

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจรัฐในทางกฎหมายมหาชน

การศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจรัฐในทางกฎหมายมหาชนนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาถึงแนวความคิดในการกำเนิดรัฐ รัฐเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมและเป็นแนวความคิดที่เป็นนามธรรม โดยมีนักปรัชญาเมธีทั้งหลายสนับสนุนให้รัฐได้ถือกำเนิดขึ้นในฐานะสถาบันเจ้าของอำนาจทางการเมืองสูงสุด และเนื่องจากรัฐเป็นสถาบันนามธรรม รัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจรัฐได้ด้วยตนเอง รัฐจึงต้องจัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้นเพื่อใช้อำนาจในนามของรัฐแทนรัฐโดยมีวัตถุประสงค์ของรัฐ อันได้แก่ประโยชน์ส่วนรวมเป็นกรอบที่คอยกำหนดพฤติกรรมขององค์กรของรัฐว่าต้องใช้อำนาจรัฐไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ องค์กรของรัฐจึงต้องใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมอันเป็นเหตุผลแห่งการดำรงอยู่ของรัฐหรือวัตถุประสงค์ของรัฐ

2.1 แนวความคิดในการกำเนิดรัฐ : กำเนิดรัฐในสังคมมนุษย์ทางปรัชญา

2.1.1 รัฐเกิดจากพันธสัญญาประชาคม

แนวคิดนี้มองว่ารัฐเกิดจากสัญญาประชาคม นักปรัชญาเมธีกลุ่มนี้ที่สำคัญมี 3 ท่าน ได้แก่ ฮอบส์ ล็อก และรูสโซ แม้ว่าทั้ง 3 ท่านจะอธิบายกำเนิดของสังคมต่างกัน แต่ในการกำเนิดรัฐต่างอธิบายเหมือนกันว่า เมื่อสังคมพัฒนามาถึงจุดๆ หนึ่ง มนุษย์ในสังคมจะทำสัญญาประชาคมขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมการเมืองที่เรียกว่ารัฐ รัฐจึงถือกำเนิดขึ้น ณ จุดนี้

โทมัส ฮอบส์ กับสัญญาประชาคม

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbs ค.ศ.1588-1679) นักปรัชญาเมธีชาวอังกฤษเกิดที่เมืองมาลส์เบอริ (Malasesbury) จบการศึกษาที่มหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ดได้ใช้ชีวิตส่วนใหญ่เป็นครูสอนหนังสือประจำตระกูลคาเวนดิชซึ่งเป็นตระกูลขุนนางเชื้อพระวงศ์ อังกฤษในช่วงชีวิตของฮอบส์นั้นเป็นภาวะของอนาธิปไตยเพราะเต็มไปด้วยสงครามกลางเมืองอันมีสาเหตุมาจากความขัดแย้งทางศาสนาและการเมือง จากสภาวะการณ์ที่ฮอบส์ได้เผชิญอยู่จึงส่งผลต่อ

แนวความคิดทางการเมืองของเขา งานอันยิ่งใหญ่ของฮอบส์ที่ถือกันว่าเป็นงานเขียนชั้นคลาสสิกในเรื่องเกี่ยวกับปรัชญาการเมืองคือ รัฐธูราธิปไตย (Leviathan 1651)

ฮอบส์กล่าวว่า ธรรมชาติของมนุษย์เต็มไปด้วยกิเลสตัณหา ความเห็นแก่ตัว และมีความต้องการอย่างไม่สิ้นสุด เพื่อตอบสนองความต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ในขณะที่เดียวกันธรรมชาติสร้างมนุษย์มาให้เท่ากันทั้งในร่างกายและจิตใจ¹ ความเท่าเทียมกันทางกายเห็นประจักษ์ได้จากข้อเท็จจริงที่ว่าคนอ่อนแอที่สุดยังสามารถสังหารคนที่แข็งแรงที่สุดได้ สำหรับด้านจิตใจ คือ ความรอบคอบ มนุษย์สามารถมีความรอบคอบทัดเทียมกัน ถ้ามีโอกาสสังสรรค์ประสพการณ์ได้เท่าๆ กัน² เนื่องจากมนุษย์มีความเสมอภาคกันโดยธรรมชาติเช่นนี้ มนุษย์จึงใช้สิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติเพื่อสนองความต้องการของตนอย่างเต็มที่ ไม่มีใครได้เปรียบใคร เมื่อทุกคนต้องการบรรลุผลอันเดียวกันพวกเขาก็จะกลายเป็นศัตรูซึ่งกันและกัน³ และสาเหตุหลักที่มนุษย์ต้องต่อสู้ขัดแย้งกันได้แก่

1. การแข่งขัน (Competition) เพื่อผลประโยชน์ของตัวเอง
2. การไม่ไว้ใจซึ่งกันและกัน (Distrust of others) บนพื้นฐานของความต้องการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวเอง
3. ความโลภเพื่อความรุ่งโรจน์ (Thirst of glory) โดยต้องการให้คนเคารพยกย่อง⁴

¹ Hobbs , Leviathan , part I , Chap. XIII , p.183., อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ สถาอานันท์, "วิธีการของฮอบส์ใน LEVIATHAN" . ใน ปรัชญาการเมืองสมัยใหม่ . สมบัติ จันทรวงศ์ บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2521) , หน้า 71.

² สมบัติ อารังธัญวงศ์. การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา. พิมพ์ครั้งที่ 13. (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2546), หน้า 139.

³ เขียน ธีรวิทย์, สถาปนิกผู้สร้างทฤษฎีการเมืองตะวันตกจากแม็คเคิลเวลล์ถึงรูสโซ. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2523), หน้า 72.

⁴ บุญทัน ดอกโรสด์, พื้นฐานแนวความคิดและปรัชญาการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2523), หน้า 103.

ความขัดแย้งกันเช่นนี้จะชักพามนุษย์ไปอยู่ในสภาวะสงคราม ในสภาวะสงครามทุกคนจะเป็นศัตรูกัน ขาดความปลอดภัย และเป็นอุปสรรคต่อความเจริญเติบโตทางเกษตรกรรม พาณิชยกรรม อุตสาหกรรม ตลอดจนความเจริญทางศิลปวิทยาการ มนุษย์จะต้องออกจากสภาวะนี้ถ้าไม่ยากเห็นมนุษยชาติถูกทำลายล้าง

แม้ฮอบส์มีความเชื่อในเบื้องต้นว่ามนุษย์นั้นเห็นแก่ตัวและเต็มไปด้วยกิเลสตัณหาก็ตาม แต่มนุษย์โดยธรรมชาติเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล (Rational Animal) เป้าหมายของชีวิตมนุษย์ คือ ความอยู่รอด และสิ่งที่มนุษย์กลัวที่สุด คือ ความตาย กฎธรรมชาติจึงสอนให้มนุษย์แสวงหาสันติภาพ และเพื่อบรรลุจุดหมายแห่งสันติภาพอันจะนำชีวิตไปสู่ความสุข มนุษย์จึงเข้าทำสัญญาระหว่างกันเพื่ออยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมือง โดยยอมสละสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติให้แก่รัฐอธิปไตยด้วยความสมัครใจ สิทธิเสรีภาพส่วนที่สละนั้นจะมีค่าเท่ากับสิทธิและเสรีภาพของตนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด นี่คือจุดกำเนิดรัฐตามทฤษฎีของฮอบส์

ตามความเห็นของฮอบส์จึงพิจารณาได้ว่า พันธสัญญาดังกล่าวนี้เป็นพันธสัญญาที่ทุกๆ คนในประชาคมนั้นต่างหันหน้าเข้ามาทำสัญญากันเอง ไม่ใช่พันธสัญญาที่ประชาชนแห่งประชาคมนั้นทำกับรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญา และเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาพันธกิจตามสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเหนือทุกๆ คนในประชาคมนั้น และเป็นนิรันดรไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้

เนื่องจากรัฐเป็นนามธรรม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งเรียกว่ารัฐอธิปไตยทำหน้าที่ดังกล่าว ทุกๆ คนในประชาคมนั้นต้องยอมรับและเชื่อฟังรัฐอธิปไตย แนวความคิดดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงสัญญาสวามิภักดิ์ (Pactum Subjectiones)⁵ อันเป็นการส่งเสริมการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 189.

Monarchie absolue) และภาระหน้าที่ของรัฐบาลิบัติตามความเห็นของฮอบบส์คือให้ความปลอดภัยแก่ปวงชน⁶ เพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพและความมั่นคงแก่ทุกๆ คนในประชาคมนั้น

ในทัศนะของฮอบบส์ รัฐเกิดขึ้นจากเจตนาของมนุษย์ มิได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ เพื่อรักษาสติตามธรรมชาติของมนุษย์ รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองและปกป้องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว โดยการตรากฎหมายสำหรับจัดระเบียบให้สมาชิกของรัฐอยู่ร่วมกันอย่างสันติ และในการตรากฎหมาย รัฐอาจนำกฎธรรมชาติมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้เพื่อเป็นการทำให้เนื้อหาของกฎธรรมชาติและเนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกัน⁷

จอห์น ล็อก กับสัญญาประชาคม

จอห์น ล็อก (John Lock ค.ศ. 1652-1704) นักปรัชญาเมธีชาวอังกฤษเป็นนักปราชญ์ร่วมสมัยเดียวกับฮอบบส์ และมีความคิดเช่นเดียวกันโดยปรารถนาสันติภาพและความสงบสุข ผลงานทางความคิดของล็อกมีหลายเรื่องแต่ผลงานที่ทำให้ล็อกมีชื่อเสียง คือ หนังสือสองเล่มว่าด้วยการปกครอง (Two Treatises of Government : ค.ศ.1688)

เจกเช่นเดียวกับฮอบบส์ ล็อกเริ่มต้นงานของเขาจากสภาวะธรรมชาติ โดยมองว่า ในสภาวะธรรมชาติมนุษย์มีสิทธิ เสรีภาพ เสมอภาค และอิสรภาพ แม้อยู่ในสภาวะเช่นนี้มนุษย์ก็มีแนวโน้มในการอยู่ร่วมกันเป็นหมู่คณะและมีการติดต่อสัมพันธ์กัน โดยมีกฎแห่งธรรมชาติทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการอยู่ร่วมกันซึ่งมีผลผูกพันมนุษย์ทุกคน และด้วยเหตุผลแห่งกฎธรรมชาตินี้ได้สอนให้มนุษย์ทุกคนรู้ว่า มนุษย์เกิดมามีสิทธิ เสรีภาพ เสมอภาค และอิสรภาพทัดเทียมกัน ไม่มีบุคคลที่จะมีสิทธิทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้อื่น ด้วย

⁶ ส. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2520), หน้า 82.

⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), หน้า 20-21.

เหตุนี้มนุษย์ในสภาวะธรรมชาติจึงเป็นผู้มีคุณธรรมพอสมควร และสภาวะธรรมชาตินี้มิได้เป็นสภาวะแห่งสงครามดังที่ฮอบส์เข้าใจ

อย่างไรก็ดี แม้ในสภาวะธรรมชาตินี้จะมีกฎแห่งธรรมชาติทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ มนุษย์ก็ยังสามารถเกิดความขัดแย้งกันได้ เพราะสังคมมนุษย์ภายใต้สภาวะธรรมชาติขาดกลไกในการจัดระเบียบที่ชัดเจน 3 ประการ คือ

1. สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่ไม่มีกฎหมายอันเป็นมาตรฐานที่ทุกคนยอมรับร่วมกัน เนื่องจากมนุษย์แต่ละคนมีความรู้เกี่ยวกับกฎแห่งธรรมชาติไม่เหมือนกันอาจทำให้เข้าใจกฎแห่งธรรมชาติแตกต่างกันได้
2. สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่ไม่มีตุลาการที่มีความเป็นกลางและเที่ยงธรรมอันเป็นที่ยอมรับร่วมกันของสังคม ในการทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทอันเกิดขึ้นภายใต้กฎแห่งธรรมชาติ ทั้งนี้ตุลาการต้องเป็นคนกลางไม่มีส่วนได้เสียกับคู่กรณี
3. สภาวะธรรมชาตินี้เป็นสภาวะที่ไม่มีองค์กรกลางทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามคำตัดสิน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้มนุษย์แต่ละคนบังคับกันเอง

ข้อบกพร่องภายใต้สภาวะธรรมชาติดังกล่าว ทำให้มนุษย์ต้องใช้เหตุผลส่วนบุคคลเพื่อตัดสินความขัดแย้งที่เกิดขึ้นตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร⁸ สภาพการณ์เช่นนี้จึงปราศจากความยุติธรรมและคุกคามต่อสิทธิ เสรีภาพ อิศรภาพ และความเสมอภาคตามธรรมชาติอย่างยิ่ง มนุษย์จึงจำเป็นต้องหาหนทางแก้ไขเพื่อให้หลุดพ้นจากสภาพการณ์ดังกล่าว โดยตกลงร่วมกันจัดตั้งสังคมการเมืองขึ้นเพื่อสร้างหลักประกันให้กับความอยู่ดีมีสุขของบุคคล รวมตลอดถึงการดำรงรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สิน⁹ ทั้งนี้จุดมุ่งหมายของการตกลงร่วมกันในสัญญาประชาคม (Social

⁸ สมบัติ ธำรงธัญวงศ์, การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา. พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2546), หน้า 161.

