

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรมและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

การทบทวนวรรณกรรมในงานวิทยานิพนธ์ของหัวข้อ “องค์การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” ในบทนี้เป็นการทบทวนวรรณกรรมของผลงานทางวิชาการเชิงบูรณาการด้วยการศึกษาและค้นคว้าวิจัยเอกสารทั้งจากเอกสารปฐมภูมิและทุติยภูมิ ซึ่งเป็นมาตรฐานของการศึกษาและงานวิจัยในทางนิติศาสตร์ที่นิยมนำมาใช้มากที่สุด โดยขั้นตอนการศึกษาจะดำเนินการวิเคราะห์ในเนื้อหาทางกฎหมาย ด้วยกระบวนการสังเคราะห์จากข้อเท็จจริงที่ค้นพบเพื่อมาสู่ปัญหาข้อกฎหมายในเชิงลึกโดยการนำเอาข้อความคิดทฤษฎี หลักนิติปรัชญา หลักกฎหมาย และกระบวนการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ได้จากการทบทวนวรรณกรรมมาเชื่อมโยงกับตัวแปรแต่ละตัวที่ศึกษา เพื่อให้การค้นคว้าวิจัยเอกสารมีความสมบูรณ์เป็นไปตามหลักสากลในทางวิชาการมากที่สุด และการทบทวนวรรณกรรมในบทนี้จะอยู่ภายใต้ขอบเขตเนื้อหาที่มีข้อสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกับ โจทย์วิจัย 2 ประการ คือ

- 1) ทฤษฎีการควบคุมอำนาจรัฐ
- 2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

1. ทฤษฎีการควบคุมอำนาจรัฐ

“รัฐ” (State) ในทวีปยุโรปช่วงปลายคริสต์ศักราชที่ 16 เป็นต้นมา ส่วนใหญ่พบว่ามิสภภาพเป็นบุคคลสมมติ จึงมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย รัฐไม่สามารถกระทำการใด ๆ ด้วยตนเองได้ จึงต้องมีบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นองค์กรทำหน้าที่ใช้อำนาจมหาชนแทนรัฐ การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลเหล่านั้นไม่ว่าจะกระทำในฐานะเป็นองค์กรของรัฐหรือองค์กรที่ใช้อำนาจแทนรัฐ ถ้ากระทำเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ หากได้กระทำไปภายในขอบเขตและเงื่อนไขหรือวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐมิใช่เป็นการกระทำในฐานะส่วนตัวของบุคคลหรือคณะบุคคล โดยได้แบ่งแยกการกระทำหรือการใช้อำนาจรัฐเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ตามทฤษฎีของหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ เพื่อให้แต่ละอำนาจมีการควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เป็นการป้องกันมิให้แต่ละฝ่ายใช้อำนาจอย่างบิดเบือนหรือใช้อำนาจบิดผันตามอำเภอใจ ทั้งนี้ เพื่อเป็น

เหตุผลแสดงว่าอำนาจมีขอบเขตและมีข้อผูกพันในการใช้ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐเช่นว่านั้น

การควบคุมอำนาจรัฐ ที่ปรากฏทั้งในแนวคิด ทฤษฎีและข้อปฏิบัติต่างมีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรหรือหน่วยงานรัฐทั้ง 3 ฝ่ายได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการว่าได้ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ และนอกจากนั้นการควบคุมอำนาจรัฐยังหมายความรวมถึงการตรวจสอบในเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐต้องไม่เป็นการขัดหรือไม่สอดคล้องตามกฎหมายนั้นด้วย ซึ่งการทบทวนวรรณกรรมในส่วนการควบคุมอำนาจรัฐนี้ ได้ศึกษาถึงข้อความคิดพื้นฐานสำคัญของทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจรัฐใน 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจรัฐ

ประการที่สอง ข้อความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ

ประการที่สาม หลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

การทบทวนในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจรัฐทั้งสามหัวข้อด้วยเป้าหมายที่จะนำไปสู่กระบวนการศึกษาเพื่อทราบถึง ขอบเขตแห่งอำนาจรัฐ การใช้อำนาจรัฐ องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ และองค์กรควบคุมการใช้อำนาจรัฐ การทบทวนวรรณกรรมนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะนำข้อค้นพบมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ให้ได้คำตอบในทางปฏิบัติที่ชัดเจนอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นการสร้างองค์ความรู้ใหม่ ในข้อความคิดเกี่ยวกับหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกต้องและเหมาะสมโดยเฉพาะกับบริบทของประเทศไทย

1.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจรัฐ

อำนาจรัฐหรืออำนาจขององค์กรอธิปไตยในทางทฤษฎีแล้วหมายถึงอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) อันเป็นหนึ่งในสี่ขององค์ประกอบสำคัญของความเป็นรัฐชาติอธิปไตย (Jehnings, R. & Watts, A., 1992, p. 125) นอกจากประชากร (Population) บูรณภาพแห่งดินแดน (Territory Integrity) และรัฐบาล (Government) (The Montevideo convention on the rights and duties of States 1933) ซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ได้รับการยอมรับว่า เป็นอำนาจสูงสุด ที่ใช้ในการปกครองของรัฐ และความ เป็นสูงสุดของอำนาจนี้จึงไม่มีอำนาจอื่นใดภายในรัฐมาทัดเทียมหรือสูงกว่า (สมภพ โทตระกิตย์, 2512, หน้า 15) หรือไม่มีอำนาจอื่นใดที่จะมาควบคุมความชอบของอำนาจอธิปไตยได้ เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่มีอยู่ในตัวตนและแสดงออกถึงความเป็นใหญ่โดยไม่ต้องอยู่ใต้อำนาจของผู้อื่นรวมทั้งมีอิสระในการกระทำตามอำเภอใจแห่งตนและเหนือดินแดนที่ตนปกครองอยู่ ลักษณะของอำนาจอธิปไตยมีความเป็นเด็ดขาด (Absoluteness) มั่นคงถาวร (Permanent stability) ใช้บังคับทั่วไป (Applicable General) กล่าวคือไม่เจาะจงบังคับแต่สิ่งหนึ่งสิ่งใด หรือกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด

แต่ใช้บังคับแผ่ขยายครอบคลุมทุกสรรพสิ่งไม่ว่าเป็นบุคคลหรือดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ (พุทธนิสาณ ชุมพล และคณะ, 2546, หน้า 13) และอำนาจอธิปไตยไม่อาจแบ่งแยกได้ (Indivisible) หมายความว่า ในรัฐ ๆ หนึ่งจะต้องมีอำนาจอธิปไตยที่เป็นหนึ่งเดียวเท่านั้น หากมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเมื่อใด ย่อมถือเป็นการทำลายอำนาจอธิปไตยเมื่อนั้น (เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, 2508, หน้า 100)

ความเป็นสูงสุดแห่งอำนาจอธิปไตยจึงมีนัยในความหมายที่เป็นเด็ดขาด (Despotism) และเป็นเอกภาพ (Unity) กล่าวคือ ถ้ารัฐมีอำนาจสูงสุดย่อมไม่มีอำนาจอื่นใดของรัฐหรือองค์กรใดที่จะมาโต้แย้งหรือควบคุมตรวจสอบความชอบของอำนาจอธิปไตยของรัฐว่าชอบด้วยหลักปฏิบัติหรือชอบด้วยกฎหมายอย่างไร เพราะรัฐสามารถที่จะออกกฎหมายหรือข้อบังคับหรือยกเลิกกฎหมายหรือข้อบังคับหรือคำสั่งได้โดยไม่มีข้อยกเว้น (Stephen D. Tansey, 2004, p. 3) รัฐจึงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยไม่มีขีดจำกัดใด ๆ ตามกฎหมายที่รัฐจะบัญญัติให้ใช้อำนาจนั้น และกฎหมายที่ก่อให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยจะเป็นกฎหมายทางมหาชนเป็นหลัก ดังจะเห็นได้ว่ารัฐเปิดให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการกระทำการใด ๆ ตามความต้องการได้ แต่รัฐก็พร้อมที่จะแสดงถึงอำนาจโดยเข้าไปแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพหรือการกระทำการใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมของประชาชนได้ตลอดเวลา อำนาจสูงสุดดังกล่าวนี้อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า อำนาจอธิปไตย (Andrew Heywood, 2009, Online) และความเป็นรัฐอธิปไตย รัฐจึงมีอำนาจที่จะใช้กำลังเหนือบุคคลอื่นของสังคมที่รัฐปกครองอยู่ การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอธิปไตยในทางปกครองภายในรัฐหรือใช้อำนาจแสดงความเป็นเจ้าของแห่งรัฐนั้น (Andrew Heywood, 2004, p. 92) จึงเป็นสิ่งบ่งบอกแสดงสถานะว่า ดินแดนนั้นเป็นรัฐหรือเป็นประเทศเอกราชเสมอ (วิชญ์ เครื่องงาม, 2530, หน้า 212) และถ้าหากองค์อธิปไตยได้กระทำไปตามหลักนิติรัฐ ภายใต้ขอบเขตแห่งอำนาจที่ยินยอมให้รัฐใช้อำนาจ เช่นว่านั้น โดยไม่ก้าวล่วงหรือเข้าไปแทรกแซงต่อสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานส่วนบุคคล ของประชาชนที่อยู่ใต้ปกครองการใช้อำนาจของรัฐเช่นว่านั้นย่อมมีความชอบธรรมที่ไม่อาจมีผู้ใดปฏิเสธได้ (มนตรี รูปสุวรรณ, 2535, หน้า 131)

1.2 การใช้อำนาจรัฐ

การปกครองของแต่ละรัฐในปัจจุบันมีความแตกต่างกัน ดังนั้นการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐจึงมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เช่น ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ ๆ เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดอันสิ้นพันในการปกครอง กษัตริย์จึงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้นแต่เพียงผู้เดียว ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่งความต้องการต่าง ๆ ของกษัตริย์ล้วนมีผลเป็นกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับพระบรมราชโองการของกษัตริย์ที่จะทรงวินิจฉัยด้วยพระองค์เอง จึงไม่มีอำนาจใดที่จะมาควบคุม

การใช้อำนาจของกษัตริย์ได้ ยกเว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมชาติ หรือกฎหมาย ศักดิ์สิทธิ์ และหลักทั่วไปของกฎหมาย หมายความว่า การใช้อำนาจของกษัตริย์ยังคงตกอยู่ภายใต้ บังคับของกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมนั่นเอง (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, หน้า 84) ความเป็น สมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นเป็นเฉพาะแต่ในองค์ของผู้เป็นกษัตริย์เท่านั้นหาผู้ใดมีอำนาจร่วมด้วยไม่ หรือในกรณีที่อำนาจอธิปไตยเป็นของกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคล เช่น การปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย (Democracy) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ๆ จะเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการ ปกครองประเทศ ไม่ว่าจะการใช้อำนาจนั้นจะเป็นไปในทางตรงหรือทางอ้อมโดยผ่านทางผู้แทนหรือ ตัวแทนในรูปแบบขององค์กรอื่นหรือไม่ก็ตาม (ปรีดี พนมยงค์, 2552, ออนไลน์) การปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย อำนาจในการปกครองมิได้ผูกขาดอยู่ที่กลุ่มบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือ คนใดคนหนึ่งแต่มีการแบ่งองค์กรให้มาใช้อำนาจตามเจตนารมณ์ของประชาชนที่อยู่ใต้การปกครอง จึงเกิดหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเพื่อควบคุมตรวจสอบมิให้องค์กรหนึ่งองค์กรใด กระทำการฝ่าฝืนหลักความชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน ในทางหนึ่ง

ดังนั้น ระบอบการปกครองจึงเป็นตัวแปรที่สำคัญต่อการกำหนดรูปแบบการใช้อำนาจ สูงสุดภายในรัฐ (Scott Wolford, Toby J. Rider, 2010, p. 1) โดยมีข้อความคิดของนักปรัชญาที่ต่างยุค หรือร่วมสมัยได้สนับสนุนว่าอำนาจอธิปไตยภายใต้ระบอบการปกครองที่ไม่เหมือนกันจะทำให้ ที่มาของอำนาจหรือกระบวนการ ใช้อำนาจมีความแตกต่างกันบนพื้นฐานของหลักแนวคิดทฤษฎี การใช้อำนาจอธิปไตยที่แตกต่างกัน ซึ่งในปัจจุบันอาจแบ่งการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 รูปแบบ ที่สำคัญ คือ การใช้อำนาจอธิปไตยของบุคคลคนเดียว การใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน และ การใช้อำนาจอธิปไตยของชาติ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) การใช้อำนาจอธิปไตยของบุคคลคนเดียว

อำนาจอธิปไตยเป็นของบุคคลคนเดียวหมายถึงอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดที่ใช้ ในการปกครองเป็นของผู้นำในลักษณะเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อาจอยู่ในรูปแบบของผู้นำในรัฐเผด็จการ อำนาจนิยม (Authoritarianism dictators) ที่มีแนวคิดด้วยการควบคุมสิทธิเสรีภาพในทางการเมือง ของประชาชนอย่างเคร่งครัดเพื่อควบคุมกระบวนการความคิด (Thought Process Control) ไม่ให้ เคลื่อนไหวในทางการเมืองและการปกครอง แต่อาจผ่อนปรนให้เสรีภาพในทางเศรษฐกิจและสังคม เช่น ยอมให้มีการก่อตั้งสมาคม สหพันธ์ หรือสหกรณ์ที่ดำเนินกิจการอันไม่เกี่ยวข้องในทาง การเมือง เพราะเห็นว่าไม่มีผลกระทบหรืออาจมีผลกระทบบ้างแต่เป็นเพียงเล็กน้อยต่อผู้ปกครองที่ ใช้อำนาจ หรือในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชที่อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ โดยมีนัยความหมาย เช่นเดียวกับผู้นำของรัฐเผด็จการ ที่มีรูปแบบเป็นเผด็จการแบบเบ็ดเสร็จ (Tyranny) เพราะกษัตริย์

หรือรัฐเผด็จการแบบเบ็ดเสร็จมีอำนาจอย่างไม่จำกัดและจะใช้อำนาจทั้งปวงควบคุมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม โดยกษัตริย์หรือรัฐดังกล่าวจะถือเอาความมั่นคงและความสามัคคีเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเป็นข้ออ้างในการสร้างความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจอย่างเด็ดขาด การใช้อำนาจอธิปไตยของบุคคลคนเดียวได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของนักปรัชญาที่ให้ความหมายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของบุคคลคนเดียวที่สำคัญ เช่น ฌอง โบแดง (Jean Bodin: คริสต์ศักราช 1530-1596) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ผู้คิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) เป็นคนแรกและเป็นผู้ที่นำคำว่า อำนาจอธิปไตยมาใช้แทนคำว่าอำนาจสูงสุดในความหมายที่ใช้กันในปัจจุบันนี้ (วิษณุ เครืองาม, 2530, หน้า 212-213)

โบแดง อธิบายว่า บุคคลในสังคมที่ถือว่าเป็นพลเมืองต่างก็ยอมตนผูกพันอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐซึ่งเป็นองค์อธิปัตย์เดียวกัน และยอมที่จะเคารพปฏิบัติตามกฎหมายแห่งอำนาจอธิปไตย หรืออำนาจสูงสุดไม่ว่าจะเป็นการออกข้อบังคับหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบของสังคม โดยส่วนรวมแม้ว่าในสังคมจะมีความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือวัฒนธรรมก็ตาม อำนาจอธิปไตยในทัศนะของโบแดงคือ ปราศจากขอบเขตถาวร (Perpétuel) หมายถึง ไม่มีระยะเวลาสิ้นสุดและ มีอยู่อย่างไม่จำกัด (Jean Bodin, livres de la République, 1576, p. 549) คือไม่มีเงื่อนไขผูกมัดที่จะออกกฎหมาย การตีความหรือรักษากฎหมาย รวมทั้งมีความสูงสุดเป็นสิ้นพันธุ์ (Absolute) แต่จำกัดความสูงสุดอยู่เฉพาะภายในรัฐที่ใช้อำนาจทั้งนี้เพื่อต้องการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ กับรัฐอธิปัตย์ (Sovereign) ของรัฐเท่านั้น (ปัญญา อุชชาชน, 2553, หน้า 12) และอำนาจนี้แสดงออกโดยการบัญญัติหรือยกเลิกกฎหมายข้อบังคับต่าง ๆ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2550 ก, หน้า 30) โดยโบแดงเห็นว่า อำนาจอธิปไตยแต่เดิมเป็นของปัจเจกชนภายหลังกลายเป็นของรัฐ (Sovereignty belong to the state) และจะไม่กลับไปเป็นของประชาชนอีก

นอกจากนั้นยังมีนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงโด่งดังอีกท่านหนึ่งคือ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes: คริสต์ศักราช 1588-1677) ได้กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยของบุคคลคนเดียว โดย Hobbes มีความเชื่อว่า แต่เดิมธรรมชาติได้สร้างมนุษย์ให้มีความเท่าเทียมกัน (ทีนพันธ์ นาคะตะ, 2541, หน้า 59) สิทธิของมนุษย์มีอยู่ตามธรรมชาติ (Natural Rights) แต่กฎหมายธรรมชาติไม่สามารถจะปกป้องหรือรักษาความสงบของสังคมได้ มนุษย์จึงต่อสู้แย่งชิงกัน พยายามทำลายล้างซึ่งกันและเพื่อหลีกเลี่ยงจากการทำร้ายซึ่งกันและกันมนุษย์จึงยอมสละสิทธิตามธรรมชาติที่ตนมีอยู่ และทำสัญญาขึ้นใหม่ แต่สัญญานี้ต้องมีอำนาจที่สามารถจะบังคับแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนจึงเกิดความจำเป็นในการที่จะมีผู้คอยควบคุมพฤติกรรมเพื่อให้มนุษย์ปฏิบัติตามสัญญาที่กระทำขึ้น

ฮอบส์ อธิบายว่า การที่จะมอบอำนาจให้กับคน ๆ หนึ่ง หรือบุคคลกลุ่มหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจ เท่ากับเป็นการตัดสินใจก้าวออกจากสภาพธรรมชาติ มาสู่การก่อตั้งสังคมขึ้นมีอยู่หนทางเดียว

เท่านั้น คือ การก่อตั้งอำนาจร่วม (Common Power) กล่าวคือ เป็นการมอบเจตจำนงและสิทธิในการปกครองตนเองให้แก่คน ๆ เดียวหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวในฐานะเป็นผู้รับผิดชอบต่อพลเมือง โดยทั่วไป สัญญาที่แต่ละคนยอมสละเจตจำนงและอำนาจในการปกครองตนเองนี้ เป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) การยอมสละสิทธิของมนุษย์ในบางส่วนก็เพื่อความปลอดภัยของตนในสิทธิเสรีภาพในส่วนที่คงเหลืออยู่ ตรรกะพื้นฐานในแนวคิดเช่นนี้ คือ รากฐานของการพัฒนาของระบอบประชาธิปไตยที่มีความหมายว่า อำนาจที่แท้จริงของผู้ปกครองย่อมมาจากผู้ได้ปกครองหรือประชาชนนั่นเอง

สัญญาประชาคม (Social Contract) อันเป็นปรัชญาในความหมายของ ฮอบส์ จึงประกอบด้วยสองสัญญา คือ สัญญาที่หนึ่ง เป็นสัญญาที่มนุษย์หลักหนีภัยธรรมชาติมารวมกันเป็นสังคมที่เรียกว่ารัฐ และสัญญาที่สอง เป็นสัญญาที่มนุษย์ต่างมาอยู่ร่วมกัน และมอบอำนาจให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้มีอำนาจปกครองเป็นองค์อธิปัตย์ มีอำนาจออกกฎหมายข้อบังคับให้ผู้อยู่ใต้ปกครองปฏิบัติตามที่เรียกว่า กฎหมายสัญญาประชาคม กฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดอำนาจแก่องค์อธิปัตย์อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด (วโรจ วิจารณ์, 2536, หน้า 457-508) แต่หากผู้ปกครองหรือองค์อธิปัตย์ไม่อยู่ในศีลธรรม ประชาชนก็อาจจะกระทำการล้มล้างผู้ปกครองนั้นได้ (วิษณุ เครืองาม, 2536, หน้า 43-96)

อำนาจอธิปไตยของรัฐอธิปัตย์ จึงเป็นเรื่องของการมอบอำนาจสูงสุดเด็ดขาดและสิทธิธรรมชาติให้แก่แก่องค์อธิปัตย์ ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลคนเดียวโดยไม่จำกัดว่าจะเพียงเฉพาะพระมหากษัตริย์เท่านั้น หรือคณะบุคคลก็ได้ แต่จะให้ได้ที่สุดนั้น ฮอบส์มีความเห็นว่า การมีผู้ทรงอำนาจสูงสุดแต่เพียงผู้เดียวจะทำให้ระบบการเมืองมีความมั่นคงกว่าการที่จะให้บุคคลหลายคนร่วมกันใช้อำนาจ เพราะอำนาจที่เป็นเด็ดขาดหากมีผู้ใช้หลายคนก็อาจเกิดความแตกแยกและแย้งซึ่งกันได้ง่ายกว่าการมีผู้ใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียว ความมีอำนาจของรัฐจะมีสภาพความเป็นอำนาจอธิปไตยสูงสุดเพื่อให้รัฐรักษาความสงบได้ อำนาจรัฐที่ว่านั้นไม่มีข้อจำกัดไม่ว่าทางกฎหมายหรือศีลธรรม ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีนักรัฐศาสตร์บางท่านวิจารณ์ว่าทฤษฎีของฮอบส์เป็นทฤษฎี รัฐเผด็จการแบบเบ็ดเสร็จ (État totalitaire) (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, 2550 ข, หน้า 32) เขียนขึ้นเพื่อสนับสนุนพระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษในขณะนั้น

จากการทบทวนวรรณกรรม ในหลักการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นของบุคคลคนเดียวผ่านทฤษฎีของทั้ง ฌอง โบแดง และ โทมัส ฮอบส์ มีข้อความคิดว่ามนุษย์ชาติในอดีตแม้จะมีอิสระหรือมีสิทธิเสรีภาพหรือมีอำนาจเฉพาะตนตามธรรมชาติ แต่ก็ขาดความมั่นใจในตัวเอง ทั้งนี้เป็นเพราะความอ่อนแอของจิตวิญญาณและของสังคม จึงแสวงหาอำนาจพิเศษเพื่อปกป้องชีวิตและทรัพย์สินของตนโดยยอมลดอำนาจและบทบาทในสิทธิเสรีภาพที่ตนมีลงไว้ให้อำนาจพิเศษที่

เรียกว่าอำนาจของรัฐธรรมนูญ และมอบอำนาจของตนให้กับรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครอง และเมื่อมอบอำนาจให้ไปแล้วอำนาจนั้นจึงไม่ใช่ของตนอีกต่อไป ดังนั้นสิทธิในการปกป้องตนเอง หรือสิทธิเสรีภาพในการกระทำการใดของตนจึงถูกจำกัดอยู่ภายในขอบเขตข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้กระทำการหรือไม่กระทำการเท่านั้น และเมื่ออำนาจของรัฐธรรมนูญ เป็นของบุคคลคนเดียว และบุคคลนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อำนาจดังกล่าวจึงไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดหรือองค์กรหนึ่ง องค์กรใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจได้อีก เป็นผลให้ผู้ที่มีมอบอำนาจให้ไปหรือโดยรวมแล้วหมายถึงผู้ผู้ได้อำนาจปกครองจึงไม่อาจโต้แย้งคัดค้านหรือควบคุมตรวจสอบว่าการใช้อำนาจของผู้ปกครองบิดผัน ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นไปตามอำเภอใจอย่างไร

2) การใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน

ประชาชนจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนผ่านองค์กรรัฐได้ต่อเมื่ออำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยในรัฐนั้นเป็นของประชาชน (The sovereignty of the people) หมายความว่า อำนาจรัฐไม่ได้เป็นของสังคมหรือของประชาชน โดยทางอ้อมแต่เป็นของทุกคนในสังคม โดยตรงซึ่งประชาชนจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนผ่านองค์กรต่าง ๆ ของรัฐด้วยหลักทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ และมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในแต่ละองค์กรได้หากปรากฏว่าการใช้อำนาจของรัฐหรือของเจ้าหน้าที่รัฐ กระทำการหรือไม่กระทำการตามวัตถุประสงค์หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน จะปรากฏเด่นชัดก็ต่อเมื่อรัฐนั้นมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ เพราะหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่จะแสดงถึงที่มาแห่งอำนาจว่าอำนาจอธิปไตยภายในรัฐนั้นเป็นอำนาจที่มาจากประชาชนส่วนใหญ่ของสังคม (Majority Vote) โดยรัฐจะได้อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยใน 2 กรณีเท่านั้น คือ

(1) อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชนโดยตรง

อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชน โดยตรงหรือเรียกว่า ประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) เป็นรูปแบบการใช้อำนาจที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและออกเสียงกำหนดนโยบายทางการเมืองต่าง ๆ โดยตรงด้วยตนเอง เช่น ใช้อำนาจบริหารหรือควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกประมุขของรัฐ การบัญญัติกฎหมายหรือการใช้อำนาจในการบริหารในทางการเมืองและการปกครอง เป็นต้น ประชาธิปไตยทางตรงจะส่งเสริมหลักการใช้อำนาจรัฐในอีกรูปแบบหนึ่ง โดยพลเมืองแต่ละคนในสังคมจะเป็นผู้ใช้อำนาจตรวจสอบด้วยตนเอง แต่มีข้อสังเกตว่าถ้าไม่กำหนดเป้าหมายหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้ให้ชัดเจนสังคมอาจจะวุ่นวายเพราะแนวคิดของประชากรในสังคมมีความหลากหลายไม่เป็นเอกภาพ และมีความแตกต่างกันในเรื่องฐานความรู้ (Knowledge based society) ซึ่งแต่ละสังคมจะประกอบด้วยประชากร

ที่มีวุฒิภาวะ (Maturity) ต่างกัน จึงหาข้อยุติความต้องการของปัจเจกชนแต่ละคนในสังคมในประเด็นเรื่องเดียวกันที่แท้จริงไม่ได้

หลักประชาธิปไตยทางตรงหรือหลักการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงหรือหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยตรงของประชาชนในปัจจุบันยังมีปรากฏอยู่ในระดับท้องถิ่นหลายประเทศ เช่น การเลือกตั้งสมาชิกเทศบาล หรือการพิจารณาในทางการเมืองบางประเด็นเช่น ที่เรียกว่า Town Meeting ในรัฐ New Hampshire ของสหรัฐอเมริกา หรือการประชุมพิจารณาออกกฎหมายหรือการจัดระเบียบภายในมณฑลรัฐที่เรียกว่า Canton ในสมาพันธรัฐสวิส เป็นต้น แต่ปัจจุบันสังคมเมืองเป็นสังคมใหญ่หลักการใช้อำนาจในระบอบประชาธิปไตยทางตรงไม่ค่อยสะดวกและยุ่งยากจึงไม่ค่อยแพร่หลายนัก แต่อาจพบเห็นการใช้อำนาจรัฐในรูปแบบของการควบคุม เช่น การถอดถอน (Recall) ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง การเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (Initiative Process) การทำประชาพิจารณ์ (Public Hearing) หรือการลงประชามติ (Referendum) ในประเด็นสำคัญต่าง ๆ เช่น ประชามติให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านการร่างของรัฐสภา หรือการเลือกประมุขของบางรัฐ เช่น การเลือกประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเกาหลีใต้ หรือสาธารณรัฐอินโดนีเซีย เป็นต้น

(2) อำนาจอธิปไตยมาจากประชาชนโดยอ้อม

อำนาจมาจากประชาชนโดยอ้อม หรือเรียกว่า ประชาธิปไตยทางอ้อม (Indirect Democracy) ซึ่งจะมีความหมายแตกต่างกับอำนาจที่มาจากประชาธิปไตยทางตรง เพราะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยผ่านทางผู้แทน (Representative Sovereignty) ในลักษณะเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนไปทำหน้าที่ตัดสินใจและแก้ปัญหาแทนตนในรัฐสภา มีลักษณะสำคัญสองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง อำนาจอธิปไตยนั้นต้องเป็นของประชาชนโดยประชาชนจะมอบอำนาจให้ตัวแทนใช้อำนาจผ่านกระบวนการเลือกตั้ง (Election) และ

ประการที่สอง ประชาชนสามารถจะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของตัวแทนให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือตัวแทนต้องทำหน้าที่สนองตอบต่อปัญหาโดยคำนึงถึงผลประโยชน์และความต้องการของประชาชนมากกว่าของผู้แทนหรือพวกพ้องหากตัวแทนใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประชาชนย่อมมีอำนาจในการถอดถอนผู้แทนออกจากตำแหน่งหรือไม่เลือกให้ไปทำหน้าที่อีกในกรณีวาระดำรงตำแหน่งของผู้แทนสิ้นสุดลง

หลักการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนได้มีข้อความคิดของนักปรัชญา ที่ได้อธิบายถึงประเด็นที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจที่สำคัญ ๆ อาทิเช่น จอห์น ล็อก (John Locke: คริสต์ศักราช 1632-1704) และฌ็อง-ฌัก รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau: คริสต์ศักราช 1712-1778) โดยบุคคลทั้งสองได้กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนไว้ ดังนี้

จอห์น ล็อก เป็นปราชญ์ที่มีแนวคิดเน้นการปกครองไปในทางเสรีประชาธิปไตย (Liberalism Democracy) และไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองของกษัตริย์ตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ที่ให้กษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจแต่เพียงผู้เดียวโดยมนุษย์ไม่มีสิทธิในอิสรภาพตามธรรมชาติ (John Locke, 1931, p. 15) เพราะ ล็อก คิดว่า สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินย่อมเป็นของมนุษย์ทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด (John Locke, 1969, p. 35) โดยเฉพาะสิทธิในตัวของตนเอง (ปริชา ช้างขวัญยืน, 2538, หน้า 131) ที่มีอยู่ตามสภาวะธรรมชาติ (State of nature) และเป็นสิทธิมูลฐานของมนุษย์ (An essay concerning the true original, extent) ไม่ขึ้นกับสิ่งใดภายใต้กฎเกณฑ์ที่ไม่ไปละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น กฎของธรรมชาติจะเป็นผู้ควบคุมดูแลสังคมของมนุษย์ แต่ก็อาจเกิดปัญหาเนื่องจากปราศจากกลไกในการจัดระเบียบที่ชัดเจน ขาดความแน่นอนของกฎหมาย ไม่มีคนกลางทำหน้าที่ตุลาการ ขาดผู้มีอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสิน (สมบัติ ชำรงชัยวงศ์, 2545, หน้า 161)

