

## บทที่ 2

### ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี วิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นใดในรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ทำให้รัฐธรรมนูญนั้นมีความสำคัญมาก จึงมีความจำเป็นต้องปกป้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

### ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจ (Check and balance) ระหว่างสถาบันการเมือง อันเป็นหลักประกันไม่ให้ มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจสูงสุดจนล้นพ้น จนอาจนำไปสู่การใช้อำนาจที่มีขอบได้ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชน เพราะรัฐจะก้าวล่วงเข้ามาจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ ก็เฉพาะแต่เมื่อรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เท่านั้น

#### 1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) หมายถึง กฎหมายที่เป็นรากฐานของประเทศ ซึ่งก่อตั้งสถาบัน ทางการเมือง กำหนดขอบเขตอำนาจรัฐ กำหนดหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (มานิตย์ จุมปา, 2551, หน้า 1)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีประวัติความเป็นมาอย่างยาวนาน แต่มีหลักฐานที่ชัดเจน ในประเทศอังกฤษสมัยพระเจ้าจอห์นเป็นกษัตริย์ ซึ่งเป็นกษัตริย์ที่โหดร้าย ใช้อำนาจอย่างไม่มีขอบเขต ในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1215 ขุนนางและพระราชคณะจำนวน 25 คน ได้บังคับให้พระเจ้าจอห์น ลงนามในเอกสารที่เรียกว่ามหาบัตร (The great charter, Magna carta) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างพระมหากษัตริย์กับขุนนางและพระจำนวน 63 ข้อ โดยในมหาบัตรได้กำหนดถึงองค์การและอำนาจของสภาใหญ่ (Magnum concillium) และกำหนดว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างตามที่กำหนดไว้โดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากสภาใหญ่ไม่ได้ จะจับกุมคุมขังบุคคลได้ต่อเมื่อมีคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาในปี ค.ศ.1776 สหรัฐอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพจากการเป็นดินแดนในอาณานิคมของ ประเทศอังกฤษ และในปี ค.ศ.1789 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรก

ของโลกในชื่อว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ (The constitution of the United States) มีจำนวน 7 มาตรา ซึ่งเป็นการวางกฎเกณฑ์การ ปกครองประเทศ อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองต่างๆ ในประเทศ อย่างมีระเบียบ โดยมีการแยกองค์กรปกครองประเทศออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่าย ตุลาการ ที่เรียกว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ( Separation of power) มีการกำหนดให้รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุด ยอมรับอำนาจสูงสุดของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบให้ประเทศ ต่างๆ ยึดถือเป็นแบบอย่าง ไม่ว่า เป็นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ สเปน ฯลฯ อีกทั้ง รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกายังเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการนำเอาแนวความคิดของ นักปรัชญาที่ถกเถียง กันอย่างนามธรรมมาบัญญัติไว้อย่างเป็นรูปธรรมไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักอำนาจ อธิปไตย หลักสัญญาประชาคม เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก (มานิตย์ จุมปา, 2551, หน้า 3-4)

## 2. แนวคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัด หรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มิได้ จึงมีความจำเป็นต้องปกป้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่ง รัฐธรรมนูญ โดยมีแนวความคิดในการจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อการควบคุมมิให้ บทบัญญัติและกฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ จึงได้จัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้มี บทบาทและอำนาจหน้าที่ ซึ่งคาดว่าบทบัญญัติหรือกฎหมายใด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ องค์กรคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น องค์กรประเภทที่ 3 ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ประเทศที่ได้ใช้องค์กรดังกล่าวได้แก่ ประเทศออสเตรีย เยอรมนี เกาหลีใต้ สาธารณะรัฐเชค ตุรกี สเปน รวมทั้งประเทศไทย

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ออสเตรีย ในปี ค.ศ. 1920 จากแนวความคิดของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และนักปรัชญาชาว ออสเตรีย Hans Kelsen โดยมีพื้นฐานความคิด เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญตามหลักแนวความคิด หลัก “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” (วุฒิชัย จิตदानุ, 2545, หน้า 15)

ศาลรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพื่อการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมาจากแนวความคิดของนักปราชญ์และนัก กฎหมาย รัฐธรรมนูญต่างๆ จนเป็นรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ใน ปัจจุบัน

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญมีฐานที่มาจากแนวความคิดหลักกฎหมายมหาชน ( Public laws) แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) แนวความคิดเสรีนิยม (Liberalism) กล่าวคือ

### 3. แนวคิดตามกฎหมายมหาชน

รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกตามแนวความคิดของ Hans Kelsen ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียเป็นแม่แบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี อิตาลี สเปน (สุทธิญา วัฒนรุ่ง, 2553, หน้า 10)

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1920 Hans Kelsen มีแนวความคิดว่าศาลรัฐธรรมนูญต่างจากศาลยุติธรรมทั่วไป ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมเป็นอำนาจสำคัญอำนาจหนึ่งทางอำนาจตุลาการ ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการ ลบล้างต่อบทบัญญัติ หรือกฎหมายของอำนาจบริหาร และอำนาจนิติบัญญัติที่ได้ตราขึ้น ดังนั้น เพื่อ พิทักษ์รัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ สมควรที่จะจัดตั้งศาลพิเศษ ที่มาจากรวมศูนย์อำนาจ ( Centralized) โดยการเลือกหรือแต่งตั้งบุคคลเป็นผู้ตัดสินตามรัฐธรรมนูญ จากอำนาจสำคัญทั้งหมด ทั้งนี้ เพื่อความไม่ลำเอียงและมีความยุติธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดและเพื่อ ความแน่นอนเป็นบรรทัดฐานเดียวกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ โดยมีความคิดจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ (The supremacy of the constitution) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ ( The separation of powers) กล่าวคือ

#### 3.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ Aristotle นักปรัชญาชาวกรีกได้เขียนในหนังสือในเรื่อง Politics กล่าวคือ รูปแบบนครรัฐ ( City-State) ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ (Politeia) รัฐธรรมนูญเหมือนกับแบบแผนตายตัวของชาวเมือง นครรัฐรัฐธรรมนูญจึงมีรูปแบบที่มีส่วนประกอบของประชาชนเมื่อใดก็ตามประชาชนมีลักษณะอยู่เช่นใด ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะอยู่เช่นนั้น

อริสโตเติลเห็นว่า รัฐที่เป็นระบบกษัตริย์ (Monarchy) อำนาจอยู่ในบุคคลคนเดียว เป็นบุคคลที่สมบูรณ์แบบที่มีคุณธรรมมีความรู้ความสามารถ เพื่อประโยชน์แก่รัฐ จะเป็นรูปแบบการปกครองที่ดีมากแต่เป็นการยากที่มีบุคคลสมบูรณ์แบบตามรัฐธรรมนูญได้ ส่วนใน ระบบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy) เป็นการยากที่จะหากกลุ่มบุคคลที่ไม่แสวงหาประโยชน์เพื่อตน ซึ่งอริสโตเติลเห็นว่าระบบคณธิปไตย (Oligarchy) เป็นรัฐที่มีความร้ายวทรพีธิน สำหรับระบบประชาธิปไตย (Democracy) เป็นรัฐที่มีความยากจนการผสมผสานรวมกันระหว่างระบบที่มีความร้ายวทรและยากจน โดยเป็นการปกครองของคนส่วนใหญ่ ที่เป็นระบบสาธารณรัฐ ( Constitutional republic) หรือระบบมัชฌิมาธิปไตย (Polity) จะเป็นรูปแบบที่ใช้ได้แน่นอนของการปกครอง

นอกจากนี้ แนวความคิดของ Aristotle แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นตัวแปรสำคัญในการปกครอง ซึ่งการปกครองที่ดีหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญอันเป็นแม่บทการปกครอง ประเทศ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความมั่นคงถาวร (Rigidity of constitution) และแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยาก แนวความคิดที่ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” ย่อมเป็นสิ่งจำเป็นและพื้นฐานสำคัญ เพื่อป้องกันการบัญญัติหรือ ออกกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และการบัญญัติหรือออกกฎหมาย หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในประเทศต่างๆ ปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาอันเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ( The constitution is the supreme law of the land) (วุฒิสัย จิตตานุ , 2545, หน้า 18)

ตามแนวความคิด “หลักความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ” จำต้องจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีความอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Girotto, 2001) อีกทั้ง ข้อขัดแย้งในปัญหาเขตอำนาจเหนือดินแดนภายในระหว่างรัฐด้วยกัน ซึ่งเขต อำนาจเหนือดินแดนที่แตกต่างกันของแต่ละรัฐได้รวมตัวกันเป็นประเทศ เป็นการยากที่รัฐธรรมนูญ จะบัญญัติกำหนดรายละเอียดแยกเขตอำนาจเหนือดินแดนของแต่ละรัฐให้ชัดเจนได้และเพื่อ ความสัมพันธ์กันระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์สามารถดำเนินการไปได้ดีภายใต้รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ นอกจากนี้เพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร รัฐธรรมนูญภายในรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญที่มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นหลายอำนาจด้วยกันเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ( Girotto, 2001) ด้วยเหตุนี้ แนวความคิด รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” จึงเป็นที่มาของศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นต้นกำเนิดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น (Skrmnett, 1999)

อย่างไรก็ตาม “หลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” มีนักวิชาการบางท่านให้ความเห็นว่า “หลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” จำต้องมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นและมีผลใช้ได้ในประเทศ ที่ได้บัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไว้จึงยืดหยุ่นได้ (Flexible) จะไม่มีการตีความ ตามบทบัญญัติใดที่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีปัญหาความขัดกันตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้ เมื่อไม่มีการตีความตามบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและไม่จำเป็นต้องมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ แต่ยังคงไว้ซึ่งความมีเสถียรภาพและประสิทธิผลอยู่แต่เดิมตามหลัก “อำนาจสูงสุดของ

รัฐสภา” (The parliamentary supremacy) จึงไม่จำเป็นต้อง มี “หลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” เหมือนกับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

### 3.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ ( The separation of powers) มีอิทธิพลต่อแนว ความคิดของ Hans Kelsen ในการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญแยกออกจากศาลธรรมดาทั่วไป โดยเห็นว่า ศาลธรรมดาทั่วไปถือเป็นอำนาจหนึ่งแห่งอำนาจตุลาการ คำตัดสินวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติ หรือกฎหมายใด เป็นการขัด หรือแย้งต่อรับธรรมนูญ ย่อมเป็นการลบล้างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น อันเป็นการก้าวล่วงถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร จำต้องจัดให้มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นศาลเฉพาะที่รวมศูนย์อำนาจขึ้น (Centralized court) จากองค์กรที่มีอำนาจสำคัญๆ ตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลายอำนาจขององค์กรต่างๆ จำต้องจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง เขตอำนาจระหว่างองค์กรรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง

ตามทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจ ( Separation of powers) จากแนวความคิดพื้นฐานของนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ( Natural law) John Locke two ในหนังสือ Treatises of government section กล่าวว่าอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในมือบุคคลเดียวกันที่มีอำนาจออกกฎหมาย และมีอำนาจบริหารย่อมมีการฝ่าฝืนกฎหมายที่ตนตราขึ้น และออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ตนเอง ทั้งนี้ อำนาจนิติบัญญัติมีอำนาจสูงสุด ย่อมบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับผู้อื่น ไม่ได้บัญญัติเพื่อบังคับใช้กับตนเอง จึงจำต้องแบ่งแยกอำนาจออกจากกัน

นอกจากนี้ ทฤษฎีแบ่งแยกมาจากความคิดของ Montesquieu นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้เขียน หนังสือชื่อ Spirit of laws มีข้อความว่า เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้รวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกัน หรือในองค์กรเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มี เพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลเดียวกันนั้น จะออกกฎหมายแบบทรราชใช้บังคับด้วยวิธีการเผด็จการ อีกอย่างหนึ่ง เสรีภาพจะไม่มี ถ้าอำนาจในการตัดสินไม่แยกออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหาร ชีวิตและเสรีภาพของ ผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องเผชิญกับการควบคุมที่ลำเอียง เพราะผู้พิพากษาจะเป็นผู้ออกกฎหมาย ถ้าอำนาจนี้ รวมกับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาอาจประพฤติด้วยวิธีการรุนแรงและกดขี่ กรณีทุกสิ่งจะถึงแก่กาลอวสาน นั่นคือ การตรากฎหมาย การบังคับ ตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีของเอกชน ถูกใช้อำนาจโดย บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็กรณีของบรรดาขุนนางหรือประชาชนก็ตาม

ความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจ ( Check and balance) ของอำนาจองค์กรรัฐธรรมนูญทั้งสามมิให้ใช้อำนาจเกิน

ขอบเขต และเป็นพื้นฐานสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งเขียนไว้ว่า “เป็นการแน่นอนว่า อำนาจทั้งหมด อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ อยู่ในมือบุคคลเดียวกันไม่ว่าจะเป็นคนเดียว หรือหลายคน ไม่ว่าจะเป็นผู้เดียวหรือหลายคน หรือการแต่งตั้ง หรือเลือกตั้งย่อมเรียกได้ว่าอยู่ในความหมายของเผด็จการ”

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามความคิดของ Hans Kelsen ได้อ้างหลักแนวความคิดตาม ทฤษฎี หลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเห็นว่าศาลยุติธรรมทั่วไปเป็นอำนาจหนึ่ง ของอำนาจตุลาการตาม รัฐธรรมนูญ การที่ศาลยุติธรรม มีอำนาจตัดสินวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการก้าวล่วงถึงอำนาจแห่งองค์กรรัฐธรรมนูญอื่นและการวินิจฉัยชี้ขาดบทบัญญัติ หรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการลบล้างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นจำต้องตั้งศาลพิเศษขึ้นเป็นศาลที่รวมอำนาจสำคัญๆ โดยการคัดเลือกจากองค์กรรัฐธรรมนูญ และ Hans Kelsen เห็นว่า คำวินิจฉัยชี้ขาด ลบล้างกฎหมายนั้น มีผลเป็นทางลบ แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ เพื่อแก้ไขปัญหาคตามรัฐธรรมนูญมีผลเป็นทางบวก จึงมีข้อแตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลธรรมดาทั่วไป

#### 4. แนวคิดตามรัฐธรรมนูญนิยม

แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม ( Constitutionalism) มีพื้นฐานความคิดจาก อริสโตเติลในสมัยกรีก และโรมัน ได้กล่าวถึงรัฐธรรมนูญมีลักษณะ 3 รูปแบบ อันได้แก่ ระบบกษัตริย์ (Monarchy) ระบบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy) และระบบสาธารณรัฐ (Constitutional republic) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ Christopher C. Green ได้อธิบายว่าแนวความคิดของอริสโตเติลเป็นความคิด ริเริ่มของรัฐธรรมนูญนิยม จนถึงมามีการปฏิวัติประกาศอิสรภาพแยกตัวจากประเทศอังกฤษของสหรัฐอเมริกาและได้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในปี 1787 ซึ่งนับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็น ลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ซึ่งหลักการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบพื้นฐาน ของรัฐธรรมนูญนิยม และแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และมีนักกฎหมายและนักวิชาการบางท่านกล่าวว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นต้นกำเนิดความคิดรัฐธรรมนูญนิยม

หลักความคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองต่างๆ ในระบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภา ระบบกึ่งประธานาธิบดี หรือกึ่งรัฐสภาระบบสังคมนิยม อีกทั้งรัฐธรรมนูญนิยมใช้รัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดระบบกลไกต่างๆ ขึ้น จะเห็นได้จาก ระบบถ่วงอำนาจระหว่างองค์กรรัฐธรรมนูญ ( Check and balance) ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (The separation of powers) และองค์กรตามรัฐธรรมนูญอัน ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น กล่าวคือจากแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และจากคดี

Marbury V. madison ที่ศาลได้ปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการถ่วงดุลอำนาจ การออกกฎหมายเผด็จการโดยอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภา ในคดีดังกล่าวเป็นการวางหลักเกณฑ์ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นต้นความคิดของบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาล ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และใน ค.ศ. 1950 เกิดกระบวนการตีความ รัฐธรรมนูญจากการที่รัฐธรรมนูญได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ประเทศต่างๆ ทางยุโรปตะวันออกมีความตื่นตัวเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพพลเมืองจากสังคมนิยม การเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง และนักกฎหมายรัฐธรรมนูญมีแนวความคิดบัญญัติในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทและอำนาจหน้าที่มากขึ้น ไม่เพียงเพื่อการตีความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญและนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีความเห็นว่าการจัดตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญมากขึ้นเป็นทวีคูณภายใต้ความสลับซับซ้อนทางการเมืองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามเงื่อนไขและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นการยากที่ศาลธรรมดาทำหน้าที่ดังกล่าวทั้งนี้ เนื่องจากศาลธรรมาคือศาลวินิจฉัยคดีเฉพาะเรื่อง ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นต้องจัดตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษเพื่อการนี้โดยเฉพาะ

##### 5. แนวคิดเสรีนิยม

Gerald F. Gaus ได้อธิบายว่าแนวความคิดตามทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism) มาจากพื้นฐานความคิดตามทฤษฎีสัญญาประชาคม ( Social contract) ของนักปราชญ์ Thomas Hobbes , John Locke และ Jean-Jaques Rousseau โดยให้ความสำคัญแก่คุณค่ามนุษย์ของปัจเจกชน (Individualism) ภายใต้สภาวะธรรมชาติ (State of nature) มนุษย์แต่ละคนย่อมมีเสรีภาพและความเสมอภาค การจำกัดเสรีภาพและความเสมอภาคต้องมีเหตุผล อันควร ( Justification) ภายใต้สัญญาประชาคม (Social contract) จึงเป็นที่มาของพื้นฐานความคิดทฤษฎีเสรีนิยมรัฐธรรมนูญ คือ สัญญาประชาคม เป็นข้อตกลงระหว่าง ประเทศและรัฐบาลที่ประชาชนจัดตั้งขึ้น ด้วยการสละสิทธิของปัจเจกชนเป็นสัญญาประชาคม เพื่อจัดตั้งรัฐบาลดำเนินการแทนตนภายใต้รัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วยพื้นฐาน โครงสร้างการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ตามความคิดของ John Locke และ Thomas Hobbes ในศตวรรษที่ 17 และ Jean-Jacques Rousseau ในศตวรรษที่ 18

แนวความคิดสัญญาประชาคมของ Thomas Hobbes ได้เสนอแนวคิด สัญญาประชาคมไว้ในหนังสือชื่อ Leviathan; or the matter, form, and power of a commonwealth, ecclesiasticall and

civil ว่ามนุษย์มีความเห็นแก่ตัว ย่อมไม่มีผู้ใดจะปฏิบัติตามกฎหมายธรรมชาติ ( Natural law) หากการปฏิบัติเช่นนั้นไม่เป็นผลต่อการปกป้องตนเอง ดังนั้น เมื่อไม่มีผู้ใดปฏิบัติ ตามกฎหมายธรรมชาติ ความสงบจะไม่บรรลุผลเพื่อการคุ้มครองให้มีพฤติกรรมสังคมดีขึ้น แต่ละคน ตกลงพร้อมกันทำสัญญาประชาคมเลือกบุคคลหรือคณะบุคคล ( An assembly) ขึ้นเป็นผู้ปกครองให้ความคุ้มครองและเกิดความสงบขึ้นได้ ทั้งนี้ อำนาจของผู้ปกครองที่ตั้งขึ้นย่อมเด็ดขาด ซึ่งต้องรับผิดชอบ ต่อพระเจ้าเท่านั้นจึงมีความยุติธรรม บรรดากฎหมายที่ตราขึ้นย่อมถูกต้องเสมอและผูกพันต่อบุคคล แต่ละคนที่เลือกขึ้นตามสัญญาประชาคม Thomas Hobbes อธิบายให้เห็นว่ากฎแห่งธรรมชาติเป็นความประสงค์ของพระเจ้า อันได้แก่ ความสงบสุขประชาคม และการดำรงชีวิตอย่างสุขสบาย และเพื่อความสงบและการคุ้มครองร่วมกัน นั่นคือการทำสัญญาประชาคม สัญญาประชาคมจึงเป็นรัฐธรรมนูญมีความเป็น กฎหมายสูงสุด

แนวความคิดสัญญาประชาคมของ John Locke ได้อธิบายถึงแนวความคิดสัญญาประชาคมว่า มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกันภายใต้สภาวะธรรมชาติ ( State of nature) เมื่อมีการละเมิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ย่อมไม่มีสภาพบังคับและมนุษย์แต่ละคนที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคมหนึ่ง ย่อมมีความ เห็นแก่ตัว เอารัดเอาเปรียบ การรังแกกันก่อให้เกิดความไม่สงบและความไม่มั่นคงในชีวิตและ ทรัพย์สิน เป็นการทำลายสภาวะธรรมชาติ เพื่อคุ้มครองสิ่งเหล่านี้ มนุษย์เจตนาตกลงเข้าร่วมกันเป็นสังคมเพื่อทำสัญญาประชาคม โดยมนุษย์แต่ละคนยินยอมการสละสิทธิตามสภาวะธรรมชาติ แก่สังคมเพื่อโอนกรรมสิทธิการบังคับกันเองในสังคมเมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมายธรรมชาติ และ John Locke เห็นว่าภายในสัญญาประชาคมกฎหมาย และรัฐบาลเป็นสิ่งจำเป็น รัฐบาลต้องเป็น รัฐบาลที่ได้รับยินยอมจากผู้ได้ปกครองเท่านั้น

แนวความคิดสัญญาประชาคมของ Jean-Jaques Rousseau มีข้อความว่ามนุษย์ทุกคน ต่างมีเสรีภาพและเท่าเทียมกัน และโดยสภาพตามธรรมชาติมนุษย์มีความต้องการไม่เท่ากัน จนเกิดความไม่เสมอภาคและไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม ซึ่งสังคมจะสงบสุขได้ เมื่อมนุษย์ต่างมีเจตจำนงร่วมกันทำสัญญาประชาคมด้วยการมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดแห่งเจตจำนงเข้าร่วมกันของสังคมและเจตจำนงที่เข้าร่วมกันเป็นสัญญาประชาคมนี้ ถือเป็นเจตนารมณ์ ทัวไปของสังคมของสมาชิกแต่ละคนที่ร่วมกันเข้าทั้งหมดใหม่อาจจะแบ่งแยกส่วนกันได้ ซึ่งสมาชิก แต่ละคนคงมีเสรีภาพตามเดิม ดังนั้น การออกกฎหมายของผู้ปกครองภายใต้สัญญาประชาคมถือเป็น การแสดงออกถึงเจตจำนงทั่วไป หากกฎหมายที่ออกมาเป็นการมิชอบฝ่าฝืนต่อเจตจำนงร่วมกัน ของสังคม ย่อมจะถอดถอนผู้ใช้อำนาจปกครองได้



Jean-Jaques Rousseau มีแนวความคิดว่าสัญญาประชาคมเป็นเจตจำนงร่วมกันของสังคมที่ประกอบด้วยอำนาจของสมาชิกสังคมแต่ละคนที่ได้ร่วมกันจัดตั้งสัญญาประชาคม จึงเป็นอำนาจของสังคมไม่ใช่อำนาจของปัจเจกชนแต่ละคน

สัญญาประชาคมเป็นรัฐธรรมนูญที่สะท้อนถึงให้เห็นสภาพสังคมการเมือง ตลอดจนอำนาจหน้าที่ขององค์กรรัฐธรรมนูญต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเสมือนหนึ่งเป็นกระจกเงาบ่งชี้ให้เห็นธรรมชาติของปัจเจกชนภายใต้ประชาคมนั้นๆ ที่ได้มอบอำนาจสูงสุดตามเจตจำนง ร่วมกัน ในการทำสัญญาประชาคม ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด

จากแนวความคิดสัญญาประชาคมของ Jean-Jaques Rousseau เป็นพื้นฐานสำคัญ ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่ละประเทศได้นำหลักความคิดดังกล่าวไปปรับใช้ ในการนี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ มีความเห็นว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ จำต้องมีองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นพิทักษ์และคุ้มครองรัฐธรรมนูญ