⁹ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร, 2536), หน้า 55.

Contract) คือการจัดตั้งองค์กรและสถาบันที่มีความเที่ยงธรรมในการบัญญัติและบังคับใช้กฎหมาย¹⁰ นั่นเอง

สัญญาประชาคมในทัศนะของล๊อคคั้น เกิดจากการกระทำ 2 ครั้ง ครั้งแรก เป็นการสถาปนาสังคมประชาชน (civil society) ขึ้นเพื่อให้หลุดพ้นจากความไม่สมบูรณ์ในสภาวะธรรมชาติ ครั้งที่สอง เป็นการสถาปนารัฐบาลซึ่งเป็นตัวแทนทำหน้าที่ให้แก่สังคมเป็นส่วนรวม¹¹

อนึ่ง การจัดตั้งสัญญาประชาคมตามแนวคิดของล๊อคคั้น ราษฎรทั้งหลายยังคงสงวนสิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ไว้ สิทธิเหล่านี้ยังคงมีอยู่เพื่อจำกัดอำนาจของสังคมและเป็นรากฐานให้กับเสรีภาพ¹² ราษฎรทั้งหลายเพียงแต่โอนอำนาจบังคับการตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐที่ได้ตั้งขึ้นตามสัญญานี้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเป็นรัฐที่มีหน้าที่รักษาความสงบและอำนวยความสะดวก มีอำนาจจำกัด ไม่ใช่รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีอำนาจเด็ดขาด สัญญาประชาคมตามความคิดของล๊อคคั้นเรียกว่าเป็นสัญญาสันติภาพ (Pactum Unionis) ไม่ใช่สัญญาสวามิภักดิ์ (Pactum Subjectionis)¹³ และหน้าที่หลักของรัฐคือธำรงไว้ซึ่งเสรีภาพ ชีวิต และทรัพย์สินของเอกชน การธำรงไว้ซึ่งสิ่งเหล่านี้เรียกรวมได้ว่าเป็นการธำรงไว้ซึ่งความดีงามร่วมกัน (The Common Good) ด้วยเหตุนี้อำนาจของรัฐที่ตั้งขึ้นจากสัญญาประชาคมนี้จึงไม่อาจก้าวล่วงจากการรักษาสิ่งนี้ได้” ถ้าเมื่อใดรัฐฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อนี้โดยทำละเมิดต่อสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของราษฎรแล้ว การกระทำของรัฐเช่นนี้ย่อมเป็นการฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจของราษฎรตามสัญญา กล่าวคือ เป็น

¹⁰ สมบัติ ธำรงธัญวงศ์. การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา. พิมพ์ครั้งที่ 13. (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2546), หน้า 162.

¹¹ เขียน ธีรวิทย์. สถาปนิกผู้สร้างทฤษฎีการเมืองตะวันตกจากแม็คคีย์เอเวลล์ถึงรูสโซ. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2523), หน้า 101.

¹² พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย. ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร, 2536), หน้า 57.

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546), หน้า 208-209.

¹⁴ Two Treatises of Civil Government, Bk. II, ch. Xi, sec. 135. อ้างถึงใน ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546), หน้า 209.

การฝ่าฝืนเงื่อนไขสำคัญแห่งการมีอำนาจของรัฐ หากเกิดกรณีเช่นนี้ประชาชนย่อมมีสิทธิปฏิวัติได้

ด้วยเหตุนี้ รัฐซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นจึงมีหน้าที่หลักในการเพิ่มพูนหลักประกันการใช้สิทธิเสรีภาพและธำรงรักษาไว้ซึ่งทรัพย์สินของประชาชน ทั้งนี้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจะสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อมีการแยกอำนาจ เพราะอำนาจหากอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวแล้วโอกาสในการบิดเบือนการใช้อำนาจก็ยังมีมาก ดังนั้นสิทธิ เสรีภาพของประชาชนจะถูกละเมิดอย่างแน่นอน การที่ลืบลำกัณฑ์และแบ่งแยกอำนาจก็เท่ากับเป็นการปฏิเสธความคิดเรื่องอำนาจสูงสุดขององค์อธิปัตย์¹⁵ นั่นเอง

ฌอง ฌาค รุสโซ กับสัญญาประชาคม

ฌอง ฌาค รุสโซ (Jean-Jacques Reussau ค.ศ.1712-1778) นักปรัชญาเมธีที่ยิ่งใหญ่แห่งศตวรรษที่ 18 มีชีวิตอยู่ในช่วงปลายยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งเป็นยุคที่มีความรู้สึกไม่พึงพอใจในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเป็นยุคแห่งการเรียกร้องหาเสรีภาพ เสมอภาค และความเป็นธรรมในสังคม¹⁶ ผลงานทางการเมืองที่สำคัญของรุสโซมีจำนวนมาก แต่ผลงานที่มีชื่อเสียงโดดเด่นและเป็นที่น่าสนใจแพร่หลายที่สุด คือ สัญญาประชาคม (The Social contract : ค.ศ.1762) เป็นผลงานที่มุ่งเน้นความสำคัญของเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย¹⁷

รุสโซเริ่มต้นแนวคิดที่ว่า สภาวะธรรมชาติเป็นสภาวะที่ผาสุก¹⁸ และเป็นสภาวะที่ดีที่สุดสำหรับมนุษย์ เต็มไปด้วยความสงบ มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสูงสุดและมีความเสมอภาคทัดเทียม

¹⁵ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร, 2536), หน้า 55.

¹⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546), หน้า 217.

¹⁷ สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 13. (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2546), หน้า 179.

¹⁸ Marcel Prelot, *Histoire des idees politiques*, Dalloz., deuxieme edition,

กัน ความเจริญก้าวหน้าทางศิลปวิทยาการเป็นต้นเหตุทำให้สันติภาพ เสรีภาพ และความเสมอภาค ซึ่งเป็นลักษณะทั่วไปของสภาวะธรรมชาติเสื่อมลง เหตุเพราะศิลปวิทยาการก่อให้เกิดทรัพย์สินส่วนตัว ทำให้มนุษย์ตกเป็นทาสของกิเลสตัณหา สะสมซึ่งทรัพย์สิน อำนาจ ชื่อเสียง เกียรติยศ

เมื่อสังคมแปรเปลี่ยนไปและเป็นไปไม่ได้ที่จะถอยหลังกลับไปสู่สภาวะธรรมชาติดั้งเดิม จึงจำเป็นต้องจัดระเบียบสังคมที่มีอยู่ให้เป็นไปในลักษณะที่เสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์ยังคงได้รับการเคารพปฏิบัติ¹⁹ การก่อตั้งสังคมการเมืองอันมีกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินส่วนตัวและมีกำลังจึงเป็นสิ่งจำเป็น²⁰ โดยมีความปลอดภัยเป็นเป้าหมายของการก่อตั้งสังคม²¹ ด้วยเหตุนี้สัญญาประชาคมจึงเกิดขึ้นเพื่อการก่อตั้งสังคมการเมืองและเป็นรากฐานของสิทธิทางสังคมแทนที่สิทธิตามธรรมชาติที่ถูกทำลายลงไปพร้อมกับความเสื่อมสลายของสภาวะธรรมชาติ

สัญญาประชาคมเกิดขึ้นโดยผู้ร่วมสัญญาแต่คนยอมสละสิทธิของตนทั้งหมดให้แก่สังคมเป็นการมอบตัวและพลังอำนาจทั้งหมดที่ตนมีให้มาอยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไป (General Will) การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการมอบเอกสิทธิ์ให้แก่ผู้ร่วมสัญญาคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ จึงไม่มีใครมีฐานะดีกว่าใคร ทุกคนเท่าเทียมกันหมด แต่เป็นการทำให้ผู้ร่วมสัญญาทั้งหมดกลายเป็นบุคคลร่วมที่มีความรับผิดชอบ มีเอกภาพ มีวิญญูณ มีชีวิต และมีเจตจำนงเป็นของตนเอง บุคคลร่วมนี้เรียกว่า ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมีหน้าที่แสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป และด้วยเหตุที่อำนาจอธิปไตยมาจากเจตจำนงทั่วไปจึงทำให้อำนาจอธิปไตยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ เป็นสิ่งที่โอนให้แก่กันไม่ได้ (The Inalienability of Sovereignty) และเป็นสิ่งที่แบ่งแยกมิได้ (The Indivisibility of Sovereignty) เพราะเป็นสิ่งเฉพาะตัว เมื่อเจตจำนงทั่วไป (General Will) มาจากประชาชนทุกคน การปกครองโดยเจตจำนงทั่วไปนี้จึงเป็นเสมือนการปกครองของประชาชน โดยประชาชน เพื่อประชาชน

1958, หน้า 405 อ้างถึงใน พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : พิมพ์อักษร, 2547), หน้า 147.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 171.

²⁰ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 375.

²¹ เขียน ธีรวิทย์, สถาปนิกผู้สร้างทฤษฎีการเมืองตะวันตกจากแม็คคิเอเวลลีถึงรูสโซ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : เจริญวิทย์การพิมพ์, 2523), หน้า 136.

อนึ่ง เจตจำนงทั่วไป หรือ General Will นี้ย่อมเป็นเครื่องแสดงออกซึ่งความคิดเห็นและความต้องการของส่วนรวม การกระทำที่มาจากเจตจำนงทั่วไปของประชาชนและมีผลบังคับคนทั่วไปนี้เรียกว่ากฎหมาย ตามข้อตกลงประชาคมนั้น สิทธิในการบัญญัติกฎหมายเป็นสิทธิของประชาชน และเป็นสิทธิที่โอนให้ใครไม่ได้เพราะกฎหมาย คือ เจตจำนงทั่วไปของประชาชนที่จะนำมาใช้บังคับกับประชาชนโดยเสมอภาค ดังนั้น ประชาชนที่มาร่วมทำสัญญากันในฐานะผู้ทรงอำนาจอธิปไตย คือ ผู้บัญญัติกฎหมาย²² ด้วยเหตุผลดังกล่าวรัฐไซจึงสนับสนุนการปกครองในระบบประชาธิปไตยทางตรงโดยประชาชนเท่านั้น การออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของรัฐไซจึงมีได้เพียงสองวิธีคือ ประชาชนออกกฎหมายเอง หรือมีผู้เสนอกฎหมายแล้วให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (referendum)

2.1.2 รัฐเกิดจากความขัดแย้ง (les conflits)

แนวความคิดนี้อธิบายว่ารัฐเป็นผลของการต่อสู้ระหว่างชนชั้น โดยคนกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่าผู้ปกครองต้องการจัดระเบียบการปกครองคนอีกกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่าผู้ใต้ปกครอง เพื่อประโยชน์ในการสถาปนาความเหนือกว่าของผู้ปกครองและเพื่อให้สังคมมีเสถียรภาพ²³ นักปรัชญาที่อธิบายกำเนิดรัฐในแนวความคิดนี้มีหลายท่าน ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นนักปรัชญาที่ใช้วิธีการทางสังคมวิทยาและทางประวัติศาสตร์ในการศึกษาข้อเท็จจริง นักปรัชญาเหล่านี้อธิบายการกำเนิดรัฐในรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่เหมือนกันอยู่จุดหนึ่งคือต่างอธิบายว่ากำเนิดของรัฐเป็นข้อเท็จจริงนอกกฎหมาย

มองเตสกีเออ เป็นผู้เริ่มต้นใช้วิธีเปรียบเทียบกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์การเมืองคนแรก โดยเชื่อว่าการปกครองทุกรูปแบบไม่ว่าเป็นระบอบกษัตริย์ ระบอบทระราชย์ ระบอบอังกฤษนั้น เป็นการจัดองค์กรและอำนาจในการปกครองโดยอาศัยหลักการกำจัดข้อขัดแย้งในสังคมให้ดีที่สุด ดังนั้นความขัดแย้งจึงเป็นหัวใจของสังคมรัฐ ดังนั้นการวิเคราะห์รัฐรูปแบบการปกครองรวมไปถึงการจัดระบบการปกครองจึงต้องคำนึงถึงความขัดแย้งอยู่ตลอดเวลา โดยเขาอธิบายว่า ในระบอบกษัตริย์ซึ่งแตกต่างจากรบอบทระราชย์นั้น หลักของการปกครอง

²² สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมือง : แนวความคิดและการพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 13. (กรุงเทพฯ : เสมาธรรม, 2546), หน้า 192.

