

บทที่ 2

แนวคิด วิวัฒนาการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ตรากฎหมายลำดับรอง และการออกกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง

แต่เดิมนั้น อำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับกับบุคคลในสังคมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Pouvoir législatif) ซึ่งในระยะเริ่มแรกนั้น กฎหมายที่บัญญัติขึ้นส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจัดองค์กรของรัฐและการบัญญัติกฎหมายจะกระทำเฉพาะกรณีพิเศษที่มีความจำเป็นพิเศษเท่านั้น จนกระทั่งเมื่อบทบาทและภาระหน้าที่ของรัฐได้เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับสภาพสังคมที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมและเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสังคมให้มีความสงบเรียบร้อย (Public Order) มากขึ้น และมีแนวโน้มที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองมากยิ่งขึ้น

2.1 แนวคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง

การใช้อำนาจของรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) ไม่ว่าจะเป็นเป็นการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับบุคคลในสังคมโดยองค์กรนิติบัญญัติ การบริหารงาน การดำเนินการกิจของรัฐโดยองค์กรฝ่ายบริหาร และการพิจารณาพิพากษาคดี โดยองค์กรตุลาการนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่สำคัญ เช่น หลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Protection of Rights and Liberties) เป็นต้น

2.1.1 หลักนิติรัฐเป็นหลักที่สนับสนุนการตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลปกครอง

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) ต่างเรียกร้องให้บังเกิดขึ้นจริงได้ในทางปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งเป็นหลักที่ได้แย้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของ ฌอง โบแดง

(Jean Bodin)¹ ซึ่งเป็นผู้เรียกอำนาจสูงสุดในการปกครองว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่า ปราศจากขอบเขตถาวร (Perpetuelle) และสูงสุดสิ้นพัน (Abolue) และได้แสดงออกโดยการออกหรือยกเลิกกฎหมาย อำนาจอธิปไตย จึงแบ่งแยกมิได้และเป็นนิรันดร์ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงอยู่เหนือกฎหมาย ทฤษฎีนี้มาจากหนังสือของ ฌอง โบแดง ในวรรณกรรมที่ชื่อว่า วรรณกรรม 6 เล่ม ว่าด้วยรัฐ (Six Livres de la République) พิมพ์เมื่อ ค.ศ. 1576²

ฌอง โบแดง ได้อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State) โดย ฌอง โบแดง ได้คำอธิบายข้อนี้มาจากองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่าต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น ฌอง โบแดง จึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎรและผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อันได้แก่ พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐ จึงทรงเป็นรัฐอธิปไตย ฌอง โบแดง จึงได้นำความคิดนี้มาจากหลัก Res Publica ที่จักรพรรดิโรมันเคยประกาศว่า ตนมีอำนาจสูงสุดเป็นเจ้าของรัฐ และเป็นตัวแทนรัฐตามที่เชื่อในสมัยโรมัน ซึ่งแม้จะกล่าวว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ แต่สามารถเข้าใจได้ว่า รัฐ คือ กษัตริย์ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าองค์อธิปัตย์ของ ฌอง โบแดง นี้ จะไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย (Lex) ซึ่งตนเองเป็นผู้ตราขึ้นก็ตาม แต่องค์อธิปัตย์ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ และหลักทั่วไปของกฎหมาย (Jus) กล่าวคือ ยังคงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม ซึ่งมีแต่ความเที่ยงแท้แน่นอนตลอดจนอยู่ภายใต้ข้อตกลงของสัญญาทางมหาชนซึ่งได้ทำไว้กับกษัตริย์ต่างชาติ หรือประชาชน³

ฌอง โบแดง เห็นว่าการปกครองระบอบกษัตริย์ที่ดีที่สุด เพราะการสืบราชสมบัติก่อให้เกิดความต่อเนื่องของระบอบการปกครอง การใช้ระบอบกษัตริย์ทำให้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โอนมิได้ ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธทั้งอำนาจภายนอกของจักรพรรดิ (Emperor) และพระสันตะปาปา (Pope) โดยปฏิเสธอำนาจภายในรัฐของเจ้าศักดินาหรือองค์กรอื่น เพราะในสมัยนั้นมีการแย่งชิง

¹ ฌอง โบแดง (Jean Bodin) ค.ศ. 1530-1596 เป็นนักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16 หรือประมาณ พ.ศ. 2100 โบแดงเป็นผู้ที่ริเริ่มใช้คำว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ในความหมายที่เข้าใจกันอยู่ในทุกวันนี้ กล่าวคือ ความหมายที่เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งขณะนั้นเป็นช่วงเวลาของรัฐทั้งหลายปกครองโดยระบอบที่มีกษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดหรือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ภายใต้คติความเชื่อทางการปกครองอันไม่แตกต่างกันมากนักว่า กษัตริย์เป็นผู้ได้รับอานัติอำนาจจากสวรรค์ หรือจตุจากสวรรค์ลงมาปกครองโลก (Divine Rights of King). โปรคดู ปรีดี เกษมทรัพย์. (2555). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 168-169.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2554). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่างๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 30.

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ และจตุรงค์ ธีระวัฒน์. (2529). "อำนาจอธิปไตยกับกฎหมายระหว่างประเทศ โดย Luzius WILDHABER". *วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 4*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 177.

อำนาจระหว่างกษัตริย์กับพระสันตะปาปา มอง โบแดง ต้องการให้สภาพสงคราม และความปราศจากกฎหมายในยุคกลางหมดไป โดยให้อำนาจการปกครองสูงสุดอยู่ที่กษัตริย์⁴

มอง โบแดง จึงสนับสนุนการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy)⁵ ที่อำนาจของรัฐทั้งปวงอยู่ในพระหัตถ์ของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ จึงทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดของแผ่นดิน โดยเป็นทั้งเจ้าแผ่นดินและเจ้าชีวิตของสรรพสิ่งทั้งปวง ในราชอาณาจักรของพระองค์ ถ้าพระมหากษัตริย์ในระบอบดังกล่าว ปกครองโดยการนำเอาหลักทศพิธราชธรรม⁶ มาเป็นแนวทางปกครองประชาราษฎร์ทั้งหลายให้มีความสงบสุขร่มเย็น แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าพระมหากษัตริย์ไร้ซึ่งหลักทศพิธราชธรรมในการปกครองแล้ว ประชากรทั้งหลายอาจได้รับความเดือดร้อน สมัยการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์และข้าราชการบริพารจะมีฐานะอยู่นอกกฎหมาย คือ เป็นผู้ออกกฎหมายแต่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่ตนเองออกกฎหมายในสมัยนั้นจึงมีขึ้นเพื่อใช้บังคับกับประชาชน (ผู้อยู่ใต้การปกครอง) มิใช่กับกษัตริย์และข้าราชการบริพาร (ฝ่ายปกครอง) ด้วยเหตุนี้ หากกฎหมายดังกล่าวได้รับการนำมาใช้บังคับกับประชาชนและก่อให้เกิดความเดือดร้อนและผู้ปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างไม่เป็นธรรม การกระทำดังกล่าว จึงเป็นเหตุให้ผลต่อมาเกิดแนวคิดต่อต้านการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) เช่น กรณีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 31.

⁵ ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) คือ ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ปกครอง และมีสิทธิ์เด็ดขาดในการบริหารประเทศ ระบอบการปกครองประเภทนี้ กษัตริย์ คือ กฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่ง หรือความต้องการต่างๆ ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดินและประชาชนโดยอิสระ ดังเช่นคำกล่าวของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ว่า รัฐคือตัวฉันเอง (L'État, c'est moi.) ซึ่ง Bossuet (พระราชอาณัติผู้ใหญ่ที่เป็นทั้งนักประพันธ์และนักพูดคนสำคัญทางศาสนาในศตวรรษที่ 17) นำไปอธิบายไว้ว่า รัฐกับเจ้าผู้ปกครองเป็นความหมายอย่างเดียวกันและปะปนอยู่ในบุคคลคนเดียวกัน คือ ทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐอยู่ที่กษัตริย์. โปรดดู ไพโรจน์ ชัยนาม. (2519). *รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 99.

⁶ หลักทศพิธราชธรรม เป็นหลักธรรมของพระราชา หรือเป็นกิจวัตรที่พระเจ้าแผ่นดินควรประพฤติปฏิบัติหรือคุณธรรมของผู้ปกครองบ้านเมือง เป็นหลักธรรมสำหรับทำให้ผู้อื่นรักใคร่พอใจ 10 ประการ คือ ทานบารมี ศีลบารมี เนกขัมมบารมี วิริยบารมี ปัญญาบารมี จันตบารมี สังขบารมี อธิษฐานบารมี เมตตาบารมี และอุเบกขาบารมี หลักทศพิธราชธรรมจึงเป็นหลักธรรมของผู้ปกครองหรือนุคคลทั่วไปที่สามารถนำไปประพฤติปฏิบัติตน เพื่อให้ เกิดความเป็นเลิศในการครองคน. โปรดดู จริญญา โฆษณานันท์. (2550). *ปรัชญากฎหมายไทย LW 201 (S)* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 114-116.

ค.ศ. 1789⁷ และการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา⁸ ท้ายที่สุด จึงก่อให้เกิดแนวคิดการปกครอง โดยกฎหมาย ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) จึงถือกำเนิดขึ้นมาในรัฐสมัยใหม่⁹

หลักนิติรัฐได้รับการนำมาใช้เพื่อโต้แย้งและจำกัดการใช้อำนาจสูงสุดอันสิ้นพัน ของกษัตริย์ ในฐานะที่ทรงเป็นผู้ปกครองแผ่นดิน กรณีดังกล่าว หลักนิติรัฐจึงมีความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตย ของรัฐที่กษัตริย์เป็นตัวแทนในการใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าว ขณะเดียวกันนั้น หลักนิติรัฐมี ความสัมพันธ์กับอำนาจอธิปไตยในอีกด้านหนึ่ง กล่าวคือ หลักนิติรัฐเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจ อธิปไตยที่เกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจตนเองของกษัตริย์ไม่ว่าจะด้วยความยินยอมหรือไม่ก็ตาม และการจำกัดอำนาจรัฐดังกล่าว กระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้น โดยประชาชน การจำกัด อำนาจดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ ดังนั้น กฎหมายของประชาชนจึงเป็นสิ่งกำหนด ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งก็คือ การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ หลักนิติรัฐจึงมีขึ้นเพื่อปกป้อง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ส่วนอีกมุมหนึ่งก็เป็นหลักที่ใช้ปกป้องฝ่ายรัฐด้วยเช่นกัน หลักนิติรัฐ มีความสัมพันธ์กับการปกครองของรัฐในระบอบเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State)

เรย์มอนด์ การ์ เดอ มัลแบร์ (Raymond Carré de Malberg)¹⁰ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส กล่าวว่า¹¹ นิติรัฐเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชน ในสองนัย คือ

กฎหมายประเภทแรก กำหนดเสรีภาพของประชาชน

⁷ ปฏิวัติใหญ่ในรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็นการปฏิวัติโดยประชาชนที่ถูกฮือขึ้นยึดคุกบาสต์ย็ (Bastille) โดยสำเร็จ เมื่อ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 และกระบวนการปฏิวัติดำเนินเรื่อยมา 10 ปีเต็ม จนกระทั่ง นโปเลียนสถาปนาการ ปกครองแบบกงสุลขึ้น. โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. อ้างแล้ว. หน้า 69.

⁸ การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เป็นการแยกตัวเองเป็นอิสระจากอังกฤษของ 13 อาณานิคมในทวีป อเมริกาเหนือ ซึ่งทนการปกครองโดยการเอารัดเอาเปรียบของอังกฤษไม่ไหว โดยเฉพาะการเก็บภาษี อย่างรุนแรง จึงพร้อมใจกันประกาศเอกราชเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 จากอังกฤษ ต่อมาได้ยกร่างรัฐธรรมนูญภายใน ของแต่ละรัฐ โดยได้รับอิทธิพลจากระบบการปกครองของอังกฤษ แต่ได้บรรจุหลักการใหม่ๆ ในยุคนั้น โดยเฉพาะหลักการแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตยและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ใน รัฐธรรมนูญ. โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. อ้างแล้ว. หน้า 62.

⁹ เกอริงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 104.

¹⁰ เรย์มอนด์ การ์ เดอ มัลแบร์ (Raymond Carré de Malberg) ค.ศ. 1861-1935 เป็นศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมาย มหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยได้เผยแพร่แนวความคิดทางด้านกฎหมายในมหาวิทยาลัยหลายแห่งตามเมือง ต่างๆ เช่น Caen Nancy และ Strasbourg เป็นต้น.

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. (2538). *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 279-280.

กฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อ บรรลุดัตถประสงค์ที่กำหนด

รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยการให้อำนาจนั้น อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) คือ รัฐที่ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้ บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ

ประการแรก เมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน รัฐไม่อาจกระทำการฝ่าฝืน หรือ หลีกเลียงกฎหมายที่บังคับใช้ได้อยู่ได้

ประการที่สอง คือ หลักนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น รัฐไม่อาจกระทำการใด เป็นการบังคับปัจเจกชน โดยไม่สมควรใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้ เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ มาบังคับประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมาย ที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น หลักนิติรัฐ จึงเป็นรัฐที่ให้ หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปเรียกร้องต่อผู้มี อำนาจวินิจฉัยคดี เพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกการกระทำนั้นๆ ของฝ่าย ปกครอง (Administration) ที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น หลักนิติรัฐ จึงเป็นหลักที่สร้างขึ้นเพื่อ ประโยชน์ของประชาชนและมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจ ตาม อำนาจใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้หลักนิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ จึงมีความจำเป็นที่ ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและที่ ทำ ให้ประชาชนเสียหายได้

พิเคราะห์แล้วจึงอาจสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) เป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐและสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐได้ 2 ประการ ดังนี้¹²

ประการแรก ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและ องค์กรของรัฐที่จะกระทำการใดต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้และต้องทำตามกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะได้รับการคุ้มครองและกระทำการใดที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

¹² เกรียงไกร เจริญชนาววัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 105-106.

ประการที่สอง ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบเขตแห่งกฎหมายซึ่งไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้วินิจฉัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว

ทั้งนี้ รัฐที่เป็นนิติรัฐ จึงหมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย จึงเป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐมิได้ให้ดำเนินไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้าบนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ สามารถปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ดำรงได้อย่างมั่นคง¹³ การใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐตามหลักนิติรัฐนั้น ต้องเป็นการใช้อำนาจ ที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมตามกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการใช้กฎหมายที่สร้างความ เป็นธรรมให้แก่ทุกๆ คน ในรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่มีการเลือกชั้นวรรณะ¹⁴ ไม่มีการเลือกข้างเลือกกลุ่ม ไม่ละเมิดหรือขัดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถ้าหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ย่อมแสดงว่าเคารพต่อหลักนิติรัฐอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงต้องมีหลักนิติธรรม (Rule of Law)¹⁵ มาสนับสนุนหลักนิติรัฐ แต่หาก

¹³ สมชาย ปรีชาศิลป์ (2553, 10 พฤษภาคม). นิติรัฐที่ไร้นิติธรรม. *หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน*, หน้า 7.

¹⁴ วรรณะตามหลักความเชื่อของศาสนาฮินดู ได้แบ่งคนออกเป็น 4 วรรณะ (Varna) โดยมีหน้าที่ที่แตกต่างกันออกไปตามความสำคัญของแต่ละบุคคล เพื่อแบ่งหน้าที่ทางสังคม คือ

- 1) กษัตริย์ (Kshatriyas) คือ บุคคลผู้อยู่ในชั้นการปกครองบ้านเมือง
- 2) พราหมณ์ (Brahmins) คือ บุคคลผู้อยู่ในชั้นสั่งสอนผู้คนให้มีความรู้ ขนบธรรมเนียม ประเพณี
- 3) ไวษยะ (Vaishyas) หรือแพศย์ คือ บุคคลผู้อยู่ในชั้นการค้าขาย
- 4) ศูทร (Shudras) คือ บุคคลผู้อยู่ในชั้นแรงงาน. โปรดดู พระเดชพระคุณหลวงพ่อดิศิโร. (ม.ป.ป.).

พระธรรมเทศนา. ม.ป.ท. หน้า 1-4.

¹⁵ หลักนิติธรรม (rule of law) วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ The Common Wealth of Oceana อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐ อย่างไรก็ตาม คำว่า rule of law เหมือนกับคำว่า Rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้ นักกฎหมายของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม คือ A.V. Dicey (ค.ศ. 1835 ถึง ค.ศ. 1922) คำราที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. 1885) ได้กลายเป็นคำรามมาตรฐานและเป็นคำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม. โปรดดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2552). *รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net: หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: พี. เพลส. หน้า 437-440.

ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ ได้สร้างความไม่เป็นธรรม ไม่เคารพและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แม้จะเป็นการใช้อำนาจตามที่มีกฎหมายรองรับ (Rule by Law) และสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม ย่อมถือว่าเป็นการเคารพต่อหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) ไม่ได้และผู้ปกครองของรัฐจะอ้างว่า การใช้อำนาจดังกล่าว เป็นไปตามหลักนิติรัฐไม่ได้เช่นกัน การเคารพซึ่งหลักนิติรัฐนั้น มิได้เป็นเป็นการใช้อำนาจที่อยู่ภายใต้กฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่ต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างเป็นทางการด้วย การใช้อำนาจภายใต้กฎหมายหรือการใช้อำนาจตามกฎหมายเพียงอย่างเดียวของผู้ปกครองของรัฐอาจมีความชอบธรรมตามทฤษฎีความมีประสิทธิภาพของกฎหมาย ตามทฤษฎีของ ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen)¹⁶ ที่ถือว่า กฎหมายที่มาจากผู้มีอำนาจของรัฐเมื่อใช้บังคับกับประชาชนได้ ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายแล้ว เพราะมีสภาพบังคับของกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว ตามทฤษฎีดังกล่าว ได้รับ การวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากความหมายของกฎหมายตามทฤษฎีดังกล่าว ไม่ได้คำนึง ถึงที่มาของกฎหมายว่า มีที่มาจากความชอบธรรมหรือไม่ ดังนั้น ประการหรือคำสั่งที่มาจากกลุ่มหรือคณะบุคคลที่ยึดอำนาจรัฐที่ก่อการรัฐประหาร (Coup d'état)¹⁷ จึงเป็นกฎหมายตามความหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่งและตรงกันข้ามกับหลักนิติรัฐ¹⁸

กฎหมายตามความหมายของหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) นั้น ต้องเป็นกฎหมายที่มาจากประชาชนหรือจากตัวแทนของประชาชน ประชาชนเป็นผู้สร้างความชอบธรรมให้กฎหมายและทำให้เกิดหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de légalité)¹⁹

¹⁶ ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) ค.ศ. 1881-ค.ศ. 1973 เป็นนักปรัชญาทางกฎหมายซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นหนึ่งในนักวิชาการทางด้านกฎหมายที่สำคัญที่สุดของศตวรรษที่ 20 เคลเซ่นเป็นเจ้าของทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (The Pure Theory of Law). โปรคดู จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้ว. หน้า 59-60.

