้รับอำนาจจากรัฐาธิปไตยที่จะผนวกกฎหมายระหว่างประเทศได้ ดังนั้น ผู้พิพากษาจึงสามารถที่จะนำเอากฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาใช้โดยไม่จำเป็นต้องว่ากฎหมายนั้นๆ จะต้องมีการรับรู้โดยรัฐาธิปไตยเสียก่อน แต่กฎหมายระหว่างประเทศที่จะยอมรับเข้ามานั้นจะต้องไม่ขัดกับหลักเกณฑ์ที่มีอยู่แล้วในกฎหมายภายในดั้งเดิมวิธีการของผู้พิพากษาอังกฤษนี้ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษมากขึ้น ทั้งนี้เพราะในระบบกฎหมายอังกฤษเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาร่างหลักเกณฑ์ขึ้นได้ (Judge made law) จึงทำให้เกิดการพัฒนากฎหมายได้เร็วกว่าระบบอื่น ซึ่งต้องรอการบัญญัติกฎหมายจากสภานิติบัญญัติเป็นหลัก²⁶³

²⁶¹ กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (น.105). เล่มเดิม.

²⁶² กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น.54). เล่มเดิม.

²⁶³ กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (น.106). เล่มเดิม.

2.7.1.3 ทฤษฎีประสาน (Coordination Theory)

ตามทฤษฎีนี้ Prof. Fitzmaurice และ Prof. Rousseau ได้อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่ต่างมีความสมบูรณ์ของตนเอง มิได้ขึ้นต่อกันและมิได้เป็นกฎหมายระบบเดียวกัน ไม่มีกฎหมายใดอยู่เหนือกฎหมายใด หากเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้น ก็เป็นเรื่องกฎหมายขัดกัน (Conflict of Law) ที่จะพิจารณาว่าจะมีการย้อนส่ง (Renvoi) ให้ไปใช้กฎหมายของประเทศใดอย่างไร โดยเหตุนี้เมื่อมีการขัดกันของกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น เช่น กฎหมายภายในไม่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทั้งๆ ที่รัฐนั้นเป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในตามแนวทางทฤษฎีประสานจะต้องถือว่ากฎหมายทั้งสองระบบสมบูรณ์ด้วยกันทั้งคู่ ไม่มีกฎหมายใดอยู่เหนือกฎหมายใด แต่เมื่อมีการขัดแย้งกันเช่นนี้ก็เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่าจะสามารถย้อนส่งไปใช้กฎหมายระหว่างประเทศหรือย้อนส่งไปใช้กฎหมายภายในได้หรือไม่ หากทำไม่ได้เนื่องจากไม่มีช่องทางในทางกฎหมายที่จะทำการย้อนส่งได้เช่นนั้นแล้ว จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ากรณีนั้นมีการนำเสนอประเด็นพิพาทเข้าสู่ศาลใด เป็นศาลระหว่างประเทศหรือศาลภายในของรัฐ โดยแต่ละศาลย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้กฎหมายที่ตนมีเขตอำนาจศาลในการพิจารณาเป็นหลัก โดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายในอีกระบบที่ขัดกันอยู่แต่อย่างใด ดังนั้น หากรัฐปฏิบัติตามกฎหมายภายในโดยฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศแล้วตามแนวทฤษฎีประสานนี้ กฎหมายภายในของรัฐนั้นย่อมมีผลสมบูรณ์ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด ในขณะที่เดียวกันกฎหมายระหว่างประเทศก็มีผลบังคับกับรัฐนั้นได้ จึงมีผลทำให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้น²⁶⁴ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์โอคอนแนล ได้ขยายแนวคิดนี้ออกไปอีกว่าทฤษฎีประสานถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน ดังนั้น ผู้พิพากษาของศาลภายในจึงมีอำนาจที่จะหยิบเอามาปรับกับข้อเท็จจริงได้ ในกรณีที่ขัดกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ทฤษฎีนี้ยอมรับว่า ผู้พิพากษาจำต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายภายใน ดังนั้น ทฤษฎีนี้เห็นว่าควรจะเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายทั้งหลายทั้งสองระบบ โดยไม่ควรจะตั้งเป้าไว้ในเบื้องต้นว่ากฎหมายอันหนึ่งจะต้องอยู่เหนือกฎหมายอีกอันหนึ่ง หากแต่ควรที่จะหาทางตีความและใช้กฎหมายทั้งสองไปในทางที่สอดคล้องกัน²⁶⁵ อย่างไรก็ตาม ในการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างประเทศปัจจุบันจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจปฏิเสธพันธกรณีระหว่างประเทศได้และทางกลับกันก็ไม่อาจหยิบยกบทบัญญัติ

²⁶⁴ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น.54-55). เล่มเดิม.

²⁶⁵ กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 (น.108). เล่มเดิม.

แห่งกฎหมายภายในมาปฏิสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้โดยง่ายแม้กฎหมายภายในนั้นจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐก็ตาม²⁶⁶

2.7.2 แนวคิดเกี่ยวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR)

เมื่อได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายภายในของรัฐดังกล่าวข้างต้นแล้วว่า กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายภายในประเทศ หรือกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายส่วนรวมแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงยุคสงครามเย็น (ระหว่างปี ค.ศ. 1948-1966) ที่ได้เกิดการต่อสู้ในเชิงอุดมการณ์ทางความคิดของกลุ่มประเทศโลกเสรี และกลุ่มประเทศคอมมิวนิสต์ ส่งผลให้มุมมองเชิงสิทธิมนุษยชนมีความขัดแย้งกันจนไม่สามารถจัดทำข้อบัญญัติระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนเป็นฉบับเดียวกันได้ ดังนั้น สหประชาชาติจึงได้แก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการจัดทำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็น 2 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966

กล่าวโดยเฉพาะกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ได้เกิดขึ้นภายใต้แนวความคิดของสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ที่ต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในฐานะสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) โดยได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของลัทธิปัจเจกบุคคลนิยม ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนในยุคที่ 1 ซึ่งได้รับรองคุณค่าในตัวของตัวเองของปัจเจกบุคคลแต่ละคนไว้ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง²⁶⁷ โดยที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 เกิดจากการผลักดันของกลุ่มประเทศโลกเสรีที่ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสิทธิในเชิงปฏิเสธ (Negative Rights) กล่าวคือ เป็นสิทธิที่รัฐจะต้องให้การรับรองด้วยการไม่เข้ามาแทรกแซงต่อตัวประชาชน เนื่องจากเป็นสิทธิอันติดตัวมนุษย์โดยธรรมชาติมาตั้งแต่เกิด รัฐมีหน้าที่เพียงรับรองสิทธิดังกล่าวเท่านั้น

²⁶⁶ อนุสัญญา Vienna Convention on the Law of Treaty 1969 มาตรา 27 และ มาตรา 46.

²⁶⁷ คู่มือสิทธิมนุษยชนศึกษา สำหรับพนักงานอัยการเล่ม 1 (น.3-4). เล่มเดิม.

นอกจากนี้ จากแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ และสัญญาประชาคม ที่ต่อต้านการใช้อำนาจของรัฐในการใช้อำนาจเกินขอบเขตของผู้มีอำนาจปกครองรัฐ และต่อมาได้ขยายความคุ้มครองให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมือง ซึ่งอย่างน้อยที่สุดประชาชนจะมีโอกาสขั้นพื้นฐานเท่าเทียมกันในการใช้สิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่รัฐให้การรับรองไว้โดยสอดคล้องกับข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐ (Legal State ; Rechtsstaatsprinzip) ที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตามกฎหมายให้ชัดเจนเพื่อประชาชนจะได้ทราบว่ามิใช่กฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้ใช้สิทธิของตนไว้อย่างไรบ้าง และเรียกร้องให้มีองค์กรตุลาการเพื่อประกันสิทธิให้แก่ประชาชน ซึ่งสิทธิของประชาชนในทางการเมืองและการมีส่วนร่วมทางการเมืองกับรัฐนี้ได้ถูกรับรองไว้ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง²⁶⁸ หลักการสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองภายใต้กติการะหว่างประเทศฉบับนี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่รัฐจะต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ให้มีการล่วงละเมิดชีวิตของมนุษย์ด้วยกัน รวมถึงไม่อาจจะมีการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ด้วยกัน ในส่วนของสิทธิในกระบวนการยุติธรรม กติการะหว่างประเทศฉบับนี้ได้รับรองสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของตน อันเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่รัฐจับกุมตัวบุคคลโดยพลการเป็นสิ่งที่มิอาจทำได้ เว้นแต่จะมีการแจ้งข้อหาและเหตุผลในการจับกุมตัว การคุมขังก่อนการพิจารณาคดีโดยศาลจะต้องได้รับการปล่อยตัวในเวลาอันรวดเร็ว ไม่อาจกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยไม่ผ่านการพิจารณาคดีโดยศาลได้โดยจะต้องให้การประกันตัวตามสมควรในการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล²⁶⁹ รวมทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับการได้รับการพิจารณาคดีในชั้นศาล บุคคลมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีโดยศาลที่มีอำนาจในการตัดสินชี้ขาดอย่างเปิดเผย รวดเร็ว และเป็นธรรม การได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในการต่อสู้คดี การไม่ถูกบังคับให้การประณัตตนเองหรือสารภาพความผิด การไม่อาจถูกพิจารณาคดีหรือลงโทษซ้ำในการกระทำความผิดกรรมเดียวกัน บุคคลผู้เป็นจำเลยมีสิทธิที่จะไม่รับผลทางกฎหมายอาญาย้อนหลังอันเป็นโทษกับตน²⁷⁰ เป็นต้น

2.7.3 ทางปฏิบัติของประเทศไทย

ตามหลักในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย²⁷¹ สันติสัญญาโดยทั่วไปมีผลบังคับใช้โดยตรง ไม่ต้องออกกฎหมายไทยรองรับ ยกเว้นสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายไทย มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือสนธิสัญญาที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล

²⁶⁸ แหล่งเดิม.

²⁶⁹ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ.1966 ข้อ 9.

²⁷⁰ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14.

²⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคท้าย.

จะต้องมีการออกกฎหมายไทยเพื่อแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา หรือออกกฎหมายไทยเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามข้อผูกพันของสนธิสัญญา สำหรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับโดยตรงในประเทศไทย อาทิเช่น แต่เดิมเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูต ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้รับการปฏิบัติตามในประเทศไทยโดยไม่มีการออกกฎหมายไทยรองรับ นักการทูตที่ประจำอยู่ที่กรุงเทพฯ เมื่อทำผิดกฎหมายไทยก็ไม่ต้องถูกดำเนินคดีในประเทศไทย ต่อมาได้มีการออกกฎหมายไทยรองรับเรื่องเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตเมื่อมีการประมวลเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตแล้ว²⁷²

หลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายภายในเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลก เพราะกฎหมายของแต่ละประเทศก็ย่อมต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎหมายส่วนรวม มิฉะนั้นจะไม่สามารถมีกฎหมายระหว่างประเทศได้ สำหรับประเทศไทย ได้ยอมรับมาโดยตลอดว่ากฎหมายระหว่างประเทศทั้งสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศมีผลใช้บังคับเหนือกฎหมายไทย หากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศก็จะเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอันอาจนำไปสู่ความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐ ฉะนั้น ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of innocence) จนกว่าจะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด ซึ่งเป็นหลักนิติธรรม(The Rule of Law) ระหว่างประเทศ และนานาชาติอารยประเทศให้การยอมรับโดยกำหนดไว้ในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไว้แล้วนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกอยู่ด้วย ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)²⁷³ ซึ่งกฎหมายภายในประเทศไทยก็ย่อมต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวที่เป็นกฎหมายส่วนรวมเช่นเดียวกัน²⁷⁴

²⁷² กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (น.18). เล่มเดิม.

²⁷³ ปัจจุบันประเทศไทยได้เป็นภาคี กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2540.

²⁷⁴ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (น.18). เล่มเดิม.

2.8 แนวความคิดและเหตุผลในการกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล

ในการศึกษาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรมนั้น มีความจำเป็นจะต้องศึกษาถึงแนวความคิดทางวิชาการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลก่อน เพื่อเป็นพื้นฐานของศึกษาแนวความคิดและเหตุผลในการกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งจะได้นำการศึกษาเป็นลำดับ ดังนี้

2.8.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

แนวความคิดทางวิชาการเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลเป็นผลมาจากการผสมผสานระหว่างแนวคิดทางกฎหมาย 2 เรื่องเข้าด้วยกัน กล่าวคือ ข้อความคิดเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคล กับแนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล ซึ่งมีสาระสำคัญโดยสรุปดังนี้

2.8.1.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคล

เนื่องจากการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นก็เพื่อความสะดวกในการดำเนินกิจการหรือ การประกอบธุรกิจต่างๆ ในรูปขององค์กรธุรกิจการค้า เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัดที่จำเป็นต้องอาศัยบุคคลหลายบุคคล เพื่อเพิ่มศักยภาพด้านต่างๆ ในการพัฒนากิจการให้มีความเจริญก้าวหน้าก้าวหน้าทันกับความเปลี่ยนแปลง และความทันสมัยของโลกยุคปัจจุบัน²⁷⁵ จากการศึกษา พบว่าหลักกฎหมายเรื่องความเป็นนิติบุคคลมิได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายโรมัน เพราะเดิมระบบกฎหมายโรมันมีแต่เรื่องบุคคลธรรมดา (Persona) เท่านั้น²⁷⁶ แต่หลักกฎหมายเรื่องความเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้นจากระบบกฎหมายที่นักนิติศาสตร์ไม่ค่อยให้ความสนใจมากนัก นั่นคือ “กฎหมายพระ (Canon Law)” ของคริสตจักร โดยเมื่อคริสตจักรมีอิทธิพลต่อระบบการเมืองการปกครอง และกฎหมายในทวีปยุโรป กฎหมายพระได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของอาณาจักรด้วย ซึ่งประมวลกฎหมายของศาสนจักร (Code of Canon Law) บรรพ 1 ภาค 6 หมวด 2 ยอมรับว่านอกจากบุคคลธรรมดา (Personas Physicas) แล้ว ยังมี “นิติบุคคล” (Personae Iuridicae) ด้วย โดยนิติบุคคลนี้เกิดขึ้นโดยการรวมเข้ากัน (Universitates) ของบุคคลธรรมดาดังแต่สามคนขึ้นไป (Universitates

²⁷⁵ จาก ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล (น.7), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2553, กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์ดี จำกัด.

