



พัฒนาการและแนวคิดว่าด้วยรัฐ อำนาจอรัฐและนิติรัฐ

2.1 พัฒนาการการและแนวคิดว่าด้วยรัฐและอำนาจอรัฐ

การกล่าวถึงพัฒนาการความเป็นมาของรัฐมีความสำคัญยิ่งเพราะเหตุที่ว่า รัฐเป็นต้นกำเนิดของสังคมรัฐที่เกิดจากการรวมตัวของสังคมนมนุษย์ การใช้อำนาจอรัฐในการปกครองสังคมรัฐมีขึ้นเพื่อให้ทุกคนที่อยู่ภายใต้รัฐนั้นอยู่อย่างมีความสุขภายใต้กฎเกณฑ์ กฎหมายที่รัฐได้สร้างขึ้นอันนำไปสู่รูปแบบนิติรัฐ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ทุกคนที่อยู่ภายใต้รัฐต้องเคารพต่อกฎหมายและกฎเกณฑ์ของรัฐ

2.1.1 พัฒนาการของสังคมนมนุษย์

มนุษย์ถือเป็นสัตว์สังคมประเภทหนึ่งกล่าวคือมนุษย์นั้นไม่สามารถที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยตัวคนเดียวดังนั้นมนุษย์จึงต้องอาศัยการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมซึ่งการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์นั้นก่อให้เกิดการรวมตัวกันเป็นชุมชนต่างๆหลายรูปแบบซึ่งชุมชนเหล่านั้นต่างก็มีพัฒนาการที่ต่อเนื่องกันมาจนกลายมาเป็นรัฐในปัจจุบัน ดังนั้นในการศึกษาถึงเรื่องรัฐจึงเป็นไปได้ที่จะละเลยไม่กล่าวถึงพัฒนาการของสังคมนมนุษย์ในยุคต่างๆที่มีการพัฒนาจนกลายมาเป็นรัฐในที่สุด

การศึกษาสังคมนมนุษย์ในมุมมองของนักสังคมวิทยาและนักประวัติศาสตร์ โดยศึกษาถึงความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจในสังคมที่ก่อให้เกิดระบบการเมืองการปกครองที่แตกต่างกันในแต่ละสังคมซึ่งสามารถจำแนกเป็นยุคต่างๆได้ทั้งสิ้น5ยุคดังนี้

1. สังคมนมนุษย์ซึ่งอยู่กับการล่าสัตว์
2. สังคมเลี้ยงสัตว์และสังคมเก็บเกี่ยว
3. สังคมศักดินาก่อนกำเนิดรัฐดินแดน
4. สังคมชายฝั่ง
5. สังคมรัฐธรรมนูญ

1. สังคมนมนุษย์ซึ่งอยู่กับการล่าสัตว์ และการเก็บเกี่ยว ในสังคมแบบนี้ มนุษย์ยังป่าเถื่อนอยู่มาก อาศัยธรรมชาติ ไม่รู้จักการทำมาหากินด้วยการเกษตร เป็นสังคมที่มีการเคลื่อนย้ายอยู่เสมอ ลักษณะการปกครองแบบใช้อำนาจเหนือกว่าจึงมีน้อยมาก เพราะทุกคนในสังคมสามารถ

ทำมาหากินได้เท่าๆกัน ไม่มีการสั่งสมผลผลิต ความจำเป็นในการปล้นสะดมก็ถึงที่เหลือใช้ของผู้อื่น จึงไม่เกิด การรุกรานจากภายนอกมีน้อย

2. สังคมเลี้ยงสัตว์และสังคมเก็บเกี่ยว พัฒนาการของสังคมเลี้ยงสัตว์ คือ มีความต้องการสั่งสมสัตว์มากขึ้น เกิดแนวคิดเรื่อง กองทัพ ทาส เพื่อปล้นสะดมจากสังคมอื่น และเพื่อเพิ่มผลผลิตทางเศรษฐกิจให้แก่สังคมตนเอง สังคมเลี้ยงสัตว์นั้นมีความแข็งแกร่งกว่าสังคมเพาะปลูก พัฒนาการของสังคมเพาะปลูกในยุคนี้มีน้อยกว่าสังคมเลี้ยงสัตว์ เพราะสังคมเพาะปลูกนั้นต้องอยู่ติดที่ ไม่สามารถเคลื่อนย้ายไปเรื่อยๆเหมือนสังคมเลี้ยงสัตว์ได้ สังคมเพาะปลูกจึงยอมเสียส่วยอากรแก่สังคมเลี้ยงสัตว์เพื่อรักษาดินแดน การผลิตของสังคมเพาะปลูกจึงไม่ใช้เพื่อพอกินอย่างเดียว แต่เพื่อการส่งส่วยด้วย ณ จุดนี้ ระบบการปกครองจึงเกิดขึ้น ระหว่างสังคมเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าสังคมเพาะปลูก มีการควบคุมส่วนเกินทางผลผลิตของสังคมเพาะปลูกเป็นของตน และมีหน้าที่ป้องกันและคุ้มครองสังคมเพาะปลูก จึงเรียกสังคมเลี้ยงสัตว์ว่า “ผู้ปกครอง” ส่วนสังคมเพาะปลูกนั้นต้องการทำการส่งส่วยอากร (ซึ่งเป็นต้นกำเนิดเรื่องภาษีในปัจจุบัน) ให้แก่สังคมเลี้ยงสัตว์ เพื่อแลกกับความสงบสุขในสังคมและการได้รับการคุ้มครองจึงเรียกสังคมเพาะปลูกว่า “ผู้อยู่ได้ปกครอง” ในยุคนี้มีการจัดระเบียบสังคม เกิดเป็นจารีตประเพณี และพัฒนาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้เอกสิทธิ์และอำนาจแก่ผู้ปกครอง

สรุปพัฒนาการของสังคมมนุษย์ในยุคแรกๆนี้ คือในช่วงที่สังคมมนุษย์มีความป่าเถื่อนมากนั้น ยังไม่มีระบบการปกครองเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์ เพราะทุกคนในสังคมสามารถทำมาหากินได้เท่า ๆ กัน ไม่เกิดช่องว่างระหว่างสังคม ทำให้การใช้อำนาจการปกครองในลักษณะมีอำนาจเหนือกว่าเกิดขึ้นน้อยมาก ต่อมาพัฒนาการของสังคมมนุษย์ซับซ้อนมากขึ้นเรื่อยๆ เกิดช่องว่างระหว่างสังคม โดยสังเกตได้จากสังคมเลี้ยงสัตว์มีความแข็งแกร่งกว่า ทำให้สังคมเพาะปลูกต้องยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของสังคมเลี้ยงสัตว์ เพื่อแลกกับความมั่นคงและความปลอดภัย สังคมเลี้ยงสัตว์จะเข้ามาดูแลสังคมเพาะปลูกไม่ให้ผู้ใดมารุกราน และสังคมเลี้ยงสัตว์ยังได้ประโยชน์จากการเก็บผลผลิตของสังคมเพาะปลูกมาเป็นของตน มีการเก็บส่วย ลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า เกิดระบบการปกครองขึ้นแล้วในสังคมมนุษย์ โดยมีสังคมเลี้ยงสัตว์เป็นผู้ปกครอง เนื่องจากมีอำนาจการปกครองเหนือกว่าสังคมเพาะปลูก

3. สังคมศักดินาก่อนกำเนิดรัฐดินแดน เป็นยุคที่มีการแบ่งดินแดนให้ปกครองโดยมีผู้ปกครองเป็นนักรบกลุ่มๆ กล่าวได้ว่า สังคมศักดินาโดยแท้ได้กำเนิดขึ้นในช่วงยุคกลาง (Middle Age) ในยุคนี้ ความแตกต่างทางชนชั้นผู้ปกครองและผู้อยู่ได้ปกครองมี มากขึ้น ทำให้การปกครองในยุคนี้มีความซับซ้อนมากกว่ายุคที่แล้ว ผู้ปกครองต้องแสวงหาความ ชอบธรรมต่างๆมา

ประกอบการปกครอง ในสังคมแบบนี้ เกิด “เมือง” ขึ้น¹ เกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นชุมชน เกิดการพึ่งพากัน ตัวอย่างเช่น นครรัฐกรีก อังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 15 สังเกตได้ว่าในสังคมยุคนี้เกิดชุมชนแบบ “เมือง” ขึ้นเท่านั้น คำว่าเมืองในที่นี้มีความหมายเป็นเพียง (city state) นครรัฐเท่านั้น ซึ่งการปกครองแบบนครรัฐ อย่างที่เห็นจากนครรัฐกรีกนั้น ถือว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับ รัฐสมัยใหม่มาก เหตุผลที่สนับสนุนคำกล่าวนี้คือ นครรัฐนั้นมีพลเมืองซึ่งไม่มากไม่น้อยจนเกินไปอยู่ในเขตดินแดนการปกครองที่แน่นอน และมีโครงสร้างทางการเมืองที่แน่นอน คือ มีผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองสังคมนั้นๆ แต่ในยุคนี้ก็ยังไม่ได้เกิดรัฐ ในความหมายของรัฐสมัยใหม่เกิดขึ้น เพราะอำนาจการปกครองยังคงยึดติดกับตัวบุคคล(ผู้ปกครอง)ไม่มีการแยกอำนาจการปกครองไปให้แก่สถาบันซึ่งเป็นนามธรรมแต่อย่างใด

การพึ่งพากันก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอำนาจการเมืองทั้งภายในและภายนอกดินแดน เกิดสงครามระหว่างผู้ปกครองเพื่อแย่งอำนาจและขยายอำนาจของคน เมื่ออำนาจของผู้ปกครองเพิ่มขึ้น อำนาจของครอบครัวก็ลดลง อำนาจของเผ่าก็หมดไป² ระบบการปกครองที่เกิดขึ้นเป็นแบบรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่ผู้ปกครองคนเดียว ไม่ใช่กลุ่มอีกต่อไป เห็นได้ว่าการปกครองในช่วงนี้มีพัฒนาการที่อำนาจการปกครองทั้งหมดได้เปลี่ยนแปลงมาอยู่ที่ผู้มีอำนาจเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่ยังไม่เกิดรัฐ ตามความหมายของรัฐสมัยใหม่แต่อย่างใด เพราะอำนาจการปกครองยังคงยึดติดอยู่กับ บุคคลอยู่ เพียงแต่เปลี่ยนจากการยึดติดที่กลุ่มบุคคล กลายเป็นการยึดติดกับบุคคลเพียงคนเดียว

สิ่งสำคัญที่เกิดในยุคนี้ นอกจากระบอบการปกครองแล้ว ยังเกิดกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วย เพราะความซับซ้อนทางเศรษฐกิจ และสังคมมีมากขึ้น จนกฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถบังคับใช้ได้เพียงพอ อธิบายได้ว่าในยุคนี้ให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาก และความสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีได้ถูกลดความสำคัญลง ทั้งที่จริงแล้วในอดีตกฎหมายจารีตประเพณีมีความสำคัญ เพราะถือเป็นกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมได้สร้างเป็นแนวทางปฏิบัติต่อกันมา หากผู้ใดละเมิดกฎเกณฑ์นี้ก็ต้องถูกลงโทษ เนื่องจากกฎเกณฑ์นี้มีสภาพบังคับ หลักกฎหมายจารีตประเพณีนี้ได้ถูกนำมาใช้บังคับในเผ่าต่างๆตามหลักสายโลหิตและพัฒนาเปลี่ยนไปใช้เป็นหลักดินแดนในภายหลัง เหตุผลที่สนับสนุนให้กฎหมายจารีตประเพณีถูกลดความสำคัญลง และมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแทนที่ ก็คือ ระบบการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง โดยเฉพาะการปกครองแบบกษัตริย์ สัญลักษณ์ที่แสดงว่ากษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจในการปกครองแต่เพียงผู้เดียว คือ การตรากฎหมาย โดยตราเป็นลายลักษณ์อักษรมากขึ้นเรื่อยๆ เพื่อ

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 8 เอกสาร ม.ป.ท.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 8 เอกสาร ม.ป.ท.

นำมาใช้แทนกฎหมายจารีตประเพณี เมื่อมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีสถานะที่สำคัญมากกว่ากฎหมายอื่นๆ ซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีด้วย

4. สังคมชายฝั่ง หรือ เมืองท่า ก็ได้รับการพัฒนามากขึ้น เพราะมีความสงบ มีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ไม่ต้องทำสงครามเหมือนกับสังคมศักดินาที่อยู่ติดที่ติดดิน การจัดระเบียบสังคมของเมืองท่ามีลักษณะค่อนข้าง “ประชาธิปไตย” โดยอาศัยความเท่าเทียมกันของพ่อค้า มีการใช้กฎหมายที่เกิดจากการตกลงร่วมกันของพ่อค้า ผลที่ตามมา คือ ผู้ปกครองเจ้าเมืองท่าต้องยอมรับอิสระในการปกครองเมืองท่าโดยพ่อค้าเอง เมืองท่ากลายเป็นเมืองที่มีอิสระชน ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อสังคมยุคต่อมา

5. สังคมรัฐธรรมนูญ ผู้อยู่ได้ปกครองเริ่มตั้งสมความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ผู้อยู่ได้ปกครองเปลี่ยนสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิ เกิดระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม มีการจัดระเบียบสังคมที่ซับซ้อน เกิดรัฐสมัยใหม่ขึ้น เกิดแนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ มีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคล ไปให้แก่สถาบันรัฐ ซึ่งจะกล่าวต่อไปภายหลัง กล่าวคือ มีระบบการปกครองโดยคนข้างมากและมีการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งเราเรียกระบบการปกครองแบบนี้ว่าระบบประชาธิปไตย

สรุปพัฒนาการของสังคมมนุษย์ในมุมมองของนักสังคมวิทยาและนักประวัติศาสตร์ แบ่งการมองความหมายของรัฐออกเป็น 2 กรณี

(1) มองว่า รัฐและการปกครอง ตลอดจนกฎหมายเป็นเครื่องมือทางชนชั้นที่เลวร้าย⁴ มีขึ้นเพื่อให้ชนชั้นปกครองเอาเปรียบและแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากชนชั้นผู้อยู่ได้ปกครอง สะท้อนจากแนวคิดของคาร์ล มาร์กซ

(2) มองว่ารัฐและการปกครองเป็นสิ่งที่ดี มีเพื่อจัดระเบียบสังคมประสานประโยชน์บุคคล ให้หลักประกันเสรีภาพแก่บุคคล ซึ่งสะท้อนจากแนวคิดของ เฮเกล

2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยก่อกำเนิดรัฐ

ในขอบเขตแห่งการกำเนิดเกิดรัฐนั้นมีการอธิบายการกำเนิดรัฐอยู่หลายทฤษฎีด้วยกันไม่ว่าจะเป็นการอธิบายด้วยทฤษฎีสัญญาประชาคม ทฤษฎีว่าด้วยความขัดแย้งและทฤษฎีว่าด้วยการแยกอำนาจจากตัวบุคคลไปให้แก่สถาบันหรือทฤษฎีการจัดตั้งสถาบัน ดังจะขอกกล่าวดังต่อไปนี้

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 11 เอกสาร ม.ป.ท.

⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 12 เอกสาร ม.ป.ท.

2.1.2.1 รัฐเกิดจากพันธสัญญาประชาคม

ทฤษฎีนี้ชี้ให้เห็นว่ารัฐนั้นมีต้นกำเนิดมาจากพันธสัญญาประชาคมซึ่งมีนักคิดหลายคนได้เสนอทฤษฎีนี้ไว้ไม่ว่าจะเป็น โทมัส ฮอปส์ จอห์น ล็อก และ รุสโซ ซึ่งทั้งสามท่านที่เอ่ยนามนี้ล้วนแต่ตั้งข้อสันนิษฐานว่ารัฐมีกำเนิดมาจากพันธสัญญาประชาคม หากแต่การ ได้มาซึ่งสัญญาประชาคมตามแนวคิดของทั้งสามท่านนั้นมีที่มาจากต่างกัน ดังนั้นรัฐแม้จะเกิดจากพันธสัญญาประชาคมเหมือนกันแต่ก็มีที่มาที่แตกต่างกันไปในแต่ละทฤษฎี

2.1.2.1.1 โทมัส ฮอปส์ (1588-1679)

โทมัส ฮอปส์ มองว่าโดยธรรมชาติของมนุษย์นั้นมนุษย์จะมีความต้องการหลักๆอยู่สามประการคือ การแข่งขันกันเพราะอยากมีอยากได้หรือไม่อยากมีไม่อยากได้ ความกลัวและความอยากมีอำนาจอยากเป็นใหญ่ซึ่งสภาพเหล่านี้ทำให้มีแต่การแย่งชิงซึ่งกันและกันนอกจากนั้นยังทำให้สังคมมีแต่ความวุ่นวายไร้ระเบียบนั้นเป็นเพราะแต่ละคนต่างใช้เสรีภาพที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดของตัวเองอย่างเต็มที่ซึ่งจะทำให้คนที่มีความสามารถมากกว่าสามารถที่จะตั้งการอย่างไรก็ได้

อย่างไรก็ตาม แม้มนุษย์ในสภาวะตามธรรมชาติเป็นสภาวะสงครามซึ่งเป็นสิ่งที่โหดร้ายแต่มนุษย์ก็ยังเป็นสัตว์ที่มีเหตุผลอยู่เพราะจุดมุ่งหมายของมนุษย์คือการสงวนรักษาชีวิตจึงทำให้มนุษย์เกิดความกลัวขึ้นคือความกลัวตาย ความกลัวตายนี้เองทำให้มนุษย์ต้องละทิ้งสภาพธรรมชาติของตัวเองไปมนุษย์แล้วมนุษย์จึงได้ทำสัญญาระหว่างกันขึ้นเพื่ออยู่เป็นสังคมการเมืองร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลุดพ้นจากสภาวะธรรมชาติและสามารถอยู่รอดได้อย่างปลอดภัย

สังคมนการเมืองที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่มนุษย์ได้ตกลงกันไว้ นั้น ฮอปส์เห็นว่าอาจเกิดการละเมิดสัญญาได้เพราะ โดยพื้นฐานของมนุษย์นี้เป็นคนที่เห็นแก่ตัวอีกทั้งพันธะของคำพูดนั้นอ่อนแอเกินกว่าที่จะควบคุมความทะเยอทะยานของมนุษย์ได้จึงจำเป็นที่จะต้องมีการอำนาจ อำนาจหนึ่งที่มีลักษณะเด็ดขาดและเป็นอำนาจสูงสุด โดยเกิดขึ้นมาจากมนุษย์แต่ละคนยินยอมสละสิทธิตามธรรมชาติที่ตนมีอยู่ โดยการมอบให้แก่รัฐาธิปัตย์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง มนุษย์จึงมีหน้าที่รักษาสัญญาสังคมนี้และเคารพรัฐาธิปัตย์ ฉะนั้นรัฐาธิปัตย์ที่เกิดขึ้นจากสัญญานี้จึงเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสูงสุดเพื่อให้สามารถรักษาความสงบของสังคมได้ อำนาจนั้นไม่มีข้อจำกัดทั้งในทางกฎหมายและทางศีลธรรม⁵

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า34.

สัญญาประชาคมในแบบของฮอปส์นั้นเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเองระหว่างประชาชนด้วยกัน โดยประชาชนแต่ละคนยินยอมที่จะสละอำนาจและสิทธิตามธรรมชาติอันเด็ดขาดที่แต่ละคนมีอยู่เหนือทุกสิ่งทุกอย่างไปให้แก่รัฐาธิปัตย์ในฐานะของผู้ปกครองเพื่อให้เกิดเป็นเจตจำนงของคนทั้งหมด หากแต่ว่าการตกลงกันของแต่ละบุคคลนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดพันธะกับผู้ปกครอง ผู้ปกครองเป็นเพียงแก่ผู้รับมอบอำนาจและใช้อำนาจนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหากประชาชนไม่พอใจการกระทำของรัฐาธิปัตย์ ย่อมไม่สามารถโต้แย้งหรือทวงคืนอำนาจจากรัฐาธิปัตย์ได้เนื่องจากไม่มีพันธะระหว่างประชาชนกับรัฐาธิปัตย์ รัฐาธิปัตย์ย่อมไม่ผูกพันตามพันธะในสัญญาดังกล่าว ฉะนั้นรัฐาธิปัตย์มีหน้าที่ที่จะต้องสนองตอบเจตจำนงหมายของการที่รัฐได้ถูกจัดตั้งขึ้น นั่นคือให้การคุ้มครอง ความปลอดภัยแก่ประชาชน

อำนาจสูงสุดในรัฐหรือเรียกว่าอำนาจอธิปไตยนั้น ต้องเป็นอำนาจสูงสุดในรัฐ เด็ดขาดและแบ่งแยกไม่ได้ แสดงออกโดยการ ออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมาย กฎหมายที่ออกมาโดยรัฐาธิปัตย์ของฮอปส์นั้นจะยุติธรรมเสมอซึ่งอาจจะขัดต่อกฎหมายธรรมชาติก็ได้

หากรัฐาธิปัตย์ใช้อำนาจโดยปราศจากความยุติธรรมแล้วและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนจนเรียกว่าทรราชย์ ประชาชนก็ไม่สามารถเพิกถอนสัญญาที่ตนได้มอบอำนาจไปได้ เพราะถือว่าประชาชนเป็นผู้มอบอำนาจให้รัฐาธิปัตย์ด้วยตนเองจึงต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้ทำลงไป

ตามแนวคิดของฮอปส์เช่นนี้ก่อให้เกิดการปกครองในรูปแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างสมบูรณ์เพราะส่งเสริมให้มีการใช้อำนาจโดยบุคคลเพียงคนเดียวโดยไม่อาจถดถอยได้แม้การใช้อำนาจนั้นจะทำให้ผู้ปกครองเป็นทรราชย์ก็ตาม

โดยที่รัฐาธิปัตย์ของฮอปส์จะมีสิทธิและอำนาจดังต่อไปนี้⁶

1. ราษฎรจะเปลี่ยนรูปแบบการปกครอง ที่เกิดจากสัญญาประชาคมดังกล่าว เป็น แบบอื่นไม่ได้

2. รัฐาธิปัตย์จะถูกลงโทษไม่ได้ เนื่องจากองค์อธิปัตย์เป็นตัวแทนของส่วนรวม ที่เกิดจากการตกลงกันเองระหว่างบุคคล และไม่ได้เป็นผู้ร่วมทำสัญญาด้วยจึงเป็นสิ่งที่ละเมิดไม่ได้

⁶ ทินพันธุ์ นาคะตะ, ปรัชญาการเมือง, (กรุงเทพฯ: สมาคมนักวิจัยมหาวิทยาลัยไทย, 2540),

3. บุคคลจะขัดขึ้นสถาบันขององค์อธิปัตย์ที่ปราศใช้ ซึ่งเกิดจากการยินยอมของเสียงส่วนใหญ่ ไม่ได้ เช่น คำบัญชาหรือกฤษฎีกาต่างๆ
4. ราษฎรจะกล่าวหา รวมทั้งเรียกร้องความยุติธรรมหรือความเสียหายจากการกระทำขององค์อธิปัตย์ใช้อำนาจแทนตนไม่ได้
5. ราษฎรจะลงโทษการกระทำใดๆขององค์อธิปัตย์ไม่ได้
6. องค์อธิปัตย์ ย่อมเป็นผู้ตัดสินว่าสิ่งใดจำเป็นสำหรับการป้องกันรักษาความสงบสุขของราษฎร จากศัตรูทั้งภายในและต่างประเทศ รวมทั้งการเลือกให้หลักการปกครองด้วย
7. องค์อธิปัตย์ย่อมมีสิทธิในการกำหนดข้อบัญญัติของสังคม โดยเฉพาะกฎแห่งความถูกต้องที่คนเราทำอะไรได้ในขอบเขตอันควร
8. องค์อธิปัตย์ย่อมมีอำนาจในการตัดสินความเมื่อเกิดความขัดแย้ง

สรุปสักกล่าวว่สิทธิและอำนาจหน้าที่เหล่านี้เป็นขององค์อธิปัตย์ซึ่งจะแบ่งแยกและมอบหมายให้ใครไม่ได้เว้นแต่เรื่องอื่นๆ องค์อธิปัตย์ย่อมมีอำนาจและเกียรติยศเหนือราษฎรทั้งปวง ซึ่งในความเป็นจริงแล้วอำนาจอธิปไตยก็ไม่ใช่ว่าที่เสียหายเพราะเป็น ไปเพื่อคนส่วนใหญ่

สัญญาประชาคมของฮอบส์นั้นสามารถอธิบายได้ถึงการก่อกำเนิดรัฐคือเมื่อทุกคนในสังคมเกิดการหวาดกลัวซึ่งกันและกันและยังไม่ต้องการให้ผู้อื่นเข้ามาละเมิดเสรีภาพของตนแล้วทุกคนในสังคมจึงร่วมกันทำสัญญาประชาคมขึ้น โดยมอบหมายให้รัฐเป็นผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม จะเห็นได้ว่าพันธสัญญาดังกล่าวนี้เป็นพันธสัญญาที่ทุกคนในประชามันต่างหันหน้าเข้ามาทำสัญญากันเอง ไม่ใช่เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนแห่งประชามันนั้นทำกับรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญาและเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาตามพันธสัญญาดังกล่าวเท่านั้น ไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ดังนั้นรัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุกคนในประชามันและเป็นนิรันดร ไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้ หากแต่รัฐนั้นยังเป็นสิ่งที่เป็นรูปธรรมจึงไม่อาจแสดงออกมาซึ่งการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ ดังนั้นจึงต้องมีผู้มาใช้อำนาจแทนรัฐซึ่งก็คือรัฐอธิปัตย์ แนวความคิดดังกล่าวนี้ที่สะท้อนให้เห็นถึงสัญญาสวามิภักดิ์ (Pactum Subjectiones)⁷ อันเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบ

⁷ ปริติ เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 189.

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la Monarchie absolue) และภาระหน้าที่ของรัฐบาลิปัตย์ตามความเห็นของฮอปส์ คือให้ความปลอดภัยแก่ปวงชน เพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพแก่ทุกคนในประชามันนั้น

คั้งนั้นรัฐจึงเกิดขึ้นจากเจตนาของมนุษย์มิได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติเพื่อรักษาสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองและปกป้องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว โดยตรากฎหมายมาเป็นกลไกในการคุ้มครองและปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของคนทุกคนในประชามัน การตรากฎหมายดังกล่าวรัฐอาจนำกฎธรรมชาติมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้เพื่อเป็นการทำให้เนื้อหาของกฎธรรมชาติและเนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกัน

คั้งนั้นการที่กล่าวว่าทุกคนมอบอำนาจให้แก่รัฐบาลิปัตย์นั้นแท้จริงแล้ว เป็นเพียงการมอบอำนาจให้แก่รัฐเท่านั้นหากแต่รัฐบาลิปัตย์ซึ่งเป็นบุคคลนั้นเป็นผู้เข้ามาให้อำนาจแทนรัฐ

2.1.2.1.2 จอห์น ล็อก (1632-1704)

จอห์น ล็อก เป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษ ได้มีผลงานทางด้านความคิดทางการเมืองที่สำคัญหลายเรื่อง คือ Two Treatises of Government, Letter Concerning Toleration, An Essay Concerning Human Understanding, A Peraphase และ Note on the Epistles of st. Pual แต่เฉพาะผลงาน 2 เล่มแรกเท่านั้นที่ได้ทำให้ล็อกมีชื่อเสียงโด่งดังและได้รับความสนใจในทางการเมืองในฐานะปรัชญาเมธีผู้ยิ่งใหญ่สำหรับการเมืองสมัยใหม่

ล็อกเริ่มต้นด้วยการศึกษาถึงสภาวะธรรมชาติของมนุษย์ ในแนวทางเดียวกับที่ฮอปส์ได้กระทำ แต่แนวความคิดของบุคคลทั้งสองนี้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในทัศนะของฮอปส์เห็นว่าธรรมชาติของมนุษย์เป็นผู้ที่มีแต่ความโหดร้าย ก้าวร้าวและเห็นแก่ตัว ชอบทะเลาะวิวาท แต่สำหรับล็อกแล้วเห็นว่ามนุษย์ในภาวะธรรมชาติ เป็นผู้ที่มีความชอบธรรม มีจิตใจงดงาม เอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มีความโน้มเอียงที่ต้องการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมมาก มีการดำเนินชีวิตโดยใช้ "เหตุผล" เป็นเครื่องชี้นำ ซึ่งเป็นกฎสามัญที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของได้ประทานมาได้แก่มนุษย์ชาติ คั้งนั้น สังคมการเมืองของล็อกจึงตั้งอยู่โดยความร่วมมือร่วมใจกันเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันซึ่งมีคุณค่าเหนือส่วนบุคคล มีสิทธิและเสรีภาพที่เสมอภาค เท่าเทียมกันอย่างเต็มที่ แต่ไม่ได้หมายความว่า จะกระทำการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากจะต้องอยู่ภายใต้การ

^๕ศ. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2520), หน้า

แม้ว่าในสภาวะธรรมชาติของมนุษย์จะเป็นสิ่งสมบูรณ์แบบที่สุดของมนุษย์ที่พึงประสงค์อยู่แล้วก็ตาม แต่เหตุที่ทำให้มนุษย์จะต้องรวมตัวกันขึ้นเป็นสังคมการเมือง เนื่องจากเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของสภาวะธรรมชาติ 3 ประการ กล่าวคือ⁹

1. ในสภาวะธรรมชาติจะไม่มีกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ในการตกลงยอมรับและเป็นที่เข้าใจของมนุษย์ได้ เนื่องจากคนส่วนใหญ่จะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผลประโยชน์ส่วนตัว
2. ในสภาวะธรรมชาติจะไม่มีตุลาการที่แน่นอนและเที่ยงธรรม เพื่อทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ของธรรมชาติดังกล่าว และจะไม่สามารถให้แต่ละคนเป็นผู้วินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจากจะเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวจนมีการเอาเปรียบผู้อื่นมากเกินไป ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม
3. ในสภาวะธรรมชาติจะไม่มีการบริหารที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินต่าง ๆ เนื่องจากแต่ละคนอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน

การปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องของสภาวะธรรมชาติทั้ง 3 ประการข้างต้นให้ดีขึ้น ประการแรก ถือเห็นว่ามนุษย์จะต้องรวมกลุ่มจัดตั้งขึ้นเป็นสังคมการเมือง เพื่อทำสัญญาประชาคมระหว่างมนุษย์ทั้งหลายในการจัดให้มีองค์การทางการเมืองขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย สัญญาประชาคมจึงเกิดขึ้นจากการสละสิทธิที่จะลงโทษการละเมิดกฎธรรมชาติของมนุษย์จำนวนหนึ่งที่เข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมและจัดตั้งองค์การทางการเมืองขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพตามธรรมชาติของแต่ละบุคคลที่มีอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมานานแล้ว แต่มีความจำเป็นที่จะต้องสถาปนาองค์การทางการเมืองดังกล่าวเพื่อทำหน้าที่รักษาสิทธิของประชาชนนี้ จะไม่สามารถจำกัดหรือติครอนได้เป็นอันขาด ฉะนั้น การจำกัดอำนาจขององค์การทางการเมืองซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบจากประชาชน ให้สามารถใช้ได้อย่างจำกัดและมีเงื่อนไข (Limited and Condition Government) จึงเป็นกระบวนการเพื่อคุ้มครองและรักษาทรัพย์สินของบุคคลนั่นเอง

⁹ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510), หน้า 308.

สัญญาประชาคมของลือคจะแตกต่างไปจากแนวความคิดที่ฮอปส์ได้ นำเสนอเพราะมนุษย์ไม่ได้หนีออกจากสภาวะสงครามอย่างที่ฮอปส์เข้าใจ แต่เห็นว่าการที่มนุษย์เข้า ทำสัญญาต่อกันนั้น เป็นการเลือกที่จะเข้าสู่สังคมการเมือง โดยร่วมกันทำพันธสัญญาต่อกัน เพื่อ ชีวิตที่สะดวกสบายกว่า ฉะนั้นสัญญาประชาคม ในทัศนะของลือคจึงเป็นการมอบอำนาจการบังคับ การตามกฎหมายแห่งธรรมชาติไปยังองค์การทางการเมืองในฐานะของรัฐบาล ให้ทำหน้าที่เป็น ผู้ปกครอง โดยมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์หลักเพื่อพิทักษ์รักษาสิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิใน ทรัพย์สินและคุ้มครองเสรีภาพในทางธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งพันธสัญญานี้จะแยกออกได้เป็น สองพันธสัญญา กล่าวคือ พันธสัญญาที่ประชาชนได้กระทำต่อประชาชนด้วยกันเป็นครั้งแรก เพื่อจุดมุ่งหมายในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในสังคมและความมั่นคงแห่งชีวิตของทุก คน โดยยินยอมที่จะสละสิทธิต่าง ๆ บางประการไปให้แก่รัฐบาล เพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการรักษา ความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่ยังคงสงวนไว้ซึ่งสิทธิทางธรรมชาติของตนเองบางประการซึ่ง พันธสัญญานี้ ทั้งลือคและฮอปส์มีแนวความคิดที่สอดคล้องตรงกัน เนื่องจากภายหลังจากการ เกิดขึ้นของสังคมการเมืองแล้ว จำเป็นต้องมีการสถาปนาอำนาจร่วมเพื่อใช้เป็นอำนาจสูงสุดอันเกิด จากการสมยอมของทุกคน เรียกว่าอำนาจนิตินบัญญัติ มีหน้าที่ในการออกกฎหมายซึ่งต้องเป็นไปตาม บรรทัดฐานของครรลองของกฎหมายแห่งธรรมชาติ แต่สำหรับในพันธสัญญาที่สองฮอปส์เห็นว่าพันธ สัญญาระหว่างรัฐกับประชาชนไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะรัฐ (รัฐบาล) เป็นเพียงคนกลางซึ่งถูก กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าทุกคนในสังคมในขณะที่ลือคเห็นว่า เป็นพันธสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างประชาชนที่กระทำต่อรัฐบาล (ในฐานะของผู้ปกครอง) โดย รัฐบาลจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมการใช้อำนาจโดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิตินบัญญัติ เมื่อใดก็ตามหากรัฐบาลกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิตินบัญญัติแล้ว ย่อมถือว่าเป็น การกระทำที่ผิดสัญญาที่รัฐมีต่อประชาชน ประชาชนทั้งหลายย่อมมีจะแสดงเจตนาถอดถอน หรือเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองได้อันเป็นการต่อต้านอำนาจเผด็จการที่มีขอบ ฉะนั้น ทฤษฎีของลือค ในเรื่องนี้จะจัดอยู่ในแนวคิดอนุรักษนิยม กล่าวคือ การรับรู้สิทธิในการต่อต้านอำนาจเป็นวิธีการ หนึ่งที่จะทำให้รัฐต้องใคร่ครองให้ดีกว่าก่อนที่จะทำอะไรลงไป และทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ได้รับการเคารพปฏิบัติตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการเชื่อเชิญให้มีการลุกฮือกันขึ้นแต่ อย่างไม่ โดยสรุปแล้ว ลือคเห็นว่าสิทธิในการลุกฮือขึ้นเพื่อต่อต้านอำนาจก็คือการเรียกร้องให้ใช้ ความสุขุมและประนีประนอมกันนั่นเอง

หากได้พิจารณาถึงแนวความคิดของลือคเกี่ยวกับสัญญาประชาคมดังได้ กล่าวแล้วข้างต้นจะพบว่า ลือคได้หลีกเลี่ยงที่จะเรียกองค์การทางการเมืองที่มี และใช้อำนาจสูงสุด อย่างไม่จำกัดว่าเป็น "องค์อธิปัตย์" (Sovereign) อย่างที่ฮอปส์เข้าใจ แต่ในแนวความคิดดังกล่าวได้ อธิบายถึงการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองหรือรัฐบาล โดยถือว่าผู้ที่มีอำนาจสูงสุดที่แท้จริง

ได้แก่ประชาชน รัฐบาลเป็นเพียงตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากประชาชน และจะต้องกระทำการใด ๆ ภายใต้กรอบของกฎแห่งธรรมชาติอันจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ จึงเท่ากับว่าถือคปฏิเศรแนวความคิดที่จะรวมอำนาจปกครองไว้ที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดให้เป็นผู้ใช้อำนาจ และได้เสนอหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของบุคคล โดยถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

ถือได้แบ่งแยกอำนาจตามแนวความคิดของตนเอง เพื่อตอบสนองและแก้ไขข้อบกพร่องของสภาวะธรรมชาติที่ได้จำแนกไว้เป็น 3 ประการ กล่าวคือ

ประการแรกเมื่อ ไม่มีกฎหมายที่ตกลงยอมรับและเป็นที่ยุ้จักกัน จึงต้องมีองค์กรจัดทำกฎหมายซึ่งเรียกว่า องค์กรนิติบัญญัติ อันเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ซึ่งเขาสนับสนุนที่จะให้สภาผู้แทนราษฎรมีฐานะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ แต่ได้สร้างข้อจำกัดการใช้อำนาจสูงสุดเพื่อไม่ให้เป็นอำนาจเด็ดขาดจนกลายเป็นเผด็จการทรราชย์ได้คือ

- จะไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามอำเภอใจ
- การใช้อำนาจจะต้องมุ่งประสงค์โดยคำนึงถึงประโยชน์ของสังคมเป็นสำคัญ

- ไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวสิทธิรอนทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้โดยปราศจากความยินยอม ซึ่งจะเป็นการละเมิดในสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งจะขัดต่อหลักกฎแห่งธรรมชาติ

- ไม่สามารถจะสละอำนาจนิติบัญญัตินี้ไปให้แก่บุคคลหรือองค์กรใดทำหน้าที่ในการออกกฎหมายได้ เนื่องจากประชาชนเท่านั้นที่มีสิทธิมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติให้ ฉะนั้นอำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจสูงสุดที่อยู่เหนือทุกองค์กร แต่จะไม่สามารถอยู่เหนือประชาชนที่เป็นผู้ก่อตั้งอำนาจนี้ได้¹⁰

ประการที่สอง ไม่มีตุลาการที่แน่นอนและเที่ยงธรรม ที่จะให้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จึงต้องมีการสถาปนาอำนาจตุลาการขึ้น เพื่อให้เป็นที่ยุ้จักกันได้แน่นอนชัดเจน

¹⁰ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, แปลโดย เสน่ห์ จามริก, หน้า

ประการที่สาม ไม่มีการบริหารที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินต่าง ๆ ดังนั้นจึงจะต้องจัดตั้งอำนาจบริหารขึ้น ซึ่งองค์กรบริหารนี้จะต้องอยู่แยกต่างหากจะอำนาจนิติบัญญัติ เนื่องจากหากอำนาจทั้งสอง คืออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรเดียวกันแล้ว จะทำให้เกิดอันตรายขึ้นจากการใช้อำนาจไปในทางที่ผิดจนกลายเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต (Abuse of Power) ได้ ก็คือจึงต้องการให้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเกิดการแยกอำนาจ ซึ่งไม่ใช่เป็นการแยกที่องค์กรหรือสาขาต่าง ๆ ของรัฐบาล แต่เป็นกรณีที่มีเมื่ออำนาจสูงสุดถือเป็นขององค์กรนิติบัญญัติแล้ว องค์กรบริหารซึ่งจะถูกใช้โดยสมาชิกส่วนหนึ่งในสังคม จึงเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนขององค์กรนิติบัญญัติและต้องถูกควบคุมการกระทำให้เป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้หรืออำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารต่างเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากประชาชนโดยผ่านทางพันธสัญญา (ประชาคม) ที่เกิดขึ้นระหว่างประชาชนกับรัฐ เมื่อสัญญาประชาคมนี้นี้เป็นการก่อตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะต้องคุ้มครองป้องกันและรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลด้วยแล้ว หากองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดกฎหมายแห่งธรรมชาติอันเป็นเป้าหมายสำคัญแล้วประชาชนย่อมสามารถเรียกร้องสิทธิของตนเองกลับคืนมาได้ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการใช้สิทธิปฏิวัติเพื่อถอดถอนและเปลี่ยนแปลงรัฐบาล

ดังนั้นการเกิดรัฐในแนวความคิดของลอคคั้นหมายความว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นมาเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ การมีเสรีภาพนั้นก็คือการพ้นจากการบีบบังคับหรือการทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ ความเห็นดังกล่าวของลอคคแสดงว่าเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคน ถ้าไม่มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้วแล้ว มนุษย์ก็จะใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมนั้นได้ รัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญากับประชาชนก็เพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวตามกฎหมาย และถ้ารัฐไม่เคารพเสรีภาพของประชาชนก็เท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าวและประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้

2.1.2.1.3 รุสโซ (1712-1778)

รุสโซ เป็นนักปรัชญาเมธีที่มีอิทธิพลทางด้านแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยรุสโซได้เริ่มต้นศึกษาถึงมนุษย์ในสภาวะธรรมชาติ จะเป็นมนุษย์ที่ดีและมีความสุขมากที่สุด แต่สังคมจะเป็นต้นเหตุที่ทำให้มนุษย์ชั่วร้ายและมีความเลื่อมใสในชีวิต ซึ่งเขาได้จำแนกความไม่เสมอภาคในหมู่มนุษย์ออกเป็น 2 รูปแบบ

ด้วยกัน คือ รูปแบบแรก "เป็นความไม่เสมอภาคตามธรรมชาติ" อันได้แก่ข้อแตกต่างทางด้านอายุ สุขภาพ พลังทางด้านร่างกายและคุณภาพของความคิดความอ่านหรือจิตใจของคน ส่วนอีก ประการหนึ่ง คือ "ความไม่เสมอภาคทางด้านสังคม" อันเกิดจากความมียศศักดิ์ต่างๆ ของคนในสังคม เช่น ความร่ำรวย การมีเกียรติ หรือการมีอำนาจมากกว่า เป็นต้น ซึ่งในสังคมระยะเริ่มแรกจะมีเฉพาะ ความแตกต่างทางด้านสภาวะธรรมชาติเท่านั้น แต่ต่อมาที่มีความจำเป็นของมนุษย์บางประการที่ จะต้องเข้าร่วมตัวกันเป็นสังคมอันเป็นการทำลายจิตใจและศีลธรรมอันดีที่มนุษย์ตามสภาวะธรรม ชาติมีอยู่ดั้งเดิม และสิ่งที่ช่วยคอกย้ำให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคทางสังคมของมนุษย์มากยิ่งขึ้น การ ที่ยอมรับระบบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลจนเกิดมีการสั่งสมความมั่งคั่งขึ้น แต่บรรดาผู้มั่งมี เหล่านี้ขาดความมั่นใจต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน จึงได้คิดโครงการที่แนบเนียนที่สุด เพื่อจัดตั้งอำนาจรัฐขึ้นคุ้มครองพวกตน โดยใช้พลังของบุคคลทั้งหมดในสังคม ให้นำอยู่ภายใต้ รัฐบาลและอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งโดยผิวเผินแล้วให้หลักประกันชีวิตและทรัพย์สินแก่ทุกคน แต่ใน ความเป็นจริงแล้ว ประโยชน์ทั้งหมดจะตกอยู่แก่บรรดาผู้มั่งมีทั้งหลายเท่านั้น ซึ่งรัฐโซ ได้สรุปไว้ อย่างน่าฟังว่า "นี่คือต้นกำเนิดของสังคมและกฎหมายซึ่งสร้างพันธนาการใหม่ ให้กับผู้อ่อนแอให้ สร้างพลังใหม่ๆ แก่ผู้แข็งแรงเป็นการทำลายล้างเสรีภาพธรรมชาติอย่างไม่มีวันกลับคืนมาและสร้าง ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยทรัพย์สินและความไม่เสมอภาคไว้ชั่ววันรันคร" เหตุนี้เอง จึงทำให้ประชาชน ทั่วๆ คนในสังคม ยินยอมร่วมใจกันที่จะสละสิทธิที่ตนมีอยู่อย่างปราศจากเงื่อนไข ไปให้แก่บุคคลผู้ ร่วมสัญญาทั้งหมด โดยไม่ถือว่าเป็นการมอบให้แก่ผู้ร่วมสัญญาคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ จึงทำให้ ทั้งหมดกลายเป็นบุคคลที่มีความรับผิดชอบร่วมกันภายใต้เจตจำนงทั่วไป (GENERAL WILL)

สัญญาประชาคม (SOCIAL CONTRACT) ตามแนวความคิดของรัฐโซนั้น จะต้องเกิดขึ้นมาจากเจตจำนงทั่วไปของประชาชนในสังคมที่แสดงออกโดยเสียงข้างมาก ไม่จำเป็นที่ จะต้องเป็นเสียงเอกฉันท์เสมอไป แต่จำเป็นที่จะต้องนับเสียงทั้งหมด การถกกันไม่ว่าจะในรูปใดก็ตาม จะทำลายลักษณะอันเป็นการทั่วไปของเจตจำนง และเจตจำนงทั่วไปของประชาชนนี้ จะถือว่าเป็น สิ่งสูงสุดที่จะตอบสนองความต้องการและคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนอันเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย ซึ่งรัฐโซเห็นว่า อำนาจอธิปไตยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก เป็นสิ่งที่โอนให้แก่กันไม่ได้ (THE INALIENABILITY OF SOVERAIGNTY) เนื่องจากอธิปไตยจะเกิดขึ้นมาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนเพื่อสละอำนาจ ไปให้แก่รัฐอธิปไตยเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง ฉะนั้นจึงเป็นสิ่งเฉพาะตัวของรัฐอธิปไตยและรัฐบาลหรือ ผู้แทนราษฎรที่ถูกจัดตั้งขึ้นจะมีสถานะเป็นเพียงรัฐมนตรีของรัฐอธิปไตยเท่านั้น จึงไม่อาจจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนได้ จะเป็นได้แต่เพียงผู้ปฏิบัติตามคำสั่งเท่านั้น ข้อบัญญัติที่ไม่ได้ออกโดยความเห็นชอบหรือเจตจำนงทั่วไปของประชาชนนั้น ย่อมจะไม่มีผลบังคับใช้เพราะนั้นไม่ใช่กฎหมาย

ประการที่สอง เป็นสิ่งที่แบ่งแยกมิได้ (THE INDIVISIBILITY OF SOVEREIGNTY) คือ เจตจำนงทั่วไปอันเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย เป็นสิ่งที่ประชาชนแต่ละคนได้มอบหรือโอนมาให้แก่รัฐาธิปัตย์ เมื่อแต่ละคนได้ยินยอมสละแล้วก็จะกลายเป็นหนึ่งเดียว ฉะนั้นหลักการที่จะแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารที่เท่าเทียมกันจึงเป็นการทำลายล้างหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยซึ่งไม่อาจแบ่งแยกได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้ควรจะต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างการบัญญัติกฎหมายกับหน้าที่ในการบริหารออกจากกันอย่างเด็ดขาด เพื่อป้องกันมิให้เกิดระบบทรราชย์ขึ้นได้

ดังนั้นสำหรับรูสโซแล้วเห็นว่า อำนาจอธิปไตยจะต้องเป็นของปวงชน เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาจากเจตจำนงทั่วไปของประชาชนในสังคม โดยการมอบหรือโอนไปให้แก่รัฐาธิปัตย์ เพราะเป็นหลักการเดียวเท่านั้นที่จะช่วยเหลือสิทธิตามธรรมชาติต่างๆ ของมนุษย์ที่มีอยู่ดั้งเดิมได้รับการยอมรับและเคารพจากทุกคนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐในความคิดของรูสโซจึงเกิดขึ้นเพราะรูสโซมองว่าการที่เกิดข้อผูกพันกับรัฐนั้นเป็นจุดก่อกำเนิดหรือการสร้างรัฐให้เกิดขึ้นมาเพราะทุกคนต่างเข้าทำสัญญาประชาคมนั้น ไม่ใช่การที่ทุกคนมอบเสรีภาพของตนเองให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใด โดยเฉพาะแต่เป็นการมอบให้รัฐ

รูสโซกล่าวว่า "เราแต่ละคนมอบร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมี เข้าอยู่ภายใต้คำบัญชาสูงสุดของเจตนารมณ์ส่วนรวม และในอำนาจร่วมกันของเรา เราขอรับสมาชิกแต่ละคนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งซึ่งจะแบ่งแยกมิได้ของสังคม"¹¹ ดังนั้นรัฐจึงเป็นการรวมตัวกันของทุกคนในประชาคมนั้น เจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคนก็คืออำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุกๆคน ตามทัศนะของรูสโซอำนาจอธิปไตยไม่สามารถจะจำหน่ายจ่ายโอนไปให้ผู้ใดได้และไม่สามารถแบ่งแยกออกไปได้และจำกัดไม่ได้เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคนทุกคนในประชาคมนั้น ตรงจุดนี้เองที่มองว่ารูสโซเป็นผู้ก่อให้เกิดแนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและก่อให้เกิดระบอบการปกครองที่เรียกว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง (la democratie directe) กล่าวคือ รูสโซให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากเพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน กล่าวคือประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับทุกคนในประชาคมนั้น ผลที่ตามมาคือรูสโซมองว่าฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจที่รองลงมาและได้

¹¹ ติณพันธ์ นาคะตะ, ปรัชญาการเมือง, หน้า 79.

อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการเป็นเพียงหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐบาลเท่านั้น รัฐบาลจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนารมณ์ส่วนรวมอันเป็นองค์อธิปัตย์ให้ทำงานเท่านั้น

รุสโซมีความเห็นที่แตกต่างจากฮอบส์และลอค ฮอบส์ถือว่าประชาชนโอนอำนาจอธิปไตยให้แก่ผู้ปกครอง ส่วนลอคนั้นเน้นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ รุสโซเห็นด้วยกับลอคในแง่ที่ว่ารัฐบาลเป็นตัวแทนชั่วคราวของประชาชนๆ เป็นเจ้าของอำนาจแต่ไม่ถือว่าประชาชนโอนอำนาจไปให้องค์กรรัฐบาลเป็นผู้ใช้ โดยแบ่งแยกอำนาจและมีการถ่วงดุลระหว่างอำนาจ

2.1.2.2 รัฐเกิดจากความขัดแย้ง

ทฤษฎีที่ว่าด้วยรัฐเกิดจากการขัดแย้งถือได้ว่าเป็นรากฐานของการก่อกำเนิดรัฐ และเน้นให้เห็นถึงสภาพการณ์ทางกฎหมายให้เด่นชัดขึ้นโดยสังเกตได้จากกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งในสังคมนั้นหรือไม่ก็โดยจากปัจเจกชนในสังคมนั้นที่ครอบคลุมนอยู่เหนือทุกๆกลุ่มเพื่อให้เกิดความมั่นคงและความเป็นระเบียบของสังคมนั้น

ในเรื่องดังกล่าวปรากฏว่าได้อ่านนักทฤษฎีหลายท่านที่วิเคราะห์เพื่อที่จะอธิบายถึงการก่อกำเนิดรัฐขึ้น โดยตั้งอยู่บนฐานของการรับรู้ของมนุษย์โดยตรงบนขอบเขตของอำนาจทางการเมืองเช่นมองเตสกีเอร์(Montesquieu)ที่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในหนังสือ "เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย"(De l'esprit des lois)ว่าการปกครองแบบราชาธิปไตยที่ดี การปกครองแบบการผูกขาดอำนาจไว้ที่บุคคลคนเดียวก็ดีหรือการปกครองของระบบอังกฤษก็ดีและอำนาจรัฐก็ดีต่างก็อยู่บนหลักเกณฑ์ของกฎแห่งการขัดแย้งซึ่งเป็นพื้นฐานของการวิเคราะห์ มองเตสกีเอร์ได้พูดถึงการปกครองในระบบราชาธิปไตยว่าในระบบการปกครองดังกล่าวจะต้องมีเกียรติศักดิ์(l'honneur)เป็นตัวจำกัดอำนาจและเป็นตัวที่มีอำนาจเหนือทุกคนและนอกจากนี้ยังเป็นตัวที่สร้างเขตแดนกันการปกครองแบบราชาธิปไตยออกจากการปกครองที่ผูกขาดอำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือที่เรียกว่าระบบเผด็จการ(despotisme)โดยการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อการดังกล่าวและเกียรติศักดิ์เป็นตัวที่ให้พวกขุนนางได้ใช้อำนาจที่เป็นกลาง (les pouvoirs intermediares)เพื่อที่จะสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างความสมัครใจของพระมหากษัตริย์และราษฎร ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความขัดแย้งต่างๆที่เกิดขึ้นในรัฐนั้นจะได้รับการแก้ไขก็ด้วยแต่เกียรติศักดิ์เท่านั้น สภาพการณ์การณ์ดังกล่าวนี้เป็นกรป้องกันมิให้เกิดรูปแบบการปกครองแบบเผด็จการที่จะสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้นเพราะว่าระบบการปกครองแบบเผด็จการนั้นจะต้องมีความเกรงกลัวนั่นเองและการแก้ไขความขัดแย้งในระบบดังกล่าวก็มีแต่การใช้กำลังอย่างรุนแรงและป่า

เดือน¹² มุมมองของมองเตสกีเอร์เป็นมุมมองที่มองว่าการลดหรือการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นในรัฐราชาธิปไตยนั้นต้องมีตัวเชื่อมตรงกลางระหว่างกษัตริย์กับประชาชน โดยผ่านพวกขุนนางที่ใช้เกียรติศักดิ์เป็นกันชนมิให้กษัตริย์ได้ใช้อำนาจจนเกินไปจนอาจจะเป็นระบบเผด็จการไปได้และอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งขึ้นมาได้

นอกจากนี้ยังมีรูสโซ (Rousseau) และ ลอค (Locke) อีกสองท่านที่ได้พูดถึงทฤษฎีความขัดแย้งขึ้น โดยมองว่าพันธสัญญาที่เกิดขึ้นในประชาคมเป็นหนทางที่เข้ามาแก้ไขความขัดแย้งซึ่งพบว่าเป็นกลไกสำคัญของการเปลี่ยนแปลงของรัฐ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการที่ประชาชนในประชาคมนั้นเข้าทำสัญญาประชาคมก็เพราะต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจจะมีขึ้นระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเอง โดยให้ใช้สัญญาหรือพันธสัญญาดังกล่าวเป็นตัวที่ควบคุมมิให้เกิดความขัดแย้งขึ้นได้ในรัฐนั้น ถ้ามีความขัดแย้งเกิดขึ้นก็เท่ากับเป็นการทำลายพันธสัญญานั้นเอง

แต่สำนักที่ให้ความเห็นว่ารัฐเกิดจากความขัดแย้งได้ชัดเจนที่สุดคือลัทธิมาร์กซ์ซึ่งแนวความคิดตามลัทธิมาร์กซ์นั้นได้ต่อยอดมาจากเฮเกลถึงแม้ว่าแนวความคิดของมาร์กซ์แม้จะเดินตามเฮเกลก็ตามแต่ทศรูปนั้นแตกต่างกัน เฮเกลกล่าวว่ารัฐเป็นผลผลิตของพัฒนาการแห่งความขัดแย้งทางประวัติศาสตร์ของสังคมและเป็นผลของการถกเถียงที่เกี่ยวกับเสรีภาพและอำนาจ จากแนวความคิดดังกล่าว รัฐจึงเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากการกระทำทางความคิดทางวัตถุนิยม และจากความคิดดังกล่าวจึงนำมาสู่การวิเคราะห์สังคมในมิติทางเศรษฐกิจ โดยภาพรวมไม่ใช่ในมิติทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว

สำหรับมาร์กนั้นไม่เห็นด้วยกับกรอบทางความคิดทางอุดมคติของเฮเกลเพราะเขาเห็นว่าขบวนการที่สำคัญๆทางประวัติศาสตร์นั้น ไม่ใช่เรื่องของโลกทางความคิด แต่เป็นเรื่องของโลกทางวัตถุหรือพลังของการผลิต ซึ่งตรงกันข้ามกับที่เน้นเรื่องอุดมคติ ถึงแม้ว่าจะโต้แย้งได้ว่าพลังของการผลิตก็เป็นผลผลิตของจิตใญ่มนุษย์และเป็นสิ่งที่ธรรมชาติให้มาก็ตาม แต่มาร์กซ์เห็นว่าการขัดแย้งกันไม่ใช่สภาพสะท้อนของความคิด แต่เกิดจากการขัดแย้งกันของพลังทางวัตถุซึ่งสัมผัสได้ ส่วนความคิดเป็นเพียงผลของพลังทางวัตถุ การศึกษาประวัติศาสตร์จึงต้องเน้นที่ตัววัตถุซึ่งเป็นรูปธรรม แต่จิตใญ่นั้นเป็นนามธรรมซึ่งสัมผัสไม่ได้¹³

¹²มองเตสกีเอร์, เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย, แปลและเรียบเรียงโดย วิภาวรรณ ตูยานนท์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 41-48.

¹³ทินพันท์ นาคะตะ, ปรัชญาการเมือง, หน้า 98.

รัฐในแนวคิดของมาร์กซ์นั้นเป็นรูปแบบทางการเมืองซึ่งพอจะจำแนกความคิดดังกล่าวได้สองประการคือ

ประการแรก รูปแบบและสถาบันการเมืองเป็นเพียงสิ่งที่สะท้อนของเทคนิคและวิธีการผลิตแบบต่างๆอันเป็นโครงสร้างเบื้องล่างของสังคม ดังนั้นจึงเป็นการมองว่ารัฐนั้นขึ้นอยู่กับสังคมพลเมืองโดยเอาความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจเข้าแทนที่

ประการที่สองคือ เมื่อมองจากสังคมเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดรัฐแล้วจะเห็นได้ว่า พัฒนาการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการแบ่งแยกทางชนชั้นและนำมาซึ่งความขัดแย้งทางชนชั้นแต่ละชนชั้นก็จะสถาปนาอำนาจของตนตามอำนาจทางเศรษฐกิจและก็จะกลายเป็นวัฏจักรที่ว่าแต่ละชนชั้นพยายามที่จะสถาปนาตนเองให้อยู่เหนือชนชั้นอื่นต่อไปและก็จะกลายเป็นการข่มเหงรังแกชนชั้นที่อยู่ต่ำกว่าดังนั้นกลไกของรัฐจึงเป็นเพียงแค่เครื่องมือแห่งการกดขี่ทางชนชั้นนั่นคือการเกิดของรัฐเป็นสิ่งที่จำเป็นเพราะสังคมอยู่ในภาวะที่ขัดแย้งกันจนไม่อาจประนีประนอมกันได้จึงต้องอาศัยอำนาจของรัฐในการที่จะทำการประนีประนอมและระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างชนชั้นเพื่อให้สังคมอยู่ภายใต้ความสงบเรียบร้อยรัฐจึงเป็นชนชั้นทางการเมืองที่คอยคุมอำนาจของชนชั้นอื่นในสังคมอีกที่รัฐจะต้องมีตัวแทนของชนชั้นซึ่งโดยมากจะเป็นชนชั้นนายทุนซึ่งจะคอยใช้อำนาจกดขี่ชนชั้นอื่นอีกทีหนึ่ง

มาร์กซ์ได้ปฏิเสธหรือไม่รับรู้การมีอยู่ของรัฐเพราะมาร์กซ์เชื่อว่า การกดขี่ทางชนชั้นในสังคมจะหมดไปเมื่อมีการยกเลิกชนชั้นในสังคมความขัดแย้งก็จะหมดไปการยกเลิกดังกล่าวจะนำมาซึ่งระบบสังคมนิยมและในที่สุดก็จะนำไปสู่การสิ้นสุดของรัฐเนื่องจากไม่มีข้อพิพาทที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้

2.1.2.3 รัฐเกิดจากทฤษฎีการจัดตั้งสถาบัน

ทฤษฎีการจัดตั้งสถาบันนี้ได้ถูกเสนอขึ้นโดย Maurice Hauriou โดยเสนอว่ารัฐสถาบันที่เป็นเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของรัฐเกิดจากความไม่ไว้วางใจในตัวผู้ปกครองรัฐในสังคมบรรพกาลที่ว่าคนที่ทุกคนในสังคมนั้นบรรพกาลต่างมอบอำนาจของตนที่มีอยู่ไปให้แก่ผู้ปกครองนั้นเป็นการเสี่ยงเกินไป ด้วยเกรงว่าผู้ปกครองจะเอาอำนาจและใช้อำนาจไปในทางที่มีชอบ ดังนั้นทฤษฎีการจัดตั้งสถาบันนี้จึงได้รับการเสนอขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว โดยตั้งสมมุติฐานที่ว่าอำนาจที่ทุกคนเคยมอบให้แก่ผู้ปกครองนั้น ไปมอบให้สิ่งที่ได้รับการสมมุติขึ้นที่เรียกว่า รัฐ และให้รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้อำนาจดังกล่าว อำนาจดังกล่าวเมื่อเป็นของรัฐจึงเรียกว่า อำนาจรัฐ การที่รัฐจะเป็นผู้ทรงสิทธิได้นั้น ตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว สิ่งใดหรือคนใดก็

ตามที่แสดงการมีกรรมสิทธิ์เหนือวัตถุหรือสิ่งใดก็ตามจะต้องมีสภาพบุคคลและถ้ามีสภาพบุคคลไม่ได้ก็ต้องมีสภาพบุคคลตามที่กฎหมายสมมุติหรือกำหนดขึ้น ดังนั้นเมื่อรัฐเป็นบุคคลธรรมดาไม่ได้แต่รัฐมีความจำเป็นที่ต้องแสดงความเป็นเจ้าของอำนาจรัฐ ความเป็นนิติบุคคลของรัฐๆจึงได้เกิดขึ้น แต่เนื่องจากรัฐเป็นนามธรรมและเป็นนิติบุคคล การใช้อำนาจรัฐดังกล่าว รัฐไม่สามารถกระทำการได้ด้วยตนเอง ดังนั้นแนวคิดจัดการตั้งสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐเกิดขึ้นมาโดยสถาบันเหล่านั้นได้รับการสร้างขึ้นโดยผ่านรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กฤษฎีกา องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ องค์กรเหล่านี้จึงเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทนรัฐ

ดังที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการเป็นนิติบุคคลของรัฐเป็นผลมาจากปรากฏการณ์ธรรมชาติซึ่งเป็นกฎปรากฏการณ์ที่ซับซ้อน มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการเป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งระบบของรัฐและความคิดชั้นนำที่เป็นพื้นฐานขององค์กร แนวความคิดเรื่องการเป็นนิติบุคคลของรัฐทำให้กล่าวได้ว่ามีบางสิ่งบางอย่างในรัฐที่อยู่ในปัจเจกชนที่ประกอบกันเป็นรัฐ ทั้งในด้านความสำคัญใน ระยะเวลา สิ่งนั้นก็คือแนวความคิดแห่งการดำเนินการร่วม ซึ่งเป็นพื้นฐานของรัฐ¹⁴ และจากความเป็นนิติบุคคลของรัฐๆจึงเป็นผู้ก่อตั้งสถาบันภายใต้รัฐขึ้น รัฐมีสถานภาพและมีความเป็นอิสระในการดำเนินการต่างๆ

ความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นเกิดจากผลผลิตตามธรรมชาติตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ขณะเดียวกัน นักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเห็นว่าความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นไม่ได้เป็นผลผลิตมาจากธรรมชาติแต่เกิดจากการที่มนุษย์ช่วยกันสร้างขึ้นมารับรองความเป็นรัฐและความเป็นสถาบันที่เป็นนิติบุคคลของรัฐ โดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

2.1.3 รัฐกับอำนาจทางการเมือง

2.1.3.1 อำนาจทางการเมือง

อำนาจทางการเมือง หมายถึง อำนาจที่มีในสังคมเพื่อทำให้สังคมมีระเบียบและในขณะเดียวกันหากมีความจำเป็นอำนาจการเมืองนี้สามารถที่จะบังคับได้กับสมาชิกทุกคนในสังคมให้ทำตามหรืออาจกล่าวได้ว่าอำนาจนี้มีอยู่เหนือสมาชิกทุกคนในสังคม¹⁵ จากความหมายของอำนาจทางการเมืองข้างต้น จะเห็นได้ว่า อำนาจการเมืองมีขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมและเพื่อทำให้วัตถุประสงค์ร่วมกันในสังคมดำเนินต่อไปได้ ดังนั้นจึงทำให้อำนาจทางการเมืองมี

¹⁴ โภคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 80.

¹⁵ George Burdeau, *DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTION POLITIQUES*, 18e ED, (PARIS : LGDJ, 1977), p 11.

ลักษณะที่แตกต่างไปจากอำนาจอื่น เช่น การใช้อำนาจอื่นนั้นจะใช้บังคับได้กับเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันให้ทำตามได้เท่านั้น แต่อำนาจทางการเมืองนั้นจะใช้บังคับได้กับคนทุกคนที่เป็นสมาชิกของสังคมนั้นๆ และอำนาจทางการเมืองนั้นก็อยู่เหนือกว่าอำนาจอื่นในสังคมด้วยจึงอาจสรุปลักษณะบางประการของอำนาจทางการเมืองที่แตกต่างจากอำนาจอื่นได้ดังนี้

1. การที่อำนาจทางการเมืองนั้นมีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและเพื่อให้วัตถุประสงค์ของสังคมสามารถดำเนินต่อไปได้ดังนั้นอำนาจทางการเมืองจะต้องสามารถบังคับได้จริงเช่นหากมีผู้กระทำความผิดผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ โดยที่อำนาจทางการเมืองที่ใช้บังคับนี้อาจแสดงออกได้ทางองค์กร เช่นในรัฐสมัยใหม่ องค์กรที่มีหน้าที่บังคับ ได้แก่ องค์กรตำรวจ หรือทหาร ซึ่งการบังคับนี้ย่อมทำได้เสมอต่อสมาชิกในสังคม และอำนาจนี้ก็ยังคงครอบคลุมเหนือดินแดนที่อำนาจนี้ใช้บังคับ โดยไม่คำนึงว่า สมาชิกในสังคมนั้นจะยินยอมหรือไม่¹⁶ การบังคับนี้มีอยู่ในสังคมทุกยุคทุกสมัยเพียงแต่การแสดงออกในแต่ละยุค หรือในแต่ละสังคมนั้นจะแตกต่างกันออกไป เช่น การแสดงออกถึงการบังคับนี้ในสังคมแบบเสรีประชาธิปไตยกับสังคมเผด็จการก็จะมี การบังคับแตกต่างกันออกไป

การบังคับดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจะต้องมาคู่กับอำนาจทางการเมืองเสมอ จึงอาจกล่าวได้ว่าการบังคับนั้นเป็นสิ่งที่เกื้อหนุนให้อำนาจทางการเมืองนั้นมีอยู่ในสังคมได้

2. อำนาจทางการเมืองถือเป็นจุดเริ่มต้นของอำนาจอื่นกล่าวคือแม้ในสังคมจะมีอำนาจอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในปรากฏการณ์เรื่องอำนาจ แต่อำนาจเหล่านั้นย่อมที่จะอยู่ใต้อำนาจทางการเมือง เนื่องจากอำนาจทางการเมืองนั้นอยู่เหนืออำนาจอื่นและสมาชิกทุกคนในสังคมจึงทำให้การใช้อำนาจอื่นๆ นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากอำนาจทางการเมืองเสียก่อนอำนาจเหล่านั้นจึงจะสามารถใช้บังคับได้¹⁷

3. อำนาจทางการเมืองนั้นสามารถใช้บังคับได้กับสมาชิกทุกคนในสังคม และยังคงครอบคลุมเหนือดินแดนในรัฐด้วยทำให้เห็นได้ว่าอำนาจทางการเมืองนั้นเป็นอำนาจทั่วไป กล่าวคือสมาชิกทุกคนต้องขึ้นตรงต่ออำนาจทางการเมืองและนอกจากนั้นอำนาจทางการเมืองยังอยู่

¹⁶ PIERRE PACTET, *INSTITUTION POLITIQUES ET DROIT CONSTITUTIONNEL*, 10e ED (PARIS : MASSON, 1990), p.17 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแนวคิดแม่บทว่าด้วยรัฐ, เอกสาร ม.ปท, หน้า 39.

¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ*, หน้า 39.

เหนือความสัมพันธ์ต่างๆ ในสังคมรวมถึงวัตถุประสงค์อื่นๆ ในสังคมด้วย เช่น ในเรื่องเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา สุขภาพ วัฒนธรรม และรวมไปถึงความสัมพันธ์ในระดับครอบครัวด้วย

รัฐกับอำนาจทางการเมืองเปรียบเสมือนสิ่งที่อยู่คู่กัน ไม่สามารถที่จะแยกออกจากกันได้เพราะเมื่อมีรัฐก็ต้องมีอำนาจรัฐอยู่ควบคู่ด้วยเสมอ ดังเช่นครอบครัวที่ต้องมีผู้ใช้ อำนาจปกครอง เมื่อรัฐถือกำเนิดขึ้นมานั้น รัฐนั้นเป็นสถาบันของอำนาจการเมืองหรืออำนาจรัฐ การที่บุคคลมาใช้อำนาจนั้นในการปกครองนั้นหมายความว่าบุคคลเหล่านั้นมาใช้อำนาจแทนรัฐ เท่านั้นไม่ได้เป็นเจ้าของอำนาจ ไม่ว่าจะเปลี่ยนผู้ปกครองไปที่คนก็ตามอำนาจนั้นก็ยังเป็นของรัฐ ไม่เปลี่ยนมือไปไหน

2.1.3.2 อำนาจทางการเมืองและสภาพของรัฐ

หลักการดำรงอยู่ของอำนาจทางการเมืองในทุกๆ สังคมนั้น ไม่เพียงพอ และไม่ทันการณ์ต่อการขยายตัวแนวความคิดของรัฐ ปัญหาที่เกี่ยวข้องระหว่างอำนาจกับประชาคม รัฐก็คือ การมีอยู่และการดำรงอยู่ของรัฐนั้นเปรียบเสมือนการมีอยู่ของอำนาจทันทีที่สัญญาเกิดขึ้น ระหว่างอำนาจกับประชาคมเพื่อเป็นการรับประกันถึงความสงบสุขในรัฐนั้นหรือไม่? คำถามนี้เป็น คำถามที่ถามถึงสภาพของรัฐ (*la nature de l'État*) ที่เปรียบเสมือนเป็นสถาบันที่เป็นเจ้าของอำนาจทางการเมืองและในนามของสถาบันดังกล่าวรัฐก็ได้ใช้อำนาจเหล่านี้ในการบริหารรัฐ

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นมีข้อดีที่มีอาจปฏิเสธได้ที่ทำให้การใช้อำนาจ หน้าที่อย่างเด็ดขาดที่ทุกๆ รัฐดำเนินการ โดยผ่านกลไกของอำนาจนั้นมีความเป็นกลางมากขึ้น จาก ข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐเป็นผลผลิตของการใช้กำลัง การใช้กำลังบังคับของฝ่ายปกครองที่เป็นสิ่งที่ปกปิด กันมา และได้นำมาตรรกะเฉพาะของเจตจำนงประชาชาตินำมาเชื่อมโยงกับที่มาแห่งการใช้อำนาจ ซึ่งก็คือฝ่าย ปกครอง ปัญหาก็คือว่าฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้สถาปนาอำนาจให้กับตัวเองหรือไม่หรือ อำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่นั้นมาจากการยินยอมของประชามนั้น? ปัญหาดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหา ความชอบธรรมแห่งอำนาจในรัฐที่ต้องค้นหากันไป

รัฐเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่กฎหมายเป็นตัวบ่งชี้ความมีอยู่หรือการ ดำรงอยู่ของรัฐและสิ่งนี้เป็นดัชนีที่ทำให้เห็นถึงความแตกต่างของอำนาจตามความเป็นจริงกับอำนาจ ตามกฎหมายและทำให้เห็นถึงช่องว่างทางความคิดระหว่างสองขั้วดังกล่าว ตามแนวความคิดทาง กฎหมายคลาสสิกได้ห้ามพัฒนาการทุกอย่างทางสังคม และให้นิยามความหมายว่ารัฐคือการ

จัดสร้างสถาบัน ความไม่กระจ่างแจ้งดังกล่าวก็คือ ตามแนวความคิดนี้ได้เป็นการตัดข้อโต้เถียงตาม ทฤษฎีทางการเมืองออกไปเลย¹⁸

แต่ในมุมมองของพวกฝ่ายเสรีนิยมแล้วยอมรับว่าการวิเคราะห์ทาง กฎหมายคลาสสิกดังกล่าวสะท้อนถึงการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างชาติกับรัฐลงหรือกล่าว โดยตรงประเด็นก็คือเป็นการทำลายระหว่างประชาคมกับอำนาจลง มิติที่รัฐถือว่าบุคคลที่อาศัยอยู่ หรือตั้งถิ่นฐานอยู่หรือสัญจรผ่านบนดินแดนแห่งรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ชี้บ่งถึงการกำหนดสถานะภาพของ บุคคลนั้น ในกรณีดังกล่าวได้สะท้อนถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐและการแยกแนวความคิดประชาคม ออกจากแนวความคิดประชาชน ขอบเขตแห่งการแยกระหว่างอำนาจของประชาคมกับอำนาจของ พลเรือนดังกล่าวได้รับการตระเตรียมในรูปแบบของอำนาจมหาชน(*la puissance publique*) กล่าว โดยนัยก็คือเป็นความสัมพันธ์ในเชิงอยู่ได้กันและกันระหว่างรัฐ ประชาชน และประชาคม โดย บรรทัดฐานเหล่านี้เชื่อมโยงกับแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ แนวความคิดในเรื่องการ ยินยอมต่ออำนาจนั้นไม่เป็นการทำลายแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นที่ยืนยันถึงการแยกอำนาจออก จากประชาคมและสภาพนามธรรมของรัฐแต่กลับทำให้เข้าใจถึงบทบาทของรัฐที่เด่นชัดขึ้นในการ ที่ให้นิยามความหมายของคำว่า แนวความคิดของการเป็นผู้สั่งการตามกฎหมายและเป็นผู้ยอมรับ บรรทัดฐานแห่งกฎหมายในฐานะที่มีรัฐมีสถานะภาพสูงสุด

ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่ต้องประสานการแยกแนวความคิด ระหว่างประชาคมกับพลเรือนดังกล่าวข้างต้นนั้น โดยผ่านองค์กรของรัฐที่เชื่อมความสัมพันธ์กับ ประชาชน รัฐธรรมนูญ ประชาชนได้ใช้อำนาจสูงสุดในการจัดสร้างสถาบันขึ้นมา ปัญหาที่ตามมา ก็คือจะแยกแนวความคิดของรัฐออกจากแนวความคิดของรัฐธรรมนูญได้อย่างไร และในสภาพความ เป็นรัฐนั้นก็ไม่สามารถค้นพบรากฐานของรัฐได้ในขอบเขตของกฎหมายที่ต้องการผู้กระทำการ อำนาจทางการเมืองใช่หรือไม่ ดังนั้นพอจะสรุปได้ว่าความหมายของรัฐนั้นจะไม่มีวันที่จะ สมบูรณ์ได้เลยถ้ารัฐนั้นปราศจากรัฐธรรมนูญของรัฐ

การสร้างองค์กรของรัฐและการเลือกรูปแบบของรัฐนั้นไม่ได้กับหลัก ต่อแนวความคิดของรัฐในเรื่องอำนาจอธิปไตยเพราะการสร้างองค์กรของรัฐและการเลือกรูปแบบ ของรัฐนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐที่อ้างอิงไปถึงตัวรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดสถานะภาพทางกฎหมายของรัฐและการดำเนินการของรัฐ

¹⁸B.Chantebout, *Droit Constitutionnel et Science politique*, (ed.A.Colin, 1989), p.13et s.

2.1.3.3 สถานะของอำนาจในรัฐ

คำว่า"อำนาจ" มีจริงหรือไม่ ถ้ามีอยู่ในรัฐนั้น หมายความว่าอย่างไร เพราะในสังคมรัฐนั้นก็ต้องการซึ่งความสงบ ความเป็นระเบียบ แล้วคำว่า"อำนาจบังคับ"นั้นจะมีหรือไม่ ในสังคมนั้นในบางครั้งก็เกิด สุญญากาศทางการเมือง เกิดขึ้น กล่าวคือเกิดความเปลี่ยนแปลงและความไม่มั่นคงในสถานภาพทางการเมืองของรัฐ และก่อให้เกิดความกลัวเกิดขึ้นในรัฐนั้น ความกลัวดังกล่าวนี้จึงนำมาซึ่ง การตระหนักถึง อำนาจที่ถูกจัดสร้างขึ้น ซึ่งมีสภาพบังคับกับทุกคน อำนาจดังกล่าวจึงเรียกว่า อำนาจบังคับ ความจำเป็นที่ต้องมีระเบียบในรัฐและต้องมีอำนาจบังคับมาจากความเชื่อในเรื่องของการยินยอมและการปฏิบัติตาม เช่น ทุกคนเคารพกฎหมายด้วยความเชื่อในอำนาจที่จัดให้มีกฎหมายนั้นขึ้นมา ความสัมพันธ์ระหว่างความเชื่อและการยินยอมปฏิบัติตามนั้นแสดงให้เห็นถึงบารมีที่สร้างลัทธิความเชื่อในคุณลักษณะเฉพาะตัวบุคคลขึ้นให้แก่ อำนาจของประมุขรัฐ ผู้นำพระราช ผู้นำเผด็จการให้มีสถานะถูกต้องตามกฎหมาย โดยอิงเข้ากับกฎหมายของพระเจ้าอภิปรัชญาดังกล่าวไม่สามารถได้รับการพิจารณาในทางกฎหมายได้

รัฐเป็นนิติบุคคลทั้งตามกฎหมายภายในและตามกฎหมายภายนอกหรือกฎหมายระหว่างประเทศดังนั้นรัฐจึงต้องจัดให้มีองค์กรที่จะใช้อำนาจแทนรัฐได้โดยผ่านจากรัฐธรรมนูญของรัฐที่ทำหน้าที่จัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมา และองค์กรเหล่านี้จึงเป็นพลังทางการเมืองที่แสดงออกมาซึ่งอำนาจบังคับของรัฐและเป็นตัวแทนที่เป็นรูปธรรมซึ่งแสดงให้เห็นถึงพลังอำนาจของรัฐที่เป็นนามธรรม

การที่จะพิสูจน์ว่ามีอยู่หรือไม่นั้น ต้องดูในเรื่องของ สถานะ เช่น การที่ผู้ปกครองจะใช้อำนาจรัฐได้นั้นจะต้องได้รับการยินยอมและการยอมรับจากผู้อยู่ใต้การปกครองว่า ยินดีที่จะปฏิบัติตาม ดังมีผู้ที่ให้ข้อสังเกตว่า"ปัญหาของความชอบและถูกต้องตามกฎหมายนั้นตั้งปัญหาอยู่ที่ว่าการแยกผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้การปกครองในระดับทางการเมืองได้รับการพิจารณาว่าเป็นระดับที่เป็นการปกครองตัวเองความคงอยู่ของอำนาจรัฐที่ถูกต้องนั้นเป็นเครื่องหมายที่ไม่เพียงแต่ที่เป็นเหตุและเป็นผลในตัวของอำนาจทางการเมืองเองเท่านั้นแต่ยังเป็นก้าวอย่างของประชาคมที่นำไปสู่การแยกทางการเมืองของมาตรฐานอื่นๆในสังคมนั้นด้วย"¹⁹ ดังที่กล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่ได้รับการจัดให้มีขึ้นที่อยู่ภายในขอบเขตของการปกครองตัวเองของรัฐที่ว่าอำนาจทางการเมืองนั้นได้กลายสภาพเป็นหนึ่งในปัจจัยที่จัดสร้างขึ้นมาจากของรัฐ

¹⁹M.Miaille, *L'Etat du droit*, (Grenoble : ed.F.Maspero/PUF, 1980), p.185.

ดังนั้นจึงอาจให้คำนิยามอย่างสั้นๆแก่"อำนาจ"ในรัฐว่า อำนาจคือพลังแห่งเจตนาธรรมณ์ ซึ่งแสดงออกมาโดยผ่านบุคคลต่างๆที่ดำเนินการปกครองกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งและซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลต่างๆเหล่านั้นอยู่เหนือกลุ่มชนโดยอาศัยกำลังและอำนาจอันถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าอำนาจได้รับการค้ำจุนโดยกำลังเพียงอย่างเดียว อำนาจนั้นก็เป็อำนาจทางพฤตินัยและจะสามารถเป็นอำนาจทางนิตินัยได้ ก็โดยความยินยอมของผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง"²⁰

ศาสตราจารย์ George Burdeau กล่าวว่า "รัฐก็คืออำนาจแห่งการจัดสร้างสถาบัน" แนวความคิดดังกล่าวทำให้เชื่อว่าไม่มีอำนาจทางการเมืองที่มั่นคงอย่างเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์ทางสังคมและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและของสังคม อำนาจตามความเป็นจริงได้สูญสลายหายไปทันทีที่รัฐได้ก่อกำเนิดขึ้น แต่ดั้งเดิมนั้นรัฐตั้งอยู่บนฐานของการขยายตัวของอำนาจตามความเป็นจริง ต่อมามีการผสมผสานระหว่างอำนาจตามความเป็นจริงกับอำนาจตามกฎหมายขึ้นซึ่งยังคงเป็นปริศนาอยู่ เพราะเหตุใดการใช้อำนาจของตัวบุคคลที่มีอำนาจนั้นจึงแปรเปลี่ยนไปยังการใช้อำนาจที่ต้องตั้งอยู่บนฐานของผลประโยชน์ของชาติ ถ้าดูตัวอย่างของฝรั่งเศสในครั้งการปฏิวัติ ค.ศ.1789 นั้น อาจตอบได้ว่าเป็นเพราะการปฏิวัติที่เป็นตัวคั่นเหตุให้เป็นดังกล่าว เพราะการปฏิวัติดังกล่าวได้สร้างแนวความคิดและการยอมรับรัฐเข้าสู่สังคมและในขณะเดียวกันก็เป็นการทำลายล้างระบบเก่าอย่างสิ้นซาก²¹

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นเกี่ยวข้องกับสภาพ(la nature)และอำนาจหน้าที่และองค์กรของรัฐ การจัดสร้างสถาบันของรัฐไม่เพียงแต่อยู่บนรากฐานแนวความคิดของการจัดองค์กรเท่านั้นแต่ยังขึ้นอยู่กับการดำรงอยู่ของสถานะทางกฎหมายของรัฐด้วย สถานะดังกล่าวนี้ได้ผ่านจากสถานะตามความเป็นจริงไปสู่สถานะตามกฎหมายที่ทำให้การดำรงอยู่ของรัฐนั้นมีความถูกต้องโดยได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญแห่งรัฐนั้น จากมุมมองดังกล่าวจะทำให้เห็นรอยเชื่อมต่อของการกำเนิดรัฐกับอำนาจตามความเป็นจริงไปสู่อำนาจตามกฎหมายและกับรัฐธรรมนูญ

2.1.3.4 สถานะของผู้ใช้อำนาจทางการเมืองและการแยกอำนาจจากตัวบุคคลไปให้แก่สถาบันรัฐ

พัฒนาการของอำนาจทางการเมืองนั้นมีมาช้านานตั้งแต่มีสังคมมนุษย์เกิดขึ้นอำนาจที่เกิดขึ้นในยุคต้นของสังคมมนุษย์เป็นอำนาจที่เกิดจากความไม่รู้และความหวาดกลัว

²⁰ Andre Hariou et Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, (Paris : Montchrestien, 1980), p.107.

²¹ V.F.Fortumet et G.Koubi, *Reflexions sur le civisme: pratique et theorie*, *La Révolution française et l'homme moderne sous la dir.de C.Mazauric*, ed. Messidor, p.419 et s.

ในธรรมชาติซึ่งผู้ทรงอำนาจในช่วงนี้จึงได้แก่พ่อมดหมอผีต่างๆที่สามารถติดต่อกับสิ่งลึกลับเหนือธรรมชาติได้ ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนามากขึ้นมีความต้องการแรงงานในการผลิตปัจจัยมากขึ้นอำนาจที่เคยอยู่กับพ่อมดหมอผีจึงถ่ายโอนมาสู่บุคคลที่มีความสามารถในการรบและมีความเป็นผู้นำซึ่งเรียกว่าอำนาจการเมืองเป็นของบุคคลต่อมาเมื่ออำนาจอยู่กับบุคคลได้ก่อให้เกิดความไม่เสถียรในอำนาจจึงได้มีแนวคิดในการโอนอำนาจจากตัวบุคคลมาให้แก่สถาบันที่เรียกว่ารัฐขึ้น

2.1.3.4.1 อำนาจการเมืองเป็นของตัวบุคคล²²

เมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้นและปรับเปลี่ยนจากสังคมเกษตรกรรมแบบเร่ร่อนมาเป็นการทำการเกษตรแบบอยู่กับที่แล้วนั้นความต้องการของสังคมย่อมมีมากขึ้นทำให้สมาชิกในสังคมต้องออกไปหาทรัพยากรต่างๆเพื่อมาตอบสนองต่อความต้องการในสังคมซึ่งแสวงหาทรัพยากรต่างๆเหล่านี้ในบางครั้งอาจไปกระทบกระทั่งกับสังคมอื่นๆซึ่งจะส่งผลให้เกิดข้อพิพาทระหว่างชุมชนขึ้นซึ่งข้อพิพาทต่างๆเหล่านี้มักจะนำมาซึ่งสภาวะสงครามและการไร้ซึ่งเสถียรภาพในชุมชน ดังนั้น ในทุกชุมชนมักจะต้องมีผู้นำที่เป็นตัวบุคคลเกิดขึ้น โดยที่ผู้นำเหล่านั้นจะต้องมีคุณสมบัติที่แตกต่างไปจากคนอื่น กล่าวคือมีความสามารถในการสู้รบ มีความแข็งแรงมากกว่าผู้อื่นเสมอ เมื่อชุมชนชุมชนหนึ่งรบชนะก็จะทำการผนวกดินแดนและประชากรของผู้แพ้มาเป็นของตนเองเสมอ จึงทำให้ชุมชนมีขนาดที่ใหญ่ขึ้น เมื่อสังคมมีขนาดใหญ่ขึ้นความขัดแย้งในสังคมย่อมเพิ่มขึ้นตามมาเป็นลำดับ จึงทำให้ในสังคมจะต้องคัดเลือกบุคคลบุคคลหนึ่งขึ้นมาเป็นผู้นำเพื่อทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทต่างๆซึ่งผู้นำนี้มักจะเป็นคนที่เป็นผู้นำในการรบซึ่งมีความกล้าหาญและความแข็งแรงมากกว่าคนอื่น

อย่างไรก็ตามเมื่อบุคคลที่เป็นผู้นำนั้นหมดซึ่งคุณสมบัติในการเป็นผู้นำไม่ว่าจะเป็นด้านความกล้าหาญหรือความแข็งแรงแล้วนั้นย่อมที่จะมีผู้อื่นที่เข้ามาท้าทายผู้นำในสังคมนั้นจึงทำให้การใช้อำนาจอยู่ในสภาวะที่ไม่เสถียร เนื่องจากอำนาจของผู้นำนั้นสามารถถูกท้าทายได้ตลอดเวลา ซึ่งการทำทลายอำนาจเหล่านี้เห็นได้ในทุกสังคมโบราณไม่ว่าจะเป็นถูกฆ่าเพื่อเพื่อแย่งชิงอำนาจหรือแม้แต่พี่น้องฆ่ากันเองก็ตาม

จากลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า อำนาจทางการเมืองเป็นเอกสิทธิ์เฉพาะตัวของผู้เป็นหัวหน้า ซึ่ง หัวหน้ามีสิทธิ์ที่จะใช้หรือใช้อำนาจก็ได้ การที่อำนาจทางการเมืองเป็นของตัวบุคคลนี้ก็มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือสามารถแยกสังคมต่างๆออกจากสังคมอื่นได้แต่ก็มีข้อเสียคืออำนาจที่ติดอยู่กับตัวบุคคลนี้จะไม่ต่อเนื่องเพราะในเมื่ออำนาจขึ้นอยู่กับ

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 40.

คุณสมบัติเฉพาะตัวและเมื่อหัวหน้าหมคคุณสมบัติ เช่น มีอายุมากขึ้นไม่สามารถที่จะออกรบได้อำนาจนั้นก็ตายไปพร้อมตัวบุคคลและในช่วงที่ไร้ผู้ปกครองสังคมนั้นก็ไร้เสถียรภาพ นอกจากนี้ขณะที่มีผู้ปกครองอำนาจของผู้ปกครอง ก็ยังไม่สูงสุดทีเดียวเพราะอำนาจของหัวหน้ามักจะถูกท้าทายได้จากอำนาจอื่นทั้งภายในและภายนอก กล่าวคือ หากมีใครที่มีที่มีคุณสมบัติเทียบเท่าหรือเหนือกว่าบุคคลเหล่านั้นก็จะมาท้าทายอำนาจของผู้ปกครองซึ่งเป็นเหตุให้อำนาจนั้นไม่มั่นคงผลที่ตามมาคือสังคมขาดระเบียบ สภาพสังคมแบบนี้สังเกตได้ในยุโรปยุคกลาง เช่น ถูกฆ่าพ่อ หรือ ในวงศ์เครือญาติเดียวกันฆ่ากันเอง ตัวอย่าง ในประเทศไทยก็มี เช่น ในสมัยอยุธยา เป็นต้น ผลเสียประการสุดท้าย คือ เมื่อผู้ปกครองได้ใช้อำนาจนั้นแล้ว ส่วนมากมักจะใช้อำนาจจนล้มล้างถึงส่วนรวม จึงทำให้นักคิดทั้งหลายทบทวนสภาพนี้ไม่ได้ ซึ่งผลที่ตามมาคือ การแยกอำนาจออกจากตัวบุคคล

จะเห็นได้ว่าสภาพสังคมในลักษณะนี้มักจะไม่มีความเสถียรภาพของอำนาจเนื่องจากอำนาจยังผูกติดอยู่กับความสามารถของบุคคลเมื่อบุคคลไร้ความสามารถเมื่อไหรันอำนาจนั้นย่อมที่จะเปลี่ยนไปสู่บุคคลอื่นที่มีความสามารถที่ดีกว่า

2.1.3.4.2 การแยกอำนาจจากตัวบุคคลไปให้สถาบันรัฐ

การที่อำนาจผูกติดอยู่กับความสามารถของบุคคลนั้นย่อมที่จะทำให้สังคมเกิดความไม่แน่นอนว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจคนต่อไปเพราะไม่มีกฎเกณฑ์แห่งการเข้าสู่อำนาจของผู้ปกครองจึงทำให้ใครที่มั่นใจว่าตนเองมีความสามารถเหนือกว่าคนอื่นเข้ามาท้าทายอำนาจอยู่เสมอจึงทำให้สังคมเกิดความไม่สงบและไม่มีความแน่นอนว่าใครจะเข้ามาเป็นผู้ปกครอง

ดังนั้นจึงมีแนวคิดที่จะต้องทำให้อำนาจการเมืองนั้นแยกออกจากตัวบุคคลไปให้แก่สถาบันซึ่งสมมุติขึ้น โดยที่สถาบันที่จัดตั้งขึ้นนั้นเรียกว่ารัฐ เป็นการกระทำที่เป็นการจัดสถาบันให้อำนาจทางการเมือง ทำให้อำนาจทางการเมืองเป็นอิสระออกจากตัวบุคคล²³

ในจุดนี้จะพบว่าในสังคมดั้งเดิมนั้น เมื่อทุกคนเกิดความกลัวกันขึ้น จึงต้องหันหน้าเข้าหาตัวแทนของคนที่มีอำนาจ ความกล้าหาญที่พอจะปกป้องทุกคนในประชามันได้ อำนาจทางการเมืองในยุคนั้นจึงอยู่ที่ตัวบุคคลที่เป็นหัวหน้า ถ้ามต่อไปว่า อำนาจนั้นเป็นอำนาจสูงสุดหรือไม่ (la souveraineté) หรือที่เรียกกันว่า อำนาจอธิปไตยมีหรือไม่ในยุคนั้น ในยุคดังกล่าวจะเห็นได้ว่าความไม่แน่นอนในสถานะภาพของหัวหน้าประชามันยังมีอยู่เพราะ

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 44.

ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็ง ความกล้าหาญของคนๆนั้น ทราบไคที่เขายังมีคุณสมบัติดังกล่าวอยู่ การยอมรับในตัวคนนั้นของคนในประชาคมก็ยังคงมีอยู่ แต่ถ้าปรากฏว่าวันหนึ่งมีผู้ที่เข้มแข็งกว่าแล้ว เขาก็จะถูกแทนที่โดยคนใหม่ที่กล้าหาญและแข็งแรงกว่าที่พร้อมที่จะมาทำหน้าที่ปกป้องทุกคนในประชาคมนั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าบุคคลนั้นยังขาดอำนาจสูงสุดอยู่เพราะอำนาจของเขานั้นยังสามารถถูกท้าทายโดยบุคคลอื่นได้อยู่ ผลที่ตามมาก็คืออำนาจนั้นจึงไม่ใช่อำนาจสูงสุดในความหมายของคำว่าอำนาจธิปไตย

จึงกล่าวได้ว่าการเกิดอำนาจธิปไตยนั้นมีความสัมพันธ์กับการเกิดของรัฐเมื่อมีการสร้างรัฐและแยกอำนาจทางการเมืองออกจากตัวบุคคลไปให้แก่อำนาจ หากแต่ทฤษฎีต่างๆที่กล่าวว่า อำนาจธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ เป็นของประชาชนเหล่านี้อันสะท้อนรูปแบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และการปกครองแบบประชาธิปไตย ตามลำดับนั้นคืออะไรกันแน่ก็เมื่อบอกว่าอำนาจสูงสุดหรืออำนาจธิปไตยเป็นของรัฐ คงต้องขยายความ ณ.ที่นี้ว่าอำนาจสูงสุดนั้นอยู่ที่และเป็นของรัฐแต่กษัตริย์ในการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือประชาชนในการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนรัฐ คุณแล้วบางครั้งก็กล่าวได้ว่าอำนาจนั้นเป็นของกษัตริย์หรือเป็นของประชาชนแต่ในความเป็นจริงรากฐานแห่งอำนาจนั้นเปลี่ยนไปแล้วกล่าวคือรากฐานอำนาจแต่ดั้งเดิมนั้นได้เปลี่ยนมายังรัฐไปแล้วแต่เนื่องจากรัฐแสดงออกทางการเมืองการกระทำไม่ได้เพราะเป็นสิ่งที่ถูกสมมุติขึ้นมาจึงต้องมีการหาบุคคลหรือกลุ่มบุคคลมาทำการแทน จึงต้องกล่าวว่าที่กล่าวว่าอำนาจธิปไตยเป็นของกษัตริย์หรือของประชาชนนั้นเป็นการแสดงออกที่ต้องการให้เห็นเป็นรูปแบบของการปกครองโดยเหล่านักคิดเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้วรากฐานแห่งอำนาจที่แท้จริงนั้นเป็นของรัฐ แต่ผู้ใช้อำนาจนั้นเป็นตัวแทนของรัฐ

ปัจจัยที่แสดงว่ามีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลมาให้สถาบันนั้นมีหลายปัจจัยด้วยกันได้แก่ ปัจจัยทางกฎหมาย กล่าวคือการเข้าสู่อำนาจของผู้บุคคลนั้นจะต้องอาศัยความชอบธรรมทางกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎหมายจะเป็นสิ่งที่ กำหนดว่าใครจะเป็นผู้ที่ได้เข้าสู่อำนาจไว้ ไม่ได้อาศัยความสามารถของบุคคลเป็นตัวกำหนดอีกต่อไป ปัจจัยต่อมาคือความต่อเนื่องของอำนาจการเมืองๆจะต้องมีความต่อเนื่องเพื่อแสดงความคงอยู่ของตัวเอง ซึ่งถ้าอำนาจยังอยู่ที่บุคคลนั้นความต่อเนื่องของอำนาจจะหมดไปเมื่อบุคคลที่ใช้อำนาจหมดซึ่งคุณสมบัติหรือว่าถูกท้าทายจากบุคคลอื่น ปัจจัยสุดท้ายคือ ความมีเหตุผลของรัฐ กล่าวคือการทำผู้ปกครองนั้นจะกระทำการใดๆก็ตามผู้ปกครองไม่สามารถที่จะกระทำได้โดยอำเภอใจของตนเอง หากแต่จะต้องทำไปเพื่อสนองตอบความต้องการของคนในสังคม

2.1.3.4.3 ผลที่เกิดขึ้นจากการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไป

ให้แก่รัฐ

การแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปให้แก่รัฐเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะเพราะ²⁴

ประการแรก การกระทำดังกล่าวมีภาพรวมของของสิ่งที่ต้องการทั้งหมดในอนาคตคือ การจัดระเบียบการใช้อำนาจการเมืองไม่เป็นของตัวบุคคลอีกต่อไปแต่เป็นของสิ่งสมมุติที่เรียกว่ารัฐ เพื่อให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการใช้อำนาจนั้นเพื่อประโยชน์ร่วมกัน สำหรับเหตุผลของการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปให้รัฐนั้นมีมูลเหตุที่สำคัญ2ประการคือ 1.สมาชิกในสังคมเห็นข้อเสียของการที่อำนาจทางการเมืองเป็นของตัวบุคคลอื่น ได้แก่ความต่อเนื่องของอำนาจและความวุ่นวายอันเกิดจากการแย่งชิงอำนาจและ 2.สมาชิกในสังคมต้องการความต่อเนื่องของอำนาจและความผาสุกร่วมกันบนดินแดนเดียวกันดังที่ปรากฏในฝรั่งเศสเมื่อกษัตริย์สวรรคตแล้วนั้นจะมีการตะโกนว่ากษัตริย์สวรรคตแล้วของกษัตริย์จทรงพระเจริญ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงว่าเมื่อคนตายไปอำนาจไม่ได้หายไปตามตัวบุคคล

ประการที่สอง วัตถุประสงค์การแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปให้แก่รัฐนั้นเป็นที่ยอมรับกันทั้งจากผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง โดยที่ผู้ปกครองประสงค์ให้มีความเป็นเสถียรภาพของอำนาจ ต่อเนื่องและสูงสุดส่วนผู้อยู่ใต้ปกครองนั้นมองในแง่ของการที่อำนาจสามารถถูกควบคุมได้โดยกฎหมาย

ประการสุดท้ายคือ มีการแยกตำแหน่งออกจากความเป็นส่วนตัว และแยกภาระหน้าที่ออกจากตัวบุคคล

ในทางกฎหมายแล้ว รัฐเปรียบเสมือนเป็นสถานที่ของตัวแทนของชาติ ของอำนาจทางการเมืองที่มาประกอบกันขึ้นเป็นรัฐ ถ้าขยายความออกไปก็คือ อธิปไตย (le souverain) รัฐมักได้รับการกล่าวถึงอยู่เสมอๆในฐานะที่เป็นตัวเชื่อมระหว่างอำนาจต่างๆในรัฐ นอกจากนี้รัฐยังเป็นผลผลิตและแหล่งที่มาของกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองอีกด้วย ดังนั้นรัฐจึงมีสภาพเป็นนิติบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยตัวบทกฎหมายที่กำหนดเป้าหมาย วัตถุประสงค์ องค์กรของรัฐ และความรับผิดชอบอีกด้วย ถ้ารัฐปราศจากสภาพดังกล่าวแล้ว รัฐก็จะไม่มีสถานะเป็นนิติ

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารแม่บท ว่าด้วยรัฐ, หน้า 116-117

บุคคล ด้วยบทกฎหมายที่รับรองถึงสถานภาพของรัฐ รูปแบบของการจัดสร้างสถาบันของรัฐ ก็คือ รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญถือเป็นแม่บทกฎหมายสูงสุดของรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศซึ่งเป็นพื้นฐานของการปกครองแบบนิติรัฐที่ทุกคนในรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันนำไปสู่หลักทฤษฎีต่างๆ เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักรัฐธรรมนูญนิยม และ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2.1.4 การใช้อำนาจรัฐในรูปแบบต่างๆ

การใช้อำนาจรัฐสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการปกครองในระบบต่างๆ กล่าวคือหากเป็นการใช้อำนาจรัฐโดยประชาชนหรือประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอสูงสุดจะเรียกการปกครองในรูปแบบนี้ว่าประชาธิปไตย หากแต่ถ้าการใช้อำนาจอผูกติดอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียวการปกครองนั้นจะเรียกว่าระบบเผด็จการหรือถ้าการปกครองนั้นมีการใช้อำนาจร่วมกันระหว่างผู้นำเผด็จการกับประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนก็จะเรียกการปกครองในรูปแบบนี้ว่าระบบกึ่งประชาธิปไตย

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงการใช้อำนาจอในรูปแบบต่างๆที่สะท้อนออกมาให้เห็นถึงรูปแบบและระบบการเมืองการปกครอง

2.1.4.1 การใช้อำนาจอในรูปแบบของระบบเผด็จการ

2.1.4.1.1 ลักษณะของระบบเผด็จการ

นับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 พบว่า เงื่อนไขในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวมักขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้น และบ่อยครั้งก็มักจะมีการแทรกแซงทางการเมืองของฝ่ายทหารทำให้อำนาจทางการเมืองและอำนาจอจะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายทหาร โดยทหารมักใช้อำนาจเผด็จการผูกขาดอำนาจทางการเมือง และใช้อำนาจนั้นเพื่อประโยชน์ของตนและพวกพ้อง ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนากระบวนการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญที่อยู่ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว มักถูกจัดตั้ง ยกเลิก โดยการทำปฏิวัติรัฐประหาร สลับกันไปมา ซึ่งมีอยู่จำนวนหลายครั้งและฝ่ายทหารยังเข้ามามีบทบาททำหน้าที่ในการบริหารประเทศกำหนดขอบเขต และข้อจำกัดในเรื่องต่างๆ ทำให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ต้องสะดุดหยุดลงทุกครั้งที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร

อีกทั้ง เมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญยังส่งผลทำให้เกิด “สภาพว่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้น ช่วงระยะเวลาหนึ่งก่อนที่จะมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) ขึ้นใช้บังคับ คณะปฏิวัติรัฐประหารจึงมีฐานะเป็น “รัฐาธิปัตย์”ใช้อำนาจปกครองสูงสุด (อำนาจอธิปไตย) กล่าวคือ ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติด้วยการออกกฎหมายในชื่อว่า “ประกาศคณะปฏิวัติ” ใช้อำนาจบริหารแทนคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลในเวลาปกติ และอำนาจตุลาการนั้น องค์การศาลและข้าราชการตุลาการมีลักษณะเป็นงานประจำ และข้าราชการประจำยังคงปฏิบัติหน้าที่ไปตามกฎหมาย แต่คณะปฏิวัติรัฐประหารยังอาศัยอำนาจปกครองสูงสุดออก “คำสั่ง” ที่เป็นผลใช้อำนาจตุลาการ เช่น การออกคำสั่งจำคุกหรือประหารชีวิตผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดกฎหมายที่มีโทษทางอาญา เช่น ประหารชีวิตผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการวางเพลิงการผลิตและจำหน่ายยาเสพติด เป็นต้น

ดังนั้น ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวประชาชนถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นอย่างมากโดยประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร หรือหัวหน้าคณะปฏิวัติรัฐประหารตลอดจนถึงคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจจากธรรมนูญการปกครองที่คณะปฏิวัติจัดให้มีขึ้น หลังจากการปฏิวัติรัฐประหารทำให้สามารถออกคำสั่งลงโทษบุคคลได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการของศาลยุติธรรมโดยไม่มีการอุทธรณ์ฎีกาแต่อย่างใด อันถือได้ว่าเป็นแบบอย่างของกฎหมายที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาถึงสภาพการรับรองสิทธิเสรีภาพโดยรัฐธรรมนูญที่ถูกร่างโดยคณะปฏิวัติรัฐประหารก็ไม่ได้คืนอำนาจอธิปไตยให้แก่ประชาชนทั้งหมด แต่ยังคงสงวนอำนาจพิเศษไว้จึงได้ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และมักไม่มีบทบัญญัติที่วางหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพไม่ว่าเรื่องใด ๆ ให้แก่ประชาชนแต่ในทางกลับกันมักจะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่บุคคลที่มีอำนาจในขณะนั้นในอันที่จะดำเนินการใด ๆ ที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ทั้งนี้ การปกครองโดยฝ่ายทหารจะมีลักษณะการปกครองเป็นแบบเผด็จการดังนี้

1. ไม่สนับสนุนให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองประเทศ
2. จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง
3. ยึดหลักความมั่นคง ปลอดภัยของรัฐเป็นสำคัญ ยกย่องอำนาจและความสำคัญของรัฐเหนือเสรีภาพของประชาชน
4. ยึดหลักรวมอำนาจการปกครองไว้ที่ส่วนกลางของประเทศ ให้อำนาจ

อยู่ในมือผู้นำเต็มที่

5. ยึดหลักการใช้กำลัง การบังคับ และความรุนแรง เพื่อควบคุมประชาชนให้ปฏิบัติตามความต้องการของรัฐได้

6. ประชาชนต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามผู้นำอย่างเคร่งครัด ไม่มีสิทธิโต้แย้งในนโยบายหรือหลักการของรัฐได้

7. สร้างความรู้สึกไม่มั่นคงในชีวิตให้แก่ประชาชน จนประชาชนเกิดความหวั่นวิตกเกรงกลัวอันทำให้อำนาจรัฐเข้มแข็ง

ก. แนวคิดเกี่ยวกับการแทรกแซงทางการเมืองของทหาร

แนวคิดที่เกี่ยวกับการแทรกแซงทางการเมืองของทหารแบ่งออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ๆคือ²⁵

กลุ่มแรกเน้นความอ่อนแอในโครงสร้างสังคม ความเปราะบางของรัฐบาลพลเรือนและสถาบันการเมือง การเสียดุลในระบบการเมือง เป็นตัวดึงให้ทหารเข้ามาแทรกแซงทางการเมือง ตามแนวคิดครั้งหลังๆของ Huntington ทหารจะเข้ามาแทรกแซงการเมืองในสังคมที่มีสภาพยุ่งเหยิงไม่มีสถาบันใดเป็นหลัก โครงสร้างอำนาจเก่าล้มไปและยังไม่มีอำนาจใหม่เข้ามาแทนที่ ในสภาพนี้ทุกกลุ่มจะมีการตื่นตัวทางการเมืองสูงและจะเข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมืองเพื่อครอบครองอำนาจทางการเมืองอย่างไรก็ดีกว่าไม่ว่าจะเป็นกลุ่ม กรรมกรหรือนักศึกษา แต่ทหารเป็นกลุ่มที่มีอาวุธอยู่ในมือจึงมักจะเข้าแทรกแซงทางการเมืองได้สำเร็จมากกว่ากลุ่มอื่น²⁶

กลุ่มที่สองเน้นความเข้มแข็งขององค์กรทหาร โดยมองจากการจัดตั้งองค์กร การจัดลำดับขั้นบังคับบัญชา เหนียวแน่นมีระเบียบวินัย มีความเป็นวิชาชีพ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน สิ่งเหล่านี้เป็นตัวดึงให้ทหารเข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมือง Janowitz เห็นว่า ความมีระเบียบและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทำให้ทหารมีความสามารถสูงในการเข้าแทรกแซงทางการเมือง การจัดองค์กรของทหารช่วยทำให้ทหารที่มาจากที่ต่างๆมีเอกลักษณ์ร่วมกัน มีความกลมเกลียวไม่แบ่งแยก และเนื่องจากทหารมีโอกาสได้สัมผัสกับเทคโนโลยีสมัยใหม่ทำให้ทหารมีความคิดต้องการเปลี่ยนแปลงสังคมให้พ้นจากความล้าหลังและเหตุผลนี้เองที่กระตุ้นให้ทหารเข้า

²⁵ สุจิต บุญบงการ, การแทรกแซงทางการเมืองของทหารไทย, (กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2521), หน้า 4.

²⁶ Samuel P. Huntington, Political Order in Changing Societies, (New Haven: Yale University Press, 1968), p.194.

แทรกแซงทางการเมือง²⁷

ข. สาเหตุที่ทำให้กองทัพเข้ามามีบทบาททางการเมือง

ข.1 กองทัพจะทำรัฐประหารเมื่อสภาพทางการเมืองไร้เสถียรภาพ
ได้แก่²⁸

ข.1.1 ผู้นำทางการเมืองขาดความชอบธรรม

การที่ผู้นำทางการเมืองขาดความชอบธรรมอาจเกิดขึ้นได้ทั้ง
รัฐบาลพลเรือนและรัฐบาลทหารสาเหตุที่ก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมมีหลายประการไม่ว่าจะเป็น
การที่ผู้นำทางการเมืองใช้อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเช่นเดียวกับเผด็จการหรือการบริหารที่ก่อให้เกิด
ความล้มเหลวต่อรัฐหรืออาจเป็นการใช้อำนาจเผด็จการทางรัฐสภาอันเป็นการก่อให้เกิดความ
ล้มเหลวของระบบประชาธิปไตย

ข.1.2 ความเปราะบางของรัฐบาล

ความเปราะบางของรัฐบาลเกิดขึ้นมาจากการที่พรรค
การเมืองที่เป็นเสียงข้างมากในการบริหารประเทศหรือเป็นฝ่ายรัฐบาลไม่สามารถจัดการกับ
เสียงในสภาได้อย่างเด็ดขาดซึ่งทำให้การบริหารงานรัฐขาดความต่อเนื่องอันนำมาซึ่งความเสียหาย
ต่อรัฐ

ข.1.3 ความล้มเหลวของระบบประชาธิปไตย

ความล้มเหลวของระบบประชาธิปไตยมักเกิดขึ้นจาก
รัฐบาลพลเรือนที่เข้ามาสู่อำนาจตามครรลองแห่งระบบประชาธิปไตยและการใช้อำนาจในการ
บริหารประเทศก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจเป็นเผด็จการทางสภาผลจาก
การเป็นเผด็จการทางรัฐสภาทำให้ระบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาประสบกับความล้มเหลวอันเป็น
ผลให้ระบบรัฐสภาไม่มีกลไกที่ใช้ได้จริง

²⁷ Morris Janowitz, *The Military in the Political Development of New Nations: An Essay in Comparative Analysis*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1964), p. 27.

²⁸ พ.ท. วิทวัส รชตะนันท์, *ทัศนคติของทหารต่อสาเหตุของการรัฐประหาร: ศึกษาเฉพาะกรณี
นายทหารนักเรียนโรงเรียนเสนาธิการทหารบก หลักสูตรประจำชุดที่ 60*, (สารนิพนธ์ มหาวินิจฉัย คณะ
รัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า112-113.

ข.1.4 วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ

วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นจากการนำนโยบายที่ผิดพลาดมาใช้ในการบริหารงานด้านเศรษฐกิจอันนำมาซึ่งเศรษฐกิจถดถอยและส่งผลต่อผู้ประกอบการทั้งรายเล็กและรายใหญ่เป็นต้น

ข.1.5 สถาบันพระมหากษัตริย์ถูกระทบกระเทือน

สาเหตุเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสาเหตุที่คณะทหารใช้เป็นข้ออ้างมากที่สุดในการทำการรัฐประหารซึ่งข้ออ้างนี้อาจเกิดขึ้นจริงหรือไม่จริงก็เป็นได้ขึ้นอยู่กับการบริหารงานของรัฐบาลในช่วงเวลานั้นๆ

ข.2 กองทัพถูกระทบจากรัฐบาล

ข.2.1 ผลประโยชน์ของกองทัพถูกระทบกระเทือน

เหตุผลนี้มักจะเป็นเหตุผลเบื้องหลังในการทำการรัฐประหารทุกครั้งเนื่องจากรัฐบาลเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของกองทัพอันส่งผลให้ทหารขาดความอิสระในการบังคับบัญชา

ข.2.2 ความขัดแย้งระหว่างผู้นำทหาร

ความขัดแย้งระหว่างผู้นำทหารไม่ค่อยปรากฏในการเป็นเหตุผลในการทำการรัฐประหารหากจะเกิดได้ก็เพราะนายกรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งทางทหารควบคู่ไปด้วย

ข.2.3 ผลกระทบของการแทรกแซงทางการเมือง

เนื่องจากส่วนหนึ่งของการเข้าแทรกแซงทางการเมืองของทหารเป็นผลมาจากอุดมการณ์ขององค์กรทหารที่องค์กรอื่นไม่มี ทำให้องค์กรทหารมีลักษณะและมีปัจจัยที่ทำให้ทหารไทยได้เปรียบสถาบันอื่น เช่น การจัดองค์กรที่สายการบังคับบัญชาอย่างชัดเจน กองทัพมีความสามารถความสามัคคีและมีเอกภาพโดยมีเครื่องแบบ สัญลักษณ์ และตำแหน่ง เป็นต้น

ผลกระทบของการแทรกแซงทางการเมืองโดยคณะทหารที่มีต่อระบบการเมืองไทยที่สำคัญมีอาจสรุปได้ 4 ประการคือ

1. ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกติกาหลักของการปกครองระเทศ
2. ทำให้สถาบันหลักของระบบการเมือง คือ พรรค

การเมืองและสภาผู้แทนราษฎรขาดความต่อเนื่อง ทำให้สถาบันดังกล่าวมีความอ่อนแอ

3. ทำให้ทหารเข้ามามีบทบาททางการเมืองมากขึ้น ทั้ง

ในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

4. ทำให้เกิดความแตกแยกเป็นฝักฝ่ายในกองทัพ

ระหว่างคณะผู้ก่อการกับฝ่ายที่ถูกโค่นล้มอำนาจ หรือระหว่างรัฐบาลกับคณะผู้ก่อการที่ไม่สามารถยึดอำนาจได้

ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงทางการเมืองโดยคณะทหารในประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นหลายครั้ง นับแต่ พ.ศ. 2475 มีผลทำให้ระบบการเมืองขาดความมั่นคงและต่อเนื่องเป็นผลให้ทัศนคติหลักของการปกครอง ได้แก่ รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกอยู่บ่อยครั้ง เป็นการหยุดยั้งความเจริญเติบโตระบอบประชาธิปไตย และทำให้ทหารมีส่วนกำหนดสถานการณ์ทางการเมืองของไทยในลักษณะเผด็จการทางทหาร และรัฐธรรมนูญในช่วงการปกครองในระบอบเผด็จการจะไม่มีลักษณะของรัฐธรรมนูญนิยม หรืออาจมีบ้างแต่น้อยมาก

2.1.4.2 การใช้อำนาจรัฐในรูปแบบของระบบกึ่งประชาธิปไตย²⁹

2.1.4.2.1 ลักษณะของระบบกึ่งประชาธิปไตย

ประการแรก เป็นอุบายของรัฐบาลที่ครองอำนาจอยู่โดยกำหนดในรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะอยู่ครองอำนาจต่อไปให้นานที่สุด มีผู้กล่าวหา พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ ดังนี้เสมอ ในช่วงที่พลเอกเกรียงศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี และนำรัฐธรรมนูญออกมาใช้ รัฐธรรมนูญนี้มีมาตรสำคัญที่สุด 2 มาตรา คือประการที่หนึ่ง นายกรัฐมนตรีไม่ต้องผ่านการรับเลือกตั้งเป็น ส.ส. ประการที่สอง ข้าราชการประจำสามารถดำรงตำแหน่งประจำและตำแหน่งทางการเมืองในเวลาเดียวกัน บทเฉพาะกาลจะใช้เป็นเวลา 4 ปี หลังจากนั้นก็จะเป็ประชาธิปไตยเต็มใบขึ้น โดยจะมีการเปลี่ยนแปลงหลายอย่าง เช่น ข้าราชการประจำและทหารจะดำรงตำแหน่งข้าราชการประจำ และในขณะเดียวกันจะดำรงตำแหน่งทางการเมืองด้วยได้ ถ้าข้าราชการเหล่านี้เลือกที่จะดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะต้องลาออกจากตำแหน่งทางราชการ จะมีการลดอำนาจวุฒิสภากลาง ซึ่งเหตุการณ์นี้ทำให้ทหารบางพวกพยายามเปลี่ยนรัฐธรรมนูญ โดยอ้างเหตุผลที่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่เปิดทางให้ข้าราชการทหารและข้าราชการพลเรือน ซึ่งมีความรู้ความสามารถเข้าไปรับใช้คติทางการเมือง ดังนั้น จึงไม่เหมาะกับประเทศไทย ถึงแม้ว่าความพยายามที่จะแก้รัฐธรรมนูญได้

²⁹ ลิจิต ชีรเวคิน วิวัฒนาการการเมืองการปกครองไทย, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 218.

ประสบความล้มเหลวหลายครั้ง แต่ก็เป็นเรื่องที่จะสร้างความไม่สงบทางการเมืองที่จะเป็นปัญหาทางการเมืองไทยต่อไป

ประการที่สอง ประชาธิปไตยแบบครึ่งใบสะท้อนให้เห็นถึงการมองการเมืองในลักษณะมองความเป็นจริงในประเด็นของการสร้างสถาบัน อันที่จริงเป็นการผสมของเก่าและของใหม่ เป็นที่ทราบกันในหมู่ผู้สังเกตการณ์ทางการเมืองไทยว่า ถึงแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงมากมายทางสังคมก็ตาม แต่โครงสร้างทางอำนาจและสถาบันทางสังคมก็ยังเกือบจะเหมือนเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนเกี่ยวกับทหารและข้าราชการพลเรือน กลุ่มผู้นำเหล่านี้จะยังคงมีบทบาทสำคัญต่อไปในทางการเมืองไทย

ก. บทบาทของกลุ่มทหารและพรรคการเมือง

ก.1 บทบาทของพรรคการเมืองไทย

พรรคการเมืองเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในทางการเมือง ซึ่งหล่อหลอมและนำเอาบรรดาบุคคลที่มีความคิดทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในแนวทางกว้าง ๆ คล้ายคลึงกันเข้ามารวมไว้ในพรรคการเมือง เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถแสดงออกและดำเนินการตามความคิดเห็น โดยถูกต้องตามระบอบประชาธิปไตย ดังนี้

จรรยา สุภาพ ได้ชี้ให้เห็นถึงบทบาทที่สำคัญของพรรคการเมืองไว้ กล่าวคือ พรรคการเมืองเป็นเครื่องเชื่อมโยงกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมเข้าด้วยกัน พรรคการเมืองรวบรวมประชาชน ที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งเข้าเป็นกลุ่มก้อน เพื่อให้เกิดความผูกพันต่อกันด้วยความหวังว่าจะทำให้งานทางการเมืองดำเนินไปอย่างถูกต้องและได้ผล และทำให้เกิดพลังทางการเมือง

กาเบรียล เอ. อัลมอนต์ (Gabriel A. Almond) กล่าวว่า “ในระบบการเมืองทุกระบบจำเป็นที่จะต้องพึ่งพาอาศัยพรรคการเมือง ในสังคมเบ็ดเสร็จ (Totalitarian community) จะใช้พรรคการเมืองเป็นเสมือนเครื่องมือที่จะให้ได้มาซึ่งเสียงสนับสนุนจากมวลชน ในสังคมประชาธิปไตยจะใช้พรรคการเมือง เป็นเสมือนช่องทางที่จะแสดงออกหรือรวบรวมข้อเสนอต่าง ๆ ที่จะเข้าสู่ระบบและในสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงจะใช้พรรคการเมืองเสมือนเป็นตัวแทนที่จะสร้างหรือก่อโครงสร้างของพฤติกรรมของคุณค่าใหม่

นอกจากนี้แล้ว จะเห็นว่า พรรคการเมืองเป็นสิ่งจำเป็นที่จะขาดเสียมิได้สำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากในระบอบประชาธิปไตยนั้น ถือว่าอำนาจทางการเมืองการปกครองเป็นของประชาชนและการใช้อำนาจของประชาชนนั้นจำเป็นต้องมีกลไกที่

เป็นเครื่องมือในการดำเนินการ การรวมกลุ่มของประชาชนในรูปของพรรคการเมือง จึงนับว่าเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งของการใช้อำนาจ

ก.2 บทบาทของสถาบันทหารและการอ้อมมือกับพรรค

การเมือง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 เป็นผลมาจากคณะปฏิวัติฯ โดยพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งมีหลักการของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม แต่ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มีหลักการของความเป็นประชาธิปไตยตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมจึงถูกยกเลิกโดยคณะทหารซึ่งนำโดยพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ ภายหลังจากที่ประกาศใช้มาเป็นเวลาเพียง 2 ปี การที่คณะทหารโดยการนำของพลเรือเอก สงัด ชลออยู่ เป็นผู้ดำเนินการสร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 คงเป็นไปได้ที่คณะทหารจะมีความจริงใจในการสร้างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้เป็นประชาธิปไตย แต่ด้วยมีปัจจัยที่ทหารต้องลดภาพพจน์ความเป็นเผด็จการทหารต่อมุมมองของสังคมต่างประเทศ จึงได้สร้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2521 ให้มีโครงสร้างแบบประชาธิปไตยทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แต่เพื่อให้มีการเหนี่ยวรั้งความเป็นประชาธิปไตยไว้จึงได้กำหนดบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ที่ทำให้ยังคงสืบทอดอำนาจทหารไว้ได้ โดยบทเฉพาะกาลนี้ส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ในส่วนที่มีความเป็นประชาธิปไตยมิได้ถูกนำมาบังคับใช้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีรัฐธรรมนูญแบบเผด็จการทับซ้อนรัฐธรรมนูญแบบประชาธิปไตยไว้ ถ่วงระยะเวลามิให้มีการปกครองแบบประชาธิปไตยไว้ได้ด้วยบทเฉพาะกาลนี้ อันเป็นการสืบทอดอำนาจเผด็จการด้วยการที่ทหารไม่ต้องการให้มีการปกครองแบบประชาธิปไตยและไม่ต้องการให้พรรคการเมืองมีความเข้มแข็ง

แต่อย่างไรก็ตาม แม้สิ้นสุดการใช้บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 แล้วก็ตาม ระบบพรรคการเมืองของไทยก็ยังมีได้มีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะนำพาประเทศไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ ทั้งที่อำนาจทหารได้ลดน้อยถอยลง เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 นั้นมิได้มีความจริงใจในการสร้างให้มีความเป็นประชาธิปไตยมาแต่ต้นทำให้ขาดกลไกที่สำคัญเกี่ยวกับการส่งเสริมและควบคุมระบบพรรคการเมือง โดยเฉพาะการควบคุมด้านการเงิน จึงนำไปสู่ช่องทางของระบบนายทุนนักธุรกิจเข้ามาสู่อำนาจทางการเมืองการปกครองทางพรรคการเมืองเพื่อแสวงหาอำนาจและผลประโยชน์ทางธุรกิจ ด้วยความที่ระบบพรรคการเมืองไม่มีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะ

ให้มีการปกครองประเทศระบอบประชาธิปไตยได้อย่างเต็มตัวนี้ ทำให้การจัดตั้งรัฐบาลต้องร่วมกันหลายพรรคการเมืองและนำมาซึ่งการต่อรองในเรื่องของผลประโยชน์ระหว่างพรรคร่วมรัฐบาล และประเทศอยู่ในสภาวะการณ์ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศต้องเกรงกลัวต่ออำนาจทหารที่จะอ้างความชอบธรรมในการเข้ายึดอำนาจปกครองประเทศ ต้องเกรงกลัวต่ออำนาจทหารที่จะอ้างความชอบธรรมในการเข้ายึดอำนาจได้ทุกเมื่อโดยอ้างเหตุผลความชอบธรรมในอันที่จะรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติเนื่องมาจากการที่นายทุนเข้ามาควบคุมการบริหารปกครองประเทศเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจ พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลจึงต้องพยายามให้มีการรอมชอมอำนาจทางการเมืองกับฝ่ายผู้นำทหาร อันเป็นสภาวะการณ์ของการปกครองประเทศที่ต่างฝ่ายต่างมีบทบาทในการใช้อำนาจการปกครองประเทศ ซึ่งถือได้ว่าเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของการปกครองที่เรียกว่าระบอบการปกครองแบบกึ่งประชาธิปไตย

2.1.4.3 การใช้อำนาจรัฐในรูปแบบของระบบประชาธิปไตย

2.1.4.3.1 ลักษณะของระบบประชาธิปไตย

ความหมายของคำว่าประชาธิปไตยนั้นได้มีการให้ความหมายกันมาตั้งแต่ยุคโบราณสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบันโดยนักทฤษฎีทั้งชาวต่างประเทศและชาวไทย โดยแต่ละท่านได้ให้นิยามและลักษณะของประชาธิปไตยไว้ดังต่อไปนี้

โคเฮน ได้กล่าวถึงความหมายของประชาธิปไตยใน 3 ด้าน กล่าวคือ³⁰

ในด้านกว้าง ประชาธิปไตย เป็นการพิจารณาว่าประชาชนในสังคมหรือชุมชน ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ และมีส่วนหรือบทบาทในการใช้อำนาจนั้นอย่างไร หากชุมชนใดมีความเป็นประชาธิปไตยมากย่อมหมายความว่าคนในชุมชนนั้น มีบทบาทต่อการตัดสินใจหรือการใช้อำนาจของผู้ปกครองเป็นไปในทางที่ตอบสนองความต้องการของประชาชนในชุมชนนั้น

ในด้านลึก ประชาธิปไตยเป็นการพิจารณาว่าประชาชนในชุมชนหนึ่งมีบทบาทหรือมีส่วนร่วมทางการเมืองในอันที่จะมีอิทธิพลต่อการใช้อำนาจรัฐ ในลักษณะใดและเพียงใด ซึ่งลักษณะของมีส่วนร่วมนี้ จะส่งผลให้รัฐบาลใช้อำนาจตอบสนองตรงตามความต้องการของประชาชน

³⁰ Cohen, William C., *Democracy*, (New York : The Free Press, 1971)

ในด้านยาว ประชาธิปไตยเป็นการพิจารณาว่าประชาชนในชุมชนหนึ่ง สามารถมีบทบาทต่อการใช้อำนาจรัฐในเรื่องใดบ้าง โดยดูจากว่าคนในชุมชนนั้นมีบทบาทหรืออิทธิพลต่อการตัดสินใจของรัฐบาลผ่านทางนโยบายต่าง ๆ มากน้อยเพียงใด

สุชุม นवलสกุล กล่าวไว้ว่า ประชาธิปไตย คือการปกครองที่สอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนใหญ่³¹

อมร รักษาศักดิ์ อธิบายไว้ว่า ประชาธิปไตย มีความหมายในหลายทางได้แก่³²

ในความหมายดั้งเดิม ประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองแบบหนึ่งซึ่งสิทธิในการตัดสินใจทางการเมืองที่พลเมืองทั้งปวงเป็นผู้ใช้โดยตรงตามระเบียบวิธีการที่ว่าด้วยเสียงข้างมากเป็นฝ่ายชนะ

การปกครองแบบนี้เรียกกันว่า “ประชาธิปไตยโดยตรง” หรือ “ประชาธิปไตยทางตรง(Direct Democracy)

1. ประชาธิปไตยเป็นการปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งประชาชนพลเมืองใช้สิทธิอย่างเดียวกัน โดยผ่านทางผู้แทนที่ประชาชนเป็นผู้เลือกและรับผิดชอบต่อประชาชนพลเมืองทั้งหมดโดยที่ไม่ได้ใช้สิทธิในการปกครองตนเองโดยตรง เราเรียกประชาธิปไตยแบบนี้ว่า “ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน” (Representative Democracy)

2. ประชาธิปไตยเป็นการปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งแม้ผู้ที่มีเสียงข้างมากจะใช้อำนาจตัดสินใจในลักษณะเสียงส่วนมาก แต่ก็เข้าไปภายใต้ขอบเขตจำกัดแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ออกแบบรับรองสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนรวมบางประการ เช่น สิทธิในการพูด และในการนับถือศาสนา เป็นต้น โดยเรียกประชาธิปไตยแบบนี้ว่า “ประชาธิปไตยเสรีหรือประชาธิปไตยแบบมีรัฐธรรมนูญ” (Liberal or Constitutional Democracy)

3. ประชาธิปไตยในอีกความหมายหนึ่งถูกนำมาใช้อธิบายระบบ

³¹ สุชุม นवलสกุล, ความสำคัญของนโยบายพรรคการเมือง, แนวหน้ารายวัน, (12 กรกฎาคม 2529)

³² อมร รักษาศักดิ์, การศึกษากับการพัฒนาประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ : เจริญผล, 2541), หน้า

การเมืองหรือสังคมใดๆ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะลดความแตกต่างทางสังคมและเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความแตกต่างอันเกิดจากการกระจายทรัพยากรที่ไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าการปกครองในระบอบนั้นจะมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยตามความหมายทั้ง 3 ประการข้างต้นหรือไม่ เราเรียกประชาธิปไตยแบบนี้ว่า “ประชาธิปไตยทางสังคมหรือเศรษฐกิจ”

2.2 แนวคิดว่าด้วยนิติรัฐ

2.2.1 นิยามและองค์ประกอบของนิติรัฐ

2.2.1.1 นิยาม

Robert Von MOLH กล่าวว่า นิติรัฐคือรัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไปจากการให้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปได้ด้วยความสงบสุข³³

กาเร่ เดอ มัลแบร์ กล่าวว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมคนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมคนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐอยู่สองประการคือ กฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการหรือมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ทั้งสองเกณฑ์รวมเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ

ลักษณะเด่นของหลักนิติรัฐคือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ ณ เวลานั้นบัญญัติไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนั้นฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะกระทำการใดที่เป็นการหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้นซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย³⁴

กมลชัย รัตนสกววงศ์ กล่าวว่า นิติรัฐหมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึงวิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของ

³³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่, พิมพ์ครั้งที่สอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), หน้า 23-24.

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า279-282.

รัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย³⁵

จากนิยามของนิติรัฐข้างต้นอาจสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐอาจแยกได้เป็นสองนัย กล่าวคือความหมายของนิติรัฐในแบบแคบและนิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง

นิติรัฐในความหมายอย่างแคบ ในมุมมองของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบเห็น ว่านิติรัฐเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย หมายความว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยไม่จำกัดว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ถูกตราโดยตัวแทนของประชาชนหรือไม่ กล่าวคือขอเพียงแต่มีสภาพเป็นกฎหมายก็สามารถอ้างได้ว่าอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ ในมุมมองของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบนี้อาจอธิบายได้โดยทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง โดยเฉพาะ ทฤษฎีความมีประสิทธิภาพของกฎหมายที่ ฮานส์ เคลเซ่น³⁶ ได้วางไว้คือ เคลเซ่น ได้อธิบายว่า กฎเกณฑ์พื้นฐานหรือ Grund norm นั้นไม่ใช่เรื่องที่เป็นนามธรรมหรือเป็นเรื่องที่คลุมเครือแต่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ กล่าวคือ กฎเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวนี้ตั้งอยู่บนฐานของ ความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) หรือหลักประกันแห่งความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าว หมายความว่า ความสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงของกฎเกณฑ์นั้น ซึ่งสามารถเห็นได้จากกรณีที่ประชาชนหรือคนทั่วไปเชื่อฟังและปฏิบัติตามความสมบูรณ์ของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ เมื่อได้รับอำนาจจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีระดับขั้นสูงกว่า ให้สามารถออกกฎหมายนั้นและกฎหมายนั้นจำเป็นต้องมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ด้วย

ปัญหาที่จะตามมาจากทฤษฎีของ เคลเซ่น คือ รัฐธรรมนูญที่ได้มาโดยการใช้กำลัง หรือการทำปฏิวัติรัฐประหารนั้นผู้ที่ปฏิวัตินั้นเอาอำนาจมาจากที่ใดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และ grund norm ในขณะที่อยู่ที่ไหน เพราะถ้ามองว่า grund norm นั้นเป็นกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่ให้ อำนาจในการออกรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองบ้านเมืองใช้บังคับกับคนทั้ง ประเทศนั้น grund norm จึงต้องมีความชอบธรรมและความถูกต้อง สิ่งใดที่มาจากความไม่ชอบธรรมแล้วถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายนั้น ถือว่าใช้บังคับไม่ได้เพราะมาจากความไม่ชอบธรรม และไม่ถือว่ามาจาก grund norm ดังนั้น กฎหมายทุกฉบับที่มาจากการปฏิวัติรัฐประหารนั้น ไม่ได้มาจาก grund norm แต่มาจากกลุ่มบุคคล เมื่อมองถึงหลักความชอบธรรมและความถูกต้องแล้ว

³⁵ กมลชัย รัตนสากวาศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 92 .

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, เอกสารประกอบการสอน, (โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 7.

รัฐธรรมนูญฉบับที่มาจากคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นจึงไม่ถือว่ามาจาก grund norm แต่ เคลเซ่น มีความเห็นว่า ถึงอย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นมาจากการปฏิวัติรัฐประหารนั้น ก็มาจาก grund norm เพราะกฎเกณฑ์ใดจะใช้ได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับหลักประกันความมี ประสิทธิภาพแห่งการใช้บังคับ โดยมองว่ากฎหมายต้องมีการใช้บังคับไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ดังนั้น หากคำสั่งของคณะปฏิวัติมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้คนทั่วไปต่างปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ดังกล่าวอย่างแท้จริงแล้ว โดยทั่วกัน คำสั่งใหม่นี้ก็จะกลายเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์เป็นตัวกำหนดความชอบหรือไม่ชอบธรรมของการกระทำตามกฎหมาย และจากจุดนี้เองที่ถือว่ากฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานใหม่ได้เกิดขึ้นแล้ว จากการอธิบายเช่นนี้เอง จึงทำให้บรรดานักปฏิวัติทั้งหลายต่างยึดทฤษฎีนี้ในการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อรองรับอำนาจตนเอง

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีของ เคลเซ่น นั้นมีจุดอ่อนในเรื่องของการนำหลักความมีประสิทธิภาพมาใช้ปนกับลำดับชั้นของกฎหมาย จึงทำให้เกิดความเข้าใจไปว่า เมื่อเอาหลักความมีประสิทธิภาพมาพิจารณาแล้ววิธีการใดก็ตามที่ทำให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้ก็จะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและมีความชอบธรรมเสมอ แม้ในบางกรณีอาจจะมาจากความไม่ถูกต้องและไม่ชอบธรรม เช่นมาจากการปฏิวัติรัฐประหาร

หากตีความนิติรัฐในความหมายอย่างแคบแล้วจะพบว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ก็ตามหากกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นั่นย่อมเท่ากับว่าไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐโดยที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้น ไม่คำนึงว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยกระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่โดยมองแค่กฎหมายมีสภาพบังคับใช้โดยไม่มองถึงกระบวนการและเหตุผลในการตรา

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง หมายความว่ารัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายและกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบธรรม ความชอบธรรมของกฎหมายในกรณีนี้ก็คือ กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน กฎหมายต้องคำนึงถึงความมีเหตุผลประกอบด้วยศีลธรรมและชอบธรรมด้วยกระบวนการตรา โดยที่กฎหมายนั้นจะต้องมุ่งเน้นไปในทางที่จะรับรองและส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากจะมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้อาจอธิบายได้โดยหลักศีลธรรมและหลักแห่งความเป็นเหตุเป็นผลและได้สัดส่วนกล่าวคือบรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

การควบคุมไม่ให้กระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้รัฐธรรมนูญขัดกับกฎหมายก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

ดังนั้นนิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้จะหมายถึงนอกจากรัฐและองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว การกระทำที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการกล่าวโดยสรุปว่านิติรัฐคือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐ หรือองค์กรรัฐหรือราษฎรต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

นิติรัฐ เป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายโดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือกฎเกณฑ์ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดรวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันคือ จำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมาย ลักษณะที่เด่นชัดที่สุดของนิติรัฐคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดกระทำต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจปกครอง ดังนั้นในนิติรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเมิดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ความสำคัญของหลักนิติรัฐก็คือ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งให้อำนาจแก่ประชาชนที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายปกครอง

ในนิติรัฐนั้นมีหลักการของกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายปกครองที่สำคัญกล่าวคือ “องค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย” หมายถึง “การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องชอบด้วยกฎหมาย” จากหลักนิติรัฐแสดงถึงการจำกัดอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบซึ่งเท่ากับเป็นการคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยคำนึงถึงระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อค้ำประกันและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นประการสำคัญ นับได้ว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการขั้นมูลฐานอันสำคัญของหลักรัฐธรรมนูญนิยมที่ประชาชนยอมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างบริบูรณ์ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

2.2.1.2 แนวคิดของหลักนิติรัฐ

รัฐที่มีรูปแบบนิติรัฐนั้นต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งสองหลักดังกล่าวถือว่าเป็นหัวใจของนิติรัฐ การแบ่งแยกอำนาจมีขึ้นเพื่อป้องกันการผูกขาดการใช้อำนาจรัฐอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว โดยเกรงว่าองค์กรที่ผูกขาดการใช้อำนาจอาจใช้อำนาจไปในทางที่มีชอบซึ่งอาจจะก่อให้เกิดผลเสียขึ้นแก่ประชาชน ดังนั้นการแบ่งแยกการใช้อำนาจจึงมีขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐให้การรับรอง ด้วยเหตุดังกล่าวการที่รัฐจะกระทำการใดไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในนิติรัฐจึงกำหนดว่า การกระทำดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายของรัฐกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องเคารพต่อหลักแห่งความชอบด้วยกฎหมายและนอกจากนี้รัฐต้องคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนด้วย โดยจะกล่าวดังต่อไปนี้

2.2.1.2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

แนวคิดเรื่องการแบ่งแยกการใช้อำนาจ และการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจภายในรัฐนั้นได้ถูกนำเสนอให้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสคือ มองเตสกีเออ โดยได้ศึกษาแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจที่มีมานานแล้วของนักปราชญ์หลายท่านดังนี้ Aristotle คูเหมื่อนจะเป็นนักปราชญ์คนแรกที่พยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐโดยเขียนไว้ในหนังสือชื่อ Politics ว่าทุกรัฐมีองค์ประกอบสามประการคือ องค์ประกอบที่ดำเนินงานเกี่ยวกับกิจการสาธารณะ องค์ประกอบเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ และองค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ³⁷

Jean Bodin ได้เขียนเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจในหนังสือ De la Republique เกี่ยวกับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกจำกัดลงบางส่วนว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกได้หลายอำนาจ แต่ไม่ได้กล่าวแน่ชัดว่าอำนาจอะไรบ้าง

Pufendorf ได้กล่าวไว้ในหนังสือ De Jure Nature et Gentium โดยได้มีการแบ่งอำนาจอธิปไตยออกไปถึง 7 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่จะลงโทษเพราะฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจที่จะทำสงครามและสงบศึก อำนาจในการทำสนธิสัญญา อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษี และอำนาจในการจัดการศึกษา

Jame Harrington เป็นผู้เสนอหลักการปกครองโดยกฎหมายที่ชัดเจนในยุคกลางได้ให้ข้อสังเกตไว้ในหนังสือ The Art of Lawgiving (ค.ศ.1659) ว่าการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเข้าด้วยกันจะก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในการปกครองได้³⁸

John Locke ได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐเป็นสามส่วนโดยได้อธิบายไว้ในหนังสือ Second Treaties of Civil Government ว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานประการแรกในการปกครองคือ อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหารถือคหมายถึงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและบริหารกิจการภายในของรัฐ ส่วนอำนาจประการที่สามคืออำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ การทำความสัมพันธ์กับต่างประเทศซึ่งอำนาจที่สองและที่สามนี้แยกออกจากกัน จึงเป็นที่สังเกตว่าถือไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากในช่วงของถ้อยคำนั้นเป็นช่วง

³⁷ อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า 54.

³⁸ W.G.Gwyn, The meaning of Separation of Power, 52, 1965, อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์, หนังสืออนุสรณ์งานศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2540), หน้า 309.

ที่เติบโตของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เพื่อจำกัดอำนาจกษัตริย์จึงยังมีได้เน้นถึงอำนาจตุลาการซึ่งยังมีได้แยกออกจากอำนาจกษัตริย์ดังนั้นอำนาจบริหารของลอร์ดนั้นรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย³⁹

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่รัฐนำมาใช้มากที่สุดคือทฤษฎีของมองเตสกีเออซึ่งมองเตสกีเออได้กล่าวว่า

สังคมใดไม่มีการแยกอำนาจสังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการจะสื่อว่าไม่ต้องการให้อำนาจผูกขาดอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียวเพราะเมื่ออำนาจอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียวนั้นจะก่อให้เกิดการใช้อำนาจอย่างไม่มีขอบเขตอีกทั้งยังไม่มีการควบคุมการใช้อำนาจของบุคคลนั้นๆโดยที่มองเตสกีเออได้เสนอให้มีการแยกอำนาจออกเป็นสามองค์กรคือ องค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย องค์กรที่ทำหน้าที่บริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

มองเตสกีเออ ตอกย้ำว่า “เมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียวกันหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกัน อิศรภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะจะเกิดความหวาดกลัวเนื่องจากกษัตริย์ หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราชย์ ... เช่นเดียวกันอิสราฟจะไม่มืออยู่ ถ้าอำนาจตุลาการ ไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ และบริหาร หากรวมอยู่กับนิติบัญญัติ ชีวิตและอิสราฟของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการเพราะตุลาการอาจประพฤติด้วยวิธีรุนแรงและกดขี่ ... ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสาน ถ้าหากคนหรือองค์กรเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็ชนชั้นสูงหรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้งสามเหล่านี้ คือ อำนาจบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหาร นโยบายสาธารณะอำนาจพิจารณาคดีของบุคคล”

พิจารณาจากข้อความข้างต้น มองเตสกีเออไม่ต้องการให้อำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวเพราะตามธรรมดา บุคคลใดก็ตามซึ่งมีอำนาจอยู่ในมือ มักจะใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ ดังนั้นเพื่อจะมีให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงจำต้องจัดให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง ตามวิถีทางแห่งกำลัง หรือที่เรามักจะได้ยินคำกล่าวที่ว่าอำนาจย่อมหยุดยั้งได้โดยอำนาจ (Power Stop Power) บุคคลจึงจะมีเสรีภาพได้แต่ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในมือคนเพียงคนเดียว บุคคลจะไม่มีเสรีภาพ เพราะเกรงว่าบุคคลคนเดียวนี้ จะออกกฎหมายกดขี่และใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ และถ้าอำนาจตุลาการจะไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติ บุคคลจะไม่มี

³⁹ Ivor Jennings Sir, *The Law and the Constitutional*, 20, (5th ed., 1967), อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *หนังสืออนุสรณ์งานศพ ศ.ดร.สมภพ โทตระกิตย์*, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2540), หน้า 309.

เสรีภาพเช่นเดียวกัน กล่าวคือถ้าอำนาจตุลาการมารวมเป็นอำนาจนิติบัญญัติเสรีภาพของบุคคลจะอยู่ในมือผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายด้วย และถ้าอำนาจตุลาการมารวมกับอำนาจบริหาร ผู้พิพากษาจะมีอำนาจบังคับราษฎรได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นเขาจึงต้องไม่ให้มีอำนาจต่าง ๆ นี้ ขึ้นต่อกัน คือต้องให้เป็นอิสระจากกัน เพื่อคุ้มครองและให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน นั่นเองเจตนาแท้จริงของมองเตสกีเออ ไมซ์ บอกว่าอำนาจอธิปไตยต้องแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ หากแต่ที่แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยให้องค์กรต่างๆ ใช้ เพื่อไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจเพียงองค์กรเดียวเพราะมองว่าอำนาจเป็นสิ่งชั่วร้าย ผู้ใช้อำนาจอาจใช้อำนาจโดยมิชอบได้ ฉะนั้น จึงอาจจะเรียก หลักการแบ่งแยกอำนาจ อีกอย่างหนึ่งได้ว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกองค์กรเพื่อใช้อำนาจอธิปไตย การแบ่งแยกอำนาจนั้นจะมีได้เฉพาะในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ส่วนประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการ หรือ อำนาจนิยม หรือ คอมมิวนิสต์ ย่อมไม่มีการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามนี้ออกจากกัน หรือ หากจะมีการแบ่งแยกก็มักจะเข้าไปในทางทฤษฎีเท่านั้น ส่วนในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจทั้งสามยังรวมกันอยู่ ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียว หรือ ขึ้นอยู่กับกลุ่มบุคคลก็ได้ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 สาขาอย่างเด็ดขาด และบริบูรณ์ในกิจการทั้งปวง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ประเทศที่ยังยึดอุดมการณ์เผด็จการมากเท่าใด อำนาจทั้งสามก็ยิ่งจะถูกรวบเอาไว้จนเป็นอำนาจเดียวกันมากยิ่งขึ้นเพียงนั้น กล่าวโดยสรุป การแบ่งแยกอำนาจ คือการมอบอำนาจอธิปไตยใน 3 ลักษณะให้ 3 องค์กรของรัฐได้นำไปปฏิบัติ อันประกอบด้วย รัฐบาลซึ่งทำหน้าที่ทางด้านการบริหารบ้านเมือง รัฐสภา ในฐานะองค์กรด้านนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องทำหน้าที่ออกกฎหมาย และศาลยุติธรรม ในฐานะองค์กรด้านตุลาการ ที่ทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีต่างๆ ภายใต้ระบบแห่งการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ระหว่างทั้ง 3 องค์กรนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับอำนาจตุลาการนั้น โดยลักษณะแล้ว สมควรเป็นอำนาจที่มีอิสระ และจะไปรวมอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ โดยเด็ดขาด

ซึ่งตรงกับหัวใจหลักของนิติรัฐที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเพราะหากปราศจากซึ่งหลักแห่งการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะทำให้อำนาจไปรวมอยู่ที่ตัวบุคคลเพียงคนเดียวและอาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary rule) ซึ่งผู้ทรงอำนาจสามารถสั่งการใดๆ ก็ได้ที่ตนพอใจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งขัดต่อหลักนิติรัฐอย่างชัดเจน

2.2.1.2.2 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หัวใจของหลักนิติรัฐที่สำคัญอีกประการนอกจากหลักการแบ่งแยกอำนาจคือหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งขาดไม่ได้เลยสำหรับการปกครองที่เคารพในหลักนิติรัฐเพราะถึงแม้ว่าจะมีการแบ่งแยกอำนาจที่ชัดเจนแต่หากขาดซึ่งการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ปกครองอาจใช้อำนาจกดขี่ประชาชนได้

ก. สิทธิเสรีภาพตามสำนักแนวคิดกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ⁴⁰

-ST.THOMAS D' AQUINUS (1225-1274)

พระเจ้าเป็นเจ้าเป็นผู้สร้างโลกและกฎหมายขึ้นกฎหมาย
ก่อให้เกิดรัฐ ดังนั้นกฎหมายจึงมีอำนาจเหนือรัฐกฎหมายธรรมชาติเป็นธรรมนุญของโลกกฎหมาย
คือเหตุผลที่ถูกต้องและสอดคล้องกับกฎธรรมชาติ ไม่ว่าจะเกิดชาติใดภาษาใดทุกแห่งก็ใช้กฎ
ธรรมชาติทั่วกันกฎหมายที่บัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับใช้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎธรรมชาติ

-HUGO GROTIUS(1583-1645)

นักปรัชญาชาวฮอลันดา ที่ได้เสนอแนวคิดที่ว่าเสรีภาพนั้น
เป็นอิสระปราศจากการอ้างอิงตามศาสนา และเสรีภาพนั้นต้องแยกออกจากศีลธรรมและจริยธรรม
และเสนอว่าพระเจ้าไม่สามารถแก้ไขกฎธรรมชาติที่มนุษย์สร้างขึ้นได้

โกรติอุสได้เสนอเกณฑ์ในการจำแนกกฎเกณฑ์ของธรรมชาติ
ที่มนุษย์สร้างขึ้นกับกฎเกณฑ์ของพระเจ้าไว้สองประการคือ ประการแรก คืออาศัยความมีเหตุผล
ตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นตัวกำหนดกฎธรรมชาติและโดยพิจารณาข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็น
สากลของธรรมชาติต่างๆยอมทำให้ทราบว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎธรรมชาติ เช่น เสรีภาพในการ
เคลื่อนไหวเป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์ ที่ไม่มีใครสามารถมาจำกัดได้ หรือแม้แต่เสรีภาพในการ
แสดงความคิดหรือความเชื่อที่ไม่อาจมีผู้ใดมาจำกัดได้แม้ความเชื่อนั้นจะเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมก็
ตาม เพราะคงเป็นไปได้ที่จะมีผู้ใดมาล่วงรู้ถึงความคิดและสำนึกภายในจิตใจของมนุษย์แต่ละคน

เสรีภาพในการเคลื่อนไหวหรือความคิดความเชื่อนั้นถือว่าเป็น
เป็นกฎธรรมชาติของมนุษย์เพราะถือว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณของ
มนุษย์ เสรีภาพในการเคลื่อนไหว คือการรับรองเสรีภาพตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายธรรมชาติ
ตามแนวความคิดของโกรติอุส สิ่งที้ออกมาจากตัวมนุษย์เช่นการเคลื่อนไหวหรือความเชื่อนั้นถือ
เป็นกฎธรรมชาติตามแนวคิดของโกรติอุส

นอกจากนี้โกรติอุสยังได้วางรากฐานของความชอบธรรมใน
การปกครองไว้บนหลักสัญญาประชาคมว่า รัฐนั้นเกิดจากการที่อิสระชนทั้งหลายได้เข้ามาร่วมกัน

⁴⁰ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547),

เป็นสมาคมอันบริบูรณ์ที่อิสระชนทั้งหลายนั้นจะได้อยู่ร่วมกันเพื่อการใช้สิทธิทั้งหลายของตน และเพื่อประโยชน์ร่วมกันของคนเหล่านั้น

จากแนวคิดข้างต้นของ โกรติอุส ถือเป็นต้นกำเนิด แนวความคิดสภาวะธรรมชาติและตามมาด้วยแนวคิดสัญญาประชาคม ซึ่งมีอิทธิพลต่ออเมริกันหลังไม่ว่าจะเป็น โทมัส ฮอปส์ จอห์น ลอค และรูสโซ

ค. การรับรองสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (liberté publique)⁴¹

การรับรองสิทธิเสรีภาพของฝ่ายบ้านเมืองนั้นเป็นพัฒนาการที่สืบเนื่องมาจากการรับรองสิทธิเสรีภาพตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ โดยที่ได้มีการนำสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติมาเรียบเรียงและบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยที่การรับรองสิทธิเสรีภาพของฝ่ายบ้านเมืองนั้นมักจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บท และยังเป็นกฎหมายที่สูงสุดภายในรัฐ จึงทำให้การรับรองสิทธิเสรีภาพที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญนั้นมีความศักดิ์สิทธิ์และมีหลักประกันในการรับรองสิทธิเสรีภาพมากยิ่งขึ้น

โดยที่การรับรองสิทธิเสรีภาพของฝ่ายบ้านเมืองนั้นมักจะนิยมทำกันในสองรูปแบบคือการรับรองในคำปรารภของรัฐธรรมนูญและการรับรองแบบแบ่งเป็นหมวดหนึ่งในรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการนำสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยฝ่ายบ้านเมืองแล้วนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบ้านเมืองจะไม่มีสิทธิในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพที่ตนได้รับรองไว้ นั่นเป็นเพราะการรับรองสิทธิเสรีภาพนั้นมีทั้งหมดสองประเภทด้วยกันคือการรับรองแบบสัมพัทธ์และการรับรองแบบสัมบูรณ์หรืออสมบูรณ์ ดังนี้

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนไว้สองลักษณะด้วยกันคือ การรับรองอย่างสมบูรณ์หรือสัมบูรณ์หรือ

⁴¹ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์, วิเคราะห์แนวความคิดสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง (Les libertés publiques), วารสารกฎหมาย ปีที่20 ฉบับที่2 หน้า 105.

เด็ดขาด(absolute)กล่าวคือโดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆและการรับรองอย่างสัมพัทธ์หรือสัมพัทธ์(relative)กล่าวคือรัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นในภายหลังได้⁴²

การรับรองอย่างสมบูรณ์นั้นโดยหลักสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น รัฐไม่สามารถออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของรัฐมาจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นได้ เช่น สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมและในทางความคิด แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างเด็ดขาดไม่ว่าจะเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพแบบสมบูรณ์หรือการรับรองแบบสัมพัทธ์ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย เพราะหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพแบบเด็ดขาดนั้นถือว่าเป็นหลักที่เป็นสากลที่ไม่สามารถปฏิเสธได้และต้องยอมรับ ตัวอย่างเช่น มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า“บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิิกายของศาสนาหรือลัทธินิยมทางศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่พลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆอันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือแตกต่างจากบุคคลอื่น” จากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนาเป็นการรับรองแบบเด็ดขาดซึ่งหมายความว่าบุคคลจะนับถือศาสนา นิิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาใดก็ได้หรือจะไม่นับถือศาสนาใดก็ได้ หรือห้ามมิให้ราษฎรนับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะหรืออุปถัมภ์ศาสนาใดศาสนาหนึ่งโดยเฉพาะและละเลยไม่ให้การช่วยเหลือศาสนาอื่นๆเลยไม่ได้ เพราะโดยสภาพแล้วการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นเรื่องเกิดขึ้นภายในจิตใจไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม ดังนั้นราษฎรมีอิสระที่จะคิดและจินตนาการได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ความพยายามอย่างใดๆที่จะบังคับให้ราษฎรคิดหรือเชื่อไปทางหนึ่งทางใดก็สิ้นนอกจากจะไม่ประสบความสำเร็จแล้วยังเปิดช่องให้มีการขัดแย้งความคิดให้ราษฎรกันได้ง่ายๆทั้งนี้เพราะเทคโนโลยียังไม่เจริญก้าวหน้าพอที่จะผลิตเครื่องมือสำหรับอ่านความรู้สึกลึกซึ้งของคนได้และยังเป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของ

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า

ราษฎรอีกด้วย เมื่อใดที่มนุษย์หยุดคิดก็จะมีสภาพที่ไม่ต่างอะไรกับวัตถุเพราะมนุษย์ต่างกับวัตถุตรงที่คิดเป็นนึ่งเอง แต่ถ้าเมื่อมีเสรีภาพในความเชื่อดังกล่าวแล้วนำความเชื่อของคนไปปฏิบัติหรือไปกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมแล้วก็จะได้รับการลงโทษจากกฎหมายหรือกฎหมายก็จะบัญญัติห้ามการใช้เสรีภาพในการกระทำความผิดดังกล่าวได้ตามหลักที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 38 วรรคแรกตอนท้ายที่ยกมาข้างต้นและมาตรา 28 วรรคแรกที่บัญญัติว่า“บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” บทบัญญัติมาตรา 28 เป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้ได้กับทุกสิทธิและทุกเสรีภาพ ดังนั้นจากการวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้นมาตรา 28 วรรคแรกและมาตรา 38 วรรคแรกตอนท้ายนั้นไม่น่าจะเป็นเรื่องข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพแต่เป็นเรื่องที่เมื่อมีการกระทำหรือการเคลื่อนไหวทางการกระทำออกไปสู่ภายนอกแล้วขัดต่อสิ่งที่ได้รับการบัญญัติไว้ดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญบอกว่าทำมิได้และโดยนัยเมื่อกระทำออกไปแล้วถือว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการกระทำอย่างไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ถ้าสมมุติต่อไปว่า มีความเชื่อในศาสนาหรือลัทธิหนึ่งอย่างแรงกล้าโดยเชื่อว่าถ้ามีการบูชาสัตริเพศพรหมจรรย์ต่อผู้นำทางศาสนาหรือลัทธินั้นแล้ว จะทำให้ผู้ที่ทำพิธีบูชาัญญเป็นอมตะตลอดกาล ปรากฏว่ามีผู้เชื่อในเรื่องดังกล่าวและนำความเชื่อที่ตนมีอยู่ไปจับหญิงสาวทำพิธีบูชาัญญแต่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่บ้านเมืองมาจับผู้ที่ทำพิธีการบูชาัญญดังกล่าว ผู้ทำพิธีบูชาัญญอ้างว่ามีเสรีภาพในการนับถือศาสนาซึ่งเป็นเสรีภาพทางมโนธรรมและความเชื่อดังนั้นไม่มีความผิดเพราะเหตุว่าเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพเด็ดขาด รัฐจะเข้ามาแทรกแซงไม่ได้ จะอ้างเช่นนี้ไม่ได้เพราะในเรื่องดังกล่าวได้มีการนำเสรีภาพตามความเชื่อของคนออกไปปฏิบัติจนขัดต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 และ 38 แล้ว ดังนั้นจะอ้างการคุ้มครองดังกล่าวไม่ได้ ในกรณีนี้ต้องแยกการอ้างเสรีภาพในมโนธรรมหรือในความเชื่อออกจากการกระทำการ เพราะถ้าพึ่งแต่ความเชื่อนั้น รัฐไม่สามารถไปจำกัดได้แต่ถ้ามีการกระทำออกไปตามความเชื่อแล้ว ไปเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้นก็ไม่สามารถกระทำได้ อีกตัวอย่างหนึ่ง ทุกคนทราบกันดีว่า เสรีภาพทางวิชาการอยู่ในความหมายสิทธิเสรีภาพในมโนธรรมและในความคิดเนื่องจากว่าการศึกษอบรมและความรู้ทางวิชาการเป็นเครื่องช่วยให้มนุษย์คิดเป็นดั่งนั้นจึงเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสัมบูรณ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคแรกบัญญัติว่า“บุคคลย่อมมีเสรีภาพทางวิชาการ”และวรรคสองบัญญัติว่า“การศึกษอบรม การเรียนการสอน การวิจัยและการเผยแพร่ งานวิจัยตามหลักวิชาการ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เสรีภาพทางวิชาการมีลักษณะใกล้เคียงกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาเพราะต่างก็เป็นเสรีภาพในมโนธรรม ในทางความเชื่อ ความคิดซึ่งเป็นนามธรรม การควบคุม ตรวจสอบและการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจึงกระทำมิได้ เว้นแต่ได้มีการกระทำเพื่อแสดงออกความคิดดังกล่าวแล้วเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญวางไว้ การนำเอามนุษย์มาทดลองทาง

วิทยาศาสตร์ในลักษณะที่เป็นการขัดต่อจรรยาบรรณและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การทดลองนำเอานักโทษในเรือนจำมาผ่าตัด การฉีควัคซีน หรือวิธีการอื่นใดในลักษณะที่เป็นการทรมานหรือการทดลองที่มีผลต่อชีวิตมนุษย์ วิธีการเหล่านั้นจะกล่าวอ้างเสรีภาพทางวิชาการตามมาตรา 42 ไม่ได้⁴³

ส่วนการรับรองอย่างสัมพัทธ์(relative)เป็นการรับรองของรัฐในสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นแต่รัฐก็สามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นได้เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นสิทธิเสรีภาพในการกระทำแล้ว การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัย แต่ละคนจะใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใดๆที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนไม่ได้ เช่น แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดิน ไม่อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือกล่าวถ้อยคำหรือข้อความใดๆที่มีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งหรือขู่ข่มขู่หรือชื่อเสียงของผู้อื่น หรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เทคโนโลยีแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดมลภาวะหรือทำลายสภาพแวดล้อมหรือความสมดุลของธรรมชาติไม่ได้ ดังนั้นรัฐจึงมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคนโดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างหรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน⁴⁴

2.2.1.2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วน⁴⁵

หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญพื้นฐานทั่วไปและมีค่าบังคับเท่ากับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่บัญญัติหลักการดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม หลักดังกล่าวประกอบไปด้วยอีกสามหลักย่อย คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

⁴³ เศรษฐราช ธรเสนา, เสรีภาพทางวิชาการตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542, หน้า 126-127.

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า50-51.

⁴⁵ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, พิมพ์ครั้งที่1 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2547), หน้า 159.

ในหลักการประการแรกนั้นหมายความว่า มาตรการที่กฎหมายออกมาใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องเป็นมาตรการที่สามารถทำให้เกิดผลตามที่ผู้บัญญัติกฎหมายนั้นต้องการให้เกิดขึ้นจริงๆ ดังนั้น หากกฎหมายต้องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเรื่องหนึ่งเรื่องใด หมายความว่า วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประชาชนในเรื่องดังกล่าวก็ต้องเกิดขึ้นจริงๆ ด้วยในทางปฏิบัติ เช่น มาตรการที่กฎหมายออกมาเพื่อต้องการให้ผู้ขับขี่ยานพาหนะรถยนต์ว่าต้องคาดเข็มขัดนิรภัยขณะขับรถอยู่ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่ออกมาเพื่อต้องการคุ้มครองชีวิตผู้ขับขี่รถยนต์เพื่อป้องกันมิให้เกิดอุบัติเหตุขึ้น เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องการคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล ดังนั้น ถ้าผู้ขับขี่ยานพาหนะฝ่าฝืนก็จะต้องได้รับโทษปรับจากตำรวจจราจร ผู้ขับขี่ยานพาหนะจะอ้างว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหาได้ไม่ เพราะผู้บัญญัติกฎหมายได้คำนึงถึงหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลดังกล่าว มิเช่นนั้นแล้วเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจะไม่มีทางสัมฤทธิ์ผลไปได้

ในหลักประการที่สอง หลักแห่งความจำเป็นนั้นหมายความว่า มาตรการที่กฎหมายบัญญัติมาใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นสำเร็จไปด้วยดี กล่าวคือ ควรเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น ถ้ามีมาตรการอยู่หลายมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้ตรากฎหมายก็ต้องเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดเพราะรัฐจะเรียกร้องให้ประชาชนต้องยอมสละสิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่จำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือประโยชน์สาธารณะนั้น ดังนั้น ถ้าผู้ตรากฎหมายเลือกเอามาตรการที่สร้างภาระให้แก่ประชาชนจนมากเกินไปในขณะที่ยังมีมาตรการอื่นที่สร้างภาระน้อยกว่าก็ถือว่ามาตรการที่สร้างภาระหนักกว่านั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะเป็นการเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นในการให้บรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย

หลักประการที่สาม หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า มาตรการที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายมาใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้วมาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือต้องเป็นกำหนดโทษที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนและหรือสังคมส่วนรวม ถึงแม้กฎหมายที่กำหนดมาตรการดังกล่าวจะสามารถบรรลุตามเจตนารมณ์กฎหมายก็ตาม และมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยมากที่สุดก็ตาม แต่หากได้ใช้บังคับไปแล้วยังก่อให้เกิดผลเสียหายให้แก่เอกชนและหรือแก่สังคมเป็นอย่างมากเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์มหาชนที่จะถึงได้รับแล้ว ก็ถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.2.1.2.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรรัฐ⁴⁶

หลักดังกล่าวทุกองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายในที่นี้จะขอกล่าวถึงสามองค์กรหลักที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยคือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการว่าอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวอย่างไรอันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการปกครองในแบบนิติรัฐ

ก. ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการ หมายความว่า การพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงของศาลนั้นจะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายซึ่งในการพิจารณารรคดีต่าง ๆ นั้นผู้พิพากษาศาลการย่อมมีอิสระในการวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเพราะฉะนั้นหลักคือองค์กรตุลาการมีหน้าที่ต้องเคารพรัฐธรรมนูญและกฎหมายหมายความว่าศาลจะทำคำพิพากษาให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญและขัดต่อกฎหมายไม่ได้

ข. ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ข.1 หลักความมาก่อนของกฎหมาย(der Gurdastz des Vorrangs des Gesetzes) ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของ ฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ(รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหมด จึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร่องในทางปฏิเสธว่าการกระทำ ของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมาย ทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้

ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของ ฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข.2 หลักเงื่อนไขของกฎหมาย(der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร่องให้ทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร่องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคล หาก

⁴⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่, พิมพ์ครั้งที่สอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547)

ไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

ค. หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐที่กล่าวว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ดังนั้นทุกๆคนของรัฐไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือ ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐด้วยเช่นกันซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำของทุกๆคนในรัฐจะต้องเคารพต่อกฎหมาย การกระทำเหล่านั้นจะละเมิดต่อบทกฎหมายไม่ได้ซึ่งหมายความว่าต้องเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายหรือชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นกรอบกำหนดการกระทำของรัฐและประชาชนแต่แรกเริ่มเดิมทีหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นใช้กับประชาชนก่อน ในครั้งนั้นมีแนวความคิดว่าผู้ปกครองไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเองตราขึ้นมา ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้นแต่ต่อมาหลักการดังกล่าวได้ขยายมาสู่ฝ่ายปกครองและทุกๆฝ่าย ทุกองค์กรของรัฐทั้งหมดว่าการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย

องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐเช่นกันก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการนี้ด้วย องค์กร นิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ถูกสร้างขึ้น โดยรัฐธรรมนูญที่ได้รับอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดทาง การเมือง ดังนั้นการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งอำนาจหน้าที่หลักก็คือการตรากฎหมายนั้นต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญด้วยทั้งในเนื้อหา ในรูปแบบของการใช้อำนาจและในกระบวนการใช้อำนาจ กล่าวอย่างง่ายก็คือ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

2.3 ข้อยกเว้นของหลักนิติรัฐ

ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเชื่อว่าจะดำเนินไปตามหลักนิติรัฐเสมอไปเพราะในบางครั้งมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้อำนาจเฉกเช่นในเวลาหรือในสถานการณ์ปกติ จึงทำให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกในการใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น ขึ้นอยู่กับว่าเหตุการณ์ใดๆนั้นทำให้ฝ่ายปกครองเลือกใช้มาตรการที่แตกต่างกัน โดยที่สถานการณ์พิเศษที่ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจนอกขอบเขตแห่งนิติรัฐได้นั้นมีดังต่อไปนี้

2.3.1 ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ยกเว้นอย่างยิ่ง (État d' exception)

ทฤษฎีนี้พัฒนามาโดยแนวคำพิพากษาของศาลปกครองตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่ ๑ ศาลปกครองบอกว่ากรณีใดจะถือเป็นสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งก็ต่อเมื่อ

ก. เป็นสถานการณ์ที่ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งจริงๆ เช่น ภาวะสงคราม ภัยธรรมชาติ โรคระบาด การนัดหยุดงานในอาณาบริเวณกว้างและเป็นเวลานานจนทำให้การบริการสาธารณะสะดุดลงเป็นต้น

ข. สถานการณ์เช่นว่านั้น เมื่อเกิดขึ้นแล้วทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมายได้ดังเช่นสถานการณ์ปกติ

ค. ประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้มาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ยกเว้นดังกล่าวนี้ ต้องคุ้มค่าเพียงพอ เช่น ทำไปเพื่อความมั่นคงของชาติหรือเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ผลของสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายไม่นำมาใช้ในบางกรณี เช่น เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งไปโดยไม่เรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงก่อนตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในสถานการณ์ปกติ คำสั่งนี้ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง ศาลปกครองอาจบอกว่าเป็นกรณีสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่ง การออกคำสั่งดังกล่าวย่อมไม่อาจปฏิบัติตามกฎหมายได้ดังสถานการณ์ปกติ จึงไม่เพิกถอนคำสั่งนั้น นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่อาจออกมาตรการบางประการที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพได้มากกว่าปกติอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม มาตรการต่างๆ ย่อมใช้เพื่อความจำเป็น และใช้ได้เฉพาะในช่วงเวลาที่สถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งยังคงดำรงอยู่ หากสถานการณ์คลี่คลายหรือหายเป็นปกติแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องกลับไปยึดหลักความชอบด้วยกฎหมายดั้งเดิมศาลปกครองเข้ามามีบทบาทควบคุมในส่วนที่ว่า มีสถานการณ์ยกเว้นเป็นอย่างยิ่งจริงหรือไม่ หากมีอยู่จริงการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่เป็นข้อพิพาทในคดีนั้นก็อาจไม่ตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

2.3.2 การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ฉุกเฉิน หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า ภาวะฉุกเฉิน เป็นการประกาศของรัฐบาลที่อาจหยุดการทำหน้าที่บางอย่างของรัฐบาล หรือเตือนให้พลเมืองเตรียมพร้อมในการเปลี่ยนแปลง หรือ

ตั้งการให้หน่วยงานส่วนราชการเตรียมวางแผนรับมือกับเหตุฉุกเฉิน สามารถใช้เป็นเหตุผลในการจำกัดเสรีภาพของพลเมือง การประกาศนี้อาจมีขึ้นในขณะที่เกิดภัยพิบัติตามธรรมชาติ หรือในระหว่างการเกิดความไม่สงบ และการประกาศสงคราม ระบอบเผด็จการมักประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินบ่อยครั้ง และมักยาวนานโดยไม่มีกำหนด

นักทฤษฎีการเมืองบางคนอ้างว่า การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ อำนาจโดยพื้นฐานของรัฐบาล และการรู้ว่าใครเป็นผู้ตัดสินใจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศใดประเทศหนึ่งบอกเราว่า อำนาจที่แท้จริงในประเทศนั้นอยู่ที่ใด แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเขียนไว้แตกต่างไปจากสิ่งที่เกิดขึ้น

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ห้ามาตรา 16⁴⁷ กำหนดให้อำนาจนี้แก่ประธานาธิบดีได้โดยมีเงื่อนไขดังนี้

- 1.) เกิดสถานการณ์ที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ เอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งอาณาเขตของสาธารณรัฐ หรือการบังคับการตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและทันทีทันใด
- 2.) จนทำให้การดำเนินการตามปกติขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องหยุดชะงักลง
- 3.) ประธานาธิบดีต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการต่อนายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ก่อน การประกาศใช้อำนาจ
- 4.) ประธานาธิบดีจะต้องแถลงการณ์การใช้มาตรการดังกล่าวให้ประชาชนทราบ
- 5.) มาตรการดังกล่าวจะต้องดำเนินไปในระยะเวลาจำกัดที่สุดและเป็นไปเฉพาะเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อให้การดำเนินการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นไปตามปกติ

⁴⁷ มาตรา 16 ในกรณีที่สถาบันแห่งรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติหรือบุรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วนและการดำเนินการตามปกติของสถาบันแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับการจัดการสถานการณ์ดังกล่าวได้หลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี และประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

ประธานาธิบดีต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้มาตรการดังกล่าว

มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะเวลาที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เองในระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าวจะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้

เมื่อประธานาธิบดีตัดสินใจประกาศใช้อำนาจตามมาตรา 16 ดังกล่าวแล้ว ผลก็คือ อำนาจทุกประการรวมศูนย์อยู่ที่ตัวประธานาธิบดี ประธานาธิบดีมีอำนาจกระทำการใดๆก็ได้เพื่อแก้วิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้น อีกนัยหนึ่ง คือ เป็น “เผด็จการชั่วคราว” นั่นเอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาในคดี Rubin de servens เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962 รวมสองประเด็นดังนี้

1.) การตัดสินใจประกาศใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของประธานาธิบดี เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ

2.) มาตรการต่างๆที่ใช้ในช่วงเวลาที่ประกาศการใช้อำนาจตามมาตรา 16 อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ ทั้งนี้แล้วแต่กรณี เช่น มาตรการที่มีสถานะเทียบเท่ากับคำสั่งทางปกครองหรือกฎก็อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง ในคดีนี้ มาตรการที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอน คือ คำสั่งของประธานาธิบดีที่ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษในแอลจีเรีย

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 34 กำหนดว่าการจัดตั้งศาลต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ ดังนั้น คำสั่งที่ให้จัดตั้งศาลในกรณีนี้จึงมีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ

กล่าวให้ถึงที่สุด ศาลปกครองบอกว่าการประกาศใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบไม่ได้ แต่มาตรการต่างๆที่ใช้ในระหว่างสถานการณ์พิเศษ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบหากมาตรการนั้นมีสถานะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

2.3.3 การประกาศกฏอัยการศึก (État de siege)

การประกาศกฏอัยการศึกทำได้เมื่อมีภัยอันตรายอันใกล้จะถึงอันเนื่องมาจากสงครามหรือการกบฏโดยใช้กำลังอาวุธ ทั้งนี้การประกาศกฏอัยการศึกดังกล่าวต้องทำในรูปพระราชกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี หากระยะเวลาที่ใช้กฏอัยการศึกเกิน 12 วัน คื่อนำกฏอัยการศึคนั้นกลับมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

เมื่อประกาศใช้กฏอัยการศึกแล้ว อำนาจต่างๆโอนมาอยู่ที่ทหาร ข้าราชการทางอาญาอยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร และเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการใช้มาตรการที่อาจกระทบสิทธิและเสรีภาพได้มากขึ้น

เนื่องจากการประกาศใช้กฎอัยการศึกมักจะใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนไม่สามารถที่จะระงับเหตุการณ์ความไม่สงบภายในรัฐได้ฝ่ายทหารจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการรักษาความสงบเรียบร้อยเพราะทหารมีอุปกรณ์และกำลังพลที่เหนือกว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือน นอกจากนั้นทหารยังเป็นผู้มีระเบียบวินัยและยังสามารถใช้ระเบียบวินัยและมาตรการต่างๆที่มีความรุนแรงมากกว่าพลเรือนโดยปราศจากการควบคุมจากศาลได้ทหารจึงถือสิทธิ์ในการใช้อำนาจมากกว่าพลเรือน โดยที่ทหารสามารถออกคำสั่งที่ในยามปกติเป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนได้ไม่ว่าจะเป็น การตรวจค้น การเกณฑ์แรงงาน การห้ามเดินทาง การยึดหรืออายัดทรัพย์สิน การเข้าพักอาศัยในเคหะสถานของประชาชน การกักตัวบุคคลและที่สำคัญคือการพิจารณาคดีโดยศาลของฝ่ายทหารซึ่งอำนาจประการสุดท้ายนี้เปิดโอกาสให้ทหารเข้ามามีบทบาทแทนที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนมากโดยเฉพาะคดีอาญาบางประเภทต้องขึ้นศาลทหาร

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่ามาตรการต่างๆที่ใช้ในระหว่างประกาศกฎอัยการศึกจะหลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาลปกครอง ศาลปกครองยังยืนยันเสมอมาว่าตนมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการเหล่านั้น เพียงแต่ศาลปกครองจะลดระดับความเข้มข้นในการควบคุมลงมา และจะเพิกถอนเฉพาะมาตรการที่เกินสมควรแก่เหตุอย่างร้ายแรงเท่านั้น

2.3.4 ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล(acte de gouvernement)

การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) หมายความว่า การกระทำบางอย่างของรัฐซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชน ไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ภายใต้ปกครองก็ตาม ทั้งนี้เพราะการกระทำของรัฐบาลมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกับการกระทำในทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้

อนึ่งแม้ศาลในประเทศทั้งหลายมักจะจำกัดอำนาจตัวเองไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยการกระทำขององค์กรทางการเมืองในเรื่องสำคัญ ๆ ซึ่งปรากฏออกมาเป็นทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ เช่น ในอังกฤษและในฝรั่งเศส รู้จักกันในนามของทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (Theory of Acts of Government หรือ Acte de Gouvernement) ในสหรัฐอเมริการู้จักในนามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political Questions)

สาระสำคัญของทฤษฎีเหล่านี้รวมกันก็คือ ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมการกระทำทางการเมืองบางอย่าง

การกระทำของรัฐบาลในกฎหมายฝรั่งเศส
 ในฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองและศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่ยอมรับความคุ้มครองที่เรียกกัน
 ว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งได้แก่การกระทำต่อไปนี้

1. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา

การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภานั้นศาลย่อมไม่
 อาจตรวจสอบได้เพราะเป็นการกระทำทางการเมืองหากศาลมีอำนาจในการตรวจสอบแล้วนั้นก็
 กลายเป็นศาลเข้าไปก้าวล้ำและล่วงในหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งขัดต่อหลักการ
 แบ่งแยกอำนาจที่ต้องการให้ศาลเป็นองค์กรอิสระ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง
 รัฐบาลกับสภานั้นได้แก่การตั้งกระทู้ถามหรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น

2. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นถือเป็นหน้าที่
 โดยตรงของรัฐบาลในการดำเนินความสัมพันธ์กับประเทศอื่น ๆ ซึ่งการทำสนธิสัญญาต่าง ๆ นั้นเป็น
 ความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบในการบริหารงานต่าง ๆ ต่อรัฐสภาในกรณีที่มีการ
 บริหารงานที่ผิดพลาดซึ่งศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลได้

การกระทำของรัฐบาล ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายคือ ศาลปกครองไม่
 อาจควบคุมรัฐบาลได้ ในการดำเนินการบางอย่างของรัฐบาลรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบต่อเอกชนในกรณี
 ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนและเอกชนก็ไม่สามารถที่จะนำเรื่องไปสู่ศาลปกครองได้
 กล่าวคือเอกชนจะขอให้ศาลสั่งยกเลิกเพิกถอนคำสั่งของรัฐบาลไม่ได้

หากมีการนำเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลเข้าสู่ศาลปกครอง ศาล
 ปกครองมักจะไม่นับฟ้องโดยให้เหตุผลว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ผลทางกฎหมายของการกระทำของรัฐบาลนั้นเมื่อไม่อยู่ภายใต้การ
 ควบคุมของศาลแล้วเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบาลกระทำการใดๆก็ได้โดยที่ไม่อยู่ภายใต้การ
 ควบคุมของศาล แต่การกระทำดังกล่าวยังต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรทางการเมืองคือ
 รัฐสภาโดยที่รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้

2.3.5 รัฐตำรวจ (État de police)

2.3.5.1 นิยามรัฐตำรวจ

นักนิติปรัชญามองว่ารัฐตำรวจนั้นคือ รัฐที่ปกครองโดยความพึงพอใจของเจ้าชาย(ผู้ปกครอง)และนอกจากนั้นก็ไม่มีกำกัการใช้อำนาจนอกจากนั้นการคุ้มครองความเป็นปัจเจกบุคคลยังมีน้อยกว่านิติรัฐ⁴⁸

Michel Villey เห็นว่า รัฐตำรวจคือรูปแบบการปกครองที่ไม่ได้ก่อตั้งสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากแต่มีคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของประชาชนและความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยการใช้กำลังทางกายภาพ (La force publique)⁴⁹

Hobbe ให้ความเห็นเกี่ยวกับรัฐตำรวจไว้ในทฤษฎีสัญญาประชาคม แนวคิดของฮอปส์นั้นมองว่าต้องมีรัฐาธิปัตย์เพื่อทำหน้าที่รักษาความสงบในสังคมและอำนาจของรัฐาธิปัตย์นั้นมาจากการที่ประชาชนมอบอำนาจให้และไม่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนอีกต่อไปดังนั้นรัฐาธิปัตย์จึงสามารถใช้อำนาจอย่างไรก็ได้ตามความพอใจของเจ้าชาย⁵⁰

มจ.วรรณไวทยากรกล่าวว่า รัฐตำรวจ(รัฐบาลตำรวจ)เป็นรัฐที่ให้รัฐบาลเป็นเพียงผู้ที่รักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเท่านั้น ยังไม่ถึงกับวางหลักว่ารัฐบาลต้องวางหลักการบำรุงประชาชนเอาไว้(รัฐบาลเทพาร์กซ์)ซึ่งท่านได้กล่าวซ้ำอีกว่ารัฐบาลสยามในระยะแรกของการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้นเป็นรัฐบาลตำรวจ⁵¹

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่า การ์เร่ เดอ มาลแบร์ (R. Carré de Malberg) ซึ่งให้เห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างรัฐตำรวจกับนิติรัฐ ซึ่งฝ่ายปกครองต้องกระทำการตามกฎหมายว่า “ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลยพินิจได้อย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชน เพื่อบรรลุ

⁴⁸ Jacques Chevallier, *L'État de droit*, Édition 4e, (Montchrestien), p.64.

⁴⁹ Michel Villey, *Philosophie du droit Définitions et fins du droit Les moyens du droit*, (Dalloz), p.111.

⁵⁰ Jacques Chevallier, *L'État de droit*, p.18.

⁵¹ พระองค์เจ้าวรรณไวทยากร, *อภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*, พิมพ์ครั้งที่สอง (พระนคร: ไทยพานิช, 2488)

วัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่า วัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ⁵²

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นเกิดขึ้นได้ในทุกรูปแบบของการปกครองเพียงแต่ว่าการใช้อำนาจนั้นอาจไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้แต่ทั้งนี้การใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นก็มิวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

2.3.5.2 เกณฑ์ในการใช้อำนาจรัฐตำรวจ

2.3.5.2.1 การใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายบริหาร

หัวใจของกฎหมายมหาชนคือถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ก็ไม่สามารถกระทำการได้ จากหัวใจที่เป็นปรัชญาสำคัญของกฎหมายมหาชนนี้สะท้อนให้เห็นว่าการกระทำต่างๆของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะกระทำลงไปโดยใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้อยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐหรือแม้แต่การกระทำที่ใช้อำนาจรัฐตำรวจก็ตาม

ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นจะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการดำเนินการก็ตามฝ่ายปกครองก็จำเป็นที่จะต้องมีการรับรองการกระทำของตนมิเช่นนั้นการกระทำดังกล่าวอาจกลายเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจและอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้

การใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือการรักษาระเบียบและความสงบเรียบร้อยในสังคมในยามที่เกิดวิกฤตการณ์ต่างๆภายในรัฐที่ทำให้ไม่สามารถใช้กระบวนการต่างๆตามปกติของหลักนิติรัฐได้ ดังนั้นการใช้อำนาจหรือกำลังบังคับในรูปแบบการใช้อำนาจแบบรัฐตำรวจนั้นย่อมที่จะต้องไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพบางประการของประชาชน ถึงแม้ว่ารัฐตำรวจจะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่คำนึงถึงวิธีการหากแต่คำนึงถึงเป้าหมายสุดท้ายเพียงอย่างเดียวก็ตาม แต่การใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นก็ย่อมที่จะต้องเคารพกฎหมายแม่บทที่เป็นคัมภีร์ให้อำนาจให้แก่คนซึ่งในที่นี้ก็คือรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญนี้เองที่เป็นกฎหมายหลักในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 279.

ถึงแม้ว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐตำรวจแต่ฝ่ายปกครองก็ยังคงคำนึงถึงกฎหมายที่เป็นแม่บทในการให้ใช้อำนาจอยู่ กล่าวคือรัฐธรรมนูญเองนั้นจะเป็นตัวกำหนดให้ว่าการใช้อำนาจพิเศษและเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีอย่างไรบ้าง ซึ่งตรงนี้ฝ่ายปกครองต้องเคารพอย่างเคร่งครัดและไม่อาจล่วงละเมิดได้

2.3.5.2.2 เป็นการใช้อำนาจโดยไม่มี การจำกัดวิธีการ

การใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นเป็นการใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมในการที่จะใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นจะต้องเกิดสถานการณ์ที่องค์กรของรัฐไม่สามารถใช้อำนาจเฉกเช่นในสถานการณ์ปกติเช่นเกิดพิบัติภัยทางธรรมชาติหรือการควบคุมโรคระบาด อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจรัฐตำรวจนี้ต้องแยกออกจากการใช้อำนาจรัฐทหารหรือการประกาศกฎอัยการศึกเพราะการใช้อำนาจรัฐทหารหรือการประกาศกฎอัยการศึคนั้นเป็นการที่ฝ่ายปกครองไม่อยู่ในสภาวะการณ์ที่จะตั้งงานได้ตามปกติและหรือเกิดภาวะสงครามขึ้นไม่ว่าจะเป็นสงครามที่เกิดภายนอกหรือสงครามที่เกิดภายในรัฐซึ่งในสภาวะการณ์สงครามนั้นฝ่ายบริหารเลือกที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายทหารในการทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม อย่างไรก็ตามการใช้ทั้งอำนาจรัฐตำรวจหรือการประกาศกฎอัยการศึคนั้นมีจุดที่เหมือนกันคือมุ่งเน้นถึงถึงวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้นคือการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม โดยที่การใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมในยามที่ต้องใช้อำนาจรัฐตำรวจนั้นย่อมเป็นไปได้ที่ฝ่ายปกครองจะมาคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงทำให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการออกระเบียบหรือมาตรการต่างๆ มาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคมโดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจโดยที่กฎหมายที่ตราขึ้นมานั้นมักจะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นซึ่งจะมีเนื้อหาเพียงแต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายและการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองโดยที่กฎหมายนั้นได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินกิจกรรมใดๆก็ได้ที่ฝ่ายปกครองเห็นสมควรในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์สุดท้ายของกฎหมายซึ่งในที่นี้คือการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม

โดยที่การใช้อำนาจรัฐตำรวจของของฝ่ายปกครองนั้นฝ่ายปกครองสามารถออกมาตรการใดๆก็ได้ที่ตนเห็นว่ามีความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเพราะฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจโดยการตรากฎหมายให้ฝ่ายปกครองโดยที่ไม่มีกฎเกณฑ์ในการควบคุมการใช้อำนาจไว้ทำให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินมาตรการใดๆก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงวิธีการหากแต่มองที่การบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายเสียมากกว่า

2.3.5.2.3 การใช้อำนาจนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม
 ในสถานการณ์ปกตินั้นฝ่ายนิติบัญญัติย่อมที่จะไม่ยินยอมในการ
 ทรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองในการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการดำเนินกิจการ
 ต่างๆอย่างแน่แท้เพราะในยามปกตินั้นฝ่ายปกครองย่อมที่จะต้องตกอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐที่จะต้อง
 เคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเคร่งครัด โดยที่ต้องคำนึงถึงหลักการต่างๆที่เกี่ยวข้อง
 กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าจะเป็นหลักความได้สัดส่วนที่ฝ่ายปกครองต้องชั่ง
 ประโยชน์วาระหว่างประโยชน์ของเอกชนที่ต้องเสียไปกับประโยชน์ที่ส่วนรวมได้รับนั้นสมดุลกัน
 หรือไม่ ถ้าไม่ได้สัดส่วนกันแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองก็อาจถูกเพิกถอนโดยศาลได้ ซึ่งใน
 ภาวะปกตินั้นการใช้อำนาจรัฐตำรวจไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยเพราะฝ่ายปกครองต้องเคารพต่อสิทธิ
 เสรีภาพของประชาชนอย่างเคร่งครัดและไม่อาจละเมิดได้ หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของ
 ประชาชนได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้หากแต่ไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลยพินิจอย่าง
 กว้างขวาง

แต่เมื่อมีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวไว้แล้วเช่นเหตุอัน
 เกิดจากภัยธรรมชาติหรือเกิดภาวะโรคระบาดหรือเกิดความไม่สงบภายในรัฐอันไม่ได้เกิดมาจาก
 ภาวะการสังครามทั้งในหรือนอกรัฐนั้นฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการดำเนินมาตรการใดๆก็
 ตามที่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน
 มากนักเพราะถ้าฝ่ายปกครองคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเฉกเช่นในสถานการณ์ปกติการ
 รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในยามที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นย่อมไม่อาจทำได้ทันทั่วถึง
 เพราะฝ่ายปกครองย่อมต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่างๆ ดังนั้นหากฝ่ายปกครองไม่มีความคล่องตัวใน
 การดำเนินมาตรการต่างๆแล้วนั้นผลที่อาจตามมาคือฝ่ายปกครองไม่อาจดำเนินมาตรการต่างๆใน
 การรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ทันเวลา และจะนำมาซึ่งสภาพการณ์ไร้ระเบียบในสังคม
 (disorder) ดังนั้น ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่ปกติขึ้นแล้วนั้นฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจที่จะใช้
 อำนาจรัฐตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้ซึ่งเป็นเงื่อนไขหลักของการใช้อำนาจ
 รัฐตำรวจของฝ่ายปกครอง

2.4. วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจรัฐที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ

วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจรัฐที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐนั้นจะมีผลเพียงประการเดียว
 คือการใช้อำนาจพิเศษเหล่านี้ต้องบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ไม่จำกัดวิธีการในการใช้
 อำนาจหากแต่การบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นจะมีข้อแตกต่างกันสองประการคือบรรลุ
 วัตถุประสงค์แต่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับบรรลุวัตถุประสงค์แต่กระทบต่อสิทธิ
 เสรีภาพของประชาชนดังจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

2.4.1 บรรลุวัตถุประสงค์และอยู่ในกรอบแห่งกฎหมายและไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในส่วนที่แล้วได้กล่าวถึงการใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐของฝ่ายปกครองว่ามุ่งแต่บรรลุวัตถุประสงค์สุดท้ายของกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงวิธีการในการไปสู่เป้าหมายดังนั้นฝ่ายปกครองจึงสามารถดำเนินมาตรการใดๆก็ได้ที่เห็นสมควรในสถานการณ์นั้นๆ โดยไม่คำนึงถึงวิธีการในการบรรลุเป้าหมาย เมื่อฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจได้อย่างกว้างขวางแล้วนั้นย่อมเป็นไปได้เลยที่มาตรการต่างๆของฝ่ายปกครองที่ออกมาในการบังคับใช้ในสถานการณ์ที่เป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจนั้นจะไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะแม้แต่ในยามที่สถานการณ์เป็นปกติการใช้อำนาจบางอย่างของฝ่ายปกครองก็อาจไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ เช่นในเรื่องของการเวนคืนที่ดินที่จะต้องไปกระทบต่อเสรีภาพในการเลือกที่อยู่อาศัยของประชาชน ดังนั้นในการใช้อำนาจที่อยู่นอกเหนือหลักนิติรัฐของฝ่ายปกครองนั้นย่อมเป็นไปได้เลยที่จะไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.4.2 บรรลุวัตถุประสงค์และอยู่ในกรอบแห่งกฎหมายแต่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในการใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐของฝ่ายปกครองนั้นย่อมที่จะต้องมีการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้นมีเพียงประการเดียวคือการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมดังนั้นในการที่จะบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจนั้นย่อมที่จะต้องมีการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เพราะการที่ฝ่ายปกครองต้องรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคมนั้นย่อมต้องใช้มาตรการต่างๆที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะเมื่อมีเหตุการณ์ไม่สงบเกิดขึ้นแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องระงับเหตุการณ์นั้น ฝ่ายปกครองย่อมที่จะต้องการความสะดวกในการระงับเหตุการณ์ต่างๆที่ก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยซึ่งฝ่ายปกครองย่อมที่จะต้องออกมาตรการต่างๆมาเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ตัวเองในการระงับเหตุต่างๆ เช่นในกรณีของความไม่สงบในพื้นที่ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจในการออกมาตรการมาเพื่อระงับเสรีภาพบางประการของประชาชนเช่นเสรีภาพในการเดินทางของประชาชน ในยามวิกาล หรือการจัดตั้งเขตหวงห้ามขึ้น ในบางพื้นที่ที่ฝ่ายปกครองเห็นว่าต้องสงวนไว้สำหรับฝ่ายปกครองเท่านั้น

ดังนั้นในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เลยเพราะเป็นการใช้อำนาจที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครองในการดำเนินมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม

2.4.3 ไม่บรรลุลักษณะวัตถุประสงค์และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินมาตรการต่างๆมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมแล้วนั้นมาตรการต่างๆเหล่านั้นไม่อาจบรรลุลักษณะวัตถุประสงค์ได้ไม่ว่าจะเป็นการไม่บรรลุลักษณะวัตถุประสงค์เพราะมาตรการของฝ่ายปกครองเองหรือการไม่บรรลุลักษณะวัตถุประสงค์เพราะเหตุการณ์นั้นกลับทวีความรุนแรงมากขึ้น อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีการใช้อำนาจและไม่บรรลุลักษณะวัตถุประสงค์แล้วนั้นย่อมหมายความว่าได้มีการใช้มาตรการต่างๆมาบังคับกับประชาชนแล้วซึ่งเท่ากับว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ถูกรบกวนโดยมาตรการของฝ่ายปกครองแล้วหากแต่ผลลัพธ์นั้นไม่เป็นไปตามที่ฝ่ายปกครองคาดหวังไว้ กล่าวคือไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมไว้ได้ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้างทั้งจากสถานการณ์ที่ไม่ปกติอยู่แล้วและอาจจะทวีความรุนแรงขึ้นจากมาตรการที่ไม่เป็นผลของฝ่ายปกครอง

ดังนั้นก่อนการประกาศใช้มาตรการใดๆนั้นฝ่ายปกครองควรที่จะต้องตั้งเห็นว่ามาตรการนั้นๆมีประสิทธิภาพเพียงพอและสามารถที่จะใช้มาตรการนั้นๆในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมได้ ไม่ใช่เป็นการใช้มาตรการที่ไร้ประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม เพราะจะก่อให้เกิดผลร้ายต่อประชาชนในการใช้สิทธิเสรีภาพซึ่งประชาชนได้ใช้เป็นประจำ