ล็อกได้วางหลักพื้นฐานว่าด้วยทฤษฎีสิทธิส่วนบุคคล (Private Right) มีจำกัดเฉพาะเท่าที่ไม่ไปละเมิดสิทธิของผู้อื่น กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลของมนุษย์ จึงเป็นเครื่องสนับสนุนเสรีภาพมิใช่เป็นเครื่องมือสำหรับการบังคับกีดกัน สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์มีเท่าเทียมกัน (Men beings are equal, have equal rights) นับตั้งแต่เกิดตามสภาวะธรรมชาติเท่าที่มนุษย์มีและเป็นไม่มีใครมีมากกว่าผู้อื่นทุกคนเกิดมามีสิทธิทางธรรมชาติเช่นเดียวกันควรที่จะเสมอภาคระหว่างกัน (J.W. Gough, 1948, p. 4) สภาวะธรรมชาติในทฤษฎีของล็อกมีลักษณะสองประการ คือ (กวี อิศริวรรณ, 2528, หน้า 62) ภาวะแห่งเสรีภาพ (Liberty) หมายถึง มนุษย์สามารถจะทำอะไรได้ตามสิทธิและอำนาจของตนเองตามอำเภอใจภายใต้ข้อกำหนดของกฎธรรมชาติ (P.H. Partridge, 1967, pp. 221-225) และภาวะแห่งความเสมอภาค (Equality) มนุษย์ในธรรมชาติย่อมมีความเท่าเทียมกันไม่มีใครมีสิทธิหรือมีอำนาจมากกว่าบุคคลอื่น

ส่วนที่สนะว่าด้วยการใช้อำนาจในการปกครองนั้น ล็อกเห็นว่า รัฐต้องได้รับความยินยอมให้ปกครองจากประชาชน และไม่อาจจะเข้าไปครอบครองสิทธิของปัจเจกชน หรือยึดทรัพย์สินจากประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยปราศจากความยินยอมได้ไม่ (John Locke, 1937, p. 58) สิทธิในทรัพย์สิน (Property rights) ของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองต้องเคารพอย่างเคร่งครัด และต้องรับผิดชอบต่อสวัสดิการของประชาชน (End of civil government) ผู้ปกครองต้องปฏิบัติต่อผู้ใต้ปกครองด้วยหลักแห่งความชอบธรรม (Legitimacy) มีหน้าที่เพียงเป็นการรับใช้ประชาชน เพราะสิทธิทางการเมือง (Political rights) ทั้งหมดเป็นของประชาชนหากผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้ประสิทธิภาพขาดความเป็นธรรมในการบริหารประเทศ ประชาชนซึ่งเป็นผู้จัดตั้ง

หรือเป็นเจ้าของรัฐบาล และเป็นผู้รับประโยชน์จากการบริหารงานของรัฐบาล อาจถอดถอนผู้ปกครองที่เรียกว่ารัฐบาลในฐานะเป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) ผู้ใช้อำนาจปกครองได้ (John Locke, 1969, p. 168)

นอกจากจะปกป้องสิทธิของประชาชนแล้วผู้ปกครองต้องธำรงไว้ซึ่งการรักษาถึงเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะในธรรมชาติมนุษย์มีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ (Perfect Freedom) (เสถียร หอมขจร, 2540, หน้า 33) การมีกฎหมายย่อมเป็นหลักประกันถึงเสรีภาพของมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์จึงยอมอยู่ใต้กฎหมาย เพราะหากไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ จึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาประชาคม (Social Contract) มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งและรักษาไว้ซึ่งสันติภาพ แต่มนุษย์ก็ได้สละสิทธิของตนเองที่มีอยู่ทั้งหมด เพราะสิทธิ เสรีภาพบางส่วนตามธรรมชาติ ยังถือว่าเป็นสิทธินอกเหนือจากการบังคับของผู้ปกครอง ฝ่ายปกครองหรือรัฐก็ควรตรากฎหมายมาบังคับให้สอดคล้องกับกฎแห่งธรรมชาติเท่านั้น (กฤษณา วัฒนรุ่ง, ม.ป.ป, หน้า 109) หากรัฐหรือผู้ปกครองใช้อำนาจก้าวล่วงต่อสิทธิธรรมชาติของประชาชนเกินกว่าเท่าที่จำเป็นเพื่อผดุงไว้ซึ่งความสงบของสังคม หรือหากผู้ปกครองใช้อำนาจกดขี่ หรือขาดความชอบธรรมในการปกครอง ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้านหรือล้มล้างอำนาจของผู้ปกครอง หรือเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองได้ เพราะอำนาจที่ผู้ปกครองมีอยู่คืออำนาจอธิปไตยแท้จริงแล้วเป็นของประชาชนนั่นเอง (สมักร ปุราवास, 2515, หน้า 419-420)

สำหรับรุสโซ มีแนวคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่มีบางส่วนที่แตกต่างกันบ้างในบางประการกับ จอห์น ล็อก โดย รุสโซ ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย โดยเน้นให้ความสำคัญต่อคำว่า เสรีภาพเป็นอย่างมาก เพราะรุสโซเชื่อว่า เสรีภาพเป็นสิทธิทางธรรมชาติของมนุษย์ที่มีมาแต่กำเนิด เสรีภาพจึงเป็นแก่นหรือสิ่งที่เป็นคุณค่าของมนุษย์ (ปรีชา ช้างขวัญยืน, 2538, หน้า 326) การนำเอาเสรีภาพออกไปจากเจตจำนงของคนเท่ากับเป็นการเอาศีลธรรมออกไปจากความเป็นคนนั่นเอง (Jean-Jacques Rousseau, 1968, p. 52) มนุษย์จึงได้ทำสัญญาหรือก่อพันธะผูกพันกันทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ด้วยวัตถุประสงค์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมและยอมปฏิบัติตนภายใต้อำนาจซึ่งเป็นเจตนารมณ์ทั่วไปร่วมกันของสังคม โดยถือว่าตนเป็นส่วนหนึ่งของสังคมอันมีอาจแบ่งแยกได้ของทั้งหมด (ทินพันธ์ นาคะตะ, 2541, หน้า 79) โดยเปรียบว่า รัฐประกอบด้วยคนหมื่นคนแต่ละคนต่างเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ ย่อมมีอำนาจอธิปไตยเป็นจำนวนหนึ่งในหมื่นนั้น (Le Mong Nguyen, 1989, p. 26) ดังนั้นเจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคน คือ อำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุกคนและเป็นอำนาจที่เป็นของคนทั้งหมดไม่ใช่ของคนบางคน สัญญาดังกล่าวในสมัยนั้นเรียกว่า สัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อตั้งสังคมบนพื้นฐานของความยินยอมของบุคคล ให้อำนาจอธิปไตยขององค์คณะสังคมเข้ามาแทนที่เสรีภาพตามธรรมชาติที่ไม่อาจจะมากำหนดขอบเขตของอำนาจได้ หลักประกันที่แน่นอนที่สุดของสิทธิของบุคคล คือ อำนาจอธิปไตย

เป็นของปวงชนเอง เสรีภาพ คือ การเคารพเชื่อฟังกฎหมาย เสรีภาพจะทำให้เป็นผลขึ้นมาได้ก็แต่โดยองค์อธิปัตย์แทนที่จะถูกคุกคามโดยองค์อธิปัตย์

องค์อธิปัตย์ในทรรศนะของ รูสโซ ได้แก่ เจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนทั้งมวล ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของสังคมไม่ใช่ของปัจเจกชน แต่เป็นเจตนารมณ์ที่สูงสุดอันหมายถึง องค์คณะการเมืองที่ทุกคนในประชาคมมีส่วนร่วมทั้งในฐานะที่เป็นผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองนั่นเอง ดังนั้น ทุกคนในสังคมต่างมีส่วนในอำนาจอธิปไตยเท่า ๆ กัน (พงษ์เพ็ญ ศกุลดาภัย, ออนไลน์, 2551) แนวคิดของรูสโซ โดยนัยนี้สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่กล่าวว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

รูสโซ มีความเห็นที่ต่างจาก ฮอบส์และล๊อค เพราะ ฮอบส์ถือว่า ประชาชนได้อินอำนาจอธิปไตยไปให้ผู้ปกครอง ส่วน ล๊อค นั้นจะเน้นเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งรูสโซ เห็นด้วยกับล๊อคในประเด็นที่ว่า รัฐบาลเป็นตัวแทนชั่วคราวของประชาชน โดยประชาชน เป็นเจ้าของอำนาจแต่ไม่ถือว่าประชาชน โอนอำนาจไปให้องค์กรรัฐบาลทั้งนี้รัฐบาลเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนประชาชน และลักษณะการใช้ก็เป็นการแบ่งแยกการใช้ และมีการถ่วงดุลกันระหว่างอำนาจของรัฐนั้น (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2550, หน้า 36) แต่การใช้อำนาจของประชาชนก็ต้องพึงระลึกและสำนึกในความรับผิดชอบต่อประโยชน์ส่วนรวม (Public Affairs) หรือประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ในขณะที่เดียวกันในพื้นที่ส่วนตัวหรือความสัมพันธ์ส่วนตัว (Private Sphere) ควรเป็นเรื่องเสรีภาพของประชาชน รัฐหรือผู้ปกครองไม่ควรล่วงละเมิดหรือเข้าไปแทรกแซง (Stephen D. Tansey, 2004, p. 3)

3) การใช้อำนาจอธิปไตยของชาติ

แนวคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (National sovereignty) หมายความว่า อำนาจอธิปไตยจะเกิดขึ้นได้ก็เพราะการที่ราษฎรในชุมชนหรือสังคมนั้นมารวมตัวกันจนเกิดเป็นรัฐหรือชาติขึ้น หากมีเพียงราษฎรคนหนึ่งคนใดและต่างคนต่างอยู่ ชาติก็มิอาจเกิดขึ้นได้เมื่อ ไม่มีชาติก็ไม่มีอำนาจอธิปไตย ดังนั้น การมาอยู่ร่วมกันของประชาชนในสังคมใดสังคมหนึ่ง อำนาจอธิปไตยที่เกิดขึ้นจึงเป็นของชาติหาใช่เป็นของประชาชนคนหนึ่งคนใดแต่ประการใดไม่ เพราะว่าชาติมีความมั่นคงและยืนยงอย่างต่อเนื่อง ชาติเป็นนิติบุคคลที่มีสิทธิเหนือกว่าประชาชนภายในชาติ การที่ประชาชนไปเลือกผู้แทนของตนเข้าไปในรัฐสภาก็เป็นเพียงการทำหน้าที่ ดังนั้น ผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนจึงไม่ต้องอยู่ภายในอาณาเขตใด ของประชาชน เพราะผู้แทนทั้งหมดเป็นของชาติเสียงของผู้แทนในรัฐสภาจึงเป็นเสียงที่แสดงถึงเจตจำนงของชาติหาใช่เป็นของประชาชนไม่ และเพราะเหตุอำนาจอธิปไตยนั้น ไม่อาจที่จะแบ่งแยกได้ (Indivisible) ประชาชนแต่ละคนจึงมิได้เป็นเจ้าของในส่วนหนึ่งส่วนใด (Uno parceled) ของอำนาจอธิปไตย

แนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติได้มีการพัฒนาผ่านนักคิดนักปรัชญาของชาวฝรั่งเศสมาหลายท่าน จนมาปรากฏเด่นชัดในครั้งปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในคริสต์ศักราช 1789 เพราะสภาพความเป็นจริงของสังคมในขณะนั้น มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการที่จะชี้ให้เห็นชัดถึงความแตกต่างระหว่างรัฐ พวกอภิสิทธิ์ชน และอำนาจอธิปไตย กับฝ่ายที่ปกครองบ้านเมืองตลอดจนถึงองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2547, ออนไลน์) หนึ่งในนักปรัชญาที่ได้กล่าวถึงทฤษฎีนี้และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ได้แก่ เอ็มมานูเอล โจเซฟซีเอเยส์ (Emmanuel-Joseph Sieyès: คริสต์ศักราช 1748-1836)

ซีเอเยส์ ไม่เห็นด้วยกับระบอบอภิสิทธิ์ชนและเป็นนักต่อต้านกลุ่มอำมาตยาธิปไตย (Bureaucratic polity) โดยเฉพาะกษัตริย์และขุนนางทั้งหลายซีเอเยส์ใช้ยืนยันว่า ชาติเกิดจากสามัญชนทุกคนมารวมกัน และโดยบริบทของสังคมซึ่งปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช กลับไปให้ความสำคัญต่อกษัตริย์ กลุ่มขุนนางและนักบวช ซึ่งเป็นอภิสิทธิ์ชน แต่สามัญชนกลับไม่มีสิทธิอะไร

ซีเอเยส์ อธิบายว่า แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคมจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในสภาพของความเป็นจริงซึ่งทฤษฎีของซีเอเยส์ เป็นทฤษฎีที่ต่างจากรุสโซ โดยมีความเห็นว่า อำนาจอธิปไตยทั้งปวงเป็นของชาติ หรือของรัฐ ไม่ใช่เป็นของประชาชน เพราะชาติต้องมาก่อนสิ่งใด และเป็นที่มาของทุกสิ่งเจตนารมณ์ของชาติย่อมชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะเป็นกฎหมายในตัวเอง ประชาชนหรือพลเมืองไม่มีสิทธิที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย การใช้อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ชาติผ่านผู้แทนทางรัฐสภา คณะบุคคลจะใช้อำนาจนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับเจตนารมณ์มอบหมายจากชาติตามทฤษฎีนี้ องค์กรปิตัย คือ ชาติ ประชาชนแต่ละคนนั้น ไม่ได้เป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์ในส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย แต่ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนี้ก็แต่ในฐานะที่เป็นสมาชิกของชาติเท่านั้น (Jean-Jacques Rousseau (เขียน), จินดา จินตนเสรี (แปล), 2522, ออนไลน์) การเลือกตั้งจึงเป็นหน้าที่ของประชาชน โดยชาติจะเป็นผู้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะไปทำหน้าที่ในการเลือกตั้ง และสมาชิกรัฐสภาถือเป็นตัวแทนของชาติ จึงเป็นอิสระและปราศจากพันธะใด ๆ จากประชาชน

และแม้ว่าทัศนคติข้อความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามแนวคิดของรุสโซ จะมีอิทธิพลต่อการก่อให้เกิดเหตุการณ์ปฏิวัติครั้งสำคัญสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในคริสต์ศักราช 1789 ก็ตาม แต่เมื่อถึงเวลา กลุ่มนักปฏิวัติก็กลับไปยอมรับทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติตามทัศนะของ ซีเอเยส์ ด้วยเหตุผลว่าสถานะของชาติคงทนถาวรกว่าประชาชนที่มีระยะเวลาการดำรงชีวิตอยู่ช่วงหนึ่งแต่ชาติยังดำรงอยู่ ดังนั้นการมอบอำนาจให้ประชาชนในการเลือกตั้งจึงเป็นการมอบอำนาจให้เลือกตั้งตัวแทนของชาติที่ต้องดำรงสถานะของตนตลอดไป (โกลิน พลกุล, 2529, หน้า 12-13)

1.3 หลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

การควบคุม (Control) โดยทั่วไปหมายถึง กระบวนการตรวจสอบหรือติดตาม (Detective) การปฏิบัติงานว่า ได้มีการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้หรือไม่ และเมื่อได้ดำเนินการไปแล้วสามารถตรวจสอบวิธีการปฏิบัติงานว่าได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์อย่างไร ทั้งนี้เป้าหมายของการควบคุมก็เพื่อหาจุดบกพร่องและจุดอ่อนของผลการปฏิบัติงานแล้วนำมาปรับปรุงแก้ไข เพื่อที่จะให้ผลการปฏิบัติงานนั้นดำเนินไปตามแผนและมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้

แต่การควบคุมในแง่ของหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ จะเป็นการควบคุมตรวจสอบในทุกมิติแห่งการใช้อำนาจรัฐว่า การกระทำใด ๆ ของรัฐมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐไว้อย่างไร และการใช้อำนาจรัฐเช่นนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะการใช้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจเกิดความไม่เป็นธรรม มีเจตนาทุจริตต่อหน้าที่หรือบิดเบือนการใช้อำนาจเพื่อตนเองหรือพวกพ้องหรือการใช้ดุลยพินิจเกี่ยวกับอำนาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือใช้อำนาจขัดกับหลักกฎหมายอันเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และจากการทบทวนวรรณกรรมพบว่า ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การใช้อำนาจรัฐจะมี 2 สถานะ คือ สถานะที่รัฐใช้อำนาจกับผู้อยู่ใต้ปกครองหรือเรียกว่า “อำนาจในทางปกครอง” (Administrative authority) กับสถานะที่ใช้อำนาจรัฐในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในทางปกครองหรือเรียกว่า “อำนาจควบคุม” (Control of power) การใช้อำนาจทั้งสองสถานะเพื่อวัตถุประสงค์ให้ภารกิจในการบริหารบ้านเมืองเป็นไปด้วยความเรียบร้อยและเกิดความเป็นเอกภาพสร้างคุณประโยชน์ทั้งตามกฎหมายและสังคม และอำนาจที่ใช้ในทางปกครองกับอำนาจควบคุม ต่างเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสูงสุด (Supremacy of power) ภายในรัฐที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) (Bledsoe, R. L., & Boczek, B. A., 1987, p. 55) โดยในรัฐประชาธิปไตยทั่วไปจะมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐให้แก่แต่ละองค์กรคือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้ และต่างใช้อำนาจในองค์กรของตนทั้งในสถานะทางปกครองและสถานะควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจขององค์กรอื่นด้วยหลัก “อำนาจควบคุมอำนาจ” (Power Control Power) หรืออำนาจหยุดยั้งซึ่งอำนาจ (Power Stop Power) ด้วยเงื่อนไขของหลักการตรวจสอบถ่วงดุล (Check and Balance) ซึ่งกันและกัน ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจะมีหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่แตกต่างกันใน 2 ลักษณะที่สำคัญ คือ

ลักษณะที่ 1 ควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยรูปแบบของการปกครอง

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามรูปแบบของการปกครอง (Form of Government Control) เป็นการแบ่งการควบคุมการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบอบประชาธิปไตยตาม “ระบบ” (System) การปกครองด้วยหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจให้แก่แต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้และให้แต่ละ

องค์กรมีอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน อาจเป็นประชาธิปไตยในระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ระบบรัฐสภา (Parliamentary System) หรือระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี (Semi-Parliamentary, Semi-Presidential System) ซึ่งการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในแต่ละระบบก็แตกต่างกันอีก เช่น

ในระบบประธานาธิบดีจะยึดหลักการควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยการแบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตยค่อนข้างเคร่งครัด โดยแยกแต่ละอำนาจให้อยู่ที่องค์กรแต่ละฝ่ายด้วยการแยกการใช้ อำนาจออกจากกันค่อนข้างเด็ดขาด ไม่มีการก้าวท้าวกัน โดยเฉพาะการแยกอำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหาร กับฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหาร เช่น ไม่มี อำนาจในการตั้งกระทู้ถามหรือเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารหรือจะลงมติให้ฝ่ายบริหารออก ก่อนวาระไม่ได้ และเช่นเดียวกันฝ่ายบริหารจะเสนอร่างกฎหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาหรือจะ เข้าร่วมประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติตามปกติไม่ได้เช่นกัน แต่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจฝ่ายบริหารด้วยการพิจารณาถอดถอน (Impeachment) ประธานาธิบดีออกจากตำแหน่งได้ ถ้าประธานาธิบดีประพฤติผิดอย่างร้ายแรง และเช่นเดียวกันแม้ว่าฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการยุบสภา แต่ประธานาธิบดีอาจควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) ไม่ลงนาม ในกฎหมายสำคัญ ๆ ที่เสนอโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้

ในระบบรัฐสภา ประมุขของรัฐกับหัวหน้ารัฐบาลเป็นคนละคนกัน สภามาจากการเลือก ของประชาชน ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาเพราะมาจากความเห็นชอบของ รัฐสภา ฝ่ายบริหารมีอำนาจยุบสภาในขณะที่เดียวกันรัฐสภาก็ควบคุมการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร ด้วยการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจหรือพิจารณาถอดถอนฝ่ายบริหารได้

ส่วนในระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดี รัฐสภามีอำนาจทั้งในด้านนิติบัญญัติและ บริหารบางส่วนโดยอำนาจของรัฐสภาอยู่ตรงกลางระหว่างระบบรัฐสภาและระบบประธานาธิบดี หมายความว่ารัฐสภามีอำนาจมากกว่าระบบประธานาธิบดีแต่มีอำนาจน้อยกว่าระบบรัฐสภา เช่น มีอำนาจควบคุมการทำงานของฝ่ายบริหารในการลงมติไม่ไว้วางใจ แต่ไม่อาจให้ความเห็นชอบ ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูงได้ เป็นต้น

ลักษณะที่ 2 ควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามเนื้อหาการปกครอง

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามเนื้อหาการปกครอง เป็นการควบคุมในลักษณะของ การใช้หลักการปกครอง (Principle of Government) ควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยการแบ่งเนื้อหา ของหลักการปกครองเป็น “ระบอบการปกครอง” (Regime) ต่าง ๆ อาทิเช่น แบ่งเป็นประชาธิปไตย ในระบอบสาธารณรัฐ (Republic) ประมุขของรัฐ (Head of state) มิใช่กษัตริย์แต่มาจากการเลือกตั้ง ของประชาชน มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐซึ่งประธานาธิบดีอาจเป็นทั้งประมุขของรัฐและ

ประมุขของฝ่ายบริหารด้วยก็ได้ เช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศบราซิล ประเทศเม็กซิโก เป็นต้น หรือระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข แต่ไม่มีบทบาทในทางการเมืองหรือที่เรียกว่า “องค์อธิปัตย์ที่ปกเกล้าแต่ไม่ปกครอง” (A sovereign who reigns but does not rule) (Vernon Bogdanor (1995) เช่น ประเทศญี่ปุ่น อังกฤษ หรือราชอาณาจักรสวีเดน เป็นต้น หรือระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เช่น ราชอาณาจักรไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นกลางทางการเมือง และทรงใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติโดยรัฐสภา องค์กรบริหาร โดยรัฐบาล และองค์กรตุลาการ โดยศาลตามลำดับ การควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่มีปรากฏต่างกันไปตามลักษณะการปกครองในแต่ละระบอบนั้น ๆ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นมีเนื้อหาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไปในลักษณะใด อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติประเทศซึ่งเรียกตนเองว่าเป็นประชาธิปไตยแต่อาจไม่มีการปกครองในความหมายประชาธิปไตยที่เป็นสากลก็ได้ เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนจีน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนเกาหลี หรือสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว เป็นต้น

ดังนั้น รูปแบบและเนื้อหาของลักษณะการปกครองในแต่ละรัฐจึงเป็นสาระสำคัญและมีบทบาทในแง่ของการกำหนดวิธีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐทั้งในทางการเมืองและการปกครองที่มีความแตกต่างกันไป และจากการทบทวนวรรณกรรม พบว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตย การควบคุมการใช้อำนาจรัฐจะได้ผลมากที่สุดก็ต่อเมื่อรัฐนั้นมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีความมั่นคงสมบูรณ์อย่างแท้จริงเท่านั้น เพราะการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนอกจากจะมีหลักประชาธิปไตยเป็นหลักพื้นฐานทางปกครองแล้ว ยังต้องมีหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมเป็นหลักใหญ่ และมีหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักย่อย (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, หน้า 25-28) รวมทั้งยังมีหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นองค์ประกอบที่จะสร้างบรรทัดฐานที่สำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ซึ่งทั้งห้าหลักต่างมีความสัมพันธ์กันทั้งในแง่ทางทฤษฎีและแง่ทางปฏิบัติและมีผลต่อการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ดังนี้

1) การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติรัฐ

รัฐในระบอบประชาธิปไตยเป็นรัฐในมิติของอุดมการณ์ (Idealism) ที่มีข้อความคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยประชาชนจะมีบทบาทในการตรากฎหมายภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างหลักประกันในสิทธิเสรีภาพแห่งตน ประเทศหรือรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal democratic state) ที่ยึดถือและเคารพความเป็นใหญ่ของกฎหมายจะไม่ยอมรับการปกครองด้วยอำนาจของมนุษย์ด้วยกัน (Michel Troper, 2003, p.95) แต่จะยอมรับการปกครองในระบบนิติรัฐ (Legal state) ที่แยกอำนาจจากตัวบุคคลในฐานะผู้ปกครอง (Coercion of men) มาไว้กับอำนาจของสถาบันการเมือง (Political institution) หรือสถาบันการปกครองของรัฐ (Governmental institutions)

of the state) ด้วยหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจโดยฝ่ายปกครองยอมจำกัดการใช้อำนาจและลดตนลง มาอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายกล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และอำนาจตามกฎหมาย (Competences) ต้องไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ (See Georg Nolte, 2005, p. 174) การใช้อำนาจรัฐต้องมาจากอำนาจทางกฎหมายภายในรัฐ โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติไว้ (Don E. Fehrenbacher, 1989, p. 1) รัฐต้องยอมปฏิบัติตามข้อบังคับของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเคร่งครัด (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2552, หน้า 278) ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองจะมีอยู่ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายจำกัด (Thomas Hobbes, 2010, p. 112) และมีความเสมอภาค (Equality) ภายใต้กฎหมายเดียวกัน การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองต้องรวมถึงการควบคุมทั้งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) การใช้อำนาจด้วย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2543, หน้า 72)

หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่ส่งเสริมให้รัฐผูกพันกับการกระทำของตนที่จะไม่ก้าวล่วงในสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ทั้งยังต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขกฎเกณฑ์ของกฎหมายในส่วนที่ได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขข้อจำกัดและวิธีการด้วย ฝ่ายปกครองจะละเมิดในสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น (Carré de Malberg, 2003, p. 489) อันเป็นแนวความคิดของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ที่ยึดโยงอุดมการณ์บนพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคล (Personal Liberties) แต่ต้องเคารพความเป็นสิทธิของชุมชนด้วย (Community Rights) ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐ (State Power) จึงมีเป้าหมายเพื่อสนองตอบต่อการให้บริการสาธารณะให้เกิดดุลยภาพกับการปกป้องคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (The human dignity) ของปัจเจกบุคคลภายใต้หลักนิติรัฐที่ยอมรับการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่การใช้อำนาจรัฐจึงจำต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยหลักนิติรัฐและถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ

ในทฤษฎีของหลักนิติรัฐนั้นหากกล่าวในเชิงรูปแบบหมายถึง รัฐที่ปกครองภายใต้กฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนเป็นการปกครองที่ยอมรับกฎหมายเป็นใหญ่ หรือถ้ากล่าวในเชิงเนื้อหา หมายถึง รัฐที่ปกครองโดยมุ่งประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกำหนดให้รัฐก้าวล่วงแดนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เพราะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นจากการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนที่ยอมรับให้รัฐใช้อำนาจของประชาชนในการปกครองทั้งในด้านบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย หากรัฐหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐ ประชาชนย่อมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) การใช้อำนาจรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจด้วยหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐหรือการกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้รัฐกระทำการ

หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การกระทำของรัฐในลักษณะการใช้อำนาจต้องเป็นธรรม โปร่งใสและชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นใช้บังคับด้วยหลัก “มีอำนาจต้องไม่ขัดกฎหมาย” การใช้อำนาจโดยปราศจากกฎหมายหรือการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจย่อมเป็นการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบและรัฐไม่อาจกระทำได้

(2) กระบวนการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายต้องชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเสมอ โดยเฉพาะการตรากฎหมายที่ยินยอมให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องไม่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำของฝ่ายปกครองขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

2) การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หากพิจารณาในฐานะแนวคิดของประชาชนภาคพื้นยุโรปนั้น จะพบว่ามีความคิดมาแต่ครั้งสมัยกรีกโบราณจากข้อถกเถียงสำคัญที่ว่า การปกครองที่ดีนั้นควรจะเป็นการปกครองด้วยสิ่งใด ระหว่างกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับความยุติธรรมของมนุษย์ในสังคม กับบุคคลที่อ้างว่าเป็นคนดีมีคุณธรรม (สัตบุรุษ) โดยอริสโตเติล (Aristotle) ได้สรุปว่ากฎหมายเท่านั้นที่ควรจะเป็นผู้ปกครองสูงสุดในระบอบ และจากข้อสรุปของ อริสโตเติลตรงนี้เองที่ได้พัฒนาไปสู่แนวคิดพื้นฐานสำคัญของรัฐสมัยใหม่ในเวลาต่อมาว่า การปกครองที่ดีนั้นควรจะต้องให้กฎหมายอยู่สูงสุด (Supremacy of law) และทุก ๆ คนต้องมีสถานะที่เสมอภาค และเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย กล่าวคือ แม้ตามหลักการของการแบ่งแยกอำนาจ ผู้ปกครองจะมีอำนาจอันชอบธรรมในการออกและบังคับใช้กฎหมาย แต่ตัวผู้ปกครอง หรือ รัฐเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่พวกเขาออก และบังคับใช้ด้วยเฉกเช่นเดียวกันกับพลเมืองคนอื่น ๆ ในรัฐ เพื่อที่จะทำให้

การเมืองนั้นวางอยู่บนรากฐานของกฎหมาย และรัฐบาลนั้นเป็นรัฐบาลที่จำกัด (Limited government) โดยตัวกฎหมายเป็นสำคัญ

ในเบื้องต้น ไม่ควรสับสนระหว่างแนวคิดเรื่อง “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” (Legal state) เพราะทั้งสองแนวคิดนั้นแม้จะมีที่มาที่คล้ายคลึงกัน แต่ก็มีความแตกต่างในตัวเองอย่างมีนัยสำคัญอยู่ กล่าวคือ หลักนิติรัฐนั้นจะเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของรัฐในภาคพื้นทวีป (Continental) ในสายโรมาโนเจอร์เมนิค (Romano-Germanic) ที่หมายถึงการที่รัฐซึ่งเคยทรงไว้ซึ่งอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้นยอมลดตัวลงมาอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ตลอดจนวางแนวทางที่มาของอำนาจ การใช้อำนาจ ผ่านช่องทางของกฎหมายทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ “อำนาจที่ไม่จำกัด” ของรัฐสมัยใหม่ได้กลายเป็น “อำนาจตามกฎหมาย” ดังนั้น ในแง่นี้หลักนิติรัฐจึงมีระดับของการอธิบายที่เริ่มตั้งต้นจากระดับ โครงสร้างรัฐ (methodological collectivism) ในการอธิบายความสูงสุดของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ รัฐธรรมนูญ ภายใต้การจัดโครงสร้างที่เป็นระบบไม่ว่าจะเป็นการวางลำดับชั้นของกฎหมาย หรือ การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสูงสุดของกฎหมายในการจำกัดอำนาจรัฐ

ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ของพวกแองโกลแซกซอน (อังกฤษ) ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องด้วยสภาพบริบททางการเมืองที่มีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพในอังกฤษ ในช่วงกลางศตวรรษที่ 17 จึงทำให้หลักนิติธรรมนั้นมีระดับของการอธิบายที่เริ่มต้นจากระดับปัจเจกบุคคล (methodological individualism) กล่าวคือ มุ่งเน้นเรื่องการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอันเป็นผลมาจากความสูงสุดของกฎหมายมากกว่าตัวรัฐ นั่นก็เพราะสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีกฎหมายประกันนั้นก็ไม้อาจเรียกได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพ ในทางกลับกันกฎหมายหากไม่ประกันซึ่งเสรีภาพแล้ว พลเมืองในรัฐก็จะมีสภาพตกเป็นทาส หรือ เบียดเบียนของผู้ปกครอง ซึ่งจะไม่สามารถทำให้คนทุก ๆ คนในรัฐ ซึ่งรวมถึงตัวผู้ปกครองด้วยนั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพียงแต่การประกันสิทธิ เสรีภาพ ของแนวคิดนิติธรรมนี้จะไม่มี การจัดระบบ โครงสร้างผ่านการจัดวางลำดับชั้นของกฎหมายที่เคร่งครัด เพื่อจำกัดอำนาจรัฐ เหมือนกับแนวคิดนิติรัฐ หากแต่กระทำผ่านจารีต ประเพณีที่ยึดถือต่อ ๆ กันมาโดยมีเป้าประสงค์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ มากกว่าการพยายามจำกัดอำนาจรัฐด้วยการวางโครงสร้าง และ กลไกเชิงสถาบันทางการเมืองนั่นเอง

แม้ในมุมมองของนักเสรีนิยมสุดโต่งจะมองว่า เสรีภาพของปัจเจกบุคคล นั้นเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (natural rights) ที่มีอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องให้กฎหมายมารองรับ ดังนั้น กฎหมายข้อบังคับของรัฐ จึงดูเหมือนว่าจะอยู่ฝั่งตรงกันข้ามกับเสรีภาพ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “เสรีภาพ

ปรากฏ เมื่อกฎหมายเงียบลง” (Liberty exists when the law is silent) ก็ตาม และในจุดนี้เองที่หลักการนิติธรรมจะเข้ามาประสานความขัดแย้งระหว่างเสรีภาพกับกฎหมาย โดยการทำให้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่สูงสุดที่ทุกคนแม้แต่ผู้ปกครองก็จะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย ในขณะที่ตัวกฎหมายเองนั้นก็จะต้องประกันไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทุก ๆ คนในรัฐ

จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมนี้จะต้องอยู่เคียงคู่กับหลักความสูงสุดของกฎหมาย (the supremacy of law) เสมอ เนื่องจากเมื่อรัฐใดใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์สูงสุดในการปกครองแล้ว ก็จะเป็นการรับประกันว่าพลเมืองทุก ๆ คน แม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ ผู้ปกครอง ในการปฏิบัติตามหน้าที่ หรือ บริหารราชการแผ่นดินนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งสูงสุด ดังนั้นในระบอบการปกครองที่ยึดหลักนิติธรรม คนทุก ๆ คน ที่อาศัยอยู่ในสังคมการเมืองดังกล่าวนี้ย่อมจะต้องมีความเท่าเทียม และมั่นใจได้ว่าไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ หรือ ข้าราชการระดับสูง หรือ แม้แต่บุคคลในรัฐบาลเองก็จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเฉกเช่นเดียวกันกับพวกเขา นอกจากนี้หลักความสูงสุดของกฎหมายก็ยังเป็นลักษณะร่วมกันระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐอีกด้วย นอกจากนี้ชุดคุณค่า ปทัสถานหลาย ๆ อย่างในทางการเมืองอย่างความเท่าเทียม ความเที่ยงธรรม ก็ถูกนำมาสร้างให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมผ่านการออกกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่วางอยู่บนชุดคุณค่าเหล่านั้น ซึ่งเป็นสถาบันทางสังคม (social institution) ที่เป็นผลอันเกิดจากการยอมรับ และการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคมนั้น ๆ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ในบางสังคมกฎหมายจึงอาจกลายเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมในการกีดกัน และสร้างความไม่เท่าเทียม และไม่เป็นธรรมทางเพศ หากสังคมนั้นยอมรับชุดคุณค่า และปทัสถานเรื่องความไม่เท่าเทียมกันทางเพศมาเป็นปทัสถานทางสังคมที่ผู้คนให้การยอมรับนับถือ และปฏิบัติตามได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า “นิติธรรม” และ “นิติรัฐ” ของไทยนั้นยังคงสับสน และมักใช้ร่วมกันอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ก็เนื่องจากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับความหมาย และหลักการทางกฎหมายมหาชนของคำทั้งสอง เพราะหากเรายึดตามหลักการ ตามทฤษฎีแล้ว ประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (civil law) ตามแบบอย่างประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศสย่อมจะต้องยึดอยู่บนหลักการความสูงสุดของกฎหมายที่เป็น “นิติรัฐ” มากกว่า หลักความสูงสุดของกฎหมายในแบบ “นิติธรรม” ที่ใช้ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) โดยมีอังกฤษเป็นต้นแบบ เพราะหลักนิติรัฐนั้นจะเน้นไปที่รูปแบบ-โครงสร้าง (form-structure) และวิธีการในการไปให้ถึงเป้าประสงค์ คือการจำกัดอำนาจรัฐ ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นจะเน้นที่เนื้อหา (substance) และกระบวนการ (procedure) ในการสร้างเสริมสิทธิ และเสรีภาพให้แก่ประชาชน

3) ความคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตย (Democracy) เป็นหลักการปกครองรูปแบบหนึ่งที่จะสนับสนุนและส่งเสริมให้เกิดการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยมีปรากฏมาตั้งแต่ยุคเมโสโปเตเมียในรูปการปฏิบัติของสมาชิกต่อสมาชิกในสังคม จากกลุ่มชนที่มีอารยธรรมร่วมกันและเปลี่ยนผ่านสู่ยุคประชาธิปไตยทางตรงของกรีซโบราณ จนกระทั่งการควบคุมการใช้อำนาจรัฐได้วิวัฒนาการเรื่อยมาจนถึงระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทนในยุคปัจจุบัน (Sakhan, B. and Stockwell, S (co-eds), 2011, pp. 19-59)

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ได้ผลเป็นรูปธรรมมากที่สุดจะมีปรากฏเฉพาะแต่ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์เท่านั้น เพราะจะเกิดแนวคิดที่ว่าอำนาจปกครองเป็นของประชาชนส่วนใหญ่ของสังคม (Popular government) หมายความว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ยอมรับในมติของปวงชนว่าเป็นใหญ่ (ปรีดี พนมยงค์, ออนไลน์, 2555) อำนาจอธิปไตยจึงเป็นของประชาชน (Sovereignty of People) พลเมืองทุกคนในรัฐต่างมีส่วนร่วม (Participatory) ในการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตในทางการเมืองและการปกครองของตนด้วยการตรากฎหมาย หรือพิจารณายกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายและมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Jean-Jacques Rousseau, 1950, p. 15) ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐอยู่ภายใต้กฎหมายและเงื่อนไขรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นตามเจตนารมณ์ของประชาชน

ในปัจจุบันนิยามทั่วไปของคำว่าประชาธิปไตยนั้นไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจน เพราะมีผู้ให้ความหมายไว้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับบริบทที่ประสงค์จะให้เหตุผลในคำนิยามนั้น และในแต่ละนิยามมีหลายความหมาย แต่ละความหมายก็ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ไม่ว่าในความหมายอย่างแคบ (Significance of Narrow) หรือความหมายอย่างกว้าง (Significance of Broad) ขึ้นอยู่กับความเข้าใจ (Perception) มโนทัศน์ (Conception) และการให้เหตุผลเพื่อสนับสนุน (Justification) แต่การจะพิจารณาถึงรูปแบบทั่วไปของความเป็นประชาธิปไตยว่าส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างไร จะพิจารณาในเนื้อหาความเป็นประชาธิปไตยเป็นหลักว่า เป็นประชาธิปไตยที่มีความบกพร่อง (Impaired democracies) หรือไม่ หรือเป็นรูปแบบผสม (Hybrid regimes) ของระบอบประชาธิปไตยกับระบอบการปกครองอื่นอย่างไร เพราะรูปแบบประชาธิปไตยที่สนับสนุนการควบคุมการใช้อำนาจรัฐดีที่สุดนั้นต้องเป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ (Absolute democracies) เท่านั้น โดยความสมบูรณ์ของประชาธิปไตย พิจารณาได้จากดัชนีชี้วัดสำคัญ ๆ ดังนี้

(1) กระบวนการเลือกตั้ง (Electoral process and pluralism)

กระบวนการเลือกตั้งคือขั้นตอนการใช้สิทธิในการเลือกตัวแทนของประชาชนตามวิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นการให้สิทธิของประชาชนผ่านทางผู้แทนเพื่อไปใช้อำนาจอธิปไตยในทางการเมืองและการปกครอง และหมายความรวมถึงการใช้สิทธิในการเลือกตัวแทนไปทำหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจเช่นว่านั้นด้วย ดังนั้น กระบวนการเลือกตั้งจึงเป็นกลไกสำคัญของระบอบประชาธิปไตยที่จะแสดงว่ารัฐนั้นมีความสมบูรณ์ในทางประชาธิปไตยหรือไม่ โดยพิจารณาจากการเลือกตั้งว่ามีความเที่ยงธรรมประการใด ทั้งนี้หลักความเที่ยงธรรมในการเลือกตั้ง (Electoral Justice) เป็นกลไกที่ต้องมีอยู่ในทุกระดับของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นระดับประชาคมท้องถิ่น หรือระดับภูมิภาค หรือระดับระหว่างประเทศ เพราะกระบวนการเลือกตั้งที่เที่ยงธรรมจะเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับสังคมว่า กฎ กติกาหรือข้อบังคับของสังคมจะอยู่ในกรอบของกฎหมาย และหากสิทธิเลือกตั้งของประชาชนถูกละเมิดประชาชนสามารถนำเรื่องไปร้องเรียน ร้องทุกข์กล่าวโทษ หรือร้องคัดค้านได้ และจะเป็นประกันว่าคดีที่ตนร้องเรียนจะได้รับการพิจารณาวินิจฉัยตัดสินในที่สุด (José de Jesús Orozco Henríquez, 2010, p. 1)

(2) หน้าที่ของรัฐบาล (Functioning of government)

หน้าที่ของรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ คือ หน้าที่ในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ประชาชนมีส่วนร่วมด้วย เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบของส่วนรวม ด้วยหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม บนพื้นฐานของหลักสิทธิหรือผลประโยชน์อันชอบธรรม และเสรีภาพภายในขอบเขตตามกฎหมายของประชาชน รัฐบาลต้องใช้อำนาจด้วยหลักความยินยอมของประชาชนให้ปกครองโดยมีระยะเวลาและอำนาจจำกัดตามรัฐธรรมนูญ และต้องค้ำประกันเสมอว่าเป็นรัฐบาลของประชาชน โดยประชาชนและเพื่อประชาชน หมายความว่า รัฐบาลจะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และประชาชนสามารถเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองได้ด้วยการไปลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง กล่าวคือ ประชาชนอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของรัฐบาล ซึ่งบ่งชี้ถึงมิติของการปกครองในด้านความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ว่าประชาชนหรือพลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะเป็นผู้ปกครองได้ ถ้าหากได้รับเสียงสนับสนุนจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ และประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงรัฐบาลได้ถ้ารัฐบาลไม่สนองตอบความต้องการอันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนส่วนใหญ่

(3) การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน (Political participation)

การปกครองโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วม ซึ่งในความหมายอย่างแคบคือ ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องได้รับความยินยอมของคนส่วนใหญ่ของสังคม โดยให้ความสำคัญกับหลักเสียงข้างมาก (Majority rule) ที่ต้องมีมากกว่ากึ่งหนึ่ง (เดโช สวานานนท์, 2537, หน้า 157-159) เพื่อการตัดสิน

ข้อขัดแย้งทุกระดับ (ช้อยนันต์ สมุทวณิช, 2519, หน้า 17-18) ขณะเดียวกันต้องไม่ละเลยว่าการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนด้วยหลักเสียงข้างมากต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและความเท่าเทียมกันของคนกลุ่มน้อยด้วย (Minority right) เพราะหลักพื้นฐานของประชาธิปไตย คือ การยอมรับความสำคัญ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคและเสรีภาพในการดำเนินชีวิตของบุคคล (โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, 2549, หน้า 73) เช่น สิทธิในการพูด การเขียน การอ่าน หรือสิทธิในการชุมนุม เป็นต้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายรวมถึงสิทธิในการปกครอง (นิยม รัฐอมฤต, 2547, หน้า 2) แต่ข้อจำกัดในความหมายอย่างแคบมีปัญหาเรื่องความเข้าใจว่าการปกครองโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมของหลักเสียงข้างมากมีนิยามว่าอย่างไร เพราะหลักเสียงข้างมากไม่ใช่คำตอบในทุกคำถามหรือสามารถที่จะให้ความหมายเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยได้ในทุกประเด็น เช่น หลักเสียงข้างมากจะมีนิติวิธีหรือกระบวนการเป็นอย่างไรที่เหมาะสมเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองและใครควรเป็นผู้ปกครองจากหลักเสียงข้างมากนั้น รวมทั้งขอบเขตหรือระดับการมีส่วนร่วมของหลักเสียงข้างมากควรมีมากน้อย เพียงใด

ส่วนความหมายอย่างกว้างในนิยามของการปกครองโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมว่า หมายถึง การปกครองที่นำไปสู่ “ประโยชน์สูงสุดของประชาชน” (Benefit of the people) เพราะเหตุว่าประชาชนต่างคาดหวังว่าจะได้รับสิ่งที่ดีจากการปกครองโดยประชาชนเอง แต่ความหมายอย่างกว้างมีข้อจำกัดตรงที่ไม่ได้ให้ความชัดเจนว่า ประโยชน์สูงสุดของประชาชนที่กล่าวถึงนั้นหมายถึงอะไร มีค่าอยู่ในระดับใด ทำให้มักเป็นประเด็นข้อโต้แย้งกับกลุ่มที่มีความคิดเห็นต่างกัน ซึ่งท้ายสุดมีคำถามย้อนกลับมาจาก ประชาธิปไตย คือ ระบอบการปกครองที่ดีที่สุดหรือไม่ เพราะดูเหมือนว่า จะมีความขัดแย้งกันเองอยู่ภายใน (Paradox) รวมถึงปัญหาเชิงปฏิบัติการหลายประการที่ผู้สนับสนุนอุดมคตินี้ต้องเผชิญในทุกรูปแบบ เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นการปกครองที่มีผู้แทนมาจากการเลือกตั้งโดยคนส่วนใหญ่ของสังคมเห็นพ้องต้องกันให้มาใช้อำนาจในการบริหารประเทศ แต่ในขณะเดียวกันประชาชนอีกกลุ่มหนึ่งแม้จะมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งเช่นกัน แต่กลับมีส่วนร่วมน้อยมากในการตัดสินใจทางการเมืองหรือไม่มีเลย บางครั้งคนกลุ่มน้อยของสังคมอาจเรียกการใช้อำนาจของฝ่ายเสียงข้างมากแบบเบ็ดเสร็จนี้ว่า เป็นเผด็จการทางประชาธิปไตย ซึ่งในความหมายนี้ เผด็จการจึงมิใช่เป็นสิ่งที่อยู่ตรงข้ามกับประชาธิปไตย เพียงแต่ประชาธิปไตยเป็นรูปแบบหนึ่งของเผด็จการ (Slavoj Zizek, 2008, p. 412)

(4) วัฒนธรรมทางการเมือง (Political culture)

วัฒนธรรมทางการเมือง เป็นกระบวนการและวิธีการที่เรียนรู้มาจากคนก่อนสืบทอดกันมาเป็นประเพณีด้วยทัศนคติส่วนบุคคล (Individual attitudes) และความโน้มเอียง (Orientations) ด้านการรับรู้ ความรู้สึกและการประเมินค่า (Evaluative orientations) ที่จะนำไปสู่การตัดสินใจ

ในด้านความคิด อุดมคติ ความเชื่อ ความศรัทธา ของกลุ่มคนในสังคม จากกระบวนการสร้างของสถาบันในทางการเมืองต่าง ๆ ที่แปรผันแตกต่างกันไปตามแต่ละสังคมการเมือง (Andrew Heywood, 1997, Online) รูปแบบของสถาบันการเมืองเป็นส่วนสำคัญในการโน้มน้าวเชิงจิตวิทยา (Psychological persuade) ให้สมาชิกในสังคมมีพฤติกรรมเป็นไปในทางที่สังคมการเมืองต้องการ หรือเป็นการสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองให้เกิดขึ้นมา (Mehran Kamrava, online, 1996) วัฒนธรรมทางการเมืองที่จะส่งเสริมทำให้ความเป็นประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากขึ้นขึ้นอยู่กับประเภทหรือลักษณะของวัฒนธรรมทางการเมืองใน 3 ประการคือ (G.A. Almond & S. Verba, 1965, p. 15)

ประการที่ 1 วัฒนธรรมทางการเมืองแบบเพิกเฉย (Ignoring political culture) หรือการเพิกเฉยวัฒนธรรมทางการเมือง เป็นวัฒนธรรมของสังคมการเมืองที่ไม่สนองตอบความรู้สึกนึกคิดของบุคคลในสังคมต่อการมีส่วนร่วมในทางการเมือง อาจเป็นเพราะบุคคลไม่มีความรู้ความเข้าใจในระบบการเมืองหรือไม่มีการรับรู้ไม่มีความเห็น และไม่ใส่ใจต่อระบบการเมืองหรือสถาบันการเมืองใด ๆ รวมทั้ง ไม่คิดว่าตนเองมีความจำเป็นต้องมีส่วนร่วมทางการเมืองและไม่คิดว่าการเมืองระดับชาติจะให้ผลกระทบหรือตอบสนองความต้องการของคนได้ วัฒนธรรมทางการเมืองแบบเพิกเฉยไม่ส่งเสริมให้ความเป็นประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์ สมาชิกของสังคมไม่ยินดียินร้ายต่อการใช้อำนาจรัฐในการปกครองไม่ว่าจะเป็นระบอบใดก็ตาม มีปรากฏในสังคมชนเผ่าในทวีปแอฟริกาหรือชาวไทยภูเขาในเผ่าต่าง ๆ หรือชุมชนขนาดเล็กที่ปกครองตนเอง เป็นต้น

ประการที่ 2 วัฒนธรรมทางการเมืองแบบยอมรับแต่ไม่ยอมรับร่วม (Acceptable not participation political culture) เป็นวัฒนธรรมทางการเมืองของสังคมที่ผู้คนต่างรับรู้และมีความเข้าใจต่อระบบการเมืองการปกครองหรือรับรู้ถึงการบริหารและอำนาจทางการเมือง ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างสังคมการเมืองกับสมาชิกของสังคมเป็นแบบบนลงล่าง วัฒนธรรมทางการเมืองเป็นเรื่องอารมณ์ ความรู้สึกและเรื่องของกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตามมากกว่าการเมืองแบบเหตุผลเป็นวัฒนธรรมที่ส่งเสริมให้เกิดความสมบูรณ์ของความเป็นประชาธิปไตยน้อยมาก เพราะจิตสำนึกของสมาชิกทางการเมืองของสังคมจะรับรู้แต่อำนาจรัฐ หรือบางครั้งอำนาจรัฐไม่เปิดช่องให้ประชาชนได้ตรวจสอบหรือการปกครองเชิงอำนาจเป็นของรัฐแต่ฝ่ายเดียวทำให้ประชาชนเกิดความกลัวเกรงและมีความคิดไม่อยากประสบความสำเร็จต่อการก้าวล่วงไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในทุกกรณี

ประการที่ 3 วัฒนธรรมทางการเมืองแบบความรับผิดชอบหรือการมีส่วนร่วม (The responsibility or participant political culture) เป็นวัฒนธรรมทางการเมืองของบุคคลที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการเมืองเป็นอย่างดี ความรู้สึกของคนในสังคมเห็นว่าตนเป็นเจ้าของประเทศและประเทศเป็นของทุกคน โดยสำนึกว่า การที่ตนได้รับการศึกษา สามารถทำมาหาเลี้ยงชีพและ

ดำรงชีวิตอยู่ได้ก็เพราะสังคมอันเป็นส่วนรวมของทุกคน สมาชิกของสังคมการเมืองจึงมีความผูกพันต่อสังคมการเมืองในลักษณะเป็นเหตุเป็นผล เห็นคุณค่าและความสำคัญในการเข้ามีส่วนร่วมทางการเมือง ทั้งนี้เพื่อควบคุม กำกับ และตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐตอบสนองความต้องการของประชาชน ลักษณะวัฒนธรรมทางการเมืองแบบรับผิชอบหรือมีส่วนร่วมจะส่งเสริมและสนับสนุนและพัฒนาให้ความเป็นประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากที่สุด และจะมีปรากฏในชนชั้นกลางส่วนใหญ่ของประเทศอุตสาหกรรมหรือประเทศที่พัฒนาแล้ว (Developed Country)

(5) สิทธิเสรีภาพของประชาชน (Civil liberties)

สิทธินั้นเป็นประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย ส่วนเสรีภาพ เป็นการใช้อำนาจตัดสินใจด้วยตนเองของมนุษย์ที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมของตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดอ้างหรือใช้อำนาจแทรกแซงเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้น (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2556, หน้า 9-10)

ในระบอบประชาธิปไตยการมีส่วนร่วมในการใช้สิทธิเสรีภาพในการเลือกตั้งตามที่รัฐจัดให้เพียงอย่างเดียวยังไม่เป็นการเพียงพอ ต้องมีหลักประกันในการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นด้วยความเสมอภาคในการเข้าถึงอำนาจและได้รับการรับรองโดยเสมอกันรวมทั้งมีความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ตลอดจนมีสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

4) การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Spirits of the Law) เป็นหลักสำคัญของหลักนิติรัฐ จึงมีบทบาทสำคัญยิ่งสำหรับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะความเป็นนิติรัฐไม่อาจสถาปนาขึ้นได้หากรัฐนั้นไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะจะขาดซึ่งหลักการควบคุมตรวจสอบระหว่างอำนาจที่ใช้ในทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ด้วยเหตุว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นผลให้แต่ละอำนาจสามารถตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน แต่การแบ่งแยกอำนาจมิได้หมายความว่า เป็นการแบ่งแยกโดยเด็ดขาดเพราะแต่ละอำนาจยังมีส่วนสัมพันธ์และเชื่อมโยงในลักษณะถ่วงดุลกันโดยไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งหรือมีความสำคัญหรือภาระหน้าที่เกินกว่าอีกอำนาจหนึ่ง

วัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ เกิดจากทัศนคติของนักวิพากษ์สังคมและนักคิดทางการเมือง โดยเฉพาะนักปรัชญาชาวฝรั่งเศส คือ Charles de Montesquieu ผู้สร้างทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งทำให้พื้นฐานแนวคิดดังกล่าวกลายมาเป็นต้นแบบของแนวคิดประชาธิปไตยเสรีที่นำมาใช้ในประเทศที่มีอารยะทั่วโลกในปัจจุบัน โดย

Montesquieu เห็นว่าหากให้อำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว หรือกลุ่มเดียวจะทำให้เกิดระบอบเผด็จการ เบ็ดเสร็จ หรือทรราชที่ใช้อำนาจอย่างไม่มีขีดจำกัด จึงได้เกิดแนวคิดที่จะแบ่งแยกอำนาจออกไปโดย ไปให้องค์กรต่าง ๆ เป็นผู้ใช้เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด หรือใช้อำนาจไม่ชอบ ด้วยกฎหมายไปตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง เพราะ โดยธรรมชาติของปัจเจกชนหรือกลุ่มบุคคล ผู้มีอำนาจเป็นล้นพ่นย่อมตกอยู่ในอหิวาต์แห่งการใช้อำนาจเกินขอบเขตของความพอดี การแบ่งแยก อำนาจไปให้องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้จึงเป็นการถ่วงดุล และเป็นการคานอำนาจด้วยหลักของการให้อำนาจหยุดยั้งอำนาจด้วยกัน (Power stop power) และอาจจะเรียกหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้ได้ว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกองค์กรเพื่อใช้อำนาจอธิปไตย (วิชญ์ เครืองาม, 2530, หน้า 210-211) เพราะหาก ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยมากกว่าหนึ่งอำนาจ เช่น ให้อำนาจนิติบัญญัติมี อำนาจใช้ร่วมกับอำนาจของฝ่ายบริหาร สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกละเมิด เพราะ ฝ่ายบริหารอาจออกข้อบัญญัติของกฎหมายอย่างไม่เป็นธรรมมาใช้บังคับ หรือหากไม่แยกอำนาจ ตลาการออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารประชาชนย่อมไม่มีหลักประกันในกระบวนการ ยุติธรรมว่า การวินิจฉัยบรรดคดีจะได้รับความเป็นธรรมด้วยหลักของความเป็นกลาง และหลักความ เท่าเทียมกันหรือหลักความเสมอภาคอย่างไร

ภายใต้ทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจของ Charles de Montesquieu ได้กล่าวถึงอำนาจ อธิปไตยว่า เป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ และรัฐแบ่งองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 3 ประการ คือ (หยุด แสงอุทัย, 2538 ข, หน้า 92)

(1) องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Puissance Legislative) หรืออำนาจที่ใช้ในการ ออกคำสั่ง ออกกฎระเบียบ หรือข้อกำหนดกฎหมายต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ให้ผู้อยู่ใต้ปกครอง ปฏิบัติให้เป็นไปตามกรอบของกฎระเบียบและคำสั่งนั้น

(2) องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร คือ องค์กรที่ใช้อำนาจปฏิบัติการในการควบคุมการ กระทำตามกฎหมายข้อบังคับ ระเบียบกฎหมาย เพื่อควบคุมให้ประชาชนปฏิบัติตามภายใต้กรอบของ กฎหมายด้วยหลักทฤษฎีของกฎหมายมหาชนเป็นส่วนใหญ่ (Puissance Executives des Choses qui Dépendent du Droit des Gens)

(3) องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ คือ องค์กรรัฐที่ใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ที่ ผ่าฝืนและละเมิดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นไว้ใช้บังคับ เพื่อรักษาความสมดุลแห่ง ความสงบเรียบร้อยของสังคม (Puissance Executives des Choses qui Dépendent du Droit Civil)

จากหลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเป็นหลักการที่ รักษาสมดุลแห่งเสรีภาพของสังคม รักษาสิทธิของพลเมืองให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการกำเนิดหลักนิติรัฐและหลักการควบคุมความชอบ

ด้วยกฎหมาย เพื่อคุ้มครองความสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการถูกกดขี่ ซึ่งต่อมา ได้พัฒนาไปเป็นบรรทัดฐานของแนวคิดทางการเมือง และแนวคิดทางการปกครองในระบอบเสรีนิยม ประชาธิปไตยที่ยอมรับความเป็นใหญ่ของประชาชนยอมรับในสิทธิเสรีภาพ ภารดรภาพภายใต้ บทบัญญัติของกฎหมาย และท้ายสุดหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวได้กลายมาเป็นรากฐานของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักกฎหมายมหาชนในเวลาต่อมา

5) การควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยประชาชนมอบอำนาจให้ผู้ปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจแทนตน การกระทำใด ๆ ของรัฐในเชิงใช้อำนาจจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่มาจากฐานอำนาจของประชาชนซึ่งบัญญัติให้รัฐใช้อำนาจด้วยหลัก “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” และ “การใช้อำนาจต้องไม่ขัดกฎหมาย” เพราะกฎหมายจะเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) แห่งอำนาจนั้น ซึ่งการกระทำของรัฐตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เป็น “สิทธิ” แต่การใช้อำนาจเป็น “หน้าที่” ดังนั้นเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ จึงต้องมีวิธีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายในทุกมิติของการกระทำ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย เพราะการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจะเป็นมาตรการหนึ่งของการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ปลอดภัยจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มิให้บิดผันหรือบิดเบือนไปตามอำเภอใจ ซึ่งการควบคุมการใช้อำนาจรัฐด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายจะมีข้อความคิดหรือแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมาย

ประการที่ 2 แนวคิดทฤษฎีหลักความชอบด้วยกฎหมาย

(1) ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมาย

ในข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมีคำกล่าวไว้ว่า ที่ใดมีมนุษย์ที่นั่นมีสังคม (*UBI HOMO, IBI SOCIETAS*) ที่ใดมีสังคมที่นั่นมีกฎหมาย (*UBI SOCIETAS, IBI JUS*) ดังนั้นที่ใดมีมนุษย์ที่นั่นจึงมีกฎหมาย (*ERGO UBI HOMO, IBI JUS*) ซึ่งเป็นคำกล่าวที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคมว่ามีความใกล้ชิดกัน เพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคมจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ในการใช้ชีวิตเพื่อป้องกันข้อขัดแย้งทุกระดับซึ่งอาจเกิดการกระทบกระทั่งกัน และก่อให้เกิดความไม่สงบสุขในสังคมได้ มนุษย์จึงต้องมีระบบกฎเกณฑ์ของสังคม (Norm of social) เพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ และใช้รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมที่เรียกว่า “กฎหมาย” โดยมีที่มาจากหลายทาง อาทิ มาจากผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ จากจารีตประเพณี ศาสนา ความเชื่อ ความศรัทธา ความยุติธรรมในสังคม หรือจากแนวคิดทฤษฎีของนักวิชาการ รวมทั้งจากแนวคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ด้วย

ซึ่งลักษณะของกฎหมายดังกล่าวจะเป็นข้อบังคับที่เป็นมาตรฐาน (Standard) เพื่อใช้วัดและกำหนดความประพฤติของสมาชิกในสังคมว่าถูกหรือผิด และมีกระบวนการให้กระทำการหรือห้ามกระทำการโดยมีสภาพบังคับ (Sanction) อย่างใดอย่างหนึ่งหากไม่ปฏิบัติตามฝ่ายที่มีอำนาจยอมใช้กำลังบังคับได้

ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจ (State authority law) จึงเป็นข้อกำหนดที่วางระบบกฎเกณฑ์ระเบียบปฏิบัติหรือข้อบังคับให้อำนาจใช้ควบคุมความประพฤติหรือการกระทำของผู้อยู่ใต้ปกครองในสังคม มีลักษณะเป็นคำสั่ง ข้อห้ามและข้อบังคับของรัฏฐาธิปไตย ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ซึ่งใช้บังคับเป็นการทั่วไปตลอดกาล (Continuity) จนกว่าจะมีการยกเลิกหรือแก้ไขและมีสภาพบังคับ (Sanction) อย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นวิธีการหรือเป็นมาตรการในการรักษาไว้ซึ่งความสงบของสังคม ซึ่งโดยสภาพของกฎหมายที่ให้อำนาจจะมีลักษณะสำคัญอยู่ 5 ประการ คือ

(1.1) กฎหมายมีรูปแบบเป็นคำสั่งหรือคำบังคับซึ่งมีความชัดเจนแน่นอน และผู้อยู่ใต้กฎเกณฑ์ต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำบังคับนั้น

(1.2) กฎหมายต้องเป็นคำสั่งหรือคำบังคับของผู้มีอำนาจสูงสุดคือรัฏฐาธิปไตย หรือผู้ใช้อำนาจรัฐ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ

(1.3) กฎหมายต้องเป็นคำสั่งหรือคำบังคับเป็นการทั่วไป ไม่ประสงค์ใช้เฉพาะบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือ แม้ในบางคราวใช้เฉพาะกลุ่มบุคคลก็ยังคงถือเป็นกฎหมายเพราะมีบุคคลทั่วไปเข้ามาเกี่ยวข้องให้ต้องปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติตาม

(1.4) กฎหมายมีวัตถุประสงค์ให้ทุกคนในสังคมที่มีสภาพเหมือนกันต้องปฏิบัติไปในทำนองเดียวกันจะด้วยความเต็มใจหรือไม่ก็ตาม เช่น ชายไทยที่มีอายุครบ 21 ปี ต้องไปรับการตรวจเลือกการเกณฑ์ทหาร

(1.5) กฎหมายต้องมีสภาพบังคับ หากมีผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่ให้กระทำการหรือให้ละเว้นกระทำการ ถ้าฝ่าฝืนต้องได้รับบทลงโทษและสภาพบังคับในการลงโทษอาจเป็นในทางแพ่งหรือทางอาญา ทั้งนี้ ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น

กฎหมายที่ให้อำนาจแม้จะมีลักษณะเป็นข้อบังคับที่มีคุณค่าต่อสังคมและกำหนดให้ทุกคนต้องปฏิบัติก็ตาม แต่ความเป็นธรรมของกฎหมายหาได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของตัวบทกฎหมายเพียงประการเดียวไม่ เพราะกฎหมายที่เป็นธรรมถ้าบังคับใช้ไม่เป็นธรรมความยุติธรรมย่อมเกิดขึ้นขณะเดียวกันกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมแต่การบังคับใช้ให้เป็นธรรมความยุติธรรมย่อมเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน ดังนั้นกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ให้อำนาจจึงไม่สำคัญเท่ากับบริบทของการใช้อำนาจรัฐตามพื้นฐานของกฎหมายภายใต้หลักศีลธรรม (Moral) และสามัญสำนึก (Common sense) ของผู้ที่ใช้อำนาจรัฐว่ามีจิตใต้สำนึกในความเป็นธรรมประการใด

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า กฎหมายจะมาจากองค์กรรัฐชาติโดยที่มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายที่มีอำนาจย่อมขึ้นอยู่กับบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับระบอบการปกครองในแต่ละรัฐว่ามีรูปแบบในการปกครองเป็นอย่างไร เช่น การปกครองในรัฐเผด็จการ ความสัมพันธ์ของสังคมเชิงอำนาจจะเป็นลักษณะว่าอำนาจรัฐมิได้มาจากประชาชน ศูนย์กลางอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอยู่ที่ผู้ปกครอง ๆ จะไม่คำนึงถึงการใช้อำนาจว่ามีกฎหมายให้อำนาจหรือมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ หรือการใช้อำนาจในทางปกครองจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองอย่างไร เพราะการปกครองในระบอบเผด็จการถือว่า “อำนาจคือกฎหมาย” (Power is Law) การกระทำตามอำนาจในทางปกครองถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย มีนัยที่สะท้อนถึงความสัมพันธ์ทางสังคมที่ไม่เท่ากันระหว่างผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครอง การใช้อำนาจของรัฐเผด็จการจึงไม่มีหลักการควบคุมการใช้อำนาจ เพราะผู้ใช้อำนาจจะอยู่เหนือกฎหมายที่ใช้บังคับเสมอ ตรงข้ามกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่การใช้อำนาจจะอยู่ภายใต้เจตนารมณ์ของประชาชนเพราะเหตุว่าอำนาจอธิปไตยที่ให้อำนาจนั้นเป็นของประชาชน การใช้อำนาจรัฐเป็นการใช้อำนาจของประชาชน รัฐจึงต้องระลึกละอู่เสมอว่าการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปเพื่อประชาชน

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) หมายถึงการกระทำใด ๆ ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายตุลาการรวมทั้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจรัฐในองค์กรดังกล่าว ต้องเคารพต่อกฎหมาย และต้องกระทำการไปตามที่กฎหมายกำหนดจะทำนอกเขตแห่งอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้หาได้ไม่ เพราะการกระทำใด ๆ ในการใช้อำนาจรัฐเป็นการกระทำตามหลักการพื้นฐานที่มีข้อเรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐต้องผูกพันตนเองต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองตราขึ้น เป็นการบังคับให้รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายด้วยเหตุผลว่า กฎหมายเป็นทั้งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ในการใช้อำนาจของรัฐและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย เกิดจากการสร้างระบบรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายสูงสุดและมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กฎหมายลำดับรองลงไปไม่สามารถขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้พร้อมทั้งมีการสร้างระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่กฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญลงไปไม่ว่าจะเป็นประเภทใดหรือลำดับใดจะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ระบบดังกล่าวส่งผลให้ฝ่ายที่ใช้อำนาจรัฐจึงต้องกระทำการไปภายใต้หลักเดียวกันคือจะต้องเป็นไปตามกฎหมายจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลำดับสูงกว่าไม่ได้ จึงทำให้การใช้อำนาจรัฐในทุกกรณีถูกจำกัดลงด้วย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย รัฐจึงไม่มีอิสระในการดำเนินการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินงานของรัฐ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2551, ออนไลน์) ทั้งนี้ด้วยเหตุผล เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจโดยมิชอบไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุด

มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายจะเป็นข้อกำหนดให้การดำเนินการของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายโดยเฉพาะภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่หน่วยงานของรัฐเช่นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต่างก็เป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ คำสั่ง ฯลฯ หลักความชอบด้วยกฎหมายในความหมายนี้ จึงไม่หมายความเฉพาะกฎหมายหลักที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่จะหมายรวมถึงกฎหมายทุกประเภทของรัฐที่อาจจะออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองด้วย ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

(2.1) หลักความชอบด้วยกฎหมายทางเนื้อหา (The content of legality)

หลักความชอบด้วยกฎหมายทางเนื้อหา หมายความว่า การกระทำใด ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐต้องเป็นการกระทำตามกฎหมายหรือตามเงื่อนไขของกฎหมายที่กำหนดไว้โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของหลัก “มีอำนาจต้องไม่ขัดกฎหมาย” เพราะการกระทำใด ๆ ในการใช้อำนาจรัฐต้องไม่ขัดกับกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายเป็นข้อจำกัดแห่งอำนาจไม่ว่ารัฐจะใช้อำนาจในสถานะใดหากใช้อำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐต้องถูกตรวจสอบถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ว่าโดยทางหนึ่งหรือวิธีการใดวิธีการหนึ่งด้วยเหตุว่าการใช้อำนาจของรัฐต้องไม่ขัดกฎหมายนั้นเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดด้วยเหตุผลเพื่อความมั่นคงหรือเหตุผลอื่นใดก็ตาม

ประการที่สอง ชอบด้วยกฎหมายในแง่ของหลัก “มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการ” หลักความชอบด้วยกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐมีอำนาจกระทำการ หมายถึง การกระทำใด ๆ ของรัฐต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐในการกระทำอย่างชัดเจน เป็นหลักที่รับรองว่ากฎหมายเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจ (Source) เพราะอำนาจเกิดขึ้นตามกฎหมายด้วยข้อความคิดที่กล่าวว่า “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” เพราะถ้ารัฐต้องกระทำการใด ๆ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ในทางปฏิบัติรัฐต้องออกกฎหมายมารองรับการใช้อำนาจนั้น ซึ่งอำนาจตามกฎหมายจะหมายความรวมถึงการกระทำในทุกกรณีของรัฐในทางปกครองรวมทั้งการมอบอำนาจปฏิบัติราชการแทนต้องมีกฎหมายบัญญัติถึงข้อกำหนดในประเด็นของ “เรื่อง” และ “บุคคล” ที่สามารถรับมอบอำนาจจากรัฐ ซึ่งหากปราศจาก

อำนาจตามกฎหมายเป็นฐานรองรับ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น การพิจารณาว่า การกระทำใดจะชอบด้วยกฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่ ประเด็นสำคัญต้องพิจารณาให้ถ่องแท้ก่อน ว่าอำนาจตามกฎหมายเช่นว่านั้นได้กำหนดลักษณะของอำนาจไว้เป็นอย่างไร ซึ่งในหลักการใช้อำนาจรัฐของบางประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดถึงอำนาจตามกฎหมายที่รัฐจะกระทำการใดว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่โดยจะพิจารณาลักษณะของอำนาจใน 3 ด้าน คือ

ลักษณะที่ 1 อำนาจด้านเนื้อหา หมายความว่า มีกฎหมายรองรับการใช้อำนาจของรัฐ หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่รับผิดชอบหรือที่รับมอบหมายในเรื่องนั้น อำนาจด้านเนื้อหาเป็นอำนาจผูกพันที่มีกฎหมายบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าให้รัฐมีอำนาจกระทำการเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นในอนาคต เช่น ในกรณีเมื่อปรากฏแก่เจ้าพนักงานของรัฐในท้องถิ่นว่าอาคารหรือส่วนใดของอาคารใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรม เจ้าพนักงานท้องถิ่นของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารนั้นจัดการแก้ไข เปลี่ยนแปลง รื้อถอนอาคารทั้งหมดหรือบางส่วนภายในเวลาซึ่งกำหนดให้ตามสมควรได้ การใช้อำนาจเช่นว่านี้ของเจ้าหน้าที่รัฐจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อบุคคลที่ใช้อำนาจพิจารณาเช่นว่านั้นได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาในเรื่องนั้น หมายความว่า การใช้อำนาจของรัฐ หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องกระทำโดยมีกฎหมายให้รัฐมีอำนาจในเรื่องนั้น แต่หากเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีอำนาจอาจเป็นเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ หรือเจ้าหน้าที่รัฐไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้น หรือเคยได้รับการแต่งตั้งแต่วาระการดำรงตำแหน่งการใช้อำนาจนั้นหมดวาระลง หากไปกระทำการดังกล่าว การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ฝ่ายปกครองได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการเขตใช้อำนาจในการสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของเอกชนที่รุกล้ำในที่สาธารณะโดยเข้าใจว่าเป็นอำนาจของตน ซึ่งแท้จริงเป็นอำนาจของศาลที่จะมีคำสั่งต่อการกระทำเช่นว่านั้น ถือเป็นกระทำการไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่รัฐไปใช้อำนาจอีกหน่วยงานหนึ่ง โดยเข้าใจว่าอยู่ในเขตอำนาจของตนที่จะกระทำได้อันเป็นการกระทำที่ไม่มีความหมายให้อำนาจไว้ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นกัน

ลักษณะที่ 2 อำนาจด้านพื้นที่ หมายถึงอำนาจในการกระทำการใด ๆ ของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐต้องอยู่ภายในเขตพื้นที่ที่ตนมีอำนาจเท่านั้น เช่น พื้นที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ พื้นที่ในการบังคับใช้ข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือพื้นที่ที่ประชาชนในท้องถิ่นใช้สิทธิเลือกตั้งผู้บริหารหรือสภาท้องถิ่นหรือใช้สิทธิถอดถอน (Recall) โดยเจ้าหน้าที่รัฐหาอาจใช้อำนาจกระทำการนอกเขตอำนาจในพื้นที่ที่ตนมีอำนาจได้ไม่ หรือการจะใช้อำนาจเกินเขตพื้นที่ของตนได้ต่อเมื่อต้องได้รับความยินยอมจากท้องที่ที่เกี่ยวข้องหรือการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จำเป็นต้องทำและเป็นการเกี่ยวเนื่องกับกิจการที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนและได้รับความเห็นชอบจากผู้มีอำนาจ

กำกับดูแล การใช้อำนาจด้านพื้นที่เกินเขตอำนาจของหน่วยงานรัฐ เช่น สภาท้องถิ่น ตราข้อกำหนดของท้องถิ่นซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในระดับท้องถิ่นตน แต่กำหนดพื้นที่เกินเขตพื้นที่ที่ตนมีอำนาจและมีผลบังคับส่งต่อไปในเขตพื้นที่ของท้องถิ่นอื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมหรือได้รับความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นอื่น ดังนี้ เป็นการกระทำที่ไม่มีเขตอำนาจทางด้านพื้นที่จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ลักษณะที่ 3 อำนาจด้านเวลา คือ การที่หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจของตนในขณะที่ตนไม่มีอำนาจ เช่น มีคำสั่งแต่งตั้งให้เจ้าหน้าที่รัฐไปดำรงตำแหน่งในวันที่ 1 แต่ในคำสั่งให้มีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 10 เป็นต้นไป แต่ปรากฏว่าในวันที่ 5 เจ้าหน้าที่รัฐที่ได้รับแต่งตั้งได้ใช้อำนาจออกคำสั่งในฐานะที่ตนดำรงตำแหน่งนั้น ดังนี้ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในการออกคำสั่งเช่นว่านี้ ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีอำนาจด้านเวลาในการออกคำสั่งดังกล่าว หรือในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในกรอบเวลาที่กำหนด เช่น ภายในวาระของการดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการ เมื่อล่วงพ้นเวลาดังกล่าว หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐจะดำเนินการเช่นว่านั้นย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะอำนาจทางด้านเวลาได้สิ้นสุดลงแล้ว เป็นต้น

(2.2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการหรือขั้นตอน (The Legality of Process or Procedure)

การกำหนดว่าการใช้อำนาจรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายในเรื่องของกระบวนการ (Process) หรือขั้นตอน (Procedure) อาจพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

(2.2.1) กำหนดเป็นกระบวนการบังคับ

กรณีกำหนดเป็นกระบวนการบังคับ หากไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายเสมอ เช่นในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ไม่ขัดกฎหมายแม่บท

การใช้อำนาจรัฐต้องไม่ขัดกับกฎหมายแม่บทรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปด้วยหมายความว่า การใช้อำนาจรัฐโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายนั้น ๆ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ที่บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับจะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นมิได้ นอกเหนือจากจะไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแล้วยังจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ด้วย

(2) กฎหมายที่ให้อำนาจต้องชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐในการใช้อำนาจต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ การออกกฎหมายของรัฐต้องไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลที่กฎหมายนั้นหรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ารับรองอยู่ หมายความว่า กรณีนี้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจรัฐจะถือว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะใช้ได้อย่างเกินอำนาจโดยไปกระทบสิทธิของกลุ่มหรือประชาชนได้ กรณียังต้องตรวจสอบต่อไปว่ากฎหมายที่ให้อำนาจนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ มีกรณีที่ ต้องตรวจสอบว่าหากกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นเป็นกฎหมายที่ลำดับศักดิ์สูงกว่า เช่น พระราชบัญญัติ ต้องพิจารณาว่าพระราชบัญญัตินั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ในกรณีที่รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติย่อมมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

(3) กรณีต้องมีผู้ร้องขอให้มีการใช้อำนาจรัฐ

การใช้อำนาจรัฐจะต้องชอบด้วยรูปแบบขั้นตอนและวิธีการที่เป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด โดยทั่วไปแล้วเจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้อำนาจรัฐได้ด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องขอ แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีซึ่งโดยสภาพแล้วรัฐจะเริ่มต้นใช้อำนาจรัฐด้วยตนเองไม่ได้ แต่มีแบบขั้นตอนในการกำหนดให้ประชาชนต้องมีคำร้องขอเสียก่อน จึงจะริเริ่มกระบวนการพิจารณาใช้อำนาจรัฐประเภทนั้นได้ เช่น การออกใบอนุญาตขับจี้รถยนต์ ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน หรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งถ้าหากรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐไปออกใบอนุญาตดังกล่าวโดยที่ไม่มีผู้ร้องขอก็เป็นการออกใบอนุญาตที่ผิดขั้นตอนและไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) กรณีต้องมีการรับฟังความจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่การใช้อำนาจรัฐอาจกระทบถึงสิทธิของกลุ่ม รัฐต้องให้กลุ่มมีโอกาสดังกล่าวจะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 58) เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีโอกาสดังกล่าวได้โต้แย้งและแสดงหลักฐานของตน การแจ้งให้กลุ่มได้รับทราบถึงข้อเท็จจริงต้องเพียงพอต่อที่กลุ่มจะโต้แย้งคัดค้านและแสดงพยานหลักฐานในเวลาที่เหมาะสม หากรัฐเพิกเฉยหรือเป็นเพราะความบกพร่องในการใช้อำนาจ กลุ่มอาจร้องขอให้เพิกถอนหรือเริ่มต้นกระบวนการใหม่ได้ เช่น รัฐออกคำสั่งให้ปิดสถานบริการ รัฐต้องแจ้งให้ผู้ประกอบการรับทราบ หรือมีผู้ร้องขอประกอบกิจการโรงงาน รัฐต้องแจ้งให้เจ้าของที่ดินข้างเคียงทราบ เป็นต้น

(2.2.2) แนวปฏิบัติ

กรณีเป็นเพียงแนวปฏิบัติการตามกระบวนการ อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ในบางกรณีกล่าวคือ ต้องพิจารณาว่ารูปแบบหรือขั้นตอนนั้นเป็นสาระสำคัญของการใช้อำนาจรัฐในเรื่องนั้นหรือไม่ กรณีเป็นสาระสำคัญการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่เป็นสาระสำคัญก็อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ได้โดยการกระทำนั้นยังคงมีผลบังคับต่อไป (อังกูร วัฒนรุ่ง, ออนไลน์)

แบบพิธีนั้นถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งรัฐจะต้องทำเช่นนั้นต่อเมื่อมีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเท่านั้น (Allan R. Brewer-Carias, 1992, p. 10) ในการใช้กฎหมายจะต้องมีแนวโน้มไปในทางที่เอาความสำเร็จตามวัตถุประสงค์เป็นหลัก การมิได้ปฏิบัติตามแบบพิธีอย่างในการพิจารณาทางปกครอง หากไม่เป็นสาระสำคัญเพื่อประกันสิทธิของเอกชน ก็ไม่ถือว่าทำให้การทำคำสั่งทางปกครองนั้นบกพร่อง (Mahendra P. Singh, 1985, pp. 32-33 and René Chapus 1988, pp. 330-331) หลักดังกล่าวจึงอาจใช้ในการตีความ เมื่อมีปัญหาได้ว่าควรดำเนินการเช่นใด

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีรัฐธรรมนูญ เพราะประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะใช้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทในการกำหนดโครงสร้างการใช้อำนาจและควบคุมองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐมิให้กระทำการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้ชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการศึกษาจึงได้แบ่งข้อความคิดเกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีในส่วนของบททวนวรรณกรรมของทฤษฎีหลักการ และแนวคิดของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งมีเนื้อหาการศึกษาแยกเป็น 4 ส่วนประกอบด้วย 1) ทฤษฎีของรัฐธรรมนูญ 2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 3) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย 4) องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีรายละเอียดดังนี้

2.1 ทฤษฎีของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) คือกฎหมายที่ลักษณะของโครงสร้างจะเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชนภายในอันเกี่ยวกับรัฐ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2552, หน้า 19) เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมูลฐานหลักของรัฐ (พรชัย เลื่อนฉวี, 2550, หน้า 4) ที่มีบรรทัดฐานความเป็นสูงสุด (Supreme norm) ใช้ในการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่วางกฎเกณฑ์ในการจัดระเบียบและ

กำหนดวิธีในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรต่าง ๆ ภายในรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจรัฐในทุกองค์กรจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกปกครองทั้งทางตรงและทางอ้อม ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับความคุ้มครองเป็นประการใดจึงขึ้นอยู่กับบริบทของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญว่า ที่มาหรืออำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญรวมทั้งกระบวนการหรืออำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นมีพื้นฐานมาจากการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนอย่างไร หรือประชาชนมีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมากน้อยเพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทที่มีบทบาทสำคัญทั้งในทางการเมืองและการปกครองต่อทั้งผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองในสถานะสองประการ คือ (เชวานะ ไตรมาส, 2547, หน้า 88)

1) รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด

รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Law) หมายความว่า สถานะความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญอยู่สูงเหนือกฎหมายอื่น ๆ ลักษณะเช่นนี้เรียกว่า ลำดับศักดิ์หรือชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of law) (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, หน้า 34) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีปรากฏทั้งที่เป็นเป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ชัดเจนหรือมีให้พบเห็นในลักษณะของความหมายแห่งความเป็นสูงสุดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ อาทิเช่น

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฉบับลงวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 1787 หมวด 6 มาตรา 2 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญนี้.. เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายคังว่านั้น ไม่ว่าจะมิบทใด ๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดให้เป็นอย่างอื่นก็ตาม”

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ฉบับลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1961 มาตรา 20 วรรคสาม บัญญัติว่า “กฎหมายย่อมอยู่ภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมาย”

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติไว้ในมาตรา 62 ว่า “บัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญจะประกาศให้และนำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับมิได้”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

ในกรณีรัฐธรรมนูญบางฉบับ เช่น ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือของสาธารณรัฐฝรั่งเศส แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดเจน แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นอยู่ในตัวถึงความ เป็นกฎหมายสูงสุด เพราะการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามมีนัยยะที่ต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญโดยที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้ง

ต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้มีคำอธิบายในเชิงความหมายไว้หลายประการ เช่น (วรรณภา ติระสังขะ, 2555, ออนไลน์)

(1) ความหมายเชิงอุดมการณ์ทางการเมือง (Political ideology) เป็นการให้นิยามความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยความเชื่อ (Beliefs) ว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่มีเจตคติ (Attitudes) หรือการแสดงออกที่เด่นชัดด้านความคิด (Concepts) ของสมาชิกทุกคนในสังคมที่ร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดเพื่อใช้ในการปกครองสังคมนั้น

(2) ความหมายเชิงเนื้อหา (Content) รัฐธรรมนูญเป็นที่มาขององค์กรก่อตั้งผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและวางข้อกำหนดกฎเกณฑ์แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยให้แก่แต่ละองค์กรใช้อำนาจภายในขอบเขตขององค์กร ทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจ เพื่อจำกัดอำนาจและการใช้อำนาจรัฐไม่ให้มีมากเกินไป เป็นการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลในสังคม

(3) ความหมายเชิงรูปแบบ (Form) ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หมายความว่า ก่อนจะมีอำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นต้องมีอำนาจที่เรียกว่าอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุดก่อนเสมอ และอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญจะกำหนดรูปแบบขององค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญรวมทั้งรูปแบบรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั่นเอง

(4) ความหมายเชิงกระบวนการ (Process) ในการตรารัฐธรรมนูญ กระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ กฎหมายโดยทั่วไปจะตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร แต่รัฐธรรมนูญจะมีกระบวนการหรือในการจัดทำเป็นพิเศษกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป เช่น มีการให้ประชาชนลงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการทำประชาพิจารณ์ในประเด็นที่สำคัญ หรือการกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เป็นต้น

2) รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายพื้นฐานของการปกครอง

กฎหมายพื้นฐานการปกครอง (Fundamental law) หมายถึง กฎหมายที่ใช้ในการวางหลักการพื้นฐานหรือเป็นกฎหมายแม่บทของรัฐในการจัดระบบและองค์กรของรัฐ รวมทั้งกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน และความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐและหน่วยอำนาจทางการเมืองการปกครองของรัฐ (จรรยา สุภาพ, 2537, หน้า 73) โดยเป็นกฎหมายที่จะกำหนดกลไกของโครงสร้าง ที่มา และขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรหลักทางการเมืองและการปกครอง ทั้งองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ตลอดจนองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ โดยจะกำหนดรูปแบบของ

ความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างองค์กรดังกล่าวให้ขึ้นไปตามครรลองของระบอบการปกครองที่ยึดถือ โดยเฉพาะการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (Parliamentary System)

เมื่อสถานะของกฎหมายพื้นฐานการปกครองมีความเป็นสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะแห่งความเป็นสูงสุดด้วยเช่นกัน เพราะรัฐธรรมนูญมีมาตรฐานหรือปทัสถาน (Norms) ในการควบคุมตัวบทกฎหมายให้ขึ้นไปตามกฎหมายพื้นฐานที่รัฐประกาศใช้กับประชาชน (G.A. Jacobsen and M.H. Lipman, 1969, p 68) โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดโครงสร้างของอำนาจและวิธีการทั่วไปแห่งอำนาจ (ปรัชญา เวสารัชช, 2534, หน้า 58) การสืบต่ออำนาจและการใช้อำนาจของผู้ปกครอง (พงศ์เพ็ญ สุคนตาทย์, 2534, หน้า 2-3) รวมทั้งการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับขั้นมูลฐานไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายหรือไม่ก็ตาม แต่กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับมูลฐานนั้นต้องเกี่ยวข้องกับใช้อำนาจรัฐหรือในการดำเนินงานของรัฐบาล (Herman Finer, 1949, p.177)

กฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีความหมายกว้างกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญจะหมาย ความรวมถึงรูปแบบ หรือลักษณะที่เป็นทั้งลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรส่วนรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น

ปัจจุบันนักกฎหมายส่วนใหญ่ต่างยอมรับว่า รัฐธรรมนูญมีทั้งที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรที่มีบทบัญญัติรวมอยู่ในเอกสารฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ (หยุด แสงอุทัย, 2538 ก, หน้า 44) และที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อยู่ในรูปของบทบัญญัติข้อบังคับหรือข้อห้ามในลักษณะอื่น เช่น ขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณี (พรชัย เลื่อนฉวี, 2550, หน้า 29-30) ลักษณะของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนอกจากจะใช้หลักธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีในการปกครองแล้วทุกบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง ย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ในทุกประเทศจึงมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักหรือแนวทางในการบริหารไม่ว่าประเทศนั้นจะมีรูปแบบการปกครองเป็นประชาธิปไตย เป็นเผด็จการหรือรูปแบบสังคมนิยมหรือรูปแบบอื่นใดก็ตาม

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ในการวางระบบการปกครองประเทศโดยกำหนดให้มีองค์กรต่าง ๆ เพื่อสร้างความเชื่อมโยงระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองกับประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะกำหนดถึงหลักสำคัญ ๆ ไว้เหมือนกัน แต่มีองค์ประกอบที่แตกต่างกันบ้างตามสภาพของเศรษฐกิจสังคมและการเมืองของแต่ละประเทศ หลักสำคัญที่เนื้อหาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่เหมือนหรือคล้ายกันพอจะจำแนกได้เป็น 3 ประการ คือ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2538, หน้า 73-74)

(1) หลักที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (Reinforce Stability and Efficiency of government) เพื่อส่งเสริมและสร้างเสถียรภาพตลอดจนประสิทธิภาพในการบริหารงานของเจ้าหน้าที่รัฐ

(2) หลักที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (Recognized for Rights and Liberties of the People)

(3) หลักที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง (Scrutiny of the Exercise of State Powers)

รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตแห่งอำนาจขององค์กรที่ทำหน้าที่หลักทางการเมืองการปกครองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และกำหนดระเบียบความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างองค์กร เพื่อบัญญัติถึงความชอบธรรมในการปกครอง (Legitimacy of government) โดยบทบัญญัติหรือกฎข้อบังคับของรัฐธรรมนูญ เปรียบเสมือนเป็นแผนแม่บทที่มีองค์รวมของรูปแบบ เนื้อหาและส่วนประกอบกฎเกณฑ์ของสังคม โดยสังคมมีลักษณะเป็นเช่นใด ย่อมจะออกแบบรัฐธรรมนูญเพื่อให้สนองตอบสภาพและข้อเท็จจริงในบริบทตามลักษณะของสังคมนั้น เช่น ในระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์รัฐธรรมนูญจะเป็นเครื่องหมายยืนยันว่าสภาพข้อเท็จจริงแห่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยนั้นผ่านทางรัฐธรรมนูญด้วยการใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดกลไกโครงสร้างพื้นฐานในทางการเมืองและการปกครองและใช้ควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย เพื่อให้การใช้อำนาจและการทำหน้าที่ของรัฐดำเนินไปภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการบริหารงานของรัฐที่ต้องให้ครอบคลุมทั้งในส่วนเหตุผลของฐานที่มา (Source) กระบวนการ (Process) และเป้าหมาย (Target) อันจะส่งผลให้กระบวนการในการขับเคลื่อนรัฐไปสู่ความเป็นรัฐแห่งกฎหมายที่เกื้อหนุนให้การใช้อำนาจของผู้ปกครองเกิดความชอบธรรม เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐไม่ใช่ตามอำเภอใจของคน และโดยนัยของรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นเอกสารฝ่ายเมืองที่มีค่าบังคับสูงสุด จะมีการรับรองหลักความเสมอภาค หลักเสรีภาพและหลักภราดรภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ หากสังคมใดมีรัฐธรรมนูญแต่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิ ไม่มีการรับรองในเสรีภาพของประชาชน ไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง สังคมนั้นย่อมไม่ถือว่าเป็นสังคมที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789, Article 16) หรือสังคมใดที่มีรัฐธรรมนูญที่มาจากระบอบประชาธิปไตยที่ไม่สมบูรณ์ ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถควบคุมกลไกในการกำหนดที่มา รูปแบบและเนื้อหาได้โดยประชาชนขาดการมีส่วนร่วมไม่ว่าในส่วนของอำนาจจัดให้มี (The Constituent provides) หรือในส่วนของอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ (Authorized by the Constitution) รัฐธรรมนูญ

