



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

เรื่อง : หลักนิติธรรมกับประเทศไทย

จัดทำโดย
นายจิตชาย มุสิกบุตร
รหัส ๖๒๐๗๐๒

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ ๗
วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ

ชื่อเรื่อง หลักนิติธรรมกับประเทศไทย

ชื่อผู้เขียน นายจิตชาย มุสิกบุตร

บทนำ

เมื่อมีการกล่าวถึง หลักนิติธรรม (Rule of Law) ก็มักจะมีผู้สับสน กับ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ legal state) ข้าพเจ้าจึงอยากสร้างความเข้าใจในเบื้องต้น ระหว่างแนวคิดเรื่อง “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” เพราะทั้งสองแนวคิดนั้นแม้จะมีที่มาที่คล้ายคลึงกัน แต่ก็มีความแตกต่างในตัวเองอย่างมีนัยสำคัญอยู่

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หากพิจารณาในฐานะแนวคิดของชาวตะวันตกนั้นก็พบว่า มีรากเหง้ามาแต่ครั้งสมัยกรีกโบราณจากข้อถกเถียงสำคัญที่ว่า การปกครองที่ดีนั้นควรจะเป็นการปกครองด้วยสิ่งใด ระหว่างกฎหมายที่ดีที่สุด กับ สัตบุรุษ (คนดี) โดยอริสโตเติล (Aristotle) ได้สรุปว่า กฎหมายเท่านั้นที่ควรจะเป็นผู้ปกครองสูงสุดในระบอบการเมือง และจากข้อสรุปของอริสโตเติลตรงนี้เอง ที่ได้พัฒนาไปสู่แนวคิดพื้นฐานสำคัญของรัฐสมัยใหม่ในอีกหลายพันปีถัดมาว่า การปกครองที่ดีนั้นควรจะต้องให้กฎหมายอยู่สูงสุด (supremacy of law) และทุกๆ คนต้องมีสถานะที่เสมอภาค และเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย กล่าวคือ แม้ตามหลักการของการแบ่งแยกอำนาจ ผู้ปกครองจะมีอำนาจอันชอบธรรมในการออกและบังคับใช้กฎหมาย แต่ตัวผู้ปกครอง หรือ รัฐเองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่พวกเขาออก และบังคับใช้ด้วยเฉกเช่นเดียวกันกับพลเมืองคนอื่นๆ ในรัฐ เพื่อที่จะทำให้การเมืองนั้นวางอยู่บนรากฐานของกฎหมาย และ รัฐบาลนั้นเป็นรัฐบาลที่จำกัด (limited government) โดยตัวกฎหมายเป็นสำคัญ

หลักนิติรัฐ (Legal State) นั้นจะเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของรัฐในภาคพื้นทวีป (continental) ในสายโรมานอเจอร์เมนิค (Romano-Germanic) ที่หมายถึงการที่รัฐซึ่งเคยทรงไว้ซึ่งอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดนั้นยอมลดตัวลงมาอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ตลอดจนวางแนวทางที่มาของอำนาจ การใช้อำนาจ ผ่านช่องทางของกฎหมายทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ “อำนาจที่ไม่จำกัด” ของรัฐสมัยใหม่ได้กลายเป็น “อำนาจตามกฎหมาย” (วรเจตน์, ๒๕๕๓)^๑ ดังนั้น ในแง่นี้หลักนิติรัฐจึงมีระดับของการอธิบายที่เริ่มตั้งต้นจากระดับโครงสร้างรัฐ (methodological collectivism) ในการอธิบายความสูงสุดของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ รัฐธรรมนูญ ภายใต้การจัดโครงสร้างที่เป็นระบบ ไม่ว่าจะเป็นการวางลำดับชั้นของกฎหมาย หรือ การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการตรวจสอบถ่วงดุลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อธำรงไว้ซึ่งความสูงสุดของกฎหมายในการจำกัดอำนาจรัฐ

^๑ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (2553). หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม. วันที่ 30 กันยายน 2555 ใน <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นเป็นแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายจารีตประเพณี (common law) ของพวกแองโกลแซกซอน (อังกฤษ) ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องด้วยสภาพบริบททางการเมืองที่มีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพในอังกฤษ ในช่วงกลางศตวรรษที่ ๑๗ จึงทำให้หลักนิติธรรมนั้นมีระดับของการอธิบายที่เริ่มต้นจากระดับตัวปัจเจกบุคคล (methodological individualism) กล่าวคือ มุ่งเน้นเรื่องการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอันเป็นผลมาจากความสูงสุดของกฎหมายมากกว่าตัวรัฐนั้นก็เพราะสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีกฎหมายประกันนั้นก็ไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพ ในทางกลับกันกฎหมายหากไม่ประกันซึ่งเสรีภาพแล้ว พลเมืองในรัฐก็จะมีสภาพตกเป็นทาส หรือ เบียดเบียนของผู้ปกครอง ซึ่งจะไม่สามารถทำให้คนทุกๆ คนในรัฐ ซึ่งรวมถึงตัวผู้ปกครองด้วยนั้นอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพียงแต่การประกันสิทธิ เสรีภาพ ของแนวคิดนิติธรรมนี้จะไม่มีการจัดระบบโครงสร้างผ่านการจัดวางลำดับชั้นของกฎหมายที่เคร่งครัด เพื่อจำกัดอำนาจรัฐเหมือนกับแนวคิดนิติรัฐ หากแต่กระทำผ่านจารีตประเพณีที่ยึดถือต่อกันมา โดยมีเป้าประสงค์สำคัญในการคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ มากกว่าการพยายามจำกัดอำนาจรัฐด้วยการวางโครงสร้าง และกลไกเชิงสถาบันทางการเมืองนั่นเอง

แม้ในมุมมองของนักเสรีนิยมสุดโต่งจะมองว่า เสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้น เป็นสิทธิตามธรรมชาติ (natural rights) ที่มีอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องให้กฎหมายมารองรับ ดังนั้น กฎหมาย ข้อบังคับของรัฐ จึงดูเหมือนว่าจะอยู่ฝั่งตรงกันข้ามกับเสรีภาพ หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “เสรีภาพปรากฏ เมื่อกฎหมายเงียบลง” (Liberty exists when the law is silent) ก็ตาม และในจุดนี้เองที่หลักการนิติธรรมจะเข้ามาประสานความขัดแย้งระหว่างเสรีภาพ กับ กฎหมาย โดยการทำให้กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่สูงสุดที่ทุกคนแม้แต่ผู้ปกครองก็ต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย ในขณะที่ตัวกฎหมายเองนั้นก็จะต้องประกันไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนทุกคนในรัฐด้วย จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมนี้จะต้องอยู่เคียงคู่กับหลักความสูงสุดของกฎหมาย (the supremacy of law) เสมอ เนื่องจากเมื่อรัฐใดใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์สูงสุดในการปกครองแล้ว ก็จะเป็นการรับประกันว่า พลเมืองทุกๆ คน แม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ ผู้ปกครอง ในการปฏิบัติหน้าที่ หรือ บริหารราชการแผ่นดินนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งสูงสุด ดังนั้นในระบบการปกครองที่ยึดหลักนิติธรรม คนทุกๆ คนที่อาศัยอยู่ในสังคมการเมืองดังกล่าวนั้นย่อมจะต้องมีความเท่าเทียม และ มั่นใจได้ว่าไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ หรือ ข้าราชการระดับสูง หรือ แม้แต่บุคคลในรัฐบาลเองก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเฉกเช่นเดียวกัน นอกจากนี้หลักความสูงสุดของกฎหมายก็ยังเป็นลักษณะร่วมกันระหว่าง หลักนิติธรรม กับ หลักนิติรัฐ อีกด้วย นอกจากนี้ความเท่าเทียม ความเที่ยงธรรม ก็ถูกนำมาสร้างให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมผ่านการออกกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นสถาบันทางสังคม (social institution) ที่เป็นผลอันเกิดจากการยอมรับ และการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคมนั้นๆ