### ทฤษฎีเสรีนิยมประชาธิปไตย

การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสหรัฐอเมริกา เป็นประชาธิปไตยเสรีนิยม ( Liberal Democracy) แต่มีข้อว่าระบอบประชาธิปไตยจะมีแต่ประชาธิปไตยเสรีนิยม แบบเดียวเท่านั้น คำว่า “ประชาธิปไตย” เป็นคำหนึ่งที่มีความหมายกว้างขวางมากที่สุด เป็นคำที่ทำให้เกิดความสับสนและทำให้ต้องถกเถียงกันมาโดยตลอด อย่างน้อยก็นับได้ตั้งแต่สมัยกรีกมาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ประเทศต่างๆ ในโลกนี้ได้ถูกแบ่งโดยลัทธิทางการเมืองการปกครองออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายโลกเสรี ซึ่งหมายถึง บรรดาประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เสรีนิยม (Liberalism) ฝ่ายหนึ่ง กับอีกฝ่ายหนึ่ง คือประเทศที่ปกครองในระบอบ “สังคมนิยม” ( Socialism) ระบบการเมืองการปกครองของโลกได้อ้างถึง ความเป็นประชาธิปไตยในรูปแบบและลักษณะต่างๆ กันมากมาย มีทั้ง “ประชาธิปไตยเสรีนิยม”, “สังคมนิยมประชาธิปไตย” ทั้ง “ประชาธิปไตยแบบชี้นำ” (Guided Democracy) และ “เผด็จการประชาธิปไตยประชาชน” ( People’s Democratic Dictatorship) ทั้งเสรีนิยมและสังคมนิยม ต่างก็อ้างว่าเป็นประชาธิปไตยด้วยกันทั้งนั้น

ทั้งๆ “เสรีนิยม” ( Liberalism) และ “สังคมนิยม” ( Socialism) ต่างก็อ้างว่าเป็นประชาธิปไตยด้วยกันทั้งนั้น

ทั้งๆ ที่ เสรีนิยม นั้นหัวใจอยู่ที่ สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ที่ไม่ต้องการให้อำนาจรัฐเข้ามาก้าวร้าวเรื่องของคนให้มากเกินไปโดยเฉพาะในเรื่องทางเศรษฐกิจ

ส่วน “ประชาธิปไตยแบบชี้นำ” ( Guided democracy) นั้น มักอ้างเพื่อใช้ปกครองในประเทศที่กำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยพัฒนาทั้งหลาย ทำให้เกิดข้อกังขาว่า เมื่อเป็น ประชาธิปไตยแล้วเหตุใดจึงต้องมีการชี้นำด้วย

คำตอบก็คือในประเทศเหล่านี้ ชนชั้นผู้ปกครองก็จะอ้างความจำเป็นว่า เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ซึ่งเป็นราษฎรในปกครองมักจะยากจน ขาดต่อการศึกษา ไม่มีความสามารถ ไม่มีความรู้และไม่สนใจในกิจการปกครองบ้านเมือง เพราะฉะนั้น ในการพัฒนาประเทศ ชนชั้นผู้ปกครอง จึงจำเป็นต้องจัดให้มีการชี้นำเพื่อให้สามารถมุ่งไปสู่เป้าหมายของประเทศได้ด้วยวิธีการที่เป็นประชาธิปไตย บางทีก็ชี้นำมากไป เลยทำให้ดูเหมือนเป็นการแฝงตัวของเผด็จการภายในหน้าตาของประชาธิปไตย

ส่วน “เผด็จการประชาธิปไตย” นั้น ยิ่งทำให้สงสัยหนักเข้าไปกว่าเก่าอีก เพราะว่า “เผด็จการ” กับ “ประชาธิปไตย” นั้นมีความหมายแตกต่างกันมาก ไม่น่าที่จะมาอยู่ด้วยกันได้ มิหนำซ้ำระบอบ “เผด็จการประชาธิปไตยประชาชน” ที่ว่านี้ ยังอ้างว่าเป็นประชาธิปไตยที่แท้จริงอีกด้วย เพราะถือว่าเป็นประชาธิปไตยของประชาชน

ชนชั้นปกครองในระบอบ “เผด็จการประชาธิปไตยประชาชน” จะโจมตีว่า ประชาธิปไตยเสรีนิยม เป็นประชาธิปไตยจอมปลอม กล่าวคือ เป็นประชาธิปไตยของชนชั้นกลุ่มที่อันเป็นประชาธิปไตยที่ชนชั้นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจร่วมมือกับชนชั้นผู้ปกครองกดขี่ ชูครีดี เอารัดเอาเปรียบประชาชนภายใต้ร่มธงที่ชูว่าเป็นประชาธิปไตย เจ้าของประชาธิปไตยแบบ “เผด็จการประชาธิปไตยประชาชน” ที่ว่านี้ คือ สาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งเป็นประเทศที่ลัทธิการเมืองอยู่คนละขั้วกับสหรัฐอเมริกา

แนวความคิดประชาธิปไตย เป็นทั้งแนวความคิดที่เป็นทั้งอุดมคติ เป็นทั้งระบบการเมือง และเป็นทั้งวิถีชีวิตในเวลาเดียวกัน

ความเป็นมาของแนวความคิดประชาธิปไตยและการปกครองที่มีลักษณะเป็น

ประชาธิปไตยนั้น มีมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้วอย่างน้อยก็ในสมัยยุคกรีก

การปกครองระบอบประชาธิปไตย มิได้เพิ่มมีขึ้นเมื่อมีการปฏิวัติอเมริกา ประชาธิปไตยที่กำเนิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติอเมริกานั้น เป็น “ประชาธิปไตยเสรีนิยม” (Liberal democracy) ซึ่งเป็นประชาธิปไตยตาม “ลัทธิเสรีนิยม” (Liberalism) อันเป็นแนวคิดของ จอห์น ล็อก ที่นำมาประกอบเข้ากับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ตามแนวคิดของ มงเตสกีเยอ กับ “หลักการยับยั้งและถ่วงดุลย์อำนาจ” ที่รัฐบุรุษอเมริกัน ได้จัดให้มีขึ้นในระบอบการปกครองของอเมริกา

“ลัทธิเสรีนิยม” ( Liberalism) ตามแนวคิดของ “จอห์น ล็อก” เน้นย้ำความสำคัญของ “ลัทธิเสรีภาพของปัจเจกชน” และ ความเมตตาเทียมกันในทางกฎหมาย” ของผู้อยู่ใต้ปกครอง

“หลักการแบ่งแยกอำนาจรัฐ” ( Separation of powers) เป็นแนวความคิดของ “มองเตสกีเยอ” ที่เสนอให้แยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 อำนาจ และมีองค์กรใช้อำนาจ 3 องค์กรที่เป็นอิสระจากกัน

ส่วน “หลักการยับยั้งและถ่วงดุลอำนาจ” นั้น เป็นความคิดที่รัฐบุรุษผู้ก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้ประกอบกับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” เพื่อให้มีการเกี่ยวข้องกันระหว่างองค์กรที่แยกใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย นั้น ในลักษณะที่แต่ละอำนาจสามารถ “ตรวจสอบ” และ “คาน” การใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้

สรุป ก็คือ ถ้าฟังแต่การแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 อำนาจและมีองค์กรใช้อำนาจที่แยกเป็นอิสระจากกันเท่านั้น ก็ยังไม่พอเป็นหลักประกัน “สิทธิเสรีภาพของประชาชน” จากการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองได้ จำเป็นต้องให้แต่ละอำนาจที่แยกการใช้อำนาจกันนั้นสามารถ “ตรวจสอบ” และ “ยับยั้ง” ซึ่งกันและกันได้อีกด้วย

คำว่า “ประชาธิปไตย” ( Democracy) มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก คือ คำว่า “ Demo” ซึ่งแปลว่า ประชาชน กับคำว่า “Keatein” ซึ่งแปลว่า การปกครอง

ประชาธิปไตยในความหมายของนักปราชญ์กรีกสมัยโบราณ เช่น อริสโตเติล ( Aritotle) นั้น ประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองรูปแบบหนึ่งที่ประชาชนทั้งหมดเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองโดยตรง อันถือว่าเป็นประชาธิปไตยบริสุทธิ์ที่ไม่ต้องใช้อำนาจโดยผ่านทางผู้แทน กล่าวคือ ปัญหาข้อขัดแย้งที่สำคัญจะถูกพิจารณาและตัดสินด้วยการประชุมใหญ่ร่วมกันของประชาชน โดยตรง รวมทั้งการประชุมเพื่อเลือกตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ปฏิบัติงานของรัฐ ตรงนี้ต้องให้สังเกตไว้ด้วยว่า เหตุที่การปกครองของกรีกสมัยโบราณสามารถเป็นรูปแบบประชาธิปไตยโดยตรงได้นั้น ก็เพราะเงื่อนไขแวดล้อมทางสังคมขณะนั้นเอื้ออำนวยให้กระทำได้ เช่น ลักษณะของนครรัฐที่จำนวนประชาชนมีไม่มากเกินไปนัก และเหตุที่ประชาชน สามารถใช้เวลาาร่วมประชุมถกเถียงปัญหาทางการเมืองการปกครองของบ้านเมืองได้ ก็เพราะประชาชนเหล่านี้ไม่ต้องประกอบอาชีพด้วยตนเอง เนื่องจากสังคมของนครรัฐกรีกสมัยนั้น มี “ทาส” ซึ่งเป็นแรงงานในการผลิตแทนประชาชนซึ่งมีฐานะเป็นพลเมืองของนครรัฐเหล่านั้น

คำว่า “ประชาชน” จึงหมายถึงเฉพาะที่ประชาชนมีฐานะเป็น “พลเมือง” ( Citizen) ของนครรัฐเท่านั้น

พวก “ทาส” ไม่มีสิทธิในทางการเมืองการปกครอง เช่นเดียวกับ “ผู้หญิง” ซึ่งแม้ผู้หญิงจะไม่ได้เป็นทาสแต่ก็ไม่มีสิทธิทางการเมืองการปกครองเช่นกัน ดังนั้น “ประชาธิปไตย” ในสมัยนครรัฐกรีกจึงแตกต่างอยู่หลายประการกับประชาธิปไตยในปัจจุบัน

อีกประการหนึ่ง “ประชาธิปไตยโดยตรง” แบบนครรัฐกรีกในความเห็นของ อริสโตเติล นั้นก็ยังไม่ใช่รูปแบบของการปกครองที่ดีที่สุด แม้แต่นักรัฐศาสตร์ส่วนมากในปัจจุบันก็ยังเห็นว่า ประชาธิปไตยนั้นเป็นรูปแบบการปกครองที่จัดระบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนที่ดีที่สุดเท่าที่มนุษย์คิดค้นได้ในเวลานี้กล่าวอีกอย่างหนึ่ง คือ ประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองที่มีข้อบกพร่องน้อยกว่าการปกครองระบอบอื่น นั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่ อริสโตเติล ใช้พิจารณาว่า การปกครองรูปแบบใดที่ดีที่สุดนั้น จึงมิได้อยู่ที่ระบอบการปกครองนั้นให้สิทธิทางการเมืองแก่ประชาชนกว้างขวางเพียงใด แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐหรือผู้ปกครองใช้อำนาจรัฐในทางที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวม หรือว่าใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์เฉพาะของผู้ปกครองหรือเพื่อพรรคพวกของผู้ปกครองหรือเฉพาะชนชั้นใดชนชั้นหนึ่งเท่านั้น สำหรับอริสโตเติลแล้ว “ประชาธิปไตย” ก็คือ การปกครองโดยคนจำนวนมาก ซึ่งก็คือ มวลชนที่อาจจะไม่มีความรู้ที่จะใช้เหตุผลได้เพียงพอ และไม่มีการพิจารณาที่จะตัดสินใจได้อย่างถูกต้องและที่สำคัญอาจจะมีการตัดสินใจในลักษณะของฝูงชนที่ขาดเหตุผล (Mob) เพราะถูกชักนำโดยพวกนักปลุกระดมที่ปราศจากความรับผิดชอบ ( Demagogues-เดมาโก๊ก) เหตุที่อริสโตเติล มีความเห็นอย่างนี้ ก็คงจะเป็นเพราะสภาพของผู้คนส่วนใหญ่ของนครรัฐกรีกในยุคสมัยนั้นยังด้อยการศึกษา และเพราะความยากจน จึงไม่อาจให้ความสนใจศึกษาหรือร่วมกิจกรรมของบ้านเมืองได้ รวมทั้งไม่มีความสามารถที่จะปกครองด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม การปกครองที่ดีในทัศนะของอริสโตเติล จะมีลักษณะทั่วไปอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ

1. ไม่ว่าจะเป็นการปกครองโดยบุคคลเพียงคนเดียวหรือโดยกลุ่มบุคคลก็ตาม จะต้องเป็นการปกครองที่มุ่งต่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม
  2. เป็นการปกครองที่ยึดหลักกฎหมายในการแก้ไขปัญหามาต่าง ๆ ในสังคม ไม่ใช่การปกครองตามอำเภอใจของผู้ปกครอง
  3. ความชอบธรรมในการปกครองต้องมาจากความยินยอมของประชาชนโดยสมัครใจ มิใช่เป็นอำนาจจากการบังคับ หรือข่มขู่จะใช้กำลังเพียงอย่างเดียวเท่านั้น
- ลักษณะของการปกครองที่ดีในทัศนะของอริสโตเติลทั้งสามประการนี้ จะเห็นได้ว่ายังคงเป็นพื้นฐานอันสำคัญของระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยในสมัยปัจจุบันนี้เช่นกัน
- พื้นฐานของแนวความคิดประชาธิปไตยในสมัยปัจจุบันนี้เริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 1 กล่าวคือ เมื่อยุโรปเริ่มก้าวหน้าออกจาก “สมัยกลาง” ( Middle ages) เข้าสู่ยุค เรอเนสซอง” (Renaissance) หรือ “ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ” ซึ่งนำยุโรปมาสู่ “การปฏิวัติทางภูมิปัญญา” (The intellectual revolution)

การก้าวผ่านช่วงเวลาดังกล่าวมีผลทำให้ความก้าวหน้า “ความคิดเกี่ยวกับมนุษย์” ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จากสภาพของสังคมยุคมืดมนทางปัญญา (Dark Ages) ที่ผู้คนทั้งหลายในยุโรปยังเชื่ออยู่ในความลึกลับทางไสยศาสตร์และยึดติดอยู่อำนาจของพระเจ้า มาเป็นความเชื่อและศรัทธาในความสามารถของมนุษย์ที่จะใช้เหตุผล

แนวคิดเชิงปรัชญาของปรัชญาอเมริกันสำคัญๆ แห่งยุคนั้น อาทิเช่น เดส์คาร์ท สปิโนซา ฮอบส์ เซอร์ไอแซค นิวตัน จอห์น ล็อก วอลแตร์ และยัง ฉ็อง จาร์ค รูสโซ ล้วนมีอิทธิพลต่อการส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และมีผลต่อแนวคิดประชาธิปไตยสมัยปัจจุบัน ตรงนี้ต้องขออธิบายเพิ่มเติมว่า สำหรับเซอร์ ไอแซค นิวตัน (Sir Isac Newton, ค.ศ.1642-1 727) นั้นมิใช่เป็นนักปรัชญาโดยตรง นิวตันเป็นนักวิทยาศาสตร์ที่เป็นเลิศด้านคณิตศาสตร์และด้านฟิสิกส์ (ภุริชญา วัฒนรุ่ง, 2543, หน้า 20)

แต่ว่าผลงานของนิวตันมีผลต่อความคิดมนุษย์ในยุคนั้นอย่างมาก กล่าวคือ การค้นพบกฎเกณฑ์อันยิ่งใหญ่ทางวิทยาศาสตร์ของนิวตันทำให้ความคิดของคนอื่นๆ ในสมัยนั้น มีความกล้าที่จะก้าวออกมาจากความเชื่ออย่างปราศจากเหตุผลที่เป็นผลมาจากการติดยึดอย่างเหนียวแน่นอยู่ในข้อกำหนดทางศาสนา โดยเฉพาะปรัชญาของ จอห์น ล็อก นั้นถือได้ว่าเป็นเสมือนก้อนอิฐก้อนแรกที่ถูกวางเป็นฐานรากของโครงสร้างอันมหึมาของอาคารแห่งแนวคิดประชาธิปไตยสมัยใหม่เลยทีเดียว

ปรัชญาของ จอห์น ล็อก โดยสรุปก็คือ “สิทธิของบุคคล” อันเป็นสิทธิในชีวิตและทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิดั้งเดิมที่ทุกคนมีอยู่กับตนเองอยู่แล้วตามธรรมชาติ สังคมและรัฐทุกคนพร้อมใจกันจัดตั้งขึ้นนั้นมีเป้าหมายเพียงประการเดียว คือเพื่อประกันความมั่นคงปลอดภัยของสิทธิเหล่านี้ “เสรีภาพของปัจเจกชน” หมายถึง การที่สังคมและอำนาจรัฐต้องไม่พยายามตั้งค่ามาตรฐานขึ้นมาเอง และต้องไม่ก่อให้เกิดความยุ่งยากหรือขัดขวางต่อความสำนึกผิดชอบอันเป็นส่วนตัวของบุคคล

ส่วน “ความเท่าเทียมกัน ” นั้นหมายถึง ความเสมอภาคกันทางกฎหมายและทางการเมือง ที่ทุกคนควรได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐและควร ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน

“อำนาจอธิปไตย” ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครอง “อยู่ที่ปวงชน” และ “มาจากปวงชน” (Popular sovereignty) โดยประชาชนมอบอำนาจดังกล่าวให้กับตัวแทนเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นและโดยประชาชนเป็นผู้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจนั้น

## 1. หลักนิติรัฐ

รัฐเสรีประชาธิปไตย ( Liberal and democratic) ระบบกฎหมายจะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ หรือหลักการปกครองของกฎหมายไม่ใช่การปกครองของมนุษย์ ( Government of law, not of men) หรือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ ( Primacy of law) นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ ตามที่แต่ละคนเห็นสมควร ดังนั้น รัฐที่เป็นนิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดภายใต้กฎหมายของตนอย่างเคร่งครัด นิติรัฐ เป็นคำซึ่งนักประวัติศาสตร์ และนักปรัชญาการเมืองตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพพัฒนา บุคลิกภาพของตน ซึ่งสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานที่รัฐรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ (อุริชญา วัฒนรุ่ง, 2552, หน้า 30)

1 .1 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง และการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

1.2 สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร ประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

1.3 สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ ของรัฐที่สำคัญ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพ ในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินการทางการเมืองให้เป็นไปตามความคิดเห็นทางการเมืองของตน รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียง เลือกตั้ง และสมัครเข้ารับเลือกตั้ง

การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยหลักนิติรัฐ ต้องประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และฝ่ายตุลาการ หลักการที่สำคัญขั้นต่ำที่สุด ในการควบคุมกฎหมายอันเป็นหลักการที่แฝงอยู่ในหลักนิติรัฐนั้นเรียกร่องว่า การควบคุมตรวจสอบ ต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลางและควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น ไม่ถือว่าเป็นการควบคุมที่เป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ จากเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว รัฐสภาจึงไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ หลักนิติรัฐได้มีการเรียกร่องให้มีการบัญญัติกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างเพียงพอ โดยมีความเชื่อมั่นในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความรู้ ความสามารถ และพัฒนาตนเองตามหลักการของสิทธิปัจเจกชนนิยม ( Individualism)

ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีบทบัญญัติที่จะรับรองคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น ในหลักนิติรัฐมิได้มีเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎร ที่จะต้องเป็นไปตามความสัมพันธ์ ที่กฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐ กับราษฎร ก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ไปตามกฎหมายด้วย และเพื่อให้การปกครองโดยหลักนิติรัฐ หรือการปกครองโดยกฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพราษฎรคนใดเห็นว่า ถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิจะโต้แย้งคัดค้านการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ จากหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ หากอำนาจทั้งสาม คือ อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ รวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือคณะบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งแล้ว บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจมักมีแนวโน้มมาในอำนาจ และใช้อำนาจเกินเลยเสมอๆ การใช้อำนาจอย่างเหมาะสมพอควร (Moderate) เป็นไปได้โดยการจำกัดองค์กรของรัฐในลักษณะ ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง เรียกว่า การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) เป็นกลไก ที่สำคัญอย่างยิ่ง แนวความคิดในเรื่องนิติรัฐ ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยให้ผู้ปกครองหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrarily) ซึ่ง Hans Kelsen เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจมิได้มุ่งหมายจัดการรวม ศูนย์อำนาจ แต่หลักการแบ่งแยกอำนาจมีความมุ่งหมายที่จะวางหลักประกันในด้านความชอบ ด้วยกฎหมาย ในการทำหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญ ก็เป็นองค์กรที่ยืนยันในหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยไม่ขัดแย้งกับหลักการดังกล่าว และองค์กรศาลเป็นองค์กรที่อิสระจากรัฐสภาพ และฝ่ายบริหารไม่ได้เข้าร่วมในกระบวนการออกกฎหมายเพื่อควบคุมความชอบของกฎหมายจึงอยู่ที่องค์กรศาล ซึ่งสอดคล้องกับการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ Friesenhahn ก็เห็นว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น จะยกเป็นข้อโต้แย้งศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ฉะนั้น หลักการที่องค์กรนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ การควบคุมตรวจสอบ จะกระทำภายในขององค์กรเดียวกันไม่ได้ การกระทำต่างๆ ต้องสามารถ ตรวจสอบได้ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญที่เข้ามาทำหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การปกครองโดยหลักนิติรัฐนอกจากจะต้องมีการ รับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว จะต้องมีการจัดโครงสร้างในรัฐธรรมนูญ กระบวนการ สรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการจำกัดองค์กรในศาลรัฐธรรมนูญ สามารถตรวจสอบควบคุมและ มีการถ่วงดุลกันระหว่างองค์กร โดยเฉพาะการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของศาลฎีกา และศาลปกครอง

สูงสุด จะต้องสามารถควบคุมตรวจสอบระหว่างองค์กรได้ มีการถ่วงดุลอำนาจ โดยให้มือองค์กรที่มาทำหน้าที่ในการตรวจสอบเพื่อให้เกิดความถ่วงดุลระหว่างองค์กรด้วยซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญและสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ

## 2. หลักนิติธรรม (Rule of law)

เป็นหลักกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน นอกจากจะหมายถึง “การปกครอง ที่ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย” แล้วยังมีความหมายถึง “การแสวงหาความยุติธรรมซึ่งเป็นเหตุเป็นผลกันตามธรรมชาติหรือเป็นความยุติธรรมชาติอันเป็นที่สิ่งที่มีความสำคัญและมีความศักดิ์สิทธิ์อยู่เหนือกว่าตัวอักษรของบทกฎหมายนั่นเอง” อีกด้วย (ภูริชญา วัฒนรุ่ง, 2551, หน้า 5)

หลักนิติธรรมมุ่งเน้นที่

2.1 การตีความเพื่อใช้กฎหมาย ต้องเป็นธรรม

2.2 มุ่งเน้นที่ความยุติธรรมที่อยู่เหนือกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐนั้นอยู่ด้วยกัน หลักนิติรัฐก็อยู่ในหลักนิติธรรมนั่นเองแต่แยกกันตรงไหน แยกกันตรงที่หลักนิติรัฐมุ่งที่ฝ่ายใช้อำนาจรัฐ

“หลักนิติธรรม” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาอังกฤษคือคำว่า Rule of law ความหมายที่แท้จริงของหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของอังกฤษนั้น อาจสรุปได้ความว่าหมายถึง “การปกครองโดยกฎหมาย กฎหมายเป็นใหญ่ไม่ใช่อำเภอใจของผู้มีอำนาจปกครองเป็นใหญ่ ฝ่ายบริหาร (ของชาวอังกฤษ) ซึ่งได้แก่ กษัตริย์และคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจ หากไม่ได้รับก็ไม่ยินยอมจากรัฐสภา ซึ่งก็หมายถึง หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายบริหารก็ไม่อาจกระทำการอย่างใดๆ ได้เลย” ซึ่งเท่ากับหมายความว่า “การปกครองต้องมีใช้การปกครองตามอำเภอใจ”

ในประเทศไทย ในระยะแรกๆ นักกฎหมายได้รับการศึกษามาจากอังกฤษ จึงได้แปลคำว่า “Rule of law” นี้ว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งนอกจากจะให้หมายถึง การปกครองโดยกฎหมายแล้ว ยังหมายถึง “การแสวงหาความยุติธรรมโดยอาศัยตัวบทกฎหมาย” ด้วย

