

เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

เรื่อง หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

จัดทำโดย นาย เซวน์ กาญจนะไพบูลย์

รหัส ๑๐๐๑๕๖

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการฝึกอบรม

หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่น ๑

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# เรื่อง หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

จัดทำโดย นาย เขว่น กาญจนะไพบูลย์

รหัส ๑๐๐๑๕๖

หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๑ ปี ๒๕๕๖

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานนี้เป็นความคิดเห็นเฉพาะส่วนบุคคลของผู้ศึกษา

## หลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

### The rule of law and the exercise of the sovereign power of Thailand

#### Abstract

The separation of sovereign power of Thailand imposed under the article 3 of the Constitution of Thailand B.C.2550 is divided into three powers i.e. Legislative power, Executive power and judicial power and its principle is relied on the checks and balances basis. It is deemed as the state power which will be exercised in relation to the people in such state i.e. administration, law issuance and adjudication. Under article 3 of the Constitution of Thailand B.C.2550 as above-mentioned, under the 2<sup>nd</sup> paragraph, imposed that “The duty performed by the parliament, cabinet and justice including organizations under the constitution law and state authorities shall perform in compliance with the rule of law” In general the principle of the rule of law and the legal state are always commonly mentioned, however, on the current constitution law drafting process, the legal state principle is used instead of the rule of law principle. The two principles are also not clearly stated. Upon consideration, it is appeared that both principles themselves are difference therefore, the interpretation / application to each case would be incompliance with the circumstance and their spirit. This article is mentioned to the history and concept of the rule of law and the exercise of the sovereign power of Thailand.

#### บทคัดย่อ

การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยได้กำหนดไว้ใน มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งแบ่งออกเป็น อำนาจอธิบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ หลักการสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจนี้ คือการที่แต่ละอำนาจจะต้องมีการถ่วงดุลและตรวจสอบ (Checks and Balances) ซึ่งกันและกัน ซึ่งถือได้ว่าเป็นอำนาจของรัฐ ที่รัฐใช้เพื่อกระทำการใดๆ ภายในรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับประชาชน หรือราษฎรที่อาศัยอยู่ภายในรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการบริหารประเทศ การออกกฎหมาย หรือแม้กระทั่งการพิจารณาพิพากษาคดีความ และตาม มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ดังที่ได้กล่าวข้างต้น ในวรรค 2 ยังได้บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา

คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหลักนิติธรรมมักจะกล่าวคู่กับหลักนิติรัฐซึ่งในขั้นตอนของการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ใช้หลักนิติรัฐแทนหลักนิติธรรม<sup>1</sup> และก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกหลักการทั้งสองไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหลักการทั้งสองนั้นแตกต่างกัน ทำให้การนำไปปรับใช้กับสถานการณ์ของแต่ละองค์กรไม่สอดคล้องกัน และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษา บทความนี้จะกล่าวถึงสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา และแนวทางในการนำหลักนิติธรรมไปใช้ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

## คำสำคัญ หลักนิติธรรมกับอำนาจอธิปไตย

### 1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากในปัจจุบันการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยนั้น ตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้แบ่งออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติใช้โดยรัฐสภา อำนาจบริหารใช้โดยคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการใช้โดยศาล หลักการสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจนี้ คือการที่แต่ละอำนาจจะต้องมีการถ่วงดุลและตรวจสอบ (Checks and Balances) ซึ่งกันและกัน โดยใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และแต่ละอำนาจจะไม่ก้าวล่วงในเขตของอีกอำนาจหนึ่ง เช่น เมื่อศาลพิจารณาพิพากษาคดีๆ หนึ่งซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการ หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่เห็นด้วยในคำพิพากษานั้นจะไม่อาจเพิกถอนคำพิพากษานั้นได้ แต่สามารถที่จะออกกฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมายที่ฝ่ายตุลาการใช้ และบัญญัติขึ้นใหม่ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น ซึ่งเมื่อกล่าวถึงอำนาจทั้ง 3 อำนาจ ที่รวมเรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” แล้ว ถือได้ว่าเป็นอำนาจของรัฐ ที่รัฐจะใช้เพื่อกระทำการใดๆ ภายในรัฐ โดยที่การกระทำภายในรัฐที่ว่ามี ย่อมเกี่ยวข้องกับประชาชน หรือราษฎรที่อาศัยอยู่ในรัฐแทบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการบริหารประเทศ การออกกฎหมาย หรือแม้กระทั่งการพิจารณาพิพากษาคดีความ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้อำนาจนั้นภายใต้หลักการที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้อยู่ใต้อำนาจแห่งรัฐ ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรมก็ตาม เพราะ

---

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” [Online Available], URL:

<http://www.enlightened-jurists.com>. มีนาคม 2556.

ประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจรัฐนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดที่ทำให้รัฐนั้นยังคงอยู่ได้ ซึ่งแนวคิดในการเกิดรัฐที่กล่าวถึงการยอมเสียดุลอำนาจบางส่วนของผู้ปกครองให้แก่ส่วนรวมเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมของสังคมนั้น เป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้น ทำให้รัฐจะต้องตอบแทนประชาชนผู้มอบอำนาจให้ด้วยความเป็นธรรมที่สุดเท่าที่รัฐจะมอบให้ได้ อีกทั้งยังจะต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจรัฐอีกด้วย

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงการแบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ซึ่งในวรรค 2 ยังได้บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” โดยเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้หลักการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับอำนาจอริปไตยของประเทศไทยโดยตรง และย่อมกระทบทั้ง 3 อำนาจที่แบ่งแยกออกมาจากอำนาจอริปไตยด้วย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาถึงหลักการดังกล่าว และรวมถึงแนวทางขององค์กรที่สำคัญทั้ง 3 องค์กรที่ใช้ใช้อำนาจอริปไตยว่าจะต้องปฏิบัติอย่างไรให้สอดคล้องกับหลักการนี้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหลักนิติธรรมมักจะกล่าวคู่กับหลักนิติรัฐซึ่งในขั้นตอนของการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ใช้หลักนิติรัฐแทนหลักนิติธรรม<sup>2</sup> โดยพื้นฐานแล้วหลักการทั้งสองมีที่มาและส่วนที่เป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน กล่าวคือหลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักการที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ และมีขึ้นมาเพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ สาระสำคัญจึงอยู่ที่การควบคุมอำนาจของรัฐบาลาธิบดี ให้อยู่ภายใต้การปกครองในระบอบรัฐสภา โดยอาศัยแนวทางที่ได้มีการทำเป็นจารีตประเพณีสืบต่อกันมา ส่วนหลักนิติรัฐนั้นเกิดขึ้นในประเทศยุโรปภาคพื้นทวีปซึ่งมีขึ้นมาตามแนวความคิดของนักปราชญ์ที่ว่าในการปกครองนั้นจะต้องแบ่งแยกอำนาจเพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหลักการทั้งสองนั้นแตกต่างกันนอกจากที่มาแล้ว ยังมีเนื้อหาสาระบางประการที่แตกต่างกันด้วย โดยหลักนิติธรรมนี้ก็ได้มีการอธิบายอย่างชัดเจนเกี่ยวกับเนื้อหาสาระว่ามีความหมายว่าอย่างไร ซึ่งก็ยังทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน แม้กระทั่งนักกฎหมายเองก็ตาม ทำให้การนำไปปรับใช้กับสถานการณ์ของแต่ละองค์กรไม่สอดคล้องกัน และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษา และบทความนี้จะกล่าวถึงสาระสำคัญ ประวัติความเป็นมา และแนวทางในการนำหลักนิติธรรมไปใช้ขององค์กรที่ใช้ใช้อำนาจอริปไตยของประเทศไทย

## 2. ประวัติความเป็นมา แนวคิดทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม

<sup>2</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม,” [Online Available], URL:

<http://www.enlightened-jurists.com>. มีนาคม 2556.

หลักนิติธรรมนั้นมาจากคำว่า “The rule of law” ในหนังสือ “The common wealth of oceana” ของ James Harrington ซึ่งนักทฤษฎีการเมืองแบบสาธารณรัฐดั้งเดิมยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งหากจะศึกษาถึงหลักนิติธรรมจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึง ประวัติความเป็นมาของระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษที่ถือได้ว่าเป็นที่มาของ หลักการดังกล่าวดังนี้

## 2.1 ประวัติความเป็นมาของหลักนิติธรรม<sup>3</sup>

หลักนิติธรรมนี้เป็นแนวความคิดในสมัยยุคกลางที่ได้มีการลงนามในสัญญาสำคัญฉบับหนึ่ง ที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์แห่งอังกฤษ ค.ศ. 1166 – 1216 ได้ลงพระนามคือ กฎบัตรใหญ่ (Magna Carta) ซึ่งเอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลง และเป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา โดยเนื้อหาหลักในมหากฎบัตร กล่าวถึง สิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของเสรีชน ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะอยู่ในชนชั้นหรือวรรณะใดก็ตาม และพระเจ้าแผ่นดินจะต้องมอบสิทธินี้ให้กับขุนนางหรือผู้ครอบครองที่ดิน (Vassal) และขุนนางนั้นจะต้องมอบสิทธิให้กับพลเมืองหรือไพร่ในสังกัด โดยพลเมืองทุกคนจะไม่ถูกกดขี่ พ่อค้าและชาวนาไม่จำเป็นต้องมอบสินค้าบางส่วนหรือผลิตผลทางเกษตรให้กับขุนนางหรือพระเจ้าแผ่นดินเพื่อเป็นค่าคุ้มครอง ทำให้ในขณะนั้นประเทศอังกฤษมีเพียงกฎบัตรใหญ่ และหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) อันเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในประเทศเท่านั้น

ต่อมาได้มีการจัดตั้งรัฐสภาแห่งอังกฤษ (Parliament of England) ขึ้น ในปี ค.ศ. 1265 แม้อำนาจของกษัตริย์จะถูกจำกัดโดยกฎบัตรใหญ่แล้ว แต่กษัตริย์ก็ได้ใช้รัฐสภาเป็นฐานอำนาจของตน แต่ในเวลาต่อมาการที่จะต้องมีผู้แทนของกลุ่มคนต่างๆ เข้าไปมีส่วนในสภาทำให้สมาชิกเหล่านี้เป็นปรปักษ์กับกษัตริย์ หรือคานอำนาจของกษัตริย์ ซึ่งต่อมาได้นำไปสู่การประหารชีวิตของพระเจ้าชาร์ลที่ 1 และการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious revolution) ซึ่งมีการตรากฎหมายอันเป็นเอกสารที่สำคัญอีกฉบับ คือ Petition of Rights ทำให้อำนาจของรัฐสภานั้นมั่นคงมากขึ้น และดำรงอยู่กับสถาบันกษัตริย์ สาเหตุสำคัญที่เกิดขึ้นในช่วงนี้คือ ก่อนที่จะมีการปฏิวัติอำนาจในการพิจารณากฎหมายนั้นจะอยู่ที่สถาบันกษัตริย์ กล่าวคือเมื่อรัฐสภาตรา

<sup>3</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “หลักนิติธรรม (The rule of law),” [Online Available], URL: <http://www.enlightened-jurists.com>. มีนาคม 2556.