¹⁷ การรัฐประหาร (Coup d'état) หมายถึง การล้มล้างรัฐบาลที่บริหารปกครองรัฐในขณะนั้น แต่มิใช่การล้มล้างระบอบการปกครองหรือรัฐทั้งรัฐเสมอไปและไม่จำเป็นต้องมีการใช้ความรุนแรงหรือทำให้เกิดการนองเลือดเสมอไป เช่น หากกลุ่มทหารอ้างว่ารัฐบาลที่มาจากกรเลือกตั้งบริหารประเทศชาติผิดพลาดและจำเป็นต้องบังคับให้รัฐบาลพ้นจากอำนาจ จึงใช้กำลังบังคับให้ออกจากตำแหน่งและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือประกาศให้มีการเลือกตั้งใหม่ทันที จึงเรียกได้ว่าเป็นการก่อรัฐประหาร สำหรับการแปลคำว่า Coup d'état หมายถึง รัฐประหารนั้น คือ พระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ (หม่อมเจ้าวรวงศ์ไวยากร). โปรคดู ปรีดี พนมยงค์. (2519). *ความเป็นมาของศัพท์ไทย*. กรุงเทพฯ: สถาบันสยามเพื่อการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรม. หน้า 11.

¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 106.

¹⁹ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) เป็นการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น ทุกคนในรัฐจึงต้องเคารพต่อกฎหมายที่ประชาชนสร้างขึ้นมา เพราะโดยสภาพ ของกฎหมายนั้น มีความชอบธรรม การเคารพต่อกฎหมาย คือ การกระทำของทุกคนในรัฐ ทุกองค์กรของรัฐ การใช้บังคับกฎหมายของศาลจะต้องไม่ละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายและต้องมีความเป็นธรรม ณ จุดดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การกระทำหรือการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว ต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎหมายในนิติรัฐมาจากประชาชนและประชาชนได้สร้างความชอบธรรมให้กับกฎหมาย และเมื่อกฎหมายมีความชอบธรรม ทุกองค์กรในรัฐจึงต้องเคารพต่อกฎหมาย การแสดงความเคารพต่อกฎหมายของทุกคนและทุกองค์กรในรัฐต้องไม่กระทำการใด ที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้นๆ ต้องชอบด้วยกฎหมาย ณ จุดนี้จึงก่อให้เกิดหลักความชอบด้วยกฎหมายขึ้น ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นหลักที่สนับสนุนหลักนิติรัฐและการที่ทุกคนต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงเท่ากับว่า เป็นการเคารพกฎหมายที่มาจากประชาชนซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีสัญญาประชาคม (du contrat social) ตามแนวคิดของฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau)²⁰ และสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ที่กล่าวว่า อำนาจอสูงสุดเป็นของประชาชน (Supremacy of the population) ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักการที่สอดคล้องและอยู่ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักที่สนับสนุนให้ฝ่ายปกครองสามารถออกกฎหมายลำดับรองมาใช้บังคับได้

ระหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 15-16 กษัตริย์ของประเทศฝรั่งเศสในสมัยนั้นได้พยายามฟื้นฟูอำนาจทางการเมืองกลับคืนมาโดยได้ต่อสู้กับเกี่ยวกับศาสนจักร (Church หรือ l'Église) ที่อ้าง

และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะมืองค์กรและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย. โปรดดู โภกิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2553). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 154-155.

²⁰ ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ค.ศ. 1712-1778 ปรัชญามธิต่างด้านการเมืองผู้มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันดีในคริสต์ศตวรรษที่ 18 โดยได้เขียนหนังสือทางการเมืองและเป็นหัวใจของทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมาจนทุกวันนี้ ชื่อเรื่อง สัญญาประชาคม (contrat social 1762) ซึ่งมีชื่อขยายต่อมาว่า สัญญาประชาคมหลักกฎหมายมหาชน (contrat social : principes du droit public) รูสโซได้เสนอข้อแก้ไขความบกพร่องของระบบสังคมและการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งรูสโซเห็นว่า หลักการว่าด้วยเสรีภาพและความเสมอภาคเท่านั้นที่สถาปนาอำนาจทางการเมืองที่มีความชอบธรรมขึ้นมา. โปรดดู เสถียร หอมขจร และคณะ. (2548). *ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 65-67.

ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (The Supremacy of God)²¹ ในระยะแรกและได้กล่าวอ้างทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา (The Supremacy of the Pope)²² โดยนักปราชญ์ฝ่ายกษัตริย์ได้คิดค้นทฤษฎีต่างๆ ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นฐานในการอ้างความชอบธรรมของการที่จะให้กษัตริย์มีพระราชอำนาจมากขึ้นกว่าเดิม โดยการอ้างทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (The Supremacy of the King)²³

²¹ ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (The Supremacy of God) เริ่มจากการที่มนุษย์เริ่มรู้จักการนับถือผีบางเทวดา (theism) โดยมนุษย์รู้จักคำว่าจะต้องมีสิ่งสูงสุดสิ่งหนึ่งคอยดลบันดาลปรากฏการณ์ทางธรรมชาติที่ลึกลับความเป็นไปของชีวิตมนุษย์บนโลกนี้ กล่าวคือ มนุษย์เกิดจากลึกลับของสิ่งนั้นและมนุษย์จะต้องกลับไปหาสิ่งที่ลึกลับชีวิตในบั้นปลาย ต่อมาเมื่อศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก (Roman Catholic) เจริญรุ่งเรืองขึ้นในคอนตันสมัยกลาง (Middle Age) ศาสนจักรเรื่องอำนาจมากเหนืออาณาจักรทั้งปวงในยุโรปซึ่งเชื่อกฎหมายธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับกฎของพระเจ้า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ธรรมชาติ (Nature) ที่ว่านั่นคือพระเจ้า (God) นั่นเอง ลัทธิอำนาจสูงสุดของพระเจ้าก็เริ่มเป็นที่กล่าวอ้างกันทั่วไปอย่างกว้างขวางจากแนวคิดของนักบวชคริสต์ ได้แก่ เซนต์ออกุสติน (Saint Augustine) เซนต์ทอมัส อไควนัส (Saint Thomas Aquinas) เป็นต้น. โปรดคู สุขุม นวลสกุล และ โกศล โรจนพันธุ์. (2548). *ทฤษฎีการเมืองสมัยโบราณและสมัยกลาง* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 87-91.

²² ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา (The Supremacy of the Pope) มีความมุ่งหมายว่าจะสร้างฐานแห่งอำนาจของฝ่ายศาสนจักรเหนือฝ่ายอาณาจักรโดยเด็ดขาด นักปรัชญาฝ่ายคริสต์ศาสนาในสมัยกลางได้อ้างว่า พระเจ้าทรงเป็นบริสุทธิเทพ จึงไม่อาจมาข้องแวะหรือบงการมนุษย์ได้ทุกคนในทุกเวลาและทุกสถานที่ จึงได้เลือกให้พระบุตร หรือพระเยซูคริสต์เจ้า (Jesus Christ) มาไต่บาปมนุษย์แทน เพื่อต่อจากนั้นไปมนุษย์จะได้ปฏิบัติตามเจตนารมณ์อิสระ (Free Will) ของคนได้ ต่อมาพระบุตรได้เลือกสาวกคนสำคัญ คือ เซนต์ปีเตอร์ (Saint Peter) เป็นผู้ปกครองดูแลคริสตศาสนิกชนทั้งหลายในโลกสืบต่อจากพระองค์ และต่อมาเซนต์ปีเตอร์ ได้มอบอำนาจให้พระสันตะปาปาองค์ต่อๆ มารับภาระนี้สืบต่อไป ฉะนั้น พระสันตะปาปาจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดทางฝ่ายศาสนจักร และโดยเหตุที่ศาสนจักรเป็นใหญ่เหนือฝ่ายอาณาจักร พระสันตะปาปาจึงเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเหนือสิ่งทั้งปวง โดยเป็นรองเพียงแต่พระเจ้าเท่านั้น แม้แต่สมณสาสน์หรือพระบัญชาของพระสันตะปาปา ซึ่งสามารถจัดได้ว่าเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (lex divina) และมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของกษัตริย์ทั้งหลาย (lex humana). โปรดคู สุขุม นวลสกุล และ โกศล โรจนพันธุ์. อ้างแล้ว. หน้า 77-81.

²³ ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (The Supremacy of the King) นับแต่ปลายสมัยกลางเป็นต้นมาทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา (The Supremacy of the Pope) ได้เสื่อมความนิยมลงเพราะทางฝ่ายอาณาจักรแข็งแกร่งขึ้นมากจนสามารถตั้งคนเป็นอิสระไม่ขึ้นแก่สำนักพระสันตะปาปาอีกต่อไป ทฤษฎีใหม่ที่นิยมกันในขณะนั้น คือ ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (The Supremacy of the King) โดยถือว่า กษัตริย์เป็นรัฐอธิปัตย์ (Sovereign) หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ. โปรดคู สุขุม นวลสกุล และ โกศล โรจนพันธุ์. อ้างแล้ว. หน้า 86-90.

นักปราชญ์ที่มีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่ทฤษฎีดังกล่าว คือ ฌอง โบแดง (Jean Bodin) ซึ่งทฤษฎีนี้ถือว่า กษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ โบแดงได้เรียกทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์เสียใหม่ว่า ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) ฌอง โบแดง จึงเป็นบุคคลแรกที่ใช้คำว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ในความหมายทางการเมืองดังที่เข้าใจกันมาจนถึงทุกวันนี้ โดยโบแดงได้เรียบเรียงวรรณกรรมที่สำคัญชื่อว่า วรรณกรรม 6 เล่มว่าด้วยรัฐ (Six Livres de la République) พิมพ์เมื่อ ค.ศ. 1576 ซึ่งอธิบายทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจอธิปไตยไว้ พอสรุปได้ ดังนี้²⁴

1) อำนาจอธิปไตย คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศโดย ฌอง โบแดง ต้องการจะลบล้างแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุด (The Supremacy) เพราะตามทฤษฎีนั้น ผู้ใช้อำนาจสูงสุดมีอำนาจสิ้นพันเกิน ไปจนไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น พระผู้เป็นเจ้ายอมมีอำนาจทั่วสากลโลก พระสันตะปาปา (Pope) ย่อมมีอำนาจทั่วอาณาจักรทั้งปวง แต่ ฌอง โบแดง ต้องการจะจำกัดอำนาจสูงสุดลงเพียงแก่การปกครองไว้ในประเทศนั้นๆ เท่านั้น การที่ ฌอง โบแดง อธิบายเช่นนี้ เพราะโบแดงเข้าใจความหมายของคำว่า รัฐเป็นอย่างดีและต้องการจะสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐอธิปไตย (Sovereign)²⁵ ของรัฐนั้นเท่านั้นโดยไม่เกี่ยวกับรัฐอื่น

²⁴ โกลติน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 138-139.

²⁵ รัฐอธิปไตย (Sovereign) ความหมายทางรัฐศาสตร์นั้น หมายถึง ผู้เป็นใหญ่ในแผ่นดิน ส่วนจะเป็นบุคคลใดนั้นสุดแต่แต่เป็นผู้เป็นใหญ่ในแผ่นดินหรือของบ้านเมืองใด มีระบอบการปกครองอย่างไร ถ้าเป็นการปกครองในสมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) รัฐอธิปไตย คือ พระมหากษัตริย์ ส่วนความหมายในทางนิติศาสตร์นั้น หมายถึง ผู้ทำให้เกิดกฎหมาย ดังที่จอห์น ออสติน (John Austin) อธิบายว่า กฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐอธิปไตย ฉะนั้น อำนาจของรัฐอธิปไตย ก็คือการมีอำนาจอธิปไตยนั่นเอง ซึ่งก่อให้เกิดผลดังนี้ คือ

1) การมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ทำให้รัฐอธิปไตยอยู่ในฐานะสูงสุดในแผ่นดินและไม่ต้องเชื่อฟังผู้อื่นอีก แต่ในระบอบประชาธิปไตยนั้น อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเมื่อประชาชนแต่ละคนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนแต่ละคนย่อมเป็นรัฐอธิปไตยโดยไม่มีประชาชนคนใดอยู่ในฐานะสูงสุด โดยไม่ต้องฟังคำสั่งผู้อื่น

2) ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) อันเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐย่อมไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย เพราะเมื่อรัฐต่างๆ มีฐานะเท่าเทียมกันก็จะไม่มีรัฐอธิปไตยใดมีอำนาจบังคับบัญชารัฐอธิปไตยอื่นได้ และจะเอาผิดหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ ความผูกพันระหว่างรัฐต่อรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องด้อยที่ด้อยอาศัยและรัฐอธิปไตยอื่นๆ ต้องให้ความยินยอมที่สละอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้แก่ผู้อื่น เช่น การสละอำนาจในการพิจารณาคดีให้แก่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) เป็นต้น. โปรคตุ ชำนาญ จันทร์เรือง. (2552, 2 ธันวาคม). รัฐอธิปไตย. หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจ. หน้า 8.

2) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ โดย ฌอง โบแตง ได้คำอธิบายนี้มาจากองค์ประกอบอย่างหนึ่งของรัฐที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ฌอง โบแตง จึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

3) ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยควรเป็นกษัตริย์ ซึ่งทรงเป็นรัฐชาติปิตัยเพราะกษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐและผู้นำราษฎรทั้งหลาย

4) รัฐชาติปิตัย คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน ซึ่งสามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้ แต่คนไม่อยู่ใต้อำนาจของผู้อื่น นอกจากนั้น ฌอง โบแตง ยังได้อธิบายอีกด้วยว่า เป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่าสาระสำคัญของความเป็นรัฐชาติปิตัยของกษัตริย์ คือ การมีอำนาจตรากฎหมายใช้บังคับแก่พสกนิกรทั้งหลายโดยไม่คำนึงถึงว่าพสกนิกรเหล่านั้นจะยินยอมหรือไม่ ถ้าจะให้รัฐชาติปิตัยปกครองรัฐได้อย่างถูกต้องดีงามแล้ว จำต้องจัดให้รัฐชาติปิตัยอยู่เหนือกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม พระราชอำนาจของกษัตริย์ในยุคนี้ยังมีข้อจำกัดอยู่มาก โดยยังไม่มีลักษณะเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) เพราะกษัตริย์ยังทรงมีพันธะที่จะต้องปรึกษาหารือกับองค์กรและกลุ่มมวลชน สภาที่ปรึกษา เมืองบางเมืองที่ได้รับอภิสิทธิ์บางอย่างสภาท้องถิ่นและสภาผู้ประกอบวิชาชีพบางประเภท เป็นต้น²⁶

ต่อมาระบอบการเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสค่อยๆ วิวัฒนาการไปเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) โดยถึงจุดสูงสุดในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ ที่ 14 (Louis XIV)²⁷ โดยพระองค์ถือว่า กษัตริย์ได้รับพระราชทานอำนาจสูงสุดมาจากพระเจ้าเป็นเจ้า แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น และทุกคนจะต้องเชื่อฟังพระบรมราชโองการของพระองค์²⁸

นักปราชญ์ที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวข้างต้น คือ บอสชูเอ้ (Bossuet) ในวรรณกรรมชื่อ *Politique Tirée des Paroles de l'Écriture Sainte*²⁹

²⁶ ชาญชัย แสงวงศ์. (2528). *กฎหมายมหาชน: ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 55.

²⁷ พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 (Louis XIV) ค.ศ. 1638 ถึง ค.ศ. 1715 สมัยของพระองค์โดดเด่นในด้านโครงสร้างของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) พระราชอำนาจอันเด็ดขาดของพระองค์ทำให้ความวุ่นวายต่างๆ ที่มีมาแต่ก่อนหมดสิ้นไปจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส เช่น เรื่องขุนนางก่อกบฏ เรื่องการประท้วงของสภา เรื่องการจลาจลของพวกนิกายโปรเตสแตนต์.

²⁸ โกลิน ฟลกุล และชาญชัย แสงวงศ์. อ้างแล้ว. หน้า 139.

²⁹ บอสชูเอ้ (Bossuet) ค.ศ. 1627-ค.ศ. 1704 เป็นพระและเป็นครูของรัชทายาทสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้เขียนหนังสือที่ชื่อว่า การเมืองการปกครองที่สกัดจากพระคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์ *Politique tirée des paroles de l'Écriture Sainte* (1670). โปรตดู บวรศักดิ์ อุวรรณ โน. อ้างแล้ว. หน้า 33.

ยุคที่มีระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจทุกอย่างของรัฐ โดยทรงเป็นผู้ตรากฎหมาย ทรงเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารทั้งภายในประเทศและในด้านความสัมพันธ์กับต่างประเทศ โดยมีข้าราชการของพระองค์เป็นผู้ปฏิบัติงานตามพระบรมราชโองการของพระองค์ หรือตามที่ได้รับมอบอำนาจ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวของพระองค์ ยังไม่ถึงขั้นที่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพราะยังต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่สำคัญของบ้านเมือง ในทำนองเดียวกับหลักทศพิธราชธรรมของราชอาณาจักรไทย (Kingdom of Thailand) นอกจากนี้ พระองค์ยังทรงถูกผูกพันโดยวิธีปฏิบัติที่ตกทอดจากยุคศักดินาสวามิภักดิ์ว่า ขุนนางชั้นผู้ใหญ่ ข้าราชการบริวาร องครักษ์ และกลุ่มมวชนต่างๆ ตลอดจนราษฎรธรรมดาที่มีหน้าที่ที่จะต้อง ถวายคำแนะนำหรือเสนอความเห็นต่อพระองค์ เมื่อได้รับการร้องขอ ซึ่งกษัตริย์ในสมัยก่อนถือปฏิบัติมาโดยตลอดว่า ถ้ามีปัญหาสำคัญๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านใดมักจะปรึกษาหารือบรรดาบุคคลและองครักษ์ดังกล่าว หลังจากที่กษัตริย์ทรงสามารถฟื้นฟูอำนาจทางการเมืองกลับคืนมาได้สำเร็จ โดยทรงรวบอำนาจต่างๆ ไว้เป็นของพระองค์เองทั้งหมด ก็ได้มีนักปราชญ์หลายท่านที่ได้เสนอแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย (Separation of Powers) ซึ่งก่อนหน้านั้นได้มีนักปราชญ์หลายท่านที่ได้กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจมาก่อนแล้ว³⁰ อาทิเช่น

1) อริสโตเติล (Aristotle)³¹ เป็นนักปราชญ์ทางการเมืองคนแรกที่ได้พยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐบาลโดยได้เขียนไว้ในหนังสือ Politics ว่า รัฐทุกรัฐมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

ประการแรก องค์ประกอบที่ดำเนินกิจการสาธารณะ ซึ่งอริสโตเติลนั้นเห็นว่า เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดและอยู่เหนือองค์ประกอบอีก 2 ประการ คือ การผูกสัมพันธไมตรี การออกกฎหมาย และการตรวจตราดูแลการใช้จ่ายสาธารณะ

ประการที่สอง องค์ประกอบที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ ซึ่งอริสโตเติล อธิบายว่า เป็นอำนาจที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐและการแบ่งแยกหน่วยงาน รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ และการแต่งตั้งหน่วยงานของรัฐ อำนาจนี้เป็นอำนาจในการกำหนดนโยบาย (Policy) และออกคำสั่ง (Order) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี (Tax)³² และการป้องกันประเทศ (National Defense)

³⁰ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้ว. หน้า 140.