ความจริง การแสวงหาความยุติธรรมที่อยู่เหนือถ้อยคำตามตัวอักษรของตัวบทกฎหมาย

น่าจะเป็น “หลักมโนธรรม” (Rule of moral conduct)

“มโนธรรม”ในที่นี้มีใช้หมายถึง “อำเภอใจ” แต่เป็น “มโน” หรือ “จิตใจ” ที่เที่ยงธรรมอยู่เหนือ “อคติ” ทั้งหลายทั้งปวง และประกอบด้วยเหตุผล และศีลธรรมจรรยา หรือเป็นความรู้สึกที่ตระหนักได้ถึงความเป็นธรรมที่พึงเป็น หรือเป็นสามัญสำนึกของมนุษย์ในการรับรู้ได้ถึง “ความยุติธรรม”

ในการพิจารณาคดีที่ อดีตนายกรัฐมนตรีน คนที่ 23 ถูกกล่าวหากรณีชุกหุนเมื่อหลายปีก่อน นั้น มีนักกฎหมายหลายคนพยายามชักจูงว่า คดีนี้ต้องใช้หลักการพิจารณาอย่างเคร่งครัด ตาม



ตัวอักษรเท่านั้น ซึ่งเป็นความเห็นที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อที่จะให้อธิบดีนายกรัฐมนตรีนายคนที่ 23 มีความผิด การพูดดังกล่าวนี้จึงเป็นการอ้างอย่างสับสนว่า การพิจารณาอย่างเคร่งครัด ตามตัวอักษรเช่นนั้น คือ “หลักนิติธรรม”

ดังนั้น การใช้กฎหมายโดยตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรถือเอาแต่ความหมายตาม ตัวหนังสือซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรของตัวบทกฎหมาย เป็นหลักพิจารณาเท่านั้น โดยมีได้คำนึงถึง “เจตนารมณ์” หรือความยุติธรรมอย่างอื่นนอกเหนือไปจาก “ความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย” จึง ขัดกับ “หลักนิติธรรม” ในความหมายที่แท้จริง

กฎหมายนั้นมิใช่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ตกลงมาจากสวรรค์ที่ไหนแต่ “กฎหมาย” เป็นเพียงสิ่งที่ มนุษย์สร้างขึ้น นอกจากจะเป็นเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นมาใช้แก้แก้ปัญหาให้กับสังคมมนุษย์แล้ว กฎหมายยังเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งใน การใช้เพื่อประสิทธิภาพประสาทความยุติธรรม เพื่อ อำนาจความยุติธรรมและอำนาจ “ความผาสุก” ให้กับผู้คนในสังคมอีกด้วย

กรณี การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐตามประกาศ คณะปฏิรูป การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ฉบับที่ 30

ในประเด็นความชอบด้วยกฎหมายตามหลักนิติธรรม ประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐบาล ข้อ 2 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการหรือ ห้ามการปฏิบัติหน้าที่อื่นใดในการดำรงตำแหน่งมิให้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่การได้รับแต่งตั้ง และการปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการตรวจสอบ”

ซึ่งข้อความดังกล่าว ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 3 เพราะเป็นการแต่งตั้งบุคคลที่มีความเห็นขัดแย้งเป็นปฏิปักษ์ เป็นฝ่ายตรงข้ามหรือเป็นบุคคลที่เป็นคู่กรณีกับผู้ถูกกล่าวหามานั่งพิจารณา ซึ่งอาจทำให้การวินิจฉัย มือคิดไม่เป็นธรรม ซึ่งขัดต่อหลักความปราศจากส่วนได้เสียซึ่งถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญ ประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ฉบับที่ 30 นั้น ตามลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายก็ เทียบเท่าพระราชบัญญัติ จึงไม่อาจจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญซึ่งมีศักดิ์แห่งกฎหมายสูงสุดได้ กรณีข้างต้น มีข้อสังเกตคือ แม้แต่ผู้พิพากษาและตุลาการในองค์กรศาลยังอาจถูกคัดค้าน ได้ในกรณีมีส่วนได้เสีย หากจะมาเป็นองค์คณะที่นั่งพิจารณาคดี และในศาลฎีกาแผนกคดีอาญา สำหรับนักการเมืองก็มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องคัดค้าน ผู้พิพากษาที่มีส่วนได้เสีย แต่ใน คตส. คณะกรรมการ คตส. กลับได้รับสิทธิพิเศษยกเว้นที่จะถูกคัดค้านทั้งที่ คตส. ก็เป็นองค์กรที่พิจารณา ปัญหาทางกฎหมายเช่นเดียวกัน

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งเป็นกรณีตัวอย่างจากต่างประเทศในประเด็น “ความมีส่วนร่วมได้” เสียของผู้มีอำนาจพิจารณาคดีวินัยคดี” ที่ขัดแย้งกับหลักแห่งความเป็นกลาง ได้แก่ คดี ปิโนเชต์ (Pinochet) ซึ่งความมีส่วนร่วมได้เสียของผู้พิพากษาเป็นเหตุให้ศาลสภาขุนนาง (ศาลสูงอังกฤษ) ต้องพิพากษายกเลิกคำพิพากษาเดิมทั้งหมด เพราะเหตุที่มีผู้พิพากษาท่านหนึ่ง “มีส่วนร่วมได้เสียต่างๆ ในคดี” อันเป็นกรณีขัดต่อหลักความเป็นกลาง (Freedom from interest or freedom from bias) ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) ตามกฎหมายอังกฤษ หลักแห่งความเป็นกลางนี้ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่มีประโยชน์จริงๆ หรือมีอคติจริงๆ เพียงแต่อยู่ในฐานะเป็น ที่สงสัยอาจจะมีประโยชน์หรืออาจมีอคติเท่านั้น ก็ต้องห้ามเป็นผู้พิจารณาแล้ว

ความเห็นของ Lord Brown’ willkinson ในคดี ปิโนเชต์ ได้นำคำพิพากษาของ ลอร์ด เฮวาร์ด มาอ้างด้วยว่า “...เป็นความสำคัญขั้นพื้นฐานที่ว่า ไม่เพียงแต่จะทำให้เกิดความยุติธรรมเท่านั้น แต่ต้องทำให้คนเห็นปรากฏชัดเจนและปราศจากข้อสงสัยใดๆ ว่ามีความยุติธรรมเกิดขึ้นจริง...”

ในคดีนี้ ปรากฏว่า จากเหตุที่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งอาจมีส่วนร่วม ได้เสียในคดี ซึ่งขัดต่อหลักแห่งความเป็นกลาง ผู้พิพากษาศาลสูงจึงมีความเห็นพ้องกัน ให้พิพากษากลับคำพิพากษาเดิม โดยให้มีการพิจารณาคดีใหม่และให้มีการตั้งองค์คณะผู้พิพากษาชุดใหม่ที่ไม่ใช่ชุดเดิมขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณาคดีนี้แทน และปิโนเชต์ก็ไม่ต้องถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศสเปนในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนที่ผ่านมาได้มีหลายท่านกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” ในความหมายซึ่งเป็นนัยว่า “หลักนิติธรรม” หมายถึง “การบังคับใช้กฎหมายตามตัวอักษร” ซึ่งในที่นี้ได้แก่การบังคับใช้กฎหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2540) กับกรณีอดีต นายกรัฐมนตรี คนที่ 23 เรื่องจงใจปกปิดหรือไม่แสดงบัญชีรายการทรัพย์สินฯ ตามบทบัญญัติ มาตรา 295 ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการกล่าวโดยมีความประสงค์ที่จะสื่อความหมายว่า นายกรัฐมนตรี จะต้องมีความผิดและต้องได้รับผลตามบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น

ข้อ 1 ว่าด้วยเรื่อง “หลักนิติธรรม”

ความจริงที่ถูกต้องนั้น “หลักนิติธรรม” หรือ Rule of law ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยโรมัน นอกจากจะหมายถึง “การปกครองที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย” แล้วยังมีความหมายถึง “การแสวงหาความยุติธรรมซึ่งเป็นเหตุผลธรรมชาติหรือความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญและมีความศักดิ์สิทธิ์อยู่เหนือกว่าตัวอักษรของตัวบทกฎหมายนั่นเอง” อีกด้วยอีกประการหนึ่ง ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยและคนไทยทั่วไปถูกทำให้เข้าใจมาโดยตลอดว่า “นิติ” นั่นคือ “กฎหมาย” ดังนั้นจะเห็น ได้จากการตั้งชื่อคณะในมหาวิทยาลัยต่างๆ ที่สอนและศึกษากฎหมายว่า “คณะนิติศาสตร์” ซึ่งมีความหมายที่เข้าใจกันทั่วไปว่า หมายถึง คณะที่สอนและศึกษาวิชากฎหมาย

“นิติ” หรือ “นิติ” นั้นเป็นศาสตร์แขนงหนึ่งในศิลปะศาสตร์ทั้ง 18 ประการ หรือ 18 สาขาวิชาที่สั่งสอนและศึกษากันในสำนักดักศิลาเมื่อครั้งก่อนสมัยพุทธกาลซึ่งศิลปะศาสตร์ทั้ง 18 ประการนี้ เป็นวิชาที่วรรณกะษัตริย์และวรรณกะแพศย์ไปร่ำเรียนศึกษาเพื่อให้มีความรู้เอาไว้ต่อสู้กับอำนาจของวรรณกะพราหมณ์ซึ่งมีอำนาจสูงสุดในสังคมแห่งยุคสมัยนั้น

ความจริง “นิติ” หรือ “นิติ” เป็นศิลปะศาสตร์แขนงที่ 11 ในศิลปะศาสตร์ทั้ง 18 ประการ หมายถึง “วิชาที่ศึกษาเรื่องอันว่าด้วย การปกครองบ้านเมืองโดยกฎหมาย”

ส่วนวิชาที่ศึกษากฎหมายนั้น คือ “วิชาธรรมศาสตร์” (ภาษาอังกฤษ ตรงกับคำว่า Jurisprudence) ซึ่งหมายถึง “วิชาที่ศึกษาเพื่อประสิทธิประสาทความยุติธรรม”

“หลักนิติธรรม” มีความหมายถึง “หลักการปกครองเมืองโดยกฎหมายซึ่งมุ่งที่ความเป็นธรรมในทางที่ชอบที่ควร” และ “วิชารัฐศาสตร์” นั้น คือ “วิชาที่ศึกษาข้อเท็จจริงหรือปรากฏการณ์ทางสังคมที่เป็นอยู่จริง ๆ” หมายความว่า ในขณะที่การศึกษากฎหมายเป็นเรื่องที่ศึกษาถึงสิ่งที่สังคมควรจะเป็น (Ought to be) แต่รัฐศาสตร์จะมุ่งศึกษาถึงปรากฏการณ์ทางสังคมที่กำลังเป็นอยู่จริง ๆ (Is)

ดังนั้น ทั้ง “นิติศาสตร์” และ “รัฐศาสตร์” จึงมีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้อกันอย่างใกล้ชิด อยู่ตลอดเวลาในลักษณะที่ ในขณะที่ รัฐศาสตร์เป็น “จุดมุ่งหมายของสังคม” ( Ends) นิติศาสตร์ก็เป็น “วิถีทางที่จะทำให้สังคมสามารถไปสู่จุดมุ่งหมายนั้น” (Means) ซึ่งหมายความว่า “กฎหมายนั้น เป็นเครื่องมือของสังคม”

นักกฎหมายในยุคก่อนๆ นั้นมักจะได้รับการอบรมสั่งสอนต่อๆ กันมาว่า “ความยุติธรรม” นั้นหมายถึง “ความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย” เท่านั้นและ “กฎหมาย” ก็คือบรรดาคำสั่งทั้งหลายของ รัฐาธิปัตย์ซึ่งมีอำนาจปกครองสูงสุด” แนวคิดเช่นนี้ยังคงเป็นตะกอนทางความคิดหรือยังคงเป็นทัศนคติของนักกฎหมายและบุคคลบางท่านอยู่ในยุคปัจจุบัน

แต่ที่จริงแล้วแนวคิดดังกล่าวมานี้เป็นแนวคิดของ “สำนักปรัชญาปฏิฐานนิยม” (Positivism) อันเป็นแนวคิดทางปรัชญาที่มีมาตั้งแต่ยุคที่สังคมยุโรปกำลังสร้างขึ้น “รัฐชาติ” (Nation state) ในยุคสมัยนั้นจึงจำเป็นต้องสร้างแนวคิดนี้ขึ้นมาเพื่อสนับสนุน “สถานะและอำนาจของชนชั้นผู้ปกครอง” โดยการสร้างหลักเกณฑ์ให้พลเมืองต้องเชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นคำสั่งของผู้ปกครองอย่างเคร่งครัด ผลที่เกิดขึ้นคือ กฎหมายในยุคสมัยนั้นจึงต้องเด็ดขาดและผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับผลร้ายจากการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น หมายความว่า ในสมัยนั้น “กฎหมาย” เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของชนชั้นผู้ปกครองเพื่อรักษา “สถานะและอำนาจ” ของชนชั้นผู้ปกครองเท่านั้น

ครั้นต่อมา เมื่อ “รัฐชาติ” มานคงขึ้นแล้ว “อำนาจรัฐ” ซึ่งในยุคนั้นก็คือ อำนาจของชนชั้นผู้ปกครองจึงได้ขยายอำนาจออกไปก้าวก่ายรื้อถอนและขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชนชั้นใหม่ซึ่งเป็น “เสรีชนชาวเมือง” ที่เรียกกันว่า “ชนชั้นกลาง” (Bourgeoisie) คำว่า “เสรีชน” นี้หมายความว่า การเป็นเสรีจากฐานันดรซึ่งเป็น โครงสร้างดั้งเดิมของสังคมยุโรปยุคศักดินาสวามิภักดิ์ (Feudalism) ภาวะความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ระหว่างผลประโยชน์ของชนชั้นดังกล่าว จึงนำไปสู่ “แนวคิดเสรีนิยมทางการเมือง” ( Liberalism) ซึ่งมีปรัชญาเน้นย้ำ “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน” และเน้นย้ำ “การจำกัดอำนาจรัฐ” หรือการจำกัดอำนาจของชนชั้นปกครองด้วยปรัชญาดังกล่าวและด้วยการผลักดันของเหตุการณ์ในบริบทเชิงประวัติศาสตร์จึงทำให้เกิดเป็นระบอบการปกครองแบบใหม่ขึ้นมา เรียกว่า “ระบอบประชาธิปไตยเสรีนิยม” ( Liberal democracy)

รัฐที่ปกครองในระบอบนี้จึงต้องเป็น “นิติรัฐ” ( Legal state) ซึ่งหมายถึง การเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย กล่าวคือ รัฐไม่สามารถจะดำเนินการอย่างไรก็ได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการดำเนินการทุกอย่างของรัฐจะต้องเป็นไปตามขั้นตอนและตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เพราะฉะนั้น ในรัฐประชาธิปไตยเสรีนิยม กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มาของอำนาจรัฐ” (Source of powers) และเป็นทั้ง “ข้อจำกัดของอำนาจรัฐ” นั้นด้วยในเวลาเดียวกัน ด้วยแนวคิดเสรีนิยมทางการเมืองดังกล่าวนี้ ในเวลาต่อมาจึงพัฒนาไปสู่แนวคิด

“รัฐธรรมนูญนิยม” ( Constitutionalism) ที่มุ่งให้ “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นกรอบกติกาทั้งหมดของระบอบการปกครองในรัฐเสรีนิยมสมัยปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นกรอบของรูปแบบโครงสร้างและความสัมพันธ์ขององค์กรใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งเป็นกติกาของการเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมืองของนักการเมืองและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรใช้อำนาจรัฐ และการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

“รัฐธรรมนูญ” คือ บทบัญญัติอันเป็นกฎหมายที่มีฐานะสูงสุดในบรรดา ลำดับชั้นของกฎหมายทั้งปวงของรัฐ ดังนั้น โดยนัยข้างต้น “กฎหมายในปัจจุบันนี้รวมทั้งรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งของสังคมเท่านั้น”

ทัศนคติในการใช้กฎหมายของนักกฎหมายในปัจจุบัน จึงมิได้เห็นว่าการเป็นเสมือน สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่อยู่บนหิ้งบูชาและคนทั้งไปทำได้แค่การเฝ้ากราบไหว้วิงวอนขอให้เกิดความยุติธรรมขึ้นมาเท่านั้น แต่กฎหมายเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของสังคมดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่มีฐานะสูงสุดเหนือกฎหมายทั้งปวงของรัฐ การใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้ในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อแสวงหาทางออกให้กับปัญหาของสังคมอีกทางหนึ่งด้วย

การใช้กฎหมายนั้น ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะตุลาการผู้วินิจฉัยคดีจะต้องค้นหาคำพบ “ความยุติธรรมที่เป็นเหตุผลธรรมชาติหรือเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Natural justice) มากยิ่งกว่าการมุ่งใช้กฎหมายเพื่อให้เป็น “ความยุติธรรมตามตัวอักษร” (Literal justice)”

ภายติกฎหมายโรมันบทที่หนึ่งกล่าวว่า “ Bonus iudex secundum aequum iudicat, et aequitatem stricti iuris praefert. แปลว่า “ผู้พิพากษาที่ดีย่อมวินิจฉัยและตัดสินเพื่อความยุติธรรมตามทางที่ชอบ และถือเอา “ความเป็นธรรม” สำคัญกว่ากฎหมายอันเคร่งครัด”

ข้อ 2. ว่าด้วยเรื่อง “เจตนารมณ์ของกฎหมาย”

ในข้อนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540) เป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน โดยแท้ นับตั้งแต่ขั้นตอนในการกำหนดกรอบความคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญและกระบวนการในการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งกระทำโดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากตัวแทนผู้ได้รับการคัดเลือกจากประชาชนทั้งประเทศ (จังหวัดละ 1 คน รวมกับนักวิชาการอีก 23 คน) ดังนั้น เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงถือได้ว่าเป็นเจตนารมณ์ของปวงชนชาวไทย

ข้อเท็จจริงอันสำคัญยิ่งอีกประการหนึ่งคือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีจุดมุ่งหมายเพื่อการปฏิรูปทางการเมือง ส่วนใหญ่ที่ผ่านมานั้น การเมืองของประเทศไทยเป็นการเมืองของกลุ่มผลประโยชน์ เป็นการเมืองที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแอบแฝงใช้อำนาจรัฐเพื่อพิทักษ์และเพิ่มพูนผลประโยชน์ของตนเองและชนชั้นของตนเอง

เราต้องยอมรับความจริงข้อหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมาในอดีตมิใช่กรอบกติกาของสังคมที่มีไว้เพื่อการแบ่งปันความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจรัฐ แต่รัฐธรรมนูญดังกล่าวหลายฉบับเป็นเพียงกลไกหรือเป็นเพียงกติกาของกลุ่มผลประโยชน์ที่จะใช้เพื่อรักษาและเพิ่มพูนอำนาจและผลประโยชน์เฉพาะกลุ่มหรือเฉพาะชนชั้นของตนเอง หรือใช้รัฐธรรมนูญนั้นเพื่อสกัดกั้นลดทอนอำนาจและบทบาทของกลุ่มผลประโยชน์อื่น รวมทั้งเพื่อสกัดกั้นพลังของชนชั้นอื่นที่กำลังเติบโต

การเมืองของประเทศไทยจึงเป็นเรื่องการต่อสู้ของกลุ่มพลังที่เป็นฝักฝ่ายและอยู่คนละส่วนกัน เป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่ง “รัฐธรรมนูญ” ที่จะเป็นกติกาอันเอื้ออำนวยต่อผลประโยชน์ของกลุ่มตนมาโดยตลอด

ภาวะดังกล่าวจึงนำไปสู่ความขัดแย้งแย่งชิง “ความเป็นตัวแทนของประชาชน” เพื่อใช้อ้างเป็นความชอบธรรมในการเข้ามาสู่การดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันเป็นตำแหน่งใช้อำนาจรัฐลักษณะเช่นนี้จึงก่อให้เกิดวิกฤตขึ้นในทุกส่วนของสังคม อันเป็นทั้งวิกฤตความขัดแย้งของกลุ่มพลังอำนาจและเป็นทั้งวิกฤตความขัดแย้งในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ

ปัญหาความขัดแย้งและวิกฤติของชาติดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการปฏิรูปทางการเมือง ซึ่งเป็นการปฏิรูปโดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ในเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นเจตนารมณ์ของปวงชนชาวไทย ดังนั้นการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงต้องคำนึงถึง “เจตนารมณ์ของประชาชน” ด้วย

เจตนารมณ์ประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ การตรวจสอบบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งปรากฏในหมวดที่ 10 อันเป็นหมวดที่ว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อันหนึ่ง จำเป็นต้องเข้าใจก่อนว่า การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ

ประการที่หนึ่ง เป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ออกกฎหมายนั้น ซึ่งในที่นี้ก็คือ การตีความตามเจตนารมณ์ของประชาชนซึ่งเป็นที่มาของการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้

การตีความตามเจตนารมณ์ของประชาชนซึ่งเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ปรากฏให้เห็นให้ชัดเจนว่า เจตนารมณ์อันสำคัญอีกประการหนึ่งของการปฏิรูปการเมือง ก็คือ การป้องกันและขจัดนักการเมืองทุจริต คอร์รัปชัน โดยเฉพาะการใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งทางการเมือง แสวงประโยชน์โดยมิชอบ

ส่วนการตีความกฎหมายในลักษณะประการที่สอง อันได้แก่ “การตีความตามเจตนารมณ์ที่ปรากฏตามตัวบทกฎหมายนั่นเอง” นั้นมีหลักการตีความสำคัญอยู่ 2 ประการ

1.) หลัก *Ejusdem generis* (อ่านว่า อียุสเด็ม เจนเนอริส) ซึ่งหมายถึง การตีความกฎหมายจะต้องสอดคล้องและรับกันกับความหมายหรือจุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ของถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่อยู่ในมาตราเดียวกัน หรือที่อยู่ในหมวดหมู่เดียวกัน หรือที่อยู่ในเรื่องเดียวกัน หรือแม้กระทั่งที่อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน

2.) หลัก *Golden rule* ซึ่งหมายถึง การตีความกฎหมายจะต้องละเว้น ไม่ตีความให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา โดยเฉพาะการตีความกฎหมายแบบตีความตามตัวอักษร ( *Literal rule*) จะต้องไม่เกิด “ผลประหลาดที่ไม่น่าจะเป็น” ( *A manifest absurdity*) ซึ่งผลเช่นนั้นมิใช่สิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติปรารถนา

การตีความกฎหมายตามหลักการตีความข้อ 1.) จะเห็นได้ว่า มาตรา 295 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน เป็นมาตรา “ให้พ้นจากตำแหน่ง” กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง “จงใจ” ปกปิดหรือไม่แสดงรายการบัญชีทรัพย์สินฯ ส่วนมาตรา 303 ซึ่งอยู่ในหมวดเดียวกันเป็นมาตรการ “ถอดถอนออกจากตำแหน่ง” กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีพฤติการณ์ใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งแสวงประโยชน์โดยมิชอบ

ทั้งมาตรา 295 และ มาตรา 303 ต่างอยู่ในหมวดที่ 10 ซึ่งเป็นหมวดที่ว่าด้วย “การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” ด้วยกัน เพราะฉะนั้น โดยหลักการตีความกฎหมายข้อแรกนี้ เมื่อพิจารณาพร้อมกับ “เจตนารมณ์เพื่อการปฏิรูปการเมือง” ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว ย่อมจะต้องตีความให้สอดคล้องและรับกันด้วยว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 295 นั้นมุ่งใช้มาตรการ “ให้พ้นจากตำแหน่ง” กับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทุจริต คอร์รัปชัน หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ทางการเมืองแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ และจงใจปกปิดไม่แสดงบัญชีรายการทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคอร์รัปชันนั้น

