

บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ

วิไลฐ ญาณภีร์¹

วารี นาสกุล²

วิษณุ เครืองาม³

ณัชชญา ทองจันทร์⁴

ธนาสาร จอพานิชย์⁵

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้รวบรวมหลักการต่าง ๆ ทั้งหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ และหลักธรรมาภิบาลในบริบทของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์ความเหมือนและความแตกต่าง รวมถึงศึกษาแนวคิดของหลักนิติธรรมในภาคเอกชน เพื่อสร้างองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักการเหล่านี้โดยเน้นศึกษาในหลักนิติธรรมที่เป็นหลักของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) อันเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย อีกทั้งได้เปรียบเทียบกับหลักนิติรัฐ (Legal State) ที่มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) รวมถึงในการใช้หลักนิติธรรมกับแนวทางการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร แล้วนำข้อมูลที่ได้มาศึกษาเปรียบเทียบความคล้ายคลึงและแตกต่างของหลักต่าง ๆ ตลอดจนศึกษาประวัติความเป็นมา และการนำหลักต่าง ๆ มาปรับใช้ในกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะมาตรา 3 วรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำสำคัญ: หลักการนิติธรรม หลักนิติรัฐ หลักธรรมาภิบาล

¹อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 592/3 ซอยรามคำแหง 24 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 โทร 084-6695957

²ศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 592/3 ซอยรามคำแหง 24 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 โทร 084-6695957

³เชี่ยวชาญฝ่ายรัฐกิจสัมพันธ์ บริษัท ทู คอรัปชั่น มหาชน จำกัด

สนง.ใหญ่ 18 ถนนรัชดาภิเษก แขวงห้วยขวาง เขตห้วยขวาง กทม 10310. โทรศัพท์: 0-2643-1111

⁴อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 592/3 ซอยรามคำแหง 24 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 โทร 084-6695957

⁵อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 592/3 ซอยรามคำแหง 24 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 โทร 084-6695957

The Context of Rule of Law in Foreign Countries.

Wisit Yanpirat¹

Varee Nasakul²

Vichya Krea-Ngam³

Nachatchaya Thongjan⁴

Tanasarn Chongpanit⁵

Abstract

This research attempted to compare related principles i.e., the Rule of Law, Legal State Principle, Rule of Law in Private Sector, and Good Governance in foreign contexts and to analyze the similarities and differences among these principles in order to create an integrated body of knowledge in this field, with an emphasis on the Rule of Law principle in the Common Law system countries which was concerned with the control of the use of power by the ruler under the law as well as the Legal State principle in the Civil Law system countries. In addition, this study also looked at the implementation of the Rule of Law and Good Governance, particularly in the light of the Constitution of the Kingdom of Thailand 2007, Article 3 second paragraph.

Keywords: The Rule of Law, Legal State, Good Governance.

¹Lecturer, School of Law, Assumption University

Assumption University 592/3 Ramkhamhaeng 24, Hua Mak Bangkapi Bangkok 10240 Tel. 084-6695957

²Professor, School of Law, Assumption University

Assumption University 592/3 Ramkhamhaeng 24, Hua Mak Bangkapi Bangkok 10240 Tel. 084-6695957

³ True Cooperation Public Company Limited

18 True Tower Ratchapisek Road, Huay Kwang, Bangkok 10310

⁴Lecturer, School of Law, Assumption University

Assumption University 592/3 Ramkhamhaeng 24, Hua Mak Bangkapi Bangkok 10240 Tel. 084-6695957

⁵Lecturer, School of Law, Assumption University

Assumption University 592/3 Ramkhamhaeng 24, Hua Mak Bangkapi Bangkok 10240 Tel. 084-6695957

บทนำ

ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตาม รัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม” ซึ่งถือเป็นการเพิ่มเติมถ้อยคำจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 อันส่งผลให้ปรากฏคำว่า “หลักนิติ ธรรม” (The Rule of Law) ในบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก (โกคิน พลกุล, 2540) แม้การเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรคสอง ดังกล่าวมุ่งหวังจะให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตาม รัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องตั้งอยู่บน พื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็น ธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และไม่ อาจใช้อำนาจรัฐโดยไม่มีกฎหมายรองรับอันเป็น สาระสำคัญของหลักนิติธรรม แต่การบัญญัติเช่น นี้นี้อาจไม่ชัดเจนเนื่องจากความเข้าใจในคำว่า หลักนิติธรรมยังมีความแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้ จากการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่ เกี่ยวกับมาตรา 3 วรรคสองนั้น มีญัตติหนึ่งที่มี การอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง คือ ควรใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเดิม ที่เดียวในมาตรา 3 วรรคสอง นั้น ร่างไว้ว่า “การ ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรอื่นและหน่วยงานของรัฐ ต้อง เป็นไปตามหลักนิติรัฐ” และได้ให้คำอธิบายว่า “หลักนิติรัฐ” คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ที่มาจากภาษาอังกฤษ ว่า “The Rule of Law” และ มี ค า แ บ ล ใน ภ า ษา เ ย อ ร ม ัน ว่า “Rechtsstaat” เมื่ออธิบายเช่นนี้ จึงเกิดข้อ

ถกเถียงกันว่าหากต้องการพูดถึง “The Rule of Law” แล้วก็ต้องใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เพราะ คำว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “Rechtsstaat” นั้น มี คำแปลภาษาอังกฤษว่า “Legal State” (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2552) จากนั้นได้มีการ อภิปรายว่าควรจะใช้คำใด และในท้ายที่สุด ในสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีมติให้ใช้คำว่า “หลัก นิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง สำหรับ แนวคิดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เห็น ว่าการใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในลักษณะเป็น การบังคับอำนาจไปสู่การฟ้องร้ององค์กรต่าง ๆ ดังนั้น ควรปล่อยให้เป็นไปตามความเห็นของ นักวิชาการที่พัฒนาทฤษฎีต่าง ๆ ขึ้นมาเป็น ลำดับ การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงเสี่ยงต่อ ปัญหาการตีความและถึงแม้จะไม่บัญญัติไว้แต่ สถานะของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับซึ่งแสดงอยู่ในตัว แล้วว่าการปกครองต้องเป็นไปตามหลักนี้และ บทบัญญัติในมาตรา 3 วรรคหนึ่งและ วรรคสอง ก็เป็นคนละเรื่องกัน กล่าวคือ ในมาตรา 3 วรรค หนึ่ง เป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตยในการปกครอง ระบอบประชาธิปไตย ส่วนมาตรา 3 วรรคสอง เป็นเรื่องการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในส่วน อื่นๆ ของรัฐธรรมนูญแล้ว เช่น มาตรา 74 มาตรา 78 (6) มาตรา 89 และมาตรา 125 จึงเห็นว่าไม่ มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้อีก (มนตรี รูป สุวรรณ, 2550)

