

## บทที่ 2

### ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดทั่วไป และทฤษฎีเกี่ยวกับการอุทธรณ์

ผู้วิจัยได้ทบทวนวรรณกรรมโดยศึกษาถึงหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน และหลักนิติธรรม อันเป็นหลักการพื้นฐานควบคู่กันกับหลักการนิติรัฐที่จะแยกจากกันมิได้ รวมทั้งหลักนิติวิธีอันเป็นแนวทางในการใช้หรือตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมต่อบ้านเมืองและประโยชน์ของประชาชน ตลอดจนถึงหลักความยุติธรรม อันเป็นพื้นฐานในการจัดทำกฎหมายทุกชนิด และแนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการอุทธรณ์ ไม่ว่าจะเป็นความหมายหรือระบบการอุทธรณ์ต่างๆ โดยผู้วิจัยจะกล่าวถึงดังนี้

#### 2.1 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ถือเกิดขึ้นในประเทศเยอรมัน เป็นข้อความคิดว่าด้วยการปกครองโดยกฎหมาย รัฐจึงต้องดำเนินการปกครองภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และมีองค์กรที่มีความเป็นอิสระคอยตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

สำหรับนักคิดที่ได้นำคำว่า “นิติรัฐ” มาอธิบายถึงความหมายอย่างชัดเจนคนแรก คือ นักคิดชาวเยอรมันชื่อ Robert von Mohl (ค.ศ. 1799 - 1875) ได้อธิบายไว้ในปี 1829 โดยอธิบายว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึง รัฐแห่งความมีเหตุผล อันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคม เป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า นิติรัฐก็คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล<sup>1</sup> เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุขแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐได้อุบัติขึ้น ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาต่อการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในการปกป้ององบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครองในยุคที่ผู้ปกครอง มีอำนาจอย่างเด็ดขาดสิ้นพัน

แนวความคิดนี้เชื่อมโยงกับแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ว่าด้วยสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) และเริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่ในยุโรป

---

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2552). หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. *รัฐศาสตร์สาร : รัฐศาสตร์ ธรรมศาสตร์ 60 ปี / รัฐศาสตร์ 30 ปี*. เล่มที่ 1. หน้า 186.

พัฒนาจากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้น ในแง่ของเหตุผล กล่าวคือ ถึงแม้ว่าประชาชนยังคงยอมรับระบบที่อำนาจเด็ดขาดอยู่ที่กษัตริย์ก็ตาม แต่ให้กษัตริย์จะใช้อำนาจใดก็ตาม ก็ต้อง คำนึงถึงเหตุผลด้วย ในช่วงศตวรรษที่ 18 นี้เอง ที่แนวความคิด สำนักกฎหมายธรรมชาติได้ฟื้นตัวขึ้นอีกครั้ง นักคิดสำนักนี้เชื่อว่า มนุษย์ได้รับประกาย (Spark) แห่งเหตุผลจากเหตุผลสากลมนุษย์ทุกคนจึงเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน<sup>2</sup> มีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไร ถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมาย ธรรมชาติหรือกฎหมาย แห่งเหตุผลได้โดยที่ไม่ต้องมีใครช่วยตีความให้ ความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลดังกล่าวมีอิทธิพล อย่างยิ่งในอาณาจักรโรมัน ทำให้ชาวโรมันสามารถพัฒนาวิชานิติศาสตร์ที่ตั้งอยู่บนรากฐานของ เหตุผล อย่างเป็นระบบขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลของมนุษย์อ่อนแรง ลงในสมัยกลางซึ่ง เป็นสมัยที่นิติปรัชญาแนวคริสต์ครอบงำยุโรป จวบจนกระทั่งนักคิดชื่อว่า Samuel Pufendorf (ค.ศ. 1632 - 1694) และ Christian Wolff (ค.ศ. 1679 - 1754) ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าว ขึ้นมาพัฒนาต่อ ความคิดว่าด้วย กฎหมายธรรมชาติจึงกลับฟื้นตัวขึ้น โดยนักคิดในยุคสมัยนั้น ได้ เชื่อมโยงความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติเข้าด้วยกัน ตามคำสอนของนักคิด สำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคฟื้นตัวนี้ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตาม ธรรมชาติเช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคน มีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐ และ ไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ การเริ่มตระหนักรู้ถึงสิทธิที่ กล่าวมานี้ทำให้ราวปลายศตวรรษที่ 19 ราษฎรได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน ตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้นอันนำไปสู่การเกิดหลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights) สิทธิขั้น พื้นฐาน (Fundamental Rights) และขยายตัวรวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย

เมื่อผ่านหลังสงครามโลกครั้งสองแล้ว ประสบการณ์อันเลวร้ายที่เกิดขึ้นจากการอาศัย ด้วบท กฎหมายที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความยุติธรรมในทางเนื้อหา จึงได้มีเสนอแนวคิดว่าหลักนิติรัฐมิใช่ การปกครองโดย กฎหมายในทางรูปแบบเท่านั้น แต่ยังต้องมีหลักทั่วไปที่สอดคล้องกับความคิด พื้นฐานด้วย ดังนั้น จึงได้มีการ พยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของหลักนิติรัฐที่ได้รับการพัฒนา มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 มารวบรวมไว้ทั้งหมดและได้มีการอธิบายถึงหลักนิติรัฐว่า ประกอบด้วย องค์ประกอบใดบ้าง เช่น การอธิบายถึงหลักย่อยของหลักนิติรัฐ โดย Hartmut Maurer และ Theodor Maunz<sup>3</sup>

<sup>2</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. หน้า 122.

<sup>3</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). *หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21 - 22.

Hartmut Maurer เห็นว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย ได้แก่

- 1) หลักคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
- 2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรของรัฐ
- 4) หลักเงื่อนไขการกระทำของฝ่ายปกครอง
- 5) หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาล
- 6) หลักความรับผิดชอบของรัฐ
- 7) หลักพื้นฐานในทางกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- 8) หลักความมั่นคงในทางกฎหมาย
- 9) หลักความได้สัดส่วน

Theodor Maunz เห็นว่า หลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักการย่อย ได้แก่

- 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- 3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- 4) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา
- 5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- 6) หลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”
- 7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup>

### 2.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนี้มีแนวคิดมาจากเรื่องการจำกัดตนเองของรัฐ ซึ่งตามแนวความคิดนี้ รัฐจะจำกัดตนเองในทาง กฎหมายได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของรัฐเอง กล่าวคือ การจำกัดนี้เป็นไป เพราะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ทาง รัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและเงื่อนไขของการใช้อำนาจภายใน รัฐซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้นๆ หรืออีกนัยก็คือ ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกเหนือไปจากข้อจำกัด กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้น และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเช่นนี้จำเป็น สำหรับการดำรงอยู่ ของรัฐเอง เพราะหากรัฐไม่เคารพกฎหมาย สภาพอนาธิปไตย (Anarchy) ก็จะเกิดขึ้นและจะทำลาย กฎหมายของรัฐนั่นเอง หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การเคารพกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเป็นการจำกัด

<sup>4</sup> ไพบูลย์ ชูวัฒนกิจ. (2556). *ทฤษฎีและหลักพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา. หน้า 1-3.

อำนาจของรัฐเอง แต่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐที่จำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ โดยสรุปอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ถูกจำกัดโดยข้อจำกัดตามกฎหมายที่รัฐตราขึ้น ดังนั้น รัฐต้องเคารพสิทธิหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เอกชน<sup>5</sup> และเมื่อใดก็ตามที่รัฐจะทำการกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชน รัฐต้องอาศัยกฎหมายให้ กระทำการได้

สำหรับในประเทศไทยนั้น ได้มีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ยอมเป็น นิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ”

ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ ได้ให้ความหมายคำว่า นิติรัฐ ไว้ว่า “ระบบนิติรัฐ (System of Legal State) คือ ระบบซึ่งฝ่ายปกครองอยู่ใต้กฎหมายเช่นเดียวกับพลเมือง ซึ่งเป็นเอกชนและอยู่ภายใต้การควบคุมในทางกฎหมายของศาล ดังนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายพลเมือง ซึ่งได้รับความเสียหายก็มีทางที่จะได้รับการเยียวยาในทางกฎหมาย เพราะศาลมีอำนาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง”<sup>6</sup>

อย่างไรก็ตาม หากกล่าวถึงผู้ที่อธิบายหลักนิติรัฐให้เห็นภาพชัดเจนที่สุด คือ Raymond Carré de Malberg (ค.ศ. 1861 – 1935) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส R. Carré de Malberg เขาได้กล่าวว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐอยู่สองประการ คือ กฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎหมายที่กำหนดวิธีการหรือมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ทั้งสองกฎหมายรวมเป็นกฎหมายที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐได้ ยกตัวอย่างรัฐตำรวจ (Etat de Police) ขึ้นเปรียบเทียบกับหลักนิติรัฐ เพื่อให้มองเห็นภาพนิติรัฐชัดเจนว่า รัฐตำรวจ ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะใช้วิธีการ ใดๆ ก็ได้ (la fin justifie des moyens) จะเห็นได้ว่า รัฐที่เป็นรัฐตำรวจ ประชาชนไม่ได้รับความประกันสิทธิ เสรีภาพ ไม่มีความมั่นคงในนิติฐานะอย่างเช่นรัฐที่เป็นนิติรัฐ

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่า นิติรัฐ เป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายโดยรัฐยอมตนอยู่ ภายใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนเป็นสองประการ กล่าวคือ

<sup>5</sup> สามารถ ตราฐุ. (2560). *การนำหลักนิติรัฐมาใช้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 31.

<sup>6</sup> ไพบูลย์ ชูวัฒน์กิจ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 3.

ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประการที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ จำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมาย ซึ่งลักษณะเฉพาะของนิติรัฐ คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดให้กระทำต่อปัจเจกชน ได้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดอำนาจ<sup>7</sup> ในเวลาเดียวกันในนิติรัฐ ฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเว้น ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น หลักนิติรัฐ คือ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

เมื่อหลักนิติรัฐเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กร ต่างๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด รัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นเสรีประชาธิปไตย จึงมีหลักนิติรัฐเป็นเบื้องหลัง บทบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะประการที่สำคัญถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องเคารพต่อสิทธิและ เสรีภาพต่างๆ ของประชาชน โดยยอมตนให้อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเคร่งครัด และตราใบที่กฎหมาย ยังบังคับใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต้องด้วยความยินยอมของราษฎรให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง รัฐที่เป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

### 2.1.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

ประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐได้นำหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั่นเอง แต่เนื่องจากหลักนิติรัฐยังมีพลวัตร จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าหลักการย่อยของนิติรัฐทั้งหมดจะปรากฏในรัฐธรรมนูญ เมื่อได้พิจารณาหลักนิติรัฐในภาพรวมแล้ว อาจมีหลักนิติรัฐที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและที่ได้จากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไปด้วย ฉะนั้น แม้หลักตามที่อธิบายต่อไปนี้จะไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็มิได้หมายความว่ามิใช่หลักนิติรัฐ ส่วนการจะบังคับตามหลักที่ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มากน้อยเพียงใด คงขึ้นอยู่กับการวางแนวทางเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลอื่นที่จะรับและวางหลักการย่อยของนิติรัฐต่อไป

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, *ศาลปกครองกับการดำรงหลักนิติธรรม*, รายงานวิจัย, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 1.

### 2.1.2.1 หลักนิติรัฐในทางรูปแบบ

#### 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

ผู้ที่อธิบายถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ<sup>8</sup> ได้ชัดเจนและมีอิทธิพลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยอย่างมากคือ มองเตสกีเออ เป็นให้ความหมายหลักการแบ่งแยกอำนาจในความหมาย ปัจจุบัน ซึ่งก่อนหน้านี้ก็มีนักคิดอื่นที่ให้ข้อความคิดเกี่ยวกับการแบ่งอำนาจของรัฐไว้หลายท่าน แต่เป็นเพียงการ จำแนกออกให้เห็นว่าอำนาจของรัฐจัดแบ่งออกไปอย่างไร มองเตสกีเออได้อธิบายว่ารัฐแต่ละรัฐใช้อำนาจอธิปไตย ของตนกระทำการต่างๆ 3 ประเภทด้วยกัน คือ อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับภายในรัฐ ไม่ว่าจะ เป็น กฎหมายในลักษณะที่มีผลใช้บังคับเป็นการชั่วคราวหรือในลักษณะที่มีผลใช้บังคับอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง หรือในลักษณะที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แต่เดิม อำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิของชาติคือ อำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศและใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย ภารกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย และอำนาจสุดท้าย คือ อำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิของเอกชน คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันเอง หรือระหว่างประชาชนกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มี การแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ<sup>9</sup> โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดหรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าว แต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ

2) หลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการที่สะท้อนความเป็นหลักนิติรัฐได้เป็นอย่างดี เพราะหลักนิติรัฐนั้น การใช้อำนาจใดๆ ขององค์กรของรัฐย่อมผูกพันต่อดับทกฎหมาย ไม่ว่าจะ

<sup>8</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4, หน้า 1.

<sup>9</sup> เอกพงษ์ สารน้อย, (2562). *การพัฒนามาตรการทางกฎหมายการเลือกตั้งสำหรับผู้ต้องขัง*. รายงานวิจัย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม, หน้า 20.

องค์กรนั้นจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือแม้กระทั่ง องค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการก็ตาม กล่าวคือองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมาย ที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปกระทำการใด ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะกระทำการใดๆ ก็จะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะสั่งการให้ประชาชนกระทำหรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและใช้อำนาจภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

3) หลักคุ้มครองเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ การควบคุมมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติร่างกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ดี หรือการควบคุมมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการที่ขัดต่อกฎหมายที่ดีจะต้องเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่เป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมความชอบในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง อาจเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง และคดีอาญาหรือจะจัดตั้งองค์กรตุลาการในระบบศาลคู่ก็ได้

การคุ้มครองเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระนี้ ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของประชาชนเลยทีเดียว เนื่องจากแม้จะมีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดีเลิศเพียงใดก็ตาม แต่หากไม่สามารถนำการละเมิดกฎหมายขององค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลได้ ก็เท่ากับประชาชนไม่มีทางที่จะได้รับการเยียวยาได้เลย

4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนี้ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการในหลักการโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ในปี ค.ศ. 1801 ปัจจุบันสามารถอธิบายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ หากพิจารณาจากเกณฑ์ องค์กรจะพบว่ารัฐธรรมนูญเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันอันสูงสุดของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย รัฐธรรมนูญจึงมีลำดับชั้นสูงสุดตามฐานะของผู้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ หรือองค์กรใดๆ ดังนั้น กฎหมายที่ออกโดยองค์กรเหล่านี้จึงต้องมีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ หากพิจารณาจากเกณฑ์กฎหมายแม่บทจะพบว่ารัฐธรรมนูญมีเนื้อหาในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย การประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติรัฐธรรมนูญจึงควรค่าแก่การเป็นกฎหมายสูงสุด และยังทำให้หลักความชอบด้วย

กฎหมาย (Gesetzmaessigkeitsgrundsatz) มีความชัดเจนมากขึ้นเป็นพิเศษ<sup>19</sup> หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นหลักที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

ความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of law) หมายถึง ภาวะสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นสถานะของกฎหมายนั้น ๆ ว่าอยู่ในลำดับสูงเหนือกฎหมายอื่นใด<sup>20</sup> ทั้งนี้หากพิจารณาจากรากฐาน ทางทฤษฎีเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ อาจสรุปได้ว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความ ขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลท าให้กฎหมายซึ่งขัดกับ รัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจใช้บังคับได้<sup>21</sup> ซึ่งการท าให้รัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริง จะต้องมีการสร้าง กลไกในการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเองหรือ โดยการที่รัฐธรรมนูญสร้างองค์กรขึ้นมาคุ้มครองสถานะดังกล่าว เช่น การท าให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก เช่น เรียกเรื่องคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญมากกว่าการ แก้ไขกฎหมายอื่นอย่างเป็นทางการเป็นพิเศษ หรืออาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นแตกต่างออกไปจากการแก้ไข กฎหมายธรรมดาที่ได้เช่น บัญญัติให้มีการลงประชามติเป็นต้น หรือให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย เนื่องจากการกระทำทางนิติบัญญัติอาจจะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้เสมอ จึงต้องควบคุมมิให้กฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นต้น

#### 2.1.2.2 หลักนิติรัฐในทางเนื้อหา

1) หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ<sup>10</sup> หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันเป็นอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการนี้ถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยส่วนใหญ่จะยอมรับหลักความเป็นอิสระของประชาชนในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง และเพื่อให้ประชาชนมีอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคน การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถทำได้อันนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน และเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองคุ้มครอง

<sup>10</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 23.



นอกจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วยังมีหลักการอื่นๆ อีกหลายหลักการที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิดจากอำนาจของรัฐ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้และหลักประกันที่สำคัญ คือ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเรียกร้องสิทธิของตนเองได้ หากไม่มีหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการในรัฐใด เท่ากับว่าการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะไม่มีความหมายเลย หากไม่ให้สิทธิโต้แย้งการกระทำของรัฐแก่ประชาชน และมีให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

จากที่กล่าวมา หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในหลายมาตรา ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดถือในระบบนิติรัฐ

2) หลักความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมาย หลักนี้เรียกร้องให้กฎหมายต้องมีความแน่นอน กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องบัญญัติกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่าประสงค์จะบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลให้กระทำการใดในกรณีใดและเพื่อประโยชน์ใด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารออกคำสั่งบังคับหรือห้ามมิให้บุคคลประเภทใดกระทำการใดในกรณีใดและเพื่อประโยชน์อะไร เพื่อให้ประชาชนสามารถวางตัวกับข้อเรียกร้องในกฎหมายได้ ความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมายจึงเป็นหลักประกันให้กับความมั่นคงในนิติฐานะเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นและขาดไม่ได้ของกฎหมายแก่การที่บุคคลจะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการต่างๆ เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในทางกายภาพและในทางจิตใจ บุคคลย่อมไม่กล้าตัดสินใจกระทำการใดๆ ลงไป ถ้าหากไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าข้างหน้าการกระทำนั้นๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร และผลทางกฎหมายอันเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ จะทำให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์มากน้อยเพียงไร กฎหมายที่แน่นอนและชัดเจนจึงต้องเป็นกฎหมายที่ทำให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถรับรู้ได้ถึงเป้าหมายหรือ

เจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนขอบเขตในการใช้บังคับของหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

ส่วนคำถามที่ว่า แล้วอย่างไรจึงจะถือว่ากฎหมายนั้น มีความชัดเจนแน่นอนและชัดเจน ก็คงเป็นคำถามที่ตอบได้ยาก เพราะกฎหมายนั้นต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่ใช้บังคับแก่ กรณีใดกรณีหนึ่ง คงต้องขึ้นอยู่กับความหมายและผลกระทบต่อกฎหมายดังกล่าวที่มีต่อประชาชน หากเป็นกรณีที่กฎหมายนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ ถ้อยคำในกฎหมายย่อมต้องมีความชัดเจนมากกว่ากรณีที่กฎหมายเข้าไปเอื้อประโยชน์ให้แก่ประชาชน

นอกจากนี้หลักกฎหมายว่าด้วยความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมายยังเรียกร้องให้รัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องคำนึงถึงเรื่องระยะเวลาของการบังคับใช้กฎหมายด้วย กล่าวคือกฎหมายต้องมีความสม่ำเสมอ การที่จะให้ประชาชนโดยทั่วไปยึดถือหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เพียงชั่วขณะนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หากแต่จะต้องให้ประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าใจและคาดการณ์ได้ว่า หลักเกณฑ์ หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับนั้นเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญในการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยทั่วไป และหลักเกณฑ์หรือบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เรื่อยไป

ยกตัวอย่างกฎหมายที่ไม่แน่นอนชัดเจน เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) ที่บัญญัติว่า “ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.” นั้น เฉพาะถ้อยคำที่ว่า “..หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ..” ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นถ้อยคำที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 วรรคสาม โดยให้ เหตุผลส่วนหนึ่งในคำวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติที่มีถ้อยคำเช่นนี้เปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจกว้างขวางเกินความจำเป็นอันอาจจะส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการ ได้ผู้เรียบเรียงมีข้อสังเกตว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเป็นปกติธรรมดาแล้วฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะทั่วไป ไม่ใช่บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะรู้ล่วงหน้าได้ว่า “ลักษณะกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสม” นั้นควรเป็นอย่างไร จึงมอบให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตัดสินใจ ดังนั้น ในกรณีฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายที่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด แต่ผู้ที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมคือฝ่ายปกครองที่นำกฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้ ซึ่งในกรณีนี้ ก็คือ ก.ต. แต่อย่างไรก็ตามผู้เรียบเรียงเห็นด้วยว่า ถ้อยคำแห่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่มีความชัดเจนอัน

