Journal of Asia Social Science Studies Original Article

Received: 6 July 2024 Revised: 12 August 2024 Accepted: 25 August 2024

ปัญหาความไม่สอดคล้องกันระหว่างทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองในเรื่องหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality)

The problem of inconsistency between legal theory and political theory regarding the principle of constitutionality

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล[1]

Tanaroj Lortanapaisan

บทคัดย่อ

สถาบันตุลาการที่เป็นหนึ่งในสถาบันการเมืองที่มีบทบาทในการใช้อำนาจหน้าที่บังคับใช้รัฐธรรมนูญโดยใช้ทฤษฎีกฎหมายเป็นหลัก จำเป็นที่จะต้องอ่านรัฐธรรมนูญอย่างมีศีลธรรมให้สอดคล้องกันทั้งในทฤษฎีกฎหมาย และทฤษฎีการเมืองเนื่องจากรัฐธรรมนูญมีหลายมิติทั้งในมิติกฎหมายและมิติการเมือง ซึ่งอาจมีมุมมองในประประเด็นที่แตกต่างกันได้ การตีความทางกฎหมายว่าขัดกับรัฐธรรมนูญในการอ้างหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาในมิติกฎหมายเป็นสำคัญต้องคำนึงถึงเจตจำนงของสังคมที่ถูกบัญญัติหรือเขียนเป็นรัฐธรรมนูญเพื่อใช้กับทุกสถาบันการเมือง การอ่านเจตจำนงสังคมผ่านรัฐธรรมนูญของฝ่ายตุลาการที่อ้างอิงหลักการจากทฤษฎีกฎหมายเป็นหลัก จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวด้วยโดยเฉพาะหลักการปกครองตนเอง และหลักการปกครองโดยกฎหมายที่จำเป็นจะต้องพิจารณาที่จุดตัดที่เหมาะสมให้ได้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถมีชีวิตทั้งในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง

คำสำคัญ: ความไม่สอดคล้องกัน,ทฤษฎีกฎหมาย, ทฤษฎีการเมือง, หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

[1] คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเวสเทิร์น ; Faculty of law –Western University ,Thailand
Corresponding author, e-mail: tallmanandtallman @gmail.com,Tel. 081-8437249

Abstract

The judicial institution is one of the political institutions that have a role in exercising authority and duty to enforce the constitution using legal theory as the main basis. It is necessary to morally read the Constitution in a way that is consistent with both legal theory and political theory because the Constitution has many dimensions, both in the legal dimension and in the political dimension, which may have different viewpoints on the issue. Legal interpretation of violations of the constitution in citing the principles of constitutionality by considering the legal dimension is important. It must take into account the will of the society that was established or written into the constitution to apply to all political institutions. The judicial reading of social will through the constitution is based on principles from legal theory. It is necessary to take into account political theory regarding the constitution in this matter. Especially the principle of self-government and the principles of rule of law that are necessary must be considered at an appropriate intersection. So that the constitution can have life in both legal theory and political theory.

Keywords: Inconsistency, Legal theory, Political theory, Constitutionality

1.บทนำ

ปัญหาความเห็นที่แตกต่างกันในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการ กรณีฝ่ายตุลาการอ้างนโยบายกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอ้างความชอบธรรมจากการตีความรัฐธรรมนูญ และอ้างหลักการปกครองโดยกฎหมาย(Rule of law)ว่าเป็นเขตอำนาจฝ่ายตุลาการโดยแท้ ซึ่งส่งผลให้ร่างกฎหมายที่เป็นนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติผู้แทนปวงชนตามหลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก(Majority rule)ตกไป เป็นปัญหาที่ถกเถียงในสังคมทั่วไปแม้กระทั่งในทางวิชาการ ตัวอย่างสหรัฐอเมริกาที่ผ่านประสบการณ์เช่นนี้มายาวนาน เช่นการตีความว่ากฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการต่างๆว่าขัดกับเสรีภาพในการก่อสัญญาของพลเมืองในโครงการนิวดีล ส่วนในไทยจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3 – 4/2557ว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งเนื้อหาและกระบวนการ อ้างการตีความและกระบวนการนิติบัญญัติบกพร่อง โดยอ้างมิใช่ปัญหาดุลพินิจในทางนิติบัญญัติจึงมิใช่การก้าวล่วงเขตอำนาจนิติบัญญัติ รวมถึงกรณีอื่นที่มักอธิบายว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ Sager (2001, p.110) เห็นว่าปัญหาเช่นนี้ไม่อาจพิจารณาจากมุมมองเพียงด้านใดด้านหนึ่งได้เพราะในแต่ละสังคม มีปัจจัยหลายด้านทั้งกฎหมาย การเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ สังคม รวมถึงวัฒนธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องในประเด็นกฎหมายกับประชาธิปไตยในการอ่านความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาที่จุดตัดหรือจุดร่วมกันที่สำคัญของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการคือ รัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ที่อาจพิจารณาในเชิงปรัชญากฎหมายและการเมืองการปกครองก็ได้ ซึ่งควรมีทิศทางและความสอดคล้องกันเพื่อแสดงถึงความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวในสังคม (Solidarity) ในรัฐสมัยใหม่ที่ปวงชนผู้ทรงอำนาจ

อธิปไตยมีเจตจำนงร่วมกันก่อตั้งขึ้น โดยยึดในการปกครองโดยเสียงข้างมากจากผู้แทนปวงชนในการปกครองตนเองโดยกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญที่ปวงชนกำหนด โดยใช้อำนาจของปวงชนผ่านสถาบันการเมืองต่างๆ ของรัฐที่จะเป็นองค์กรแสดงถึงเจตจำนงของปวงชน แล้วสถาบันการเมืองจะมีความเห็นแตกต่างกันในเจตนารมณ์กฎหมายหรือเจตนารมณ์ปวงชนได้หรือไม่? และอะไรควรเป็นเจตจำนงที่แท้จริงของปวงชน? ซึ่งจะพิจารณาให้สัมพันธ์และสอดคล้องกันทั้งทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยได้อย่างไร? ถ้ารัฐธรรมนูญประชาธิปไตยมีจุดมุ่งหมายเดียวกันในการรักษาสิทธิมนุษยชนและพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพลเมือง การตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยขององค์กรของรัฐหรือสถาบันการเมือง ควรเป็นไปในลักษณะสอดคล้องกันทั้งในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง โดยเฉพาะการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการเพื่อการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการเสนอนโยบายกฎหมายของรัฐสภาจะต้องมีจุดตัดกันในทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมายที่ควรมีขอบเขตสอดคล้องสัมพันธ์กัน

บทความมีวัตถุประสงค์จะกล่าวถึงแนวทางในการตีความรัฐธรรมนูญที่ควรจะมีเจตนารมณ์เดียวกันสอดคล้องกันทั้งในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองว่าอะไรคือเจตจำนงของรัฐธรรมนูญที่จะบ่งความหมายถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยในตอนที่สองจะกล่าวถึงหลักการปกครองตนเองจากทฤษฎีการเมืองมาสู่ทฤษฎีกฎหมาย ที่แปลงไปสู่ หลักการปกครองโดยกฎหมายที่ทฤษฎีกฎหมายให้ความสำคัญในการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปสู่ตอนที่สามการพิจารณาให้สอดคล้องกันภายใต้รัฐธรรมนูญเดียวกัน และสรุปในตอนสุดท้าย

2.ปัญหาความสัมพันธ์ทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองในเรื่องหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.1 จุดมุ่งหมายเดียวกันของ “หลักการปกครองตนเอง”โดยกฎหมาย ในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง

ปัญหาในทางทฤษฎีของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการที่ต่างฝ่ายก็มุ่งไปที่จุดหมายหลักเดียวกันคือหลักการปกครองตนเอง(Self-rule)ของปวงชนในทางการเมือง หรืออีกนัยหนึ่งคืออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน(Popular sovereignty) ที่ในทางทฤษฎีกฎหมายอธิบายผ่าน หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยไปสู่สัญญาประชาคม การปกครองตนเองโดยกฎหมาย ในขณะที่ทฤษฎีการเมืองอธิบายเช่นเดียวกันไปสู่การปกครองตนเองของปวงชนโดยผ่านกระบวนการประชาธิปไตย(Democratic process)ไปสู่การปกครองโดยผู้แทนเสียงข้างมากในการทำกฎหมายปกครองตนเอง ซึ่งทั้งในทางทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองยังมีทั้งกระบวนการและเนื้อหาของอีกหลายแนวคิดเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ในตอนท้ายปัญหาการปกครองตนเองของปวงชนนำไปสู่ปัญหาความไม่ตรงกันในการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยของทั้งสองฝ่ายได้อย่างไร? เมื่อพิจารณาในกรณีร่างกฎหมายที่เป็นนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่หากพิจารณาในเจตนารมณ์ปกครองตนเองโดยปวงชนโดยกฎหมายทั้งในมิติกฎหมายและการเมืองซึ่งมีจุดตั้งต้นจากฐานที่มาเดียวกันและไปสู่เป้าหมายเดียวกันในจุดสุดท้าย การทำหน้าที่ทั้งในทฤษฎีทางกฎหมายและการเมืองควรจะสัมพันธ์กันสอดคล้องกันที่สามารถอธิบายได้ เพราะมีจุดประสงค์และเป้าหมายเดียวกัน แม้วิธีการและใช้เครื่องมือต่างกัน แต่ต้องอธิบายการใช้เครื่องมือที่ต่างกันไปสู่วัตถุประสงค์เดียวกันได้ การทำหน้าที่ของสถาบันการเมืองทั้งสองจึงไม่ควรมีจุดมุ่งหมายสุดท้ายของสถาบันการเมืองที่แตกต่างกัน

