

บทที่ 2

ความทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่จะทราบถึงสถานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่าจัดอยู่ในองค์กรของรัฐฝ่ายใด และทราบความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่ามีความหมายอย่างไรนั้น มีความจำเป็นที่จะทราบถึงทฤษฎี หลักการ และเหตุผลของการที่จัดให้มีองค์กรของรัฐที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก่อน โดยนำหลักการและทฤษฎีของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับมาวิเคราะห์ เพื่อทราบถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการใช้รัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ดังนั้น จึงต้องศึกษาหลักการที่จำเป็นดังกล่าวซึ่งได้แก่ หลักนิติรัฐ

2.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ : หลักนิติรัฐ (Principle of Legal State)

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งอาจมีชื่อเรียกต่างกันไปบ้าง อาทิ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprincip) ในประเทศเยอรมัน หลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในประเทศอังกฤษ หลักการทั้งหมดนี้มีหลักการเดียวกัน กล่าวคือ เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด¹ พัฒนาการของหลักนิติรัฐนับถือกำเนิดขึ้นในทวีปยุโรปซึ่งล้วนเกิดจากการปกครองโดยการใช้อำนาจโดยมิชอบ (abuse of powers) ของผู้ปกครองซึ่งใช้อำนาจกดขี่ราษฎรจึงทำให้เกิดการเรียกร้องความยุติธรรมขึ้น โดยเฉพาะในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 ในการประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นอาณานิคมของอังกฤษในปี ค.ศ. 1776 และในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีผลต่อพัฒนาการของระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ หลักนิติรัฐนี้เป็นข้อโต้แย้งของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองแผ่นดิน เป็นอำนาจเด็ดขาด และเป็นนิรันดร์ (Absolute and Perpetual Power) ไม่มีอำนาจอะไรอยู่เหนือ ดังนั้น ถ้าถือตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมแล้ว หลักนิติรัฐย่อมมีขึ้นไม่ได้ เพราะตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมนั้น อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุด ไม่อยู่ใต้อำนาจใดทั้งสิ้น ถ้ามีข้อจำกัดแล้วก็ไม่ใช่อำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุนี้

¹วรพจน์ วิศวตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่สอง (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2543) หน้า 65

จึงกล่าวว่า หลักนิติรัฐสืบเนื่องมาจากแนวความคิดเรื่องการจำกัดตนเอง (Auto Limitation) ซึ่งตามแนวคิดนี้ รัฐจะจำกัดตนเองในทางกฎหมายได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของรัฐเอง กล่าวคือ การจำกัดนี้เป็นไปเพราะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการใช้อำนาจอภายในรัฐซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้น ๆ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด นอกเหนือไปจากข้อจำกัดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้น² และกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่นว่านี้จำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของรัฐเอง เพราะหากรัฐไม่เคารพกฎหมาย สภาพอนาธิปไตย (anarchy) ก็จะเกิดขึ้นและจะทำลายกฎหมายของรัฐนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การเคารพกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐเอง (Auto Limitation) แต่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐที่จำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ

กล่าวโดยสรุป อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นถูกจำกัดโดยข้อจำกัดตามกฎหมายแห่งกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้น ดังนั้น รัฐต้องเคารพสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชน และเมื่อใดก็ตามที่รัฐจะทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐต้องอาศัยกฎหมายให้กระทำกรทำได้

ทฤษฎีที่ว่ารัฐต้องเคารพกฎหมายที่ตนเองเป็นผู้ออกมี 2 ทฤษฎีหลัก ๆ คือ ทฤษฎีแรกคือ ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัคร (Auto Limitation) ซึ่งนักนิติศาสตร์เยอรมันค่ายเสรีนิยมคือ Ihering³ และ Jellinek เป็นผู้เสนอ หลักของทฤษฎีนี้ก็คือ รัฐไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้น และกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ในองค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร แต่ทฤษฎีนี้ไม่ได้รับความนิยมในฝรั่งเศส ส่วนทฤษฎีที่สองคือ ทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit) ซึ่งคนที่เริ่มเสนอแนวคิดนี้คนแรก ๆ ได้แก่ นักปรัชญาสัญญาประชาคมอย่าง Rousseau และ Montesquieu⁴ และคนที่สรุปแนวคิดไว้อย่างชัดเจนที่สุดคือ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสชื่อ R. Carre de Malberg ซึ่งแสดงให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง “รัฐตำรวจ” (Etat de Police หรือ Police State) ที่ “ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์

² โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 86

³ Ihering, Der Zweck in Recht, Traduction francaise : L'evolution de Droit, par O. de Meulnarre, Paris, 1901. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (กรุงเทพ : วิญญูชน 2538) หน้า 48

⁴ Gounelle, เรื่องเดิม. หน้า 51 , อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 48

ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ (la fin justifie des moyens) ซึ่งตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” (Etat de droit) อันเป็นรัฐที่ต้องขอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐขอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรกกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชน หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สองคือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรง หรือโดยปริยาย

ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดต่อกฎหมายได้

เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ จึงมีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”⁵

หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่ง นิติรัฐ คือ รัฐที่ในทางความสัมพันธ์กับประชาชนและเพื่อการให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลแล้วอยู่ภายใต้ระบอบแห่งกฎหมาย (Regime de Droit) ระบอบแห่งกฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่ง

⁵R. Carre de Malberg, *Contribution a la theorie generale de l' Etat*, Tome I, (Paris : CNRS, 1920), p. 488. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 49-50.

จะกล่าวอีกนัยหนึ่งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด นอกเหนือไปจากข้อจำกัดตามกฎหมายที่รัฐนั้นได้สร้างขึ้น⁶

ส่วนหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ได้รับการอธิบายโดย A.V. Dicey ไว้ดังนี้⁷

1. ฝ่ายบริหาร ไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary) กล่าวคือ บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหรือถูกบังคับให้ต้องรับโทษทางร่างกายหรือทรัพย์สิน เว้นแต่จะเป็นผลของการละเมิดกฎหมายอย่างชัดแจ้งซึ่งได้รับการพิสูจน์ตามวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม

ในข้อแรกนี้ Dicey ได้สรุปให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่า “ความสูงสุดสิ้นพันของกฎหมายซึ่งตรงกันข้ามกับอำนาจตามอำเภอใจหรือเอกสิทธิ์ตามอำเภอใจ หรือการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างของเจ้าพนักงานอังกฤษถูกปกครองโดยกฎหมายเท่านั้น”

2. บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกันเป็นผู้พิจารณา ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นใครก็ตาม

3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลของ Common Law ของแผ่นดิน หมายความว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษเป็นผลมาจากสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งกฎหมายที่ศาลได้พิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐาน (precedent) กำหนดรับรองคุ้มครองให้ ไม่ได้เป็นผลมาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมจะต้องมีสาระสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐจะกระทำการใดต้องกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ รัฐต้องเคารพกฎหมายนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิและหน้าที่ของประชาชนจะต้องได้รับการคุ้มครอง รัฐจะกระทำการใดไปกระทบสิทธิหน้าที่ของประชาชนจะต้องกระทำตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ประการที่สอง การที่จะทำให้สิทธิของปัจเจกชนที่ได้รับการรับรองไว้ตามสาระในข้อแรกเป็นจริงขึ้นมาได้จะต้องมีผู้วินิจฉัยชี้ขาดและเป็นผู้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้และไปกระทบกระเทือนสิทธิและหน้าที่ของประชาชน โดยมีประสิทธิภาพด้วย

⁶Paul Bockelmann, “The Principle of the rule of Law,” *Law and State* Vol. 4 : 97. อังโน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 13.

⁷A.V. Dicey, *Introduction to The Study of the Law of Constitution*, 10th ed (London : Macmillan, 1959), p. 202-203. อังโน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-9.

กล่าวโดยสรุปแล้ว รัฐต้องเคารพกฎหมายและทำตามกฎหมาย หากไม่ทำตามกฎหมาย ก็จะต้องมีกระบวนการหรือองค์กรซึ่งขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนซึ่งเป็นการเยียวยาสิทธิของเอกชนให้ได้รับความคุ้มครอง⁸

ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ในประเทศไทยนั้น ได้มีผู้ให้คำนิยามไว้ต่าง ๆ ดังนี้

1) รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐคือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ⁹

2) การปกครองในประเทศที่เจริญแล้ว กิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ภายใต้แห่งกฎหมายและการควบคุมของศาล ทั้งนี้ หมายความว่า ฝ่ายปกครองมีความผูกพันจะต้องดำเนินการปกครองในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจโดยไม่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองมีกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองผู้อยู่ใต้ปกครอง ถ้าฝ่ายปกครองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย พลเมืองผู้ต้องประสบความเสียหายย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อศาล เพื่อให้เพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ อันเป็นการบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ระบบการปกครองเช่นนี้เรียกว่า “ระบบนิติรัฐ”¹⁰

3) นิติรัฐไม่ได้หมายความว่าถึงรัฐตามกฎหมาย เพราะอย่างไรเรียกว่ารัฐนั้นมีคำอธิบายในกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักวิชาทางรัฐศาสตร์อยู่แล้ว หากแต่หมายความว่าถึงรัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่ คำว่า กฎหมายในที่นี้หมายความว่ารวม ๆ ถึงบรรดากฎหมายและระเบียบแบบแผนทางการเมืองทั้งหลาย บางครั้งเรียกว่าเป็นรัฐที่ยึดมั่นในระบอบรัฐธรรมนูญ (constitutionalism) บ้าง รัฐที่เคารพในหลักนิติธรรม (rule of law) บ้าง¹¹

⁸เกรียง ไกร เจริญธนาวัฒน์, “องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย” หน้า 8.

⁹หุศ แสงอุทัย, คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 86

¹⁰ประจักษ์ กัญจนกุล, “นิติรัฐ,” รพี' 26 (2526) : 20.

¹¹วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์สหมิตร, 2526), หน้า 727

4) ระบบนิติรัฐ (System of Legal State) คือ ระบบซึ่งฝ่ายปกครองอยู่ใต้กฎหมาย เช่นเดียวกับพลเมืองซึ่งเป็นเอกชนและอยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาล ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย พลเมืองซึ่งได้รับความเสียหายก็มีทางที่จะได้รับการเยียวยาในทางกฎหมายเพราะศาลมีอำนาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง¹²

5) ประเทศที่โครงสร้างของรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐบาลบริหารรัฐกิจอยู่ใต้กฎหมาย ตามหลักนิติธรรม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนให้พ้นจากการกดขี่ของอำนาจรัฐดังที่กล่าวมาแล้วนั้น มีศัพท์ทางวิชาการเรียกว่า “นิติรัฐ” คือ รัฐที่มีระบบกฎหมายโดยที่การปกครองรัฐได้ใช้กฎหมายเป็นรายละเอียดที่ตราขึ้นตามขั้นตอนทางกฎหมาย (Legal Process) ที่ระบบกฎหมายยอมรับนับถือ และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประเทศโดยแท้จริง¹³

6) นิติรัฐหรือ Legal State เป็นถ้อยคำที่ใช้กันในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งถือกำเนิดในยุโรปภาคพื้นทวีป โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็นแม่แบบ ความหมายก็คือ ในการบริหารจัดการ (ปกครอง) ประเทศหรือสังคมนั้นถือกฎหมายเป็นใหญ่เป็น “การปกครอง” โดยกฎหมาย มิใช่แล้วแต่อำเภอใจของผู้ใช้อำนาจหรือ “ผู้ปกครอง” ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบนั้น จะอ้างถึงหลัก “นิติธรรม” หรือ Rule of Law ซึ่งโดยสรุปก็มีความหมายแบบเดียวกันนั้นคือถือกฎหมายเป็นใหญ่ในการบริหารจัดการรัฐ

ด้วยเหตุนี้ รัฐใดจะเป็นนิติรัฐหรือไม่นั้นจึงต้องพิจารณาจากระบบการปกครองก่อนในเบื้องต้นว่าเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยต้องมีการกำหนดให้เป็นของประชาชน และประชาชนมีวิถีทาง บทบาท และส่วนร่วมในการใช้อำนาจดังกล่าว รัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดถึงลักษณะของอำนาจองค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจใน 3 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ และที่สำคัญจะกำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างเป็นรูปธรรม และเพื่อให้มีการตรวจสอบการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งขององค์กรที่ใช้อำนาจในลักษณะทางบริหาร รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยให้หลักประกันในความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

¹²อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพมหานคร : คุณพินอักษรกิจ, 2527), หน้า 4

¹³รองพล เจริญพันธุ์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร : ป.สัมพันธ์พาณิชย์, 2525), หน้า 28

จะเห็นได้ว่า ในประเทศที่เป็นระบบศาลเดี่ยวและไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะอยู่ที่ศาลยุติธรรม ในประเทศที่ใช้ระบบศาลมากกว่าหนึ่งระบบและมีศาลรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งในประเทศไทยศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำสั่ง และการกระทำอื่นของฝ่ายปกครองซึ่งรวมไปถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย¹⁴ นิติรัฐ (Legal State) หรือรัฐที่ใช้หลักการบริหารจัดการ (ปกครอง) ประเทศโดยใช้กฎหมายจึงสถาปนาขึ้นมาในยุคนี้ และมีรัฐซึ่งปกครองโดยบุคคล ดังนั้น รัฐจึงยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และกำหนดเป้าหมายที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เท่านั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ (individual interest) และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (public interest) เมื่อมีการขัดกันระหว่างประโยชน์ทั้งสองประการ รัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรมของทั้งสองฝ่าย¹⁵ สาระสำคัญของหลักนิติรัฐมีดังนี้

2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐจะไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบอบการปกครองที่ไม่มี การแบ่งแยกอำนาจและไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งโดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ และเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการจัดองค์กรของรัฐเพื่อเหนี่ยวรั้งมิให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจจนเกินขอบเขตรวมทั้งป้องกันมิให้อำนาจรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลหรือกลุ่มคน

¹⁴ โภคิน พลกุล, “นิติรัฐกับประชาสังคม,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net. เล่ม 3, นันทวัฒน์ บรมานันท์ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547) หน้า 248-249

¹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ : จีระวิชาการพิมพ์, 2540) หน้า 25-26

เพียงผู้เดียว หากแต่มีการคานและดุล (check and balance) ระหว่างองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยด้วยกัน โดยที่รัฐสมัยใหม่ (Modern State) มีฐานะเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งแยกต่างหากจากปัจเจกชนแต่ละคนซึ่งเป็นราษฎรหรือพลเมืองของตน มีเจตนาของตนเองแยกต่างหากจากเจตนาของปัจเจกชนแต่ละคนที่เป็นราษฎรหรือเป็นพลเมืองของตน¹⁶ และเห็นว่ารัฐเป็นเจ้าของอำนาจอปกครองแผ่นดินที่เรียกว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty)¹⁷

เมื่อรัฐ (l'Etat) เกิดจากการก่อตัวทางกฎหมายของอำนาจอธิปไตยในรูปแบบของการปกครองระบบต่าง ๆ โดยเฉพาะระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงถือว่ารัฐเป็นการจัดสถาบันของอำนาจทางการเมืองสูงสุด¹⁸ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย (organization of sovereignty) ซึ่งเป็นที่ทราบกันโดยทั่วแล้วว่า อำนาจอธิปไตยภายในรัฐต่าง ๆ นั้น อาจใช้กระทำการได้ 3 ประเภท คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ซึ่งได้แก่การตรากฎหมาย การบริหาร (Executive Function) ซึ่งได้แก่การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และการตุลาการ (Judicial Function) ซึ่งได้แก่ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงหมายถึงการกระจาย (distribution) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกระทำการนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน โดยแต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น เพื่อป้องกันไม่ให้การใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงแห่งเดียว¹⁹ ทั้งนี้ เพราะเมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการไปรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือบุคคลคณะเดียวไม่ว่าบุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้นจะได้อำนาจมาจากการแย่งชิงอำนาจ การแต่งตั้ง หรือการเลือกตั้งก็ตาม บุคคลคนนั้นหรือบุคคลคณะนั้นจะมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (absolute power) และ “อำนาจทำให้ผู้ทรงอำนาจเสื่อมทรามลง ยิ่งอำนาจเด็ดขาดเท่าไรยิ่งทำให้ผู้ทรงอำนาจเสื่อมทรามลงอย่าง

¹⁶Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (Paris : L.G.D.J., 1977) p. 18 ; R. CARRE de MALBERG, *Contribution a la theorie generale de l'Etat* (Paris : CNRS) pp. 11-68 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน , 2540) หน้า 115

¹⁷Ibid.

¹⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) หน้า 47

¹⁹วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ,” วารสารนิติศาสตร์ 24 (กันยายน 2537) : หน้า 568-582.

