

บทความทางวิชาการเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

เรื่อง หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย

กล่าวนำ

การที่กฎหมายมหาชนเป็นป่อเกิดของกฎหมาย รัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องในแต่ละเรื่อง เช่น กฎหมายการคลัง กฎหมายภาษีอากร กฎหมายอาญา เป็นต้น และถือได้ว่าสำหรับประเทศไทยนั้น เพิ่งได้รู้จักกฎหมายมหาชนเมื่อไม่นานมานี้ และได้แยกตัวอย่างชัดเจนเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนอย่างชัดเจนในสมัยรัชกาลที่ ๖ โดยพระนิติศาสตร์ไพศาล ผู้สอนวิชากฎหมายในโรงเรียนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ เลกเซอร์ธรรมศาสตร์ และเราได้ใช้กฎหมายมหาชนอย่างเต็มรูปแบบเมื่อปี ๒๕๔๒ เมื่อมี พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และเกิดศาลปกครองได้ใน พ.ศ. ๒๕๔๔

ความหมายของนิติรัฐ

ปรัชญารากฐานในกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับรัฐนั้น มีส่วนที่ว่าด้วยนิติรัฐ (Legal state) อยู่ด้วย นิติรัฐไม่ได้หมายถึงรัฐตามกฎหมาย เพราะอย่างไรเรียกว่ารัฐนั้นมีคำอธิบายในกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักวิชาทางรัฐศาสตร์อยู่แล้ว หากแต่หมายถึงความถึงรัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่ คำว่ากฎหมายในที่นี้มีความหมายรวมถึงบรรดากฎหมายและระเบียบแบบแผนทางการเมืองทั้งหลาย บางครั้งเรียกว่าเป็นรัฐที่ยึดมั่นในระบอบรัฐธรรมนูญ (constitutionalism) บ้าง รัฐที่เคารพในหลักนิติธรรม (The Rule of Law) บ้าง ปรัชญาว่าด้วยรัฐในส่วนของนิติรัฐจึงมิได้กำหนดองค์ประกอบของรัฐ หากแต่กำหนดบทบาทหรือหน้าที่ของรัฐที่มีต่อราษฎรนั่นเอง ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างหนึ่งในกฎหมายมหาชน เพราะจะถือว่ากฎหมายมหาชนนั้นมีได้ว่าด้วยอำนาจของรัฐที่จะบังคับเอาแก่ราษฎรได้ฝ่ายเดียว หากว่าบทบาทหรือหน้าที่ของรัฐที่มีต่อราษฎร อันเป็นความสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่งด้วย และเพราะนักกฎหมายธรรมชาติก็ดี

นักศึกษากฎหมายโรมันก็คิดเห็นดังนี้เองจึงได้พัฒนากฎหมายมหาชนไปในแนวทางที่เป็นธรรม และให้ราษฎรใช้ประโยชน์จากกฎหมายมหาชนได้เช่นเดียวกันจากกฎหมายเอกชนเช่นนำไปใช้เป็นมูลฐานในการฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เป็นต้น

รากฐานของปรัชญาว่าด้วยนิติรัฐมีมาตั้งแต่สมัยกรีก เมื่ออริสโตเติลกล่าวถึงรัฐที่ดีกว่า จะต้องมีส่วนที่ดี และผู้นำที่ดีจะต้องเคารพกฎหมาย แม้ราษฎรจะดีอย่างไรก็ตาม ถ้าตกไปอยู่ในรัฐบาลเลว มีผู้นำเลว ไม่นำพาต่อกฎหมายของบ้านเมือง ราษฎรนั้นย่อมโชคร้ายเดือดร้อน พระพุทธองค์เองก็เคยตรัสไว้ว่า “ปฏิรูปเทศวาโสจ.....เอตมมฺกฺลุมฺตมฺ” แปลว่า การได้อยู่ในประเทศหรือรัฐอันสมควร คือ รัฐที่ดีจัดว่าเป็นมงคลอันประเสริฐอย่างหนึ่ง

