

บทความวิชาการ

ลำดับชั้นทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติ : วิเคราะห์ตามหลักนิติรัฐ

นนทชัย โมรา¹

บทคัดย่อ

ประกาศของคณะปฏิวัติ ที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ ยังมีความขัดแย้งในทางวิชาการเป็นอย่างมากในสังคมปัจจุบันของประเทศไทยว่า “ประกาศคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” ซึ่งยังมีความเห็นอยู่ 2 แนวทาง คือ เป็นกฎหมาย กับไม่เป็นกฎหมายถือเป็น “โมฆะ” และเมื่อพิจารณาศึกษาถึงประกาศของคณะปฏิวัติที่ใช้บังคับในปัจจุบัน มีอยู่หลายสถานะหรือหลายลำดับชั้น บางฉบับมีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ บางฉบับมีสถานะเทียบเท่ากฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ บางฉบับมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง นั้นมีกระบวนการวิधिकเล็กหรือแก้ไขเพิ่มประกาศของคณะปฏิวัติด้วยกฎหมายระดับใด ประเด็นปัญหาที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว คือ ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ จะใช้กระบวนการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติ คือ กฎหมายที่ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สูงกว่านั้นเหมาะสมหรือไม่เป็นการทำลายลำดับชั้นทางกฎหมายหรือไม่ ยังเป็นข้อถกเถียงกันวงวิชาการต่อไป

คำสำคัญ : ลำดับชั้นทางกฎหมาย, ประกาศคณะปฏิวัติ, หลักนิติรัฐ

¹ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

* บทความเรื่องนี้เกิดขึ้นจากที่คณะผู้เขียนได้เข้าร่วมโครงการ อบรมสัมมนาเชิงปฏิบัติการการเขียนบทความทางวิชาการ/บทความวิจัยเพื่อตีพิมพ์ในวารสารวิชาการของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี วันที่ 14-15 มิถุนายน 2560 ณ เขาเสก เรมฟอเรส รีสอร์ท ต.เขาต่อ อ.พนมจ.สุราษฎร์ธานี และได้นำมาพูดคุยประชุมเพื่อเขียนบทความให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

Abstract

Numerous conflict in Thailand is whether an Announcement of the Revolutionary Council can be counted as the legitimately law or not. First opinion indicates that the Revolutionary Declaration cannot be deemed as source of law; it becomes void due to lacking of legitimacy. Another view point is that the Coup becomes the Sovereign and thus its declaration can be deemed as the law. However, giving that it is deemed as the “law”, we are looking into several hierarchies of its declaration and some of them is tantamount to Constitution, and some is parliamentary act. Most of the Act can be amended by the National Legislation Assembly process during the Coup Regime. However, it is necessary to find out if the new coming government and parliament can exercise the power to amend or abrogate those “Constitution or Act” or not and if it is proper to follow such approach. These issues become debatable about proper means to do so.

Keywords: Hierarchies Law, Announcement of the Revolutionary Council, Legal State

บทนำ

กฎหมายมีความสำคัญสำหรับสังคมอย่างยิ่ง กฎหมายคู่กับสังคมตลอดมา คือ “มีสังคมที่ไหนมีกฎหมายที่นั่น” เป็นเพราะมนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมโดยรวมตัวแบบชุมชนและรวมตัวแบบสมาคมผูกพันอยู่ติดกับดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่งของโลกและมนุษย์ปรารถนาที่จะสนองตอบความต้องการของตนและปกป้องรักษาตน การที่มนุษย์อยู่ร่วมกันและมีความปรารถนาดังกล่าวนี้เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ หรือที่เรียกง่าย ๆ ว่า “กติกาก” ซึ่งได้พัฒนาเป็น “กฎหมาย” (Law) ในที่สุด แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายต้องเป็นกฎหมายที่ออกมาจากความยินยอมของประชาชน ทั้งในกรณีที่มีผู้มีอำนาจออกกฎหมาย และเนื้อหากฎหมายต้องเป็นกฎหมายที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎหมายนั้นต้องจำเป็นตรวจสอบได้ว่าใช้ภายในขอบเขตของกฎหมายด้วย

1. แนวคิดการเกิดขึ้นของกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดการเกิดขึ้นของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าการที่มนุษย์จะสามารถพัฒนากฎหมายเป็นระบบกฎหมาย² ดังที่ปรากฏและมิ

² เมื่อพิจารณาศึกษาถึงระบบกฎหมายโดยทั่วไปจะกล่าวถึงระบบกฎหมายอยู่ 4 ระบบ คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่มีรากฐานมาจากโรมันในภาคพื้นยุโรปและมีอิทธิพลต่อนานาประเทศที่มีการรวบรวมกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแบบประมวลกฎหมาย ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) มีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษถือเป็นระบบกฎหมายที่ไม่ได้รวบรวมเป็นลายลักษณ์อักษร ให้ความสำคัญกับคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานเป็นกฎหมาย “ระบบกฎหมายสังคมนิยม” (Socialist Law System) มีรากฐานมาจากสหภาพโซเวียต (ในอดีต) ซึ่งระบบกฎหมายนี้เชื่อว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบและกลไกต่างๆ ของสังคม เพื่อให้เกิดความทัดเทียมกันในสังคมและเพื่อคุ้มครองคนในสังคม ให้พ้นจากการกดขี่ข่มเหงของนายทุน กฎหมายจะมีความจำเป็นเพียงชั่วขณะหนึ่งเมื่อสังคมเข้าสู่ระบบคอมมิวนิสต์โดยสมบูรณ์ปราศจากความเหลื่อมล้ำทางฐานะ ปราศจากชนชั้น โดยประชาชนเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดร่วมกันแล้ว กฎหมายจะไม่มีคามจำเป็นอีกต่อไปแต่เมื่อยังไม่ถึงจุดนี้ความจำเป็นของกฎหมายจะยังคงมีอยู่ ในปัจจุบันระบบกฎหมายสังคมนิยมมีให้อยู่ในประเทศคิวบา เกาหลีเหนือ ลาว เวียดนาม กัมพูชา จีน เป็นต้น และ “ระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม” (Religious and Traditional Law System) ระบบกฎหมายศาสนาและประเพณีนิยม หมายถึงกลุ่มกฎหมายที่เกิดขึ้นและพัฒนามาจากคำสอนในทางศาสนา เช่น หลักธรรมคัมภีร์ต่างๆ หรือ