ถึงที่สุดเท่านั้น” (Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely)²⁰ คนเราทุกคนเมื่อมีอำนาจแล้วมักจะมัวเมาในอำนาจและมักใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ ดังนั้น “ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่า บุคคลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสองนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้ และใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้วชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาจะตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบบังคับได้เต็มที่และก็ไม่มียะไรเหลือเลย จะสูญสิ้นหมดถ้าบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามกฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้อำนาจบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ และถ้าใครไม่กระทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ...”²¹ และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในปัจจุบันว่า “สังคมใดไม่มีการประกันเสรีภาพของปัจเจกชน อีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”²² คำว่ารัฐธรรมนูญในที่นี้หมายถึงความถึงรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย หรือรัฐธรรมนูญตาม “ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม” (Constitutionalism) อันเป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจของผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ไม่ให้ผู้ปกครองว่าการแผ่นดินมีอำนาจมากเกินไปจนเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรหรือพลเมืองนั่นเอง²³ จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” หรือ “Separation of Powers” นั้น ไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและไม่อาจแบ่งแยกได้ หรือแบ่งแยกลักษณะของการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นการแบ่งแยกตามเหตุผลของเรื่อง แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้อำนาจอธิปไตยไปรวมศูนย์ (concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ดังนั้น คำว่า “อำนาจ” ในวลีไทยที่ว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” และ “Powers” ในวลีอังกฤษที่ว่า “Separation of Power” จึงหมายถึง “องค์กร” หรือ “Organs” ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย²⁴

²⁰ Lord Action, *Essay on Freedom and Power* (1955) p. 335-336, cite in. Jones อังโน ชัยวัฒน์วงศ์วัฒน์สานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, หน้า 29-30

²¹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, livre XI, ch. IV, คำแปลเป็นของนายเดียน นุนนาค, การแยกอำนาจ, *โรหมิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง* พ.ศ. 2487, หน้า 8-9 อังโน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, หน้า 117-118

²² ปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 16

²³ อมร จันทรมนุญณ์, *คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism)* ; ทางออกของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบาย, 2537) หน้า 77

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*, หน้า 49

2.1.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจในต่างประเทศ

ในประเทศที่ปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ แม้จะมีระบบการปกครองต่างกัน แต่ในประเทศดังกล่าวก็ไม่ได้แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกันโดยเด็ดขาด กล่าวคือ ลักษณะของการใช้อำนาจขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตยในด้านต่าง ๆ นั้น หากพิจารณาในแง่ของสารัตถะการใช้อำนาจแล้วจะพบว่าองค์กรต่าง ๆ ของรัฐมักจะทำใช้อำนาจทั้ง 3 ชนิด ไม่ว่าจะเป็นการปกครองในระบอบใด เช่น

1) ประเทศอังกฤษ สภานิติบัญญัติ (House of Lords) มีสภาพเป็นทั้งสภาที่สองหรือสภาสูงของรัฐสภาและเป็นศาลสูงสุด (ศาลฎีกา) ของอังกฤษด้วย ดังนั้น Lord Chancellor จึงดำรงตำแหน่งทั้งประธานศาลฎีกา รัฐมนตรีในกิจการยุติธรรม และประธานสภานิติบัญญัติ นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ซึ่งเป็นอำนาจนิติบัญญัติ และมีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Administrative Tribunal) วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง (Administrative Adjudication) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการ เพียงแต่จะมีความแตกต่างบ้างเพียงเล็กน้อยกับองค์กรหลักใช้อำนาจนิติบัญญัติและองค์กรใช้อำนาจตุลาการ ส่วนศาลต่าง ๆ ก็มีอำนาจในการออกกฎวิธีพิจารณาความได้เองอย่างกว้างขวางและมีอำนาจออกกฎหมายทางอ้อมโดยการตีความกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลก็เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีอื่นต่อไป นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์หรือผู้จัดการทรัพย์สิน (trustee) ซึ่งเป็นอำนาจในทางปกครองแต่จัดระบบให้เป็นการพิจารณาในศาล และในระบบรัฐสภานั้นคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้เสนอกฎหมาย (ริเริ่มกระบวนการนิติบัญญัติ) กระบวนการนิติบัญญัติจึงให้ฝ่ายบริหารเข้ามามีส่วนร่วมอย่างใกล้ชิดและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถเป็นรัฐมนตรีได้ด้วย

2) ประเทศสหรัฐอเมริกา²⁵ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1887 ที่มีการจัดตั้งองค์กรประเภทหนึ่งเรียกว่า regulatory agency เป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา คือ Interstate Commerce Commission (ICC) องค์กรนี้มีทั้งอำนาจในการออกกฎ (ใช้อำนาจนิติบัญญัติ) ติดตามบังคับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎ (อำนาจบริหาร) และหากมีการอุทธรณ์ก็จะมีกระบวนการวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของผู้นั้น (อำนาจตุลาการ) ปัจจุบันมีองค์กรประเภทนี้หลายสิบองค์กร ส่วนในกระบวนการนิติบัญญัตินั้น แม้ว่ารัฐสภา (Congress) จะเป็นผู้ริเริ่มจัดทำกฎหมาย แต่กว่าจะเป็นกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ได้นั้น ประธานาธิบดีต้องลงนามเห็นชอบด้วย ขณะเดียวกันประธานาธิบดีอาจคัดค้าน (Veto) ไม่ยอมลงนามก็ได้ นอกจากนั้นรองประธานาธิบดียังเป็นประธานสภาสูง (Senate) โดยตำแหน่งอีกด้วย

²⁵K.C.Davis, *Administrative Law Treatise* (1978) p.67 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*, หน้า 43

สำหรับในการใช้อำนาจตุลาการเพื่อลงโทษบุคคลทางอาญานั้น ในกรณีมีเหตุอันควรประธานาธิบดี ซึ่งเป็นประมุขและหัวหน้าฝ่ายบริหารก็อาจอภัยโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาได้ ส่วนการกล่าวหาให้บุคคลออกจากการดำรงตำแหน่งที่สำคัญ (Impeachment) นั้น สภาผู้แทนจะเป็นผู้ริเริ่มกล่าวหา แต่สภาสูงจะทำหน้าที่ในทางตุลาการที่จะลงโทษให้ออก ส่วนศาลก็มีการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยการตีความกฎหมาย ที่สหรัฐอเมริกาในระยะหลังจึงเข้าใจกันดีโดยทั่วไปว่าอำนาจทั้ง 3 ชนิด มิได้แบ่งแยกเป็น 3 องค์การโดยเด็ดขาด และในความเป็นจริงแล้วมีการใช้อำนาจโดยผสมกันได้ โดยความสำคัญอยู่ที่การจัดองค์กรและกลไกของรัฐ อันเป็นไปตามทฤษฎีการกระจายอำนาจเพื่อการคานและดุลกันมากกว่า

3) ประเทศฝรั่งเศส หลังจากมีการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 โดยยกเลิกระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งโดยอิทธิพลทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ จึงมีการกล่าวกันว่าต้องแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการออกต่างหากจากกัน โดยรัฐธรรมนูญ ฉบับแรกได้อ้างหลักการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาด (รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791, ฉบับ ค.ศ. 1975 และ ฉบับ ค.ศ. 1848)²⁶ แต่ในความเป็นจริงมิได้แบ่งแยกกันเด็ดขาดอย่างแท้จริง เช่น การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจยับยั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เนื่องจากไม่มีระบบการคานอำนาจกันอย่างเพียงพอ ในที่สุดการปกครองก็ล้มเหลวตกอยู่ในมือผู้มีอำนาจไม่กี่คน จนต้องจัดทำรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง ในระยะแรกการเมืองของฝรั่งเศสจึงไม่มีเสถียรภาพซึ่งในช่วงระยะเวลาดังกล่าวก็มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด เช่น Emmanuel Joseph Sieyes (ค.ศ. 1748-1836) ระยะหลังนักวิชาการในประเทศฝรั่งเศสเห็นพ้องกันว่า ควรมีระบบคานและดุลกันระหว่างอำนาจต่าง ๆ มากขึ้น Leon Duguit เห็นว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดเป็นทฤษฎีสมมติที่ไม่เป็นความจริงและเป็นความเข้าใจผิด แต่การทำงานจะต้องมีการประสานกันขององค์กรของรัฐและร่วมดำเนินการไปสู่เป้าหมายในการแสดงออกเสมือนรัฐเป็นบุคคลคนหนึ่ง²⁷ หลักการแบ่งแยกอำนาจแท้จริงเป็นหลักการกระจายหน้าที่มากกว่า โดยอำนาจมิได้อยู่ในคน ๆ เดียว แต่ต้องกระจายให้ร่วมกันทำงานจนเกิดความสมดุลในกลไกของรัฐ²⁸ การพัฒนารัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาจนถึงปัจจุบัน จึงมิได้เน้นหลักการแบ่งแยกอำนาจอีก แต่เน้นการคานและดุลกันของอำนาจต่าง ๆ อย่างไรก็ดีตาม ผลของการเน้นหลักการแบ่งแยกอำนาจ

²⁶Bernard Chantebout, *Droit Constitutionnel et Science politique* (1978) p. 129-132 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 43-44

²⁷Leon Duguit, *Traite de droit constitutionnel* (1928) pp. 681 et 689-690 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 44

²⁸ibid.

ในฝรั่งเศสทำให้เกิดการพัฒนาที่น่าสังเกต โดยใน ค.ศ. 1790 ได้มีการออกกฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง เพราะเห็นว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ²⁹ ต่อมาในปี ค.ศ. 1799 มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ให้มีหน้าที่พิจารณาคดีปกครองโดยเสนอคำวินิจฉัยต่อหัวหน้าของฝ่ายปกครองเพื่อสั่งการ (justice retenue) ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นศาลปกครองโดยสมบูรณ์และมีอำนาจพิพากษาเด็ดขาดด้วยตนเองใน ค.ศ. 1872

2.1.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับกฎหมายปกครอง

ในปัจจุบันนั้นเป็นที่เข้าใจโดยแน่ชัดว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น 3 องค์กร คือ องค์กัรนิติบัญญัติ องค์กัรบริหาร และองค์กัรตุลาการ โดยต่างใช้อำนาจเพียงอำนาจเดียวเฉพาะองค์กรของตน และองค์กรอื่นจะใช้อำนาจของตนไม่ได้ หรือที่เรียกว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดนั้น เป็นหลักการที่ไม่เป็นความจริงในทางทฤษฎี แม้จะมีเค้าราง ๆ อยู่บ้างในแนวคิดของบางคนบางสมัยก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่มีการนำมาใช้เช่นนั้น³⁰ แต่เป็นหลักการแบ่งแยกหน้าที่มากกว่า (separation of function) โดยมีได้มุ่งเน้นว่าอำนาจชนิดใดเป็นองค์กรใด แต่ควรจัดกลไกอำนาจรัฐให้มีการคานและดุลกันมากกว่า (check and balance) เพื่อคุณภาพในการดำเนินงานของรัฐ ตัวอย่างที่ชัดเจนได้แก่การเกิดระบบพรรคการเมืองซึ่งบ่งชี้ให้เห็นได้ว่าฝ่ายบริหารมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น การศึกษาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐมีความสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เพราะว่า “ฝ่ายปกครอง” หรือ “องค์กรทางปกครอง” (Administration) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “ฝ่ายบริหาร” หรือ “รัฐบาล” (Executive) นั้น มีการใช้อำนาจทั้ง 3 ชนิด คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยองค์กรทางปกครองจะมีการออกกฎหมายเพราะการออกกฎหมายของรัฐสภาไม่สามารถจะมีรายละเอียดครอบคลุมปัญหาต่าง ๆ ได้ครบถ้วน เนื่องจากปัญหาในการดำเนินงานของรัฐมีมากมายเกินจะคาดการณืได้ล่วงหน้า บางกรณีก็เป็นเรื่องที่มีความอ่อนไหวแปรเปลี่ยนรวดเร็วไปตามข้อเท็จจริงในสังคมที่รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ทัน จึงทำให้มีการมอบอำนาจให้องค์กรทางปกครองออกกฎหมายได้ และใช้กฎปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้น อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการจึงไม่สามารถแยกออกจากกันเด็ดขาดโดยสภาพเช่นกัน เพียงแต่อาจจะแตกต่างกันไปตามวิธีการใช้อำนาจมากกว่า ในหลายกรณีที่มีการอุทธรณ์การกระทำทางปกครองต่อศาลโดยตรงอาจไม่เหมาะสม เพราะเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านสูง หรือเป็นเรื่องที่ศาลไม่คุ้นเคยที่จะพิจารณาพิพากษาได้โดยถูกต้อง

²⁹Georges Vedel et Pierre Delvolve, *Droit administratif* (Tome 1 : 1992) p. 98-99 et 101-102 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 44

³⁰M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (1967) p. 318 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 45

ในหลายประเทศจึงจัดให้มีองค์กรพิจารณาอุทธรณ์อยู่ในฝ่ายปกครองโดยให้มีลักษณะการดำเนิน โดยวิธีการเฉพาะเหมือนศาล เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมชั้นหนึ่งก่อนอุทธรณ์ไปยังศาลที่มี เขตอำนาจ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ซึ่งถือว่าเป็นการใช้อำนาจ ตุลาการเช่นเดียวกับศาล แต่คำวินิจฉัยจะมีการอุทธรณ์ไปยังศาลอีกชั้นหนึ่งเพื่อเป็นการประกัน สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบ โดยศาล คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านี้จึงมีสภาพเหมือน ศาลคดีปกครองชั้นต้นอย่างหนึ่งในคดีเฉพาะเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนด

ในกรณีระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน จะมีความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างละเอียด เช่น การจัดซื้อสิ่งของหรือการทำให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยหน่วยราชการของรัฐบาลหรือศาล เป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ใน บังคับของหลักกฎหมายปกครอง³¹ คำสั่งการโยกย้ายหรือการเลื่อนตำแหน่งของผู้พิพากษาที่เป็น การกระทำทางปกครองเช่นกัน และอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง³² ส่วนฝ่ายปกครองอาจใช้อำนาจ ตุลาการในบางกรณี เช่น หลักเรื่องคำสั่งทางตุลาการ (acte juridictionnel) ซึ่งมีลักษณะแตกต่าง ไปจากการใช้อำนาจบริหารตามปกติขององค์กรทางปกครองหรือที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) อันประกอบไปด้วยคำสั่งทางปกครองและกฎ องค์กรทางปกครองบางองค์กร อาจใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจทางตุลาการโดยองค์กรเดียวกันในเรื่องต่างกันได้

ส่วนในระบบกฎหมายอังกฤษในระยะแรกได้เรียกการพิจารณา ซ้ำคดีสิทธิหน้าที่ของเอกชนโดยฝ่ายปกครองว่าเป็น “การใช้อำนาจกึ่งตุลาการ” (quasi judicial) แต่ ในระยะหลังยอมรับชัดเจนว่าเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ (judicial function) ขององค์กรทาง ปกครอง แม้แต่การตัดสินใจของรัฐมนตรีในบางกรณีก็ถือว่าเป็นงานด้านตุลาการที่จะต้องอุทธรณ์ ต่อศาลได้ต่อไป³³ แม้ว่างานในด้านนโยบายจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล แต่การใช้อำนาจ ทางตุลาการจะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล

³¹Jean-Marie Auby et Roland Drago, *Traite de contentieux administratif* (tome 1, 1984) p. 179-180 อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

³²Donoughmore Committee Report (Cmd 4060, 1932) p. 73-81. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

³³Pierre Delvolve, “Act administratif,” *Repertoire de contentieux administrative* (Daloz : 1989) para 142. อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

จะเห็นได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจมิใช่เรื่องการแบ่งอำนาจอธิปไตย ซึ่งไม่สามารถแบ่งแยกได้ และไม่ใช่วัตถุของการแบ่งแยกองค์กร แต่เป็นการกระจายอำนาจให้เกิดการคานกันและมีการดำเนินงานโดยองค์กรหรือบุคคลที่มีลักษณะเหมาะสมให้แก่องค์กรที่ใช้ อำนาจปฏิบัติการกิจให้ลุล่วงในการจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจในลักษณะของการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือใช้อำนาจโดยบิดผัน (abuse of power) นั้นเอง

2.1.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ³⁴

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งเกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human dignity) โดยที่สิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น และเสรีภาพ (Liberty) คือ อำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเอง (Self-determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนเองได้ตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน และเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนุญ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ และมนุษย์มิใช่เครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐที่เกิดจากกฎหมายย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ

³⁴บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547) หน้า 26-27

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย (พ.ศ. 2540) ได้บัญญัติหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพใหม่ ๆ ไว้หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้บัญญัติหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในมาตรา 29³⁵ ซึ่งถือเป็นหัวใจของการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในภายหลัง รวมถึงหลักการอื่น ๆ ดังนี้

2.1.2.1 หลักความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ

หลักการที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27³⁶ ของรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) นั้น โดยแท้จริงแล้วสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐโดยตรงอยู่แล้ว แต่การบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ก็เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะในทางปฏิบัติที่ผ่านมาการใช้รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะหมวดสิทธิและเสรีภาพมักจะไม่ได้นำมาใช้พิจารณาในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายเท่าที่ควร การบัญญัติข้อความดังกล่าวจึงเป็นการเหมาะสมกับสภาพการณ์ในการใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในส่วนของสิทธิและเสรีภาพของไทย บทบัญญัติตามมาตรา 27 ก่อให้เกิดผล ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพที่ผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐ อาจแบ่งแยกประเภทของการรับรองสิทธิและเสรีภาพที่ผูกพันองค์กรของรัฐได้ ดังนี้

ก. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง อาจแยกออกได้เป็น 3 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 อยู่ในหมวด 3 ว่าด้วย “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 30 ถึงมาตรา 65 ส่วนที่ 2 อยู่ในหมวด 8 ว่าด้วย “ศาล” ซึ่งได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และ ส่วนที่ 3 เป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิ

³⁵มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

³⁶มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับและการตีความกฎหมายทั้งปวง”

ที่กระจัดกระจายอยู่ตามมาตราต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งของบุคคล สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย สิทธิในการออกเสียงประชามติ หรือสิทธิในการเข้าชื่อเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น

ข. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย ได้แก่ กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองไว้อย่างชัดเจนเช่นกรณีแรก แต่จากการพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้ให้ความรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยปริยาย ซึ่งในกรณีนี้อาจต้องอาศัยการตีความ เช่น การรับรองการมีชีวิตอยู่รอดของทารกในครรภ์มารดา จะถือว่าเป็นการรับรองไว้โดยปริยายจากการคุ้มครองรับรองสิทธิในชีวิตและร่างกาย หรือให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกดังกล่าวหรือไม่ เป็นต้น

ค. สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่นอกเหนือไปจากสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ต่อมา มีการขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ เช่น หญิงแต่งงานแล้วมีสิทธิใช้นามสกุลของตนเอง³⁷ ซึ่งแต่เดิมมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 บัญญัติบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ขัดต่อความเสมอภาคและเป็นการเลือกปฏิบัติ จึงขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ และจากการวินิจฉัยรับรองสิทธิดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมมีผลทำให้สิทธิดังกล่าวมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง เช่นเดียวกับสิทธิที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองไว้โดยปริยาย

2) องค์กรของรัฐที่ถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพ องค์กรใด ต้องถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นมีเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

ก. พิจารณาจากความเป็นองค์กรของรัฐ ในทางโครงสร้าง หมายความว่า ถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรของรัฐตามที่ได้แบ่งออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการแล้ว การกระทำต่าง ๆ ขององค์กรเหล่านั้นย่อมถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ข. พิจารณาจากความเป็นองค์กรของรัฐในแง่ของการทำภารกิจขององค์กร กรณีนี้จะพิจารณาว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรที่มีภารกิจในทางมหาชนหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงว่าองค์กรนั้นจะเป็นนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลเอกชน

³⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนอาจใช้อำนาจมหาชนได้ ดังนั้น การพิจารณาว่าองค์กรใดจะเป็นองค์กรของรัฐที่จะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพนั้น จะพิจารณาในแง่โครงสร้างเพียงอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาหรือภารกิจขององค์กร เหล่านั้นด้วยว่าใช้อำนาจมหาชนหรือไม่ หากใช้อำนาจมหาชนแม้องค์กรนั้นจะเป็นองค์กรเอกชน องค์กรนั้นก็ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพราะบางกรณีรัฐอาจมอบอำนาจมหาชนให้แก่นิติบุคคลเอกชนหรือองค์กรเอกชนต่าง ๆ

3) การบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรง ทำให้รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ใช้อำนาจในการตรากฎหมายโดยจะต้องพิจารณาว่า มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติรับรองไว้หรือไม่ หากมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องคำนึงถึงหลักการตามที่รัฐธรรมนูญ ได้กำหนดไว้ในมาตรา 29 เป็นต้น ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งหมายถึงรัฐบาลและฝ่ายปกครองและ องค์กรตุลาการนั้น บ่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และการตีความกฎหมาย เพียงแต่ ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่าง ๆ นั้น ศาลมีหน้าที่ในการตรวจสอบอยู่ 2 ประการ ประการแรก ศาลจะต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นปัญหามาสู่การพิจารณาคดีของศาลนั้นมีการละเมิดสิทธิและ เสรีภาพหรือไม่ และประการที่สอง ศาลเองก็ต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายให้เป็นการละเมิด สิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ในการพิจารณาคดีศาลต้องไม่ละเมิดสิทธิในทางพิจารณาของคู่ความ ในคดี

ความหมายของความผูกพัน โดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพ จะต้อง ควบคู่ไปกับหลักการควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ เช่น การตรากฎหมายขององค์กร นิติบัญญัติเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ บ่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดย ศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบใดก็ตาม ส่วนการใช้หรือการตีความ กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะเป็นการใช้หรือตีความกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิและ เสรีภาพหรือไม่ บ่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรศาลที่มีอำนาจในเรื่องนั้น เช่น หากเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองโดยทั่วไปแล้ว บ่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะ ควบคุมตรวจสอบ ส่วนกรณีขององค์กรตุลาการหากเป็นการใช้หรือตีความโดยศาลชั้นต้นหรือ ศาลอุทธรณ์ ศาลที่อยู่ในระดับสูงขึ้นไปทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบ กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักความผูกพัน โดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพจะปราศจากความหมาย หากว่าการใช้อำนาจของ องค์กรนั้น ๆ ไม่สามารถถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งหมายความว่าทำให้คุณค่าของ สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็จะไร้ความหมายและไม่มีค่าบังคับในทางปฏิบัติ ในท้ายที่สุด ด้วยเหตุนี้ หลักความผูกพัน โดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพจึงต้องมีองค์กรตุลาการควบคุม ตรวจสอบได้เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องดังกล่าว

4) เมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐ ดังนั้น ถึงแม้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรับรองการใช้สิทธิดังกล่าว ก็ไม่อาจตีความไปในทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลได้ เช่น การที่มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ “บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษหรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” แม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายบัญญัติออกมารับรองเรื่องดังกล่าวโดยตรง ชุมชนฯก็ย่อมมีสิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ โดยอาศัยสิทธิตามที่บัญญัติไว้ดังกล่าว เพราะได้รับการก่อตั้งสิทธิโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญมิได้เขียนข้อยกเว้นไว้อย่างชัดเจนว่ามีให้มีผลประกาศใช้ จากการที่ผลของสิทธิดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้วย่อมมีผลตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ คือองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องถูกผูกพันโดยตรงต่อสิทธิดังกล่าวในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมาย หรือกรณีตามมาตรา 304 ของรัฐธรรมนูญที่ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อถอดถอนบุคคลตามมาตรา 303 และในวรรคท้ายของมาตรา 304 ได้กำหนดให้หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการที่ประชาชนจะเข้าชื่อร้องขอให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

2.1.2.2 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

เหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการดำรงอยู่ เพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ และเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ ข้อพิจารณาตามหลักการนี้อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ ประการแรก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และประการที่สอง กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นการเฉพาะ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะนั้น ๆ

ก) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการนี้เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ

เป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเจื่อนใจของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบให้องค์กรออกกฎหมายลำดับรอง (กฎ) จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เช่น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) ออกระเบียบว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ข้อ 3 เพิ่มความเป็นข้อ 6 ทีวีความว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งใหม่อีก” ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ระเบียบ ก.ก.ต. ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 126 ของรัฐธรรมนูญ จึงต้องด้วยมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ³⁸ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าไม่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง และมีได้แจ้งเหตุการณ์ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควรตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541³⁹

ข) กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเจื่อนใจไว้เป็นการเฉพาะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตของเจื่อนใจเฉพาะนั้น ๆ

เจื่อนใจการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น แบ่งออกเป็นเจื่อนใจทั่วไป และเจื่อนใจเฉพาะ เจื่อนใจทั่วไป ได้แก่ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดา ส่วนเจื่อนใจเฉพาะ ได้แก่ กรณีที่สิทธิและเสรีภาพอาจถูกจำกัดได้เมื่อเป็นกรณีที่เข้าเจื่อนใจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้หมายความว่า การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ จะกระทำได้เฉพาะตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น เช่น การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ⁴⁰ ซึ่งจำกัดได้เฉพาะตามเจื่อนใจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

³⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543

³⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541

⁴⁰ มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

4 กรณีเท่านั้น ได้แก่ 1) เพื่อความมั่นคงของรัฐ 2) เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน 3) เพื่อการผังเมือง และ 4) เพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ดังนั้น หากมีการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางโดยอาศัยวัตถุประสงค์เพื่อการอื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ 4 ประการดังกล่าว กฎหมายที่ตราขึ้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ

2.1.2.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรที่ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น มีที่มาจากหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง หลักรัฐธรรมนูญนี้บังคับว่า “บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญจะต้องได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน” ดังนั้น ที่กล่าวว่ากฎหมายต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงไม่ได้หมายความว่า “กฎหมายต้องเหมือนกันสำหรับทุกคน” คงหมายความว่ากฎหมายต้องไม่มุ่งหมายแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงเท่านั้น⁴¹ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทใดประเภทหนึ่งแตกต่างไปจากที่ให้ปฏิบัติต่อบุคคลประเภทอื่น ๆ นั้น อาจจะขัดต่อหลักความเสมอภาคและใช้บังคับมิได้ก็ได้ ถ้าหากปราศจากเหตุผลอันวิญญูชน (reasonableman) พึงรับฟังได้ก็จะเข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Discrimination) ต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁴²

⁴¹วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543) หน้า 118

⁴²มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ข้อห้ามที่มีให้บัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงนั้น ตามมาตรา 29 วรรคสอง⁴³ ของรัฐธรรมนูญไทยมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง⁴⁴ ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) ดังนั้น เพื่อเป็นการเปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมันดังกล่าวว่ามีสาระสำคัญและมีข้อพิจารณาอย่างไรแล้ว พบว่ามีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยกฎหมาย และมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครอง เพราะการกระทำในรูปของกฎหมายกับกรณีที่เป็นการเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น ถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายปกครอง

ก) ขอบเขตการใช้

ขอบเขตของการใช้หลักการห้ามจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น ตามความเห็นส่วนใหญ่ในทางตำราของเยอรมันเห็นว่า ขอบเขตของการใช้หลักการดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะกรณีของสิทธิประเภท “สิทธิในเสรีภาพ” (Freiheitsrechte) เท่านั้น กล่าวคือ สิทธิในเสรีภาพ หมายถึง การที่บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นให้มีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น เพราะสิทธิประเภทนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขของมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ส่วน “สิทธิในความเสมอภาค” (Gleichheitsrecht) ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง⁴⁵ ของรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่าไม่นำมาใช้กับกรณีตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง เพราะสิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย สิทธิในความเสมอภาคของกฎหมายเยอรมันดังกล่าวเป็นบทบัญญัติทั่วไป นอกจากนี้มาตรา 19 วรรคหนึ่ง ยังไม่นำมาใช้กับสิทธิในความเสมอภาคเฉพาะเรื่องด้วย เช่น ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการเข้ารับราชการ ตามมาตรา 33 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เป็นต้น⁴⁶

⁴³โปรดดูเชิงอรรถที่ 35

⁴⁴มาตรา 19 (1) “ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้ต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจงมิได้ นอกจากนี้กฎหมายจะต้องกล่าวอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย

⁴⁵มาตรา 3 (1) “บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย...”

⁴⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 260-261.

ข) การห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

ความประสงค์ในการห้ามไม่ให้ออกกฎหมายเพื่อใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น เพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย ซึ่งจะมีปัญหาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ยังเป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคอีกด้วย

ข้อพิจารณาประการแรก คือ กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปนั้นมีลักษณะอย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้ H. Hofmann ได้ให้ความหมายของลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคล (personal) ในแง่เนื้อหา (sachlich) และในแง่ของเวลา (zeitlich)⁴⁷ ดังนี้

1) ลักษณะทั่วไปในแง่ของเวลา (die temporale Allgemeinheit) กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับตามเท่าที่กฎหมายที่ออกมาภายหลังมิได้มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว

2) ลักษณะทั่วไปในแง่ของบุคคลและในแง่ของเนื้อหาของกฎหมาย (die personale und sachliche Allgemeinheit) การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปในแง่ของบุคคลและในแง่ของเนื้อหานั้น หมายถึง ลักษณะทั่วไปในความหมายของจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้น ไม่อาจจะกำหนดได้เช่นกัน ดังนั้น ลักษณะทั่วไป (Allgemeinheit) จึงมีความหมายตรงกันข้ามกับลักษณะเฉพาะราย (Individualität) และความเป็นรูปธรรม (Konkretheit) ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไป (abstract-generell) ไม่ใช่ลักษณะของรูปธรรมเฉพาะราย (konkret-individuell) แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายโดยอาศัยหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดการผสมผสานลักษณะดังกล่าวเข้าด้วยกัน⁴⁸ ตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายที่ขัดกับมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ในเรื่องของกฎหมายต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายโดยมุ่งประสงค์ที่จะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือกลุ่มข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง โดยที่บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรมในทางองค์ประกอบของกฎหมายนั้นเป็นเพียงการอ้างปรากฏณาที่แท้จริงเท่านั้น

อย่างไรก็ตามการบัญญัติกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบุคคลซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ระหว่างกึ่งกลางของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะบุคคลกับกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปได้เริ่มนำมาใช้เนื่องจากรัฐต้องคำนึงถึงความยุติธรรมต่อผู้ที่ด้อยกว่าในสังคม (หลักกฎหมายของเยอรมันเกี่ยวพันกับความเป็นรัฐสังคม : das Prinzip der

⁴⁷Klaus Stern, Staatsrecht Band III/2, S. 735 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 29.

⁴⁸ K. Stren, อ้างแล้ว, S. 736

Sozialstaatlichkeit) ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างเคร่งครัดนั้น จึงไม่อาจกระทำได้อีกต่อไป ทำให้การนำมาตรา 19 วรรคหนึ่ง มาใช้กับกรณีการบัญญัติกฎหมาย ดังกล่าว จำเป็นที่จะต้องมีการประนีประนอมระหว่างหลักรัฐ สังคม (Sozialstaatsprinzip) กับ หลักตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญไทย เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลว่าจะต้องตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง⁴⁹ การยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เท่ากับเป็นการยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปแทรกแซงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอันเป็นการขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเพื่อเป็นการป้องกันให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อปัจเจกบุคคลแต่ละคนโดยการตรากฎหมายเฉพาะกรณีขึ้นใช้บังคับ อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ⁵⁰ การพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปพิจารณาได้จากความทั่วไปในแง่ของเวลากับตัวบุคคล ในแง่ของเวลานั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายจะมีผลใช้บังคับได้ตลอดไปตราบเท่าที่ยังไม่มีกฎหมายฉบับอื่นมายกเลิก ส่วนในแง่ของตัวบุคคลนั้น เป็นกรณีที่ไม้อาจกำหนดตัวบุคคลผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายได้แน่นอนชัดเจนว่าเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงอันเนื่องมาจากเนื้อหาของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมทั่วไปที่ไม่อาจกำหนดจำนวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือจำนวนบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้เนื้อหาของกฎหมายนั้นได้ ลักษณะทั่วไปของกฎหมายจึงมีความแตกต่างจากคำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งทางปกครองนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้บังคับกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ระบุจำนวนได้แน่นอน หรือกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเป็นกรณีเจาะจงเฉพาะรายที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม และสามารถที่จะออกคำสั่งให้มีผลใช้บังคับในเวลาใดเวลาหนึ่งได้

⁴⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรา” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ (มิถุนายน 2543) : หน้า 184-193

⁵⁰มาตรา 30 วรรคหนึ่ง “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

ดังนั้น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่กำหนดจำนวนได้แน่นอน หรือ การตรากฎหมายที่แม้จะมีลักษณะเป็นนามธรรมใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ผลใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะกลุ่มอันเป็นการอำพรางเจตนาที่แท้จริง ย่อมขัดต่อมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากการปกครองโดยหลักนิติรัฐจำเป็นที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะ เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ที่ค้ำจุนไว้ในทางสังคม รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือบุคคลเหล่านั้นเป็นพิเศษเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีความทัดเทียมกับบุคคลส่วนใหญ่ในอันที่จะใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปตามหลักนิติสังคมนิยม ซึ่งหลักการนี้ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) ซึ่งนักนิติศาสตร์ทฤษฎีนี้ไม่ว่าจะเป็น Rudolf Von Jhering, Leon Duguit และ Roscoe Pound ล้วนแต่เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพในลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ล้วนก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและสังคมทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน จึงต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหา ดังกล่าว รัฐจึงเข้าไปแทรกแซงโดยออกกฎหมายคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ด้อยกว่า และเนื่องจากสังคมมีความเป็นพลวัต (dynamic) จึงเป็นหน้าที่ของรัฐซึ่งจะต้องทราบถึงปัญหาหรือแนวทางแก้ไขปัญหาต่าง ๆ โดยผ่านกระบวนการทางกฎหมาย¹ และเป็นการประนีประนอมทางลัทธิปัจเจกชนนิยมและลัทธิสังคมนิยม ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้มีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 53 วรรคสอง และมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นต้น ดังนั้น เมื่อมีการตรากฎหมายจึงต้องมีประนีประนอมระหว่างหลักความเป็นนามธรรมทั่วไปของกฎหมายกับหลักนิติสังคมนิยม คือ ถ้ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับบุคคลบางกลุ่มเป็นการเฉพาะ และไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตรงกันข้ามกลับเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าว กฎหมายนั้นก็มิขัดกับหลักความเป็นนามธรรมทั่วไปของกฎหมาย เช่น การตราพระราชบัญญัตินิรโทษกรรม แต่ถ้ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายฉบับนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ แต่หลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นคือ หากมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นและฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นการเฉพาะ ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวใช้บังคับกับบุคคลเหล่านั้นได้ โดยไม่ถือว่า

¹จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539) หน้า 260

ขัดต่อหลักการห้ามมิให้ตรากฎหมายกับเฉพาะกรณี (หลักความเป็นธรรมทั่วไปของกฎหมาย) เช่น การตราพระราชบัญญัติเวนคืนที่ดินอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินของบุคคล และเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการเฉพาะราย ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องกระทำโดยคำสั่งทางปกครอง แต่เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะถูกเวนคืนที่ดินมากขึ้น จึงยกระดับการกระทำดังกล่าวให้เป็นการกระทำโดยการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 48 ทำให้สิทธิของประชาชนได้รับการคุ้มครองดีกว่าการให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจในรูปของการออกคำสั่งทางปกครอง

2.1.2.4 การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

จากบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย...” หลักการดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากมาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งเรียกว่า “Zitiergebot”⁵² หลักการนี้มีความมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่ดักเตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่ตั้งใจและโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งนำหน้าระหว่างผลดีและผลเสียของการแทรกแซงดังกล่าวกับผลที่จะได้จากการแทรกแซงดังกล่าว เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติไตร่ตรองอย่างรอบคอบและจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าว อันเป็นข้อจำกัดทางรูปแบบที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะไม่ล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าตนได้ทราบถึงการใช้อำนาจที่ไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามความประสงค์ของตน ทั้งนี้ได้เกิดความผิดพลาดพลั้งเผลอในการร่างกฎหมาย นอกจากนี้การระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเกิดความชัดเจนขึ้น และยังทำให้ประชาชนอาจตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวอาศัยอำนาจตามความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ และการจำกัดนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ เพียงใด ขอบเขตการใช้หลัก Zitiergebot ตามทัศนะของ Roehl⁵³ เห็นว่าไม่นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่บังคับใช้ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้ เพราะเป็น

⁵²บรรเจ็ด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 267.

⁵³K. Stern, Staatsrecht Band III/2, S. 749 อ้างใน บรรเจ็ด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 268.

เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิในแง่ของรูปแบบ ดังนั้น จึงไม่ใช่บังคับกับกฎหมายเก่าซึ่งมีการออกโดยพิจารณาภายใต้เงื่อนไขอื่น ๆ และผู้ออกไม่อาจทราบผลผูกพันตามหลัก Zitiergebot ได้ นอกจากนี้หลักการดังกล่าวไม่นำมาใช้ในกรณีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปบัญญัติรายละเอียดในเรื่องนั้น ๆ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (BverfGE) ได้วินิจฉัยยอมรับว่าหลัก Zitiergebot นั้น มีขอบเขตการใช้ที่จำกัดมิได้ใช้ในทุกรณและจะไม่นำมาใช้กับกรณีที่กฎหมายนั้นได้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่แล้ว ควรใช้เฉพาะกับการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานที่เพิ่มขึ้นใหม่ มิใช่เป็นเพียงการกล่าวซ้ำของเดิม

ส่วนในประเทศไทยนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายว่าควรบัญญัติไว้ที่ใดนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยมีความเห็นว่า⁴ แนวทางที่เหมาะสมนั้นน่าจะอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยการยกเว้นขึ้นอีกเป็นมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติ นั้น ๆ เพื่อระบุว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือมีส่วนเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้าง แม้ว่าพระราชบัญญัติที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือมีส่วนเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้าง แม้ว่าพระราชบัญญัติที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางฉบับจะอ้างบทบัญญัติในการให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวไว้ในคำปรารภก็ตาม เช่น พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

ส่วนในกรณีของกฎหมายลำดับรอง (กฎหรือข้อบังคับ) นั้น มาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า⁵ ต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย ซึ่งอาจระบอบทมาตราเดียวหรือหลายมาตราก็ได้ ถ้าการตรากฎหมายโดยไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพถือเป็นเรื่องของการตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องทางรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งน่าจะไม่ถึงกับให้กฎหมายนั้นตกไปทั้งฉบับ โดยศาลอาจจะวินิจฉัยเงื่อนไขให้องค์กรนิติบัญญัติไปดำเนินการให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กรณีนี้จะแตกต่างกับการตรากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามกระบวนการขึ้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายตกไปทั้งฉบับ

⁴บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่หนึ่ง)

⁵บันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่สอง)

2.1.2.5 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้” หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นหลักประกันว่าถึงอย่างไรก็ตามฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไม้อาจจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ทฤษฎีที่เป็นรากฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้นั้น มีอยู่ 2 ทฤษฎี⁶⁶ ได้แก่

ทฤษฎีแรก คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (absolute) ซึ่งเห็นว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดไม้อาจที่จะละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิได้ จึงไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองอื่นใดที่จะมีคุณค่าสูงกว่าสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพจึงต้องคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์

ทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (relative) ซึ่งเห็นว่าไม่ควรจะมีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสัมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ ทฤษฎีนี้เห็นว่าบทบัญญัติตามมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁶⁷ เป็นเพียงบทบัญญัติที่เพียงแต่เปิดโอกาสให้พิจารณาว่าอะไรที่เป็นสาระสำคัญซึ่งจะต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตามที่ไม้อาจจะก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ได้เสียที่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอื่น ๆ

⁶⁶K. Stem, S. 865 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 29.