อนึ่ง แม้ตามกฎหมายโบราณของอังกฤษเอง ก็มีสุภาษิตของพวกนอร์แมนว่า “กฎหมายเป็นมรดกอันล้ำค่าของพระมหากษัตริย์ เพราะเหตุว่ากฎหมายย่อมใช้บังคับแก่พระองค์เอง เช่นเดียวกับพสกนิกร ถ้าปราศจากกฎหมายแล้ว ก็หาอาจมีพระมหากษัตริย์หรือมรดกตกทอดอันใดไม่”

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายเรื่องของนิติรัฐไว้อย่างรวบรัด ดังนี้

“รัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ย่อมเป็นนิติรัฐ คือ เป็นรัฐที่ยอมตน อยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง หรือยอมใช้บังคับ”

ความคิดในเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ลัทธิปัจเจกนิยม (individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้ รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆของราษฎรได้ มีอยู่วิธีเดียวคือ รัฐยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราใบที่กฎหมายยังใช้กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์การ (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรง) ทำโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและ

เสรีภาพของราษฎรก็ได้รับความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

ความคิดเรื่องนิติรัฐ ย่อมเกิดขึ้น โดยการที่ราษฎรต่อสู้กับการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยราษฎรได้เริ่มเรียกร้องเสรีภาพขึ้นก่อน จะเห็นได้ว่า ในระยะเริ่มแรกนี้ราษฎรไม่ได้เรียกร้องที่จะขอให้ตนมีอำนาจในรัฐแต่ประการใด เพียงแต่ขอให้ตนมีเสรีภาพเท่านั้น คือขอให้ตนพ้นจากการที่รัฐจะใช้อำนาจของรัฐในทางที่ผิด และเพื่อจะให้ราษฎรมีเสรีภาพนี้เองจึงได้มีความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ได้ถือเป็นหลักว่า ความจริงราษฎรได้มีสิทธิและเสรีภาพอยู่ก่อนแล้ว สิทธิและเสรีภาพของราษฎรซึ่งว่าโดยหลักแล้ว ย่อมจะกว้างขวางและไม่มีขอบเขต ตรงกันข้ามกับอำนาจของรัฐ การที่รัฐจะมากำกัลดายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมจะต้องมีขอบเขต กล่าวคือ เฉพาะเท่าที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐทำได้เท่านั้นตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า การที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะเป็นนิติรัฐนั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้

๑. ในประเทศนั้นต้องมีกฎหมายเหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด การกระทำต่าง ๆ ในทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำของตำรวจจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมายหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐเข้ามาจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎร โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าพนักงานก็ย่อมจะมีความผิดอาญา

๒. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมต้องกำหนดไว้แน่นอน เริ่มแต่การแบ่งแยกอำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และมีขอบเขตในการใช้อำนาจทั้งสามนี้ ถัดจากอำนาจของรัฐ อำนาจของพนักงานของรัฐที่ลดหลั่นกันลงมาก็เป็นอำนาจที่วัดได้คือ เป็นอำนาจที่มีขอบเขตเช่นเดียวกัน และต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น เช่นในประเทศไทยบุคคลย่อมทราบได้จากกฎหมายว่า เจ้าพนักงานตำรวจหรือนายอำเภอมีอำนาจหน้าที่เพียงใด จะใช้อำนาจแก่ราษฎรได้หรือไม่เพียงใด

๓. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องมีหลักประกันดังกล่าวนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญและเพียงแต่รัฐใดจะจัดให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ก็มีศาลแพ่งและศาลอาญาประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่จะต้องให้ศาลยุติธรรมควบคุมฝ่าย

ปกครอง กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าพนักงานได้ว่า เจ้าพนักงานได้กระทำผิดในทางอาญาต่อราษฎรหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งหรือไม่ โดยนับนี้นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือศาลยุติธรรมควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานในทางอรรถคดี ปัญหาที่ว่าการที่รัฐบาลรัฐได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยเฉพาะนั้นจะยังคงเป็นนิติรัฐอยู่อีกหรือไม่ มีคำตอบข้อนี้ก็คือ แล้วแต่ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองเป็นอิสระหรือไม่ ถ้าเป็นอิสระรัฐนั้นก็เป็นนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะความสำคัญอยู่ที่หลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร ซึ่งมีได้ต่อเมื่อผู้พิพากษาที่วินิจฉัยข้อพิพาทเป็นอิสระอย่างแท้จริง แต่การจัดตั้งศาลโดยเฉพาะขึ้น เช่นศาลปกครองประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในวิชาปกครอง ศาลกรมกรประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในปัญหาทางแรงงาน ศาลพาณิชย์ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในทางเศรษฐกิจย่อมจะอำนวยประโยชน์เพราะทำให้ศาลที่จัดตั้งขึ้นไว้ โดยเฉพาะดังกล่าวพิจารณาพิพากษคดีได้ถูกต้องขึ้น และเมื่อผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวเป็นอิสระ ก็เป็นหลักประกันอันพอเพียงสำหรับราษฎร

แนวความคิดเรื่องนิติรัฐนี้เองก่อให้เกิดหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ขึ้นในระบบกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะในอังกฤษ ไคซีย์(Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้เรืองนามได้สรุปว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) นั้นจะต้องประกอบด้วยลักษณะ ๓ ประการดังนี้คือ

๑. ฝ่ายบริหาร ไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหมายถึงบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นต้องเป็นโทษตามกฎหมายอันแสดงให้เห็นว่าบุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายเท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้

๒. บุคคลทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน จะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาซึ่งหมายถึง บุคคลทุกคนต้องถูกกฎหมายบังคับโดยเท่าเทียมกัน ไม่เลือกฐานะและตำแหน่งหน้าที่และเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือเอกชนกับรัฐ ทั้งตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายปกครอง ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่จะทำหน้าที่พิจารณาคดีเหล่านี้ได้ และการพิจารณาพิพากษานี้ถ้าเป็นไปได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายใดทั้งสิ้น

๓. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาของประเทศดังกล่าวคือ ศาลนั่นเองเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนทำให้เกิดการยอมรับสิทธิเสรีภาพขึ้น

หลักนิติธรรมของอังกฤษซึ่งได้รับการยอมรับทั่วไปนั้นมิสาระสำคัญอยู่ที่ ข้อ(๑)และ (๒) ส่วนข้อ (๓) นั้นเป็นเอกลักษณ์พิเศษของอังกฤษเจ้าคำหรับซึ่งอาจสรุปได้ว่า หลักนิติธรรม คือ “การปกครองประเทศโดยกฎหมาย กล่าวคือบุคคลเสมอกันในกฎหมายบุคคลจะต้องรับโทษเพื่อ การกระทำผิดอันใด ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และจะต้องได้รับการพิจารณาคดีจากศาลยุติธรรม ที่มีความเป็นอิสระในการชี้ขาดตัดสินคดี ไม่ว่า จะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็ดีหรือระหว่างเอกชนกับรัฐก็ดี” อันนับได้ว่า หลักนิติธรรมนี้เป็นรากแก้วของระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยแท้

ในประเทศไทย ยังมีผู้ที่เข้าใจผิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจอยู่มาก อาทิเช่น