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐและการจัดโครงสร้างองค์กรในรัฐ, มปป. หน้า 17.

และขจัดความขัดแย้งก็คือ เกียรติศักดิ์ (l'honneur) ซึ่งใช้ร่วมกับกฎเกณฑ์อื่นๆ บางประการ โดยมีชนชั้นขุนนางเป็นศูนย์กลางสร้างเสถียรภาพระหว่างอำนาจและความต้องการของกษัตริย์ฝ่ายหนึ่ง กับประชาชนส่วนใหญ่อีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ให้เกิดความขัดแย้งจนทำลายสังคมและการปกครองในที่สุด สภาพการปกครองแบบนี้ต่างจากทระราชย์ ซึ่งไม่มีชนชั้นขุนนางเป็นศูนย์กลางคอยแก้ความขัดแย้ง และจบลงด้วยความกลัวและความระแวงจาก 2 ฝ่ายและการใช้กำลังในที่สุด แต่ระบอบกษัตริย์แบบอังกฤษนั้นมองเตสกีเออเห็นว่า ความขัดแย้งที่มีอยู่ในสังคมระหว่างกษัตริย์กับประชาชน ถูกแก้ไขให้หมดไปด้วยการแบ่งแยกอำนาจและการมีขุนนางเป็นศูนย์กลางอย่างไรก็ดี ที่สำคัญคือมองเตสกีเออเชื่อว่าสังคมที่มีอยู่ตามธรรมชาติและขัดแย้งกันนั้นจะดำรงอยู่ต่อไปได้เพราะมีระบบการปกครองที่ขจัดความขัดแย้งในสังคม

ล๊อค และรูสโซ แม้จะอธิบายว่ารัฐเกิดจากพันธสัญญาประชาคมดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นก็ตาม แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งถึงสาเหตุของการเกิดพันธสัญญาก็จะพบว่าความขัดแย้งนั่นเองที่ก่อให้เกิดพันธสัญญาขึ้น

รูสโซเห็นว่าแม้ในสภาพธรรมชาติที่มนุษย์มีทุกอย่างตามต้องการ มนุษย์จะดีและรักสงบ ไม่รุกรานผู้อื่น ไม่ก้าวร้าวผู้อื่น แต่เมื่อเกิดสิ่งที่เรียกว่าความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ขึ้น มนุษย์ก็จะกลายเป็นคนเห็นแก่ตัวและโหดร้ายขึ้นทันที ความขัดแย้งก็เกิดขึ้น การกดขี่ข่มเหงรังแกก็เกิดขึ้น ทำให้มนุษย์จำต้องมารวมกันเป็นสังคม โดยทำสัญญาประชาคมขึ้น เพื่อให้มีผู้ปกครองและระบบการปกครองที่ขจัดความขัดแย้ง คุ่มครองผู้อ่อนแอ ลงโทษผู้ข่มเหง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาประชาคมเป็นเพียงวิธีการแก้ปัญหาเท่านั้น แต่เนื้อแท้ของระบบการปกครองคือความขัดแย้ง และความขัดแย้งนี้เองที่เป็นเหมือนกำลังขับเคลื่อนระบอบการปกครอง แต่ถ้าความขัดแย้งมีมากถึงขนาดแก้ไม่ได้ก็จะเกิดความวุ่นวายและกระทบหรือทำลายสัญญาประชาคมในท้ายที่สุด²⁴

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

จอห์น ล็อค ได้พูดถึงทฤษฎีความขัดแย้งเช่นเดียวกับรุสโซ โดยมองว่าพันธสัญญาที่เกิดขึ้นในประชาคมเป็นหนทางที่เข้ามาแก้ไขความขัดแย้ง กล่าวคือ การที่ประชาชนในประชาคมเข้าทำสัญญาประชาคมเพราะต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชนด้วยตนเอง โดยใช้พันธสัญญาดังกล่าวเป็นตัวควบคุมมิให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในรัฐ²⁵

อย่างไรก็ดี ผู้ที่อธิบายกำเนิดรัฐจากความขัดแย้งได้ดีที่สุดเห็นจะไม่มีใครเกินนักประวัติศาสตร์อย่างเฮเกล และคาร์ล มาร์กซ์ กับนักสังคมวิทยาอย่างออฟเฟิลไฮเมอร์ การวิเคราะห์กำเนิดรัฐทางสังคมวิทยาและประวัติศาสตร์นี้ใช้ข้อเท็จจริงเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ โดยมองว่ารัฐเกิดจากความขัดแย้งในสังคมแต่ละยุค รัฐเป็นการจัดระเบียบสังคมเพื่อให้มีเสถียรภาพ การวิเคราะห์กำเนิดรัฐในแนวประวัติศาสตร์สังคมวิทยานี้แยกรัฐออกจากสังคม โดยถือว่าสังคมเป็นการรวมกลุ่มของคน แต่รัฐเป็นการจัดระเบียบการปกครองกลุ่มคนในสังคมนั้น

เฮเกลกล่าวว่ารัฐเป็นผลผลิตของพัฒนาการแห่งความขัดแย้งทางประวัติศาสตร์ของสังคม และเป็นผลจากการตกเถียงที่เกี่ยวกับเสรีภาพและอำนาจ กล่าวคือ รัฐใช้อำนาจในการจัดระเบียบสังคมที่ประสานระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลของคนแต่ละคน ประโยชน์ของกลุ่ม และประโยชน์ส่วนรวมของคนทั้งหมด จากแนวความคิดดังกล่าว รัฐจึงเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากการกระทำทางความคิด และจากความคิดดังกล่าวจึงนำมาสู่การวิเคราะห์สังคมในมิติทางเศรษฐกิจ โดยภาพรวมไม่ใช่มิติทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งภายหลังการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงแล้ว เฮเกลเห็นว่ารัฐเป็นสิ่งจำเป็นและมีเหตุผล

อย่างไรก็ดี แม้ว่าแนวความคิดของมาร์กซ์จะเดินตามเฮเกลแต่บทสรุปนั้นแตกต่างกัน สำหรับมาร์กซ์นั้นไม่เห็นด้วยกับกรอบความคิดทางอุดมคติของเฮเกล เพราะเขาเห็นว่าขบวนการที่สำคัญๆ ทางประวัติศาสตร์นั้นไม่ใช่เรื่องของโลกทางความคิด แต่เป็นเรื่องของโลกทางวัตถุหรือพลังของการผลิต ซึ่งตรงกันข้ามกับที่เน้นเรื่องอุดมคติ ถึงแม้อาจโต้แย้งได้ว่าพลังของการผลิตก็เป็นผลผลิตของจิตใจมนุษย์และเป็นสิ่งที่ธรรมชาติให้มาก็ตาม แต่มาร์กซ์เห็นว่าการขัดแย้งไม่ใช่ภาพสะท้อนของความคิด แต่เกิดจากความขัดแย้งของพลังทางวัตถุซึ่งสัมผัสได้ ส่วนความคิด

²⁵ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2547), หน้า 26-27.

เป็นเพียงผลของพลังทางวัตถุ การศึกษาประวัติศาสตร์จึงต้องเน้นที่ตัววัตถุซึ่งเป็นรูปธรรม แต่จิตใจนั้นเป็นนามธรรมซึ่งสัมผัสไม่ได้²⁶

ทั้งนี้ มาร์กซได้ให้ความหมายและวิเคราะห์รัฐในฐานะที่เป็นรูปแบบทางการเมือง ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำอธิบายในเรื่องวัตถุนิยมประวัติศาสตร์ โดยมองว่ารัฐคือเครื่องมือที่ชนชั้นปกครองสร้างขึ้นเพื่อกดขี่และหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากผู้ใต้ปกครอง ทั้งนี้ สามารถจำแนกแนวความคิดได้ 2 ประการ ดังต่อไปนี้ ประการแรก รูปแบบและสถาบันทางการเมืองต่างๆ เป็นเพียงผลสะท้อนของเทคนิคและวิธีการผลิตแบบต่างๆ อันเป็นโครงสร้างเบื้องล่างของสังคม สถาบันทางการเมือง จริยธรรม ศาสนา กฎหมาย ศิลปะ ฯลฯ เป็นโครงสร้างเบื้องบน แต่โครงสร้างเบื้องบนก็ย่อมมีอิทธิพลต่อโครงสร้างเบื้องล่างเช่นกัน แต่กระบวนการหลักแล้วจะมาจากอิทธิพลของโครงสร้างเบื้องล่างเป็นสำคัญ เมื่อมองในทัศนะนี้รัฐจึงเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างเบื้องบน นั่นคือเป็นผลผลิตของสถานการณ์ที่กำหนดให้อย่างหนึ่งของการผลิตทางเศรษฐกิจ ประการที่สอง สถานการณ์เฉพาะของการผลิตทางเศรษฐกิจซึ่งก่อให้เกิดรัฐนั้นปรากฏขึ้นในขณะที่การพัฒนาทางเศรษฐกิจก่อให้เกิดการแบ่งสังคมออกเป็นชนชั้นที่ต่างกันและเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน นั่นก็คือการเกิดรัฐเป็นสิ่งจำเป็นเมื่อสังคมมนุษย์ต้องอยู่ได้ความขัดแย้งที่ไม่อาจแก้ไขประนีประนอมได้ จึงต้องการอำนาจบังคับเพื่อที่จะทำให้ความเป็นปฏิปักษ์ต่างดำรงอยู่ในขอบเขตและระเบียบแห่งความสงบเรียบร้อย ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องมีตำรวจ กองทัพ และระบบราชการ รัฐจึงเป็นองค์กรของชนชั้นทางการเมืองที่คุมอำนาจเพื่อครอบงำอีกชนชั้นหนึ่ง ในสังคมตะวันตกรัฐเป็นองค์กรของชนชั้นนายทุน หรือชนชั้นกระฎุมพี ซึ่งเป็นชนชั้นทางการเมืองที่คุมอำนาจเพื่อใช้ครอบงำและกดขี่ขูดรีดอีกชนชั้นหนึ่ง คือ ชนชั้นกรรมาชีพ²⁷

นักสังคมวิทยาการเมืองอย่าง ออฟเฟิลไฮเมอร์ กล่าวถึงรัฐในทางสังคมวิทยาว่า "รัฐคือการจัดระเบียบสังคมที่กลุ่มผู้ชนะบังคับเอากับผู้แพ้ เพื่อให้ผู้ชนะปกครองผู้แพ้ด้วยการป้องกันการลุกฮือขึ้นจากภายใน และการรุกรานจากภายนอก เพื่อเอาประโยชน์ในการดูดซับทางเศรษฐกิจจากผู้แพ้ให้มากที่สุด" ทั้งยังชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่าง วิธีการทางการเมือง คือ การเอาของคนอื่นที่คนอื่นทำมาหาได้มาเป็นของตัวเองโดยไม่ต้องทำเอง กับวิธีการทางเศรษฐกิจ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

²⁷ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 23-24.