⁶⁷มาตรา 19 (2) “ไม่ว่ากรณีใดการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานได้”

แม้ว่ามาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจตรากฎหมายให้มีผลเป็นการกระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 วรรคหนึ่งนี้ ไม่น่าจะใช้บังคับกับสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น เนื่องจากเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อาจจะจำกัดได้ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการจำกัดนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ แต่ถ้ารัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างสัมพัทธ์ กล่าวคือ ถูกจำกัดได้ กรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณาว่าเมื่อมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิหรือไม่ กรณีดังกล่าวจำเป็นต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา และจำเป็นต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากการแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วยเช่นกัน เมื่อกฎหมายกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพแล้ว ย่อมไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.1.2.6 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

หลักการนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญไทย เช่นเดียวกัน หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน เป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนนั้น ในประเทศเยอรมันถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรต่ออย่างใด และได้ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในยุโรปโดยได้รับการพัฒนาเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปได้กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าว รากฐานของหลักการดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit หรือ Equity) อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปและได้รับการยอมรับในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม ในกรณีที่ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี กลุ่มบุคคลก็ดี แตกต่างกับผลประโยชน์ของมหาชน การคลี่คลายความขัดแย้งดังกล่าวได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักในการแก้ไขปัญหา นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปอีกด้วย การรับรองหลักความได้สัดส่วนที่เป็นรูปธรรมนี้ศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐบาวาเรียของประเทศเยอรมันได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1955 ว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องตรวจสอบกับ

หลักความได้สัดส่วน⁵⁸ โดยมีหลักเกณฑ์ว่ากฎหมายที่ละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนเท่ากับเป็นการละเมิดต่อหลักนิติรัฐ นอกจากนี้คำวินิจฉัยต่อ ๆ มาจึงได้นำหลักความได้สัดส่วนไปใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภทอันเป็นเงื่อนไขบังคับของรัฐ ด้วยเหตุนี้หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักของรัฐธรรมนูญ สาธารณคดีของหลักการนี้มีอยู่ 3 หลัก⁵⁹ คือ

ก) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หรือหลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หมายถึง มาตรการที่ใช้บังคับนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ ถ้ามาตรการอื่นใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสม

ข) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึง ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ตามหลักความเหมาะสม ถ้ามาตรการนั้นเป็นมาตรการหรือมีวิธีการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนน้อยที่สุด มาตรการนั้นถือได้ว่าเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายตามหลักความจำเป็น

ค) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) หลักการนี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ ซึ่งหมายความว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว

2.1.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle de legalite) ประกอบด้วยที่รวมของกฎหมายทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กฎเกณฑ์ที่มาจากบรรทัดฐานคำพิพากษากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร รวมทั้งกฎเกณฑ์ซึ่งมีที่มาจากสนธิสัญญาระหว่าง

⁵⁸BverfGE 64, 76, 81, 88 (91) อังโน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 303

⁵⁹วรพจน์ วิศวพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 85.

ประเทศ กฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ลดหลั่นกันและซับซ้อนเหล่านี้ รวมกันทั้งหมดเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰

ดังนั้น การกระทำทางกายภาพที่ดี หรือกฎเกณฑ์ ตลอดจนนิติกรรมทั่วไปหรือ เฉพาะเรื่องที่ต้องกระทำของรัฐทุกประเภททำขึ้น ไม่ว่าจะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte legislatif) นิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel) ก็ดี ตลอดจน สัญญาทั้งหลายที่องค์กรของรัฐทำ จะต้องให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์เหล่านี้ โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่า “ความสอดคล้อง” (conformite) ที่ว่านี้ก็คือ การไม่ขัดหรือแย้ง (non-contradiction) กับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหมดดังกล่าวนั่นเอง⁶¹

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” นี้เป็นการเชื่อมโยงเข้ากับ หลักประชาธิปไตย โดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครอง จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของ ประชาชน โดยเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชน นั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป หลักการนี้ แยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.1.3.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

องค์กรตุลาการซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและควบคุม การกระทำต่าง ๆ ทั้งของเอกชนและของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงมีภารกิจหลัก ในการให้ความคุ้มครองแก่หลักความชอบด้วยกฎหมายให้เกิดเป็นผลจริงขึ้น โดยเพิกถอน การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และหากการกระทำนั้นก่อความเสียหาย ก็ต้องพิพากษาให้ผู้กระทำ ต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วย ดังนั้น ในนิติรัฐจึงถือว่า “อิสระ” ขององค์กรตุลาการที่ไม่ต้องตกอยู่ ในอำนาจครอบงำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสิ่งจำเป็น เพราะองค์กรตุลาการจะเป็น ผู้ตรวจสอบควบคุมองค์กรอื่นเพื่อคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง แต่ในอีกด้านหนึ่ง องค์กรตุลาการเองก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมาย ต่างๆ จึงต้องมีกลไกคอยตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการให้ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับการกระทำขององค์กรอื่น⁶²

⁶⁰Rene Chapus, *Droit administratif general*, T1, p. 694. อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) หน้า 274.

⁶¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 275.

⁶²เรื่องเดียวกัน, หน้า 278.

นอกจากนี้ ฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อการใช้กฎหมายให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ⁶³ ดังนี้

1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และใช้ให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้ดำเนินถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่าบุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

2.1.3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

หลักการนี้ประกอบไปด้วย 2 หลักการ⁶⁴ คือ หลักความมาก่อนของกฎหมายและหลักเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งแยกอธิบายได้ ดังนี้

1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) หมายความว่า การกระทำต่าง ๆ ของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมาย ย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหมด จึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักการนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำหรือมาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁶³Duering, in : Maunz/Duering, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 3, Rdnr. 398, อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 28.

⁶⁴Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8 Aufl., Muenchen 1992, S. 91 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 28.

2) หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) หลักการนี้เรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

หลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งก็ต่อเมื่อกระทำอยู่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง⁶⁵ เมื่อการกระทำทางปกครอง (Administrative Action) เป็นผลผลิต (product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครองแล้ว ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมาย” (execution of law)⁶⁶ ซึ่งกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด (รวมทั้งกฎต่าง ๆ ที่ต้องอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติ) ส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั้นเองแล้ว รวมทั้งกฎหมายดังต่อไปนี้ด้วย

ก. รัฐธรรมนูญ (Constitution) ได้แก่ บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย หลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจดังกล่าว ปรากฏอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality before the law)

ข. กฎหมายประเพณี (Customary Law) ได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประเพณีและปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านานตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งจนเป็นอุปนิสัยร่วมกันของคนในสังคม (Social Habit) และสาธารณชนเกิดความรู้สึก

⁶⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, หน้า 27

⁶⁶ Michel STASSINOPOULOS, *Traite des actes administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 18-19 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

ร่วมกันว่าเป็นสิ่งถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (opinio juris)⁶⁷ กฎหมายประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายทุกสาขา ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน รวมทั้งกฎหมายเอกชนภายในหรือกฎหมายมหาชนภายใน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในสาขากฎหมายมหาชนภายในนั้น กฎหมายประเพณีในฐานะที่เป็นข้อจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองที่มีอยู่ตามกฎหมายบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งได้เท่านั้น แต่ไม่นำมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครองหรือขยายอำนาจที่ฝ่ายปกครองที่มีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้กว้างออกไปได้ ตัวอย่างของกฎหมายประเพณีที่จำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง ได้แก่ การที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งจะลงนามในกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน แม้จะไม่มีบทบัญญัติใดบังคับให้รัฐมนตรีต้องทำเช่นนั้น การเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบจึงเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีโดยแท้⁶⁸

ค. หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมุฏฐานมาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักสืบสมุฏฐานมาจากตรรกทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ข้อแม้ขึ้นในบ้านเมือง⁶⁹ ในประเทศตะวันตกนั้น หลักการที่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่⁷⁰

- หลักความเป็นกลาง (Le principe de l'impartialite)

หลักการนี้ห้ามมิให้ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งทางปกครอง หรือกรรมการในคณะกรรมการพิจารณาและออกคำวินิจฉัยสั่งการหรือเข้าร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนเองมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย หากวินิจฉัยสั่งการหรือเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนแล้วในสายตาของกฎหมายย่อมไม่สมบูรณ์

⁶⁷Claude du PASQUIER, *Introduction a la theorie generale et a la philosophie du droit*, Neuchatel, Delachaux & Niestle, 1979, p. 49 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 100.

⁶⁸วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 101

⁶⁹Andre DEMICHEL, *Le droit administratif : Essai de reflexion theorique*, Paris, L.G.D.J., 1978, เรื่องเดียวกัน, หน้า 101

⁷⁰เรื่องเดียวกัน.

- หลักการฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (audi alteram partem)

หลักการนี้ให้สิทธิแก่บุคคลในอันที่จะปกป้องนิติฐานะของตนจากการใช้อำนาจออกคำวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจดังกล่าวที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดซึ่งมีมูลเหตุจูงใจมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่ตนจะใช้เป็นเหตุผลในการออกคำวินิจฉัยสั่งการให้บุคคลนั้นทราบ และให้เขามีโอกาสโต้แย้งข้อเท็จจริงนั้นและแสดงพยานหลักฐานสนับสนุนข้อโต้แย้งของตน หากฝ่ายปกครองออกคำวินิจฉัยสั่งการโดยไม่เคารพหลักการดังกล่าว ย่อมทำให้คำวินิจฉัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

- หลักการบังคับบัญชา (Le Principe hierarchique) เป็นหลักการ

จัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง โดยผู้บังคับบัญชาแต่ละลำดับชั้นมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตน ผู้บังคับบัญชามีอำนาจแนะนำสั่งการให้ผู้ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบแบบแผนและเป็นธรรมแก่กรณี รวมทั้งมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนได้เสมอ อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ผู้บังคับบัญชาจะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดังกล่าวโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้

- หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและ

องค์กรมหาชน (Le principe d' autonomie des collectivites locales et etablissements publics) เกิดจากการที่รัฐดำเนินนโยบายกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น (decentralization territoriale) และกระจายอำนาจตามกิจการ (decentralization par service) กล่าวคือ รัฐโอนกิจการบริการสาธารณะบางกิจการซึ่งแต่เดิมอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนกลางไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรมหาชน และฝ่ายปกครองมีหน้าที่กำกับหรือควบคุมดูแล (La tutelle) มิให้องค์กรดังกล่าวจัดทำบริการสาธารณะเกินขอบอำนาจและขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เพื่อรักษาความเป็นอิสระขององค์กรดังกล่าว องค์กรปกครองส่วนกลางจึงต้องมีขอบเขตจำกัดในการกำกับหรือควบคุมดูแล หลักประกันความเป็นอิสระดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่แสดงออกเป็นภาษิตกฎหมายที่ว่า “ไม่มีกำกับหรือควบคุมดูแลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจและไม่มีกำกับหรือควบคุมดูแลขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้” (Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-dela du texte)

- หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (La principe de non-retroactivites des actes administratifs) หลักการนี้ห้ามมิให้ฝ่ายปกครอง ออกกฎ คำวินิจฉัยสั่งการ เพื่อใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้ว ก่อนวันที่ประกาศใช้กฎหรือวันที่มีคำวินิจฉัยสั่งการดังกล่าว

- หลักที่ว่าบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่อง (Le principe de continuite du service public) เพื่อมิให้กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองทำลงเพื่อตอบสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชนด้านต่าง ๆ ต้องหยุดชะงัก กล่าวกันว่ารัฐที่ปล่อยให้การบริการสาธารณะ หยุดชะงัก (Un Etat a eclipses) เป็นรัฐที่อยู่ในภาวะล้มละลาย

บรรดากฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำ การของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ไม่ว่าจะใช้อำนาจออกกฎ (Subordinate Legislation) ออกคำวินิจฉัย สั่งการ (Administrative decision) ที่มีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ หรือกระทำ การทางกายภาพ (Administrative Real act) ใด ๆ ก็ตาม ฝ่ายปกครองจะต้องระมัดระวังไม่ให้กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำทางกายภาพขัดต่อกฎหมายเหล่านี้⁷¹

2.1.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายปกครองที่ออกกฎหมายลำดับรอง กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายให้เป็นไปตามหลัก ความแน่นอนของกฎหมาย หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังและหลักความพอสมควรแก่เหตุ⁷²

2.1.4.1 หลักความแน่นอนของกฎหมาย (Certainty)

หลักการนี้เป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการ ใช้กฎหมาย และเรียกร้องให้การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคล ในสังคมทราบว่าบทบัญญัติกฎหมายใดที่เขาจะต้องคำนึงถึงหากว่าเขากระทำการอันใดแล้ว กฎหมายดังกล่าวมีข้อเรียกร้องอย่างไร จากข้อเรียกร้องของกฎหมายดังกล่าวนั้น บุคคลจึงสามารถ ที่จะกำหนดการกระทำของตนเองให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย และแน่ใจว่าการกระทำของตน จะไม่เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็น

⁷¹วรพจน์ วิศวศตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 102-106

⁷²Herzog in : Maunz/Duerig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20, Rdnr. 26 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 29.

และจะขาดเสียมิได้ที่ราษฎรจะสามารถใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการต่าง ๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตน ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าการกระทำของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลของกฎหมายอันจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากน้อยเพียงไร⁷³ หลักความแน่นอนของกฎหมายประกอบไปด้วยหลักย่อย 2 หลัก⁷⁴ ได้แก่ หลักความชัดเจนของกฎหมาย และหลักคุ้มครองความสุจริต

ก) หลักความชัดเจนของกฎหมาย (clarity)

หลักการนี้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติ (รวมทั้งฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง) ต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนอย่างเพียงพอเพื่อให้บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั้นสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้แม้กระทั่งภายใต้สภาพการณ์ในทางกฎหมายที่ขาดความชัดเจน

ข) หลักคุ้มครองความสุจริต (security of right)

หลักความชัดเจนของกฎหมายนั้นเรียกร้องต่อฝ่ายนิติบัญญัติ แต่หลักคุ้มครองความสุจริตเรียกร้องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่ง ถ้าผู้รับคำสั่งเชื่อโดยสุจริตว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้ชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ แล้วเห็นควรให้ยกเลิกคำสั่งทางปกครอง ให้นำหลักความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เช่น ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้คำนี้ถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน กล่าวคือ ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความเชื่อโดยสุจริต และได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นเสียหายเกินสมควร ก็ต้องไม่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลังลงไปปลงคำสั่งทางปกครองนั้น หรือหากจำเป็นต้องเพิกถอนย้อนหลัง ก็ต้องเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เป็นต้น

⁷³LITTRE อ้างโดย Jean RIVERO in *Les libertes publiques, Tome 1 : Les droits de l' homme*, 6^e edition, Paris, PUF, 1991. p. 20. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 22-23.

⁷⁴Herzog in : Maunz/Duorig, Grundge setz-Kommertar, 62 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 30.

2.1.4.2 หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (retroactivity)

หลักการนี้เรียกร่องมิให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังให้เป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี⁷⁵ ได้แก่ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมายหรือการมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย กรณีนี้ได้แก่กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้ว และกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้วนั้น และกรณีที่สอง การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ หมายถึง กรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต ทั้งสองกรณีดังกล่าวหากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องจะไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่ถ้าวเป็นการสร้างภาระหรือเกิดผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักความแน่นอนของกฎหมายและหลักการคุ้มครองความสุจริต ซึ่งหลักการทั้งสองประการนี้มีได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง เพียงแต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา⁷⁶ ซึ่งรับรองหลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine leg) หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมายดังกล่าวหาได้ใช้บังคับแต่เฉพาะกับกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและโทษทางอาญา ซึ่งศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาเป็นผู้ลงแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ หากแต่ยังต้องขยายไปใช้บังคับกับกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภท แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเห็นสมควรมอบหมายให้องค์กรอื่นที่มีโชคครตุลาการเป็นผู้ลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย⁷⁷ ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมายอาญานั้น การมีผลย้อนหลังโดยแท้จำเป็นจะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมายกับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว ส่วนการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้จะต้องพิจารณาซึ่งนำหน้าระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะมุ่งคุ้มครอง อย่างไรก็ตามจะต้องสันนิษฐาน

⁷⁵Ekkehart Stein, Staatsrecht, 14. Aufl., S. 164 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 31.

⁷⁶มาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁷⁷Decision no. 82-155 DC du 30 decembre 1982 cite in Conseil d' Etat, *Les pouvoirs de l' Administration dans le domaine des sanctions*, Les etudes du Conseil d' Etat, Paris, La documentation francaise, 1995, p. 57 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, หน้า 128.

ไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่าประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่⁷⁸ หลักการนี้ห้ามเด็ดขาดในทางกฎหมายอาญา โดยห้ามองค์กรณีบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางที่จะก่อให้เกิดความผิดสำหรับการกระทำอันใดอันหนึ่ง รวมทั้งห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้น และห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคลด้วย

2.1.4.3 หลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 2.1.2.5 จะเห็นได้ว่าหลักความพอสมควรแก่เหตุนี้ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปและเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ หลักการนี้มีได้มุ่งเฉพาะแต่การจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่หลักการดังกล่าวในทางเนื้อหา ยังเป็นการห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary) และเป็นหลักสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

หลักการนี้เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นและประโยชน์มหาชนอันพึงจะได้รับ และหากผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนมีมาก แต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อย กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ตัวอย่าง เช่น มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนหรือสังคมโดยส่วนรวม ฝ่ายปกครองต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ (ชอบด้วยหลักสัมฤทธิ์ผล) และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น (ชอบด้วยหลักความจำเป็น) แล้วก็ตาม หากก่อให้เกิดความเสียหายเนื่องจากไม่ชอบด้วยหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ฝ่ายปกครองต้องละเว้นมาตรการนั้น

⁷⁸Konrad Hesse, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19 Aufl., S. 206 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 31.

2.1.5 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

หลักการนี้หมายถึงผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติภาระหน้าที่ในทางตุลาการ กล่าวคือ พิจารณาพิพากษาอรรถคดี และแต่งตั้งโยกย้ายให้ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ นั้น ต้องปราศจากการแทรกแซงใด ๆ ผู้พิพากษามีความผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายและทำการพิจารณาพิพากษาภายใต้มนโธธรรมของตนเองเท่านั้น⁷⁹ หลักการนี้เป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งของหลักนิติรัฐโดยมุ่งคุ้มครองอำนาจตุลาการต่อการแทรกแซงจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ⁸⁰ ความเป็นอิสระ (Independent) ของผู้พิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอิสระ 3 ประการ ได้แก่ ความเป็นอิสระจากคู่ความ อิสระจากรัฐ และอิสระจากสังคม ซึ่งความอิสระเหล่านี้ล้วนก่อให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษา⁸¹ หากผู้พิพากษาไม่อิสระจากทั้งสามประการดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยความเป็นกลาง (Impartiality) ปราศจากอคติลำเอียง (Freedom from bias)

2.1.6 หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen nulla poena sine lege)

หลักนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา นอกจากนี้ยังนำมาใช้กับเรื่องโทษปรับทางปกครอง เรื่องโทษทางวินัยและการลงโทษในทางวิธีเรียงตามข้อบังคับขององค์กรวิชาชีพด้วย⁸² หลักการนี้ได้แก่ การกำหนดความผิดหรือกำหนดโทษของหลักนิติรัฐต้องวางอยู่บนพื้นฐานของ “การกระทำ” (ซึ่งรวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย) มิใช่อยู่บนพื้นฐานของ “ความคิด” และกำหนดโทษโดยกฎหมาย หรือการกำหนดโทษจะต้องได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย หลักการนี้หมายถึงหลักการที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย (Gesetzesvorbehalt) กฎหมายที่กำหนดโทษดังกล่าวจะต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา โดยหลักการนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้นที่จะกำหนดโทษทางอาญาได้ จึงเท่ากับเป็นการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทาง

⁷⁹Bettermann, *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Hrsg. Bettermann/Nipperday/Scheuner, Dritter Band, Berlin 1959, S. 526 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 33.

⁸⁰Schmidt-Raentsch, *Deutsches Richterrecht*, 1995, 25, Rdne. 5, อ้างในเรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

⁸¹Ibid.

⁸²Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, 9. Aufl. S. 289 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 34.