³¹ อริสโตเติล (Aristotle) 384-322 ก่อนคริสตศักราช เป็นนักปราชญ์ที่ยิ่งใหญ่ชาวกรีก เป็นลูกศิษย์ของพลาโต (Plato) และ โซคราเตส (Socrates) ได้เขียนหนังสือที่ชื่อว่า Politics อริสโตเติลได้รับแนวความคิดส่วนใหญ่มาจากพลาโต โดยเฉพาะในส่วนที่สำคัญ คือ เรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรม (Moral). โปรดดู ปริดี เกษมทรัพย์. อ้างแล้ว. หน้า 113.

³² ภาษี (Tax) มาจากภาษาละติน taxo หมายถึง เงินที่เก็บจากประชาชน เพื่อนำไปพัฒนาประเทศ มี 2 ประเภท คือ

ประการที่สาม องค์ประกอบที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจ ที่เกี่ยวกับการ แต่งตั้งผู้พิพากษา (Appointment of judges) และกำหนดเขตอำนาจของศาล (jurisdiction of the court)

2) ซามูเอล ปูเฟนดอร์ฟ (Samuel Puffendorf)³³ ได้กล่าวไว้ในหนังสือ De Jure Naturae et Gentium ว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น 7 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่จะลงโทษเพราะ ฝ่าฝืนกฎหมาย (Violation of the Law) อำนาจที่จะทำสงคราม (War) และสงบศึก (Cease Fighting) อำนาจการทำสนธิสัญญา (Treaties) อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษี และอำนาจจัดการศึกษา

3) จอห์น ล็อก (John Locke)³⁴ ได้กล่าวไว้ในหนังสือ Second Treatise of Civil Government ว่า อำนาจอธิปไตยสามารถแยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจบริหาร (Executive Power) และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม (War) การทำสนธิสัญญาและ

1) ภาษีทางตรง คือ ภาษีที่เก็บจากประชาชนที่มีรายได้จากการประกอบอาชีพและภาษีที่ได้จากการ ประกอบกิจการค้า บริการ และอุตสาหกรรม เช่น ภาษีป้าย ภาษีโรงเรือน ภาษีบำรุงท้องที่ เป็นต้น

2) ภาษีทางอ้อม คือ ภาษีที่เก็บจากประชาชนเมื่อซื้อสินค้าและบริการต่างๆ ที่เรียกว่า ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษี การค้า อากรแสตมป์ อากรมหรสพ อากรสุรา เบียร์และเครื่องดื่ม ค่าใบอนุญาตการให้มีอาวุธปืน ภาษีสินค้าเข้า สินค้าออก ค่าภาคหลวงแร่ ค่าภาคหลวงป่าไม้ เป็นต้น. โปรตดู สราวุธ ภูษยาภรณ์. (2548). “ภาษี”. *คู่มือพาห เล่ม 3 ปี 52*. หน้า 36.

³³ ซามูเอล ปูเฟนดอร์ฟ (Samuel Puffendorf) ค.ศ. 1632 ถึง ค.ศ. 1694 เป็นนักปราชญ์ที่สำคัญชาวเยอรมันที่ทำให้ สำนักกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่มีผลิตผลเป็นรูปร่างสมบูรณ์ ปูเฟนดอร์ฟ เป็น Professor คนแรกในชาติเยอรมัน ที่ได้รับแต่งตั้งให้มารับตำแหน่ง Professor วิชากฎหมายธรรมชาติที่คั้งขึ้นใหม่เป็นครั้งแรกในมหาวิทยาลัยไฮเดน เบอร์ค ปูเฟนดอร์ฟ ได้เขียนหนังสือที่ชื่อว่า กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายนานาชาติ หนังสือนี้ถูกตีพิมพ์นับสิบๆ ครั้ง โดยได้รับการแปลเป็นภาษาอังกฤษ ฝรั่งเศส ฮอลแลนด์และใช้เป็น Text book ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) สมาพันธรัฐสวิส (Swiss Confederation) ราชอาณาจักรสวีเดน (Kingdom of Sweden). โปรตดู ปรีดี เกษมทรัพย์. อ้างแล้ว. หน้า 202.

³⁴ จอห์น ล็อก (John Locke) ค.ศ. 1632 ถึง ค.ศ. 1740 เป็นชาวอังกฤษ แนวความคิดของล็อกนั้นก่อให้เกิดพัฒนาการทาง ความคิดในสมัยใหม่ที่สำคัญ 2 ประการคือ ประการแรก คือ การเน้นว่ารัฐมีอำนาจที่จำกัด อันเป็นความคิดที่ ตรงกันข้ามกับคำสอนเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจปกครองสูงสุดที่ไม่ถูกจำกัดด้วยกฎหมายใดๆ ตามที่เข้าใจ กันอยู่ในสมัยใหม่ ประการที่สอง คือ ความคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจไม่ให้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจ บริหารอยู่ในมือของคนกลุ่มเดียว กับการแยกอำนาจตุลาการให้เป็นอิสระจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งต่อมาได้เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอันเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของ โลก และเป็นหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติใหญ่และทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นองค์ประกอบที่แยกไม่ได้จากการปกครองตามระบอบรัฐธรรมนูญแบบเสรีประชาธิปไตย. โปรตดู ปรีดี เกษมทรัพย์. อ้างแล้ว. หน้า 208-210.

การแลกเปลี่ยนทูต (Ambassador) โดยจอห์น ล็อก เห็นว่า อำนาจที่สำคัญที่สุด คือ อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน ส่วนอำนาจบริหาร (Executive Power) ซึ่งหมายถึง อำนาจบังคับการให้ เป็นไปตามกฎหมายโดยการลงโทษผู้ฝ่าฝืนนั้น จอห์น ล็อก ถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญน้อยกว่า อำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจที่ขาดเสียมิได้ การที่จอห์น ล็อก มีความเห็นเช่นนั้น ได้มีผู้อธิบายว่า เป็นเพราะจอห์น ล็อก (John Locke) ได้พิจารณาสถานการณ์ของอังกฤษในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 และต้องการจะเพิ่มอำนาจให้แก่ สถานิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่นำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) มาเผยแพร่ได้ดีที่สุด คือ มงเตสกีเอร์ (Montesquieu)³⁵

2.1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักที่นำมาใช้ในการตรากฎหมายลำดับรอง ของหน่วยงานทางปกครอง

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือว่า เป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)³⁶ ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) ทั้งหลายยอมรับหลักความเป็น อิสระของปัจเจกบุคคล (The Individual) ในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความ ประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพ ของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกก็ต่อเมื่อมีกฎหมาย ซึ่งผ่านความเห็นชอบ (Approval) จากตัวแทน (The Representative) ของประชาชนตามหลัก ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) มาใช้ เพื่อความมุ่งหมายที่จะให้อำนาจ แต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความ รับรองและคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) แล้ว ยังมี

³⁵ มงเตสกีเอร์ (Montesquieu) ค.ศ. 1689 ถึง ค.ศ. 1755 เป็นนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส เดิมโตขึ้นมาในครอบครัว ขุนนางชั้นผู้ใหญ่ในสมัยที่กษัตริย์ฝรั่งเศสมีอำนาจอย่างขึง คือ สมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เมื่อมงเตสกีเอร์อายุ ได้ 25 ปี ก็ได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาแห่งบอร์โด (Bordeaux) และเมื่ออายุได้ 27 ปี ก็ดำรงตำแหน่งประธานสภา ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในแคว้นนั้นด้วย ต่อมามงเตสกีเอร์ได้ตกลงโอนขายตำแหน่งนี้ไปและได้ใช้ เวลาเดินทางท่องเที่ยวศึกษาระบบการปกครองของบรรดาประเทศต่างๆ ในยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งของประเทศ อังกฤษและได้เขียนหนังสือที่มีชื่ออย่างขึงเล่มหนึ่งชื่อว่า De l'esprit des lois หรือ The Spirit of the Laws. โปรดดู ปรีดี เกษมทรัพย์. อ้างแล้ว. หน้า 211.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้.

การบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการ เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญ คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลเพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง (Neutral Organization) เข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล³⁷

กล่าวโดยสรุป หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Rechtsstaat) เพราะถือว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Constitution) ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือ (Tool) ในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐ ย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) ที่ยึดถือระบบนิติรัฐ³⁸

2.1.4 หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่สนับสนุนให้ฝ่ายปกครองสามารถตรากฎหมายลำดับรองได้

หลักประชาธิปไตย (Das demokratische Prinzip) เป็นหลักการที่มีพัฒนาการมายาวนานในทางประวัติศาสตร์เป็นระบบการปกครองชนิดหนึ่งซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงหมายถึง การปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครองหรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Constitution) มาจากประชาชน (Population) หรือโดยความยินยอมของประชาชน จึงกล่าวได้ว่า ประชาธิปไตย (Democracy) เป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บน

³⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2545). *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง: การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 69-72.

³⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2555). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 26.

ความคิดของเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality)³⁹ ซึ่งอาจแบ่งสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยได้ ดังนี้

1) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน อำนาจอธิปไตยทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงในการเลือกตั้ง (Election) และเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ อำนาจอธิปไตย (Staatsgewalt) ในที่นี้ หมายถึง อำนาจในการปกครองของรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐ ที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ อำนาจรัฐจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐ นอกเหนือจากอาณาเขตของรัฐ (Staatsgebiet) และพลเมืองของรัฐ (Staatsvolk) ซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ⁴⁰

หลักประชาธิปไตย เป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้น โดยแท้จริงแล้ว คือ ผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริง ตามทฤษฎีประชาธิปไตย (Democracy) มีการถกเถียงกันเรื่อง เจตจำนงของประชาชนว่า หมายถึงอะไร และอาจเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย ได้ดังนี้⁴¹

ฝ่ายที่ 1 ได้อ้างถึงแนวความคิดของ ฌอง ฌากส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เพื่อที่จะสนับสนุนความเห็นที่ว่า เจตจำนงของประชาชน คือ เจตจำนงทั่วไป (Volonté générale) เจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน เจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้นมักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว⁴² เจตจำนงของทุกคน คือ จำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชนนั่นเอง

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าเจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งมีผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน กระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอมจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้

³⁹ สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 82.

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 18.

⁴¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 77.

⁴² จินดา จินคนเสรี. (2521). *สัญญาประชาคม (CONTRACT SOCIAL)*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชมรมแสงธรรม. หน้า 67.

ด้วยเหตุนี้ ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้ที่เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้น ความคิดเห็นของฝ่ายข้างมากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด

ฝ่ายที่ 3 เจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอม ซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะที่เดียวกันจะต้องมีการเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมเดียวกันด้วย ทั้งนี้ เพราะปัญหาในสังคมมีอาจตัดสินใจโดยฝ่ายข้างมากในสังคมเสมอไป ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย เพราะมีส่วนในสังคมเท่าเทียมกับฝ่ายข้างมาก

2) หลักประชาธิปไตยแบบเสรี

ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรี (Freiheitliche Demokratie) ซึ่งมีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับประชาธิปไตยเบ็ดเสร็จ (Totalitäre Demokratie) ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรี เป็นลักษณะของสังคมที่ยอมรับความหลากหลาย กล่าวคือ เป็นสังคมที่ยอมรับความหลากหลาย ทางความคิดต่อการนำเสนอ เพื่อแก้ปัญหาใดปัญหาหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรี (Freiheitliche Demokratie) จึงจำเป็นต้องมีการถกเถียงกันในทางความคิด เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สังคมยอมรับ ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรีจึงต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น⁴³ รับรองเสรีภาพในการชุมนุม (Liberty to Assemble)⁴⁴ รับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคล⁴⁵ ทั้งนี้โดยเฉพะอย่างยิ่งต้องรับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง⁴⁶ เพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมือง ของประชาชนสังคม

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

๑๓๑

๑๓๑

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุม โดยสงบและปราศจากอาวุธ

๑๓๑

๑๓๑

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 64 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน องค์การพัฒนาเอกชน หรือหมู่คณะอื่น

๑๓๑

๑๓๑

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 65 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

๑๓๑

๑๓๑

ประชาธิปไตยแบบเสรี จึงเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่างซึ่งกันและกัน ทั้งยอมรับความขัดแย้งหรือการโต้แย้งกันบนพื้นฐานของสันติวิธี (Peaceful Way)

3) หลักเสียงข้างมาก

การปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เป็นการปกครองโดยหลักเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip) การปกครองโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งสะท้อนว่า การตัดสินใจโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่สิ่งที่สะท้อนจากการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากอย่างน้อยที่สุดคือ การไม่มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยกับวิธีการดังกล่าวและพร้อมที่จะรับผิดชอบต่อตนเอง ดังนั้น หลักเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip) จึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตย ระบบการสร้างเจตจำนงของรัฐ โดยวิธีการประชาธิปไตย จึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยพื้นฐานของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากนั้น นำมาใช้ในการเลือกตั้ง (Election) องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน รวมทั้งนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการลงมติของรัฐสภา (Parliament) หลักเสียงข้างมากยังมีความสัมพันธ์กับระบบหลายพรรคการเมือง (Mehrparteiensystem) การให้เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง (Gründungsfreiheit) และความเสมอภาค (Equity) ในโอกาสของพรรคการเมือง (Chancengleichheit) จากหลักพื้นฐานของประชาธิปไตยดังกล่าว จึงเป็นประชาธิปไตยที่อาศัยพรรคการเมือง (Party) เป็นตัวแทนของประชาชนในการสร้างเจตจำนงของรัฐหรือที่เรียกว่าประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง (Parteiendemokratie)⁴⁷

4) ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

โดยที่ระบอบประชาธิปไตยโดยทางตรงไม่สามารถจะนำมาใช้กับการปกครองในสังคมทุกวันนี้ได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ ดังนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในทุกวันนี้จึงเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative Democracy) ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา (Parlamentarische Demokratie) หรือระบบประธานาธิบดี (Presidential System) หรือระบบกึ่งประธานาธิบดี (Semi Presidential System) กล่าวเฉพาะการปกครองในระบบรัฐสภา (Parliamentary System) นั้นตามหลักพื้นฐาน (Basis) แล้วรัฐสภา (Parliament) เป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน จากหลักพื้นฐานดังกล่าว จึงเป็นเงื่อนไขก่อให้เกิดความรับผิดชอบ (Responsibility) ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอื่นๆ จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหาร (Administration) กับรัฐสภาซึ่งตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางรัฐสภา รัฐบาลจึงมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภาและใน

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้ว. หน้า 19.

ขณะเดียวกันการบริหารงานของรัฐบาล (Administration of the Government) ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภา (Parliament)

ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา (Representative Democracy) เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (Democracy) ยิ่งกว่าองค์กรอื่นๆ เพราะเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ซึ่งก่อให้เกิดหลักสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) หลักเงื่อนไขของรัฐสภา (Parlamentsvorbehalt) มีหมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาที่มีความสำคัญจะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) หรือรัฐสภาเอง ปัญหาหรือกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดในเรื่องดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ ตัวอย่างเช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบ (Effect) ต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหาร (The Executive) ไปเป็นผู้กำหนดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญด้วยตนเอง ส่วนรายละเอียดต่างๆ จึงอาจมอบให้ฝ่ายบริหาร เป็นผู้กำหนดได้

(2) หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย (ein ununterbrochene Legitimationskette) เป็นหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเรียกร่องความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย โดยถือว่า ประชาชนนั้นไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมาย เพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น แต่ยังมี ความหมายว่า การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้น จะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชนด้วย โดยความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้น และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอื่น หรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเชื่อมโยงองค์กรของรัฐกับประชาชน ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้เรียกร่องให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรง เป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจขององค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ได้

สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักความเกี่ยวพันต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอย่างไม่ขาดสาย (ein ununterbrochene Legitimationskette) มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่าการใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้น มีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ ของรัฐจะต้อง

กระทำโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย หรือองค์กรที่ผ่านการเลือกมาจากประชาชน

2.1.5 หลักทั่วไปของกฎหมายเป็นหลักที่สนับสนุนการตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลปกครอง

หลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) เป็นหลักกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในตัวบทกฎหมาย แต่ศาลจะเป็นผู้สกัด (Dégager) หลักดังกล่าวออกมาและใช้บังคับกับฝ่ายปกครอง (Administration) ในกิจกรรมหลากหลายของฝ่ายปกครองดังที่ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิสรุดพิชญ์ ได้เคยกล่าวถึงหลักทั่วไปของกฎหมายไว้ว่า หลักทั่วไปของกฎหมาย ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมติฐานว่ามาจากมูลทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่ง ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) บางหลักสืบสมมติฐานว่า มาจากตรรกะทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มี การใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเกิดสภาวะไร้ชื่อแปงขึ้นในบ้านเมือง⁴⁸

หลักทั่วไปของกฎหมายจึงเป็นหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในทุกระบบกฎหมาย โดยมีความหมายกว้างกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่ปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรและศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ค้นหาหลักทั่วไปของกฎหมายออกมาและยืนยันการมีอยู่ของหลักทั่วไปของกฎหมาย แม้ในเรื่องนั้นจะไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกล่าวไว้ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นบทบาทของศาลในการสร้าง (Créer) กฎหมายจากหลักทั่วไปของกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลไม่เคยยอมรับว่า ตนเองเป็นผู้สร้างกฎหมายจากหลักทั่วไปของกฎหมาย เพราะเหตุที่ว่า การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) ถ้าศาลยอมรับในเรื่องดังกล่าว ย่อมแสดงโดยนัยว่า องค์กรศาลได้ก้าวล่วงไปใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนฝ่ายนิติบัญญัติเสียเองอันเป็นการกระทำขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)⁴⁹

ลักษณะของหลักทั่วไปของกฎหมาย (principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) สามารถสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้⁵⁰

1) หลักทั่วไปของกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์ที่มีได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร การดำรงอยู่ของหลักทั่วไปของกฎหมาย เพื่อใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร

⁴⁸ วรพจน์ วิสรุดพิชญ์. อ้างแล้ว. หน้า 153.

⁴⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 399.

⁵⁰ พนม เอี่ยมประยูร. (2545). *รวมบทความทางวิชาการของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร: หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 52-53.