ความเป็นมาของหลักนิติธรรม

หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ ที่ทำให้ระบอบการปกครองเดิม คือ แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ถูกแทนที่ด้วยระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy

หรือ “ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ” เป็นศัพท์บัญญัติของราชบัณฑิตยสถาน) ถือได้ว่าหลักนิติธรรมในแง่ของแนวคิดพื้นฐานได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยเพราะอำนาจสูงสุดของรัฐได้ถูกโอนจากองค์พระมหากษัตริย์ไปสู่รัฐธรรมนูญที่ระบุให้ที่มาของอำนาจอธิปไตยมาจากเบื้องล่าง คือ ประชาชน กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๕ เป็นต้นมา เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยตัวแทนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน ดังนั้นในแง่สถานะของประชาชนที่เป็นทั้งผู้ปกครอง และผู้ถูกปกครอง (the ruler and the ruled) อย่างเท่าเทียมกันภายใต้ความสูงสุดของกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) จึงได้บังเกิดขึ้นนับแต่นั้นมา ที่น่าสนใจคือ หลักนิติธรรมที่กล่าวถึงในข้างต้นนั้นไม่ได้เป็นเพียงแนวคิดในเชิงทฤษฎี หรือ นามธรรมเท่านั้น แต่ได้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ หรือ รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน ในมาตรา ๒๙ ที่ระบุว่า

“การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

จะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ คือการบ่งบอกว่ากฎหมายใด ๆ ที่ตราขึ้นจะต้องบังคับใช้กับคนทุกๆ คนอย่างเท่าเทียมกัน โดยที่เนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิด หรือจำกัดซึ่งสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็คือแนวคิดพื้นฐานของหลักนิติธรรมในการมุ่งประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากความสูงสุดของกฎหมาย

นอกจากนี้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. ๒๕๕๐ ยังได้เขียนคำว่า “นิติธรรม” ไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา ๓ วรรคสองว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

ซึ่งการบัญญัติดังกล่าวเป็นการเน้นให้เห็นว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองทั้งสามอำนาจ (ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ) รวมถึงองค์กรของรัฐอื่นๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นล้วนแล้วแต่ต้องกระทำการอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างเสมอภาคเท่าเทียม และเป็นธรรมด้วยกันทั้งสิ้นโดยมาตรา ๓ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับได้จะต้องตราขึ้นโดยชอบ ดังนั้น หลักนิติธรรม ตาม มาตรา ๓ วรรคสอง จึงหมายถึงถึงหลักนิติธรรมในเชิง

กระบวนการอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มาตรา ๓ วรรคสอง ได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย ความในบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งย่อมหมายความว่า กฎหมายที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามนั้น จะต้องมีความเป็นธรรมด้วย (morality of law) มิฉะนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐจะเป็นธรรมและเป็นไปตามหลักนิติธรรมได้อย่างไร ดังนั้น หลักนิติธรรม ตามความหมายในมาตรา ๓ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ จึงหมายความว่า ทั้งหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการ และ หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องและเนื้อหากฎหมายต้องเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติและตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันได้ด้วย

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๓ ระบุว่า

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

และมาตรา ๒๖ ระบุว่า

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

ทั้งนี้ เห็นได้ว่าหลักนิติธรรมได้มีการนำมาใช้กำหนดกรอบการใช้อำนาจ และการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น การศึกษาเพื่อสร้างความเข้าใจในประเด็นเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม จึงมีความสำคัญและจำเป็นในการบริหารราชการแผ่นดินต่อไปในอนาคต

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ กำหนดความหมายของหลักนิติธรรมว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน” และ ศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้ให้รายละเอียดว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “ธรรมะของกฎหมาย” คือ ขอบเขตและ

คุณธรรมในการบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย รวมทั้งการบริหารจัดการระบบงานยุติธรรมทุกระดับ โดยภาครัฐควรวีคั่นมั่นในหลักธรรม ๓ ระดับ ได้แก่

ระดับ ๑ Rule by law, not by man การปกครองอย่างมีหลักเกณฑ์กติกาตามกฎหมายย่อมดีกว่า การปกครองตามอำเภอใจ หรือ ดุลพินิจของตน ประกอบด้วย หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักสุจริต หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักพอเหมาะพอควรแก่กรณี

ระดับ ๒ There must be Rules of the law กฎหมายต้องอยู่ในกรอบกติกาแห่งธรรมะของกฎหมาย ประกอบด้วย

๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจ และ ดุลคานอำนาจ เพื่อป้องกันมิให้ บุคคล คณะบุคคล หรือ องค์กรใด คุมอำนาจในการปกครองประเทศเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เพราะอำนาจมักพาให้หลงผิด อำนาจเด็ดขาดทำให้หลงผิดอย่างเด็ดขาด

๒) หลักยุติธรรม การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมาย ต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรม และให้ผลที่เป็นธรรม และ

๓) หลักความเป็นอิสระและเป็นกลาง ไม่เอียงข้างด้วยอคติ ของสถาบันตุลาการ ศาล และผู้พิพากษา ตุลาการทั้งหลาย

ระดับ ๓ Protection of People's Right and Liberty, Human Right and International Obligation and Minimum Standard หลักนิติธรรมจะมีประโยชน์อะไร ถ้าไม่สามารถปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รวมทั้งสิทธิมนุษยชนและมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักนิติธรรมนั้นมีรากฐานมาจากอังกฤษ ที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law หรือระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี โดยจะใช้คำพิพากษาที่ศาลเคยวางหลักไว้แล้วเป็นหลักในการพิจารณา ระบบนี้มีกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law หรือระบบประมวลกฎหมาย โดยยึดถืออำนาจสูงสุดของฝ่ายตุลาการในการวินิจฉัยคดี ดังนั้น ฝ่ายตุลาการจึงมีอำนาจอิสระเหนือฝ่ายบริหาร ซึ่งแนวทางดังกล่าวเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้การพิจารณากฎหมายโดยรัฐสภา กฎหมายที่บัญญัติขึ้นจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมด้วย ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานในการจำกัดและกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย เพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง โดยหลักนิติธรรมดังกล่าวมีความหมายที่สอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกับหลักนิติรัฐในการบริหารราชการแผ่นดินของภาครัฐ

หลักนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่มนุษย์ หรือรัฐที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย และ ผูกพันการกระทำกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งบทบาทเงื่อนไข วิธีการ และข้อจำกัดในการดำเนินการตาม

หน้าที่ของภาครัฐ โดยหลักนิติรัฐมีจุดเริ่มต้นจากประเทศเยอรมนีในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ซึ่งประเทศเยอรมนีเคยอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการของระบบนาซีมาก่อน ดังนั้น แนวความคิดของหลักนิติรัฐจึงเน้นให้ความสำคัญในการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยในระบบกฎหมายของเยอรมัน หลักนิติรัฐ มีองค์ประกอบ ๒ ส่วน คือ

- ๑) องค์ประกอบในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองกับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้น
- ๒) องค์ประกอบในทางเนื้อหา คือ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยภาครัฐต้องกระทำการอย่างยุติธรรมและถูกต้อง

ทั้งนี้ ในปี ค.ศ. ๑๙๙๓ Heirich Siedentopf ได้พัฒนาหลักนิติรัฐเป็นการเพิ่มเติม โดยมีองค์ประกอบทั้งสิ้น ๗ ประการ คือ

- ๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจ เพื่อให้เกิดการปกครองถ่วงดุลและคานอำนาจในการปกครอง
- ๒) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเป็นการดำเนินการที่มีกฎหมายรองรับและอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย
- ๓) สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย
- ๔) สิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อฝ่ายตุลาการเพื่อให้ทบทวนการดำเนินการของฝ่ายบริหาร
- ๕) หลักความได้สัดส่วน โดยการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายบริหารจะต้องไม่เป็นภาระที่มากเกินไปแก่ประชาชน
- ๖) ความแน่นอนของกฎหมาย เพื่อให้บุคคลมีความเชื่อมั่นในกฎหมายและสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับตามกฎหมาย รวมทั้งหลักการคุ้มครองความเชื่อในผลทางกฎหมายและหลักการไม่ใช้บังคับกฎหมายย้อนหลัง
- ๗) ความรับผิดชอบของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชนที่ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจปกครองของรัฐ

จากรายละเอียดที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักนิติธรรม และ หลักนิติรัฐ เป็นหลักการสำคัญที่ใช้ดำเนินการควบคุมไปกับการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การบริหารราชการแผ่นดินของ ฝ่ายบริหาร และการพิจารณาคดีความของฝ่ายตุลาการ โดยส่งเสริมการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างกันเพื่อปกป้อง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติธรรม กับ หลักนิติรัฐ

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า “นิติธรรม” และ “นิติรัฐ” ของไทยนั้นยังคงสับสน และมักใช้ร่วมกันอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ก็เนื่องจากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับความหมาย และ หลักการทางกฎหมายมหาชนของคำทั้งสอง เพราะหากเรายึดตามหลักการ ตามทฤษฎีแล้ว ประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (civil law) ตามแบบอย่างประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น เยอรมนี และฝรั่งเศส ย่อมจะต้องยืนอยู่บนหลักการความสูงสุดของกฎหมายที่เป็น “นิติรัฐ” มากกว่า หลักความสูงสุดของกฎหมายในแบบ “นิติธรรม” ที่ใช้ในระบบกฎหมายจารีต

ประเพณี (common law) โดยมีอังกฤษเป็นต้นแบบ เพราะ หลักนิติรัฐ นั้นจะเน้นไปที่รูปแบบ-โครงสร้าง (form-structure) และ วิธีการในการไปให้ถึงเป้าประสงค์ คือการจำกัดอำนาจรัฐ ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้นจะเน้นที่เนื้อหา (substance) และกระบวนการ (procedure) ในการสร้างเสริมสิทธิ และเสรีภาพให้แก่ประชาชน

หลักนิติรัฐ กับ หลักนิติธรรม^๒

บ้านเมืองของเราในระยะหลังนี้ มีผู้พูดถึงคำว่า “นิติรัฐ” กับ “นิติธรรม” บ่อยมาก จนมีผู้ถามกันหลายครั้งหลายหนเช่นกันว่า นิติรัฐ คืออะไร คือรัฐที่เคารพกฎหมายใช่หรือไม่ แล้วมันต่างอย่างไรกับอีกคำหนึ่ง คือนิติธรรม คำนี้หมายความว่าอะไร คำว่า นิติรัฐ มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมัน หมายความว่า สั้น ๆ ง่าย ๆ ว่า การปกครองโดยกฎหมาย มิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง ประเทศที่เป็นนิติรัฐ จึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใด ๆ หรือดำเนินการใด ๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะทำอะไรตามอำเภอใจไม่ได้ หลักนิติรัฐ จึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐ มิได้มีความหมายหยุดยั้งแค่นี้ นิติรัฐยังพัฒนารวมความขยายความถึง หลักที่ว่ากฎหมายต้องยืนอยู่บนหลักเหตุผล หลักเสมอภาค หลักห้ามมีผลย้อนหลังเอาโทษกับบุคคล หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ

หลักนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่มนุษย์ หรือ รัฐที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย และ ผูกพันการกระทำกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งบทบาทเงื่อนไข วิธีการ และข้อจำกัดในการดำเนินการตามหน้าที่ของภาครัฐ โดยหลักนิติรัฐมีจุดเริ่มต้นจากประเทศเยอรมนีในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ซึ่งประเทศเยอรมนีเคยอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการของระบบนาซีมาก่อน ดังนั้น แนวความคิดของหลักนิติรัฐจึงเน้นให้ความสำคัญในการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยในระบบกฎหมายของเยอรมัน หลักนิติรัฐ มีองค์ประกอบ ๒ ส่วน คือ

- ๑) องค์ประกอบในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองกับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้น
- ๒) องค์ประกอบในทางเนื้อหา คือ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยภาครัฐ

ต้องกระทำการอย่างยุติธรรมและถูกต้อง

^๒ หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม " โดย รศ.ดร. กำชัย จงจักรพันธ์ . บทความ .วันศุกร์ที่ 20 มิถุนายน 2014 ใน

หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ โดยมีความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ด้วยกันเอง แต่จะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution ในปัจจุบันกลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey อธิบายไว้ว่าหลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับควมมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และ หลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญคือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชั้นใดโดยจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดที่สิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

ดังนั้นประเทศที่ยึดตามหลักนิติธรรม จึงปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาดำเนินหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้วบรรดาข้าราชการต่างๆที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่อำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่กล่าวในทางทฤษฎีแล้ว รัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษจึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และยอมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนามาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นๆในภาคพื้นยุโรปเลย

หลักนิติธรรม จึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเช่นเดียวกัน และทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมยังพัฒนาหมายถึง บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่เท่ากับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ ความเหมือนกันก็คือ ทั้ง นิติรัฐ และ นิติธรรม เป็นหลักการ เป็นแนวความคิดที่กำเนิดและพัฒนาขึ้นเพื่อมุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ค้ำครองประชาชน มุ่งกำกับหรือเป็นหลักให้กับกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายต้องดี ต้องชัดเจน ต้องมีเหตุผล ต้องปฏิบัติได้ ต้องนำไปสู่ความยุติธรรม ทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา

ความแตกต่างกัน ของหลัก นิติรัฐ และนิติธรรม

๑) นิติรัฐ มีจุดกำเนิดและการพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากนิติธรรม นิติรัฐ เป็นหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศเยอรมัน อันเป็นประเทศในระบบ Civil Law และหลักนิติรัฐนี้เองที่มีอิทธิพลเผยแพร่ไปทั่วยุโรป ส่วนนิติธรรม เป็นหลักการสำคัญที่มีจุดเริ่มต้นที่ประเทศอังกฤษ อันเป็นประเทศในระบบ Common Law และ ทำนองเดียวกันหลักนิติธรรมมีอิทธิพลเผยแพร่ไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศทั้งหลายที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

๒) นิติรัฐ ให้ความสำคัญที่สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้นผู้ปกครองจึงมีอำนาจจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการใช้อำนาจ มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ นิติธรรม เน้นที่ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่จะออกกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน แต่กฎหมายที่จะออกมาและมีผลใช้บังคับได้ ต้องตั้งอยู่บน หลักนิติธรรม

แม้ว่าจุดเริ่มต้น จุดเน้นอาจแตกต่างกัน แต่สาระสำคัญต่างมุ่งเน้นจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเหมือนกัน นิติรัฐ นิติธรรม เปรียบเหมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกัน ที่ต่างมุ่งให้ร่มเงาแก่ประชาชน ให้ได้รับความยุติธรรม มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง แต่ไม่ทั้งสองไปเจริญงอกงามในสองดินแดน ที่มีประวัติศาสตร์ ระบบกฎหมาย สภาพแวดล้อม สภาพสังคม ฯลฯ ที่แตกต่างกัน เมื่อได้ดิน ใต้น้ำ ใต้อากาศที่แตกต่างกัน ต้นไม้ทั้งสองก็ย่อมพัฒนาเติบโตแตกกิ่งก้านสาขา แตกต่างกันไปบ้าง มีบางส่วนเหมือน มีบางส่วนต่าง มีจุดเน้น หนักเบา เหมือนบ้าง ต่างบ้าง แต่เป็นความต่างบนความเหมือนกัน และด้วยสปิริตเดียวกันนี้เอง จึงทำให้หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม เป็น “หลัก” ของกฎหมาย ที่นักกฎหมายไม่ว่าในระบบ Civil Law และ Common Law ต่างต้องยึดถือ เพื่อให้มั่นใจ ได้ว่า กฎหมายของเราจะนำไปสู่ความผาสุกและความยุติธรรมโดยแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามหากไปตรวจสอบประวัติการ

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะพบว่าแต่เดิมในชั้นยกร่างนั้น ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏเหตุผลในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่า เหตุใดในเวลาต่อมา ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญจึงได้เปลี่ยนแปลงคำว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นคำว่า “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏการอภิปรายว่าผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเข้าใจหลักการทั้งสองว่าอย่างไร และโดยสรุปแล้วหลักการทั้งสองเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ยิ่งไปกว่านั้น หากไปสำรวจตรวจสอบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน โดยอาศัยพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับ หลักนิติรัฐ และ หลักนิติธรรมที่ยอมรับนับถือกันเป็นสากลแล้ว จะพบว่าบทบัญญัติหลายมาตราในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวเลย บทความนี้จะสำรวจตรวจสอบความหมาย ความเป็นมา ตลอดจนเนื้อหาของหลักการทั้งสองดังกล่าว พร้อมทั้งจะได้ชี้ให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสองโดยสังเขป

โดยทั่วไปเราใช้คำว่า หลักนิติรัฐ กับ หลักนิติธรรม คู่กันไป โดยที่ไม่ได้แยกแยะความแตกต่างในรายละเอียด อันที่จริงจะว่าการใช้ถ้อยคำทั้งสองคำในความหมายอย่างเดียวกันเป็นความเข้าใจผิดอย่างสิ้นเชิงของผู้ใช้ถ้อยคำนี้คงจะไม่ได้ เพราะทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ได้รับการพัฒนาขึ้นโลกตะวันตกโดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมืองจะกระทำการใดๆก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย และจะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะพบว่าหลักการทั้งสองมีความแตกต่างกันอยู่ สาเหตุแห่งความแตกต่างนั้นอยู่ที่ พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเยอรมนีซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐและในอังกฤษซึ่งพัฒนาความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมขึ้น ความแตกต่างของหลักการทั้งสองในรายละเอียดนั้นไม่เป็นสิ่งที่น่าประหลาดใจแต่อย่างใด เพราะหลักการทั้งสองเกี่ยวพันกับ “กฎหมาย” แต่ “กฎหมาย” นั้น กฎหมายเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับประวัติความเป็นมาของชนแต่ละชาติ ความเข้าใจบางประการที่แตกต่างกันที่ชนชาติเยอรมัน และ อังกฤษ มีต่อมนทัศน์ว่าด้วย “กฎหมาย” ตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกันของชนชาติทั้งสองย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม และต่อการจัดโครงสร้าง บทบาท และความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐด้วย หลักนิติรัฐซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังในเยอรมนีในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่สิบเก้า นั้น ได้แผ่ขยายอิทธิพลออกไปทั่วภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกฎหมายมหาชนในอิตาลีที่ไดรรวมชาติขึ้นสำเร็จในช่วงเวลานั้นและต่อฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่สาม ส่วนหลักนิติธรรมซึ่งมีรากเหง้ามาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของอังกฤษตั้งแต่สมัยที่ชาวนอร์แมนเข้ายึดครองเกาะอังกฤษนั้น ก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและต่อหลายประเทศที่ได้รับแนวความคิดจาก สถาบันการเมืองการปกครอง ของอังกฤษ

ผลของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมและความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสอง

เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ประกอบกับการปรับใช้ หลักนิติรัฐ และ หลักนิติธรรมในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่าหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันอยู่ทั้งในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การกำหนดให้มีหรือไม่มีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ตลอดจนการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะชี้ให้เห็นได้ในเบื้องต้น ดังนี้

๑) ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมเป็นผู้แทนของกษัตริย์นั้นได้เริ่มพัฒนา Common Law มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ ๑๒ ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจของกษัตริย์ที่ส่วนกลางมั่นคงเข้มแข็ง กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า Common Law กฎหมายดังกล่าวได้รับการ “สร้าง” ขึ้นโดยผู้พิพากษา เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีก็ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย “กฎหมาย” ในระบบกฎหมายอังกฤษ จึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute Law” เท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common Law) ด้วย เอกสารทางประวัติศาสตร์อย่าง Magna Carta (ค.ศ.๑๒๑๕) Petition of Right (ค.ศ.๑๖๒๘) Habeas Corpus (ค.ศ.๑๖๗๙) หรือ Bill of Right (ค.ศ.๑๖๘๙) ยังมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินได้ในอังกฤษจนกระทั่งถึงทุกวันนี้ อนึ่ง โดยเหตุที่ Common Law มีผลใช้บังคับได้ในคดีที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไปแต่ละคดี คำว่า Case Law กับ Common Law จึงเป็นคำที่ใช้ในความหมายเดียวกัน นั่นคือหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษา

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้เองนี้ ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะหลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ยังเป็นหลักที่สำคัญ การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงไม่ใช่จะกระทำได้ง่าย

ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษเริ่มพัฒนามาโดยให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้นั้น ระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปกลับมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างออกไป เพราะในภาคพื้นยุโรปกฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ จึงใช้คำว่า หลักนิติรัฐ โดยผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นผู้รับใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินคดีของผู้พิพากษาในแต่ละคดีไม่มีผลเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ แนวทางการตัดสินคดีของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ระบบกฎหมาย Civil Law ของภาคพื้นยุโรปมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายที่ “ปิด” กว่า ข้อดีของระบบนี้ก็คือ ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีสูงกว่า แต่ก็อาจจะมีข้ออ่อนตรงการปรับตัวให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม การประมวลถ้อยคำขึ้นตัวบทกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law นั้น ถ้อยคำจำนวนหนึ่งเป็นถ้อยคำเชิงหลักการ หรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ศาลในระบบกฎหมาย Civil Law จึงมีความสามารถในการตีความตัวบทกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมและสภาพของสังคมได้เช่นกันภายใต้กรอบของนิติวิธี

๒) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดยเหตุที่ระบบกฎหมาย Common Law ในอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงและอยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

ในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการบัญญัติไว้ใน “กฎหมายพื้นฐาน” ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ผูกพันทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง ซึ่งหมายความว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ องค์กรนิติบัญญัติมีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน มิฉะนั้นย่อมต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

๓) ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ตามหลักนิติรัฐ องค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐ จึงกำหนดให้มีองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น องค์กรที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้ โดยปกติแล้วย่อมได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าตามหลักนิติรัฐ การตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตามการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัตินั้น องค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยเกณฑ์ในทางกฎหมาย ไม่อาจนำเจตจำนงของตนเข้าแทนที่เจตจำนงขององค์กรนิติบัญญัติได้

ในอังกฤษซึ่งเดินตามหลักนิติธรรมนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐาธิปัตย์ ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็มีผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา

นั้นสิ้นผลลงไม่ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากองค์กรที่ตรากฎหมายตลอดจนกระบวนการควบคุม ตรวจสอบกฎหมาย มิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว เราอาจจะกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในเยอรมนีสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในอังกฤษสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

๔) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี

ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่ง โดยเฉพาะคู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป ในการฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องได้ใน ศาลยุติธรรม หรือ ศาลธรรมดา โดยหลักนิติธรรมถือว่าทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันนั้น ไม่ได้ยึดถือหลักการทำนองเดียวกับหลักนิติธรรมในอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องภายใต้ “ศาลปกติธรรมดา” (ordinary court) เท่านั้น ปัจจุบันนี้ประเทศเยอรมนีมีระบบศาลแยกออกจากกันถึงห้าระบบศาล (ยังไม่นับศาลรัฐธรรมนูญ) คือ ระบบศาลธรรมดา (ศาลยุติธรรม) ระบบศาลปกครอง ระบบศาลแรงงาน ระบบศาลภาษีอากร และระบบศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน ๓ ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไป จะได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ คือ คดีภาษีอากร จะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

อาจกล่าวได้ว่า ในขณะที่ หลักนิติธรรม ที่พัฒนามาในระบบกฎหมายอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดี เพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันนั้น หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อกังวลต่อปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ระหว่างระบบกฎหมายอังกฤษ กับ ระบบกฎหมายเยอรมันส่งผลต่อการออกแบบระบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำพยานหลักฐานเข้าสู่ในชั้นศาลด้วย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความในคดีไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม แล้วตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหาความขัดแย้ง โดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรมในระบบกฎหมายเยอรมัน ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลเยอรมันมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความได้ยื่นมาเท่านั้น ผู้พิพากษาเยอรมันจึงเปรียบ เสมือนเป็นแขนของ

กฎหมายที่ยื่นออกไป มีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราชูไว้ในมือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรม และบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล เมื่อเปรียบเทียบบทบาทของผู้พิพากษาอังกฤษกับเยอรมันแล้ว จะพบว่าผู้พิพากษาเยอรมันจะมีบทบาทมากกว่าในการขับเคลื่อนกระบวนการพิจารณาคดี ในขณะที่ผู้พิพากษาอังกฤษจะทำหน้าที่คล้ายเป็นคนกลางผู้ควบคุมกฎการต่อสู้คดีเท่านั้น แม้กระนั้นอำนาจของผู้พิพากษาศาลอังกฤษในแง่ของการสั่งลงโทษบุคคลก็มีมากกว่าผู้พิพากษาของศาลเยอรมัน ในคดีปกครองศาลอังกฤษอาจสั่งลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แม้บุคคลนั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ในขณะที่ศาลปกครองเยอรมัน แม้ศาลจะมีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติ ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ละเมิดอำนาจศาลได้

๕) ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

หลักนิติรัฐ ถือว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ในขณะที่เมื่อพิเคราะห์คำอธิบายว่าด้วยหลักนิติธรรมแล้วจะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในหลักนิติธรรมในทางตำราก็ดังปรากฏข้อถกเถียงกันอยู่ว่า ตกลงแล้วในอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจจริงหรือไม่ นักกฎหมาย บางท่านมีความเห็นว่าในอังกฤษรัฐสภากับรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกันอย่างมาก นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในอังกฤษมีการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกกฎหมาย บังคับการตามกฎหมาย และอาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางตุลาการด้วย ดังนั้นจึงอาจจะพอกล่าวได้ว่าอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างน้อยก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจในความหมายเดียวกันกับที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการ ทั้งหลักนิติรัฐ และ หลักนิติธรรม ต่างมีองค์ประกอบประการหนึ่งตรงกัน คือ การยอมรับความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

ประเทศไทยเรามีหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมแล้วหรือยัง

ความจริงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ ก็ได้วาง หลักนิติธรรมเอาไว้แล้ว ต่อมา ฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ วรรคสอง ก็วางหลักนิติธรรมไว้อีก โดยได้บัญญัติไว้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา รัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม เช่นเดียวกัน อย่างน้อยที่สุดก็แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยของเราต้องการให้มีนิติรัฐ นิติธรรมอยู่ โดยต่อมาก็ได้มีบัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ พ.ศ.๒๕๖๐ มาตรา ๓ อีก แต่ในเชิงรูปธรรม นำไปใช้ และปฏิบัติจริงๆ นั้นยังไม่เห็นชัดเจน

การนำหลักนิติธรรมมาปรับใช้กับภาคเอกชน

หลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ วรรคสอง นั้นกล่าวถึงกระบวนการอย่างชัดเจน ในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ

เป็นไปตามหลักนิติธรรม ครอบคลุมถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องปฏิบัติตามนั้น จะต้องมีความเป็นธรรมด้วย (morality of law) จึงหมายความว่าหลักนิติธรรมในเชิงกระบวนการและหลัก นิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องและเนื้อหากฎหมายต้องเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติและตอบปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบัน และคำนึงถึงความผาสุกของประชาชนด้วย มีธรรมาภิบาล (Good Governance) ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับองค์ระภาคเอกชนแล้ว ข้าพเจ้าเห็นว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ หน่วยงานของรัฐ ก็เปรียบเสมือน คณะกรรมการของบริษัท และผู้บริหารของบริษัท ที่ต้องบริหารและมีกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ภายในองค์กร ที่ต้องเป็นธรรมแล้วคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวม สังคม ทั้งส่วนของผู้ถือหุ้นรายย่อย และนักลงทุนด้วย ซึ่งก็สอดคล้องกับกฎระเบียบของ กระทรวงพาณิชย์ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และหน่วยงานกำกับดูแลต่างๆ ที่ออกมาเพื่อเป็นแนวทางให้บริษัท และ บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ดำเนินการ และยังมีบทกำหนดโทษ ต่อ กรรมการ และ ผู้บริหาร ที่ไม่ปฏิบัติตามและก่อให้เกิดผลเสียแก่บุคคลภายนอกอีกด้วย ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าหลักนิติธรรม และธรรมาภิบาล (Good Governance) ของภาครัฐ ก็เทียบเคียงได้กับ หลัก บรรษัทภิบาล Corporate Governance (หลัก CG) ของภาคเอกชน

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ในเชิงของภาครัฐ

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific : UNESCAP ได้ให้นิยาม คำว่า ธรรมาภิบาล (Good Governance) โดยมีองค์ประกอบ ๘ ประการ ดังนี้คือ การมีส่วนร่วม (Participation), นิติธรรม (Rule of Law), ความโปร่งใส (Transparency), การตอบสนอง (Responsiveness), การมุ่งเน้นฉันทามติ (Consensus Oriented), ความเสมอภาค/ความเที่ยงธรรมและไม่ละเลยบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดออกไปจากสังคม (Equity and Inclusiveness), ประสิทธิภาพ และ ประสิทธิภาพ (Effectiveness and Efficiency), และภาระรับผิดชอบ (Accountability) ต่อมา ในปี ค.ศ.๑๙๙๗ United Nations Development Program: UNDP ได้ทบทวนและให้นิยามใหม่ว่าเป็นเรื่องของการใช้อำนาจทางการเมืองเศรษฐกิจและการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อจัดการกิจการ ของประเทศชาติบ้านเมือง รวมทั้งยังกำหนดคุณลักษณะของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรือ ธรรมาภิบาล ซึ่งได้นำเรื่องแนวคิดเกี่ยวกับการพัฒนามนุษย์เข้ามารวมไว้ด้วย ซึ่งก็มาจากหลักนิติธรรม

สำหรับประเทศไทย โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๔๒ ให้ใช้คำว่า “ระบบการบริหารและการจัดการบ้านเมืองที่ดี” หรือ “ธรรมาภิบาล” (Good Governance) โดยคำว่า “ธรรมาภิบาล” ให้ความหมายไปในทางบริหารราชการเพื่อให้แตกต่างจากบรรษัทภิบาล (Corporate Governance) การบริหารจัดการที่ดี คือระบบโครงสร้างกระบวนการต่างๆ ที่ได้วางแนวปฏิบัติ หรือ วางกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม เพื่อให้ส่วนต่าง ๆ ของสังคมมีการพัฒนาและอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขและเป็นธรรม

เนื่องจากการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี ทุกภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นกลไกภาครัฐภาคธุรกิจเอกชน หรือภาคประชาชนต่างก็เป็นองค์การรวมในการแสดงความคิดเห็นเพราะประชาชนเป็นผู้รับประโยชน์โดยตรง

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมือง และ สังคมที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๒ มีหลักพื้นฐานของการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี ๖ ประการคือ

๑) หลักนิติธรรม ได้แก่ การตรากฎหมาย กฎข้อบังคับต่างๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคมและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับเหล่านี้โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล

๒) หลักคุณธรรม ได้แก่ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม โดยธรรมาภิบาลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดหลักนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นตัวอย่างแก่สังคมและส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนพัฒนาตนเองไปพร้อมกัน เพื่อให้คนไทยมีความซื่อสัตย์จริงใจ ชยัน อดทน มีระเบียบวินัย ประกอบอาชีพสุจริตเป็นนิสัยประจำชาติ

๓) หลักความโปร่งใสได้แก่การสร้างความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคนในชาติโดยปรับปรุงกลไกการทำงานขององค์กรทุกวงการให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์อย่างตรงไปตรงมาด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวกและมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องชัดเจนได้

๔) หลักความมีส่วนร่วม ได้แก่การเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้และเสนอความเห็นในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของประเทศ ไม่ว่าจะด้วยการแจ้งความเห็น การไต่สวนสาธารณะการแสดงประชามติหรืออื่น ๆ

๕) หลักความรับผิดชอบ ได้แก่ การตระหนักในสิทธิหน้าที่ความสำนึกในความรับผิดชอบต่อสังคมการใส่ใจปัญหาสาธารณะของบ้านเมือง และ กระตือรือร้นในการแก้ปัญหา ตลอดจนการเคารพในความเห็นที่แตกต่างและความกล้าที่จะยอมรับผลจากการกระทำของตน

๖) หลักความคุ้มค่า ได้แก่ การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดเพื่อให้เป็นประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยธรรมาภิบาลให้คนไทยมีความประหยัดใช้ของอย่างคุ้มค่าสร้างสรรค์สินค้าและบริการที่มีคุณภาพสามารถแข่งขันได้ในเวทีโลก และรักษาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักการธรรมาภิบาลของ United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific : UNESCAP ซึ่งได้กำหนดองค์ประกอบประการหนึ่ง เกี่ยวกับหลักนิติธรรม และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนพฤษภาคม ปี ๒๕๔๒ แล้ว ล้วนกำหนดหลักการเรื่องของหลักนิติธรรมหรือ Rule of Law เอาไว้อีกทั้งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ได้กำหนดหลักพื้นฐานของการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีประการหนึ่ง คือ หลักนิติธรรมเช่นกัน ดังนั้น รัฐ หรือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ การบริหารราชการแผ่นดิน รวมถึง

การจัดสรรทรัพยากรของประเทศชาติจะต้องคำนึงถึงหลักธรรมาภิบาล และ หลักนิติธรรม เป็นสำคัญ เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เป็นที่ยอมรับและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมายกฎข้อบังคับเหล่านั้น

การกำกับดูแลกิจการที่ดี^๓ ของภาคเอกชน

"การกำกับดูแลกิจการ" มีชื่อเรียกอื่นที่อาจได้ยินในบริบทต่าง ๆ เช่น ธรรมาภิบาล บรรษัทภิบาล หรือ Corporate Governance หรือ CG ซึ่งก็มีความหมายเหมือนกันกับ ธรรมาภิบาลของภาครัฐ เพราะหมายถึง การบริหารจัดการบริษัทที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส ตรวจสอบได้ และคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ในกรณีของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จะเห็นความสำคัญของ CG ได้อย่างชัดเจน เนื่องจากประชาชนจำนวนมากซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นไม่สามารถเข้าร่วมบริหารจัดการบริษัทได้อย่างใกล้ชิด จึงต้องแต่งตั้งบุคคลที่ไว้วางใจให้เป็นกรรมการเพื่อเข้าไปควบคุมดูแลผู้บริหารบริษัทอีกทอดหนึ่ง การที่จะเกิดความมั่นใจ และไว้วางใจกันเป็นทอด ๆ เช่นนี้ได้ ก็จะต้องมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี กล่าวคือ กรรมการต้องทำหน้าที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นอย่างเต็มที่ ไม่ใช่ตำแหน่งในการหาประโยชน์หรือฉวยโอกาสจากบริษัท ดูแลผู้บริหารและฝ่ายจัดการให้ทำงานอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่ากับเงินลงทุนที่ใส่เข้ามาหรือมาลงทุนในบริษัท ในขณะเดียวกันก็ต้องให้สิทธิผู้ถือหุ้นรับทราบข้อมูลของบริษัท ตัดสินใจในเรื่องสำคัญ รวมถึงตรวจสอบการทำงานของกรรมการและผู้บริหาร ซึ่งได้มีการพัฒนาแนวทางการทำธุรกิจไปถึง “การพัฒนาอย่างยั่งยืน” (Sustainability Development : SD)^๔ เพราะตลาดทุนมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยไม่เพียงเป็นแหล่งระดมทุนให้แก่ภาครัฐและเอกชน ช่วยเสริมสร้างความสมดุลให้แก่ระบบการเงิน เป็นกลไกในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจ ก่อให้เกิดการจ้างงาน การกระจายรายได้ และเป็นช่องทางออมการลงทุนของประชาชนอีกด้วย และเมื่อกระแสโลกาภิวัตน์เข้ามามีอิทธิพล การปรับตัวและพัฒนาในทุกด้านของตลาดทุนและผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เข้าสู่มาตรฐานสากลจึงมีความจำเป็น มีความรับผิดชอบต่อสังคมของธุรกิจ (Corporate Social Responsibilities : CSR) หรือ ESG (Environment, Social, Governance) อาจเป็นคำใหม่ที่เพิ่งมีการใช้กันแพร่หลายในช่วงสิบกว่าปีหลังมานี้ แต่แท้จริงแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวได้รับการพูดถึงทั้งในระดับประเทศและในระดับสากลมาก่อนหน้าเป็นเวลานาน สำหรับประเทศไทย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๙ ทรงมีพระราชดำรัสแก่พสกนิกรชาวไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๑๗ เกี่ยวกับหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง ซึ่งได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในเวลาต่อมา โดยเป็นการดำเนินธุรกิจตามทางสายกลาง ภายใต้อิทธิพลของความพอประมาณ ความระมัดระวัง มีเหตุผล และการบริหารความเสี่ยง พร้อมทั้งต้องมีความรู้และคุณธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะนำไปสู่เป้าหมาย คือ ความสมดุล มั่นคงและยั่งยืนของชีวิตและสังคม ดังนั้น การดำเนินธุรกิจตามปรัชญานี้จึงอยู่บนพื้นฐานของการไม่เอาเปรียบผู้อื่น หรือ แสวงหาผลกำไรจนเกินควรจากการเบียดเบียนประโยชน์ของสังคม โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจจะก่อให้เกิดวิกฤตตามมา ตลอดจนให้คำนึงถึงการใช้ทรัพยากรในธุรกิจอย่างประหยัด และมีคุณภาพ เพราะในปัจจุบันปฏิเสธไม่ได้ว่า หากต้องการเติบโตและอยู่ได้อย่างยั่งยืน

^๓ ที่มา: การกำกับกิจการที่ดี. กสท. ใน https://www.sec.or.th/TH/RaisingFunds/EquityDebt/Pages/Link-Laws_Regulations/CorporateGovernanceCG.aspx

^๔ ที่มา: <http://www.cgthailand.org/TH/principles/CG/Pages/cg-concept.aspx>

การดำเนินงานของตลาดทุนและผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องไม่ละเลยประโยชน์และผลกระทบต่อสังคม สิ่งแวดล้อมและผู้มีส่วนได้เสีย ไม่ใช่เพื่อผลกำไรทางธุรกิจหรือประโยชน์เฉพาะแก่บุคคลบางกลุ่มอีกต่อไป ดังนั้น กลยุทธ์ในการดำเนินงานจึงต้องกว้างไกลออกไปรวมถึงสังคม สิ่งแวดล้อม และโลกที่เราอยู่ด้วย นั่นคือเป้าหมายตลาดทุนที่ต้องมี ซึ่งการบริหารจัดการของภาคเอกชน ก็ต้องนำหลักคุณธรรม ความโปร่งใส ความรับผิดชอบ และต้องไม่ไปกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น มาใช้ เสมือนนำหลักนิติธรรม มาปรับใช้ด้วยนั่นเอง

สรุป

ถึงแม้ว่าหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมจะมีความแตกต่างกันอยู่ แต่หลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งจะสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน และ คงจะตอบได้ยากกว่าหลักการใดดีกว่า หลักการใด หากนำเอาแนวความคิดทั้งสองมาพิเคราะห์เพื่ออธิบายระบบกฎหมายไทยโดยมุ่งไปที่การจัดโครงสร้างขององค์กรของรัฐในรัฐธรรมนูญไทยตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรแล้ว จะเห็นได้ว่าในแง่ของรูปแบบ ระบบกฎหมายไทยพยายามจะเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนามาในภาคพื้นยุโรป ดังจะเห็นได้จากการยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในมาตรา ๖ ตลอดจนการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในหมวด ๓ แม้กระนั้น เมื่อพิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ประกอบกับทางปฏิบัติที่เกิดจากการปรับใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังห่างไกลจากความเป็นนิติรัฐมากนัก เช่น

แม้มาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญจะประกาศยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่หลักการดังกล่าวก็ได้ถูกทำลายลงในมาตรา ๒๓๙ ของรัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๕๐ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวินิจฉัยเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง และ ให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุดท้าย ซึ่งเท่ากับให้อำนาจองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารจัดการการเลือกตั้งเป็นศาลได้ในตัวเอง

แม้รัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๕๐ จะยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในหมวด ๓ แต่ก็ทำลายหลักการประกันสิทธิทางการเมืองของบุคคลในมาตรา ๒๓๗ ที่กำหนดการให้การกระทำความผิดของบุคคลคนเดียวนำไปสู่การยุบพรรคการเมืองทั้งพรรคและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลที่เป็นกรรมการบริหารพรรคด้วย แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม

แม้มาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญจะประกาศหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่หลักการดังกล่าวก็ถูกทำลายลงในมาตรา ๓๐๙ ของ รัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๕๐ เพราะตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แม้จะกระทำต่อไปในอนาคต ก็ได้รับการรับรองไว้ล่วงหน้าแล้วว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มิพักต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน ปี ๒๕๖๐

“มาตรา ๒๗๙ บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา ๒๖๕ วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติ ตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี

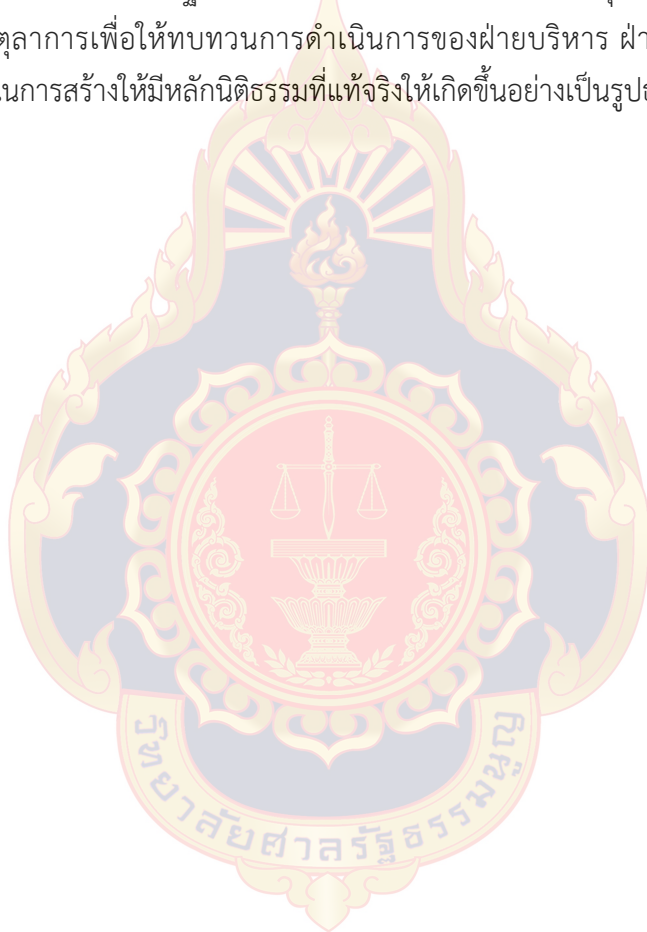
บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๑) พุทธศักราช ๒๕๕๘ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๕๕๙ ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาในทางนิติศาสตร์แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปี ๒๕๕๐ เป็นรัฐธรรมนูญที่เขียนขัดแย้งกันเองมากที่สุดฉบับหนึ่ง หากไม่พิจารณาหรือรัฐธรรมนูญฉบับนี้ทั้งฉบับ บนพื้นฐานความเข้าใจแนว ความคิดว่าด้วยนิติรัฐหรือนิติธรรมที่ยอมรับนับถือกันในสากลแล้ว ก็ย่อมจะไม่เห็นการซ่อนเร้นอำพรางแนว ความคิดทางกฎหมายที่เป็นปรปักษ์กับหลักนิติรัฐ หรือ หลักนิติธรรม ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามหากแนวความคิดที่ปรปักษ์กับหลักนิติรัฐ และ หลักนิติธรรมยังคงถูกอำพรางอยู่ในรัฐธรรมนูญในนามของการปกครองแบบไทยๆมาโดยตลอด มีความพยายามสร้างความชอบธรรมให้กับรัฐธรรมนูญฉบับที่อำพรางว่าเป็นนิติรัฐนี้แล้ว ความยุติธรรม และ สันติสุขในระบบกฎหมายย่อมยากที่จะเกิดขึ้นได้ จนถึง รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ใน มาตรา ๒๗๙ ก็ยังมีการจำกัดอิสระในการพิจารณาพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในอนาคต และ สิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อฝ่ายตุลาการ เพื่อให้ทบวงการดำเนินการของฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหาร อยู่

หลักนิติรัฐฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแทรกแซงเสรีภาพของเอกชน โดยไม่มีฐานอำนาจทางกฎหมายไม่ได้ ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัยได้สรุปแนวคิดของหลักนิติรัฐในช่วงต้นว่ามีหลัก ๓ ประการคือ

- ๑) กฎหมายเป็นสิ่งที่อยู่เหนือสิ่งอื่นใดในการปกครอง
- ๒) ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐมีจำกัดไว้แน่นอนและ
- ๓) ศาลมีอิสระในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

จากแนวคิดดังกล่าวอาจสรุปสาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่ยอมรับตรงกันได้หลายประการ จะต้องมีความสูงสุดของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง หลักกฎหมายที่ดีหลักความรับผิดชอบของรัฐ และหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐต่างก็ให้ความสำคัญกับกฎหมายคือถือว่า รัฐต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งนี้ก็เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการกระทำของรัฐ โดย หลักนิติธรรมเป็นการมองจากปัจเจกชน และหลักนิติรัฐเป็นการมองจากรัฐเอง ดังนั้นการที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งฉบับเก่า และ ฉบับปัจจุบัน มีบทบัญญัติที่ยังไม่ได้จำกัดอำนาจหน้าที่ไว้อย่างแน่นอน และ มีการจำกัดอิสระในการพิจารณาพิเคราะห์ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในอนาคต มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ได้รับการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย และสิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อฝ่ายตุลาการเพื่อให้ทบทวนการดำเนินการของฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยังต้องใช้เวลาในการสร้างให้มีหลักนิติธรรมที่แท้จริงให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม



บรรณานุกรม

เอกสารอ้างอิง

๑. จรรย์ ภักดีธนากุล. ๓๐ มกราคม ๒๕๖๒. บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรม, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ ๗ วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
๒. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ ๑๙ เล่มที่ ๕๕ เดือนมกราคม-เมษายน พ.ศ.๒๕๖๐
๓. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study). เรื่อง : ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและนิติรัฐ. บรรณาญ จงเจริญประเสริฐ
๔. Aristotle (๑๙๙๕). Politics. Oxford: Oxford University Press
๕. Tamanaha, Brian (๒๐๐๔). On the rule of law. Cambridge: Cambridge University Press

สื่อ Electronic/ website

๑. "หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม " โดย รศ.ดร. กำชัย จงจักรพันธ์. บทความ. ๒๐ มิถุนายน ๒๕๕๗
สืบค้นจาก
http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=๑๑๐๗
๒. หลักนิติธรรม Wikipedia
สืบค้นจาก
<https://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B๑%E0%B8%8๑%E0%B8%8๙%E0%B8%B๔%E0%B8%8๕%E0%B8%B๔%E0%B8%8๘%E0%B8%A๓%E0%B8%A๓%E0%B8%A๑>
๓. หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรม. วรเจตน์ ภาศิริตัน (๒๕๕๓). เข้าถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๕
สืบค้นจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=๑๔๓๑>