อิทธิพลอยู่ในปัจจุบันทั้งใน ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)³ นั้นได้ผ่านการเปลี่ยนแปลงทางความคิดทางรูปแบบและโครงสร้างของกฎหมายหลายยุคหลายสมัย ซึ่งพอสรุปอย่างสังเขปว่ากฎหมายได้ปรากฏตัวขึ้นโดยมีวิวัฒนาการกฎหมายของมนุษย์แยกออกเป็น 3 ยุค คือ ยุคกฎหมายชาวบ้าน ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย และยุคกฎหมายเทคนิค ดังนี้⁴

1.1 ยุคกฎหมายชาวบ้าน

กฎหมายในยุคนี้ค่อยๆ ก่อตัวขึ้นตามวิถีของคนในสังคม ซึ่งแต่ละคนย่อมมีชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความสุข ซึ่งเกิดขึ้นนับตั้งแต่มนุษย์กำเนิดขึ้นในธรรมชาติ มนุษย์ไม่อาจอยู่ได้อย่างโดดเดี่ยวในธรรมชาติ จึงต้องรวมตัวกันเพื่อแบ่งหน้าที่และช่วยเหลือซึ่งกันและกันทั้งทางตรงและทางอ้อม แต่เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันในสังคมมากขึ้น ความเห็นแก่ตัวของคนแต่ละคนเกิดจากตัณหาภายในและความเสื่อมถอยแห่งคุณธรรมของคน ก็จะทำให้มนุษย์บางคนกระทำความผิด เช่น การทะเลาะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน การหยิบฉวยสิ่งของอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิโดยชอบธรรมหรือเจ้าของไม่ยินยอม การพรากรุกผิดเมียเขา การทำร้ายร่างกายและชีวิตของผู้อื่น ฯลฯ ความผิดเหล่านี้เมื่อมีมากขึ้นย่อมจะทำให้ความเป็นอยู่ของมนุษย์โดยรวมในสังคมวุ่นวายไม่สงบ มนุษย์ส่วนใหญ่ได้รวมตัวกันเป็นสังคมเพื่อต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินจึงจำเป็นต้องอาศัยข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับอันเป็นเงื่อนไขข้อตกลงที่ยอมรับร่วมกัน เพื่อให้ทุกคนในสังคมยึดถือปฏิบัติ

พัฒนามาจากคำสอนของนักปราชญ์เจ้าลัทธิต่างๆ ซึ่งจะมุ่งสอนการดำเนินวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ในสังคมมากกว่าจะตั้งเป็นกฎหมายของรัฐ แต่ในที่สุดหลักธรรมคำสอนเหล่านั้นก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปจนกลายเป็นกฎหมายของรัฐ นักกฎหมายเองเมื่อกล่าวถึงระบบกฎหมายนี้ในบางครั้งก็เรียกว่า “ระบบกฎหมายศาสนา” บางครั้งก็เรียกว่า “ระบบกฎหมายปรัชญา” และบางครั้งก็เรียกว่า “ระบบกฎหมายประเพณีนิยม” แต่อย่างไรก็ตามในสถานการณ์ปัจจุบันอิทธิพลวิถีคิดการใช้กฎหมายที่สำคัญคือ 2 ระบบเท่านั้น คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์กับคอมมอนลอว์

³ สมยศ เชื้อไทย, “คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งทั่วไปหลักทั่วไป : ความรู้กฎหมายทั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545, หน้า 44.

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, “นิติปรัชญา”, พิมพ์ครั้งที่ 2 พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2531, หน้า 300-312.

ร่วมกัน กฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่ว่านี้ค่อยพัฒนาจนเรียกว่า “กฎหมาย” (Law)⁵ เป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติที่ปรากฏออกมาในรูปของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ ต้องเป็นจารีตประเพณีที่มีการประพฤติปฏิบัติเป็นเวลาช้านาน ต้องเป็นจารีตประเพณีที่ยอมรับกันในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ถ้าไม่ปฏิบัติตามเช่นนั้นก็รู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ผิด และต้องเป็นจารีตประเพณีที่ปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ

1.2 ยุคกฎหมายนักกฎหมาย

ยุคกฎหมายนักกฎหมาย เป็นยุคที่กฎหมายเจริญขึ้นต่อจากยุคแรก ซึ่งยังไม่สามารถแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม ต่อมาถึงยุคกฎหมายของนักกฎหมายมองเห็นว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์อีกแบบหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากศีลธรรมและจารีตประเพณี มีกระบวนการพิจารณาและบังคับคดีชุมชนคือ เริ่มจากการปกครองที่เป็นรูปธรรมทำให้ชุมชนกลายเป็นชุมชนที่เจริญ มีกระบวนการยุติธรรมอย่างเป็นกิจจะลักษณะ ทำให้มีกฎหมายเกิดขึ้นใหม่เป็นการเสริมกฎหมายเก่าที่มีอยู่ในรูปแบบขนบธรรมเนียมประเพณีเพื่อเติมแต่งให้มีรายละเอียด เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีที่สลับซับซ้อน เมื่อตัดสินคดีไปหลายคดี ข้อที่เคยปฏิบัติในการพิจารณาคดีก็จะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จนกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่เราเรียกว่า “กฎหมายของนักกฎหมาย”

1.3 ยุคกฎหมายเทคนิค

ยุคกฎหมายเทคนิค เมื่อสังคมเจริญขึ้นการติดต่อระหว่างคนในสังคมมีมากขึ้นและใกล้ชิดยิ่งขึ้นซับซ้อนยิ่งขึ้น เครื่องมือ เครื่องใช้ ในการดำรงชีวิตก็มีมากขึ้น ความขัดแย้งในสังคมก็มีมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีไม่เพียงพอ จึงจำต้องมีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาทันทีเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาถึงกฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ที่จะต้องมี 2 ประการคือ

⁵ จุลกิจ รัตนมาศทิพย์, “ปฏิภาษาน : วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย เล่ม 4 ภาค 3 นิติวธิ”, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ล้านคำ, 2553, หน้า 57-58.

1) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทันทีเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ ซึ่งเป็นเหตุผลทางเทคนิค เป็นการสร้างแนวคิดที่ส่งเสริมให้ระบบกฎหมายเน้นประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่ เน้นบทบาทในการควบคุมสังคมที่สำคัญ คือ เป็นฐานความคิดหลักกฎหมายที่ผลักดันให้มีการตรากฎหมายใหม่ ๆ ที่มุ่งควบคุมระเบียบของสังคมให้เกิดความสมดุล⁶

2) เป็นกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์เหล่านั้นเกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือไม่ก็ได้

เมื่อพิจารณาศึกษาวิเคราะห์การเกิดของกฎหมายทั้ง 3 ยุค ในปัจจุบัน เราถือว่า อยู่ในยุคกฎหมายเทคนิค เพราะต้องออกกฎหมายมาแก้ไขปัญหาสังคมหรือบังคับใช้กับประชาชนภายใต้สภาพแวดล้อมและเงื่อนไขทางสังคมเพื่อให้มีความสงบเรียบร้อยหรือความสงบสุขของคนในสังคมตามหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State)

2. การเกิดของกฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ

2.1 หลักนิติรัฐ

หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยในเรื่องของการกระทำของรัฐหรือในการเมือง การปกครองรัฐที่เป็นไปตามแนวคิดหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐ (Legal State)⁷ เป็นปรัชญารากฐานในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

⁶ จรรย์ โฆษณานันท์, “นิติปรัชญา”, พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 260

⁷ เมื่อพิจารณาศึกษาหลักการปกครองแบบนิติรัฐ ที่ถูกนำมาใช้ในการปกครองประเทศนั้นจะต้องเป็นหลักการปกครองแบบนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา ดังนี้

1. การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับราษฎรทุกคน ในวันนี้รัฐทุกรัฐในปัจจุบันย่อมเป็นนิติรัฐ เนื่องจากมีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น นิติรัฐในความหมายนี้เป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) เป็นการปกครองโดยหลักกฎหมาย (Rule of Law) มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมาย
2. การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา นิติรัฐจึงเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นแต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ดังนี้

การใช้อำนาจรัฐและการจำกัดอำนาจรัฐ⁸ ความคิดเรื่องหลักนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนวิถีปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญ (Constitution) รัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ต้องมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของราษฎร⁹ เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาและการประกอบอาชีพ เป็นต้น รัฐจึงมีฐานะเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะต้องเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียว คือ รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราใบที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่ กล่าวคือ ในรัฐที่เป็นนิติรัฐที่ใช้อำนาจปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่างๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) การใช้ อำนาจรัฐต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายตามลำดับชั้นทางกฎหมาย ตามรูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาได้ด้วย¹⁰

2.1.2 หลักการปกครองแบบนิติรัฐ

เมื่อพิจารณาศึกษาหลักการปกครองแบบนิติรัฐ ที่ถูกนำมาใช้ในการปกครองประเทศนั้นจะต้องเป็นหลักการปกครองแบบนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา ดังนี้

- 1) อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย คือ การตรากฎหมายโดยความเห็นชอบของประชาชนโดยตรงหรือขององค์กรผู้แทนปวงชนในระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทน
- 2) เนื้อหาของกฎหมายไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น หลักสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค เป็นต้น มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนตั้งอยู่บนหลักการที่เคารพการใช้สิทธิและรักษาเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมานี้ ได้แก่ กฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน คือ รัฐธรรมนูญ จึงสามารถให้หลักประกันแก่สถานภาพทางกฎหมายของประชาชนได้ดีที่สุด

⁸ วิษณุ เครืองาม, เอกสารประกอบการสอน ชุดวิชา “กฎหมายมหาชน” หน่วยที่ 1-7, พิมพ์ครั้งที่ 2 นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2526, หน้า 72.

⁹ โปรดดูหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตั้งแต่มาตรา 26-69 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

¹⁰ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะเศสตร์ ไชว์พันธุ์, เจตน์ สภาวศิริพร, “ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป”, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551, หน้า 37.

การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ

การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับราษฎรทุกคน ในแง่รัฐทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ระบอบเผด็จการ และระบอบประชาธิปไตย ก็ถือว่า เป็นนิติรัฐเชิงรูปแบบทั้งสิ้น เนื่องจากการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น นิติรัฐในความหมายนี้เป็นเพียงรูปแบบเท่านั้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) เป็นการปกครองโดยหลักกฎหมาย (Rule of Law) มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคงของระบบกฎหมาย

การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา

การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา นิติรัฐจึงเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของประชาชนจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นการวางหลักนิติรัฐในการปกครองที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นแต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ดังนี้

1) อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย คือ ที่มาของกฎหมายต้องผ่านความเห็นชอบของประชาชนโดยตรงหรือขององค์กรผู้แทนปวงชนในระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทน

2) เนื้อหาของกฎหมายไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น หลักสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค เป็นต้น มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนตั้งอยู่บนหลักการที่เคารพการใช้สิทธิและรักษาเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมานี้ ได้แก่ กฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน คือ รัฐธรรมนูญ จึงสามารถให้หลักประกันแก่สภาพทางกฎหมายของประชาชนได้ดีที่สุด

2.2 สารระสำคัญหลักนิติรัฐ

การที่ประเทศใดประเทศหนึ่ง (รัฐใดรัฐหนึ่ง) จะเป็นนิติรัฐ¹¹ นั้น

¹¹ เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดเรื่อง “หลักการปกครองแบบนิติรัฐ” (Legal State) นี้จะพบว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับแนวคิดเรื่อง “หลักการปกครองแบบนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นอย่างมาก ประเทศไทยได้นำหลักการปกครองทั้ง 2 มาใช้กลายเป็นหลักเดียวกัน คือหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม แต่อย่างไรก็ตามหลักทั้ง 2 ยังมีรายละเอียดของประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) กับหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) มีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีต้นกำเนิดหลักการปกครองแบบนิติรัฐและประเทศอังกฤษต้นกำเนิดหลักนิติธรรมที่มีชนชาติตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกันย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักการปกครองแบบนิติรัฐและหลักการปกครองแบบนิติธรรม ดังนี้

1. ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีที่มาบ่อเกิดของกฎหมายนั้นมาจากตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นลายลักษณ์อักษรโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลในฐานะที่เป็นผู้ที่ใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินใจของศาลในแต่ละคดีไม่มีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมาย (Jude made law) จึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง ส่วนประเทศที่มีหลักการปกครองแบบหลักนิติธรรม (The Rule of law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษที่มาบ่อเกิดของกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาลถือว่าศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง ส่วนกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษศาลจะผูกพันการปรับใช้กฎหมายแต่จะไม่ผูกพันกระบวนการตรากฎหมายว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่
2. ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีนั้นมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรได้บัญญัติหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ ในประเทศอังกฤษที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่ได้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับรัฐธรรมนูญแต่ได้ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ
3. ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนี องค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งถือว่าม้องค์กรที่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ส่วนในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ ถือว่า รัฐสภา (องค์กรนิติบัญญัติ) เป็น “รัฐอธิปไตย” ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ศาลในประเทศอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายของรัฐสภาด้วยเหตุนี้ประเทศอังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ (Constitution Court) ในการควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา
4. ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ในประเทศที่มีหลักการ

จะต้องมีลักษณะดังนี้¹²

2.2.1 การตรากฎหมายและการกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายตามลำดับชั้นทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงหลักนิติรัฐตามกฎหมายเกณฑ์ที่ได้กำหนดให้ รัฐใช้อำนาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้¹³ และการออกใช้อำนาจของกฎหมายที่กำหนดไว้ต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของประชาชน กล่าวคือ รัฐกระทำการใดๆ ได้นั้นต้องมี

ปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีมีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชน (Private Law) กับกฎหมายมหาชน (Public Law) ออกจากกัน จึงแยกระบบวิธีพิจารณาออกจากกัน ถ้าเป็นคดีตามระบบกฎหมายเอกชนใช้ระบบวิธีพิจารณาระบบกล่าวหา (Accusatorial System) แต่ถ้าเป็นคดีตามระบบกฎหมายมหาชนจะใช้ “ระบบวิธีพิจารณาแบบไต่สวน” (Inquisitorial System) จึงมีการแยกระบบศาลในการพิจารณาคดี คือ มีศาลปกครอง (Administrative Court) พิจารณาคดีควบคู่ไปกับศาลยุติธรรม ส่วนในประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันจึงใช้ “ระบบวิธีพิจารณาแบบกล่าวหา” เป็นหลักโดยมีศาลยุติธรรมศาลเดียวพิจารณาคดี

5. ความแตกต่างในแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติรัฐ โดยเฉพาะประเทศเยอรมนีถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ของหลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ในขณะที่ประเทศที่มีหลักการปกครองแบบนิติธรรม (The Rule of law) โดยเฉพาะประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่าไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ “นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม” นิตยสาร: นิติศาสตร์เพื่อราษฎร <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554)

¹² หยุต แสงอุทัย, “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป”, พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538, หน้า 124-125.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

กฎหมายให้อำนาจ ถ้ากฎหมายไม่ได้ให้อำนาจนั้นไว้ถือว่ากรกระทำของรัฐนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นไปตาม “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” และการใช้อำนาจในการออกกฎหมายต้องได้อำนาจมาจากความยินยอมของประชาชนตามลำดับทางกฎหมาย ดังนี้

2.2.1.1 กฎหมายลำดับชั้นที่ 1 คือ รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญซึ่งก็คือประกาศคณะปฏิวัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายแม่บทในการวางระเบียบบริหารประเทศย่อมมีความสำคัญเป็นอันดับหนึ่งในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับอื่นใดจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับมิได้

2.2.1.2 กฎหมายลำดับชั้นที่ 2 กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ

กฎหมายลำดับชั้นที่ 2 คือ “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” เป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แยกออกได้ 3 ประเภท คือ กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา กฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติและกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถวิเคราะห์ได้ ดังนี้

1. กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาแยกออกได้ 2 ประเภท คือ กฎหมายที่ออกมายายเนื้อหารายละเอียดของรัฐธรรมนูญ กับกฎหมายที่ออกตามความรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) กฎหมายที่ออกมายายเนื้อหารายละเอียดของรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

2) กฎหมายที่ออกตามความรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย

2. กฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติ ก็คือ พระราชกำหนด

3. กฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีฐานะบังคับใช้ระดับกฎหมายบัญญัติ คือ ประกาศคณะปฏิวัติ

4. กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมีฐานะเป็นกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ คือ พระราชกฤษฎีกาอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 5

2.2.1.3 กฎหมายลำดับชั้นที่ 3 กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง

ที่มาของกฎหมายลำดับชั้นที่ 3 กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง หรือ เรียกว่า “กฎ” สามารถวิเคราะห์ที่ได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

1. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร เช่น กฎหมายลำดับรองออกโดยรัฐวิสาหกิจ ออกโดยองค์การมหาชน ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกโดยองค์กรวิชาชีพ

2. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร เช่น กฎหมายลำดับรองออกโดยศาล ออกโดยองค์กรอิสระ ออกโดยหน่วยงานสังกัดรัฐสภา เป็นต้น

3. กฎหมายลำดับรองที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีฐานะบังคับใช้ระดับกฎหมายลำดับรอง คือ ประกาศคณะปฏิวัติ

2.2.2 การกระทำของรัฐต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

เมื่อรัฐยอมอยู่ใต้กฎหมาย เคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ แห่งกฎหมาย ทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ นักนิติศาสตร์จึงถือว่านิติรัฐเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและตีกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐโดยกฎหมายและมีให้ใช้อำนาจนั้นไปโดยอำเภอใจโดยไม่มีขอบเขตหรือไร้กฎเกณฑ์จนทำลายสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน เมื่อรัฐยอมอยู่ใต้กฎหมาย เคารพ

และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ แห่งกฎหมาย ทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการปฏิบัติงานตามหน้าที่ นักนิติศาสตร์ จึงถือว่านิติรัฐ (Legal State) เป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและตีกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและมีให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำทางปกครองนั้นไปโดยอำเภอใจโดยไม่มีขอบเขตหรือไร้กฎเกณฑ์จนทำลายสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน และต้องอยู่ภายใต้หลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนซึ่งหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐด้วย ซึ่งได้แก่ ความเสมอภาค¹⁴ หลักความสมควรแก่เหตุ¹⁵ หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำของรัฐ¹⁶ หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ¹⁷

ในประเทศที่มีการปกครองที่ยึดหลักการปกครองแบบนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน มีการแบ่งแยกอำนาจในการใช้

¹⁴ “หลักความเสมอภาค” อันเป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อราษฎรอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน และเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจอย่างไม่เป็นธรรม

¹⁵ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ อาจเรียกว่า “หลักความได้สัดส่วน” เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจอย่างพอเหมาะโดยใช้วิธีการหรือเครื่องมือที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย มาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้จึงต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสมและใช้เพียงเท่าที่จำเป็น โปรดดูรายละเอียดใน วรพจน์ วิศรุตพิชน “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543, หน้า 85

¹⁶ “หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง” เป็นหลักที่เรียกร้องให้การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองต้องมีความชัดเจนแน่นอน ฝ่ายปกครองจะทำนิติกรรมทางปกครองที่คลุมเครือปล่อยให้ต่างคนต่างตีความไปคนละอย่างสองอย่างไม่ได้ โปรดดูรายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง”, พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549, หน้า 85

¹⁷ “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจ” หลักนี้มีความสำคัญต่อความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะ “นิติกรรมทางปกครอง” ของฝ่ายปกครอง และต่อการคุ้มครองราษฎรที่มีความเชื่อโดยสุจริตในการดำรงอยู่ของนิติกรรมทางปกครองนั้น

อำนาจรัฐ¹⁸ ตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ”¹⁹ (Separation of powers) ซึ่ง

¹⁸ เมื่อพิจารณาการศึกษาถึงการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) คือ อำนาจนิตบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ การแยกนี้หมายความว่าให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจแต่เพียงอย่างเดียวหรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ คนหนึ่งหรือองค์กรหนึ่งใช้อำนาจได้เพียงอย่างเดียว ผู้ที่มีหน้าที่ออกกฎหมายก็ต้องทำหน้าที่เฉพาะการออกกฎหมายเท่านั้น จะมาทำหน้าที่บริหารหรือตุลาการอีกไม่ได้ การให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจเฉพาะเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) เหตุผลที่มองเตสกีเออ (Montesquieu) เสนอให้แยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยก็เพราะว่า “เมื่อใดอำนาจนิตบัญญัติและบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียวหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกันอิสรภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะเกิดความหวาดกลัวเนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราชย์ เช่นเดียวกันอิสรภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิตบัญญัติและบริหาร ถ้าหากรวมอยู่กับอำนาจนิตบัญญัติ ชีวิตอิสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการ เพราะตุลาการอาจประพฤติด้วยวิธีการรุนแรงและกดขี่ ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสานถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูงหรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้ง 3 เหล่านี้ คือ อำนาจนิตบัญญัติ อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะและอำนาจพิจารณาคดีของบุคคลตั้งนั้นกล่าวโดยสรุปเพื่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมีความจำเป็นต้องให้มีการแยกองค์กรที่ใช้อำนาจทั้ง 3 คือ อำนาจนิตบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการออกจากกัน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอำนาจฝ่ายบริหารจะแยกการกระทำได้ 2 สถานะ คือ

1. การกระทำในฐานะฝ่ายการเมือง หรือ เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Act Government) เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ
2. การกระทำในฐานะฝ่ายปกครอง หรือ เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” (Administrative Act) อ้างใน เสน่ห์ จามริก (แปล) “ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน” กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522 หน้า 331

¹⁹ เมื่อพิจารณาศึกษาแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยได้มีนักปรัชญาพูดถึงการแบ่งแยกอำนาจมานานแล้ว ไม่ว่าจะเป็นอริสโตเติล (Aristotle) นักปรัชญาการเมืองสมัยกรีกโบราณ และต่อมามีนักปรัชญาการเมืองอีกหลายท่าน เช่น เจมส์ แฮริงตัน (Jame Harrington), จอห์น ลอค (John Locke), ฌอง โบแตง (Jean Bodin), แซมมวลเอล พูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf), ฮิวโก โกรเชียส (Hugo Grotius) เป็นต้น ต่างได้พูดถึงการแยกอำนาจ แต่ในบรรดานักปรัชญาการเมืองทั้งหลายนักปรัชญาการเมืองที่สำคัญที่สุด คือ มองเตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งเป็นนักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้เดินทางไปศึกษาการเมืองไปทั่วยุโรป โดยใช้เวลาศึกษาการเมืองที่อังกฤษนานถึงปีครึ่ง เกิดแรงบันดาลใจให้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญเล่มหนึ่ง คือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” ในบทที่ 6 ของหมวด 11 ซึ่งมองเตสกีเออ (Montesquieu) ได้อธิบายว่าในทุกรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง ดังนี้

1. อำนาจนิตบัญญัติ คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ กล่าวคือ “อำนาจในตรากฎหมาย”
2. อำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน คือ อำนาจในการใช้หรือบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันเรียกว่า “อำนาจบริหาร”

ไม่ได้หมายความว่า เป็นการเอาอำนาจอธิปไตยมาแบ่งออกเป็นส่วนๆ แต่เป็นการแบ่งหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐ (Function of Powers) โดยหน้าที่อย่างหนึ่งมอบให้องค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้หัวใจสำคัญ²⁰ ลักษณะการใช้อำนาจของรัฐที่ปรากฏออกมา (output) ควรแยกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ²¹

3. อำนาจปฏิบัติการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง คือ อำนาจในการวินิจฉัยอรรถคดี ซึ่งเรียกกันต่อมาว่าเป็น “อำนาจตุลาการ” อ้างใน วิษณุ เครืองาม, “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530, หน้า 227-228.

²⁰ M.J.C.Vile, Constitutionnalism and the Separation of Powers 35-36 (1967) อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ธีรวิชาการพิมพ์, 2539, หน้า 38.

²¹ เมื่อพิจารณาถึงคามมุ่งหมายแท้จริงของหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงควรเป็นการกระจายหน้าที่ตามความสามารถเฉพาะด้านและดูแลให้เกิดการคานและดุลกัน (Check and Balance) เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบกล่าวคือ

1. **อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ** ในการจัดทำกฎหมายถ้าเป็นระบบการปกครองแบบรัฐสภา ร่างกฎหมายส่วนใหญ่จะเสนอโดยรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) และรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) จะเป็นผู้พิจารณาต่อไปว่าจะรับหรือไม่ ถ้าเป็นระบบการปกครองแบบประธานาธิบดีการจัดทำกฎหมายเป็นการริเริ่มโดยรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) แต่การประกาศให้บังคับกฎหมายต้องให้ประธานาธิบดีลงนาม ซึ่งประธานาธิบดีอาจใช้สิทธิยับยั้ง ไม่ยอมลงนามให้ใช้เป็นกฎหมาย เว้นแต่รัฐสภาจะยืนยันโดยมติพิเศษจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภา เป็นต้น ดังนั้น จะต้องมีการตรากฎหมายปกครองโดยฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นมามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้กฎหมายปกครอง

2. **อำนาจบริหาร** อำนาจบริหารเป็นอำนาจของรัฐบาลฝ่ายบริหารการใช้อำนาจตามกฎหมาย 2 ลักษณะ คือ

1) การใช้อำนาจบริหารกระทำในฐานะทางการเมืองโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญเป็นหลัก

2) กระทำในฐานะฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจกฎหมายปกครองเป็นหลัก

ซึ่งจะกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้ง 2 ดังกล่าวจะกระทำเกินขอบเขตของกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้ ดังนั้นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจจึงจะกระทำได้และต้องกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายให้อำนาจนั้นโดยต้องไม่เป็นการกระทำกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นกฎหมายปกครองจึงเป็นกฎหมายที่วางหลักอยู่บนพื้นฐานภายใต้หลักนิติรัฐที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการใดๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำอยู่บนหลักสมควรแก่เหตุ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาค

แต่อย่างไรก็ตามหลักนิติรัฐที่เป็นปรัชญาเบื้องหลังของกฎหมาย²²กับการใช้อำนาจปกครองรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นไว้

2.2.3 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจะกระทำโดยอำเภอใจและมีขอบด้วยกฎหมายต่อประชาชนมิได้ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบ

3. **อำนาจตุลาการ** อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่ทุกคนเห็นตรงกันว่าต้องใช้โดยบุคคลที่มีความเป็นกลางและต้องมีความเป็นอิสระเพื่อค้ำประกันความเป็นกลางนั้นด้วย อำนาจวินิจฉัยคดีมอบหมายให้ศาล (ฝ่ายตุลาการ) เป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาท ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จีริชการพิมพ์, 2539, หน้า 339-342.

ดังนั้นอำนาจตุลาการมีอาจควบคุมการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองมิให้กระทำทางปกครองเกินขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจหรือภายในขอบเขตของกฎหมายแต่ก็ทำให้ประชาชนเดือดร้อนเสียหายจากการกระทำทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นเป็นการยากที่จะแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกันอย่างเด็ดขาด การจะพิจารณาว่าการกระทำขององค์กร 1 ใน 3 นี้ องค์กรใดขัดหรือฝ่าฝืนต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หรือไม่เพียงใด จึงพิจารณาเพียงว่าการกระทำนั้นๆ จะต้องไม่กระทบแก่นของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1. ดูจากเจตนาว่าการกระทำนั้นๆ ว่าจะต้องไม่มีเจตนาร้ายที่จะขัดขวางการใช้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง
2. ดูจากผลของการกระทำนั้นๆ ว่าจะต้องไม่ส่งผลกระทบถึงขนาดที่ทำให้อำนาจอื่นไม่สามารถดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้
3. ดูจากปริมาณของกรณีที่ถูกกระทบว่าจะต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจอื่นหลายครั้ง หากเป็นกรณีครั้งสองครั้งและไม่เข้าข่าย ข้อ (1) และ (2) ก็อาจพออนุโลม อ้างใน สิทธิกร ศักดิ์แสง, “ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่ในระบอบกฎหมายไทย”, วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 83 พฤษภาคม, 2550, หน้า 52.

²² องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ

1. “**ฝ่ายการเมือง**” คือ คณะรัฐมนตรี (นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี) ซึ่งใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดนโยบายที่เรียกว่า “**การกระทำทางรัฐบาล**” และการกำกับดูแลการนำนโยบายสู่การปฏิบัติโดย “**ฝ่ายประจำ**” ในการบริการสาธารณะทางปกครอง
2. “**ฝ่ายประจำ**” คือ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ บังคับใช้กฎหมายและนำนโยบายของ “**ฝ่ายการเมือง**” ไปสู่การปฏิบัติขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ

กฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นจึงมีหลักการที่สำคัญ คือ หลักการควบคุมไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หลักการควบคุมไม่ให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำขัดต่อกฎหมาย

แนวคิดหลักนิติรัฐดังกล่าวนี้จะเป็นแนวคิดที่กล่าวถึงหลักการใช้อำนาจของรัฐได้นั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจถึงกระทำได้ และต้องกระทำภายใต้ขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ โดยมีองค์กรตุลาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

3. หลักการปกครองตามแนวคิดแบบรัฐตำรวจ

ในรัฐที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐนั้น รัฐต้องใช้อำนาจปกครองภายใต้กรอบของกฎหมาย²³ เท่านั้น จะใช้อำนาจกระทำตามอำเภอใจมิได้ ในทางตรงกันข้าม การใช้อำนาจตามอำเภอใจจะเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกลายเป็นการปกครองแบบ “รัฐตำรวจ” (Police State) ขึ้นมาทันที

เมื่อพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจรัฐ คือการที่จะให้รัฐมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายมอบอำนาจรัฐถึงจะกระทำได้จะใช้อำนาจกระทำตามอำเภอใจไม่ได้ เพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจจะเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกลายเป็นการกระทำแบบ “รัฐตำรวจ” ไม่ใช่เป็นการปกครองแบบนิติรัฐขึ้นมาทันที กล่าวคือ “รัฐตำรวจ”

²³ กฎหมาย ในที่นี้หมายรวมไปถึง 1) รัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์อื่นที่ได้รับการรับรองว่าอยู่ในสถานะลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติบางฉบับ เป็นต้น 2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ 3) พระราชบัญญัติ รวมไปถึงประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะเป็นกฎหมาย 4) พระราชกำหนด 5) กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารประเภทต่างๆ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎและประกาศขององค์กรและหน่วยงานอื่นในฝ่ายปกครอง ระเบียบข้อบังคับ และข้อกำหนดทั้งหลายที่ตราขึ้นจากหน่วยงานอิสระของรัฐ กฎที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นกฎ เป็นต้น 6) ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะเป็น “กฎ” โปรดดูรายละเอียดใน สิทธิกร ศักดิ์แสง, “สถานะทางกฎหมาย ของประกาศคณะปฏิวัติ” วารสารกระบวนกฤษฎีธรรม เล่มที่ 1 ปีที่ 2 มกราคม – มีนาคม 2552, หน้า 63-80.

เป็นรัฐที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระและด้วยความริเริ่มของตนเอง เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยสรุปแล้ว รัฐตำรวจตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า “เป้าหมาย” (Ends) สำคัญกว่า “วิธีการ” (Means) เสมอ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ ดังนั้นในรัฐตำรวจประชาชนจึงเสี่ยงภัยกับ “การกระทำตามอำเภอใจ” (Arbitrary) ของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่อาจคาดหมายผลของการกระทำของตนได้²⁴ ซึ่งหมายความว่าหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมไม่ได้รับความเคารพจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว

4. การเกิดของประกาศของคณะปฏิวัติ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงการเกิดของประกาศคณะปฏิวัติ (Announcement of the Revolutionary Council) จะพบว่า มีแหล่งที่มากฎหมายลายลักษณ์อักษร มีอยู่ 3 ลักษณะใหญ่ๆ คือ ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศ ประกาศคณะปฏิวัติระดับกฎหมายบัญญัติ และประกาศของคณะปฏิวัติระดับกฎหมายลำดับรอง ดังนี้

4.1 ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศ

ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศ ถือเป็นที่มาของกฎหมายที่มีสถานะกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กรณีที่ไม่ปกติ ก็คือในกรณีที่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหารขึ้นคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารก็จะออกประกาศคณะปฏิวัติขึ้นมาปกครองประเทศในฐานะรัฐอธิปไตย (Sovereignty) เช่น ในกรณีการรัฐประหารของประเทศไทยเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับต่างๆ (ประกาศคณะรักษาความสงบ

²⁴ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.250 กฎหมายมหาชนเบื้องต้น เรื่อง “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน” หัวข้อ 1. ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย 2. นิติรัฐ ชุด I” ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กันยายน 2547, หน้า 17-18

เรียบบร้อยแห่งชาติ (คสช.) ใช้บังคับปกครองประเทศในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศกรณีที่ไม่มีปกติ จนถึงวันที่ 22 กรกฎาคม 2557 ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ดังนั้นในช่วงระยะเวลา 22 พฤษภาคม 2557–22 กรกฎาคม 1557 ถือได้ว่าประกาศคณะปฏิวัติ (ประกาศ คสช.) เป็นที่มาของกฎหมายที่มีสถานะกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศกรณีไม่มีปกติ เป็นต้น และการกระทำดังกล่าว คือ ประกาศคณะปฏิวัติรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4.2 ประกาศคณะปฏิวัติระดับกฎหมายบัญญัติ

ประกาศคณะปฏิวัติระดับกฎหมายบัญญัติ เป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราออกมาโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารที่ยึดอำนาจการปกครองหรือใช้อำนาจทางนิติบัญญัติออกประกาศคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 115/2557 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น

4.3 ประกาศคณะปฏิวัติระดับกฎหมายลำดับรอง

ประกาศคณะปฏิวัติระดับกฎหมายบัญญัติ เป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร มีค่าบังคับเท่ากฎหมายลำดับรอง ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดย “คณะปฏิวัติ” บางฉบับ ที่มีฐานะบังคับเป็น “กฎ” (Rule) เช่น ประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 33 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 มีผลบังคับใช้เป็นระเบียบกระทรวง เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือกและเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย พ.ศ. 2536²⁵

²⁵ มุลินธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 54

5. วิเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติ

ประกาศของคณะปฏิวัติ (Announcement of the Revolutionary Council) ที่มีคำสั่งจับเท่าพระราชบัญญัติ ที่ตราออกมาโดยคณะปฏิวัติหรือ คณะรัฐประหารที่ยึดอำนาจการปกครองหรือใช้อำนาจทางนิติบัญญัติออก ประกาศคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ของบ้านเมืองถือว่าอยู่ในกลุ่มกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบัญญัติด้วย แต่ก็ยังมีความขัดแย้งในทางวิชาการเป็นอย่างมากในสังคมปัจจุบันของประเทศไทยว่า **“ประกาศคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่”** ซึ่งยังมีความเห็นอยู่ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่ 1 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เพราะได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญรับรองว่า เป็น **“กฎหมาย”** และมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. คำพิพากษาศาลฎีกา

เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษารับรองว่า ประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154/2495 “...การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลใหม่โดยใช้กำลังนั้นในตอนต้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกว่าประชาชนจะได้ออมรับนับถือแล้วเมื่อเป็นรัฐที่ถูกต้องตามความเป็นจริง คือ ความหมายว่าประชาชนได้ออมรับนับถือแล้ว ผู้ก่อการกบฏล้มล้างรัฐบาลดังกล่าวก็ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 102...” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 “...ข้อเท็จจริงได้ความว่าใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)

พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์...” คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/ 2502 “...ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อ พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยความแนะนำหรือความยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสถาบันนิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ดั่งนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 ฉะนั้นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (บุคคลอันธพาล) ซึ่งเป็นประกาศคำสั่งของหัวหน้าปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองนั้นด้วย...”

2. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญรับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เช่น

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ในประเด็นต้องวินิจฉัยข้อ 12 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ใช้บังคับกับการยุบพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ย้อนหลังได้ เพราะถือว่าประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมาย

3. บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ได้รับรองประกาศของคณะปฏิวัติไว้ในมาตรา 29 บัญญัติไว้ดังนี้

“บรรดาการกระทำประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือการกระทำประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่ได้กระทำประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้รัฐธรรมนูญนี้ทั้งนี้ที่เกี่ยวกับการ

ปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใดหรือเป็นรูปใด และไม่ว่าจะกระทำประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการให้ถือว่าการกระทำประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นเป็นการกระทำประกาศหรือชอบด้วยกฎหมาย” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 36 บัญญัติไว้ดังนี้ “บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับทางนิติบัญญัติในทางบริหารหรือในทางตุลาการให้มีผลใช้บังคับต่อและให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไว้ ดังนี้

“มาตรา 45 บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติรวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทาง

รัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่าจะกระทำในฐานะตัวการผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

แนวทางที่ 2 ประกาศของคณะปฏิวัติไม่ถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย

แนวทางที่ 2 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่ถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย เพราะไม่มีที่มาจากองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายที่ได้รับความยินยอมจากประชาชนตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการนำแนวความคิดแบบปฏิญญานิยมทางกฎหมายมาตัดสินความในเรื่องของประกาศของปฏิวัติถือเป็นกฎหมาย ว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่าใดนัก เป็นการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย วรเจตน์ภาศิริรัตน์ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล ธีระ สุธีวรานุกร สาวิตรี สุขศรี ปิยบุตร แสงกนกกุล ปูนเทพ ศิรินุพงษ์ ได้มีคำแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ในวันครบรอบ 1 ปี การก่อตั้งนิติราษฎร์ เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2554 ณ ท่าพระจันทร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในประเด็นที่ 1 ว่า “การลบล้างผลพวงรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทำลายหลักนิติรัฐ – ประชาธิปไตย และยังเป็นต้นเหตุของปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน คือ ประกาศให้คณะรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 และการกระทำใดที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2549 เสียเปล่าและถือว่าไม่เคย

เกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 มาตรา 37 เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย ซึ่งจากคำแถลงการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นการไม่ยอมรับประกาศคณะปฏิวัติเป็น “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” ไม่ถือเป็นกฎหมายในระดับใดทั้งสิ้นและถือเป็นการกระทำที่เป็นโมฆะ

6. วิเคราะห์ปัญหาการแก้ไขหรือการยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงประกาศของคณะปฏิวัติ จะพบว่าสถานะทางกฎหมายประกาศใช้ในเวลาที่ไม่ปกติ คือ ในเวลาที่ไม่มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับ เนื่องมาจากการปฏิวัติหรือการรัฐประหารยึดอำนาจปกครอง ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับได้มีการบัญญัติรับรองประกาศของคณะปฏิวัตินั้นชอบด้วยกฎหมาย และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 279 ได้กำหนดการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่ง ดังนี้

ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเป็นพระราชบัญญัติให้ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ

ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารให้ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี

แต่เมื่อพิจารณาศึกษาถึงประกาศของคณะปฏิวัติที่ใช้บังคับ มีอยู่หลายสถานะหรือหลายลำดับชั้น บางฉบับมีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ บางฉบับมีสถานะเทียบเท่ากฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ บางฉบับมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง นั้นมีกระบวนการวิधिकหรือแก้ไขเพิ่มประกาศของคณะปฏิวัติด้วยกฎหมายระดับใด ประเด็นปัญหาที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว คือ ประกาศของคณะปฏิวัติที่มีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ จะใช้กระบวนการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกระทำโดยการตราพระราชบัญญัติ คือ กฎหมายที่ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สูงกว่านั้นเหมาะสมหรือไม่ เป็นการทำลายลำดับชั้นทางกฎหมายหรือไม่ ยังเป็นข้อถกเถียงกันในวงวิชาการต่อไป

เอกสารอ้างอิง

- โกเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร ศักดิ์แสง. (2549). “การศึกษาแนวใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2556). “นิติปรัชญา” พิมพ์ครั้งที่ 16 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- จิรศักดิ์ รอดจันท์. (2549). “กฎหมายภาษี : วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีข้อเสียตามระบบกฎหมายของไทยและระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ” จุลสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ปีที่ 2/2549.
- จุลกิจ รัตนมาศทิพย์. (2553). “ฎีกามหาชน : วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมาย และความยุติธรรมในประเทศไทย เล่ม 4 ภาค 3 นิติวีธี” กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ล้านคำ.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์. (2536). “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง, สิงหาคม.
- เดโช สวานานนท์. (2545). “พจนานุกรมศัพท์การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วมของพลเมืองในระบอบประชาธิปไตย” กรุงเทพฯ: หน้าต่างสู่โลกกว้าง.
- นรนิติ เศรษฐบุตร, บรรณาธิการ. (2547). “สารานุกรมการเมืองไทย” กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพาณิชย์. (2547). “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์ (2531). “นิติปรัชญา” พิมพ์ครั้งที่ 2 พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปัญญา อุชาชน. (2554). “องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย” วารสารกระบวนการยุติธรรม เล่มที่ 1 ปีที่ 4 มกราคม – มีนาคม.

- พรเลิศ สุทธิรักษ์และสิทธิกร ศักดิ์แสง. (2552). “การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน : กรณีศึกษาเปรียบเทียบการเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับ 2550”. รายงานวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัยตาปี.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. (2531). “เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน” หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 10 นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง. (2551). “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ” กรุงเทพฯ: มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง.
- วิชญ์ เครื่องาม. (2530). “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.
- วิชญ์ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, เจตน์ สภาวรศีลพร. (2551). “ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป” กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สมยศ เชื้อไทย. (2545). “คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งทั่วไปหลักทั่วไป : ความรู้กฎหมายทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน
- สมยศ เชื้อไทย. (2554). “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” เอกสารประกอบการบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2550). “ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่ในระบบกฎหมายของไทย” วารสารข่าว กฎหมายใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 83 พฤษภาคม.
- สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2549). “ปัญหาผู้ตีความตามรัฐธรรมนูญ กรณีพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่ วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73 กรกฎาคม.

สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2559). “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เพื่อการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ในอนาคต” วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ ๘ เล่มที่ 2 พฤษภาคม – สิงหาคม.

อุทัย ศุภนิത്യ. (2525). “ประมวลศัพท์ในกฎหมายไทยในอดีตและปัจจุบัน เรียงตามตัวอักษร” พระนคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก.