



## ข้อสังเกตเกี่ยวกับหลักการปกครอง “แบบนิติรัฐ” การปกครอง “แบบนิติธรรม” และการปกครอง “แบบรัฐตำรวจ” บริบทประเทศไทย\*

อรทัย อินตะไชยวงศ์<sup>1</sup> สิทธิกร ศักดิ์แสง<sup>2</sup>

### บทคัดย่อ

การใช้อำนาจมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2557 (ฉบับชั่วคราว) ของหัวหน้า คสช. (คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ) อยู่ในสถานะ “รัฐธรรมิปไตย” เหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและอำนาจตุลาการ และการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ก็ไม่สามารถเข้าตรวจสอบได้จะเป็นการเสี่ยงต่อการ “ปกครองแบบรัฐตำรวจ” (Police State) ในลักษณะเช่นเดียวกับ มาตรา 17 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ซึ่งหัวหน้า คสช.(คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ)พึงต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้อำนาจเป็นอย่างยิ่งและการใช้อำนาจจะต้องอยู่ภายใต้หลักสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำไปในสิ่งที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้นและต้องเป็นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชน ยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนดังนั้นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในอนาคตตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ผู้เขียนเห็นว่าผู้จัดทำรัฐธรรมนูญควรบัญญัติหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) มาใช้ร่วมกันคือ เป็น “การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม”

**คำสำคัญ:** หลักการปกครองแบบนิติรัฐ, หลักการปกครองแบบนิติธรรม, หลักการปกครองแบบรัฐตำรวจ

\* บทความวิชาการ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์ พ.ศ. 2559

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์, E-mail: noy\_lawycerc@hotmail.com

<sup>2</sup> อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี จังหวัดสุราษฎร์ธานี



---

## The Observation about the Legal State Administration, the Rule of Law Administration and the Police State Administration in the Context of Thailand\*

*Orrathai Intachaiwong<sup>1</sup> Sittikorn Saksang<sup>2</sup>*

---

### Abstract

To exercise the power by Section 44 of the Constitution of the Kingdom of Thailand Buddhist era 2557 (temporary) by the leader of National Council for Peace and Order (NCPO) who has the sovereignty which exceed than Legislation power, Administration power and Judicial power and that power could not be inspected and risky to be the Police State same as Section 17 of the Constitution of the Kingdom Administration Buddhist era 2502.

The leader of NCPO must exercise the power carefully and adhere to the reason and balance that means must get suitable result as intended by the Legislation Power, the limit of the people liberty and rights must be necessary to use for the common interest only. The rule which authorized by the law to the administrative power to enforce the people must have the interest to community than individual damages.

Therefore, the writer has an opinion that the person who create the new Constitution law which specified to make by the Constitution of the Kingdom of Thailand ( temporary) Buddhist era 2557 must legislates by the principle of the Legal State and the Rule of Law which combine to be “Administration by Legal State which adhere to the Rule of Law”.

**Keywords:** The Legal State, The Rule of Law, Police State

---

\* The Article from Laws Program, Faculty of Humanities and Social Sciences, Nakhon Sawan Rajabhat University, 2016.

<sup>1</sup> Lecturer in Laws Program, Faculty of Humanities and Social Sciences, Nakhon Sawan Rajabhat University, E-mail: noy\_lawycrcr@hotmail.com

<sup>2</sup> Lecturer in Laws Program, Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University