กฎหมายแล้ว อำนาจในการวินิจฉัยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา หรือคำวินิจฉัยของศาลจารีตประเพณีซึ่งจะเป็นบรรทัดฐานต่อไปนั้นอยู่ที่กษัตริย์ ด้วยเหตุที่ว่ากษัตริย์มีอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด และดำรงอยู่นานกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือ กฎหมายจารีตประเพณีที่พัฒนาขึ้นโดยศาล ดังนั้นกษัตริย์จึงมีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาล ซึ่งต่อมาแนวความคิดดังกล่าวก็เปลี่ยนไปโดยเน้นที่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายจารีตประเพณี โดยที่ทั้งรัฐสภาและกษัตริย์จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีนี้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ ซึ่งทำให้ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด หากแต่ศาลจะไม่สามารถปฏิเสธกฎหมายที่ตราขึ้นจากรัฐสภาโดยอ้างกฎหมายจารีตประเพณีได้ซึ่งหลักการนี้ก็เป็นที่ยอมรับมาจนถึงปัจจุบันนี้

## 2.2 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม

ในการศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมนั้นจำเป็นต้องศึกษาควบคู่ไปกับหลักนิติรัฐที่ซึ่งมีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันเพื่อให้เข้าใจถึงสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว

### 2.2.1 หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอังกฤษ<sup>4</sup>

จากที่ได้กล่าวถึงประวัติของหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษที่เกิดขึ้นมาในศตวรรษที่ 13 ซึ่งก่อนที่มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) จะพบว่ามี การแบ่งแยกอำนาจในประเทศอังกฤษ และนำไปเป็นแบบอย่างในหลักการแบ่งแยกอำนาจในเวลาต่อมานั้น สาระสำคัญของหลักนิติธรรมตามกฎหมายอังกฤษจะเน้นที่เสรีภาพของประชาชนในด้านต่างๆ เช่น ชีวิต ร่างกาย หรือแม้กระทั่งทรัพย์สินของประชาชน เป็นต้น ซึ่งเงื่อนไขที่รัฐจะดำเนินการใดๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพได้ ก็จะต้องมีกระบวนการที่เป็นไปตามกฎหมาย (Due process of law) เท่านั้น

ซึ่งจากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาหากมองย้อนไปตั้งแต่สมัยอริสโตเติล (Aristotle) การปกครองในระบอบกษัตริย์เป็นปัญหาเนื่องจากการปกครองตามอำเภอใจหากเป็นการครองราชย์ตามหลักกฎหมายแล้วย่อมก่อให้เกิดความมั่นคงของรัฐมากกว่า จึงทำให้เกิดการ

---

<sup>4</sup> สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, “หลักนิติธรรมกับสังคมไทย: คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้,” โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), พิมพ์ครั้งที่ 1, สิงหาคม 2552, หน้า 13 - 14.

เรียกร่องให้กษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมาย และการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนนั้นจะต้องไม่ถูกแทรกแซง ทำให้เกิดหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาขึ้น สิ่งที่เกิดขึ้นมาในประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษนี้ถูกนำมาสรุปความอย่างเป็นระบบ โดย Albert Venn Dicey ในหนังสือ Introduction to the Study of the Law of the Constitution ซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับสากล โดยในหนังสือดังกล่าวเขาได้เน้นหลักการสำคัญ 3 เรื่อง ได้แก่

- หลักไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่ได้กระทำการขัดต่อกฎหมาย
- หลักบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย
- หลักศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่มีกฎหมายใดที่สูงไปกว่าสิ่งที่ศาลธรรมดาจะตัดสินได้

ซึ่งหลักการทั้ง 3 นี้ถือได้ว่าเป็นหัวใจของหลักนิติธรรมในยุคดั้งเดิมเพื่อให้พ้นจากอำนาจของกษัตริย์ในการปกครองประเทศ และเป็นต้นแบบของรัฐสมัยใหม่ในการให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน โดยที่กฎหมายนี้ย่อมหมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษ

### 2.2.2 หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอเมริกา<sup>5</sup>

หลักนิติธรรมตามกฎหมายอเมริกันนั้น ได้วางรากฐานมาตั้งแต่ รัฐธรรมนูญฉบับแรก โดยจะเน้นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การไม่ออกกฎหมายที่มีผลเป็นการย้อนหลัง หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นการเฉพาะ หรือการที่ศาลอาจเยียวยาการควบคุมบุคคลของฝ่ายบริหารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากอเมริกาได้ถูกกดขี่ข่มเหงจากระบบการปกครองในประเทศอังกฤษ ทำให้เกิดการพัฒนาทางด้านความคิดที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีพื้นฐานมาจากประเทศอังกฤษ จากแนวความคิดทฤษฎีของนักปรัชญาต่างๆ ที่ถ่ายทอดมาในอดีต ทั้งในด้านหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา และหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย

ประเด็นที่สำคัญของหลักนิติธรรมของอเมริกานี้คือหลักการ Due process ซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญของหลักนิติธรรมของอเมริกาโดยเริ่มแรกจะเน้นในเรื่องกระบวนการ ต่อมาจึงได้เน้นในเรื่องของเนื้อหาด้วย ลักษณะของกฎหมายที่เน้นกระบวนการของอเมริกา เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “บุคคลจะถูกละเมิดสิทธิไม่ได้หากไม่เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด” ส่วนในกรณีของหลักนิติธรรมในด้านเนื้อหานี้ จะเห็นได้จากการสร้างหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น หลักในทางกฎหมายอาญาที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยเท่านั้น (Prove beyond reasonable doubt)

<sup>5</sup> เฟ็งฮ้าง, หน้า 14 – 15.