ของสังคมนั้นย่อมขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย เพราะการใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ จะไม่ยึดโยงหรือเกาะเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประชาชน ส่งผลให้หลักประกันการคุ้มครอง ในสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญไม่บรรลุผลตามเจตนาที่มุ่งหวังให้รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุด

2.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ หลักป้องกันมิให้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายใดหรือการกระทำใด ๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขัดหรือแย้ง (Contrary or inconsistent) ต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้หมาย รวมถึงทั้งเงื่อนไขและการกระทำต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน การตรากฎหมายของฝ่ายนิติ บัญญัติจะมีผลต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นใน 2 ประการ คือ

1) หากพิจารณาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นคงมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ต่อไป

2) หากพิจารณาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ แห่งกฎหมายนั้นก็สิ้นผลเป็นโมฆะไม่มีผลใช้บังคับได้อีกต่อไป การที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใด ใช้บังคับมิได้เพราะขัดรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ (Negative act of legislation) (Hans Kelsen, 1945 p. 183) หรือการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2544, หน้า 60-61)

การพิจารณาความชอบของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะพิจารณาจากหลักความชอบใน 3 ลักษณะ คือ

2.2.1 พิจารณาจากความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายนอก

1) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในด้านรูปแบบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในด้านรูปแบบ หมายความว่า ชอบด้วย แบบพิธีว่าได้มีข้อบัญญัติหรือข้อกำหนดตามเงื่อนไขและขั้นตอนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด (Extrinsic constitutionality) การบัญญัติกฎหมายในที่นี้หมายถึงการออกกฎหมายในแต่ละลำดับชั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด (สถาบันพระปกเกล้า, 2544, หน้า 2) อันเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนผ่านองค์กรของรัฐ เพื่อให้มีผลผูกพัน ระหว่างรัฐกับประชาชน โดยผลของกฎหมาย หากรูปแบบพิธีไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนหรือผิด ไปจากแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นแบบพิธีที่เป็นสาระสำคัญอันมิอาจละเลยได้ บทบัญญัติกฎหมายนั้นย่อมเสียไปไม่มีผลใช้บังคับ และไม่อาจนำกลับมาใช้ได้อีกไม่ว่าตาม

หลักการให้สัตยาบันหรือวิธีการอื่น เว้นแต่ต้องกลับมาเริ่มต้นใหม่ให้เป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ครบถ้วนถูกต้องเท่านั้น

ดังนั้น รูปแบบพิธีขององค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายจึงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรภายในรัฐซึ่งในแต่ละรัฐมีความแตกต่างกันไปตามแต่ความเหมาะสมและรูปแบบของการปกครอง ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ โดยรัฐสภาซึ่งอาจเป็นสภาเดี่ยวหรือสภาคู่มีอำนาจในการตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติเป็นการเฉพาะ และการจะพิจารณาว่าองค์กรนิติบัญญัติที่ได้จัดตั้งขึ้นได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนไปตามแบบพิธีการว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ พิจารณาได้จากหลักสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(1) ความสมบูรณ์ในขณะตรากฎหมาย

ความสมบูรณ์ในขณะตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ ได้กำหนดรูปแบบพิธีขององค์กรในการตรากฎหมายว่า ให้เป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติหรือไม่ และองค์กรนิติบัญญัติเช่นว่านั้น มีความสมบูรณ์ตามกฎหมายอย่างไร หมายความว่า ในการตรากฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าวต้องมีองค์ประกอบที่ถูกต้องและครบถ้วน ความถูกต้องขององค์กรนิติบัญญัตินั้นต้องมีอยู่ทั้งในขณะที่มีการแต่งตั้งสมาชิกหรือบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรและต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตรากฎหมายเช่นว่านั้นด้วย นอกจากนั้นองค์กรที่ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ต้องมีองค์ประกอบของสมาชิกรครบถ้วนตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ความไม่ครบถ้วนของสมาชิกไม่ว่าเพราะไม่มีการแต่งตั้งสมาชิกทดแทนจำนวนที่ขาดอยู่ หรือใช้อำนาจแต่งตั้งสมาชิกที่ขาดนั้น แต่การใช้อำนาจแต่งตั้งไม่ถูกต้องหรือสมาชิกที่แต่งตั้งมีคุณสมบัติไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่อาจถือว่าการตราโดยองค์กรเช่นว่านั้น เป็นบทกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(2) องค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย

องค์กรที่มีอำนาจในการตราภาษะนั้นถือเป็นองค์กรมหาชนที่มีรูปแบบเป็นคณะกรรมการจึงจำเป็นต้องมีการประชุมและปรึกษาหารือกันโดยมีการแสดงเจตนาของสมาชิกในลักษณะของการลงมติในที่ประชุม ตามเงื่อนไขและรูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ การกำหนดให้ต้องมีการประชุม เพื่อให้มีโอกาสดำเนินการของบทบัญญัติของกฎหมายและให้ได้รับการพิจารณาโดยข้อคิดเห็นจากสมาชิกที่มีความหลากหลายในองค์ความรู้และประสบการณ์เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปตามวัตถุประสงค์และไม่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่ต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งกฎหมายที่ไม่ผ่านการประชุม หรือการประชุมที่มีองค์ประชุมไม่ครบถ้วนหรือการลงมติมีข้อผิดพลาดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นผลให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(3) อำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรนิติบัญญัติ

อำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งโดยปรัชญาพื้นฐาน ไม่อาจมอบอำนาจเช่นนี้ให้กับองค์กรหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐกระทำแทนได้ (Edward Dumbauld, 1964, p. 15) แต่ในยุคโลกาภิวัตน์ในปัจจุบันรูปแบบการเมืองการปกครองของสังคมเปลี่ยนไป บทบาทของฝ่ายบริหารได้มีส่วนเข้ามาช่วยในการกระจายคุณภาพของสังคมผู้วงกว้าง ประกอบกับความก้าวหน้าทางวิชาการที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะทางในการบัญญัติกฎหมาย เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้องค์กรที่ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐธรรมนูญสามารถมอบอำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติไปให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐได้ โดยเฉพาะองค์กรฝ่ายบริหารในรูปแบบของการออกกฎหมายในลำดับรองเพื่อให้การปฏิบัติภาระหน้าที่เป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็วให้เกิดประสิทธิภาพในการปกครองมากที่สุด

แต่อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมาย ก็มีได้หมายความว่า องค์กรนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ไว้โดยไม่มีขอบเขต เพราะมีเจตนาที่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะถูกคุกคาม การมอบอำนาจดังกล่าว จำกัดไว้แต่เพียงการตรากฎหมายในลำดับรองที่กำหนดเฉพาะรายละเอียดที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายซึ่งองค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นแล้วเท่านั้น ส่วนอำนาจในการกำหนดหลักการ นโยบาย และมาตรฐานของการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นสาระสำคัญยังคงเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งไม่อาจมอบอำนาจให้องค์กรใดกระทำแทนได้

2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในด้านขั้นตอนหรือกระบวนการ กระบวนการตราที่ก่อให้เกิดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะมีขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยปกติจะแบ่งขั้นตอนในการตรากฎหมายไว้อยู่ 4 ขั้นตอน คือ

(1) ขั้นตอนในการนำเสนอกฎหมาย

กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่ได้รับการตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ จะมีจุด เริ่มต้นในการนำเสนอโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในหลายแนวทาง เช่น จากประมุขของรัฐ หรือจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกขององค์กรนิติบัญญัติ หรือจากประชาชนตามแต่รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติให้อำนาจไว้ ในลักษณะเป็นการเสนอร่างกฎหมาย ไม่ว่าจะนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือในการประชุมของทั้งสองสภาร่วมกันแล้วแต่กรณี โดยจะมีผลผูกพันให้องค์กรนิติบัญญัติต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการตรากฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ ในการตรากฎหมาย โดยเฉพาะการเสนอร่างพระราชบัญญัติในแต่ละฉบับ ต้องมีบันทึก วิเคราะห์ และสรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติเสนอมาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติด้วย นอกจากนี้ต้องเปิดเผยร่าง

พระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภาให้ประชาชนทราบและสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียดได้ โดยสะดวก ซึ่งขั้นตอนในการเสนอร่างกฎหมายเช่นนี้ หากไม่ได้เสนอโดยองค์กรตามที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กระบวนการตรากฎหมายด้วยหลักการพิจารณาตามแบบพิธีการในการตรา กฎหมายนั้น ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(2) ขั้นตอนการพิจารณา

การพิจารณาร่างกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่มีการนำเสนอโดยบุคคลหรือ กลุ่มบุคคลโดยชอบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดขององค์กรนิติบัญญัติในรัฐต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะแบ่ง การพิจารณาออกเป็น 3 วาระ คือ

วาระที่หนึ่ง จะเป็นขั้นตอนในการพิจารณารับหลักการของร่างกฎหมายที่ นำเสนอ เป็นการพิจารณาโดยรวมถึงความจำเป็นเร่งด่วนว่า ต้องมีกฎหมายเช่นว่านั้นมาใช้บังคับ หรือไม่ อย่างไร หากในที่ประชุมเห็นว่ายังไม่มีความจำเป็น และมีมติไม่รับร่างที่นำเสนอ ร่างกฎหมาย นั้นมีอันตกไป แต่หากที่ประชุมมีมติเห็นชอบและรับหลักการของร่างกฎหมายที่นำเสนอดังกล่าว ก็จะนำเข้าสู่วาระสอง ซึ่งตามปกติก็จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อทำการ พิจารณาในรายละเอียดของร่างกฎหมายว่าต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไรบ้างเพื่อความสะดวก รวดเร็วก่อนนำเสนอเข้าสู่วาระที่สองต่อไป

วาระที่สอง เป็นการพิจารณาในรายละเอียดของร่างกฎหมายเป็นรายมาตราใน แง่ของเนื้อหา (Content) แบบของกฎหมาย (Format) รวมถึงถ้อยคำที่ใช้ ซึ่งในเรื่องต้นจะได้รับการ แก้ไขเพิ่มเติมหรือตัดทอนโดยคณะกรรมการก่อน แต่การแก้ไขเพิ่มเติมต้องไม่ขัดกับหลักการ แห่งร่างกฎหมายนั้น จากนั้นจึงนำเสนอต่อที่ประชุมเพื่อพิจารณาเป็นรายมาตราอีกครั้งหนึ่งในการ พิจารณานี้จะเป็นการพิจารณารายมาตราไปจนจบ ถ้ามีมาตราใดแก้ไขเพิ่มเติม หรือมีผู้สงวน คำแปรญัตติ หรือกรรมการสงวนความเห็นไว้ ก็จะหยุดการพิจารณาไว้ก่อน และเปิดโอกาสให้ สมาชิกได้อภิปรายเฉพาะในมาตรานั้น ๆ เท่านั้น หลังจากนั้นสภาจะพิจารณาทั้งร่างเป็นการสรุป อีกครั้งหนึ่ง

วาระที่สาม ขั้นตอนลงมติ ในขั้นตอนนี้ที่ประชุมสภาจะลงมติว่าเห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบกับร่างกฎหมาย โดยจะไม่มีกรอภิปรายใด ๆ อีก หากลงมติเห็นชอบก็จะส่งให้ วุฒิสภาพิจารณาต่อไปในกรณีใช้ระบบสองสภาและรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ถ้าผลการลงมติ ไม่เห็นชอบร่างกฎหมายก็จะตกไป

(3) ขั้นตอนการลงนามของผู้มีอำนาจ

กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติแล้วยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย จนกว่าจะได้ผ่านกระบวนการที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การนำร่างกฎหมายเสนอให้ประมุขลงนาม

เพื่อนำกฎหมายนั้นไปประกาศใช้ ร่างกฎหมายที่ประมุขแห่งรัฐได้ลงนามแล้วเท่านั้น จึงมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์อันจะนำไปใช้บังคับได้ต่อไป แต่ประมุขของรัฐอาจใช้สิทธิยับยั้ง (Veto) ปฏิเสธไม่ลงนามเพราะอาจเห็นว่า ยังไม่สมควรที่จะประกาศใช้ร่างกฎหมายมีผลใช้บังคับหรือเห็นว่าจะเป็นกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี ในกรณีเช่นนี้ เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะมีมติยืนยันตามเจตนารมณ์ของตนอีกครั้งด้วยมติธรรมดาหรือมติพิเศษ แล้วแต่ความสำคัญของร่างกฎหมายนั้น

(4) ขั้นตอนการประกาศใช้

กฎหมายที่ผ่านกระบวนการตรามาโดยชอบแล้วต้องประกาศใช้ประชาชนทราบ เพราะเหตุว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคล และให้อำนาจรัฐกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน โดยทั่วไป และโดยทฤษฎีของการจัดองค์การของรัฐเสรีประชาธิปไตย กฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแม้จะมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ ย่อมไม่อาจนำมาบังคับใช้ให้เป็นผลร้ายต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ ตรงข้ามถ้าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นการกำหนดให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐต้องกระทำการใดเพื่อสนองตอบสิทธิประโยชน์ของปัจเจกชน บุคคลผู้ทรงสิทธิย่อมกล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขึ้นใช้ยื่นต่อองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐให้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เสมอ แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ยังไม่ได้ประกาศใช้บังคับอย่างเป็นทางการก็ตาม

2.2.2 พิจารณาจากความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใน

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใน เป็นหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางด้านเนื้อหา กล่าวคือ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางด้านเนื้อหา ที่บัญญัติขึ้นนั้นมีความสอดคล้องกับหลักการที่ประกอบขึ้นเป็นเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Intrinsic constitutionality) เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตอำนาจขององค์กรที่ทำหน้าที่หลักทางการเมืองและทางปกครองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการโดยได้กำหนดระเบียบความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสาม เพื่อให้การใช้อำนาจในทางปกครองเกิดความชอบธรรม (Legitimacy) เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ (มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) ดังนั้น การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นว่ามีเนื้อหาสาระถูกต้องและชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะพิจารณาได้จากหลักความชอบด้วยเหตุผลทางด้านเนื้อหา 2 ประการ ดังนี้

1) มูลเหตุจูงใจทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรนิติบัญญัติตรา
กฎหมาย

การตรากฎหมายภายใต้บทบังคับของรัฐธรรมนูญซึ่งโดยทฤษฎีของหลักการ
แบ่งแยกอำนาจแล้วย่อมเป็นดุลพินิจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะให้เหตุผลในการตรากฎหมาย
ว่า มีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายนั้นเพื่อสนองตอบต่อประโยชน์สาธารณะของสังคมอย่างไร
โดยเฉพาะการตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนนั้น มีความจำเป็นและ
สมเหตุสมผลประการใดหรือจะเป็นการเพิ่มภาระให้กับปัจเจกชนมากเกินไปหรือไม่ เพราะการ
ตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปกรณีปกติจะกระทำ
ได้ต่อเมื่อมีข้อกำหนดให้อำนาจองค์กรนิติบัญญัติกระทำได้แต่เฉพาะในกรณีจำเป็นอย่างยิ่งว่าถ้าไม่มี
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์มหาชนที่รัฐมีหน้าที่
ปกป้องดูแลรักษาไว้อย่างในกรณีที่สภานิติบัญญัติใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายละเมิดสิทธิ
เสรีภาพของประชาชน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 38 บัญญัติ
การตรากฎหมายเพื่อเกณฑ์แรงงานในกรณีเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมา
เป็นการฉุกเฉิน หรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งให้กระทำได้ในระหว่างเวลาที่
ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือ
ประกาศใช้กฎอัยการศึก เป็นต้น

ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนจะกระทำต่อเมื่อมีบทบัญญัติ
ของกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักแห่งความชอบธรรมในทาง
ประชาธิปไตยให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องมีผลบังคับเป็นการ
ทั่วไปไม่มุ่งหมายเป็นการเฉพาะในกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือเป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด
การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนภายใต้รัฐธรรมนูญต้องไม่กระทบในส่วนที่เป็น
สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งหลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล ซึ่งถือว่าเป็น
สาระสำคัญที่สุด เพราะหลักความผูกพันโดยตรงขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพัน
ต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ หากการใช้
อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ๆ นั้น
ย่อมชอบที่จะใช้สิทธิทางศาลได้

การตรากฎหมายที่ไม่มีข้อเท็จจริงเป็นข้อกำหนด หรือมีข้อเท็จจริงเป็นข้อกำหนดให้
อำนาจองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายด้วยถ้อยคำที่เคลือบคลุมหรือไม่ชัดเจนให้อำนาจกระทำการได้
หรือเปิดโอกาสให้การใช้ดุลพินิจได้ในวงกว้าง หรือใช้ดุลพินิจประเมินไปโดยผิดพลาดว่ามีข้อเท็จจริง
ซึ่งจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายเช่นนั้นขึ้นใช้บังคับ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็น

บทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทางแก้ไขที่เหมาะสม ควรจำกัดถ้อยคำในรัฐธรรมนูญให้มีความหมายที่แน่นอนชัดเจน เป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจขององค์กรนิติบัญญัติให้แคบลงได้ ดังนั้นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางด้านเนื้อหา บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องชอบด้วยองค์กรที่มีอำนาจในการตรา และการตราต้องชอบด้วยเหตุผลของดุลพินิจขององค์กรเช่นว่านั้นด้วย

2) เนื้อหาของกฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีปรากฏในแต่ละรัฐไม่ว่าจะมีรูปแบบการปกครองในระบอบใด จะมีข้อกำหนดแม่บทของหลักรัฐธรรมนูญเป็นหลักปฏิบัติไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องชอบด้วยข้อกำหนดแม่บทของหลักรัฐธรรมนูญใน 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 ชอบด้วยข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในของรัฐ โดยบทบัญญัติส่วนใหญ่ของรัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงเรื่องขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) รูปแบบของรัฐบาล (Government) บูรณภาพแห่งดินแดน (Territory Integrity) หรืออาณาเขตของรัฐ รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพและอำนาจหน้าที่ของประชากร (Population) การตรากฎหมายที่มีบทบัญญัติหรือเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ รูปแบบของรัฐบาล เปลี่ยนแปลงเขตรัฐหรือเขตอำนาจของรัฐหรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบ หรือขยายหรือตัดทอนอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 2 ชอบด้วยข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับอุดมการณ์ในทางการเมืองและการจัดองค์การของรัฐว่า ต้องสอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมืองและระบอบการปกครองที่แต่ละรัฐได้เลือกใช้ โดยเฉพาะข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในส่วนนี้ จะหมายถึงเป็นการบัญญัติรับรองไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่ปัจเจกบุคคลจะได้รับการรับรองให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีผลบังคับในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม เพราะข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการจัดองค์การของรัฐประชาธิปไตย คือบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อรับรองในเรื่องของหลักนิติรัฐ ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ที่การรับรองสิทธิและเสรีภาพอันเท่าเทียมกันของประชาชน และการสร้างหลักประกันให้กับสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นอิสระของตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ที่การยอมรับสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในทางปกครองของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กระบวนการในการคัดเลือกตัวแทนประชาชนเข้าดำรงตำแหน่งให้ทำหน้าที่ในองค์กรนิติบัญญัติซึ่ง

ต้องรับผิดชอบในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ให้ประชาชนต้องปฏิบัติ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ตราขึ้นโดยละเอียดหรือขัดแย้งต่อหลักการต่าง ๆ ที่กล่าวมานั้น ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3) ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้น

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรณีบัญญัติภายใต้หลักนิติรัฐ เป็นไปเพื่อคุ้มครองต่อประโยชน์มหาชนที่รัฐจำเป็นต้องคุ้มครองและป้องกันเพื่อการจำเป็นในการปกป้องประโยชน์สาธารณะ โดยบทบัญญัติของกฎหมายต้องมีความชัดเจนแน่นอน ส่วนเป้าหมายจะเป็นประโยชน์ต่อมหาชนในแขนงใดหรือเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะในกรณีใด โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญมักจะกำหนดให้เป็นดุลยพินิจขององค์กรณีบัญญัติที่จะวินิจฉัยว่าในขณะที่ใดขณะหนึ่ง มีความจำเป็นที่ต้องมีการตรากฎหมายหรือไม่เพียงใด แต่การตราภาษาล่วงล้ำหรือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่อาจจะทำได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายต้องมุ่งหมายให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งการตราภาษานั้น ต้องมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ด้วย

2.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มาจากแนวคิดการจัดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมายเพื่อแสดงค่าบังคับระหว่างกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าและกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่า มีค่าบังคับไม่เท่ากัน เพื่อป้องกันมิให้กฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า โดยรัฐธรรมนูญจะมีค่าบังคับเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงข้อแตกต่างประการหนึ่งของลำดับศักดิ์ระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนว่ากฎหมายมหาชนมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายเอกชนเสมอ (วุฒิสัย จิตตานุ, 2550, หน้า 37) ซึ่งในปัจจุบัน แนวความคิดการจัดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมายได้มีการนำไปปรับใช้และมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกด้วยข้อความหรือมีความหมายว่า บทบัญญัติหรือกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้

การบังคับมิให้กฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการยอมรับว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (Basic norm) ของรัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานขั้นสูงสุด (Supreme norm) และมีกฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าวางเรียงซ้อนกันเป็นชั้น ๆ (Hierarchy) อย่างเป็นระบบ กฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในตัวก่อให้เกิดกฎหมายที่มีศักดิ์

ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ เป็นผลให้เกิดทัศนคติของทุกรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ด้วยการสร้างกลไกของหลักการคุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีแปรเปลี่ยนมาสู่การปกป้องซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม จึงก่อให้เกิดการสถาปนาหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อควบคุมความไม่ชอบของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่มักจะพบว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะละเมิดบทบัญญัติที่มีค่าบังคับในลำดับที่สูงกว่า (Higher law) อยู่เสมอ

1) วัตถุประสงค์ของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอยู่สองประการด้วยกัน คือ

(1) ควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ๆ ใช้อำนาจของตนในทางนิติบัญญัติผ่านทางผู้แทนด้วยการจัดให้มีบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เรียกว่า อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญโดยสร้างระบบกฎเกณฑ์ให้รัฐธรรมนูญมีความเป็นสูงสุดและมีบทบัญญัติในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ซึ่งองค์กรทางการเมืองจะไปก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมือง รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบังคับที่อยู่เหนือระบบกฎหมายและเหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐหรือองค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ หรือองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญที่กำหนด เพราะองค์กรทั้งหลายเหล่านี้ ต่างได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเสมอ การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจในทางการเมืองและการปกครองของฝ่ายบริหาร หรือกระบวนการพิจารณาพรรคคดีขององค์กรตุลาการซึ่ง ต่างถือเป็นส่วนหนึ่งในแต่ละองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นจึงไม่อาจกระทำการใดในลักษณะเป็นการใช้อำนาจขององค์กรให้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตย จึงเป็นหลักการตรวจสอบความชอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้หลักนิติรัฐที่เป็นบทบังคับสำหรับทุกประเทศที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นการควบคุมมิให้การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติใช้เสียงข้างมาก (Majority right) ตามระบอบประชาธิปไตย บิดเบือนการใช้อำนาจโดยการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบรรทัดฐานเชิงกาววิสัย (Objective Norm) ที่ไม่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของปัจเจกบุคคล หรือบรรทัดฐาน

เชิงอัตวิสัย (Subjective Norm) ในกรณีที่ปัจเจกบุคคลได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อจากกฎเกณฑ์ของสังคม หรือบรรทัดฐานของสังคม (Social norms) ซึ่งสามารถส่งผลต่อพฤติกรรมมนุษย์และสามารถคาดการณ์พฤติกรรมของบุคคลได้ (Fishbein and Ajzen, 1975, อ้างถึงใน ชุตินันท์ จีระวงษ์ และคณะ หุ่น โสภณ, 2558, หน้า 73) ซึ่งหลักทฤษฎีและแนวความคิดการควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีให้พบเห็นในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกของรัฐเสรีนิยมประชาธิปไตยสมัยใหม่ในปัจจุบัน จึงก่อให้เกิดกระบวนการทางกฎหมายและบทบาทขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางมหาชน เพื่อให้กระบวนการตรวจสอบหรือหลักการควบคุมมีความสมบูรณ์ในตัวประการหนึ่ง (วุฒิชัย จิตตานุ, 2554, หน้า 31)

แต่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในแง่ทฤษฎีนี้ กลับมีแนวคิดที่เป็นปัญหาปรากฏข้อโต้แย้งและเหตุผลที่ขัดกันระหว่างการตรากฎหมาย และหลักการคุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญอยู่สองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เหตุผลในกรณีต้องมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีปัญหาว่า เมื่อรัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่แสดงถึงเจตจำนงของสังคมอันเป็นการใช้อำนาจของประชาชนแล้ว เหตุใดจึงต้องมีการควบคุมเจตนารมณ์ในการใช้อำนาจของประชาชนด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัตินั้นด้วย

ประการที่สอง มีข้อโต้แย้งว่า กรณีหากไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กลับมีคำถามว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมีความเป็นสูงสุดบัญญัติไว้เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เหตุใดจึงไม่มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดมาทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นนั้น

งานวิจัยนี้เห็นว่า จากแนวคิดของเหตุผลในประเด็นที่จำเป็นต้องมีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเบื้องต้นนั้นก็ด้วยวัตถุประสงค์ของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในทางมหาชนในการตรากฎหมาย ทั้งในรูปแบบและสาระแห่งเนื้อหาของกฎหมาย อันจะนำไปสู่ข้อสรุปที่ตรงกันว่า การตราภาษานั้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอแม้ว่าการตราภาษานั้นจะเป็นเจตจำนงที่กระทำผ่านตัวแทนของประชาชน โดยองค์กรนิติบัญญัติก็ตาม ทั้งนี้เพราะเหตุว่าค่าบังคับของหลักแห่งเหตุผลและความยุติธรรมของสังคมจะมีค่าบังคับสูงกว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาของประชาชน เพราะหากมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยปราศจากการควบคุม แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมาจากเจตจำนงการใช้อำนาจของประชาชนในประเทศก็ตาม ก็ไม่มีหลักประกันที่มั่นคงอย่างใดว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้อำนาจตาม

หลักเกณฑ์ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักความชอบธรรมแห่งเหตุผลและหลักความยุติธรรม

(2) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีความสำคัญอีกประการหนึ่งคือ เป็นการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพราะว่าสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ได้รับการยอมรับว่ามีความเป็นอิสระและเท่าเทียมกันมาแต่กำเนิด (Basic Rights) โดยไม่อาจจะปฏิเสธได้เป็นสิทธิขั้นมูลฐาน (Fundamental Rights) ตามหลักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ความแตกต่างของมนุษย์มีปรากฏในภายหลังเมื่อมนุษย์มารวมกันเป็นสังคมจึงก่อให้เกิดสิทธิพลเมืองของสังคมขึ้นตามแนวคิดทฤษฎีของกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) อย่างไรก็ตามแม้ภายหลังมนุษย์จะมีความแตกต่างกันในทางสังคม แต่พื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่ละคนยังมีความเท่าเทียมกัน และความสงบสุขของสังคมจะบังเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการยอมรับและเคารพในความเป็นเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงมีมูลฐานมาจากหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Right) ที่มีอยู่ตามธรรมชาติแล้วพัฒนามาเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐสมัยใหม่ทางตะวันตกด้วยความหมายว่า มนุษย์เกิดมามีสิทธิแห่งความเสมอภาคในความเป็นมนุษย์ และมีอำนาจหรือประโยชน์ตามที่บัญญัติแห่งกฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองไว้ เป็นการป้องกันมิให้บุคคลใดกระทำละเมิดทั้งในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของตนเอง นอกจากนั้นกฎหมายยังคุ้มครองให้ประชาชนมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะทำการหรือไม่ทำการใดโดยไม่มีบุคคลใดอ้างหรือใช้อำนาจแทรกแซงเกี่ยวกับการตัดสินใจนั้น (โกลกิน พลกุล, 2539, หน้า 138-139) และเป็นอิสระที่จะใช้สิทธิต่าง ๆ ของตนในการตัดสินใจที่จะกระทำหรือไม่ทำการ (วิษณุ เครืองาม, 2530, หน้า 67) สิ่งหนึ่งหรือสิ่งใดในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (บรรเจิด สิงคนดี, 2544, หน้า 18) โดยไม่เป็นการละเมิดต่อบุคคลอื่น หรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของขนบธรรมเนียมประเพณี และวัฒนธรรมของสังคม

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมปราศจากความหมาย หากจำกัดสิทธิแก่ผู้อยู่ใต้ปกครองในการโต้แย้งและคัดค้านการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ผดุงความยุติธรรมและมีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่ากระทำการบิดเบือนหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

2) วิวัฒนาการของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นในเชิงประวัติศาสตร์ของการสถาปนาหลักการคุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน การจะให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ต่อวัตถุประสงค์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยองค์กรศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่มีรูปแบบเป็นคณะกรรมการที่ปรากฏแตกต่างกันอยู่ในแต่ละประเทศ จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาในรากฐานของความเป็นไปในทางประวัติศาสตร์ ของแต่ละประเทศที่มีเหตุเริ่มต้นไม่เหมือนกัน ผลของหลักการควบคุมตรวจสอบจึงมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะในแง่ของหลักการตรวจสอบ ซึ่งบางประเทศสามารถตรวจสอบได้เฉพาะก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ บางประเทศสามารถตรวจสอบรวมไปถึงกรณีที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปแล้วหรือที่เรียกว่า หลักการตรวจสอบหลังได้ด้วย หรือประวัติศาสตร์ในแง่ขององค์กรที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบ เช่นในระบบที่มอบอำนาจการควบคุมให้กับศาลยุติธรรม หรือในระบบที่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง เป็นต้น

หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีเหตุผลและความจำเป็นมาจากวิวัฒนาการที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ

ประการแรก วิวัฒนาการของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
ประการที่สอง วิวัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(1) วิวัฒนาการของการสถาปนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การทบทวนวรรณกรรมเกี่ยวกับรากฐานทางประวัติศาสตร์ของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจในประวัติศาสตร์ของการสถาปนาหลักการดังกล่าว แบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วน คือ

ส่วนที่หนึ่ง วิวัฒนาการของการสถาปนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ของกลุ่มทวีปอเมริกา

ส่วนที่สอง วิวัฒนาการของการสถาปนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ของกลุ่มทวีปยุโรป

(1.1) วิวัฒนาการของการสถาปนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ของกลุ่มทวีปอเมริกา

