

The doctrine of good faith in constitutional order**

*Pornson Liengboonlertchai**

Abstract

Good faith is a legal concept considered one of the most significant general principles of law. The concept draws its origin from creating contracts during the Roman Era. This principle is usually applied to make sure that each contracting party will perform its duties honestly and properly. On this ground, good faith is deemed to be a “legal tool” to protect a party from damage caused by omitting its obligations or abusing of rights.

Although originally developed from contract law, one of the private laws, it, on the basis of in-depth research, is found that good faith is applied to the public law as well. Therefore, this important principle should be applied to the Constitution as a public law in order to give justice to societies.

Keywords: *Good faith, General Principle of Law, Social Contract, Constitutional Contract, Relational Contract*

*Lecturer, Department of Government, Faculty of Political Science, Chulalongkorn University. Henri Dunant Rd., Wang Mai, Pathumwan, Bangkok 10330. Email: pornsonl@hotmail.com

**Received August 24, 2015; Accepted December 29, 2015

หลักสุจริตในระบอบรัฐธรรมนูญ**

พรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย*

บทคัดย่อ

หลักสุจริตในฐานะของหลักทั่วไปถือเป็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญยิ่ง โดยแรกเริ่มเดิมทีมีจุดกำเนิดมาจากการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน กล่าวคือ หลักสุจริตจะเข้าไปควบคุมการทำหน้าที่ของคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้เคยพูดคุยกันไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้ว ละเลยไม่ทำตามคำมั่นสัญญาที่เคยได้ให้ไว้ หรือกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการเอาใจเอารัดเอาเปรียบอันนำไปสู่ความเสียหายของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

อย่างไรก็ดี หลักสุจริตนี้กลับถูกเข้าใจผิดคิดไปว่าเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้ก็แต่เฉพาะกับระบบกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่เมื่อสืบสาวราวเรื่องไปถึงที่มาที่ไปของหลักการกลับปรากฏว่ามีการนำหลักสุจริตไปใช้ในระบอบกฎหมายมหาชน ดังนั้น หลักสุจริตจึงพึงต้องบังคับใช้กับรัฐธรรมนูญในฐานะแขนงวิชาหนึ่งของกฎหมายมหาชนด้วย ทั้งนี้ เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของหลักการดังกล่าว นั่นคือ การนำมาซึ่งความยุติธรรมให้กับสังคมนั่นเอง

คำสำคัญ: หลักสุจริต, หลักกฎหมายทั่วไป, สัญญาประชาคม, สัญญาทางรัฐธรรมนูญ, สัญญาสายสัมพันธ์

*อาจารย์ประจำภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อ.อังรีตุนด์ แวงวงใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330. อีเมล pornsonl@hotmail.com

**ได้รับบทความ 24 ส.ค. 2558; อนุมัติให้จัดพิมพ์ 29 ธ.ค. 2558

ความเบื้องต้น

ในทางนิติศาสตร์แล้ว นอกจากการศึกษาที่มุ่งเน้นไปยังกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือที่เรียกกันว่า “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” (Written Law) กฎเกณฑ์อีกประเภทหนึ่งที่มีการเข้าไปทำความเข้าใจอย่างมากไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันก็คือ “กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Unwritten Norm) (Kelsen 1967, 222) อย่าง “จารีตประเพณี” (Custom) ในฐานะของบ่อเกิดของกฎหมาย (Fontes Juris)¹ กระนั้นก็ดี จารีตประเพณีซึ่งอยู่ “นอกปริมณฑลกฎหมายลายลักษณ์อักษร” (Praeter Legem) หาใช่เพียงสิ่งเดียวที่ระบบกฎหมายได้ตระหนักรับรู้และให้การยอมรับในฐานะ “กฎเกณฑ์ที่มีสถานะทางกฎหมาย” (Legal Force)² ที่ทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย (Legal-Gap Filling) (Yud Saeng-U-Thai 2009, 57) เท่านั้น หากแต่ยังมี “หลักทั่วไป” (General Principle) ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวเช่นเดียวกัน (Brunner 2009, 31)

แม้ในวงการวิชาการจะมีการถกเถียงในรายละเอียดเกี่ยวกับปรัชญาเบื้องต้นและบทนิยามของ “หลักทั่วไป” ซึ่งในทางกฎหมายเรียกว่า

“หลักกฎหมายทั่วไป” (General Principles of Law)³ ดูประหนึ่งว่าความคิดความเห็นจะยังไม่มีความสอดคล้องต้องกันก็ตามที่ (Sharipo 2007, 10) แต่ในทางปฏิบัติแล้ว นักวิชาการทางนิติศาสตร์และศาลทั้งที่อยู่ในประเทศที่มีระบบสกุลกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) และจารีตประเพณี (Common Law System) ต่างอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปต่างๆ ผ่านการตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมมาโดยตลอด (Dainow 1997, 423-433) อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับ “ความมีอยู่จริงของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมาย” (Existence of Legal Principles) โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ถือว่ามิมีบทบาท หรืออิทธิพลต่อการทำหน้าที่ของระบบกฎหมายมากที่สุดหลักการหนึ่งคือ “หลักสุจริต” หรือ “Good Faith” นั่นเอง (Zimmerman and Whittraker 2000, 700)

อย่างไรก็ดี เมื่อกล่าวถึง “หลักสุจริต” หลายท่านอาจจะคุ้นชินกับการนำเอาหลักการดังกล่าวนี้มาใช้ในการอธิบายขยายความกฎหมายสัญญา (Law of Contract) บ้าง กฎหมายหนี้ (Law of Obligations) บ้าง กฎหมายละเมิด (Law of Delict) บ้าง จนทำให้เข้าใจไปประหนึ่งว่า “หลักสุจริต” นี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้เฉพาะกับกฎหมาย

¹ในทางวิชาการมีการถกเถียงถึงความหมายของคำว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” หรือ “Source of Law” อย่างกว้างขวาง ทั้งนี้ เนื่องจากมีการให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไป โดยปัจจัยหนึ่งอันนำไปสู่ความแตกต่างนั้นสืบเนื่องมาจากแนวคิดของระบบสกุลกฎหมาย (Legal System) ด้วย รอสโค พาวด์ (Roscoe Pound) อดีตคณบดีแห่งโรงเรียนกฎหมาย มหาวิทยาลัยฮาร์เวิร์ด ประเทศสหรัฐอเมริกา เคยกล่าวไว้ว่าคำว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” นี้ถูกนำไปใช้อย่างน้อย 5 นัยด้วยกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ณ ที่นี้ ผู้เขียนขอใช้ในความหมายของสิ่งที่ศาลหยิบยกขึ้นมาทำการตัดสินหรือคดี

²แนวคิดว่าการยอมรับนับถือให้ “จารีตประเพณี” มีสถานะทางกฎหมายอันนำไปสู่การเรียกว่า “กฎหมายจารีตประเพณี” หรือ “Customary Law” นั้นหาได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันในทุกประเทศในโลกไม่ หากแต่มีบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศละตินอเมริกาที่ยึดถือแนวคิดว่าด้วย “อำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร” (Omnipotence of the Law) ไม่ยอมรับให้ “จารีตประเพณี” มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย โดยมีการอธิบายว่าหากยอมรับจารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นทางการ” (Informal Norms) กล่าวคือ มิได้ถูกสร้างขึ้นโดยสถาบัน (Institution) ที่เกี่ยวข้องให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้แล้ว ย่อมเป็นการบั่นทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษรลงไป

³ในทางตำรา ประเด็นหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมากคือ สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปว่าโดยตัวมันเอง (Per Se) นั้นมีสถานะเป็นกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) หรือ กฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) กันแน่

เอกชน (Private Law) เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนมีแนวคิดที่แตกต่างไป กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้เขียนเองไม่เห็นพ้องด้วยกับความเข้าใจที่ว่า “หลักสุจริต” เป็นหลักการที่ถูกผูกขาดและมีการใช้แต่ในระบบกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่เห็นว่าแนวคิดและหลักการดังกล่าวก็ปรากฏอยู่และบังคับใช้ในระบบกฎหมายมหาชน (Public Law) ด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับรัฐธรรมนูญ

ที่มาของหลักสุจริตโดยสังเขป

หากทำการศึกษาค้นคว้าโดยละเอียดก็จะพบว่า “หลักสุจริต” ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลกในปัจจุบันมีต้นกำเนิดเกิดมาจากสมัยกรีกโบราณ (Ancient Greek) (Imwinkelried 2009, 2) และประจักษ์ชัดในยุคโรมัน (Roman Era) (Zimmermann 1996, 622) โดย “หลักสุจริต” ที่ถูกเรียกขานในครั้งกระนั้นว่า “Bona Fides” เป็นหลักการที่ถูกประดิษฐ์คิดค้นขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรม (Behavior)

หรือการปฏิบัติตน (Performance) ของชาวโรมันที่มีการติดต่อระหว่างกันไม่จำกัดว่าจะเป็นเรื่องเฉพาะของพ่อค้าวาณิชยเท่านั้น⁴ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยธรรมชาติของมนุษย์แล้วย่อมต้องมีการติดต่อพูดคุยตกลงกันเพื่อดำเนินการใด⁵ อันนำไปสู่การกำหนดบทบาทหน้าที่ระหว่างกันโดยทั่วไป (Consensual/Contractual Obligations) (McCamus 2004, 72) “หลักสุจริต” จึงเข้ามาทำหน้าที่เพื่อควบคุมกำกับให้ข้อตกลงข้างต้นนั้นสำเร็จบรรลุผลไปอันนำมาซึ่งความพึงพอใจระหว่างผู้ตกลงในฐานะ “กฎเกณฑ์สากลทางสังคม” (Universal Social Norms) อย่างไรก็ดี แนวคิดและหลักการดังกล่าวนี้ได้ต่อขยายปรับใช้กับการพูดคุยเจรจาเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าบ้าง การเช่าที่ดินบ้าง การจ้างแรงงานบ้าง การตกลงร่วมทำธุรกิจร่วมกันบ้าง ฯลฯ จนกลายเป็นหลักการสำคัญที่มีอาชญาตได้เนื่องจากถูกมองว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่จะนำไปสู่ “การประสิทธิประสาทความยุติธรรม” สำหรับการทำสัญญาทุกประเภทนั่นเอง (Louw 2013, 62)