บัญญัติไว้ โดยสภาพของหลักทั่วไปของกฎหมายนั้นไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นหลักการที่ศาลได้สร้างขึ้นหรือได้ค้นพบและนำมาใช้เพื่อการดังกล่าว

2) หลักทั่วไปของกฎหมายมีค่าบังคับทางกฎหมาย (Valeur juridique) ที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะมีผลต่อประเภทของบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาพบังคับของหลักทั่วไป ของกฎหมายนี้ด้วย

3) หลักทั่วไปของกฎหมายได้รับการสกัด (Dégager) มาจากตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (Texte du droit) กรณีนี้ ย่อมแสดงให้เห็นถึงการได้มาของหลักทั่วไป ของกฎหมายซึ่งเป็นบทบาทของศาลในการทำหน้าที่ดังกล่าว คำว่า สกัด คือ การที่ศาลจะอ้างว่า หลักทั่วไปของกฎหมายเป็นผลสะท้อนออกมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยพยายามอธิบายว่า หลักทั่วไปของกฎหมายดำรงอยู่ในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพียงแต่ศาลทำหน้าที่นำหลักทั่วไปของกฎหมายออกมาใช้เท่านั้น ศาลไม่ได้เป็นผู้สร้างหลักทั่วไปของกฎหมายแต่อย่างใด เพราะหน้าที่ในการสร้างกฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) หากศาลแต่อย่างใด ถ้าหากกล่าวได้ว่า ศาลเป็นผู้สร้างหลักทั่วไปของกฎหมาย เท่ากับว่าศาลกระทำการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) จะเห็นได้ว่า ศาลยังคงยึดติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ ดังนั้น จึงพยายามอ้างหลักทั่วไปของกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งที่ในความเป็นจริงนั้น ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายจากหลักทั่วไปของกฎหมายเอง

อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้จะยอมรับว่า หลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) เป็นผลสะท้อนจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตาม มีหลักทั่วไปของกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ของศาลที่สร้างขึ้น เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม ในกรณีนี้จะเห็นบทบาทของศาลเป็นผู้สร้างกฎหมาย (Pouvoir normative du juge)

หลักทั่วไปของกฎหมายที่นำมาใช้ในกฎหมายมหาชน (Public Law) เพื่อนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายและช่วยตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่บนพื้นฐานสองแนวคิด คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ (Suprematie de la Constitution)

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่ต่อเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Rechtsstaat) ซึ่งหมายถึง รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายของประชาชนและทุกคน ในรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ โดยเคารพต่อกฎหมายและจะไม่กระทำการใดนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดหรือละเมิดต่อกฎหมาย การที่ทุกคนในรัฐต้องเคารพต่อกฎหมายของรัฐ คือ การที่ทุกคนกระทำการ โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) ในบทบาทของรัฐ องค์กรรัฐ หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายนั้นเป็นผู้ที่ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยเคารพกฎหมายอย่างเคร่งครัดและไม่ใช้อำนาจ

ตามกฎหมายไปละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่เช่นนั้นแล้วอาจถือได้ว่าเป็นการใช้ อำนาจโดยไม่ชอบและไม่เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) และหลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Rechtsstaat) กฎหมายที่รัฐ องค์กรรัฐ หน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลาย ต้องเคารพนั้นนอกจากเป็นกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังรวมถึงกฎหมาย ที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น กฎหมายจารีตประเพณี หลักทั่วไปของกฎหมาย เป็นต้น

2) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Suprématie de la Constitution) หลักการดังกล่าว เป็นหลักประกันที่สร้างความมั่นคงในนิติฐานะของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การใช้ อำนาจรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการจะไปขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หาได้ไม่ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กร ทั้งหลายของรัฐ ถ้าองค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจไปขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแล้ว ถือได้ว่าการกระทำ ดังกล่าวเป็นการที่ไม่เคารพต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับ ดังเช่น การควบคุมกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์กรที่ ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความแน่นอนในการดำเนินกิจการของรัฐและ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การควบคุมดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court หรือ Conseil Constitutionnel) อาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นหลักแต่ในบางกรณีหาเพียงพอไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้อง นำหลักทั่วไปของกฎหมายมาใช้ในการควบคุมดังกล่าว⁵¹

จากแนวคิดดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า การที่ศาลจะสกัด (Dégager) หลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) ขึ้นมาได้นั้น ต้องคำนึงว่า หลัก ดังกล่าวนั้นมีความสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) หลักนิติรัฐ (État de droit หรือ Legal State หรือ Rechtsstaat) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ (Suprématie de la Constitution) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสอดคล้อง กับหลักความนิติธรรม (Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับจากสังคม ดังที่ อาจารย์ ดร.นุบผา อัครพิมาน ได้กล่าวไว้ว่า การสร้างหลักกฎหมายของศาลจะต้องอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลบางอย่าง โดยข้อมูล พื้นฐานเหล่านี้ อาจสกัดจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือจากเจตนารมณ์ของ กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือทั้งระบบหรือจากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีแล้วนำมาผ่านการ แปรสภาพให้เป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) โดยผลงานของศาล ส่วนในแง่เนื้อหาของหลักทั่วไปของกฎหมายมิใช่ผลการวินิจฉัยของศาล โดยอาศัยความรู้สึกและความเห็นส่วนตัวของศาล ฉะนั้น จึงมิใช่ผลที่เกิดจากการตัดสินใจตาม

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

อำเภอใจของศาล ศาลไม่อาจสร้างหลักทั่วไปของกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นของสังคม หรือมนโสนำนี้กร่วมของส่วนรวมได้ หลักทั่วไปของกฎหมายที่สร้างขึ้นจะต้องสอดคล้องกับมนโสนำนี้กร่วมของสังคมที่ไม่ฝ่าฝืนหลักการปกครองประเทศและรัฐธรรมนูญ หลักทั่วไปของกฎหมาย จึงเกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า มีหลักกฎหมายบางอย่างที่อยู่นอกเหนือเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายและ นอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ ยังมีกฎเกณฑ์บางอย่าง ที่มีอยู่ภายนอกและอยู่เหนือ เจตนาของศาล ส่วนกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับนอกเหนือจากกฎหมาย ที่มีอยู่นั้นมาจากไหน มีแนว การอธิบายสองแนวทาง ดังนี้

แนวทางแรกอธิบายว่า รากฐานของหลักทั่วไปของกฎหมายมาจากธรรมชาติ ของสิ่งนั้นๆ (Nature des choses) อันเป็นคำอธิบายของสำนักกฎหมายธรรมชาติแบบคลาสสิก

แนวทางที่สองอธิบายว่า หลักทั่วไปของกฎหมายเกิดจากความคิดเห็นร่วมของ สาธารณชน (Consensus général du public) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักทั่วไปของกฎหมาย มาจาก มโนสำนึกร่วมของสังคม (Conscience sociale)

ผลที่ตามมาของคำอธิบายแรก คือ หลักทั่วไปของกฎหมาย จะมีความเป็นสากลและถาวร ขณะที่ตามคำอธิบายที่สอง หลักทั่วไปของกฎหมายจะมีความหลากหลายและเปลี่ยนแปลงได้ตาม สภาพของสังคมแต่ละแห่ง ผลที่แตกต่างทั้งสองทฤษฎีนั้น แท้จริงแล้วเป็นเพียงความแตกต่าง ภายนอกเท่านั้น ความเป็นสากลและถาวรมิใช่เปลี่ยนแปลงมิได้ แต่หลักที่จะคงความเป็นสากลและ มีความถาวรนั้น ต้องปรับเนื้อหาของหลักให้เข้ากับพัฒนาการของสังคมและความคิดของมนุษย์ ในสังคมด้วย เพราะหลักทั่วไปของกฎหมายไม่อาจจะคงอยู่ได้ในระบบกฎหมายหากปราศจากการ ยอมรับของสังคม ดังนั้น หลักทั่วไปของกฎหมายจึงสัมพันธ์กับมนุษย์ (Human) ในสังคมและ ความสัมพันธ์ของมนุษย์กับอำนาจรัฐ เป็นหลักที่จัดระเบียบเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคม หลักกฎหมายเหล่านี้ ไม่ว่าจะแตกยอดออกเป็นหลักใดๆ แต่หากค้นถึงรากฐานแล้วย่อมมาจาก ข้อเรียกร้องพื้นฐานเพื่อสนับสนุนความคงอยู่ของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equity) ของมนุษย์⁵²

กรณีนี้จึงเป็นหน้าที่ของศาลในอันที่จะหาหลักกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้น ซึ่งในทางกฎหมายมหาชน (Public Law) นั้น ศาลมักจะนำหลักทั่วไปของกฎหมายมาใช้กับ ข้อเท็จจริง (Fact) ที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครอง (Administration) กับประชาชน เพื่อที่จะ ค้ำครองประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ของประชาชนส่วนใหญ่ ศาลจะนำหลักทั่วไป

⁵² บุนผา อัครพิมาน. (2549). *รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net. เล่มที่ 6: หลักกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: พี. เพรส. หน้า 17.

ของกฎหมายมาใช้โดยค้นหาและสกัดออกมา และวิธีที่ศาลใช้เพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งหลักทั่วไปของกฎหมายนั้นมีอยู่ 2 วิธี⁵³ คือ

1) การนำเอาหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วหลายๆ หลักมารวมกันแล้วพิจารณาสกัด (Dégager) เอาหลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit) ออกมาจากหลักกฎหมายเหล่านั้น กรณีนี้เป็นการนำกฎหมายลายลักษณ์หลายๆ ฉบับมาเทียบเคียงและแสดงให้เห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่นำมาเทียบเคียงนั้นได้สะท้อนให้เห็นถึงหลักทั่วไปของกฎหมายออกมาซึ่งบ่งบอกโดยนัยว่าหลักทั่วไปของกฎหมายนั้นแฝงเร้นอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะไม่ได้แนบสนิทเป็นเนื้อเดียวหรือเรื่องเดียวกันกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

2) การสร้างหลักทั่วไปของกฎหมายขึ้นมาเองจากข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งย่อม จะสามารถใช้ได้เฉพาะกับข้อเท็จจริงในคดีนั้นเท่านั้น กรณีนี้เมื่อปรากฏแก่ศาลว่าเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ไม่ได้บัญญัติไว้ กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้กล่าวถึง และนำวิธีการนำเอาหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วหลายๆ หลักมารวมกันแล้วพิจารณาสกัดมาใช้แล้วไม่บังเกิดผล ศาลที่ทำการพิจารณาคดีนั้นๆ จำเป็นต้องสร้างหลักทั่วไปของกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้กับกรณีดังกล่าวขึ้น อันเป็นการผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม ความถูกต้อง อย่างไรก็ตามวิธีดังกล่าวนี้ศาลนำมาใช้น้อยกว่าวิธีการแรก

หลักทั่วไปของกฎหมายนั้นเป็นอิสระแยกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยอยู่ในรูปของนามธรรม (Abstract) และยังแยกจากจารีตประเพณี (Tradition) การนำเอาหลักทั่วไปของกฎหมายมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ถือว่าหลักทั่วไปของกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หลักทั่วไปของกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น แม้เป็นการสกัดออกมาจากหลักกฎหมายต่างๆ ก็ตาม มีลักษณะใกล้เคียงกับการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเมื่อวินิจฉัยคดี โดยที่ศาลอ้างอิงไปที่บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพื่อสะท้อนให้เห็นว่าศาลสกัดจากบทบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลไม่ยอมรับว่าหลักทั่วไปของกฎหมายที่ว่านั้น เป็นสิ่งเดียวกับบทบัญญัติที่อ้าง แต่ตรงกันข้ามศาลกลับยืนยันว่าหลักทั่วไปของกฎหมายนี้ใช้บังคับอยู่ แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับเลขก็ตาม (Même en l'absence de texte)⁵⁴

หลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) ในกฎหมายมหาชนนั้น เริ่มแรกเกิดจากการที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้นำมาใช้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งหลักทั่วไปของกฎหมายได้ปรากฏครั้งแรกใน ค.ศ. 1945 ในคดี Aramu โดยสภาแห่งรัฐอ้างว่า หลักทั่วไปของกฎหมายนั้น บุคคลย่อมมีสิทธิป้องกันตนเอง (Droit de la défense) สภาแห่งรัฐ

⁵³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 397-398.

⁵⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 256.

(Conseil d'État) ได้ยืนยันการมีอยู่ของหลักทั่วไปของกฎหมายแม้ว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกล่าวไว้เลยก็ตาม (Principles généraux du droit applicable même en absence de texte) และนับแต่นั้นมาหลักทั่วไปของกฎหมายได้นำมาใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองและต่อมาได้รับการยอมรับโดยศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ศาลยุติธรรม (Court of Justice) ศาลประชาคมยุโรป (European Court)⁵⁵ ดังเช่นในคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 23 Janvier 1987⁵⁶ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกล่าวว่า หลักการป้องกันตนเองมีคุณค่าหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (Valeur Constitutionnel) หลักทั่วไปของกฎหมายจึงเป็นหลักการที่มีที่มาดั้งเดิมจากองค์กรศาล เพราะศาลเป็นผู้อ้างหลักทั่วไปของกฎหมายมาใช้กับคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของศาล ในกรณีที่ศาลต้องการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ดังนั้น องค์กรของรัฐจะต้องเคารพและศาลจะลงโทษถ้าหากฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว หลักการเหล่านี้ส่วนมากได้มาจากปรัชญาของระบบเสรีนิยมในสมัยปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 เช่น ความเสมอภาคของพลเมือง เบื้องหน้าองค์กรของรัฐ (égalité des citoyens devant les charges publiques) เสรีภาพในการเลือกนับถือศาสนาและสิทธิของพลเมืองซึ่งถูกกล่าวหาในวันที่จะต่อสู้เพื่อแก้ข้อกล่าวหา เป็นต้น หลักทั่วไปของกฎหมายบางอย่าง เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความจำเป็นของการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม เช่น หลักการว่าด้วยความต่อเนื่อง (Principe de continuité)⁵⁷ ซึ่งถูกจัดไว้ในลำดับก่อนสิทธิในการนัดหยุดงาน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเห็นว่า หลักการดังกล่าวมีค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หลักทั่วไปของกฎหมายในกฎหมายมหาชนนั้น ดร.อิสสระ นิตินัทธ์ประภาส ได้ใช้ คำว่า หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายปกครอง โดยมีลักษณะ ดังนี้⁵⁸

1) หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายมีผลบังคับแก่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น ศาลปกครอง (Administrative Court) จึงเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว และฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ถ้าหากว่าการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ดังนั้น หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายจึงมีผลบังคับเป็นกฎหมาย

⁵⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 400.

⁵⁶ CC, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Rec., p.8.

⁵⁷ หลักการว่าด้วยความต่อเนื่อง (principe de continuité) ถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Winkell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนที่ชื่อว่า Tardieu โดยได้กล่าวไว้ว่า ความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ หลังจากนั้นคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่ตามมาต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักดังกล่าว. โปรคดู นันทวัฒน์ บรรณานันท์. (2552). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 46.

⁵⁸ อิสสระ นิตินัทธ์ประภาส. (2521). *คำสอนวิชากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (LA 439) เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 96-97.

2) ผลบังคับของหลักการทั่วไปแห่งกฎหมาย มิได้ผูกพันอยู่กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร (règle écrites)⁵⁹ เพราะสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ได้แถลงว่า หลักการดังกล่าวมีผลบังคับแม้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น

3) หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายมิใช่กฎหมายจารีตประเพณี (règle coutumière) เพราะศาลมิได้อ้างถึงประเพณีแต่อย่างใด แต่ศาลได้สร้างหลักการทั่วไปแห่งกฎหมายขึ้น โดยนำสิ่งที่ป็นนามธรรมมาปรับใช้หรือตีความให้กลายเป็นคำพิพากษาที่มีลักษณะเป็นรูปธรรม

หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายและกฎหมายจารีตประเพณี จึงมีความแตกต่างกัน จารีตประเพณีอาจมีผลบังคับเฉพาะกลุ่มสังคม ในขณะที่หลักการทั่วไปแห่งกฎหมาย มีผลเป็นการทั่วไป กล่าวคือ มีลักษณะเป็นสากล (International) อย่างไรก็ดี บางครั้งเป็นการยากที่จะแยกแยะจารีตประเพณีและหลักการทั่วไปแห่งกฎหมายออกจากกัน โดยเฉพาะในกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)

4) ศาลไม่ถือว่า หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายเป็นกฎหมายตามแนว คำพิพากษา (Jurisprudence) เพราะศาลมิใช่ผู้สร้างหลักการดังกล่าวขึ้น แต่เป็นเพียงผู้แถลงว่าหลักการเหล่านี้มีอยู่เท่านั้น หลักการทั่วไปแห่งกฎหมายตั้งอยู่บนพื้นฐานทางศีลธรรม (Moral) และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดของมนุษย์ ซึ่งแสดงออกถึงหลักการอันเป็นรากฐานของระบบกฎหมายทั้งหลาย อย่างไรก็ดี การที่ศาลกล่าวอ้างถึงหลักการทั่วไปแห่งกฎหมาย มีผลทำให้หลักการเหล่านี้ซึ่งไม่มีผลบังคับในตัวเองได้กลายมาเป็นหลักการที่มีผลบังคับในทางกฎหมาย

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นการกล่าวถึงลักษณะของหลักการทั่วไปแห่งกฎหมาย หรือหลักทั่วไปของกฎหมาย (Principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) ซึ่งมีข้อสังเกตเพิ่มเติม คือ หลักทั่วไปของกฎหมายนั้น แม้จะมีลักษณะที่เป็นนามธรรมกว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ยังมีลักษณะที่จับต้องได้ในลักษณะที่ไม่ใช่อุดมคติ ซึ่งในบางครั้งไม่อาจเกิดขึ้นได้จริงเมื่อนำมาใช้บังคับ หลักทั่วไปของกฎหมายนั้น ไม่ได้แสดงออกในตัวของกฎหมาย แต่มีผลบังคับใช้โดยคำพิพากษาซึ่งคำพิพากษานี้เองได้ให้ลักษณะของคำว่า หลักทั่วไปของกฎหมาย เพราะเหตุที่หลักทั่วไปของกฎหมายไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีผลเมื่อศาลมีคำพิพากษาออกมา แต่มิได้หมายความว่า คำพิพากษาทุกฉบับที่อ้างถึงหลักทั่วไปของกฎหมายนั้นเป็นหลักทั่วไปของกฎหมาย เพราะว่า คำพิพากษาหลายฉบับนั้น ยังขาดความเพียงพอกับการเป็นหลักพื้นฐานได้ ความแตกต่างระหว่างหลักทั่วไปของกฎหมายกับกฎเกณฑ์ทั่วไป

⁵⁹ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (règle écrites) หมายถึง กฎหมายที่ตราโดยองค์กรมหาชน (l'élaboration par l'autorité publique) หรือที่เข้าใจทั่วไป คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร (la règle écrite) เช่น รัฐบัญญัติ (loi) และรัฐกฤษฎีกา (décret en Conseil des Ministres). โปรรดดู อิศสระ นิติศัพท์ประกาศ. อ้างแล้ว. หน้า 88.