## บทนำ

หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในเรื่องของปรัชญาว่าด้วยการกระทำและการควบคุมการกระทำของรัฐที่มีต่อประชาชนซึ่งเป็นหลักสำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมายมหาชน คือ การปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) กับการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) (วิชัญ เกรียงงาม, 2526, น.72) แต่อย่างไรก็ตามปัญหานี้เกิดขึ้นเมื่อมีการถกเถียงในวงวิชาการเกี่ยวกับหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับหลักการปกครองแบบนิติธรรมที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่ารัฐธรรมนูญนั้นใช้หลักอะไรในการปกครองประเทศ ใช้หลักการปกครองแบบนิติธรรม หรือหลักการปกครองแบบนิติรัฐ หรือนำทั้งสองหลักมาใช้ร่วมกัน เมื่อพิจารณาถึงบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะพบว่าแต่เดิมในชั้นยกร่างนั้น กรรมการผู้ยกร่างได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏถึงการอภิปรายว่ากรรมการผู้ยกร่างอธิบายถึงหลักการทั้งสองว่าเป็นอย่างไร และโดยสรุปแล้วหลักการทั้งสองเหมือนกันอย่างไร และที่สำคัญไม่มีกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญผู้ใดอภิปรายถึงความเชื่อมโยงของหลักการปกครองแบบนิติธรรมกับความมีอำนาจอสูงสุดของรัฐสภาและความเชื่อมโยงของหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับการยอมรับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ คงมีแต่การอภิปรายว่าหลักการใดกว้างหลักการใดแคบ ซึ่งไม่ทำให้เห็นถึงสาระของความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสอง แม้จะมีการลงคะแนนเสียงเพื่อหาข้อยุติใน “การใช้ถ้อยคำ” แต่ไม่มีผู้ใดสรุปได้ว่าความเหมือนและความแตกต่างในทางเนื้อหาของหลักการทั้งสองคืออะไรกันแน่ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554) แต่อย่างไรก็ตามการถกเถียงเกี่ยวกับหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับหลักการปกครองแบบนิติธรรมของประเทศไทยก็ได้เปลี่ยนแนวคิดเมื่อมีการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ได้ละเลยหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับหลักการปกครองหลักนิติธรรม แต่ใช้หลักการปกครองในลักษณะคุ้มครองการปกครองแบบรัฐตำรวจ (Police State) ดังนั้นในบทความนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะเขียนอธิบายถึงแนวคิดพื้นฐานหลักการปกครองแบบนิติรัฐ หลักการปกครองแบบนิติธรรม ความแตกต่างและความคล้ายคลึงของทั้งสองหลักและสามารถนำไปใช้ร่วมกันได้อย่างไร และกล่าวถึงการปกครองที่คุ้มครองการปกครองแบบรัฐตำรวจ ว่าเป็นอย่างไร รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ควรจะให้หลักการปกครองแบบใดที่เหมาะสมกับประเทศไทยในอนาคต ดังนี้

## 1. แนวคิดพื้นฐานหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับหลักการปกครองแบบนิติธรรม

รากฐานในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับ “รัฐ” (State) ไม่ได้หมายถึง “รัฐ” ที่ปกครองโดยกฎหมาย หากแต่หมายถึง “รัฐ” ที่นับถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่ คำว่ากฎหมายในที่นี้ มีความหมายรวมๆ ถึงบรรดากฎหมายและระเบียบแบบแผนทางการเมืองทั้งหลายบางครั้งเรียกว่า “หลักการปกครองแบบนิติรัฐ” (Legal State) บ้าง รัฐที่เคารพใน “หลักการปกครองแบบนิติธรรม” (The Rule of Law) บ้าง แยกอธิบายได้ดังนี้ (นิติศาสตร์ลุ่มน้ำตาปี, 2552, น. 117-130)

### 1.1 แนวคิดเรื่องการปกครองแบบนิติรัฐ

แนวคิดเรื่องการปกครองนิติรัฐ (Legal State) เริ่มต้นเกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีที่รับรองสิทธิของประชาชน ตามแนวคิด ลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญกับรัฐจะมีความสัมพันธ์กัน “รัฐ” ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเป็นนิติรัฐเสมอ รัฐธรรมนูญจะมีบทบาทยุติรับรองสิทธิเสรีภาพของราษฎร “รัฐ” จึงมีฐานะเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอย่างเคร่งครัด และรัฐจะต้องเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎร ซึ่งการจะเป็นเช่นนี้ได้มีวิธีเดียว คือ “รัฐ” ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) โดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบไคท์กฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) ยังให้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัด “รัฐ” อยู่เสมอ และโดยที่รัฐธรรมนูญอาจมีบทบาทยุติให้ราษฎรเป็นองค์กร ในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง หรือให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตนการที่ “รัฐ” จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ก็เนื่องจากได้รับความยินยอมของราษฎร ให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพซึ่งถือว่าเป็นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร (วิชฌุ เครื่องงาม, 2526, น.72) เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ถูกนำมาใช้ในการปกครองประเทศนั้น พบว่า การปกครองแบบนิติรัฐอาจเป็นเพียง เชิงรูปแบบหรือเป็นนิติรัฐในเชิงเนื้อหาอย่างแท้จริงก็ได้ ดังนี้ (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2554)

1. การปกครองโดยนิติรัฐเพียงในเชิงรูปแบบ หมายถึง รัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับราษฎรทุกคน ในแง่นี้รัฐทุกรัฐในปัจจุบันย่อมเป็นนิติรัฐ เนื่องจากมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น นิติรัฐในความหมายนี้เป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) แต่มิได้มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมาย (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554)

2. หลักการปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา หมายถึง ระบบกฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้เพราะ

รัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นแต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายใต้หลักการต่อไปนี้

1) อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย คือ การตรากฎหมายโดยความเห็นชอบของประชาชนโดยตรงหรือขององค์กรผู้แทนปวงชนในระบบประชาธิปไตยโดยผู้แทน

2) เนื้อหาของกฎหมายไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น หลักสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค เป็นต้น มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน คือ รัฐธรรมนูญ เป็นหลักประกันแก่สถานภาพทางกฎหมายของประชาชนได้ดีที่สุด

แนวคิดเรื่องหลักการปกครองแบบนิติรัฐนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงรัฐที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตยที่ปรากฏทั้งนิติรัฐในเชิงรูปแบบและนิติรัฐในเชิงเนื้อหาและมีใช้แพร่หลายในประเทศภาคพื้นยุโรปหรือประเทศที่ใช้ระบบชีวิตลอร์ (Civil Law) เช่น ในประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี เป็นต้น อาจสรุปสำคัญได้ 5 ประการ ดังนี้ (อักษราทร จุฬารัตน, 2556, น. 95-97)

1. รัฐจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการ กฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนปราศจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจขององค์กรออกจากกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางด้านนิติบัญญัติ ด้านบริหารและด้านตุลาการ โดยไม่ยอมให้มือองค์กรเดียวใช้อำนาจปกครองรัฐ

3. การถ่วงดุลอำนาจซึ่งกัน (Check and Balance) และกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร ตามลักษณะรูปแบบการปกครองของแต่ละประเทศ

4. มีการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ รวมไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่

5. ตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบต้องมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 1.2 ความคิดเรื่องการปกครองแบบนิติธรรม

ความคิดเรื่องหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of Law) หมายถึง การที่รัฐบาลจะปฏิบัติการใดๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (Rule) ที่แน่นอนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและได้ประกาศล่วงหน้าแล้ว โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยให้สามารถคาดการณ์ได้และช่วยให้สามารถวางแผน

กิจการต่างๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว (F.A. Hayek, 1956, p.72; จริฎ โขษณานันท์, 2545, น. 350) ความคิดเรื่องหลักการปกครองแบบนิติธรรมมีขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันตนเองเอาไว้กับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นอย่างเคร่งครัด ประเทศอังกฤษจึงได้ชื่อว่าถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of Parliament) เป็นหลักใหญ่ในการจัดรูปแบบการปกครอง ซึ่ง เอ.วี. ไดซี (A.V. Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้อธิบายสาระสำคัญของหลักนิติธรรม ไว้ดังนี้ (A.V. Dicey, 1979, pp.187-203)

1. ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้งและการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมาย ต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Rights) ของแผ่นดิน

2. ไม่มีบุคคลโดยอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ไม่ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดาแล้วต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน (อัครราชทู จุฬารัตน, 2543, น. 88)

3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า แนวคิดระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศอังกฤษตามคำอธิบายของไดซี การใช้อำนาจของรัฐบาลอยู่ภายใต้การควบคุมตามหลักกฎหมายสามัญของคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและใช้ระบบวิธีพิจารณาของศาลเดียวกัน

แม้ว่าหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองแบบนิตินิติธรรม (The Rule of law) จะมีประวัติความเป็นมาและสาระสำคัญบางประการที่แตกต่างกันในรายละเอียด แต่ในปัจจุบันทั้งปกครองที่ใช้หลักการปกครองแบบนิติรัฐกับประเทศที่ใช้หลักการปกครองแบบนิติธรรมต่างก็มีความสำคัญตรงที่ว่าหลักการทั้งสองมีคุณูปการต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยเหมือนกัน มีสาระสำคัญหรือเป้าหมายเดียวกัน คือ การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นการที่ประเทศใดประเทศหนึ่ง (รัฐใดรัฐหนึ่ง) จะเป็นนิติรัฐหรือนิติธรรมได้นั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้ (หยุดแสงอุทัย, 2538, น. 124-125; คณะกรรมาธิการวิสามัญบัณฑิตกฏการมหาชน, 2550, น. 3)

1. การกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้ปกครองรัฐยอมอยู่ใต้กฎหมาย ขอมเคารพและปฏิบัติตามกฏเกณฑ์ต่างๆแห่งกฎหมาย ทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการกำหนด

หลักเกณฑ์วิธีการในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ ดังนั้นจึงเป็นหลักการที่มุ่งจำกัดและตีกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐโดยกฎหมาย และมีให้ใช้อำนาจนั้นไปโดยอำเภอใจ

แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากรัฐจะกลายเป็นการปกครอง โดย “รัฐตำรวจ” (Police State) ทันที (Carré de Malberg, 1920, p.488; จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2554) ซึ่ง “รัฐตำรวจ” เป็นรัฐที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระและด้วยความริเริ่มของตนเอง เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของรัฐ โดยสรุปแล้ว รัฐตำรวจตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า “เป้าหมาย” (Ends) สำคัญกว่า “วิธีการ” (Means) เสมอ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ ดังนั้นในรัฐตำรวจประชาชนจึงเสี่ยงภัยกับการกระทำตามอำเภอใจ (Arbitrary) ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่อาจคาดหมายผลของการกระทำของตนได้ (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2547, น. 17-18)

หลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ฝ่ายปกครองมีภารกิจหลัก คือ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหรือการออกคำสั่งทางปกครองใดๆ ล้วนมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติ มิได้มีอำนาจเป็นของตนเอง ดังนั้น การตรากฎหรือทำคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่เป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของผู้ได้การปกครอง ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเสมอตามหลักกฎหมายมหาชน (Public Law) ที่กล่าวว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักการปกครองแบบนิติธรรม คือ “ฝ่ายปกครองควรกระทำการใดๆตามอำเภอใจไม่ได้” โดยเหตุนี้ทั้งประเทศที่ใช้หลักการปกครองแบบนิติรัฐและประเทศที่ใช้หลักการปกครองแบบนิติธรรม จะวางหลักการปกครองเดียวกัน คือ เมื่อใดที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หน้าที่หรือประโยชน์ของเอกชน จะต้องตรวจสอบดูก่อนเสมอว่ามีกฎหมายให้อำนาจกระทำการเช่นนั้นหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดการใช้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด (จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, 2554)

2. การกระทำของรัฐต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐหรือหลักการปกครองแบบนิติธรรม จะกำหนดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐไว้แน่นอน มีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ในการใช้อำนาจรัฐ ควรแยกเป็น (M.J.C.Vile, 1967, pp. 35-36; ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2539, น.38) การจัดทำกฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตัดสินตามกฎหมาย คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ที่กล่าวกันมาแต่เดิมนั้นเอง แต่พิจารณาโดยคุณเนื้อหาคือสำคัญ อย่างไรก็ตามอำนาจเหล่านี้มิใช่อำนาจ เฉพาะขององค์กรใด

องค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว เช่น รัฐสภามิใช่องค์กรเดียวที่มีอำนาจจัดทำกฎ แต่รัฐบาลก็จัดทำกฎและศาลก็จัดทำกฎด้วยหรือฝ่ายปกครองก็มีการตัดสินใจตามกฎด้วย เป็นต้น ดังนั้นความมุ่งหมายแท้จริงของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) จึงควรเป็นการกระจายหน้าที่หรือการแบ่งหน้าที่ (Function of Powers) ตามความสามารถเฉพาะด้านและดูแลให้เกิดการคานและดุลกัน (Check and Balance) เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ

การใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ต้องมีตัวแทนเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าว เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์หรือการสรรหาของบุคคลเข้าไปใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา) การกำหนดบุคคลใช้อำนาจทางบริหาร (คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการเมือง เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในทางปกครองหรือที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”) การกำหนดบุคคลเข้าไปใช้อำนาจทางตุลาการ (ผู้พิพากษาของศาลต่าง ๆ) และบุคคลที่เข้าไปใช้อำนาจในนามรัฐต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของหลักสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นเป็นการยากที่จะแยกอำนาจออกไปโดยออกจากกันอย่างเด็ดขาด การจะพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรหนึ่งในสามนี้ องค์กรใดขัดหรือฝ่าฝืนต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หรือการแบ่งหน้าที่ (Function of Powers) หรือไม่เพียงใด การกระทำนั้นจะต้องไม่กระทบแก่นของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (บุญศรี มิวังค้อโฆษ, 2544, น.69)

3. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในการแบ่งอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเสมือนกลไก เสมือนเครื่องมือของรัฐบาลในการบริหารราชการแผ่นดิน ก็มักจะเกิดปัญหาขึ้นว่า เรื่องใดจะต้องให้สภาตรากฎหมาย เรื่องใดสามารถให้ฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายการเมือง กับในฐานะฝ่ายปกครองกำหนดกฎหมายขึ้นเองได้ หากนำหลักการแนวคิดด้วยการปกครองระบอบประชาธิปไตยเข้ามาประกอบการพิจารณา จะพบว่าถ้าการกระทำนั้นกระทบกระเทือนสถานภาพหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นทางการเมือง เศรษฐกิจหรือสังคมจะต้องให้รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายออกมา ส่วนฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นเพียงผู้กำหนดรายละเอียด เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดหรือเป็นไปเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย กฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หลักการควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย โดยมีองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการเป็นผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและรวมไปถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

## 2. หลักการปกครองโดยนิติรัฐกับหลักการปกครองโดยนิติธรรมที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำหลักแนวคิดหลักการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองโดยนิติธรรม (The Rule of Law) ทั้งสองหลักมารวมกันจนมีผู้ที่เข้าใจว่าเป็นหลักเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ที่มีปรัชญาการปกครองโดยนิติธรรม (The Rule of Law) อยู่เบื้องหลังกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่มีปรัชญาการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal State) อยู่เบื้องหลัง ถึงแม้ประเทศไทยจะกล่าวว่าเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) แต่ก็ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) จากประเทศอังกฤษอยู่มาก ทำให้เรานำหลักการปกครองโดยนิติรัฐกับหลักการปกครองโดยนิติธรรมมาใช้และนำมาอธิบายจนเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นหลักเดียวกัน (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2550) จะเห็นได้ว่ากฎหมายเป็นแหล่งที่มาในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในตัวมันเอง ซึ่งการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นจะต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เพื่อวัตถุประสงค์บางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ เช่น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน เป็นต้น โดยที่มืองค์กรตุลาการ มืองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าด้วยกฎหมายหรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

แนวคิดหลักการปกครองโดยนิติรัฐกับหลักการปกครองโดยนิติธรรมได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ที่สำคัญ เช่น

“มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

“มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศหรือศาสนาโดยย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และทำที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

“มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” เป็นต้น

### 3. ความสับสนการนำหลักการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองโดยนิติธรรม (The Rule of Law) ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

การนำหลักนิติรัฐ (Legal State) กับหลักนิติธรรม (The Rule of law) มาใช้ในการปกครองประเทศ พบว่าหลักการในมาตรา 3 ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมโดยชัดเจน ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วมาตรา 3 นี้ เป็นได้ทั้งหลักนิติธรรม และทั้งหลักนิติรัฐ อาจจะทำให้ผู้ที่อ่านรัฐธรรมนูญแล้วเป็นที่เข้าใจว่าเราใช้หลักนิติธรรม แต่อย่างไรก็ตามปัญหานี้เกิดขึ้นเมื่อมีนักวิชาการที่ได้อธิบายหลักนิติรัฐ โดยนำมาตรา 3 ในรัฐธรรมนูญมาอธิบาย จะทำให้ประชาชนทั่วไปอ่านแล้วเกิดความสับสน ว่ารัฐธรรมนูญนั้นใช้หลักอะไรในการปกครองประเทศ ใช้หลักนิติธรรม หรือหลักนิติรัฐ หรือนำทั้งสองหลักมาใช้ร่วมกัน เมื่อพิจารณาถึงบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะพบว่าแต่เดิมในชั้นยกร่างนั้น กรรมการผู้ยกร่างได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏถึงการอภิปรายว่ากรรมการผู้ยกร่างอธิบายถึงหลักการทั้งสองว่าเป็นอย่างไรและโดยสรุปแล้วหลักการทั้งสองเหมือนกันอย่างไร และที่สำคัญไม่มีกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญผู้ใดอภิปรายถึงความเชื่อมโยงของหลักการปกครองแบบนิติธรรมกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและความเชื่อมโยงของหลักการปกครองแบบนิติรัฐกับการยอมรับคำบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นคำบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ คงมีแต่การอภิปรายว่าหลักการใดกว้าง หลักการใดแคบ ซึ่งไม่ทำให้เห็นถึงสารัตถะของความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสอง แม้จะมีการลงคะแนนเสียงเพื่อหาข้อยุติใน “การใช้ถ้อยคำ” แต่ไม่มีผู้ใดสรุปได้ว่าความเหมือนและความแตกต่างในทางเนื้อหาของหลักการทั้งสองคืออะไรกันแน่ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554) แต่เมื่อพิจารณาจากคณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุเจตนารมณ์และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ “เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ได้อธิบายถึงหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ คือ (คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ, 2550, น. 2-3) ดังนี้

หลักการปกครองโดยนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดอำนาจการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขต โดยปกครองภายใต้กฎหมาย ซึ่งหลักการปกครองโดยนิติรัฐ มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักการปกครองโดยนิติธรรม ซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ
2. หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย
3. หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด
4. หลักความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
5. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
6. หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา
7. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยเรานำหลักการปกครองโดยนิติรัฐกับหลักการปกครองโดยนิติธรรมมาใช้และนำมาอธิบายจนเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นหลักเดียวกันด้วยเหตุผลอยู่ 2 ประการ ดังนี้ (สิทธิกร สักดีแสง, 2556, น.15)

1. ที่ผู้ออกแบบกฎหมายหรือออกแบบหลักการปกครองของรัฐในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ในอดีตถึงปัจจุบันนั้นบางท่านได้รับการศึกษามาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) เป็นต้นแบบการปกครอง เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี เป็นต้น หรือบางท่านได้รับการศึกษามาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) เป็นต้นแบบการปกครอง เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น นำมาใช้และอธิบายจนเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นหลักการปกครองเดียวกัน

2. แม้ว่าที่มาดั้งเดิมของหลักการปกครองทั้งสองอาจจะเริ่มจากความคิดที่ต่างกัน หรือเกิดขึ้นคนละที่กันแต่การพัฒนาในทางกฎหมายทั้งสองหลักการปกครองนี้ปัจจุบันมีลักษณะของการปกครองคล้ายคลึงกัน ความคิดที่ตรงกันระหว่างหลักการปกครองแบบนิติรัฐของประเทศภาคพื้นยุโรปกับหลักการปกครองแบบนิติธรรมของประเทศอังกฤษที่นำมาใช้กันทั่วโลก ถึงแม้จะเป็นถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่กลับมีความหมายใกล้เคียงกัน หมายความว่าประเทศต่างๆเหล่านี้จะเห็นตรงกันว่า “ทุกคนต้องอยู่ภายใต้

กฎหมายเดียวกัน และต้องปฏิบัติตามกฎหมาย” ซึ่งเป็นหัวใจของหลักการปกครองทั้งสอง (อักษราทร จุฬารัตน, 2556, น. 94) กล่าวคือ

1) ถ้าไม่มีกฎหมาย บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายก็จะไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจจะพบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายต้องใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

**4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 : การละเลยการปกครองโดยนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองโดยนิติธรรม (The Rule of Law)**

หลังจากรัฐประหาร เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 โดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) โดย พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้า คสช. ได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 การถกเถียงในประเด็นเรื่องหลักการปกครองโดยนิติรัฐ กับหลักการปกครองโดยนิติธรรมได้ถูกให้ความสำคัญลง โดยมีนักวิชาการหรือนักกฎหมายบางกลุ่มได้วิพากษ์ว่าการปกครองนั้นเข้าข่ายการปกครองแบบ “รัฐตำรวจ” (Legal State) ” หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เมื่อพิจารณาถึงประเทศไทยในปัจจุบันภายใต้มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักการปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับราษฎรทุกคน เนื่องจากการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ โดยองค์กรนิติบัญญัติ นิติรัฐในความหมายนี้เป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) โดยมีได้มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมายเข้าข่ายเป็น “การปกครองแบบรัฐตำรวจ” (Police State) ไม่ได้เป็นไปตามหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) มีฐานะ “เป็นคนรับใช้ของสังคม” โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการ “รัฐ” จะต้องเคารพต่อเสรีภาพต่างๆของราษฎรได้มีวิธีเดียว คือ “รัฐ” ขอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัด “รัฐ” อยู่เสมอ และ โดยที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายเป็นไปตามหลักการปกครองแบบนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา

## 5. บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ปกครองแบบรัฐตำรวจ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่เข้าข่ายปกครองแบบรัฐตำรวจ ผู้เขียนพบว่าจะมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อยู่ 2 ฉบับด้วยกัน คือ มาตรา 17 ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 กับ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 ดังนี้

มาตรา 17 ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 บัญญัติว่า

“มาตรา 17 ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวินหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการหรือกระทำการใดไปตามความในวรรคก่อนแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีแจ้งให้สภาทราบ”

มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557

“มาตรา 44 ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2557 (ฉบับชั่วคราว) กับ มาตรา 17 ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มีข้อพิจารณา อยู่ 2 ประเด็น คือ

### 5.1 ประเด็นการใช้อำนาจปกครองในฐานะ “รัฐจารีตนิยม”

การใช้อำนาจ “หัวหน้า คสช.” (คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ) มีอำนาจอธิปไตยสูงสุด เหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและอำนาจตุลาการ และการใช้อำนาจของ คสช. ไม่มีองค์กรใดสามารถเข้าตรวจสอบได้ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจ ของ คสช. ตามมาตรา 44 ไม่ได้เป็นไปตามนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of law) แต่มีลักษณะใกล้เคียงกับการใช้มาตรา 17 ตามธรรมนูญ

การปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า “เป้าหมาย” (Ends) สำคัญกว่า “วิธีการ” (Means) และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้น ไม่ใช่ประเด็นสำคัญ การใช้อำนาจตามมาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ได้รวมอำนาจอธิปไตยให้อำนาจฝ่ายบริหารคือ “นายกรัฐมนตรี” มีอำนาจเหนืออำนาจนิติบัญญัติและตุลาการใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 17 เป็นเด็ดขาด ถึงแม้จะเขียนไว้ในลักษณะมีการคานและดุลอำนาจประหนึ่งว่า “การใช้ดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีต้องเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี” ก็ตาม ทั้งนี้ เพราะนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ทูลเกล้าฯ แต่งตั้งรัฐมนตรี ทุกอย่างจึงเป็นไปตามที่นายกรัฐมนตรีต้องการในฐานะ “รัฐาธิปัตย์” ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะของการปกครองแบบรัฐตำรวจ (Police State) ที่แท้จริง

### 5.2 ประเด็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของ “รัฐาธิปัตย์”

มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2557 (ฉบับชั่วคราว) ทำให้กระทำได้แยกหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) เพราะกำหนดให้ “คสช.” ซึ่งเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่แยกออกมาจาก ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ แต่สามารถใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปตามอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการได้ ทั้งนี้ถือได้ว่าอำนาจของ “หัวหน้า คสช.” มีอำนาจสูงสุดในฐานะ “รัฐาธิปัตย์” ไม่มีอำนาจใดเข้าตรวจสอบได้ แต่จะมีความแตกต่างกับมาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ที่ได้ให้อำนาจ “นายกรัฐมนตรี” ในกรณีที่เหมาะสม เพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวิน หรือคุกคามความสงบ ซึ่งเป็นการให้อำนาจหัวหน้าฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ลักษณะเช่นนี้ถือเป็น “หลักการปกครองแบบรัฐตำรวจ” (Police State) ที่สมบูรณ์ คือ นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามที่เห็นสมควร โดยอิสระและด้วยความริเริ่มของตนเอง เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ ซึ่งหมายถึง รัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับซึ่งมีลักษณะกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับราษฎรทุกคน เนื่องจากมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น เป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) เป็นการปกครองโดยหลักกฎหมาย (Rule of Law) มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจ” ตามมาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2550 “กระทำการใดๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นว่านั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” ถือว่าองค์กรตุลาการสามารถเข้าตรวจสอบการใช้อำนาจได้เพราะรัฐธรรมนูญได้กำหนดรับรองความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้กำหนดรับรอง เหมือนมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)

พุทธศักราช 2557 ที่ว่า “การปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด” ถือว่าไม่มีองค์กรใดเข้าตรวจสอบการใช้อำนาจได้

### บทสรุป

ผู้เขียนมีความกังวลอย่างยิ่งว่า การใช้อำนาจมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2557 (ฉบับชั่วคราว) ของหัวหน้า คสช. (คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ) มีอำนาจสูงสุดใน “ฐานะรัฐจารีตนิยม” เหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและอำนาจตุลาการ และการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นก็ไม่สามารถเข้าตรวจสอบได้จะเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการเป็น “หลักการปกครองแบบรัฐตำรวจ” (Police State) ในลักษณะเช่นเดียวกับ มาตรา 17 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ฝ่ายปกครอง ของหัวหน้า คสช. พึงต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้อำนาจเป็นอย่างยิ่งและการใช้อำนาจจะต้องอยู่ภายใต้หลักสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติได้อย่างเหมาะสมและการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำไปในสิ่งที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น และต้องเป็นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชน ยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

### ข้อเสนอแนะ

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในอนาคตภายใต้บทบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเป็นฉบับถาวรตาม มาตรา 38 ภายใต้กรอบมาตรา 35 การนำหลักการปกครองโดยนิติรัฐ กับหลักการปกครองโดยนิติธรรม มาใช้ในการปกครองประเทศ เพื่อแก้ปัญหาความสับสนทางความคิด รัฐธรรมนูญฉบับใหม่การบัญญัติหลักการ ทั้ง 2 มาใช้ร่วมกันคือ เป็น “การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม” ซึ่งก็หมายถึง “การที่รัฐ จะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ (หลักนิติรัฐ) และรัฐต้องกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นไว้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน (หลักนิติธรรม)” (สิทธิกร ศักดิ์แสง, 2554, น. 202) และเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจสุ่มเสี่ยงต่อการใช้อำนาจ ภายใต้อิทธิพลการปกครองแบบรัฐตำรวจ ดังนั้นในความเห็นผู้เขียนเห็นว่าเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนทางความคิดและเพื่อให้มีการเชื่อมโยงของหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมเป็นการปกครองโดยนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม “มาตรา.....” อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม”

### เอกสารอ้างอิง

- โกเมศ ขวัญเมือง และ สิทธิกร สักดีแสง. (2549). *การศึกษาแนวใหม่: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญชน.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา (2554). *หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย*. นิตยสาร: นิติศาสตร์เพื่อราษฎร. สืบค้นเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2554, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/>
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2539). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- นิติศาสตร์ลุ่มแม่น้ำคาปี. (2552, มิถุนายน). การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมของประเทศไทย. *วารสารรัฐศาสตร์*, 57(6), 117-130.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2544). *เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชา น.2540 กฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. (2540). *เหลี่ยมหลังคอกฎหมายและความยุติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม*. นิตยสาร: นิติศาสตร์เพื่อราษฎร. สืบค้นเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2554, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/>
- \_\_\_\_\_. (2554). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. สืบค้นเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม 2554, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>
- วิษณุ เครืองาม. (2526). *เอกสารประกอบการสอน ชุดวิชา “กฎหมายมหาชน” หน่วยที่ 1-7. (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญชน.
- สิทธิกร สักดีแสง. (2550, พฤษภาคม). ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่ในระบบกฎหมายไทย. *วารสารกฎหมายใหม่*, 5(83), 52-56.
- \_\_\_\_\_. (2554). *หลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2556). *การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และรายงานการประชุมสภาว่ารัฐธรรมนูญ 2550.
- A.V. Dicey. (1997). *Law the Constitution with an introduction by E.C.S. Wade*. English language book Society Macmillan.
- F.A. Hayek. (1956). *The Road to Serfdom*. The University of Chicago Press.
- M.J.C.Vile, (1967). *Constitutionalism and the Separation of Powers*. pp. 35-36.

\*\*\*\*\*