ดังนั้นเมื่อกรณีนี้ อดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ 23 มิได้เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่มีพฤติกรรมทุจริตและมีได้ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ หรืออีกนัยหนึ่งทรัพย์สินดังกล่าวมิใช่ทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตคอร์รัปชันอันเป็นการได้ทรัพย์สินนั้นมาจากการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ ซึ่งเป็นกฎหมายตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและเป็นเจตนารมณ์หลักของปวงชนชาวไทย กรณีนี้จึงมิใช่เหตุให้ อดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ 23 ต้องพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 295 นี้แต่อย่างใด

หลักการตีความกฎหมาย ข้อ 2.) อันได้แก่หลัก Golden rule นั้นจะต้องพิจารณาให้เห็นอย่างถ่องแท้ว่า อดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ 23 ได้เข้ามาสู่ตำแหน่งทางการเมืองด้วยวิถีทางแห่งประชาธิปไตยและด้วยหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมืองด้วยวิธีการเลือกตั้งในระบบบัญชีรายชื่อ (Party list) ซึ่งมีหลักเกณฑ์การคำนวณที่นั่งของผู้ได้รับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทน โดยการนับคะแนนแบบสัดส่วนจากคะแนนเสียงของประชาชนทั่วประเทศอันแสดงถึงความเห็นชอบและเป็นความยินยอมของประชาชนซึ่งเป็นเสียงข้างมากอย่างแท้จริง

เมื่อข้อเท็จจริงเป็นเช่นนี้ การตีความเพื่อใช้กฎหมายอย่างใดๆ ย่อมจะต้องพิจารณาถึงหลัก Majority Rule อันเป็นเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเป็นประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้ด้วย

ดังนั้นหากเป็นการตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษรและการตีความเช่นนั้นจะเกิดเป็นผลให้ อดีตนายกรัฐมนตรีนครินทร์ 23 ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่มีพฤติกรรมทุจริตคอร์รัปชันและมีได้มีพฤติการณ์ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบต้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมืองไป การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นการตีความที่ทำให้เกิด “ผลอันประหลาดที่ไม่น่าจะเป็น” ซึ่งเป็นข้อห้ามตามหลัก Golden rule ทั้งนี้โดยคำนึงถึงเหตุผลที่ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์ทั้งหลายเพื่อให้ได้คนดีที่มีความรู้ มีความสามารถ มีคุณธรรมและซื่อสัตย์สุจริตมาดำรงตำแหน่งทางการเมืองแต่ในขณะเดียวกันกลับกลายเป็นว่า

รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้เองที่จะเอาคนดี มีความรู้ มีความสามารถ มีคุณธรรมและซื่อสัตย์สุจริต ที่ได้เข้ามาสู่การดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามวิถีทางประชาธิปไตยซึ่งกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้และด้วยเสียงข้างมากของประชาชนตามหลัก Majority rule ต้องพ้นจากตำแหน่งไปทั้งหลัก Eiusdem generis และหลัก Golden rule เป็นหลักกฎหมายซึ่งใช้สำหรับการตีความกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อค้นหา “ความมุ่งหมายและเจตนารมณ์” ของกฎหมาย ดังนั้น สามารถใช้อ้างเพื่อตีความกฎหมายได้ทุกประเภท ทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 1 และกฎหมายมหาชน ของไทยใช้ทั้ง 2 หลัก

ข้อ 3. ว่าด้วยการตีความให้สอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมาย

นอกจากการตีความตามหลักกฎหมายทั่วไปข้างต้นแล้ว การตีความเพื่อใช้กฎหมายยังจะต้องตีความให้สอดคล้องกับ “ปรัชญา” ของกฎหมายแต่ละประเภทอีกด้วย หมายความว่า เบื้องแรกสุดจะต้องแยกพิจารณาว่าปัญหานั้นๆ เป็นปัญหาตามกฎหมายเอกชนหรือเป็นปัญหาตามกฎหมายมหาชน

กฎหมายแต่ละประเภทย่อมมีสาระสำคัญและมีจุดมุ่งหมายเฉพาะของกฎหมายประเภทนั้นๆ ปรัชญาของกฎหมายแต่ละประเภทยิ่งแตกต่างกัน

ด้วยเหตุนี้ การตีความกฎหมายแต่ละประเภทยิ่งต้องตีความให้สอดคล้องกับ “ปรัชญา” ของกฎหมายแต่ละประเภทดังกล่าว

การตีความรัฐธรรมนูญตามมาตรา 295 เป็นกรณีเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายมหาชน

ปรัชญาของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน คือหลักแห่งความเสมอภาค และความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาของคู่กรณีซึ่งมุ่งที่ประโยชน์ส่วนบุคคลในฐานะที่เท่าเทียมกัน

ปรัชญาของกฎหมายอาญาซึ่งมีลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา คือ การรักษาสมดุลระหว่างโทษสำหรับการกระทำของผู้กระทำความผิดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

ส่วนปรัชญาของกฎหมายมหาชน นั่นคือ ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของประเทศชาติ รวมทั้งประสิทธิภาพในการบริหารรัฐกิจ

ถ้าหากเป็นกรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐรวมทั้งหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ปรัชญาของกฎหมายมหาชนในกรณีหลังนี้ก็คือ การประสานความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประสิทธิภาพในการบริหารรัฐกิจของรัฐ กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ด้วยปรัชญาที่แตกต่างกันของกฎหมายแต่ละประเภท ดังนั้นการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งต่อการกำหนดโทษของผู้กระทำความผิดกฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ



ของบุคคล การตีความกฎหมายอาญาจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมายเท่านั้น หากการกระทำของจำเลยไม่เข้าข้อบัญญัติของกฎหมายจะตีความขยายออกไปให้เป็นผลร้ายกับจำเลยมิได้ การตีความกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ของเอกชน รวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเองในฐานะที่เท่าเทียมกันและมุ่งที่ผลประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคน ดังนั้น การตีความกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็ยังกำหนดวิธีการอุดช่องว่างกฎหมายไว้เพื่อให้สามารถหาข้อยุติอันเป็นธรรมได้

ส่วนการตีความกฎหมายมหาชนนั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของกฎหมายมหาชนนั้นเกี่ยวกับ “ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของรัฐ” ดังนั้น การตีความกฎหมายมหาชนจึงต้องคำนึงถึง “เหตุผลและความจำเป็นของรัฐ” (Reason of state) ผลกระทบที่เกิดขึ้นติดตามมา รวมทั้งต้องคำนึงถึงสาระสำคัญในมิติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับปัญหานั้นๆ อย่างรอบด้าน ที่สำคัญที่สุด คือปัญหาทางกฎหมายจะต้องใช้ “นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน” กล่าวโดยสรุปนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน คือการไม่นำเอาหลักกฎหมายเอกชนและวิธีคิดวิธีวิเคราะห์ปัญหาตามแบบของกฎหมายเอกชนมาใช้โดยตรงกับปัญหาทางกฎหมายมหาชน แต่ศาลจะต้องสร้าง “หลักกฎหมายมหาชน” ขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีอันเป็นปัญหาทางกฎหมายมหาชนนั้น “หลักกฎหมายมหาชน” ดังกล่าว ย่อมสร้างขึ้นมาจาก “ปรัชญากฎหมายมหาชน” อันได้แก่ “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “ประโยชน์ของประเทศชาติ” รวมทั้ง “เหตุผลและความจำเป็นของรัฐ” เป็นสำคัญ

ข้อ 4. ว่าด้วยอุปสรรคของการตีความและการใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน  
อุปสรรคอันสำคัญยิ่งของการตีความกฎหมายมหาชนและการใช้นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน คือ ความคุ้นเคยและการติดยึดอย่างไม่รู้ตัวอยู่กับวิธีคิดวิธีวิเคราะห์ตามแบบของกฎหมายเอกชน อันเป็นผลมาจากการได้รับการศึกษามาเฉพาะแต่ในแนวทางของกฎหมายเอกชน ประกอบกับการสั่งสมประสบการณ์จากการทำงานและความคุ้นเคยกับวิธีคิดตามแบบของกฎหมายเอกชนมาตลอดชีวิต

ความคุ้นเคยและการติดยึดดังกล่าวทำให้มุ่งแต่จะสร้างเพียง “ความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย” และมุ่งแต่จะสร้าง “ความยุติธรรมที่ตั้งอยู่บนความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของเอกชน” อันเป็นไปตามปรัชญากฎหมายเอกชนเท่านั้น โดยมีได้มุ่งพิจารณาที่ “เหตุผลและความจำเป็นของรัฐ” รวมทั้ง “ความยุติธรรมตามทางที่ชอบ” ซึ่งเป็นทางออกของสังคมที่เหมาะสม เป็นธรรมและสอดคล้องกับภาวะของสังคมเป็นสำคัญ

ข้อ 5. ว่าด้วยพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 เกี่ยวกับการใช้กฎหมาย

อุปสรรคและการติดขัดอยู่ในวงความคิดข้างต้น อาจทำให้หลุดพ้นและมองเห็น “สังคม” ในเรื่องการตีความกฎหมายเพื่อความเป็นธรรมนี้ได้ จึงขออัญเชิญพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 ในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้วิชาความรู้ ชั้นเนติบัณฑิตสมัยที่ 33 ปีการศึกษา 2523 ณ อาคารใหม่สวนอัมพร เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 29 ตุลาคม 2524 ดังความต่อไปนี้

“...มีคำพูดที่พูดถึงนักกฎหมายอย่างหนึ่งว่า คนที่ทำงานกับกฎหมายมากๆ มักจะติดอยู่กับตัวบทกฎหมาย คำพูดอย่างนี้จะไม่ใช่คำชมหากเป็นคำตีดึงนักกฎหมายบางคน ที่ถือแต่ตัวกฎหมายเป็นหลักในการชำระรักษาความยุติธรรมซึ่งจะเป็นการคับแคบเกินไป และอาจทำให้รักษาความยุติธรรมไว้ได้ไม่เต็มที่ ผู้ทำหน้าที่พิทักษ์ความยุติธรรมหรือความเป็นธรรมจึงควรระมัดระวังให้มาก คือ ควรจำได้ทำความเข้าใจให้แน่ชัดว่ากฎหมายนั้น ไม่ใช่ตัวความยุติธรรม แต่เป็นเพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งสำหรับใช้ในการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น การใช้กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายใช้เพื่อรักษาความยุติธรรม ไม่ใช่เพื่อรักษาตัวบทกฎหมายนั่นเอง และการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินก็มิได้มีวงแคบอยู่เพียงขอบเขตของกฎหมาย หากต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรยาตลอดจนเหตุและผลตามเป็นจริงด้วย ท่านทั้งหลายชอบที่จะตั้งความคิดจิตใจไว้ให้ถูกต้องเป็นอิสระ ทั้งเพียรพยายามที่จะฝึกหัดตนให้เป็นคนกล้า หมายถึง กล้าที่จะทำความถูกต้องเป็นธรรม ไม่ยอมตัวให้ติดอยู่กับความคิดและแบบวิธีอันคับแคบ เพื่อช่วยกันต่อสู้ป้องกันมิให้ความสุจริตยุติธรรมต้องถูกข่มยี้ให้เศร้าหมอง และกำจัดสิ่งทีเรียกว่าช่องโหว่ในกฎหมายให้ลดน้อยหมดสิ้นไป การใช้กฎหมายของเราก็จะบรรลุดุจดหมายอันสูงส่งที่มุ่งประสงค์ได้ในที่สุด...”

ข้อที่ 6. ว่าด้วยข้อที่ควรคิด

ด้วยแนวทางแห่งวิธีคิดที่ถูกต้องดังกล่าวข้างต้น จึงควรที่จะทำความเข้าใจให้ถูกต้องว่า รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในทางทฤษฎีนั้นแท้ที่จริงแล้วรัฐธรรมนูญก็เป็นเพียงกฎหมายทางกฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมืออีกอย่างหนึ่งในการหาทางออกให้กับปัญหาของสังคม การตีความหรือการใช้กฎหมายทางกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงควรที่จะใช้ให้บังเกิดผลอย่างสร้างสรรค์โดยยึดถือเอา “เหตุผลและจำเป็นของรัฐ” (Reason of state) และ “ประโยชน์ของประเทศชาติ” เป็นหลักในการพิจารณาด้วย

ในช่วงของเวลาที่ประเทศชาติกำลังเผชิญอยู่กับปัญหาความขัดแย้งของกลุ่มผลประโยชน์ และกลุ่มพลังอำนาจในสังคมและวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจครั้งสำคัญอันถือได้ว่า “วาระแห่งชาติ” ซึ่งนำมาสู่การปฏิรูปทางการเมืองนี้สิ่งที่คนไทยทุกคนควรจะต้องคิดและต้องตระหนักในภาวะ

เช่นนี้ ก็คือ ทุกคนและทุกฝ่ายควรที่จะทำหน้าที่ของตนให้ดีที่สุด แต่จะต้องยุติ “ความคิดแบบแบ่งแยกเป็นฝักฝ่าย” อันเป็นความคิดที่มุ่งแต่จะคัดค้าน สกัดกั้นและทำลายพวกที่มีใช้ฝ่ายตนในทุกเรื่องและทุกวิถีทาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องยุติความคิดอันคับแคบที่คิดแต่เพียงจะให้ฝ่ายตนหวนกลับคืนสู่อำนาจเพื่อพิทักษ์และเพิ่มพูนเฉพาะแต่ผลประโยชน์ของกลุ่มและชนชั้นของพวกตนเองเท่านั้น

หลักนิติธรรมได้กลายเป็นถ้อยคำสำคัญที่ได้รับการกล่าวถึงจากบุคคลหลายสาขาอาชีพ และสาขาวิชาในปัจจุบัน โดยเฉพาะนักวิชาการทางกฎหมายและยังคงเป็นคำที่ังมีความเห็นไม่ลงรอยกันจากหลายฝ่ายในเรื่องของความหมาย ลักษณะองค์ประกอบ ประโยชน์และข้อจำกัดของมัน รวมไปถึงการถกเถียงว่าหลักนิติธรรมเป็นสิ่งที่ดีในทุกกรณีหรือทุกสังคมหรือไม่ และคำถามอื่นๆ ที่ตามมา ข้อสงสัยเหล่านี้ได้กลายเป็นปัญหาในการทำความเข้าใจในหลักนิติธรรมสำหรับผู้ที่กำลังเริ่มต้นศึกษาถึงหลักนี้

บทความนี้จึงต้องการที่อธิบายภาพรวมพื้นฐาน โดยทั่วไปของหลักนิติธรรมเพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นในการทำความเข้าใจ ความเข้าใจโดยไม่ต้องมุ่งเลยไปถึงการถกเถียงกันในทางปรัชญาแนวความคิดหรือทฤษฎีของมันหากเพียงต้องการให้มองเห็นแนวทางการนำหลักนิติธรรมไปใช้ในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงในสังคมทุกวันนี้ที่กำลังมีการพัฒนาหลักนิติธรรมมาใช้อย่างกว้างขวาง โดยในบทความนี้จะครอบคลุมในเรื่องของความหมายหน้าที่ ประโยชน์ และลักษณะของหลักนิติธรรม รวมทั้งเรื่องของข้อจำกัดและข้อควรพิจารณาที่น่าเป็นห่วงในการใช้หลักดังกล่าวนี้

หลักนิติธรรม โดยพื้นฐานแล้วหลักนิติธรรมก็คือ การมีข้อกำหนดว่าเจ้าหน้าที่ปกครอง และพลเมืองจะถูกผูกความสัมพันธ์ไว้โดยกฎหมายและปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งข้อกำหนดนี้ได้เป็นที่มาของลักษณะที่สำคัญ คือกฎหมายนั้นต้องถูกประกาศไว้ล่วงหน้าให้สามารถรับรู้และคาดหมายได้ถึงมืออยู่ ต้องทำสำหรับกิจกรรมสาธารณะต้องมีลักษณะบังคับใช้ทั่วไป ชัดเจน ไม่ผันผวน ง่าย แน่นนอนและถูกต้องนำไปใช้กับทุกคนที่เกี่ยวข้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย นอกจากนี้ความหมายพื้นฐานนี้แล้ว หากเพิ่มเติมความหมายเพิ่มขึ้นอีกอาจต้องพิจารณาถึงสิทธิพื้นฐาน การปกครองแบบประชาธิปไตย หลักความยุติธรรม เป็นต้น เหล่านี้คือความหมายพื้นฐานของหลักนิติธรรมซึ่งประกอบด้วยแนวทางซึ่งนักวิชาการเห็นพ้องต้องกันและใช้ร่วมกันแล้ว การรับทราบถึงความหมายพื้นฐานเหล่านี้จะช่วยปูความรู้เริ่มต้นเพื่อนำเอาไปใช้ในการพิจารณาความหมายที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นอีกซึ่งเกิดอยู่ในสังคม

หลักนิติธรรมมีหน้าที่หลัก 2 ประการ คือ ประการแรก การกำหนดข้อจำกัดทางกฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ปกครอง ประการที่สอง การรักษาระเบียบและประสานความสัมพันธ์ในกิจกรรมต่างๆ ของพลเมือง

#### 6.1 การกำหนดหลักนิติธรรมทางกฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ปกครอง

หน้าที่หลักประการแรกของหลักนิติธรรม คือการกำหนดข้อจำกัดทางกฎหมายให้แก่เจ้าหน้าที่ปกครองซึ่งมีการกำหนดไว้ 2 ประการด้วยกัน คือประการแรกโดยการกำหนดให้เชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้น และประการที่สอง โดยการกำหนดข้อจำกัดทางกฎหมายของอำนาจในการจัดทำกฎหมายทั้งสองประการนี้เกิดขึ้นจากความหวั่นจากในเรื่องของความยากในการควบคุมการใช้กฎหมายที่ปฏิบัติ โดยผู้ถืออำนาจอธิปไตยหรือฝ่ายปกครอง ซึ่งความหวั่นวิตกนี้เกิดขึ้นอยู่เสมอตลอดเวลาตั้งแต่ในอดีตกาลจนถึงปัจจุบัน ซึ่งหลักนิติธรรมก็ได้ถูกสร้างมาแก้ไขความหวั่นวิตกนี้ โดยการเข้ามากำหนดข้อจำกัดทางกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง

ประเภทแรกของข้อจำกัดทางกฎหมาย ก็คือ เจ้าหน้าที่ปกครองต้องเชื่อฟัง และปฏิบัติตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นในทุกเวลาที่มีการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมีด้วยกัน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การกระทำต่างๆ ในการปกครองจะต้องมีอำนาจอย่างชัดเจนโดยปราศจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมและต้องไม่ปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่ฝ่าฝืนข้อห้ามหรือข้อจำกัดทางกฎหมาย ในลักษณะแรก อาจมีข้อยกเว้นหรือการปรับเปลี่ยนบ้าง หากแต่ลักษณะที่สองจะเข้มงวดก็คือ ถ้าหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประรณจะปฏิบัติการใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายบ้านเมืองที่มีอยู่แล้ว กฎหมายนั้นต้องถูกเปลี่ยนให้เรียบร้อยตามกระบวนการทางกฎหมายทั่วไปเสียก่อนที่จะสามารถปฏิบัติตามที่ต้องการ

ปัญหาพื้นฐานที่มีอยู่ในข้อจำกัดประเภทแรกนี้ ก็คือ เรื่องของการบังคับใช้กฎหมายที่ต้องการให้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องถูกผูกพันและบังคับโดยตัวมันเอง ซึ่งฮอบบส์ก็ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ว่าเป็นไปได้ยากในทางตรรกะและทางปฏิบัติที่ “ฝ่ายปกครองซึ่งมีการผูกพันเพียงกับตัวเองนั้น ไม่ใช่เป็นการผูกพัน”

เนื่องจากตัวของตัวเองย่อมยากที่จะควบคุมจำกัดตัวเองได้ดีพอ ดังนั้น การแก้ไขปัญหานี้ก็คือ โดยการแยกอำนาจปกครองให้แก่สถาบันการปกครองต่างๆ อย่างเป็นระบบและโดยการแยกแยะบุคคลออกจากตำแหน่งหน้าที่ในทางปกครองต่างๆ อย่างเป็นระบบและโดยการแยกแยะบุคคลออกจากตำแหน่งหน้าที่ในทางปกครองที่บุคคลนั้นดำรงตำแหน่งอยู่กรณีจะเห็นว่าเจ้าหน้าที่ปกครองนั้น ไม่ได้ผูกพันควบคุมตัวเอง หากแต่มีสมาชิกคนอื่นๆ จากสถาบันอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งในการปกครองนั้น ไม่ว่าจะป็นศาลหรืออัยการ เป็นผู้ตรวจสอบพวกเขาตามกฎหมายกำหนด

ประเภทที่สอง คือเรื่องของการห้ามทางกฎหมายที่กำหนดข้อจำกัดในตัวกฎหมายเอง และการสร้างข้อจำกัดบนอำนาจการจัดทำกฎหมายของฝ่ายปกครอง ภายใต้ข้อห้ามทางกฎหมาย ประเภทที่สองนี้ การกระทำที่อยู่ห้ามไว้ไม่สามารถได้รับการอนุญาตได้อย่างชอบด้วยกฎหมาย แม้โดยอำนาจในการจัดทำกฎหมายที่ชอบธรรมก็ตามข้อกำหนดทางกฎหมายในกรณีนี้ถูกจัดไว้ในลำดับขั้นที่สูงกว่าหรือควบคุมอยู่เหนือการจัดทำ กฎหมายตามปกติ รูปแบบที่คุ้นเคยกันในเรื่องนี้ ได้แก่ หนึ่ง เรื่องของข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ สอง ข้อจำกัดทางกฎหมายภายนอกหรือระหว่างประเทศ สาม เรื่องข้อจำกัดด้านสิทธิมนุษยชนและสุดท้ายคือเรื่องข้อ จำกัดทางความเชื่อหรือกฎหมายธรรมชาติ จะเห็นได้ว่ารูปแบบกฎหมายเหล่านี้จะมีศักดิ์สูงกว่าและเป็นตัวกำหนด ข้อห้ามได้แก่การจัดทำกฎหมายที่มีโดยทั่วไป

ในสองรูปแบบแรกจะมีลักษณะพิเศษเหมือนกันก็คือแม้ว่าจะสามารถถูกแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้โดยองค์กรทางกฎหมายอันใดอันหนึ่ง แต่ก็มีความแตกต่างในข้อที่ว่าไม่สามารถใช้วิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยวิธีการปกติได้ที่จะกระทำโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางกฎหมายได้ ดังจะเห็นได้ว่า การกำหนดข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญและข้อกำหนดทางกฎหมาย ภายนอกหรือระหว่างประเทศต่างๆ นั้น ย่อมจะมีความยากเป็นพิเศษมากกว่าที่จะดำเนินการได้ใน กระบวนการจัดทำกฎหมายตามปกติ ทั้งนี้ก็เนื่องจากเรื่องของศักดิ์ทางกฎหมายที่ว่าหากเป็น กฎหมายในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าจำเป็นต้องถูกควบคุมดำเนินการเปลี่ยนแปลงโดยองค์กรหรือหน่วย จัดทำกฎหมายที่แตกต่างออกไปจากปกติ

ตัวอย่างเช่น ในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่อาจมีการกำหนดเสียง ส่วนใหญ่เป็นกรณีพิเศษ ในขณะที่การจัดทำกฎหมายในกรณีปกติจะกำหนดให้ใช้เพียงเสียงส่วน ใหญ่เท่านั้น หรืออาจกำหนดให้การแก้ไข เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจะต้องถูกดำเนินการโดยองค์กร หรือหน่วยพิเศษเป็นการเฉพาะที่มีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ในเรื่องการ แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นเรื่องของกฎหมายภายนอก หรือระหว่างประเทศก็ จะต้องมีการดำเนินการ โดยสถาบันภายนอกหรือระหว่างประเทศซึ่งมีอำนาจพิเศษเหนือกว่าอำนาจ ของรัฐประชาชาติที่จะดำเนินการเองโดยลำพังจะเห็นได้จากตัวอย่างว่า กระบวนการพิเศษในการ จัดทำกฎหมาย เหล่านี้จะช่วยเพิ่มความสามารถให้แก่ข้อจำกัดทางกฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ในขณะที่ข้อจำกัดรูปแบบที่สามและสี่ได้รับการยอมรับว่า เป็นเรื่องที่อยู่เหนืออำนาจ

ในการจัดทำกฎหมายของรัฐหรือหน่วยงานจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศ คำประกาศสิทธิ มนุษยชนซึ่งปรากฏในรูปแบบของกฎหมายบ้านเมือง ก็จะเป็นแนวคิดสำคัญที่ดำรงอยู่ก่อนหรือ ดำรงอยู่แยกต่างหากจากเอกสารตัวอักษรทั้งหลายที่กำหนด แนวคิดสิทธิมนุษยชนไว้ ดังนั้น ถึงแม้ว่าเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้หากมีการเปลี่ยนแปลงหรือ ยกเลิกไปก็ไม่

กระทบกระเทือนถึงการดำรงอยู่ของแนวคิดนี้ กรณีนี้จะมีความคล้ายคลึงกันกับกรณีหลักกฎหมาย  
 ธรรมชาติ และหลักการความเชื่อหรือศาสนา ซึ่งเป็นแนวคิดทั่วไปที่ดำรงอยู่อย่างอิสระจาก  
 หน่วยงานหรือองค์กรจัดทำกฎหมายใดๆ ของมนุษย์ตามที่หน่วยงานทางศาสนาก็ได้เห็นด้วยใน  
 ภายหลังลักษณะเช่นนี้ได้ทำให้ข้อจำกัดรูปแบบดังกล่าวเกิดขึ้นในกฎหมายของรัฐ หากแต่ไม่มีฝ่าย  
 ปกครองหรือองค์กรจัดทำกฎหมายใดๆ สามารถเปลี่ยนแปลงได้

ปัญหาที่สัมพันธ์กันหลายประการเกิดขึ้นกับข้อห้ามประเภทที่สองนี้ ในเรื่องของ  
 ข้อจำกัดทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งบ่อยครั้งเกิดการขัดแย้งกันเนื่องจากมันเข้าไปขัดขวาง  
 ความสามารถของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์ ปัญหาหลัก  
 เหล่านี้คือ

ในสังคมประชาธิปไตย ข้อห้ามนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ถึงเรื่องการใช้อำนาจเกิน  
 ขอบเขต หรือใช้อำนาจจำกัดการจัดทำกฎหมายตามแบบประชาธิปไตย แต่สำหรับในกรณีของรัฐ  
 เผด็จการต่างๆ ข้อห้ามนี้ได้เข้าไปขัดขวางอำนาจในการปกครองจากการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ  
 ในการดำเนินการตามที่รัฐเผด็จการต้องการ ในทั้งสองกรณีเมื่อแรงจูงใจ กำลังถูกผลักดันอย่าง  
 เต็มที่ ก็จะเกิดความพยายามที่จะหลบหลีกหรือละเลยข้อจำกัดทางกฎหมายที่สูงกว่าขึ้นมาได้

คำถามยากในเรื่องของขอบเขต ความหมาย และการนำไปใช้ของข้อจำกัดทาง  
 กฎหมายดังที่ได้กล่าวแล้วนั้น บางครั้งก็ก่อให้เกิดคำถามที่ได้แย้งกันในเรื่องของการตีความเนื้อหาที่  
 สำคัญอย่างยิ่ง ก็คือการสร้างสถาบันหรือบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจเป็นที่สุดในเรื่องของการตีความ  
 ซึ่งตามปกติแล้วก็คือศาลยุติธรรม แต่ก็ไม่ใช่สิ่งจำเป็นเสมอไป ในทางทฤษฎี อำนาจในการตีความ  
 ข้อจำกัดทางกฎหมายต่างๆ ไม่ควรให้ไว้ที่องค์กรเดียวกันกับที่มีอำนาจในการจัดทำกฎหมายโดย  
 ปกติด้วย เนื่องจากเป็นไปได้ที่จะทำให้เสื่อมเสียแก่ข้อจำกัดเมื่ออำนาจนี้ถูกจัดสรรไปให้ศาล และ  
 บทบัญญัติกฎหมายที่ถูกตีความมีลักษณะที่ไม่มีขอบเขตแน่ชัด และการตัดสินใจสิ่งเกี่ยวข้องทาง  
 การเมือง อาจก่อให้เกิดการคัดค้านขึ้นซึ่งศาลมีความผูกพันที่จะปฏิบัติภารกิจตามหน้าที่ในเรื่อง  
 ของการเมืองเท่าที่การตัดสินใจของพวกเขาจะจำกัด หรือควบคุมอำนาจทางการเมืองได้

ประเด็นสำคัญอีกหนึ่งที่มาพร้อมกันกับข้อห้ามประเภทแรกข้างต้น คือว่า ข้อจำกัดที่  
 ถูกกำหนดโดยการตัดสินใจเหล่านี้จะสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่ ปัญหานี้เกิดขึ้นมาเนื่องจากกฎหมาย  
 ได้กำหนดข้อจำกัดให้แก่อำนาจการจัดทำกฎหมายของฝ่ายปกครอง เมื่อข้อจำกัดมีอยู่ภายในระบบ  
 เช่นเดียวกับข้อจำกัดที่ถูกกำหนดทางรัฐธรรมนูญ การแบ่งแยกทางสถาบันที่ถูกอธิบายไปก่อนหน้านี้  
 นี้จะสามารถแก้ไขปัญหาได้ และเมื่อเป็นข้อจำกัดมีอยู่ภายนอก เช่น ในกฎหมายภายนอก สิทธิ  
 มนุษยชน กฎหมายธรรมชาติ และข้อจำกัดทางความเชื่อศาสนา ความร่วมมือของฝ่ายปกครองที่ถูก  
 จำกัดต้องได้รับการปกป้อง ไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือโดยวิธีบังคับโดยใช้มาตรการลงโทษโดยเฉพาะ

อย่างยิ่ง บรรทัดฐานสิทธิมนุษยชนและบรรทัดฐานทางความเชื่อศาสนาได้เกิดขึ้นมาต่อต้านความจริงที่ว่าฝ่ายปกครองสามารถละเลยคำสั่งต่างๆ ด้วยการปลดเปลื้องความเกี่ยวข้องออกไป

## 6.2 การรักษาระเบียบข้อบังคับ และประสานความสัมพันธ์ในกิจกรรมต่างๆ ของพลเมือง

ลักษณะของหลักนิติธรรมแบบนี้ ถือว่าเป็นกรอบโครงสร้างของระเบียบข้อบังคับของกฎหมายที่ใช้ปกครองพฤติกรรมทางสังคม โดยทั่วไปแล้วประชาชนต้องประพฤติในวิธีการซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบข้อบังคับทางกฎหมาย การฝ่าฝืนละเมิดระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายหรือการแตกแยกทางสังคม ไม่ว่าจะดูแลในทางอาญาหรือแพ่ง (สังคมจะวางเส้นที่แตกต่างกัน) จะกระตุ้นการตอบสนองจากสถาบันทางกฎหมายซึ่งมีหน้าที่ในเรื่องของการบังคับใช้ข้อกำหนดทางกฎหมาย และการตัดสินใจพิพาทให้สอดคล้องกับบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมได้

ความสำเร็จในหน้าที่อันดับสองนี้ ไม่ได้ต้องการทำให้พฤติกรรมทางสังคมทั้งหมดต้องถูกปกครองโดยระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายของรัฐ คำสั่งที่ควรเป็นทั้งหลายได้ดำรงอยู่ในในสังคมทุกแห่งอยู่แล้ว ซึ่งก็รวมถึงบรรทัดฐานทางประเพณี บรรทัดฐานทางศีลธรรม บรรทัดฐานทางความเชื่อศาสนา บรรทัดฐานทางครอบครัว บรรทัดฐานของมารยาททางสังคม บรรทัดฐานของสถานที่ทำงาน บรรทัดฐานของความสัมพันธ์ทางธุรกิจและอื่นๆ บางครั้งบรรทัดฐานจากคำสั่งที่มีหลากหลายนี้ก็ทับซ้อนกัน แต่บ่อยครั้งก็มีความแตกต่างในการกำหนดทิศทางการขยายตัวของขอบเขต การเคลื่อนไหว และความสามารถ

การปรากฏให้เห็นขอบเขตและการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงในกฎหมายของรัฐมีการปรับเปลี่ยนไปตามสังคมและภูมิภาคนั้น ในบางสังคม หรือภูมิภาคถูกปกครองโดยกฎหมายอย่างเข้มงวด ซึ่งข้อพิพาทต่างๆ ถูกตัดสินโดยสถาบันทางกฎหมายของรัฐที่ถูกพัฒนาแล้วเป็นอย่างดี และในสังคมหรือภูมิภาคอื่น กฎหมายของรัฐมีบทบาทน้อยหรือมากในการปกครองสังคมปกติ มักจะเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายของรัฐมีลักษณะค่อนข้างอ่อนแอและมีข้อพิพาทได้ถูกตัดสิน โดยผ่านสถาบันทางสังคมเป็นหลัก ดังนั้น เพื่อเป็นการสอดคล้องกับหลักนิติธรรม กฎหมายไม่จำเป็นต้องครอบคลุมในทุกเรื่อง แต่สิ่งที่กฎหมาย ครอบคลุมควรยึดมั่น โดยให้ความสำคัญกับประชาชนทั้งหลาย

### 6.3 ประโยชน์เบื้องต้นของหลักนิติธรรมและปัญหาที่เกี่ยวข้อง

ยกระดับความแน่นอน การพยากรณ์บอกล่วงหน้าและความปลอดภัยใน 2 ความสัมพันธ์ คือ ระหว่างพลเมืองและฝ่ายปกครอง (แนวตั้ง) และระหว่างพลเมืองด้วยกันเอง (แนวนอน)

ในเรื่องของการปกครองพลเมืองจะได้รับประโยชน์จากการถูกบอกกล่าวล่วงหน้าของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นไปได้ที่จะตอบสนองต่อการปฏิบัติของพวกเขา สิ่งนี้เป็นลักษณะที่สำคัญของหลักเสรีภาพที่ซึ่งพลเมืองทุกคน รับรู้ถึงขอบเขตความประพฤติทั้งหมดที่พวกเขาสามารถเข้าผูกพันได้โดยปราศจากความกังวลในเรื่องของการอยู่ภายใต้การแทรกแซงหรือมาตรการลงโทษของฝ่ายปกครอง สิ่งใดที่ไม่ได้ถูกห้ามโดยกฎหมายก็สามารถทำได้โดยที่พลเมืองไม่ต้องกังวลใจ ซึ่งถ้าหากปราศจากการทำให้มั่นใจนี้แล้ว บุคคลย่อมกระทำบนความหายนะของบุคคลอื่นเสมอ แม้ว่าการบอกกล่าวก่อนล่วงหน้าดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อหลักเสรีภาพ แต่ก็มีความสำคัญที่จะตระหนักว่าประโยชน์นี้ในตัวเองไม่ได้รับประกันให้กับพลเมืองในอันที่จะกระทำใดได้โดยอิสระในทุกๆ เรื่อง ขอบเขตของการกระทำที่ถูกอนุญาตไว้ในตอนแรกเริ่ม ในส่วนที่เกี่ยวกับพลเมืองในระดับเดียวกัน ประชาชนสามารถดำเนินกิจกรรมต่อกัน โดยรับทราบล่วงหน้าถึงระเบียบซึ่งจะถูกนำมาใช้กับความประพฤติของพวกเขาที่จะก่อให้เกิดปัญหาหรือข้อพิพาทขึ้น การคาดการณ์ได้สร้างโอกาสทางความสามารถของพวกเขาในอันที่จะกำหนดทางเลือกและจะผูกพันในความประพฤติกับประชาชนอื่น ซึ่งรวมไปถึงการกระทำกับระดับความเหมาะสม (ถูกก่อตั้งตามกฎหมาย) ของการดูแลเอาใจใส่และความรับผิดชอบเมื่อมีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนอื่นหรือทรัพย์สินของพวกเขาและเมื่อมีการผูกพันในการดำเนินการใดๆ กับคนแปลกหน้าหรือคนที่คุ้นเคย

เมื่อประเมินประโยชน์แนวตั้งและแนวราบดังที่ได้เพิ่มอธิบายไปแล้ว จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะจำไว้ว่าทั้งสองกรณีถือว่าเป็นความรู้และการวางแผนล่วงหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายในส่วนของพลเมือง อย่างไรก็ตามบนความเป็นจริงอาจเป็นไปได้ว่าพลเมืองได้รับแจ้งอย่างไม่ดีพอเกี่ยวกับกฎหมายหรือไม่ได้ให้ผลอะไรกับความคิดก่อนที่พวกเขาจะกระทำเลย

6.4 จำกัดดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐลดความจงใจกระทำผิดและตามเหตุการณ์โอกาสความกังวลพื้นฐานของพลเมืองคือว่าเจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้อำนาจอย่างเกินไปได้เหมาะสมในการกระทำทางปกครองของพวกเขา โดยใช้การพิจารณาที่ไม่เหมาะสม เช่น โดยอคติตามอำเภอใจ ตามอารมณ์ ตามกิเลสโทสะ ตามเจตจำนงที่ผิดปกติ ตามความคิดชั่วร้าย หรืออื่นๆ มีหลายปัจจัยซึ่งบิดเบือนการกระทำและการตัดสินใจของมนุษย์ หลักนิติธรรมจำกัดปัจจัยต่างๆ เหล่านี้โดยขึ้นกรณเรียกร้องว่า เจ้าหน้าที่รัฐปฏิบัติตามหน้าที่และสอดคล้อง อดคล้องกับระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายที่เหมาะสมปฏิบัติได้ กฎหมายบังคับใช้ได้ 2 ประการ เพื่อได้มาซึ่งประโยชน์นี้ ประการแรก เจ้าหน้าที่รัฐถูกกำหนดให้ปรึกษาหารือและปฏิบัติตามกฎหมายทั้งก่อนและในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ประการสอง ระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายได้ให้ข้อกำหนดและ



มาตรฐานโดยสาธารณะไว้ซึ่งสามารถนำมาใช้เพื่อดำเนินการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ปกครองในขณะ และหลังการปฏิบัติหน้าที่ของพวกเขา

ผลทางลบที่สำคัญซึ่งมาพร้อมกับประโยชน์อันดับสองนี้ คือว่า ภายใต้สถานการณ์ ต่างๆ นั้น อาจจะเป็นประโยชน์หรือมีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่รัฐจะทำการใช้ดุลพินิจ หรือทำการ ตัดสินไปตามสถานการณ์เป็นการเฉพาะระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายเป็นการห้ามโดยทั่วไปไม่ สามารถวางเพื่อไว้ล่วงหน้าในทุกลักษณะของทุกสถานการณ์ทั้งหมดและระเบียบข้อบังคับกฎหมาย สามารถกลายเป็นสิ่งล้าสมัยในมุมมองและสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การใช้ระเบียบ ข้อบังคับที่ดำรงอยู่กับสถานการณ์ที่ไม่ได้เตรียมการไว้ล่วงหน้าหรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป สามารถก่อให้เกิดผลที่อันตรายและไม่ยุติธรรม หรือนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่พึงปรารถนาทางสังคม ในบริบทดังกล่าวนี้ มีการอนุญาตให้ผู้ทำการตัดสินที่จะใช้ความเชี่ยวชาญ ปัญญาหรือ การวินิจฉัยของเขาซึ่งอาจสร้างผลลัพธ์ที่ดีกว่าการยืนยันกรานว่าเขาจะปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับทาง กฎหมาย นอกจากนี้ในบางสถานการณ์มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเข้มงวดตามสมัชชานิยมซึ่ง ก่อให้เกิดผู้ชนะและผู้แพ้ที่สามารถสร้างความรุนแรงในความขัดแย้ง ขณะที่การค้นหาการ ประนีประนอมซึ่งเป็นทางอ้อม (หลีกเลี่ยง) ระเบียบข้อบังคับอาจได้รับฉันทามติที่ดีกว่า เมื่อ นำไปใช้ในกรณีสถานการณ์เหล่านี้และอื่นๆ ดังนั้น การปฏิบัติตามหลักนิติธรรมจึงอาจก่อให้เกิด อันตรายได้ ภายใต้ประโยชน์ของหลักนิติธรรมนั้นมีความกังวลใจในเรื่องการฝ่าฝืนที่ซ่อนเร้นจาก การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม องค์การปฏิบัติทางปกครองทุกองค์กร จำเป็นต้องมอบความไว้วางใจ และศรัทธาในระดับหนึ่งแก่เจ้าหน้าที่ปกครองด้วย

#### 6.5 คำสั่งทางสังคมที่สงบสุขถูกรักษา โดยผ่านระเบียบข้อบังคับทางกฎหมาย

คำสั่งทางสังคมที่สงบสุขเกิดขึ้นเมื่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นตามปกติได้หายไปและโดย การปรากฏขึ้นของระดับความปลอดภัยทางกายภาพที่เพิ่มขึ้นอย่างเห็น ได้ชัดและความคาดหวังที่ เชื่อถือได้เกี่ยวกับพฤติกรรมแวดล้อม เหล่านี้เป็นเงื่อนไขน้อยที่สุดที่จำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ทาง สังคมที่น่าอยู่

ความสัมพันธ์ระหว่างระเบียบสังคมและระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายนั้นมีความ ซับซ้อนและผันผวนอย่างมาก เป็นเรื่องสำคัญที่จะรับรู้ว่าจะระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายที่มีอยู่ใน เอกสารหนังสือนั้นไม่ได้ลงรอยกับหรือสะท้อน หรือรักษาอย่างแน่แท้ต่อระเบียบสังคม (ไม่ใช่กรณี ซึ่งเจ้าหน้าที่หรือสถาบันทางกฎหมายบังคับใช้ระเบียบข้อบังคับที่อยู่ในหนังสืออยู่เป็นประจำด้วย) นอกจากนี้ ในเรื่องทางสังคมทุกเรื่องที่เป็นแก่นแม้สำคัญบรรทัดฐานทางสังคมก็ได้เปลี่ยนรูปและ ปกครองสิ่งดำรงอยู่ในแต่ละวันนั้นอย่างใหญ่หลวง บรรทัดฐานทางสังคมอาจไม่เกี่ยวข้องมากต่อ ส่วนสำคัญของความประพฤติทางสังคมที่มีอยู่ทั่วไป ระเบียบข้อบังคับกฎหมายสามารถขัดแย้งหรือ

ปะทะกับบรรทัดฐานทางสังคมที่เหนือกว่า สำหรับเหตุผลเหล่านี้ จะต้องไม่สันนิษฐานว่ากฎหมายเป็นแหล่งหลักของระเบียบสังคม (หรือแม้แต่เป็นหลัก)

นอกจากนี้ ระเบียบข้อบังคับและสถาบันทางกฎหมายสามารถกำหนดระเบียบสังคมที่เป็นการกดขี่ ดังที่มีอยู่ในสังคมเผด็จการ แม้ว่าสังคมดังกล่าวไม่ได้ถูกกระทำให้เห็นอย่างชัดเจน โดยความรุนแรงตามปกติและการทำให้ได้ชื่อว่าเป็นความสงบสุขและเป็นระเบียบ ระเบียบสังคมจึงได้รับประสบการณ์ในฐานะเป็นการจำกัดที่มากเกินไป สภาพปัญหาทั้งสองประการจะก่อให้เกิดสิ่งที่กล่าวได้หากมีการนำเอากฎหมายมาจากที่อื่นมาใช้ ไม่ว่าจะโดยการกำหนดหรือผ่านการยืมใช้ โดยสมัครใจ บรรทัดฐานทางสังคมและบรรทัดฐานทางกฎหมายอาจปะทะกันสะท้อนให้เห็นถึงมุมมองโลกศีลธรรม วัฒนธรรม สังคมที่แตกต่างกัน การปะทะขัดแย้งอาจเกิดขึ้นเมื่อสังคมประกอบด้วยกลุ่มที่แตกต่างกันด้วย (วัฒนธรรม ชนกลุ่มน้อย ความเชื่อ) ขณะที่กฎหมายปรากฏมาเพียงหนึ่งเดียวในทั้งสองสภาวะการณบรรทัดฐานและคุณค่าของกฎหมายจะไม่เข้ากับบรรทัดฐาน และคุณค่าของพลเมืองที่หลากหลาย ในบางบริบทซึ่งส่วนใหญ่เกิดภายหลังยุคอาณานิคม ภาษาของนักกฎหมายมีความแตกต่างจากภาษาพื้นเมืองกลางของกลุ่มภายในสังคม ซึ่งทำให้เพิ่มปริมาณการปะทะขัดแย้งขึ้นอีก และทำให้กฎหมายกลายเป็นสิ่งแปลกปลอมและความรู้สึกคลุมเครือไม่ชัดเจน ในสภาพเหล่านี้กฎหมายจะมีบทบาทที่อ่อนแอในการรักษาระเบียบสังคม

6.6 พัฒนาการทางเศรษฐกิจได้รับการส่งเสริมโดยความแน่นอน ความคาดการณ์ได้และความมั่นคงปลอดภัย ด้วยเหตุผลพื้นฐาน 2 ประการ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนแรก หลักนิติธรรมช่วยยกระดับความแน่นอน ความคาดการณ์ได้ ความมั่นคงปลอดภัยนอกจากการยกระดับเสรีภาพ มันยังมีแนวคิดที่กว้างขวางว่าระบบเศรษฐกิจพื้นฐานตลาด ได้ประโยชน์จากลักษณะเหล่านี้ในสองประเด็นที่แตกต่างกัน ประเด็นแรกเกี่ยวกับข้อตกลงสัญญาและประเด็นสองเกี่ยวกับทรัพย์สิน ประเด็นแรก นักปฏิบัติทางเศรษฐกิจสามารถคาดการณ์ล่วงหน้าในต้นทุนและผลประโยชน์ล่วงหน้าได้ดีกว่าเกี่ยวกับการจัดการธุรกิจในอนาคต ซึ่งให้อำนาจพวกที่จะทำการตัดสินใจที่มีประสิทธิภาพ บางคนสามารถทำการตกลงกับความน่าเชื่อถือของที่จะเกิดผลลัพธ์ซึ่งจะมีตามมา ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รับสิ่งที่ติดตามข้อตกลงในสัญญา ก็จะเป็นการสนับสนุนกระตุ้นการสร้างสรรค์การทำสัญญากับคนแปลกหน้า หรือคู่สัญญาในระยะทางไกล ซึ่งขยายขอบเขตและความถี่ของปฏิสัมพันธ์ ทำให้เพิ่มประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

ประเด็นสอง การปกป้องทรัพย์สิน (และบุคคล) ที่เกิดขึ้นโดยระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายซึ่งได้เสนอการรับรองซึ่งผลิตผลด้านแรงงานของบุคคลจะถูกปกป้องจากการบังคับโดยผู้อื่น ความมั่นคงปลอดภัยนี้ช่วยปลดปล่อยปัจเจกชน เพื่อจัดสรรความพยายามส่วนใหญ่ของพวกเขา

เขาให้แก่กิจกรรมการผลิตที่เพิ่มขึ้น และเพื่อมีความสุขกับผลกำไรของพวกเขา มากกว่าจะเอาเวลาและความพยายามที่ใช้หมดไปนั้นเพื่อปกป้องผลกำไรที่ดำรงอยู่

ประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่างๆ ที่ได้รับจากหลักนิติธรรมถูกกำหนดด้วยระบบทุนนิยมในระดับท้องถิ่นและระดับโลกส่วนหนึ่งต้องตรวจสอบทั้งกฎหมายและความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและระบบของการแลกเปลี่ยนทางเศรษฐกิจ ตามสภาพที่ได้ให้ไว้เพื่อค้นหาว่าข้อเรียกร้องเหล่านี้สนับสนุนความเป็นจริงหรือไม่ แล้ไหนเมื่อกฎหมายและสถาบัน ทางกฎหมายมีความคลุมเครือ ไม่มีประสิทธิภาพ ต้นทุนสูง หรือไม่น่าเชื่อถือ ธุรกิจการค้า และการพัฒนาเศรษฐกิจ อาจถูกห้ามโดยระบบกฎหมาย และนักปฏิบัติทางเศรษฐกิจอาจขึ้นชอบที่จะใช้วิธีของสถาบันอื่นๆ สำหรับสภาพ โดยความขัดแย้งที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการการตัดสินของเอกชน โดยหลีกเลี่ยงระบบกฎหมายทั้งหมด นอกจากนี้ ในบริบทบางอย่างกลไกอื่นๆ เช่น บรรทัดฐานของความสัมพันธ์ในการแลกเปลี่ยนหรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจ หรือสังคมในระยะยาว ซึ่งสามารถให้การคาดการณ์ล่วงหน้าได้และมีความมั่นคงปลอดภัยที่มีประสิทธิภาพในการจัดการธุรกิจ และใช้กฎหมายเป็นลำดับสองหรือไม่จำเป็นต้องใช้เลย

6.7 ความยุติธรรมพื้นฐานของข้อกำหนด ซึ่งระเบียบข้อบังคับต้องถูกใช้อย่างเสมอภาคกับทุกๆ คนตามข้อตกลงที่ให้ไว้

ความเสมอภาคในการใช้กฎหมายเป็นลักษณะหนึ่งของหลักนิติธรรม ซึ่งก็คือ ส่วนประกอบของความยุติธรรมพื้นฐาน สิ่งนี้จะถูกพิจารณาอย่างกว้างขวางว่าไม่เป็นธรรมและไม่ยุติธรรม ถ้าหากอัตลักษณ์หรือสถานะของบุคคลไปกระทบต่อการที่เจ้าหน้าที่กฎหมายหรือตีความกฎหมายอย่างไร ไม่มีผู้ใดควรได้รับสิทธิพิเศษหรือได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีอย่างไม่สมควรเหมาะสม โดยเจ้าหน้าที่กฎหมาย ข้อกำหนดนี้ต้องไม่ห้ามกฎหมายจากการวางข้อแตกต่างระหว่างประชาชนและกลุ่มต่างๆ ดังที่เกิดขึ้นกับกฎหมายซึ่งปฏิบัติต่อผู้ชายและผู้หญิงทั้งหลายอย่างแตกต่างหรือว่ากำหนดอัตราภาษีโดยแบ่งเป็นลำดับชั้น หากแต่เพียงต้องการว่ากฎหมายถูกใช้ตามข้อตกลงโดยไม่คำนึงว่าใช้กับใคร ประธานาธิบดีหรือพลเมือง คนมีชื่อเสียงหรือคนธรรมดา คนรวยหรือคนจน

ลักษณะที่จำเป็นของความยุติธรรมนี้ ดังที่รู้จักในฐานะความเสมอภาคแบบทางการ สามารถมีผลลัพธ์ที่เป็นลบด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาพที่ไม่มีความเสมอภาคทางสังคมอย่างมาก การใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคต่อทุกๆ คนตามข้อตกลงอาจมีผลกระทบที่เข้าข้างหรือรับใช้ต่อการดำรงอยู่ของระเบียบทางสังคมที่ไม่ยุติธรรมกฎหมายซึ่งห้ามคนรวย และคนจนให้เหมือนกันจากการนอนหลับบนม้านั่งในศาลสาธารณะ ตัวอย่าง อาจถูกใช้อย่างเสมอภาคต่อทุกคน แม้มันจะมีผลกระทบอย่างหนักกับคนจนมากกว่า เป็นต้น

ปัจจัยพื้นฐานในการสร้างหลักนิติธรรมและปัญหาที่เกิดขึ้น

การกำหนดทิศทางร่วมกันภายในสังคม ระหว่างพลเมืองและเจ้าหน้าที่รัฐที่ว่า

กฎหมายสร้างการปกครองและควรปกครอง

สำหรับหลักนิติธรรมที่ดำรงอยู่ ประชาชนต้องเชื่อและผูกสัญญาต่อหลักนิติธรรม

พวกเขาต้องยอมรับไว้เพื่อให้อยู่ในฐานะเป็นสิ่งจำเป็น เหมาะสมและเป็นส่วนที่ดำรงอยู่ในระบบ

กฎหมายการเมืองของพวกเขาที่สนคดีนี้ไม่ใช่ระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายในตัวเอง มันเป็น

แนวคิดทางการเมืองร่วมกันอย่างหนึ่งซึ่งรวมเป็นความเชื่อทางวัฒนธรรม เมื่อความเชื่อทาง

วัฒนธรรมมีความแผ่ขยายแทรกซึม หลักนิติธรรมสามารถกลับสู่สภาพเดิม เชื่อมยุคสมัยและอยู่

รอดจากตอนซึ่งหลักนิติธรรมถูกเหยียดหยามจากเจ้าหน้าที่รัฐ อย่างไรก็ตาม หากความเชื่อทาง

วัฒนธรรมนี้ไม่แผ่ขยายแทรกซึม หลักนิติธรรมก็จะอ่อนแอหรือไม่มีการดำรงอยู่

ความเชื่อทางวัฒนธรรมต่างๆ ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมของมนุษย์ ดังนั้นจึงไม่ใช่

เรื่องง่ายที่จะทำให้มีการยอมรับความเชื่อในหลักนิติธรรม เมื่อมันไม่ได้ดำรงอยู่แล้ว ปัญหาเฉพาะ

คือว่า ในสังคมหลายแห่ง รัฐบาลไม่ได้ถูกไว้วางใจและกฎหมายของรัฐเป็นสิ่งที่น่ากลัวและถูก

หลีกเลี่ยง สิ่งนี้เป็นแนวโน้มที่จะเป็นกรณีเกิดขึ้นในสังคมต่างๆ ที่ซึ่งกฎหมายมีประวัติศาสตร์ที่

ยาวนาน หรือปัจจุบันในเรื่องการบังคับใช้ระเบียบข้อบังคับที่เป็นเผด็จการพนักงานกฎหมาย หรือที่

ซึ่งถูกรับรู้ว่าเป็นการทุจริต หรือไม่เหมาะสม หรือที่ซึ่งผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายไม่ได้ถูกไว้วางใจ

อย่างกว้างขวาง หรือที่ซึ่งเนื้อหา หรือการใช้กฎหมายถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรม หรือถูก

กำหนดด้วยประโยชน์เป็นการเฉพาะ หรือกลุ่มผู้มีอิทธิพลปกครอง

ในสภาพที่ระเบียบข้อบังคับและระบบกฎหมายถูกนำมาจากที่อื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไว้ใน

ตอนต้น ประชาชนหลายคนจะไม่คุ้นเคยหรือแม้แต่รู้จักกฎหมาย ทำให้เกิดความยุ่งยากอย่างมากที่

จะพัฒนาทิศทางทางวัฒนธรรมซึ่งกฎหมายควรปกครอง แม้ว่าสิ่งนี้จะสามารถเปลี่ยนได้ตลอดเวลา

ก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อสังคมประกอบด้วยกลุ่มที่มีวัฒนธรรม ความเชื่อ ชาติและกฎหมายที่

แตกต่างกันไม่ว่าบรรทัดฐานหรือประชาชนผู้ผูกขาดตำแหน่งหน้าที่ทางกฎหมายของสังคมจะถูก

กำหนดด้วยกลุ่มเพียงกลุ่มเดียว แต่ไม่ใช่ด้วยทุกกลุ่ม ประชาชนจากกลุ่มต่างๆ ที่ถูกทอดทิ้งอาจมอง

กฎหมายอย่างชัดเจนในฐานะการคุกคามอย่างหนึ่ง และเป็นไปไม่ได้ที่จะประกอบด้วยความคิดเห็น

ว่ากฎหมายควรปกครอง

เหล่านี้เป็นส่วนประกอบที่จำเป็นของหลักนิติธรรมและมันเป็นสิ่งที่ยากที่สุดที่จะ

ได้รับและที่สำคัญเหนือกว่าสิ่งอื่นใด สำหรับความเชื่อทางวัฒนธรรมที่จะปฏิบัติได้ ประชาชนต้อง

คุ้นเคยกับกฎหมายและรับรู้มันในฐานะสิ่งที่มีคุณค่าในการปกครอง ความเชื่อมั่นทั่วไปในกฎหมาย

ต้องถูกยอมรับและมันต้องใช้เวลาที่จะกลายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญพอๆ กับมุมมองทางวัฒนธรรมเกี่ยวกับกฎหมายที่ถูกใช้ผ่านทิศทางการสร้างสังคม

#### 6.8 การปรากฏของศาลยุติธรรมที่มีความเป็นสถาบันอิสระ

ศาลยุติธรรมที่มีความเป็นสถาบันอิสระ เป็นสิ่งที่จำเป็นกับหน้าที่ทั้งสองประการของหลักนิติธรรม กล่าวคือ มันเป็นวิธีการที่สำคัญที่จะควบคุมเจ้าหน้าที่ปกครองตามกฎหมาย (แนวตั้ง) และเพื่อแก้ไขความขัดแย้งระหว่างพลเมืองตามกฎหมาย (แนวราบ) ผู้พิพากษาโดยส่วนตัวและกลุ่มต้องให้คำมั่นที่จะตีความและใช้กฎหมายต่อทุกคน (รวมถึงเจ้าหน้าที่ปกครอง) ตามข้อตกลงที่ให้ไว้ อย่างเสมอภาค ปราศจากอคติและอิทธิพลภายนอก ศาลยุติธรรมที่อิสระมีความยากยิ่งที่จะจัดตั้งและรักษาอย่างน้อยที่สุดมันต้องการการจัดสรรในเรื่องทรัพยากรทางกฎหมาย เงินเดือนที่สมเหตุสมผล และความมั่นคงในการทำงาน เนื่องจากศาลยุติธรรมปกติจะขาดแคลนอำนาจโดยตรงเหนือตำรวจหรือหน่วยงานบังคับใช้ต่างๆ เงื่อนไขที่จำเป็นของความอิสระของศาลยุติธรรม คือว่าเจ้าหน้าที่ปกครองอื่นๆ จะต้องเคารพความอิสระของศาลยุติธรรมและปฏิบัติตามการปกครองของศาลกลับมาที่ปัจจัยแรกข้างต้น สำหรับศาลยุติธรรมที่อิสระที่ดำรงอยู่ตรงนั้นได้จะต้องมีจริยธรรมทางวัฒนธรรมที่เข้มแข็งซึ่งศาลต่างๆ ไม่ควรถูกแทรกแซงและการตัดสินใจทางกฎหมายของศาลก็ต้องการบังคับใช้ ศาลยุติธรรมที่อิสระยังต้องขึ้นอยู่กับการดำรงอยู่ของความเชี่ยวชาญทางกฎหมายที่ได้สัญญาไว้ในเรื่องของการค้าจูนทางกฎหมาย ผู้พิพากษาถูกรับเข้าทำงานจากความเชี่ยวชาญและต้องถูกสอนหลักการในคุณค่าของหลักนิติธรรม ความเชี่ยวชาญยังต้องสนับสนุนในทางปฏิบัติต่อการพิจาราคดีที่เป็นอิสระและตั้งใจที่จะป้องกันมันเมื่อถูกคุกคาม

#### 6.9 การดำรงอยู่ของความเชี่ยวชาญทางกฎหมายที่เข้มแข็งและจารีตประเพณีทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อการค้าจูนหลักนิติธรรม

ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายที่ถูกพัฒนาเป็นอย่างดีและจารีตประเพณีทางกฎหมายที่ปฏิบัติต่อการค้าจูนกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ เพื่อพัฒนาตัวตนของระเบียบข้อบังคับทางกฎหมายที่เป็นที่นิยมและเชื่อมโยงกันอย่างมีเหตุผลสามารถเข้าถึงได้ ซึ่งช่วยให้ได้รับการคาดหมายได้และความแน่นอนในกฎหมาย เพื่อจัดเตรียมบริการทางกฎหมายที่รับรองการปฏิบัติตามกฎหมายในข้อตกลงแนวตั้งและแนวนอนเพื่อช่วยเติมขอบเขตของตำแหน่งหน้าที่ทางกฎหมายในการปกครอง (รวมถึงผู้รักษากฎหมาย อัยการ และผู้พิพากษา) กับทิศทางซึ่งกฎหมายต้องปกครองและเพื่อก่อให้เกิดการปกป้องคุ้มกันหลักนิติธรรมหากตกอยู่ในแรงกดดันบีบคั้นใด ๆ หากปราศจากหน่วยงานนักกฎหมายปฏิบัติตามกฎหมายและตามหลักนิติธรรมก็ไม่สามารถมีหลักนิติธรรมสำหรับให้ความรู้ กิจกรรม และทิศทางของนักกฎหมายในฐานะกลุ่มที่เป็นผู้ขนส่งทางสังคมในเรื่องของกฎหมาย พวกเขาเป็นกลุ่มที่เป็นเจ้าของกิจกรรมส่วนรวมทั้งหลายที่

ก่อตั้งกฎหมายโดยตรง การสร้างความเชื่อวชาญทางกฎหมายที่เข้มแข็งและจารีตประเพณีทางกฎหมายต้องการระบบการศึกษาทางกฎหมายซึ่งถ่ายทอดความรู้ทางกฎหมายและพร่ำสอนคุณค่าทางกฎหมายตามที่ได้รับการอบรมและต้องดึงดูดจิตใจและแพร่พันธ์ประชาชนผู้ที่ปฏิบัติตามกฎหมายและในการพัฒนาความรู้ทางกฎหมายด้วย

ปัญหาแอบแฝงที่เป็นไปได้สำหรับปัจจัยนี้ที่ดำรงอยู่ในสังคมที่จะมีเพียงประชาชนจากชนชั้นที่มั่งคั่งเท่านั้นหรือกลุ่มที่ถูกเลือกจึงจะมีโอกาสในการศึกษาทางกฎหมายหรือในตำแหน่งอำนาจในระบบกฎหมาย เนื่องจากปัญหานี้ก่อให้เกิดความเสี่ยงที่พวกเขาจะพัฒนาและใช้ประโยชน์กฎหมายเพื่อได้รับผลประโยชน์เพิ่มของพวกเขาเองโดยค่าใช้จ่ายของผู้อื่น การผลิตความไม่ซื่อสัตย์และความอคติในกฎหมาย พลเมืองจะรับรู้กฎหมายในฐานะความลำเอียงซึ่งให้น้ำหนักต่อต้านลักษณะประการแรกที่กล่าวข้างต้น ทำมันให้ยากขึ้นที่จะพัฒนาความเชื่อทางวัฒนธรรมทั่วไปที่ว่ากฎหมายควรปกครอง

ลักษณะทั้ง 3 ประการที่กล่าวข้างต้นไม่ใช่สิ่งง่ายที่จะจัดตั้ง ถ้าหากว่ามันยังไม่มีหรือขาดแคลน แต่ในสภาพที่มีความซับซ้อนต่อไป เนื่องจากแต่ละลักษณะในหลายวิธีการต้องพึ่งพาลักษณะอื่นด้วย เหล่านี้เป็นสิ่งที่มีความแตกต่างและตอนนี้ได้ถูกนำมาพร้อมกัน โดยแต่ละลักษณะวางอยู่บนเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรมที่ค้ำจุนหลากหลาย เหล่านี้คือรากฐานทางสังคม วัฒนธรรม และสถาบันหลักของหลักนิติธรรมและพวกมันไม่ได้อยู่ภายใต้การออกแบบและควบคุมของมนุษย์ทั้งหมด ทั้งหมดนี้ทำให้ยากเป็นพิเศษที่จะใส่ปัจจัยทั้งหลายของหลักนิติธรรมลงไปและเกือบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะดำเนินการอย่างรวดเร็วด้วย จำเป็นต้องช่วงเวลายาวนาน อาจหลายชั่วคนเพื่อสร้างความเชื่อวชาญทางกฎหมายและจารีตประเพณีทางกฎหมายในการปฏิบัติเพื่อค้ำจุนหลักนิติธรรม ข่าวดิคือว่า เมื่อมันเริ่มเกิดขึ้นความเชื่อมโยงระหว่างกันทำให้หลักนิติธรรมฟื้นคืน

#### 6.10 สิ่งที่ไม่ได้ถูกกล่าวถึงในฐานะลักษณะสำคัญของหลักนิติธรรม

##### ประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยเป็นเครื่องกลไกสำหรับการเลือกผู้นำทางการเมือง สังคมหลายแห่งใช้แนวทางประชาธิปไตยเพื่อกำหนดว่ามีใครมีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย (การโหวตเพื่อผู้บัญญัติทางกฎหมาย) และเพื่อสร้างกฎหมายที่ชอบ (การโหวตบนกฎหมายที่ถูกเสนอ) ประชาธิปไตยยังเกี่ยวข้องในฐานะอุดมการณ์ที่มีสิทธิชอบด้วยกฎหมายซึ่งจัดตั้งการบังคับที่ต้องดำเนินการของกฎหมาย กล่าวคือ เพราะประชาชนหรือตัวแทนของพวกเขาสร้างกฎหมาย (อย่างน้อยในทางทฤษฎี) ดังนั้นพวกเขาจึงเห็นชอบด้วยและถูกผูกมัด อย่างไรก็ตาม ถ้าหากความเข้าใจเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับหลักนิติธรรมแล้ว ความต้องการประชาธิปไตยก็จะไม่สำคัญนัก เนื่องจากระบบที่ไม่เป็น

ประชาธิปไตยต่างๆ เองก็สามารถทำให้ประชาชนพึงพอใจได้เช่นเดียวกันดังที่ได้กล่าวในตอนต้นแล้ว

6.11 แนวคิดพื้นฐานของหลักนิติธรรมไม่ได้ให้ข้อกำหนดใดๆ เกี่ยวกับเนื้อหาของ

กฎหมาย

การเปิดเผยเกี่ยวกับเนื้อหาทำให้หลักนิติธรรมอ่อนโยนรับฟังต่อระบบทางวัฒนธรรม สังคมและการเมืองทุกประเภท หลักนิติธรรมไม่ได้กำหนดประเภทของกฎหมายที่สังคมต้องมีและไม่ได้แสดงข้อบ่งชี้ข้อกำหนดเฉพาะใดๆ ของกฎหมาย แต่สิ่งต้องการก็เพียงว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและพลเมืองถูกผูกมัด โดยและต้องปฏิบัติตามกฎหมายไม่ว่าอะไรก็ตามที่กฎหมายอาจกำหนดและรวมถึง หมายความว่า ระเบียบข้อบังคับการปกครองที่กดขี่ ไม่มีจริยธรรมกฎหมายสามารถถูกบัญญัติได้โดยปราศจากการฝ่าฝืนข้อกำหนดของหลักนิติธรรม ตัวอย่างเช่น การกำหนดให้มีทาส การแบ่งผิวชนชาติ ความแตกต่าง ความเชื่อ หรือชนชั้นวรรณะ

การพิจารณาตรวจสอบหลักนิติธรรมที่ดำเนินการไม่ได้ต้องการระบอบสิทธิมนุษยชนโดยตัวมันเอง

การบังคับใช้สิทธิมนุษยชนอาจเป็นลักษณะหนึ่งของหลักนิติธรรมภายในระบบที่ให้ไว้ ดังที่ได้กล่าวในตอนต้น แต่ลักษณะทั้งหมดที่พูดคุยกันในเรื่องนี้สามารถถูกจัดตั้งได้โดยปราศจากการปกป้องสิทธิมนุษยชนที่จำเป็น

มีนักวิชาการจำนวนมากที่เขียนเกี่ยวกับหลักนิติธรรม ซึ่งรวมถึง หนึ่งในหรือมากกว่าของสามลักษณะเหล่านี้ว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อหลักนิติธรรม เหล่านี้ไม่ใช่ลักษณะของความเข้าใจพื้นฐานของหลักนิติธรรม วิธีการที่คับแคบกว่าถูกใช้ตรงนี้ เฉพาะได้ตัด โคนพื้นฐานทั่วไปและได้ใช้ในขอบเขตที่กว้างที่สุดของระบบ สังคมหลายแห่งไม่ได้ยึดถือคุณค่าเสรีภาพและหลายแห่งไม่ได้ยึดถือประชาธิปไตย รัฐ และสังคม อาจพัฒนารูปแบบพื้นฐานของหลักนิติธรรมโดยปราศจากการใช้การจัดระเบียบทางการเมืองหรือคุณค่าของประชาธิปไตยเสรีที่จำเป็นก็ได้

หลักนิติธรรม โดยพื้นฐานเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและพลเมืองที่ปฏิบัติตามระเบียบ ระเบียบข้อบังคับของกฎหมายและนี่เป็นแนวคิดที่จำเป็นกับสิ่งที่เกี่ยวข้องกับหลายอย่าง แต่ก็ยังเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแก้ไขทุกปัญหา หรือเป็นสถานที่จัดเก็บทุกสิ่งที่มีคุณค่า

6.12 เหตุผลที่ไม่ไว้วางใจในหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมไม่จำเป็นต้องเคารพต่อสิทธิมนุษยชน

เหตุผลหนึ่งที่ไม่นำไว้วางใจในหลักนิติธรรมที่เกิดขึ้นจากการพูดคุยก่อนหน้านี้ก็คือว่าหลักนิติธรรมไม่จำเป็นต้องเคารพต่อสิทธิมนุษยชน แม้ตัวมันเองจะต้องการประชาธิปไตยหรือเนื้อหาเฉพาะใดๆ ในกฎหมาย การพัฒนาหลักนิติธรรมไม่ได้ทำให้เชื่อมั่นได้ว่า กฎหมายหรือระบบ

กฎหมายเป็นสิ่งที่ดีหรือสมควรได้รับการเชื่อฟังในสภาพต่างๆ เมื่อกฎหมายบังคับตามคำสั่งของเผด็จการ หรือเมื่อกฎหมายกำหนดกลุ่มคุณค่าที่แปลกปลอมหรือเป็นปรปักษ์กับประชาชนหรือเมื่อกฎหมายถูกใช้โดยกลุ่มคนเพียงกลุ่มเดียวภายในสังคมเพื่อบังคับกดขี่อีกกลุ่มหนึ่ง กฎหมายสามารถเป็นอาวุธที่น่ากลัว ความถูกต้องมักติดต่อกับหลักนิธิธรรมในสถานการณ์เหล่านี้ใช้เพื่อส่งเสริมเผด็จการ กดขี่ที่บังคับอย่างถูกกฎหมาย เป็นสิ่งสำคัญที่จะจำไว้ว่าหลักนิธิธรรมเป็นสิ่งจำเป็นแต่ไม่เพียงพอต่อระบบกฎหมายที่เป็นธรรมและยุติธรรมอย่างสมเหตุสมผล

ก่อให้เกิดการขยายการบังคับทางกฎหมายไปยังขอบเขตอื่นจนมากเกินไป

เหตุผลที่สองที่ไม่วางใจคือว่า การให้การสนับสนุนต่อหลักนิธิธรรมสามารถเป็นการบังคับอย่างชาญฉลาดที่จะนำไปสู่ (หรือถูกตีความอย่างผิดๆ) การสนับสนุนสำหรับการขยายตัวของการเข้าถึงกฎหมายไปยังขอบเขตทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง คำแนะนำโดยอ้อมเกี่ยวกับกฎหมายที่ขยายตัวออกไปนี้ บางครั้งเรียกว่า ตุลาการวิวัฒน์ชีวิต ไม่ได้มาจากหลักนิธิธรรมด้วยตัวมันเอง แต่เพื่อเป็นการยืนยันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามสอดคล้องกับกฎหมาย และเพื่อจะกล่าวได้ว่า ประชาชนควรปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ได้แนะนำว่ากฎหมายต้องหรือการปกครองทุกๆ สิ่ง การเข้าถึงของกฎหมายสามารถเพียงกำหนดตามการทดสอบสถานการณ์ในแต่ละเรื่องทางสังคม ดังที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ ในสภาพที่แตกต่างกันการขยายตัวหรือการใช้ระเบียบ ระเบียบข้อบังคับของกฎหมายสามารถเป็นอันตรายต่อความสัมพันธ์ทางสังคมและต่อตัวกฎหมายเอง โดยการสนับสนุนการไม่เชื่อฟังอย่างรุนแรงในเรื่องของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบรรทัดฐานหรือสถาบันทางกฎหมายปะทะกับบรรทัดฐานหรือสถาบันทางสังคมที่ดำรงอยู่ การระมัดระวังที่ดูแลในเรื่องและหน้าที่กฎหมายดำเนินการ