²⁷⁶ From *An Introduction to Roman Law* (p.60-61), by Barry Nicholas, 1972, Oxford University Press (อ้างถึงใน “แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล”). วันที่ 2 กรกฎาคม 2555. โดย ปกรณ์ นิลประพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1738>.

personarum) หรือการรวมเข้ากันของกองทรัพย์สิน (Universitates Rerum) เพื่อดำเนินกิจการอันเป็นการจรรโลงพระศาสนา โดยนิติบุคคลจะดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งผ่านบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคล (Personae Collegiums) ซึ่งมีอำนาจบริหารจัดการ และนิติบุคคลนี้มีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบเป็นของตนเองแยกออกได้จากสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาหรือกองทรัพย์สินที่เข้ามารวมเข้ากันนั้น²⁷⁷ ซึ่งมีทฤษฎีเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลที่สำคัญ²⁷⁸ ดังนี้

1) ทฤษฎี Realistic Theory

ได้แก่ทฤษฎีที่เห็นว่าสภาพของนิติบุคคลนั้นเป็นสถานะความเป็นจริงที่ยอมรับในสังคม ซึ่งมีอยู่แล้วมิใช่เรื่องสมมติ นิติบุคคลมีตัวตนที่แท้จริง คือเป็นนิติบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่รวมเข้าเป็นนิติบุคคลนั้น โดยกฎหมายเพียงแต่รับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคลเท่านั้น²⁷⁹ ฉะนั้น นิติบุคคลจึงสามารถมีเจตนาได้ โดยนิติบุคคลย่อมแสดงเจตนาผ่านทางบุคคลธรรมดา และถือว่าการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลเป็นเสมือนการกระทำของนิติบุคคลเสมอเพราะถือว่าผู้แทนนิติบุคคลเป็นเสมือนอวัยวะของนิติบุคคลนั่นเอง โดย ออตโต ฟอน เกียเก้ (Otto von Gierke ค.ศ. 1841-1921) นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน เห็นว่านิติบุคคลเป็นเอกภาพแห่งชีวิตเหนือปัจเจกบุคคลที่มารวมกัน และสามารถแสดงออกซึ่งเจตนาที่มีอยู่โดยแท้จริงนั้นผ่านบุคคลธรรมดา ในแง่มุมนี้นิติบุคคลจึงมิใช่สิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นตามใจชอบแต่กฎหมายจำต้องยอมรับว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่จริงและดำเนินการควบคุมให้การกระทำของนิติบุคคลอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น²⁸⁰

2) ทฤษฎี Fiction Theory

ได้แก่ทฤษฎีที่ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเพราะผลการรับรองของกฎหมาย โดยแบ่งสถานภาพออกจากบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลได้รับการปฏิบัติเหมือนบุคคลธรรมดา (They are Treated as if they were Persons)²⁸¹ เป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติหรืออุปโลกน์ขึ้นมาเพื่อให้มีสิทธิและ

²⁷⁷ จาก “แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล” วันที่ 2 กรกฎาคม 2555. โดย ปกรณ์ นิลประพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1738>.

²⁷⁸ ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล (น.7). เล่มเดิม.

²⁷⁹ From *Legal Theory*.(p.557) by Friedmann. 1967. 5th Edit., New York: Columbia University Press. (อ้างถึงใน ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล) (น.7), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2553, กรุงเทพฯ: บริษัทพิมพ์ดี จำกัด.

²⁸⁰ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.51). เล่มเดิม.

²⁸¹ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล (น.6). เล่มเดิม.

หน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่ได้มีตัวตนและไม่ได้มีความเป็นอยู่ที่แท้จริง จึงไม่ยอมรับว่านิติบุคคลสามารถมีเจตนาได้ ดังนั้น ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลตามทฤษฎีนี้จึงมีเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น โดย ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ซาวิญยี (Friedrich Carl von Savigny ค.ศ. 1779-1861) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่ง เห็นว่า ความสามารถในการทรงสิทธิถือเป็นการแสดงออกของการตัดสินใจกำหนดวิถีชีวิตของปัจเจกบุคคลและเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ดังนั้น เฉพาะแต่มนุษย์แต่ละคนเท่านั้นที่จะมีความสามารถในการทรงสิทธิได้ ด้วยเหตุดังกล่าวหากจะให้หน่วยงานอื่น เช่น สมาคม บริษัทฯ มีความสามารถในการทรงสิทธิและมีความสามารถในการกระทำการในทางกฎหมาย จึงจำเป็นต้องจินตนาการให้หน่วยงานดังกล่าวมีสภาพเป็นบุคคล โดยใช้อำนาจในทางกฎหมายกำหนดให้เป็นบุคคล โดยกฎหมายจะหนดขอบเขตอำนาจที่นิติบุคคลสามารถกระทำการได้ และโดยที่นิติบุคคลเป็นสิ่งสมมติ ไม่มีชีวิตจิตใจ จึงจำเป็นต้องมีผู้แทนนิติบุคคลมาแสดงเจตนาแทน โดยบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลนั้นเรียกว่า “ผู้แทนนิติบุคคล”²⁸²

ดังนั้น ไม่ว่าจะอธิบายเรื่องสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลตามทฤษฎีใดก็ตาม ถือว่านิติบุคคลเป็นประธานแห่งสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาและสามารถมีสิทธิและหน้าที่ของตนเองได้ สำหรับระบบของกฎหมายไทยถือว่า สภาพของนิติบุคคลเป็นไปตามทฤษฎี Fiction Theory²⁸³ ที่ว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของกฎหมาย คือ เป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นนั่นเอง ซึ่งสังเกตได้จากบทบัญญัติในมาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น...” และโดยทั่วไปแล้วนิติบุคคลมีองค์ประกอบของดังนี้ คือ ชื่อ วัตถุประสงค์ ขอบอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล ผู้แทน อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้แทน เงินทุนหรือทรัพย์สิน การดำเนินการในลักษณะที่ต่อเนื่องและถาวร เป็นต้น โดยมีกฎหมายรองรับและให้อำนาจ (By Operation of Law)²⁸⁴

2.8.1.2 แนวความคิดที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล

การเกิดขึ้นของแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายตามมาว่า ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดที่มีโทษอาญา นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้พระสันตปาปาอินโนเซนต์ที่ 4 (ค.ศ. 1195-1245) ซึ่งทรงเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายพระเนื่องจากทรงเคยเป็นผู้สอนกฎหมายพระในมหาวิทยาลัยโบโลญญามาก่อน ได้มีพระวินิจฉัยในเรื่องนี้ว่าบุคคลธรรมดานั้นเป็นสิ่งมีชีวิตที่จับต้องได้และมีชีวิตจิตใจ (Willpower and

²⁸² คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น.50). เล่มเดิม.

²⁸³ คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น.96). เล่มเดิม.

²⁸⁴ แหล่งเดิม.

soul) เป็นของตนเองจึงสามารถแสดงเจตนาร้าย (Mens Rea) ได้ บุคคลธรรมดาจึงกระทำความผิดอาญา (Actus Reus) ได้ และบุคคลธรรมดาเป็น “พสก” หรือผู้อยู่ใต้ปกครอง (Subject) ที่แท้จริงของพระเจ้าและกษัตริย์ เมื่อบุคคลธรรมดากระทำความผิดอาญา พระเจ้าและกษัตริย์จึงมีพระราชอำนาจที่จะลงโทษอาญาแก่บุคคลธรรมดาได้ แต่สำหรับนิติบุคคลนั้น ทรงมีพระวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีชีวิตจิตใจ การดำเนินการต่าง ๆ ของนิติบุคคลต้องกระทำผ่านบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจมีเจตนาร้ายได้ และไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้ด้วยตนเอง (Societas delinquere non potest) ดังนั้น การลงโทษอาญาแก่นิติบุคคล จึงไม่อาจกระทำได้ในระยะแรก พระวินิจฉัยของพระสันตปาปาอินโนเซนต์ที่ 4 ถือเป็นที่ยุติ แต่เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปและฝ่ายอาณาจักรได้นำแนวคิดเรื่องนิติบุคคลมาประยุกต์ใช้ในการประกอบธุรกิจ แทนที่จะจัดตั้งขึ้นเพื่อจรรโลงพระศาสนาเพียงประการเดียว การดำเนินกิจการของนิติบุคคลจึงทวีความสำคัญมากขึ้น²⁸⁵

อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการนักนิติศาสตร์ได้ถกเถียงกันว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญา และรับโทษทางอาญาได้หรือไม่ ซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างกันแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้²⁸⁶

1) แนวคิดฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้

ตามแนวคิดของฝ่ายนี้เป็นของนักนิติศาสตร์เยอรมันที่ยึดหลักว่า นิติบุคคลกระทำความผิดอาญาไม่ได้ตามพระวินิจฉัยของพระสันตปาปาอินโนเซนต์ที่ 4 โดยถือว่าความรับผิดชอบอาญาต้องประกอบด้วย การกระทำความผิด (Actus Reus) และเจตนาร้าย (Mens Rea) เมื่อนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้น ไม่มีตัวตน จึงไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้ด้วยตนเอง และที่สำคัญนิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ จึงไม่อาจมีเจตนาร้ายได้ และไม่ครบองค์ประกอบของการกระทำความผิดอาญา อีกทั้งลักษณะทางกายภาพของนิติบุคคลก็ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษอาญา นักนิติศาสตร์เยอรมันจึงถือว่านิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้ และไม่สามารถรับโทษอาญาได้

อนึ่ง เมื่อยึดหลักเช่นนี้แล้ว จึงมีประเด็นปัญตามมาว่า หากนิติบุคคลได้กระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมาย รัฐจะจัดการกับนิติบุคคลนั้นอย่างไร นักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่า แม้การลงโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลจะกระทำมิได้ แต่โดยที่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมุติและกระทำการต่าง ๆ ผ่านผู้แทนนิติบุคคล บุคคลเหล่านี้ต่างหากที่ต้องถูกลงโทษอาญา จึงมีการตรากฎหมายว่าด้วยการกระทำ

²⁸⁵ “แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล” วันที่ 2 กรกฎาคม 2555, โดย ปรกรณ์ นิลประพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1738>.

²⁸⁶ แหล่งเดิม.

ความผิดที่มีขอบด้วยกฎหมายและต้องถูกดำเนิน Ordnungswidrigkeitsgesetz (OWiG) ขึ้น โดยมาตรา 30 แห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า “ในกรณีผู้กระทำความผิดอาญาเป็นผู้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนนิติบุคคล พนักงานของนิติบุคคล ประธานกรรมการหรือกรรมการของนิติบุคคล หุ่นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วน หรือผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น และที่สำคัญการกระทำของบุคคลดังกล่าวทำให้นิติบุคคลนั้นได้รับหรืออาจได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิด บุคคลนั้นต้องระวางโทษปรับอาญาไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านยูโรในกรณีที่มีเจตนากระทำความผิด หรือห้าแสนยูโรในกรณีที่การกระทำความผิดอาญานั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลดังกล่าว” ส่วนตัวนิติบุคคลนั้นระบบกฎหมายเยอรมันใช้การลงโทษทางปกครองแทน เช่น ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต²⁸⁷ เป็นต้น

นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์สายละตินไม่ว่าจะเป็นอิตาลี โปรตุเกส กรีซ และสเปนที่ต่างยึดหลัก *Societas Delinquere Non Potest* อย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์เยอรมันนั้น เช่น ในประเทศอิตาลี ถ้าผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิด นิติบุคคลต้องรับโทษทางปกครอง เช่น ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ห้ามทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ถูกเพิกถอนหรือไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเงิน ห้ามโฆษณา หรือปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งล้านห้าแสนยูโร เป็นต้น แต่ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาตาม Legge 29 settembre 2000, n. 300 และ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 โดยหากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายของนิติบุคคล ผู้ดำรงตำแหน่งหรือมีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการและควบคุมนิติบุคคลตามความเป็นจริง หรือผู้ดำเนินการตามคำสั่งของบุคคลดังกล่าวข้างต้น เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดอาญาและนิติบุคคลดังกล่าวได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้แทนนิติบุคคล แต่หากเป็นการกระทำที่นิติบุคคลมิได้รับผลประโยชน์อันใดจากการกระทำความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะส่วนตัว

2) แนวคิดฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้

ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้นั้น ได้แก่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา²⁸⁸ เป็นต้น

โดยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นแม้จะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายพระอยู่มาก แต่นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่าเมื่อนิติบุคคลสามารถแยกออกได้จากบุคคลธรรมดาที่มารวมเข้ากันนั้น อีกทั้งมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเป็นของตนเอง นิติบุคคลจึงย่อมกระทำความผิดอาญาได้

²⁸⁷ แหล่งเดิม.

²⁸⁸ แหล่งเดิม.