นำไปสู่การเลือกปฏิบัติได้จริง แต่ที่เหตุที่ผู้ร้องไม่สามารถนำหลักความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมายมาอ้างในคำร้องได้ เพราะปัญหาวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตาม ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 18(2) กำหนดให้คำร้องที่จะยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น อย่างน้อยต้องมีการ "ระบุมাত্রาของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง" แม้หลักความแน่นอนและชัดเจนของกฎหมายจะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ และหลักนิติรัฐเป็นหลักการเบื้องต้นแห่งรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยก็ตาม แต่ก็ได้ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากผู้ร้องอ้างหลักนี้เป็นประเด็นแห่งคดี ก็คงจะถูกยกคำร้องนั่นเอง อันนี้ถือเป็นจุดอ่อนของวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นสถาบันหลักที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริง

3) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย (das Prinzip des Vertrauensschutzes) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ เป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่าปัจเจกชน ผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถที่จะเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความเชื่อดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครอง

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นหลักการที่มีรากฐานมาจากหลักกฎหมายว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย เข้ามามีส่วนเกี่ยวพันหรือเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ว่าหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐตราขึ้นหรือออกมาใช้บังคับมีผลบังคับผูกพันกับความคาดหวังหรือฐานะของเขานั้นมีความแน่นอนชัดเจนไม่เปลี่ยนแปลง

4) หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง (Verbot rückwirkender Gesetze)" หลักนี้เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่สิ้นสุดไปแล้ว<sup>11</sup> การมีผลย้อนหลังแบ่งออกได้สองกรณี คือ กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย (die echte Rueckwirkung) หรือเรียกว่ามีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย (Rueckwirkung von Rechtsfolgen) กรณีนี้ได้แก่ กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วโดยสมบูรณ์ และกฎหมายได้ย้อนไปมีผลกับข้อเท็จจริงที่สิ้นสุดไปแล้ว เช่น มีการออกกฎหมายฉบับใหม่ เพิ่มอัตราเบี้ยบานาญในช่วงเวลาที่ผ่านไปแล้วตามที่กฎหมายมีผลย้อนหลัง

<sup>11</sup> สามารถ ตราชู. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 48.

ไปถึง และกรณีที่สอง คือ การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ (die unechte Rueckwirkung) หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มต้นขึ้นแล้วในอดีตแต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญสำหรับผู้มีสิทธิได้รับบำนาญ โดยให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ในกรณีนี้จะให้มีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปในอนาคต

รูปแบบของการย้อนหลังทั้งสองกรณี หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้อง ในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่หากเป็นกรณีที่เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้อง การมีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย และหลักการคุ้มครองความเชื่อถือ หรือความไว้วางใจโดยสุจริตในบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหลักทั้งสองก็มีได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่หากเป็นการย้อนหลังไปเป็นโทษในทางกฎหมายอาญาถือว่าต้องห้ามโดยเด็ดขาด ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่นๆ นั้น ในกรณีของการมีผลย้อนหลังโดยแท้ จำเป็นต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายกับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้จะต้องพิจารณาน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชนที่มีต่อกฎหมายกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนทั้งสองกรณีว่า ประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่

5) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality) หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนในกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และในระบบกฎหมายไทยเองก็ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน<sup>12</sup> หลักการนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป โดยเป็นหลักการที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม ทั้งนี้ เนื่องจากการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคม ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดีรวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศในทาง

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 42.

ตะวันตกได้อาศัยหลักการนี้เป็นหลักในการแก้ปัญหา ซึ่งส่งผลให้การแก้ปัญหานั้นเป็นไปอย่างสันติ บนหลักการของกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย

หลักความพอสมควรแก่เหตุ เรียกร้องว่ารัฐจะต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจรัฐ ความพอเหมาะพอสมควร โดยมีการชั่งน้ำหนักผลกระทบระหว่างประโยชน์โดยรวมและประโยชน์ของปัจเจกชน แม้องค์กรของรัฐนั้นจะมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่นองค์กรนิติบัญญัติได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ตรากฎหมายได้ หรือองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้รับอำนาจจากราชบัญญัติให้อำนาจกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อประชาชนได้ แม้องค์กรทั้งสองดังกล่าว จะได้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่อาจใช้อำนาจที่ได้รับมาเกินสมควรหรือใช้อำนาจนั้นอย่างอำเภอณาใจ องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง " ทั้งนี้เนื่องจากรัฐมีอำนาจตามกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ แต่บุคคลไม่จำเป็นต้องสละสิทธิและเสรีภาพของตนเกินกว่าความจำเป็น ดังนั้นองค์กรของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจรัฐให้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรได้ และต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่บุคคลเกินกว่าความจำเป็น

ในการพิจารณาว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจรัฐอย่างอำเภอณาใจ หรือมาตรการของรัฐมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือเป็นการสร้างภาระให้กับบุคคลเกินกว่าความจำเป็นหรือไม่นั้น จะต้องนำสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ซึ่งสาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ ได้แก่ (1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (2) หลักความจำเป็น (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ โดยหลักเกณฑ์แต่ละประการมีสาระสำคัญ" ดังนี้

ประการที่หนึ่ง หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability) หมายถึง หลักที่เรียกร้องว่ามาตรการที่องค์กรของรัฐกำหนดขึ้น อันมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐในการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวบรรลุผลได้ หรือเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตามที่องค์กรของรัฐมุ่งประสงค์ได้จริง หากมาตรการใดเห็นได้ชัดเจนว่าไม่สามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้ มาตรการนั้นย่อมขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล

ประการที่สอง หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายถึง หลักการที่กำหนดว่ามาตรการของรัฐอันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือสร้างภาระให้แก่บุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น เมื่อองค์กรของรัฐจะนำมาตรการใด ๆ มาบังคับใช้กับบุคคลและมาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความ

สัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐสำเร็จลุล่วงได้ หากมาตรการดังกล่าวมีมากกว่าหนึ่งมาตรการ และในบรรดามาตรการต่างๆ เหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากน้อยแตกต่างกัน องค์กรของรัฐจะต้องเปรียบเทียบผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่เกิดจากบรรดามาตรการเหล่านั้นว่ามาตรการใดก่อให้เกิดความรุนแรงต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด และต้องเลือกใช้บังคับมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุด มาตรการดังกล่าวจึงจะถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ามาตรการที่รัฐจะนำมาใช้บังคับกับบุคคลนั้นมีเพียงมาตรการเดียวที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐได้ มาตรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น เพราะไม่มีกรณีที่ต้องเปรียบเทียบผลกระทบของมาตรการต่างๆ ต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

ประการที่สาม หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) หมายถึง หลักการซึ่งกำหนดให้องค์กรของรัฐที่จะใช้มาตรการใดๆ อันอาจเกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์สาธารณะนั้น ต้องกระทบต่อประโยชน์ส่วนบุคคลให้พอเหมาะพอประมาณ<sup>13</sup> โดยการบังคับใช้มาตรการนั้นกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลหรือผลประโยชน์ที่บุคคลต้องสูญเสียไป ต้องพิจารณาว่าประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับนั้นมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะแล้ว แม้ว่ามาตรการนั้นจะมีประโยชน์ต่อสาธารณะอยู่บ้าง หรือเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลน้อยที่สุด แต่มาตรการดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ เพราะเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดี องค์กรของรัฐย่อมไม่สามารถใช้บังคับมาตรการดังกล่าวกับบุคคลได้<sup>14</sup>

## 2.2 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

### 2.2.1 พัฒนาการของหลักนิติธรรม

คำว่าหลักนิติธรรมนั้น วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก

<sup>13</sup> เอกพงษ์ สารน้อย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 25.

<sup>14</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 42.

ในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ “The Commonwealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่ อย่างไรก็ตาม แม้อันกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คำว่า rule of law ก็เหมือนกับคำว่า Rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้<sup>15</sup>

แนวความคิดว่าด้วย rule of law หรือนิติธรรมอาจสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงยุคกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งย้อนกลับไปถึง ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษ ในเวลานั้นได้ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta(11) เอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่ กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลง อาจกล่าวได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกอบสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน(12) อย่างไรก็ตามไม่เพียงเข้าใจว่าเมื่อมีการลงนามใน Magna Carta แล้วกษัตริย์เป็นอันถูกจำกัดอำนาจลงจนไม่มีอำนาจ ในเวลานั้นอำนาจยังคงอยู่ที่ กษัตริย์ กฎเกณฑ์ที่จำกัดอำนาจกษัตริย์ลง ในเวลานั้นก็มีแต่ Magna Carta และหลักกฎหมาย Common Law อันเป็นกฎหมายประเพณีที่รับสืบทอดและพัฒนาโดยศาลเท่านั้น

แม้ว่าในเวลาต่อมาจะได้มีการตั้งรัฐสภาขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1265 แต่อำนาจในการปกครองบ้านเมือง (Prerogatives) ก็ยังคงอยู่ในมือของกษัตริย์อย่างเดิม จะถูกจำกัดลงบ้างก็เพียงเล็กน้อย อำนาจของกษัตริย์อังกฤษพัฒนาขึ้นถึงจุดสูงสุดในสมัยราชวงศ์ Tudor อันเป็นช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์ของ รัฐสภาดลยลง อาจกล่าวได้ว่าในช่วงเวลานั้นกษัตริย์อังกฤษมีอำนาจมากและเข้าใจวิธีการในการรักษาอำนาจของตนและจำกัดอำนาจของรัฐสภา อีกทั้งยังรู้จักที่จะใช้รัฐสภาเป็นฐานในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตนด้วย อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐสภาได้พัฒนาต่อไปกลายเป็นสถาบันซึ่งเป็นผู้แทนของกลุ่มคนต่างๆ และเริ่มมีบทบาทมากขึ้นจนกลายเป็นคู่ปรับสำคัญของกษัตริย์

ใน ค.ศ. 1628 ในยุคสมัยของพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่ง (King Charles I ค.ศ.1600 ถึง 1649) รัฐสภาได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว ภายหลังจากได้มีการตรา Petition of Rights ได้สิบสองปี ได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นในอังกฤษ ตามมาด้วยการประหารชีวิตพระเจ้าชาร์ลที่ 1 Petition of Rights ไม่ได้เป็นเพียงเอกสารที่กล่าวถึงความยินยอมใน

<sup>15</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *พัฒนาการของหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.publiclaw.net/publiclaw/view.aspx?id=1431> [2566, 16 เมษายน]

การเสียดทานนั้น แต่ยังคงเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นอย่างมาก(13) ในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารอีกฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act (ค.ศ. 1679) เอกสารฉบับหลังนี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เนื้อหาหลักของเอกสารฉบับนี้ คือ การให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลใดถูกจับกุม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลโดยคำฟ้องที่เรียกว่า writ of habeas corpus ทันที<sup>16</sup>

รัฐสภาสามารถที่จะสถาปนาและขยายอำนาจของตนออกไปอย่างมั่นคงตามลำดับ การขยายอำนาจของรัฐสภามีผลทำให้กษัตริย์ค่อยๆถูกจำกัดอำนาจลง และในที่สุดกษัตริย์เริ่มรู้สึกว่ารรัฐสภามีอำนาจมากเกินไปและเริ่มเป็นอันตรายต่อพระองค์เสียแล้ว การแข่งขันเพื่อครองอำนาจที่เหนือกว่าระหว่างรัฐสภากับกษัตริย์เป็นไปอย่างเข้มข้น และได้ก็เกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่าง ค.ศ.1642 ถึง 1649 หลังจากสงครามกลางเมืองดังกล่าว การต่อสู้ก็ยังคงดำเนินต่อไปอีกจนกระทั่งในที่สุดรัฐสภาก็กำชัยชนะได้ในการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ระหว่าง ค.ศ.1688 ถึง 1689 ผลของการปฏิวัตินี้ได้นำมาซึ่งเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ Bill of Rights และทำให้รัฐสภาอังกฤษกลายเป็นรัฐชาติปิตัยคู่กันกับกษัตริย์

โดยเหตุที่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในอังกฤษ ปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นก็คือปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยในทางกฎหมายเป็นที่สุด อำนาจดังกล่าวควรอยู่กับกษัตริย์ สภา หรือศาล Francis Bacon (ค.ศ.1561 ถึง 1626) เห็นว่าโดยเหตุที่กษัตริย์มีอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด และดำรงอยู่เหนือกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล ดังนั้นกษัตริย์จึงมีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาล<sup>17</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวกษัตริย์ย่อมต้องมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้วและมีอำนาจที่จะเข้ายุ่งเกี่ยวกับทางปฏิบัติของศาลโดยสามารถตรวจสอบแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานตาม Common Law ได้ อย่างไรก็ตามพัฒนาการทางการเมืองในเวลาต่อมาก็ไม่ได้เป็นไปตามแนวความคิดของ Francis Bacon เนื่องจากรัฐสภาสามารถจำกัดอำนาจกษัตริย์จนสำเร็จและได้กลายเป็นรัฐชาติปิตัยแทนที่กษัตริย์อังกฤษ และในช่วงที่รัฐสภาอังกฤษต่อสู้กับกษัตริย์อยู่นี้ ศาลก็ได้เข้ามามีบทบาทด้วย โดย Sir Edward Coke (ค.ศ.1552 ถึง 1634) ได้พิพากษาคดีไปในทางยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล โดยเห็นว่าทั้งกษัตริย์(16) และรัฐสภา(17) ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้ Common Law กษัตริย์ก็ดี รัฐสภาก็ดีจะตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่ได้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ

<sup>16</sup> Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre. p. 229.

<sup>17</sup> Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre. p. 231.



Common Law หรือไม่ แม้ว่าแนวความคิดและคำพิพากษาของ Coke จะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครองของอังกฤษ เพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่สภาตราขึ้น จะอ้าง Common Law ปฏิเสธกฎหมายที่สภาตราขึ้นไม่ได้ แม้กระนั้นแนวความคิดของ Coke ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้

ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐสภาเข้มแข็งมากแล้วนั้น คณะรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่โดยขึ้นอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร และในเวลาต่อมาก็ค่อยสลัดตนเองพ้นจากอิทธิพลของราชวงศ์ เมื่อก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 อาจกล่าวได้ว่าอังกฤษได้พัฒนาตนไปสู่ความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยอมรับสิทธิเลือกตั้งของราษฎร สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษพัฒนาไปในทิศทางของการมีพรรคการเมืองใหญ่สองพรรคผลัดกันเข้ามาบริหารประเทศ โดยฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเริ่มมีอำนาจมากขึ้น และยังคงความเข้มแข็งจนถึงทุกวันนี้

### 2.2.2 เนื้อหาของหลักนิติธรรม

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey (ค.ศ.1835 ถึง 1922) ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ.1885) ได้กลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา<sup>18</sup> และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว<sup>19</sup> หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้

กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆเหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้

<sup>18</sup> A V. Dicey. (1595). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London : Macmillan. p.195

<sup>19</sup> *Ibid*, pp. 187-203.

มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

การที่ Dicey อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมในแง่ที่คนทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย และภายใต้ศาลเดียวกันตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ส่งผลให้ Dicey ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้ว บรรดาข้าราชการต่างๆ ที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้

นอกจากนี้แล้ว บรรดาสีทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรนั้นย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่อำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่ กล่าวในทางทฤษฎีแล้ว รัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษจึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และยอมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่พึงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนามาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปเลย

แน่นอนว่าในทางทฤษฎี เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภานั้นเองจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรากฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลเสียโดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษ ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรา

กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม<sup>20</sup> ยิ่งไปกว่านั้น โดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภา ย่อมขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของรัฐบาล และพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมาก สนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้น จากการเลือกตั้งครั้งถัดมาย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับ เจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั่นเองที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทาง หลักๆของการตรากฎหมาย และเมื่อกล่าวได้ว่ารัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ในระบอบประชาธิปไตย ที่พัฒนาในอังกฤษ ย่อมต้องเข้าใจว่ารัฐสภาย่อมทรงอำนาจสูงสุดในหมู่องค์กรต่างๆของรัฐ แต่ใน ที่สุดแล้ว ในทางการเมืองก็อยู่ใต้ประชาชน ดังนั้นในประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึง ไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีต ประเพณีที่รับสืบทอดกันมา ในประเทศที่สิทธิเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติเช่นประเทศ อังกฤษนี้ ย่อมไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเลยที่จะต้องบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความเป็นนิติรัฐ หรือ บัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นมาตราๆไป

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกันอยู่ บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น คำว่าต่างๆก็ไม่ได้อธิบายความ แตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำ ของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล<sup>21</sup> การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกใน การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการ ปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกัน ที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญคือ

- 1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ ของรัฐ
- 2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- 3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้ บังคับย้อนหลังไปในอดีต

<sup>20</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2553). *พัฒนาการของหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.publiclaw.net/publaw/view.aspx?id=1431> [2566, 16 เมษายน]

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาคิรัตน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4*. หน้า 1.

- 4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- 5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
- 6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- 7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- 8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

### 2.3 นิติวิธี

นิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมาย ความหมายถึง ความคิด และทัศนคติของ นักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน กล่าวคือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีต ประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป รวมตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้จนกระทั่งวิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีทำกฎหมายในห้วงอวกาศหรือเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาโดยที่ นิติวิธีเหล่านี้แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติ แม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ แต่มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ถ้าเราจะเทียบตัวบทกฎหมายเป็นคน ตัวบทคือร่างกาย นิติวิธีก็คือวิญญาณ ซึ่งแต่ละระบบกฎหมายมีนิติวิธีของตนเองทั้งระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์<sup>22</sup>

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้สกุลกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ หรืออาจจะเรียกได้ว่าประเทศไทยใช้ระบบ “ประมวลกฎหมาย” ซึ่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ จะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันในแต่ละหมวดหมู่ ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายนอกจากจะ พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย (Legal Content) แล้วยังจะต้องศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธี (Juristic Method) ประกอบด้วย เนื่องจากกฎหมายในแต่ละฉบับมีเหตุผลและที่มาแตกต่างกัน มีการบัญญัติเพิ่มเติมแก้ไขเพื่อรองรับปัญหาและเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม โดยที่การบัญญัติกฎหมายในบางครั้งอาจไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงการแก้ไขปัญหาหรือความต้องการ อันแท้จริงของสังคมได้ จึงจำเป็นต้องใช้นิติวิธีซึ่งถือเป็นสิ่งสำคัญประกอบไปกับกฎหมาย นิติวิธีจึงเป็นสิ่งที่แทรกซึมไปกับตัวบทกฎหมาย ทำให้นักกฎหมายที่มีความรู้ความเข้าใจในนิติวิธีของกฎหมายสามารถใช้

<sup>22</sup> สุร โภทศ. (2558). *การขยายระยะเวลาการใช้สิทธิหรือกรรมคำพิพากษาหรือคำสั่งในศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 44.