ที่ไม่ใช่กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ดังกล่าวถูกสร้างขึ้นโดยการกระทำหรือนิติกรรม (Act) เกิดขึ้นเป็นกฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์ซึ่งอาจบังคับใช้ไม่ได้ตลอด แต่หลักทั่วไปของกฎหมายมีการบังคับใช้อยู่ตลอดเวลา เช่น หลักความเท่าเทียมกัน

โดยสรุป เราอาจกล่าวได้ว่า รากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดหลักการพื้นฐานหนึ่งอันเป็นหลักในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในสังคม โดยหลักทั่วไปของกฎหมายจะอิงอยู่กับหลักการทั่วไปดังกล่าวนี้ การค้นพบหลักทั่วไปของกฎหมายของศาลจะมีลักษณะสร้างสรรค์เป็นอย่างมาก โดยในการยืนยันความมีอยู่ของหลักทั่วไปของกฎหมาย ศาลจะกำหนดบทลงโทษ ขณะเดียวกัน ศาลจะสอดแทรกหลักทั่วไปของกฎหมาย (principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) ลงไปในกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ดังนั้น หลักทั่วไปของกฎหมายจึงประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ หลักการพื้นฐานของมนุษย์ประการหนึ่ง กับหลักการยอมรับกับคนในสังคมอีกประการหนึ่ง⁶⁰

2.2 แนวคิดทางทฤษฎีลำดับศักดิ์กฎหมายตามแนวความคิดของฮันส์ เคลเซ่น

ฮันส์ เคลเซ่น (Han kelsen)⁶¹ ได้สร้างทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Law Theory หรือ The Theory of Pure Law) ขึ้นบนรากฐานของแนวความคิดเชิงวิทยาศาสตร์จากการมองกฎหมายหรือวิเคราะห์กฎหมายเฉพาะตัวกฎหมายที่ปรากฏอยู่ล้วนๆ โดยแยกออกจากกันเรื่องศีลธรรม การเมือง ความยุติธรรม หรือสังคมวิทยาออกไป ฮันส์ เคลเซ่น เห็นว่าทฤษฎีกฎหมายจะต้องบริสุทธิ์ในแง่ที่ว่า มันจะต้องสร้างแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายขึ้นมาเองโดยไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบอื่นๆ โดยเขาต้องการแยกให้เห็นความแตกต่างอย่างเด่นชัดระหว่างศาสตร์ของกฎหมายหรือปรัชญากฎหมายกับปรัชญาเรื่องความยุติธรรมหรือสังคมวิทยา เริ่มจากจุดนี้ ฮันส์ เคลเซ่น จึงคัดค้าน จอห์น ออสติน (John Austin)⁶² ที่นิยามกฎหมายในรูปของคำสั่งที่ทุกคนต้องปฏิบัติ

⁶⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 401-402.

⁶¹ ฮันส์ เคลเซ่น (Han kelsen) (ค.ศ. 1881-1973) นักคิดนักปรัชญาร่วมสมัยผู้มีชื่อเสียงโด่งดังเป็นชาวยิว ออสเตรีย เกิดที่เมืองปราก (Prague) ในประเทศเชโกสโลวาเกีย แต่มาเจริญเติบโตและได้รับการศึกษาที่เยอรมันและออสเตรีย เริ่มงานสอนวิชากฎหมายว่าด้วยรัฐและกฎหมายปกครองที่มหาวิทยาลัยเวียนนา ต่อมามีการโยกย้ายเปลี่ยนแปลงสถาบันที่สอนหลายแห่งสู่เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และท้ายที่สุดไปปีกรากงานวิชาการที่สหรัฐอเมริกา อันเป็นดินแดนที่งานความคิดของเขาปรากฏชื่อเสียงอย่างแพร่หลาย. โปรดดู คมกริช วัฒนเสถียร. (2554). *นิติปรัชญา: ภาษาอังกฤษกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: บัณฑิตไทย. หน้า 84-86.

⁶² จอห์น ออสติน (John Austin) (ค.ศ. 1790-1859) อาจารย์กฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยลอนดอน ชาวอังกฤษลูกศิษย์ของ เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) กฎหมายในทัศนะของออสตินถือว่าเป็นคำสั่ง (Command) ของรัฐาธิปัตย์

เนื่องจากนิยามเช่นนี้ได้นำเรื่องจิตวิทยา (ปัญหาการเคารพเชื่อฟัง) เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย นอกจากนี้ยังการกล่าวอ้างความเป็นคำสั่งเท่ากับถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องของสิ่งที่ต้องกระทำ ซึ่งถ้าไม่กระทำก็ต้องถูกลงโทษอย่างไม่อาจเลี่ยงได้ ประเด็นนี้อีกเช่นกัน ที่ขัดแย้งกับ ฮันส์ เคลเซน ที่มองกฎหมายว่าเป็นเรื่องบรรทัดฐานหรือสิ่งที่ควรจะทำ ส่วนสภาพบังคับนั้นก็ไม่น่าอนเหมือนกฎหมายศาสตร์ดังที่กล่าวมาแล้ว โดยเหตุนี้ สิ่งที่ต้องทำในการสร้างทฤษฎีใหม่ของ ฮันส์ เคลเซน คือการแยกเรื่องบรรทัดฐานของกฎหมายสารบัญญัติ (Positive Law) ให้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยว (บริสุทธิ์) โดยบรรทัดฐานนี้เองซึ่งถือว่าเป็นสาระอันเป็นภววิสัยของกฎหมาย และจากนั้นจึงนิยามธรรมชาติของกฎหมายในรูปของบรรทัดฐานดังกล่าว มีข้อสังเกตเพิ่มเติมที่จุดนี้ว่า ความจริงฮันส์ เคลเซนแยกเรื่องบรรทัดฐานออกเป็นสองประเภท คือ บรรทัดฐานปฏิฐาน (Positive Norm) ซึ่งมนุษย์ได้สร้างขึ้นอันหมายถึงกฎหมาย และบรรทัดฐานที่ไม่เป็นปฏิฐาน (Non Positive Norms) คือ บรรทัดฐานที่มนุษย์มิได้สร้างขึ้น แต่ถือว่ามีอยู่แล้วในจิตใจซึ่งทุกคนรู้สึกได้เอง เช่น ความดี ความยุติธรรม ความสุข ซึ่ง ฮันส์ เคลเซน รวมบรรทัดฐานชนิดนี้ว่าเป็นบรรทัดฐานทางการเมือง

บรรทัดฐานทางการเมืองเหล่านี้ ฮันส์ เคลเซน ถือว่าเป็นเรื่องนานาจิตตัง ไม่อาจทราบได้อย่างเป็นภววิสัย (Objective) ดังนั้น จึงไม่สมควรถือเป็นส่วนหนึ่งในศาสตร์แห่งกฎหมาย โดยตรรกเช่นนี้ ฮันส์ เคลเซน จึงกล่าวว่า มันไม่ใช่กิจของศาสตร์แห่งกฎหมาย ในการรับรองหรือไม่ให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรมของกฎหมาย นักกฎหมายก็ต้องเคร่งครัดในบทบาททางวิชาชีพของตัวเองอย่างถึงที่สุดโดยไม่ต้องเข้ามายุ่งเกี่ยวกับตัดสินปัญหาความถูกต้องดังกล่าว ซึ่งต้องถือเป็นภารกิจต่างหากทางด้านรัฐศาสตร์ จริยศาสตร์หรือศาสนา

ปัญหาสำคัญในศาสตร์แห่งกฎหมายควรอยู่ที่เรื่อง ความสมบูรณ์ของกฎหมาย (Legal Validity) สำหรับ ฮันส์ เคลเซน แล้ว สัจจะอันเป็นสากลเกี่ยวกับกฎหมายมีอยู่สองเรื่อง เรื่องแรกคือ กฎหมายเป็นเรื่องบังคับข่มขู่ (Coercive) และอีกเรื่อง คือ มันเป็นระบบแห่งบรรทัดฐาน ประเด็นหลังนี้นับว่าสำคัญยิ่งในทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ เนื่องจาก ฮันส์ เคลเซน ถือว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายใดจะมีความสมบูรณ์ (Valid) ได้ก็ต่อเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของระบบบรรทัดฐานนี้ แนวคิดเรื่องระบบแห่งบรรทัดฐานเป็นการเน้นเรื่องกระบวนการสร้างกฎหมาย เน้นลักษณะพลวัตภายในระบบกฎหมายอันเป็นจุดที่ฮันส์ เคลเซน เห็นเป็นข้อบกพร่องในทฤษฎีของจอห์น ออสติน⁶³

(Sovereign) ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษ คือ กฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับ (Sanction) ในทัศนของออสติน กฎหมายระหว่างประเทศไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริง เพราะขาดสภาพบังคับ เป็นเพียงธรรมเนียมระหว่างประเทศเท่านั้น. โปรคดู คมกริช วัฒนเสถียร. อ้างแล้ว. หน้า 82.

⁶³ กฎหมายในทัศนของจอห์น ออสตินถือว่าเป็นคำสั่งบังคับ (Command) ของรัฐาธิปัตย์ (sovereign) ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษ คือ กฎหมายจะต้องมีสภาพบังคับ (Sanction) ในทัศนของออสติน กฎหมายระหว่างประเทศ

ในการนี้ ฮันส์ เคลเซ่น พิจารณากฎหมายในฐานะเป็นศาสตร์ที่ว่าด้วยบรรทัดฐาน ซึ่งมีลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่มีความสำคัญแตกต่างกันเรียงซ้อนกันเป็นชั้นๆ (Hierarchy) ในลักษณะเป็นระบบ โดยบรรทัดฐานชั้นต่ำได้อำนาจและความสมบูรณ์มาจากบรรทัดฐานชั้นที่สูงขึ้นไปอีกตามลำดับ จนถึงบรรทัดฐานอันเป็นชั้นสูงสุดซึ่งเป็นรากฐานแห่งกฎหมายทั้งหลาย ซึ่ง ฮันส์ เคลเซ่น เรียกว่า บรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (The Basic Norm)⁶⁴ บรรทัดฐานขั้นมูลฐานดังกล่าวแสดงออกให้เห็นปรากฏการณ์หลายรูปแบบ อาทิเช่น รัฐธรรมนูญ ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร⁶⁵ และรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี โดยความสัมพันธ์ของบรรทัดฐานในระดับต่างๆ มีลักษณะเป็นแบบห่วงโซ่ที่สัมพันธ์กัน บรรทัดฐานความประพฤติดังกล่าวที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายจึงมีความสมบูรณ์ต่อเนื่องเป็นลูกโซ่ไปจนถึงรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐานและลักษณะความสัมพันธ์เช่นนี้เองที่ ฮันส์ เคลเซ่น เรียกว่า แนวความคิดเรื่องห่วงโซ่แห่งความสมบูรณ์ (The Concept of a Chain of validity) บรรทัดฐานขั้นมูลฐาน คือ บรรทัดฐานที่รัฐสมมุติขึ้น (Presupposed Norm) เป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีการในการตรวจตรากฎหมายส่วนบัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆ ในบรรทัดฐานขั้นมูลฐานคือ แนวทางการกำหนดขั้นตอนต่างๆ ในการใช้อำนาจตรากฎหมายหรือกำหนดบรรทัดฐานขั้นใช้บังคับ

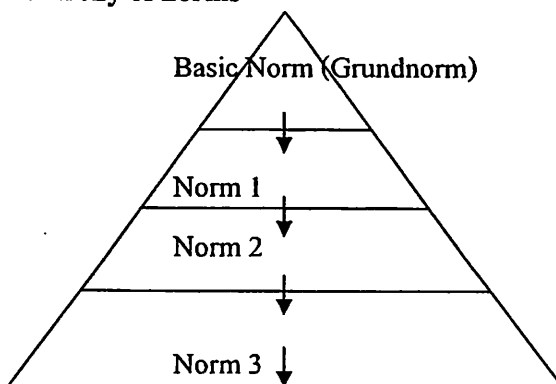
กล่าวโดยสรุป ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Law Theory หรือ The Theory of Pure Law) กฎหมายเป็นเสมือนระบบแห่งบรรทัดฐานอันซึ่งความสมบูรณ์ของกฎหมายได้มาจากบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน การจะพิสูจน์ว่าบรรทัดฐานใดเป็นกฎหมายหรือไม่ หลักสำคัญที่สุดอยู่ที่ การพิจารณาว่าบรรทัดฐานนั้นตราหรือบัญญัติขึ้นมา โดยมีบรรทัดฐานอื่นที่เหนือกว่าให้อำนาจหรือไม่

ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริง เพราะขาดสภาพบังคับ เป็นเพียงธรรมเนียมระหว่างประเทศเท่านั้น แนวความคิดของออสตินนี้เรียกว่า ทฤษฎีอำนาจบังคับของกฎหมาย หรือ Command Theory of Law. โปรดดู คมกริช วัฒนเสถียร. อ้างแล้ว. หน้า 82.

⁶⁴ Hans Kelsen. (1973). *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell. p.111.

⁶⁵ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) คือ กฎหมายสูงสุดของรัฐซึ่งได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรรวมไว้ในฉบับเดียว โดยทั่วไปแล้วเนื้อหาในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักจะขึ้นต้นด้วยด้วยวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกี่ยวกับการอยู่ดีกินดีของประชาชน ความยุติธรรม ความสงบ ความเจริญก้าวหน้าของรัฐ เป็นต้น เมื่อหมดวัตถุประสงค์ของการมีรัฐธรรมนูญแล้ว ในขั้นต่อมา ก็มักแบ่งอำนาจอธิปไตย ซึ่งโดยทั่วไปก็แบ่งออกเป็น 3 สาขา คือ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ในส่วนนี้ ก็มักจะมิพบบัญญัติโดยละเอียดว่า จะให้ใครมาใช้อำนาจเหล่านี้ โดยวิธีใดและพร้อมทั้งบัญญัติรูปของรัฐบาลด้วยว่าจะเป็นไปในระบบใดหรือแบบใด. โปรดดู ชาญชัย แสงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 62-63.

Kelsen: Legal system as a hierarchy of norms



ตัวอย่างเช่น ข้อบัญญัติห้ามสูบบุหรี่บนรถประจำทาง ย่อมถือเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ เพราะบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากกฎกระทรวงคมนาคม ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีความสมบูรณ์ตามอำนาจที่ได้รับจากกฎหมายลำดับสูงขึ้นไปเป็นทอดๆ กล่าวคือ พระราชบัญญัติกา พระราชบัญญัติ และจนถึงขั้นที่สุด คือ รัฐธรรมนูญ

ปัญหาว่า ถ้าถามต่อว่ารัฐธรรมนูญได้อำนาจมาจากไหน ฮันส์ เกลเซิน อธิบายว่า ให้ไปดูว่ามีรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าหรือไม่ที่ให้อำนาจตรารัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยไล่ย้อนกลับไปยังรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ไปเรื่อยๆ จนในที่สุดเราก็จะไปถึงจุดเริ่มต้นทางประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นตัวสร้างบรรทัดฐานขึ้นมา (Historical Starting-Point for Norm-Creation) และที่จุดนี้เอง ซึ่ง ฮันส์ เกลเซิน กล่าวว่า การจะค้นพบสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน อันเป็นบรรทัดฐานที่จะให้อำนาจบุคคลในการตราหรือประกาศใช้รัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก บรรทัดฐานดังกล่าว อาจมีลักษณะเป็นหลักความเชื่อถือ ซึ่งสืบทอดกันมาเป็นประเพณีหรือหลักแห่งศรัทธา ซึ่งทำให้เกิดการยอมรับความเป็นกฎหมายขึ้นมา โดยที่หลักดังกล่าวมีกำเนิดมาจากจินตนาการหรือความคิดของนักปราชญ์หรือนักทฤษฎี

ถึงตรงนี้น่าทำความเข้าใจต่อว่า ปัญหาเรื่องบรรทัดฐานขั้นมูลฐานของ ฮันส์ เกลเซิน ความจริงแล้วเป็นปมปัญหายุ่งยากในตัวของ ฮันส์ เกลเซิน อยู่มาก โดยอาจทำให้เนื้อความของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ส่วนนี้ให้เป็นเรื่องง่ายๆ หรือเรื่องยากก็ได้ หากมองให้ง่ายเข้าก็เพียงจดจำว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน คือ รัฐธรรมนูญ และมีบทบาทสำคัญในแง่ตัวกำเนิดสำคัญของระบบกฎหมาย และในแง่เป็นเหตุผลพื้นฐานที่ใช้ชี้ขาดความสมบูรณ์ของกฎหมาย แต่หากมองให้ละเอียดลึกซึ้งขึ้นด้วยการสาวย้อนไปหาต้นตอแรกเริ่มของบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน คุณเหมือนจะพบกับความคลุมเครืออยู่ไม่น้อย หลายคนอาจสงสัยว่าเจ้าบรรทัดฐานพิเศษนี้มีธรรมชาติแท้จริงอย่างไร มีเนื้อหาอะไรบ้าง และในกรณีที่มีบรรทัดฐานมูลฐานหลายอันเคียงแข่งกัน เราจะเลือกหรือถือเอาอันไหนเป็นหลัก สาเหตุแห่งปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งคงมาจากความคลุมเครือในคำอธิบายของ

ฮันส์ เกลเซ่น ที่ใช้คำพรรณนาลักษณะของบรรทัดฐานนี้ต่างๆ กัน นับแต่ข้อสมมุติล่วงหน้า (Presupposition) ข้อสมมุติอันไม่ต้องพิสูจน์ (Hypothesis) หรือเรื่องจินตนาการขึ้นเอง (Fiction) ในตอนสรุป ฮันส์ เกลเซ่น อธิบายว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐานนี้มีได้มีลักษณะปฏิฐาน (Positive) ในแง่ที่ถูกสร้างขึ้น จากเจตจำนงอันแท้จริงขององค์กรทางกฎหมาย แต่มันเป็นสิ่งที่สมมุติสร้างขึ้นอันเกี่ยวกับความคิดเชิงนิติศาสตร์ (Juristic Thinking) เป็นการสรุปตัดสินคุณค่านิยมทางนิติศาสตร์ (Juristic Value Judgment) ซึ่งมีลักษณะเป็นสมมุติฐานแรกเริ่ม (Hypothetical Character) ที่ก่อตัวขึ้นเป็นเสาหลักของระบบกฎหมายในแต่ละสังคม ซึ่งอาจมีเนื้อหาแตกต่างกันไปตามแต่พัฒนาการของสังคมหรือความคิดของบุคคลผู้สร้างข้อสมมุตินั้นๆ ขึ้น โดยนัยนี้ ฮันส์ เกลเซ่น จึงยืนยันว่า บรรทัดฐานนี้มีลักษณะเป็นอภิกฎหมาย (Meta-legal) แต่ในขณะที่เดียวกันก็ถือเป็นกฎหมายในแง่ของความมีบทบาทสัมพันธ์กับกฎหมาย สมมุติฐานแรกเริ่มนี้เองที่เป็นตัวกำหนดความสมบูรณ์ให้แก่รัฐธรรมนูญฉบับแรกสุดในสังคม เมื่อก้าวลึกลงถึงจุดนี้แล้ว เราคงได้พบเส้นแบ่งแยกระหว่างบรรทัดฐานขั้นมูลฐานกับบรรทัดฐานที่เป็นรัฐธรรมนูญเดิมสุด (Ultimate Constitutional Norms) อันเป็นข้อสรุปซึ่งต่างจากความเข้าใจอย่างง่าย ๆ ที่เทียบเคียงบรรทัดฐานขั้นมูลฐานกับรัฐธรรมนูญ

คำอธิบายเกี่ยวกับรากเหง้าของบรรทัดฐานขั้นมูลฐานข้างต้น ฟังแล้วดูเหมือนจะเป็นเรื่องนามธรรมอย่างมากๆ แต่กระนั้น ฮันส์ เกลเซ่น ก็ย้ำว่าสมมุติฐานแรกเริ่มดังกล่าวนี้มิใช่เป็นเรื่องนามธรรมคาคลุมเครือแต่อย่างใด ทว่าวางอยู่บนข้อเท็จจริงอันยืนยันได้เป็นภววิสัย กล่าวคือ ความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) ในที่นี้เราจึงได้ประจักษ์อีกครั้งว่า ประสิทธิภาพหรือหลักแห่งความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) ในฐานะเป็นแกนกลางสำคัญในทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมายได้ปรากฏบทบาทสำคัญให้เห็นอีกครั้งหนึ่ง โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าวหมายถึงความสามารถบังคับใช้ได้จริงจังของบรรทัดฐาน อันสะท้อนจากข้อเท็จจริงที่ประชาชนหรือผู้คนทั่วไปเชื่อฟังและประพฤติปฏิบัติตามบรรทัดฐานนั้นๆ ตรงจุดนี้ก็เช่นกันที่มีข้อควรสังเกตเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนความคิดของ ฮันส์ เกลเซ่น เอง เนื่องด้วยในความคิดระยะช่วงแรกนั้น ฮันส์ เกลเซ่น ไม่ยึดมั่นนักว่า ความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายใดๆ จะต้องขึ้นกับเงื่อนไขความมีประสิทธิภาพตราบเท่าที่ระบบกฎหมายโดยส่วนรวมยังมีประสิทธิภาพอยู่ แต่ในระยะหลังเขากลับยืนยันความสัมพันธ์อย่างแนบแน่นระหว่างเรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมายและประสิทธิภาพของกฎหมาย ความจำเป็นที่ต้องมีประสิทธิภาพอย่างน้อยที่สุดที่ระดับหนึ่งกลายเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายนั้นๆ แม้ว่าบรรทัดฐานนั้นจะบัญญัติขึ้นโดยได้รับอำนาจอันชอบธรรมจากบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีระดับชั้นสูงกว่าแล้วก็ตาม ประสิทธิภาพหรือกำลังบังคับอย่างมีผลจึงเป็นตัวบรรทัดฐานชี้ขาดความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์หรือทำให้กฎหมายนั้นมีลักษณะปฏิฐาน

บางที่อาจจะเข้าใจประเด็นเกี่ยวกับประสิทธิภาพได้ดีขึ้นเมื่อหันมาพิจารณาอุปสรรคเพิ่มเติมของกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานมูลฐานปัจจุบันของกฎหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญด้วยการใช้กำลังหรือการกระทำปฏิวัติ (Revolution)⁶⁶ รัฐประหาร (coup d'État)⁶⁷

ต่อปัญหานี้ ฮันส์ เกลเซน ให้ความเห็นไว้ว่า หากการปฏิวัติดังกล่าวกระทำสำเร็จ และคำสั่งของผู้ทำการปฏิวัติเริ่มมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้คนทั่วไปต่างปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ดังกล่าวอย่างแท้จริงและทั่วกัน คำสั่งใหม่นี้ก็จะกลายเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์ เป็นตัวกำหนดความชอบหรือชอบธรรมของการกระทำตามกฎหมาย และจากจุดนี้เองที่ถือว่าบรรทัดฐานมูลฐานใหม่ได้เกิดขึ้นแล้ว ในแง่นี้บรรทัดฐานมูลฐานจึงประกอบด้วยอำนาจแรกเริ่ม (Original Power) ในการกำหนดวาง

⁶⁶ การปฏิวัติ (Revolution) หมายถึง การใช้ความรุนแรงทางการเมืองเพื่อเปลี่ยนแปลงสังคมอย่างเบ็ดเสร็จ โดยมีวัตถุประสงค์อยู่ที่การเปลี่ยนแปลงการเมืองการปกครอง อุดมการณ์ทางการเมือง วัฒนธรรม วิถีชีวิต ระบบเศรษฐกิจ ความเชื่อทางศาสนา และระบบสังคมโดยรวม

การปฏิวัติเป็นความรุนแรงทางการเมืองที่เกิดขึ้นได้ไม่บ่อยครั้งนัก เพราะจะต้องโค่นล้มลงทั้งระบบ ซึ่งหากสภาพสังคมไม่สุกงอมเต็มที่ หรือสภาพสังคมยังไม่พร้อมแล้วการปฏิวัติจะเป็นไปได้ยากมาก ตัวอย่างของการปฏิวัติที่ผ่านมา คือ การปฏิวัติฝรั่งเศส การปฏิวัติรัสเซีย การปฏิวัติจีน และการปฏิวัติเมื่อ 24 มิถุนายน 2475 ของประเทศไทยที่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเต็มในการปกครองประเทศมาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ เป็นต้น. โปรคตุ ซานาญ จันทรเรือง. (2549). *ปฏิวัติ รัฐประหาร หรือกบฏ*. ม.ป.ท. หน้า 16.

⁶⁷ การรัฐประหาร (coup d'État) หมายถึง การใช้ความรุนแรงทางการเมืองที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันทันด่วน โดยมีวัตถุประสงค์อยู่ที่การเปลี่ยนตัวหัวหน้ารัฐบาล หรือผู้ปกครองประเทศ แล้วจัดตั้งคณะรัฐบาลชุดใหม่ที่อยู่ภายใต้ผู้ก่อการรัฐประหารขึ้นมา โดยที่รูปแบบการปกครองไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด มีแต่ตัวผู้นำและคณะผู้นำเท่านั้นที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐประหารจึงเป็นความรุนแรงทางการเมืองที่มักเกิดขึ้น โดยกลุ่มทหาร เพราะทหารถูกฝึกมาอย่างมีระเบียบวินัย มีกำลังพลอาวุธในมือ จึงมีศักยภาพในการทำรัฐประหาร ในสถานการณ์ที่บึงจัยภายนอกคือประเทศชาติประสบปัญหาความวุ่นวาย ประกอบรวมเข้ากับบึงจัยภายในกองทัพ คือ การที่ทหารต้องสูญเสียผลประโยชน์หรือถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมืองมากเกินไป และเมื่อบึงจัยทั้งสองอย่างประสานกันได้อย่างเหมาะสมแล้ว จึงเป็นที่มาของข้ออ้างความชอบธรรมของการทำรัฐประหาร

ประเทศที่มีการรัฐประหารเกิดขึ้นบ่อยครั้งนั้น มักเป็นประเทศที่ประชาชนไม่ค่อยชอบเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง การหยุดชะงักทางการเมืองด้วยกระบวนการรัฐประหารจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยหากประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองสม่ำเสมอ โดยมีใช้เพียงแค่หย่อนบัตรในวันเลือกตั้งเท่านั้น (One Day Democracy) ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ สาธารณรัฐอินเดียที่แม้ว่าจะยากจนและมีอัตราการรู้หนังสือต่ำกว่าเรา แต่ก็ไม่มีมีการรัฐประหารเกิดขึ้นเพราะประชาชนมีความตื่นตัวทางการเมืองสูง. โปรคตุ ซานาญ จันทรเรือง. อ้างแล้ว. หน้า 18.

บรรทัดฐานที่จะใช้บังคับต่อผู้อื่น ซึ่งมีความหมายไปถึงสิ่งที่เรียกว่า รัฐ (อำนาจรัฐ) หรืออำนาจอธิปไตย

จากประเด็นต่างๆ ที่กล่าวมาทั้งหมด คงพอสรุปได้ว่า เรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมาย ในทรรศนะของ ฮันส์ เคลเซ่น ขึ้นอยู่กับการใช้อำนาจตามที่กำหนดในบรรทัดฐานชั้นมูลฐาน ซึ่งถือว่าเป็นเหตุหรือเหตุผลแห่งความสมบูรณ์ (The Reason of Validity) ของบรรทัดฐานที่เป็นหมาย (Legal Norm)

น่าสนใจว่า วิธีการสร้างทฤษฎีของ ฮันส์ เคลเซ่น ได้กระทำโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ด้วยการกำหนดสมมุติฐาน (บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน) เป็นเบื้องต้นในฐานะเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการเกิดและการดำรงอยู่ของระบบกฎหมายหรือกฎหมายระดับรอง ขณะเดียวกันก็นำหลักประสิทธิภาพ (ซึ่งถือเป็นความจริงเกี่ยวกับการมีกำลังอำนาจของกฎหมาย) มาเป็นเครื่องพิสูจน์การดำรงอยู่อย่างแท้จริงของสมมุติฐานดังกล่าว พร้อมกันนี้ก็อาศัยหลักความเป็นเหตุเป็นผล (Causation) อันต่อเนื่องเข้ามาเชื่อมต่อกันกลายเป็นแนวคิดเรื่องห่วงโซ่ความสมบูรณ์ของกฎหมายข้างต้น ทั้งหมดนี้เองที่ ฮันส์ เคลเซ่น ถือว่าเป็นวิธีการอันบริสุทธิ์ในการสาวหาคำตอบเกี่ยวกับกฎหมายหรือธรรมชาติกฎหมายอันปรากฏเป็นทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ที่นักวิจารณ์หลายท่านยกย่องให้เป็นทฤษฎีกฎหมายที่มีชื่อเสียงมากเป็นอย่างมาก⁶⁸

2.3 แนวคิดการตรากฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายของต่างประเทศ

การตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของหน่วยงานทางปกครอง ในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) กับฝ่ายบริหาร (The Executive) สารนิพนธ์เล่มนี้จึงได้ศึกษาแนวความคิดการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของสหรัฐอเมริกา (The United States of America) สหราชอาณาจักร (The United Kingdom) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) และสาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) ดังนี้

2.3.1 การตรากฎหมายลำดับรองตามแนวความคิดของสหรัฐอเมริกา

การประยุกต์ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)⁶⁹ เป็นครั้งแรกได้กระทำขึ้นในสหรัฐอเมริกา (the United States of America)⁷⁰ เมื่อครั้งที่ดินแดนในอาณานิคมในสหรัฐอเมริกา

⁶⁸ จรัญ โฆษณานันท์. (2547). *นิติปรัชญา LW 201*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 63-68.

⁶⁹ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งเป็นหลักการทางการเมืองที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการจำแนกหน้าที่ของรัฐในทางนิติบัญญัติ บริหาร และทางตุลาการ โดยมอบให้สถาบันต่างๆ ซึ่งเป็นอิสระต่อกัน

ประกาศอิสรภาพจากประเทศอังกฤษ ค.ศ. 1776 ความคิดที่ต้องจัดการรูปการปกครองและก่อตั้งรัฐ และสถาบันการเมืองที่สงวนไว้ ซึ่งสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน และหลักประกันเสรีภาพ ของปัจเจกบุคคล ได้รับเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitution) และสถาปนา รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ขึ้นเป็นกฎหมายสูงสุด⁷¹

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 1 มาตรา 1⁷² อำนาจนิติบัญญัติทั้งหลายที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นของรัฐสภาแห่งสหรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร⁷³ แต่ในทางปฏิบัติ รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายให้อำนาจประธานาธิบดีออกกฎหมายใน บางเรื่องได้ ปัญหาจึงมีว่า รัฐสภาจะมอบอำนาจนิติบัญญัติได้หรือไม่ หรือรัฐสภาต้องใช้อำนาจ ด้วยตนเอง

อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของสหรัฐอเมริกา เป็นการพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจ ในระยะแรกศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้พยายามอธิบายการ มอบอำนาจ ได้แก่ ความเห็นของผู้พิพากษา Marshall⁷⁴ ในคดี Wayman V. Southard (1825) ว่า

เป็นผู้ใช้อำนาจแต่ละส่วนเพื่อให้การปกครองดำเนินไปอย่างมีระเบียบและเพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลมิให้ถูกข่มขู่โดยผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตย ผู้ที่อธิบายหลักนี้ให้เห็นความสำคัญอย่างแจ่มแจ้ง ดีที่สุด คือ นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสชื่อมองแตสกีเออ (Montesquieu) ได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ De l'Esprit des Lois ซึ่งแปลว่า เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย มองแตสกีเออ อธิบายว่าอำนาจหน้าที่ของรัฐพึงจำแนกได้ 3 ประการ คือ

- 1) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปเพื่อบำเนิกราชการของรัฐ กล่าวคือ อำนาจที่จะตรา กฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชน ซึ่งเรียกกันว่า อำนาจนิติบัญญัติ
- 2) อำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการอันจำเป็นเพื่อบำเนิชีวิตของรัฐ หรือที่เรียกว่า อำนาจบริหาร
- 3) อำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดขึ้นในรัฐ หรือที่เรียกว่า อำนาจตุลาการ. โปรดดู ประยูร กาญจนกุล.

(2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8-9.

⁷⁰ รดาวรรณ เกื้อกุดเกียรติ์. (2533). *การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19-26.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁷² Article. I. Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

⁷³ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2552). *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 39.

⁷⁴ ผู้พิพากษา จอห์น มาร์แชล (John Marshall) (ค.ศ.1755-1835) ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Chief Justice of the United States) เป็นประมุขแห่งศาลสหรัฐอเมริกา และเป็นประมุขของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States) โดยเป็นหนึ่งในตุลาการศาลสูงสุดเก้าคน แปรคนที่เหลือเรียกว่า ตุลาการ สมทบในศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Associate Justice of the Supreme Court of the United States) ประธานศาล

รัฐบาลสามารถมอบอำนาจให้ศาล หรือคณะกรรมการวินิจฉัย (Tribunal) กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องเฉพาะอย่างเคร่งครัด และรัฐสภา (Congress) ก็อาจจะมอบอำนาจนิติบัญญัติซึ่งรัฐสภาควรจะใช้ด้วยตนเองให้แก่องค์กรอื่นๆ ได้ เพียงแต่ขอบเขตระหว่างอำนาจที่รัฐสภาต้องใช้ด้วยตนเองและอำนาจที่มอบให้เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องกำหนดไว้ในขณะที่มอบอำนาจ ผู้พิพากษา Marshall ได้แยกแยะให้เห็นขอบเขตของอำนาจทั้งสองว่า รัฐสภา (Congress) ต้องกำหนดเนื้อหาของสาระของกฎหมายไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไปและให้องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจกำหนดรายละเอียดเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายได้ (Fill up in Details) เพื่อให้บทบัญญัติทั่วไปของรัฐสภาสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามขอบเขตดังกล่าวไม่สามารถกำหนดได้อย่างชัดเจน⁷⁵

ต่อมาแนวคิดซึ่งถือว่า เป็นการพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจอีก ได้แก่ คดี Cincinnati W. & Z.R. Co. V. Commissioner, 1852 ซึ่งให้เห็นความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการมอบอำนาจนิติบัญญัติและการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นการตัดสินใจของรัฐสภาว่าอะไรควรจะเป็นกฎหมายและให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่องค์กรผู้รับมอบอำนาจเพียงเพื่อปฏิบัติภาระหน้าที่ภายใต้กฎหมายและให้บรรลุจุดประสงค์ของกฎหมาย⁷⁶

ในช่วงที่สหรัฐอเมริกาเข้าสู่ยุครัฐสวัสดิการ (Welfare State) ศาลสูงสหรัฐได้วางหลักการมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐาน (Standard) ของกฎหมายไว้ด้วย นอกจากนั้น ศาลสูงสหรัฐยังได้วินิจฉัยในคดีต่อมาว่า การมอบอำนาจที่มีได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายไว้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่กำหนดให้มีการมอบอำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นโมฆะ

คดี Sunshine Anthracite Coal Co. V. Adkins (1940) ศาลสูงยอมรับว่า รัฐสภา อาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นใดอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจโดยรัฐสภาได้รับการยอมรับว่า เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่ว่า การใช้อำนาจนิติบัญญัติ จะไม่กลายเป็นสิ่งที่หาประโยชน์มิได้ หรือกลายเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผล

คดี Amalgamated Cutters V. Connally (1971) กรณีมีการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีกำหนดอัตราค่าจ้างและราคาตามเศรษฐกิจของชาตินั้น ศาลสูงพิจารณาว่า ปัญหาการมอบอำนาจ

สูงสุดเป็นข้าราชการตุลาการชั้นสูงที่สุดในประเทศ กับทั้งปฏิบัติหน้าที่เป็นประธานกรรมการตุลาการ (Chief Administrative Officer) และแต่งตั้งเลขาธิการศาลแห่งสหรัฐอเมริกา (Director of the Administrative Office of the United States Courts) ประธานศาลสูงสุดยังเป็นโฆษกสำหรับองค์กรตุลาการของประเทศอีกด้วย ผู้พิพากษามาร์แชลดำรงตำแหน่งในระหว่าง 31 มกราคม ค.ศ. 1801 ถึง 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1835.

⁷⁵ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว. หน้า 19-26.

⁷⁶ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว. หน้า 19-26.

ไม่ใช่ปัญหาว่าหน้าที่ที่รัฐบาลใช้อยู่ โดยลักษณะเป็นการนิติบัญญัติหรือไม่ หรือรัฐสภาได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานให้พอเข้าใจได้หรือไม่ แต่การพิจารณาว่านโยบายของการมอบอำนาจนั้นสามารถตรวจสอบได้ทั้งในทางเนื้อหาและวิธีการ เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของผู้รับมอบอำนาจ เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักการมอบอำนาจ คือ การควบคุมการใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมาย และการจะบรรลุวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจได้ก็โดยการจำกัดขอบเขตทางเนื้อหาหรือวิธีการทั้งสองอย่าง⁷⁷

วิวัฒนาการของอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในสหรัฐอเมริกาเป็นปัญหาความขัดแย้งในทางคุณค่าด้านหนึ่งเมื่อคำนึงถึงทฤษฎีแล้ว อำนาจนิติบัญญัติแยกออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด อีกด้านหนึ่งความจำเป็นของการปกครองสมัยใหม่ ทำให้ทฤษฎีเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้น ศาลจึงยอมรับให้รัฐสภามอบอำนาจได้ภายใต้เงื่อนไขว่า รัฐสภาจะต้องวางมาตรฐาน (Standard) หรือ นโยบาย (Policy) เพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายขององค์กรผู้รับมอบอำนาจ และการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือ (Vagrant) และตรวจสอบได้ นอกจากนี้การมอบอำนาจจะต้องไม่เป็นการสละหรือโอนอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐสภา ดังนั้นในการพิจารณาปัญหาการมอบอำนาจศาลจึงค้นหาความหมายของรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจว่า ได้กำหนดมาตรฐานไว้อย่างชัดเจนแน่นอน เพราะฝ่ายปกครองผู้ได้รับมอบอำนาจจะต้องใช้ดุลพินิจภายใต้มาตรฐานที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น ผู้พิพากษา Cardozo⁷⁸ ได้กล่าวว่า หลักการดังกล่าวนี้ได้วิวัฒนาการไปเพื่อจะปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ โดยชี้ให้เห็นว่า ภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัติที่สำคัญ (Essential Legislative Function) คือ การกำหนดนโยบายของกฎหมาย (Legislative Policy) และรัฐสภามาสามารถละทิ้งภาระหน้าที่นี้ให้แก่องค์กรใดๆ ได้ทั้งสิ้น รัฐสภาอาจมอบอำนาจให้เพียงหน้าที่ที่ไม่ใช่หน้าที่หลักของการนิติบัญญัติ (Non Essential Legislative Function) อย่างไรก็ดี มีคดีไม่มากนักที่ศาลสูงสหรัฐตัดสินว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาเป็นการเกินอำนาจความจำเป็นของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) โดยต้องกำหนดมาตรฐานไว้ แต่การจะตรวจสอบว่ารัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อหลักการดังกล่าว และวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นภาระหน้าที่ของศาล และในทางปฏิบัติ ศาลมักจะไม่ใช่ข่มขู่มากนัก

⁷⁷ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว. หน้า 19-26.

⁷⁸ ผู้พิพากษา เบนจามิน นาทัน คาร์โดโซ่ (Benjamin Nathan Cardozo) (ค.ศ. 1870 ถึง ค.ศ. 1938) ทำหน้าที่เป็นทนายความ ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์นิวยอร์ก (New York Court of Appeals) และเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) ในสมัยของประธานาธิบดีเฮอริเบิร์ต ฮูเวอร์ (Herbert Hoover) คาร์โดโซ่ เป็นผู้มีส่วนสำคัญในการพัฒนางานการกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในศตวรรษที่ 20. โปรคดู โกวิท วงศ์สุวรรณ. (2543). *สารานุกรมประวัติศาสตร์สากล: สหรัฐอเมริกา เล่ม 2 อักษร C-D ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. กรุงเทพฯ. หน้า 22-23.

เพราะปัจจุบันศาลได้ยอมรับปัญหาที่รัฐสภาต้องรับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางเศรษฐกิจ สังคมที่ซับซ้อน⁷⁹

สหรัฐอเมริกา มีรูปแบบการปกครองเป็นแบบรัฐรวม⁸⁰ โดยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดกำหนดขอบเขตอำนาจระหว่างรัฐบาลกลาง (Federal Government) และมลรัฐ รวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภา (Congress) และประธานาธิบดีไว้โดยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ซับซ้อนข้างเด็ดขาด สำหรับปัญหาการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) เป็นปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (United States Constitution) หมวดที่ 1 มาตรา 1 ซึ่งได้บัญญัติว่า อำนาจนิตบัญญัติทั้งหลายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นของรัฐสภาแห่งสหรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร⁸¹ (Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.)

ความจำเป็นของการปกครองในรัฐสมัยใหม่ (Modern State) รัฐสภาสหรัฐไม่สามารถหลีกเลี่ยงการมอบอำนาจของคนที่ให้แก่องค์กรอื่นๆ บางส่วนโดยเฉพาะประธานาธิบดี (President) ซึ่งมีอำนาจบริหารไม่อาจดำเนินการเองได้ทั้งหมดต้องมอบอำนาจของตนให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลเพื่อดำเนินกิจกรรมด้านการบริหารแทน เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการปกครองประเทศได้ ดังนั้น ปัญหาการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ในสหรัฐอเมริกา จึงเป็นปัญหาความขัดแย้งในทางคุณค่าระหว่างทฤษฎีและทางปฏิบัติ ทฤษฎีห้ามมอบอำนาจได้ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อชี้แจงไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา อันได้แก่ หลักห้ามมอบอำนาจต่อ (delegate potestas non potest delegari)⁸² หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

⁷⁹ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว. หน้า 19-26.

⁸⁰ รัฐรวมเป็นรัฐที่เกิดจากการรวมตัวของหลายดินแดนเข้ามาอยู่ด้วยกัน โดยผูกพันดินแดนเหล่านั้นให้เป็นหนึ่งเดียวด้วยความสัมพันธ์ทางกฎหมายสูงสุดที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถจำแนกรูปแบบของรัฐรวมออกเป็น 2 รูปแบบด้วยกัน คือ สมาพันธรัฐและสหพันธรัฐ. โปรคดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2552). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 77.

⁸¹ มานิคซ์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. อ้างแล้ว. หน้า 39.

⁸² หลักห้ามมอบอำนาจต่อ (delegate potestas non potest delegari) เป็นหลักทางกฎหมายเอกชนที่เป็นข้ออ้างอิงไม่ให้มอบอำนาจ โดยมีความเห็นกันว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจโอนอำนาจนิตบัญญัติให้แก่ผู้อื่นได้ เพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบจากประชาชน. โปรคดู ธรรมนิษฐ์ สุ่มันตกุล. (2547). *การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา*. ม.ป.ท. หน้า 2.

ทั้งนี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court)⁸³ ได้ผ่อนคลายนโยบายที่กล่าว โดยการพัฒนาหลักห้ามมอบอำนาจเกินควร (Non-excessive Delegation) โดยยอมให้รัฐสภาตรวจตรา กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารได้โดยรัฐบัญญัติไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ทั้งที่รัฐสภาจะต้อง กำหนดหลักการหรือนโยบายไว้ในรัฐบัญญัตินั้น รัฐสภาจะมอบอำนาจอย่างกว้างขวางเหมือนเช็คเปล่า (blank cheque)⁸⁴ ไม่ได้ เพราะเท่ากับเป็นการสละอำนาจนิติบัญญัติ⁸⁵

2.3.2 การตรากฎหมายลำดับรองตามแนวความคิดของกฎหมายอังกฤษ

วิวัฒนาการในการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของกฎหมายอังกฤษ ได้รับมรดกทางความคิดมาจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ในยุคกลาง ที่ยอมรับว่า การบัญญัติกฎหมาย เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์และเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขต และพัฒนามาจากการมอบอำนาจ (Delegation) ของพระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐบาลกลาง (Central Government Authority) ให้แก่ ส่วนท้องถิ่นหรือข้าราชการของพระองค์ (Local or Subordinate Deputies) ตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 14 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบอำนาจให้จัดการในทางเศรษฐกิจ การตรากฎหมาย ลำดับรองของกฎหมายอังกฤษเกิดขึ้นในยุคสมัยต่างๆ เช่น

1) รัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8

การบัญญัติกฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ (Delegated Legislation) มีขึ้นเป็นครั้งแรก ในรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (ค.ศ. 1509 ถึง ค.ศ. 1547)⁸⁶ กล่าวคือ รัฐสภาได้ออกข้อบัญญัติ ท่อระบายน้ำ (Statute of Sewers) โดยการมอบอำนาจให้คณะกรรมการ (Commissioners of Sewers) บัญญัติกฎหมายให้ออกมาในรูปแบบต่างๆ เช่น กฎ (By-Law) คำสั่ง (Order) ซึ่งคณะกรรมการมี อำนาจตรากฎหมายอย่างกว้างขวางในเรื่องใดก็ได้ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีผลใช้บังคับต่อมา

⁸³ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) มีฐานะเป็นศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ศาลนี้มีผู้พิพากษาซึ่งได้รับการ เสนอชื่อโดยประธานาธิบดีและได้รับความเห็นชอบจากสภา ประกอบด้วยประธานศาล (Chief Justice) และผู้พิพากษา อีก 8 คน รวมเป็นจำนวน 9 คน. โปรคตุ บัญชี มิวังศ์โฆษ. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 80.

⁸⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 89.

⁸⁵ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว. หน้า 19-26.

⁸⁶ พระเจ้าเฮนรีที่ 8 แห่งอังกฤษ (Henry VIII of England) มีพระอิสริยยศเป็นลอร์ดแห่งไอร์แลนด์ (ต่อมาทรงเป็น กษัตริย์ไอร์แลนด์) เป็นพระมหากษัตริย์อังกฤษ พระเจ้าเฮนรีที่ 8 ถือเป็นพระมหากษัตริย์ที่มีเสน่ห์ มีการศึกษาดี และเป็นประมุขที่ทรงบารมีที่สุดแห่งราชบัลลังก์อังกฤษ แม้จะใช้พระราชอำนาจปกครองประเทศอย่างเด็ดขาด แต่ก็ทรงสนพระทัยการเขียนและงานนิพนธ์ ทรงเห็นว่า สตรีไม่สามารถสร้างความเจริญและมั่นคงแก่ราชวงศ์ได้ จึงมีพระราชประสงค์ที่จะได้รัชทายาทชายสืบทอดราชบัลลังก์ ทำให้ทรงอภิเษกสมรสหลายครั้งและต่อมาต้อง ดำเนินการปฏิรูปศาสนาในอังกฤษ ซึ่งทำให้อังกฤษมีนิกาย Church of England ขึ้นมา.

เป็นเวลาถึง 400 ปี จนกระทั่ง ค.ศ. 1930 ส่วนหลักการที่ว่า ฝ่ายบริหาร จะมีอำนาจบัญญัติกฎหมาย ได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภานั้น ปรากฏขึ้นใน ค.ศ. 1539 โดยพระราชบัญญัติ Statute of Proclamation ได้มอบอำนาจให้พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำ ขององคมนตรี (Privy Councilor) ออกประกาศพระบรมราชโองการ (Royal Command) เนื่องจาก เริ่มมีแนวคิดว่า พระบรมราชโองการ ของพระมหากษัตริย์ควร ได้รับการปรึกษาหารือจากรัฐสภาก่อนที่จะนำไปประกาศใช้ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจในครั้งนั้น รัฐสภายังไม่มีฐานะเป็นองค์กรสูงสุดและกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้น โดยคำแนะนำขององคมนตรีมีผลใช้บังคับเช่นเดียว กับกฎหมายที่ออกโดยคำแนะนำของรัฐสภา (The Same Force as Acts of Parliament) โดยมีเงื่อนไขว่า ร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นนี้ ต้องไม่มีผลกระทบ (Effect) ต่อ Common Law หรือพระราชบัญญัติ (Act) ที่มีผลใช้บังคับอยู่เดิม หรือกระทบต่อที่ดิน สินค้า หรือที่อยู่อาศัย รวมทั้งไม่มีผลกระทบ (Effect) ต่อประเพณีอันดีงาม และชอบด้วยกฎหมายของบ้านเมือง⁸⁷

2) รัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2

ในสมัยราชวงศ์สจิวต (ค.ศ. 1603 ถึง ค.ศ. 1714) ยังคงมีปัญหาในเรื่องอำนาจ ของรัฐบาล รวมทั้งอำนาจบัญญัติกฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายหรือจดเว้นไม่ใช้บังคับกฎหมาย แก่ผู้หนึ่งผู้ใด (The Claim to Suspend of Dispense form the Law) และกลายมาเป็นความขัดแย้ง อย่างรุนแรงระหว่างอำนาจของรัฐสภากับอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ เกิดเหตุการณ์ยึดอำนาจ และเกิด เหตุการณ์รุนแรงขึ้น โดยการจับกุมพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1⁸⁸ ไปขังคุก ผลสืบเนื่องจากความขัดแย้งและ การแย่งชิงอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ดังกล่าวนี้ในรัชสมัยของ พระเจ้าเจมส์ที่ 2⁸⁹ พระองค์ทรงพยายามรวมอำนาจมากขึ้น ใน ค.ศ. 1688 รัฐสภาจึงทำการปฏิวัติ

⁸⁷ ททัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. (2552). *การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 27-28.

⁸⁸ พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 (ค.ศ. 1600 ถึง ค.ศ.1649) ทรงเป็นพระราชโอรสของสมเด็จพระเจ้าเจมส์ที่ 1 แห่งอังกฤษกับ พระนางแอนน์แห่งเดนมาร์ก ในรัชสมัยของพระองค์ทรงจัดเก็บภาษีโดยปราศจากการอนุมัติจากรัฐสภาและ ในช่วงท้ายรัชสมัยของพระองค์ รัฐสภาหวังให้พระองค์ทำตามข้อเรียกร้องโดยให้ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้ รัฐธรรมนูญ แต่พระองค์ไม่ทรงยอมและยังทรงไปสร้างพันธมิตรกับสกอตแลนด์โดยหนีไปเกาะไวท์ จนเกิดเป็น สงครามกลางเมืองขึ้นอีกครั้งระหว่าง ค.ศ. 1648 ถึง ค.ศ. 1649 หลังทรงพ่ายแพ้และถูกจับ พระองค์ถูกสำเร็จโทษ ในฐานะที่เป็นกบฏต่อแผ่นดิน. โปรคดู น้าชาติ ประชาชน. (2554, 24 สิงหาคม). บัลลังก์อังกฤษกับโรมันคาทอลิก (ตอนจบ). *หนังสือพิมพ์ข่าวสด*. หน้า 24.

⁸⁹ พระเจ้าเจมส์ที่ 2 (ค.ศ.1633-1701) เป็นพระมหากษัตริย์อังกฤษ พระมหากษัตริย์ไอร์แลนด์ และพระมหากษัตริย์ สกอตแลนด์นับว่าเป็นพระมหากษัตริย์อังกฤษพระองค์สุดท้ายที่นับถือนิกายโรมันคาทอลิก. โปรคดู *สารานุกรม ประเทศในทวีปยุโรป ฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. (2550). กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน. หน้า 250.

ต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 และตราพระราชบัญญัติ Bill of Rights และในปลายราชวงศ์สจวร์ต รัชสมัยของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 พระองค์ทรงรวมอำนาจอีกครั้งหนึ่ง จนทำให้เกิดการปฏิวัติเป็นครั้งที่ 2 การปฏิวัติในครั้งนี้แม้ว่าจะไม่มีการเสียเลือดเนื้อ แต่ก็ได้สร้างหลักเกณฑ์และสถาบันในการบัญญัติกฎหมายขึ้นและเป็นรากฐานของการใช้อำนาจ นิติบัญญัติของอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภา (Parliament) ได้ทำการตราพระราชบัญญัติ Act of Settlement จำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา รัฐสภาก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่ดั้งเดิมในการตรากฎหมายนั้นมีฐานะรองลงมา

หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) มีความหมายว่า รัฐสภา มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมายอย่างไม่จำกัด รัฐสภาบัญญัติกฎหมายเรื่องใดๆ ได้ตามความประสงค์ของตนทุกเมื่อ และเมื่อตรากฎหมายขึ้นแล้ว รัฐสภาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้ตลอดเวลาและไม่ว่าศาลใดก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบความสมบูรณ์ของกฎหมายของรัฐสภาได้ จากหลักการดังกล่าวส่งผลให้ ฝ่ายบริหารหรือองค์กรใดๆ ในรัฐจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา รัฐสภาอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรใดๆ และจะมอบอำนาจให้มากหรือน้อยเพียงใดก็ได้ตามแต่เจตนารมณ์ของรัฐสภา⁹⁰ ดังนั้น กฎหมายของฝ่ายบริหารหรือองค์กรผู้ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภาจึงไม่อาจขัดกับกฎหมายที่มอบอำนาจ และเรียกว่า Delegated Legislation หรือ Secondary Legislation ส่วนกฎหมายของรัฐสภาอาจเรียกได้ว่าเป็น Supreme Legislation หรือ Primary Legislation

3) สมัยปลายศตวรรษที่ 19

ปลายศตวรรษที่ 18 มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution)⁹¹ รัฐสภาจึงเริ่มตระหนักว่างานนิติบัญญัติไม่อาจดำเนินไปได้โดยปราศจากความช่วยเหลือของฝ่ายบริหาร ที่มีความรู้ความสามารถ เนื่องจากงานบริการประชาชนได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ดังนั้น รัฐสภาได้มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 เกิดความสับสนและเกิดปัญหา

⁹⁰ หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 29.

⁹¹ การปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงขั้นพื้นฐานของการทำอุตสาหกรรมหรือการทำหัตถกรรม (Manufacture) ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมภายในครอบครัว จากการประกอบการค้าด้วยมือมาเป็นเครื่องจักร และเปลี่ยนสถานที่ประกอบการจากครัวเรือน (Cottage Industry) มาเป็นโรงงาน (Factory) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มผลผลิตไปขายทั้งตลาดภายในครอบครัวหรือเพียงเพื่อการจำหน่ายในท้องถิ่น ดังเช่นในอดีต. โปรดดู ศฤงคาร พันธุ์พงศ์. (2553). *ประวัติศาสตร์ยุโรป 2* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 79.

ที่ต้องทบทวนถึงการมอบอำนาจของรัฐสภาและการตรากฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเข้าสู่รัฐสวัสดิการ (Welfare State) ในศตวรรษที่ 20 เกิดปัญหาเกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม รัฐจึงต้องเข้าไปจัดการแก้ไขปัญหา ทำให้ความต้องการกฎหมายเพิ่มมากขึ้น การมอบอำนาจจึงเพิ่มขึ้นด้วย

ค.ศ. 1946 รัฐสภา (Parliament) ได้ตรากฎหมายกำหนดวิธีการเฉพาะที่จะตรวจสอบการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่เรียกกันว่า การวางไว้ต่อรัฐสภา (Lying before Parliament) และระบุไว้ด้วยว่ากฎหมายประเภทใดที่ต้องนำมาวางไว้ต่อรัฐสภานั้นมี 3 วิธี ได้แก่ การวางปกติ (Simple Laying) การวางเพื่อพิจารณาว่าจะยกเลิกหรือไม่ (Negative Resolution) และการวางไว้เพื่อได้รับความเห็นชอบ (Affirmative Resolution)⁹²

ฝ่ายบริหารของอังกฤษจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภา เรียกกฎหมายของฝ่ายบริหารว่า Delegated Legislation และมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation) ดังนั้น กฎหมายของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Legislation) หรือกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) และวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองก็มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ⁹³

2.3.3 การตรากฎหมายลำดับรองตามแนวความคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) มีรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 (Constitution de 1958) ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่⁹⁴ โดยรัฐธรรมนูญนี้ได้แยกขอบเขตอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งโดยหลักแล้วได้มอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้แก่ นายกรัฐมนตรี (Le Premier ministre) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 21⁹⁵ อย่างไรก็ดี

⁹² ททัยร์ตัน เนวพิริยวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 29-30.

⁹³ ศฤงคาร พันธุ์หงส์. อ้างแล้ว. หน้า 30.

⁹⁴ บุญศรี มีวงศ์โฆษ. (2535). อ้างแล้ว. หน้า 99.

⁹⁵ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 (Constitution française du 4 octobre 1958). มาตรา 21 นายกรัฐมนตรี กำหนดการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ บังคับ การให้เป็นไปตามกฎหมาย ภายใน บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 13 รัฐบาลมีอำนาจในการตราข้อบังคับของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือน และข้าราชการทหาร

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการให้แก่รัฐมนตรีได้

ในกรณีจำเป็น นายกรัฐมนตรีอาจทำหน้าที่แทนประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการเป็นประธานที่ประชุมสภาสภาโฆม และคณะกรรมการสูงสุดในการป้องกันประเทศตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 15

กฎหมายลำดับรองซึ่งกระทำในรูปของรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี (Le Conseil des ministres) จะต้องลงนามโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ (Le Président de la République) ดังนั้น รัฐกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองจึงอาจมีที่มาจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรีก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกรณีที่มีที่มาจากนายกรัฐมนตรี และทั้งสองกรณีจะต้องมีรัฐมนตรีผู้รักษาการลงนามรับรองด้วย แม้ว่ารัฐมนตรีต่างๆ มิได้มีอำนาจเป็นการเฉพาะตัวในการที่จะออกกฎหมายลำดับรองทั่วไป โดยเป็นแต่เพียงผู้ลงนามรับรองรัฐกฤษฎีกาของนายกรัฐมนตรี หรือของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติการมีส่วนร่วมโดยการลงนามรับรองดังกล่าวก็เพียงพอที่จะทำให้รัฐมนตรีมีอำนาจในเรื่องนี้ เนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายลำดับรองจัดทำโดยกระทรวงและนายกรัฐมนตรีเป็นเพียงแก่อนุมัติ ด้วยการลงนามเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายบางฉบับที่ให้อำนาจเฉพาะแก่รัฐมนตรี บางกระทรวงในการออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องที่กำหนดไว้ และในท้ายที่สุด ตามแนว คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (arrêt du Conseil d'État) ได้ยอมรับว่าหัวหน้าหน่วยงานมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง สำหรับในส่วนที่ทำให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาของคนดำเนินไปได้ด้วยดี (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 1961 ในคดี Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre⁹⁶ (สหภาพผู้ปกครองของนักเรียนในระบบการศึกษาอิสระแห่งชาติ)) กรณีต่างๆ ดังกล่าวทำให้ในทางปฏิบัติ รัฐมนตรีมีอำนาจที่สำคัญในการออกกฎหมายลำดับรองในระดับชาติ ซึ่งในบางครั้งอำนาจดังกล่าวก็ดูเหมือนว่า ยังไม่เพียงพอ จึงทำให้มีการออกข้อกำหนดในลักษณะทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชา หรือการกำหนดแนวทาง (les directives) ซึ่งมีความอ่อนตัวกว่า โดยกระทำในรูปของหนังสือเวียนของ

ในกรณีพิเศษ นายกรัฐมนตรีอาจทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี โดยมีกรมอบหมายอย่างแข็งขันและมีวาระการประชุมที่กำหนดไว้อย่างแน่นอน

Article 21 –Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15.

Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.

⁹⁶ Michel BERNARD. (1961). *Union nationale des associations de parents d'élèves de l'enseignement libre (UNAPEL)*. RDP. pp. 1271-1286.

รัฐมนตรี ซึ่งแม้ว่าศาลจะยอมรับประโยชน์ของแนวปฏิบัติดังกล่าว แต่ก็ไม่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายและยอมรับว่ารัฐมนตรีมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองในลักษณะทั่วไป ซึ่งไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดให้อำนาจเช่นนั้นได้ (คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 ในคดี *Ste. Distillerie Brabant, Rec.*, p. 264⁹⁷ และคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1988 (2 ฉบับ) ในคดี *Mlle Mingam et M. Maillar, A.J.D.A.*, 1988, p. 692⁹⁸) สำหรับองค์ประกอบรองที่อื่นที่มีบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานขององค์ประกอบส่วนที่อื่นให้อำนาจกำหนดเรื่องต่างๆ ไป สำหรับใช้บังคับในเขตท้องที่ที่อยู่ในอำนาจของตนได้ ภายใต้ข้อจำกัดตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย⁹⁹

กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) มีรูปแบบตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ (*Président de la République française*) หรือนายกรัฐมนตรี (*Premier ministre français*) ใช้รูปแบบของรัฐกฤษฎีกาสำหรับกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดยรัฐมนตรี (*Ministers*) ผู้ว่าราชการจังหวัด (*Provincial Governor*) และนายกเทศมนตรี (*Mayor*) ใช้รูปแบบกฎกระทรวง ข้อบังคับจังหวัด และเทศบัญญัติตามลำดับ¹⁰⁰

ขอบเขตในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น มาตรา 37¹⁰¹ ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 (*Constitution française du 4 octobre 1958*) กำหนดให้ ในเรื่องอื่นๆ นอกจาก

⁹⁷ CE, 23 mai 1969, *Societe Distillerie Brant et Compagnie, Rec.*, p.264.

⁹⁸ CE, 20 juillet 1988, *mille. Mingam et M. Maillar, AJDA*, 1988, p.692.

⁹⁹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2545). *รายงานวิจัยเรื่องหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง*. ม.ป.ท. หน้า 58-59.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

¹⁰¹ มาตรา 37 เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตราบัญญัติ ให้ถือเป็นกรณีของการออกกฎ

บทบัญญัติที่มีรูปแบบของการตรากฎหมายซึ่งดำเนินการในลักษณะของการออกกฎนี้อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐกฤษฎีกาหลังจากได้รับความเห็นจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้ว หากบทบัญญัติดังกล่าวได้ตราขึ้นภายหลังจากการมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญนี้แล้วจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็แต่โดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าบทบัญญัตินั้นมีลักษณะเป็นกฎตามที่ได้กำหนดไว้ในวรรคก่อนนี้

Article 37 –Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

เรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการตราบัญญัติตามมาตรา 34¹⁰² ให้ถือเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรอง จึงเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 21 ดังนั้น อาจสรุปในเชิงตรงกันข้ามได้ว่า

¹⁰² มาตรา 34 รัฐบัญญัติจะตราขึ้นได้ก็แต่โดยรัฐสภา

รัฐบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง ดังนี้

- สิทธิของพลเมือง และหลักประกันพื้นฐานที่ให้ประชาชนใช้เสรีภาพทางมหาชน รวมทั้งกำหนดความผูกพันต่อการป้องกันประเทศของประชาชนในเรื่องบุคคลและทรัพย์สิน

- สัญชาติ สถานะ และความสามารถของบุคคล ระบบการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาร้ายแรงและความผิดอาญาโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษที่ใช้บังคับกับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลใหม่ และสถานะของผู้พิพากษา

- ฐาน อัตรา และวิธีการจัดเก็บภาษีทุกลักษณะ รวมทั้งระบบการประกาศใช้เงินตรา

รัฐบัญญัติยังอาจกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ได้

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา และสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งองค์กรมหาชนประเภทต่างๆ

- การประกันสิทธิพื้นฐานที่ให้ข้าราชการพลเรือน และข้าราชการทหารของรัฐ

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจภาครัฐไปเป็นของภาคเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการพื้นฐาน ดังนี้

- การจัดองค์กรทั่วไปในการป้องกันประเทศ

- การปกครองโดยอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจหน้าที่ และการหารายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิ และความผูกพันตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- กฎหมายแรงงาน กฎหมายสหภาพแรงงาน และการประกันสังคม

รัฐบัญญัติงบประมาณที่กำหนดรายได้และรายจ่ายของรัฐตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติงบประมาณของการประกันสังคมที่กำหนดเงื่อนไขทั่วไปของความสมดุลทางการเงินและกำหนดเป้าหมายในเรื่องค่าใช้จ่าย รวมทั้งบัญชีงบประมาณรายรับล่วงหน้า โดยให้เป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติของโครงการที่กำหนดวัตถุประสงค์ของการกระทำทางเศรษฐกิจและสังคมแห่งรัฐ บทบัญญัติตามมาตรานี้อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

Article 34 –La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;

เรื่องที่อยู่ในอำนาจของกฎหมายลำดับรองได้แก่เรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของกฎหมายแม่บท (รัฐบัญญัติ) ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 34 กฎหมายลำดับรองจะถูกจำกัดไว้เพียงที่กำหนดไว้ตาม มาตราดังกล่าว ซึ่งผลที่ตามมา คือ ในทางทฤษฎีย่อมต้องถือว่าอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง เป็นอำนาจในการตรากฎหมายทั่วไป (Compétence de droit commun) ซึ่งเกี่ยวกับการออกกฎหมายทั่วไป ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง โดยหลักแล้วถือว่า รัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะออกโดยปราศจาก เงื่อนไขใดๆ และมีเสรีภาพที่จะเนิ่นการ ในทำนองเดียวกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรารัฐบัญญัติ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติใดที่จำกัดเสรีภาพดังกล่าว¹⁰³

- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;

- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales ;

- la création de catégories d'établissements publics ;

- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;

- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense nationale ;

- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

- de l'enseignement ;

- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

¹⁰³ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ. อ้างแล้ว. หน้า 60.

นอกจากนี้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจนให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) แต่หน้าที่ในการรับผิดชอบบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งยังคงเป็นของนายกรัฐมนตรี (Premier ministre français) อยู่ตลอดก็ทำให้นายกรัฐมนตรีสามารถออกข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองที่จำเป็นแก่การใช้บังคับกฎหมายด้วยตนเองได้¹⁰⁴

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) จึงไม่ค่อยมีปัญหาในการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) มากนัก เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 (Constitution de 1958) ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันได้กำหนดเกี่ยวกับขอบเขต และอำนาจของการออกกฎหมายลำดับรองไว้

2.3.4 การตรากฎหมายลำดับรองตามแนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รัฐธรรมนูญเยอรมัน (ภาษาเยอรมันเรียกว่า Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ซึ่งแปลว่า กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน) ประกาศใช้เมื่อ วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 โดยได้วางโครงสร้างให้ต่อต้านระบอบการปกครองที่มีการให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นอย่างมาก ซึ่งนักกฎหมายของเยอรมันได้มีการศึกษาเรื่องการมอบอำนาจมาเป็นเวลานาน ในช่วงอาณาจักรไรช์ที่ 2 (The Second Reich)¹⁰⁵ ก่อน ค.ศ. 1919 เป็นช่วงเวลาที่หลักการเรื่องการมอบอำนาจได้รับการพิจารณาในแง่มุมทางกฎหมายมากที่สุด ในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimar Republic)¹⁰⁶ นักกฎหมายบางคนได้ต่อต้านแนวคิดในการสนับสนุนร่างกฎหมายการมอบอำนาจ อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมแห่งจักรวรรดิ (Imperial Court of Justice: Reichsgericht, RG)¹⁰⁷ ของเยอรมันและนักวิชาการจำนวนมากกลับไม่เห็นด้วยโดยเห็นว่าการมอบอำนาจต้องมีการจำกัดเรื่องช่วงเวลาสาระสำคัญ และผลกระทบที่มีต่อบุคคล

¹⁰⁴ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. อ้างแล้ว. หน้า 61.

¹⁰⁵ อาณาจักรไรช์ที่ 2 (The Second Reich)

The German Empire ค.ศ. 1871 ถึง ค.ศ. 1918 ช่วงระยะเวลานี้เป็นการรวมชาติครั้งแรกโดยบิสมาร์ค (Otto Von Bismarck) ซึ่งเป็นชาวปรัสเซีย (Prussian) เป็นรัฐในรูปแบบเผด็จการ (The Empire was an authoritarian State)

The Weimar Republic ค.ศ. 1919 ถึง ค.ศ. 1933 ช่วงระยะนี้เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimar Constitution) ภายใต้หลักการแห่งรัฐธรรมนูญ ถือว่าเยอรมนีมีประชาธิปไตยเป็นครั้งแรก. โปรคดู ชัยวัฒน์ ถาวรธนสาร. (2538). *ประวัติศาสตร์เยอรมนีสมัยใหม่*. กรุงเทพฯ: หจก. โรงพิมพ์ชวนพิมพ์. หน้า 154-156.

¹⁰⁶ สาธารณรัฐไวมาร์ (Die Weimarer Republik) เป็นชื่อที่ใช้เรียกสาธารณรัฐที่ปกครองเยอรมนีตั้งแต่ ค.ศ. 1919 ถึง ค.ศ. 1933 ประวัติศาสตร์เยอรมนีช่วงนี้นิยมเรียกว่า ช่วงไวมาร์. โปรคดู ชัยวัฒน์ ถาวรธนสาร. อ้างแล้ว. หน้า 155.

¹⁰⁷ Reichsgericht เป็นศาลสูงของจักรวรรดิเยอรมันช่วง ค.ศ. 1879 ถึง ค.ศ. 1945.

ในความเป็นจริงฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) ได้ตรากฎหมายจำนวนหนึ่งที่มีอิทธิพล และส่งผลกระทบต่ออย่างกว้างขวางขึ้นในช่วงเวลาอันจำกัด เรียกว่า Ermächtigungsgesetze ยกตัวอย่างเช่น การให้อำนาจรัฐบาลใช้มาตรการในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของรัฐ (Reich) และประชาชนในกรณี que เห็นว่าจำเป็นและเร่งด่วน และในบางกรณีรัฐบาล (Government) ก็ได้ใช้อำนาจประกาศกฎเกณฑ์ (Verordnungen) ที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งจากมุมมองด้านกฎหมาย Ermächtigungsgesetze นำมาซึ่งจุดสิ้นสุดของยุคสาธารณรัฐไวมาร์ (Die Weimarer Republik) เมื่อเข้าสู่ยุคอาณาจักรไรช์ที่ 3 (The Third Reich)¹⁰⁸ รัฐบาลของอดอล์ฟฮิตเลอร์ (Adolf Hitler)¹⁰⁹ มีอำนาจในการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimar Constitution) การมอบอำนาจดังกล่าวจึงขยายวงกว้างขึ้นเรื่อยๆ จนถึงขนาดที่ยอมให้รัฐบาลสามารถตรารัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาดังกล่าวข้างต้นผู้วางโครงสร้างรัฐธรรมนูญ (Das Grundgesetz) จึงต้องกำหนดกรอบของรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวไม่เฉพาะในเนื้อหาส่วนที่ว่าด้วยการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร (Administration) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการจำกัดขอบเขตในการควบคุมเรื่องนี้อย่างเคร่งครัดอีกด้วย โดยผู้วางโครงสร้างรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไวมาร์และพยายามที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนของฝ่ายนิติบัญญัติ (The Legislative) และฝ่ายบริหาร (Administration) เกี่ยวกับภาระงานในทางนิติบัญญัติ

จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ คำมาจึงได้บัญญัติรองรับหลักเกณฑ์และขอบเขตในการตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ไว้ใน มาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญ¹¹⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

¹⁰⁸ อาณาจักรไรช์ที่ 3 (The Third Reich) เป็นชื่อเรียกสามัญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesrepublik Deutschland) ช่วงระหว่าง ค.ศ. 1933 ถึง ค.ศ. 1945 ซึ่งมีผู้นำที่ชื่อ อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ได้นำพาประเทศไปสู่ระบอบเผด็จการแบบนาซี (Nazism) หรือเผด็จการผู้นำเป็นที่รู้จักกันดีถึงการสังหารชาวยิว (Jews) และการนำพาประเทศไปสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 (World war II). โปรคตุ ชัยวัฒน์ ถาวรธนสาร. อ่างแล้ว. หน้า 239-243.

¹⁰⁹ อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (Reich Chancellor) ค.ศ. 1933 ฮิตเลอร์สามารถสร้างคะแนนนิยมในหมู่ประชาชนผู้เลือกตั้ง อีกทั้งยังได้รับการยอมรับจากพรรคชนชั้นกลางทั้งหมด ต่อมาเมื่อประธานาธิบดีไฮเดนเบอร์กถึงแก่อสัญกรรม ฮิตเลอร์จึงรวมตำแหน่งประธานาธิบดีกับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไว้ที่ตนเองเพียงผู้เดียว แล้วจึงประกาศตั้งตนเองเป็นผู้นำสูงสุด (Führer) รวมทั้งรวบอำนาจในตำแหน่งผู้บัญชาการกองทัพอีกด้วย. โปรคตุ ชัยวัฒน์ ถาวรธนสาร. อ่างแล้ว. หน้า 239-243.

¹¹⁰ The Basic Law. Article 80 (Issue of ordinances having force of law)

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorized by a law to issue ordinances having the force of law (Rechtsverordnungen). The content, purpose, and scope of the

รัฐบาลสหพันธ์ รัฐมนตรีสหพันธ์ หรือรัฐบาลมลรัฐ อาจได้รับอำนาจโดยกฎหมายให้ออกกฎหมายลำดับรองโดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวต้องถูกกำหนดไว้ในกฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นต้องอ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองนั้นไว้ด้วย หากกฎหมายที่ให้อำนาจบัญญัติให้มี การมอบอำนาจต่อไปได้อีกให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับเช่นกฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าว¹¹¹

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration) จะสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับได้ก็เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) กำหนดไว้เท่านั้น แตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) ที่ได้รับรองอำนาจของฝ่ายบริหารเอาไว้อย่างชัดเจนโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในตนเองที่จะตรากฎหมายหรือข้อบังคับ (Regulation) ในเนื้อหาที่ไม่ใช่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ (the Legislative)

ในส่วนของกระบวนการ (Process) ตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของเยอรมันนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเรื่องของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ กระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองโดยทั่วไปมักจะมีที่มาจากวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitution) หรืออาจจะมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นๆ และมักจะไมปรากฏว่าจะต้องมีขั้นตอนในการที่จะต้องปรึกษาหารือกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ (Effect) จากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นก่อน หรือมีขั้นตอนก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติ เหมือนกับที่กำหนดเอาไว้ในอังกฤษ หรือในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอร์ทั่วไป

แม้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองเอาไว้ แต่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันก็ได้กำหนดหลักการที่เคร่งครัดและมีความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบไว้ดังต่อไปนี้¹¹²

authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such delegation shall require another ordinance having the force of law. โปรดคู บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2535). อ้างแล้ว. หน้า 217.

¹¹¹ หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. อ้างแล้ว. หน้า 31.

¹¹² นรินทร์ อธิสาร. (2546). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูศาลปกครองเพิกถอน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33-37.

ประการแรก ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 80 (1) กำหนดให้กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นเอาไว้เสมอ

ประการที่สอง กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์หรือรัฐมนตรีของสหพันธ์และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราในการให้บริการไปรษณีย์ (Post office) การโทรคมนาคม (Telecommunications) หรือการรถไฟ (Railway) ของสหพันธ์ รวมถึงการก่อสร้างหรือการดำเนินการของกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายของสหพันธ์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูงแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนมลรัฐแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น

ประการที่สาม กฎหมายลำดับรองจะต้องตราขึ้นหรือลงนามโดยผู้ที่มีอำนาจ (Authorities) ในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น

ประการที่สี่ กฎหมายลำดับรองทุกฉบับจะต้องตีพิมพ์ หรือประกาศไว้ในรัฐกิจจานุเบกษา Bundesgesetzblatt or The Federal Law Gazette หรือใน Bundesanzeiger or The Federal Gazette ตามที่กฎหมายกำหนด

ประการที่ห้า กฎหมายลำดับรองที่ประกาศนั้นจะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงวันที่เริ่มต้นหรือวันที่มีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนั้นไว้ด้วย