อาญาแก่บุคคล นอกจากนี้ยังห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างขึง (Analogie) ลงโทษทางอาญาแก่บุคคล⁸³ ด้วย

2.1.7 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐ ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐนั้น หากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการยืนยันหรือทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นต่อหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นความแตกต่างในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐที่ปรากฏในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปกับนิติรัฐ (หรือนิติธรรม) ของประเทศอังกฤษที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ หลักนิติรัฐในอังกฤษมิได้เรียกร่องจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเหมือนเช่นประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันซึ่งรับรองไว้อย่างชัดเจน

2.1.7.1 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีรากฐานมาจากแนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) ซึ่งอาจแบ่งพัฒนาการดังกล่าวได้ดังนี้⁸⁴

1) แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายพื้นฐาน (Natural and Fundamental Law)

แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลมากและเป็นรากฐานของความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย St. Thomas Aquinas (1226-1274) นักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลางได้จำแนกกฎหมายออกเป็น 3 ชนิดด้วยกัน⁸⁵ คือ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎที่

⁸³Pieroth/Schlink, *Grundrechte-Staatsrecht II*, S. 290 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*, หน้า 35.

⁸⁴Christain Starck, *Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in : *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, C. Starck / A. Weber (Hrsg), Teilband I: Berichte, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1986, S. 15 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) หน้า 14.

⁸⁵จาง ทงประเสริฐ, *ปรัชญาตะวันตกสมัยกลาง*, (กรุงเทพฯ : มหาจุฬาลงกรณ์ราชวิทยาลัยในพระบรมราชูปถัมภ์ 2534) หน้า 257

มนุษย์สร้างขึ้น โดย Aquinas เรียกกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นว่า “mensura mensurata” หากกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นขัดแย้งกับกฎธรรมชาติ กฎของมนุษย์ดังกล่าวก็ไม่อาจมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้ หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติถือว่าเป็นปทัสถานที่สูงกว่า (norma superior) ซึ่งผูกพันต่อกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย การจัดลำดับชั้นของกฎหมายในลักษณะดังกล่าวของยุคกลางทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย และความหมายของลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อนักกฎหมายในยุคใหม่ เช่น Hugo Grotius, Christian Wolff และ Emer de Vattel เป็นต้น แม้ว่าแนวความคิดของนักกฎหมายในยุคใหม่จะให้เกิดผลในทางปรัชญาแทนการให้เหตุผลในทางเทววิทยาของยุคกลางก็ตาม ต่อมาแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทสำคัญในช่วงของพัฒนาการของยุคใหม่ทั้งในทางรูปแบบ (formal) ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ส่วนในทางเนื้อหา (inhaltlich) ของกฎหมายธรรมชาตินั้น ถือว่ามีกฎเกณฑ์สำคัญซึ่งยอมรับสิทธิที่ติดต่อกับมนุษย์ อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลด้วยกัน และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และแนวคิดดังกล่าวอาจได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (fundamental laws) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitution laws) ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า อันเป็นการนำแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นกฎหมายบ้านเมือง (positive law) แนวคิดทางกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวมีบทบาทในทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติทางกฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรปอย่างมาก

2) แนวความคิดของ Thomas Hobbes, Rousseau และ Sieyes ที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁸⁶

ก. ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Thomas Hobbes

Hobbes อธิบายว่าสังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น มิได้มีอยู่ขึ้นเองตามธรรมชาติ โดยแต่ละคนต่างยอมสละเสรีภาพ สิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่งให้เป็นผู้ปกครอง โดยเชื่อว่าบุคคลนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ดังนั้น คนแต่ละคนจึงต้องเคารพสัญญาที่ทำขึ้นและเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจให้ไป โดยมองว่าผู้ปกครองนั้นได้รับอำนาจไปแบบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ฉะนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองจึงต้องถือว่ายุติธรรมเสมอ สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นที่มาของผู้ปกครองและเป็นที่มาของอำนาจของผู้ปกครองด้วย ดังนั้น

⁸⁶เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายมหาชน เรื่อง ที่มาของกฎหมายมหาชน, 2541

รัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน

ข. ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau

Rousseau ได้กล่าวว่า สังคมที่มีความสงบสุขเรียบร้อย มีผลมาจากการที่ประชาชนยอมมอบอำนาจของตนบางส่วนให้แก่ผู้ปกครอง ประชาชนทุกคนต่างทำสัญญาร่วมกันว่าทุกคนจะยอมมอบอำนาจของตนบางส่วนให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและผู้ปกครองต่างขึ้นต่อกันและกัน ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองนั่นเอง เนื่องจากประชาชนยังคงมีเสรีภาพเช่นเดิม กฎหมายที่ตราออกมาก็คือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป และหากผู้ปกครองที่ได้รับอำนาจไปแล้วปฏิบัติตนไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคนในสังคม ประชาชนมีอำนาจที่จะถอดถอนผู้ปกครองผู้นั้นได้

แนวความคิดของ Rousseau แตกต่างจาก Hobbes บางส่วน กล่าวคือ Hobbes จะเน้นถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นการสนับสนุนการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ อำนาจการปกครองอยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียว โดยสะท้อนให้เห็นความคิดที่ว่าบัลลังก์กษัตริย์ไม่เคยว่างเปล่า จะต้องมีการสืบทอดบัลลังก์ต่อไปในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau นั้น จะเน้นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยมองว่าสัญญาประชาคมเป็นเรื่องของเจตจำนงทั่วไปของประชาชน (volunte generale หรือ general will) เพื่อปกครองตนเอง มิใช่การมอบเจตจำนงของประชาชนไปให้ผู้หนึ่งผู้ใด กษัตริย์เพียงแต่ทำหน้าที่เป็นประมุขของประเทศ แต่ไม่มีอำนาจไปก้าวภายในเรื่องการบริหารประเทศ จะเห็นได้ว่าตามทฤษฎีของ Rousseau รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่สูงสุดในการปกครองประเทศ

ค. ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมืองโดย Sieyes

Sieyes อธิบายว่าในทุกสังคมจะมีอำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) อำนาจนี้เป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังคงตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการปกครองอย่างไร ก็จะมีอำนาจในการปกครอง คือ อำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร จัดตั้งองค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจกันอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองซึ่งแสดงออกโดยผ่านรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ทำให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้นและเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญโดยตรง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นมาทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจ

ทางการเมืองในการปกครอง อันมีผลทำให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด องค์การที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ องค์การเหล่านี้เป็นองค์การซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อำนาจในการก่อตั้งองค์การทางการเมืองสูงสุดนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและได้แสดงออกผ่านทางรัฐธรรมนูญ และการที่รัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดองค์การที่ใช้อำนาจดังกล่าวนั้น ได้ก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ การมีลำดับชั้นของกฎหมาย ทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น องค์การทั้งสามดังกล่าวจึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องมียุติการที่มีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่ดังกล่าว อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์การทางการเมืองสูงสุด

3) พัฒนาการแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในยุโรป

ก) ประเทศอังกฤษ⁸⁷

แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในภาคพื้นยุโรปยุคใหม่ มีบทบาทสำคัญมาจากประเทศอังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1610 ผู้พิพากษา Sir Edward Coke ได้วินิจฉัยคดีของนายแพทย์ Bonham ซึ่งเปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภา และแพทยสภาได้วินิจฉัยกรณีดังกล่าวและลงโทษปรับนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทยสภา Coke เห็นว่ากฎหมายที่เป็นพื้นฐานในคดีดังกล่าว (ข้อบังคับของแพทยสภา) ขัดกับหลัก common law ที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย” (Niemand durfe Richter in eigener Sache sein) เพราะในคดีดังกล่าวประธานแพทยสภาและผู้ที่มีวินิจฉัยคดีของแพทยสภามีสิทธิที่จะได้รับเบี่ยงปรับที่กำหนดในแต่ละคดี ซึ่งเป็นผลประโยชน์ทางการเงิน โดยตรงในคดีที่ตนได้วินิจฉัยและตนเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีด้วย คำกล่าวที่รู้จักกันแพร่หลายเกี่ยวกับลำดับชั้นที่เหนือกว่าของ common law มาจากคำพิพากษาดังกล่าวที่ว่า “common law มีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภา และในบางกรณีทำให้กฎหมายของรัฐสภานั้นทั้งฉบับ ไม่มีผลบังคับ หากกฎหมายของรัฐสภานั้นขัดแย้งกับความมีเหตุมีผล (common right and reason) หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ กรณีเช่นนี้ common law ย่อมมีอิทธิพลเหนือกฎหมายของรัฐสภาและมีผลทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้” หลักการที่ Coke ตัดสินไว้วางอยู่บนพื้นฐานที่ว่า รัฐสภามีสิทธิบัญญัติและแก้ไขกฎหมายโดยมีเงื่อนไขในเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวโดยผู้พิพากษา และถ้ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นขัดแย้งกับ common law อย่างชัดเจน สิ่งใดที่ผู้พิพากษาสามารถ

⁸⁷ Christian Starck, *Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 15 อ้างใน บรรณเจติสิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 17-18.

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้นได้แสดงถึงพัฒนาการของกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่ยุคกลาง อย่างไรก็ตาม พัฒนาการในทางกฎหมายของอังกฤษนับแต่กลางศตวรรษที่ 17 ก็มีได้ยึดถือตามแนวของ Coke หากแต่ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ซึ่งไม่ยอมรับความมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา⁸⁸ การที่ประเทศอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอาจมีผลมาจากการต่อสู้กับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งรัฐสภาได้เรียกร้องให้พระมหากษัตริย์รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการออก Petition of Right ในปี 1627 และได้มีการออก Bill of Right ในปี ค.ศ. 1689 อันเป็นกฎหมายสำคัญที่จำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แม้กระนั้นก็ดี แนวความคิดในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในเบื้องต้นจะได้รับการพัฒนาในประเทศอังกฤษ แต่ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวมิได้มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด และในระบบกฎหมายอังกฤษในปัจจุบันก็ได้แยกลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย⁸⁹

ข) ประเทศเยอรมัน⁹⁰

แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) ในช่วงเริ่มต้นของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้น ได้มีการยอมรับแนวคิดของการมีกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) ถึงแม้ว่าในสมัยนั้นจะยังไม่มีรัฐธรรมนูญในความหมายของรัฐสมัยใหม่ก็ตาม แต่ก็มีกฎเกณฑ์ที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองนคร หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น ในทางทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 17-18 เกิดปัญหาเรื่องผลผูกพันของกฎหมายพื้นฐานและเรื่องอำนาจอธิปไตยสูงสุดของพระมหากษัตริย์ ปัญหาดังกล่าวทำให้กฎหมายพื้นฐานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับปัญหาที่มาของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยนั้นได้รับการอธิบายถึงเนื้อหาและขอบเขตของความผูกพันของกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับผลของการละเมิดรัฐธรรมนูญโดยผู้ปกครองเองได้นำไปสู่การถกเถียงกันในเรื่องของสิทธิในการต่อต้าน

⁸⁸ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 ed (1923), S. 37ff อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

⁸⁹ Charles McIlwain, *The High Court of Parliament*, S. 61 “in Great Britain today it is a commonplace, on which all lawyers, อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

⁹⁰ Christian Starck, *Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 18 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

(Widerstandsrecht) ความหมายของอธิปไตย (Souveranitätsbegriff) ได้รับการยอมรับจากกฎหมายพื้นฐานที่เน้นถึงอำนาจอธิปไตยของผู้ปกครอง จึงมีเหตุผลที่จะจำกัดอำนาจในการออกกฎหมายของมนุษย์โดยอาศัยกฎหมายที่อยู่สูงกว่าซึ่งได้แก่กฎหมายธรรมชาติ ซึ่งการให้เหตุผลดังกล่าวขาดความหนักแน่นในการบังคับใช้ ด้วยเหตุนี้จึงได้นำแนวคิดในเรื่องทางสัญญามาช่วยในการให้เหตุผลซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นจุดเชื่อมโยงทางความคิดของสัญญาในการปกครอง (Herrschaftsvertrag) อันเป็นสัญญาระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองนคร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายพื้นฐาน (die Fundamentalgesetze) จึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางสังคมและการจะรักษาสัญญาทางสังคมดังกล่าวได้จะต้องมีอำนาจอยู่เบื้องหลังสัญญาดังกล่าว หลักความสูงสุดของสัญญา (der Vorrang der Verträge) ตามกฎหมายธรรมชาติจึงก่อตั้งขึ้นตามหลัก pacta sunt servanda ดังนั้น กฎหมายที่บัญญัติขัดกับกฎหมายพื้นฐาน จึงไม่อาจมีผลบังคับได้

ในเรื่องเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายนั้น Wolff อธิบายว่า กฎหมายพื้นฐานของรัฐมิได้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนด (Disposition) ดังนั้น ผู้ปกครองจึงไม่สามารถออกกฎหมายพื้นฐาน (Fundamentalgesetze) โดยอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายของตนได้⁹¹ การให้เหตุผลที่ชัดเจนจากแนวคิดดังกล่าวได้รับการอธิบายโดย Grotius และ Pufendorf โดย Grotius เห็นว่าอำนาจอธิปไตยมิได้เป็นการขยายความเกี่ยวกับตัวผู้ปกครองในทางส่วนบุคคล แต่อำนาจอธิปไตยนั้นมีลักษณะเป็นอำนาจของรัฐ ซึ่งอาจหรือถูกใช้โดยองค์กรต่าง ๆ ได้⁹² ส่วนวิธีการแบ่งอำนาจอธิปไตยดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายพื้นฐาน (legs fundamentals) ซึ่งจะต้องบัญญัติการจัดองค์กรของรัฐ สำนักกฎหมายธรรมชาติได้ทำให้เกิดความชัดเจนระหว่างอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt) ซึ่งอยู่เหนือกว่าอำนาจที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญ (die von der Verfassung konstituierte Gewalt) การอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าของผู้ปกครองโดยอยู่ภายใต้กฎหมายพื้นฐานเป็นจุดเริ่มต้นที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นรัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญของเยอรมัน ส่วน Pufendorf กล่าวว่า การกระทำของผู้ปกครองซึ่งขัดแย้งกับหน้าที่ของผู้ปกครองตามกฎหมายพื้นฐาน ย่อมตกเป็นโมฆะและไม่สามารถที่จะกล่าวถึงสิทธิในการให้บุคคลอื่นเชื่อฟัง⁹³

⁹¹ Christain Wolff, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, Bd. 8, 1766 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

⁹² Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), Prolegomera 11 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

⁹³ Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (1672), lib.7, cap.6, S. 10 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

ค) ประเทศออสเตรีย

สำนักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศออสเตรียนั้น คือ สำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย โดยเฉพาะ Adolf Merkl และ Hans Kelsen ซึ่งทั้งสองท่านได้รวบรวมปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและได้ให้เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมายถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามแนวคิดของ Merkl เห็นว่า กฎหมายเป็นระบบของลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจ ซึ่ง Merkl เรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย⁹⁴ สำหรับความคิดนี้เห็นว่ากระบวนการในการบัญญัติกฎหมายได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย และกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าต่อไป กฎเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติว่า การทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติให้ทำบนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมาย⁹⁵

4) พัฒนาการของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา

คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 1776 ได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมือง โดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง แนวความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด (ประชาชน) ได้รับการก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้ง

⁹⁴Karl Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in osterreich, in : Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Teilband I : Berichte, Baden-Baden 1986, S. 153 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

⁹⁵Christian Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 24 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

ขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และจากหลักการนี้เองทำให้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐจึงไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ Hamilton เห็นว่า ศาลควรเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็น โฆษะ เพราะว่าการหน้าที่ที่แท้จริงของศาลคือ การตีความกฎหมาย รัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นกฎหมาย พื้นฐาน (fundamental law) จึงจะต้องได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาเช่นกัน⁹⁶ หลักการดังกล่าว นำมาเป็นเหตุผลในทางปฏิบัติ เมื่อ ค.ศ. 1803 ในคดี Marbury V. Madison ศาลสูงสุดของ สหรัฐอเมริกาได้ยืนยันอำนาจของศาลว่ารัฐธรรมนูญมีผลต่อการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ หากการกระทำดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงที่สุด ไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ดังนั้น กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่ ขัดกับรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่กฎหมาย เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดอันเป็น กฎหมายที่เชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชน รวมทั้งในรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติเพื่อจำกัด อำนาจของรัฐทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความขัดแย้งกับ รัฐธรรมนูญ กฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าจึงต้องยอมหลีกทางให้แก่รัฐธรรมนูญ

2.1.7.2 ความหมายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

สาเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ไม่ว่าจะอธิบายในเชิง อุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยซึ่งถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม (contrat social) ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคม นั้น ๆ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองของ สังคมนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือ ผู้ใต้ปกครอง ทุกฝ่ายต้องเคารพรัฐธรรมนูญ คำอธิบายนี้ปรากฏในปรัชญา Lock หรือ Rousseau ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาและตอนท้ายคำประกาศสิทธิ มนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี 1789 หรือจะอธิบายในเชิงกระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญ โดยการมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนโดยวิธีการพิเศษตามแนวคิดของ Sieyes ก็ตาม โดย Sieyes ชี้ให้เห็นว่า ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ นั้น มีข้อแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายธรรมดาอาจตราขึ้นโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ การจัดทำรัฐธรรมนูญเองใช้วิธีการพิเศษโดยประชาชนจะต้องมีส่วนโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่ง มักไม่ปรากฏในการตรากฎหมายธรรมดา เช่น ประชาชนจะต้องเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

⁹⁶Hamilton-Madison-Jays, *the Federalist Papers*, Hrgs. Von Clinton Rossitier, 1961, S. 468 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

(Convention) ขึ้นมาเป็นการเฉพาะแยกออกจากรัฐธรรมนูญ และหลักการสำคัญของเนื้อหาที่จะใส่ในร่างรัฐธรรมนูญอาจต้องนำมาขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อนร่างและเมื่อร่างเสร็จแล้ว ก่อนมีผลใช้บังคับต้องนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ก่อน ซึ่งปรากฏมีตัวอย่างในการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาปี 1787 (มีการตั้งสภา Convention ซึ่งมาจากแต่ละมลรัฐ และมีการให้สัตยาบันโดยรัฐสภาหรือ Convention แต่ละมลรัฐ) และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี 1946 และปี 1958 (มีการลงประชามติว่าจะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ลงประชามติในหลักการของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ นำร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างเสร็จไปขอประชามติ แล้วประกาศใช้ถ้าเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบ) เมื่อวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญมีลักษณะพิเศษเช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยเช่นกัน

ส่วนคำอธิบายที่สำคัญได้แก่ การอธิบายในเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยการแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจอื่นนั้น ผู้ที่อธิบายคนแรกคือ Sieyes เช่นกัน โดยถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) สูงสุดโดยเหตุสองประการหลักคือ ประการแรก ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบองค์กรอยู่เลย อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาโดยตรงและเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ อำนาจนี้จึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้าง⁹⁷ และเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้น (pouvoir constitue) ประการที่สอง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง ผลก็คือ รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่น ๆ และองค์กรอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ (pouvoir constitue) มาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น ผลสำคัญทางกฎหมายของหลักนี้มีอยู่อย่างน้อย 3 ประการคือ

ประการแรก ในขณะที่อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุดสิ้นพัน ไม่มีข้อจำกัด⁹⁸ แต่อำนาจขององค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยสภาพของรัฐธรรมนูญนั้น การถูกจำกัดนี้แสดงออกโดยการกำหนดขอบอำนาจ

⁹⁷George Burdeau, *Traite de science politique, Tome IV, le statut du Pouvoir dans l' Etat*, (Paris : LGDJ, 3^e ed, 1983), p. 172 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 18-19.

⁹⁸Ibid, p. 174, อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 19.