๑. เข้าใจว่าองค์กรของรัฐมีเพียงสามองค์กรเท่านั้นคือ สถาบันบัญญัติ คณะรัฐมนตรี และศาล องค์กรอื่นจะต้องจัดให้ลงในองค์กรทั้งสาม มิฉะนั้นจะลอยอยู่ในสมัยหนึ่งมีการจัดตั้ง สถานโยบายแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจเสนอให้ถอดถอนนายกรัฐมนตรีได้ และเสนอแต่งตั้งสมาชิกนิติบัญญัติแห่งชาติได้ ก็มีผู้สงสัยกันมากกว่าสถานโยบายแห่งชาติใช้อำนาจอธิปไตยอำนาจใด มีอยู่ โดยทฤษฎีใครสนับสนุนหรือไม่

๒. เข้าใจว่า ศาลหมายถึงกลุ่มผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเท่านั้น ทำให้ขาดความสนใจในการจัดระบบศาลอย่างอื่น เช่นศาลปกครอง เมื่อมีดำริจะจัดตั้งศาลปกครอง ก็เข้าใจกันว่า ต้องเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม การตั้งศาลปกครองคนละระบบกับศาลยุติธรรมเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

๓. เข้าใจว่าการวินิจฉัยปัญหาใด ๆก็ตามในลักษณะของข้อพิพาท หรืออรรถคดีไม่ว่า จะเป็นปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหาคดีปกครอง คดีแรงงานคดีแพ่ง คดีอาญา คดีเด็กและเยาวชน คดีภาษีอากร ต้องให้ศาลยุติธรรมเท่านั้นวินิจฉัย

๔. เข้าใจว่าศาลทหารเป็นเรื่องของการใช้อำนาจบริหาร(กระทรวงกลาโหม)

๕. เข้าใจว่า การที่สภานิติบัญญัติตั้งคณะกรรมการการศึกษาหรือสอบสวนปัญหาบางประการเช่น ปัญหาผู้อพยพ ปัญหาชายแดน ปัญหาพลังงาน ปัญหาราคาน้ำมัน กระแสไฟฟ้า น้ำประปา เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและไม่ควรกระทำ

๖. เข้าใจว่าการที่ในบางสมัย ยอมให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

๗. เข้าใจว่า การแยกข้าราชการประจำออกจากข้าราชการการเมืองเป็นการแบ่งแยกอำนาจ

๘. เข้าใจว่าการที่ให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายของรัฐสภา เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

๙. เข้าใจว่าการห้ามรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติในเวลาเดียวกันเป็นการแบ่งแยกอำนาจ

ที่เป็นเช่นนี้ เนื่องมาจากการจัดทำรัฐธรรมนูญไทยในอดีตนั่นเอง กล่าวคือ ในการจัดทำรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรก (๑๐ ธันวาคม ๒๔๗๕) ได้กำหนดว่า อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยคำแนะนำของสภาผู้แทนราษฎร ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล ซึ่งทำให้มีบุคคลจำนวนไม่น้อยเข้าใจว่า นี่คือหลักการแบ่งแยกอำนาจตามทฤษฎีของ มองเตสกีเออร์ อำนาจอธิปไตยซึ่งมาจากปวงชนชาวไทย แบ่งออกเป็นสามอำนาจเพียงเท่านั้น ไม่มีอำนาจอื่นใดนอกจากนี้อีกแล้ว แม้พระมหากษัตริย์เองก็ต้องใช้อำนาจเหล่านี้ทางองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนด และแต่ละองค์กรจะทำหน้าที่อื่นนอกไปจากนี้ไม่ได้ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. ๒๔๘๕ ก็ได้แบ่งแยกหมวดในรัฐธรรมนูญออกไปเป็นหมวดอำนาจนิติบัญญัติ หมวดอำนาจบริหารและหมวดอำนาจตุลาการ ซึ่งเท่ากับเป็นการเน้นให้เห็นชัดขึ้นไปอีกว่าเมื่อพูดถึง “อำนาจ” แล้วรัฐธรรมนูญไทยยอมรับเพียงอำนาจสามส่วนนี้เท่านั้น แม้จะมีการกล่าวในมาตราอื่น ๆ ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ.....” ก็เข้าใจว่าเป็นการใช้พระราชอำนาจในทางใดทางหนึ่งดังที่กล่าวมาแล้วนั่นเอง