⁴หากศึกษาให้ลึกก็จะพบว่าข้อเท็จจริงสภาพสังคมของชนชาวโรมันสมัยนั้น เศรษฐกิจการค้าการลงทุนหาใช้สิ่งที่นิยมกัน หรือเป็นที่มุ่งเน้นและพัฒนาไม่ อาจเป็นการสวนทางกับนักนิติศาสตร์สมัยโรมัน (Roman Jurists) ที่ได้สร้างแนวคิดและหลักการเยอะเยอะมากมายเกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์ (Lex Mercatoria) อันนำไปสู่หลักการที่ค่อนข้างสลับซับซ้อนตกทอดมายังระบบกฎหมายในปัจจุบัน ปัจจัยหนึ่งอาจสืบเนื่องมา ณ ช่วงเวลาดังกล่าว ระบบกฎหมายให้ความสำคัญในเรื่องที่ดินซึ่งโยงกับสถานะทางสังคมของพลเมืองโรมันด้วย ดังนั้น เราจึงเห็นถึงการอ้างอิง “หลักสุจริต” ไปบังคับใช้กับเรื่องกรรมสิทธิ์ (ex iure Quiritum) ในการถือครองที่ดินเสียมาก

⁵ข้อตกลงระหว่างสองคนเป็นอย่างน้อย หรือที่เรียกว่า “สัญญา” (Contract) ในสมัยโรมัน สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกันดังนี้

1. สัญญาที่มีการกำหนดรูปแบบตามกฎหมาย (Formal Contract) การทำสัญญาประเภทนี้จึงต้องทำตามแบบที่กฎหมายได้เพื่อความสมบูรณ์ของสัญญา โดยรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นหาได้สลับซับซ้อนไม่ ในด้านเนื้อหาของสาระของตัวข้อตกลงเองค่อนข้างมีความยืดหยุ่นมากเนื่องจากกฎหมายจะมีได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยสัญญาประเภทนี้สามารถกระทำได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาลายลักษณ์อักษร (Litteris) หรือในรูปแบบของ “สัญญาปากเปล่า” (Verbis) ซึ่งถูกเรียกในภาษาละตินว่า “Stipulatio” มีความหมายว่า “การให้คำมั่นสัญญา” (Promise)

2. สัญญาที่ไม่มีการกำหนดรูปแบบตามกฎหมาย (Informal Contract) เป็นสัญญาที่มีลักษณะตรงข้ามกับสัญญาที่เป็นทางการกล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายไม่มีการกำหนดเนื้อหาของสาระของสัญญาที่มีการกำหนดรูปแบบตามกฎหมาย แต่สัญญาประเภทนี้จะถูกกฎหมายกำหนดเนื้อหาของสาระว่าคู่สัญญาจะพูดคุยตกลงกันในเรื่องใดเป็นการเฉพาะ อันมีลักษณะผูกโยง หรือสัมพันธ์กับสถานการณ์หนึ่งๆ (Specic Situation) หาได้สามารถพูดคุยกันในทุกเรื่องตามอำเภอใจได้ไม่ เช่น การซื้อขาย การยืม การฝาก ฯลฯ อันจะนำไปสู่หน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องระบุ “ข้อกำหนดตามที่กฎหมายบัญญัติ” อาทิ การรับประกันสินค้าที่ตกลงซื้อขาย การรับรองการครอบครองทรัพย์สิน ฯลฯ แล้วแต่กรณี เข้าไปในสัญญาด้วยโดยปริยาย

อาจต้องทำความเข้าใจเสียในเบื้องต้นก่อนว่ารายละเอียดเนื้อหาสาระของ “หลักสุจริต” ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายโรมันอันนำไปสู่การพัฒนาและปรับใช้กันในระบบกฎหมายทั่วโลกนั้นแท้ที่จริงแล้วส่วนหนึ่งเป็นผลผลิตมาจากคำอธิบายของซีเซโร (Cicero) ผ่านงานเขียนที่มีชื่อว่า “หน้าที่” (De Officiis) โดยซีเซโรได้อธิบายขยายความถึงความเป็นคนดี (Good Man) ที่มีหน้าที่ที่พึงต้องปฏิบัติระหว่างกันอย่างซื่อสัตย์สุจริตปราศจากกลฉ้อฉลใดๆ (Cicero 1798, 70) พร้อมทั้งยกตัวอย่างเชื่อมโยงถึงหลักสุจริต (Bonae Fidei) ที่ศาลได้หยิบยกขึ้นเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดในคดีหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งหาทรัพย์สิน กล่าวคือ ผู้ซื้อในฐานะผู้เสียหายอ้างถึงหลักสุจริตเพื่อให้ศาลประทับฟ้องและดำเนินการพิจารณาคดีให้ผู้ขายรับผิดชอบเยียวยาแก้ไข (Iudicium Bonae Fidei) (Tigar 1965, 229) เนื่องจากผู้ขายไม่บอกกล่าวข้อเท็จจริงว่าสิ่งหาทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันนั้นจะต้องถูกรื้อถอนตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐ (Augur)⁶

แม้พิจารณาจากกฎหมายสิบสองโต๊ะ (Law of Twelve Tables) และกฎหมายแพ่ง (Ius Civile) แล้วจะพบว่ากฎบัตรกฎหมายทั้งสองกำหนดกรณีให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวทรัพย์สินที่มีการรับรอง หรือยืนยันถึงความสมบูรณ์ของตัวทรัพย์สิน (Nuncupationes) หรือให้ข้อมูลเท็จเกี่ยวกับตัวทรัพย์สิน ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าว

ในคดี กระนั้นก็ตาม ท่านมาร์คัส คาโต (Marcus Cato)⁷ ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ตัดสินชี้ขาดว่า เนื่องจากผู้ขายทราบถึงข้อเท็จจริงว่าสิ่งหาทรัพย์สินที่ประกาศขายให้แก่ผู้ซื้อต้องมีการรื้อถอนเนื่องด้วยคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐ แต่กลับไม่ชี้แจงแถลงไขให้ผู้ซื้อได้ทราบถึงข้อเท็จจริงนี้ เมื่อเกิดความเสียหายใดๆ ขึ้นจึงเป็นความรับผิดชอบของผู้ขายต่อตัวผู้ซื้อ ในประเด็นนี้ซีเซโรเองได้อธิบายคำวินิจฉัยของศาลเพิ่มเติมด้วยว่าแม้ว่าตัวบทกฎหมายจะมีได้กำหนดชัดเจนให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อข่าวดอกบพร่องในตัวทรัพย์สินต่อผู้ซื้อ แต่ด้วยหลักสุจริตเรียกร้องให้ทุกคนต้องปฏิบัติตนอย่างซื่อสัตย์ (Fides) มีมโนสำนึกผู้รับผิดชอบชีวิต (Good Conscience) ไม่ใช่กลอุบายฉ้อฉลใดๆ อาทิ การอาศัยความไว้วางใจ หรือความเพิกเฉย หรือไม่รู้ เพื่อเอารัดเอาเปรียบใคร (Mala Fides) ศาลได้ทำการตัดสินไปตาม “หลักสุจริต” ดังกล่าวในฐานะ “ความเป็นธรรม” (Aequitas)⁸ ของผู้ซื้อ จึงถือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายแพ่ง (Exceptio Doli) ส่งผลให้ระบบกฎหมายโรมันยอมรับหลักสุจริตในฐานะหลักการที่ส่งผลให้มนุษย์ทุกคนในสังคมต่างก็มีภาระหน้าที่ต่อกันและกันช่วยเหลือกันและกัน สร้างรากฐานของความยุติธรรมที่แท้จริง (Foundations of Justice) ให้บังเกิดขึ้นเพื่อนำพาทุกสังคมไปสู่สิ่งที่ดี ที่อาจเรียกได้ว่าเป็นสังคมสากลแห่งคนดี (Universal Society of Boni Viri) (Cosson and Mazeaud 2008, 152)

⁶ หลักสุจริตในสมัยโรมันถือได้ว่าปรากฏขึ้นและพัฒนาจากกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) เนื่องจากถือเป็นหลักกฎหมายที่คู่พิพาท หรือศาลหยิบยกขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดี (Ex Fide Bona) อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตนั้นต่อมาได้ถูกปรับใช้ในส่วนกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) อันเป็นผลมาจากการอธิบายความของนักนิติศาสตร์ (Jurists) ต่างๆ นั่นเอง

⁷ ท่าน มาร์คัส คาโต ถือเป็นผู้พิพากษาท่านหนึ่งที่โด่งดังในสมัยโรมันเป็นอย่างมาก ซึ่งท่านเป็นบิดาของเพื่อนซีเซโรอีกด้วย

⁸ ในทางวิชาการแขนงการศึกษาในระบบกฎหมายโรมันยังมีการถกเถียงกันในประเด็นที่ว่า “หลักสุจริต” กับ “ความเป็นธรรม” เป็นสิ่งเดียวกันหรือไม่อย่างไร ซึ่งฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสเห็นด้วยว่าเป็นสิ่งๆ เดียวกัน ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งที่โดยมากจะเป็นนักกฎหมายเยอรมันเห็นว่าความเป็นธรรมและหลักสุจริต (Aequitas und Bona Fides) นั้นคือองค์ประกอบของความยุติธรรมที่แท้จริง (Epieikeia) อันสะท้อนว่าทั้งสองเป็นคนละสิ่งกันนั่นเอง

ภายหลังจากได้รับการกล่าวอ้างถึงทั้งจากนักปรัชญาทางกฎหมายก็ดี และจากการตัดสินใจคดีของศาลโรมันในคดีข้างต้นและคดีต่างๆ กิติ “หลักสุจริต” เริ่มมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและนำไปใช้อย่างแพร่หลายกว้างขวางมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงยุคกลาง (Medieval Period) ราวศตวรรษที่ 12 ที่การทำธุรกิจการค้าเริ่มเฟื่องฟูขึ้น แม้อาณาจักรโรมันจะล่มสลายไป จากเดิมที่ถือว่าหลักสุจริตเป็นเพียงข้อยกเว้นของการบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างกฎหมายแพ่ง (Ius Civile) กลายเป็นกฎหมายที่หลักไปเสีย หลักสุจริตได้ “ขยับเขยื้อนเคลื่อนย้าย” จากมิติทางด้านวิธีสบัญญัติ (Procedural Aspect) ของศาลมาทางยังด้านมิติสารบัญญัติ (Substantive Aspect) มากขึ้น จึงเป็นที่มาของการพูดคุยกเถียงอย่างจริงจังถึง “ความหมาย เจตนารมณ์ รวมตลอดถึงหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาที่มีต่อกัน” (Madsen and Litteken 2014, 3) หาใช่เพียงแค่การตกลงระหว่างคู่สัญญาต่างๆ ไปเท่านั้น (Ex Nudo Pacto Action Non Nascitur) ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1. หลักสุจริตเรียกร้องให้คู่สัญญาต้องมีสัตย์จะ (Fides)⁹ ต่อวาจาที่ได้ให้ไว้ หรืออาจกล่าวให้เข้าใจได้โดยง่ายว่าคู่สัญญาต้องถือคติ “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) หากคู่สัญญาไม่ยอมที่จะปฏิบัติตามสิ่งที่ได้ให้คำมั่นสัญญาไว้ยอมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) อันเป็นการล่วงละเมิดต่อพระเจ้า¹⁰