2.1.3 รัฐและแนวความคิดว่าด้วยการจัดสร้างสถาบัน (L'Etat et la notion d'institution)

แนวความคิดนี้ได้รับการเสนอโดย Maurice HAURIUO นักกฎหมายมหาชนผู้มีชื่อเสียงชาวฝรั่งเศสในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ภายใต้ทฤษฎีที่เรียกว่า ทฤษฎีแห่งการจัดตั้งสถาบัน (La theorie de l'Institution)²⁸ และได้รับการเสริมแต่งเพิ่มเติมโดย Andre HAURIUO ผู้เป็นบุตร และ Jean GICQUEL นักกฎหมายมหาชนผู้มีชื่อเสียงชาวฝรั่งเศสในปัจจุบัน โดยเสนอว่า รัฐเป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกชนที่มีการบริหารโดยรัฐบาลกลาง ในนามของแนวความคิดแห่งการดำเนินการร่วมกัน (L'idee d'entreprise) มีระเบียบทางสังคมและการเมืองบางประการ โดยมีพลเมืองของรัฐเป็นผู้รับประโยชน์²⁹ ลักษณะของแนวความคิดและวิธีการเช่นนี้ทำให้เกิดองค์กรทางสังคมที่เป็นระบบ ทั้งนี้ ในการจัดตั้งองค์กรทางสังคมจะต้องมีองค์ประกอบทางความตกลงเห็นพ้องร่วมกัน องค์กรทางสังคมถูกสร้างขึ้นโดยการจัดตั้งและมีการเข้าร่วมตามมากล่าวคือ โดยทั่วไป ปัจเจกชนจะวาดภาพแนวความคิดแห่งการดำเนินการร่วม และวิธีการที่ทำให้แนวความคิดนั้นเป็นจริงไว้ จากนั้นปัจเจกชนจะจัดตั้งองค์กรหนึ่งขึ้น โดยวิธีการทางกฎหมายที่เขาสามารถทำได้ตามกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้น และต่อมาเขาจะระดมผู้เข้าร่วมเพื่อมาช่วยเหลือให้การดำเนินการร่วมนั้นเป็นผลสำเร็จ ดังนั้น จึงสรุปได้ว่ากลุ่มหรือองค์กรจัดตั้งดำเนินไปด้วยองค์ประกอบที่ซับซ้อนดังนี้ คือ

- (1) ความคิดชั้นนำ
- (2) อำนาจที่เป็นกิจจะลักษณะ

²⁸ Maurice Hariou, Principes de droit constitutionnel, ed, Birey, 1910; Precis de droit constitutionnel, ed.Sirey, 2ed., 1929 (reed.CNRS 1965) อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2547) , หน้า 29.

²⁹ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2544) , หน้า 47.

(3) กลุ่มปัจเจกชนผู้ต้องการเข้ามาทำให้ความคิดบรรลุผล และก่อตั้งสิ่งซึ่งเรียกว่า "สถาบัน" (Institution) ขึ้น³⁰

อย่างไรก็ดี นอกจากรัฐแล้วบริษัทตามกฎหมายเอกชนก็มียอดประกอบดังกล่าวด้วยเช่นกัน คือ มีแนวความคิดแห่งการดำเนินการร่วมกัน มีรัฐบาลหรืออำนาจ คือ กรรมการบริหารของบริษัท มีระเบียบกฎเกณฑ์ของบริษัท และมีผู้รับประโยชน์ คือ ผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้จึงสรุปได้ว่า ทฤษฎีแห่งการจัดตั้งสถาบัน เป็นทฤษฎีที่พยายามอธิบายลักษณะทางกฎหมายของรัฐ รัฐจึงเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนโดยสภาพ เช่นเดียวกับกับบริษัทที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจในสังคมการเมืองที่เรียกว่ารัฐ

จากแนวความคิดในการกำเนิดรัฐข้างต้น จะพบว่าหน้าที่รัฐจะดำเนินการต่อไปได้นั้น จะต้องมีอำนาจเพื่อใช้ปกครองสมาชิกในสังคมการเมืองที่เรียกว่ารัฐ ซึ่งเราอาจเรียกว่า อำนาจรัฐ หรืออำนาจการเมือง

2.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดสถาบันให้กับอำนาจการเมือง : อำนาจรัฐ

แนวความคิดในการจัดสถาบันให้กับอำนาจการเมืองเกิดขึ้นเพราะสมาชิกในสังคมต้องการแยกอำนาจการเมืองออกจากตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้ปกครอง ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากการที่สมาชิกในสังคมการเมืองได้เห็นถึงผลเสียของการที่อำนาจเป็นของตัวบุคคล

ในอดีตเมื่อครั้งที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมการเมือง กลุ่มคนต้องอยู่ร่วมกันภายใต้ อำนาจอันหนึ่ง แต่อำนาจนั้นมิได้อยู่ในรูปแบบที่เหมือนกันตลอดไป ในสังคมชนเผ่าที่เก่าแก่ มากๆ อำนาจนี้จะฝังแน่นอยู่ในประเพณีและความเชื่อต่างๆ ครั้นมนุษย์เจริญขึ้น ความจำเป็นทางเศรษฐกิจหรือความจำเป็นต้องต่อสู้กับกลุ่มชนกลุ่มอื่น ทำให้มนุษย์ต้องการผู้นำสัก คนหนึ่ง อำนาจนี้จึงเคลื่อนไปฝังอยู่ในตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้นำ ในสภาพของสังคมการเมืองที่ อำนาจเป็นของตัวบุคคลนี้ ผู้ปกครองสามารถพิสูจน์ความถูกต้องในการได้มาซึ่งอำนาจโดยการ

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

ใช้กำลังบังคับ ซึ่งเป็นความสามารถส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง อำนาจดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะตัวผู้ปกครอง กล่าวคือ เป็นสิทธิของผู้ปกครองที่จะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ใช้ จะใช้อย่างไร โดยวิธีใด เพื่ออะไรก็ได้ และเป็นเอกสิทธิ์เพราะคนอื่นไม่มีอำนาจนั้น เฉพาะผู้ปกครองเท่านั้นที่มี³¹ ผู้ปกครองปกครองอาณาจักรเสมือนหนึ่งจัดการทรัพย์สินส่วนตัว โดยไม่มีการแยกประโยชน์ส่วนตัวของผู้ปกครองออกจากประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวของผู้ปกครองจึงอาจขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนได้ นอกจากนี้ อำนาจที่แสดงออกโดยตัวบุคคลย่อมสูญสิ้นไปเมื่อบุคคลนั้นสูญสิ้นคุณสมบัติ บุคคลอื่นๆ ก็จะพากันแก่งแย่งต่อสู้กันเพื่อช่วงชิงการครองอำนาจต่อไป

ลักษณะสภาพสังคมเช่นนี้จะเริ่มสั่นคลอนเมื่อจิตสำนึกทางการเมืองของผู้อยู่ใต้ปกครองสูงขึ้น มนุษย์จึงคิดค้นลักษณะส่วนตัวของอำนาจ แต่ก็ยอมรับว่าต้องมีอำนาจปกครองในสังคม มนุษย์จึงต้องประดิษฐ์เครื่องค้ำจุนอำนาจขึ้นมาใหม่อันหนึ่งเพื่อทดแทนตัวบุคคล โดยให้เครื่องค้ำจุนอำนาจนี้เป็นอิสระจากผู้ปกครอง ด้วยเหตุนี้เองเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากต่างๆ มนุษย์จึงได้คิดค้นหา “อำนาจในทางการเมือง” ขึ้นอีกรูปแบบหนึ่ง คือ แทนที่จะถือว่าอำนาจเป็นอภิสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษของผู้ที่ก่อสร้างขึ้น มนุษย์ได้คิดให้มีสิ่งที่ค้ำจุนหรือสิ่งสำหรับรองรับ (support) อำนาจขึ้น ให้เป็นอิสระไม่ขึ้นกับตัวบุคคลที่ปกครอง สิ่งค้ำจุนหรือรองรับนี้คือ “รัฐ” (Etat)³²

รัฐจึงเป็นสถาบันนามธรรมที่มนุษย์คิดค้นขึ้นเพื่อเป็นฐานในการรองรับอำนาจ โดยที่มนุษย์ไม่ยอมให้อำนาจอยู่กับบุคคลแต่มาอยู่กับองค์ภาพจำลองคือรัฐแทน³³ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐคืออำนาจการเมืองที่ถูกจัดขึ้นเป็นสถาบัน (l'Etat c'est le pouvoir institutionnalise')

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, แม่บทความคิดเรื่องรัฐ, เอกสารโรเนียวประกอบคำบรรยาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ด., หน้า 44. อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 32.

³² ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญภาค 1 ความนำทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สารศึกษาการพิมพ์, 2524), หน้า 239.

³³ โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 73.

อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจของรัฐจะบังเกิดผลขึ้นได้โดยตัวบุคคล รัฐจึงจำเป็นต้องมีบุคคลเป็นผู้ใช้อำนาจแทน ทั้งนี้บุคคลจะเป็นแต่เพียงตัวแทนสำหรับใช้อำนาจในช่วงระยะเวลาหนึ่งในนามของรัฐแทนรัฐเท่านั้น ซึ่งถ้ามองจากสภาพภายนอกจะเห็นว่าบุคคลยังคงใช้อำนาจอยู่ แต่แท้ที่จริงแล้วรากฐานของอำนาจได้เปลี่ยนไป กล่าวคือ อำนาจไม่ได้เป็นของตัวบุคคลอีกต่อไปแต่เป็นของสถาบันคือรัฐ รัฐจึงเป็นการอธิบายที่มีเหตุผลและเป็นการใช้ประโยชน์จากปรากฏการณ์แห่งสังคม คือ อำนาจ ทั้งนี้ ไม่มีใครเคยเห็นหน้าตาของรัฐว่าเป็นอย่างไร แต่ก็ไม่มีการปฏิเสธว่ารัฐไม่มีอยู่จริง รัฐจึงเป็นเพียงความคิดและจะมีอยู่เพราะได้ถูกคิดไปถึง ความคิดในเรื่องรัฐจึงเป็นความคิดที่กำหนดทิศทางสติปัญญาของมนุษย์ในทางการเมือง เพราะการทำให้อำนาจเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ โดยมีผู้ปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจแทน แสดงว่าได้แยกตัวผู้ปกครองซึ่งเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจออกจากเจ้าของอำนาจที่แท้จริง คือ รัฐ ทำให้อำนาจนั้นไม่เป็นเอกสิทธิ์สำหรับผู้ปกครอง ส่งผลให้ผู้ปกครองต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ตนได้กำหนดขึ้น การที่ผู้ปกครองต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์และต้องปฏิบัติตามเช่นเดียวกับผู้อยู่ใต้ปกครองเช่นนี้ ทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองรู้สึกได้ถึงควมมีศักดิ์ศรี เพราะการยอมรับในอำนาจนั้นเป็นการยอมรับต่อสิ่งที่เป็นนามธรรม คือ รัฐ ไม่ใช่เป็นการยอมรับเพราะถูกข่มขู่จากบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง อีกทั้งผู้อยู่ใต้ปกครองยังสามารถกำหนดขอบเขตการกระทำของผู้ปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตที่ตนปรารถนาได้³⁴

โดยสรุปจึงกล่าวได้ว่า รัฐในความหมายสมัยใหม่นี้เกิดมาบนพื้นฐานการแยกประโยชน์ส่วนตัว (personal interest) และอำนาจส่วนบุคคล (personal power) ของผู้ปกครองออกจากอำนาจการเมือง (political power) ซึ่งเป็นของ “รัฐ” (State) ทำหน้าที่ปกป้องและสนองประโยชน์สาธารณะ (public interest) ของทุกคนในรัฐ ปรากฏการณ์ที่แยกอำนาจส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนบุคคลออกจากอำนาจการเมืองของรัฐที่ต้องทำเพื่อประโยชน์สาธารณะนี้ เราเรียกว่า การจัดสถาบันของอำนาจการเมือง (institutionalization of political power)³⁵ โดย “รัฐ” เป็นผู้ครองหรือเป็นผู้ได้ตำแหน่งโดยนามธรรมและเป็นที่ตั้งประจำของ “อำนาจการเมือง”

³⁴ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politique*, 18 ed, (Paris : LGDJ, 1977), pp 12-14.

³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *การสร้างธรรมาภิบาล (Good Governance) ในสังคมไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 51-52.