รวมทั้งต้องรับโทษอาญาได้ด้วย โดยหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ชัดเจนใน Grande Ordonnance Criminelle 1670 อย่างไรก็ดี เมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 รัฐบาลคณะปฏิวัติต้องการใช้เงินในการฟื้นฟูประเทศ แต่โดยที่รัฐบาลฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 อยู่ในภาวะเกือบล้มละลายเนื่องจากใช้เงินจำนวนมหาศาลไปกับสงครามเจ็ดปีกับอังกฤษ และการช่วยเหลือชาวอเมริกันทำสงครามปลดปล่อย รัฐบาลคณะปฏิวัติจึงต้องหาเงินจากทางอื่นและพบว่าทรัพย์สินจำนวนมหาศาลของประเทศนั้นอยู่ในความครอบครองของนิติบุคคลซึ่งส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้นโดยชนชั้นสูง และโดยที่สภาพข้อเท็จจริงก่อนการปฏิวัติแสดงให้เห็นว่านิติบุคคลเหล่านี้ มีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจและการเมืองสูงมาก รัฐบาลคณะปฏิวัติจึงสั่งให้ยุบเลิกและริบทรัพย์สินของนิติบุคคลจำนวนมากให้ตกเป็นของรัฐ โดยอ้างว่านิติบุคคลเหล่านี้เป็นภัยคุกคามต่อการปกครองประเทศและขัดต่อหลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) อันเป็นหลักสำคัญของการปฏิวัติ การริบทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวทำให้ผู้คนเข็ดขยาดในการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจเพราะเกรงจะเกิดประวัติศาสตร์ซ้ำรอยอีก การประกอบกิจการของนิติบุคคลในฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 จึงคลายความสำคัญลงจนถึงขนาดที่ว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่บังคับใช้ใน ค.ศ. 1810 มิได้บัญญัติเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลไว้เหมือนเช่นที่ผ่านมา ความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลจึงถือเป็นความรับผิดส่วนตัวอันเป็นการกลับหลักการที่ยึดถือมาแต่เดิม ต่อมาเมื่อการค้ากับต่างประเทศกลับมาเจริญรุ่งเรืองขึ้นอีกครั้ง ในศตวรรษที่ 19 นิติบุคคลได้กลับมามีความสำคัญขึ้นอีกครั้งหนึ่งในฝรั่งเศส แต่ปรากฏอยู่เสมอว่ามีการใช้ช่องว่างของกฎหมายที่ถือว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญามีได้เป็นช่องทางในการละเมิดกฎหมาย แต่โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่มีเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล จึงไม่มีมาตรการจัดการกับนิติบุคคลเหล่านี้เหมาะสม จึงได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1992 เพื่อกำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดทางอาญาขึ้นอีกครั้งหนึ่งหลังจากไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวหายไปจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสถึง 182 ปี และในประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ (Nouveau Code Penale) ที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1994 นั้น มาตรา 121-2 บัญญัติว่า “บรรดานิติบุคคลทั้งหลายนอกจากรัฐต้องรับผิดอาญาในการกระทำของหน่วยงานหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น”²⁸⁹

ในประเทศอังกฤษ แต่เดิมนิติบุคคลมีอยู่เป็นจำนวนน้อยและส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้พระอุปถัมภ์ของพระราชา หรือพระราชินีแห่งอังกฤษทั้งสิ้น เห็นว่า นิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้นและทำกิจการต่างๆ ได้เฉพาะภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การกระทำใดที่มากไปกว่าที่กฎหมายกำหนดถือว่าเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ (Ultra Vires) และ

²⁸⁹ “แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล” วันที่ 2 กรกฎาคม 2555. โดย ปกรณ์

นิลประพันธ์. สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1738>.

นิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจจึงไม่อาจมีเจตนาร้าย (Mens Rea) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดอาญาได้ นักนิติศาสตร์อังกฤษจึงเห็นว่านิติบุคคลไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้ และไม่อาจรับโทษอาญาได้ แต่โดยที่การดำเนินการของนิติบุคคลกระทำผ่านผู้แทนของนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคลจึงอาจต้องรับผิดอาญาหากพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดต่อมาในศตวรรษที่ 16 และ 17 การจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจได้กลายเป็นเรื่องธรรมดาซึ่งหากถือตามหลักเดิมที่ว่า ผู้แทนนิติบุคคลเท่านั้นที่ต้องรับผิดทางอาญา ขณะที่ตัวนิติบุคคลไม่ต้องรับผิดทางอาญา และผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลตามความเป็นจริงแต่ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลเองก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญา จึงเกิดกรณีผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลตามความเป็นจริงแต่ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลใช้หรือหลอกลวงให้ผู้มีชื่อเป็นผู้แทนนิติบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดอาญาเพื่อหาประโยชน์แก่ตนเองเสมอ รวมทั้งมีกรณีที่คณะกรรมการบริษัทซึ่งมีหน้าที่กำหนดนโยบายและกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทมีการประชุมเพียงปีละ 1-2 ครั้งเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการบริษัทก็กำหนดนโยบายของบริษัทไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่ในการดำเนินงานตามนโยบายนั้น ผู้จัดการหรือพนักงานของบริษัทไปกระทำความผิดอาญาขึ้น จึงมีการฟ้องคณะกรรมการบริษัทให้รับผิด และมีคดีเช่นนี้ขึ้นสู่ศาลจำนวนมาก²⁹⁰ อาทิเช่น

คดี Bolton (Engineering) Co. v. Graham (1957 Q-B.159) ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะกรรมการบริษัทประชุมเพียงปีละครั้งเท่านั้น ส่วนการดำเนินงานต่าง ๆ คณะกรรมการให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดการหรือพนักงานของบริษัท เป็นต้น กรณีจึงมีปัญหว่าคณะกรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบในความผิดอาญาที่ผู้จัดการได้ทำลงในช่วงการทำงานหรือไม่ คดี Tesco Supermaket Ltd. v. Natrass (1972 A.C.153) ศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาของนิติบุคคลไว้โดยศาลยืนยันความเห็นของ Lord Denning ในคดี Bolton (Engineering) Co. v. Graham (1957 Q-B.159) ว่านิติบุคคลนั้นเปรียบได้กับร่างกายของมนุษย์ โดยบุคคลธรรมดาที่ประกอบเข้ากันเป็นนิติบุคคลนั้นจะทำหน้าที่แตกต่างกัน โดยปกติคณะกรรมการบริษัทก็ติดกรรมการผู้จัดการที่ดี ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในบริษัทที่ดี มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการตลอดจนแสดงออกและกระทำการต่างๆ ในนามของบริษัท ซึ่งเป็นนิติบุคคล เปรียบได้กับสมองและระบบประสาทของมนุษย์ แต่เจ้าหน้าที่ระดับล่างไม่มีอำนาจหน้าที่เช่นนั้น คงทำได้แต่เพียงในเรื่องที่คณะกรรมการบริษัท กรรมการผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในบริษัทซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการ ตลอดจนแสดงออกและกระทำการต่างๆ ในนามของบริษัทเป็นผู้สั่งการ จึงกล่าวได้ว่าเจตนาและการกระทำของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการบริษัทถือได้ว่าเป็น

²⁹⁰ แหล่งเดิม.