หลักเสรีภาพที่ปลอดจากการตรวจค้นและการยึด หรือหลักการห้ามการลงโทษที่โหดร้ายและ  
 ผิดปรกติ เป็นต้น และให้ศาลเป็นผู้ที่ใช้และตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ  
 ประชาชน

ทั้งนี้หลักการ Due process ของอเมริกานี้ไม่เพียงแต่เป็นหลักในทางอาญาเท่านั้น ยัง  
 เป็นหลักการในกฎหมายอื่นๆ ของอเมริกาก็ด้วย เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาศึปกครอง  
 (Administrative procedure law) ก็กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำตามแนวทางที่  
 กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เป็นต้น ทำให้หลักนิติธรรมของอเมริกานี้เป็นหลักการที่อยู่  
 เบื้องหลังหลักกฎหมายต่างๆ ที่ตราขึ้นใช้ในประเทศ ดังนั้นหากเกิดปัญหาที่ขัดกับหลักนิติ  
 ธรรมในประเทศอเมริกานั้น ปัญหานั้นจะขัดกับกฎหมายทั่วไปด้วย โดยมีคำอธิบายของ Lon L.  
 Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏ  
 เป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ<sup>6</sup> คือ

ประการแรกกฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กร  
 เจ้าหน้าที่ของรัฐ

ประการที่สองกฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย

ประการที่สามกฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตรา  
 ขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต

ประการที่สี่กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้  
 เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

ประการที่ห้ากฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

ประการที่หกกฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

ประการที่เจ็ดกฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไข  
 ให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

ประการสุดท้ายกฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้  
 สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้  
 แล้วนั้น

### 2.2.3 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ คือ หลักการที่รัฐและหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจดำเนิน การเพื่อประโยชน์  
 สาธารณะในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน กฎหมายนั้นก็ต้องจำกัดอำนาจรัฐและหน่วยงานของรัฐ

<sup>6</sup> L. L. Fuller, "The Morality of law," Revised Edition, New Haven: Yale University Press, 1969. pp. 46-91.

ไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่ กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน  
 นั้นเอง<sup>7</sup> ดังนั้นรัฐไม่สามารถที่จะทำการใดๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด หรือให้อำนาจ  
 ไว้ได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำของรัฐนั้นจะต้องคาดการณ์ได้ และมั่นคงแน่นอนตาม  
 หลักความมั่นคงของกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายนั้นคือ โครงสร้างของสังคมทำให้เกิดหลัก  
 ความมั่นคงของกฎหมายขึ้น เพื่อให้โครงสร้างของสังคมไม่ถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่าย และเป็น  
 รูปแบบที่แน่นอน

ในการศึกษาเกี่ยวกับหลักนิติรัฐนี้จะต้องศึกษาทั้งในเรื่องของรูปแบบ และเนื้อหาซึ่ง  
 สามารถอธิบายได้ดังนี้

#### ก. หลักนิติรัฐในเชิงรูปแบบ

ในเชิงรูปแบบของหลักนิติรัฐนี้ประกอบไปด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลักการ  
 ปกครองโดยกฎหมาย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นหลักการที่เน้นในเรื่องของรูปแบบของกฎหมายที่  
 จะต้องมีทั้งหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายซึ่งหน่วยงานของรัฐจะต้องผูกพัน  
 และทำการ โดยสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย หลักลำดับชั้นของกฎหมายที่ซึ่ง  
 กฎหมายชั้นต่ำกว่าจะไม่สามารถขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ลำดับศักดิ์สูงกว่าได้ หลักการกระทำ  
 ของรัฐจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และหลักความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายของประชาชน ซึ่ง  
 หลักการทั้งหมดเหล่านี้ถือเป็นรูปแบบของหลักนิติรัฐประการหนึ่ง

อีกประการหนึ่งคือหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่ง  
 หลักการนี้ก็มิใช่ไปเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจ และภัยจากการใช้อำนาจตาม  
 อำเภอใจ โดยแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็น นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดย  
 หลักการนี้แบ่งแยกกันทั้งในเชิงโครงสร้าง และบุคคล กล่าวคือบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้นจะสามารถ  
 ใช้ได้เพียงอำนาจใดอำนาจหนึ่งเท่านั้น เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อเป็นแล้วก็ต้องหมดจาก  
 สภาพสมาชิกสภาผู้แทนที่เคยเป็นมาก่อน เป็นต้นผู้ใช้อำนาจจะใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและตุลา  
 การพร้อมๆ กันไม่ได้

#### ข. หลักนิติรัฐในเชิงเนื้อหา

หลักนิติรัฐในเชิงเนื้อหานี้จะเน้นเรื่องหลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งประกอบไปด้วย  
 หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

---

<sup>7</sup> ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, “คำอธิบายกฎหมายปกครอง,” พิมพ์ครั้งที่ 16, (กรุงเทพฯ:  
 บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), หน้า 64.

ซึ่งหลักการเหล่านี้เป็นหลักสำคัญในทางกฎหมายมหาชน นอกจากนี้หลักนิติรัฐในเชิงเนื้อหา นั้นยังกล่าวถึงเนื้อหาสาระของกฎหมายว่าจะต้องแน่นอน เป็นธรรม และเข้าใจได้ แม้กระทั่ง การตรากฎหมายนั้นจะต้องไม่มีผลร้ายแก่บุคคลเป็นการย้อนหลัง เนื่องจากจะกระทบต่อความ มั่นคงของโครงสร้างสังคม รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐจะต้องเคารพต่อไปอีกชน

#### 2.4 ความแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐและนิติธรรม<sup>8</sup>

ประการแรก คือ ความแตกต่างในบ่อเกิดของหลักกฎหมาย ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษานั้นแต่เดิมถือเป็นผู้แทนของกษัตริย์ผู้ซึ่งถืออำนาจอธิปไตยของรัฐไว้ได้เริ่มพัฒนาระบบกฎหมายจารีตประเพณีเพื่อความมั่นคงของรัฐ ซึ่งกฎหมายที่ศาลอังกฤษใช้นั้นเนื้อหา สอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกัน โดยทั่วไปในประเทศ จึงเรียกกฎหมายนี้ว่า กฎหมาย จารีตประเพณี (Common law) เมื่อศาลได้พิจารณาพิพากษาคดีแล้ว หากมีกรณีอย่างเดียวกัน เกิดขึ้นอีกก็จะใช้แนวทางในการตัดสินคดีความของคดีก่อนๆ มาปรับใช้ ทำให้คำพิพากษาของ ศาลเป็นบ่อเกิดกฎหมายในประเทศอังกฤษที่สำคัญ ซึ่งก็ไม่เพียงแต่เฉพาะคำตัดสินเท่านั้นที่จะ นำมาใช้ หากแต่ยังรวมถึงหลักการและแนวทางในการตัดสินคดีของผู้พิพากษาด้วยที่จะถูก ถ่ายทอดมาในการดำเนินคดีความถัดไป ดังนั้นทำให้ความหมายของคำว่า Case law กับ Common law มีนัยทางกฎหมายอย่างเดียวกันในประเทศอังกฤษ คือเป็นกฎหมายที่เกิดจากผู้ พิพากษา (Judge-made law) การที่ศาลประเทศอังกฤษสามารถวางหลักกฎหมายได้เองนั้นทำ ให้กฎหมายที่ใช้ในประเทศอังกฤษมีความยืดหยุ่นมาก สามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับ สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และจะมีหลักกฎหมายที่จะใช้ปรับกับคดีเสมอ แม้ ศาลอังกฤษจะสามารถสร้างหลักกฎหมายเองได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะตัดสินคดีความ อย่างไรก็ได้ เนื่องจากจะต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ทำให้ การเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา หรือการพิพากษาที่ขัดกับแนวคำพิพากษาเดิมนั้นจะไม่สามารถ กระทำได้ง่าย

แต่ในระบบประมวลกฎหมายนั้นจะใช้หลักนิติรัฐที่ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการ แบ่งแยกอำนาจนั้น จะแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรต่างๆ อย่างชัดเจนในการบริหาร บัญญัติ กฎหมาย หรือพิพากษาอรรถคดี เนื่องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นจะสร้างขึ้นเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออก เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกันทำให้ผู้พิพากษาในประเทศที่ใช้ หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นจะไม่สามารถสร้างกฎหมายขึ้นมาได้ เป็นเพียงแต่เป็นผู้ใช้กฎหมาย

<sup>8</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ 1.

หรือบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเท่านั้น ทำให้กฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นมีลักษณะที่ไม่ยืดหยุ่นกล่าวคือ หากเกิดกรณีที่ไม่มีความหมายกำหนดไว้ ศาลจะไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้แก่กรณีนั้นได้ แต่จะใช้วิธีตีความกฎหมายที่มีอยู่เดิมให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรมและสภาพของสังคมภายใต้กรอบนิติวิธี

ประการที่สอง ความแตกต่างในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษจึงเป็นการประกันสิทธิในฐานะหลักจารีตที่ถูกปฏิบัติกันต่อมา และได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายโดยศาล ซึ่งองค์กรศาลก็จะเป็นองค์กรที่ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนภายในรัฐ

แต่ประเทศในระบบประมวลกฎหมายนั้นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจะคุ้มครองในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่ามีลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่สูงที่สุด และไม่มีความหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นถ้าหากมีกฎหมายใดที่ตราขึ้นแล้วกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ย่อมต้องถือว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งผลก็ย่อมจะทำให้กฎหมายนั้นบังคับใช้ไม่ได้

ประการที่สามความแตกต่างในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ในประเทศอังกฤษนั้น จำเป็นที่จะต้องแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 แบบ คือ กฎหมายที่ผ่านการตราจากรัฐสภาที่ใช้บังคับภายในฝ่ายบริหาร กับหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น ซึ่งการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นจากรัฐสภาอังกฤษนั้น จะถูกควบคุมโดยเฉพาะทางฝ่ายการเมืองเท่านั้น ส่วนกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจะถูกควบคุมจากจารีตประเพณีที่ปฏิบัติต่อๆ กันมาในสังคม และตามหลักในคำพิพากษาครั้งก่อนๆ

แต่ตามหลักนิติรัฐองค์กรนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้เมื่อมีการตรากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐจะยอมรับและสร้างองค์กรไว้สำหรับตรวจสอบการตรากฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติแล้ว คือ ตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะผูกพันองค์กรรัฐทุกองค์กร ทำให้การตรวจสอบการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