2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐ อำนาจอธิปไตย และกฎหมาย

เมื่อ รัฐ คือ การจัดสถาบันของอำนาจการเมือง ที่เกิดจากแนวความคิดทางกฎหมายของสมาชิกในสังคมที่ต้องการแยกอำนาจการเมืองออกจากตัวบุคคล รัฐจึงเป็นการจัดสถาบันของอำนาจการเมืองสูงสุด และอำนาจการเมืองที่เป็นของสถาบันนี้ คือ อำนาจอธิปไตย* หรืออีกนัยหนึ่ง คือ อำนาจรัฐ นั่นเอง จึงกล่าวได้ว่าการเกิดอำนาจอธิปไตยมีความสัมพันธ์กับการเกิดของรัฐ ด้วยเหตุนี้รัฐกับอำนาจอธิปไตยจึงเป็นเสมือนเหรียญสองหน้า กล่าวคือ จะไม่มีรัฐถ้าไม่มีอำนาจอธิปไตย และจะไม่มีอำนาจอธิปไตยโดยไม่มีรัฐ รัฐในฐานะสถาบันเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย ไม่ใช่บุคคลธรรมดาซึ่งถึงแม้จะมีอำนาจสูงสุดอย่างกษัตริย์หรือทราชาธิปไตยก็เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจสูงสุดแทนรัฐในนามรัฐเท่านั้น³⁶

เมื่อรัฐเกิดจากแนวความคิดทางกฎหมายของสมาชิกในสังคมที่ต้องจัดสถาบันให้กับอำนาจการเมือง เพื่อแยกอำนาจการเมืองออกจากตัวบุคคล รัฐจึงเป็นการก่อตัวทางกฎหมายของอำนาจสูงสุด อำนาจการเมืองสูงสุดหรืออำนาจรัฐนี้มีลักษณะเด็ดขาด แน่นนอน โดยมี

* อำนาจการเมืองอยู่ที่ตัวบุคคลไม่ใช่อำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. ขาดความสูงสุด เนื่องจากอำนาจที่เป็นของบุคคลมีลักษณะที่ไม่แน่นอน อำนาจนี้อาจถูกทำลายจากบุคคลอื่นที่มีคุณสมบัติที่ดีกว่า และผู้ที่ครองอำนาจอยู่เดิมอาจต้องพ่ายแพ้แก่ผู้ที่มีคุณสมบัติดีกว่าก็ได้ ผู้ชนะย่อมจะเป็นผู้ครองอำนาจนั้นต่อไป ลักษณะของอำนาจเช่นนี้จึงไม่มีความสูงสุด ปราศจากความแน่นอน เพราะการได้มาซึ่งอำนาจใช้วิธีการพิสูจนกันได้ด้วยความสามารถและพลังกำลังเท่านั้น

2. ขาดความต่อเนื่อง ในขณะที่สังคมต้องดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง และอำนาจมีอยู่เพื่อนำพาสมาชิกในสังคมบรรลุถึงผลประโยชน์ร่วมกัน ลักษณะของอำนาจที่เป็นของตัวบุคคลนี้จะสูญสิ้นไปกับบุคคลเมื่อบุคคลนั้นตายหรือมีอันเป็นไป การปกครองที่มีอยู่ย่อมต้องหยุดชะงักลง ผู้ที่มีความสามารถและพลังกำลังคนอื่น ๆ ก็จะแก่งแย่งต่อสู้กันเพื่อช่วงชิงอำนาจต่อไป สังคมจึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุข อีกทั้งการปกครองโดยผู้ปกครองคนใหม่อาจมีนโยบายที่แตกต่างไปจากเดิมอีกด้วย อำนาจนี้จึงขาดลักษณะของความต่อเนื่องและไม่แน่นอน

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544), หน้า 59.

ประโยชน์ส่วนรวมเป็นเหตุผลของรัฐ กล่าวคือ รัฐเป็นผลมาจากแนวความคิดหรือมโนภาพ (concept) ที่เกิดขึ้นร่วมกันของสมาชิกในสังคม และรัฐจะมีอยู่ได้ก็โดยตามความคิดเห็นทั้งของผู้ปกครองที่เป็นผู้ใช้อำนาจปฏิบัติ และทั้งของผู้ที่อยู่ในปกครองที่พบว่ารัฐเป็นที่ตั้งของอำนาจและเป็นฐานของบทบัญญัติในทางกฎหมาย³⁷ อำนาจรัฐแสดงออกโดยรูปแบบของกฎหมาย และกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐในการจัดระเบียบสังคม ซึ่งลักษณะข้อนี้สำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (legal positivism) ได้เน้นให้เห็นชัดที่สุดดังคำกล่าวที่ว่า “กฎหมาย คือ คำสั่งคำบัญชาของรัฐาธิปไตย ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับผลร้าย”

นอกจากรัฐและอำนาจอธิปไตยจะเป็นที่มาของกฎหมายทั้งหลายที่ใช้ในรัฐแล้ว รัฐยังผูกขาดการใช้กำลังบังคับตามกฎหมายอีกด้วย ไม่ว่าจะโดยผ่านทางกองทัพ ตำรวจ อัยการ ศาล หรือข้าราชการทั้งหลาย ทั้งนี้ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในรัฐนั้นนั่นเอง³⁸

2.2.3 รัฐเป็นนิติบุคคลมหาชนโดยสภาพ

รัฐเกิดขึ้นจากแนวความคิดทางกฎหมายร่วมกันของสมาชิกในสังคมเพื่อให้เป็นสถาบันเจ้าของอำนาจแทนตัวบุคคล โดยมีประโยชน์ส่วนรวมเป็นเหตุผลของรัฐ เมื่อรัฐเกิดขึ้นเพื่อจุดประสงค์ดังกล่าว วัตถุประสงค์ของรัฐย่อมแตกต่างจากวัตถุประสงค์และความต้องการของปัจเจกชนแต่ละคนซึ่งเป็นราษฎรหรือเป็นพลเมืองของตน หรืออีกนัยหนึ่งมีความสามารถที่จะทรงสิทธิหรือมีหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมายแยกต่างหากจากปัจเจกชนแต่ละคนที่เป็นราษฎรหรือเป็นพลเมืองของตน มีเจตนาของตนเองแยกต่างหากจากเจตนาของปัจเจกชนแต่ละคนที่เป็นราษฎรหรือเป็นพลเมืองของตน ฯลฯ³⁹ กล่าวคือ ในขณะที่รัฐมีเป้าหมายและวัตถุประสงค์เพื่อ

³⁷ ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญภาค 1 ความนำทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สารศึกษาการพิมพ์, 2524), หน้า 240.

³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2544), หน้า 59-60.

³⁹ Georges BURDEAU, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, L.G.D.J., 1977, p.18; R. CARRE' de MALBERG, Contribution a la theorie generale de l'Etat, Paris, CNRS, 1962, pp11-68; Andre HAURIUO, Jean GICQUEL et Patrice

ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ (public interest) แต่ปัจเจกชนย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความต้องการของประโยชน์ส่วนตัว (individual interest) จากลักษณะดังกล่าวมานี้แสดงให้เห็นได้ว่ารัฐเป็นนิติบุคคลโดยสภาพ เพราะมีวัตถุประสงค์และความต้องการที่แยกต่างหากจากตัวบุคคลซึ่งเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ผู้เข้ามาใช้อำนาจในนามของรัฐแทนรัฐ

เมื่อรัฐเป็นเพียงสิ่งสมมติที่มีอาจใช้อำนาจได้ในความเป็นจริง จึงจำเป็นต้องมีบุคคลที่เข้ามาใช้อำนาจแทน บุคคลที่ใช้อำนาจในนามของรัฐแทนรัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจของรัฐไปตามความต้องการส่วนตัว โดยมีวัตถุประสงค์ของรัฐ อันได้แก่ประโยชน์ส่วนรวมเป็นกรอบที่คอยกำหนดพฤติกรรมของผู้ใช้อำนาจว่าต้องใช้อำนาจไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมเท่านั้น ซึ่งเป็นเหตุผลแห่งการดำรงอยู่ของรัฐ

รัฐจึงเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายให้การยอมรับเพื่อให้รัฐเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย และจากความเป็นนิติบุคคลของรัฐนี้เอง จึงทำให้รัฐไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยโดยกระทำการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง รัฐจึงได้จัดตั้งสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐขึ้นมาเพื่อเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่างๆ แทนรัฐและในนามของรัฐ บุคคลธรรมดาที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐและในนามของรัฐนี้ ผู้แต่งตำรากฎหมายมหาชนเรียกว่า "องค์กรของรัฐ" (Organ of State)⁴⁰ ดังที่ ศาสตราจารย์ยอร์จ บรูโต กล่าวไว้ว่า "รัฐคือผู้ถืออำนาจที่เป็นนามธรรมและถาวร โดยมีผู้ปกครองซึ่งเป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการอันสำคัญที่ผ่านไปเท่านั้น"

ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าการเกิดอำนาจอธิปไตยมีความสัมพันธ์กับการเกิดของรัฐ เมื่ออำนาจอธิปไตยผูกติดอยู่กับรัฐ โดยรัฐเป็นนิติบุคคลที่ได้รับการสมมติขึ้นให้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลมาให้แก่รัฐ (l'institutionalisation du pouvoir) รัฐจึงเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียว หากพิจารณาตามทฤษฎีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลมาให้แก่รัฐแล้ว การกล่าวว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า พระมหากษัตริย์ ประชาชนก็ดี ต่างเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวแทนรัฐทั้งสิ้น เพราะรัฐเป็นนิติบุคคลจึงไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ด้วยตนเองจึงต้องหาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลมา

GELARD, Droit constitutionnel et institutions politiques, pp.128-140 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "ศาลปกครอง" กับ หลักการแบ่งแยกอำนาจ. วารสารกฎหมายปกครอง 13(สิงหาคม 2537) : 45.

⁴⁰ R.CARRE' de MALBERG. Op.cit., p.256-258 เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

กระทำการแทน โดยที่อำนาจดังกล่าวยังคงเป็นของรัฐอยู่ตลอดเวลา อันเป็นการสะท้อนถึงระบบการปกครองที่แตกต่างกันออกไป เช่นอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าสะท้อนถึงการปกครองระบอบเทวธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์สะท้อนถึงการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนสะท้อนถึงการปกครองระบอบประชาธิปไตย⁴¹

2.3 แนวความคิดในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โดยที่รัฐเป็นนิติบุคคล รัฐจึงไม่สามารถกระทำการใดๆ ด้วยตนเองได้ การกระทำทั้งหลายของรัฐหรือการใช้อำนาจรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยผ่านบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้เองการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงไม่อาจเป็นไปตามเหตุผลแห่งการดำรงอยู่ของรัฐหรือวัตถุประสงค์ของรัฐซึ่งได้แก่ประโยชน์ส่วนรวม วัตถุประสงค์ของรัฐนี้เองเป็นกรอบที่คอยกำหนดพฤติกรรมของผู้ใช้อำนาจว่าต้องใช้อำนาจไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของสังคมเท่านั้น อันเป็นเหตุผลแห่งการดำรงอยู่ของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้ดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลาย ในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน การใช้อำนาจตามอำเภอใจของบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดังกล่าว

2.3.1 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐานที่สำคัญ 2 หลักการ ได้แก่ หลักประชาธิปไตย (das demokratische Prinzip) และหลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) โดยที่หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกันจนอาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และในขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในประเทศไทย" ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 380.

2.3.1.1 หลักประชาธิปไตย (das demokratische Prinzip) ประชาธิปไตยถือเป็นอุดมการณ์และแนวความคิดทางการเมืองอย่างหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยรูปแบบ วิธีการ และเนื้อหาสาระของการปกครองโดยประชาชน เพื่อประชาชน และของประชาชน*

เอ็นโซโคลปีเตีย ฉบับ 1956 อธิบายไว้ว่า "ประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองประเทศรูปหนึ่งตั้งอยู่บนหลักการว่าประชาชนเป็นผู้ปกครองตนเอง และในสมัยใหม่ตั้งอยู่บนฐานที่จะมีสถาบันต่างๆ ที่มีผู้แทนที่ได้รับเลือกมาอย่างเสรี และมีฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบต่อประชาชน และยังหมายถึงวิถีชีวิตที่ตั้งอยู่บนฐานคติพื้นฐานแห่งความเสมอภาคของปัจเจกชนทุกคน และแห่งสิทธิเสมอภาคของประชาชนในด้านชีวิตเสรีภาพ และวิถีที่จะแสวงหาความสุข"⁴² จากคำอธิบายดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงอุดมการณ์ประชาธิปไตยซึ่งรวมถึงแนวคิดดังต่อไปนี้⁴³

- (1) ปัจเจกชนนิยม ซึ่งยึดหลักว่าหน้าที่หลักของรัฐบาลคือการทำให้ออกชนแต่ละคนได้บรรลุศักยภาพแห่งการพัฒนาที่สูงสุด
- (2) เสรีภาพ ซึ่งอนุญาตให้บุคคลทุกคนมีปริมาณเสรีภาพมากที่สุด ที่ไม่ขัดต่อความมีระเบียบเรียบร้อยของสังคม
- (3) ความเสมอภาค ซึ่งถือว่าทุกคนถูกพระเจ้าสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกันตลอดจนมีสิทธิและโอกาสต่างๆ เสมอกัน

* สามารถศึกษาหลักการประชาธิปไตยเพิ่มเติมได้ใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์กับการเมืองไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พิชเนศ, 2520). เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, แปลโดยเสน่ห์จามริก, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510).