เจตนาและการกระทำของนิติบุคคลนั้น ซึ่งรวมถึงเจตนาร้าย (Mens Rea) และการกระทำความผิดอาญา (Actus Reus) ด้วย อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาของนิติบุคคลตามคำพิพากษาดังกล่าวไม่เหมาะที่จะประยุกต์ใช้กับนิติบุคคล ที่มีลักษณะเป็นองค์กรขนาดใหญ่ และมีโครงสร้างการบริหารจัดการที่ซับซ้อน และมีการมอบอำนาจให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ระดับต่างๆ กระทำการบางอย่างในนามของนิติบุคคลนั้นได้ด้วยนอกจากคณะกรรมการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้แทนนิติบุคคล อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาร้าย (Mens Rea) ของบุคคลดังกล่าวด้วย²⁹¹

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว นักนิติศาสตร์อังกฤษจึงแบ่งความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดชอบเด็ดขาด กับความรับผิดชอบที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้าย โดยในกรณีความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้นถือว่าการกระทำความผิดอาญาของบุคลากรใดๆ ของนิติบุคคลบรรดาที่ทำให้นิติบุคคลนั้นได้รับประโยชน์ ต้องถือว่านิติบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญา ส่วนความรับผิดชอบที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้ายนั้น หากบุคลากรของนิติบุคคลนั้นแสดงออกต่อผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเข้าใจได้ว่าตนเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และบุคคลนั้นกระทำการในขอบเขตงานที่จ้าง ก็จะถือว่านิติบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม โดยที่ความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้นมีขอบเขตกว้างกว่าความรับผิดชอบที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้ายมาก ในทางปฏิบัติจึงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญาของบุคลากรก็เพียงพอแล้ว²⁹²

สำหรับระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้ และรับโทษอาญาได้²⁹³ โดยเป็นการผสมผสานแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลของอังกฤษเข้ากับหลัก Respondeat Superior (Let the master answers) กล่าวคือ นิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาหากพนักงาน หรือลูกจ้างของตนกระทำความผิดอาญานั้นภายในขอบเขตแห่งการทำงานที่จ้าง และในนามของนิติบุคคล หรือกระทำให้โดยมุ่งหมายให้นิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการนั้น ทั้งนี้ไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญานั้นจริงหรือไม่ และไม่ว่าพนักงานหรือลูกจ้างนั้นจะดำรงตำแหน่งใดๆ ในนิติบุคคลเพราะในทางความเป็นจริงแล้วการบริหารจัดการนิติบุคคลปัจจุบันมีความซับซ้อนและมีการมอบอำนาจภายในนิติบุคคลเพื่อให้

²⁹¹ แหล่งเดิม.

²⁹² From *Criminal Liability of Corporations-Comparative Jurisprudence* (pp.14-15), by Anca Iulia Pop, 2006, Michigan State University College of Law อ้างถึงใน “แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล”) วันที่ 2 กรกฎาคม 2555. โดย ปกรณ์ นิลประพันธ์, สืบค้น 21 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1738>.

²⁹³ แหล่งเดิม.

บุคลากรต่างๆ ของนิติบุคคลทำงานในหน้าที่ได้โดยสะดวกอันเป็นประโยชน์ต่อนิติบุคคลนั่นเอง การตัดสินใจในเรื่องต่างๆ มิได้รวมศูนย์อยู่ที่ผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล เท่านั้น และเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก นักนิติศาสตร์อเมริกันมีความเห็นด้วยว่ากรณีไม่มีความ จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าพนักงานหรือลูกจ้างนั้นกระทำการนอกขอบอำนาจหรือโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือขัดต่อนโยบายของนิติบุคคลนั้นหรือไม่ เพราะนิติบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบในบรรดาการ กระทำของพนักงานหรือลูกจ้างที่ตนได้จ้างมาทำงานและเป็นผู้ควบคุมบังคับบัญชาการปฏิบัติงาน ของพนักงานหรือลูกจ้างนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจยกเหตุที่ตนละเลย ไม่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงาน ของพนักงานหรือลูกจ้างอย่างจริงจังมาเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก ผู้สุจริตได้²⁹⁴

กล่าวโดยสรุป ปัญหาว่านิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลสมมติทางกฎหมายจะมีความผิดทาง อาญา และรับโทษทางอาญาได้หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับการอธิบายของระบบกฎหมายหลักของโลก คือ ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ที่ในอดีตไม่ยอมรับหลักความรับผิดชอบทางอาญาของ นิติบุคคล เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่มีความรับผิดชอบทางอาญาได้ ต่อมาแนวโน้มทางกฎหมายเริ่ม เปลี่ยนไปเป็นการยอมรับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล เพราะสาเหตุของการเพิ่มขึ้นของ องค์การอาชญากรรม หรืออาชญากรรมทางธุรกิจ ส่วนในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ยอมรับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลและการลงโทษนิติบุคคลด้วยเงื่อนไขที่ คล้ายกับการลงโทษบุคคลธรรมดา²⁹⁵

อย่างไรก็ตาม ยังคงมีแนวความคิดที่แตกต่างกันเป็น 2 แนวคิดหลัก กล่าวคือ นักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่ เห็นว่า การกระทำความผิดอาญาต้องประกอบด้วย การกระทำ ความผิดอาญาตามความเป็นจริง (Actus Reus) และผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาร้าย (Mens Rea) เมื่อ นิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ และไม่สามารถกระทำการต่างๆ ได้เอง นิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำความผิด อาญาได้ การกระทำความผิดอาญาจึงเป็นการกระทำของผู้แทนนิติบุคคล ในแง่การรับโทษทาง อาญานั้น โดยที่วัตถุประสงค์และวิธีการลงโทษอาญาส่วนใหญ่ เป็นการจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ของบุคคลธรรมดา นักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่จึงเห็นว่าโทษอาญานั้นไม่เหมาะที่จะนำไปใช้ แก่นิติบุคคล แต่สามารถใช้กับผู้แทนนิติบุคคลผู้กระทำความผิดอาญาได้ ส่วนตัวนิติบุคคลนั้นแม้ ไม่อาจรับโทษอาญาได้ แต่หากไม่มีมาตรการจัดการกับนิติบุคคลเหล่านี้ย่อมเหมาะสม ก็อาจ เกิด ปัญหาได้ นักนิติศาสตร์สายละตินส่วนมากจึงพัฒนาโทษทางปกครองขึ้นใช้กับนิติบุคคลในกรณี ที่ผู้แทนนิติบุคคลไปกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายแทน ไม่ว่าจะเป็นการห้ามกระทำการอย่างใด

²⁹⁴ แหล่งเดิม.

²⁹⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (น.151-152). โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2556, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

อย่างหนึ่ง การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต การห้ามทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ การเพิกถอนหรือยุติ การสนับสนุนทางการเงิน การห้ามโฆษณา หรือการปรับทางปกครองในอัตราสูงมาก เป็นต้น ส่วนนักนิติศาสตร์สายละตินส่วนน้อยและนักนิติศาสตร์สาย Common Law นั้นเห็นว่านิติบุคคลมีสถานะแตกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่ประกอบเข้ากันเป็นนิติบุคคลนั้น และมีการกระทำและเจตนาเป็นของตนเอง นิติบุคคลจึงสามารถกระทำความผิดอาญาได้ และรับโทษทางอาญาได้ นักนิติศาสตร์สายนี้จึงมิได้พัฒนาระบบโทษทางปกครองขึ้นมาใช้บังคับกับนิติบุคคลเป็นการเฉพาะเหมือนนักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่ดังกล่าวมาแล้ว แต่โดยที่นิติบุคคลดำเนินการผ่านผู้แทนของนิติบุคคล นักนิติศาสตร์สายนี้จึงพัฒนาแนวคิดในการพิจารณาว่า การกระทำอย่างไรของผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล หรือพนักงานของนิติบุคคล ที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของนิติบุคคล ซึ่งนักนิติศาสตร์อังกฤษเห็นว่าโดยที่ผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลเปรียบได้กับสมองและระบบประสาทของนิติบุคคล เจตนาของบุคคลดังกล่าวจึงถือเป็นเจตนาของนิติบุคคล และการกระทำของบุคคลดังกล่าวภายในขอบอำนาจย่อม ถือเป็นการกระทำของนิติบุคคล (Alter Ego Theory) แต่นักนิติศาสตร์อเมริกันพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่าโครงสร้างการบริหารจัดการนิติบุคคลปัจจุบันมีความซับซ้อน และมีการมอบอำนาจภายในนิติบุคคลเพื่อให้บุคลากรต่างๆ ของนิติบุคคลทำงานในหน้าที่ได้โดยสะดวกอันเป็นประโยชน์ต่อนิติบุคคลนั่นเอง การผูกเจตนาร้ายของนิติบุคคลไว้เฉพาะกับผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลจึงไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงนักนิติศาสตร์อเมริกันจึงเห็นว่านอกจากผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลแล้ว ยังต้องรวมไปถึงเจตนาร้ายของพนักงานของนิติบุคคลซึ่งกระทำการในทางที่ฉ้อและมุ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่นิติบุคคล ไม่ว่าพนักงานนั้นจะดำรงตำแหน่งใด ๆ และไม่ว่านิติบุคคลจะได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้นจริงหรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา นิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบอาญานั้นด้วย (Aggregation Theory)