ในกลุ่มทวีปอเมริกา โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา ที่มีดินแดนเคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษมาก่อน ที่หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ปรากฏเป็นรูปธรรม

อย่างชัดเจนเมื่อผู้พิพากษา John Marshall ปฏิเสธผลบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในคดีระหว่าง Marbury vs. Madison ในปีคริสต์ศักราช 1803

อย่างไรก็ตาม ทศนะความคิดในการควบคุมหรือจำกัดการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ไม่ได้เกิดจากความรู้สึกนึกคิดของผู้พิพากษา John Marshall แต่เพียงลำพัง หากแต่เป็นทศนะความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักความคิดว่าด้วยความมีอยู่ของกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า (Higher law) ของนักคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ที่เชื่อว่า กฎหมายธรรมชาติดีมีค่าบังคับสูงกว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มนุษย์กำหนดหรือสร้างขึ้น ซึ่งสืบทอดมาจากนักปรัชญาเมธีต่าง ๆ ตั้งแต่ยุค Sophocles ในสมัยกรีก, St. Augustin และ St. Aquinas ในสมัยกลาง, Bracton ในศตวรรษที่ 13 Junius Brutus ในศตวรรษที่ 16 และ Sir Edward Coke ในศตวรรษที่ 17 (ปริทัศน์ เกษมทรัพย์, 2531, หน้า 143-158) โดยความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติจะมีความโดดเด่นโต้แย้งคู่ขนานมากับหลักความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law) ที่เชื่อว่า กฎหมายเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจหรือผู้ปกครองรัฐ จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด หากแต่ขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้มีอำนาจภายในรัฐนั้น

ข้อความคิดว่าเหตุผลมีอยู่เหนือความเปลี่ยนแปลงใด ๆ ของสำนักกฎหมายธรรมชาติเริ่มปรากฏเป็นรูปธรรมที่เด่นชัดในทางปฏิบัติเป็นครั้งแรกก็ในสมัยของ Sir Edward Coke ในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าศาล Common pleas ของอังกฤษที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีระหว่าง The College of Physicians vs. Thomas Bonham ในปี คริสต์ศักราช 1610 ในกรณีที่ The College of Physicians หรือวิทยาลัยแพทย์ที่มีฐานะเป็นผู้ควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์ในอังกฤษ มีคำสั่งห้าม Bonham ประกอบวิชาชีพจนกว่าจะได้รับอนุญาต เพราะเห็นว่ามีความผิดฐานบกร่องต่อหน้าที่ในการประกอบวิชาชีพแพทย์ พร้อมมีคำสั่งปรับ 500 ชิลลิง แต่ Bonham ปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่งปรับ และไม่ปฏิบัติตาม The College of Physicians จึงมีคำสั่งปรับเพิ่มเป็น 10 ปอนด์ และนำตัว Bonham ไปกักขัง โดยค่าปรับดังกล่าวจะถูกแบ่งเป็นสองส่วน ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นของกษัตริย์อังกฤษ อีกส่วนหนึ่งเป็นของสมาคมฯ

ภายหลัง Bonham มาขึ้นฟ้องต่อศาล Sir Edward Coke ในฐานะผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาแห่งอังกฤษตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อหลัก Common law ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่มีผลบังคับ โดย Coke ให้เหตุผลว่า การที่ The College of Physicians ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจลงโทษผู้ประพฤติผิดหน้าที่ในการประกอบวิชาชีพแพทย์ แต่มีสิทธิได้รับเงินค่าปรับในคดีที่ตนเองวินิจฉัยครั้งหนึ่งของค่าปรับทั้งหมด ทำให้เห็นได้ว่า สมาคมฯ ไม่ได้มีฐานะเป็นเพียงผู้ชี้ขาดคดีเท่านั้นแต่ ยังมีฐานะเป็นคู่กรณีกับอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีสวนได้เสียในคดี

ดังกล่าวอีกสถานะหนึ่งในเวลาเดียวกัน และหลักกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันใน Common law ของอังกฤษ มีหลักสำคัญอยู่ว่า ไม่มีบุคคลใดสามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเองได้ (Nemo index in causa sua) ประกอบกับข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายของอังกฤษนั้น เห็นว่าหลัก Common law จะควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และจะเป็นสิ่งชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดย่อมไม่มีผลบังคับหากรัฐสภาตราขึ้นขัดหรือแย้งต่อเหตุผลและความถูกต้องชอบธรรมตามสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไป หลัก Common law จะทำหน้าที่ควบคุมและชี้ขาดความไม่มีผลบังคับของกฎหมายนั้น (กนิษฐา เชื้อววิทย์, 2533, หน้า 51)

คำวินิจฉัยของ Sir Edward Coke ก่อให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ได้แย้งอย่างหนัก โดยเฉพาะจากนักวิชาการในอังกฤษสมัยนั้น ที่มีแนวคิดที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่รัฐสภาได้ตราขึ้น ย่อมเป็นเจตนารมณ์ของรัฐที่ถูกกำหนดโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมคือ จากความยินยอมของกษัตริย์ สภาเจ้าสัคนา และสภาสามัญซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นย่อมมีค่าบังคับเป็นกฎหมายของแผ่นดิน ซึ่งจะมีผลบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลผู้อยู่ในอาณาบริเวณอันเป็นแผ่นดินของอังกฤษ ผู้พิพากษาที่อยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษต้องพิจารณาคดีไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้นและไม่อยู่ในฐานะที่จะวินิจฉัยหรืออุทธรณ์การทำหน้าที่ของรัฐสภาได้ ท้ายสุด Sir Edward Coke ไม่อาจทนแรงเสียดทานแนวความคิดความเป็นสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษที่มีอิทธิพลอย่างรุนแรงได้ จึงต้องพ้นจากตำแหน่งไปในปีคริสต์ศักราช 1616 และภายหลังการปฏิวัติในอังกฤษ ในปี คริสต์ศักราช 1688 ทศนความคิดว่าอำนาจในการตรากฎหมายเป็นของรัฐสภาของอังกฤษ ซึ่งผู้พิพากษาไม่มีหน้าที่และไม่สมควรสงสัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นถูกต้องชอบธรรมและจะมีผลใช้บังคับหรือไม่ ก็ได้รับชัยชนะอย่างเด็ดขาด จึงเป็นการลบล้างแนวความคิดที่จะจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาให้อยู่ภายในขอบเขตอย่างใดอย่างหนึ่งตามความคิดของ Coke อย่างสิ้นเชิง แต่สิ่งที่หลงเหลือทิ้งไว้ให้กับสังคมของอังกฤษได้จุดประกายทางความคิดในยุคนั้นก็คือ สำนึกของประชาชนที่ว่าการใช้อำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาต้องดำเนินไปภายใต้หลักแห่งเหตุผลและความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Plucknett, Theodore F.T., 1926, pp. 53-54 อ้างถึงใน กนิษฐา เชื้อววิทย์, 2533, หน้า 52) เท่านั้น

แต่หลักการว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดแห่งรัฐสภาของประเทศอังกฤษกับเป็นปรากฏการณ์ตรงข้ามกับรัฐที่มีดินแดนอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ โดยเฉพาะในกลุ่มทวีปอเมริกา ที่มีกรยอมรับในทศนความคิดของ Sir Edward Coke ว่าด้วยความมีอยู่ของกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า ซึ่งปรากฏร่องรอยให้พบเห็นเป็นครั้งแรกจากผลคำวินิจฉัยในคดีระหว่าง Gindings v. Browne ในปี คริสต์ศักราช 1657 เมื่อจำเลยในคดีนี้ คือ Browne ได้ปฏิเสธที่จะจ่ายเงินจำนวน 100 ปอนด์ ตามมติของสภาแห่งเมือง Boston มลรัฐ Massachusetts เพื่อนำไปใช้ในการจัดสร้างบ้านพักให้เทศมนตรี

ของเมือง Boston ผู้พิพากษา Magistrate Symonds วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สภาแห่งเมือง Boston ที่ตราขึ้นเพื่อบังคับให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องสละทรัพย์สินของตน โดยความไม่เต็มใจ เพื่อประโยชน์ของปัจเจกชนซึ่งมิใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ย่อมเป็นการขัดกับหลักกฎหมายพื้นฐานที่ไม่อาจนำมาบังคับเพื่อให้เกิดผลเสียต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดได้ (William M. Meigs, 2007, pp. 38-39)

อิทธิพลในทัศนะของ Sir Edward Coke ยิ่งปรากฏชัดเจนขึ้นอีก เมื่อผู้พิพากษา James Otis ผู้พิพากษาในศาลสูงแห่งมลรัฐ Virginia ได้วินิจฉัยชี้ขาดในคดี Paxton ในปี คริสต์ศักราช 1766 ว่า บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยอากรแสตมป์ ซึ่งบัญญัติให้เอกสารที่ใช้อ้างอิงทางกฎหมายเกือบทั้งหมดต้องประทับตราอากรแสตมป์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในทางปฏิบัติ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของบุคคลและไม่มีผลใช้บังคับ เช่นเดียวกับข้อเขียนของผู้พิพากษา John Cushing ที่มีถึงผู้ว่าการรัฐ Hutchinson ในปี คริสต์ศักราช 1766 และคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา George Mason ในปี คริสต์ศักราช 1772 ซึ่งล้วนแต่อ้างอิงถึงหลักแนวคิดของ Sir Edward Coke โดยเปิดเผยด้วยกันทั้งสิ้น

ภายหลังเมื่อสหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพแยกตัวออกจากการเป็นรัฐภายใต้อาณานิคมของอังกฤษ ในปี คริสต์ศักราช 1776 ทำให้กฎหมายอังกฤษไม่ว่าจะเป็นกฎบัตรว่าด้วยการปกครองอาณานิคม (Colonial charter) ที่ออกให้เพื่อกำหนดรายละเอียดการจัดการบริหาร ตลอดจนการจำกัดอำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบหมายสำหรับการปกครองรัฐอาณานิคมแต่ละแห่ง หรือกฎหมายที่เป็นเนื้อแท้ของอังกฤษทั้งที่เป็นส่วนของหลัก Common law หรือส่วนที่เป็นกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาของอังกฤษสิ้นสุดลง เป็นผลให้หลักการวินิจฉัยอุทธรณ์โดยสภาองคมนตรีแห่งราชสำนักอังกฤษ (The Privy Council) ในกรณีที่สถานีนิติบัญญัติของรัฐอาณานิคมตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับพลเมืองของอาณานิคมขัดหรือแย้งต่อกฎบัตรว่าด้วยการปกครองอาณานิคม หรือขัดต่อกฎหมาย Common law หรืออำนาจรัฐสภาของอังกฤษ ก็ไม่อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป

ประกอบกับความคุ้นเคยในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลยุติธรรมของรัฐต่าง ๆ ในฐานะองค์กรเบื้องต้นของแต่ละรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎบัตรว่าด้วยการปกครองของรัฐอาณานิคมและหลักกฎหมาย Common law ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นก่อนที่จะนำเสนอปัญหาต่อการพิจารณาของสภาองคมนตรีแห่งราชสำนักอังกฤษซึ่งเป็นองค์กรชี้ขาดนั้น รัฐในกลุ่มทวีปอเมริกาจึงตกลงมอบหมายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้สถาปนาขึ้นแทนที่กฎบัตรว่าด้วยการปกครองของรัฐอาณานิคมให้แก่ศาลยุติธรรม เพราะนอกจากจะได้ทำหน้าที่ในลักษณะที่เคยปฏิบัติมาจากในอดีตแล้ว ลักษณะของการจัดองค์กรที่มีลักษณะเป็นตุลาการนั้น ก็เป็นการแยกออกจาก

องค์กรณิธิบัญญัติและองค์การบริหารตามหลักทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของ Montesquieu ที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้บรรลุผลต่อไป

แต่ด้วยการยึดมั่นในหลักแห่งเสรีภาพของปัจเจกชน ชาวอเมริกันจึงแสวงหา ระบบการปกป้องคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้หลุดพ้นจากการคุกคามของกฎหมาย ที่เกินเลยไปจากขอบเขตแห่งความเหมาะสมที่องค์กรณิธิบัญญัติได้ตราขึ้นไว้บังคับตั้งที่เคยมีอยู่ใน ระหว่างที่คงสถานะเป็นรัฐอาณานิคมของอังกฤษ สหรัฐอเมริกาจึงค้นหาหลักการที่จะมาทดแทน กฎบัตรว่าด้วยการปกครองอาณานิคม และองค์กรที่จะมาทำหน้าที่แทนสภาองคมนตรีเพื่อควบคุม การตรากฎหมายขององค์กรณิธิบัญญัติมิให้ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และด้วย แนวคิดของลัทธิเสรีนิยมในยุโรปขณะนั้น ได้นำมาซึ่งหลักการสถาปนาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็น ลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นเอกสารที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ทำให้รัฐ อาณานิคมที่ประกาศแยกตัวจากอังกฤษโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาเลือกที่จะใช้หลักการที่จะคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนด้วยการบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นกฎหมาย มูล ฐานนำมาใช้ในการปกครองประเทศ โดยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกขึ้นในปี คริสต์ศักราช 1787 และยังคงใช้มาตราบปัจจุบันนี้

(1.2) วิวัฒนาการของการสถาปนาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายของกลุ่มทวีปยุโรป

ในขณะที่ประเทศในกลุ่มทวีปอเมริกาต่างยอมรับหลักการควบคุมความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการของศาลยุติธรรม แต่ตรงข้ามกับประเทศใน ภูมิภาคยุโรป ที่ปฏิเสธการมอบอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายที่มีค่าบังคับ สูงสุดจากการตรากฎหมายขององค์กรณิธิบัญญัติให้กับองค์กรตุลาการหรือองค์กรอื่นใดของรัฐ ด้วยเหตุว่า ทักษะความคิดของประชาชนชาวยุโรปภายหลังการปฏิวัติล้มล้างการปกครองของ กษัตริย์ที่เป็นเผด็จการอันขมขื่นมายาวนาน ต่างให้ความไว้วางใจว่า องค์กรณิธิบัญญัติซึ่งมาจากการ เลือกตั้งภายใต้อำนาจของประชาชนโดยตรง ย่อมจะให้ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนมากกว่าองค์กรอื่นใด การที่แนวความคิดว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรณิธิบัญญัติให้มาจากองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมไม่เป็นที่ ยอมรับของประเทศต่าง ๆ ในยุโรป ซึ่งกล่าวโดยสรุปแล้วมีสาเหตุสำคัญมาจากเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) จากทัศนคติของนักรัฐธรรมนูญนิยมของชาวยุโรปเห็นว่า บทบัญญัติ ของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการตราขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้น มิได้มีสถานะหรือความแตกต่างจากการตรากฎหมายหรือการแก้ไขบทบัญญัติของ กฎหมายทั่วไปที่องค์กรณิธิบัญญัติมีอำนาจตราขึ้นไว้บังคับแต่ประการใด การควบคุมความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องกำหนดให้มีองค์กรอื่นใดนอกเหนือจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ

(2) การมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ย่อมเป็นการขัดกับทฤษฎีของการแบ่งแยกอำนาจ เพราะจะทำให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมก้าวล่วงเข้าไปยังขอบเขตอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ เท่ากับเป็นการยอมรับให้องค์กรตุลาการมีอำนาจปฏิเสธผลบังคับของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นทั้งที่กฎหมายนั้นยังมีผลบังคับและยังไม่ได้ยกเลิกไปตามวิถีทางโดยองค์กรนิติบัญญัติ การยอมรับให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมเข้ามามีส่วนร่วมในการยกเลิกกฎหมาย ถือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ ซึ่งตามหลักโดยทั่วไปอำนาจในการยกเลิกกฎหมายสมควรที่จะเป็นอำนาจขององค์ที่เป็นผู้ตรากฎหมายเฉพาะเพียงฝ่ายเดียว

(3) การมอบอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นให้แก่องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม จะส่งผลให้สถานะขององค์กรตุลาการอยู่สูงเหนือกว่ารัฐสภา เพราะการมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่องค์กรตุลาการจะทำให้ผู้พิพากษามีสถานะอยู่เหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติและมีอำนาจเหนือประชาชน ฝ่ายตุลาการจะสามารถชี้แนะหรือกำหนดนโยบายในการปกครองประเทศผ่านกระบวนการในการควบคุมการบัญญัติกฎหมาย โดยการตรวจสอบความชอบของกฎหมายที่ฝ่ายตุลาการไม่เห็นด้วยให้มีผลไปในทางลบ เป็นผลให้หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยต้องแปรเปลี่ยนไปเป็นการปกครองภายใต้การกำกับดูแลโดยผู้พิพากษาที่เนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของฝ่ายตุลาการในที่สุด

(4) นักรัฐธรรมนูญนิยมในภาคพื้นยุโรปส่วนใหญ่มีความเห็นว่าหากให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการมีส่วนร่วมในการพิจารณากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะทำให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทในการกระทำทางการเมืองการปกครองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ท้ายสุดแล้วความเป็นองค์กรตุลาการของศาลยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นแนวคิดทฤษฎีหรือหลักปฏิบัติก็จะถูกความเป็นการเมืองครอบงำและกลืนหายไป ในที่สุด ลักษณะขององค์กรจะมีสภาพกลายเป็นองค์กรกึ่งตุลาการกึ่งนิติบัญญัติมาแทนที่ ปัญหาที่ตามมาของการกำหนดให้องค์กรตุลาการมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนผลบังคับของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งก็คือ ระบบตุลาการนั้น ผู้พิพากษาได้รับการฝึกฝนมาจากระบบราชการประจำที่เป็นระบบปิดลักษณะงานมีความชัดเจนมีการพิจารณาหรือหลักการวินิจฉัยที่แน่นอนเป็นไปตามตัวบทกฎหมาย แนวความคิดเป็นอนุรักษนิยมซึ่งเป็นแนวคิดที่ต่อต้านการเปลี่ยนแปลงใด ๆ แต่ต้องมาทำงานในทางการเมืองที่ลักษณะของปัญหาไม่ตายตัวและต้องการ

ความยืดหยุ่นสูง และการเข้าสู่อำนาจของผู้พิพากษามีได้มาจากระบบทางการเมืองเหมือนการสรรหาองค์กรตุลาการในศาลสูงเช่นของประเทศสหรัฐอเมริกา ท้ายสุดแล้วความคิดของผู้พิพากษาจะก้าวไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของการเมืองที่มีการเคลื่อนไหวตลอดเวลา

(5) ในกรณีที่ผู้พิพากษาเข้ามามีบทบาทในการตรากฎหมายด้วยการพิจารณาความชอบของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น ถ้าหากผู้พิพากษาในทุกศาลมีอำนาจเช่นว่านี้ทัศนะความคิดที่ว่า ความมั่นใจในนิติฐานะของปัจเจกชนด้วยหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่ตราโดยอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติย่อมเปลี่ยนไป เพราะบทบาทบัญญัติของกฎหมายอาจถูกลบล้างด้วยอำนาจขององค์กรตุลาการได้ อำนาจตุลาการจึงเป็นอำนาจที่จะถูกมองว่าเป็นอำนาจที่อยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ และอยู่สูงกว่าอำนาจขององค์กรใดในรัฐ ในสภาวะเช่นนี้ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายย่อมไม่สมบูรณ์ เพราะการปกครองจะขึ้นอยู่กับอำนาจขององค์กรตุลาการที่มีบทบาทในการตรากฎหมายและวินิจฉัยการกระทำในทางบริหารของฝ่ายปกครองได้

ดังนั้น หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่พัฒนาและเป็นที่ยอมรับของชาวยุโรป เพราะสังคมในภาคพื้นทวีปยุโรปนั้นเห็นว่า องค์กรนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งที่มีความผูกโยงกับอำนาจของประชาชน ย่อมเป็นองค์กรที่จะพิทักษ์และปกป้องในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้พ้นจากการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่รัฐ ประกอบกับความหมายและคุณค่าของหลักนิติรัฐที่ได้รับการสถาปนาขึ้นมาเพื่อให้มีบทบาทในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้คุกคามต่อสถานะของผู้ถูกปกครองนั้น ถูกจำกัดไว้เฉพาะการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ ภายใต้อันที่ด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่รัฐของฝ่ายปกครอง (The principle of legality of administrative act) เท่านั้น โดยไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นเป็นไปตามข้อบังคับของหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับที่สูงกว่าและมีความชอบธรรม (Legitimacy) หมายความว่า กฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเหนือสิ่งอื่นใดดังที่เป็นที่ยอมรับอยู่ในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม บรรดากฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยองค์กรนิติบัญญัติในทัศนะของชาวยุโรปในขณะนั้น เห็นว่ามีสถานะที่ไม่แตกต่างกัน เพราะกฎหมายแต่ละประเภทก็บัญญัติเพื่อเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นกัน จนถึงยุคของการจัดทำประมวลกฎหมายบรรลุลผลสำเร็จในสมัยของจักรพรรดิโนโปเลียน หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็เลือนหายไปจากสามัญสำนึกของชาวยุโรปไปในที่สุด

จนกระทั่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประชาชนชาวยุโรปได้นำประสบการณ์ที่เลวร้ายจากความสูญเสียที่มากที่สุดในการหาหนึ่งมาประมวลผลต่อการยึดหลักของความชอบด้วย

กฎหมาย (Legality) โดยไม่คำนึงถึงหลักความชอบธรรม (Legitimacy) ที่คาดหวังว่าองค์กรที่มีฐานที่มาจากประชาชนคือองค์กรนิติบัญญัติจะปกป้องและให้ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุดจากทบทบัญญัติที่รับรองว่าถูกต้องและมีค่าเหนือสิ่งอื่นใด แต่กลับกลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่อ้างความชอบด้วยกฎหมายของผู้นำที่นิยมลัทธิความเป็นเผด็จการเช่น เบนิตโต มุสโสลินี (Benito Mussolini) ในสาธารณรัฐอิตาลี จอมพล ฟิลิปป์ ปีเตา (Philippe Pétain) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ของสหพันธ์เยอรมนี หรือสมเด็จพระจักรพรรดิฮิโรฮิโต (Emperor Hirohito) ของญี่ปุ่น ที่นำพาประเทศชาติและประชาชนไปสู่หายนะของสงครามที่มีประชากรทั่วโลกเสียชีวิตกว่าห้าสิบล้านคน

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ทศนะการยอมรับว่า องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่จะปกป้องสิทธิและเสรีภาพด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ชอบธรรมโดยไม่อาจมีองค์กรใดมาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบเพราะเป็นอำนาจที่มีฐานที่มาจากประชาชนได้เปลี่ยนไปเพราะความหายนะที่ผู้ปกครองของแต่ละประเทศได้อาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายนำพาประเทศเข้าสู่สงครามเป็นผลให้ผู้คนล้มตายเป็นจำนวนมาก จึงเกิดหลักแนวคิดที่จะจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรอีกองค์กรหนึ่งซึ่งมีอิสระแตกต่างหากจากองค์กรนิติบัญญัติ เรียกว่า “องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” ซึ่งแม้แต่ประเทศฝรั่งเศสที่ไม่ยอมรับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างรุนแรงมาก่อนยังไม่อาจปฏิเสธได้และหลายประเทศในยุโรปในเวลาต่อมาได้มีการก่อตั้งองค์กรเช่นนี้ในลักษณะต่าง ๆ มาควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมายและเกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจ ทั้งนี้ ด้วยวัตถุประสงค์หลักในการจะปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับเสมอ

(2) วิวัฒนาการของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแทบทุกประเทศที่มีการปกครองตามหลักทฤษฎีของรัฐธรรมนูญนิยม โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ของแต่ละประเทศ ได้มีการรับรองถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งพอจะจำแนกได้เป็น 3 ประการ คือ (มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, 2547, หน้า 17)

ประการที่ 1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ยอมให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถ้าจะมีข้อจำกัดอย่างไรต้องจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องการให้มีการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็น

อย่างอื่น หรือให้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในประเภทดังกล่าว การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิหรือเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Sabine Michalowski, 1999, p. 37-40) เช่น เสรีภาพในความเชื่อ เสรีภาพในการถือศาสนา เป็นต้น

ประการที่ 2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เฉพาะ เช่น การจำเป็นเพื่อสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น หรือเท่าที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ตามเงื่อนไขพิเศษ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2543 ก, หน้า 186) เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อความปลอดภัยระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

การตรากฎหมายภายใต้เงื่อนไขพิเศษนั้น ต้องให้มีความสอดคล้องภายใต้ในเงื่อนไขเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด (ธีระ สุธีวรารังกูร, 2542, หน้า 583) และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ และกฎหมายนั้นต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ประการที่ 3 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควรโดยไม่มีเงื่อนไข เช่น สิทธิในทรัพย์สินตามมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตีบมรดกย่อมได้รับความคุ้มครอง สิทธิของบุคคลในการตีบมรดกย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศมีหลักการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบแนวคิดทฤษฎีที่มีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับบริบทของสังคม การต่อสู้ระหว่างชนชั้นในประวัติศาสตร์ตลอดจนการได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ เช่น

(2.1) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคือที่ยอมรับว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ฉบับหนึ่งของโลก และเป็นรัฐธรรมนูญที่นำเอาหลักทฤษฎีการเมือง พื้นเพภูมิหลังทางสังคมวิทยาตลอดจนเป็นเป้าหมายลอมทางวัฒนธรรมที่ประกอบด้วยผู้คนอันมาจากความหลากหลายของเชื้อชาติและเผ่าพันธุ์ แต่คงมีความเป็นเอกลักษณ์ในวัฒนธรรมใหญ่ของตนเอง คือ วัฒนธรรมอเมริกัน (America culture) ซึ่งในขณะเดียวกันก็มีวัฒนธรรมย่อยของกลุ่มชนต่าง ๆ ภายใต้การเชื่อมโยงของวัฒนธรรมใหญ่ร่วมอยู่ด้วย (รายงานการวิจัยและบทสรุปสำหรับผู้บริหาร, 2548, หน้า 36) เสรีภาพของอเมริกันชนเป็นพื้นฐานแห่งการก่อตั้งประเทศ ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงได้สังเคราะห์วิถีชีวิต (Lifestyle Synthesis) และความหลากหลาย (Diversity) ของผู้คนและวัฒนธรรมให้มีส่วนในการจัดองค์กร โครงสร้างทางการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และได้กำหนดให้มีหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่สะท้อนแนวคิดการปกป้องในสิทธิของปัจเจกชนของผู้คนที่อพยพมาตั้งรกรากใหม่จากประเทศต่าง ๆ รวมทั้งในทวีปยุโรป โดยเฉพาะจากประเทศอังกฤษ

ความสำเร็จของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประการหนึ่ง คือ การที่รัฐธรรมนูญสามารถออกแบบโครงสร้างให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมของผู้คนที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความรู้สึกหวงแหนในสิทธิและเสรีภาพของตนเองในระดับที่สูงมากกว่าประเทศอื่นทั้งที่หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสหรัฐอเมริกามีได้มีบัญญัติมาพร้อมกับรัฐธรรมนูญในเจ็ดมาตราแรกที่ได้ประกาศใช้ในคริสต์ศักราช 1787 เหมือนกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศอื่น ๆ (สมบัติ จันทรวงศ์, 2529, หน้า 361-362) แต่สิทธิและเสรีภาพมีบัญญัติเป็นรูปธรรมขึ้นในเวลาต่อมาหลังจากที่มีบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment) ที่เรียกว่า กฎหมายสิทธิพลเมือง (Bill of Rights) โดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 10 และได้รับการให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 15 ธันวาคมคริสต์ศักราช 1791 ภายหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยตรงอีก 27 ครั้ง (การแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคงต้องกระทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น) จึงมีการกำหนดเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ในมาตราอื่น ๆ ตามมาอีกหลายประการ

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของสหรัฐอเมริกาตามที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นพิเศษกล่าวคือ มิได้พิจารณาเพียงเฉพาะแต่บทบัญญัติ

ในส่วนของรัฐธรรมนูญที่เป็นสารบัญญัติเกี่ยวข้องกับกฎหมายสิทธิพลเมืองเท่านั้น ยังต้องพิจารณารวมไปถึงโครงสร้างของระบบการอำนวยความสะดวกโดยภาพรวม และหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) ที่เป็นองค์กรพิจารณาทางตุลาการ (Judicial Review) ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายร่วมด้วย เพราะอำนาจขององค์กรตุลาการจะมีส่วนที่เป็นผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีบทบาทต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เป็นรูปธรรมที่ปรากฏชัดเจนยิ่งขึ้น เพราะการตีความตามถ้อยคำของรัฐธรรมนูญซึ่งได้มีบัญญัติไว้เป็นเวลานานก่อนของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกามีหลักการทบทวนการใช้อำนาจโดยองค์กรตุลาการ ด้วยหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการตีความเพื่อให้สอดคล้องตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมของประเทศที่แปรผันไปกับกาลเวลา อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นมีความประนีประนอม (Compromise) ยืดหยุ่นสูง (Resilient) การจะทำความเข้าใจเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือความหมายของมาตราต่าง ๆ วิธีที่ดีที่สุดคือ การศึกษาจากคำพิพากษาของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาให้ถ่องแท้ เพราะคำพิพากษาของศาลสูงมีค่าบังคับเป็นบรรทัดฐานของกฎหมายที่สร้างโดยผู้พิพากษา (Judge Made Law) ประการหนึ่ง จนไม่อาจจะละเลยโดยศึกษาเฉพาะแต่ตัวบทมาตราที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีประโยชน์อย่างยิ่งต่อการพัฒนาแนวคิดของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยให้มีพื้นฐานอย่างมั่นคงในสังคมไทย

(2.2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมาข้างต้น มีหลายประเด็นซึ่งต่อมาได้พัฒนามาเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนของสหรัฐอเมริกา และกำหนดเป็นหลักการของสิทธิมนุษยชนทั่วไปในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในภายหลัง ตัวอย่างที่โดดเด่นเป็นที่ประจักษ์มาจนถึงปัจจุบัน ได้แก่ ผลของอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีต่อคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง คริสต์ศักราช 1789 (The Declaration of the rights of man and citizen 1789) ซึ่งได้ประกาศไว้ในช่วงปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม คริสต์ศักราช 1789 โดยตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศสที่ประกอบกันเป็นสภาแห่งชาติ (National Assembly) ได้กล่าวว่า ตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของประเทศฝรั่งเศสฉบับนี้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองชาวฝรั่งเศสมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด โดยมีหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพในการกระทำการทั่วไป อันเป็นการคุ้มครอง

เสรีภาพส่วนบุคคล หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในกรรมสิทธิ์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งแนว ความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน เป็นต้น (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543 ข, หน้า 40)

สาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การเคารพและรับรองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้ว่า ในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสทุกฉบับจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพบัญญัติไว้เสมอเหมือนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (คริสต์ศักราช 1958) บทบัญญัติหลักสำคัญของสิทธิและเสรีภาพในระบอบประชาธิปไตยไว้ในมาตรา 3 วรรคแรกซึ่งสรุปได้ว่า อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้อำนาจดังกล่าวโดยผ่านทางผู้แทนราษฎรและโดยผ่านทางกระบวนการออกเสียงประชามติ และสิทธิเสรีภาพในหลักเสรีประชาธิปไตยไว้ในวรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า การเลือกตั้งทั่วไปไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมก็ดี กฎข้อบังคับต่าง ๆ ที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเลือกตั้งจะต้องเป็นการทั่วไป มีความเสมอภาค และเป็นความลับเสมอ

ชาวฝรั่งเศสจะเคารพต่อสิทธิและความมีอิสระในเสรีภาพของปัจเจกชนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยถือว่าสิทธิต่าง ๆ นั้นเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติที่ติดตัวมนุษย์มาแต่แรกเริ่ม และไม่อาจมีใครจะลบล้างไปได้ หลักดังกล่าวต่อมาได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานที่ว่า สังคมหรือรัฐจะเกิดขึ้นและดำรงอยู่ได้ด้วยดีก็เพราะปัจเจกชน และเพื่อความสงบสุขของปัจเจกชนเท่านั้น

ที่มาของสิทธิและเสรีภาพของสาธารณรัฐฝรั่งเศสส่วนใหญ่มีที่มาจากกฎข้อบังคับต่าง ๆ เช่น

- คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง คริสต์ศักราช 1789
- รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงปัจจุบันว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน คริสต์ศักราช 1958
- อนุสัญญาว่าด้วยพิทักษ์รักษาสิทธิมนุษยชน แห่งสหภาพยุโรป คริสต์ศักราช 1953
- ข้อตกลงแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คริสต์ศักราช 1966

สาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การเคารพและรับรอง ตลอดจนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวอย่างเคร่งครัด จึงได้ชำระไว้ซึ่งการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยและคุ้มครองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีการแบ่งแยกมาตราบทว่าวันนี้

(2.3) หลักหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในทวีปยุโรปนั้น การให้ความหมายถึงที่มาของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจมีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ ศาสนา การเมืองหรือปัจจัยที่มีผลกระทบของแต่ละชุมชน แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นรากฐานของแนวคิดเกี่ยวกับที่มาของสิทธิและเสรีภาพของสังคมมนุษย์ในยุโรป คือ แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งกฎหมายธรรมชาติดีบทบาทสำคัญในการพัฒนาแนวคิดในทางกฎหมายโดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลายประการ อิทธิพลของแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ มีผลต่อการพัฒนากฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทวีปยุโรปที่สำคัญ มีอยู่ 2 ประการ คือ

(1) การพัฒนาในทางรูปแบบ (Formal) ซึ่งถือว่า แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติได้วางรากฐานในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายตามนักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลาง คือ Thomas Aquinas ที่จำแนกกฎหมายออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎหมายมนุษย์สร้างขึ้น (Mensura Unensurata) โดยกฎของธรรมชาตินั้นอยู่สูงสุด (Norma Superior) กฎของมนุษย์หากมีผลเป็นการโต้แย้งกับกฎธรรมชาติแล้ว กฎของมนุษย์ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ หลักลำดับชั้นของกฎหมาย จึงมีผลผูกพันต่อบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการตรา

(2) การพัฒนาในทางเนื้อหา (Contents) คือ การยอมรับว่าสิทธิของมนุษย์มีติดตัวมาแต่กำเนิด เป็นสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายธรรมชาติที่จะบ่งบอกถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายในสังคม และความสัมพันธ์ของปัจเจกชนกับฝ่ายปกครอง และต่อมาการยอมรับในสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์ ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวได้พัฒนาและนำมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law) ของบ้านเมือง อันเป็นการนำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นสิทธิตามกฎหมายบ้านเมืองในที่สุด

สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเริ่มมีปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (คริสต์ศักราช 1919) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปัจจุบัน (คริสต์ศักราช 1949) โดยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ได้บัญญัติรับรองถึงหลักสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้เหมือนกับรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ แต่มีความแตกต่างจากประเทศอื่นตรงที่ว่ารัฐธรรมนูญไวมาร์ มิได้มีการบัญญัติว่าด้วยหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ การจะพิจารณาถึงกระบวนการคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีอย่างไร ทำได้แต่เพียงพิจารณาว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลภายในขอบเขตของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้ประการใด ซึ่งสิทธิของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญไวมาร์จะเป็นไปตามที่รัฐบัญญัติได้บัญญัติไว้เท่านั้น และประการสำคัญรัฐธรรมนูญไวมาร์มิได้บัญญัติถึง

การให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนโดยองค์กรตุลาการจึงก่อให้เกิดปัญหาว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลต้องปราศจากความหมาย เพราะเมื่อมีการกระทำละเมิดต่อสิทธิของประชาชน ๆ ที่ได้รับผลกระทบไม่อาจใช้สิทธิโต้แย้งการกระทำดังกล่าวต่อองค์กรตุลาการได้ เป็นเหตุทำให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์ที่ผ่านมาไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ค.ศ. 1945 ได้มีการตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเฉพาะในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ศึกษาความบกพร่องจากรัฐธรรมนูญไว้มาร์ว่า เพราะเหตุใดสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีผลในทางปฏิบัติ จากการศึกษาข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญไว้มาร์ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติหลักการที่สำคัญหลายหลักการเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง โดยมีหลักการที่สำคัญ ๆ เช่น

(1) บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตราหนึ่งวรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐต้องให้ความเคารพและเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อเกียรติภูมิของมนุษย์ซึ่งจะถูกละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของรัฐที่จะต้องเคารพและปกป้องเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลมาจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวเป็นจำนวนมากในช่วงการปกครองของนาซีในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในฉบับต่อมาเห็นว่าจำเป็นต้องมีหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อแก้ไขข้อผิดพลาดที่ผ่านมา ดังนั้น เพื่อเป็นการแสดงเจตจำนงในอนาคตว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะให้ความเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รัฐจึงต้องมีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิมูลฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันโดยตรงต่ออำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ เสมือนหนึ่งว่าสิทธิมูลฐานทั้งหมดเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คริสต์ศักราช 1949 มาตรา 1 วรรคสาม) ทั้งนี้ เพื่อแก้ปัญหาของรัฐธรรมนูญในส่วนที่มีได้มีผลผูกพันต่ออำนาจรัฐโดยตรง หากแต่องค์กรของรัฐต้องกลับไปพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลตามรัฐบัญญัติในฐานะระหว่างการผูกพันอำนาจรัฐ

(3) บัญญัติหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิโดยการวางหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิไว้ดังนี้

(3.1) ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ การจำกัดสิทธิมูลฐานจะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมาย อาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะกฎหมายนั้นจะต้องใช้ได้กับทุกคน

เป็นการทั่วไป และจะใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้และเพื่อประโยชน์ดังกล่าวกฎหมายจะต้องบัญญัติถึงสิทธิมูลฐานที่ถูกจำกัดรวมทั้งมาตราของสิทธิมูลฐานนั้นด้วย (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 วรรคแรก

(3.2) ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ห้ามจำกัดสาระสำคัญของสิทธิมูลฐาน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 วรรคสอง)

(4) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้บุคคลอาจร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ในกรณีถูกระทบสิทธิโดยอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ 1949 มาตรา 93 วรรคแรก (1) (4)

รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในปัจจุบันได้นำหลักแนวคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองตามรัฐธรรมนูญทั้งการควบคุมบรรทัดฐานเชิงนามธรรมเพื่อเป็นการป้องกัน และควบคุมบรรทัดฐานเชิงรูปธรรมเพื่อเป็นการเยียวยาทางกฎหมาย มาปรับใช้ในมาตรา 93 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1949) โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1969 (วุฒิชัย จิตตานุ, 2554, หน้า 41-42)

2.4 องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในระบอบประชาธิปไตยภายใต้การยอมรับหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น การตราพระราชกฤษฎีกา หากมีข้อสงสัยว่าจะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบซึ่งในแต่ละประเทศอาจกำหนดรูปแบบขององค์กรหรือกระบวนการควบคุมให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือหลายองค์กรร่วมกันหรือแยกกันหรืออาจกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัฒนธรรม สังคม การเมืองและการปกครองที่มีรากฐานทางประวัติศาสตร์หรือวิวัฒนาการแนวความคิดทฤษฎีในทางกฎหมายหรือการจัดองค์การของรัฐในทางการปกครองที่แตกต่างกัน (สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, บรรเจิด สิงคนเดิ และธีระ สุธีวรางกูร, 2544, หน้า 3) ซึ่งรัฐธรรมนูญนิยมทั่วไปได้จัดแบ่งวิธีการหรือรูปแบบของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 4 ประการด้วยกัน คือ

1) แบ่งตามขอบเขตของรัฐธรรมนุญ

- (1) ลักษณะไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย
- (2) ลักษณะกำหนดให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายอย่าง

จำกัด

- (3) ลักษณะมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายอย่างเต็มรูปแบบ

2) แบ่งตามระบบของการควบคุม แบ่งเป็น

- (1) ระบบรวมศูนย์
- (2) ระบบไม่รวมศูนย์

3) แบ่งตามสถานะขององค์กรควบคุม

- (1) องค์กรควบคุมที่มีสถานะเป็นศาลรัฐธรรมนุญ
- (2) องค์กรควบคุมที่มีสถานะเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนุญ

4) แบ่งตามองค์กรควบคุมมี 3 ลักษณะ คือ

- (1) องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายโดยรัฐสภา
- (2) องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรม
- (3) องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายโดยองค์กรพิเศษที่

เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนุญ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายมีหลายรูปแบบแตกต่างกัน แล้วแต่จะยึดคุณลักษณะอย่างไรในการแบ่งแยกซึ่งในงานวิทยานิพนธ์นี้ ผู้วิจัยได้ แบ่งรูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายตามระบบของ“องค์กรควบคุม” เพราะเหตุว่าการควบคุมที่ปรากฏในปัจจุบันของต่างประเทศส่วนใหญ่ นั้น เป็นลักษณะแบ่งตามระบบขององค์กรมากที่สุด ประกอบกับจะศึกษาเปรียบเทียบข้อดีข้อเสียระบบขององค์กรควบคุมทั้งจากประเทศชั้นนำที่อาจถือเป็นแบบอย่างขององค์กรควบคุมที่หลายประเทศนำไปใช้รวมทั้งของราชอาณาจักรไทยด้วย เช่น องค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายโดยรัฐสภาดังที่ปรากฏในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ตุลาการรัฐธรรมนุญจำนวน 2 ใน 3 มาจากการแต่งตั้งของรัฐสภา เรียกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนุญซึ่งระบบขององค์กรดังกล่าวนี้ราชอาณาจักรไทยเคยนำมาใช้นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพุทธศักราช 2475 และมีปรากฏในรัฐธรรมนุญฉบับต่อ ๆ มาอีกหลายฉบับ หรือการควบคุมในระบบขององค์กรศาลยุติธรรมอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาที่มีบรรทัดฐานมาจากคดีที่โด่งดังคือ คดีระหว่าง Marbury vs. Madison ในปีคริสต์ศักราช 1803 และศาลยุติธรรมแห่งราชอาณาจักรไทยได้เคยนำข้อความคดีทฤษฎีและแนวทางการวินิจฉัยของคดีดังกล่าวมาประกอบใช้เป็นครั้งแรกเกี่ยวกับการตีความกฎหมายที่ตราขึ้น โดยสภาผู้แทนราษฎรว่าชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือไม่ในคดี

อาชญากรรมสงคราม ปีพุทธศักราช 2489 จนเกิดเป็นข้อโต้แย้งกับสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งต่อมา รัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช 2489 ได้บัญญัติให้รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความ รัฐธรรมนูญตามมาตรา 86 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

นอกจากนั้นการแบ่งรูปแบบขององค์กรควบคุมตามระบบเป็นองค์กรพิเศษที่เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ มีปรากฏเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพราะการทำหน้าที่ขององค์กร โดยเฉพาะในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะพิเศษคือมีสองสถานะ ในองค์กรเดียวกัน คือ สถานะที่มีลักษณะเป็นฝ่ายปกครอง (Administration) เพราะเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ ในทางภารกิจหรือเป็นการกระทำทางปฏิบัติการที่เรียกว่าการปฏิบัติการทางปกครอง (Act of administration) มีอำนาจในการใช้กำลังทางกายภาพของฝ่ายปกครองในการบังคับให้เป็นไปตาม กฎหมาย และอีกสถานะหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางเนื้อหาในฐานะขององค์กรตุลาการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และราชอาณาจักรไทยได้นำมาเป็นแบบอย่างจัดตั้งองค์กร ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญนับแต่ พุทธศักราช 2540 มาจนถึงปัจจุบันนี้

อย่างไรก็ตาม รูปแบบขององค์กรควบคุมที่ราชอาณาจักรไทยได้นำมาใช้ไม่ว่าจะเป็น การควบคุมในรูปแบบขององค์กรรัฐสภา รูปแบบขององค์กรศาลหรือรูปแบบขององค์กรศาล รัฐธรรมนูญยังคงปรากฏถึงปัญหาในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่ใน ทั้งสามลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะองค์กรในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ดังนั้น เพื่อให้ ทราบถึงสาเหตุแห่งปัญหาที่แท้จริงจึงได้แบ่งรูปแบบการควบคุมตามลักษณะขององค์กรเพื่อ ทำการศึกษาและเปรียบเทียบกับองค์กรควบคุมในแต่ละลักษณะของต่างประเทศ ว่าสภาพของ ปัญหาที่ปรากฏในองค์กรควบคุมของราชอาณาจักรไทยนั้น แท้จริงแล้วมีสาเหตุขึ้นอยู่กับเนื้อหา รูปแบบหรือกระบวนการควบคุมหรือไม่ หรือเป็นเพราะลักษณะองค์กรควบคุมของราชอาณาจักร ไทยมีองค์ประกอบของโครงสร้างหรือรูปแบบขององค์กร หรือกระบวนการเข้าสู่อำนาจหรือการใช้ อำนาจไม่ถูกต้องตามหลักทฤษฎีของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอย่างไร จากการทบทวนวรรณกรรมในงานวิจัยนี้จึงได้แบ่งรูปแบบการควบคุมตามลักษณะขององค์กรเพื่อ ทำการศึกษาเปรียบเทียบถึงข้อความคิดทฤษฎีของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในแต่ละรูปแบบ ดังนี้

2.4.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยรัฐสภา

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรนิติบัญญัติ เป็นการควบคุมในลักษณะผสมผสานระหว่างการควบคุมโดยสภาทางการเมืองกับการควบคุมโดย องค์กรศาล เป็นระบบที่นิยมและยอมรับสำหรับรัฐที่เกิดใหม่ซึ่งมีการมอบอำนาจหน้าที่ในการ

ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้กับองค์กรที่มีองค์ประกอบกึ่งการเมืองกึ่งศาลในลักษณะเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) เช่น มีปรากฏและเป็นที่ยอมรับในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งแต่เดิมก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี คริสต์ศักราช 1789 องค์กรศาลจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐจนกลายเป็นว่า ศาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในขณะนั้นพยายามเข้าไปแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดินของกษัตริย์ และคัดค้านโครงการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินต่าง ๆ ซึ่งต่อมาในปีคริสตศักราช 1790 จึงได้มีการตรารัฐธรรมนูญห้ามมิให้ผู้พิพากษาเข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งการบัญญัติข้อห้ามเช่นนั้นมีผลกระทบต่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปด้วย (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2552, หน้า 76)

ภายหลังปฏิวัติ (คริสตศักราช 1789 - 1946) แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของสังคมฝรั่งเศสซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากของรูสโซ (Jean Jacques Rousseau) มีผลต่อหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพราะเมื่อยอมรับว่า ประชาชนเป็นองค์อธิปัตย์ การตรากฎหมาย (Law) จึงเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชน ดังนั้น องค์กรอื่นใดจะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่า บทกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาด้วยอำนาจของประชาชนนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหาได้ไม่ หน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ตราขึ้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นอำนาจของรัฐสภาโดยตรง

แต่ก็มีผู้ที่เชี่ยวชาญทางรัฐธรรมนูญคือ โจเซฟ ซีเอเย่ (Emmanuel-Joseph Sieyès) ไม่เห็นด้วยโดยได้ให้เหตุผลว่า รัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนที่ประชาชนเลือกขึ้นมา กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจึงไม่ใช่กฎหมายที่ประชาชนตราขึ้น การใช้อำนาจโดยตรงของรัฐสภากับการใช้อำนาจของประชาชนไม่ใช่สิ่งเดียวกัน เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติไม่ใช่ของประชาชน การที่ชาติยอมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนี้ก็แต่ในฐานะที่เป็นสมาชิกของชาติเท่านั้น ดังนั้น การที่จะให้รัฐสภาวินิจฉัยโดยการลงมติในยุติที่สมาชิกรัฐสภาเสนอว่า ร่างกฎหมายใดมีข้อขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเสียเองก็เท่ากับยอมรับว่า รัฐสภามีอำนาจสูงสุดและจะตรากฎหมายใดให้ขัดรัฐธรรมนูญก็ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปโดยปริยาย (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2546, หน้า 2-3)

กระแสดต่อต้านและเห็นด้วยกับหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ยังดำรงอยู่ในห้วงเวลาดังกล่าว และข้อสำคัญก็คือรัฐธรรมนูญได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ แม้ว่า ในคริสตศักราช 1795 ซีเอเย่ จะได้เสนอให้มืองค์กรพิเศษมาทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็มิได้รับการยอมรับในขณะนั้น

จนกระทั่งในคริสต์ศักราช 1946 จึงได้กำหนดให้มีองค์กรที่เรียกว่า “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional committee) ขึ้นในทางปฏิบัติ องค์กรนี้มีการประชุมเพียงครั้งเดียวและถือได้ว่าประสบความสำเร็จล้มเหลว จนในปีคริสต์ศักราช 1958 จึงได้มีการจัดตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Constitutional council) ขึ้นทำหน้าที่แทนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและมีลักษณะเป็นองค์กรพิเศษที่มีอำนาจในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะจนถึงปัจจุบัน เท่ากับว่า นับแต่การปฏิวัติฝรั่งเศสใน คริสต์ศักราช 1789-1958 สาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจเรียกได้ว่า ไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่ประการใด

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Council) ของฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี คริสต์ศักราช 1958 นั้น มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว ส่วนการเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น (นันทวัฒน์ บรมานันท์ 2547 ออนไลน์)

ประเทศในยุโรปที่ได้นำเอาการควบคุมในรูปแบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไปใช้ คือ สาธารณรัฐฮังการี (Republic of Hungary) ซึ่งในคริสต์ศักราช 1983 เป็นรัฐสังคมนิยม-มาร์กซิสต์ในขณะนั้น และเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปีคริสต์ศักราช 1989 ได้เปลี่ยนมาเป็นรูปแบบสาธารณรัฐที่มีการปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (จรงค์ กลับชนะ, 2552, หน้า 1) นับได้ว่า ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีส่วนในการผลักดันและเสริมสร้างการใช้อำนาจรัฐจากสังคมนิยมไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยได้ เช่นเดียวกัน แต่ปัจจุบันสาธารณรัฐฮังการีมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญ

การควบคุมกฎหมายขององค์กรที่มีสถานะเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญนอกจากองค์กรนิติบัญญัติยังมีในรูปแบบขององค์กรและเรียกชื่ออย่างอื่นอีก เช่น

- คณะกรรมาธิการรัฐสภาแห่งประเทศสาธารณรัฐบูรพาอุรุกวัย (República Oriental del Uruguay)
- คณะกรรมาธิการสภาผู้แทนแห่งประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (The Lao People’s Democratic Republic)

- คณะกรรมาธิการกฎหมายสภาประชาชนของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China)
- สภาที่ปรึกษาตุลาการสูงสุดแห่งสาธารณรัฐโคลัมเบีย (Supreme Judicial Council of Republic of Columbia)
- สภาผู้แทนราษฎรแห่งประเทศสาธารณสังคมนิยมเวียดนาม (Socialist Republic of Vietnam)
- สภานิติบัญญัติเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China) เป็นต้น

2.4.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในรูปแบบขององค์กรตุลาการที่ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติลักษณะสำคัญขององค์กรตุลาการ หรือศาลยุติธรรมนั้น จะเป็นองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยผลของคำวินิจฉัยมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด ไม่อาจถูกกลับหรือแก้ไขโดยองค์กรใด ๆ ภายในของรัฐได้อีกแม้แต่ตัวองค์กรที่ได้ทำคำวินิจฉัยนั้น และการทำคำวินิจฉัยก็เป็นไปโดยอิสระไม่มีข้อผูกมัดหรืออยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือภายใต้เงื่อนไขกับองค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบแล้วเท่านั้น และไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองไม่ว่าจะเป็นจากปัจจัยภายในหรือภายนอกก็ตาม รวมทั้งกระบวนการพิจารณาต้องมีลักษณะเป็นไปโดยเปิดเผยต่อสาธารณะโดยทั่วไป เว้นแต่จะเป็นการเฉพาะต่อประโยชน์ในการพิจารณาของกลุ่ม

องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมที่มีสถานะเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญและมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเกิดจากขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายในระดับปกติธรรมดาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ หรือเกิดในระดับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด ด้วยหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ตาม สามารถแบ่งองค์กรควบคุมตรวจสอบออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรศาลยุติธรรม

องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม ซึ่งโดยปกติมีเขตอำนาจเหนือคดีที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายทั่วไป และหากปรากฏว่า ประเทศใดมิได้กำหนดให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใด มีขอบเขตแห่งอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยปกติทั่วไปจะเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมสูงสุด (Supreme court) ที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายอยู่แล้วจะทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมีบรรพตฐานมาจากคำวินิจฉัยของผู้พิพากษา John Marshall ในคดี Marbury v. Madison ในปี คริสต์ศักราช 1803 ซึ่งเป็นที่มาของการสถาปนาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการของศาลยุติธรรมเป็นผลให้ประเทศต่าง ๆ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองโดยเฉพาะประเทศที่มีระบบศาลเป็นศาลเดี่ยวหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common law ในดินแดนภาคพื้นของทวีปอเมริกานำมาปรับใช้จนถึงปัจจุบัน

เหตุผลที่กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะว่าเป็นองค์กรที่มีระบบ หรือกระบวนการปฏิบัติตลอดจนมีเจ้าหน้าที่ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญมากที่สุด ซึ่งโดยปกติศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินคดีพิพาทที่เป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมายระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือเอกชนกับหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยมีเหตุพิพาทกัน ในทางคดีอยู่แล้ว จึงเป็นการสมควรที่จะกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจเหนือคดีที่เกิดจากปัญหาในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าเป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในบางประเทศจึงกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการตามปกติในประเทศนั้น มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรอื่นใดของรัฐมาทำหน้าที่ดังกล่าวแยกเป็นกรณีต่างหากจากอำนาจของศาลยุติธรรม เช่น รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น และรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐโคลัมเบีย เป็นต้น

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการของศาลยุติธรรมสูงสุด (Supreme Court) มีนักรัฐธรรมนูญนิยมบางคนเรียกว่า เป็นระบบไม่รวมศูนย์ (Decentralized System) เพราะไม่แยกอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกจากศาลยุติธรรมทั่วไป และไม่มี การจัดตั้งศาลขึ้นมาทำหน้าที่เป็นพิเศษแต่เป็นรูปแบบการกระจายอำนาจ (Mauro Cappelletti and William Cohen, 1979, p. 73) ไปยังศาลยุติธรรมทุกระดับชั้นศาลไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา เป็นการตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วที่มีคดีมาสู่ศาลตามหลักการตรวจสอบหลัง (Posteriori review) ด้วยการควบคุมปทัสฐานทางกฎหมายในเชิงรูปธรรม (Concrete norm control) และผลของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำให้กฎหมายนั้นเป็นโมฆะเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรก และคำพิพากษาของศาลในระบบนี้จะผูกพันเฉพาะ

คู่ความในคดีเท่านั้น ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศที่มีระบบศาลเป็นศาลเดี่ยว ซึ่งโครงสร้างขององค์กรรูปแบบนี้ได้รับอิทธิพลและพัฒนาการมาจากคำพิพากษาประวัติศาสตร์ในศาลสูงของสหรัฐอเมริกาของผู้พิพากษา Jom Marshall ในคดีระหว่าง Marbury V. Madison ใน ค.ศ. 1803 (ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, 2548, หน้า 135-136) ซึ่งมีปัญหาว่า ศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้จะต้องวินิจฉัย ก่อนที่จะพิพากษาข้อพิพาทในคดีว่า บทบัญญัติมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติตุลาการ ปี 1789 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจศาลสูงออกหมาย (Writs of mandamus) สั่งให้รัฐมนตรีปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามกฎหมาย มีหลักการหรือการบังคับใช้กฎหมายขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นยังไม่มีข้อกำหนดให้องค์กรใดทำหน้าที่วินิจฉัยในกรณีมีปัญหาว่า บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาจึงได้วินิจฉัยว่า ศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายจึงเป็นอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (G.Edward White, 1976, p. 21) นอกจากนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจตราขึ้นมาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้วยังมีสถานะเป็นกฎหมายอยู่ก็ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่พิพาทกันอยู่นั้นได้ (James L. Maddex, 1979, pp.7-8) นับแต่นั้นมาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมสูงสุดและมีอิทธิพลต่อระบบการคุ้มครองความเป็นสูงสุดของประเทศต่าง ๆ ในเวลาต่อมา

ส่วนใหญ่องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบของกฎหมายในกลุ่มนี้นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้วจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณี (Common Law) มีระบบศาลเป็นศาลเดี่ยว เช่น ศาลสูงแห่งราชอาณาจักรนอร์เวย์ (Kingdom of Norway) ศาลสูงแห่งสาธารณรัฐอาร์เจนตินา (Argentine Republic) ศาลสูงแห่งนิวซีแลนด์ (New Zealand) เป็นต้น ที่มาหรือการเข้าสู่อำนาจของตุลาการศาลยุติธรรม โดยปกติทั่วไปส่วนใหญ่จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ คณะผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งจากประมุขของรัฐ ซึ่งอาจเป็นประมุขแต่ในนาม เช่น พระมหากษัตริย์ หรือประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารถ้าการปกครองของรัฐนั้นเป็นระบอบการปกครองในรูปแบบของประธานาธิบดี

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในรูปแบบของศาลสูงหรือศาลฎีกา ปัจจุบันมีอยู่จำนวน 40 ประเทศ ดังนี้

- (1) ทวีปแอฟริกา จำนวน 7 ประเทศ
- (2) ทวีปอเมริกาเหนือ-ใต้ จำนวน 9 ประเทศ
- (3) ทวีปเอเชียและแปซิฟิกใต้ จำนวน 13 ประเทศ

(4) ทวีปยุโรป จำนวน 11 ประเทศ

2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรพิเศษ

องค์กรตุลาการในศาลยุติธรรมซึ่งตามปกติทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไป แต่มีอำนาจพิจารณาปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรคณะตุลาการที่ได้จัดไว้สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว แยกต่างหากจากองค์กรคณะของศาลยุติธรรมในกรณีปกติที่ทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไป เป็นการจำแนกองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐแยกเป็นส่วนหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการเฉพาะ เนื่องด้วยแนวความคิดที่ว่า ปัญหาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อน มีความห้วนไหวในทางสังคมและการเมืองสร้างผลกระทบต่อประโยชน์ทั้งของเอกชนและมหาชนในคราวเดียวกัน จึงมีความจำเป็นว่าตุลาการของศาลยุติธรรมที่ต้องมาทำหน้าที่วินิจฉัยต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เฉพาะด้าน โดยเฉพาะในด้านกฎหมายมหาชน ซึ่งมีหลักแนวคิดและนิติวิธีในการตีความที่มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายเอกชนที่ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมมีความเกี่ยวข้องด้วยความคุ้นเคยเป็นปกติ

และนอกจากนั้น ประเด็นพิพาทที่เป็นผลในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญนั้น เป็นปัญหาที่เมื่อเทียบกับอัตราเฉลี่ยของคดีที่เกิดกับการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปนั้นน้อยมาก แต่ผลกระทบกับเป็นไปในวงกว้าง หากกำหนดให้แต่เพียงตุลาการเฉพาะในศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยโดยผู้พิพากษา ซึ่งคุ้นเคยกับหลักปฏิบัติและมีแนวคิดในปัญหาของเอกชนอาจมองข้ามหรือแปลหลักกฎหมายมหาชนให้มีความแตกต่างจากเจตนารมณ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยความไม่เหมาะสมจนทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาได้ในภายหลัง

ดังนั้น เพื่อให้หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เกิดจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามวัตถุประสงค์ จึงมีองค์กรตุลาการที่มีความความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในทางรัฐธรรมนูญที่มีข้อผูกพันด้วยหลักกฎหมายมหาชน มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาดังกล่าวดังเช่นที่มีปรากฏในศาลฎีกาแผนกคดีความทางรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐกินี (Republic of Guinea) หรือในศาลสูงแห่งสหภาพยุโรป (European Union court) ในแผนกสิทธิมนุษยชนสหภาพยุโรป (The European of Human Rights) หรือปรากฏในแผนกพิเศษแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรมในระดับสหพันธรัฐของสวิสเซอร์แลนด์ที่เรียกว่า ศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court) หรือศาลของสมาพันธรัฐสวิส (Swiss Confederation Court) ซึ่งปัญหาข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ จะเป็นอำนาจที่ได้รับการวินิจฉัยของแผนกที่เรียกว่า แผนกกฎหมายของรัฐที่ประกอบไปด้วยตุลาการจำนวน 5-7 คน มาจาก

การสรรหาของที่ประชุมใหญ่ของตุลาการในศาลยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ตุลาการในแผนกกฎหมายของรัฐนี้มีขอบเขตแห่งอำนาจเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มตรัฐราชขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้เป็นเพราะประเทศสวิตเซอร์แลนด์ไม่มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติแห่งสหพันธรัฐราชขึ้น