เมื่อทั้งทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองต่างอธิบายว่า อำนาจอธิปไตยคืออำนาจที่สูงที่สุดในรัฐแล้วอำนาจนี้มีขอบเขตและถูกจำกัดได้หรือไม่ในทฤษฎีกฎหมาย และสอดคล้องกันหรือไม่ในทฤษฎีทางกฎหมายและทฤษฎีทางการเมือง เพราะปัญหาทางปรัชญาในแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หรือ

อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ หรืออำนาจอธิปไตยปวงชนเป็นของรัฐก็ดี ล้วนแล้วขึ้นกับพัฒนาการของแต่ละสังคม เช่นสาธารณรัฐเยอรมันที่ยึดทฤษฎีการเมือง (Political theory)เป็นหลัก มาอธิบายว่าอำนาจอธิปไตยของปวงชนเป็นของรัฐด้วยอิทธิพลปรัชญารัฐของเฮเกล โดยทำให้เข้ากับเงื่อนไขทางการเมืองที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดสังคมนิยม โดยมุ่งไปที่ความยุติธรรมทางสังคมมากกว่าบุคคล(Merriam, 2001, p.44-45) แต่อำนาจอธิปไตยของรัฐ เป็นนามธรรม และมิใช่ที่รวมสิทธิปัจเจกชน แต่ถูกทำให้มีชีวิตขึ้นมาเพื่อที่จะปกป้องปัจเจกชน ให้เป็นเอกภาพ เป็นที่รวมเจตจำนงของทุกฝ่ายทั้งส่วนตัว ครอบครัว และชุมชนส่วนรวม (Merriam, 2001, p.47-48) Merriam (2001, p.56)เห็นว่าซึ่งในปัจจุบันแนวคิดอำนาจอธิปไตยหันมายึดเรื่องรูปธรรมมากขึ้น ที่อำนาจอธิปไตยของรัฐอาจถูกจำกัดได้โดยยึดลักษณะทางกฎหมาย (Natural of legal) ที่นำไปสู่สิทธิและหน้าที่ทางกฎหมาย จึงทำให้แนวคิดอำนาจอธิปไตยรัฐสูงสุดแต่อาจถูกจำกัดโดยรัฐเองโดยองค์กรต่างๆ (Organism)ในรัฐได้ (Merriam, 2001, p.60)

การใช้อำนาจอธิปไตยในหลักการปกครองตนเองของปวงชนของรัฐสมัยใหม่(Modern state) ในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองในรัฐสมัยใหม่นั้น ถ้าถือเป็นจุดมุ่งหมายตั้งต้นและเป็นเป้าหมายสุดท้ายของทุกสถาบันการเมือง ที่ต้องถือเป็นทั้งวิธีการและเป้าหมายในรัฐสมัยใหม่เหมือนกัน ก็ต้องอธิบายในหลักการสำคัญทางทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมายร่วมกันในแต่ละมุมมองได้ รัฐสมัยใหม่ที่มีจุดเปลี่ยนหรือหลักการที่สำคัญในการเริ่มต้นคือการเชื่อถือในความมีเหตุผล(Reason) ของมนุษย์หรือที่ในทางสังคมวิทยาเรียกว่ายุคเหตุผลนิยมมาแทนที่ยุคแห่งความเชื่อ(Faith) มาสู่การปกครองโดยมนุษย์มิใช่พระเจ้า สวรรค์ หรือกษัตริย์อีกต่อไป โดยรัฐสมัยใหม่มีจุดยึดอยู่ที่มนุษย์หรือปวงชนเป็นสำคัญให้มนุษย์เป็นตัวการแห่งกฎหมาย (ปรีดี , 2541, น.172) ตามแนวคิดมนุษย์นิยม โดยอารยะธรรมของมนุษย์ได้สร้างและสะสมองค์ความรู้มาอธิบายการเปลี่ยนแปลงนี้ทั้งในเชิงปรัชญากฎหมายและปรัชญาการเมือง คือหลักการสิทธิมนุษยชน(Human rights) และศักดิศรีความเป็นมนุษย์(Human dignity) ที่เห็นว่ามนุษย์นั้นมีสิทธิตามธรรมชาติ(Natural rights) บางประการที่สามารถยกสิทธิขึ้นอ้างต่อทั้งสังคมและรัฐ โดยเฉพาะสิทธิในเสรีภาพและสิทธิในความเสมอภาคของการเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน ที่จะปกครองตนเอง ที่สังคมต้องการปลดปล่อยให้มนุษย์มีเสรีภาพ ในหลักกฎหมายที่อ้างคือ หลักการเสรีภาพและความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย สิทธิมนุษย์ชน ศักดิศรีความเป็นมนุษย์โดยเสรีภาพและเหตุผล นำไปสู่การก่อตั้งรัฐที่เป็นกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ(Natural law)ที่มนุษย์มีอำนาจปกครองตนเอง โดยสร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ที่มีกระบวนการทางการเมืองและกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องภายใต้หลักหลักการกำหนดชะตาตนเอง(Self-determination) และความเสมอภาคของมนุษย์ให้มนุษย์แต่ละคนที่เปลี่ยนมาเป็นพลเมืองในรัฐแสดงฉันทามติ(Consensus)โดยยินยอม(Consent)ให้ผู้แทนปกครอง อันการแสดงถึงอำนาจอธิปไตยของแต่ละคนในการสร้างกฎหมายเพื่อปกครองตนเอง ภายใต้กระบวนการทางการเมืองประชาธิปไตย(Democratic process)ที่พลเมืองส่งผ่านการใช้อำนาจของตนสู่ผู้แทนเสียงข้างมาก(Majority)ในการ “ทำกฎหมายเพื่อปกครองตนเอง” (สมเกียรติ, 2551, น.251-259) ที่ในทฤษฎีกฎหมายเรียกว่านิติรัฐ(Legal stat) โดยทั้งหมดเป็นหลักการในรัฐสมัยใหม่ที่เชื่อมั่นในตัวมนุษย์ในความสามารถของมนุษย์ ในความมีเหตุผลของมนุษย์ ที่จะจัดการชีวิตตนเองได้อย่างมีเหตุผลโดยการสร้างสังคมมนุษย์ที่ปกครองโดยมนุษย์ ดังนั้นการใช้อำนาจอธิปไตยปวงชนของสถาบันการเมืองก็ควรมีทิศทางไปในทางเดียวกัน การมีทิศทางไปในทางเดียวกัน คือต้องสามารถอธิบายให้สอดคล้องและสัมพันธ์กันในหลักการทางการเมืองการปกครองและกฎหมาย

ปัญหาความหมาย “กฎหมาย” ในหลักการปกครองตนเองโดยกฎหมาย ที่ปรัชญากฎหมายมุ่งศึกษาว่าอะไรคือกฎหมาย แต่ต้องมิใช่ในมุมมองที่คับแคบเพราะมุ่งศึกษากฎหมายในลักษณะทั้งมวล(As a whole) และสิ่งหนึ่งที่เกี่ยวพันกับกฎหมายคือความยุติธรรม(ปรีดี , 2541, น.63) ที่ในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎี

การเมืองใช้ทฤษฎีความยุติธรรม(Theory of justice)เดียวกันหรือไม่? ในขณะที่การเมืองการปกครองมุ่งไปที่ศาสตร์แห่งทางปฏิบัติ ที่จะอธิบายการปกครองโดยกฎหมายและความหมายกฎหมายในทางการเมือง มุมมองการสร้างกฎหมายจากอำนาจอธิปไตยจะแตกต่างไปจากทฤษฎีกฎหมายได้หรือไม่? เมื่อพิจารณารัฐที่แท้จริงคือการรวมตัวกันของชุมชนทางการเมือง(Fleiner and Fleiner, 2009, p.107) และรัฐในแนวคิดรุสโซคือผู้แทนแสดงออกในเจตจำนงทั่วไปหรือเจตจำนงร่วม (General will) ที่เป็นผลประโยชน์เฉลี่ยของสังคมที่มิใช่เจตจำนงที่เป็นของทุกคนที่เป็นผลรวมของผลประโยชน์แต่ละคน แต่ถ้ารัฐมีอำนาจสูงสุดก็ต้องมีเหตุผลและศีลธรรมที่สูงสุดด้วย โดยรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ(Fleiner and Fleiner, 2009, p.114) ที่เป็นกฎหมายการอธิบายจากอำนาจอธิปไตยไปสู่สัญญาประชาคมไปสู่การทำกฎหมายนั้น ความเป็นกฎหมายจึงมิอาจพิจารณาแต่เพียงมุมมองเดียวได้ แม้กฎหมายจะมีหน้าที่แยกระหว่างสิ่งที่ถูกต้องกับสิ่งไม่ถูกต้อง โดยใช้พันธะหน้าที่ทางกฎหมาย(Legal obligation) มาแยกก็ตาม ซึ่งมันมาจากกฎหมาย(Law)และต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้ (Valid) ซึ่งที่แท้จริงแล้วมันคือกฎแห่งพฤติกรรม (Law of behavior)ที่ควบคุมมนุษย์ในสังคมหรือในรัฐ ซึ่งความหมาย “กฎหมาย”ที่ใช้บังคับได้นี้อาจอธิบายได้3 ทาง(Fleiner and Fleiner, 2009, p.337) คือ 1.ทางสังคมวิทยา 2.ทางปฏิบัติ และ3.ทางปรัชญา โดยกฎหมายจึงต้องมีความชอบธรรม ความชอบธรรมในเหตุผลของกฎหมาย(Rational legitimacy)ของรัฐต้องมาจากอำนาจหน้าที่(Authority) โดยอำนาจหน้าที่ก่อให้เกิดพันธะหน้าที่ทางกฎหมาย(Legal obligation) และความชอบธรรมของกฎหมาย (Legitimacy of law)ตามมาซึ่งจะถูกผูกให้ติดกับความชอบธรรมในเหตุผลของกฎหมาย แม้อธิบายว่ากฎหมายสร้างมาจากอำนาจอธิปไตย ที่ปวงชนต้องเป็นผู้สร้างกฎหมายปกครองตนเองและเป็นความชอบธรรมของคนกลุ่มน้อยในความมีส่วนร่วมของการปกครองตนเองโดยเสียงข้างมากก็เป็นเรื่องความชอบธรรมในการประนีประนอมในการทำกฎหมายก็ตาม(Fleiner and Fleiner, 2009, p.650)

ในปัญหาด้านแนวคิดอำนาจอธิปไตยกับรัฐธรรมนูญที่ใช้เป็นกฎหมายหลักในการปกครองตนเอง รัฐธรรมนูญมีความหมายเช่นไรในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง เมื่อพิจารณาปัญหาการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองจากรัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมาย ในด้านพัฒนาการของปรัชญาการเมืองการปกครองและกฎหมายมีแนวคิดที่เหมือนกัน คือให้อำนาจมนุษย์เป็นผู้กำหนดชะตาตนเอง(Self-determination) จากแนวคิดอำนาจอธิปไตยของพระเจ้ามาสู่อำนาจอธิปไตยโดยปวงชน ไปสู่การสร้างรัฐสมัยใหม่ของมนุษย์ขึ้น ที่ต่อมาการจัดองค์กรของรัฐหรือสถาบันของรัฐที่ปวงชนจะเป็นผู้ใช้อำนาจผ่านสถาบันการเมือง โดยมีกระบวนการทางการเมืองที่มีระบบกฎหมายรับรองเป็นกลไกสำคัญโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ ซึ่งในสังคมดั้งเดิมระบบการปกครองและระบบกฎหมายไม่มีการแบ่งแยกในที่มา การทำหน้าที่ ต่างจากในรัฐสมัยใหม่ ที่ระบบการเมืองการปกครองมีกระบวนการและวิธีการ เครื่องมือ ที่ต่างไปจากระบบกฎหมายในกระบวนการสร้างรัฐสมัยใหม่ที่สร้างสถาบันการเมืองต่างๆให้ปวงชนใช้อำนาจผ่าน ประเด็นสำคัญในรัฐธรรมนูญคือสถาบันการเมืองต่างๆล้วนอ้างอำนาจอธิปไตยปวงชนสูงสุด ในขณะที่บางสถาบันการเมืองอ้างประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional democracy) เป็นหลัก แล้วรัฐธรรมนูญจะมีความหมายเช่นไรในทางกฎหมายและทางการเมือง มันแตกต่างกันได้หรือไม่? แล้วมันแตกต่างกันจริงๆหรือ?

2.2ความหมายของ“การปกครองโดยกฎหมาย”(รัฐธรรมนูญ) :ในมิติกฎหมายและมิติการเมือง

ขณะที่ปัญหาความสัมพันธ์อำนาจอธิปไตย ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสัมพันธ์กันทั้งในทางทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง ที่ Petra Gümplová (2011,p.9)เห็นว่ารัฐธรรมนูญคือเรื่องการเมือง และอำนาจอธิปไตยกับประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่สิ่งเดียวกัน ปัญหาคืออำนาจอธิปไตยจากกระบวนการการเมืองกับประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญแตกต่างกันได้หรือไม่ ไปนำสู่ปัญหาการเชื่อมต่อประชาธิปไตยที่อธิบายให้สอดคล้องกันในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองได้หรือไม่ เช่นในทฤษฎีการเมือง

เสรีนิยม (Liberal political theory) ที่มุ่งปกป้องสิทธิ เสรีภาพปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐที่ผิดจึงยึดไปที่อำนาจอธิปไตยปวงชนสูงสุด (Supreme)เป็นหลัก โดยใช้อำนาจอธิปไตยปวงชนมาอธิบายอำนาจทางการเมือง (Political authority)ของปวงชนผ่านกระบวนการทางการเมือง และกฎหมายใช้ระบบถ่วงดุล(System of check and balance) โดยรัฐธรรมนูญมาค้ำประกันสิทธิปัจเจกชน ความชอบธรรม(Legitimacy) จึงมุ่งไปที่การใช้อำนาจทางการเมืองปกป้องตนเองในประโยชน์ปวงชน (Interest of people) แต่ในขณะที่ทฤษฎีประชาธิปไตย (Democracy theory) ยึดไปที่หลักการอำนาจอธิปไตยปวงชน (Popular sovereignty) เช่นเดียวกัน ที่ต้องตีความหมายอำนาจอธิปไตยปวงชนไปสู่ทางปฏิบัติของสังคมชุมชนในการกำหนดชะตาตนเอง (Self-determination) ผ่านผู้แทนไปทำการนิติบัญญัติ แต่กลับถูกทำให้สำรวมโดยรัฐธรรมนูญนิยมที่ไปปกป้องสิทธิเสรีภาพปวงชนได้ (Gümplová ,2011,p.10) เมื่อพิจารณาในทรรศนะเช่นนี้ประชาธิปไตยจึงเป็นการปกครองโดยกฎหมายได้ กระบวนการทางการเมืองประชาธิปไตยจึงอาจเป็นกระบวนการปกครองโดยกฎหมายได้ ถ้าเช่นนั้นข้อบกพร่องของการปกครองโดยกฎหมายอาจใช้กระบวนการทางการเมืองประชาธิปไตยแก้ไขได้หรือไม่ หรือว่าจำเป็นต้องใช้กระบวนการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว?

ปัญหาเรื่องการจำกัดอำนาจอธิปไตย Carl Schmitt (1985, p.16) เห็นว่าทั้งปัญหากฎหมายและรูปแบบการตัดสินใจด้วยทฤษฎีและแนวคิด (Theories and concepts) ของกฎหมายมหาชนที่อาจเปลี่ยนไปจากผลกระทบทางเหตุการณ์ทางการเมืองอาจนำไปสู่ผลประโยชน์ทางสังคมแบบใหม่(New sociological interest)ที่ต่อต้านกับวิธีการกฎหมายที่ยึดแต่เชิงรูปแบบ (Formalistic method) แนวคิดอำนาจอธิปไตยในเชิงกฎหมายเป็นเรื่องการถูกปกครองทั้งหมดเพื่อผลประโยชน์ที่แท้จริง แต่ทั้งทางสังคมวิทยาและกฎหมายต้องอธิบายอย่างเป็นเอกภาพ (Unity) ที่จะสร้างจากมุมมองเดียวกัน (A monistic view)แก่สังคม แต่การทำให้เป็นเอกภาพโดยกฎหมายบังคับจะต้องยึดระเบียบ ระบบ และเอกภาพ ซึ่งทั้งหมดก็ขึ้นกับระบบพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Schmitt ,1985, p.20) ถ้ารัฐทำกฎหมายเช่นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องมิใช่มุ่งเพียงประยุกต์ใช้กฎหมายหรือรักษาผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น แต่ต้องสร้างคุณค่าทางกฎหมายของประโยชน์สาธารณะด้วย (Legal value of interest) ไม่ใช่สร้างแค่เนื้อหากฎหมาย (Content of law) แต่ต้องทำให้คุณค่าทางกฎหมายของประโยชน์สาธารณะที่แน่นอนเหมือนมันกระโดดออกมาจากความรู้สึกปวงชนหรือความรู้สึกที่ถูกต้องซึ่งขึ้นกับสองส่วน(Schmitt ,1985, p.23) คือ1.การจำกัดโดยกฎหมาย เช่นอะไรคือสิ่งที่ตรงข้ามกับประโยชน์สาธารณะ 2.การจำกัดโดยประกาศเปิดเผย (Declaratory)ให้สังคมทราบและถกเถียง ซึ่งทั้งสองคือเรื่องประเด็นระหว่างกฎหมายกับผลประโยชน์