2.8.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล

ในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลนั้น²⁹⁶ แม้เป็นที่ยอมรับว่านิติบุคคลสามารถกระทำได้ แต่บทลงโทษที่นิติบุคคลจะได้รับตามกฎหมายอาญามีเพียงสองประการเท่านั้น ได้แก่

²⁹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา.” ซึ่งศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาให้นิติบุคคลสามารถรับผิดชอบทางอาญาในความผิดที่กระทำโดยเจตนา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 ประชุมใหญ่) และให้นิติบุคคลรับผิดชอบในทางอาญาในการกระทำโดยประมาท (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3446/2537).

โทษปรับ และริบทรัพย์สิน²⁹⁷ เท่านั้น แม้ว่าจะมีมาตรการอื่นในกฎหมายบางฉบับ อาทิเช่น การระงับการดำเนินกิจการหรือปิดกิจการชั่วคราว เป็นต้น แต่มาตรการดังกล่าวไม่อาจแก้ไขปัญหายาอย่างได้ผล เพราะในความเป็นจริงแล้ว ยังมีบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ดำเนินงานที่เป็นผู้รับประโยชน์โดยตรง จึงสมควรต้องพิจารณาเอาตัวบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ดำเนินงานของนิติบุคคล ซึ่งคือผู้บริหารนิติบุคคลมาลงโทษตามสัดส่วนความร้ายแรงของความผิดด้วย

ในการกำหนดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้บริหารนิติบุคคลอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่านิติบุคคลต้องแสดงเจตนาและกระทำการต่างๆ โดยผ่านผู้แทนนิติบุคคลเสมอ เมื่อนิติบุคคลกระทำความผิดย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าผู้แทนนิติบุคคลย่อมต้องมีส่วนรู้เห็น หรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นด้วย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าแท้ที่จริงแล้วความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลธรรมดานั่นเอง (Any crime committed in corporate name must be committed by a person) นอกจากนี้ การลงโทษนิติบุคคลในบางกรณี เช่น การลงโทษปรับบริษัทขนาดใหญ่ที่มีความมั่นคงในทางการเงินย่อมไม่อาจทำให้การลงโทษบรรลุวัตถุประสงค์ได้เลย ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับผู้บริหารนิติบุคคลด้วย เพื่อที่จะลงโทษต้นเหตุของความผิดที่เกิดขึ้น และเพื่อให้การแก้ไขปัญหาระเบิดการกระทำความผิดของนิติบุคคลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งกฎหมายได้มีการกำหนดไว้โดยแยกเป็น 2 กรณี²⁹⁸ คือ ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคลกรณีปกติ และความรับผิดทางอาญาผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย ดังนี้

1) ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคลกรณีปกติ

ในกรณีนี้ความรับผิดเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้บริหารของนิติบุคคล โดยเป็นกรณีที่ผู้บริหารของนิติบุคคลได้กระทำความผิดเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล ซึ่งต้องทำให้นิติบุคคลต้องรับผิดทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น และผู้บริหารนิติบุคคลก็ต้องรับผิดทางอาญาเป็นส่วนตัวด้วย ในกรณีเช่นนี้โจทก์มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่า ผู้บริหารนิติบุคคลกระทำความผิดจริงตามที่โจทก์กล่าวหาจนปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof Beyond Reasonable Doubt)

²⁹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้กำหนดโทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิด ดังนี้

1) ประหารชีวิต 2) จำคุก 3) กักขัง 4) ปรับ 5) ริบทรัพย์สิน.

²⁹⁸ จาก รายงานสรุปผลการวิจัย หัวข้อที่ 8 “ความรับผิดของนิติบุคคล” ของโครงการวิจัยเรื่องการพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชกรรมข้ามชาติ .โดยทวิเกียรติ มินะกนิษฐ และคณะ. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด (อ้างถึงใน “ข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์กับการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล”), โดย บรรหาร กำลา, 2555, วารสารจุลนิติ, 9(5), (5 กันยายน-ตุลาคม), น.163.

2) ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคลตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย

ในกรณีนี้ ความรับผิดของผู้บริหารนิติบุคคลเกิดขึ้นจากการทำความผิดของนิติบุคคล โดยเป็นกรณีที่นิติบุคคลได้กระทำความผิดตามกฎหมาย และกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานว่าให้ผู้บริหารนิติบุคคลซึ่งได้แก่ บรรดาหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้นมีความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้ผู้บริหารนิติบุคคลรับผิดโดยต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้บริหารนั้นมีส่วนผิดอยู่ด้วย และการบัญญัติให้ผู้บริหารนิติบุคคลรับผิดอย่างเด็ดขาด (Strict Liability)²⁹⁹

อนึ่ง ความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่มีการบัญญัติให้บรรดาผู้บริหารนิติบุคคลรับผิดโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย เป็นประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรมในบทที่ 4 ต่อไป

กล่าวโดยสรุป เหตุผลที่ต้องลงโทษผู้แทนนิติบุคคลนั้น เป็นเพราะศาลถือว่าผู้แทนนิติบุคคลมี 2 สถานะ กล่าวคือ มีฐานะเป็นนิติบุคคลเอง และมีฐานะเป็นส่วนตัวด้วย โดยศาลอาศัยหลักเรื่องตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83³⁰⁰ มาเชื่อมโยงความรับผิด ซึ่งมีข้อสังเกตว่าตัวการจะร่วมเป็นนิติบุคคลได้หรือไม่ เพราะหลักเรื่องตัวการร่วมจะต้องมีการกระทำร่วมกันและมีเจตนาร่วมกันเสมอ แต่โดยสภาพของนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลสมมติตามกฎหมาย หากพิจารณาในแง่ของการกระทำและเจตนาแล้ว อาจมีข้อถกเถียงในเรื่องการกระทำร่วมกันและเจตนาร่วมกันว่าจะสามารถมีขึ้นได้หรือไม่อย่างไร³⁰¹

2.8.3 เหตุผลในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล

ในการดำเนินคดีอาญามีหลักอยู่ว่า “ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) การจะลงโทษจำเลยได้นั้นต้องพิสูจน์ให้ได้ถึงระดับที่เรียกว่า โดยปราศจากความสงสัยตามสมควร (Proof Beyond Reasonable Doubt) ว่ามีการกระทำความผิด

²⁹⁹ จาก ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล, โดย วงศ์ศิริ ศรีรัตน์ เทียนฤทธิเดช, วารสารนิติศาสตร์, 23(3) (2536) น.552-562. (อ้างถึงใน ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล) (น.19-22), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2553, กรุงเทพฯ: บริษัทพิมพ์ดี จำกัด.

³⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 บัญญัติว่า “ในกรณีความผิดใด เกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ร่วมการกระทำความผิดด้วยกันนั้น เป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”.

³⁰¹ ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล(น.22). เล่มเดิม.

เกิดขึ้น และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น หากมีข้อสงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย (in dubio pro reo)³⁰² โดยมีหลักการว่าในคดีอาญา โจทก์(พนักงานอัยการและผู้เสียหาย)³⁰³ มีภาระการพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ครบทุกองค์ประกอบแห่งความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้³⁰⁴ โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่จำเป็นต้องนำหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล จะมีผลทำให้เมื่อโจทก์สามารถนำสืบให้เห็นถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานได้แล้ว (Basic Fact) ก็จะส่งให้เกิดข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน (Presumed Fact) ตามมา³⁰⁵ โดยจำเลย (ซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคล) จะกลายมาเป็นผู้มีหน้าที่ต้องนำสืบพยานหลักฐาน (Evidential Burden) เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น ซึ่งในสถานะเช่นนี้อาจทำให้จำเลยอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบ และมีโอกาสที่จะแพ้คดีมากขึ้น และในความเป็นจริงผู้บริหารนิติบุคคลอาจมีหลายคน และอาจไม่ทราบเกี่ยวกับการกระทำต่างๆ ของนิติบุคคลได้ครบทุกเรื่อง ซึ่งจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีที่นิติบุคคลนั้นเป็นบริษัทขนาดใหญ่และมีโครงสร้างการบริหารงานที่ซับซ้อน เป็นต้น

นอกจากนี้ เหตุผลที่กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในลักษณะดังกล่าวนี้ อาจมาจากเหตุผลที่ว่า เนื่องจากผู้แทนนิติบุคคลนั้นอาจถือได้ว่าเป็นสมอง หรือชีวิตของนิติบุคคล ดังนั้น จึงไม่น่าจะเป็นไปได้ที่นิติบุคคลจะกระทำผิดได้โดยผู้แทนไม่ได้รู้เห็น แต่ทางปฏิบัติมักจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดเกี่ยวกับผู้แทนนิติบุคคลได้ยาก และการจะลงโทษนิติบุคคลก็ทำได้แค่เพียงโทษปรับ หรือริบทรัพย์ ซึ่งมีผลในทางยับยั้งน้อย และยังเป็นช่องทางให้ผู้แทนนิติบุคคลฉวยโอกาสกระทำความผิดเพื่อหาผลประโยชน์โดยโยนความผิดไปให้นิติบุคคล³⁰⁶ นอกจากนี้ การดำเนินการต่างๆ ของนิติบุคคลในบางครั้งอาจเป็นการกระทำความผิดได้ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น อาจส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีความผิดนั้นเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime) เนื่องจากโดยลักษณะของอาชญากรรมประเภทนี้พยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด

³⁰² จาก แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของชนชาวไทย (น.115), โดย คณะกรรมการศึกษาแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

³⁰³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 28.

³⁰⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 158(5).

³⁰⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น.125-144), โดย โสภณ รัตนกร, 2550 (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

³⁰⁶ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น.117). เล่มเดิม.

มักจะอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำความผิดเป็นส่วนใหญ่ ทำให้การรวบรวมหลักฐานต่างๆ ของฝ่ายโจทก์ เพื่อฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเป็นไปด้วยความยากลำบาก ซึ่งถ้าฝ่ายโจทก์ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นถึงการกระทำความผิดของจำเลยจนปราศจากเหตุอันควรสงสัยได้แล้ว ศาลก็ไม่อาจลงโทษจำเลยได้ ด้วยเหตุนี้เอง กฎหมายจึงอ้างความจำเป็นมา กำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี ตามกระบวนการยุติธรรม³⁰⁷ ฉะนั้น กฎหมายจึงต้องกำหนดบทสันนิษฐานความผิดขึ้น เพื่อผลักดันภาระการพิสูจน์ไปให้ฝ่ายผู้แทนนิติบุคคล และส่วนมากจะอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวกับทางเศรษฐกิจ³⁰⁸

อนึ่ง ยังมีการกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดของผู้บริหารนิติบุคคลให้ต้องรับผิด ในการกระทำของผู้บริหารนิติบุคคลอื่น โดยที่ตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น ด้วยเลย ซึ่งเหตุผลอาจเป็นเพราะกฎหมายมีความประสงค์จะให้ผู้บริหารนิติบุคคล ซึ่งอยู่ใน นิติบุคคลเดียวกันมีหน้าที่ต้องคอยควบคุมและสอดส่องดูแลพฤติกรรมเกี่ยวกับการบริหาร ดำเนินงานต่างๆ ระหว่างผู้บริหารนิติบุคคลด้วยกันเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น นั้นเอง³⁰⁹

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นจากนักวิชาการว่า จากแนวคิดที่ว่า นิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมาย สมมติขึ้นตามทฤษฎี Fiction Theory คือไม่มีตัวตน การกระทำ การแสดงเจตนาทุกอย่างย่อมกระทำ ผ่านผู้แทนนิติบุคคล ในชั้นต้นนิติบุคคลได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ในคดีอาญา โจทก์(พนักงานอัยการและผู้เสียหาย) ต้องมีภาระการพิสูจน์ให้ปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่า นิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิด ปัญหาคือ เมื่อพิสูจน์เช่นนั้นได้แล้ว การผลักภาระการพิสูจน์ (Reverse Onus) กลับไปยังผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งตามบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้ภาระการพิสูจน์ เป็นหน้าที่ของ “กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติ บุคคลนั้น” ในทำนอง Rebuttable Presumption คือ บุคคลเหล่านั้นต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่า “ตน มิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” จะขัดต่อหลัก Presumption of Innocence ตาม

³⁰⁷ “ข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์กับการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล” (น.163). เล่มเดิม.

³⁰⁸ คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (น.117). เล่มเดิม.

³⁰⁹ แหล่งเดิม.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่ว³¹⁰ ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายข้างมาก 5 เสียง ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555³¹¹ เห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ และมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดบทสันนิษฐานดังกล่าวเป็นอันใช้บังคับมิได้

³¹⁰ จาก “หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติ ขยายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่” วันที่ 23 เมษายน 2555 โดย ณรงค์เดช สรุโหมยิต สืบค้น 23 มกราคม 2558, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1713>

³¹¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ในภาคผนวก ก.