2. หลักสุจริตห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยวิธีการใดก็ตาม หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้รับความเสียหายเนื่องจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้กลฉ้อฉล (Dolus)¹¹ ผู้ฉ้อฉลย่อมสามารถบอกเลิกสัญญา หรือได้รับการเยียวยา (Remedy) จากคู่สัญญาที่กระทำการดังกล่าวได้แล้วแต่กรณี¹²

3. หลักสุจริตเรียกร้องให้คู่สัญญากระทำการใดๆ ในฐานะของผู้ซื่อสัตย์สุจริต กล่าวคือ ต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย¹³

⁹ คำว่า “Fides” มีนัยถึงความซื่อสัตย์ซื่อตรง (Fidelity) ความจริง (Truth) ความเชื่อ (Belief) ความเชื่อถือได้ (Trustworthiness)

¹⁰ ปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การอธิบายเกี่ยวกับหลักสุจริตผูกโยงกับพระเจ้านั้นสืบเนื่องมาจากในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นเวลาที่ศาสนจักรเรื่องอำนาจ โดยในยุคนี้เราจะพบว่า มีนักปรัชญาเมธีของสำนักคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural Law) มีบทบาทและอิทธิพลต่อความคิดอย่างมากมาย โดยนักปรัชญาที่เกิดขึ้นและมีบทบาทมากในการอธิบายขยายความหลักสุจริตนั้นคือนักบุญโทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) และบัลดูส เดอ อุบัลดีส (Balduis De Ubaldis)

¹¹ “Dolus” มาจากคำว่า “Dolus Malus” มีความหมายว่าการหลอกลวงไม่จริงใจ (Deceit) ซึ่งนัยถึงการกระทำที่มีลักษณะขัดแย้งกับหลักสุจริต (Bona Fides) อันเป็นการกระทำที่ห้าม หรือพฤติกรรมที่ไม่พึงปฏิบัติในสังคม (Bad Social Behavior)

¹² ตามระบบกฎหมายโรมัน “Dolus” หรือ “การฉ้อฉล” มี 2 รูปแบบด้วยกัน ซึ่งนำไปสู่การเยียวยาแก้ไขที่แตกต่างกันดังนี้

1. “Dolus Dans Causam Contractum” หรือ “Casual Fraud” (การฉ้อฉลให้ทำสัญญาทั้งฉบับ) การฉ้อฉลประเภทนี้มีลักษณะของการใช้กลอุบายหลอกลวงให้บุคคลอื่นเข้ามาทำสัญญาด้วยทั้งๆ ที่ไม่มีเจตนา หรือความต้องการจะทำสัญญาดังกล่าวเลยตั้งแต่ต้นแต่อย่างไร กรณีนี้คู่สัญญาผู้ถูกหลอกลวงสามารถยกเลิกสัญญาทั้งฉบับได้

2. “Dolus Incidens In Contractum” หรือ “Incident Fraud” (การฉ้อฉลให้ทำสัญญาเฉพาะส่วน) บุคคลที่ถูกหลอกลวงมีเจตจำนงที่จะเข้าทำสัญญาอยู่แล้วตั้งแต่เริ่มต้น หากแต่มีลักษณะการหลอกให้หลงตกลงในข้อสัญญาบางข้อ หรือบางส่วนของซึ่งหากปราศจากการหลอกลวงนั้นบุคคลดังกล่าวอาจจะไม่เห็นพ้องด้วย สำหรับกรณีนี้คู่สัญญาจะได้รับการเยียวยาแก้ไขด้วยการได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้ฉ้อฉล

¹³ ข้อเรียกร้องของหลักสุจริตนี้ก่อให้เกิดหลักการทางกฎหมายต่างๆ อาทิ หลักห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ (Abuse of Rights) หลักปฏิบัติเปลี่ยนไปหากสถานการณ์เปลี่ยนไป (Clausula Rebus Sic Stantibus) เป็นต้น ซึ่งทุกอย่างนั้นอยู่ภายใต้กรอบคิดใหญ่นั้นคือ ความเป็นธรรม (Equity) อันสะท้อนให้เห็นถึงเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญานั้นเอง

ในช่วงศตวรรษที่ 14 หลักสุจริตมีการพัฒนาอย่างมีนัยสำคัญโดยบัลดูส (Baldus) นักกฎหมายชาวอิตาลีเขียนผู้เรื่อรนาม¹⁴ กล่าวคือ บัลดูสได้มีการอธิบายขยายความนัยของหลักสุจริตด้วยการผสมผสานเชื่อมโยงกับปรัชญาว่าด้วยความยุติธรรมที่อริสโตเติล (Aristotle) และโทมัส อควินัส (Thomas Aquinas) เคยอธิบายไว้ก่อนหน้านี้นั้นจนเป็นที่ยอมรับนับถือกัน ในวงกว้าง จนกระทั่งศตวรรษที่ 16 หลักสุจริตได้ถูกยกให้มีสถานะเป็น “หลักทั่วไปในการทำสัญญา” (General Principle of Contractualism) อันส่งผลให้ในเวลาต่อมาหลายประเทศเองได้รับเอาแนวคิดบัลดูสไปพิจารณา¹⁵ พร้อมทั้งนำหลักสุจริตไปบรรจุไว้ในกฎหมายแพ่ง (Civil Law) ของตนเอง อาทิ ประเทศอิตาลี ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ เยอรมนี ฯลฯ¹⁶ กระนั้นก็ดี แม้ว่าจะมีการนำเอาหลักสุจริตมาบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว แต่ในแก่นแท้ของหลักสุจริตก็ยังคงถูกตั้งคำถามถึงความชัดเจนส่งผลให้มีการถกเถียงอย่างเป็นระบบอีกครั้งโดยสำนักคิดทางกฎหมายในหลายประเทศในช่วงศตวรรษที่ 19 และ 20 ถึงแม้จะมีการโต้เถียงในเนื้อหาสาระความหมายของหลักสุจริตมากมายสักเพียงใดก็ตาม แต่สิ่งหนึ่งที่ทุกประเทศต่างก็เห็นพ้องต้องกันคือ หลักสุจริตนั้นถือเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ในระบบกฎหมายของตน

หลักสุจริตในระบบกฎหมาย รัฐธรรมนูญ

ตามและผู้เขียนได้นำเสนอที่มาที่ไปของแนวคิดและพัฒนาการของหลักสุจริตในระบบกฎหมายไปแล้วข้างต้น แม้ว่าหลักสุจริตจะถูกใช้และอธิบายผ่านบริบทกฎหมายเอกชน (Private Law) อย่างกฎหมายสัญญาเสียเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็หาได้หมายความว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังกล่าวจะดำรงคงอยู่ก็เพียงแต่เฉพาะในกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่ก็ปรากฏอยู่ในกฎหมายมหาชนด้วย โดยหากเข้าไปทำการศึกษาโดยละเอียดถี่ถ้วนแล้วก็จะพบว่าในสมัยโรมันเองก็เป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปว่าหลักสุจริตนอกจากจะเป็นองค์ประกอบสำคัญทางกฎหมายที่สำคัญต่อกฎหมายเอกชน (Jus Privatum) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำสัญญาแล้ว ก็ยังเป็นองค์ประกอบสำคัญทางกฎหมายสำหรับกฎหมายมหาชน (Jus Publicum) อันรวมถึงรัฐธรรมนูญด้วย (Hunter 1920, 117) ซึ่งหลักการดังกล่าวเมื่อถูกนำมาใช้ในกฎหมายมหาชนจะมีชื่อเรียกว่า “หลักความน่าเชื่อถือมหาชน” (Fides Publica)¹⁷ (Kotzur 2009)

อย่างไรก็ดี หลายท่านอาจตั้งคำถามว่าแล้ว “หลักความน่าเชื่อถือมหาชน” หรือ “หลักสุจริต” มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับระบอบรัฐธรรมนูญในมิติ

¹⁴ บัลดูส เดอ อุบัลดีส (Baldus de Ubaldis) เป็นนักกฎหมายชาวอิตาลีที่มีชื่อเป็นอย่างมาก โดยผลงานของบัลดูสนั้นจะเป็นลักษณะการวิเคราะห์วิพากษ์วิจารณ์ในประมวลกฎหมายนโปเลียน (Napoleonic Code) ฯลฯ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วงานเขียนของเขาจะมักจะไม่ค่อยเสริจล้นเสียเท่าใด

¹⁵ ประเทศสเปนถือได้ว่าเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดว่าด้วยหลักสุจริตมาจากคำอธิบายของบัลดูสโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงศตวรรษที่ 16-17 โดยกลุ่มนักวิชาการที่ได้นำเอาแนวคิดว่าด้วยหลักสุจริตของบัลดูสไปเผยแพร่ คือ กลุ่มนักเทววิทยา (Theologist) ชื่อ “the Late Scholastics” นั้นเอง

¹⁶ หลักสุจริตถูกเรียกในแต่ละประเทศแตกต่างกันไป โดยประเทศอิตาลีเรียกหลักสุจริตว่า “Correctezza” ประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า “Boone Foi” ประเทศเนเธอร์แลนด์เรียกว่า “Redelijkheid en Billijkheid” ในขณะที่ประเทศเยอรมนีเรียกว่า “Treu und Glauben”

¹⁷ “หลักความน่าเชื่อถือสาธารณะ” หรือ “Fides Publica” ของระบบกฎหมายโรมันนี้เป็นที่มาจาก “หลักความไว้วางใจจากสาธารณชน” หรือ “Public Trust” ที่ใช้อธิบายในสาขาวิชานิติศาสตร์และรัฐศาสตร์กันอยู่ในปัจจุบัน

ใหนอย่างไร ประเด็นดังกล่าวสามารถตอบได้เมื่อพิจารณาถึงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Character) เสียก่อนในเบื้องต้น

1. ธรรมชาติของรัฐธรรมนูญ

ในการวิเคราะห์ถึงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ มีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจถึงธรรมชาติของรัฐธรรมนูญเองว่าคืออะไร มีรากฐาน หรือที่มา เช่นไร ซึ่ง ณ ที่นี้สามารถอธิบายขยายความให้เข้าใจได้โดยง่ายว่า “รัฐธรรมนูญ” หรือ “Constitution” คือ กฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องการปกครองประเทศอันมีลักษณะเป็นการกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครอง เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเป็นการปฏิเสธมิได้ที่จะกล่าวว่าธรรมชาติ หรือสาระัตถะของรัฐธรรมนูญนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือเรื่องที่ว่าด้วยอำนาจ (Lwenstein 1957, 123) คำถามที่น่าสนใจก็คือ อำนาจที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนี้เป็นของใคร คำตอบคือ อำนาจเป็นของประชาชน กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นแรกเริ่มเดิมที อำนาจที่กล่าวถึงอยู่นี้คือ อำนาจสูงสุดในการดำเนินการปกครองประเทศ (Supreme Authority of Government)¹⁸ โดยผู้ปกครอง ซึ่ง “แนวคิดความเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุด” นี้มีพัฒนาการมาตามยุคตามสมัยจากเดิมที่เป็นของพระเจ้า กลายมาเป็นของพระสันตะปาปา และมาเป็นของพระมหากษัตริย์ตามลำดับ (Gibson 1738, 101) อย่างไรก็ตาม ครั้นเมื่อปรากฏว่าพระมหากษัตริย์มีการ