จึงอาจกล่าวได้ว่าในหลักนิติรัฐนั้นหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะถูกพิทักษ์รักษาไว้ด้วยองค์กรตุลาการ ส่วนหลักนิติธรรมนั้นจะยึดถือหลักความสูงสุดของรัฐสภาเป็นสำคัญ

ประการที่สี่ ความแตกต่างในระบบศาล ซึ่งในประเทศอังกฤษที่เป็นต้นแบบของหลักนิติธรรมนั้น เนื่องจากหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากจารีตประเพณีของประเทศดังนั้นปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือเป็นข้อพิพาททางปกครองก็ตาม จะต้องขึ้นสู่ศาลยุติธรรมโดยไม่มี การแบ่งแยกคดีที่ขึ้นสู่ศาลเป็นระบบศาลเดียว โดยหลักนิติธรรมนั้นจะให้ความสำคัญกับความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ และราษฎร จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน คือ กฎหมายจารีตประเพณีและภายใต้ศาลเดียวกัน คือ ศาลยุติธรรม (Ordinary court) ของอังกฤษ

ในขณะที่หลักนิติรัฐอนุญาตให้มีการจัดตั้งระบบศาลที่มีความชำนาญเฉพาะด้านได้ ซึ่งก็อาจจะมีการจัดตั้ง “ศาลชำนาญพิเศษ” หรือ “ศาลปกครอง” ขึ้นได้ นอกจากนั้นยังสามารถที่จะกำหนดวิธีพิจารณาคดีที่แตกต่างไปจากศาลยุติธรรมได้ด้วย โดยศาลปกครองภายใต้หลักนิติรัฐนั้นจะมีอำนาจในการค้นหาความจริงและควบคุมกระบวนการพิจารณา ไม่จำเป็นที่จะต้องฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบเท่านั้น บทบาทของศาลที่พิจารณาคดีปกครองในหลักนิติรัฐจึงมีมากกว่าศาลในหลักนิติธรรม

ประการที่ห้าความแตกต่างในแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งตามหลักนิติรัฐแล้วหลักการแบ่งแยกอำนาจอริบไตยออกเป็น นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการนั้นเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่อยู่ควบคู่ไปกับหลักนิติรัฐ ซึ่งจะทำให้การตรากฎหมาย การบริหาร และการบังคับใช้กฎหมายนั้น แยกออกจากกัน การที่ผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจจะเข้าไปในแดนอำนาจของอีกอำนาจหนึ่งนั้นกระทำได้ก็แต่เฉพาะที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหากให้มีการถ่วงดุลและตรวจสอบแล้วก็จะทำให้การใช้อำนาจเป็นไปอย่างยุติธรรมมากขึ้น

ในขณะที่หลักนิติธรรมนั้น หากจะมีการแบ่งแยกอำนาจก็เป็นไปเพียงเพื่อจัดระเบียบในการใช้อำนาจเท่านั้น กล่าวคือ การแบ่งแยกอำนาจในประเทศอังกฤษมิได้แบ่งออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการหากแต่มีองค์กรเหล่านี้เพื่อจัดทำประโยชน์สาธารณะ และหลักกฎหมายจารีตประเพณีจะเป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าองค์กรเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจใดบ้างในการจัดทำประโยชน์สาธารณะดังกล่าว เช่น ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลยุติธรรมในอังกฤษ ก็จะต้องมีหลักกฎหมายซึ่งจำเป็นต่อการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนอังกฤษ หากจำเป็นแล้วศาลก็จะสามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใช้เองได้ โดยมีการควบคุมจากแนวคำพิพากษาที่สืบทอดต่อกันมา เป็นต้น

หากแต่ในหลักการของความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการนั้นทั้งหลักนิติรัฐและนิติธรรมต่างก็ให้ความสำคัญโดยเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งที่ตรงกันว่าจะไม่ถูกแทรกแซงโดยอำนาจใดๆ

### 3. วิเคราะห์ปัญหาหลักนิติธรรมกับการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนั้นเป็นเนื้อหาที่สำคัญของหลักนิติธรรมและนิติรัฐ ซึ่งจะทำให้เห็นได้ว่า หลักนิติธรรมนั้นเป็นหลักการจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี ที่ซึ่งไม่ได้มีตัวบทกฎหมายที่มั่นคงแน่นอน เป็นเพียงแต่หลักกฎหมายที่สืบทอดต่อๆ กันมาเท่านั้น ซึ่งมีความเป็นอุดมคติที่สูงกว่าหลักนิติรัฐที่จะสามารถมองเห็นเป็นรูปธรรมได้มากกว่า โดยเมื่อนำสาระที่กล่าวไปแล้วข้างต้นมาพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นั้นสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

จากบทบัญญัติมาตรา 3 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นี้แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยนั้นยึดหลักนิติรัฐโดยพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แบ่งออกเป็นรัฐสภาที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจบริหาร และศาลที่ใช้อำนาจตุลาการ อีกทั้งเมื่อพิจารณาระบบศาลที่มีศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษต่างๆ ทั้งศาลปกครอง ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญ ที่ซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติทำให้ไม่มีข้อสงสัยใดๆ ในการยึดหลักนิติรัฐของประเทศไทยทำให้อธิบายได้ว่ากฎหมายที่จะบังคับใช้ได้ในประเทศไทยนั้นจะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปรัฐสภา ก็จะเป็นฝ่ายที่ตรากฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้ในประเทศ โดยที่จะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมด้วยตามมาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักนิติธรรมนี้ดังที่ได้อธิบายแล้วว่าต้นแบบมาจากประเทศอังกฤษที่ศาลจะเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายบังคับใช้ในประเทศ โดยจะผูกพันกับหลักกฎหมายจากการพิพากษาคดีครั้งก่อนๆ ของศาล และหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นใหม่ก็จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่จากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับของคนส่วนใหญ่ในประเทศมาบังคับใช้แก่กรณี ส่วนการตรากฎหมายของรัฐสภานั้นก็จะมีการควบคุมจากฝ่ายการเมือง ดังนั้นการนำหลักนิติธรรมมาบังคับใช้กับองค์กรที่บัญญัติกฎหมายในประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐนั้น ก็จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับ

สภาวการณ์ ประวัติศาสตร์ แนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายของประเทศไทย โดยผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน คือ การตรากฎหมายที่ใช้ภายในฝ่ายบริหาร กับ การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชาชนภายในประเทศ

ในส่วนแรกนั้น กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อใช้ภายในฝ่ายบริหารนั้นจะนำหลักนิติธรรมมาใช้โดยการพิจารณาจากจารีตประเพณีทางกฎหมายที่มีอยู่ และถือปฏิบัติกันจากฝ่ายบริหาร เพียงแต่นำหลักการเหล่านั้นมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นซึ่งจะต้องเป็นหลักการที่เป็นธรรม และประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศยอมรับได้ เหตุที่ต้องบัญญัติจารีตประเพณีทางกฎหมายให้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นก็เพราะหลักการทางกฎหมาย วิธีปฏิบัติหรือบทกำหนดโทษต่างๆ ของฝ่ายบริหารนั้น จะต้องมีความชัดเจน แน่นอน และง่ายต่อการเข้าใจและเรียนรู้ของผู้ปฏิบัติ

ส่วนที่สองคือการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชาชนภายในประเทศนั้นหากจะต้องยึดหลักนิติธรรมก็จำเป็นที่จะต้องนำจารีตประเพณีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ ในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยมาพิจารณาร่วมกันกับการบัญญัติกฎหมายด้วย อีกทั้งในการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วนั้น ก็จะต้องแก้ไขให้สอดคล้องกับจารีตประเพณีทางกฎหมาย หรือตามคำพิพากษาที่ได้ตัดสินมา นอกจากนี้หากมีบทบัญญัติใดที่ขัดกับหลักนิติธรรม ก็จะต้องถือว่าบทบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจบริหารนั้นหากจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมย่อมหมายถึงจะต้องปฏิบัติตามหลักการแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการบริหาร รวมถึงคุณธรรม จริยธรรมที่ดี ซึ่งเป็นหลักการอันเป็นที่ยอมรับได้ของคนในประเทศ โดยการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารนั้นหากเป็นเรื่องทางนโยบาย ย่อมได้รับการตรวจสอบจากฝ่ายการเมือง แต่หากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองก็ย่อมได้รับการตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการหรือศาลปกครอง

ส่วนในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะต้องยึดหลักนิติธรรมนั้น ก็จะต้องยึดถือตามแนวคำพิพากษาที่ได้ตัดสินมาในครั้งก่อนๆ และคำพิพากษาเหล่านั้นย่อมเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตัดสินคดีความที่มีลักษณะเหมือนกันซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรฐานกระบวนการยุติธรรม

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมย่อมหมายถึง หลักการ แนวความคิด ทฤษฎี จารีตประเพณี รวมถึงประวัติศาสตร์ในทางกฎหมายของประเทศซึ่งอาจจะถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมายแล้ว หรือไม่ก็ได้ ดังนั้นในแต่ละประเทศ หลักนิติธรรมจึงมีความแตกต่างกันเนื่องมาจาก จารีตประเพณี และประวัติศาสตร์ทางกฎหมายของแต่ละประเทศนั้นมีความ

แตกต่างกัน หากจะกล่าวโดยย่อแล้วสามารถสรุปความได้ว่า หลักนิติธรรม คือ หลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย และถูกสร้างขึ้นมาเพื่อทำให้กฎหมายนั้นเกิดความเป็นธรรม หรือเกิดความยุติธรรมขึ้น

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเมื่อนำหลักนิติธรรมจากประเทศอังกฤษมาใช้กับประเทศไทยที่มีการแบ่งแยกอำนาจตามหลักนิติรัฐ คือ หลักนิติรัฐนั้นยอมรับในความไม่เสมอภาคระหว่างรัฐกับเอกชน กล่าวคือ รัฐย่อมมีฐานะในทางกฎหมายเหนือกว่าเอกชน แต่หลักนิติธรรมย่อมถือว่าบุคคลทุกคนเสมอภาคกัน และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน เช่น ในการจัดทำสัญญาทางปกครอง รัฐสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำขึ้นกับเอกชนได้ ถ้าสัญญานั้น ไม่อาจตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมได้และเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม ซึ่งหากเป็นการพิจารณาตามหลักนิติธรรมย่อมจะต้องถือว่ารัฐเป็นฝ่ายผิดสัญญา และจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่เอกชน เป็นต้น ทำให้เกิดความขัดแย้งกันในหลักความเสมอภาคภายใต้หลักนิติรัฐกับนิติธรรม ดังนั้นการปรับใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทยจึงไม่อาจนำหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษมาใช้ได้โดยตรง แต่จะต้องปรับหลักการดังกล่าวให้เข้ากับจารีตประเพณีทางกฎหมาย และประวัติศาสตร์ของประเทศไทย ในกรณีนี้คือหลักนิติธรรมในประเทศไทยนั้นจะต้องยอมรับในความไม่เสมอภาคของอำนาจระหว่างรัฐกับเอกชน เนื่องจากรัฐนั้นเป็นผู้ได้รับอำนาจมาจากประชาชนจึงจำเป็นที่จะต้องรับผิดชอบต่อประชาชน เมื่อสิ่งที่รัฐทำไม่สามารถตอบสนองประโยชน์สาธารณะได้แล้ว ก็ควรที่จะต้องสามารถเปลี่ยนแปลงได้ แต่ก็จะต้องไม่เป็นการได้เปรียบจากเอกชนที่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐมากเกินไป ปัญหาจึงเป็นตัวอย่างของหลักนิติธรรมของประเทศไทยที่แตกต่างกับหลักนิติธรรมของประเทศอื่นๆ นั่นเอง

#### 4. สรุป และข้อเสนอแนะ

##### 4.1 สรุป

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนั้นสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมนั้นมีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 12 ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจกษัตริย์ และทำให้กษัตริย์นั้นอยู่ภายใต้กฎหมายจารีตประเพณี โดยจุดเริ่มต้นนั้นอยู่ที่การลงนามในกฎบัตรใหญ่ (Magna Carta) ของพระเจ้าจอห์นทำให้ถูกจำกัดอำนาจของพระองค์ลงบางส่วน และต่อมาได้มีการจัดตั้งรัฐสภาแห่งอังกฤษ ซึ่งในตอนต้นนั้นถูกใช้เป็นเครื่องมือของกษัตริย์อังกฤษเนื่องจากถูกลดอำนาจจากกฎบัตรใหญ่ แต่ต่อมาเมื่อรัฐสภามีชนชั้นกลางเข้าไปมากขึ้น ก็ได้พยายามต่อต้านอำนาจกษัตริย์อังกฤษจึงทำให้เกิดความขัดแย้งมากขึ้นและก่อให้เกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious



revolution) ซึ่งมีการตรากฎหมายอันเป็นเอกสารที่สำคัญฉบับหนึ่ง คือ Petition of Rights ทำให้อำนาจของรัฐสภานั้นมั่นคงมากขึ้น และดำรงอยู่คู่กับสถาบันกษัตริย์จนถึงปัจจุบัน

หลักการที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษนั้นประกอบไปด้วย 3 หลักการสำคัญ ได้แก่

- หลักไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่ได้กระทำการขัดต่อกฎหมาย
- หลักบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย
- หลักศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่มีกฎหมายใดที่สูงไปกว่าสิ่งที่ศาลธรรมดาจะตัดสินได้

ซึ่งหลักการเหล่านี้ถูกใช้เพื่อใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศอังกฤษ

เมื่อนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ทำให้เกิดความขัดแย้งกันในหลักของความเสมอภาคที่ประเทศไทยนั้น ยอมรับความไม่เสมอภาคของรัฐกับเอกชนทำให้จำเป็นต้องปรับหลักนิติธรรมดังกล่าวให้เข้ากับแนวทางกฎหมายของประเทศไทย

ปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อนำหลักนิติธรรมมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญประการแรกคือ ความไม่ชัดเจนในความหมายของหลักนิติธรรม ที่ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ประการที่สองคือ ปัญหาการปรับใช้หลักการนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ของทั้ง 3 องค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยของประเทศไทย เมื่อความหมายไม่ชัดเจนย่อมทำให้การปรับหลักกฎหมายสู่การปฏิบัตินั้นทำได้ยากขึ้นด้วย

#### 4.2 ข้อเสนอแนะ

1. จากการศึกษาทำให้สามารถให้ความหมายอย่างกว้างๆ ของหลักนิติธรรมได้ว่า หมายถึง หลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย และถูกสร้างขึ้นมาเพื่อทำให้กฎหมายนั้นเกิดความเป็นธรรม หรือเกิดความยุติธรรมขึ้นจากหลักการ แนวความคิด ทฤษฎี จารีตประเพณี รวมถึงประวัติศาสตร์ในทางกฎหมายของประเทศ

2. องค์กรทั้ง 3 องค์กรของประเทศไทยนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงความหมายของหลักนิติธรรมอย่างชัดเจน และนำไปปฏิบัติ โดยผู้เขียนเห็นว่าในแต่ละองค์กรควรที่จะนำหลักนิติธรรมตามความหมายในข้อ 1 มาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ โดยอาศัยจากแนวคิด ทฤษฎีต่างๆ ที่รวบรวมได้จากปฎิวัติศาสตร์ของประเทศ

## บรรณานุกรม

### อ้างอิง

#### หนังสือ

ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 16. (กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด. 2553). หน้า 64.

สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. **หลักนิติธรรมกับสังคมไทย: คุณค่า ความหมาย และการนำไปใช้**. โครงการพัฒนาระบบกฎหมายไทย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). พิมพ์ครั้งที่ 1. สิงหาคม 2552. หน้า 13 - 14.

#### กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

#### เอกสารอื่นๆ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **หลักนิติธรรม (The rule of law)**. [Online Available]. URL: <http://www.enlightened-jurists.com>. มีนาคม 2556.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม**. [Online Available]. URL: <http://www.enlightened-jurists.com>. มีนาคม 2556.

#### เอกสารภาษาอังกฤษ

L. L. Fuller. **The Morality of law**. Revised Edition. New Haven: Yale University Press. 1969. pp. 46-91.