⁴²"Democracy," Encyclopedia Britannica (Chicago, Encyclopedia, Britannia, Inc., 1966), p182. อ้างถึงใน อมร รัชศาสตร์ และคณะ, ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 30-31.

⁴³อมร รัชศาสตร์ และคณะ, ประชาธิปไตย : อุดมการณ์ หลักการ และแบบอย่างการปกครองหลายประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 30.

(4) ภาวทรภาพ ซึ่งหมายความว่าเอกชนจะไม่ใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิด แต่จะร่วมกันเพื่อสร้างสังคมที่ดีพร้อม

2.3.1.2 หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) เกี่ยวกับประเด็นเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น หลักการที่มีบทบาทสำคัญคือหลักนิติรัฐ โดยที่หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ จึงสามารถแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐ ที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ 3 หลักย่อยดังนี้

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน

(3) **หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน** (die Gewährleistung personlicher Grundrechte) หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล ในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำไม่ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน ตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้นจึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่างๆ อีกหลายประการ เพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมียุติบัญญัติเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิมิได้ (Wesengehaltsgarantie) และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการใช้สิทธิทางศาล (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ได้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล"

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545) , หน้า 342-348.

2.3.2 ประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หากแบ่งวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่มุ่งที่จะควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ก.การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ และ ข. การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจในแง่ของการทุจริตต่อหน้าที่หรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หากแบ่งการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวสามารถแบ่งประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กร และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

(1) การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กร

การควบคุมภายในองค์กรเฉพาะองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีการควบคุมใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติก็ดี หรือองค์กรตุลาการก็ดี การควบคุมภายในองค์กรนั้นจะมีเฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

(2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกอาจแบ่งออกเป็น การควบคุมตรวจสอบทางการเมือง การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ และการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

(2.1) การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง เป็นการเยี่ยวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง เพราะโดยหลักการแล้วองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ คือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติอันได้แก่การออกกฎหมาย และหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภา ทั้งนี้ บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติในเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของระบอบการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในระบบรัฐสภา อาจใช้

วิธีการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งคณะกรรมการสอบสวน หรือการตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น

(2.2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่างๆ เป็นการมอบหมายให้องค์กรอิสระดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้นๆ เช่น ผู้ตรวจเงินแผ่นดินจะมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบเรื่องการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐต่างๆ หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลาย

(2.3) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น “นิติรัฐ” หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้เพราะองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระเพราะมีหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา นอกจากนี้องค์กรตุลาการยังมีวิธีพิจารณาเพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่⁴⁵

2.4 รัฐธรรมนูญ : กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบอำนาจในรัฐ

2.4.1 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ อำนาจอธิปไตย และรัฐธรรมนูญ

รัฐเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายให้การยอมรับ เพื่อให้รัฐเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐจึงมีหน้าที่และภาระกิจที่จะต้องกระทำเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นที่ตั้งเพื่อตอบสนองต่อความอยู่ดีมีสุขของพลเมืองแห่งรัฐ อันเป็นเหตุผลแห่งการดำรงอยู่ของรัฐ รัฐธรรมนูญจึงเป็นตราสารที่กำหนด อำนาจ หน้าที่และกิจกรรมต่างๆ ของรัฐ

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 348-350.

โดยบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายว่าด้วยอำนาจของรัฐไว้⁴⁶ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นตัวเชื่อมซึ่งแสดงออกของการใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าวของรัฐผ่านองค์กรของรัฐที่ได้รับการจัดสร้างขึ้นมา⁴⁷

โดยนัยนี้ รัฐธรรมนูญ จึงความหมายถึง บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนซึ่งสถาปนาองค์กรทำหน้าที่ที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ กำหนดกระบวนการในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรทำหน้าที่ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ รวมตลอดถึงกำหนดหลักการทั่วไปว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร⁴⁸ วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญมีด้วยกัน 2 ประการ คือ จัดระเบียบอำนาจของรัฐ และกำหนดจุดมุ่งหมายหรือแนวทางการใช้อำนาจรัฐ⁴⁹ พิจารณาในแง่แล้ว รัฐทุกรัฐในฐานะที่มีความเป็นอยู่ของตนเอง กล่าวคือ เป็นบุคคลอีกคนหนึ่งแยกต่างหากจากราษฎรแต่ละคน มีเจตนาของตนเองแยกต่างหากจากเจตนาของราษฎรแต่ละคน และมีศักดิ์เหนือกว่าเจตนาของราษฎรแต่ละคน "ย่อมจะมีรัฐธรรมนูญ"⁵⁰

⁴⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 67-68.

⁴⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในประเทศไทย" ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 380.

⁴⁸ De Pasquier อ้างถึงใน สมยศ เตื้อไทย และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ และประชาธิปไตย" ใน เอกสารสรุปผลการสัมมนาวิชาการเรื่อง "ปัญหารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองในสภาวะการณ์ปัจจุบัน", พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2527), หน้า 23.

⁴⁹ รุจิรา เตชางกูร และสุรพันธ์ ทับสุวรรณ, หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 33.

⁵⁰ หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 15.

ทั้งนี้ สามารถแบ่งรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี และรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น สหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมัน ญี่ปุ่น ไทย เป็นต้น โดยประเทศส่วนใหญ่ในโลกมักนิยมใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบอำนาจรัฐ เนื้อหาในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดโครงสร้างของรัฐ ตลอดจนหลักการสำคัญต่างๆ ในการปกครอง ประเทศ วิธีการสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเพราะส่งผลต่อระบอบการเมืองตลอดจนอุดมการณ์ทางการเมืองที่แสดงออกมาในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

2.4.2 ข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant)

ตามทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญได้มีการแบ่งอำนาจที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitue) หรือที่มีผู้เรียกอำนาจในทางรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเภทนี้ว่า "อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การการเมือง" และ "อำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง"⁵¹

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เป็นอำนาจที่สำคัญ และเป็นอำนาจพื้นฐานของรัฐเอกราชทุกรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจของชาติ (Nation) อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจทางการเมืองของคณะบุคคลหรือบุคคลที่อยู่ในฐานะที่จะสร้างรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นผลสำเร็จ โดยนัยนี้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงหมายถึงรัฐาธิปัตย์ (Sovereign)⁵² ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยของรัฐ

⁵¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 53.

⁵² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2531), หน้า 73.

ศาสตราจารย์ จอร์จ บูร์โต ได้กล่าวโดยสรุปลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ไว้ว่า⁵³ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเริ่มแรก (Pouvoir Initial) เพราะไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออำนาจนี้ เป็นอำนาจอิสระเต็มที่ (Pouvoir Autonome) ในการที่จะวางกฎเกณฑ์อย่างไรก็ได้ และเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด (Pouvoir Inconditionne) อำนาจนี้เป็นอำนาจที่ก่อตั้งระบบการเมืองและระบบกฎหมาย

หากพิจารณาในด้านเนื้อหา จะเห็นว่า การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการสร้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อกำหนดโครงสร้างการปกครอง อำนาจปกครอง และจัดตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง อันเป็นสถาบันทางการเมืองการปกครองของประเทศ ดังนั้น จึงมีผู้เรียกอำนาจนี้ว่า อำนาจสถาปนาสถาบันทางการเมือง แต่อย่างไรก็ดี การใช้ชื่อเรียกดังกล่าวอาจจะไม่ครอบคลุมสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด เพราะว่าเนื้อหาของสาระของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในยุคปัจจุบัน มิใช่มีแต่เพียงการกำหนดโครงสร้างการปกครองและสถาบันทางการเมืองเท่านั้น สาระสำคัญของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในปัจจุบันจะต้องมีการกำหนดกลไก (Mechanism) ที่จะทำให้ระบบการเมืองมีประสิทธิภาพด้วย นั่นคือจะต้องกำหนดมาตรการต่างๆ ที่จะทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐไม่สามารถบิดเบือนการใช้อำนาจไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (Public Interest) อย่างมีประสิทธิภาพ

ส่วนอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitue) เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้สร้างหรือกำหนดขึ้น และได้มอบให้องค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เช่น อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี อำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล และอำนาจขององค์กรอิสระต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitue) นี้ มีลักษณะเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ การถูกจำกัดนี้อาจแสดงออกโดยการกำหนดขอบอำนาจ (Competence) การกำหนดกระบวนการ (Procedure) และการถูกกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจ (Contenu) ซึ่งรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วาง

⁵³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 8.

ข้อจำกัดเหล่านี้ ดังนั้นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Competence Limitee)⁵⁴

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) มีอยู่ 2 ประเภท⁵⁵ คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ซึ่งเป็นอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ และอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Derive) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สร้างขึ้นมาก่อนแล้ว

โดยปกติการสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นกฎหมายหลักในการปกครองประเทศจะเกิดขึ้นเมื่อมีการตั้ง “รัฐ” ขึ้นมาใหม่ หรือเมื่อมีประเทศเกิดขึ้นใหม่ เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ.1777 แต่ในกรณีอื่นๆ การสถาปนารัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง (Regime Politique) ของประเทศจากระบบหนึ่งไปสู่อีกระบบหนึ่ง เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ.1789 ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศ จากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional Monarchy) หรืออาจเป็นกรณีที่จำเป็นจะต้องมีการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการปฏิรูประบบการเมือง (Political Reform) ดังเช่นการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ.1787 หรือการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเมื่อปี ค.ศ.1945 รวมทั้งการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับสาธารณรัฐที่ 5 เมื่อปี ค.ศ.1958

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

⁵⁵ Gicquel Jean, Droit constitutionnel et institutions politiques. (paris : Montchrestien, 16 edition, 1999), pp. 162-163.