ใช้อำนาจที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Absolute Power) นี้ไป ตามอำเภอใจอันส่งผลกระทบต่อประชาชนคนทั่วไป จึงได้เริ่มมีแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจนี้ในช่วงศตวรรษที่ 13¹⁹ และนำไปสู่การล่มสลายของระบอบการปกครองนี้ราวศตวรรษที่ 18 อันเป็นจุดเริ่มต้นของการ “เคลื่อนย้ายความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย” จากพระมหากษัตริย์มายังประชาชน (Supremacy of People) ซึ่งสถาปนาระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่คอยควบคุมกำกับการใช้อำนาจรัฐ (Chemerinsky 2006, 6) พร้อมทั้งบอกกล่าวเล่าความถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองกับประชาชนในฐานะผู้ถูกปกครองขึ้นในรัฐสมัยใหม่ดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน (O’Cinneide and Stelzer 2013, 178)

2. รัฐธรรมนูญในฐานะของ “สัญญาประชาคม”

การเข้าไปทำความเข้าใจรัฐสมัยใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) จะสามารถทำให้เข้าใจถึงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดี โดยหากจะพูดถึงคำจำกัดความของรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้วก็คงจะกล่าวได้ว่าเป็นรัฐที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อันมีเจ้าหน้าที่รัฐทำหน้าที่แทนและใช้อำนาจต่างๆ ไปเพื่อประโยชน์สาธารณะภายใต้การควบคุมโดยรัฐธรรมนูญ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น รัฐประเภทนี้

¹⁸ คำว่า “Sovereignty” หรือ “อำนาจอธิปไตย” ถูกประดิษฐ์คิดค้นโดย “ฌอง โบแดง” (Jean Bodin) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสในช่วงศตวรรษที่ 16 ขณะนั้น โบแดงใช้คำในภาษาฝรั่งเศสว่า “Sovereint” ในงานเขียนที่มีชื่อว่า “หนังสือทั้งหกกว่าด้วยสาธารณรัฐ” (Six Books Concerning the Republic) พร้อมอธิบายด้วยว่าอำนาจอ้างว่ามีลักษณะอย่างไร

¹⁹ ในปี ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์นได้มีการลงนามในกฎหมายบัตรแมกนา คาร์ตา (Magna Carta) อันถือเป็นปฐมบทของแนวคิดในการเมืองการปกครองของรัฐสมัยใหม่มากมายไม่ว่าจะเป็นแนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม (Rule of Law) การจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (Limited Government) ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ และแนวคิดว่าด้วยการรับรองและคุ้มครองการไม่ถูกลงโทษตามอำเภอใจ (Arbitrary Punishment) อีกด้วย

ได้สถาปนา “การปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ” (Constitutional Government) ขึ้นมานั่นเอง (Pikington 1999, 7) เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว รัฐธรรมนูญจึงถือเป็นหัวใจของการปกครองในรัฐเสรีประชาธิปไตยเลยทีเดียวที่ได้ในฐานะของ “กติกากลางในการปกครองประเทศ” (Zetterquist 2007, 330) แต่คำถามก็คือ หากกล่าวว่ารัฐธรรมนูญเป็นตัวให้อำนาจแก่รัฐในการดำเนินการปกครองประเทศในมิติต่างๆ แทนประชาชนดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แล้วที่มาที่ไปก่อนที่จะนำไปสู่การกำหนดเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับใช้คืออะไร ประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้เข้าไปเกี่ยวข้อง หรือเกี่ยวพันกับการตรา “กฎเกณฑ์สูงสุดของประเทศ” นี้หรือไม่อย่างไร

ประเด็นนี้มีการอธิบายโดยนักปรัชญาเมธีทางด้านกฎหมายและการเมืองอยู่มากมายหลายท่านนับตั้งแต่อดีตจนกระทั่งปัจจุบันในเชิงทำนองการเปรียบเทียบ (Metaphor) ว่า ที่มาก่อนที่จะเป็นรัฐธรรมนูญเพื่อนำมาบังคับใช้นั้นก็คือ สัญญาหรือข้อตกลงระหว่างผู้ปกครอง (รัฐ) กับผู้ถูกปกครอง (ประชาชน) ชุดคำอธิบายนี้รู้จักกันดีในสายนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ว่า “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” หรือ “Social Contract Theory” ทฤษฎีดังกล่าวหากสืบสาวราวเรื่องกันในเชิงลึกแล้วก็จะพบ “ร่องรอยของมโนทัศน์” นี้ว่าเริ่มมีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีก

โบราณในฐานะแนวคิดพื้นฐานของการอธิบายหลักคิดว่าด้วยความยุติธรรม (Justice) โดยกลาฟคอน (Glaucon) พี่ชายของเพลโต กล่าวคือ กลาฟคอนกล่าวในหนังสือชื่อสาธารณรัฐ (The Republic) ว่า ความยุติธรรมอยู่ในสถานะของข้อตกลงระหว่างบุคคลบนฐานคิด “ประโยชน์ส่วนตน” (Self-Interest) เพื่อหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดความเสียหายระหว่างกัน ด้วยเหตุผลนี้เองจึงนำไปสู่การทำสัญญาและตราตัวบทกฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้ (Klosko 2011, 574) อันเป็นการสอดคล้องต้องกันกับคำอธิบายของนักปรัชญาชื่อดังอย่างเอพิคุรัส (Epicurus) ที่เห็นว่าความยุติธรรมเกิดขึ้นจากการตกลงระหว่างกันของประชาชนที่จะไม่กระทำการใดๆ ที่จะเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน²⁰ หลังจากนั้น “แนวคิดที่ว่าด้วยการทำสัญญา” ได้รับการยอมรับนับถือมากขึ้นและถูกนำไปใช้ในการอธิบายถึงเหตุผลที่มาที่ไปของอำนาจของจักรพรรดิสมัยโรมันโดยนักกฎหมายในครั้งกระนั้น อย่างไรก็ตามมีการตั้งคำถามจากหลายฝ่ายในวงราวศตวรรษที่ 12 ว่า “อำนาจของจักรพรรดิโรมัน” (Imperium)²¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจทางด้านนิติบัญญัติ (Legislative Power) ที่อ้างอิง “กฎหมายจักรพรรดิ” (Lex Regia)²² เป็นฐานอำนาจซึ่งปรากฏอยู่ใน “ไดเจสตา” (Digesta) และ “อินสติติวติโอนเนส” (Institutiones) ของประมวลกฎหมายจัสติเนียน

²⁰ อย่างไรก็ดี ซีเซโร (Cicero) ได้โต้แย้งกับคำอธิบายนี้โดยกล่าวว่าความยุติธรรมนั้นหาได้เกิดมาจากการทำสัญญาระหว่างบุคคลไม่ หากแต่เกิดมาจากเหตุผลตามธรรมชาติ (Natural Reason)

²¹ นัยของคำว่า “Imperium” ในสมัยโรมัน หมายถึง คำสั่ง (Order) หรือ คำบัญชา (Command) อันมีมติครอบคลุมนำไปถึงอำนาจในการออกคำสั่ง หรือคำบัญชาด้วย คำดังกล่าวมีการนำไปใช้กับบทบาท หรืออำนาจของบุคคลต่างๆ ในสังคมโรมัน ไม่ว่าจะเป็นหัวหน้าครอบครัวที่จะมีอำนาจ (Imperium of the head of family) ในการสั่งการใดๆ ภายในครอบครัวตนเองก็ดี หรือแม้กระทั่งการกล่าวถึงระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยในสมัยโรมันที่กล่าวว่าอำนาจสูงสุดเป็นของชนชาวโรมัน (Imperium populi Romani)

²² แรกเริ่มเดิมที “Lex Regia” เป็นกฎหมายทางด้านศาสนา จนกระทั่งเวลาต่อมาถือเป็น “กฎหมายกษัตริย์” หรือ “Royal Law” ที่ให้อำนาจแก่จักรพรรดิโรมันในการสั่ง หรือดำเนินการใดๆ กฎหมายนี้ถูกเรียกโดยพระเจ้าจัสติเนียนว่า “กฎหมายแห่งอำนาจสั่งการบังคับบัญชาของค้จักรพรรดิ” หรือ “Lex de imperio”

(Justinian Code)²³ อันถือเป็นแนวคิดหลักของกฎหมายมหาชนโรมันมีที่มาจากที่ไปอย่างไร ภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากการปกครองโดยประชาชนชาวโรมันมาเป็นการปกครองโดยจักรพรรดิโรมัน

มีการอธิบายว่า แม้ยุคสมัยจะเปลี่ยนไป จักรพรรดิขึ้นมาปกครองแทนประชาชนชาวโรมันแล้ว แต่ตัวจักรพรรดิเองหาได้มีอำนาจในตัวเองไม่ (Black 2000, 126) เพราะต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายจักรพรรดิที่มอบอำนาจให้โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ แท้ที่จริงแล้วเป็นผลมาจากการที่ประชาชนชาวโรมันซึ่งถืออำนาจสูงสุดในการปกครองเดิมซึ่งอยู่ในรูปแบบของสาธารณรัฐ (Republic) นั้น ยินยอมพร้อมใจที่จะมอบอำนาจให้ (Canning 2003, 55) ในลักษณะของ “การให้หยีบยืม” แก่จักรพรรดิในระบอบการปกครองรูปแบบใหม่อย่างอาณาจักร (Empire)²⁴ มิใช่การสละอำนาจให้เป็นการเด็ดขาดถาวร (Goodin, Pettit, and Pogge 2007, 479) ดังนั้น หากพินิจพิเคราะห์ให้ถ้วนถี่ในคำอธิบายความนี้ก็จะพบว่า การมีอำนาจของผู้นำ (Princeps)

นอกจากจะมีมิติว่าด้วย “การโอนถ่ายอำนาจ” (Transfer of Power) จากช่วงเวลาหนึ่งไปยังอีกช่วงเวลาหนึ่งแล้ว กรณีก็ยังเกี่ยวข้องกับมิติความสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง” ด้วย กล่าวคือ ผู้ถูกปกครองจะต้องมีการยินยอม (Consent) ที่จะโอนถ่ายอำนาจของตนเองให้ผู้นำ หรือผู้ปกครอง²⁵ อันถือเป็น “รากฐานความคิด” (Conceptual Foundation) และมีอิทธิพลต่อแนวคิดที่ว่าด้วย “สัญญาประชาคม” ในช่วงศตวรรษที่ 13-14 และคำอธิบายแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมช่วงต้นรัฐสมัยใหม่โดยนักวิชาการผู้โด่งดังอย่างโทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes), จอห์น ล็อก (John Locke) และฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) เป็นต้น นั่นเอง²⁶

คำสอนว่าด้วยสัญญาประชาคม (Social Contract Doctrine) ถือเป็นแนวคิดที่ทรงอิทธิพลยิ่งต่อประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา²⁷ กล่าวคือ เป็นแนวคิดพื้นฐานอันถือเป็น “แรงบันดาลใจ” ที่นำไปสู่การเคลื่อนไหวเพื่อทำการปฏิวัติ (American Revolution) และประกาศตัวเป็นอิสระแยกขาดจาก

²³ ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis) นั้นประกอบไปด้วย 4 ส่วนหลักด้วยกัน อันประกอบไปด้วย โคเดกซ์ (Codex) ไคเจสตา (Digesta) อินสติติวติโอนเนส (Institutiones) และโนเวลเลอี (Novellae)

²⁴ ในคำอธิบายระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าประชาชนชาวโรมันในระบอบการปกครองแบบสาธารณรัฐซึ่งเป็นระบอบการปกครองเท่านั้นที่มีการมอบอำนาจให้แก่ ออกัสตัส (Augustus) ผู้นำคนแรกในระบอบการปกครองใหม่ของโรมันที่มีองค์จักรพรรดิถือครองอำนาจ

²⁵ อัลเปียน (Ulpian) นักกฎหมายผู้เรืองนามในสมัยโรมันก็เป็นบุคคลหนึ่งที่ทำให้คำอธิบายเกี่ยวกับอำนาจของจักรพรรดิโรมันว่ามาจากการที่ประชาชนชาวโรมันยินยอมที่จะมอบอำนาจให้ โดยอำนาจดังกล่าวถูกบรรจุอยู่ในกฎหมายจักรพรรดิ (Lex Regia)

²⁶ ในความเป็นจริงแล้ว อาจไม่ค่อยทราบและกล่าวถึงกันมากนักว่านอกจากฮอบส์ ล็อก และรูสโซ แล้ว ก็ยังมีนักวิชาการในภาคพื้นยุโรปที่อธิบายความถึงแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคม อาทิ ฮิวโก กรอเซียส (Hugo Grotius) ซามูเอล พูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf) อิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) ฯลฯ ด้วย

²⁷ มีนักวิชาการมองด้วยว่า “กฎหมายบัตรแมกนา คาร์ตา” ของประเทศอังกฤษซึ่งถือเป็น “ปฐมบทรัฐธรรมนูญ” นั้นเสมือนหนึ่งสัญญาประชาคมที่เกิดจากการที่กษัตริย์อังกฤษให้คำมั่นสัญญากับขุนนางและประชาชน เมื่อกษัตริย์ในฐานะผู้ปกครองไม่ทำตามสิ่งที่ได้ตกลงกันไว้ ขุนนางและประชาชนย่อมสามารถเรียกร้องให้กษัตริย์ต้องทำตามได้ ผู้สนใจโปรดอ่าน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ประเทศอังกฤษในสมัยที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษ²⁸ ข้อเท็จจริงนี้ปรากฏอย่างประจักษ์ชัดแจ้งผ่านสารัตถะของคำประกาศอิสรภาพ (Declaration of Independence) (Bardes, Shelley, and Schmidt 2015, 35) ที่ “ผู้ก่อร่างสร้างประเทศสหรัฐอเมริกา” (Founding Fathers) เป็นผู้ร่วมกันเขียน²⁹ โดยส่วนใหญ่ของคำประกาศนี้ถูกเขียนโดยโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมที่มีการอธิบายในงานเขียนชื่อ “ตำราเล่มที่สองว่าการปกครอง” (Second Treatise on Government) ของจอห์น ล็อก (John Locke) (Bailey 2007, 16) ภายหลังจากการประกาศคำประกาศอิสรภาพแนวคิดนี้ถูกนำไปใช้เป็น “แนวคิดหลัก” ในการร่าง “กฎหมายสูงสุด” ทุกฉบับในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศอย่างบทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ (Articles of Confederation) ก็ดี³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา

(Constitution of the United States of America) อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สองและเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ดี รวมตลอดไปถึงรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ในมลรัฐ (State Constitutions) อีกด้วย³¹ โดยอยู่บนมุมมองที่ว่า มนุษย์นั้นมีสิทธิเท่าเทียมกันทุกคน และมีสิทธิที่ติดตัวมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการอยู่อย่างสงบสุข (Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness) อันมีอาภัพพรากเอาไปได้ รัฐบาลถือกำเนิดเกิดขึ้นจากการสถาปนาของประชาชน กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้ปกครองเกิดขึ้นและมีอำนาจได้ก็แต่โดยการยินยอมพร้อมใจของผู้ถูกปกครอง (The Consent of the Governed) เท่านั้น³² คำอธิบายดังกล่าวได้รับการยอมรับนับถืออย่างกว้างขวาง อันส่งผลให้ “แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคม” ได้ถูกยกย่องให้มีสถานะเป็นหนึ่งใน “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ที่มีความสำคัญมากที่สุดหลักการหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา³³ ภายหลังจากนั้นแนวคิดถือว่า “รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม”

²⁸ ในยุคนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกามีเพียง 13 มลรัฐ ที่รู้จักกันในนาม “13 อาณานิคม” หรือ “Thirteen Colonies”

²⁹ ณ ช่วงเวลานั้น สภาคองเกรสได้มีการแต่งตั้งบุคคลต่างๆ ในรูปแบบของคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อยกร่างคำประกาศอิสรภาพอันประกอบไปด้วยโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) จอห์น อัดัมส์ (John Adams) เบนจามิน แฟรงคลิน (Benjamin Franklin) โรเจอร์ เซอร์แมน (Roger Sherman) และโรเบิร์ต ลิฟวิงสตัน (Robert Livingston)

³⁰ หนึ่งในผู้กร่างบทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ คือ จอห์น ดิกกินสัน (John Dickinson) โดยดิกกินสันเองก็ได้หยิบยกเอาแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมที่ปรากฏในคำประกาศอิสรภาพมาเป็นแนวคิดหลักในการร่างด้วย

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐฉบับแรกๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย (Virginia’s Constitution) ก็ดี หรือรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts’s Constitution) ซึ่งร่างโดยจอห์น อัดัมส์ (John Adams) ก็ดี ต่างก็มีถ้อยคำที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคมแทบทั้งสิ้น ผู้สนใจแนวคิดสัญญาประชาคมกับรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา

³² โปรดอ่าน ย่อหน้าที่ 2 ของ “คำประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา” (Declaration of Independence)

³³ แนวคิดที่ว่าด้วย “สัญญาประชาคม” ได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Theory) โดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ศาลได้นำเอาแนวคิดดังกล่าวมาเพื่อใช้พิจารณาตีความด้วยรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีต่างๆ คดีแรกที่ศาลสูงสุดอธิบายและใช้แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมมาตัดสินเกิดขึ้นในคดี Chisholm v. Georgia (1793) ประธานศาลสูงสุดคนแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาท่านจอห์น เจย์ (John Jay) ได้หยิบยกเอาแนวคิดดังกล่าวมาใช้พร้อมอธิบายในคำวินิจฉัยโดยชัดแจ้งว่า “รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาสถาปนาขึ้นในฐานะของสัญญา (Compact) ที่ประชาชนชาวอเมริกันจัดทำขึ้นเพื่อปกครองตนเอง” ภายหลังจากนั้นก็ปรากฏคำวินิจฉัยศาลสูงสุดคดีสำคัญต่างๆ (Landmark cases) ที่พิจารณายืนยันไปในแนวทางเดียวกันไม่ว่าจะเป็นคดี Calder v. Bull ในปี ค.ศ. 1798 คดี McCulloch v. Maryland ในปี ค.ศ. 1819 ที่มีประธานคือท่านจอห์น มาร์แชล (John Marshall) คดี League v. De Young ในปี ค.ศ. 1850 หรือคดี Lochner v. New York ในปี ค.ศ. 1905 ฯลฯ

ได้แพร่หลายไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลกผ่านการยึดถือ “รัฐธรรมนูญอเมริกัน” เป็นต้นแบบในการร่างกฎเกณฑ์สูงสุดของประเทศตนเองไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม อาทิ ประเทศฝรั่งเศส (Borwonsak Uwanno 1995, 18) แคนาดา สวิสเซอร์แลนด์ เดนมาร์ก นอร์เวย์ เบลเยียม แอฟริกาใต้ ไนจีเรีย อินเดีย ญี่ปุ่น (Venter 2000, 56) ฯลฯ³⁴

3. ความสัมพันธ์ระหว่างหลักสัจจัตถิกับรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาค้นคว้าแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ข้างต้นเพื่อพิจารณาถึงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญสามารถสรุปได้ว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสัญญา ที่ถูกเรียกขานกันในทางวิชาการว่า “สัญญารัฐธรรมนูญ” (Constitutional Contract) และด้วยข้อเท็จจริงดังที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการตกลงปลงใจระหว่างรัฐในฐานะของผู้ปกครองกับประชาชนในฐานะผู้ถูกปกครองตามแนวคิดทฤษฎีสัญญาประชาคม (Lutz 2006, 80) จึงนำไปสู่คำถามสำคัญยิ่งที่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่ารัฐธรรมนูญในฐานะของสัญญานี้มีผลก่อให้เกิดภาระหน้าที่ใดบ้างระหว่างคู่สัญญา และหากปรากฏซึ่งการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาจะเกิดผลอย่างไร อีกทั้งหลักสัจจัตถิเข้ามาเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกับการปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาในรัฐธรรมนูญในแง่มุมใด

3.1 ภาระหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในสัญญารัฐธรรมนูญ

หากทำการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกับการทำสัญญาทางเอกชนในบางมิติก็จะพบว่า โดยธรรมชาติแล้ว ข้อตกลงทุกประเภทย่อมก่อให้เกิดพันธะ หรือภาระหน้าที่ระหว่างผู้เข้าทำสัญญาด้วยกันทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาดังกล่าวนั้น มิอาจที่จะกล่าวได้โดยเฉพาเจาะจงในรายละเอียดในทุกกรณีว่าพึงต้องปฏิบัติเช่นไร หากแต่ขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญานั้นๆ ซึ่งมีเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ที่ผิดแผกแตกต่างกันออกไป เมื่อทราบเช่นนี้แล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณา ณ ขณะนี้ก็คือ อะไรคือเจตจำนง หรือวัตถุประสงค์ของสัญญารัฐธรรมนูญที่สามารถวิเคราะห์ผ่าน 2 มิติ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การกำหนดภาระหน้าที่ของคู่สัญญาหลักอันได้แก่รัฐและประชาชน

ก) มิติทางด้านประวัติศาสตร์ว่าด้วยการกำเนิดรัฐธรรมนูญ

แม้คำว่า “รัฐธรรมนูญ” หรือ “Constitutio” จะถือปรากฏตั้งแต่สมัยโบราณกาลอย่างกรีกและโรมันก็ตามที่ แต่นัยและวัตถุประสงค์ที่เชื่อมโยงกับระบอบการปกครองยังไม่ได้มีความประจักษ์ชัดเจน³⁵ จนกระทั่งในช่วงราวศตวรรษที่ 13 เมื่อครั้ง “ปฐมบทรัฐธรรมนูญ” อย่าง “กฎหมายบัตรแม็กนา คาร์ต้า” (Magna Carta) ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ โดยวัตถุประสงค์หลักของของกฎหมายบัตรนี้ก็เพื่อจำกัด

³⁴ ในทางวิชาการหาได้มีความเห็นสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันไม่ กล่าวคือ แนวคิดที่มองว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมนั้น มิใช่แนวคิดที่ทุกท่านจะเห็นพ้องต้องกันโดยไม่มีกรณีข้อยกเว้น นักวิชาการท่านหนึ่งที่ออกมามีวิพากษ์วิจารณ์และแสดงความไม่เห็นด้วยกับมุมมองดังกล่าวคือ คาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) นักวิชาการด้านกฎหมายชาวเยอรมันที่มองว่าแนวคิดด้วยสัญญาประชาคมแท้ที่จริงแล้วเป็นแนวคิดว่าด้วยการกำเนิดรัฐ หาใช่แนวคิดว่าด้วยการกำเนิดรัฐธรรมนูญไม่

³⁵ ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” หรือ “Constitutio” ในสมัยนั้นคือ ดัชนีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐอันมีนัยของ “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” (Jus Scriptum) ดังนั้น วัตถุประสงค์หนึ่งของการประดิษฐ์คิดค้นคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ขึ้นมาก็เพื่อพยายามจำแนกแยกแยะตัว “กฎหมายลายลักษณ์อักษร” ออกจาก “Conuetudo” หรือ “จารีตประเพณี” (Custom) ที่เป็นเรื่องของการประพฤติปฏิบัติ ต่อๆ กันมา หาได้ถือกำเนิดเกิดมาจากการตรา (Enactment) โดยภาครัฐไม่

อำนาจของพระเจ้าจอห์นที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ไปล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Irvine 2003, 253) นับแต่นั้นมา แนวคิดว่าด้วยการ “จำกัดการใช้ อำนาจในการปกครองผ่านระบบกฎหมาย” (Limited Government and Rule of Law) จึงได้ถูกซึมซับและ ถ่ายทอดมายังการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศ สหรัฐอเมริกาอันนำไปสู่คำว่า “รัฐธรรมนูญนิยม” หรือ “Constitutionalism” ที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกรู้จักและมี อิทธิพลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศตนเอง (Schwbe 2011, 12)

ข) มิติทางด้านแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคม

หากพิจารณาในเนื้อหาสาระของแนวคิด ทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคม (Social Contract Theory) โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ถูกอธิบายขยายความ โดย จอห์น ล็อก นักปรัชญาทางการเมืองชาวอังกฤษ แล้วก็จะพบว่า ล็อกเห็นว่ามีมนุษย์แต่ละคนต่างมีสิทธิ ตามธรรมชาติ (Natural Rights) ต่างมีเหตุมีผล ทุกคน ต้องการความสงบสุขและความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต แต่หากต่างคนต่างใช้สิทธิเสรีภาพของตนเองย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลอื่นได้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่ละคนจึงตกลงปลงใจเข้าทำพันธสัญญา ระหว่างกันว่าจะยอมสละสิทธิเสรีภาพที่ตนเองมีอยู่ บางส่วนนั้นให้กับผู้ปกครอง (Donaldson 1982, 39) เพื่อให้ผู้ปกครองเข้ามาช่วยทำหน้าที่ในการดูแล ปกครองให้ทุกคนอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปลอดภัย และมีความสุข (Binzen 2000, 2-3)

จากการมองผ่านมิติเชิงประวัติศาสตร์และ แนวคิดทฤษฎีข้างต้น สามารถสรุปได้ในภาพรวมว่า สัญญาทางรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นจาก “ประชาชน” ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้ “ผู้ปกครอง” ในฐานะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำหน้าที่

พิทักษ์รักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชน อำรงไว้ซึ่ง ความยุติธรรมและประโยชน์สาธารณะ (Pubic Interest) โดยประชาชนเองมีหน้าที่ที่จะต้องเชื้อฟังกตรวจสอบ ติงตราบเท่าที่ผู้ปกครองได้ปกครองไปเพื่อวัตถุประสงค์ ดังกล่าว (Evers 1977, 189)

3.2 หลักสุจริตกับการควบคุมกำกับการใช้อำนาจรัฐ

แม้ธรรมชาติของรัฐธรรมนูญจะเป็นเรื่อง กฎเกณฑ์ที่มีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับ เอกชน หากได้มีลักษณะเหมือนกับกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้น จากการตกลงปลงใจระหว่างเอกชนด้วยกันเฉกเช่น เดียวกับสัญญาทางเอกชนก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญเอง ก็ถือกำเนิดมาจาก “ข้อความคิดทางด้านสัญญา” (Contractual Concept) จนนำไปสู่การเรียกรัฐธรรมนูญ ว่า “สัญญาทางรัฐธรรมนูญ” หรือ “Constitutional Contract” (Vanberg 2001, 29) ฉะนั้นแล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญ ถือเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง เหตุใดแล้ว “หลักสุจริต” หรือ “Principle of Good Faith” จึงไม่มีความเกี่ยวพันด้วย กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นไป เมื่อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง เอกชนมีหลักสุจริตคอยควบคุมกำกับให้คู่สัญญาใน ระบบกฎหมายเอกชนต่างต้องประพฤติปฏิบัติตาม เพื่อประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายฉันใด สัญญาที่ทำขึ้น ระหว่างรัฐและเอกชนอย่างสัญญาทางรัฐธรรมนูญ ที่อาจเรียกได้ว่าเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน ก็พึงต้องมีหลักสุจริตคอยควบคุมกำกับให้คู่สัญญา ต้องประพฤติปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์มหาชนด้วย ฉะนั้น (Ducat 2013, 1156) อันเป็นการสอดคล้องกับ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยหลักสุจริต มีการบังคับใช้ในระบบกฎหมายมหาชนอย่าง “เรื่อง การบ้านการเมือง” ตั้งแต่ครั้งสมัยโรมันโบราณซึ่ง ณ ขณะนั้นเรียกว่า “หลักความน่าเชื่อถือมหาชน” (Fides Publica) หากใช้เพียงแต่การบังคับใช้แต่กับ สัญญาในระบบกฎหมายเอกชนเท่านั้นไม่

ประเด็นที่น่าจะพิจารณาต่อไปคือ หลักสุจริต มีหลักการ หรือกฎเกณฑ์อย่างไรต่อระบอบรัฐธรรมนูญ คำถามนี้สามารถอธิบายได้ว่า ในทางวิชาการ ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว หลักสุจริตเรียกร้องให้ คู่สัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการต้องเคารพต่อ “หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา” (Pacta Sunt Servanda) ด้วยการทำหน้าที่ของตนเองอย่างจำกัดครัดเคร่ง (Visser 2013, 450) อย่างไรก็ตาม อาจต้องทำความเข้าใจเสีย ในเบื้องต้นก่อนว่า สัญญาทางรัฐธรรมนูญมีความ แตกต่างจากสัญญาในทางเอกชนโดยทั่วไปพอสมควร กล่าวคือ ในขณะที่สัญญาทางเอกชนทั่วไปมีลักษณะ เป็น “สัญญาในทางรูปแบบ หรือ สัญญาเคร่งครัด” (Formal Contract) ที่จะมีการกำหนดเนื้อหาของสัญญา ลงในรายละเอียดโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นของ “หน้าที่คู่สัญญา” ค่อนข้างชัดเจน ส่วนหนึ่งสืบเนื่อง มาจากโดยทั่วไปแล้ว การทำสัญญาเอกชนมีลักษณะ เป็นการทำสัญญาที่ค่อนข้างสั้นและมีระยะเวลาจำกัด โดยประจักษ์ชัด (Baker and Choi 2015) แต่กับสัญญา ทางรัฐธรรมนูญหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ สัญญาทาง รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาชนิดพิเศษที่รู้จักกันในนาม “สัญญาสายสัมพันธ์ หรือ สัญญาไม่เคร่งครัด” (Relational Contract)³⁶ ที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงมีความเชื่อมโยงกับบริบทของสังคมที่มีความเป็นพลวัต (Dynamic) มีระยะเวลาของสัญญาที่ยาวนาน หรือ อาจกล่าวได้ว่าไม่มีความแน่นอนในเรื่องระยะเวลา (Long-Term or Unlimited Contract) เลยก็น่าได้ ด้วยข้อเท็จจริงเช่นนี้ โดยสภาพสัญญาทางรัฐธรรมนูญ จึงมีอาจกำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดของสัญญาได้ เช่นเดียวกับกับสัญญาทางเอกชนว่าคู่สัญญาจะต้อง ปฏิบัติอะไรบ้างและอย่างไรบ้างโดยชัดเจนตายตัว

การปฏิบัติหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญารัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสัญญาสายสัมพันธ์จึงมีลักษณะเป็นการปฏิบัติ ตนตามเจตนารมณ์ของสัญญาโดยรวม ไม่มีการ กำหนดภารกิจใดเป็นการเฉพาะเจาะจง เพราะ ภารกิจตามสัญญาขึ้นอยู่กับพื้นฐานของเหตุการณ์ ต่างๆ ที่แปรผันไปตามบริบทของสังคม ณ เวลานั้นๆ อันมีอาจคาดการณ์ได้ (Graber 2006, 220)

ปัญหาสำคัญหนึ่งที่ต้องขบคิดเพื่อหาคำตอบ คือ เมื่อสัญญาทางรัฐธรรมนูญมีความไม่ชัดเจนใน รายละเอียดโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องภาระหน้าที่ของ ผู้ปกครองในฐานะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง กรณีนี้จะทำเช่นไร กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้เราจะยึดหลักสุจริตที่เรียกร้อง ให้รัฐต้องปฏิบัติตาม “หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา” ก็ตามที แต่เมื่อไม่มีการกำหนดภาระหน้าที่ของเขา อย่างชัดเจนแล้วจะบังคับให้เขาปฏิบัติตามข้อสัญญา ได้อย่างไรอย่างไรเป็นรูปธรรม คำตอบของปัญหา ดังกล่าวนี้นี้เราสามารถกำหนดภารกิจ หรือหน้าที่ ของสัญญาทางรัฐธรรมนูญได้โดย “การตีความ รัฐธรรมนูญ” กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นไป หากกรณีใดที่ รัฐธรรมนูญมีการกำหนดภาระหน้าที่ของรัฐอย่าง ชัดเจนก็ยอมเป็นไปตามนั้น แต่สำหรับกรณีที่ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนอาจต้องอาศัย การตีความทางรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปสู่การกำหนด บทบาทภาระหน้าที่ของรัฐ โดยการตีความนี้มีได้ หมายความว่าตีความตามอำเภอใจได้ หากแต่ ต้องตีความไปบนหลักสุจริตที่เรียกว่า “หลักสุจริตทาง รัฐธรรมนูญ” หรือ “Constitutional Fidelity” (Fleming 2015, 14) ที่เรียกร้องให้การตีความต้องตีความไปตาม เจตจำนงที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนและควบคุมกำกับการใช้อำนาจ

³⁶ คำว่า “Relational Contract” นี้ถูกประดิษฐ์คิดค้นพร้อมคำอธิบายโดยศาสตราจารย์เอียน แมคเนล (Ian Macneil) ศาสตราจารย์ ทางกฎหมายผู้เลื่องชื่อแห่งมหาวิทยาลัยนอร์ธเวสต์เทิร์น

รัฐ ซึ่งก็คือแนวคิดพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democratic State) ที่ประกอบไปด้วย 2 หลักการใหญ่ ได้แก่ หลักประชาธิปไตย (Democracy) และหลักนิติธรรม (Rule of Law) (Fox and Roth 2000, 585)

กล่าวคือ ไม่ว่าด้วยกรณีใดๆ ที่ปรากฏความไม่ชัดเจนในรัฐธรรมนูญอันส่งผลต่อการตั้งคำถามสำหรับการทำงานที่ของรัฐ หลักสิทธิทางรัฐธรรมนูญภายใต้ “ร่มเงา” ของหลักการใหญ่ที่สำคัญยิ่งอย่าง “หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม” (Penumbra of Democracy and the Rule of Law)³⁷ ที่ต่างก็ถือประชาชนเป็นสรณะ เรียกร้องมิให้รัฐในฐานะของผู้ตกลงเข้าทำสัญญาทางรัฐธรรมนูญกับประชาชนปฏิบัติหน้าที่ของตนเองด้วยการใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ หากแต่ “ต้องใช้อำนาจโดยสุจริต” นั่นคือเพื่อประโยชน์ของมหาชนนั่นเอง

3.3 ผลของการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาทางรัฐธรรมนูญ

ตาม “หลักความสุจริตในระบบบรัฐธรรมนูญ” ที่เรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติตามพันธสัญญาที่ได้ให้ไว้ในสัญญาทางรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้ว รัฐในฐานะของผู้สัญญาต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเองดังต่อไปนี้

1. รัฐสภา ในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติ จำต้องตราตัวบทกฎหมายภายใต้กรอบและกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รัฐสภาไม่สามารถออกกฎหมายใดๆ อันเป็นการเข้าไปจำกัดตัดตอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้³⁸ หากกรณีมีความจำเป็น ต้องกระทำไปด้วยความระมัดระวัง ไม่กระทำการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินกว่าเหตุ นอกจากนี้ เนื้อหาในกฎหมายที่ตราขึ้นต้องมีความชัดเจน และมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ³⁹

³⁷ รัฐธรรมนูญไทยมีการบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา 3 วรรค 2 ของฉบับปี พ.ศ. 2550 สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นๆ ได้บัญญัติหลักนิติรัฐทั้งโดยชัดเจนและปริยายไว้ในบทบัญญัติทั่วไป หรือบทบัญญัติขึ้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศรัสเซีย ยูเครน และอาร์เมเนีย บัญญัติหลักนิติธรรมไว้ใน มาตรา 1 ประเทศสโลเวเนียบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ประเทศจอร์เจียบัญญัติไว้ใน มาตรา 5 ประเทศมาเซโดเนียบัญญัติไว้ในมาตรา 8 อนึ่ง บทบัญญัติว่าด้วยหลักนิติธรรมของประเทศไทยอันมีหลักสุจริตเป็นองค์ประกอบย่อยอยู่ด้วยนั้นได้มีการบรรจุไว้ในหมวดทั่วไปของรัฐธรรมนูญซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงหลักการรากฐานในระบบกฎหมายมหาชนไทยอีกด้วย

³⁸ ในปี ค.ศ. 1960 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีเคยมีคำวินิจฉัยชี้ว่าการยกเลิกกฎหมายให้มีผลย้อนหลังถือเป็นการขัดต่อหลักสุจริตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ถือเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

³⁹ โปรดดู มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่น่าขบคิดว่า กรณีหากรัฐเอง “ได้ใช้อำนาจไปโดยสุจริต” แล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวจะถือได้ว่าเป็นการชอบด้วยหลักนิติธรรมหรือไม่หากผลปรากฏว่าส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น หากรัฐสภาเองได้มีการตราตัวบทกฎหมายขึ้นฉบับหนึ่ง โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้น เนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติงานในองค์กรดังกล่าว เมื่อกฎหมายฉบับนี้ผ่านการพิจารณาอย่างละเอียดจากรัฐสภาแล้วและประกาศใช้แล้ว ต่อมาได้มีการร้องว่าเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดคุณสมบัติของเจ้าหน้าที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น อายุ หรือ เพศ ฯลฯ เป็นต้น อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้จะถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยสุจริต หรือไม่ชอบได้หรือไม่ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติมีความสุจริต หาได้มีเจตนาในการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หากแต่พิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นโดยแท้จริง เช่น ด้วยสภาพงานแล้ว จำต้องมีบุคลากรที่มีคุณสมบัติเป็นพิเศษ หากการตรากฎหมายมีเหตุผลและผลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะโดยแท้จริง ตามหลักการแล้วก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจไปตามหลักนิติธรรม (ตามหลักพอสมควรแก่เหตุ) ซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ หาได้เป็นการใช้อำนาจไปโดยมิชอบ (Abuse of Powers) แต่อย่างใดไม่ อันถือได้ว่าเป็นไปตาม “หลักการใช้อำนาจโดยสุจริต” นั่นเอง โปรดดู กรณีคุณศิริมิตร บุญมูล ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545 เทียบเคียง 15/2555

2. คณะรัฐมนตรี ในฐานะของฝ่ายบริหาร คณะรัฐมนตรีต้องบริหารราชการแผ่นดินไปโดยต้องมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจ การกระทำใดๆ ต้องมีกฎหมายรองรับเสมอ อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

3. ศาล ในฐานะของฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ว่ามี “การใช้อำนาจไปโดยสุจริต” หรือไม่ แต่ในขณะเดียวกัน ฝ่ายตุลาการเองก็ผูกผันกับ “หลักสุจริตในการใช้อำนาจตุลาการ” ด้วย กล่าวคือ การใช้ อำนาจของฝ่ายตุลาการต้องเป็นไปภายใต้กรอบและ กฎเกณฑ์ที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญก็ดี หรือกฎหมายลำดับรองก็ดีได้ระบุไว้ การพิจารณาคดี ต้องไม่เลือกปฏิบัติ อีกทั้งยังต้องมีการปรับใช้และตีความตัวบทกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นไปตามหลักสุจริต ซึ่งอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมด้วย

แต่กระนั้นก็ดี หากปรากฏว่ารัฐเองหาได้ปฏิบัติหน้าที่ตนตามสัญญาทางรัฐธรรมนูญข้างต้น มีการใช้อำนาจไปเพื่อข่มเหงกั่นแกล้งประชาชน มีการบิดเบือนการใช้อำนาจ (Abuse of Powers)⁴⁰ ส่งผลให้ประชาชนได้รับความเสียหาย ถือได้ว่ารัฐกระทำการขัดต่อหลักสุจริต (Vorapot Visarutpit 2538, 85-87) ซึ่งเป็นการกระทำการละเมิดพันธสัญญาที่ได้ให้ไว้กับประชาชน⁴¹ ประชาชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และสามารถให้ผู้ปกครองต้องออกจากตำแหน่งได้ผ่านกลไกทางรัฐธรรมนูญต่างๆ ในปัจจุบัน เช่น การถอดถอนออกจากการดำรงตำแหน่งโดยประชาชนเองที่เรียกว่า “Recall” หรือการถอดถอนผ่านตัวแทนประชาชนที่เรียกว่า “Impeachment” เป็นต้น ทั้งนี้ เป็นไปตามแนวคิดทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ถูก อรรถาธิบายโดยลอร์ดที่ว่า ตราบเท่าที่ผู้ปกครองยังคงปกครองไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอันเป็นการสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางธรรมชาติ (Natural Law) แล้วไซ้ ประชาชนพึงต้องเคารพและปฏิบัติตาม ผู้ปกครอง แต่เมื่อใดที่ผู้ปกครองไม่ทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นการสะท้อนว่าผู้ปกครองกลายเป็นทรราชย์ไปแล้ว ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้าน ไม่จำต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามผู้ปกครองนี้อีกต่อไป

อนึ่ง ประเด็นว่าด้วยการตราตัวบทกฎหมายอันเป็นการกำหนดคุณสมบัติด้วยความสุจริตนั้นก็มีปรากฏอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะเรียกกรณีดังกล่าวว่า “การกำหนดคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพบนพื้นฐานของความสุจริต” (Bona Fide Occupational Qualification หรือ BFOQ) กล่าวคือ หากปรากฏว่าการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นไปด้วยความสุจริต หาได้มีเจตนาในการเลือกปฏิบัติไม่ ก็ถือว่าสามารถกระทำได้ โดยศาลจะเป็นผู้ชี้ขาด

⁴⁰ การบิดเบือนการใช้อำนาจอาจเกิดได้อยู่ 2 กรณีหลักด้วยกัน ได้แก่ 1. กรณีที่มีการใช้อำนาจไปโดยมิได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ และ 2. กรณีที่มีการใช้อำนาจไปโดยเกินขอบเขต หรือผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อนึ่ง การบิดเบือนการใช้อำนาจหรือการใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือ “Abuse of Powers” นี้ ถูกเรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า “*Dtournement de Pouvoir*”

⁴¹ หากพิจารณาให้ถี่จะพบว่า “หลักสุจริต” เข้าไปควบคุมการใช้อำนาจของรัฐโดยจะเข้าไปพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำ (การใช้อำนาจ) ว่ามีลักษณะการใช้ที่บิดเบือนไปจากที่ตัวบทกฎหมายได้กำหนดไว้หรือไม่แล้ว ยังมีอีกกรณีหนึ่งที่ “หลักสุจริตในการใช้อำนาจ” ได้เข้าไปตรวจสอบด้วย นั่นก็คือ การเข้าไปตรวจสอบในด้านผลของการกระทำ (ผลของการใช้อำนาจ) โดยผ่านวิธีการเปิดเผยบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งหากปรากฏว่ามีทรัพย์สินที่เพิ่มสูงขึ้นผิดปกติก็อาจเป็นไปได้ว่ามีการใช้อำนาจไปในทางทุจริต ทำให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัว หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 259-264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ปรากฏอยู่ในหมวดที่ 11 ของรัฐธรรมนูญว่าด้วยจริยธรรมแห่งมลรัฐพเนชิลเวเนเชีย ฯลฯ

อนึ่ง นอกจากหลักสุจริตจะผูกพันให้รัฐต้องปฏิบัติตามสัญญาทางรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนในฐานะของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยเช่นเดียวกัน กล่าวคือโดยทั่วไปแล้ว ประชาชนย่อมมีภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ปกครองในรูปแบบของตัวบทกฎหมาย ดังนั้น หลักสุจริตจึงเรียกร้องให้ประชาชนทำหน้าที่ตามสัญญาทางรัฐธรรมนูญด้วยการเคารพต่อกฎหมายที่ตราขึ้นและมีการบังคับใช้โดยรัฐ⁴² เมื่อใดที่ประชาชนไม่ปฏิบัติเคารพต่อกฎหมายและขัดขึ้นการบังคับใช้กฎหมายโดยมิชอบ ย่อมถือเป็นการขัดต่อหลักสุจริตและสัญญาทางรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ส่งผลให้ประชาชนต้องรับผิดชอบด้วยการได้รับการลงโทษตามมาตรการต่างๆ ที่มีการบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย อันได้แก่ รัฐธรรมนูญ และฉบับต่างๆ ด้วย

บทสรุป

แม้เราจะไม่คุ้นชินนักกับการยึดถือและบังคับใช้หลักสุจริตในระบบกฎหมายมหาชน ส่วนหนึ่งอาจเกิดมาจากเราประสบพบเจอกับการบังคับใช้หลักสุจริตในระบบกฎหมายเอกชนเสียมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกฎหมายสัญญาในฐานะต้นกำเนิดของหลักการ แต่กระนั้นก็ดี มิได้หมายความว่าภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธการดำรงคงอยู่และการบังคับใช้หลักสุจริตเลย กล่าวอีกนัยหนึ่ง จริงอยู่ว่ากฎหมายมหาชนนั้นเป็นเรื่องระหว่างความสัมพันธ์ของรัฐกับเอกชน เป็นเรื่อง

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ใช้อำนาจ⁴³ กับบุคคลทั่วไป อันมีสถานะแตกต่างกัน ในขณะที่กฎหมายเอกชนกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เป็นเรื่องของการใช้สิทธิระหว่างบุคคลที่มีสถานะเท่าเทียมกัน แต่เมื่อทำการศึกษาค้นคว้าในแง่ที่มาของหลักสุจริตก็ดี พร้อมทั้งทำความเข้าใจและพิจารณาหลักการโดยละเอียดก็ดี จะพบว่าหลักสุจริตนี้มีการนำมาใช้และพืงนำมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับรัฐธรรมนูญอันมีต้นกำเนิดมาจากลักษณะธรรมชาติที่เป็น “สัญญาประชาคม”

ผู้เขียนเห็นว่าการนำเอาหลักสุจริตที่มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”⁴⁴ (General Principle) มาปรับใช้กับระบอบรัฐธรรมนูญนั้นมีมิใช่เรื่องผิดแผกหรือส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย หรือสถาบันการเมืองแต่อย่างใด หากแต่เป็น “ตัวเสริม” ให้รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศมีความศักดิ์สิทธิ์โดยแท้ด้วยการควบคุมเรียกร้องให้ผู้ปกครองหรือภาครัฐต้องทำหน้าที่ของตนเองตามที่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้ใน “สัญญาทางรัฐธรรมนูญ” อย่างจำกัดครัดเคร่ง ทั้งนี้ ก็เพื่อบรรลุมัตถุประสงค์สูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นคือ ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์ของประชาชน ซึ่งทำยที่สุดแล้ว ผลดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความไว้นื้อเชื่อใจของประชาชนต่อรัฐตาม “หลักความน่าเชื่อถือมหาชน” (Fides Publica) ที่เป็นเจตนารมณ์ดั้งเดิมของหลักสุจริตในระบบกฎหมายมหาชน นอกจากนี้แล้ว ยังเป็นการนำพาประเทศไปสู่ความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่จะได้รับความยอมรับจากนานาอารยประเทศอีกด้วย

⁴² โปรดดู มาตรา 71 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

⁴³ “อำนาจ” กับ “สิทธิ” เป็นสิ่งเดียวกัน เพียงแค่ “อำนาจ” ใช้เมื่อกล่าวถึงผู้ที่มีสถานะที่สูงกว่าอ้างอิงกับผู้ที่มีสถานะต่ำกว่า

⁴⁴ ศาสตราจารย์ปรีดี เภษมทรัพย์ ปรมาจารย์ทางด้านนิติปรัชญาเคยกล่าวไว้ในหนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ว่า หลักสุจริตเป็น “หลักครอบจักรวาล” อันสะท้อนให้เห็นว่าสามารถใช้ได้ในกฎหมายทุกสาขาไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน หรือกฎหมายระหว่างประเทศ

References

- Bailey, Jeremy. 2007. *Thomas Jefferson and executive power*. New York: Cambridge University Press.
- Baker, Scott and Albert Choi. 2015. Contract's role in relational contract. *Virginia Law Review* 101 (3): 559-607.
- Bardes, Barbara, Mack Shelley, and Steffan Schmidt. 2015. *American government and politics today: Essentials 2015-2016*. 3 Edition. Independence, KY: Cengage Learning.
- Binzen, Nathaniel. 2000. *Rethinking the state of nature: Lockes' two treatises of government*. Princeton: Princeton University Press.
- Black, Antony. 2000. *Political though in Europe, 1250-1450*. UK: Cambridge University Press.
- Borwonsak Uwanno. 1995. *Khamattibai kodmai mahachon lem 3: Teema lae nitivitee*. [Public law volume 3: Origin and legal method]. Bangkok : Nititham Publishing. (in Thai)
- Brunner, Christoph. 2009. *Force majeure and hardship under general contract principles: Exemption for non-performance in international arbitration*. Netherland: Kluwer Law International.
- Canning, Josep. 2003. *The political though of baldus de ubaldis*. 3 Edition. New York: Cambridge University Press.
- Chemerinsky, Erwin. 2006. *Constitutional law: Principles and policies*. New York: Aspen Publishers.
- Cicero, Marcus Tullius. 1798. *De ofciis (English version by Walter Miller) book III*. New York: The Macmillan CO.
- Dainow, Joseph. 1997. The civil law and the common law: Some points of comparison. *American Journal of Comparative Law* 15 (3): 432-433.
- Ducat, Craig. 2013. *Constitutional interpretation*. 10 edition. Canada: Nelson Education Ltd.
- Evers, Williamson M. 1977. Social contract: A critique. *Journal of Libertarian Studies* 1 (3): 185-194.
- Fauvarque-Cosson, Bndicte and Denis Mazeaud. 2008. *European contract law: Materials for a common frame of reference: Terminology, guiding principles, model rules*. Munich: European Law Publishers.

- Fleming, James E. 2015. *Fidelity to our imperfect constitution: For moral readings and against originalism*. New York: Oxford University Press.
- Fox, Gregory H. and Brad R Roth. 2000. *Democratic governance and international law*. New York: Cambridge University Press.
- Gibson, Edmind. 1738. *Of the English reformation against the doctrine of papal supremacy*. London: H. Knaplock.
- Gooding, R.E., Philip Pettit, and Thomas Pogge. 2007. *A companion to contemporary political philosophy*. Chichester West Sussex: Wiley-Blackwell.
- Graber, Mark A. 2006. *Dred scott and the problem of constitutional evil*. New York: Cambridge University Press.
- Irvine, Lord of Laig. 2003. *Human rights, constitutional law and the development of the English legal system*. Oxford: Hart Publishing.
- Kelsen, Hans. 1967. *Pure theory of law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.
- Klosko, George. 2011. *The Oxford handbook of the history of political philosophy*. New York: Oxford University Press.
- Kotzur, Markus. 2009. *Good faith (bona de)*, **Oxford Public International Law** 4: 1.
- Louw, AM. 2013. Yet another call for a greater role for good faith in the South African law contract: Can we banish the law of the jungle, while avoiding the elephant in the room. *Potchefstroom Electronic Law Journal* 16 (5): 62.
- Lwenstein, Karl. 1957. *Political power and governmental process*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lutz, Donald S. 2006. *Principle of constitutional design*. New York: Cambridge University Press.
- Madsen, Marcia G. and Litteken, Michelle E. 2014. *The implied duty of good faith & fair dealing in government & commercial contracts: An age-old concept in need of an update?.* USA: United States court of appeals for the federal circuit.
- McCamus, John D. 2004. Abuse of discretion, failure to cooperate and evasion of duty: Unpacking the common law duty of good faith contractual performance. *the Advocates' Quarterly* 29 (1): 72.

- O’Cinneide, Colm and Stelzer, Manfred. 2013. *Horizontal effect/state action in Routledge handbook of constitutional law*. Oxford: Routledge.
- Pikington, Colin. 1999. *The politics today companion to British constitution*. Manchester: Manchester University Press.
- Sacconi, Lorenzo. 2000. *The social contract of the rm: Economics, ethics and organisation*. New York: Springer. Chichester West Sussex: Wiley-Blackwell.
- Schwbe, Christine E. J. 2011. *Global constitutionalism in international legal perspective*. Leiden: Hotei Publishing.
- Shapiro, Scott J. 2007. The “hart-dworkin” debate: A short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Papers Series Working paper no. 77*. Michigan: University of Michigan Law School.
- Tigar, Michael E. 1965. Automatic extinction of cross-demands: Compensation from rome to California. *California Law Review* 53: 229.
- Vanberg, Viktor J. 2001. *The constitution of markets: Essays in political economy*. Oxford: Routledge.
- Venter, Forsythe. 2000. *Constitutional comparison: Japan, Germany, Canada and South Africa*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Visser, Daniel. 2013. *Private law and human rights: Bringing rights home in Scotland and South Africa*. Edinburg: Edinburg University Press.
- Vorapot Visarupit. 1995. *Siti sereepab tam rattatamanoon*. [Rights and liberties in constitutional law] Bangkok : Winyuchon Publishing. (in Thai)
- Yud Saeng-U-Thai. 2009. *Kwamru buengton kewkub kodmai toipai*. [Introduction to law]. Bangkok: Thammasat University Publishing. (in Thai)
- Zetterquist, Ola. 2007. A European social contract?. *Scandinavian Studies in Law* 52: 330.
- Zimmermann, Reinhard. 1996. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press.
- Zimmermann, Reinhard and Whittaker, Simon. 2000. *Good faith in European contract law*. New York: Cambridge University Press.