(competence) การกำหนดกระบวนการ (procedure) และการถูกกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจ (contenu) ซึ่งรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วางข้อจำกัดเหล่านี้ ดังนั้น อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบมาจาก รัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (competence limitée) และจะใช้อำนาจนั้นให้ขัดกับ รัฐธรรมนูญมิได้ การตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความเจตนาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กร ทางการเมือง

ประการที่สอง อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด (pouvoir constituant) เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีอยู่เหนือรัฐ ศาสตราจารย์ Burdeau จึงสรุปว่า อำนาจนี้อยู่นอกรัฐ (en dehors de l' Etat คือ pouvoir extra-etatique) เพราะ มีอยู่ได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีรัฐ ไม่อยู่ได้รัฐ ข้อพิพาทก็คือ รัฐธรรมนูญหลายประเทศไม่ได้เกิดขึ้นในรัฐโดย อำนาจการเมืองในรัฐ แต่เกิดขึ้นจากอำนาจสูงสุดภายนอก เช่น รัฐธรรมนูญลังกา รัฐธรรมนูญแคนาดา ซึ่งผู้ตราคือ รัฐสภาอังกฤษ แต่อำนาจขององค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นเป็นอำนาจในรัฐ (pouvoir dans l' Etat) ที่ใช้ได้เหนือดินแดนและประชากรของรัฐนั้นเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจนี้เป็น อำนาจรัฐ (pouvoir etatique)

ประการที่สาม เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจตามที่ รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับ มอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง กลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจในการแก้ไข กฎหมายธรรมดา ด้วยเหตุนี้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือ ออกกฎหมาย กล่าวคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้ง องค์กรสูงสุดแต่เดิมนั่นเอง เราเรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยศัพท์ทางวิชาการว่า อำนาจ ในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (pouvoir constituant derive) ซึ่งทำให้เราต้องเรียกอาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองใหม่ว่า “อำนาจในการก่อตั้ง องค์กรดั้งเดิม” หรือ pouvoir constituant originaire) ซึ่งอยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ (pouvoir legislatif) ที่ต้องแยกเช่นกันก็เพราะ ถ้าอำนาจในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญกับอำนาจนิติบัญญัติ เป็นสิ่งเดียวกันแล้ว ก็เท่ากับยอมให้องค์กรเพียงองค์กรเดียวที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นคือ รัฐสภา สามารถ ขยายอำนาจของตนเหนืออำนาจอื่นได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งจะทำลายดุลยภาพขององค์กรและ อำนาจที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น และทำลายตัวรัฐธรรมนูญนั่นเองในท้ายที่สุด ด้วยเหตุนี้ เมื่ออำนาจ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่างจากอำนาจนิติบัญญัติและอยู่เหนืออำนาจนิติบัญญัติ ผลที่ ตามมาก็คือ จะใช้องค์กรและวิธีการเดียวกันในการออกและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดามาใช้กับ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ ต้องมีระบบแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ เช่น มีองค์กร พิเศษซึ่งอาจเลือกตั้งขึ้นใหม่ หรือใช้องค์กรนิติบัญญัติแต่ประจุมาร่วมกัน (เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

ปี 1958 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) ใช้วิธีการพิเศษ เช่น ต้องมีคะแนนเสียงมากกว่าธรรมดา หรือต้องมีการออกเสียงเป็นประชามติ เป็นต้น⁹⁹

กล่าวโดยสรุป หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับการมีลำดับชั้นของกฎหมาย และยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุด นอกจากนี้ยังเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่าง ๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการออกกฎหมาย การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติจึงเป็นกรณีที่น่าจะเกิดขึ้นได้ การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงที่สุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา ระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมรับให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ องค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในประเทศไทยนั้น หลักการดังกล่าวนี้ได้ถูกรับรองไว้เช่นกัน ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ดังนั้น เมื่อกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด และถ้ากฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้

2.2 ลักษณะและความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป

2.2.1 ความหมายทั่วไปขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ลักษณะและความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปนั้น ก่อนอื่นต้องพิจารณาจากรูปศัพท์ก่อน องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Organ Under The Constitution” ซึ่งแยกพิจารณาจากคำศัพท์แล้วแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

⁹⁹บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉน, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 20-21.

1. องค์กร (Organs) หมายถึง บุคคลที่อยู่ร่วมกันโดยกำหนดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ วัตถุประสงค์ งบประมาณ ไว้อย่างชัดเจน และมีสถานที่ปฏิบัติงานที่แน่นอน

2. รัฐธรรมนูญ (Constitution) หมายถึง กฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ (The Organic and Fundamental law of a nation or state)¹⁰⁰

ดังนั้น คำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ตามรูปคำศัพท์จึงหมายถึง องค์กรซึ่งใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศหรือเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยโดยนั่นเอง หากจะพิจารณาความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายนี้ซึ่งค่อนข้างจะเป็นความหมายที่แคบและไม่เหมาะสมกับสภาพปัจจุบันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับอยู่ เพราะในความหมายดังกล่าว องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะหมายถึงเพียงแต่องค์กรทางการเมืองซึ่ง ได้แก่ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และองค์กรศาล กล่าวคือ เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเท่านั้น หากรวมไปถึงองค์กรอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่

ปัญหาในเรื่องสถานะ (Statut) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในประเทศไทยนั้น ในส่วนขององค์กรทางการเมืองและองค์กรศาลนั้นจะไม่ค่อยเกิดปัญหาเท่าใดนัก เพราะเป็นที่เข้าใจกันอยู่โดยทั่วไป แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้ก่อตั้งองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขึ้นหลายองค์กร นอกเหนือจากองค์กรทางการเมืองและองค์กรศาลแล้ว จึงมีปัญหาว่า องค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นอยู่ในสถานะใด เพราะเมื่อองค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจแต่รัฐธรรมนูญกลับมิได้ให้องค์กรใดเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจ แม้จะมีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายบริหารแล้วก็ตาม ดังนั้น จึงควรมีการจัดสถานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้ทราบว่าองค์กรใดอยู่ในสถานะหรือลำดับใดเพื่อให้ทราบถึงข้อสรุปและข้อยุติปัญหาที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องไปสร้างภาระหรือขยายอำนาจให้กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นโดยไม่จำเป็น¹⁰¹

หากพิจารณาในด้านองค์ประกอบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว ความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีความหมายกว้างและแคบต่างกัน กล่าวคือ เกณฑ์ในการจัดตั้งหรือการเกิดองค์กรจะมีความหมายกว้างกว่าเกณฑ์ด้านอำนาจหน้าที่ เนื่องจากเกณฑ์ด้านการจัดตั้งจะหมายรวมถึงองค์กรทุกองค์กรที่มีรากฐานการเกิดมาจากรัฐธรรมนูญ แต่เกณฑ์ด้านอำนาจหน้าที่นั้นจะจำกัดเฉพาะองค์กรซึ่งใช้อำนาจหน้าที่ทางการเมืองในระดับชาติเท่านั้น

¹⁰⁰Black'Law Dictionary

¹⁰¹นันทวัฒน์ บรมานันท์, “องค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการทบทวนรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547) หน้า 22-23

การที่จะวินิจฉัยว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ในเบื้องต้นต้องพิจารณาค้นหาสาระสำคัญของความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ก่อน หลังจากนั้นจึงจะสามารถอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณาว่าองค์กรใดบ้างที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้้องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นสามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540¹⁰² การศึกษาหาสาระสำคัญของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้ อาจศึกษาความได้จากการเปรียบเทียบจากกรณีของต่างประเทศ ซึ่งเคยเกิดปัญหาในเรื่องดังกล่าวและเคยถกเถียงกันในทางวิชาการเกี่ยวกับความหมายของ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” มาก่อนหน้านี้

2.2.2 องค์กรตามรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญในประเทศนั้นเคยมีข้อถกเถียงกันในประเทศเยอรมันถึงสาระสำคัญของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะที่เด่นชัดว่าองค์กรใดมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและมีความชัดเจนในเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรศาล ส่วนประเทศที่ใช้ระบบ Common Law แต่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้ไม่ใช้ระบบศาลคู่ แต่การใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่คานและดุลการใช้อำนาจระหว่างกัน โดยแยกศึกษาได้ดังนี้

2.2.2.1 ประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน คำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” หรือ Verfassungsorgan นั้น ในทางทฤษฎีได้อาศัยความคิดพื้นฐานของ Gierke และ Jellinek มาเป็นหลักเกณฑ์ในการให้ความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งสาระสำคัญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประการ คือ องค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ และองค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่น ๆ¹⁰³ นอกจากนี้ K.Stem ยังเห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญคือ องค์กรสูงสุดของรัฐซึ่งการดำรงอยู่ สถานะและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวไม่เพียงแต่จะได้รับการกล่าวถึงไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่องค์กรนั้นจะต้องถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเอง และรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ของ

¹⁰²มาตรา 266 “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

¹⁰³บรรเจิด สิงคะเนติ, “ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ,” วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2544) : หน้า 2.

องค์กรดังกล่าว รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอสูงสุดของรัฐ¹⁰⁴ ส่วน Maunz เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรของรัฐซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ และมีความจำเป็นที่จะต้องมียกองค์กรดังกล่าวเพื่อบรรลุปเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹⁰⁵

Laufer สรุปว่า ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าเกณฑ์ในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) แล้ว ยังเข้าเกณฑ์ในทางเนื้อหา (Substantielle Kriterien) อีกด้วย โดยเกณฑ์ดังกล่าวสามารถพิจารณาได้ ดังนี้¹⁰⁶

1. ข้อพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) มีเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

1.1 พิจารณาในแง่ของการก่อตั้ง กล่าวคือ องค์กรดังกล่าว จะต้องได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ

1.2 พิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ขององค์กรนี้จะต้องได้รับการบัญญัติรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

2. ข้อพิจารณาในทางเนื้อหา (Substantielle Kriterien)

2.1 พิจารณาในแง่บทบาทหน้าที่ องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐที่มีบทบาทสำคัญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐ หรือเป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในลักษณะของการควบคุม ตรวจสอบหรือถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอื่น ๆ เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ

2.2 พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระ กล่าวคือ องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานและไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด

2.3 พิจารณาในแง่สถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น

จากเหตุผลดังกล่าว ทำให้ Laufer สรุปได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยมีสถานะเท่าเทียมกับสภาผู้แทนราษฎร สภาสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ และรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ส่วนรัฐมนตรีกระทรวงต่าง ๆ ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร

¹⁰⁴K.Stern, *Das Staatsrecht*. Band II, S'354 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

¹⁰⁵Maunz, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) – Kommentar*, Paragraph 1, S.3 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

¹⁰⁶Laufer, *Typus and Status des Bundesverfassungsgerichts*, Festschrift für Leibholz, S. 490 ff อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน หน้า 3-4.

ตามรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ เช่น องค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีของสหพันธ์ (Bundesrechnungshof) ไม่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แม้จะได้รับการบัญญัติไว้โดยรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรดังกล่าวเป็นเพียงองค์กรเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นอิสระเท่านั้น¹⁰⁷

หากอาศัยหลักเกณฑ์ของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามแนวของประเทศเยอรมันมาวิเคราะห์ จะเห็นได้ว่า เกณฑ์ในความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันจำกัดอยู่เฉพาะองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของแต่ละอำนาจ กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติใช้โดยผ่านสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงแห่งสหพันธ์ อำนาจบริหารใช้โดยผ่านประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธ์ และอำนาจตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ

การที่จะนำหลักเกณฑ์ความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบของเยอรมันมาใช้กับเกณฑ์ความเห็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทย จึงไม่เหมาะสม เนื่องจากจะทำให้องค์กรที่ไม่ใช่องค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของการร่างรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะปฏิรูปการเมืองเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐสามารถถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น ๆ ได้ และเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนบรรลุตามที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นอกจากนี้ การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ เหล่านี้เป็นปฏิบัติหน้าที่เพื่อลดการบิดเบือนการใช้อำนาจของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มคณะ ด้วยเหตุนี้การบัญญัติรับรองให้จัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ขึ้นใหม่หลายองค์กร เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางการเมือง โครงสร้างของรัฐธรรมนูญจึงปรากฏองค์กรเหล่านี้ในแง่ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง องค์กรดังกล่าวจึงมีความสำคัญที่จะทำให้การปฏิรูปการเมืองบรรลุเป้าหมายโดยใช้รัฐธรรมนูญเป็นกลไกในการจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่องค์กรที่มีความสำคัญในระดับดังกล่าวจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่โดยที่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นของไทย ดังนั้น จึงควรให้ความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง มิใช่ความหมายอย่างแคบดังเช่นของเยอรมัน ดังนั้น สารสำคัญของ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในความหมายอย่างกว้างอาจสรุปได้ตามแนวของ Laufer กล่าวคือ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและในทางเนื้อหานั่นเอง

¹⁰⁷Maunz, BVerfGG-Kommentar, Paragraph 3 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

โดยสรุป “องค์กรสูงสุดของสหพันธ์” (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ) ได้แก่ ประธานาธิบดีสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ สภาสูงสหพันธ์ และรัฐบาลสหพันธ์ คณะกรรมการร่วม (ตามมาตรา 53 a ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน) Bundesversammlung ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ (มาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน)

2.2.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

“องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (pouvoirs public constitutionnel) ได้แก่ สถาบันหรือองค์กรทั้งหลายที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการตุลาการ (Le Conseil Supérieur de la Magistrature) ศาลอาญาชั้นสูง (la Haute Cour de Justice) ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ (la Cour de Justice de la République) และสภาเศรษฐกิจและสังคม (le Consiel Economique et social)¹⁰⁸ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ต่างก็มีอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (les loi organiques) ที่ออกมาขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ (le repartition des competences) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนี้โดยตรงดังเช่นกรณีของประเทศเยอรมันหรือประเทศไทย

ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษที่แตกต่างไปจากศาลรัฐธรรมนูญประเทศอื่น เพราะวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งก็เพื่อให้เป็นองค์กรในการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล และหลีกเลี่ยงการกลับไปสู่การมีอำนาจมากของรัฐสภา แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่โน้มเอียงไปทางฝ่ายรัฐบาลมากกว่า โดยพิจารณาได้จากองค์ประกอบของสมาชิกในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เช่นนั้นจึงมิได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดในเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับประเทศเยอรมันหรือประเทศไทย แต่เน้นหนักในเรื่องความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลเท่านั้น สาเหตุอีกประการหนึ่งคือองค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีอยู่ไม่มาก และมีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่องยาวนาน จึงน่าจะเข้าใจบทบาทอำนาจหน้าที่ของตนเองได้เป็นอย่างดีซึ่งแตกต่างจากของ

¹⁰⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองหรือไม่, ใน รวบรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 4 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548) หน้า 134.

ประเทศไทยที่หลายองค์กรเป็นองค์กรจัดตั้งขึ้นใหม่ตามหมวด 7 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสรวม 8 มาตรา มีดังนี้¹⁰⁹

หมวด 7

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

“มาตรา 56 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวนเก้าคน มีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปีและไม่อาจแต่งตั้งใหม่ได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงตุลาการจำนวนหนึ่งในสามทุก ๆ สามปี ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญสามคน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญอีกสามคน

นอกเหนือจากตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคนดังกล่าวแล้ว ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดชีพโดยตำแหน่ง

ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานมีสิทธิออกเสียงชี้ขาดในกรณีที่จะแนบเสียงเท่ากัน

มาตรา 57 หน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่รัฐมนตรีหรือสมาชิกวุฒิสภา การกำหนดตำแหน่งหน้าที่อื่นไม่สามารถดำรงตำแหน่งพร้อมกันกับตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่บัญญัติในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

มาตรา 58 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบข้อร้องเรียนและประกาศผลการเลือกตั้ง

มาตรา 59 ในกรณีที่มีการคัดค้านผลการเลือกตั้ง ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดเกี่ยวกับความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

มาตรา 60 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของวิธีการออกเสียงแสดงประชามติ และเป็นผู้ประกาศผลการออกเสียงแสดงประชามติ

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-139.

มาตรา 61 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและก่อนที่จะมีการใช้บังคับข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอ ให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยอมทำการนี้ระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมายหยุดลง

มาตรา 62 บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมาย และไม่อาจมีผลบังคับได้

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ ตลอดทั้งองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งในทางบริหารและในทางตุลาการ

มาตรา 63 ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดทั้งกระบวนการวินิจฉัย และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย”

จะเห็นได้ว่า ในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดแบ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญแยกออกจากกันจากองค์กรที่เป็นอิสระองค์กรอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรมหาชน (Enterprises publiques) หรือองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Autorites Administrative Independantes : AAI) ซึ่งองค์กรเหล่านี้ไม่ได้ก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ เพียงแต่เป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจปกครองเท่านั้น จึงถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมได้ ทำให้เกิดความชัดเจนว่าสถานะขององค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรใดไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีและสมาชิกของรัฐสภาอีกด้วย ซึ่งเป็นการยืนยันถึงหลักนิติรัฐในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ตัวอย่างที่สำคัญในการพิจารณาถึงสถานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (le Conseil d' Etat) ของฝรั่งเศสที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการออกข้อกำหนดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil Constitutionnel) ซึ่งข้อกำหนดภายในดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสาร (les archives) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ¹¹⁰ ดังนี้

เมื่อพิจารณาหมวด 7 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเป็นองค์กรทางการเมืองที่ทำหน้าที่ควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการควบคุมร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับและไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่กำหนดให้มีการควบคุมกฎหมายหลังจากที่ประกาศใช้บังคับไปแล้ว และนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วยังมีอำนาจหน้าที่อื่นอีกหลายประการ

ประเด็นของการฟ้องคดีต่อศาลปกครองถึงอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการออกข้อกำหนดจึงต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนถึง “สถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ก่อนที่จะนำมาสู่ประเด็นสำคัญที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นแรกคือ “เขตอำนาจของศาลปกครอง”

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “สถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” นั้น เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ในหมวด 7 แห่งรัฐธรรมนูญดังที่ได้นำเสนอไปแล้วข้างต้น จะพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (pouvoir public constitutionnel) โดยมีเหตุผลสนับสนุนคือ เนื่องจากบทบัญญัติในหมวด 7 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ แยกออกจากสถาบันของฝ่ายบริหาร สถาบันของฝ่ายนิติบัญญัติและสถาบันของฝ่ายตุลาการ ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วก็จะพบว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ แต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจโดยเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในบางกรณีก็มีลักษณะคล้ายการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาท ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งที่มีได้เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ

¹¹⁰Reglement interieur sur les archives du Conseil Constitutionnel, อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ แต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจโดยเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ส่วนเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองมีอำนาจที่จะพิจารณาคดีข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำขององค์กรที่อยู่ในฝ่ายบริหาร (des autorités relevant du pouvoir executif) เท่านั้น หลักดังกล่าวมีที่มาจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคดี Conseil de la Concurrence ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987 ที่วินิจฉัยไว้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอน (annulation) และเปลี่ยนแปลง (reformation) คำสั่งหรือการกระทำที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง ซึ่งก็คือหน่วยงานที่ใช้อำนาจบริหาร (le pouvoir executif) บุคลากรของหน่วยงานเหล่านั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ระบบบังคับบัญชาหรืออยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเหล่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็ได้ถูก “ขยายความ” ออกไปบ้างโดยศาลปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองจะมุ่งพิจารณาถึงการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรเป็นสำคัญ โดยในคำวินิจฉัยคดี Falco et Vidailiac ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1953 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับอำนาจในการเลือกตั้งกรรมการในคณะกรรมการตุลาการ (le Conseil supérieur de la magistrature) ว่า คณะกรรมการเลือกตั้งกรรมการตุลาการอันประกอบด้วยประธานศาลฎีกาและหัวหน้าคณะในศาลฎีกากับตุลาการอื่นอีก 4 คน ซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็น “ฝ่ายปกครอง” (une autorité administrative) ซึ่งคำสั่งหรือการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคณะกรรมการเลือกตั้งกรรมการตุลาการจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง¹¹¹

เมื่อพิจารณาถึงสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและเขตอำนาจของศาลปกครองแล้ว ปัญหาในคดีที่นาย Brouant ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นจึงมีประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือไม่

ความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี ตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du Gouvernement) ได้กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ของคนก่อนที่จะมีความเห็นสรุปความได้ว่า ในช่วงระยะเวลา 30 ปีที่ผ่านมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปมีบทบาทสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีหลักประกันมากขึ้นก็คือ การที่ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลของฝ่ายปกครองได้ กระบวนการดังกล่าวทำให้ประชาชนสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบ

¹¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

ต่อสิทธิและเสรีภาพของคนได้ ด้วยเหตุดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเริ่มคิดที่จะนำระบบการเปิดเผยข้อมูลของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ขยายความบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ ที่กล่าวถึงเอกสาร (archives) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย ซึ่งก็อาจเป็นไปได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความเข้าใจว่าการเข้าถึงเอกสารดังกล่าวควรเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติในเรื่องข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นไปได้เช่นกันว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญลืมนึกถึงประเด็นดังกล่าว และในเมื่อไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะนำมาเป็นฐานในการให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของตน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่ง (decision) เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ให้ออกข้อกำหนดภายใน (relement interieur) เรื่องการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ข้อกำหนดดังกล่าวได้รับการประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 โดยข้อกำหนดมีสาระสำคัญคือ กำหนดเวลารักษาข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับรายงานการประชุมของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นระยะเวลา 60 ปี หลังจากนั้นจึงเปิดเผยต่อสาธารณชน โดยมีข้อยกเว้นคือ ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญอาจอนุญาตให้มีการเปิดเผยเอกสารใดก่อนระยะเวลา 60 ปีได้ แต่จะต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน

หลังจากข้อกำหนดดังกล่าวประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษา นาย Brouant อาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนก็ได้ร้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการออกข้อกำหนดดังกล่าว เพราะการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ จึงร้องขอต่อศาลปกครองสูงสุดให้เพิกถอนข้อกำหนดภายในดังกล่าว เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการออกข้อกำหนด

ตุลาการผู้แถลงคดีได้พิจารณาคำร้องของนาย Brouant ดังกล่าวแล้วเห็นว่า มีข้อควรพิจารณาในเบื้องต้นคือ คำสั่ง (decision) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ให้ออกข้อกำหนดภายในที่เป็นปัญหาจะถือว่าเป็นคำสั่ง (decision) ที่มีผลเป็นคำวินิจฉัยดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ว่า คำสั่ง (decision) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่ยุติและมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ ตลอดจนถึงกรเจ้าหน้าที่ทั้งในทางบริหารและในทางตุลาการหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ (President du Conseil Constitutionnel) ก็ได้ทำคำชี้แจงต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ตามที่มาตรา 62 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า คำสั่ง (decision) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่ยุตินั้น หมายความว่า

เป็นคำสั่งทุกประเภทของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ทั้งหลายของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญมาตราต่าง ๆ ได้กำหนดเอาไว้ และตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 เกี่ยวกับสถานะของดินแดน Nouvelle-Caledonie และรัฐบัญญัติที่มาจากการประชามติ (le loi referendaire) ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมทั้งรัฐกฤษฎีกาอีกสองฉบับที่ออกตามความของรัฐธรรมนูญฉบับหลังนี้ด้วยคือ รัฐกฤษฎีกาที่ 64-231 ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1964 และรัฐกฤษฎีกาที่ 2001-213 ลงวันที่ 8 มีนาคม ค.ศ. 2001

จากคำชี้แจงของประธานตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงทำให้ต้องมาพิจารณาต่อไปว่าข้อกำหนดภายในของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่เป็นปัญหานี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นหรือไม่ ซึ่งในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว ตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายจะมอบอำนาจให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ ทั้งอำนาจหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นอำนาจตุลาการและอำนาจหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นอำนาจบริหาร แต่ก็ไม่มีกฎหมายมาตราใดเลยที่มอบอำนาจให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลเอกสารของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็ได้กล่าวถึงอำนาจของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในเรื่องการออกข้อกำหนดไว้ และสาระสำคัญของรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็มุ่งเน้นถึงหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ การควบคุมความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดี และการควบคุมความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงประชามติ มีเพียงมาตราเดียวในรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวคือ ในมาตรา 56 ที่ให้อำนาจในการวางกฎเกณฑ์ (une competence reglementaire) โดยมาตรา 56 บัญญัติไว้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการออกข้อกำหนดภายใน (le regle interieur) เพื่อเพิ่มเติมวิธีพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน (mesures d'instructions) ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ทราบว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถออกข้อกำหนดภายในของตนได้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้น ส่วนหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติให้จัดทำเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งในมาตรา 55 แห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับ

ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า คณะรัฐมนตรีสามารถออกรัฐกฤษฎีกา (decret en Conseil des Ministres) มาขยายเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็มีได้ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของตน ในทางปฏิบัติเป็นเวลากว่า 40 ปีที่ผ่านมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็เคารพหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ออกข้อกำหนดตามมาตรา 56 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาสองฉบับเพื่อขยายความหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว และเนื่องจากมาตรา 56 แห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นเพียงกฎหมายมาตราเดียวที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการออกข้อกำหนดของตนเองได้เฉพาะกรณีขยายความหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดี ส่วนข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่นำมาฟ้องนี้เป็นข้อกำหนดที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้เป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี ดังนั้น การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำมาตรา 56 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาเป็นฐานในการออกข้อกำหนดดังกล่าวจึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า คำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ให้ออกข้อกำหนดภายในดังกล่าวได้กระทำภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาอีกประเด็นหนึ่งที่ตุลาการผู้แถลงคดีหยิบยกมาพิจารณาก็คือ คำสั่ง (decision) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ที่ให้ออกข้อกำหนดภายในเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เป็นคำสั่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ตุลาการผู้แถลงคดีก็เห็นว่า คำสั่งดังกล่าวมิได้เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็น “คำสั่ง” ตามมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญ เพราะคำสั่งตามมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาด ส่วนคำสั่งที่นำมาฟ้องต่อศาลปกครองนี้เป็นคำสั่งที่มีขึ้นเพื่อ “วางกฎเกณฑ์” ในการทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ส่วนประเด็นปัญหาสุดท้ายที่ตุลาการผู้แถลงคดีได้หยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยนั้น ได้แก่ ประเด็นเรื่องอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาคำร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2001 ที่ให้ออกข้อกำหนดภายในเกี่ยวกับการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยในประเด็นดังกล่าวนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีมีความเห็นว่า สมมติว่าหากรัฐธรรมนูญจะมีได้มีบทบัญญัติใด ๆ ที่กล่าวไว้ว่า คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด แต่เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันแห่ง

สาธารณรัฐที่อยู่ในระดับเดียวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลาย และมีได้ขึ้นอยู่กับอำนาจบริหาร แต่ใช้อำนาจในลักษณะเดียวกับการใช้อำนาจตุลาการ เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการเป็นผู้ที่ควบคุมให้บรรดาร่างกฎหมายเคารพต่อทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงถือเป็นเรื่องปกติและเป็นที่ยอมรับแก่สาธารณชนว่า ศาลปกครองไม่ควรที่จะมีอำนาจในการควบคุมคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เกิดจากบทบัญญัติตามมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญได้ เพราะการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจในลักษณะตุลาการ หลักดังกล่าวเป็นหลักที่ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ได้วางเอาไว้ในคำวินิจฉัยคดี *prefet de la Guyane* ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1952 ว่า ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาคดีที่ฟ้องว่า มีการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางนิติบัญญัติ (les actes legislatifs) หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม (les actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle des organes judiciaires) และนอกจากนี้ ศาลปกครองเองก็ยังไม่มีความอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล (les actes du gouvernement) ด้วย เพราะการกระทำทางรัฐบาลทั้งหลายเป็นคำสั่งที่มีลักษณะทางการเมือง ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีขอบอำนาจแต่เพียงการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ว่านี้ หมายความว่า คำสั่งหรือการกระทำของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ตาม หลักการที่ศาลคดีขัดกันได้วางไว้ก็มีข้อยกเว้นคือ คำสั่งของนายกรัฐมนตรีบางคำสั่งอาจไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้ หากเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ในขณะที่คำสั่งทางปกครองขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมหรือองค์กรนิติบัญญัติซึ่งมิได้เป็นองค์กรในฝ่ายบริหารอาจมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองก็ได้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *Escriva* ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1996 ถึงความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับภายในของสภาผู้แทนราษฎรเกี่ยวกับสถานะของบุคลากร หรือในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี *Falco et Vidailac* ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1953 ที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับอำนาจในการเลือกตั้งกรรมการในคณะกรรมการตุลาการ (magistrature) ของคณะกรรมการเลือกตั้งกรรมการตุลาการ (le Conseil superieur de la magistrature) ว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะคำสั่งที่เกิดจากคณะกรรมการเลือกตั้งกรรมการตุลาการมิได้เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีหรือการใช้อำนาจตุลาการ รวมไปถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยองค์กรเอกชนที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตามคำวินิจฉัยคดี *Caisse primaire* ลงวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1938 และคำวินิจฉัยคดี *Monpeurt* ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1942 รวมไปถึงการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับบรรดาองค์กรวิชาชีพ (les orders professionnels) ในคำวินิจฉัยคดี *Bouguen* ลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1942 เป็นต้น นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 86-224 ลงวันที่ 23

มกราคม ค.ศ. 1987 ถึงอำนาจของศาลปกครองว่า ศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนและเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือการกระทำที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองโดยหน่วยงานที่ใช้อำนาจบริหารบุคลากรของหน่วยงานเหล่านั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ระบบบังคับบัญชาหรืออยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเหล่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวตุลาการผู้แถลงคดีจึงมีความเห็นว่า ข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่องการเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองโดยแท้ (un acte administratif par nature) เพราะเป็นข้อกำหนดที่มีได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และข้อกำหนดดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นกฎ (reglement) ที่ออกโดยฝ่ายปกครอง จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาได้ ซึ่งในที่สุดตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ของตนว่า เห็นควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะเพิกถอนคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกำหนดดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากการออกข้อกำหนดดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องทำเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นเรื่องที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ของตน และในตอนท้ายของคำแถลงการณ์ดังกล่าว ตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้กล่าวไว้ด้วยว่า การเสนอขอให้เพิกถอนมติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่ได้เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ทั้งสิ้นต่อ “สถาบัน” คือ ต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลปกครองสูงสุดก็เคยวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งของประธานาธิบดี ของนายกรัฐมนตรี และของประธานสภาผู้แทนราษฎร ไปแล้ว โดยมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ ทั้งสิ้นต่อสถาบันเหล่านั้น

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2002 ว่า ตามที่นาย Brouant ได้ร้องขอต่อศาลปกครองสูงสุดให้เพิกถอนคำสั่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 2001 เกี่ยวกับข้อกำหนดภายใน เรื่อง การเข้าถึงเอกสารของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้พิเคราะห์เอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้พิเคราะห์รัฐธรรมนูญ รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (le code de justice administrative) แล้ว เห็นว่า ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นสิ่งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดให้มีขึ้นเพื่อกำหนดระบบพิเศษในการเข้าถึงข้อมูลภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่

ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ข้อกำหนดดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำวินิจฉัยให้ยกคำร้องดังกล่าวเสีย¹¹²

คำวินิจฉัยคดี Brouant ที่ได้นำเสนอไปแล้วข้างต้นนั้น นักวิชาการฝรั่งเศสถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่สำคัญมากคำวินิจฉัยหนึ่ง เพราะเป็นคำวินิจฉัยที่วางหลักเอาไว้ว่า ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจในการ “ตรวจสอบ” ข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ซึ่งหลักที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางไว้นี้เป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีซึ่งไม่แต่เพียงเสนอว่า ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ยังเสนอให้เพิกถอนข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย

จากการพิจารณาเอกสารต่าง ๆ ที่มีการกล่าวอ้างทั้งในคำร้อง คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีและในคำวินิจฉัยแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน เพราะว่ามีมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญได้มอบหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กร การดำเนินงานและวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารก็เป็นส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแย่งอำนาจจากรัฐสภาในการกำหนดวิธีการดำเนินงานมาเป็นอำนาจของตนจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹¹³

และเมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกรณีนี้ได้ก่อให้เกิด “อำนาจใหม่” ขึ้นมาในระบบ “อำนาจ” ของประเทศ นั่นคือ อำนาจสูงสุดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตและไม่มีข้อจำกัด ซึ่งแตกต่างจากอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลาย เช่น ประธานาธิบดี รัฐบาลหรือรัฐสภา ที่การใช้อำนาจอาจถูกตรวจสอบได้ด้วยองค์กรพิเศษหรือด้วยการตรวจสอบซึ่งกันและกัน เหตุที่กล่าวเช่นนี้ก็เพราะว่า เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏจะพบว่า การออกข้อกำหนดภายในของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดโดยปราศจากฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ ปราศจากอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยยึด “องค์กร” เป็นหลักมากกว่ายึด

¹¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 149-150.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

“การกระทำ” ขององค์กรเป็นหลัก โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า องค์กรนั้นมีที่มาจากที่ใด ถ้าเป็นองค์กรที่จัดตั้งโดยผลของกฎหมายทั่วไปแล้ว และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของฝ่ายปกครอง องค์กรนั้นก็จะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง ในขณะที่หากองค์กรนั้น เป็นองค์กรที่จัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญ ก็จะไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร จึงไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองได้ แต่ถ้าหากศาลปกครองจะยึดการกระทำเป็นหลักแล้ว ก็คงไม่ต้องพิจารณาว่าองค์กรนั้นเกิดขึ้นมาได้อย่างไร แต่จะดูลักษณะของการใช้อำนาจของ องค์กรเหล่านั้นว่าเป็นอย่างไร หากการใช้อำนาจขององค์กรใดมีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนก็ควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคำวินิจฉัยนี้จึงเป็นคำวินิจฉัยที่ “ทำลาย” หลักหลาย ๆ อย่าง ไม่ว่าจะ เป็นหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดได้สร้าง ไว้ในอดีตที่ผ่านมากกว่าร้อยปี รวมทั้งยังทำลายหลักรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) อีกด้วย เพราะวาระคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นเพียงองค์กรของรัฐ (pouvoirs constitues) ที่เกิดขึ้นตาม รัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีอำนาจอย่างจำกัดเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ไว้เท่านั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ก็ย่อมต้อง ถูกตรวจสอบได้ เพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็เป็นเพียงหนึ่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่เมื่อทำผิดก็ย่อมต้องถูกตรวจสอบได้¹¹⁴

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้ว ย่อม อาจทั้งผู้ที่ไม่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย สำหรับผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด แต่เห็นด้วยกับคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ซึ่งค่อนข้างจะมีเหตุผลผลและเป็นไปตามหลัก ความชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติรัฐ และเมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทย ถึงประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญแล้ว การที่จะทบทวนบทบาท ขององค์กรต่าง ๆ ว่ามีอำนาจเพียงใด และพิจารณาถึงสถานะที่ควรจะเป็นซึ่งจะได้กล่าวในภายหลัง ต่อไป

2.2.2.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

หากพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา จะไม่พบคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เช่นกัน แต่ถ้าจะถือเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาแล้ว จะพบว่า มีเพียงองค์กรซึ่งใช้อำนาจทางการเมืองเท่านั้นที่ปรากฏ อยู่ในรัฐธรรมนูญและบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ไว้ และเป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย

¹¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152-153.

นั่นเอง ได้แก่ สภาองเกรส ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา และประธานาธิบดี และมีลักษณะเด่นในด้าน การคานและดุลของอำนาจระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตยทั้งสาม

2.3 วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นย่อมไม่อาจดำเนินการกิจของรัฐได้ หากว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ ดังนั้น องค์กรต่าง ๆ จึงเป็นตัวแทนของรัฐซึ่งผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีหน้าที่ปฏิบัติให้การดำเนินการของรัฐบรรลุเป้าหมายของประชาชนในรัฐนั้น ๆ การดำเนินการดังกล่าวจึงจำเป็นต้องอยู่ในกรอบเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ตามที่ผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมืองผ่านรัฐธรรมนูญ โดยก่อตั้ง องค์กรต่าง ๆ รวมทั้งประมุขของรัฐเพื่อเป็นตัวแทนของรัฐดำเนินการกิจต่าง ๆ ให้ลุล่วงตามที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งมีสาระสำคัญ ได้แก่ การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและ ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มเติม ตลอดจนปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและ ประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.3.1 การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักการในข้อนี้เป็นการนำสิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติและ สิทธิเสรีภาพใหม่ ๆ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอันจะทำให้สิทธิเสรีภาพตาม ธรรมชาติและสิทธิเสรีภาพทางการเมืองมีผลใช้บังคับได้จริงและได้รับการคุ้มครองในกรณีที่สิทธิ และเสรีภาพถูกละเมิด โดยการเยียวยาจากองค์กรของรัฐได้ นอกจากนี้ยังทำให้การเมืองของ นักการเมืองเป็นการเมืองของพลเมืองอีกด้วย โดยมีเทคนิคดังต่อไปนี้

2.3.1.1 ขยายการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิ เสรีภาพ

หลักการนี้เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540) ในบททั่วไป หมวด 1 หมวด 3 หมวด 4 และหมวด 8 โดยเฉพาะในหมวด 8 ว่าด้วยศาลนั้น ได้มีการรับรองคุ้มครองในเรื่องสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ซึ่งไม่ได้คุ้มครองเฉพาะคนไทยเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองบุคคลทุกคนอีกด้วย

2.3.1.2 ขยายส่วนร่วมของพลเมืองในทางการเมือง

หลักการนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติรับรองการมีส่วนร่วมของพลเมืองทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น และส่งเสริมให้พลเมืองมีส่วนร่วมในการตัดสินใจปัญหาทั้งหลายให้มากขึ้น เช่น ให้ประชาชนมีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาเพื่อไปทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมายและคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจทั้งหลาย ซึ่งภายหลังคัดเลือกแล้วจะเป็นอิสระต่างหากจากวุฒิสภา มีการกระจายอำนาจไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้สิทธิประชาชนเสนอกฎหมายได้ มีการจัดตั้งองค์กรอิสระต่าง ๆ ซึ่งมีหน้าที่ให้ความเห็นแต่ไม่มีอำนาจตัดสินใจ เช่น สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตามมาตรา 89 องค์กรจัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 56 วรรคสอง องค์กรคุ้มครองผู้บริโภคตามมาตรา 57 กระจายอำนาจทางการปกครองไปยังองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระในการจัดสรรที่ดินและกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม กระจายอำนาจไปให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานอิสระในสังกัดองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของพลเมืองในการตัดสินใจทุกระดับตามมาตรา 76 และมาตรา 79 ส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 58 ส่งเสริมการให้ประชาชนได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติตามมาตรา 56 ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตามมาตรา 46 และส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบทั้งในกระบวนการทางกฎหมายตามมาตรา 62 และกระบวนการทางการเมืองตามมาตรา 304 ได้

2.3.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

กระบวนการในข้อนี้คือทำให้การเมืองสุจริตและโปร่งใส รัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะการเขียนในการแสวงหารูปแบบขององค์กรทางการเมืองและกลไกการบริหารบ้านเมืองในการกำหนดวิธีการที่มุ่งจะขจัดหรือลดข้อเสียที่จะเกิดขึ้นจากพฤติกรรมและการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบของนักการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ให้มากที่สุด ดังนั้น การกำหนดรูปแบบขององค์กรทางการเมืองเพื่อให้สามารถมีแนวนโยบายที่แน่ชัดและมีการบริหารนโยบายได้อย่างต่อเนื่อง ทั้งยังต้องเป็นองค์กรที่มีวิธีการกำกับและถ่วงดุลการทำหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ โดยมีชอบตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอีกด้วย มาตรการที่ทำให้การเมืองสุจริตมี 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก มาตรการพยายามป้องกันการซื้อเสียง เพื่อให้การทุจริตในการเข้าสู่ตำแหน่งที่สำคัญ เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยเฉพาะของฝ่ายที่จัดตั้งรัฐบาลมีน้อยที่สุด ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้การใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นหน้าที่ หากไม่ใช้สิทธิจะเสียสิทธิต่าง ๆ และขยายสิทธิเลือกตั้งให้กว้างออกไปทำให้การซื้อเสียงทำได้ยากขึ้น ขั้นตอนต่อมา มีการตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) ขึ้นมาควบคุมและจัดการเลือกตั้งแทน

กระทรวงมหาดไทย เพื่อให้มีองค์กรที่มีความเป็นอิสระทำหน้าที่คุ้มครองเสียงของประชาชนและตรวจสอบการทุจริตในการหาเสียงเลือกตั้งต่าง ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้คนดีเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมือง ขั้นตอนสุดท้าย เมื่อเข้าสู่การดำรงตำแหน่งแล้ว หากมีการทุจริตเกิดขึ้นอีกก็就会有การตรวจสอบในหลายระดับ เช่น ในระดับศาลระบบต่าง ๆ ปรายปรายโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตรวจสอบการใช้จ่ายที่ทุจริตโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และตรวจสอบการใช้อำนาจโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น ดังนั้น บุคลากรที่เข้ามามีส่วนร่วมในกลไกต่าง ๆ จึงต้องมีกระบวนการคัดสรรให้ได้คนดีมีความรู้ความสามารถ มีคุณธรรม ซื่อสัตย์สุจริตและมีความเป็นกลางสูงเข้าสู่ตำแหน่งต่าง ๆ

2.3.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาล

กรณีนี้มีความมุ่งหมายที่จะทำให้องค์กรทางการเมืองมีประสิทธิภาพโดยการทำให้ฝ่ายบริหารมีแนว โยบายในลักษณะของความเป็นผู้นำเพื่อให้อยู่ในฐานะที่จะตัดสินใจกระทำการได้ด้วยเหตุผล และจำต้องมีฐานะมั่นคงในช่วงเวลาหนึ่งที่เป็นเพื่อบริหารนโยบายนั้นให้บรรลุผลตามเป้าหมาย กรณีดังกล่าวเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นรัฐมนตรีตามมาตรา 204 และมาตรา 118 (7) การตั้งกรรมาธิการร่วมกันพิจารณาร่างกฎหมาย หากสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบตามมาตรา 173 การอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีทำได้ยากกว่ารัฐมนตรี และถ้าร่างกฎหมายค้างพิจารณาอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา หากสภาสิ้นอายุหรือถูกยุบ ร่างกฎหมายดังกล่าวก็จะไม่ตกตามไปด้วยตามมาตรา 178 การทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพและนายกรัฐมนตรีมีความเป็นผู้นำดังกล่าว เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ชาติและเพื่อความผาสุกของประชาชนในชาติด้วย เนื่องจากรัฐดำเนินการไปตามกลไกทางการเมืองได้อย่างมั่นคงนั่นเอง แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะให้อำนาจรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีมากเพียงใด แต่หลักการนี้ก็ต้องควบคู่ไปกับหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจอีกด้วย

2.4 ลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป

แม้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นเพื่อใช้อำนาจรัฐในการบริหารรัฐกิจต่าง ๆ ตามภาระหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญมอบให้รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ให้อำนาจแล้ววัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจโดยมิชอบตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นรวมทั้งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านั้นมีหลายระดับทั้งในระดับรัฐธรรมนูญหรือในระดับอื่น สถานะขององค์กรเหล่านี้จึงควรจัดประเภทหรือแยกสถานะให้เห็นชัดเจน เพื่อสะดวกแก่การแก้ไข

ปัญหาอันเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรตน เพราะในนิติรัฐนั้น การใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมถูกตรวจสอบได้เสมอ แม้ว่าองค์กรแต่ละองค์กรจะมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่และดำเนินการด้านการบริหารหรืองบประมาณต่าง ๆ ก็ตาม แต่อำนาจที่องค์กรเหล่านี้ใช้แม้จะมีลักษณะเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจก็ตาม แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่อาจใช้อำนาจอย่างไม่ถูกต้องหรือเหมาะสม

2.4.1 การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการแบ่งแยกการใช้อำนาจ

เมื่อพิจารณาอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีได้หมายความว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเฉพาะที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่นด้วย เช่น ปรากฏอยู่ตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น แต่ผู้ที่ใช้อำนาจที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีอยู่นั้น ได้แก่ บุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งในองค์กรนั้น ๆ ทั้งนี้ ไม่รวมสำนักงานซึ่งเป็นหน่วยราชการขององค์กรนั้น ๆ จึงต้องพิจารณาว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจรัฐ (le pouvoir d'Etat) หรืออำนาจทางการเมือง (le pouvoir politique) จำต้องผูกพันตนต่อหลักนิติรัฐหรือไม่ เพียงใด จากการที่ได้ศึกษาในเรื่องหลักนิติรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้ว จะเห็นได้ว่าองค์กรของรัฐทุกองค์กรจำต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นซึ่งเป็นที่มาของอำนาจขององค์กรของตน และจำต้องใช้อำนาจที่มีอยู่อย่างถูกต้องและเหมาะสมตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และสามารถถูกตรวจสอบการใช้อำนาจได้เพื่อให้เกิดการคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกัน และป้องกันมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจมากเกินไปซึ่งอาจเป็นสาเหตุของการใช้โดยมิชอบได้ และเมื่อพิจารณาจากการใช้อำนาจขององค์กรแต่ละองค์กรแล้ว จะเห็นได้ว่าในรัฐสมัยใหม่มิได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจกันอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในแต่ละด้านจะมีได้ใช้อำนาจอธิปไตยในด้านเดียว ดังนั้น เพื่อมิให้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งผูกขาดและเพื่อความสะดวกในการบริหารรัฐกิจ องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยจึงมีอำนาจอื่นรวมอยู่ด้วย

2.4.2 องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย

องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ได้แก่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง แม้ว่าในทางทฤษฎีแล้ว อำนาจอธิปไตยจะเป็นของชาติหรือของปวงชนก็ตาม แต่ว่าอำนาจอธิปไตยในแต่ละสาขาต้องใช้โดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญตามภาระหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญมอบให้ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.4.2.1 อำนาจนิติบัญญัติ

องค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจในการออกกฎหมาย ได้แก่ รัฐสภานั้นเอง¹¹⁵ รัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติต่าง ๆ แม้ว่ากฎหมายลำดับรองของกฎหมายอื่นจะออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองก็ตาม แต่กฎหมายเหล่านี้ย่อมอาศัยอำนาจกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภานั้นเอง กระบวนการในการตรากฎหมายนั้นสำคัญมาก ตั้งแต่ในชั้นพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก่อนที่จะนำพุลเกล้าฯ ถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ถึงอย่างไรอำนาจยื่นขึ้นกฎหมายก็ยังเป็นของผู้แทนของปวงชน ซึ่งได้แก่ รัฐสภานั้นเอง¹¹⁶ รัฐสภาในปัจจุบันมักเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมาย คือ สามารถวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ไม่ระบุตัวบุคคล และมีผลบังคับให้บุคคลในระบบกฎหมายต้องทำตาม โดยมีเหตุผลที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ ประการแรก เมื่ออำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน การออกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดต้องเป็นอำนาจของประชาชน โดยตรง และบางกรณีประชาชนก็มีสิทธิร่วมกันเสนอกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้จึงถือกันว่ากฎหมายคือเจตนาร่วมกันของประชาชน ประการที่สอง เพื่อไม่ให้อำนาจสูงสุดทั้งหมดอยู่ในมือคนหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวจึงต้องแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย โดยให้องค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญที่สุด คือ อำนาจออกกฎหมายตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ประการสุดท้าย เพราะกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่ระบุตัวบุคคลนั้นเป็นหลักประกันอย่างดีของหลักความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนมีความชัดเจนในการจำกัดการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่และออกได้รวดเร็วทันต่อการแก้ปัญหาหรือใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาของประเทศ¹¹⁷ ตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

2.4.2.2 อำนาจบริหาร

อำนาจบริหารนั้น หมายถึง รัฐกิจทุกอย่างซึ่งไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ¹¹⁸ อำนาจนี้เป็นอำนาจใช้บังคับกฎหมายโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารทุกองค์กร ผู้ที่ใช้อำนาจทางบริหารคือพระมหากษัตริย์โดยทรงใช้อำนาจบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นรัฐบาล และผู้ที่ใช้อำนาจบริหารนั้นยังมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นอีกด้วย ดังนั้น จึงจำต้องแยกประเภทของฝ่ายบริหารให้ละเอียดและชัดเจน เพราะในรัฐสมัยใหม่ที่ซับซ้อน องค์กรที่เป็นฝ่ายบริหาร

¹¹⁵โปรดดูมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

¹¹⁶โปรดดูมาตรา 94 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

¹¹⁷บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 37

¹¹⁸หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (กรุงเทพฯ : นำชัยการพิมพ์, 2512), หน้า 20.

จึงเกิดใหม่ขึ้นมาอีกมาก เพื่อบังคับใช้กฎหมายให้ลุล่วงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ การจัดองค์กรของรัฐในฝ่ายบริหารมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การแบ่งแยกประเภทขององค์กรเป็น 2 ประเภท ได้แก่ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด หรือที่เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (L'Executif) และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายตามที่องค์กรข้างต้นกำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” (L' Administration)¹¹⁹ การบริหารกิจการของรัฐให้การปกครองประเทศลุล่วงไปตามเป้าหมายขององค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องมีบุคคลหรือคณะบุคคลที่เรียกว่า “รัฐบาล” (Government) ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศและมีได้จำกัดอยู่เฉพาะการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังสามารถเป็นผู้วางนโยบายในการปกครองประเทศ ส่วนผู้ที่ปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า “บริการสาธารณะ” ดังนั้น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” แท้ที่จริงแล้วก็คือ “องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร” ประเภทหนึ่งนั่นเอง

ตามระบอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทย องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ประกอบไปด้วย¹²⁰

ก. พระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์นอกจากจะทรงเป็นประมุขของรัฐ กล่าวคือ ทรงเป็นผู้แทนของรัฐในความสัมพันธ์กับต่างประเทศ และเป็นสัญลักษณ์แห่งความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันของคนในชาติแล้ว ยังทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหารด้วย โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นได้ถวายพระราชอำนาจทางบริหารแก่พระมหากษัตริย์ไว้หลายประการ เป็นต้นว่า พระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย (มาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญฯ) พระราชอำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก (มาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญฯ) พระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ (มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญฯ) พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ (มาตรา 225 ของรัฐธรรมนูญฯ) พระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและพลเรือนดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า และให้พ้นจาก

¹¹⁹Jean RIVERO, *Droit Administratif*, Paris, ed., Dalloz, 1992 pp. 289 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์, *กฎหมายปกครอง* (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 90

¹²⁰วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์* (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545) หน้า 133-137

ตำแหน่งดังกล่าว (มาตรา 227 ของรัฐธรรมนูญฯ) พระราชอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนออกจากตำแหน่งซึ่งผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยและรองผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย (มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485) และทรงเป็นจอมทัพไทย ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังเช่นประเทศไทยนั้น พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ (มาตรา 8 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ) และพระมหากษัตริย์จะทรงดำรงอยู่ในฐานะเช่นนี้ได้ก็ต่อเมื่อพระองค์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใด ๆ ทั้งสิ้น ดังปรากฏในหลักรัฐธรรมนูญตะวันตกว่า The King can do no wrong หรือ Le roi ne peut mal faire ซึ่งหมายความว่าในทางกฎหมายแล้ว ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดมิได้ (มาตรา 8 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ) ส่วนในทางการเมืองนั้น ผู้ใดจะวิพากษ์วิจารณ์หรือดำเนินคดีกับพระมหากษัตริย์อันอาจยังผลให้ทรงต้องออกจากตำแหน่งทำนองเดียวกับการวิพากษ์วิจารณ์หรือดำเนินคดีกับนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นไม่ได้¹²¹ ผลของการที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะในทางกฎหมายหรือในทางการเมืองจึงมีอยู่ว่า โดยปกติแล้วพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นถวายแต่พระองค์กระทำการใด ๆ โดยลำพังพระองค์ แต่จะทรงใช้พระราชอำนาจเหล่านั้นตามคำแนะนำของสถาบันใด สถาบันหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเสมอ และผู้เป็นประมุขของสถาบันที่ถวายคำแนะนำหรือบุคคลที่ถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชโองการ และสถาบันนั้นหรือบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์¹²²

ข. คณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกจำนวนไม่เกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ปัจจุบันประกอบไปด้วยนายกรัฐมนตรีหนึ่งคนและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน (มาตรา 201 ของรัฐธรรมนูญฯ)

ค. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นอกจากนายกรัฐมนตรีแล้ว มีรัฐมนตรีอยู่ 6 ประเภทด้วยกันคือ รองนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงหรือรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงหรือรัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง

¹²¹ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), หน้า 223.

¹²²หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้งทั่วไป (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513), หน้า 223.

ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง และรัฐมนตรีช่วยว่าการทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง

ง. บรรดาองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

อาจกล่าวได้ว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแยกได้ออกเป็นสองประเภทด้วยกัน คือ รัฐบาลและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง และเป็นที่ยอมรับโดยยุติว่าบรรดาองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ทั้งสิ้น มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะรัฐบาล ซึ่งมีทฤษฎีพยายามหาคำตอบอยู่หลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่น่าจะนำมาใช้ได้ถูกต้องสำหรับประเทศไทยก็คือ ทฤษฎีที่พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคน ที่เสนอว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้น อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนเป็นอำนาจตามกฎหมาย (pouvoir de jure) ทั้งสิ้น ไม่มีอำนาจใดที่เป็นอำนาจตามข้อเท็จจริง (pouvoir de facto) เลย อย่างไรก็ตาม อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็หาได้มี “แหล่งที่มา” (Source) จากลำดับชั้นเดียวกันไม่ อำนาจกระทำการขององค์กรของฝ่ายบริหารบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญ (Constitution) บางอำนาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติ¹²³

ดังนั้น ในกรณีของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาล เช่น

- ในกรณีการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาเช่น การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเสนอร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (มาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญฯ) การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 116 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ) การตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม ขยายเวลาประชุมและปิดประชุมรัฐสภา (มาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญฯ) การที่นายกรัฐมนตรีมีคำรับรองให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (มาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญฯ) และการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (มาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญฯ) เป็นต้น

¹²³วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” หน้า 140.

- การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การส่งทูตานุทูตไปประจำในต่างประเทศและการรับทูตานุทูตที่ประมุขของต่างประเทศส่งมาประจำในราชอาณาจักรไทย พระบรมราชโองการประกาศสงคราม (มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญฯ) การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น ๆ กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ (มาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญฯ)

ส่วนในกรณีของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่น ๆ กระทำการในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ได้แก่ การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ออกตามความในพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532) พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งหรือถอดถอนจากตำแหน่งต่าง ๆ การที่คณะรัฐมนตรีมีมติต่าง ๆ การออกกฎ และการวินิจฉัยอุทธรณ์ต่าง ๆ เป็นต้น

นอกจากนี้ในความหมายอย่างกว้างหรือความหมายสมัยใหม่ “ฝ่ายปกครอง” นั้น ยังรวมถึง¹²⁴

- องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ ได้แก่ องค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม (คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ)

- องค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เฉพาะแต่กรณีที่ต้องกร์เหล่านี้ใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเท่านั้น

- หน่วยงานอิสระของรัฐ ได้แก่ หน่วยงานธุรการของศาลต่าง ๆ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ และสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ฯลฯ

¹²⁴วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 142-144.

2.4.2.3 อำนาจตุลาการ

องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ได้แก่ องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของราษฎร โดยเฉพาะเมื่อมีการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ และศาลต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายใด มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อมีการยื่นฟ้องอย่างถูกต้องแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาและพิพากษาเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ (deny of justice) ศาลจำต้องพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยโดยให้มีการเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ และประการที่สำคัญก็คือ ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาเสมอ¹²⁵ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติรับรององค์กรศาลไว้ในหมวด 8 องค์กรศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีประเภทต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเพิ่มศาลรัฐธรรมนูญ และให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นก็เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร รวมทั้งมีหน้าที่อื่น ๆ ด้วย

2.5 อำนาจอธิปไตยกับการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

อำนาจอธิปไตยที่จำต้องมีการแบ่งแยกองค์กรการใช้อำนาจนั้น เพื่อต้องการมิให้อำนาจสูงสุดอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยในทางหนึ่งทางใด และจำต้องถูกตรวจสอบการใช้อำนาจในลักษณะคานและดุลจากองค์กรอื่นได้ด้วย หากองค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่มีการถูกตรวจสอบการใช้อำนาจ จะยังผลให้เกิดการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ซึ่งจะขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอีกด้วย การพิจารณาองค์กรใช้อำนาจจะพิจารณารูปแบบขององค์กรไม่ได้ แต่จำต้องพิจารณาถึงที่มาของการใช้อำนาจด้วยว่ามีที่มาจากแหล่งใด จึงจะทำให้วิธีการในการตรวจสอบการใช้อำนาจถูกต้องและชัดเจนและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐและประชาชน ตัวอย่างที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยที่ถูกตรวจสอบ ได้แก่ รัฐสภาที่ใช้อำนาจอธิปไตยด้านการนิติบัญญัติ ร่างพระราชบัญญัติอาจถูกศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ (มาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญฯ) หรือพระราชบัญญัติที่มีผลบังคับใช้แล้วศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่อาจใช้บังคับได้ (มาตรา 264 ของ

¹²⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 163

รัฐธรรมนูญฯ) เป็นต้น แต่กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ทั้งองค์กร
ผู้ใช้อำนาจและองค์กรตรวจสอบ แต่ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตาม
พระราชบัญญัติ เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าศาลปกครองย่อมตรวจสอบการใช้อำนาจได้เสมอ