เกิดความเสี่ยงในการใช้อำนาจที่ล่วงล้ำขอบเขตทางการเมือง

เหตุผลที่สามที่ไม่วางใจในหลักนิธิธรรม คือความเสี่ยงซึ่งอาจกระจายอำนาจให้แก่การปกครองโดยศาลหรือโดยนักกฎหมาย การตัดสินใจที่เพิ่มขึ้นโดยผู้พิพากษา การให้การตัดสินใจที่แสดงออกมอล่วงล้ำเหนืออำนาจทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการตีความบทบัญญัติอย่างกว้าง เช่น บทบัญญัติของสิทธิมนุษยชนซึ่งถูกสังเกตมาตลอดในหลายระบบ เมื่อสิ่งนี้เกิดขึ้นการพิพากษาคืออาจกลายเป็นเป้าหมายของการโจมตีทางการเมืองและความพยายามครอบงำทางการเมือง เป็นผลให้เกิดเรื่องของการเมืองวิวัฒน์ต่อการแต่งตั้งผู้พิพากษาและการตัดสินใจตุลาการวิวัฒน์ทางการเมืองจึงมุ่งตรงไปที่การเมืองวิวัฒน์ที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดี ซึ่งต่อมาจากนั้นก็ลดลงความอิสระในการพิพากษาคดีและบั่นทอนหลักนิธิธรรมลง สมดุลที่ไม่แข็งแรงได้ถูกกำหนดโดยที่ผู้พิพากษาต่างคืนรนต่อผู้อ่างหนักเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายและทำการตัดสินใจด้วยการรับรู้ในบทบาทที่เหมาะสมและถูกจำกัดของศาลในระบบการปกครองที่กว้างกว่า



การกล่าวถึงหลักนิติธรรมเป็นข้ออ้างเพื่อความชอบธรรม

เหตุผลสุดท้ายที่จะไม่วางใจในหลักนิติธรรมหรือที่แน่นอนมากกว่านั้นก็คือ การไม่

วางใจในเรื่องการพูดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม คือว่า การฝ่าฝืนกฎหมายถูกปฏิบัติโดยรัฐต่างๆ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้เรียกร้องที่จะยึดถือและปฏิบัติโดยหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมเป็นอุดมคติชอบด้วยกฎหมายที่มีอำนาจอย่างหนึ่ง เป็นต้นว่า ให้สิ่งปกป้องสำหรับผู้นำทางการเมืองที่ถูกเกลียดชังอย่างมากจากการผู้เจรจาน่าเลื่อมใสในเรื่องของหลักนิติธรรมในขณะที่ฝ่าฝืนกัน ความประพฤตินี้สร้างความเสื่อมเสียให้กับอุดมคติหลักนิติธรรม เนื่องจากประชาชนมุ่งไปสู่มุมมองที่เกลียดชังเมื่อพูดถึงหลักนิติธรรม การแก้ไขทางเดียวต่อปัญหานี้คือการจัดการอย่างระมัดระวังกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการตรวจสอบความประพฤติของตัวเองตามมาตรฐานทางกฎหมาย และต้องไม่ถูกทำให้เสียรู้โดยทัศนคติที่ไม่ถูกต้องหลอกลวง

### 3. ผลของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมและความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสอง

เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ประกอบกับการปรับใช้หลักนิติรัฐและนิติธรรมในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่าหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันอยู่ ทั้งในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การกำหนดให้มีหรือไม่มีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ตลอดจนการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะชี้ให้เห็นได้ในเบื้องต้น ดังนี้

#### 3.1 ความแตกต่างในบ่อเกิดของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมเป็นผู้แทนของกษัตริย์นั้นได้เริ่มพัฒนา (Common law) มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 12 ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจของกษัตริย์ที่ส่วนกลางมั่นคงเข้มแข็ง กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า “Common law” กฎหมายดังกล่าวได้รับการ “สร้าง” ขึ้นโดยผู้พิพากษา เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีที่ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย “กฎหมาย” ในระบบกฎหมายอังกฤษ จึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute law” เท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common law) ด้วย เอกสารทางประวัติศาสตร์อย่าง Magna carta (ค.ศ. 1215) Petition of right (ค.ศ. 1628) Habeas corpus (ค.ศ. 1679) หรือ Bill of right (ค.ศ. 1689) ยังมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินได้ในอังกฤษจนกระทั่งถึงทุกวันนี้ อนึ่ง โดยเหตุที่ Common law มีผลใช้บังคับได้ในคดีที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไปแล้วคดี คำว่า

“Case law” กับ “Common law” จึงเป็นคำที่ใช้ในความหมายเดียวกัน นั่นคือหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษา

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษาสามารถ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้เองนี้ ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะหลัก “Satre decisis” คือหลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ยังเป็นหลักที่สำคัญ การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงไม่ใช่จะกระทำได้ง่าย

ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษเริ่มพัฒนามาโดยให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้นั้น ระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปกลับมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างออกไป เพราะในภาคพื้นยุโรปกฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นผู้ที่ใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินคดีของผู้พิพากษาในแต่ละคดีไม่มีผลเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ แนวทางการตัดสินคดีของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ของอังกฤษ ระบบกฎหมาย Civil law ของภาคพื้นยุโรปมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายที่ “ปิด” กว่า ข้อดีของระบบนี้ก็คือ ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีสูงกว่า แต่ก็อาจจะมีข้ออ่อนตรงการปรับตัวให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม การประมวลถ้อยคำขึ้นตัวบทกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil law นั้น ถ้อยคำจำนวนหนึ่งเป็นถ้อยคำเชิงหลักการ หรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ศาลในระบบกฎหมาย Civil law จึงมีความสามารถในการตีความตัวบทกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมและสภาพของสังคมได้เช่นกันภายใต้กรอบของนิติวิธี

### 3.2 ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดยเหตุที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ในอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง และอยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการบัญญัติไว้ใน “กฎหมายพื้นฐาน” ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ผูกพันทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการใน

ฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง ซึ่งหมายความว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ องค์กฤษฎีกามีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน มิฉะนั้นย่อมต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

### 3.3 ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ตามหลักนิติรัฐ องค์กฤษฎีกาย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กฤษฎีกามีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐจึงกำหนดให้มีองค์การที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กฤษฎีกาตราขึ้น องค์การที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้ โดยปกติแล้วย่อมได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าตามหลักนิติรัฐ การตรากฎหมายขององค์กฤษฎีกาย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์การตุลาการ อย่างไรก็ตามการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์กฤษฎีกานั้น องค์การตุลาการซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กฤษฎีกาโดยเกณฑ์ในทางกฎหมาย ไม่อาจนำเจตจำนงของตนเข้าแทนที่เจตจำนงขององค์กฤษฎีกาได้

ในอังกฤษซึ่งเดินตามหลักนิติธรรมนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐาธิปัตย์ ในทางทฤษฎี รัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็หาไม่ผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นสิ้นผลลงไม่ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากองค์การที่ตรากฎหมายตลอดจนกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว เราอาจจะกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในเยอรมนีสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการ ในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในอังกฤษสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

### 3.4 ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี

ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่ง โดยเฉพาะคู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป ในการฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วย

กฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องได้ในศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดยหลักนิติธรรมถือว่าทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันนั้น ไม่ได้ยึดถือหลักการทำนองเดียวกับหลักนิติธรรมในอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องภายใต้ “ศาลปกติธรรมดา” (Ordinary court) เท่านั้น ปัจจุบันนี้ประเทศเยอรมันมีระบบศาลแยกออกจากกันถึงห้าระบบศาล (ยังไม่นับศาลรัฐธรรมนูญ) คือ ระบบศาลธรรมดา (ศาลยุติธรรม) ระบบศาลปกครอง ระบบศาลแรงงาน ระบบศาลภาษีอากร และระบบศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน ๓ ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไป จะได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ คือ คดีภาษีอากร จะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

อาจกล่าวได้ว่าในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในระบบกฎหมายอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดี เพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันนั้น หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อกังวลต่อปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ระหว่างระบบกฎหมายอังกฤษกับระบบกฎหมายเยอรมันส่งผลต่อการออกแบบระบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นศาลด้วย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความในคดีไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม แล้วตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหาคความขัดแย้งโดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรม (23)

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลเยอรมันมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความได้ยื่นมาเท่านั้น ผู้พิพากษาเยอรมันจึงเปรียบเสมือนเป็นแขนของกฎหมายที่ยื่นออกไป มีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราหุไว้ใมือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรม และบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล (24) เมื่อเปรียบเทียบบทบาทของผู้พิพากษาอังกฤษกับเยอรมันแล้ว จะพบว่าผู้พิพากษาเยอรมันจะมีบทบาทมากกว่าในการขับเคลื่อนกระบวนการพิจารณาคดี ในขณะที่ผู้พิพากษาอังกฤษจะทำหน้าที่คล้ายเป็นคนกลางผู้ควบคุมการต่อสู้คดีเท่านั้น แม้กระนั้นอำนาจของผู้พิพากษาศาลอังกฤษในแง่ของการสั่งลงโทษบุคคลก็มีมากกว่าผู้พิพากษาของศาลเยอรมัน ในคดีปกครองศาล

อังกฤษอาจสั่งลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แม้บุคคลนั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ในขณะที่ศาลปกครองเยอรมัน แม้ศาลจะมีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติ ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ละเมิดอำนาจศาลได้(25)

### 3.5 ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

หลักนิติรัฐถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ ในขณะที่เมื่อพิเคราะห์คำอธิบายว่าด้วยหลักนิติธรรมแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในหลักนิติธรรม ในทางตำราที่ปรากฏข้อถกเถียงกันอยู่ว่าตกลงแล้วในอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจจริงหรือไม่ นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าในอังกฤษรัฐสภากับรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกันอย่างมาก นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในอังกฤษมีการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกกฎหมาย บังคับการตามกฎหมาย และอาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางตุลาการด้วย ดังนั้นจึงอาจจะพอกกล่าวได้ว่าอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ( 26) อย่างน้อยก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจในความหมายเดียวกันกับที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการ ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมีองค์ประกอบประการหนึ่งตรงกัน คือ การยอมรับความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

## 4. หลักประชาธิปไตย

การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ รูปแบบการปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งวางอยู่บนรากฐานทางความคิดของหลักการว่าด้วยเสรีภาพและความเสมอภาค การปกครองแบบนี้ จึงเป็นไปตามการปกครองที่ต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน หรือองค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยและประชาชนต้องใช้อำนาจในการปกครองประเทศเพื่อปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของประชาชน “ประชาธิปไตย” คือ การปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน ( Governmentt of the people, by the people and for the people) เป็นคำกล่าวของ Abraham Lincoln อดีตประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยองค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่กำหนดเจตนารมณ์ของรัฐ และปัจเจกชนจะต้องมีส่วนร่วมในการกำหนดเจตนารมณ์โดยเท่าเทียมกัน และความยินยอมนั้นต้องมีตลอดเวลา หลักประชาธิปไตย ซึ่งมีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ เช่น หลักว่าด้วย อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักประชาธิปไตยแบบเสรี หลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก และหลักประชาธิปไตย โดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามยังมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดที่ปฏิเสธอำนาจตุลาการ ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา โดยให้เหตุผลว่า ถ้าศาลพิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญก็เท่ากับให้ศาลมีอำนาจกระทำการต่อ

เจตจำนงของปวงชน แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้มีเสียงข้างมากแต่ก็เป็นเจตจำนงคนเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการเป็นหลักประกัน และคุ้มครองเสียงข้างน้อย ซึ่ง Hans Kelsen เห็นว่า องค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่อาจจะกล่าวได้ว่า ตนเป็นองค์กรอธิปไตย การอ้างว่าองค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักอธิปไตย ของรัฐสภา เป็นการแสดงแนวโน้มของการใช้อำนาจทางการเมืองอยู่เฉพาะองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่สามารถจำกัดได้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ Friesenhahn เห็นว่า ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีการแบ่งแยกอำนาจนั้น ไม่มีองค์กรใดที่จะขัดกับหลักประชาธิปไตย แต่เป็นองค์กรที่มีเจือปนสำคัญของหลักประชาธิปไตย

ประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของปัจเจกชนพลเมืองที่อยู่ภายใต้การปกครอง รวมถึงกฎหมายที่จำกัด หรือลดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเกิดจากความยินยอมพร้อมใจของประชาชนในการแสดงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน เสมือนหนึ่งสัญญาประชาคม ซึ่งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานอย่างหนึ่งของระบอบประชาธิปไตย เพราะสัญญาประชาคมเกิดจากข้อตกลงของมนุษย์ในสังคม อาจกล่าวได้ว่าความเห็นของเสียงส่วนใหญ่ได้มีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น มิได้ขัดกับหลักการของประชาธิปไตย แต่องค์กรที่จัดตั้งขึ้นและสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีหลักเกณฑ์เจือปนที่สำคัญของหลักประชาธิปไตย

ระบอบประชาธิปไตย หมายถึง ระบอบการปกครองตนเองของประชาชน ตรงกันข้ามกับระบอบอำนาจนิยม (เช่น ระบอบราชาธิปไตย, ระบอบเผด็จการทหาร, ระบอบอำมาตยาธิปไตย) ซึ่งเป็นระบอบปกครองโดยคนเดียว หรือโดยคนกลุ่มน้อย ผู้มีอำนาจมากกว่าประชาชนทั่วไป (เรียกว่า พวกอภิสิทธิ์ชน) ในโลกยุคเศรษฐกิจตลาดเสรีสมัยใหม่ คนส่วนใหญ่ซึ่งเป็นพลเมือง ผู้เสียภาษี (ทั้งทางตรงและทางอ้อม) และเป็นเจ้าของสาธารณสมบัติร่วมกัน เชื่อว่าระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบที่จะสร้างควมมีประสิทธิภาพ (ในการแก้ปัญหาและพัฒนาประเทศ) และความเป็นธรรม ได้มากกว่าระบอบอำนาจนิยม ในบางสถานการณ์ ในระบอบอำนาจนิยม อาจจะมีผู้ปกครองที่เป็นคนดีหรือคนเก่งอยู่บ้าง แต่ก็ไม่มีหลักประกันว่า เขาหรือลูกหลาน หรือพรรคพวกเขา ที่ได้ตำแหน่งจากการสืบเชื้อสาย หรือการแต่งตั้ง จะปกครองประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมสำหรับคนส่วนใหญ่เสมอไป เพราะระบบสืบเชื้อสายและแต่งตั้งเป็นระบบที่ไม่แน่นอน และไม่มีประสิทธิภาพ และเพราะว่าการให้คนสืบทอดอำนาจ โดยไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลมักนำไปสู่การฉ้อฉลเพื่อประโยชน์ส่วนตน ระบอบประชาธิปไตยดีกว่าระบอบอำนาจนิยมในแง่ที่ว่า มีระบบคัดเลือกผู้บริหารที่มีประสิทธิภาพกว่า และมีระบบการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ปกครองมีอำนาจมากเกินไปได้ดีกว่า แต่ทั้งนี้ต้องเป็นระบอบประชาธิปไตยที่ประชาชน มีส่วน

ร่วมอย่างแท้จริง ไม่ใช่สักแต่มีการเลือกตั้ง แต่ยังมีการซื้อเสียงขายเสียง การ โกง การใช้อำนาจและระบบอุปถัมภ์

#### 4.1 รูปแบบประชาธิปไตย

ระบอบประชาธิปไตยหรือการปกครองตนเองของประชาชนอาจจะแบ่งเป็น

4.1. 1 ประชาธิปไตยโดยตรง-ประชาชนมาประชุมกัน อภิปรายและลงคะแนนกันในเรื่องสำคัญ เช่น การประชุมเรื่องงบประมาณ กฎหมาย ในระดับท้องถิ่น หรือการลงประชามติในระดับประเทศ เช่น การจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

4.1. 2 ประชาธิปไตยโดยระบบผู้แทน เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่มีประชาชนมาก มีความซับซ้อน ต้องแบ่งงานกันทำจึงมักใช้วิธีเลือกผู้แทนขึ้นไปเป็นฝ่ายบริหารและฝ่ายออกกฎหมาย

4.1. 3 ประชาธิปไตยแบบประชาชนมีส่วนร่วมการผสมผสานทั้ง 2 แบบแรก รวมทั้งการให้ประชาชนมีการปกครองตนเองในระดับท้องถิ่น มีองค์กรอิสระที่รักษาผลประโยชน์ฝ่ายประชาชน มีสื่อมวลชนและองค์กรประชาชนที่เข้มแข็ง ภาคประชาชนหรือสังคมพลเมืองมีบทบาทในการตัดสินใจเรื่องการบริหารประเทศค่อนข้างมาก ไม่ได้ปล่อยให้ผู้แทนทำทุกอย่างโดยประชาชนให้ใช้สิทธิแค่เลือกตั้งผู้แทนนานๆครั้งเท่านั้น ตั้งแต่ปี 2475 ประเทศไทย ใช้ประชาธิปไตยแบบที่ 2 เป็นบางช่วง (บางช่วงเป็นเผด็จการทหาร) ประเทศไทยควรใช้แบบที่ 1 และ 3 เพิ่มขึ้นเพราะระบอบประชาธิปไตย โดยระบบผู้แทนมีข้อจำกัด โดยเฉพาะในสภาพที่นักการเมืองกลุ่มน้อยมีฐานะทางเศรษฐกิจสูง มีอำนาจและความรู้สูงกว่าประชาชนส่วนใหญ่มาก ทำให้คนกลุ่มนี้มักได้เป็นผู้แทน และมักจะทำอะไรก็ได้ตามใจชอบ รวมทั้งการคอร์รัปชัน, การหาผลประโยชน์ทับซ้อน โดยอ้างว่าเพราะประชาชนเลือกพวกเขาเข้าไปแล้ว เขาจะทำอะไรก็ได้ถือว่าเป็นประชาธิปไตยทั้งนั้น ประชาธิปไตย โดยระบบผู้แทน หมายถึงว่า ประชาชนเลือกผู้แทนเข้าไปเป็นผู้บริหารจัดการแทนตัวพวกเขา เพื่อให้บริหารประเทศเพื่อประโยชน์ของประชาชน ไม่ใช่เลือกไปเป็นเจ้านายและประชาชนยังมีสิทธิคัดค้านถอดถอนผู้แทนที่ขึ้นไปเป็นรัฐบาลแล้วไม่ได้ทำหน้าที่อย่างซื่อตรงและเพื่อส่วนรวมด้วย แต่รัฐธรรมนูญที่ผ่านมาไม่ได้เปิดช่องทางและไม่มีให้การศึกษาศึกษาและข่าวสารแก่ประชาชนว่า ประชาชนมีสิทธิ ประการหลังที่สำคัญนี้ด้วย ประชาชนไม่ได้เลือกผู้แทนไปเป็นเจ้านายในระบอบอำนาจนิยมซึ่งเป็นระบอบเก่า แต่วัฒนธรรมแบบอำนาจนิยม (ยกย่องเกรงกลัวคนมีอำนาจ) ยังคงตกค้างมาจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะในประเทศไทยและประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ ที่ประชาชนได้รับการศึกษาและข่าวสารน้อยและหรือได้รับแบบคุณภาพต่ำ ทำให้เป็นประชาธิปไตยแค่รูปแบบ หรือเป็นประชาธิปไตยเพียงบางส่วน ยังไม่ใช่การปกครองตนเองของประชาชน ที่ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง ระบอบประชาธิปไตย ไม่ใช่หมายถึงแค่

ประชาธิปไตยทางการเมือง (ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ เลือกตั้ง คัดค้าน ถอดถอน ผู้แทนได้) เท่านั้น หากต้องเป็นประชาธิปไตยทางเศรษฐกิจ (มีการกระจายทรัพย์สิน และรายได้ที่เป็นธรรม มีการแข่งขันที่เป็นธรรม) และประชาธิปไตยทางสังคม (ประชาชนมีการศึกษา รับรู้ข้อมูลข่าวสาร มีสิทธิเสรีภาพ และโอกาสการเข้าถึง ศาสนา ความเชื่อ ศิลปวัฒนธรรม อย่างเสมอภาคกัน) ด้วย ประชาธิปไตย 2 อย่างหลังนี้ ประเทศไทยยังมีน้อย รวมทั้ง ไม่มีการให้การศึกษา ให้ความรู้ ข้อมูล ข่าวสารประชาชนในเรื่องนี้มากพอ เป็นเหตุให้ประชาธิปไตย การเมือง พัฒนาไปได้ช้ามาก

ประชาธิปไตยในแง่เนื้อหา ระบอบประชาธิปไตยไม่ได้หมายถึงแค่ระบบการเลือกตั้ง หากต้องประกอบไปด้วยสภาพความเป็นประชาธิปไตย อย่างน้อย 6 ข้อ คือ

1) การเลือกตั้งผู้แทนจะต้องเป็นอิสระและยุติธรรม ไม่มีการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อ โกงการเลือกตั้ง ไม่มีการซื้อเสียงขายเสียง และการที่กลุ่มอภิสิทธิ์ชนใช้อำนาจ อิทธิพลระบอบอุปถัมภ์ ใ้คนต้องเลือกเฉพาะพวกเขาบางคน

2) จะต้องมึระบบการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจที่ดี เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ องค์กรอิสระ องค์กรประชาชนสามารถตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารได้ และต่างฝ่ายต่างตรวจสอบ ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน รวมทั้งภาคประชาชนสามารถถอดถอนผู้แทนที่มีพฤติกรรมไม่ชอบธรรมได้

3) การบริหารบ้านเมืองจะต้องโปร่งใส มีเหตุผลอธิบายได้ เป็นไปเพื่อประโยชน์ ส่วนรวม ไม่มีการคอร์รัปชันการหาผลประโยชน์ทับซ้อนการเล่นพรรคพวกหาประโยชน์ส่วนตัว

4) มีรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ขนบธรรมเนียม ที่มุ่งประโยชน์คนส่วนใหญ่ อย่างมี เหตุผล มีความคงเส้นคงวาคคนส่วนใหญ่ยอมรับและรัฐธรรมนูญกฎหมายเหล่านั้นมีผลบังคับใช้ด้วย

5) สื่อมวลชนและองค์กรประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ, เป็นอิสระ, มีศักดิ์ศรี และเข้มแข็ง ประชาชนมีจิตสำนึกความเป็นพลเมือง และมีส่วนร่วมในการไปใช้สิทธิเลือกตั้ง การแสดงความคิดเห็น การสมาคม การชุมนุม การทำประชาพิจารณ์ (เปิดอภิปรายความคิดเห็นประชาชนเรื่อง กฎหมายและโครงการต่างๆ) และการลงประชามติว่าประชาชนจะรับหรือไม่ในเรื่องสำคัญๆ

6) มีการกระจายการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม สู่ประชาชน ทำให้เกิดประชาธิปไตยทาง เศรษฐกิจและสังคม และการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมที่มั่นคง สม่าเสมอ

ดังนั้น แม้จะมีการเลือกตั้งและมีผู้สมัคร สส. จากพรรคการเมืองพรรคหนึ่ง ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาด้วยเสียงข้างมาก แต่ถ้าไม่ได้เกิดสภาพความเป็นประชาธิปไตยตามแนวทาง 6 ข้อนี้ เช่น เป็นรัฐบาลที่ใช้อำนาจผูกขาดแทรกแซงองค์กรอิสระ ปิดปากสื่อมวลชนและประชาชน คอร์รัปชัน หาผลประโยชน์ส่วนตัวและพวกพ้อง เราก็ควรถือว่าระบอบการปกครองแบบนี้เป็น ระบอบประชาธิปไตยเพียงเปลือกนอก หรือเป็นประชาธิปไตยจอมปลอม ไม่ใช่ระบอบ ประชาธิปไตยที่ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง



หากในบางช่วง เช่น หลัง พ.ศ.2475-2490 , พ.ศ.2516-2519 ฯลฯ เรามีสภาวะความเป็นประชาธิปไตยบางข้อ มากบ้างน้อยบ้าง ก็อาจถือว่ามีความเป็นระบอบประชาธิปไตยในเชิงเปรียบเทียบ (กับประเทศอื่น, กับประวัติศาสตร์ช่วงอื่น) ได้ระดับหนึ่ง ประเด็นที่สำคัญคือ ประเทศไทยจะเป็นประชาธิปไตยในแง่เนื้อหามากน้อยแค่ไหน ขึ้นอยู่กับความตื่นตัวและความเข้มแข็งของภาคประชาชนในแต่ละประเทศในแต่ละช่วงตอนของประวัติศาสตร์เป็นสำคัญหลักการประชาธิปไตยระบอบประชาธิปไตย อยู่บนรากฐานหลักการที่สำคัญ 5 ประการคือ

1) หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ประชาชนแสดงออกซึ่งการเป็นเจ้าของโดยใช้อำนาจที่มีตามกระบวนการเลือกตั้งอย่างอิสระและทั่วถึงในการให้ได้มาซึ่งตัวผู้ปกครองและผู้แทนของตน รวมทั้งประชาชนมีอำนาจในการคัดค้านและถอดถอนผู้ปกครองและผู้แทนที่ประชาชนเห็นว่า มิได้บริหารประเทศในทางที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวม เช่น มีพฤติกรรมร่ำรวยผิดปกติ

2) หลักเสรีภาพ ประชาชนทุกคนมีความสามารถในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บุคคลต้องการ ตราบเท่าที่การกระทำของเขานั้น ไม่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือละเมิดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของประเทศชาติ

3) หลักความเสมอภาค การเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงทรัพยากรและคุณค่าต่างๆของสังคมที่มีอยู่จำกัดอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่ถูกกีดกันด้วยสาเหตุแห่งความแตกต่างทางชั้นวรรณะทางสังคมชาติพันธุ์วัฒนธรรมความเป็นอยู่ฐานะทางเศรษฐกิจหรือด้วยสาเหตุอื่น

4) หลักการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติธรรม การให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนทั้งในเรื่องสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สิน การแสดงออก การดำรงชีพ ฯลฯ อย่างเสมอหน้ากัน โดยผู้ปกครองไม่สามารถใช้อำนาจใดๆละเมิดเพิกถอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และไม่สามารถใช้อำนาจหรือใช้อำนาจเหนือกฎหมายหรือเหนือกว่าประชาชนคนอื่นๆ ได้

5) หลักการเสียงข้างมาก (Majority rule) ควบคู่ไปกับการเคารพในสิทธิของเสียงข้างน้อย (Minority rights) การตัดสินใจใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนหมู่มาก ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งผู้แทนของประชาชนเข้าสู่ระบบการเมือง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ย่อมต้องถือเอาเสียงข้างมากที่มีต่อเรื่องนั้นๆ เป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจเลือก โดยถือว่าเสียงข้างมากเป็นตัวแทนที่สะท้อนความต้องการ/ข้อเรียกร้องของประชาชนหมู่มาก หลักการนี้ต้องควบคู่ไปกับการ เคารพและคุ้มครองสิทธิเสียงข้างน้อยด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า ฝ่ายเสียงข้างมากจะไม่ใช้วิธีการพวกมากลากไปตามผลประโยชน์ความเห็นหรือกระแสความนิยมของพวกเขาตนอย่างสุดโต่ง แต่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของประชาชนทั้งหมด เพื่อสร้างสังคมที่

ประชาชนเสียงข้างน้อย รวมทั้งชนกลุ่มน้อย ผู้ด้อยโอกาสต่างๆ สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุข โดยไม่มีการเอาเปรียบกันและสร้างความขัดแย้งในสังคมมากเกินไป ค่านิยม ทัศนคติ ที่ส่งเสริมประชาธิปไตย ระบอบประชาธิปไตย นอกจากจะเป็นระบอบการเมืองแล้ว ยังเป็นระบอบเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมด้วย ดังนั้นจึงไม่ใช่อยู่ที่รัฐธรรมนูญ กฎหมาย การเลือกตั้ง และการต่อรองทางการเมืองเท่านั้น หากอยู่ที่สมาชิกในสังคมจะต้องช่วยกันหล่อหลอม สร้างค่านิยม วิถีชีวิต ที่เป็นประชาธิปไตย มาตั้งแต่ในครอบครัว โรงเรียน ที่ทำงาน ชุมชน เพื่อจะนำไปสู่หรือการปกป้องระบอบประชาธิปไตย ทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม

ค่านิยมประชาธิปไตยที่ประชาชนระบบการศึกษาเสื่อมถอยลงๆ ควรช่วยกันสร้างคือ

- 1) เป็นคนที่มีเหตุผล ยอมรับเรื่องสิทธิหน้าที่ ความเป็นจริงในทางสังคม เคารพในตัวเอง เคารพในศีลธรรมและประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม
- 2) มีทัศนคติที่ดีต่อเพื่อนมนุษย์ มีความเคารพซึ่งกันและกัน และมีความสามัคคี
- 3) เข้าใจความจำเป็นและประโยชน์ของการเข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นพลเมืองของประเทศ เพื่อประโยชน์ของสมาชิกทุกคนในระยะยาว
- 4) เคารพกฎหมายและดำเนินชีวิตในกรอบของกฎหมายที่มีเหตุผลและเป็นธรรม
- 5) มีจิตใจเปิดกว้างและพร้อมที่ปรับตัวรับการเปลี่ยนแปลงของสังคมได้
- 6) เป็นคนที่มีความรับผิดชอบผูกพันกับสิ่งที่เขาได้กระทำลงไป
- 7) มีจิตใจที่เป็นธรรม เอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ ไม่มีอคติต่อผู้ที่มีความแตกต่างจากตน เช่น นับถือ ศาสนาอื่นหรือเชื้อชาติอื่น เป็นต้น บทบาทของประชาชนในการเสริมสร้างระบอบประชาธิปไตย ไม่ใช่แค่การใช้สิทธิในการเลือกตั้งนานๆ ครั้ง และพยายามเลือกคนดีคนเก่งมาบริหารประเทศเท่านั้น ประชาชนต้องขวนขวาย ศึกษา พัฒนาตนเอง ใช้สิทธิและหน้าที่พลเมืองที่ดีเข้าไปแสดงความคิดเห็นและมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศ ในการตัดสินใจ เรื่องการใช้ทรัพยากรของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม ของชุมชน จังหวัด และประเทศ อย่างแข็งขัน และอย่างสม่ำเสมอตลอด ทั้งปีและทุกปีด้วย

##### 5. หลักศีลธรรมของความเป็นมนุษย์

หลักความยุติธรรม เป็นหลักกฎหมายหลักแรกและเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย เพราะว่าเป็นมาตรฐานตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชน วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ทำให้การกระทำของตนวางอยู่บนข้อเท็จจริงที่ถูกต้องครบถ้วนและวินิจฉัยสั่งการตามข้อเท็จจริงที่มีความยุติธรรมเพราะว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสีย การป้องกันคือ เจ้าหน้าที่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงและความเห็น

ของผู้มีส่วนได้เสียการรับฟังผู้มีส่วนได้เสียจึงเป็นขั้นตอนในการทำให้ความยุติธรรมเป็นรูปธรรมขึ้น

5. 1 หลักนิติรัฐ เป็นหลักที่มีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจอรัฐและอำนาจปกครอง เพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของประชาชน เพื่อให้สังคมปกครองโดยกฎหมายมิใช่บุคคลเพียงคนเดียว เพราะฉะนั้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและต้องกระทำการต่างๆ ต่อประชาชนอย่างเสมอหน้า

5. 2 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ “มนุษย์ไม่อาจจะถูกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นเพียงวัตถุของวิธีพิจารณา” แต่ประชาชนต้องมีสิทธิจะแถลงชี้แจงข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะกระทำการใดเป็นการก้าวล้ำไปในสิทธิเสรีภาพประชาชนมิได้ หลักนี้ในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้แก่ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักการรับฟังและหลักการต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการนั่นเอง

หลักการให้ความเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้แก่ หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักการรับฟัง หลักการต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยสั่งการนั่นเอง

สามหลักประชาธิปไตย ได้แก่

- 1) ความมีส่วนร่วมของประชาชน
- 2) การควบคุมโดยประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐ
- 3) การที่ประชาชนยอมรับปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง

และนอกจากนี้ ในการพิจารณาทางปกครองเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย คือ

- 1) หลักความไม่มีส่วนได้เสีย เช่น ความสัมพันธ์ทางเครือญาติ กรณีที่มีการหย่าร้างของไทยไม่ถือว่าอยู่ในความหมายของ “หลักความมีส่วนได้เสีย” อย่างเช่นของเยอรมัน
- 2) หลักการรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย คำสั่งทางปกครองที่ออกไปอาจจะกระทบสิทธิบุคคลอื่นจึงต้องให้บุคคลที่ถูกกระทบสิทธินั้น มีสิทธิที่จะโต้แย้ง

หลักการให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการ การออกคำสั่งทางปกครองต้องแสดงเหตุผลประกอบด้วยเสมอ หลักการให้เหตุผลมีประโยชน์ต่อผู้รับคำสั่งในกรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่พอใจอาจจะใช้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยสั่งการเป็นข้อมูลเพื่อใช้สิทธิในการโต้แย้งได้และมีประโยชน์ต่อศาลในแง่ศาลจะได้ควบคุมตรวจสอบว่าการสั่งการนั้นเจ้าหน้าที่ให้เหตุผลที่เหมาะสมและเป็นธรรมหรือไม่อย่างไร

มนุษย์เป็นสัตว์ประเภทหนึ่ง หากแต่เป็นสัตว์ประเสริฐเนื่องจากมนุษย์นอกจากจะมีร่างกาย สมอองที่คิดได้ลึกซึ้งมากกว่าสัตว์เดรัจฉานแล้ว มนุษย์ยังมีอีกส่วนหนึ่งคือจิตวิญญาณ จิตวิญญาณจะเป็นตัวที่จุดไม่ห้ามมนุษย์กระทำการสิ่งที่ไม่ดีศีลธรรมและจริยธรรม โดยสามารถควบคุมสัญชาตญาณดิบของสัตว์ทั่วไปซึ่งต้องการกินอาหาร มีที่อยู่อาศัย มีความต้องการทางกามารมณ์ มีความโลภ ฯลฯ ในส่วนนี้ทำให้มนุษย์มีความแตกต่างจากสัตว์ซึ่งถูกผลักดันโดยสัญชาตญาณเป็นหลัก และขณะเดียวกันก็มีตัวแปรสำคัญที่แยกแยะระหว่างมนุษย์ระดับพัฒนาจิตวิญญาณสูง เป็นคนดี กับมนุษย์ที่มีระดับจิตวิญญาณต่ำ และคนเห็นแก่ตัว โหดเหี้ยมทารุณ ไร้ความเมตตาปราณี ฯลฯ

แต่อีกส่วนหนึ่งของมนุษย์ที่นอกเหนือจากที่ต้องมีปัจจัยสี่เพื่อดำรงชีวิตอยู่แล้ว มนุษย์ยังถูกผลักดันด้วยความปรารถนาที่จะเป็นที่ยอมรับของสังคม เพื่อให้เกิดความเคารพนับถือ ( Self esteem) และในส่วนนี้ได้นำไปสู่ความรู้สึกของความต้องการมีศักดิ์ศรี อันได้เป็นศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ในทางศาสนาคริสต์ถือว่ามนุษย์เป็นภาพลักษณ์แห่งพระเจ้า สะท้อนถึงความเป็นพระเจ้าทรงมหิทธานุภาพในมนุษย์ ส่วนทางศาสนาอื่นต่างก็ยกย่องให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกอื่น มนุษย์จึงมีสิทธิตามธรรมชาติและจากพระเจ้าสร้างให้มีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อยู่ที่ความสามารถที่จะยืนสูงตระหง่านชูคอด้วยความเป็นมั่น และในสังคมและระบบการเมืองที่ดีก็ควรมีมาตรการและกระบวนการที่จะให้มนุษย์ สามารถธำรงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้ได้ สังคมใดก็ตามที่ทำให้มนุษย์อีกส่วนหนึ่งเป็นทาสก็จะเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของมนุษย์กลุ่มนั้นทันที มนุษย์ที่มีจิตใจสูงย่อมจะไม่กระทำต่อมนุษย์ร่วมโลกเยี่ยงนั้น

ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ยอมรับในสังคมที่พัฒนาแล้ว และต้องรับรองด้วยกฎหมายและเจตนารมณ์ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติก็คือความพยายามที่จะธำรงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้นั่นเอง ในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 มาตรา 26 และมาตรา 28 ก็ได้มีการกล่าวถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไว้

ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มิอาจจะถูกละเมิดได้ด้วยอำนาจรัฐ ด้วยการกระทำหรือด้วยมาตรการของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือแม้แต่เพื่อนร่วมโลกด้วยกัน

มนุษย์ผู้ใดที่ทำผิดกฎหมายก็ต้องถูกลงโทษตามกระบวนวิธี แม้แต่การลงโทษนั้นก็ต้องลงโทษอย่างเป็นระบบที่ไม่ทำให้มนุษย์ผู้นั้นเสียศักดิ์ศรี เช่น ไม่นำไปประหารในลักษณะประจาน เพราะมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะตายอย่างมีศักดิ์ศรี ผู้ถูกกล่าวหาว่าทำการละเมิด กฎหมายก็ต้องได้รับปฏิบัติโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน เป็นว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีสิทธิที่จะให้ผู้ถูกจับกุมคาบมิดพรวดในปากเพื่อเป็นการประจาน หรือบังคับให้ผู้ถูกกล่าวหาปลีงเสื้อฟ้าเพื่อตรวจค้นต่อหน้าธารกำนัล เพราะเมื่อมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นก็จะละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

ในส่วนของปัจเจกชนก็ต้องพยายามรื้อหลักการเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เช่น ในการรับน้องใหม่ของสถาบันการศึกษาจะต้องต้อนรับโดยการให้เกียรติกัน ไม่ลู่แก่อำนาจความเป็นรุ่นพี่ ข่มขู่รุ่นน้อง หรือบังคับให้รุ่นน้องกระทำสิ่งซึ่งมนุษย์ทั่วไปไม่กระทำกัน เป็นต้นว่า ให้คลานกับพื้นเหยียดสุนัข ให้แต่งตัวลักษณะแปลกๆ กลายเป็นที่ขบขัน การใช้ภาพดูถูกดูแคลนโดยไม่ให้เกียรติซึ่งกันและกัน ทั้งหลายทั้งปวงดังกล่าวนี้แม้ปัจเจกบุคคลด้วยตนเองก็ไม่มีสิทธิที่จะกระทำ

การโกงค่าแรงของผู้ใช้แรงงานเนื่องจากไม่มีอำนาจต่อรอง จนนำไปสู่การดำรงชีวิตอย่างอดๆ อยากๆ หรือการฉกฉวยประโยชน์เอาเปรียบจากผู้ซึ่งโง่เขลาเบาปัญญาที่ไม่มีทางต่อรองหรือทางเลือกอื่นๆ เช่น บังคับให้นักโทษทำงานเป็นเวลายาวนานและจ่ายค่าจ้างอย่างเอาเปรียบเอารัดอย่างน่าเกลียด การบังคับให้หญิงบางประเภทต้องรับแขกวันละ 20 ราย เนื่องจากความโลภ และโดยการใช้กำลังบังคับและข่มขู่ ล้วนแล้วแต่ละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น นอกเหนือจากการกระทำผิดกฎหมาย

มนุษย์เป็นสัตว์ประเสริฐที่ต้องให้ความเคารพซึ่งกันและกัน ผู้กระทำความผิดก็ต้องว่าไปด้วยกระบวนการที่อารยะ ไม่มีรัฐใดมีสิทธิที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติ หรือเป็นสิทธิอันศักดิ์สิทธิ์ประทานมาโดยพระเจ้าทรงมหิตานุภาพ มนุษย์ผู้ใดละเมิดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ผู้อื่นมนุษย์ผู้นั้นกระทำผิดกฎหมายอย่างรุนแรง กระทำผิดต่อหลักศาสนาอย่างมหันต์ และกระทำผิดศีลธรรมอย่างน่าละอายยิ่ง

การรื้อไว้ซึ่งศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์จะต้องกระทำโดยรัฐในเบื้องต้น ซึ่งได้แก่การพยายามจัดตัวแปรที่จะนำไปสู่ความเหลื่อมล้ำในสังคม สิ่งที่รัฐต้องทำให้เกิดขึ้นให้ได้ก็ต้องทำให้มนุษย์ที่อยู่ในสังคมและอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐนั้นสามารถดำรงอยู่ได้อย่างศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ อันได้แก่

#### ประการแรก

1) สมาชิกของสังคมนั้นแม้จะยากจนข้นแค้นเพียงใดก็ตาม จะต้องมิปองจยี่เพื่อการดำรงชีวิตที่มีศักดิ์ศรี อันได้แก่ ต้องมีอาหารพอเพียงต่อความต้องการของร่างกาย ไม่อดอยาก

2) ต้องมีเสื้อผ้าที่สวมใส่เพื่อป้องกันความหนาวเย็น และเพื่อไม่ให้เกิดความสังเวชใจ เนื่องจากการใส่เสื้อผ้าขาดและปะหังตัว

3) จะต้องมีที่อยู่อาศัย ไม่นอนตากฝน ตากแดด ตากลม ขาดความเป็นส่วนตัว

4) เมื่อเจ็บไข้ต้องมีรักษาพยาบาล หรือได้รับการรักษาจากสถานพยาบาล

กล่าวอีกนัยหนึ่ง มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีอาหารพอเพียง มีเสื้อผ้าสวมใส่ มีที่อยู่อาศัย ได้รับการเยียวยารักษาเมื่อเจ็บป่วย โดยสังคมนั้นและโดยรัฐที่ตนเป็นสมาชิก

### ประการที่สอง

สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของมนุษย์ที่เป็นสมาชิกในสังคมและภายใต้รัฐนั้น ต้องได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญและการบังคับกฎหมาย สิทธิดังกล่าวถือเป็นสิทธิมูลฐานอันศักดิ์สิทธิ์ที่ไม่สามารถจะเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นได้

### ประการที่สาม

มนุษย์ทุกคนที่อยู่ในสังคมหรือภายใต้รัฐที่กล่าวมาเบื้องต้นต้องมีโอกาสที่จะเปลี่ยนแปลงฐานะทางสังคม และสถานะทางเศรษฐกิจของตนเอง ถ้าหากว่ามีความสามารถ มีความหมั่นเพียร เพื่อการดังกล่าวจะต้องเปิดโอกาสให้มีการเข้าถึงการศึกษา และโอกาสการทำงานอย่างเสมอภาคกัน และการเปลี่ยนแปลงฐานะทางสังคมและเศรษฐกิจดังกล่าวย่อมเปิดโอกาสให้สมาชิกของสังคมซึ่งอยู่ภายใต้รัฐนั้นสามารถแสดงออกถึงสิทธิของตนซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐาน ทั้งในแง่การแสดงความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมในฐานะของประชาชนหรือแม้ในฐานะของผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมืองได้

สิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นสิทธิที่มีอยู่โดยตามปกติภายใต้ระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย แต่สิ่งที่สำคัญพอๆ กับสิทธิเสรีภาพคือการเคารพและการมีหลักประกันในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยรัฐ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และโดยสมาชิกของคนในสังคมนั้น รวมทั้งของคนในสังคมโลก ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เป็นคุณสมบัติอันศักดิ์สิทธิ์ที่ไม่มีใครมีสิทธิที่จะละเมิดได้

## 6. ระบบวิธีพิจารณา

โดยปกติการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมี 2 ระบบ คือ ระบบกระบวนการพิจารณาแบบกล่าวหา และระบบกระบวนการพิจารณาแบบไต่สวน (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2540, หน้า 22)

### 6.1 ระบบกล่าวหา

เป็นระบบที่พัฒนาขึ้นในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ ประเทศอังกฤษ ต่อมาพัฒนาไปยังสหรัฐอเมริกา และประเทศในเครือจักรภพ ระบบกล่าวหาถือหลักว่าศาลหรือผู้พิพากษาหรือลูกขุนเปรียบเสมือนกรรมการของการต่อสู้คดีที่จะต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ เป็นหน้าที่ของกลุ่มความ กระบวนการวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาจะมีความสัมพันธ์กับ “หลักความประสงค์ของกลุ่มความ ” โดยกระบวนการพิจารณาลักษณะนี้เน้นเรื่องบทบาทและสิทธิของกลุ่มความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ กลุ่มความไม่เพียงแต่เป็นฝ่ายกำหนดขอบเขตของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ยังมีบทบาทสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา รวมทั้งการรวบรวมพยานหลักฐานอีกด้วย และมักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาโดยเปิดเผย ซึ่งห้ามไม่ให้ศาลตัดสินตามความเชื่อของศาล

สิ่งที่เป็นกลไกสำคัญในการสืบพยานบุคคลในระบบกล่าวหา คือ การถามค้าน (Cross-examination) ระบบกล่าวหาเชื่อว่า การเปิดโอกาสให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามถามค้านพยานของคุณความอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นหนทางที่จะนำไปสู่การพิสูจน์ความจริงและทำให้ผู้พิพากษาหรือลูกขุนวินิจฉัยคดีนั้นได้อย่างถูกต้อง ในระบบนี้ถึงแม้จะยอมรับอำนาจของศาลในการเรียกพยานมาสืบหรือในการซักถามพยาน แต่ศาลก็จำกัดบทบาทของตนเองจะกระทำต่อเมื่อจะเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงด้วยตนเอง การซักถามของศาลมักจะจำกัดเฉพาะเพื่อให้คำเบิกความนั้นกระจ่างชัด หรือเมื่อศาลมีข้อสงสัยในความหมายของคำเบิกความเท่านั้น ส่วนการเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมโดยศาลนั้นพบว่ามีน้อยมากหรือแทบไม่มีเลย

## 6.2 ระบบไต่สวน

เป็นระบบที่ใช้อยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศในภาคพื้นยุโรป หรือประเทศในกลุ่ม Civil law มีวิวัฒนาการเกิดขึ้นมาภายหลังการพิจารณาแบบกล่าวหา เน้นบทบาทของผู้พิพากษาในการควบคุมกระบวนการพิจารณาเป็นสำคัญ ระบบนี้มีที่มาจากภาระความของผู้มีอำนาจโดยเด็ดขาด ซึ่งจะทำการไต่สวนคดีความเพื่อหาข้อเท็จจริงให้ได้ วิธีการที่ใช้ในระยะแรกๆ อาจเกิดจากการทรมานจำเลยเพื่อให้จำเลยรับสารภาพ หรืออาจให้จำเลยต่อสู้กันเพื่อพิสูจน์ว่าใครผิด ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ใช้วิธีการดังกล่าวแล้วในการชำระความ แต่ระบบไต่สวนถือว่าเป็นหน้าที่ในการค้นหาความจริงเป็นของศาล ผู้พิพากษามีอำนาจที่จะริเริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องรอให้คู่ความร้องขอ และไม่ถูกจำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความเสนอต่อศาลแต่มีอำนาจเพื่อค้นหาความจริง เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีให้ถูกต้องตามความเป็นจริงเท่าที่สามารถทำได้ กระบวนการพิจารณาในแบบนี้มักจะมีลักษณะเป็นกระบวนการพิจารณาด้วยเอกสาร โดยลับและไม่ค่อยจะมีการดำเนินการโต้แย้งต่อสู้คดีกันระหว่างคู่ความ ถึงแม้คู่ความจะมีสิทธินำเสนอพยานหลักฐานต่อศาล แต่ศาลก็ไม่สามารถสั่งให้มีการสืบพยานเพิ่มเติมได้อีก วิธีปฏิบัติในการถามพยานก็จะให้ศาลมีดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานที่เสนอมา โดยคู่ความและดุลพินิจนี้มักถูกโต้แย้งไม่ได้ (Unbelievable) นอกจากจะรับฟังพยานหลักฐานโดยกว้างขวางแล้ว ศาลยังมีดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ กระบวนการพิจารณาในระบบนี้จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของศาลเป็นสำคัญ และเป็นกระบวนการที่คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก อย่างไรก็ตามกระบวนการพิจารณาในระบบนี้แม้ว่าจะช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาดำเนินไปอย่างรวดเร็ว และคู่ความไม่มีโอกาสเอาเปรียบอันเนื่องมาจากศาลมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนการพิจารณา แต่ศาลก็ต้องระมัดระวังในเรื่องการวางตัวเป็นกลาง และในเรื่องสิทธิต่อสู้คดีของคู่ความ โดยศาลจะต้องคำนึงอยู่เสมอว่าเป้าหมายในการพิจารณาแบบไต่สวนนั้นจะต้องให้ได้ความเป็นจริงที่สมบูรณ์หรือที่พึงประสงค์ (Objective truth) ก็ตาม แต่ที่

ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องเข้าไปทำหน้าที่แทนคู่ความในการค้นหาความจริงอย่างเต็มตัว แต่เป็นการเข้าไปช่วยเหลือคู่ความในการค้นหาความจริงเท่านั้น (พรเพชร วิชิตชลชัย, 2542, หน้า 5)