กฎหมายกับข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ต่างๆ ของสังคมได้ ไม่ว่าจะมีการตรา กฎหมายขึ้นมาใหม่ หรือ แม้แต่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม

### 2.3.1 นิติวิธีทั่วไป

ในระบบชีวิตลอร์ ป่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก คือ ตัวบทกฎหมายที่ บัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเชื่อว่าตัวบทกฎหมายมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลในตัวของมันเอง กฎหมายเป็นหลักทั่วไป เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในประเด็นข้อพิพาทนั้น ซึ่งเรียกว่าการตีความกฎหมาย ส่วนจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งอาจใช้คู่เคียงเสริมหรือตัดทอนตัวบทกฎหมายก็ได้ ในบางครั้งจารีตประเพณีถูกนำมาใช้เพื่อทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ในระบบชีวิตลอร์นั้น คำพิพากษาของศาลไม่ใช่ป่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรม ในกรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทโดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่ อุดช่องว่างนั้น ด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมซึ่งแฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น นอกจากนี้ ความเห็นของนักกฎหมายต่อคำพิพากษาที่อยู่ในรูปของหมายเหตุท้ายคำพิพากษาก็มีความสำคัญ ที่แสดงให้เห็นถึงทัศนะหรือมุมมองของตนที่มีต่อคำพิพากษานั้นๆ ด้วย กฎหมายจึงไม่ใช่ตัวบทบัญญัติ แต่คือหลักการแห่งเหตุผลที่ดำรงอยู่ในตัวบทกฎหมายนั่นเอง การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษรโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ แฝงอยู่ในบทบัญญัตินั้นพร้อมกันไปด้วย<sup>23</sup>

นักกฎหมายชีวิตลอร์ถือว่ากฎหมายนั้นจะต้องปรับใช้ตามที่ ได้บัญญัติไว้ โดยถือว่าบทกฎหมายทั้งหลายมีฐานะเป็นหลักการอันกอปรไปด้วยเหตุผล เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ ของบุคคลในทางปฏิบัติ และมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำ วินิจฉัย เฉพาะคดีในคำพิพากษา นักกฎหมายในประเทศสแกนดิเนเวียจะยึดถือ “สาระ” ของเกณฑ์ แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษา ของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติโดยจะถือว่าคำพิพากษาและหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีเป็นเพียงเครื่องช่วยในทางปฏิบัติเท่านั้น ในการใช้กฎหมาย นักกฎหมายชีวิตลอร์จะนิยมใช้กฎหมายโดยถือว่า กฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ เป็นบรรทัดฐานความ ประพฤติในสังคม แฝงอยู่เสมอ ดังนั้นในการใช้กฎหมายนักกฎหมายจะต้องทำความเข้าใจหลักเกณฑ์นี้ และจะพยายามเน้นหรือนำเอาหลักการเหล่านี้ไปใช้ ผ่านทางบทกฎหมายแต่ละบท เช่น หลักเสรีภาพทางการเมือง, หลักสิทธิทางสังคม, สิทธิในร่างกาย, อนามัย, สิทธิทางทรัพย์สิน และหลักเสรี ภาพในการทำสัญญา เป็นต้น หลักเกณฑ์ของบทกฎหมายจึงเป็นหลักที่ถือว่า ครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีต่างๆ อย่าง

<sup>23</sup> อวาร เกียรติทับทิว. (2549). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า135-137.

กว้างขวาง ในการนำเอาหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ในทางปฏิบัติ เพื่อให้ได้ผลทั้งด้านความยุติธรรมและความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงต้องกระทำอย่างละเอียดอ่อนรอบคอบ เมื่อผ่านไปนานๆ วิชานิติศาสตร์จึงกลายเป็นศาสตร์พิเศษ เป็นศิลปะอย่างสูง<sup>24</sup> ที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องเข้าใจถึงระบบเหตุผลและปรัชญาที่แฝงอยู่ทั้งเข้าใจปัญหาที่จะวินิจฉัยอย่างถ่องแท้ เพื่อจะสามารถนำเอาหลักการในบทบัญญัติมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมแก่ กรณีรูปธรรมนั้นๆ โดยการใช้อุบายภายใต้หลักการนี้ จะต้องไม่ทำให้กฎหมายขาดลักษณะแน่นอน หรือขาดลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎเกณฑ์อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปด้วย การปรับใช้บทบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปให้เข้ากับข้อเท็จจริงทางปฏิบัติแต่ละรายหรือประสาน หลักเกณฑ์นามธรรมเข้ากับปัญหารูปธรรมนี้ จำเป็นต้องใช้วิธีการทางกฎหมาย

### 2.3.2 นิติวิธีกฎหมายมหาชน

นิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงหมายถึงวิธีการที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบใน กฎหมายมหาชนนั่นเอง และวิธีการคิดนี้ ย่อมหมายถึงวิธีคิดในระดับทั่วไปและระดับเฉพาะตามฐานะของนักกฎหมายนั้นๆ ในระบบกฎหมาย และมีหลักการของตนเองที่สร้างขึ้นมาจากความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะด้านกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนอีกด้านหนึ่งนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน จำแนกออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้ คือ นิติวิธีหลัก นิติวิธีหลักนั้นเรา จะต้องยึดว่าเป็นหัวใจสำคัญทางกฎหมายมหาชนเลย ซึ่งแบ่งออกเป็น นิติวิธีเชิงปฏิเสธและนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ โดยนิติวิธีเชิงปฏิเสธเป็นการปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง เหตุผลเพราะในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ ประโยชน์สาธารณะอยู่ เหนือปัจเจกชน และมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐและ ฝ่ายมหาชน คู่กรณีนิติสัมพันธ์รัฐหรือหน่วยงานรัฐดำเนินการทุกอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะมีนิติสัมพันธ์ที่เหนือกว่าเอกชนเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายมหาชน ฝ่ายมหาชนสามารถบังคับการตามเจตนาของตนได้ แต่ตามหลักกฎหมายเอกชนถือว่าเอกชนทุกฝ่ายเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยใจสมัครอันเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนา การใช้หลักกฎหมายเอกชนในกฎหมายมหาชนก็ทำได้ มีการนำหลักความเสมอภาคในกฎหมายเอกชนมาใช้ ทั้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และนำมาใช้ระหว่างรัฐหรือฝ่ายมหาชนซึ่งกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ กับเอกชนอีกด้วย เมื่อพิจารณาจากหลักการดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าบนพื้นฐานลักษณะของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนทำให้ไม่มีความเหมาะสมกับสภาพบริการสาธารณะเลย ส่วนนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ เป็นการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นหัวใจของนิติ

<sup>24</sup> สุร โภทศ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 45 – 47.

วิธีกฎหมายมหาชน คือ กฎหมายมหาชนที่สามารถสร้างดุลยภาพ<sup>25</sup> (équilibre) ของสองสิ่งที่ดีเหมือนจะขัดแย้งและส่วนทางกันให้ได้ ซึ่งการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายมหาชนจึงต้องพิจารณา เหตุผล ความจำเป็น วิธีการดำเนินการ และประสิทธิภาพของฝ่ายมหาชนไปพร้อม ๆ กับสัดส่วน การคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนเสมอ ซึ่งหมายความรวมถึงการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนอีกด้วย ประการสุดท้ายคือ นิติวิธีประกอบ ซึ่งเป็น วิธีการคิดวิเคราะห์เพื่อช่วยให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีได้รวดเร็วยิ่งขึ้นและมีความถูกต้อง เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์โดยอาศัยการ เปรียบเทียบกฎหมายและอาศัยการวิเคราะห์กฎหมายโดยพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์และ สังคมวิทยา และเพื่อที่จะสามารถใช้นิติวิธีหลักในการตีความกฎหมายมหาชนได้อย่างถูกต้อง เหมาะสมกับสภาพสังคม กล่าวคือ จะเป็นการศึกษากฎเกณฑ์ทุกอย่างทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการศึกษาในลักษณะที่กฎหมายเป็นความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของคนในสังคมและความเป็นสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมของสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมาย ซึ่งมาจากการเปรียบเทียบกฎหมายและการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน ซึ่งผลของการเปรียบเทียบกฎหมายนี้จะทำให้นักกฎหมายสามารถสร้างกฎหมายมหาชนที่ดีและเหมาะสมกับสภาพสังคมของตนเอง<sup>26</sup>

## 2.4 หลักความยุติธรรม

ในสังคมตะวันออกแต่เดิมเมื่อกฎมาถึงเรื่องการปกครองมักเน้นไปที่ความยุติธรรม<sup>27</sup> หรือความเป็นธรรมของผู้ปกครองเป็นสำคัญเชื่อกันว่ากฎหมายกับความยุติธรรมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และดำรงอยู่แล้วในธรรมชาติ ส่วนในสังคมตะวันตกเดิมนั้นก็มีคติความเชื่อกันว่ากฎหมายกับความยุติธรรมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่เมื่อได้ผ่านการต่อสู้ทางการเมืองและผ่านการนำหลักการที่ได้มาใช้ในทางปฏิบัติจนตกผลึก ปัจจุบันเป็นที่ ขอมรับกันเกือบจะยุติวารัฐที่พึงปรารถนาในแง่ของการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันนั้น คือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายและกฎหมายนั้นต้องอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม ซึ่งเรียกร้องให้ภายใต้สภาวะการณ์ในลักษณะที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติหรือวินิจฉัยเช่นเดียวกัน (Like shall be treated alike) หลักความเสมอภาคในการถือปฏิบัติ (Equality of treatment) ซึ่งหมายความว่า การบังคับใช้กฎหมายต้องเป็น ไปอย่างไม่มีอคติหรือความลำเอียง หรือไม่มีการเลือกปฏิบัติ บางกรณีแม้จะไม่สามารถหาจุดร่วมเกี่ยวกับความยุติธรรมโดยพิจารณาจากการกระทำ

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2553). *ข้อคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 154.

<sup>26</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 291 – 293.

<sup>27</sup> สุร โกศล. อ่างแล้วเชิงอรอดที่ 22. หน้า 5 – 8.

ในทุกลักษณะสังคมพร้อมกันได้เพราะลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมมีความแตกต่างกัน และมนุษย์แต่ละคนมีจินตนาการเกี่ยวกับความยุติธรรมที่แตกต่างกัน แต่ก็ยังสามารถเข้าใจได้ว่า ความยุติธรรมตามเนื้อหา คือหลักการที่เรียกร้องให้มีการพิจารณาความยุติธรรม จากความชอบธรรมของ “เนื้อหาสาระ” ที่เป็นจริงของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายต่างๆ รวมทั้งผลลัพธ์ที่มุ่งหวังให้เกิดขึ้น มิใช่เพียงเพ่งแต่ความเป็นธรรมในเรื่องกระบวนการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ความยุติธรรมตามเนื้อหาสาระของกฎหมายให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของสังคมหรือมาตรฐานของความถูกต้อง ความยุติธรรมซึ่งเหมาะสมกับยุคสมัยและประโยชน์สุขของส่วนรวม หรือกล่าวอีกกรณีหนึ่งได้ว่า ความยุติธรรมตามเนื้อหาเรียกร้องให้มีการวางข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรมซึ่งใช้อยู่ในขณะที่ใช้กฎหมายบังคับ และยุติธรรมสำหรับประชาชนที่กฎหมายนั้นใช้บังคับด้วย

#### 2.4.1 ความหมายของหลักความยุติธรรม

ปัญหาว่าอะไรคือความยุติธรรมนั้น เป็นปัญหาชั้นวันรันดร์ของมนุษยชาติ แต่ที่ยอมรับกันเป็นยุติคือ ความยุติธรรมเป็นข้อเรียกร้องทางศีลธรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในสังคมของมนุษย์ ในการศึกษาถึงความหมายของหลักความยุติธรรมอาจอธิบายได้หลายกรณี ซึ่งในการศึกษาถึงข้อความคิดว่าด้วยการขยายระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมายนี้ จะอธิบายถึงความหมายของหลักความยุติธรรม โดยเปรียบเทียบหลักความยุติธรรมตามเนื้อหาบทหลักความยุติธรรมตามรูปแบบ ดังนี้

#### 2.4.2 ความยุติธรรมตามรูปแบบ

คือ หลักการที่ซึ่งเรียกร้องให้ภายใต้สภาวะการณ์ในลักษณะที่เหมือนกันต้องได้รับการปฏิบัติหรือวินิจฉัยเช่นเดียวกัน (Like shall be treated alike) หลักความเสมอภาคในการถือ ปฏิบัติ (Equality of treatment) ซึ่งหมายความว่า การบังคับใช้กฎหมายต้องเป็นไปอย่างไม่มีอคติ หรือความลำเอียง หรือไม่มีการเลือกปฏิบัติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความยุติธรรมโดยรูปแบบจะเน้นความสำคัญของกระบวนการปรับใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมเหนือสิ่งอื่นใด และลักษณะเช่นนี้ทำให้เราอาจเรียกความยุติธรรมโดยรูปแบบว่าเป็น “ความยุติธรรมเชิงกระบวนการ” (Procedural justice)

#### 2.4.3 ความยุติธรรมตามเนื้อหา (Substantial Justice)

บางกรณี แม้จะไม่สามารถหาจุดร่วมเกี่ยวกับความยุติธรรมโดยพิจารณาจากการกระทำในทุกลักษณะสังคมพร้อมกันได้เพราะลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลในสังคมมีความแตกต่างกัน และมนุษย์แต่ละคนมีจินตนาการเกี่ยวกับความยุติธรรมที่แตกต่างกัน แต่ก็ยังสามารถ เข้าใจได้ว่า



ความยุติธรรมตามเนื้อหา<sup>28</sup> คือหลักการที่เรียกร้องให้มีการพิจารณาความยุติธรรมจากความชอบธรรมของ “เนื้อหาสาระ” ที่เป็นจริงของกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายต่างๆ รวมทั้งผลลัพธ์ที่มุ่งหวังให้เกิดขึ้นมิใช่เพียงเพ่งแต่ความเป็นธรรมในเรื่องกระบวนการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ความยุติธรรมตามเนื้อหาของสาระของกฎหมายให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของสังคมหรือมาตรฐานของความถูกต้อง ความยุติธรรมซึ่งเหมาะสมกับยุคสมัยและประโยชน์สุขของส่วนรวม หรือกล่าวอีกกรณีหนึ่งได้ว่า ความยุติธรรมตามเนื้อหาเรียกร้องให้มีการวางข้อบังคับของกฎหมายและการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับมาตรฐานแห่งความยุติธรรมซึ่งให้อยู่ในขณะที่ใช้กฎหมายบังคับ และยุติธรรมสำหรับประชาชนที่กฎหมายนั้นใช้บังคับด้วย

เมื่อพิจารณาความหมายของหลักความยุติธรรมตามเนื้อหาเปรียบเทียบกับหลักความยุติธรรมตามรูปแบบแล้วจะพบได้ว่า ความยุติธรรมตามหลักความยุติธรรมตามเนื้อหานั้นเป็นเรื่องของการอุดช่องว่างของกฎหมายอันเกิดจากความเคร่งครัดที่มีต่อหลักความยุติธรรมตามรูปแบบที่ต้องการให้ความยุติธรรมแก่ประชาชน โดยการให้ความเสมอภาคแก่ทุกคนด้วยการปฏิบัติที่เหมือนกันสำหรับข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาหรือข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีนั้น อาจมีความแตกต่างกันได้ การยึดมั่นต่อหลักความยุติธรรมตามรูปแบบอาจไม่สามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้ ดังนั้นหลักความยุติธรรมตามเนื้อหาจึงเข้ามาเพื่อคลายความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าวโดยเรียกร้องให้มีการพิจารณาความยุติธรรมจากเนื้อหาของสาระของเรื่องหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณีเป็นสำคัญ

#### 2.4.4 ความยุติธรรมในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมาย

ความยุติธรรมเป็นหลักกฎหมายแรก และเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งจะ เป็นสิ่งที่จะต้องต่อสู้กับเจตนาร้ายและความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ หลักความยุติธรรมจะเป็นมาตรฐานตัวอย่างให้แก่ผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ต่อประชาชนหรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยประชาชนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับว่าหลักความยุติธรรมเป็นงานอย่างหนึ่งของรัฐ หลักความยุติธรรมเป็นรากฐานทางกฎหมายของบ่อเกิดทางกฎหมาย และมีใช้เพียงแต่เป็นหลักที่มักจะใช้อ้างกันทั่วไปแต่นำไปใช้ในสถานการณ์ของสังคมที่แตกต่างกันไป

ถ้าจะพิจารณาระเบียบกฎหมายที่ควรจะเป็นในลักษณะที่เป็นรูปปิรามิด ตรงยอดสุดจะเป็นหลักความยุติธรรมในฐานะที่เป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายทั้งปวง ลำดับชั้นรองจากหลักความยุติธรรมลงมาของรูปปิรามิดจะมีหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายพิเศษต่างๆ ซึ่งจะเป็นที่มาของกฎหมายในลำดับชั้นรองต่อมาอีก คือ กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็น

<sup>28</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนุษยเสรีประชาธิปไตย ข้อความคิด และหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 1-5.

ลายลักษณ์อักษร ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมาย ก็คือ การนำหลักกฎหมายต่างๆ มาพิจารณา ประกอบกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่จะจัดหมวดหมู่ไว้ตามวัตถุประสงค์หรือสภาวะการณ์พิเศษ แล้วทำหลักกฎหมายดังกล่าวให้เป็นรูปธรรมในลักษณะของตัวบทบัญญัติ และในที่สุดก็จะสอดคล้องกับหลักความยุติธรรม หลักกฎหมายต่างๆ ไม่เพียงแต่มีหน้าที่ในการทำความยุติธรรมให้เป็นรูปธรรม แต่ยังมีหน้าที่ป้องกันและขจัดอันตรายที่ จะมากล้ากลายความยุติธรรมด้วย

## 2.5 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการอุทธรณ์

แนวความคิดทางกฎหมายของการควบคุมทางศาลหรือการอุทธรณ์ฎีกานั้น มีที่มาจากเจตนารมณ์โดยทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องหลักประกันของกระบวนการยุติธรรมที่ดีและเรื่องความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของกระบวนการยุติธรรมความหลากหลายของกลไกเกี่ยวกับการโต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาของศาล จะเป็นหลักประกันที่มีประสิทธิภาพของหลักฟังความสองฝ่ายและสิทธิในการต่อสู้คดี รวมทั้งยังช่วยให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดของศาล หรือกล่าวโดยทั่วไปเท่ากับเป็นการให้โอกาสอีกครั้งในการที่คู่ความได้ต่อสู้คดีต่อศาลในระดับที่สูงขึ้น จากเจตนารมณ์โดยทั่วไปดังกล่าว การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลไปยังศาลสูงในประเทศ จึงถือเสมือนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยคู่ความควรจะมีสิทธิที่จะให้ศาลสูงเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบคำพิพากษาของศาลล่าง เพื่อแก้ไข ข้อผิดพลาดของศาลล่าง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือกระบวนการพิจารณา เพื่อให้ชี้ขาดในปัญหาข้อกฎหมายที่สำคัญ อันเป็นการวางหลักในการใช้และตีความกฎหมายสำหรับเป็นบรรทัดฐานต่อไปด้วย ทั้งนี้ตามหลักของกระบวนการพิจารณาที่ประสงค์ จะให้เป็นหลักประกันในความถูกต้องของคำพิพากษา การอุทธรณ์ฎีกาจึงเป็นเรื่องของความเป็นอิสระและเปิดโอกาสให้กับคู่ความทุกฝ่าย ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด<sup>29</sup> อย่างไรก็ตามการอุทธรณ์นั้นไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาคดีนั้นใหม่ซ้ำอีกครั้งหนึ่งเพราะคดีนั้นได้เสร็จสิ้นไปโดยคำพิพากษาของศาลอันมีผลบังคับตามกฎหมายแล้ว จึงจะมีการรื้อฟื้นเพื่อพิจารณาใหม่อีกไม่ได้ การอุทธรณ์จึงเป็นเพียงการแก้ไขความไม่ถูกต้องที่เกิดขึ้นในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลล่างเท่านั้นส่วนจะทำการแก้ไขด้วยกระบวนการอย่างไรมันต้องเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศตามความจำเป็นของประเทศนั้นๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการอุทธรณ์เป็นการแก้ไขความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษา และความไม่ถูกต้องที่จะต้องแก้ไขได้แก่ ความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษาซึ่งเนื้อหาของคำ

<sup>29</sup> วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). *หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเล่ม 2*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 184-185.

พิพากษานั้น ประกอบด้วย การกำหนดข้อเท็จจริงการใช้กฎหมายและการกำหนดคำพิพากษาที่เป็น การบังคับแก่คู่ความหรือคู่กรณีที่เกิดขึ้น

สำหรับการแก้ไขความไม่ถูกต้องในการกำหนดข้อเท็จจริงนั้นเป็นความพยายามที่จะ ประนีประนอมระหว่างความเด็ดขาดแน่นอนของคำพิพากษากับความต้องการความยุติธรรมในแต่ละ คดี การยอมให้มีการแก้ไขนั้นก็เพื่อให้ได้ความจริงที่ถูกต้องที่สุด ซึ่งเป็นการคุ้มครอง ผลประโยชน์ของคู่ความหรือคู่กรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ของจำเลยหรือผู้ถูกฟ้องคดี

ส่วนการแก้ไขความไม่ถูกต้องในการใช้กฎหมายนั้นต้องแก้ไขส่วนที่เป็นเนื้อหาของคำ พิพากษาและคำวินิจฉัยชี้ขาดในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณา การแก้ไขนั้นเป็นการประนีประนอม ระหว่างความเด็ดขาดแน่นอนของคำพิพากษากับความแน่นอนในเนื้อหาของกฎหมายในสภาวะที่ไม่ มีตัวตน (abstract law) ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะต้องคำนึงถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการ ตีความ กฎหมาย (uniformity)

ในการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดีซึ่งเป็นเนื้อหาของคำพิพากษาส่วนหนึ่งนั้น อาจจะ กล่าวได้ว่าการอุทธรณ์ไม่ใช่เป็นการแก้ไขการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่ไม่ถูกต้องแต่เป็นการแก้ไขให้การ วินิจฉัยชี้ขาดคดีมีแบบฉบับเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นดุลพินิจของผู้ พิพากษาหรือตุลาการแต่ละคน การวินิจฉัยชี้ขาดคดีในแต่ละคดีศาลจึงพิจารณาตามข้อเท็จจริงแห่ง คดีหรือ พยานหลักฐานในสำนวนคดีแต่การอุทธรณ์นั้นมีความประสงค์ที่จะให้ศาลสูงได้ควบคุมการ ใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดการวินิจฉัยชี้ขาดคดีผิดเพี้ยนไปมาก

การแก้ไขความไม่ถูกต้องโดยการอุทธรณ์นี้เป็นที่แน่นอนว่าย่อมทำให้คดีต้องยืดเยื้อ ออกไป (prolong) คือแทนที่คดีจะเสร็จสิ้นลงไปโดยคำพิพากษาของศาลชั้นต้นคดีนั้นต้องมีการ พิจารณาต่อไปอีก การที่คดีต้องเนิ่นช้าออกไปนี้ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายแก่คู่กรณีทุกฝ่าย โดยเฉพาะคู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียหายที่จะต้องรอเวลานานกว่าจะได้รับการเยียวยาแก้ไข นอกจากนี้ยัง เกิดผลเสียในแง่ของการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพราะในระหว่างที่ มีการอุทธรณ์นั้น พยานหลักฐานต่างๆ ในคดีอาจจะสูญหายและความทรงจำของพยานบุคคลอาจจะเลือนรางหรือลืม เลือนไปได้ สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นอุปสรรคในการค้นหาความจริงให้ปรากฏ ซึ่งเป็นหลักสำคัญในการ พิจารณาคดี

กล่าวโดยสรุป การอุทธรณ์เป็นการแก้ไขความไม่ถูกต้องที่ปรากฏในเนื้อหาของคำ พิพากษาซึ่งมีลักษณะสำคัญพอจะสรุปได้ดังนี้คือ

ประการที่หนึ่ง การอุทธรณ์เป็นการคัดค้าน (objection) คำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยกล่าว อ้างว่าคำพิพากษานั้นไม่ถูกต้องเพื่อแก้ไขความเห็นในการกำหนดข้อเท็จจริงหรือการใช้

กฎหมาย ซึ่งคำพิพากษานั้นยังไม่มีผลผูกพันอันถึงที่สุด (finally-binding) การอุทธรณ์เป็นการแก้ไขคำพิพากษาที่ไม่ถูกต้องโดยใช้คำพิพากษาเช่นเดียวกันโดยศาลที่อยู่ในลำดับที่เหนือกว่า

ประการที่สอง เนื้อหาที่เป็นคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์นั้นยอมมีผลผูกพันศาลในลำดับที่ต่ำกว่าให้ปฏิบัติตามไม่มีกฎหมายของประเทศใดให้คำพิพากษาของศาลล่างผูกพันศาลในลำดับที่สูงกว่า

ประการที่สาม การอุทธรณ์เป็นการชะลอ (stay) มิให้คำพิพากษาของศาลที่เริ่มคดีมีผลบังคับ และเป็น การโอนคดีไปสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์โดยศาลที่พิจารณาคืออยู่เดิมนั้นไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นอีกในเมื่อมีการ โอนคดีไปแล้วเว้นแต่จะได้รับการ โอนคดีกลับมาจากศาลสูง

### 2.5.1 วัตถุประสงค์ในการอุทธรณ์

ประการที่หนึ่ง เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้น

การพิจารณาพิพากษาคดีล้วนเป็นการ ใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้แก่คู่กรณี แต่การใช้ดุลพินิจยอมมีขอบเขตจำกัดเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้น ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบในคดีย่อมมีสิทธิอุทธรณ์เพื่อให้ศาลในระดับที่สูงขึ้นไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจนั้น<sup>30</sup>

ประการที่สอง เพื่อป้องกันและแก้ไขไม่ให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาคดีผิดพลาด

การพิจารณาคดีอุทธรณ์มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลอุทธรณ์ หรือศาลสูงพิจารณาคดีซ้ำอีกครั้ง แต่เป็นขั้นตอนการทบทวน (Review) เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของศาลชั้นต้น เนื่องจากโดยปกติศาลสูงมีอำนาจในการมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง ยกคำพิพากษา กลับคำพิพากษา หรือแก้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น

การพิจารณาคดีผิดพลาดนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากปัจจัยหลักๆ 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก การรับฟังข้อมูลข้อเท็จจริงไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วน (Erroneous Determination of Fact) และประการที่สอง การปรับใช้กฎหมายถูกต้อง (Mistaken Application of Law)<sup>31</sup> เมื่อศาลสูงมีอำนาจสั่ง ยกคำพิพากษา กลับคำพิพากษาแก้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นนั้น ก็ย่อมทำให้ศาลชั้นต้นเกิดความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น เพื่อมิให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีความบกพร่องหรือผิดพลาดการอุทธรณ์เป็นการแก้ไขความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งเป็นสิทธิของคู่ความที่

<sup>30</sup> ปวีณา มาสมุททิก. (2533). *การจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกาตามกฎหมายแพ่ง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 62.

<sup>31</sup> เสกสิทธิ์ พงษ์พิบูล. (2541). *การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 6.

สามารถโต้แย้งคำพิพากษาของศาลชั้นต้นได้ หากพบว่ามีความบกพร่องจากการกระทำของศาลล่าง สิทธิในการอุทธรณ์จึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นใหม่ ไม่ใช่สิทธิที่มีมาแต่เดิม (Inherent Right) หรือสิทธิขั้นมูลฐานการอุทธรณ์จึงไม่ใช่การบังคับ ฉะนั้นคู่ความจึงอาจไม่ใช่สิทธิ หรือสละสิทธิในการอุทธรณ์ได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในการปล่อยให้คู่ความใช้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้ทุกครั้ง ย่อมกระทบกระเทือนถึงความเด็ดขาดแน่นอนของคำพิพากษา และความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ ซึ่งจะทำให้ประชาชนเสื่อมความศรัทธาในกระบวนการยุติธรรม แต่ถ้าความไม่ถูกต้องนี้ไม่มีการแก้ไขเสียเลยก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงทำให้แต่ละประเทศวางแนวทางและหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิอุทธรณ์ฎีกาว่าจะทำได้มากน้อยเพียงใด โดยการเลือกใช้นั้นขึ้นอยู่กับความเหมาะสมกับสภาพของสังคมและระบบศาลของตนเอง

### 2.5.2 ระบบการอุทธรณ์ระบบการอุทธรณ์

ในปัจจุบันแบ่งออกเป็น 2 ระบบ กล่าวคือ ระบบ สิทธิ (Appeal as of Rights) และระบบอนุญาต (Discretionary Appeal) โดยมีรายละเอียดดังนี้

ระบบที่หนึ่ง ระบบสิทธิ<sup>32</sup> (Appeal as of Rights) หมายถึงระบบของการอุทธรณ์ฎีกาที่เปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิอุทธรณ์ฎีกาได้อย่างกว้างขวาง โดยถือว่าการอุทธรณ์ฎีกาเป็นสิทธิของคู่ความ การห้ามอุทธรณ์เป็นข้อยกเว้น ซึ่งจะทำในรูปแบบของการจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ฎีกา ซึ่งประเทศไทย ใช้ระบบดังกล่าวนี้ นอกจากนี้ญี่ปุ่น อินเดีย ปากีสถาน ก็ใช้ระบบดังกล่าวด้วยเหมือนกัน

ในระบบของศาลยุติธรรมไทยการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงตามกฎหมายไทยนั้น ถือว่าเป็นสิทธิของคู่ความที่จะอุทธรณ์ได้เสมอเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์ไว้ ซึ่งสิทธิในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงของโจทก์จะถูกจำกัดมากกว่าของจำเลย แต่การจำกัดสิทธิในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงดังกล่าวส่วนใหญ่จะไม่ใช้การจำกัดที่เด็ดขาด หากได้รับการรับรอง จากผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคืออนุญาตว่ามีเหตุอันควรอุทธรณ์คู่ความก็สามารถอุทธรณ์ได้ แสดงให้เห็นว่า สิทธิในการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงนั้นคล้ายคลึงกับระบบซีวิลลอว์ที่ถือหลักเสรีภาพในการอุทธรณ์ (liberality of appeal) และการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริงตามกฎหมายไทย คู่ความจะได้รับการพิจารณาอีก 2 ชั้น กล่าวคือ ศาลชั้นต้นทำหน้าที่ในฐานะผู้กำหนดหรือวินิจฉัยข้อเท็จจริง ศาลอุทธรณ์ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจและแก้ไขความไม่ถูกต้องในการกำหนดข้อเท็จจริงของศาลชั้นต้น ส่วนศาลฎีกาจะทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจและแก้ไขความไม่ถูกต้องในการกำหนดข้อเท็จจริงของศาลอุทธรณ์ต่างจากระบบกฎหมายของประเทศอื่นๆที่ถือวาระบบการอุทธรณ์ปัญหาข้อเท็จจริง เป็นการ

<sup>32</sup> สติต เต็ง ไรสง. (2524). ทางแก้ปัญหาคดีความคงค้างในศาลสูง. *บทบัญญัติ*, 38(2). หน้า 170 – 171.

แก้ไขความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลที่เริ่มคดีเท่านั้น แต่ไม่มีการแก้ไขความไม่ถูกต้องในเนื้อหาของคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อีกชั้นหนึ่ง การอุทธรณ์คำพิพากษาในปัญหาข้อเท็จจริงจึงทำได้เพียงชั้นเดียวเท่านั้น

ส่วนในระบบศาลปกครองของไทยนั้นถือว่าการอุทธรณ์เป็นสิทธิของคู่กรณีโดยไม่มีข้อกำหนดห้ามอุทธรณ์แต่อย่างใด คู่กรณีในคดีหรือบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นสามารถใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริง ปัญหาข้อกฎหมาย และไม่จำกัดโดยจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทอีกด้วย

สิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดนั้นปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า การคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด วรรคสอง บัญญัติว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึง คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาด วรรคสาม บัญญัติว่า ในกรณีที่ศาล ปกครองสูงสุดเห็นว่าคำอุทธรณ์ใดมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจะสั่งไม่รับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาก็ได้ และวรรคสี่ บัญญัติว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดให้เป็นที่สุด<sup>33</sup>

นอกจากนั้นสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งบางประเภทของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดก็ยังปรากฏอยู่ในข้อ 49/1 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยไม่มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดี คำสั่ง ลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 หรือ คำสั่งอื่นใดซึ่งไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ระหว่าง พิจารณาตามข้อ 100 วรรคสอง ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาล ปกครองสูงสุดภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้น โดยที่ ข้อ 6 ของระเบียบดังกล่าว กำหนดให้ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้หรือตามที่ศาลกำหนด เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม<sup>34</sup>

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

<sup>34</sup> ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

### ระบบที่สอง ระบบอนุญาต (Discretionary Appeal)

การอุทธรณ์ระบบอนุญาตเป็นการอุทธรณ์ที่กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้ผู้อุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ได้ทันทีผู้ที่ประสงค์จะยื่นอุทธรณ์จำต้องร้องขออนุญาตอุทธรณ์จากศาลชั้นต้นก่อนและเมื่อศาลชั้นต้นนั้นได้อนุญาตแล้ว จึงจะยื่นอุทธรณ์ได้หรือในกรณีที่ศาลชั้นต้นนั้นไม่อนุญาตให้ผู้อุทธรณ์ยื่นอุทธรณ์ก็ไม่มีสิทธิจะยื่นอุทธรณ์ต่อไปได้ การอุทธรณ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามไม่อาจกระทำได้

#### สิทธิในการอุทธรณ์

การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งต่อศาลสูง สืบเนื่องมาจากการไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น สิทธิในการอุทธรณ์เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นใหม่ต่อจากการได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาหรือคำสั่ง การอุทธรณ์จึงมิใช่สิทธิที่มีมาแต่เดิม (inherent Rights)<sup>35</sup> และมีใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลพึงมีแต่การอุทธรณ์ของศาลปกครองในบางประเทศถือว่าการอุทธรณ์เป็นสิทธิที่ผู้อุทธรณ์จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงจะใช้สิทธิอุทธรณ์ได้

### 2.5.3 เหตุผลการใช้สิทธิอุทธรณ์

#### ประการที่หนึ่ง ความยุติธรรม

หากศึกษาในเชิงนิติปรัชญาความยุติธรรมไม่เพียงแต่ยุติธรรมตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น โดยประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน (Institute) เมื่อ 1500 ปี มาแล้ว กล่าวไว้ว่า “ความยุติธรรม คือ เจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่ทุกคนในส่วนที่ เขาพึงจะได้”<sup>36</sup> ขยายความได้ว่า หน้าที่ของผู้ชี้ขาดคดีต้องมีความรู้ถึงความผิดชอบชั่วดี มีเจตจำนง อันหนักแน่นที่สามารถแยกตนเองออกจากอคติในตนเองได้ การพิจารณาพิพากษาคดีว่าการกระทำใดๆ ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาหรือคำสั่งอาจเรียกร้องถึงการพิจารณาคดีที่ผ่านมาว่าไม่ยุติธรรมแก่ตนเองย่อมมีเสนอคำอุทธรณ์ต่อศาลสูง เพื่อให้ศาลสูง ตรวจสอบยืนยันความยุติธรรมตามสิทธิที่พึงมีอีกครั้งหนึ่ง

#### ประการที่สอง เรียกร้องให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

การเปิดโอกาสให้ประชาชนฟ้องคดีต่อศาลเป็นกลไกทางตุลาการที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง โดยปรากฏอยู่ในข้อ 8 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับบำบัด อันเป็นผลจริงจังกจากศาลที่มีอำนาจแห่งชาติต่อการกระทำอันละเมิดสิทธิหลักมูลซึ่งตนได้รับตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย” ศาลเป็น

<sup>35</sup> Edward Brief Writing and Oral Agreement. (1997). *Ocean Publication*. p. 55. อ้างถึงใน เสกสิทธิ์ พงษ์พิบูล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 7.

<sup>36</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 319-320.

องค์กรที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชาติที่ได้รับการยอมรับมากกว่าองค์กรอื่น<sup>37</sup> แต่การใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งของศาลชั้นต้นก็มีมาตรการอุทธรณ์เป็นมาตรการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด โดยคู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียสามารถใช้สิทธิโต้แย้งหรือคัดค้านคำพิพากษาของศาลชั้นต้นต่อศาลในระดับเหนือขึ้นไปเพื่อเรียกร้องให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพต่อไป

ประการที่สาม การทบทวนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างลึกซึ้ง

การพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริง ประกอบกับข้อกฎหมาย ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับอาจมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอด เนื่องจากมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอยู่เสมอและข้อเท็จจริงของแต่ละคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนต่างกันรวมทั้งพื้นฐานของกรวางแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลก็อาจเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตลอดจนแนวทางการพิจารณาวินิจฉัยของศาลผู้มีสิทธิอุทธรณ์จึงสามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงเพื่อให้ทบทวนการวินิจฉัยของศาลชั้นต้น เนื่องจากศาลสูงมีผู้พิพากษา หรือตุลาการที่มีประสบการณ์และมีความชำนาญเชี่ยวชาญมากกว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ทำหน้าที่ในศาลชั้นต้น<sup>38</sup> จึงสามารถทบทวนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้อย่างลึกซึ้งกว่าศาลชั้นต้น

ประการที่สี่ ป้องกันการฉ้อฉล

สืบเนื่องจากเหตุผลการใช้สิทธิอุทธรณ์เพื่อความยุติธรรม ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีจะต้องมีสำนึกถึงความผิดชอบชั่วดี การพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีย่อมมีผลผูกพันต่อคู่กรณีและผู้ที่เกี่ยวข้อง หากคำพิพากษาเป็นที่สุดผู้ที่ได้รับกระทบจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล คือ ผู้ที่ต้องด้วยคำบังคับของคำพิพากษาหรือคำสั่งตามหลักกฎหมายปิดปากโดยคำพิพากษา (Estoppel by Record)<sup>39</sup> เมื่อการพิจารณาคดีที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ซื่อสัตย์เกิดขึ้น ย่อมเป็นที่แน่ชัดว่าฝ่ายที่ถูกคำบังคับตามคำพิพากษาจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงเปิดช่องให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำพิพากษาหรือคำสั่งมีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งโต้แย้งต่อศาลสูงได้ เพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจว่าเป็นไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายหรือไม่ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmassigkeit von Justiz)<sup>40</sup>

<sup>37</sup> กุลพล พลกัน. (2538). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 138.

<sup>38</sup> Peter E. Heizog and Delmar Karlen. (1984). *Attack on Judicial Decision*. International Encyclopedia of Comparative Law. p 4. อ้างถึงใน เสกสิทธิ์ พงษ์พิกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 8.

<sup>39</sup> Austin Wakemen. (1942). *Collateral Estoppel*. Judgment. Harvard Law. p 56. อ้างถึงใน เสกสิทธิ์ พงษ์พิกุล. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 8.

<sup>40</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). *การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ*. รวมบทความกฎหมายมหาชนจาก เว็บบไซต์ www.pub-law.net. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 341.



ประการที่ห้า ความเชื่อมั่นในความเชี่ยวชาญของตุลาการในศาลสูง การคัดเลือกตุลาการหรือผู้พิพากษาเป็นเรื่องที่มีการความสำคัญมากจึงมีการ สร้างหลักเกณฑ์ไว้อย่างสูงเพื่อให้ได้ บุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญและเป็นบุคคลที่เหมาะสมกับการดำรงตำแหน่งจริงๆ โดยเฉพาะ ตุลาการหรือผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลสูง คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งย่อมต้องมีมาตรฐาน สูงกว่าศาลชั้นต้น เช่น การเลื่อนลำดับของผู้พิพากษาจากศาลชั้นต้นมาเป็นผู้พิพากษาในศาลสูง ผู้ พิพากษาหรือตุลาการในศาลสูงจึงมีประสบการณ์มากกว่า และความอาวุโสในตำแหน่งมากกว่า เมื่อ เป็นเช่นนั้นแล้ว การที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งผู้ได้รับผลกระทบจึงมีความเชื่อมั่นว่าคดี ของตนยังไม่ได้รับการพิจารณาพิพากษาที่ถูกต้องย่อมที่จะอุทธรณ์เพื่อที่จะได้รับการพิจารณาจากผู้ ที่ มีมาตรฐานสูงกว่าการพิจารณาคดีมีความลึกซึ้งมากกว่า และคาดหวังว่าจะได้รับการพิจารณาที่ ถูกต้องและเป็นธรรมจากการพิจารณาพิพากษาหรือการมี คำสั่งของศาลสูง

#### 2.5.4 รูปแบบโครงสร้างศาล

##### รูปแบบศาล 1 ชั้นศาล

รูปแบบศาล 1 ชั้นศาล คือ ศาลที่มีโครงสร้างเพียงศาลเดียว ศาลจะทำหน้าที่เป็นศาล ชั้นต้นและศาลสูงสุดในเวลาเดียวกัน โดยคำพิพากษาของศาลนั้นจะเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งต่อไปอีก โดยศาลที่มีโครงสร้างชั้นเดียวนี้ส่วนใหญ่เป็นศาลที่พิจารณาคดีเฉพาะที่มีความสำคัญ เพื่อทำให้เกิด ความชัดเจนของคำพิพากษาและการพิพากษาคดีใช้ระยะเวลาไม่นานนัก ในประเทศไทยที่มีปรากฏ ก็ได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ

##### รูปแบบศาล 2 ชั้นศาล

รูปแบบศาล 2 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้นและศาลสูงสุด โดยการเริ่มฟ้องคดีจะยื่นต่อศาล ชั้นต้น เมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด ซึ่งศาล สูงสุดเป็นศาลสุดท้ายคำพิพากษาของศาลสูงสุดจึงทำให้คดีถึงที่สุดจะได้แย้งต่อไปอีกไม่ได้ ซึ่งได้แก่ ศาลภาษีอากรศาลแรงงาน หรือศาลปกครอง เป็นต้น

##### รูปแบบศาล 3 ชั้นศาล

รูปแบบศาล 3 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด การฟ้องคดีเริ่ม จากศาลชั้นต้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นอาจถูกโต้แย้งโดยการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ เมื่อ ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียสามารถโต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของ ศาลอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดได้ โดยศาลสูงสุดจะเป็นศาลสุดท้ายที่จะวินิจฉัยชี้ขาดคดี คำพิพากษา หรือ คำสั่งของศาลสูงสุดจึงมีผลให้คดีถึงที่สุดจะได้แย้งต่อไปอีกไม่ได้เช่นกัน ดังที่ปรากฏในศาลยุติธรรม ปกติ