นอกจากคำว่า “นิติธรรม” และ “นิติ รัฐ” แล้ว ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับคำว่า “ธรรมาภิ บาล” (Good Governance) ปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยธรรมาภิบาลเป็นแนวคิดที่ใช้ในสาขา รัฐศาสตร์ เป็นคำที่อยู่รวมกับกลุ่มคำ ประชาธิปไตย ประชาสังคม การมีส่วนร่วมของ

ประชาชน สิทธิมนุษยชน และการพัฒนาที่ยั่งยืน ในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา กลุ่มคำดังกล่าวนี้มีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปองค์กรของรัฐ โดยนักรัฐศาสตร์ส่วนหนึ่งมองว่าธรรมาภิบาลเป็นมิติใหม่ที่เน้นบทบาทของผู้บริหารในการที่จะปฏิบัติงานให้มีประสิทธิภาพมีการตรวจสอบสามารถประเมินผลงานได้อย่างชัดเจนและมีการแข่งขันเพื่อการจัดบริการสาธารณะที่ดีขึ้น โดยที่หนึ่งในองค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาลก็คือหลักนิติธรรมนั่นเอง นอกจากนี้ ได้เริ่มมีแนวคิดเกี่ยวกับการนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้กับภาคเอกชน (Rule of Law in Private Sector) ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้มีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย เนื่องจากความเข้าใจที่แตกต่างกันเกี่ยวกับหลักการสำคัญของหลักนิติธรรมและความกลัวผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา

ดังนั้น จากการที่ยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอันอาจนำไปสู่การปฏิบัติตามหลักการนิติธรรมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การวิจัยนี้จึงจะได้รวบรวมหลักการต่างๆ ทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ในบริบทของต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์ความเหมือนและความแตกต่าง รวมถึงศึกษาแนวคิดของหลักนิติธรรมในประเทศไทย เพื่อสร้างความองค์ความรู้เกี่ยวกับหลักการเหล่านี้

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและพัฒนาการของระบบนิติธรรม
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมในกฎหมายต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องกับการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในภาคเอกชน

4. เพื่อเป็นข้อมูล แหล่งความรู้ สำหรับผู้สนใจในประเด็นเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

ขอบเขตการวิจัย

เป็นการวิจัยในบทบัญญัติในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐที่ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งหลักนิติธรรมนี้เป็นหลักของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) อันเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย อีกทั้งได้ทำการเปรียบเทียบกับหลักนิติรัฐ (Legal State) ที่มาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) รวมถึงในการใช้หลักนิติธรรมกับแนวทางการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือหลัก ธรรมาภิบาล (Good Governance) ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร และแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในภาคเอกชน

กรอบแนวคิดการวิจัย

เป็นการวิจัยแนวคิดหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งสามารถแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ระบบ คือ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) แม้ว่าในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะไม่ได้เรียกหลักนิติธรรมก็ตาม รวมถึงการศึกษาแนวคิดหลักนิติรัฐซึ่งมีความคล้ายคลึงกันนั้นก็ได้ทำการรวบรวมในที่นี้ด้วย

บททวนเอกสาร

หลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญที่ทำให้กฎหมายมีความเป็นธรรมและเพื่อเป็นต้นแบบแห่งการประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน โดยจะนำหลักนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จึงขอนำคำนิยามหรือความหมายของหลักนิติธรรมของนักวิชาการด้านกฎหมายที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศและประเทศไทยบางท่านดังนี้

ไดซี (Dicey) ได้กล่าวว่าในการให้คำนิยามความหมายคำว่าหลักนิติธรรมเป็นเรื่องที่ยากยิ่งไดซีเองให้ความเห็นว่าหลักการนี้ประกอบด้วยแนวคิดที่แตกต่างกันสามประการ ได้แก่ (สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, 2543)

ประการแรก ไม่มีผู้ใดจะถูกลงโทษหรือถูกกระทำให้เดือดร้อนโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน ยกเว้นบุคคลนั้นได้กระทำละเมิดกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยชอบธรรม

ประการที่สอง ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายและอยู่เหนือบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมียศหรือตำแหน่งอย่างใดทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

ประการสุดท้าย หลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ คือ ผลการตัดสินใจทางด้านตุลาการโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะถูกนำมาพิจารณาต่อหน้าศาล

เจฟฟรีย์ โจนเวลล์ (Jeffrey Jowell) กล่าวว่า สรุปว่าตั้งแต่อดีต หลักนิติธรรมจะเป็นหลักเกี่ยวกับกลไกการใช้กฎหมาย (Procedure) ตั้งแต่วิธีการควบคุมดุลพินิจ การวางหลักให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องมีฐานทางกฎหมายและการกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายหรือคำสั่ง แต่ขณะเดียวกันหลักนิติ

ธรรมจะต้องเกี่ยวข้องกับสาระของการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครองด้วย อันเป็นเรื่องในทางสาระบัญญัติ (Substance) โดยหลักนิติธรรมก็คือหลักรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง (ศึกษา อุ่มเจริญ, 2543)

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล เรียก The Rule of Law ที่ใช้ในประเทศไทยว่า “นิติธรรมไทย” โดยอธิบายว่า “หลักอันเป็นพื้นฐานในการที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม หรือความยุติธรรมขึ้นในบ้านเมืองโดยใช้กฎหมายเป็นหลัก “หลักนิติธรรมไทย” จึงหมายถึง หลัก นิติธรรมที่เป็นหลักพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายไทยให้เป็นไปด้วยความยุติธรรม” (วิชฌ์ เครื่องงาม, 2552)

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เรียก “The Rule of Law” ว่า “ระบบกฎหมาย” แต่มีใช้ระบบในความหมายของการจัดหมวดหมู่ บางครั้งก็ใช้คำว่า “การนับถือกฎหมาย” ซึ่งสื่อความได้ดีว่าการใช้กฎหมายเป็นหลักยิ่งกว่ายึดตัวบุคคลและมุ่งให้ทุกคนยอมรับกฎหมายดังที่อธิบายว่า “ระบบกฎหมาย (หลักนิติธรรม) หรือความนับถือกฎหมายแท้ที่จริง จึงเป็นเรื่องซึ่งแต่ละคนจะต้องกำจัดหรือเสียสละเสรีภาพของตน... แท้จริงนั้นระบบกฎหมายเป็นหลักประกันของบ้านเมืองที่มีชื่อแป... (วิชฌ์ เครื่องงาม, 2552)

วิธีการดำเนินวิจัย

คณะผู้วิจัยทำการวิจัยโดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้า รวบรวม และวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ อันได้แก่ บทบัญญัติของกฎหมายไทยและต่างประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎ ระเบียบข้อบังคับ รวมถึงบทความ ตำราทาง

นิติศาสตร์ เอกสารอื่น ๆ เอกสารข้อมูลสารสนเทศในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) เพื่อนำข้อมูลที่รวบรวมมาได้ทั้งหมดมาวิเคราะห์และศึกษาเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย

การบัญญัติหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในประเทศไทยนั้นมิได้มีการขยายความหมายของหลักนิติธรรมโดยตัวบทกฎหมาย แต่เอาเจตนารมณ์ ขนบธรรมเนียม วัฒนธรรมเปรียบเสมือนจิตวิญญาณ วิถีชีวิตของชาวตะวันตก หรือความหมายของหลักนิติธรรมตามสหราชอาณาจักรมาใช้ ประเทศไทยนำหลักนิติธรรมมาใช้กับทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ แต่การนำหลักนิติธรรมดังกล่าวเป็นการผูกพันการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กรให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม แต่มิได้บัญญัติไว้ว่าหากองค์กรใดไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ผลของการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดหรือแย้งกับหลักดังกล่าวจะมีผลเป็นอย่างไร จะต้องพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐนั้นอย่างไร

ดังนั้น เพื่อให้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น สอดคล้องกับบริบทหลักนิติธรรมของสากล และเพื่อไม่ให้มีปัญหาในการใช้และการตีความต่อไปผลการวิจัยจึงได้ข้อเสนอแนะประการที่หนึ่งว่าต้องมีการศึกษาความหมายที่ถูกต้องของหลักนิติธรรมโดยอ้างผลงานของนักเขียนที่มีชื่อเสียงละเป็นที่ยอมรับนับถือในแวดวงการเมือง กฎหมาย หรือวิชาการ โดยการกำหนดกรอบแนวทางให้แก่หน่วยงานราชการ

เพื่อถือปฏิบัติ หรือจัดทำสัมมนาทางวิชาการ อภิปรายในเรื่องหลักนิติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบ และเชิงเนื้อหา ประการที่สอง ต้องให้มีการขยายบทบัญญัติหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญให้กว้างขึ้น โดยให้หลักนิติธรรมมีความยืดหยุ่นสามารถปรับให้เข้ากับสถานการณ์ที่เป็นจริงและให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในการใช้กฎหมายที่เป็นธรรม ประการที่สาม ต้องกำหนดกรอบแนวทางให้แก่หน่วยงานราชการเพื่อถือปฏิบัติ หรือจัดทำสัมมนาทางวิชาการ อภิปรายในเรื่องหลักนิติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบ และเชิงเนื้อหา และประการที่สี่ ควรจะเปลี่ยนคำว่า “หลักนิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญเป็น “หลักนิติรัฐ” แทนเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้อง ไม่เกิดปัญหาเรื่องกรอบในการตีความ และการใช้นิติวิธีที่เหมาะสม รวมถึงการเผยแพร่ และทำความเข้าใจในหลักกฎหมายที่ถูกต้องต่อสังคม

การศึกษาแนวคิดหลักนิติธรรมในระบบกฎหมายต่างประเทศสามารถแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ระบบ คือ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) มีรายละเอียดดังนี้

1. กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System)

หลักนิติธรรมในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกันคือ กลุ่มที่เรียกหลักนี้ว่า “หลักนิติธรรม” ตามระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร และกลุ่มที่เรียกว่า “หลักนิติกระบวน” ตามระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา



1) หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม หมายถึง การเคารพ เชื่อฟังต่อกฎหมาย การที่รัฐบาลต้องปกครอง ด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมาย รัฐบาลไม่มีอำนาจตามอำเภอใจการดำเนินการควรเป็นไปตามกฎหมาย โดยที่หลักอุดมคตินี้ในความหมาย ซึ่งกว้างที่สุดจะกำกับอยู่ด้วยหลักนามธรรม สำคัญอันเกี่ยวข้องกับเรื่องความเป็นกลาง (Neutrality) ความเป็นระเบียบแบบแผน (Uniformity) และความแน่ชัดหรือความสามารถ คาดทำนายได้ (Predictability) ที่จะประกอบ เกาะเกี่ยวกันอยู่ในกฎเกณฑ์ (Rules) ที่รัฐตรา ออกมาใช้เป็นกฎหมายและดูเหมือนจากหลัก นามธรรมเหล่านี้เองเป็นตัวกำเนิดต่อสิ่งที่ถือว่าเป็น “คุณลักษณะสำคัญ” ที่จะแสดงออกถึงการมี หรือยึดมั่นในหลักนิติธรรม

ระบบกฎหมายสหราชอาณาจักรซึ่งเป็น ต้นแบบแห่งการประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ ประชาชนได้มีความพยายามสร้างหลักนิติธรรม มาโดยตลอด ดังจะเห็นจาก แมกนา คาร์ตา (Magna Carta) หรือกฎบัตรอันยิ่งใหญ่ ค.ศ. 1215 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญของโลกที่ เป็นการต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิของประชาชนใน ระบบศักดินา ในขณะนั้นได้พยายามจำกัด อำนาจของสถาบันกษัตริย์ของสหราชอาณาจักร ได้แก่การรับรองสิทธิในการต่อสู้ขัดขืนในระบบ ศักดินา รวมทั้งการคุ้มครองเรื่องการจับกุมตาม อำเภอใจซึ่งเป็นเนื้อหาสำคัญของหลักนิติธรรม เป็นเอกสารที่กษัตริย์สหราชอาณาจักรยอมจำกัด อำนาจของตนลงตามขอบเขตในกฎบัตรนั้น การ ปกครองภายใต้กฎหมายได้เริ่มขึ้น เอกสารฉบับนี้ ได้ชื่อว่าเป็นรากเหง้าของการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยและวางหลักวิธีพิจารณาความ ของสหราชอาณาจักรในเวลาต่อมาข้อความที่

สำคัญในแมกนาคาร์ตามีดังนี้ (สนธิ เทซานนท์, 2550)

“พระเจ้าแผ่นดินจะเรียกเก็บภาษี หรือ ขอให้ราษฎรให้ความช่วยเหลือไม่ได้นอกจากจะ ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมหัวหน้าราษฎร

การงดใช้กฎหมาย หรือการยกเว้นไม่ใช้ กฎหมายบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะกระทำมิได้ บุคคลใด ๆ จะถูกจับกุม คุมขัง หน่วง เนี่ยว หรือขับไล่เนรเทศมิได้ นอกจากนั้นจะ เป็นไปโดยคำพิพากษาที่ชอบและตามกฎหมาย บ้านเมือง อีกทั้งจะต้องได้รับการพิจารณาจาก บุคคลชั้นเดียวกับเขา (His peers)”

สหราชอาณาจักรได้พัฒนาหลักนิติธรรม ใน Petition of Right คือสมาชิกรัฐสภาโดย Edward Coke (สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, 2551) ซึ่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงได้พยายามต่อต้าน กษัตริย์ที่ต้องการขยายอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จ เด็ดขาดโดยการต่อสู้ของลอร์ดคุกทำให้หลักการ ที่เคยมีอยู่ใน แมกนา คาร์ตา (Magna Carta) พัฒนาก้าวหน้าขึ้นโดยได้มีการกำหนดให้การ ดำเนินการของรัฐ รวมทั้งการดำเนินการทาง การเมืองต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายที่กำหนด ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาเสรีภาพของประชาชนรวมทั้ง ทรัพย์สินจึงได้มีหลักประกันไม่ให้มีการละเมิด ข้อยกเว้นที่จะสามารถกระทำได้คือจะต้องมี กระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น และศาลเป็นผู้ให้ความคุ้มครอง หากเกิดปัญหาโดยผู้พิพากษาที่มีความเป็นกลาง มิได้ยุ่งเกี่ยวกับอำนาจทางการเมืองซึ่งเป็น หลักการที่ปรากฏใน “ฎีกาสิทธิ” (Petition of Right) เมื่อ ค.ศ. 1628 (สนธิ เทซานนท์, 2550) ที่เป็นเอกสารในการวางพื้นฐานให้ประชาชน สามารถประท้วงพระมหากษัตริย์ในเรื่องของการ เก็บภาษีโดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภา

การจับกุมคุมขังตามอำเภอใจและกรณีอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพของพลชนิกกร ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงจำยอมต่อข้อเรียกร้องเหล่านี้ทุกข้ออาจถือได้ว่าเป็นหลักการยอมรับความสูงสุดแห่งกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมในครั้งแรกของระบบกฎหมายสหราชอาณาจักร

หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายของ สหราชอาณาจักร

ระบบกฎหมายสหราชอาณาจักรเป็นต้นแบบของการประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนให้มีความเท่าเทียมกัน ได้มีความพยายามสร้างหลักนิติธรรมเป็นแนวทางของตนเองมาโดยตลอดดังจะเห็นได้จากแม็คนา คาร์ตา ที่มีขึ้นในปี ค.ศ. 1215 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญของโลกที่เป็นการสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในระบบศักดินาในขณะนั้นได้พยายามจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในประเทศสหราชอาณาจักร รวมทั้งการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้แก่การรับรองสิทธิในการต่อสู้คดีขึ้นในระบบศักดินา รวมทั้งการคุ้มครองเรื่องการจับกุมตามอำนาจอำเภอใจ ซึ่งเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมตามพัฒนาการในสหราชอาณาจักรถูกนำมาสรุปความอย่างเป็นระบบโดยไดซี่ย์ทำให้คำว่า “หลักนิติธรรม” เป็นที่แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกันทั่วโลกในหนังสือ Introduction to the Study of the Law of the Constitution ที่เขียนโดย ไดซี่ย์ ได้เน้นหลักการสำคัญสามเรื่อง

1. ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษหรือถูกกระทำให้เดือดร้อนโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน ยกเว้นบุคคลนั้นได้กระทำละเมิดกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยชอบธรรม

2. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายและอยู่เหนือบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมียศหรือตำแหน่งอย่างใด ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

3. หลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ คือ ผลการตัดสินใจทางด้านตุลาการ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะถูกนำมาพิจารณาต่อหน้าศาล

โดยสรุป หลักนิติธรรมเป็นการปกครองเพื่อต้องการจำกัดอำนาจรัฐหรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจ จึงจำเป็นต้องมีการสร้างกฎ กติกา และกฎเกณฑ์โดยกฎหมาย ทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้การปกครอง ดังนั้นผู้ใดที่กระทำการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจึงต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย

2)นิติกระบวนการ (Due Process of Law)

หลักความเสมอภาคมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ในโลกควบคู่กับหลักสิทธิและเสรีภาพ หลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับการยอมรับกันว่ามี การรับรองและการให้ประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวางนั้นมีหลักการสำคัญประการหนึ่งได้แก่หลัก “นิติกระบวนการ” (Due Process หรือ Due Process of Law)

ศาสตราจารย์ พอล เอ เฟรนด์ (Paul A. Freund) ให้ความเห็นไว้ว่าอำนาจของรัฐทุกอย่างจะมีกฎเกณฑ์ภายในของตนเอง และเรียกกฎนี้ว่า “นิติกระบวนการ” (Due Process)

ศาสตราจารย์ โรเบิร์ต พี รีเดอร์ (Robert P. Reeder) เห็นว่าจะต้องนำหลักนิติกระบวนการนี้

ไปใช้ในกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติด้วย (กมลชัย รัตนสากวรงค์, 2544)

ศาสตราจารย์จิติ ติงศัททีย ใช้คำว่า “กฎของกฎหมาย” โดยให้ความเห็นไว้ว่า The Rule of Law และ Due Process of Law เป็นคำที่มีความหมายต่อระบบกฎหมายจารีตประเพณีมากและมีอิทธิพลต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยเราด้วย เนื้อหาของสองคำนี้ได้กล่าวถึงสิทธิของปัจเจกชนประการใดที่เป็นการบั่นทอนทำลาย...เว้นแต่ด้วยคำตัดสินที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลจากชั้นของบุคคลดังกล่าวตามกฎหมายของแผ่นดิน...” (วิชัย วิวิตเสวี, 2556)

โดยสรุป นิติกระบวนการ คือ การปกครองโดยกฎหมายทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง เจ้าหน้าที่รัฐต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายทุกคนมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ใดที่กระทำการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจึงต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย ส่วนผู้ที่ได้รับความเสียหายจะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอเหมือนกันเพื่อความเป็นธรรมและชอบธรรมในสังคม

ความเป็นมาของหลักนิติกระบวนการนั้น สหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากมาตรา 39 แมกนาการ์ตา ค.ศ. 1215 ของประเทศสหราชอาณาจักรทำนองเดียวกับหลัก “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Natural Justice) และถูกนำมาใช้ในความหมายเดียวกันกับคำว่า “กฎหมายแห่งดินแดน” (Law of the Land) ในปี ค.ศ. 1354 เมื่อมีการร่างบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีผู้เสนอให้นำหลักการและถ้อยคำนี้กลับมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงคำว่า “หลักนิติธรรม” ครั้งแรกตั้งใจจะใช้คำว่า “Due

Process” หรือ “Due Course of Law” แต่ต่อมาผู้ร่างได้ขอเปลี่ยนคำนี้เป็น “Due Process of Law” ในบทแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ใช้เมื่อ ค.ศ. 1791 โดยจำกัดอำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Government) แห่งสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ รัฐบาลต้องดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมายโดยวางหลักว่ารัฐบาลจะลดทอนหรือกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการของกฎหมายไม่ได้ คือต้องให้บุคคลมีโอกาสเข้าสู่กระบวนการไต่สวนที่เหมาะสมตามวิถีทางของกฎหมาย ต่อมาได้มีบทแก้ไขเพิ่มเติมที่ 14 ใช้เมื่อ ค.ศ. 1868 โดยขยายไปใช้จำกัดอำนาจของมลรัฐทุกแห่งในสหรัฐอเมริกาด้วย

แนวคิดของหลักนิติกระบวนการมีหลักอยู่ว่าการที่รัฐบาลจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อปัจเจกชนอย่างรุนแรงแล้ว รัฐบาลจะต้องจัดให้มีองค์ประกอบบางอย่างของกระบวนการที่เรียกว่า “นิติกระบวนการ” คือ จะต้องดำเนินการนิติกระบวนการ คือ การปกครองโดยกฎหมายทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง เจ้าหน้าที่รัฐต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ทุกคนมีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ใดที่กระทำการที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายจึงต้องถูกดำเนินการตามกฎหมาย ส่วนผู้ที่ได้รับความเสียหายจะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอเหมือนกันเพื่อความเป็นธรรมและชอบธรรมในสังคมที่ถูกต้องตามกฎหมาย

2. กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลาย ลักษณ์อักษร (Civil Law System)

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) จะไม่ได้เรียกหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการปกครองของรัฐโดยกฎหมายว่า “หลักนิติธรรม” แต่มีหลักการที่มีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกับหลักนิติรัฐ ซึ่งเรียกว่า “นิติรัฐ”

หลักนิติรัฐ (Legal State) หรือ Rechtsstaat (บรเรจิด สิงคะเนติ, 2552) ในภาษาเยอรมันนั้นเป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศออสเตรีย และบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์) เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในประเทศเยอรมัน หรือในภาษาฝรั่งเศสว่า “L’Etat de Droit” และหลักนิติรัฐซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Legal State”

นับแต่อดีตได้มีการให้คำนิยามและความหมายของคำว่านิติรัฐอย่างมากมายตามแนวความคิดของผู้เชี่ยวชาญทั้งในต่างประเทศและประเทศไทยซึ่งแต่ละท่านมีความหลากหลายและสอดคล้องกัน จึงขอนำคำนิยามและความหมายบางท่านดังต่อไปนี้

โรเบิร์ต ฟอง มอล (Robert Von Mohl) กล่าวว่า นิติรัฐ คือ รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคม เป็นการทั่วไปจากการให้ความหมายดังกล่าวสรุปได้ว่านิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองโดยหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปได้อย่างสงบสุข (บรเรจิด สิงคะเนติ, 2552)

อาร์ การ์เร เดอมัลแบร์ (R. Carre de Malberb) ให้คำนิยาม “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้ “ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ แนวคิดรัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่าวัตถุประสงค์นั้นจะทำได้ (le fin justifie les moyens) ตรงกันข้ามกับ “นิติรัฐ” (État de droit หรือ Rechtsstaat) ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะปัจเจกชนโดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัยคือกฎหมายประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎหมายประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดรวมเป็นกฎหมายสองชนิดที่มีผลรวมนั้นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด (บรเรจิด สิงคะเนติ, 2552)

หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่า นิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียวก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ (หยุด แสงอุทัย, 2538)

กมลชัย รัตนสภาวะให้คำนิยามไว้ว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึง วิธีการหรือการทำให้กฎหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย (กมลชัย รัตนสภาวะ, 2537)

กล่าวโดยสรุปว่า นิติรัฐ คือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือองค์กรรัฐ หรือประชาชนทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของฝ่ายปกครองเพื่อเป็นประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นเป็นการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ

คำว่า “Rechtsstaat” ได้รับการกล่าวถึงครั้งแรกในปี ค.ศ. 1798 โดยนักปรัชญาชาวเยอรมันชื่อว่า โจฮาน วิลเฮล์ม พลาซิดุส (John Wilhelm Placidus) ที่ใช้คำนี้เพื่อโต้แย้งแนวคิดเรื่องรัฐตำรวจ หรือรัฐที่ปกครองตามอำเภอใจของผู้ปกครองโดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ในเวลาต่อมาแนวคิดเรื่องนิติรัฐก็ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน หลังจากนั้นช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อมาต้นศตวรรษที่ 20 ฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดเรื่องนิติรัฐของเยอรมันเป็นของตน โดยสร้างคำว่า “L’État de droit” ขึ้นมาเป็นคำแปลของ “Rechtsstaat” ในภาษาฝรั่งเศส แปลว่า รัฐที่

ปกครองโดยกฎหมาย (State governed by law) และเชื่อมโยงกับแนวคิดดั้งเดิมของตนเรื่องการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่รับรองว่าสิทธิของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่จะจำกัดเพื่อให้ผู้อื่นได้ใช้เสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกันและข้อจำกัดเสรีภาพนี้มีได้ก็แต่ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักการในคำประกาศนี้ได้รับการกล่าวถึงอยู่เสมอว่าเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2544)

ต่อมาหลักนิติรัฐได้รับการยอมรับจากประเทศอื่นๆ แล้วยังเป็นระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปด้วย นอกเหนือจากคำว่า “Rechtsstaat” ยังปรากฏใช้คำว่า “Gesetzesstaat” (รัฐแห่งกฎหมาย) คำว่า “Verfassungsstaat” (รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ) หรือศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็เคยใช้ คำว่า “Gerechtigkeitsstaat” (รัฐแห่งความเป็นธรรม) ซึ่งคำว่า “รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ” หมายถึงหลักที่รัฐต้องเคารพรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้นในการเน้นเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายที่ดี กฎหมายเยอรมันจึงเรียกว่าเป็น “รัฐแห่งความชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizestaat)

นอกจากนี้ หลักนิติรัฐนั้นมีความสำคัญคือการป้องกันการผูกขาดการใช้อำนาจรัฐที่มีอยู่กับองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียว เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงทำให้รัฐยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด ตราบใดที่ยังใช้กฎหมายบังคับอยู่

กฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับกับรัฐเสมอ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่านิติรัฐนั้นเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งหลักการสำคัญที่ประกอบรวมอยู่ในหลักนิติรัฐ

หลักนิติธรรมในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการบัญญัติถึงหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 วรรคสอง ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” โดยเน้นความสำคัญอยู่ที่การปฏิบัติหน้าที่ซึ่งคำว่า “การปฏิบัติหน้าที่” หมายถึง การใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่กระทำการกิจต่าง ๆ เช่น รัฐสภาใช้อำนาจหน้าที่ออกกฎหมาย คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารประเทศ ศาลมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งกรณีเหล่านี้เองที่ต้องมีการปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ถ้ากระทำความผิดจากที่กฎหมายกำหนด เรียกว่า “เกินอำนาจ” (Ultra Vires) ถ้าทำน้อยกว่าที่กฎหมายสั่งเรียกว่า “บกพร่อง” (Deficiency) ถ้าใช้อำนาจแต่ด้วยเจตนากลั่นแกล้งไม่เป็นธรรม เรียกว่า “เบียดเบียนจากอำนาจ” (Abuse of Power) ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีเป็นธรรมสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

นอกเหนือจากในรัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติไว้เกี่ยวกับเรื่องของหลักนิติธรรมแล้ว ยังมีหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ที่มีการพูดถึงเรื่องของหลักนิติธรรม ซึ่งหลักธรรมาภิบาลนั้นเป็นแนวคิดของธนาคารโลก (World Bank) ที่นำมาใช้ในการกำหนดนโยบายการให้กู้เงินกับประเทศในซีกโลกใต้ตั้งแต่ช่วงทศวรรษ 1980 เพื่อแก้ปัญหาเรื่องการไร้ประสิทธิภาพและการทุจริตคอร์ปชั่นของรัฐบาล การนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้กับการบริหารงานภายในองค์กรที่เรียกว่าหลักธรรมาภิบาลนั้นเป็นอีกรูปแบบหนึ่งที่น่าสนใจในการแก้ปัญหาเรื่องการไร้ประสิทธิภาพและการทุจริตคอร์ปชั่นในองค์กร

แนวคิดเกี่ยวกับธรรมาภิบาลได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่ดี ที่เป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมสังคมประชาธิปไตยในประเทศไทย จึงมีการเสนอและกล่าวถึงแนวคิดนี้อย่างกว้างขวาง อีกทั้งมีความพยายามที่จะให้มีการนำแนวคิดธรรมาภิบาลไปสู่การปฏิบัติ มีการกระตุ้นให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและตรวจสอบการทำงานของภาครัฐและเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าถ้าระบบบริหารราชการมีความยุติธรรม โปร่งใสและตรวจสอบได้ นอกจากจะมีส่วนทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพแล้วยังสร้างความเชื่อถือทั้งในและต่างประเทศ จึงนำไปสู่การลดการทุจริตซึ่งเป็นปัญหาเรื้อรังของประเทศได้ ในประเทศไทยได้นำเอาหลักการนี้มาปรับใช้ยกตัวอย่างเช่น สำนักนายกรัฐมนตรี (บรรดักดิ์ อูวรรณ โณ, 2544) เมื่อปี พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบวาระแห่งชาติสำหรับการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีโดยกำหนดเป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ขึ้น

ระเบียบนี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 สิงหาคม 2542 โดยทุกส่วนราชการต้องถือปฏิบัติแบบ รายงานผลการปฏิบัติต่อคณะรัฐมนตรีและสภา ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีได้ระบุถึงหลัก สำคัญของธรรมาภิบาล 6 หลัก คือ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักการมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบและหลักความคุ้มค่า

บทสรุป

หลักนิติธรรมเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์แห่ง การใช้กฎหมาย หรือหลักธรรมของกฎหมายที่อยู่ เหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง มีลักษณะเป็นการ กำหนดระเบียบแบบแผนแห่งกฎหมายไม่ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีต ประเพณีมิให้ตราขึ้น หรือนำมาใช้บังคับตาม อำนาจโดยปราศจากกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม จึง เป็นกฎที่มุ่งจะจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งมีอำนาจใช้ ดุลพินิจ วินิจฉัย สั่งการ ห้ามปราม ดำเนินการ ละเว้นดำเนินการ หรือออกกฎระเบียบต่างๆ ดังที่เรียกว่าอำนาจรัฐ

ประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายจารีต ประเพณี (Common Law System) มองว่าการ ใช้หลักนิติธรรมนั้นไม่สามารถใช้อย่างเอกเทศ โดยตัวของมันเอง จำเป็นต้องโยงกับบทบัญญัติ กฎหมายที่มีในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นๆ อีก ชื่อหนึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่าหลักนิติกระบวนการซึ่งจะ เน้นว่าการที่รัฐบาลจะกระทำการอย่างใดอย่าง หนึ่งที่มีผลกระทบปัจเจกชนอย่างรุนแรงแล้ว รัฐบาลจะต้องจัดให้มีองค์ประกอบบางอย่างของ กระบวนการที่เรียกว่านิติกระบวนการที่จะต้อง ดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมาย

ประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายลาย ลักษณ์อักษร (Civil Law System) เรียกหลักนี้ ว่านิติรัฐเพื่อให้ครอบคลุมการใช้อำนาจรัฐของทุก

องค์กรมิให้แอบอ้างหรือแฝงตัวมาในนามของ ประโยชน์สาธารณะหรือความเป็นรัฐ และจงใจ เรียกรัฐที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ปราศจาก กฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม หรือไม่นำพาต่อสิทธิ เสรีภาพของบุคคลว่ารัฐตำรวจ ซึ่งไม่ได้หมายถึง รัฐที่มีผู้ปกครองเป็นตำรวจ แต่เป็นกรณีของรัฐใช้ อำนาจปราบปราม คุกคาม ชุ่เชืญ จำกัดตัดทอน สิทธิต่าง ๆ ของประชาชนประหนึ่งว่าเป็น เจ้าหน้าที่ตำรวจที่มุ่งจัดการกับโจรผู้ร้าย และ เป็นการใช้อำนาจที่พบเห็นได้ในประเทศที่ ปกครองด้วยระบอบเผด็จการ เช่น มีการยึด ทรัพย์สินของราษฎรตามอำเภอใจ งดให้ศาลมี อำนาจออกหมายเรียกผู้ควบคุมตัวผู้อื่นมา ไต่ สสวนเหตุผล (suspension of writ of habeas corpus) ขี้ขาดความผิดและกำหนดโทษเองโดย ไม่นำตัวไปขึ้นศาล จับคนโดยไม่มีหมายจับ เป็นต้น

โดยสรุปแล้วหลัก นิติธรรม นิติรัฐ และ นิติกระบวนการ หรือหลักต่างๆ ที่มีลักษณะ สอดคล้องกันมานานานประเทศนั้นมีหลักการ พื้นฐานที่มีได้แตกต่างกันมากนักกล่าวคือเป็น หลักที่มีลักษณะเป็นการกำหนดระเบียบแบบ แผนแห่งกฎหมาย หรือการปฏิบัติให้สอดคล้อง กับการใช้กฎหมายที่ถูกต้องเป็นธรรม ส่วนที่มี ความแตกต่างกันนั้นเกิดจากบริบทของ ประวัติศาสตร์และสังคมของแต่ละประเทศเป็น ปัจจัยหลักในการพัฒนาการของหลักเหล่านี้ให้ สอดคล้องกับสภาพของสังคมและวัฒนธรรมของ ตน

ส่วนของการใช้และการตีความกฎหมาย ที่ติดตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐนั้นจะต้อง เปิดช่องให้แก่เจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ใช้ ดุลพินิจในการดำเนินการให้เหมาะสมเพื่อเป็น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้

ถูกรังแกจากผู้มีอำนาจจำเป็นต้องสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาแทนการใช้กับอำนาจของตัวบุคคล ซึ่งหลักนิติธรรมมิได้เน้นเนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นตัวตั้ง หากแต่เน้นที่กระบวนการของกฎหมายเป็นสำคัญ โดยเชื่อว่ากระบวนการที่ดีสามารถสร้างความเป็นธรรมแก่สังคมได้ แต่ในการใช้หลักจารีตประเพณีในการตีความรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องแนวคิดในสิทธิ เสรีภาพที่มีความเข้าใจไม่ตรงกันและใช้ประโยชน์ในการตีความเพื่อประโยชน์ส่วนตน รวมทั้งปัญหาการเลือกปฏิบัติ หรือที่เรียกว่า “การมีสองมาตรฐาน” ซึ่งแตกต่างจากหลักนิติรัฐมักจะเน้นถึงการสร้างระบบกฎหมายที่ดีที่มีเนื้อหาสาระในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยใช้หลักประกันด้านเนื้อหาเป็นสำคัญเป็นหลักการว่าด้วยการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งหมายความว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ ปัจจุบันหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีความหมายใกล้เคียงกันอย่างมากต่างกันแต่เพียงรายละเอียดเท่านั้น

ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น สอดคล้องกับบริบทหลักนิติธรรมของสากล และเพื่อไม่ให้มีปัญหาในการใช้และการตีความต่อไป ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะว่า

ประการแรก ต้องมีการศึกษาความหมายที่ถูกต้องของหลักนิติธรรมโดยการกำหนดกรอบแนวทางให้แก่หน่วยงานราชการเพื่อถือปฏิบัติ หรือจัดทำสัมมนาทางวิชาการอภิปรายในเรื่องหลัก นิติธรรมทั้งในเชิงรูปแบบ

และเชิงเนื้อหา พัฒนابทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม

ผู้วิจัยเห็นว่า คำว่า “หลักนิติธรรม” ควรมีนิยามว่าหลักพื้นฐานในการที่จะบัญญัติกฎหมายมาใช้กับประชาชนต้องเป็นกฎหมายที่ดี มีความยืดหยุ่น ชัดเจน เสมอภาค เป็นธรรม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ สามารถปรับใช้กับสถานการณ์ปัจจุบันเพื่อสร้างความยุติธรรม ไม่เป็นการออกกฎหมายตามอำนาจและอำเภอใจของผู้มีอำนาจปกครองที่จะลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เว้นเสียแต่จะได้รับความยินยอมจากประชาชนหรือผู้แทนประชาชน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและยุติธรรม รัฐจะต้องปกครองโดยกฎหมายและต้องกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยชัดเจนและแน่นอนเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยที่ประชาชนได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยศาลเป็นผู้ควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจปกครอง

ประการที่สอง ให้มีการขยายบทบัญญัติหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญให้กว้างขึ้น เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 3 วรรคสอง มิได้ขยายความใด ๆ ที่ชัดเจนอันทำให้เกิดปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย ในเรื่องหลักนิติธรรมของประเทศไทยยังสับสนกับหลักการอื่น ๆ

ประการที่สาม เมื่อประเทศไทยได้บัญญัติหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญและเรียกรวมกันว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นหลักของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) โดยเน้นความเป็นธรรมทางวิธีพิจารณา กระบวนการใช้กฎหมาย ความเป็นธรรมทางเนื้อหาสาระ ซึ่งต่างกับ



ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) โดยเน้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วตีความให้เข้ากับหลักกฎหมายที่อธิบายได้ น่าเชื่อถือ และสอดคล้องกับระบบกฎหมาย แต่กฎหมายที่ใช้อาจไม่ทันต่อเหตุการณ์ ดังนั้น หลักนิติธรรมต้องมีความยืดหยุ่นสามารถปรับให้เข้ากับสถานการณ์ที่เป็นจริงเพื่อให้เกิดการใช้กฎหมายที่เป็นธรรมและให้เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจในการใช้หรือปฏิบัติหน้าที่ให้เหมาะสมทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน โดยการใช้วิธีวิธีอันเหมาะสมมาปรับใช้กับระบบกฎหมายของประเทศไทยเพื่อเป็นกรอบในการตีความคำว่า “นิติธรรม”

ประการสุดท้าย การเรียกชื่อหลักนิติธรรมนั้นมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ซึ่งมีนิติวิธีที่แตกต่างกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) รวมถึงประเทศไทยด้วยเช่นกัน ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่าเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้อง ไม่เกิดปัญหาเรื่องกรอบในการตีความและการใช้นิติวิธีที่เหมาะสม รวมถึงการเผยแพร่และทำความเข้าใจในหลักกฎหมายที่ถูกต้องต่อสังคม ควรจะเปลี่ยนคำว่า “หลักนิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญเป็น “หลักนิติรัฐ” แทน

References

- Bowornsak Suwanno.(2001). **Research Report on Good Governance Indicators**. King Ploglao Institute. Bangkok: Kurusapa Publishing House.
- Banjurd Singkaneti.(2552). **The Foundation of Human Rights, Freedom and Dignity.(3rd edition)**. Bangkok: wingyuchon Publishing House.
- Kamolchai Ratanasakawong.(1994). **General Knowledge on the Foundation of German Laws**. Bangkok: Nitiham Publishing House.
- .(2001). **Principles of Garman Laws**. Bangkok. Chulalongkorn University Press.
- Montree Rupsuan.(2007). **An Academic Analysis of Thai Constitution Laws, 2550**. Bangkok: October Publishing House.
- Sombat Thawrongthanyawong.(2000). **English Politics**. Bangkok: Sematham Publishing house.
- Sonthi Theshanat.(2550). **Foundation of Political Science.(4th edition)**. Bangkok: Kasetsart University Press.
- Sopin Polakul.(2540). **Principles of Public Laws**. Bangkok: Ramkamhang University Press.
- Suksa Umcharuen.(2543). **The Enforcement of Ruling Power and Development of Democracy: A Case Study of the Law Enforcement by Governing Party**. MPA. Thesis, Faculty of Political science, Ramkamhang University.

- Suntareeya Muangpawong and Jantjira Lammayura.(2551). “Rule of Laws and Thai Society: Value, Meaning, and Applications” in **The summary Report of Platform for Ideas for Thai Justice Process Reform**. Bangkok: n.a.
- Thanin Krainician.(2009). “Rule of Law” The Centre for Research Study and Development of Thai Justice Process. **Ministry of Justice**. Vol.6 No.1, (9)
- .(2009). **Lecture Note on Rule of Law**. In Training Curriculums on Ethics for Law Graduates, Session 61. Bangkok: Chuanpim’ 50 Co.,Ltd.
- Yud Sang-u-Tai.(1995). **General Principles of Constitutional Law**. Bangkok: Winyochol Publishing House.
- Wichai Wiwitsewee.(2013). **Rule of Law and Due Process of Law**. [Online]. Available from: <http://www.peesirilaw.com/index.php>. (Nov.10, 2013).
- Wisnu Kraongarm.(2009). **Rule of Law and Practices of Government Officials**. A lecture note delivered at the Meeting of the Thammasart and Politics, Office the Royal Academy, July 1, 2009.