นอกจากนี้ให้ศาลยุติธรรมสูงสุดทำหน้าที่แล้ว ยังมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของศาลอื่นอีก เช่น ศาลเลือกตั้งสูงสุดแห่งสาธารณรัฐคอสตาริกา (Republic of Costa Rica) ศาลชี้ขาดสูงสุดแห่งราชอาณาจักรเบลเยียม (Kingdom of Belgium) ศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฟินแลนด์ (Republiken Finland) เป็นต้น

2.4.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ประเทศที่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญ ระบบอำนาจความยุติธรรมของประเทศนั้นต้องเป็นระบบศาลคู่ (Dual court) โดยแต่ละศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีเฉพาะแต่ละประเภทศาล และมีระบบอุทธรณ์-ฎีกาในระบบของตน ไม่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับการพิจารณาระหว่างศาลในคดีอื่นแต่ประการใด การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรศาลรัฐธรรมนูญได้รับอิทธิพลมาจาก ฮันส์ เกลเซน ผู้สร้างทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Theory of Law) ที่มีแนวคิดด้วยการวิเคราะห์เฉพาะตัวกฎหมายล้วน ๆ โดยไม่คำนึงถึงองค์ประกอบในเรื่องอื่นไม่ว่าจะเป็นศีลธรรม การเมือง ความยุติธรรมหรือสังคมวิทยา เพราะฮันส์ เกลเซน เห็นว่ากฎหมายเป็นเรื่อง “บรรทัดฐาน” หรือสิ่งที่ควรกระทำ ส่วนสภาพบังคับนั้นไม่แน่นอน บรรทัดฐานแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ บรรทัดฐานปฏิฐาน (Positive Norm) ซึ่งมนุษย์สร้างขึ้นมาเองอันหมายถึงกฎหมาย และบรรทัดฐานที่ไม่เป็นปฏิฐาน (Non Positive Norm) ซึ่งมนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น แต่มีอยู่ในจิตใจทุกคน เช่น ความดี ความยุติธรรม ความสุขซึ่งเกลเซนรวมบรรทัดฐานชนิดนี้ว่าเป็นบรรทัดฐานทางการเมือง (จรัญ โฆษณานันท์, 2547 หน้า 63-64)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นการควบคุมในระบบรวมศูนย์ (Centralized system) (Sheive, S.W, 1995, pp. 1201-1233) ซึ่งจะมีการแยกระบบ โครงสร้างกระบวนการพิจารณา และอำนาจหน้าที่ออกจากอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป และมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงลักษณะของคดีเป็นอาณาเขต (Principality) หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตแห่งอำนาจเหนือปัญหาข้อพิพาทที่เป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแต่เพียงลักษณะเดียว โดยเด็ดขาดตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และจะไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายที่จัดตั้งขึ้น หรือในขณะเดียวกันก็ไม่ม้องค์กรใดที่จะ

ก้าวล่วงเข้ามาในเขตอำนาจซึ่งเป็นของศาลรัฐธรรมนูญนี้ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นในทำนองเดียวกัน

การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้จำกัดเฉพาะคดีที่ปรากฏในศาลเท่านั้น แต่ยังมีเขตอำนาจและกระบวนการพิจารณาก่อนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีผลใช้บังคับด้วยหลักการควบคุมตรวจสอบก่อน (The preliminary control) เช่นในกรณีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้วินิจฉัยชี้ขาดว่า ร่างกฎหมายหรือกฎหมายใดก่อนประกาศใช้บังคับว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ และการใช้อำนาจเช่นว่านี้ มีลักษณะ เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง โดยเฉพาะในกรณีที่น่าไปสู่การบังคับให้กฎหมายนั้นสิ้นผล ซึ่งไม่ต่างไปจากการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ แม้การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะวางอยู่บนรากฐานของการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นผลบังคับใช้กฎหมายซึ่งเป็นพื้นฐานอำนาจของตุลาการก็ตาม แต่มิได้เป็นอำนาจที่มีลักษณะเป็นอำนาจของตุลาการ โดยแท้ เพราะมีลักษณะของการใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมด้วย แต่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในเชิงลบ (Negative act of legislation) (Hans Kelsen, 1942, p. 186 อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2536, หน้า 400)

การใช้อำนาจขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญมีสองสถานะ คือ สถานะของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจรัฐในทางภารกิจ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2548, หน้า 171) เป็นกรณีฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่โครงสร้างแต่มีการกระทำในทางปกครอง ส่วนสถานะขององค์กรตุลาการที่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางเนื้อหาเป็นการกระทำในฐานะผู้พิพากษาวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การกระทำบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย มีลักษณะเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือองค์กรอิสระที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของหน่วยงานใดของรัฐ เช่น องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2543 ข, หน้า 6)

ดังนั้น การใช้อำนาจในการบังคับใช้กฎหมายด้วยการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในลักษณะผสมผสานระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการร่วมด้วย ฉะนั้น การแยกให้องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้มีลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเช่นนี้ นับว่าเหมาะสม เพราะนอกจากรูปแบบขององค์กรจะมีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการแล้ว ยังมีความแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายในกรณีอื่น ๆ ทำให้เป็นที่ยอมรับในระหว่างเจ้าหน้าที่องค์กรอื่นของรัฐ โดยเฉพาะองค์กรที่ต้องมีส่วนได้เสียจากผลคำวินิจฉัยดังกล่าว ดังนั้น การเข้าสู่อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึง

มีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาและความน่าเชื่อถือของผลคำวินิจฉัย ซึ่งในต่างประเทศการเข้าสู่อำนาจขององค์กรหรือโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญมาจากความหลากหลายในมิติของการปกครองด้วยอัตราส่วนที่สมดุลของอำนาจอธิปไตยอื่น ๆ ทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งสามารถที่จะใช้อำนาจวินิจฉัยบรรดาคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องปัญหารัฐธรรมนูญได้อย่างเป็นอิสระและเป็นกลางอย่างยุติธรรม ทำให้เกิดการยอมรับขององค์กรที่มีส่วนร่วมในการกำหนดตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว และส่งผลให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญเกิดเอกภาพและความมั่นคงสามารถสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายให้กับสังคมอย่างแท้จริง

ประเทศที่ใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรควบคุมความชอบของกฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และมีระบบศาลเป็นศาลคู่ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2551 ก, หน้า 171) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (Republic of Austria) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) และประเทศไทย เป็นต้น

ปัจจุบันมีประเทศที่ใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งหมดรวมกัน 60 ประเทศ แบ่งเป็น (มนตรี กนกาวรี, 2554, หน้า 48-54)

- 1) ทวีปแอฟริกา จำนวน 14 ประเทศ
- 2) ทวีปอเมริกาเหนือ-ใต้ จำนวน 4 ประเทศ
- 3) ทวีปเอเชียและแปซิฟิกใต้ จำนวน 14 ประเทศ
- 4) ทวีปยุโรป จำนวน 28 ประเทศ

2.4.4 ปทัสถานการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ปทัสถาน (Norm) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นแบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของการกระทำที่เกิดจากกระบวนการ (Process) หรือขั้นตอนในทางปฏิบัติ (Directives) ที่กฎหมายกำหนด หากผิดขั้นตอนหรือกระบวนการที่เป็นระเบียบแบบแผนบังคับย่อมเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่หากเป็นเพียงมิได้ดำเนิน การตามแนวปฏิบัติอาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ในบางกรณี หมายความว่า ต้องพิจารณาถึงกระบวนการหรือขั้นตอนนั้นเป็นสาระสำคัญของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเรื่องนั้นหรือไม่ ถ้าเป็นสาระสำคัญย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าไม่ใช่สาระสำคัญ อาจแก้ไขให้สมบูรณ์ได้โดยการกระทำนั้นยังคงมีผลบังคับต่อไป เช่น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดว่า องค์กรของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีและการทำคำวินิจฉัยต้องครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และตุลาการซึ่งไม่ได้ร่วมในการพิจารณาคดี

ยอมไม่มีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยในคดีนั้น หากไม่ดำเนินการหรือดำเนินการไม่เป็นไปตามข้อกำหนดเช่นนั้น กระบวนการพิจารณาคดีหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว เรื่องระเบียบแบบแผนเป็นข้อปฏิบัติตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งเพราะว่า เป็นหลักเกณฑ์เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผิดไปจากขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดถือเป็นเรื่องร้ายแรงและไม่สามารถย้อนกลับไปได้ เมื่อไม่ได้กระทำตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดการกระทำในเรื่องนั้นย่อมเสียไป

ดังนั้น ขั้นตอนกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องปฏิบัติให้ครบถ้วนทั้งตามที่กฎหมายกำหนดและตามหลักแนวคิดทฤษฎีที่พึงต้องนำมาประกอบใช้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องการรับฟังความทุกฝ่าย (Audi alteram partem) ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักสิทธิของคู่กรณีที่คู่กรณีมีสิทธิที่จะรู้เหตุผลของฝ่ายปกครองในการมีคำสั่งทางปกครองหรือมีสิทธิที่จะทราบถึงแนวทางหรือวิธีการโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะมีหลักคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิป้องกันตนเอง (Right of defense) ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสอันมีหลักสำคัญว่า ในกระบวนการพิจารณาหรือในคำวินิจฉัยที่ผลคำวินิจฉัย เป็นการลงโทษหรือเป็นคำสั่งที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่หรือกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคลหรือองค์กรนั้น ตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีคำวินิจฉัยจะต้องฟังคำชี้แจงแสดงเหตุผลและพยานหลักฐานของบุคคลผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งนั้นเสียก่อน โดยต้องเปิดโอกาสให้บุคคลหรือองค์กรนั้น ได้รับการพิจารณาอย่างเต็มที่ ให้มีสิทธิได้เข้าถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญรวมทั้งสิทธิที่จะมีที่ปรึกษาทางกฎหมายและต้องใช้เวลาอย่างเพียงพอ ดังนั้น หากตุลาการรัฐธรรมนูญละเมิดต่อหลักกฎหมายดังกล่าวนี้หรือมีกระบวนการพิจารณาเป็นการรวบรัดตัดตอนย่อมถือว่ากระบวนการพิจารณาหรือการทำคำวินิจฉัยนั้นมิชอบด้วยกฎหมาย

กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากมองในแง่การควบคุมย่อมถือว่าเป็นหลักการประเมินผล (Evaluate) ในการควบคุมการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารให้ได้มาตรฐานตามที่กำหนด หรืออีกในแง่หนึ่ง เป็นการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในทางมหาชนมิให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จของเป้าหมายคือ การคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ภายใต้แบบแผนที่ยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติที่เรียกว่า ปทัสถานการควบคุม (Norm control)

กระบวนการควบคุม จึงเป็นวิธีการหนึ่ง ที่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องรวมถึงองค์กรตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรภายนอกของฝ่ายนิติบัญญัติและ

ฝ่ายบริหาร ต้องเข้ามาวินิจฉัยกับปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นมีผลในระบบกฎหมายหรือให้กฎหมายนั้นสิ้นผลไม่อาจใช้บังคับได้หากว่าการตรากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ และกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเชิงปทัศฐาน (Normative) ได้กำหนดขอบเขตในการตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับโดยแบ่งกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็นสองประการ คือ

1) การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายในลักษณะเชิงนามธรรม (Abstract norm control)

การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายในลักษณะเชิงนามธรรมเป็นกระบวนการควบคุมกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนใช้บังคับและกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว แต่ละเมิดกฎหมายที่มีค่าบังคับในลำดับที่สูงกว่าเพื่อมิให้มีผลในระบบกฎหมายโดยไม่มีกระบวนการดำเนินพิจารณาคืออยู่ในศาล เป็นการควบคุมปทัศฐานในการตรากฎหมายของทุกกรณีในทางเนื้อหา ซึ่งหมายถึงควบคุมทั้งร่างกฎหมายและกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อน และหลักการตรวจสอบหลัง การควบคุมอาจเริ่มจากองค์กรมหาชน หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ สมาชิกรัฐสภา หรือบุคคล หรือองค์กรของรัฐที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในบางประเทศอาจกำหนดจำนวนประชาชนให้สามารถเป็นผู้เริ่มคดีได้ เช่น ประเทศสาธารณรัฐโปรตุเกส (Republic of Portugal) ราชอาณาจักรสเปน (Kingdom of Spain) หรือสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล (Federal Republic of Brazil) เป็นต้น หรือบางประเทศ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany) ประชาชนไม่สามารถยื่นร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์หรือศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐ

การควบคุมปทัศฐานในลักษณะเชิงนามธรรมเป็นระบบที่ใช้สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบขององค์กรควบคุมมีลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ในระบบรวมศูนย์ ส่วนในรูปแบบขององค์กรควบคุมที่มีลักษณะเทียบเท่าศาลรัฐธรรมนูญ หรือระบบไม่รวมศูนย์ที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ หรือระบบกระจายอำนาจในรูปแบบของอเมริกัน (American model) จะไม่มีการควบคุมปทัศฐานในลักษณะเชิงนามธรรมตามหลักการตรวจสอบก่อน เพราะ เป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นและยังไม่อยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลซึ่งรัฐธรรมนูญในบางประเทศได้กำหนดการควบคุมตรวจสอบปทัศฐานในลักษณะเชิงนามธรรมไว้อย่างเคร่งครัด เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการตีความกฎหมายพื้นฐานในกรณีที่มีข้อพิพาทเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของ

สหพันธ์ หรือความแตกต่างในเรื่องความเห็นหรือความสงสัยเกี่ยวกับการขัดแย้งระหว่างกฎหมายสหพันธ์ และกฎหมายมลรัฐกับกฎหมายสหพันธ์ ความแตกต่างในเรื่องความเห็นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของสหพันธ์ และของมลรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติตามกฎหมายของสหพันธ์มลรัฐ และในการใช้อำนาจควบคุมโดยรัฐบาลสหพันธ์ การขัดแย้งเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน หรือภายในมลรัฐหนึ่งมลรัฐใด ความขัดกันของกฎหมายการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและประเด็นอื่น ๆ อีก

ส่วนในบางประเทศที่มีระบบการควบคุมตรวจสอบไม่เคร่งครัด เช่น สาธารณรัฐเช็ก (Czech Republic) บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 97 ได้นำเอาหลักการควบคุมปทัศฐานลักษณะเชิงนามธรรมไปปรับใช้กับการควบคุมตรวจสอบในการใช้จ่ายและงบประมาณของรัฐโดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุด (Constitution Adopted on: 16 Dec 1992 Article 97 [Supreme Inspection Office] (1) The Supreme Inspection Office is an independent body. It executes inspection of the management of state property and the fulfillment of the state budget.)

การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาโดยบิดเบือนอำนาจ เป็นการให้โอกาสแก่สมาชิกรัฐสภาในส่วนเสียงข้างน้อยยื่นขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเริ่มกระบวนการควบคุม เช่นการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐเยอรมันมาจากบทสรุปที่ว่า ระบบการปกครองของสหพันธ์ไม่อาจปล่อยให้เสียงข้างมากได้โดยลำพัง ความหมาย คือ เสียงข้างมากนั้นต้องเป็นไปตามขอบเขตของรัฐธรรมนูญ และด้วยเหตุนี้ สหพันธ์รัฐเยอรมันจึงจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมาก ซึ่งการควบคุมปทัศฐานในลักษณะเชิงนามธรรมแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

(1) การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ (Priori review)

การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับเป็นกระบวนการป้องกันก่อนประกาศใช้กฎหมาย เพราะว่าการกฎหมายดังกล่าวละเมิดบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานภายใน ลักษณะของกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการควบคุมก่อนมีผลใช้บังคับจะจำกัดอยู่เฉพาะร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Draft organic statute) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaties international) ร่างพระราชบัญญัติ (Draft statute) ร่างพระราชกำหนด (Draft royal enactment) กฎหมายของประธานาธิบดีแห่งรัฐ กฎหมาย กฎ ข้อบังคับของมลรัฐ สนธิสัญญาระหว่างมลรัฐด้วยกัน กฎข้อบังคับที่ออกโดยอำนาจมหาชน (General acts-exercise of public power) และกฎหมายที่ไมรรวมถึงกฎหมายลำดับรองจากรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ซึ่งนักรัฐธรรมนูญนิยมเห็นว่าเป็นการยากที่จะกำหนดให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมปทัศฐานเชิงนามธรรมของร่างกฎหมายก่อนมีผลใช้

บังคับได้โดยครบถ้วน เพราะย่อมมีมิติที่ไม่ครอบคลุมถึงเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายเช่นว่านั้น การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ แบ่งเป็น 2 ระบบ คือ

- ระบบบังคับ คือ ระบบที่มีบทบังคับโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ว่าต้องมีการส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบทุกกรณี เช่น การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการตั้งประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

- ระบบทางเลือก ได้แก่ การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ โดยองค์กรหรือกลุ่มบุคคลต่าง ๆ เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

ผลดีของการควบคุมก่อน คือ บทบัญญัติหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะสิ้นผลก่อนที่กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายนั้นจะมีผลในระบบกฎหมายต่อไป แต่มีบางประเทศที่ผลของคำวินิจฉัยในบางประการอาจมีผลสิ้นสุดที่แตกต่างกัน แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม เช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกสฉบับลงวันที่ 2 เมษายน 1976 มาตรา 279 บัญญัติว่า “...เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวจะได้รับการให้สัตยาบันได้ก็ต่อเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนสองในสามขึ้นไปให้ความเห็นชอบ” หมายความว่า การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศของสาธารณรัฐโปรตุเกส หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัฐสภา (หมายถึงสภาผู้แทนราษฎร เพราะโปรตุเกสใช้ระบบสภาเดียวไม่มีวุฒิสภา) อาจให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามขึ้นไปให้สัตยาบันเพื่อให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้

(2) การควบคุมปทัศฐานทางกฎหมายหลังจากกฎหมายมีผลใช้บังคับ (Posteriori review)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหลังมีผลบังคับใช้ในลักษณะนามธรรมเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่โดยที่ยังไม่มีข้อพิพาทเป็นคดีในศาลเช่นกัน แต่ให้องค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนด เป็นผู้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเพื่อให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร หรืออีกนัยหนึ่งกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการควบคุมในกรณีนี้ คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทุกประเภท ซึ่งการควบคุมก็มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ เพราะบางประเทศศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

2) การควบคุมปทัสถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงรูปธรรม (Concrete norm control)

การควบคุมปทัสถานในลักษณะรูปธรรมเป็นกระบวนการทางกฎหมายในการควบคุมตามหลักการบังคับหลังเป็นการควบคุมแบบแก้ไข มีอยู่ในระบบที่มีการกระจายอำนาจหรือระบบไม่รวมศูนย์และระบบที่มีการรวมอำนาจหรือระบบรวมศูนย์ คือ กรณีที่กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วและมีคดีเกิดขึ้นในศาลไม่ว่าจะเกิดขึ้นในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรือศาลอื่นและไม่ว่าคดีดังกล่าวจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดโดยที่คดียังไม่ถึงที่สุด ซึ่งรวมถึงการควบคุมปทัสถานทางกฎหมายที่อยู่ระหว่างชั้นบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลด้วยเหตุมีปัญหาลักษณะเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีข้อโต้แย้งว่า กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นข้อโต้แย้งในทางเนื้อหาหรืออาจเป็นข้อโต้แย้งที่เกิดจากกระบวนการตรากฎหมายเช่นว่านั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ศาลทั่วไปไม่มีอำนาจวินิจฉัยต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักการตรวจสอบหลังกระบวนการควบคุมปทัสถานทางกฎหมายในเชิงรูปธรรมอันเกี่ยวข้องด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะ มีขั้นตอนกระบวนการควบคุมปทัสถานในลักษณะเชิงรูปธรรม ดังนี้

(1) การเริ่มกระบวนการควบคุมปทัสถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงรูปธรรม

กระบวนการควบคุมปทัสถานทางกฎหมายเชิงรูปธรรมจะมีขึ้นเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว และกฎหมายเช่นว่านั้น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งระบบกระจายอำนาจและรวมอำนาจ มีกระบวนการควบคุมความชอบของกฎหมายในลักษณะเชิงรูปธรรม ที่แตกต่างกัน ดังนี้

(1.1) ในระบบกระจายอำนาจสำหรับในกลุ่มทวีปอเมริกา ที่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกระจายไปที่ศาลทุกศาล โดยศาลที่มีอำนาจเหนือคดีที่พิจารณาคดีอยู่ย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยได้เองว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นรูปแบบ เนื้อหาหรือกระบวนการตรากฎหมายเช่นว่านั้นศาลมีอำนาจที่จะไม่นำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นมาใช้บังคับกับคดีที่ตนพิจารณาได้

(1.2) ในระบบรวมอำนาจแบบทวีปยุโรปที่มีต้นแบบมาจากสาธารณรัฐออสเตรียและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ในกรณีที่คู่ความในคดีโต้แย้งหรือศาลที่พิจารณาคดีเห็นเองว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดีมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ศาลส่งประเด็นปัญหาดังกล่าวไปที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ระบบนี้เรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แบบรวมอำนาจการควบคุม เพราะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรวมอยู่ เฉพาะศาลเดียวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีการบวนการ ดังนี้

- ศาลที่พิจารณาคดีมีดุลยพินิจเป็นที่สงสัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น หรือศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลอาจไม่เสนอเรื่องไปให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

ในกรณีที่ศาลใช้ดุลยพินิจไม่ส่งประเด็นปัญหากฎหมายในทางกฎหมาย ที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และมีคำพิพากษา หรือคำสั่งไปตามรูปคดี หากภายหลังปรากฏว่า กฎหมายที่ศาลใช้บังคับคดีขัดกับบทบัญญัติหรือ หลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเช่นว่านั้น เป็นการไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ย่อมเกิดสิทธิแก่ปัจเจกชนที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

- คู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียในคดีโต้แย้งว่า ศาลปฏิเสธไม่บังคับใช้ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะ ละเมิดกฎหมายที่มีค่าบังคับในลำดับที่สูงกว่า หรือบังคับใช้กฎหมายที่เลขถูกโต้แย้ง ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีนั้นมาก่อนว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสีย ร้องขอให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

- คำร้องที่เสนอเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต้องเป็นคำร้องที่เกี่ยวกับ ประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้เท่านั้น

- ศาลที่ส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องเป็นศาลที่คดีนั้นอยู่ในระหว่าง พิจารณา

- บทบัญญัติกฎหมายที่ศาลจะใช้ในการบังคับคดี มีลำดับศักดิ์หรือ ค่าบังคับต่ำกว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้อง กับบทบัญญัตินั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนี้หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภาหรือ กฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น

ในกรณีศาลที่คดีอยู่ในระหว่างพิจารณาเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ศาลจะพักการพิจารณาคดีหรือจะพิจารณาคดีต่อไปก็ได้แต่ต้องรอการพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญส่งเรื่องกลับคืนมา กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะปทัสถานทางกฎหมายในเชิงรูปธรรมนี้ จะไม่ก้าวล่วงไปถึงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่ร้องขอ เพราะบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงตรวจสอบและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ด้วยเหตุผลว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ดังที่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง อาทิเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 วรรคสาม (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2553) เป็นต้น

2.4.5 ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลที่เกิดจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง ย่อมมีทั้งปฏิเสธความไม่ชอบของกฎหมายหรือเพิกถอนการบังคับใช้กฎหมาย หรือเพื่อยืนยันถึงความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย แล้วแต่กรณีใดกรณีหนึ่ง เป็นการป้องกันมิให้เกิดปัญหาที่เกิดจากการกระทำต่าง ๆ โดยอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต่อไปในภายหลัง ซึ่งผลของคำวินิจฉัยจะมีความผูกพันต่อบุคคลที่ต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่า ระบบการควบคุมการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ หรือกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีปรากฏในแต่ละรัฐหรือในแต่ละประเทศนั้น จะมีระบบควบคุมหรือกระบวนการตรวจสอบเป็นอย่างไร ซึ่งพอจำแนกได้เป็น 2 ประการคือ

1) ผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกระจายอำนาจ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกระจายอำนาจ จะเป็นการมอบอำนาจในการตรวจสอบให้เป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการในศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นระบบที่วางรากฐานของการโต้แย้งข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่ความในคดีที่ฟ้องร้องกันมาสู่การพิจารณาของศาล ซึ่งตามหลักกระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นของรัฐใด คำพิพากษาในข้อพิพาทเช่นว่านั้นจะมีผลผูกพันเฉพาะแต่คู่กรณีหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียในคดีดังกล่าวโดยตรงเท่านั้น ดังนั้น การพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง

หรือส่วนใดส่วนหนึ่ง ที่ศาลต้องวินิจฉัยเพื่อนำประเด็นข้อกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาในประเด็นปัญหาดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาของศาลที่ต้องอ้างสภาพบังคับไว้ ดังนั้น ผลคำวินิจฉัยในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงมีผลผูกพันอยู่แต่เฉพาะกับคู่ความและบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียโดยตรงในประเด็นที่พิพาทกันอยู่ในคดีเท่านั้น

ผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกระจายอำนาจจะไม่มีผลผูกพันกับบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่กรณีหรือบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงกับคดีที่ศาลได้มีคำพิพากษาชี้ขาด หรือไม่มีผลผูกพันกับคู่ความหรือบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงแต่อยู่ในสถานการณ์อื่นที่แตกต่างไปจากสถานการณ์ซึ่งเป็นที่มาของคำพิพากษาดังกล่าว หรือในสถานการณ์เช่นเดียวกันแต่คู่ความเปลี่ยนแปลงไป และไม่ผูกพันแม้แต่ผู้พิพากษาซึ่งได้ทำคำวินิจฉัยนั้นในการพิจารณาคดีอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันหรือคล้ายกัน แม้ว่าผู้พิพากษานั้นจะเคยได้วินิจฉัยยืนยันหรือปฏิเสธบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไรมาก่อนก็ตามและประเด็นวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทำนองเดียวกันนี้ ก็อาจได้รับการหยิบยกเป็นประเด็นให้ศาลพิจารณาได้อีกซึ่งอาจเป็นศาลเดียวกันหรือต่างศาล ผลคำวินิจฉัยอาจเป็นไปในทำนองเดียวกับศาลที่เคยได้วินิจฉัยไว้แล้วหรืออาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ดุลยพินิจที่มีความเป็นอิสระก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งฉบับหรือบางส่วนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ทำให้ความสมบูรณ์ของกฎหมายนั้นเสียไป บทบัญญัติของกฎหมายยังคงมีผลบังคับอยู่ตราบเท่าที่องค์กรที่มีอำนาจจะทำการยกเลิกหรือทำให้สิ้นผลไปตามข้อกำหนดที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

2) ผลผูกพันคำวินิจฉัยของศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบรวมศูนย์อำนาจ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลผูกพันกับบุคคลในระบบรวมอำนาจ ทั้งในกระบวนการควบคุมที่สถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงนามธรรม และการควบคุมที่สถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงรูปธรรม คำวินิจฉัยจะมีผลผูกพันทั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลที่หยิบยกประเด็นของปัญหามาสู่ศาล ทั้งยังครอบคลุมไปยังองค์กรอื่นของรัฐหรือปัจเจกชนที่ต้องยึดถือปฏิบัติตามไปด้วย เพราะคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งฉบับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธผลบังคับใช้ของกฎหมายนั้น

ในกรณีเป็นกระบวนการควบคุมที่สถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงนามธรรมทางกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับ ในขณะที่ยังเป็นเพียงร่างกฎหมาย ย่อมทำให้ร่างกฎหมายดังกล่าว

ตกไป ไม่อาจนำมาประกาศใช้บังคับได้ เป็นการป้องกันไม่ให้กฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีผลในระบบกฎหมายต่อไป ทำให้องค์กรที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมาย หากมีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับต้องไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายนั้นให้เป็นไปด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคราวต่อไป

ส่วนในกรณีที่เป็นกระบวนการควบคุมปทัสถานทางกฎหมายในลักษณะเชิงนามธรรม ภายหลังมีผลใช้บังคับ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ อาทิเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐออสเตรีย สาธารณรัฐอิตาลี หรือสาธารณรัฐตุรกี ต่างมีข้อกำหนดไปในแนวทางเดียวกันกล่าวคือ ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีผลเป็นการเพิกถอนผลบังคับของกฎหมายนั้น โดยไม่ต้องให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นมายกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวอีก

แต่ในกรณีคำวินิจฉัยของศาลเป็นการยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐออสเตรีย หรือประเทศยูโกสลาเวีย คำวินิจฉัยของศาลจะมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับผลคำวินิจฉัยที่เป็นการปฏิเสธความชอบของกฎหมาย เป็นผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นพ้นไปจากสภาวะที่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรใด ๆ แม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป แต่ทั้งนี้จะไม่เป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายนั้นได้ในอนาคตตามที่เห็นสมควร โดยกระบวนการนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

3. กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้ ได้เน้นทำการศึกษาค้นคว้าจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ และของประเทศไทย มาทำการทบทวนเพื่อค้นหาคำตอบถึงเหตุผลของหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญที่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างในการกำหนดเนื้อหา รูปแบบและกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ รวมถึงการทบทวนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในบางเรื่องที่มีความคลุมเครือในบางประการ ดังนี้

3.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศ

กฎหมายของต่างประเทศ และรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่

- 1) รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา
- 2) พระราชบัญญัติตุลาการของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 (The Judiciary Act of 1789)
- 3) รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พระราชบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญของรัฐบาลกลาง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1951 (The Federal Constitutional Court Act 1951)
- 4) รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส
- 5) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)
- 6) คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of Man and Citizen 1789)

3.2 กฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย

- 1) กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489-2560
- 2) รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540-2550 บางฉบับที่เกี่ยวกับการให้ความหมายในการแปรญัติตีตีที่มีความสัมพันธ์ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามความในข้อ 2 ข้างต้นบางประการ
- 3) ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายหลังการทำรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549
- 4) ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550
- 5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

4. งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

งานวิจัยที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ทำการค้นคว้าอ้างอิงและนำมาประกอบเป็นข้อมูลเป็นข้ออ้างเพื่อทำการวิเคราะห์ในประเด็นต่าง ๆ สำหรับในการทำวิจัยนี้มีดังนี้

- 1) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ
- 2) ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ
- 3) การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ: กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

- 4) ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ
- 5) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐฝรั่งเศส
- 6) หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- 7) ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ: ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
- 8) กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ
- 9) การขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ
- 10) การคุ้มครองชั่วคราวและการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
- 11) วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย