



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (*État de droit*) ในประเทศฝรั่งเศส

ชื่อผู้แต่ง: วริษา ongsuwanthgul

การอ้างอิงที่แนะนำ: วริษา ongsuwanthgul, 'พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (*État de droit*) ในประเทศฝรั่งเศส' (2566) 52(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้สนับสนุนหลัก

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

CHANDLER MHM

ผู้สนับสนุนร่วม



DS&B DOMNERN
SOMGIAT
& BOONMA

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2162 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th



พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (*État de droit*)
ในประเทศฝรั่งเศส
Development of the French Notion of the
Rule of Law (*État de Droit*)*

วริษา องสุพันธ์กุล

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Warisa Ongsupankul

Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 1 พฤศจิกายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 29 มกราคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 15 กุมภาพันธ์ 2566

บทคัดย่อ

ประเด็นปัญหาว่า “อะไรคือการที่บุคคลถูกปกครองโดยกฎหมายแทนที่จะอยู่ภายใต้บงการตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ” เป็นปัญหาตั้งต้นของการถกเถียงและพัฒนาแนวคิดเพื่อตอบคำถามนี้ ส่งผลให้เกิดต้นแบบสองต้นแบบในโลกตะวันตกซึ่งถูกนำเข้าสู่ภาษาและระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก ได้แก่ หลัก Rule of Law อันกำเนิดมาจากข้อถกเถียงทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ และหลัก *Rechtsstaat* อันกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีและมีอิทธิพลกับยุโรปภาคพื้นทวีป

* บทความชิ้นนี้เป็นการเผยแพร่งานวิจัยส่วนตัวของผู้วิจัยในชื่อเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่เป็นบทหนึ่งในหนังสือเกี่ยวกับหลัก Rule of Law เปรียบเทียบ ซึ่งมีกำหนดจะตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ Illuminations Editions ในปี พ.ศ. 2566 ผู้วิจัยขอขอบพระคุณผู้วิจารณ์บทความวิจัยชิ้นนี้ทั้งสามท่านที่ได้ให้ข้อเสนอแนะที่มีประโยชน์อย่างยิ่ง ทำให้เนื้อหา มีความสมบูรณ์มากขึ้น.

ประเทศฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้รับอิทธิพลเรื่องหลักนิติรัฐมาจากประเทศเยอรมนีโดยมีคำเรียกเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า *État de droit* แต่ก็มีความเป็นมา ทางปฏิบัติ และจุดที่ให้ความสำคัญที่มีความเฉพาะตัวด้วยบริบททางประวัติศาสตร์และอิทธิพลของการถกเถียงทางความคิดในประเทศฝรั่งเศสเอง การศึกษาแนวคิด *État de droit* ของประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของการนำเข้าแนวคิดจากต่างประเทศมาผนวกกับแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในสังคมฝรั่งเศสมาแต่เดิม การถกเถียงพื้นที่ในการให้คำนิยามหรือตีความแนวคิดดังกล่าวผ่านข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและกฎหมาย รวมถึงข้อจำกัดและความท้าทายของการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวในแต่ละช่วงเวลาและสถานการณ์อันเนื่องมาจากอัตลักษณ์และภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเอง หรือความท้าทายจากปัจจัยภายนอก โดยผู้วิจัยหวังว่าตัวอย่างจากประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประโยชน์กับวงวิชาการไทยในการค้นคว้าต่อยอดหรือศึกษาเชิงเปรียบเทียบต่อไป

คำสำคัญ: นิติรัฐ, ฝรั่งเศส, รัฐที่ปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย, ทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองของรัฐ, ทฤษฎีการจำกัดอำนาจรัฐโดยแหล่งที่แยกต่างหากจากรัฐ

Abstract

The fundamental question as to “what it means for a person to be governed by law, as opposed to being subject to the dictates of the powerful” provides a cornerstone for the development of two western models of concepts aimed at answering the question. The two models which have later inspired other countries are the notion of the rule of law which derives from debates surrounding English constitutional law and the notion of *Rechtsstaat* which originates from Germany. France is one of the countries into which the German notion of *Rechtsstaat* has been incorporated, known in French language as *État de droit*. Nevertheless, France also has its own background, practices, and areas of emphasis which are unique due to its own historical contexts and constitutional thoughts. A study of the notion of *État de droit* provides an example of how the foreign principle of law is transplanted in the French society as well as the ways in which different arguments compete to define or interpret such notion through the debates surrounding the relationship between the State and the law. Moreover, limits and challenges of the application of *État de droit* in different periods and situations owing to French constitutional identity and



constitutional topography or external factors are also discussed. The author believes that the case study of France will be useful for Thai scholarship in terms of further research and comparative study.

Keywords: rule of law, France, legicentric state (État legal), theory of auto-limitation, theory of hetero-limitation

1. บทนำ

1.1 เหตุผลและกรอบการศึกษาวิจัยแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส

“หลักนิติรัฐ” และ “หลักนิติธรรม” ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะสร้างความยุติธรรมโดยเรียกร้องให้รัฐผูกพันต่อกฎหมาย จำกัดอำนาจผู้ปกครองไม่ให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจเป็นหนึ่งในประเด็นที่ถูกกล่าวถึง ถกเถียง และอภิปรายกันมากที่สุดในวงการกฎหมายและการเมืองไทย ความตื่นตัวและสนใจในหลักการดังกล่าวในประเทศไทยอาจมีที่มาจากกรณีที่รัฐธรรมนูญสามฉบับหลังสุดได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรอง “หลักนิติธรรม” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ¹ นักวิชาการไทยได้อธิบายเปรียบเทียบเนื้อหาและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันของ “นิติธรรม” ซึ่งแปลมาจากคำว่า Rule of Law อันเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ และ “นิติรัฐ” ซึ่งแปลมาจาก *Rechtsstaat* ในภาษาเยอรมันเนื่องจากประเทศเยอรมนีเป็นแหล่งกำเนิดความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐที่เป็นรูปธรรมและเป็นต้นแบบให้กับประเทศอื่น ๆ และสรุปว่าแม้รัฐธรรมนูญไทยจะใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” แต่เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าพยายามเดินตามแนวทางของ “หลักนิติรัฐ” ที่พัฒนามาในภาคพื้นยุโรปเนื่องจากยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับรัฐธรรมนูญ²

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากการรัฐประหารสองครั้งหลังสุดคือปี พ.ศ. 2549 และปี พ.ศ. 2557 นั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรวมถึงการปรับใช้รัฐธรรมนูญถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่ยุติธรรมและไม่สอดคล้องกับหลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐเสรีประชาธิปไตย ดังที่ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวว่า “บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560 ยังไม่สามารถทำให้ประเทศไทย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 35(6) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 26 ก่อนหน้านี้ “หลักนิติธรรม” ยังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549.

² ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์ อานกฤษฎา 2564) 322-323; บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐในฐานะ “เกนท์” จำกัดอำนาจรัฐ* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 23-27.

เป็นนิติรัฐในความหมายที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปได้” ในทางตรงข้าม อาจมีการสร้างมโนทัศน์ว่าด้วย “หลักนิติรัฐ/นิติธรรมแบบไทย” ซึ่งไม่สอดคล้องกับคุณค่าสากลที่มีพื้นฐานของการเคารพในความเป็นมนุษย์³

ท่ามกลางการล้มลุกคลุกคลานในการพัฒนาหลักนิติรัฐของประเทศไทยเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าการศึกษาพัฒนาการของหลักนิติรัฐในต่างประเทศนั้นมีประโยชน์อย่างยิ่ง ทั้งนี้ผู้วิจัยได้ใช้แนวคิด “การปลูกถ่ายกฎหมาย” (Legal Transplants) ซึ่งเสนอโดยอลัน วัตสัน (Alan Watson) มาเป็นกรอบการศึกษาวิจัย โดยวัตสันเห็นว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายสามารถถูกเคลื่อนย้ายจากระบบกฎหมายหนึ่งไปยังอีกระบบกฎหมายหนึ่งที่มีบริบททางสังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันได้ เพราะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นมีได้ผู้ติดต่อกับบริบททางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม หรือภูมิศาสตร์ของประเทศที่เป็นต้นกำเนิดของกฎเกณฑ์นั้น ๆ⁴ ทั้งนี้ ความสำเร็จของการปลูกถ่ายกฎหมายขึ้นอยู่กับหลายเหตุปัจจัย เช่น ความถูกต้องของการแปล ความเข้าใจความหมายที่แท้จริง ความสอดคล้องกับวัฒนธรรมทางกฎหมายเดิมของประเทศที่รับการปลูกถ่าย เป็นต้น⁵

ดังนั้น บทความวิจัยชิ้นนี้ไม่ได้มุ่งหมายเพื่อรับเอาหลักนิติรัฐในรายละเอียดของต่างประเทศมาใช้กับประเทศไทยอย่างปราศจากการเข้าใจบริบทในด้านประวัติศาสตร์การเมือง ระบบกฎหมาย ตลอดจนสภาพสังคมของประเทศที่ศึกษาซึ่งจะทำให้การปลูกถ่ายกฎหมายเป็นไปได้ยาก ในทางตรงข้าม ประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของการกำเนิดขึ้นของแนวคิด ข้อถกเถียงที่หลากหลาย ข้อจำกัดและความท้าทายของการปรับใช้หลักนิติรัฐในแต่ละช่วงเวลาและสถานการณ์ เนื่องจากนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสก็ได้รับอิทธิพลเรื่องหลักนิติรัฐมาจากประเทศเยอรมนีแต่ก็มีความเป็นมา ทางปฏิบัติ และจุดที่ให้ความสำคัญที่มีความเฉพาะตัวด้วยบริบททางประวัติศาสตร์และอิทธิพลของการถกเถียงทางความคิดในประเทศฝรั่งเศสเอง จากการทบทวนวรรณกรรมทางวิชาการในประเทศไทยนั้น

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (เชิงอรรถ 2) 323; ดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 225-229; ดู ธงชัย วินิจจะกุล, ‘นิติรัฐอภิสิทธิ์ ราชนิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย’ (เอกสารประกอบการแสดงปาฐกถาพิเศษ ป่วย อึ้งภากรณ์ ครั้งที่ 17, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 9 มีนาคม 2563 <<https://www.econ.tu.ac.th/archive/detail/43>> 200 สืบค้นเมื่อ 19 มีนาคม 2566 ศ.(กิตติคุณ) ดร. ธงชัย วินิจจะกุลเห็นว่าหลักนิติธรรมของประเทศไทยนั้นเกิดจากการผนวกกันของพุทธศาสนาไทยกับสถาบันพระมหากษัตริย์เพื่อให้ความหมายของความยุติธรรมแบบไทย.

⁴ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature* (Scottish Academic Press 1974) อ้างถึงใน ปุนเทพ ศิริพงษ์, ‘สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ’ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ’ (2561) 47 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 81, 83.

⁵ ปุนเทพ ศิริพงษ์ (เชิงอรรถ 4) 85.

มีการศึกษาและอธิบายพัฒนาการของ “หลักนิติรัฐ” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่มากเมื่อเทียบกับของประเทศเยอรมนีและ “หลักนิติธรรม” ของประเทศอังกฤษ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ⁶ และมักมีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์พัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศไทย

ด้วยความตระหนักถึงช่องว่างทางวรรณกรรมในส่วนนี้ บทความวิจัยนี้จึงมุ่งหมายที่จะนำเสนอพัฒนาการของหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศสโดยวิเคราะห์ถึงแนวคิดและประเด็นปัญหาในแต่ละช่วงเวลาของการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสเพียงอย่างเดียวเพื่อให้เป็นประโยชน์กับวงวิชาการไทยในการค้นคว้าต่อยอดหรือศึกษาเชิงเปรียบเทียบต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาเรื่องนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะเปิดมุมมองในประเด็นปัญหาอื่น ๆ ของกฎหมายมหาชน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย อิทธิพลของกฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายใน ความท้าทายของการประสานหลักนิติรัฐกับหลักกฎหมายมหาชนอื่น ๆ เป็นต้น

1.2 คำถามตั้งต้นและวัตถุประสงค์ของบทความวิจัย

ประเด็นปัญหาว่า “อะไรคือการที่บุคคลถูกปกครองโดยกฎหมายแทนที่จะอยู่ภายใต้บังคับตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ” เป็นปัญหาตั้งต้นของการถกเถียงและพัฒนาแนวคิดเพื่อตอบคำถามนี้ ส่งผลให้เกิดต้นแบบสองต้นแบบในโลกตะวันตกซึ่งถูกนำเข้าสู่ภาษาและระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก ได้แก่ หลัก Rule of Law อันกำเนิดมาจากข้อถกเถียงทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ และหลัก *Rechtsstaat* อันกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีและมีอิทธิพลกับยุโรปภาคพื้นทวีป⁷ โดยทั้งสองแนวคิดต่างก็เผชิญกับคำถามย่อยสองประการเพื่อที่จะตอบคำถามตั้งต้น

ประการแรก การหาคำตอบนั้นจำเป็นต้องมีการถกเถียงทางการเมืองและปรัชญาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของสังคมหรือไม่ หรือสามารถถูกพิจารณาได้ในฐานะของประเด็นปัญหาทางกฎหมายเท่านั้น โดยการใคร่ครวญถึงธรรมชาติของกฎหมายหรือระบบกฎหมาย

ประการที่สอง หลักการที่ได้จากการหาคำตอบนั้นควรจะเกี่ยวโยงเฉพาะกับกฎหมาย (formal conceptions; legalistic conceptions) หรือควรมีเนื้อหาอย่างอื่นที่พ้นไปจากมิติของกฎหมาย

⁶ ตัวอย่าง พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, ‘วิวัฒนาการของหลักนิติรัฐโดยสังเขป: กรณีประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส’ (เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, 2554) <www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1639> สืบค้นเมื่อ 29 พฤษภาคม 2564.

⁷ Nicholas Barber, ‘The *Rechtsstaat* and The Rule of Law’ (2003) 53 University of Toronto Law Journal 443, 444; เกี่ยวกับความแพร่หลายของหลัก *Rule of Law* และ *Rechtsstaat* ในระดับสากล ดูประกอบ Jens Meierhenrich and Martin Loughlin (eds), *The Cambridge Companion to the Rule of Law* (Cambridge University Press 2021).



ที่บังคับใช้อยู่ เช่น สิทธิและเสรีภาพของบุคคล (material/substantive conceptions; non-legalistic conceptions)⁸

ทั้งนี้ ภายในกระบวนการพัฒนาอันเป็นพลวัตของทั้งหลัก Rule of Law และหลัก *Rechtsstaat* ต่างก็มีนักทฤษฎีที่มีความเห็นแย้งกันต่อคำถามสองประการข้างต้น ทำให้นักทฤษฎีจากสองวัฒนธรรมต่างก็มีอิทธิพลต่อกันและกัน อย่างไรก็ตามนิโคลัส บาร์เบอร์ (Nicholas Barber) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ดชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่างสองแนวคิดตรงที่หลัก *Rechtsstaat* เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างระบบกฎหมายและรัฐโดยมุ่งพิจารณาประเด็นปัญหาว่ากฎหมายเป็นผลผลิตของรัฐหรืออยู่นอกรัฐ และหากกฎหมายถูกสร้างโดยรัฐ กฎหมายจะเข้าไปจำกัดอำนาจรัฐได้อย่างไร ในขณะที่หลัก Rule of Law เกี่ยวข้องกับคุณภาพหรือทฤษฎีเกี่ยวกับระบบกฎหมายโดยนำเสนอคุณสมบัติต่าง ๆ ที่ควรจะมีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย⁹ เช่น ความคาดหวังได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น¹⁰

ในภาษาฝรั่งเศส คำว่า *État de droit* เป็นคำแปลตรงตัวมาจากคำว่า *Rechtsstaat* ในภาษาเยอรมัน โดย “*État*” แปลว่า “รัฐ” (ภาษาเยอรมันคือคำว่า “*Staat*”) และ “*droit*” หมายถึงกฎหมาย (ภาษาเยอรมันคือคำว่า “*Recht*”) ซึ่งแปลเป็นไทยได้ว่า “นิติรัฐ” เนื่องจากกฎหมายถูกแสดงออกผ่านทางภาษา การรับเอาคำศัพท์ทางกฎหมายเยอรมันนี้มาใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและในประเทศอื่น ๆ รวมถึงประเทศไทย¹¹ จึงมีประเด็นน่าคิดว่า แนวคิด *Rechtsstaat* มีอิทธิพลต่อแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศเหล่านั้นแค่ไหนและจะถูกปรับเปลี่ยนให้เข้ากับบริบทของประเทศต่าง ๆ อย่างไรในแต่ละประเทศต่างก็มีวัฒนธรรมทางรัฐธรรมนูญและประวัติศาสตร์การเมืองที่เป็นของตัวเอง ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสมีธรรมเนียมที่ยึดโยงกับความเป็นเสรีประชาธิปไตย

⁸ Nicholas Barber (เชิงอรรถ 7) 444-445.

⁹ เพิ่งอ้าง 444, 452.

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถ 3) 315.

¹¹ ในภาษาไทย Rule of Law ถูกแปลว่า “นิติธรรม” และ *Rechtsstaat* ถูกแปลว่า “นิติรัฐ” อย่างไรก็ตาม บทความวิจัยนี้จะใช้คำศัพท์ตามภาษาของประเทศที่เป็นวัตถุของการศึกษา ได้แก่ Rule of law, *Rechtsstaat* และ *État de droit* เพื่อความชัดเจนในการกล่าวถึงลักษณะเฉพาะของหลักดังกล่าวในบริบทของประเทศนั้น ๆ และจะใช้คำว่า ‘นิติธรรม’ เมื่อกล่าวถึงแนวคิดเรื่องนี้ โดยไม่ได้เจาะจงประเทศใดประเทศหนึ่ง.

มายาวนาน ทฤษฎีต่าง ๆ ที่มีอยู่ในประเทศฝรั่งเศสก่อนที่จะมีแนวคิดเรื่อง *État de droit* แสดงให้เห็นถึงความไม่ไว้วางใจในอำนาจและความเป็นอิสระของศาล¹²

นอกจากนี้ ประเทศฝรั่งเศสยังนิยมให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ¹³ จึงมีประเด็นคำถามว่า แม้แนวคิด *État de droit* จะมุ่งตอบคำถามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายเช่นเดียวกับแนวคิด *Rechtsstaat* แต่เมื่อแนวคิดดังกล่าวได้ถูกนำเข้ามาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แนวคิดนี้จะถูกให้ความหมายใหม่โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสอย่างไร อีกทั้งแนวคิด *État de droit* จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับมุมมองต่อบทบาทของศาลและองค์กรของรัฐอื่น ๆ รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ และการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในสังคมประชาธิปไตยแค่ไหน บทความวิจัยนี้จึงมุ่งหมายที่จะอธิบายหลักการพื้นฐานของแนวคิดดังกล่าวเพื่อจะตอบคำถามว่า แนวคิด *État de droit* แบบใดที่มีอิทธิพลต่อภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน

บทความวิจัยนี้มุ่งที่จะตอบคำถามดังกล่าวโดยแบ่งออกเป็นห้าส่วน ส่วนที่สองถัดจากบทนำจะนำเสนอพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวคิด *État de droit* ในประเทศฝรั่งเศส เพื่อสำรวจว่าแนวคิดดังกล่าวถูกนำเข้าสู่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสอย่างไร และก่อนหน้านั้นมีแนวคิดที่มุ่งจำกัดอำนาจผู้ปกครองอยู่แล้วหรือไม่ ส่วนที่สามจะวิเคราะห์ลักษณะของการปรากฏตัวของแนวคิด *État de droit* ว่าถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรงหรืออ้างอิงในฐานะทฤษฎีเบื้องหลังแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมาย มีเนื้อหาและข้อโต้แย้งอย่างไรบ้าง ส่วนที่สี่จะกล่าวถึงการปรับใช้หลัก *État de droit* ในแต่ละบริบทโดยยกตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้อง และส่วนที่ห้าจะสรุปประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับแนวคิด *État de droit* ที่ได้อธิบายไปแล้ว รวมถึงวิเคราะห์แนวโน้มพัฒนาการของหลัก *État de droit* ในอนาคต

2. พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวคิด *État de droit* ที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิด *Rechtsstaat* ของประเทศเยอรมนี

ในประวัติศาสตร์กฎหมายฝรั่งเศส แนวคิดที่เรียกร้องให้รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนั้นไม่ได้เพิ่งเกิดขึ้นในสมัยที่ฝรั่งเศสเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้ว หากแต่มีที่มาตั้งแต่สมัยระบอบเก่า (*ancien*

¹² ดูประกอบ John WF Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law* (revised edition, Oxford University Press 2000).

¹³ Luc Heuschling, 'État de droit: The Gallicization of the Rechtsstaat' in Jens Meierhenrich and Martin Loughlin (eds) *The Cambridge Companion to the Rule of Law* (Cambridge University Press 2021) 70-72.



régime) เมื่อครั้งที่ฝรั่งเศสยังปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา อำนาจของกษัตริย์นั้นเบ็ดเสร็จเด็ดขาด¹⁴ ดังที่ การ์ด เลอ เบร (Cardin Le Bret) ที่ปรึกษาของ พระคาร์ดินัลรีเชอเลียอ (Richelieu) รัฐบุรุษในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 13 อุปมาว่า “กษัตริย์คือรัฐอธิปัตย์ หนึ่งเดียวในราชอาณาจักรของเขา และอำนาจรัฐอธิปัตย์นี้แบ่งแยกไม่ได้เฉกเช่นเดียวกับจุดหนึ่งจุด ในเรขาคณิต”¹⁵ เหตุที่กษัตริย์ในการปกครองสมัยระบอบเก่ามีอำนาจเช่นนี้ก็เพราะอาศัยความชอบธรรม ว่าอำนาจทั้งหมดของกษัตริย์นั้นมาจากพระเจ้าโดยตรง ทำให้กษัตริย์เป็นเหมือนตัวแทนของพระเจ้า ในอาณาจักรของพระองค์ ใช้อำนาจที่เรียกว่าเทวสิทธิ (*droit divin*) และรับผิดชอบต่อพระเจ้าเท่านั้น ไม่ใช่ต่อประชาชนที่พระองค์ปกครอง¹⁶ ดังนั้นเสรีภาพของบุคคลจึงไม่ได้รับการคุ้มครองและสามารถ ถูกกลืนได้โดยง่ายด้วยจดหมายที่เรียกว่า *lettre de cachet* จดหมายประเภทนี้คือจดหมาย ที่ลงนามโดยกษัตริย์และเลขาธิการแห่งรัฐเพื่อวัตถุประสงค์อันเฉพาะเจาะจง เช่น คำสั่งให้จำคุก กักขัง หรือขับไล่บุคคลออกจากประเทศ คำสั่งเรียกประชุมองค์การตุลาการ เป็นต้น¹⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่าการเกิดขึ้นของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นทำให้กษัตริย์กลายมาเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เสียเอง¹⁸

อย่างไรก็ตาม นั้นไม่ได้หมายความว่าอำนาจของกษัตริย์นั้นเป็นไปตามอำเภอใจและไม่อยู่ ภายใต้อำนาจของกฎหมายใด ๆ โดยสิ้นเชิง เนื่องจากมีกฎหมายจากสองแหล่งที่กษัตริย์ต้องเคารพ ได้แก่ บรรดา ขนบธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายเอกชนซึ่งรวมถึงสิทธิพิเศษของ แคว้นต่าง ๆ อันทำให้อำนาจของกษัตริย์เข้ามาแทรกแซงโดยอำเภอใจไม่ได้ ข้อจำกัดอีกประการหนึ่ง เรียกว่า กฎเกณฑ์พื้นฐานแห่งราชอาณาจักร (*lois fondamentales du royaume*) ซึ่งเปรียบเสมือน รัฐธรรมนูญของระบอบกษัตริย์โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกระจายพระราชอำนาจ การถ่ายโอนไม่ได้

¹⁴ Alain Laquière, ‘État de Droit and National Sovereignty in France’ in Pietro Costa and Danilo Zolo (eds) *The Rule of Law History, Theory and Criticism* (Springer Netherlands 2007) 261–262.

¹⁵ Cardin Le Bret, *De la Souveraineté du Roi* (J. Quesnel 1632) อ้างถึงใน Alain Laquière (เชิงอรรถ 14) 262 ดูประกอบ Lucia Rubinelli, *Constituent Power: A History* (Cambridge University Press 2020) Chapter 1. ซึ่งแสดงให้เห็นว่าลักษณะของการปกครองเช่นนี้มีผลทำให้นักคิดอย่าง เอ็มมานูแอล โจเซฟ ซีเยส (Emmanuel Joseph Sieyès) เรื่องที่จะเชื่อมโยงกฎหมายเข้ากับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (*pouvoir constituant*) เพื่อยืนยันบทบาทของกฎหมาย ในการพิทักษ์เสรีภาพแทนที่จะเรียกร้องให้กฎหมายไปผูกอยู่กับแนวคิดอำนาจอธิปไตย (*souveraineté*) เนื่องจากซีเยสมองว่า อำนาจอธิปไตยเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของกษัตริย์.

¹⁶ Yves-Marie Bercé, *L’Ancien Régime* (Presses Universitaires de France 2021) 6.

¹⁷ Frédéric Bluche, ‘Lettres de Cache’ (Encyclopædia Universalis France 2022). <<https://libguides.swansea.ac.uk/oscola/encyclopaedias>> สืบค้นเมื่อ 5 กรกฎาคม 2565.

¹⁸ Jacques Chevallier, *L’État de Droit* (6th edn, LGDF 2017) 25.

ของราชสมบัติ และการสืบราชสันตติวงศ์¹⁹ นอกจากนี้ ศาลปาร์เลอมองต์ (Parlement) ที่กษัตริย์สร้างมาช่วยในการปกครองก็เรียกร้องให้กษัตริย์เคารพกฎหมายและพยายามควบคุมไม่ให้กษัตริย์ใช้อำนาจตามอำเภอใจ²⁰ ทั้งนี้ ปิยบุตร แสงกนกกุล ได้บรรยายถึงความพยายามชิงอำนาจกันระหว่างศาลปาร์เลอมองต์และกษัตริย์ กล่าวคือ เมื่อศาลปาร์เลอมองต์ได้ดำเนินการมาอย่างยาวนานก็มีความเข้มแข็งและเป็นอิสระจากกษัตริย์มากขึ้น ในรัชสมัยที่กษัตริย์อ่อนแอ ศาลดังกล่าวได้ขัดขวางการดำเนินนโยบายของราชสำนัก ทำให้ราชสำนักต้องหาวิธีตอบโต้ด้วยการตั้งศาลพิเศษเฉพาะเรื่องขึ้นเป็นจำนวนมากเพื่อดึงอำนาจจากศาลปาร์เลอมองต์²¹ ดังนั้น การที่ศาลปาร์เลอมองต์ถูกทำให้เป็นการเมืองในลักษณะดังกล่าวได้ส่งผลให้ระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมีเมล็ดพันธุ์ความคิดการปฏิเสชาำนาจตุลาการอยู่

เราจึงอาจสรุปบริบททางการเมืองของระบอบเก่าได้ว่า แม้กษัตริย์ฝรั่งเศสในรัชสมัยหลุยส์ที่ 14 รวมศูนย์อำนาจทางการเมืองได้สำเร็จหลังจากลดอำนาจของศาสนจักรและระบบฟิวดัลได้แต่ก็ไม่อาจสร้างความเป็นเอกภาพในเรื่องระบบกฎหมายและการศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่อาจกำจัذبทบาทของศาลปาร์เลอมองต์ได้ เนื่องจากในด้านหนึ่งศาลปาร์เลอมองต์มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทในฐานะเป็นศาลอุทธรณ์และศาลสูงรวมถึงควบคุมความชอบด้วยกฎหมายตามลำดับชั้นของกฎหมาย ในอีกด้านหนึ่ง หากกษัตริย์ไม่เห็นด้วยกับศาลปาร์เลอมองต์ก็อาจตั้งเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปาร์เลอมองต์มาพิจารณาเอง กรณีนี้ ศาลปาร์เลอมองต์อาจใช้สิทธิคัดค้าน (*droit de remontrance*) พระบรมราชโองการหรือพระบรมราชวินิจฉัยที่ศาลปาร์เลอมองต์เห็นว่าไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาบรรทัดฐาน กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป²²

แม้จะมีข้อจำกัดการใช้พระราชอำนาจบางประการดังกล่าวข้างต้น ฌาคส์ เชอวาลิเยร์ (Jacques Chevalier) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยปารีส 2 สรุปว่าในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น อำนาจของกษัตริย์ไม่ได้มีพื้นฐานของการเป็นระบบกฎหมายที่มีลำดับชั้น โครงสร้างเช่นนั้นเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากการปฏิบัติในเวลาต่อมา โดยรองศาสตราจารย์ ดร. กุลตดา เกษบุญชู-มัต ได้วิเคราะห์ถึงความขัดแย้งทางชนชั้นที่นำมาสู่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ผ่านบทบาทของพลังสองพลัง พลังแรกคือความขัดแย้งภายในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กล่าวคือ ผู้ที่กษัตริย์เลือกมาเป็นพันธมิตรในการสร้างรัฐ ซึ่งก็คือ ขุนนางเดิมชั้นสูงและขุนนางใหม่ที่มาจาก

¹⁹ Alain Laquière (เชิงอรรถ 14) 263.

²⁰ กุลตดา เกษบุญชู มัต, *วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลก จากระบบฟิวดัลถึงการปฏิวัติ* (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน 2561) 148.

²¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ภูมิปัญญาปฏิวัติฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์มติชน 2565) 33.

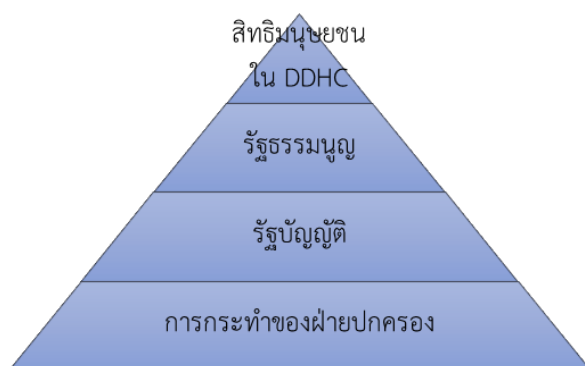
²² เพิ่งอ้าง 32-34.



พวกกระฎุมพี ในที่สุดจะกลายมาเป็นพลังต่อต้านความพยายามที่จะปฏิรูปของกษัตริย์ พลังที่สองคือ พลังทุนนิยมซึ่งมาคุกคามผลประโยชน์และความอยู่รอดของชนชั้นต่าง ๆ ในสังคม เช่นพวกกระฎุมพี ซึ่งมีผลประโยชน์ในการดำเนินเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ซึ่งคนกลุ่มนี้เห็นว่าระบอบการปกครองแบบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นอุปสรรคต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตน ในขณะที่ชาวนาหรือกรรมกร ต่างมองว่ารัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นต้นเหตุแห่งความทุกข์ยากของตน²³

ดังนั้น ประชาชนที่มีความยากลำบากในสภาพที่เป็นอยู่ภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงได้ต่อสู้เพื่อจะเปลี่ยนแปลงให้อำนาจสูงสุดไม่เป็นของกษัตริย์อีกต่อไปแต่เป็นของชาติซึ่งแสดงออก ผ่านสภาแห่งชาติ²⁴

ด้วยเหตุนี้ เหล่านักปฏิวัติมุ่งหมาย ที่จะสร้างระบบกฎหมายใหม่บนฐานใหม่ โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ชั้นบนสุดจะเป็น สิทธิมนุษยชน อันศักดิ์สิทธิ์ที่มีอยู่ โดยธรรมชาติ ไม่สามารถถ่ายโอนได้ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรเพียงแต่รับรองและ ประกาศ ในรูปแบบของคำประกาศว่าด้วย สิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789



(*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: DDHC*) ถัดลงมาข้างล่างคือรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันสิทธิต่าง ๆ ที่รับรองไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง และเพื่อให้หลักการแบ่งแยกอำนาจมีผลถดถอยมาคือรัฐบัญญัติซึ่งออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและจะต้อง ไม่เป็นการละเมิดสิทธิโดยธรรมชาติและสิทธิพลเมืองที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ (หมวด 1 ของ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791) ในส่วนล่างสุดของพีระมิดคือการกระทำ ของฝ่ายปกครองเพื่อบังคับใช้กฎหมาย²⁵ อนึ่ง คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ยังได้กำหนดกรอบเบื้องต้นของโครงสร้างการเมืองการปกครองในระบอบใหม่ไว้ สามประการด้วยกัน²⁶ ได้แก่

²³ กุลลดา เกษบุญชู มีต์ (เชิงอรรถ 20) 233-234.

²⁴ เพิ่งอ้าง 11-13.

²⁵ Jacques Chevallier, *L'État de Droit* (เชิงอรรถ 18) 25-26.

²⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล (เชิงอรรถ 21) 100-104.

หนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากมองเตสกีเอร์ เนื่องจากเห็นว่าการที่อำนาจปกครองนั้นรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลหรือคณะบุคคลเดียวนั้นมีแนวโน้มต่อการเป็นเผด็จการ จึงควรแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกันเพื่อให้มีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของกันและกัน²⁷

สอง หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ²⁸

สาม แนวคิดที่ว่ากฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของชาติ²⁹

นอกจากนี้ พฤติกรรมขององค์กรตุลาการที่มักจะขัดขวางการบริหารงานของรัฐในสมัยระบอบเก่าก็ทำให้บรรดาผู้ก่อการปฏิวัติเกรงว่าศาลปาร์เลอมองต์จะเป็นอุปสรรคต่อการบริหารประเทศ หลังจากปฏิวัติ จึงตัดสินใจยุบศาลปาร์เลอมองต์ แยกอำนาจบริหารออกจากอำนาจตุลาการอย่างเด็ดขาด โดยให้อำนาจวินิจฉัยคดีปกครองทั้งหลายมาอยู่ที่ฝ่ายบริหารแทน ซึ่งภายหลังได้มาอยู่อำนาจขององค์กรใหม่ที่ชื่อว่าสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ที่ตั้งขึ้นโดยนโปเลียน โบนาปาร์ต เมื่อเขาขึ้นสู่อำนาจในปี ค.ศ. 1799³⁰ อนึ่ง เราจะเห็นได้จากการศึกษาประวัติศาสตร์การเมืองของฝรั่งเศส ว่าบรรยากาศความไม่ไว้วางใจในอำนาจตุลาการนั้นได้ถูกส่งต่อมาจากระบอบเก่าถึงระบอบใหม่ภายหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ซึ่งจะมีผลต่อพัฒนาการของหลักนิติรัฐในฝรั่งเศสในเวลาต่อมาแม้คำว่า *Rechtsstaat* ซึ่งถูกนิยามโดย โรแบร์ต ฟอน โมห์ล (Robert von Mohl) ในช่วงสมัยฟอร์เมอร์ซ (Vormärz) ก่อนมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1848³¹ ในประเทศเยอรมนีจะเป็นที่รู้จัก

²⁷ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 16 สังคมใดมิได้มีหลักประกันแห่งสิทธิทั้งปวงและมิได้มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นย่อมปราศจากรัฐธรรมนูญ. บทความวิจัยนี้จะใช้สำนวนแปลคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของ ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล, ‘คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789’ (Thaivolunteer, 19 มีนาคม 2557) <<https://www.thaivolunteer.org/คำประกาศว่าด้วยสิทธิ/>> สืบค้นเมื่อ 17 กรกฎาคม 2565.

²⁸ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 3 หลักการซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยย่อม (ถือกำเนิดขึ้นจากหรือ) หยั่งรากลงในประชาชาติ (ทั้งมวล) องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือปัจเจกชนผู้หนึ่งผู้ใดจะใช้อำนาจที่มาจากประชาชาติโดยตรงแต่ลำพังตนนั้นมิได้.

²⁹ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 6 บทกฎหมายเป็นสิ่งแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกัน พลเมืองทุกคนย่อมมีสิทธิเข้าร่วมในการร่างบทกฎหมายไม่ว่าจะโดยเข้าร่วมด้วยตนเองหรือโดยผ่านทางผู้แทนของพลเมือง กฎหมายจึงต้องมีผลบังคับเสมอกันแก่ทุกคน (...). ดู Lucia Rubinelli (เชิงอรรถ 15).

³⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล (เชิงอรรถ 21) 35-36.

³¹ ช่วงสมัยฟอร์เมอร์ซในเยอรมนีถูกบรรยายว่าเป็นช่วงเวลาของการเปลี่ยนผ่าน กล่าวคือ เป็นช่วงปิดท้ายของระบอบเก่าคือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และเมล็ดพันธุ์ของความทันสมัยได้เพาะตัวขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ลักษณะเด่นของช่วงสมัยกล่าวอยู่ที่ความอ่อนแอ เช่น การเปลี่ยนแปลงทางสังคมและวัฒนธรรมท่ามกลางความเฉื่อยชาและการปราบปรามทางการเมือง ประสบการณ์เกี่ยวกับการปฏิวัติและสงครามทำให้เยอรมนีเข้าสู่ยุคสมัยใหม่ แต่ช่วงสมัยฟอร์เมอร์ซเป็นเหมือนปฏิกิริยาตอบโต้กับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ดู Andrew Dean Henley, ‘Vormärz Germany and the Critique of Henrich Heine’ (Master of Arts in History Thesis Portland State University 1997) Chapter 2.

ในระดับหนึ่งในประเทศฝรั่งเศส แต่นักคิดฝรั่งเศสสมัยนั้นไม่ได้สนใจที่จะนำคำศัพท์ภาษาเยอรมันดังกล่าวมาเป็นส่วนหนึ่งของวาทกรรมกฎหมายของฝรั่งเศสเนื่องจากเนื้อหาของมันได้รับแรงบันดาลใจมาจากอุดมคติของรัฐธรรมนูญนิยมในตะวันตกโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส และมีความเป็นเสรีนิยมน้อยกว่าฝรั่งเศสในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิที่จะขัดขืนการกดขี่ (*droit de résistance à l'oppression*) หลักการที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (*souveraineté nationale*) และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและกษัตริย์ ทั้งนี้ คำศัพท์ที่ประเทศฝรั่งเศสใช้ตอนนั้นเพื่อสื่อถึงการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ได้แก่ “*République*” (สาธารณรัฐ) ซึ่งหมายถึงที่ระบอบการปกครองที่เป็นระเบียบและให้ความสำคัญกับทรัพย์สินและประโยชน์สาธารณะซึ่งเชื่อมโยงกับกฎหมาย, “*État*” (รัฐ) ในฐานะที่เป็นบุคคลสมมุติซึ่งถูกให้นิยามโดยกฎหมาย และในบริบทของกฎหมายปกครองก็ยังมีวลี “*principe de légalité*” (หลักความชอบด้วยกฎหมาย)³²

อย่างไรก็ตาม ในสมัยจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 2 และสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 3 นักกฎหมายฝรั่งเศสเริ่มเห็นข้อจำกัดของหลักการต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิม ลำดับชั้นของกฎหมายอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติเมื่อปี ค.ศ. 1789 ก็ไม่ถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติเนื่องจากบรรดานักปฏิวัติยึดติดกับแนวคิดที่มีอิทธิพลมาจาก ฌอง ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jaques Rousseau) ว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติซึ่งผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนชาตินิยมแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกัน (*volonté générale*) ของคนในชาติ รัฐบัญญัติจึงมีความสำคัญมากในระบบกฎหมาย แม้กระทั่งคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งในทางทฤษฎีอยู่ลำดับสูงกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติก็ยังระบุให้รัฐบัญญัติเป็นตัวกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดแห่งการใช้สิทธิต่าง ๆ ที่รับรองอยู่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1978³³ นอกเหนือจากศรัทธาอย่างลึกซึ้งที่มีต่อกฎหมายแล้วนั้น อีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้รัฐบัญญัติจะมีความสำคัญสูงสุดในลำดับชั้นของกฎหมายก็คือการขัดขืนต่ออำนาจตุลาการ ผู้พิพากษาไม่ได้รับการประกันความเป็นอิสระและอำนาจที่จำเป็นในการจำกัดการกระทำของรัฐ กลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (*le contrôle de constitutionnalité des lois*) ก็ไม่ได้รับความสนใจและล้มเหลวในที่สุด³⁴

ด้วยเหตุนี้ อาแล็ง ลาควิเฌ (Alain Laquière) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยปารีส 5 ได้สรุปว่าการประกันสิทธิของบุคคลโดยศาลจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของหลักนิติธรรมในปัจจุบันไม่ได้ถูกรับรองอย่างแท้จริงในสมัยนั้น โดยอธิบายว่าแม้กฏหมายมหาชนแห่งศตวรรษที่ 19 จะไม่ได้ละเลยถึงความเป็นไปได้ที่รัฐบัญญัติที่ออกโดย

³² Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 75-78.

³³ ดู คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 5, 8.

³⁴ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 28; Alain Laquière (เชิงอรรถ 14) 264.

ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีลักษณะเป็นการกดขี่ และเห็นว่ากฎหมายที่มีผลย้อนหลังหรือมีเนื้อหาเป็นการขัดต่อศีลธรรมไม่สมควรที่จะถูกบังคับใช้ แต่การปฏิเสธที่จะบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นธรรมนั้นกลับปรากฏอยู่ในรูปของสิทธิของปัจเจกชนที่จะขัดขึ้นผู้ปกครองที่เป็นพระราชผู้ซึ่งได้ละเมิดสัญญาประชาคมด้วยการไม่คุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวก็เป็นแค่ภาพลวงตาในทางปฏิบัติ เนื่องจากใช้ยันกับผู้ปกครองที่เป็นพระราชไม่ได้เว้นเสียแต่เราจะนึกถึงการปฏิวัติ ดังนั้น ความอ่อนแอของรัฐฝรั่งเศสในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 นั้นเกิดจากการที่ทฤษฎีที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ และการให้ความสำคัญแก่การกระทำทางนิติบัญญัติในฐานะเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนได้ส่งผลเป็นการลดทอนการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่ออกโดยผู้แทนปวงชนอาจไปละเมิดสิทธิของบุคคลได้ โดยขาดกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย³⁵

หนึ่งในนักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสในสมัยนั้นที่วิเคราะห์ประเด็นปัญหานี้คือ เรยมงค์ การ์เรเดอ มัลแบร์ (Raymond Carré de Malberg) ได้อธิบายให้เห็นถึงความแตกต่างของสองหลักการที่ปรากฏในสาธารณรัฐที่ 3 ได้แก่ “*État légal*” หรือรัฐที่ปกครองด้วยตัวบทกฎหมาย และ “*État de droit*” ซึ่งเขาได้อธิพลมาจากแนวคิดเรื่องการจำกัดอำนาจตัวเองของรัฐมาจากประเทศเยอรมนีในสามประการด้วยกัน³⁶ ประการแรก *État de droit* มีขึ้นเพียงเพื่อประโยชน์ของพลเมืองเท่านั้น ผ่านการคุ้มครองสิทธิและสถานะของพวกเขา ในขณะที่ *État légal* ยึดโยงกับแนวคิดทางการเมืองที่เกี่ยวกับการจัดการอำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้ฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปเพื่อการบังคับใช้หรือโดยความยินยอมของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ โดยฝ่ายปกครองจะต้องกลับไปหาแหล่งความชอบธรรมในการใช้อำนาจทุกครั้งของตนในบทบัญญัติของกฎหมาย

ความแตกต่างประการที่สอง คือการที่ *État de droit* สามารถดำรงอยู่กับรูปแบบการปกครองแบบใดก็ได้แม้กระทั่งในประเทศที่ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ดังเช่นที่ในประเทศเยอรมนีฝ่ายปกครองและกษัตริย์เองไม่สามารถออกกฎหมายหรือมาตรการใดที่กระทบกับพลเมืองได้โดยไม่มีกฎหมายอนุญาต ประการสุดท้าย เขาอธิบายว่าหลัก *État de droit* มีผลกว้างกว่าระบบที่ใช้หลัก *État légal* เนื่องจากหลัก *État légal* มุ่งหมายที่จะรับรองความเหนือกว่าของฝ่ายนิติบัญญัติและการให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น ในขณะที่หลัก *État de droit* เรียกร้องไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติ

³⁵ Alain Laquière (เชิงอรรถ 14) 264.

³⁶ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État: Spécialement d'après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français* (Bibliothèque Nationale de France 1920) 490-492.



ออกกฎหมายเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นต่อกฎหมายทั่วไปของกฎหมายที่มีอยู่ คือฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ต้องเคารพเจตนารมณ์ของระบอบซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดและได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนซึ่งอยู่สูงกว่าฝ่ายนิติบัญญัติไว้ หลัก *État de droit* จึงเป็นระบบของการจำกัดอำนาจ (*un système de limitation*) ทั้งกับฝ่ายปกครองและฝ่ายนิติบัญญัติ

ในความเห็นของมัลแบร์ ประเทศฝรั่งเศส ณ ขณะนั้น ไม่ได้ใช้หลัก *État de droit* แต่ใช้หลัก *État légal* ข้อเขียนของเขาจึงมุ่งหมายให้หลัก *État de droit* ถูกใช้ในฝรั่งเศสโดยมีลักษณะสำคัญบางประการของประเทศต้นแบบคือประเทศเยอรมนี แต่ก็ปรับให้เข้ากับบริบททางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสด้วย กล่าวคือในขณะที่นักคิดสายเสรีนิยมในประเทศเยอรมนีกังวลกับอันตรายของฝ่ายบริหารที่ยังคงอยู่ใต้อิทธิพลของราชสำนัก นักคิดชาวฝรั่งเศสซึ่งกลัวอำนาจที่ล้นเกินของรัฐสภา จึงนำทฤษฎี *État de droit* มามุ่งใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติแทนที่จะเป็นฝ่ายบริหารเหมือนในประเทศเยอรมนี³⁷ เพื่อต้องการทำลายอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (*souveraineté parlementaire*) ซึ่งแฝงอยู่ในหลัก *État légal* ที่ไม่เคารพลำดับชั้นของกฎหมาย เพราะหลักการดังกล่าวได้บั่นทอนหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (*la suprématie constitutionnelle*) ด้วยเหตุนี้ การนำทฤษฎี *État de droit* เข้ามาใช้ในฝรั่งเศสจึงเป็นการให้ความชอบธรรมแก่กลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย³⁸

นอกจากนี้ การรับเข้ามาและตีความทฤษฎี *État de droit* ดังกล่าวในฝรั่งเศสก็ได้รับอิทธิพลมาจากบริบทของสังคมโลก ณ ขณะนั้น กล่าวคือผลกระทบและความสูญเสียจากสงครามโลกครั้งที่สองส่งผลให้เกิดการทบทวนการจัดโครงสร้างการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรป ซึ่งได้กลายมาเป็นหัวใจสำคัญของ “รัฐธรรมนูญนิยมใหม่” ที่มีสาระสำคัญอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดย Jacob Weinrib ได้ศึกษาการเกิดขึ้นของกระบวนทัศน์ใหม่เกี่ยวกับทางปฏิบัติของรัฐธรรมนูญจากหลาย ๆ ประเทศหลังสงครามครั้งที่สองพบว่า มีลักษณะร่วมกันคือ 1) มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่วางเงื่อนไขการใช้อำนาจรัฐ 2) การรับรองสิทธิและเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญ และ 3) การมีองค์กรตุลาการที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญและเปิดโอกาสให้บุคคลร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง³⁹ ทั้งนี้ประเด็นคำถามที่ตามมาว่าความพยายามดังกล่าว

³⁷ Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 80-81.

³⁸ Jacques Chevallier, *L'État de Droit* (เชิงอรรถ 18) 29-30.

³⁹ Jacon Weinrib, *Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law* (Cambridge University Press 2016) 137 อ้างถึงใน วิชา อสงุณธ์กุล, ‘ปัญหาการปรับใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุกับการจำกัด “เสรีภาพทั่วไป” ที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560’ (2564) 50 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 39, 42.

จะสำเร็จแค่นั้นและแนวคิด *État de droit* จะปรากฏตัวในบริบทอื่นอย่างไรนั้นจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

3. ลักษณะการปรากฏตัวและประเด็นปัญหาของแนวคิด *État de droit* ในประเทศฝรั่งเศส

ในขณะที่หลัก *Rechtsstaat* ปรากฏตัวอยู่ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี หลัก *État de droit* ไม่ได้ถูกระบุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสหรือในคำวินิจฉัยในคดีทางรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย ดังนั้น ในบริบทของประเทศฝรั่งเศส มิเชล โทเปร์ (Michel Troper) นักกฎหมายมหาชนชื่อดังชาวฝรั่งเศส สรุปว่าแนวคิด *État de droit* สื่อถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายสองประเภท กล่าวคือ *État de droit* หมายถึงรัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งกฎหมายนั้นอยู่ภายนอกต่างหากจากรัฐ หรือไม่ก็หมายถึงรัฐกระทำการใด ๆ โดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือ⁴⁰ นอกจากนี้ เซอวาลิเยร์อธิบายว่าแนวคิดเสรีนิยมมอง “กฎหมาย” และ “รัฐ” แยกออกจากกัน (*approach dualiste*) ดังนั้นคำถามจึงเป็นเรื่องของการพิจารณาความเหนือกว่า (*priorité/primauté*) ว่ารัฐมาก่อนกฎหมายหรือไม่ และถ้ารัฐเป็นตัวสร้างกฎหมาย รัฐจะอยู่ภายใต้กฎหมายที่มันสร้างได้อย่างไร ด้วยเหตุที่แนวคิดการจำกัดอำนาจรัฐเป็นหัวใจของทฤษฎี *État de droit*⁴¹ หัวข้อนี้จึงมุ่งสำรวจลักษณะการปรากฏตัวของแนวคิด *État de droit* ผ่านทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ที่การมองว่ากฎหมายเป็นผลผลิตของรัฐหรืออยู่ภายนอกรัฐ ซึ่งส่งผลเป็นการแยกแนวคิด *État de droit* ออกเป็นสองมิติคือในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา

3.1 ทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองของรัฐ (*théories de l'autolimitation*): แนวคิด *État de droit* ในเชิงรูปแบบ (*conception formelle*)

สำหรับนักคิดที่สร้างทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองของรัฐนั้น มันไม่มีกฎหมายที่มีอยู่ก่อนหรืออยู่เหนือรัฐ รัฐมาก่อนกฎหมาย รัฐเป็นตัวสร้างระบบกฎหมาย หากรัฐจะอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐสร้างขึ้น ก็เป็นเพราะรัฐสมัครใจยอมอยู่ใต้กฎหมายเอง⁴² ทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองตามแนวทางของประเทศเยอรมนีนั้นมีอิทธิพลต่อกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผ่านคำอธิบาย

⁴⁰ Michel Troper, 'Le concept d' État de Droit' (1992) 15 *Droits* 51, 55.

⁴¹ Jacques Chevalier, 'Droit et État' (1986) 17 *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 1, 5.

⁴² เพิ่งอ้าง.



ของมัลแบร์ซึ่งมองว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายเช่นนั้นส่งผลเป็นการนำเรื่องการลงโทษเข้ามาผนวกกับนิยามของกฎหมาย กล่าวคือกฎเกณฑ์ที่กำหนดแบบแผนความประพฤติจะกลายมาเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายก็ต่อเมื่อมันมีการลงโทษเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้นรัฐจึงเป็นแหล่งเดียวของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ (*droit positif*) รัฐจึงเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายที่มาจำกัดอำนาจของตน แต่นอกเหนือไปจากจากทฤษฎีของเยอรมนีแล้ว มัลแบร์ยังได้วิเคราะห์เพิ่มเติมอีกด้วยว่าการที่อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายส่งผลให้อำนาจรัฐถูกจำกัดนั้นมาจากลักษณะธรรมชาติของกฎหมายเองเนื่องจากอำนาจใดก็ตามที่กำเนิดขึ้นและดำรงอยู่ได้โดยต้องอาศัยการสร้างและใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย อำนาจนั้นย่อมเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย เราจึงเห็นได้ว่าในด้านหนึ่งนั้นรัฐแสดงตนผ่านบรรทัดฐานทางกฎหมาย ใช้อำนาจผ่านรูปแบบของกฎหมาย ภายใต้เงื่อนไขที่ระบบกฎหมายกำหนด ระบบกฎหมายนั้นจึงไม่ได้ผูกพันเฉพาะบุคคลในรัฐแต่ผูกพันรัฐเองด้วย แม้รัฐจะมีอำนาจยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ การทำเช่นนั้นก็ต้องอาศัยการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ที่จะมาจำกัดอำนาจรัฐอยู่ดี⁴³

อย่างไรก็ตามทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองตามแนวคิดของเยอรมนีนั้นถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในวงการกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสโดยนักกฎหมาย เช่น เล-อง มิชู (Léon Michoud) โมริซ โอริอู (Maurice Hauriou) เล-อง ดูกีต์ (Léon Duguit) และ กาสตง แจซ (Gaston Jèze)⁴⁴ เนื่องจากว่ารัฐสภาของฝรั่งเศสตอนนั้นเป็นแหล่งที่มาหลักของกฎหมาย การบังคับให้รัฐต้องเคารพกฎหมายที่รัฐสร้างขึ้นไม่ได้ส่งผลเป็นการจำกัดอำนาจอันล้นพ้นของรัฐสภา⁴⁵ ดังที่ดูกีต์กล่าวว่า “หากรัฐจะอยู่ภายใต้กฎหมายเพียงเพราะว่ารัฐประสงค์เช่นนั้น เฉพาะในเวลา que รัฐประสงค์ และในแบบที่รัฐประสงค์ เท่ากับว่าในความเป็นจริงแล้ว รัฐไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมายเลย”⁴⁶ ทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองจึงมีอิทธิพลแค่ทำให้หลัก *État de droit* เป็นเพียงหลักการในเชิงรูปแบบทางกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายเป็นเพียงข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐที่อยู่ภายในรัฐเองโดยอาศัยระบบกฎหมายที่มีเสถียรภาพ เชื่อมโยงสอดคล้อง และเป็นลำดับชั้น สอดคล้องกับแนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (*positivism juridique*)⁴⁷

⁴³ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 32-34.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง 34.

⁴⁵ Alain Laquière (เชิงอรรถ 14) 266.

⁴⁶ Léon Duguit, *La Doctrine Allemande de l'Autolimitation de l'État* (Giard et Brière 1919) 8.

⁴⁷ Jacques Chevalier, 'Droit et État' (เชิงอรรถ 41) 7.

3.2 ทฤษฎีการจำกัดอำนาจรัฐโดยแหล่งที่แยกต่างหากจากรัฐ (*théories de l'hétéro-limitation*): แนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหา (*conception matérielle*)

บรรดานักกฎหมายที่วิจารณ์ทฤษฎีการจำกัดอำนาจตัวเองของรัฐข้างต้นเห็นว่ารัฐควรต้องถูกจำกัดอำนาจโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่ได้เกิดจากตัวรัฐแต่จากหลักการที่มีอยู่ก่อนและอยู่เหนือรัฐ เช่น พระเจ้า ธรรมชาติ มนุษย์ สังคม ซึ่งเป็นระบบที่มีมาแต่เดิม (*ordre préexistant*) ซึ่งในยุคสมัยใหม่ “สำนึกทางสังคม” (*conscience sociale*) เป็นแหล่งที่มาแห่งรากฐานที่แท้จริงของหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐ รัฐเป็นแต่เพียงผู้แปลหรือผู้ใกล้ชิดเท่านั้น ในขณะที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายก็ต้องดำรงอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับการแทรกแซงของรัฐ⁴⁸ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องสังกัดสำนักกฎหมายธรรมชาติ (*jusnaturalisme*) และอาจวิจารณ์กฎหมายธรรมชาติด้วยซ้ำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ดูก็ต์ได้คิดทฤษฎีว่าด้วย “กฎหมายเชิงภาวะวิสัย” (*droit objectif*)⁴⁹ มาแทนที่ “กฎหมายธรรมชาติ” (*droit naturel*) ที่มักสื่อถึงบรรทัดฐานที่มั่นคงและไม่เปลี่ยนแปลงอันวางอยู่บนธรรมชาติที่ไม่ผันแปร ซึ่งดูก็ต์มองว่าไม่สอดคล้องกับพลวัตของสังคม สำหรับนักทฤษฎีกฎหมายเชิงภาวะวิสัย กฎหมายไม่ได้ถูกลดเหลือแค่การเป็นกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบหรือเชิงเทคนิคที่เป็นผลมาจากการแทรกแซงของรัฐ เบื้องหลังกฎเกณฑ์เหล่านั้น มันมีความเป็นจริงเชิงกฎหมายที่มีมาก่อน บทบัญญัติอันเป็นทางการเป็นเพียงแค่นำกฎเกณฑ์ที่มีมาก่อนนั้นมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

ทั้งนี้ ดูก็ต์เริ่มจากปฏิเสธแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยซึ่งให้อิทธิพลแก่รัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อไปบังคับใช้กับผู้คน⁵⁰ โดยเขาแทนที่แนวคิดดังกล่าวด้วยแนวคิด “อำนาจมหาชน” (*puissance publique*) ซึ่งได้สร้าง “กฎหมายเชิงอัตวิสัย” (*droit subjectif*) โดยรัฐเป็นเจ้าของ ส่งผลให้รัฐกลายเป็นเพียงนิติบุคคล เป็นองค์การที่เป็นนามธรรมอยู่เบื้องหลังบุคคลธรรมดาเพื่อให้ความชอบธรรมกับการใช้อำนาจโดยกฎหมาย การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองจึงอยู่ที่กฎหมายเชิงภาวะวิสัยในแง่ที่ว่าอำนาจของผู้ปกครองเจือกับการจำกัดด้วยกฎเกณฑ์ที่มาจากข้างนอกรัฐ เนื่องจากกฎหมายเชิงภาวะวิสัยมีที่มาจากความเป็นจริงทางสังคม กล่าวคือ จิตสำนึกของปัจเจกชนจำนวนมากที่รวมกันมาเป็นกลุ่มทางสังคมต่างหากที่เป็นแหล่งที่สร้างกฎหมาย (*source créatrice du*

⁴⁸ เพิ่งอ้าง 7-8.

⁴⁹ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 35.

⁵⁰ สำหรับความเห็นว่ายุคสมัยก่อนดูก็ต์ก็ปฏิเสธแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเช่นกัน ดู Lucia Rubinelli (เชิงอรรถ 15).



droit) โดยกฎหมายปรากฏขึ้นเมื่อปัจเจกชนจำนวนมากเข้าใจและยอมรับว่าปฏิกิริยาตอบโต้ผู้ที่จะเมิดกฎเกณฑ์นั้นสามารถถูกจัดการในทางสังคมได้ เมื่อนั้นเองที่บรรทัดฐานทางสังคมธรรมดาจะกลายมาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงไม่ใช่สิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐหรือเป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นสูงสุดของรัฐ หากแต่เป็นข้อเท็จจริงทางสังคม (*fait social*)⁵¹ แนวคิดเช่นนี้จึงเรียกว่าเป็นแนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหาเพราะนอกจากรัฐจะต้องเคารพกฎเกณฑ์เชิงรูปแบบเกี่ยวกับการออกกฎหมายแล้ว กฎหมายที่รัฐออกนั้นยังจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่อยู่สูงขึ้นไปอีกด้วย เช่น สิทธิมนุษยชนที่ระบุอยู่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งดูก็ต์และโอริอูเห็นว่ามีสถานะอยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งในขณะนั้นคือรัฐธรรมนูญฉบับปี 1875 ที่ไม่ได้อ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่อ้างถึงในอารัมภบทเท่านั้น ความเห็นดังกล่าวต่างกับนักกฎหมายที่มีแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย เช่น มัลแบร์ที่เห็นว่าในกรณีเช่นนี้คำประกาศดังกล่าวย่อมไม่มีผลในทางกฎหมาย⁵²

การที่แนวคิด *État de droit* ได้ปลดปล่อยตัวเองจากแนวคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย และกลับไปหาคุณค่าพื้นฐานที่สืบทอดมาจากการปฏิวัติใหญ่ปี ค.ศ. 1789 ที่มุ่งหมายความเป็นประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชน ทำให้เชอวาลิเยร์ได้สรุปว่าแนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหาประกอบไปด้วยสององค์ประกอบด้วยกัน⁵³ ประการแรกคือแนวคิดที่ว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายต้องมีลักษณะภายในบางประการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เรื่องความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (*la sécurité juridique*) ลักษณะเหล่านั้น ได้แก่ ความชัดเจน ความมีเสถียรภาพ และความคงเ็นได้ของกฎหมาย อีกทั้งกฎหมายต้องถูกบัญญัติในลักษณะที่ทำให้ผู้อยู่ใต้กฎหมายสามารถเข้าถึงเข้าใจบทบัญญัติของกฎหมายได้ ไม่คลุมเครือ ซับซ้อน หรือมีเนื้อหาขัดแย้งกัน⁵⁴ ในปี ค.ศ. 1991 ศาลปกครองสูงสุด (*Conseil d'État*) ได้มีบทบาทในการเชื่อมหลักการดังกล่าวกับแนวคิด *État de droit* ผ่านรายงานต่อสาธารณชนปี ค.ศ. 1991 และปี ค.ศ. 2006 ว่าแม้หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะไม่ได้อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายปกครองหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

⁵¹ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 35-36.

⁵² Martin Loughlin, *Foundation of Public law* (Oxford University Press 2010) Chapter 11 Rechtsstaat, Rule of Law, L'Etat de Droit, 323.

⁵³ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 94; ดูประกอบ Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2013) Chapter 2.

⁵⁴ Anne-Laure Cassard-Valembos, 'L'Exigence de Sécurité Juridique et l'Ordre Juridique Français: "Je t'Aime, Moi Non Plus..."' (2020) 5 *Titire VII* 1, 1-2; Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 95-96.

แต่หลักการดังกล่าวต้องได้รับการเคารพในฐานะเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของแนวคิด *État de droit* และได้ปรับใช้หลักการดังกล่าวในคดี Société KPMG ในปี ค.ศ. 2006⁵⁵

ในแง่นี้ อาน-ลอเร คาสซาร์ด-วาเล็มบัวส์ (Anne-Laure Cassard-Valembois) อาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนประจำมหาวิทยาลัย Bourgogne เห็นว่าแม้หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะถูกพูดถึงในฐานะเป็นแนวคิดที่นำเข้ามาจากประเทศเยอรมนี แนวคิดดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นสิ่งแปลกปลอมต่อระบบกฎหมายฝรั่งเศสเพราะเป็นข้อเรียกร้องที่อยู่เบื้องหลังแนวคิด *État de droit* ในสองมิติด้วยกัน เนื่องจากหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะบรรลุผลได้ก็ด้วยอาศัยการจัดระเบียบโครงสร้างกฎหมายอย่างมีรูปแบบซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด *État de droit* ในเชิงรูปแบบ ในอีกด้านหนึ่งหลักการดังกล่าวส่งเสริมให้เกิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งสอดคล้องกับแนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหา⁵⁶ ในขณะที่องค์ประกอบของประการที่สองของแนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหาคือการรับรองให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นวัตถุแห่งมาตรการคุ้มครองที่เหมาะสม กล่าวคือ มีกลไกทางกฎหมายมาคุ้มครองให้บุคคลสามารถบังคับใช้สิทธิของตนได้ในทางความเป็นจริง ซึ่งจะปรากฏตัวชัดเจนขึ้นในการปรับใช้ *État de droit* ในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ที่จะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

4. การปรับใช้แนวคิด *État de droit* ในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958 - ปัจจุบัน)

หัวข้อที่แล้วได้นำเสนอข้อถกเถียงว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและกฎหมายและนิยามของกฎหมายซึ่งจะเห็นได้ว่าบริบทตอนนั้นยังไม่มีกรอบเชิงสถาบันที่รองรับข้อถกเถียงเหล่านี้ เช่น ในขณะนั้น ประเทศฝรั่งเศสไม่มีศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจมาชี้ขาดในประเด็นเหล่านี้⁵⁷ ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชน มาร์ติน โลลิน (Martin Loughlin) จึงสรุปว่า แนวคิดที่ว่าด้วย *État de droit* ในบริบทของประเทศฝรั่งเศสนั้น ถูกอภิปรายกันอยู่แค่ในขอบเขตของแนวคิดทางกฎหมายมากกว่าที่เป็นการปฏิบัติเชิงกฎหมาย⁵⁸ อย่างไรก็ตาม หัวข้อนี้จะวิเคราะห์ถึงการปรับใช้แนวคิด *État de droit*

⁵⁵ Conseil d'État, *Rapport Public Annuel 1991: De la sécurité juridique* (La Documentation Française 1991); Conseil d'État, *Rapport Public Annuel 2006: Sécurité Juridique et Complexité du Droit* (La Documentation française 2006) 229, 281; Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et autres.

⁵⁶ Anne-Laure Cassard-Valembois (เชิงอรรถ 54) 2.

⁵⁷ เจอราน ลอเทินบาซ (Geranne Lautenbach) เห็นว่าเห็นผลหนึ่งที่ประเทศฝรั่งเศสมีการจัดตั้งคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างล่าช้าเกิดจากประวัติศาสตร์ความเคลือบแคลงใจในองค์กรตุลาการ ดู Geranne Lautenbach (เชิงอรรถ 53).

⁵⁸ เพิ่งอ้าง.



ในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958 - ปัจจุบัน) ซึ่งแนวคิดดังกล่าวจะมีบทบาทในทางปฏิบัติมากขึ้นจากเดิมที่อยู่แต่ในบริบทของข้อถกเถียงเชิงทฤษฎีเบื้องหลังกฎหมาย

เริ่มจากในปี ค.ศ. 1958 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (*Conseil constitutionnel*) ถูกตั้งขึ้นช่วงแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้เท่านั้น และยึดถือแนวทางการตีความแบบจำกัดอำนาจตัวเอง กล่าวคือ เห็นว่าตนมีอำนาจเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกิจกรรมหรือนโยบายทางการเมืองซึ่งศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบ โดยมีเหตุผลว่า สำหรับกิจกรรมทางการเมืองนั้น ฝ่ายการเมืองอันได้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีความเหมาะสมที่จะควบคุมตรวจสอบกันเองมากกว่า แนวคิดดังกล่าวถูกรองรับโดยทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล (*l'acte de gouvernement*)

หากพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส รวินท์ ลีละพัฒนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร ในงานวิจัยที่ได้ศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส เห็นว่าการจำกัดอำนาจตัวเองขององค์กรตุลาการเป็นผลมาจากทัศนะเชิงลบต่ออำนาจตุลาการอันเนื่องมาจากบทบาทของศาลปาเลอโรมองก่อนการปฏิวัติใหญ่ ปี ค.ศ. 1789 และอิทธิพลของแนวคิดของมองเตสกีเอร์ (Montesquieu) เรื่องการแบ่งแยกอำนาจที่มีผลต่อการร่างรัฐธรรมนูญทุกฉบับของฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติใหญ่ โดยรัฐธรรมนูญทุกฉบับดังกล่าวต่างก็มุ่งสร้างความเข้มแข็งและเสถียรภาพให้แก่ฝ่ายบริหารทั้งสิ้น⁵⁹ ส่งผลให้ศาลฝรั่งเศสไม่อาจเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสสะท้อนถึงความพยายามที่จะรักษาปริมณฑลพิเศษของฝ่ายบริหารซึ่งอยู่เหนือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล⁶⁰ นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นว่า การยึดถือการจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการมีความเชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์การยอมรับ “มติมหาชน” ในฐานะที่มาแห่งความชอบธรรมของการใช้อำนาจบริหาร⁶¹

การยอมรับมติมหาชนดังกล่าวสะท้อนผ่านมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ของสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งวางหลักว่ารัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบองค์กรของรัฐหรือเกี่ยวกับการปฏิรูปอันเนื่องมาจากนโยบายด้านเศรษฐกิจหรือสังคมแห่งชาติและต่อบริการสาธารณะเกี่ยวกับการเรื่องดังกล่าวซึ่งมาจากการลงประชามติของประชาชนนั้น ให้ประธานาธิบดีประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติ

⁵⁹ รวินท์ ลีละพัฒนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร, *มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (สถาบันพระปกเกล้า 2564) 60-64.

⁶⁰ เพิ่งอ้าง 68.

⁶¹ เพิ่งอ้าง 87.

ที่ผ่านการลงประชามติเห็นชอบเป็นกฎหมายภายในสิบห้าวันหลังมีการประกาศผลการลงประชามติ ส่งผลให้รัฐบัญญัติดังกล่าวจะไม่สามารถถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้แม้จะส่งผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ตาม

มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่สำคัญในปี ค.ศ. 1962⁶² เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติที่กำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนซึ่งส่งผลเป็นการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 เนื่องจากเดิมรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยคณะผู้เลือกตั้ง และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ต้องทำตามกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผ่านความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติและวุฒิสภา แต่ประธานาธิบดีชาร์ล เดอ โกล (Charles De Gaulle) กลับนำร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวเสนอให้ประชาชนลงประชามติ จึงมีผู้ร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะเข้าไปวินิจฉัยโดยเห็นว่าตนไม่มีอำนาจเนื่องจากกฎหมายที่ผ่านกระบวนการลงประชามติโดยประชาชนเป็น “การแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของชาติโดยตรง” (*l'expression directe de la souveraineté nationale*) ในขณะที่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมการใช้อำนาจรัฐจึงมีอำนาจตรวจสอบควบคุมเฉพาะกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบ

จากคำวินิจฉัยข้างต้น ลุค ฮุสชลิง (Luc Heuschling) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งมหาวิทยาลัยลักเซมเบิร์กให้ความเห็นว่า แนวคิด *État de droit* ต้องเจอกับอุปสรรคทางวัฒนธรรม ซึ่งมีที่มาจากตั้งแต่สมัยจักรพรรดินโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ที่มีชื่อว่า “ประชาธิปไตยแบบจักรพรรดิซีซาร์” (*démocratie césarienne*) ซึ่งถูกผลิตซ้ำผ่าน เดอ โกล โดยการมี “บทสนทนา” (dialogue) ระหว่างประมุขของรัฐที่ตั้งประเด็นคำถามและประชาชนซึ่งให้คำตอบที่คาดหวังได้ โดยบทสนทนาดังกล่าวหลุดรอดไปจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ส่งผลให้แม้แต่รัฐธรรมนูญก็สามารถถูกละเมิดได้ถ้าประชาชนผู้ลงมติส่วนใหญ่เห็นพ้องด้วย⁶³

อย่างไรก็ตาม วาทกรรม *État de droit* มีทิศทางใหม่อันเกิดมาจากการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่เกิดขึ้นในกฎหมายที่บังคับใช้ในบ้านเมือง⁶⁴ โดยในปี ค.ศ. 1971 ได้มีคำวินิจฉัยในคดีเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม (*Liberté d'association*) ซึ่งเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁶² Décision 62-20 DC - 06 novembre 1962 - Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

⁶³ Pierre Rosanvallon, *La Démocratie Inachevée: Histoire de la Souveraineté du Peuple en France* (Gallimard 2000) Chapter 5, 181ff อ้างถึงใน Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 85.

⁶⁴ Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 82.



ของร่างรัฐธรรมนูญที่จะมาแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 และ 7 ของรัฐธรรมนูญตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 ว่าด้วยการรวมตัวกันเป็นสมาคม การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นความพยายามของรัฐบาลที่อยากจะเข้มงวดกับการรวมตัวกันเป็นสมาคม โดยจากเดิมการรวมตัวกันเป็นสมาคมภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1901 ทำได้โดยอิสระ ไม่อยู่ใต้การควบคุมโดยฝ่ายปกครอง และสามารถให้รัฐรับรองได้โดยการประกาศกับเขตปกครอง (*préfecture*) อย่างไรก็ดีตาม ในปี ค.ศ. 1971 ฝ่ายปกครองไม่ยอมรับการประกาศรวมตัวกันเป็นสมาคมของสมาคม *Les Amis de La Cause du Peuple* เนื่องจากกลัวว่าสมาคมดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของขบวนการฝ่ายซ้ายจัด (*La Gauche prolétarienne*) จึงได้เสนอให้องค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการประกาศการรวมตัวกันเป็นสมาคม ฝ่ายเสียงข้างน้อยในรัฐสภาไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอข้างต้นจึงได้ขอให้ประธานวุฒิสภายื่นคำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1901 ละเมิดหลักเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมซึ่งอยู่ในหลักการพื้นฐานที่รับรองในกฎหมายของสาธารณรัฐ (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*) และยังถูกรับรองในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 อีกด้วย⁶⁵

ในคำวินิจฉัยนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองถ้อยคำของอารัมภบทซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ. 1789 รวมถึงกลุ่มสิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 และหลักการพื้นฐานที่รับรองในกฎหมายของสาธารณรัฐ ให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งทางตำราเรียกรวม ๆ ว่า “กลุ่มกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ” (*bloc de constitutionnalité*)⁶⁶ ส่งผลทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายบทบาทตัวเองมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฐานะเป็นผู้พิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน

ในทางการเมืองนั้น หลังปี ค.ศ. 1958 เป็นต้นมา ภายใต้ยุคสมัยของประธานาธิบดีเดอ โกล ที่ต้องการจะปกป้องฝ่ายบริหารจากรัฐสภาซึ่งอำนาจของมันถูกมองว่าเป็นสาเหตุหลักของความอ่อนแอของฝรั่งเศสในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง วาทกรรม *État de droit* ถูกนำมาใช้และปรับแต่งอีกครั้งเพื่อใช้เป็นเครื่องมือการวิเคราะห์ใหม่ในการบรรยายความเปลี่ยนแปลงอย่างถึงรากเหล่านี้ อีกทั้งถูกใช้เป็นเครื่องมือที่ให้ความชอบธรรมและกำหนดทิศทางกระบวนการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวที่ยังคงเปราะบาง ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. 1977 ท่ามกลางเสียงวิจารณ์เกี่ยวกับ “การปกครองโดยตุลาการ” (*gouvernement des juges*)⁶⁷ หลังจากทีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีบทบาทมากขึ้นในสังคมฝรั่งเศสผ่านคำวินิจฉัย

⁶⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁶⁶ ดูประกอบ Louis Favoreu and others, *Droit Constitutionnel* (22 edn, Dalloz 2020).

⁶⁷ ดูประกอบ Dominique Terré, *Les Questions Morales du Droit* (Presses Universitaires de France 2007)

ในคดีการเมืองต่าง ๆ ประธานาธิบดีวาเลรี ฌิสการ์ เดสแต็ง (Valéry Giscard d'Estaing) ยกย่องการทำงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยอ้างถึงอุดมคติของ *État de droit* หรือระบอบที่ซึ่งลำดับชั้นของกฎหมายจะถูกทำให้เกิดผลในความเป็นจริงโดยศาลแต่ละระดับ⁶⁸

ส่วนในวงวิชาการนั้น หลุยส์ ฟาโวเรอ (Louis Favoreu) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสผู้บุกเบิกการศึกษาเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ให้ความสำคัญกับหลัก *État de droit* มากกว่าหลักประชาธิปไตยเพราะหลักการดังกล่าวเป็นอีกขั้นหนึ่งที่เสริมขึ้นมาและทำให้กฎหมายรัฐธรรมนูญสมัยใหม่มีความสมบูรณ์ขึ้นเมื่อเทียบกับหลักการประชาธิปไตย ในอดีต เราให้ความสำคัญกับวิธีการที่ดีที่สุดในการได้มาซึ่งผู้ปกครองซึ่งก็คือวิถีทางประชาธิปไตย แต่ในปัจจุบันมันสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันที่ผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นผู้ปกครองจะต้องใช้อำนาจอย่างสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและอยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ผ่านการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้สาระสำคัญของหลัก *État de droit* คือการที่ทุกอำนาจในการออกกฎหมายและทุกช่องทางในการสร้างกฎหมายต้องอยู่ภายใต้การควบคุมเพื่อให้มั่นใจว่าการปฏิรูปหรือมาตรการต่าง ๆ สอดคล้องกับสิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างฝ่ายเสียงข้างมากและฝ่ายค้าน ในแง่ที่ฝ่ายค้านจะไม่ถูกระทบกระเทือนมากเกินไปเมื่อเผชิญกับฝ่ายเสียงข้างมากที่เข้มแข็งมากและฝ่ายค้านมีโอกาสดังนั้นมาจะมีอำนาจนำ ความสมดุลนี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีคนกลางที่คอยตรวจสอบให้มีการเคารพกติกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ฝ่ายเสียงข้างมากจะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล⁶⁹

ความเห็นของฟาโวเรอดังกล่าวเป็นรูปธรรมมากขึ้นในต้นศตวรรษที่ 21 เมื่อประเทศฝรั่งเศสแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 เพื่อวางระบบสถาบันต่าง ๆ ของสาธารณรัฐที่ 5 ให้ทันสมัยยิ่งขึ้น⁷⁰ ส่งผลเป็นการเพิ่มบทบาทแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น การให้อำนาจตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษ (*pouvoirs exceptionnels*) ยามเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินโดยประธานาธิบดี

⁶⁸ Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 82-83.

⁶⁹ Louis Favoreu, 'De la Démocratie à l'État de droit' (1991) 2 *Le Débat* 154 ดูประกอบ Jacon Weinrib, *Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2016) 137. Weinrib ศึกษาการเกิดขึ้นของกระบวนทัศน์ใหม่ของรัฐธรรมนูญจากหลาย ๆ ประเทศหลังสงครามครั้งที่สอง พบลักษณะร่วมกันคือ 1) มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่วางเงื่อนไขการใช้อำนาจรัฐ 2) มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพในระดับรัฐธรรมนูญ และ 3) มีองค์กรตุลาการที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญและเปิดโอกาสให้บุคคลร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง.

⁷⁰ รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าด้วยการวางระบบสถาบันแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ให้มีความทันสมัย ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 (Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République).



ตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากนี้ เดิมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหลังจากที่กฎหมายนั้นได้ประกาศใช้ไปแล้วได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้เพิ่มมาตรา 61 - 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ซึ่งบัญญัติว่า “ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล หากปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายมาตราหนึ่งมาตราใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองไว้ ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับพิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยการเสนอของศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาซึ่งจะต้องยื่นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในเวลาที่กำหนด”

การเปิดช่องให้มีการยื่นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC*) เป็นการเพิ่มบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลอื่น ๆ ในการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญประกันไว้ เช่น เหตุการณ์การก่อการร้ายในคืนวันที่ 13-14 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 2015 ทำให้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (*l'état d'urgence*) ทั่วทั้งประเทศฝรั่งเศส และถูกขยายเวลาออกไปทั้งโดยการขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติม⁷¹ ทั้งนี้ มาตรการซึ่งมีขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ของการต่อต้านการก่อการร้าย (*la lutte contre le terrorisme*) อาจไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในความเป็นส่วนตัว เสรีภาพในการสื่อสารหรือการเดินทาง และการยกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งขัดต่อหลัก *État de droit*

ในบริบทนี้เองที่องค์กรตุลาการได้เข้ามามีบทบาทในการชั่งน้ำหนักและรักษาหลัก *État de droit* ไว้ เช่น ในคำวินิจฉัยที่ 2016-536 QPC ในปี ค.ศ. 2016 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 2015 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 มีผลเป็นการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่รัฐทำการตรวจค้นในเวลาใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นตอนกลางวันหรือตอนกลางคืนและในสถานที่ใดก็ได้รวมถึงที่พักอาศัยส่วนบุคคลนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่าการให้อำนาจดังกล่าวแก่เจ้าหน้าที่รัฐเป็นการละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลและสิทธิในความเป็นส่วนตัวและสิทธิในการได้รับการเยียวยาทางศาลอย่างเกินสมควรแก่เหตุ นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายดังกล่าวเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจเนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนอันอาจมีผลเป็นการลงโทษ ทั้งนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน แต่เน้น

⁷¹ Jacques Chevallier (เชิงอรรถ 18) 141-142.

ย้ำว่าจะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างการป้องกันความสงบเรียบร้อยของสาธารณะและการเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่อาศัยอยู่ในสาธารณรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการละเมิดไม่ได้ของที่อยู่อาศัย (l'inviolabilité de domicile) ซึ่งถูกรับรองไว้ในข้อ 2 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789⁷²

ด้วยเหตุนี้ข้อสงสัยจึงได้สรุปว่า คำว่า *État de droit* เป็นตัวกำหนดบทบาทใหม่ของรัฐธรรมนูญซึ่งในปี ค.ศ. 1958 กลายมาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่แท้จริงและมีสถานะอยู่สูงที่สุดอันเนื่องมาจากการเกิดขึ้นของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) ซึ่งหมายถึงทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย วาทกรรม *État de droit* ยังได้ใช้ในการสื่อถึงมุมมองต่อองค์กรตุลาการในทางที่ดีกว่าเดิมในฐานะที่เป็นผู้พิทักษ์ไม่เพียงแต่เฉพาะกฎเกณฑ์ต่าง ๆ (rules) แต่ยังรวมถึงค่านิยมของสังคม เช่น สิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการ (principles) อีกด้วย⁷³

5. บทสรุป

จากการศึกษาหลักการพื้นฐานของแนวคิด *État de droit* ตลอดจนพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ลักษณะการปรากฏตัว และการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แนวคิด *État de droit* มีลักษณะเป็นพลวัต กล่าวคือมีนิยามและบทบาทต่างกันไปตามแต่ละช่วงเวลาและแต่ละบริบทที่แนวคิดดังกล่าวจะถูกนำไปใช้เพื่อสนับสนุนทฤษฎีเบื้องหลังแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายเพื่อนำไปใช้จำกัดอำนาจรัฐ ทฤษฎีเหล่านั้นมีคำถามตั้งต้นว่ากฎหมายเป็นผลผลิตของรัฐหรืออยู่ภายนอกรัฐ โดยเราจะเห็นว่าแรกเริ่มนั้น แนวคิด *État de droit* มุ่งเน้นไปที่การกำหนดรูปแบบและการเคารพลำดับชั้นทางกฎหมายซึ่งมีรัฐธรรมนูญอยู่สูงสุด โดยมีเหตุผลเบื้องหลังมาจากความกังวลต่อความมีอำนาจเหนือของรัฐสภาผ่านการตรารัฐบัญญัติโดยเป็นผลผลิตจากประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่มองว่ากฎหมายที่ออกโดยผู้แทนปวงชนย่อมสะท้อนถึงเจตจำนงร่วมกันของปวงชน

ต่อมา เมื่อเข้าสู่สาธารณรัฐที่ 5 หลังจบสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้ผ่านประสบการณ์กับเหตุการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงโดยมีระบบกฎหมายของรัฐเกื้อหนุนทำให้มิติในเชิงรูปแบบของแนวคิด *État de droit* ที่มุ่งหมายไม่ให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่มีขีดจำกัดนั้น ไม่เพียงพออีกต่อไป จึงเกิดแนวคิด *État de droit* ในเชิงเนื้อหาที่ออกไปนอกกรอบของปฏิธานนิยมทางกฎหมายและผูกโยงกับคุณค่าที่ระบบกฎหมายมุ่งรักษา ได้แก่ หลักความมั่นคง

⁷² Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016.

⁷³ Luc Heuschling (เชิงอรรถ 13) 83.



แห่งนิติฐานะ และการมีกลไกคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ผ่านการจำกัดและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เช่น การใช้อำนาจพิเศษ (*pouvoirs exceptionnels*) ยามเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินโดยประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ยังคงต้องเจอกับความท้าทายที่มาจากอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่มีมาตั้งแต่อดีตหลังการปฏิวัติใหญ่ปี ค.ศ. 1789 ไม่ว่าจะเป็นทัศนคติเชิงลบต่ออำนาจตุลาการทำให้ศาลยึดถือการตีความแบบจำกัดอำนาจตัวเอง การจะเพิ่มบทบาทของตุลาการมักจะต้องผ่านการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อระบุอย่างชัดเจนอย่างเช่นที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2008 หรือการที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับมติมหาชนมาก ทำให้ “เจตจำนงร่วมกันของปวงชน” ผ่านการลงประชามติมักถูกใช้เป็นเครื่องมือที่ให้ความชอบธรรมแก่การตัดสินใจทางการเมืองที่เล็ดลอดไปจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแม้มติดังกล่าวจะส่งผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นที่เกิดขึ้นปี ค.ศ. 1962 หรือที่ในวงวิชาการเรียกกันว่าประชาธิปไตยแบบจักรพรรดิซาร์ที่ริเริ่มโดยนโปเลียน

นอกจากความท้าทายที่มาจากภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญอันมาจากอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่หล่อหลอมมาแต่อดีตของประเทศฝรั่งเศสแล้ว แนวคิด *État de droit* ยังจะต้องเผชิญกับความท้าทายใหม่ ๆ ที่มาจากปัจจัยภายนอกด้วย เช่น ความท้าทายในเชิงน้ำหนักระหว่างความปลอดภัยสาธารณะและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในบริบทของการต่อต้านการก่อการร้ายที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่แล้ว หรือการที่แนวคิด *État de droit* ยึดโยงกับการแก้ประเด็นปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย เช่นเดียวกับแนวคิด *Rechtsstaat* โดยมองระบบกฎหมายว่ามีลักษณะเป็นพีระมิดหรือมีลำดับชั้นของกฎหมายแต่ละประเภท แต่ในปัจจุบันมีแนวคิดเรื่องพหุนิยมทางกฎหมาย (*legal pluralism*) ซึ่งมองว่าในอาณาเขตหนึ่ง ๆ นั้น กลุ่มกฎหมายหลาย ๆ กลุ่มสามารถดำรงอยู่พร้อมกันในลักษณะที่ทับซ้อนคาบเกี่ยวกัน โดยแต่ละกลุ่มกฎหมายก็อ้างความเหนือกว่าของมันที่มีต่อกลุ่มอื่น ๆ

นอกจากนี้ก็ยังมีการกระจายตัวของสถาบันทางกฎหมายซึ่งต่างก็อ้างว่ามีอำนาจชี้ขาดท้ายสุดในประเด็นที่เกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย แนวคิดพหุนิยมทางกฎหมายย่อมเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์ในการพิจารณาความกำกวมเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสหภาพยุโรปซึ่งผูกพันประเทศฝรั่งเศสในฐานะรัฐภาคีและกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสเอง และระหว่างศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและศาลต่าง ๆ ของประเทศฝรั่งเศส⁷⁴ ประเด็นเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดการใคร่ครวญมิติใหม่ ๆ ของแนวคิด

⁷⁴ Nicholas Barber (เชิงอรรถ 7) 450-451.

État de droit ที่ต้องปรับตัวตามสภาพการณ์ทางกฎหมายและสังคมที่เปลี่ยนไป ดังที่ เชอวาลิเยร์ ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า

หลักนิติรัฐปรากฏตัวตั้งข้อความคิดพื้นฐานของกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ ที่นำมาซึ่งวิสัยทัศน์ของการที่อำนาจตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ จนหลักการดังกล่าว ได้กลายมาเป็น “คำเตือนในแง่ความชอบธรรมของทุกอำนาจ” อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดเรื่องหลักนิติรัฐโดยธรรมชาติของมันเองก็จะยังคงไม่เสร็จสมบูรณ์ และไม่ครบถ้วน⁷⁵

สุดท้ายนี้ การศึกษาแนวคิด *État de droit* ย่อมทำให้เราเห็นตัวอย่างการนำเข้าแนวคิดจากต่างประเทศมาผนวกกับแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ในสังคมฝรั่งเศสมาแต่เดิม การถกซิงพื้นที่ในการสร้างค่านิยมของแนวคิดดังกล่าวผ่านข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และกฎหมาย รวมถึงข้อจำกัดและความท้าทายของการปรับใช้แนวคิดดังกล่าวในแต่ละช่วงเวลา และสถานการณ์อันเนื่องมาจากอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเองหรือความท้าทายจากปัจจัยภายนอก โดยผู้วิจัยหวังว่าตัวอย่างจากประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประโยชน์กับวงวิชาการไทย ในการค้นคว้าต่อยอดหรือศึกษาเชิงเปรียบเทียบต่อไป

⁷⁵ Jaques Chevalier (เชิงอรรถ 18) 160.