ดังนั้นความหมายของรัฐธรรมนูญ(Constitution)ในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง ถ้ารัฐธรรมนูญคือหมุดหลักในกระบวนการปกครองตนเองของปวงชน ในทฤษฎีกฎหมาย แล้วทฤษฎีการเมืองจะให้ความหมายรัฐธรรมนูญต่างกันได้หรือไม่? แม้รัฐธรรมนูญที่ดี (Good constitution) ยังไม่เพียงพอเป็นหลักประกันว่าจะมีการตัดสินในในนโยบายที่ดี (Good policy decision) แต่รัฐธรรมนูญคือสิ่งที่ต้องถูกทำให้เป็น “สัญญาประชาคม(Social contract)” เพราะแสดงถึงการผูกพันของปวงชนในรัฐและสนับสนุนหลักการสัญญาประชาคม แม้รายละเอียดสัญญาประชาคมอาจมีการเปลี่ยนแปลงโดยเฉพาะในคุณค่าและการคาดหวังของทางเลือกปัจเจกชน ที่อาจมีผลมาจากปัจจัยภายนอก จึงต้องเขียนรัฐธรรมนูญให้เป็นแรงบันดาลใจในความภักดีที่เพียงพอในเรื่องการปกครองตนเองและยืดหยุ่นพอที่จะรับมือกับการเปลี่ยนแปลงในเจตนารมณ์ของปวงชนได้

การให้ความหมายรัฐธรรมนูญอาจเป็นจุดที่เริ่มแยกในทฤษฎีการเมืองที่วางน้ำหนักที่กระบวนการทางการเมือง ขณะที่ทฤษฎีกฎหมายวางน้ำหนักไปที่กระบวนการทางกฎหมาย ปัญหาคือกระบวนการทางการเมืองมีจุดมุ่งหมายที่ต่างกระบวนการทางกฎหมายหรือไม่? โดยเฉพาะปัญหาความห่างไกลในการค้นหา

เจตนารมณ์ในการปกครองตนเองของปวงชนที่แท้จริงของทั้งสองสถาบันการเมือง ที่อาจเกิดขึ้นทั้งจากองค์กรและกลไกที่สถาบันการเมืองใช้ จนอาจไม่เข้าถึงเจตนารมณ์เดียวกันในการปกครองตนเองของปวงชนทั้งที่ยึดรัฐธรรมนูญเดียวกัน แต่เมื่อสถาบันการเมืองต่างยึดรัฐธรรมนูญเป็นจุดตัดเดียวกัน แต่เป็นความหมายในแง่มุมหรือมุมมองของตนเองในการตีความเพื่อใช้อำนาจของสถาบันของตน การใช้รัฐธรรมนูญอธิบายหลักการสำคัญคือการปกครองตนเองของปวงชน ที่ทั้งทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมายต่างมุ่งอธิบายในโลกสมัยใหม่ในรัฐสมัยใหม่ การอธิบายการปกครองตนเองของปวงชนอาจจะกลายเป็นจุดแยกกันในทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมาย โดยที่ทฤษฎีการเมืองการปกครองเน้นไปที่การปกครองตนเองโดยกระบวนการทางการเมืองโดยเฉพาะกระบวนการประชาธิปไตยไปสู่การทำกฎหมายปกครองตนเอง ในขณะที่ทฤษฎีกฎหมายอธิบายการปกครองตนเองว่า เป็นการปกครองตนเองโดยกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ

จุดตัดที่อาจเป็นจุดร่วมและจุดแยกในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองที่ตามมาคือ “แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)” กับประเด็นประชาธิปไตย การใช้อำนาจของสถาบันการเมืองเพื่อการปกครองตนเองที่มักอ้างถึงรัฐธรรมนูญกับประชาธิปไตย แต่ละสังคมอาจมีมุมมองและพัฒนาการที่ต่างกัน ว่าอะไรเป็นที่มาและจุดกำเนิดของกันแน่? สังคมที่เป็นประชาธิปไตยให้กำเนิดรัฐธรรมนูญแบบตะวันตก หรือรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของกระบวนการประชาธิปไตยแบบสังคมตะวันออก โดยเฉพาะการพิจารณาในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง ที่ต้องพิจารณาให้เป็นเนื้อเดียวกันสอดคล้องกันเพื่อเป้าหมายเดียวกัน ที่มุมมองในทฤษฎีการเมืองการปกครอง เน้นประชาธิปไตยผ่านกระบวนการทางการเมือง แต่มุมมองในทฤษฎีกฎหมายเน้นการปกครองโดยกฎหมายผ่านรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาจำกัดการใช้อำนาจรัฐ การตีความรัฐธรรมนูญนิยมอาจต้องให้สอดคล้องกันกับประชาธิปไตยที่เน้นที่การปกครองตนเองของปวงชน ที่มิใช่มองรัฐธรรมนูญแต่เพียงในมิติกฎหมาย แล้วประชาธิปไตยอาจหมายถึงการปกครองโดยกฎหมายใช่หรือไม่ เพราะการพิจารณาความหมายประชาธิปไตยในทฤษฎีการเมืองมีความเกี่ยวพันกับรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎเกณฑ์กฎหมายด้วยเห็นได้จากการพิจารณาความหมายประชาธิปไตยที่ใช้วิธีจัดแบ่งได้อย่างน้อยสี่แนวทาง (Tilly,2007, p.7-9) คือ1.พิจารณาที่กฎหมาย (Constitutional approach)คือการปกครองโดยกฎหมายที่ก่อตั้งขึ้นมาโดยกิจกรรมทางการเมือง2.พิจารณาที่เนื้อหาที่ปรากฏ (Substantive approach)คือดูเงื่อนไขชีวิตและการเมือง ที่ระบบการปกครองจะส่งเสริม หรือเป็นการจัดระเบียบทางการเมือง 3.พิจารณาที่กระบวนการ (Procedural approach)คือมุ่งไปเฉพาะมุมมองอย่างแคบๆในเรื่องทางปฏิบัติทางปกครอง ในเรื่องการคัดเลือกโดยกระบวนการประชาธิปไตย และ 4.พิจารณาทั้งกระบวนการและผลลัทธ์ (Process-oriented approach)ดูไปที่กระบวนการต้องเหมาะสมที่จูงใจสถานการการคัดเลือกทางประชาธิปไตย การพิจารณาความหมายประชาธิปไตยทางการเมืองข้างต้นมีผลต่อการให้น้ำหนักรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันได้

การพิจารณาความหมายรัฐธรรมนูญนิยมในทางกฎหมายและการเมืองแตกต่างกันใช่หรือไม่ ถ้ารัฐธรรมนูญประชาธิปไตย คือรัฐธรรมนูญที่มีที่มาและเป้าหมายการปกครองตนเองของปวงชนที่อาจเป็นทั้งจุดร่วมและจุดแยกของการทำหน้าที่ของสถาบันการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ มันรวมทั้งทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมายเข้าไว้ด้วยกัน ที่จะให้ความหมายโดยที่ยึดตัวอักษรเท่านั้นหรือ หรือว่าสามารถอธิบายให้ลึกลงไปคือ เจตนารมณ์ที่แท้จริงของปวงชนในการแสดงออกในการปกครองตนเองผ่านลายลักษณ์อักษรในการตีความได้ ในขณะที่กระบวนการทางการเมืองซับซ้อนในการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ในการปกครองตนเองโดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงไปของเจตนารมณ์ในการปกครองตนเองในการทำกฎหมายปกครองตนเอง อาจนำไปสู่ปัญหาความเห็นต่างกันในการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย เพราะถ้ารัฐธรรมนูญคือสิ่งที่แสดงเจตจำนงในการปกครองตนเองโดยกฎหมายของปวงชน มันต้องแสดงถึงเจตจำนงที่เคลื่อนไหวได้มิใช่รัฐธรรมนูญที่ตายแล้ว ให้รัฐธรรมนูญตอบสนองการปกครองตนเองของปวงชนได้ เพราะที่มาของ

รัฐธรรมนูญมีมิติร่วมกันหลายมิติโดยเฉพาะในมิติการเมือง การปกครองและกฎหมาย คือจากปวงชนมาสู่ตัวแทน/ผู้แทนใช้อำนาจอธิปไตยในองค์กรของรัฐ ในการทำกฎหมายเพื่อปกครองตนเองภายใต้เป้าหมายและหลักการสิทธิมนุษย์ชนและศักดิศรีความเป็นมนุษย์ และการค้ำประกันไว้โดยกฎหมายคือรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยจึงต้องถูกพิจารณาทั้งในมิติการเมืองและในมิติกฎหมายให้สัมพันธ์สอดคล้องกลมกลืนกัน เพราะมีเป้าหมายเดียวกัน การตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยควรจะตีให้สอดคล้องกันเจตนารมณ์ปกครองตนเองโดยกฎหมายของปวงชน

ดังนั้น Bellamy (2007, p.1)จึงเห็นว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายอาจเป็นเรื่องทางการเมืองได้ โดยที่รัฐธรรมนูญคือศูนย์กลางสิทธิของสังคมประชาธิปไตย เพราะเป็นหลักประกันให้พลเมือง ใช้วิถีทางแห่งประชาธิปไตยปกป้องความเท่าเทียมกันและการตระหนัก นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังปกป้องกระบวนการประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งและนักการเมือง ในขณะที่ศาลมีหน้าที่ปกป้องระบบกฎหมาย (System of law) แต่การปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) ที่หมายถึงความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Equal under the law) ที่ต้องใช้กระบวนการที่เหมือนกันภายใต้สังคมพหุนิยมที่นำไปสู่เรื่องประชาธิปไตยที่ดูเหมือนใช้ประชาธิปไตยควบคุมอำนาจ Bellamy(2007, p.2) จึงแบ่งรัฐธรรมนูญทำให้มิติรัฐธรรมนูญแบ่งเป็น1.รัฐธรรมนูญนิยมเชิงกฎหมาย (Legal constitutionalism) เน้นความชอบธรรมและผลของกฎหมาย 2.รัฐธรรมนูญนิยมเชิงการเมือง (Political constitutionalism) ที่ยึดประชาธิปไตย โดยในแนวคิดBellamy (2007, p.3) เห็นว่ารัฐธรรมนูญนิยมทางกฎหมายต้องยึดหลักสองประการคือ1.ฉันทานุมัติอย่างมีเหตุผล (Rational consensus) โดยดูในเชิงเนื้อหาของผลลัทธ์ประชาธิปไตย ในเรื่องความเท่าเทียมกันที่แสดงออกถึงสิทธิมนุษยชน (Human rights) 2.ให้น้ำหนักกระบวนการเชิงตุลาการ(Judicial process)มีน้ำหนักมากกว่ากระบวนการประชาธิปไตย(Democratic process) แต่ปัญหาการตัดสินของศาลถือเป็นมุมมองที่ถูกต้องในความต้องการที่ยุติธรรมทางประชาธิปไตยหรือไม่ เบลลามีเห็นว่านักปรัชญาการเมืองตั้งแต่เพลโต เป็นต้นมาล้มเหลวที่จะอธิบายประเด็นนี้ เพราะอธิบายได้แต่ว่า ศาลมีสามัญสำนึก หรือเป็นอนุญาโตลาการที่เป็นทางการในการตัดสินประเด็นการไม่เห็นด้วย (Disagreement) แก้ปัญหาความขัดแย้งในสิทธิ ความเสมอภาคในทางการเมืองเท่านั้น

เบลลามีเห็นว่าแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมทางการเมืองอาจช่วยแก้ไขปัญหาความเห็นที่ไม่ตรงกันในทฤษฎีการเมืองและกฎหมายได้ เพราะ1.ช่วยแก้ปัญหาเรื่องการให้น้ำหนักฝ่ายตุลาการที่อยู่เหนือประชาธิปไตยได้ ในเรื่องเหตุผลของความไม่เห็นด้วยในเชิงเนื้อหาโดยอ้างแนวคิดประชาธิปไตยของความเท่าเทียมกัน และ2. ทำให้กระบวนการประชาธิปไตย มีความชอบธรรมและประสิทธิภาพมากกว่ากระบวนการทางศาล เพราะยึดทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ โดยเหตุผลของประชาชนถูกทำให้เป็นสาธารณะภายใต้กระบวนประชาธิปไตย ที่ปกป้องความเสมอภาค สิทธิ ผลประโยชน์ ในเรื่องความเท่าเทียมกัน และการยอมรับแล้ว โดย Bellamy สรุปว่ารัฐธรรมนูญคือเรื่องการเมืองภายใต้4เหตุผล (Bellamy ,2007, p.5) คือ1.รัฐธรรมนูญคือเหตุแวดล้อมทางการเมืองในเรื่องการตัดสินเกี่ยวกับการไม่เห็นด้วยในเรื่องสิทธิ 2.รัฐธรรมนูญเป็นเรื่องระบบการเมืองมากกว่าเป็นเรื่องกฎหมาย เป็นเรื่องการปกครองตนเอง (Self-government) การถ่วงดุลอำนาจ 3. รัฐธรรมนูญเป็นเรื่องหลักการทางการเมือง(Political jurisprudence)ที่มองกฎหมายเป็นเรื่องหน้าที่ เป็นเรื่องการเมือง คือการเมืองประชาธิปไตย (Democratic politic) 4.รัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบในเชิงแบบแผนของระบบการเมืองประชาธิปไตย (Normative account of the democratic political system) ทั้งหมดทำให้รัฐธรรมนูญเป็นทั้งรัฐธรรมนูญในมิติทางกฎหมายและทางการเมือง (Legal and politic constitution) อาจมองให้เป็นเนื้อเดียวกันได้

ปัญหาการทำหน้าที่สถาบันการเมืองต่างๆ ที่ต่างมีหมุดยึดที่รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยจริง ก็ต้องให้น้ำหนักที่ปวงชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่จะปกครองตนเองโดยกฎหมาย ตามหลักการปกครองตนเองของปวงชน ที่ผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยจะใช้อำนาจอธิปไตยของตนผ่านสถาบันการเมืองในรัฐที่ก่อตั้งขึ้น แม้มีการสร้างหลักการแบ่งแยกอำนาจ(Separation of power) การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชนภายใต้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ(Check and balance)ให้แต่ละสถาบันการเมืองมีอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลกัน ก็เพื่อให้สถาบันการเมืองใช้อำนาจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ปกครองตนเองของปวงชนที่มีเป้าหมายเดียวกันเพื่อสิทธิมนุษย์ชนและศักดิศรีความเป็นมนุษย์ โดยมีรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยมาเป็นเครื่องมือค้ำประกันการใช้อำนาจของทุกสถาบันการเมือง ในทางทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมาย อาจไม่มีความแตกต่างกันในการอธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยและการตรวจสอบถ่วงดุล แต่เมื่อพิจารณาที่รัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ที่มีทั้งกระบวนการทางการเมืองและกระบวนการทางกฎหมายผสมกัน ในที่มาและการทำหน้าที่ที่แตกต่างกันของสถาบันการเมืองภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจหรือแบ่งแยกองค์กร ที่ต้องอธิบายในจุดมุ่งหมายเดียวกันระหว่างหลักการปกครองตนเองทางการเมืองกับหลักการปกครองตนเองโดยกฎหมาย(Rule of law) ที่จะต้องไม่ต่างกันและเชื่อมโยงไปสู่ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่ใช้อำนาจผ่านสถาบันของรัฐได้

Kramer (2003, p.35-42)เห็นว่าถ้ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม เป็นเจตจำนงร่วมของปวงชน ก็ควรให้ปวงชนตีความปัญหารัฐธรรมนูญ โดยเรียกว่า“รัฐธรรมนูญนิยมปวงชน(Popular constitutionalism)” โดยเป็นการทำรัฐธรรมนูญให้มีชีวิตโดยเจตนารมณ์ปวงชน โดยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเพื่อปวงชนจะยอมรับอำนาจฝ่ายตุลาการในทางการเมืองอย่างมีขอบเขตเฉพาะเรื่องการตีความ(Interpretation) มิใช่ทำกฎหมายภายใต้ 4 เงื่อนไขคือ 1.ศาลมีความเป็นอิสระที่สามารถรับผิดชอบทางการปกครองได้ 2.ต้องยึดรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มิใช่การตีความขยายออกไปเพราะประชาชน (People)คือผู้ที่จะสร้างกฎหมายเท่านั้นมิใช่ศาล โดยสร้างกฎหมายตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงมีความหมายทางกฎหมายการเมือง(Political-legal means) 3.ความขัดแย้งในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญต้องให้ประชาชนตัดสิน เพราะเป็นเรื่องของการแข่งขันกันในผลประโยชน์กลุ่มต่างๆในสังคม และ4.ต้องยึดหลักอำนาจอธิปไตยปวงชน(Popular sovereignty)มาอธิบายรัฐธรรมนูญที่ต้องถูกหลอมรวมไปกับความเป็นปวงชนเท่านั้น

3. ปัญหาการพิจารณา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ(Constitutionality)ในทฤษฎีทางกฎหมายและทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญเดียวกัน

ปัญหาการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อการปกครองตนเองโดยกฎหมายของปวงชน ตามทฤษฎีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจนิติบัญญัติถูกใช้โดยรัฐสภา โดยเน้นไปที่กระบวนการทางการเมืองเป็นหลัก ในการทำกฎหมายเพื่อปกครองตนเอง ภายใต้อุดมการณ์ทางการเมือง เช่นเสรีประชาธิปไตย ใช้หลักความยุติธรรมและความเป็นธรรมทางการเมือง ในกระบวนการและเนื้อหา ผ่านกระบวนการทางการเมืองโดยผู้แทน (Representative) ตามหลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก(Majority rule)โดยคำนึงถึงเสียงข้างน้อย(Minority rights) ที่ผู้ก่อตั้งหลักการปกครองโดยผู้แทน (Representative government) แม้จะไม่ได้ตระหนักว่ากระบวนการเลือกตั้งอาจนำไปสู่ความไม่เสมอภาคในรัฐ (Inegalitarian) แต่เพราะตระหนักในเรื่องความเท่าเทียมกันในสิทธิที่ยินยอมให้ปกครอง (Equal right to consent) เป็นหลักมากกว่า ซึ่งผู้แทนจากการเลือกตั้งคือวิธีที่ทำให้หลักการนี้เป็นไปได้ Manin (1997, p.94)พิจารณาจากประวัติศาสตร์ อังกฤษ ฝรั่งเศส อเมริกา ที่การปกครองโดยผู้แทนที่ถูกทำให้เป็นสถาบันภายใต้ หลักการแห่งความแตกต่าง (Principle of distinction) การเติบโตของหลักการปกครองโดยผู้แทน มาจากความเชื่อมต่อในความสัมพันธ์2ประการ