2.4.2.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire)

(ก) ลักษณะสำคัญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) เป็นอำนาจที่ไม่มีเงื่อนไข (Inconditionne) และไม่มีข้อจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจ (Autonome) เป็นอำนาจที่สูงสุดเด็ดขาด (Souverainete) มีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญ (Le pouvoir d'improvisation des constituents) เป็นอำนาจที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง (La reaction) ซึ่งเกิดขึ้นจากประสบการณ์ หรืออาจจะเรียกว่าเป็นการตกตะกอนของกระบวนการทางการเมือง (La sedimentation)

2. เป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้บริบทของเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์และทางการเมืองของประเทศ ซึ่งถือเป็นเหตุการณ์ที่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการสร้างรัฐธรรมนูญ เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของเยอรมัน ฉบับกฎหมายพื้นฐาน ในระหว่างปี ค.ศ.1948-1949 สภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญด้วยนั้น ประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐต่างๆ ที่อยู่ในอาณัติของเยอรมันตะวันตกซึ่งเป็นประชาธิปไตย

อนึ่ง ตามทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเกิดขึ้นจากการทำลายระบอบการเมืองเดิมโดยสิ้นเชิง ทำให้ระบบความสัมพันธ์ทางการเมือง และสถาบันทางการเมืองต่างๆ ที่มีอยู่เดิมหมดสิ้นไป เช่น เมื่อมีการประกาศเอกราชและสิ้นสุดการเป็นอาณานิคม หรือกรณีที่มีการล้มเลิกระบอบกษัตริย์ ฯลฯ ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายและการเมืองขึ้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) จะเป็นอำนาจที่สร้างระบบกฎหมายและระบบการเมือง รวมทั้งสถาบันทางการเมืองต่างๆ ขึ้นมาใหม่ทั้งหมด อำนาจนี้จึงมีลักษณะเป็น "อำนาจก่อตั้ง" (pouvoir Etablissement)

(ข) รูปแบบการใช้อำนาจ

รูปแบบหรือวิธีการในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) อาจจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบ โดยพิจารณาจากการมีส่วนร่วมของประชาชน คือ รูปแบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตย หรืออาจเรียกว่ารูปแบบเผด็จการ (Autoritaires) และรูปแบบประชาธิปไตย (Democratiques)

(ข.1) รูปแบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือรูปแบบเผด็จการ (Autoritaires)

การสถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือคณะบุคคลเพียงกลุ่มเดียว ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในรูปแบบเผด็จการนี้มีวิธีการใช้อำนาจ 2 วิธี คือ

1. ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในการใช้อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (La technique de l'octrio)

การสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยวิธีนี้เกิดขึ้นจากการตัดสินใจ หรือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว (unilateral) ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเป็นประมุขของรัฐในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หรือผู้นำเผด็จการที่ครองอำนาจโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ในกรณีนี้การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ เพราะเห็นว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศได้แล้วจึงใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้น ในกรณีที่กษัตริย์ทรงมีพระราชดำริจะให้ให้มีรัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ และได้พระราชทานรัฐธรรมนูญเพื่อให้อำนาจการปกครองแก่ประชาชน จะเรียกรัฐธรรมนูญนั้นว่า รัฐธรรมนูญพระราชทาน (Constitution Octroyee)⁵⁶ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากพระราชดำริของกษัตริย์โดยแท้ ตัวอย่างเช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นในสมัยพระเจ้าจักรพรรดิ

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "คำบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน ปีการศึกษา 2/2539". (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2539), (เอกสารถอดทปคำบรรยาย)

เมจิ และการสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศเอธิโอเปียในสมัยพระจักรพรรดิพระองค์สุดท้ายของจักรวรรดิเอธิโอเปีย แต่ในบางกรณีการที่กษัตริย์ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญอาจจะเกิดจากกระแสการเรียกร้องของราษฎรก็เป็นได้ ซึ่งในทางกฎหมายแล้ว กระแสเรียกร้องเหล่านี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย ยังคงถือว่าเป็นกรณีที่กษัตริย์พระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนตามพระราชอัธยาศัย โดยไม่มีพันธะผูกพันให้ต้องพระราชทานรัฐธรรมนูญตามข้อเรียกร้องแต่ประการใด หรือการสถาปนารัฐธรรมนูญอาจจะเกิดจากกรณีที่มีสถานการณ์บีบบังคับให้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องแสดงเจตนาจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 คือ Charte ค.ศ.1814 และรัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซียในสมัยพระเจ้านิโคลัสที่ 2 ในปี ค.ศ.1905

การใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบ octrio นี้ มักจะทำให้เกิดรูปแบบการปกครองที่เรียกว่าปรมิตาณาธิปไตย หรือระบอบประชาธิปไตยแบบอำนาจจำกัด (Limited Monarchy) ซึ่งจะมีผลอย่างสำคัญต่อการตีความรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิ่งที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะถือเป็นข้อจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ดังนั้นถ้าสิ่งใดรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติไว้ ถือเป็นอำนาจดั้งเดิมของผู้ปกครองที่มีอำนาจกระทำได้⁵⁷

นอกจากนี้ การสถาปนารัฐธรรมนูญในวิธี octrio นี้ อาจจะเป็นการใช้อำนาจของผู้นำเผด็จการที่ยึดอำนาจการปกครองประเทศโดยการปฏิวัติรัฐประหาร หลังจากนั้นจึงได้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นภายหลังการยึดอำนาจการปกครองเป็นผลสำเร็จ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญเผด็จการ

(ข.2) รูปแบบประชาธิปไตย (Democratiques)

การสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบนี้ จะถือว่าอำนาจสถาปนาเป็นของประชาชน หรือการสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากประชาชน ซึ่งประชาชนผู้ทรงอำนาจอาจใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง หรือโดยผ่านทางผู้แทนก็ได้ การสถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้ทำได้ 2 วิธี คือ

⁵⁷ วิษณุ ทรัพย์บุญ, "หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ". (เอกสารถอดเทปคำบรรยายในการอบรมนักกฎหมายกฤษฎีกา รุ่นที่ 2, อัดสำเนา)

1. จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Assemblée Constituante) เพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญ
 สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Assemblée Constituante) ต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนจึงเป็น
 ตัวแทนของประชาชนในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจแยกออกได้หลายรูปแบบ
 โดยพิจารณาจากรูปแบบ (Forme) ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และขอบเขต (Etendue) ในการใช้
 อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

พิจารณาจากรูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ (La forme de l'assemblée
 constituante) แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่เฉพาะเจาะจง (L'assemblée constituante ad
 hoc) สภาร่างรัฐธรรมนูญแบบ ad hoc นี้ เป็นการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่
 จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียว ไม่ได้ทำหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติด้วย เช่น สภาร่าง
 รัฐธรรมนูญแห่งเมืองฟิลาเดเฟีย ซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ.1787

- สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่สภานิติบัญญัติด้วย (L'assemblée constituante et
 legislative) รูปแบบนี้เป็นการขยายอำนาจให้แก่สภานิติบัญญัติ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติ
 บัญญัติแทนประชาชน โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนอกจากจะทำหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติแล้ว ยัง
 ทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญด้วย เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (Assemblée Nationale
 Constituante) ของประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 สมัชชาแห่งชาติเมื่อปี ค.ศ.1792 สภานิติ
 บัญญัติแห่งชาติ (Assemblees Nationales) เมื่อปี ค.ศ.1848 และปี ค.ศ.1871 รวมทั้งการ
 สถาปนารัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Assemblees Nationales Constituantes) ในปี
 ค.ศ.1945-1946 ก็ใช้วิธีสถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้

พิจารณาจากขอบเขตในการใช้อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ (L'égard du texte
 elabore) แบ่งได้ 2 ประเภท คือ

- สภาร่างรัฐธรรมนูญแบบไม่จำกัดอำนาจ (L'assemblée souveraine) ในวิธีการนี้ถือ
 หลักว่า เมื่อประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมา สภาร่างรัฐธรรมนูญก็ย่อมเป็น
 ผู้แทนของประชาชนตามหลักการปกครองโดยผู้แทน (Regime Representative) สภาร่าง
 รัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจสูงสุดโดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดอำนาจ เมื่อจัดทำรัฐธรรมนูญเสร็จก็
 สามารถประกาศใช้ได้ทันที โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนอีก เช่น สภาร่าง

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ.1791 , ปี ค.ศ.1848 และปี ค.ศ.1871 สภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศกรีก เมื่อปี ค.ศ.1975 สภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหภาพโซเวียต เมื่อปี ค.ศ. 1977

- สภาร่างรัฐธรรมนูญแบบจำกัดอำนาจ (L'assemblee limitee) ในวิธีการนี้ประชาชนจะเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อให้มีหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นนั้นยังไม่มีผลบังคับใช้ จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบโดยออกเสียงลงประชามติ (Referendum) อีกครั้งหนึ่ง การสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มีพื้นฐานอยู่บนหลักการประชาธิปไตยกึ่งทางตรง (la democratie semi-directe) เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ฉบับสาธารณรัฐที่หนึ่ง ค.ศ.1792 และฉบับสาธารณรัฐที่สาม ค.ศ.1946

2. ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง (Le people constituant)

ในกรณีที่ประชาชนจะมีบทบาทโดยตรงในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ประชาชนไม่จำเป็นจะต้องเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง โดยอาจมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นผู้ร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บุคคลหรือคณะบุคคลจะทำหน้าที่เพียงยกร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ในขั้นสุดท้ายที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ ประชาชนจะต้องเป็นผู้อนุมัติในขั้นสุดท้าย วิธีการให้ประชาชนอนุมัติมี 2 วิธี คือ โดยการออกเสียงประชามติ (Referendum) ให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญที่ยก่างขึ้นนั้น และโดยวิธีให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ออกเสียงลงคะแนนในวิธีที่เรียกว่า Plebiscite เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ฉบับสาธารณรัฐที่ห้า

2.4.2.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (pouvoir constituant derive) หรืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir de revision)

แม้รัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุดที่จัดระเบียบการปกครอง และจัดตั้งองค์กรบริหารของรัฐ ซึ่งไม่ควรที่จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง แต่เมื่อสถานการณ์ของประเทศทั้งในด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และในด้านอื่นๆ เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่อาจจะไม่มีความเหมาะสมที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาการบริหารราชการของประเทศ จึงต้องมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสม ซึ่งอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นการ

ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เช่นกัน โดยถือว่าเป็นอำนาจต่อเนื่องของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีอยู่แต่ดั้งเดิม ในทางวิชาการจึงเรียกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม หรืออำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (Pouvoir Constituant Derive) แต่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจที่มีขอบเขตจำกัดภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญเดิม ด้วยเหตุนี้ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างและอยู่ในลำดับเหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา (Pouvoir Legislatif) ที่เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น (Pouvoir Constitue) ซึ่งผลที่ตามมาก็คือ จะใช้องค์กรและวิธีการเดียวกันในการออกและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดามาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ แต่จะต้องมีระบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษและใช้วิธีการพิเศษ โดยผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือ ผู้ที่มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ อันได้แก่ ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยของรัฐ (Sovereign) ซึ่งตามระบอบประชาธิปไตยก็คือประชาชนนั่นเอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Derive) นี้ อาจเรียกว่า "อำนาจพิจารณาใหม่" ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่บางบทบางมาตราเท่านั้น แต่ครอบคลุมถึงอำนาจที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับด้วย⁵⁸

(ก) ลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Revision) เป็นการแสดงออกถึงการใช้อำนาจอธิปไตยเช่นเดียวกับการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. พิจารณาจากลักษณะการก่อตั้งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Les caractere institue du pouvoir de revision) กล่าวคือ ในการเขียนรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปในภายหน้าได้ทั้งหมดทุกประการ ผู้ร่างจึงได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับ

⁵⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "คำบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน ปีการศึกษา 2/2539". (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2539), (เอกสารถอดทบทวนคำบรรยาย)

สภาพการณ์ของประเทศได้ ดังนั้นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็นอำนาจที่ถูกสร้างขึ้นและอยู่ภายใต้ข้อจำกัด (competence) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

2. พิจารณาจากลักษณะที่ถูกจำกัดโดยอัตโนมัติของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป และจะเป็นการแก้ไขจนเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญเดิมมิได้

โดยหลักแล้วผู้ที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือ ผู้ที่มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ผู้ที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมอาจจะกำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่า จะให้องค์กรใดเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขอย่างไร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงอยู่ภายในขอบเขตจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 28 กันยายน ค.ศ.1958 มาตรา 89 บัญญัติหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยให้ 2 องค์กร คือ นายกรัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภา เป็นผู้ที่มีอำนาจเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่อำนาจขั้นสุดท้ายที่จะอนุมัติให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีผลบังคับ ก็คือประชาชน โดยกรณีที่นายกรัฐมนตรี หรือรัฐบาล เป็นผู้เสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สามารถเลือกได้อาจจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ หรือจะให้ที่ประชุมร่วมของทั้งสองสภาเป็นผู้ลงมติ แต่ถ้าเป็นกรณีที่สมาชิกรัฐสภาเป็นผู้เสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ.1958 กำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขได้ทุกกรณี เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบการปกครองอาณาเขตของประเทศ และอำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีจะแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าการใช้อำนาจและการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่แตกต่างและซับซ้อนมากกว่าการจัดทำและการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitue)

(ข) รูปแบบการใช้อำนาจ

การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Derive) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Revision) มีวิธีการใช้อำนาจได้ 3 วิธี คือ

(ข.1) ให้สภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้วิธีการเดียวกันกับการบัญญัติกฎหมายธรรมดา โดยถือว่าสภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชน และเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ย่อมจะมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ถือว่าเป็นการขยายอำนาจให้แก่สภานิติบัญญัติที่โดยปกติจะมีอำนาจหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติ หรือการตรากฎหมายธรรมดาเท่านั้น ให้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญวางหลักให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ง่าย

(ข.2) จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเต็มหรือมีอำนาจเฉพาะเจาะจงเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญที่มีข้อกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้โดยยาก (La Constitution Rigide) มักจะกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบคือ การกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติที่มีอยู่เดิมเปลี่ยนแปลงไปเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ ฉบับสาธารณรัฐที่ 3 หรือรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับสาธารณรัฐที่ 5 และการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่เพื่อทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1791 และ ค.ศ.1848 รวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

(ข.3) การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ปี ค.ศ.1946 (มาตรา 90) และรัฐธรรมนูญ ฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ.1958 (มาตรา 89C.) ซึ่งตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ถือว่า การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามตินั้นเป็นข้อยกเว้น แต่หลักการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามตินี้เป็นที่ยอมรับในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีการออกเสียงลงประชามติในเรื่องที่สำคัญ เช่น

การออกเสียงลงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยกึ่งทางตรง เช่น ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ก็มีการกำหนดให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

2.4.3 กระบวนการหรือขั้นตอนในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

การสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการในการใช้อำนาจอรัฐเพื่อสร้างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นสำหรับเป็นหลักเกณฑ์ในการปกครองประเทศ สามารถจำแนกกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

2.4.3.1 การยกร่างหรือการเขียนรัฐธรรมนูญ (Drafting)

ขั้นตอนการยกร่างหรือการเขียนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นงานทางวิชาการโดยแท้ ซึ่งเป็นงานที่ต้องใช้ความรู้ทางวิชาการในด้านกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ กล่าวคือต้องการผู้เชี่ยวชาญที่มีประสบการณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินมาทำหน้าที่ในการยกร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ควรจะเป็นผู้ที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น

นอกจากนี้ จำนวนผู้ที่ทำหน้าที่ในการยกร่างรัฐธรรมนูญไม่ควรจะมีจำนวนมากจนเกินไป เพราะอาจก่อให้เกิดการถกเถียงและหาข้อยุติได้ยาก จนอาจต้องมีการประนีประนอมกันส่งผลให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่อาจตั้งอยู่บนหลักการทางวิชาการที่ถูกต้อง รวมทั้งอาจทำให้ใช้เวลามากในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ

2.4.3.2 การพิจารณาให้ความเห็นชอบและตั้งข้อสังเกตในรัฐธรรมนูญ

(Deliberation)

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนการตรวจพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ได้เขียนหรือยกร่างขึ้นเพื่อพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญนั้นมีความถูกต้องเหมาะสมในด้านถ้อยคำและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมทั้งตรวจสอบความสมเหตุสมผลของรัฐธรรมนูญ ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นมีประสิทธิภาพและสามารถแก้ไขปัญหาระบบการเมือง และทำให้

ระบบการเมืองมีประสิทธิภาพ ขั้นตอนนี้ควรเป็นหน้าที่ของผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ทางการเมืองเพื่อการวิจารณ์และให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดี

2.4.3.3 การทำให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ (Approval)

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนสุดท้ายและถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดของกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ และถือได้ว่าเป็นขั้นตอนที่มีการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง เพราะเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ ซึ่งรูปแบบและวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการดำเนินการในขั้นนี้ควรให้เป็นอำนาจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตย ผู้ทรงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคือประชาชน โดยการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ หรือใช้อำนาจโดยอ้อม โดยการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเต็มหรือมีอำนาจไม่จำกัดเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ และให้มีอำนาจให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญด้วย

ในการศึกษาสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าการสถาปนารัฐธรรมนูญโดยรูปแบบวิธีการที่เป็นประชาธิปไตย เป็นรูปแบบการใช้อำนาจรัฐที่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจปกครองของรัฐโดยการสถาปนารัฐธรรมนูญ และถือได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม เพราะเป็นการปกครองด้วยความยินยอมของผู้ได้ปกครอง

อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสาระของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนอกจากจะแสดงให้เห็นโดยวิธีการสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องพิจารณารวมถึงหลักการที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยว่ามีลักษณะในการจำกัดอำนาจรัฐอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

2.5 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม : รัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวทางหรือกระบวนการที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 เพื่อให้รัฐทั้งหลายมีรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดเป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในการจำกัดอำนาจรัฐและองค์กรของรัฐ มิให้กลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจและอำนาจทรราชในท้ายที่สุด และ

รัฐธรรมนูญตามรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ จะมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม คือ มาจากการยอมรับของสมาชิกในสังคมร่วมกัน⁵⁹

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีผลบังคับใช้ในการปกครองประเทศ เนื้อหาในรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดโครงสร้างของรัฐ หลักการสำคัญต่างๆ ในการปกครองประเทศ รวมถึงการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย* นั้นจะมีหลักการที่สำคัญเพียงสองส่วน คือ การจัดตั้งรัฐบาลและการจัดให้รัฐบาลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง⁶⁰

ทั้งนี้ สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) คือ แนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครอง และกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐาน (infra-structure) ในการจัดองค์การบริหารของรัฐ⁶¹ โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของกระแส

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 95.

* ประชาธิปไตยถือเป็นอุดมการณ์และแนวความคิดทางการเมืองอย่างหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยรูปแบบ วิธีการ และเนื้อหาของ การปกครองโดยประชาชน เพื่อประชาชน และของประชาชน ทั้งนี้สามารถศึกษาหลักการประชาธิปไตยเพิ่มเติมได้ใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์กับการเมืองไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พิมพ์เนศ, 2520). เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเปลโต้ถึงปัจจุบัน, แปลโดยเสน่ห์ จามริก, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510).

⁶⁰ อมร รัชชาติ, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการไม่ขัด หรือไม่แย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและความหมายของกฎหมาย, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 5 14 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2546), หน้า 9.

⁶¹ อมร จันทรสมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา, 2537), หน้า 9.

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนี้มีการเชื่อมโยงระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสูงสุดกับประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง⁶² ซึ่งเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมประกอบด้วยหลักการอันเป็นสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

2.5.1 ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากในรัฐเสรีประชาธิปไตยถือว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะกฎหมายสูงสุดที่เป็นสัญญาประชาคม ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงต้องทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เพื่อที่จะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญให้รอดพ้นจากการถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่าย โดยมีเหตุผลที่สนับสนุนความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังนี้

1. รัฐธรรมนูญมีที่มาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งระบอบการเมืองการปกครอง (pouvoir constituant) ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นผู้ก่อตั้งระบอบและองค์การการเมือง ดังนั้นอำนาจต่างๆ ขององค์การการเมืองทั้งหมดที่ได้ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอำนาจที่มีกรอบขอบเขตและเงื่อนไขต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่องค์การการเมืองต้องเคารพ และจะกระทำการละเมิดหรือขัดกับรัฐธรรมนูญผู้ก่อตั้งตนเองมาไม่ได้

2. รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเมื่อพิจารณาในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่เพียงก่อตั้งระบอบการเมืองและองค์การการเมืองเท่านั้น แต่ยังก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นใหม่ทั้งระบบ โดยกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย ได้แก่ รัฐสภา มีหน้าที่ออกพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมีหน้าที่ออกพระราชกำหนดหรือกฎกระทรวงตามลำดับ องค์กรที่ใช้กฎหมายให้เกิดผลขึ้น ได้แก่ ฝ่ายบริหารและหน่วยงานในสังกัด

⁶² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รวมคำบรรยายเนติฯ ภาคหนึ่ง สมัยที่ 54 การบรรยายครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2544), หน้า 59.

รวมทั้งกำหนดองค์กรที่มีอำนาจตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นตามกฎหมายได้อีก เช่น ศาล⁶³ จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งหลายจะต้องจัดทำตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป และกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

3. รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในฐานะเป็นผู้สถาปนาระบบและองค์กรการเมือง และก่อตั้งระบบกฎหมาย ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงต้องได้รับการประกัน โดยมีหลักการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ (Judicial review) และมีองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้และสูญเสียภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลัก ดังนั้น การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปเพื่อปกป้องรักษารัฐธรรมนูญไว้ให้เป็นกฎหมายสูงสุดได้จริง⁶⁴

4. การเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแสดงออกโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องใช้วิธีพิเศษ เพราะอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ถือเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด⁶⁵

2.5.2 หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ถือเป็นหลักการพื้นฐานอันสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ถึงขนาดกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่

⁶³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2540), หน้า 13.

⁶⁴ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), หน้า 64.

⁶⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 17.

แท้จริง จะมีขึ้นและดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ” และเฉพาะแต่รัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่า นิติรัฐ⁶⁶

นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ยอมรับรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร⁶⁷ ภายใต้แนวคิดที่ว่า การกระทำใดๆ ของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจมีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะกระทำได้เฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น⁶⁸ ดังนั้นรัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองอย่างเคร่งครัด⁶⁹ โดยนัยนี้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่างๆ ของผู้ปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักนิติรัฐคือ หลักการปกครองภายใต้กฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้กล่าวว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น “ผู้ปกครองที่แท้จริงคือกฎหมายไม่ใช่มนุษย์” (Government of Laws , not of men)⁷⁰

⁶⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 40.

⁶⁷ และวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 1 และสมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 127.

⁶⁸ R.CARRE de MALBERG, *Contribution a la thorie generale de l'Etat*, Paris, Sirey, p.222,pp.488-489., H.W.R.WADE, *Administrative Law*, Fourth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp.23-24.อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 40.

⁶⁹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 127.

⁷⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 42.

จากที่กล่าวมาข้างต้นพอจะสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์สุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนดังต่อไปนี้

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักนี้หมายความว่า กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควร ว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไรประการหนึ่ง และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักนี้หมายความว่า การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ⁷¹

จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐ, หลักนิติธรรม, หลักการปกครองภายใต้กฎหมาย มีหลักการสำคัญเพื่อจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์สุดท้ายอยู่

⁷¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 129.

ที่การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด

2.5.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นผลมาจากแนวความคิดต่อต้านอำนาจเด็ดขาด อันส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ เสรีภาพของประชาชนจะมีไม่ได้เลยหรือมีเป็นส่วนน้อย ถ้าหากอำนาจไปรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง⁷² เนื่องจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองในอดีตที่ผ่านมาให้บทเรียนที่สำคัญว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มจะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ดังที่ ลอร์ด แอ็กตัน (Lord Acton) กล่าวไว้ว่า “อำนาจทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลง อำนาจเด็ดขาดยิ่งทำให้ผู้ถืออำนาจนั้นเสื่อมลงอย่างถึงที่สุด” (Power corrupts, absolute power corrupts absolutely) ดังนี้เพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎร หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเกิดขึ้นโดยการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจ อธิปไตย โดยการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน และเป็นอิสระจากกัน⁷³ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ โดยมีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง⁷⁴ ดังนั้นหลักการนี้จึงนับว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบัน

⁷² อมร จันทรสุมบุรณ. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 63.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

⁷⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่. พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 23-24.

2.5.4 ทฤษฎีสัญญาประชาคม

สัญญาประชาคม (Social Contract) คือ ความยินยอมร่วมกันของประชาชนที่จะก่อตั้งรัฐ และสร้างกฎเกณฑ์การปกครองขึ้นภายในรัฐ สัญญาตามแนวคิดสัญญาประชาคมนี้นำมาซึ่งรูปแบบของรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน และกลายเป็นรากฐานประการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยถือว่ารัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองขึ้น และภายใต้รัฐธรรมนูญประชาชนยินยอมที่จะถูกปกครอง ในขณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ยินยอมผูกพันตนเองในการเคารพทบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจำกัดอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น⁷⁵ การที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันได้สะท้อนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนภายในประเทศ ก็เป็นผลมาจากแนวความคิดภายใต้ทฤษฎีสัญญาประชาคมนั่นเอง

จากการศึกษาแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ผู้เขียนมีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญที่ปรากฏแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้นมิได้มีเนื้อหาสาระเพียงแค่สถาปนาระบอบการเมือง กำหนดโครงสร้างการปกครองและองค์การบริหารของรัฐเท่านั้น หากแต่จะต้องปรากฏแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐ และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย โดยมีหลักการพื้นฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นองค์ประกอบ ซึ่งมีผลเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

⁷⁵ Louis Henkin, Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs. (New York : Columbia University Press, 1990), p.5.