(Manin ,1997, p.193) คือ1.ความสัมพันธ์เชิงคุณภาพระหว่างผู้แทน(Representative) กับผู้ก่อให้เกิดผู้แทน (Represented)นำไปสู่ประเด็น ผู้นำที่ใช้ลักษณะส่วนบุคคลนำในพรรคการเมือง 2.ความสัมพันธ์ระหว่างความปรารถนาในการปกครองกับการตัดสินใจของผู้ปกครอง แม้การปกครองโดยผู้แทนอาจเกิดเป็นเผด็จการรัฐสภา(Parliamentarianism or liberal parliamentarianism) ที่ไปสู่การปกครองโดยพรรคการเมือง (Party government) ก็ตามแต่ย่อมมีกลไกแก้ไขที่ออกแบบไว้ในแต่ละระบบ แต่หลักการปกครองโดยผู้แทนภายใต้กระบวนการทางการเมืองซึ่งอยู่ภายใต้4หลักการ(Principle)คือ 1.การเลือกผู้แทนโดยวิธีเฉพาะ 2.เป็นผู้แทนที่เป็นอิสระ 3.ประชาชนมีเสรีภาพในการแสดงความเห็นสาธารณะ 4.ประชาชนตัดสินใจภายหลังถกเถียงกันแล้ว ซึ่งก็คือประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative democracy) ที่ผู้ออกเสียงเพื่อนำไปสู่การปกครองโดยตรงโดยรู้สึกว่าเป็นประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง (Party democracy) จะส่งเสริมบทบาทเจตนารมณ์ปวงชน (Popular will) ภายใต้กระบวนการประชาธิปไตย ในการตีความเจตนารมณ์ปวงชนภายใต้ความเท่าเทียมกันและการปกครองโดยปวงชน(Equality and popular government) แต่ก็มีแนวคิดว่าเจตจำนงปวงชนเป็นคนละส่วนกับเจตจำนงผู้แทนที่ผู้แทนเป็นอิสระ การปกครองโดยผู้แทนเสียงข้างมากจึงอาจมิใช่เจตจำนงในการปกครองตนเองของปวงชนได้(Manin ,1997, p.197)

ปัญหาการใช้อำนาจตุลาการเพื่อการปกครองตนเองโดยกฎหมายของปวงชนของไทย ที่อำนาจตุลาการ ถูกใช้โดยศาล ถูกเน้นไปที่กระบวนการทางกฎหมายเป็นหลักในการทำหน้าที่ แก้ไขปัญหาข้อพิพาทในกฎหมายที่ทำเพื่อปกครองตนเอง ในเรื่องความยุติธรรมและความเป็นธรรมโดยใช้กระบวนการและเนื้อหาทางกฎหมายเป็นหลักตามแนวคิดนิติรัฐและนิติธรรม แต่การปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกนิติธรรม (Rule of law) เป็นแบบของการจัดตั้งระบบการเมืองการปกครอง (Political system) อยู่บนหลักการพื้นฐาน3ประการ (เชาวนะ, 2547,น.54-55) คือ 1.ความชอบด้วยระบบกฎหมาย (Legal system) คือการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ 2.ความชอบด้วยกฎหมาย(Legality) คือความยุติธรรม เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และ 3. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ(Constitutionality) จะเห็นได้ว่านิติธรรมเองก็มิใช่มุ่งไปแต่เพียงประเด็นทางกฎหมายอย่างเดียวโดยเฉพาะเมื่อมาเกี่ยวพันกับรัฐธรรมนูญที่มีมิติทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง ส่งผลต่อองค์กรที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีทางรัฐธรรมนูญที่ต้องมีมุมมองที่กว้างตามไปด้วย ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคืออะไร? จะพิจารณาเฉพาะในทางกฎหมายได้หรือไม่? เพราะรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาได้ในทั้งทางกฎหมายและการเมือง ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีลักษณะที่เป็นศาล เพราะมีอิสระทั้งภายในและภายนอก โดยเริ่มแรกวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญที่เป็นคดีการเมืองในลักษณะสร้างเสถียรภาพให้กับระบอบการเมือง(บวรศักดิ์ ,2547, น.63-64) และศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลทางการเมืองที่จะเลือกตัดสินใจทางการเมืองได้ เพราะไม่มีอำนาจริเริ่มและต้องวินิจฉัยไม่เกินคำขอ บวรศักดิ์จึงสรุปว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรทางการเมืองและไม่ใช่ศาลทางการเมือง(บวรศักดิ์ ,2547, น.65-66) เห็นได้จากการใช้อำนาจหน้าที่ในช่วงแรก ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบเคร่งครัด ที่วินิจฉัยในเชิงกระบวนการตรากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่วินิจฉัยในเชิงเนื้อหารัฐธรรมนูญมีถึง150คดี แต่การวินิจฉัยว่าเกือบทั้งหมดไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไทยจึงมิใช่องค์กรตัดสินปัญหาทางการเมืองในระยะแรก

ปัญหาหลักในการใช้อำนาจวินิจฉัยทบทวน (Doctrine of judicial review)ของฝ่ายตุลาการเรื่องทบทวนเจตนารมณ์ในการนิติบัญญัติ จะถือว่าเป็นการที่ศาลจะตีความทางกฎหมายได้หรือไม่? ถ้าพิจารณาทางกฎหมายแต่เพียงว่ารัฐธรรมนูญให้อำนาจ และรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเท่านั้นเพียงพอหรือไม่ จะมีความชอบธรรมทางกฎหมายและทางการเมืองเพียงพอหรือไม่ แล้วจะเป็นองค์กรตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยได้หรือไม่ พิจารณาว่าเจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นเจตนารมณ์ของปวงชนใช่หรือไม่ หรือเจตนารมณ์ผู้แทน (Intention of their agents)โดยกระบวนการทางการเมืองที่ทำกฎหมายเป็นเจตนารมณ์

ปวงชน (Intention of the people) ใช่หรือไม่ ในปัญหารัฐธรรมนูญเหล่านี้ ในสหรัฐอเมริกา อ้างถึงคำวินิจฉัยส่วนบุคคลของตุลาการวิลเลี่ยม ปีเตอร์สัน (Justice William Peterson)ในคดี Van horne's lessee V. Dorrance (1795)ว่ารัฐธรรมนูญคือเจตจำนงที่ถาวรของปวงชน (Permanent will of people) และเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme law)ที่ก่อตั้งการปกครอง (McClellan, 1989, p.477) แต่มันแตกต่างกันระหว่างสมัชชาร่างรัฐธรรมนูญ(Constituent assemblies) ที่ทำรัฐธรรมนูญกับสมัชชานิติบัญญัติ(Legislative assemblies)ที่ทำกฎหมาย ถ้าประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญยึดที่ปวงชน (We the people) มันคือปวงชนในอดีตที่เทียบเท่าปวงชนในปัจจุบันด้วย (McClellan, 1989, p.481) และประเด็นสำคัญศาลคือผู้ตีความรัฐธรรมนูญเป็นคนสุดท้าย (Final interpreter)ก็จริง แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักการแห่งรัฐธรรมนูญโดยการตีความและต้องให้ความหมายที่เหมาะสมและการตีความของศาลเป็นไปอย่างมีเงื่อนไขเพราะรัฐสภาและปวงชนสามารถกลับคำตัดสินได้ในอนาคต(McClellan, 1989, p.486-487)

ปัญหาความชอบธรรมของการใช้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ จะถือว่าฝ่ายตุลาการเป็นตัวแทนหรือผู้แทนปวงชนในการใช้อำนาจได้หรือไม่? หรือจะถือว่าเป็นตัวแทน/ผู้แทนในการใช้อำนาจในทางปกครองตนเองโดยกฎหมายเท่านั้น ในการถ่วงดุลอำนาจในการปกครองตนเองของปวงชนที่ใช้อำนาจผ่านสถาบันการเมือง ในการค้นหาเจตนารมณ์ปวงชนในการปกครองตนเอง ทำให้สถาบันการเมืองทำหน้าที่ต่างกันแต่ต้องมีหมุดยึดเดียวกันที่ปวงชน ในการอธิบายการใช้อำนาจผ่านรัฐธรรมนูญ ในการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เพราะอำนาจนิติบัญญัติคืออำนาจที่แท้จริงของปวงชนในการทำกฎหมายปกครองตนเองจากอำนาจอธิปไตยสู่รัฐธรรมนูญอันเป็นจุดหลักเดียวกันเพื่อใช้ควบคุมให้เป็นการปกครองตนเอง ปัญหาสำคัญคือฝ่ายตุลาการจะรับผิดต่อปวงชนอย่างไรทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง เมื่อมีการเปรียบเทียบในที่มาขององค์กรระหว่างรัฐสภาและฝ่ายตุลาการ ความชอบธรรมของฝ่ายตุลาการ จะอ้างแค่นิติรัฐ อ้างปกป้องเสียงส่วนน้อย แต่ขาดความชอบธรรมในที่มาทางการเมืองและความยุติธรรมทางการเมือง ยิ่งถ้ากล่าวถึงประเด็นเจตนารมณ์ผู้แทนเป็นคนละส่วนกับเจตนารมณ์ปวงชนแล้ว ฝ่ายตุลาการยิ่งมีปัญหาในการอธิบายการปกครองโดยกฎหมายของปวงชนเพราะขาดความเชื่อมโยงกับปวงชนยิ่งกว่าฝ่ายอื่น หรือน้อยที่สุดก็ต้องกล่าวว่าไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายอื่นตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในขณะที่ความชอบธรรมฝ่ายนิติบัญญัติก็อ้างนิติรัฐ อ้างเสียงการปกครองโดยเสียงข้างมาก แต่อาจขาดความยุติธรรมทางกฎหมายได้ แต่ด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ(Separation of power)นำไปสู่การออกแบบสถาบันการเมืองเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ(Check and balance) การใช้อำนาจตุลาการเพื่อคานอำนาจนิติบัญญัติ(Judicial review) จะถือเป็นการปกครองโดยกฎหมาย (rule of law) ได้หรือไม่ เพราะแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายอาจพิจารณาได้เป็น2แนว (Street , 2013, p.13) 1.พิจารณาในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการ (Formalist or thin)จะยึดที่รูปแบบ กฎที่แน่นอนที่ไม่อาจกลับเจตนารมณ์ปวงชนได้ 2.พิจารณาในเชิงเนื้อหา(Substantive or thick) ว่าเป็นการปกครองโดยศาลสร้างกฎหมาย ที่เจตนาเนื้อหา (Content)ของศาล ก็เหมือนกับรูปแบบ (Form of law)กระบวนการนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการจะตอบโต้ฝ่ายนิติบัญญัติที่ละเมิดการปกครองโดยกฎหมายอย่างไรอาจขึ้นกับแต่ละสังคมที่มีระบบกฎหมายต่างกัน เช่นในอังกฤษ นิวซีแลนด์ ด้วยจารีตอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Parliamentary sovereignty) ฝ่ายตุลาการต้องใช้อำนาจแบบอ่อน แต่อย่างไรก็ตามการทำหน้าที่ของศาลต้องใช้การตีความ(Interpretation) เท่านั้นและต้องไม่ใช่การใช้กฎหมายแต่เฉพาะบางส่วน(Street , 2013, p.50) และฝ่ายตุลาการจะใช้อำนาจเฉพาะกรณีให้เป็นทางเลือกอย่างมีนัยยะสำคัญเพื่อถ่วงดุลอำนาจทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น(p.13) โดยเงื่อนไขที่จะใช้อำนาจทางตุลาการมี3เงื่อนไขคือ(p.55) 1.โดยปกติศาลจะไม่ใช้อำนาจนี้ 2.ถ้าศาลจะใช้อำนาจต้องใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และ3.ใช้อำนาจนี้เพื่อการปฏิรูปเท่านั้น

หลักการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยนั้น การตีความมิใช่การแปลความหมายอย่างเดียวแต่เป็นการแปลให้ชอบด้วยเหตุผลของเรื่องคือถูกเรื่องและต้องชอบด้วยเหตุผลโดยการตีความต้องถูกชักนำจากจิตใจที่จะแสวงหาความยุติธรรม(ปรีดี , 2541, น.124) ถ้ารัฐธรรมนูญเป็นเรื่องทางการเมืองเป็นสัญญาประชาคมในการจัดสรรคุณค่าของสังคม การตีความรัฐธรรมนูญจะมุ่งที่ความยุติธรรมทางกฎหมายอย่างเดียวได้หรือไม่ ในทฤษฎีรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เรื่องการตีความรัฐธรรมนูญสรุปการตีความรัฐธรรมนูญได้ 6วิธี ซึ่งแต่ละวิธีมีข้อดี ข้อเสีย หรือข้อโต้แย้งทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติที่แตกต่างกันที่ถกเถียงกันทั้งในทฤษฎีการเมืองและทฤษฎีกฎหมาย คือ (Garvey and Aleinikoff, 1999, p.93-94) 1.พิจารณาในเชิงโครงสร้าง (Structural) คือดูความสัมพันธ์รัฐธรรมนูญกับการสร้างขึ้นมา 2.พิจารณาในเชิงหลักบรรทัดฐาน (Doctrinal) คือหลักการเดินตามสิ่งที่วางไว้แล้ว(Precedent)3.พิจารณาในเชิงจริยธรรม(Ethical) คือข้อสรุปทางศีลธรรมของรัฐธรรมนูญ4. พิจารณาอย่างรอบคอบ(Prudential) คือดูสมดุลต้นทุนกับประโยชน์ที่ได้รับ5.พิจารณาในเชิงประวัติศาสตร์ (Historical) คือเจตนารมณ์ผู้ร่าง ผู้ให้สัตยาบัน 6.พิจารณาในตัวบทบัญญัติ (Textual) คือ ความหมายของคำที่ “คนทั่วไปเข้าใจ”โดยแต่ละแบบใช้สร้าง แนวคิด อุดมการณ์ ในชุดของข้อสรุปทางการเมืองและทางปฏิบัติที่แสดงถึงคุณค่าของมัน และแต่ละแบบให้ความชอบธรรมในการตีความแก่แต่ละฝ่ายหรือสถาบันการเมืองที่แตกต่างกัน แต่ทั้งหกแบบก็เป็นแค่เครื่องมือ โวหารให้เข้าถึงความเชื่อที่แตกต่างกันในอุดมการณ์ทางการเมืองเท่านั้น(p.100) แต่การตีความแต่ละแบบอาจมีผลต่อกระบวนการประชาธิปไตยทางการเมืองที่แตกต่างกันได้ สิ่งเหล่านี้คือปัจจัยหนึ่งที่ฝ่ายตุลาการจำเป็นต้องพิจารณาเมื่อจะใช้อำนาจหน้าที่ต่อสถาบันการเมืองอื่น

ปัญหาในการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ในเรื่องหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น เพราะแต่ละสถาบันการเมืองมีมุมมองรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยเฉพาะในมิติแคบๆ ทั้งๆที่รัฐธรรมนูญต้องมีมิติทั้งทางกฎหมายและการเมือง ที่ต้องเพื่อเป้าหมายสิทธิมนุษยชนและศักดิศรีความเป็นมนุษย์เดียวกัน และต้องสอดคล้องทั้งทฤษฎีกฎหมายและการเมืองที่รัฐธรรมนูญไทยมักบัญญัติว่า บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ แต่การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นคนละเรื่องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (อมร,2547,น.455) ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่เท่ากับไม่ขัดหรือไม่แย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีความหมายกว้างกว่า โดยพิจารณาถึงความชอบธรรมด้วย แต่ถ้าสิ่งใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับมิได้ไม่ว่าจะเป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ(น. 457) เพราะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคือ ความชอบธรรม ความถูกต้อง และความสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญเป็นไปในทิศทางเดียวกับรัฐธรรมนูญทั้งฉบับมิใช่ถูกต้องเฉพาะมาตราใดมาตราหนึ่ง และต้องสอดคล้องกับวิถีทางประชาธิปไตยทั่วไปด้วย(น.461-463) โดยรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น มักไม่กล่าวถึง คำว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างรัฐธรรมนูญไทย โดยอ้างไม่ระบุมาตราที่ขัดแย้ง เพราะความไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเป็นกรอบกว้างๆ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ใช่มีเพียงเป็นลายลักษณ์อักษรดังที่ปรากฏในมาตราต่างๆ แต่เป็นจิตวิญญาณ (Spirit)ของรัฐธรรมนูญที่ตั้งอยู่บนปรัชญาประชาธิปไตย(น.460) การอ้างขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงอาจต้องอธิบายให้เห็นถึงความชอบธรรมทางกฎหมายและทางการเมืองของรัฐธรรมนูญ มิเช่นนั้นการเปลี่ยนผ่านจากความเห็นส่วนบุคคล(Opinion)ไปสู่คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทขององค์กรตุลาการที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองตนเองของปวงชน

การเสนอนโยบายกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติคือนโยบายที่ปวงชนต้องการปกครองตนเอง ไปสู่การเสนอเป็นกฎหมายรวมถึงการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย แล้วเจตนารมณ์ปกครองตนเองของปวงชนเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ในช่วงเวลาในสังคม สิ่งใดจะบ่งชี้ถึงเจตนารมณ์ปวงชนได้เที่ยงตรง จะใช้วิธีใด และการเปลี่ยนแปลงจะมีผลต่อกฎหมายอย่างไร? ถ้ายึดการปกครองตนเองโดยกฎหมาย ที่ต้องอธิบายในทฤษฎีการเมืองและกฎหมายในเรื่องการปกครองตนเองของปวงชนทั้งในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง เพื่อให้

รัฐธรรมนูญมีชีวิต เหมือนที่Habermas(1996, p.1-5) เห็นว่าให้การทำกฎหมายมีชีวิตสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงในเจตนารมณ์ปกครองตนเองของปวงชนอันเป็นเรื่องระหว่างปทัสถาน(Norm)กับเรื่องข้อเท็จจริง (Fact)ของมนุษย์ในสังคมที่คล้ายกับเป็นเรื่องกฎหมายกับการเมืองการปกครองที่มนุษย์ต้องการสร้างโลกของมนุษย์ที่แท้จริงบนพื้นดิน มิใช่โลกที่เป็นนามธรรม โดยกฎหมายเป็นเครื่องไกล่เกลี่ยทางสังคมระหว่างปทัสถานกับข้อเท็จจริง เพราะกฎหมายคือเหตุผลในทางปฏิบัติ(The concept of practical reason)เป็นทางปฏิบัติในสังคม(Social practice)ที่ถูกแปลงให้เป็นเหตุผลที่สื่อสารออกมา(Communicative Reason) ซึ่งเป็นหมุดหลักของรูปแบบวัฒนธรรมของชีวิต และระเบียบทางสังคมการเมือง (Cultural forms of life and sociopolitical orders)ที่เชื่อมต่อไปยังประชาชนให้มีความสุขในชีวิตและศีลธรรมของปัจเจกชน (Moral autonomy of the individual)

ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญของฝ่ายตุลาการแม้ยึดทฤษฎีทางกฎหมาย แต่การตัดสินของศาลมีผลต่อบทบาททางการเมือง (Role of politics)ของศาล มันมิใช่เรื่องอุดมการณ์ของตุลาการ(Justice's ideologies) ในเรื่องความชอบธรรมทางการเมืองหรือมุมมองส่วนบุคคล(Personal views) ที่อาจเห็นต่างกันในประเด็นนโยบายสาธารณะ (Public policy) แต่เป็นปัญหาเรื่องเหตุผล(Reason) ในเรื่องวิธีทางกฎหมาย (Legal approaches)ที่ศาลใช้ ที่ศาลต้องเลี่ยงอคติทางการเมืองและเรื่องส่วนบุคคลที่มาเป็นแรงขับในการตัดสินที่ศาลมักไม่ยอมรับ (Epstein And Walker, 2013,p.31) โดยปัจจัยทางการเมืองและปัจจัยภายนอกที่มีผลต่อศาลมี3ประเภท (p.32-36) 1.จากส่วนบุคคล(Preference-based approaches (internal bargaining) ดูได้จากคุณค่าที่แน่นอนที่ศาลแต่ละบุคลยึดถือ ที่มาจาก 2ปัจจัยคือทัศนคติเชิงกฎหมาย คืออุดมการณ์ทางการเมือง (Political ideologies) และบทบาทหน้าที่เชิงกฎหมายคือปทัสถาน (Norm)ของพฤติกรรมในการสำรวมของศาลแต่ละคน ไม่ใช่เรื่องอุดมการณ์ทางการเมืองหรือความเชื่อในพื้นฐานความดี แต่เป็นเรื่องบทบาทและการเป็นแอคติวิสท์หรือการสำรวมตน(Activism and restraint)2.จากกลยุทธวิธีที่ใช้ (Strategic approaches) ดูจากประเด็นว่าศาลจะเป็นผู้ค้นหานโยบายกฎหมาย(Legal policy) หรือจะเป็นผู้วางหลักการทางกฎหมาย(Jurisprudential principles)กันแน่ เพราะศาลคือผู้แสดงในความเป็นจริงที่จะทำให้เป้าหมายสำเร็จ แม้ว่าเป้าหมายจะขึ้นอยู่กับความชอบก็ตาม 3.ปัจจัยภายนอก(External factors) คือแรงกดดันทางการเมือง (Political pressure) จากภายนอกทั้งจากความเห็นสาธารณชน การเลือกฝักฝ่ายทางการเมือง (Partisan politics) และกลุ่มผลประโยชน์ จะเห็นได้ว่าสิ่งที่มีผลต่อการตีความของฝ่ายตุลาการมิใช่มาจากปัจจัยด้านกฎหมายแต่อย่างเดียว

ปัญหาความสมดุลและความสัมพันธ์กันในการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยโดยยึดทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองในแต่ละสังคมอาจเป็นแบบสัมพัทธ์ได้ ถ้าพิจารณารัฐใน2มิติคือ1.มิติเชิงอุดมการณ์ (Idealism) คือยึดระบบประชาธิปไตย (Democracy) 2.มิติปฏิบัติการ (Pragmatism) ยึดมั่นระบบการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) ฝ่ายตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญคือองค์กรกลางที่เชื่อมความสัมพันธ์ของทั้งสองมิติเข้าด้วยกันอย่างมีบูรณะการ(Integration)ให้สอดคล้องกันทั้ง2มิติโดยให้ประชาธิปไตยเป็นเป้าหมายสูงสุดโดยใช้การปกครองโดยกฎหมายเป็นเครื่องมือ(Means)ให้การใช้กฎหมายที่มาจากเจตนารมณ์ประชาธิปไตยมีสารัตถะเป็นประชาธิปไตยด้วยวิถีประชาธิปไตย(เชาวนะ ,2547,น.93) ถ้าประชาธิปไตยคือเป้าหมายสูงสุดของการปกครองตนเองของการปกครองโดยกฎหมาย ที่ศักดิศรีความเป็นมนุษย์ของสังคมตะวันตกควรจะเท่าเทียมกันกับของตะวันออก แม้สิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญอาจต่างกัน แต่หมุดหลักในความเป็นมนุษย์ควรเท่าเทียมกัน การเปรียบเทียบในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองในปัญหาหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้ายึดนิติรัฐในการตีความรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยก็ต้องเป็นจุดเดียวกันเพื่อการปกครองตนเองของปวงชนที่มีเป้าหมายเพื่อศักดิศรีความเป็นมนุษย์ จึงควรต้องมีเขตเขตและจุดตัดเดียวกัน

4.สรุป

รัฐธรรมนูญมีหลายมิติอย่างในเบื้องต้นอาจถูกพิจารณาได้ทั้งในมิติกฎหมายและมิติการเมือง ซึ่งอาจมีมุมมองในประประเด็นที่แตกต่างกันได้ การพิจารณาว่าสิ่งใดขัดกับรัฐธรรมนูญในการอ้างหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ถูกพิจารณาในมิติกฎหมายเป็นสำคัญเพื่อยุติปัญหาความขัดแย้งในสังคมเกี่ยวกับเจตจำนงของสังคมที่ถูกบัญญัติหรือเขียนเป็นรัฐธรรมนูญเพื่อใช้กับทุกสถาบันการเมือง การอาสาอ่านเจตจำนงสังคมของฝ่ายตุลาการที่อ้างอิงหลักการจากทฤษฎีกฎหมายเป็นหลัก จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงทฤษฎีการเมืองเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวด้วย โดยเฉพาะหลักการปกครองตนเอง และหลักการปกครองโดยกฎหมายที่จำเป็นจะต้องพิจารณาที่จุดตัดที่เหมาะสมให้ได้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถมีชีวิตทั้งในทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมือง

เอกสารอ้างอิง

เชาวนะ ไตรมาส. (2547). ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ. ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ .*รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่3 :เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ.* กรุงเทพ: สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ .

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ . (2547). ศาลรัฐธรรมนูญกับบทบาทที่คาดหวังในการปฏิรูปการเมือง . ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่3 :เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ*. กรุงเทพ: สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2541). *นิติปรัชญา.* กรุงเทพ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .

สมเกียรติ วันทะนะ. (2551). *อุดมการณ์ทางการเมืองร่วมสมัย*. กรุงเทพ: สำนักพิมพ์อักษรข้าวสวย.

อมร รักษาสัตย์. (2547). การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนโดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการไม่ขัดหรือไม่แย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและความหมายของกฎหมาย. ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่3 :เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ*. กรุงเทพ: สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ .

Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism : A republican defense of the constitutionality of democracy*. New York: Cambridge university press.

Epstein, L. and Walker, T. G. (2013). Rights, Liberties, and Justice . In *Constitutional Law for a Changing America* Eighth edition.Thousand Oaks: California CQ Press. 2013.

Ferejohn , J. , Rakove , J. N. , Riley, J. (eds.). *Constitutional Culture and Democratic Rule* . Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

Fleiner, T. & Fleiner, L. B. (2009). *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*. Heidelberg: Springer.

Garvey, J. H. & Aleinikoff, T. A . (1999). *Modern constitutional theory*. Fourth edition .ST.Paul,MINN.: West group.

Gümplová , P. (2011). *Sovereignty and Constitutional Democracy*. Baden-Baden : Nomos.

Habermas, J. (1996). *Between facts and norms : contributions to a discourse theory Of law and democracy* ; trans. by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

Kramer, L. D. (2003) .*The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York University, School of Law.

Manin, B. (1997). The principles of representative government. New York : Cambridge university press.

McClellan, J. (1989). *Liberty, order, and justice: an introduction to the constitutional principles of American government* . Cumberland, Va.: James River Press.

Merriam, C. E. Jr. (2001*). History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*. Kitchener ,Ontario: Batoche Books.

Schmitt, C. (1985). *Political Theology :Four Chapters on the Concept of Sovereignty,* Trans. by George Schwab. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

Street, Amy. (2013). *Judicial Review and the Rule of Law Who is in Control?*. London: The Constitution Society.

Tilly ,C. (2007). *Democracy*. New York: Cambridge University Press.

Sager, L. G. (2001) . The Birth Logic of a Democratic Constitution . In Ferejohn , J., Rakove , J. N & Riley, J. (eds.) . *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.