อันที่จริงแล้ว รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เคร่งครัดหรือเด็ดขาด การที่รัฐธรรมนูญยอมให้รัฐสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีได้ ยอมให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ และออกกฎหมายบางประเภท เช่น พระราชกำหนดได้เองก็แสดงอยู่ในเบื้องต้นแล้วว่า เราปฏิเสธหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เคร่งครัด จึงไม่ควร ถือว่านี่เป็นกิจการนิติบัญญัติ ห้ามฝ่ายบริหารและตุลาการเข้ามาเกี่ยวข้อง นี่เป็นกิจการบริหารห้ามฝ่ายตุลาการเกี่ยวข้องหรือนี่เป็นกิจการตุลาการห้ามฝ่ายบริหารเกี่ยวข้อง ในเบื้องต้นจึงต้องลบล้างความเชื่อเช่นนี้เสียก่อน ปัญหาต่อไปมีว่าจะให้เกี่ยวข้องหรือพึ่งพาอาศัยกันขนาดไหน ข้อนี้เป็นทั้งเรื่องของนโยบายการเมืองตามรัฐธรรมนูญข้อสำคัญคือ ให้ยึดหลักกว่าอย่าให้มีการรวบอำนาจจนใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงหรือทำให้ราษฎรเดือดร้อน โดยปราศจากการเห็นยวรู้หรือยับยั้งกันเอง ส่วนการแบ่งแยกหน้าที่หรือองค์กรออกเป็นสามองค์กรก็เป็นเรื่องปฏิบัติสืบต่อกันมา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสภาพกิจการของรัฐในอดีตก็นับว่าเหมาะสม แต่สำหรับนับแต่บัดนี้ต่อไปนั้นเป็นเรื่องที่ควรพิจารณาให้กว้างขวางกว่าเดิม ในฝรั่งเศสเองก็มีการวิพากษ์วิจารณ์กันว่าหลักแห่งการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งที่ล้าสมัย ปัญหาในปัจจุบันมีว่าจะแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรของรัฐอย่างไร ไม่จำเป็นที่องค์กรหนึ่งจะต้องผูกขาดการใช้อำนาจหนึ่ง อาจมีองค์กรหลายองค์กรร่วมกันใช้อำนาจบริหาร เช่นการปกครองท้องถิ่นให้องค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นผู้ใช้การปกครองส่วนใหญ่ให้องค์กรรัฐสภาเป็นผู้ใช้ การออกกฎหมายส่วนน้อยให้องค์กรบริหารหรือรัฐบาลเป็นผู้ใช้และในที่สุดจัดให้ร่วมกันใช้อำนาจตุลาการ เช่น การพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไปให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจ การพิจารณาพิพากษาคดีทหารให้ศาลทหารเป็นผู้มีอำนาจ การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองให้ศาลปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจ

ก่อนที่จะรู้จักคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ดังที่ใช้กันอยู่แพร่หลายในเวลานี้ คนไทยรู้จักคำว่า “ธรรมนูญ” เป็นอย่างดี เพราะคำนี้มีปรากฏอยู่แล้วในกฎหมายเก่าของไทยอาทิเช่น ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ ๑ ฉบับตราสามดวง ลักษณะพระธรรมนูญ อย่างไรก็ตามมีข้อที่ถกเถียงกันในหมู่นักภาษาศาสตร์ว่า คำว่า “ธรรมนูญ” นั้นควรเขียนอย่างไร จึงถูกต้อง และมีความหมายตามรูป

ศัพท์อย่างไร เหตุที่ถกเถียงกันเช่นนี้ เพราะแม้ในกฎหมายเก่าเอง ก็มีที่สะกดแตกต่างกัน เช่น “ทำนูน” “ทำนูล” และ “ธรรมนูน” ศาสตราจารย์ฉ่ำ ทองคำวรรณ อธิบายว่า คำนี้มีที่มาจาก ภาษาทมิฬว่า “ตรมนูล” จึงต้องเขียนเป็น “ธรรมนูล” หรือ “ธรรมนูน” แปลว่า แนวธรรม หรือ กฎหมาย แต่พลตรีพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ ทรงอธิบายว่า คำว่า “ธรรมนูน” มีที่มาจากคำบาลีว่า “ธมฺมานุญฺโณ” จึงต้องเขียนว่า “ธรรมนูน” ซึ่งมีความหมายสาม ประการ คือ

๑. การประทับฟ้อง เช่น ตามกฎหมายลักษณะพระธรรมนูน ในประมวลกฎหมาย รัชกาลที่ ๑ ฉบับตราสามดวง มีว่า “โย สภาโว อันว่าสภาวะอันใด วิจารโณ พิศเราะหฺคฺชฺ ฐมฺมานุ รุปตัณฺญ จนซึ่งกิริยาอันประทับฟ้องโดย สมควรแก่กระทรวงแล้ว และส่งไป... วุจฺเจธันมโนสารา จารยฺ กล่าวไว้ ฐมฺมานุญฺโณ อิติ ชื่อว่า “พระธรรมนูน”

๒. การกำหนดอำนาจการปกครองเป็นส่วนศักดิ์ เช่นพระธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญ

๓. ผู้มีอำนาจเกี่ยวกับกฎหมาย เช่น กรมพระธรรมนูญ

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในพ.ศ. ๒๔๗๕ ได้มีการนำคำว่า “ธรรมนูน” ตามความหมายที่สองมาใช้ทางการเมือง คือ เรียกรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยว่า พระราชบัญญัติ ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ พลตรีพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ เมื่อครั้งดำรงพระยศเป็นหม่อมเจ้า ทรงทักท้วงว่า ธรรมนูญ เป็นคำ สามัญ ฟังไม่เหมาะที่จะเป็นกฎหมายสำคัญของประเทศ จึงทรงเสนอให้เรียกใหม่ว่า รัฐธรรมนูญ

โดยสรุป กฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นที่รวมแห่งกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ จึงเป็นที่มาของกฎหมายทั้งหลายรวมทั้งกฎหมายปกครองด้วย เราอาจกล่าวได้ว่าแต่เดิมกฎเกณฑ์ในทาง ปกครองหรือกฎหมายปกครองคงซ่อนอยู่ในกฎเกณฑ์ใหญ่ คือกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมาเมื่อ กฎเกณฑ์เหล่านั้นมีรายละเอียดยุ่งยากมากก็มีการแตกออกมาเป็นอีกสาขาหนึ่งคือ กฎหมาย ปกครอง เช่นเดียวกับทางตุลาการมีรายละเอียดมาก ก็แตกออกมาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความ และพระธรรมนูญศาลนั่นเอง

ประเทศไทยได้ชื่อว่ามีรัฐธรรมนูญมากที่สุดในโลกประเทศหนึ่ง กล่าวคือ มีถึง ๒๔ ฉบับดังนี้คือ

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑

ชื่อ	พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. ๒๔๗๕
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัย พระมหากษัตริย์ร่วมกับราษฎรเป็นผู้จัดให้มีขึ้น แต่ในทางพฤตินัย คณะราษฎรเป็นผู้จัดให้มีขึ้น
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะราษฎร (โดยมีหลวงประดิษฐมนูธรรมเป็นหัวหน้าหัวแรง สำคัญในการยกร่าง)
รูปแบบของรัฐบาล	รัฐบาลภายใต้รัฐสภา กล่าวคือฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การควบคุมโดยตรงของรัฐสภา และฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจยุบสภา ฝ่ายบริหารเรียกว่า “คณะกรรมการราษฎร” ฝ่ายนิติบัญญัติเรียกว่า “สภาผู้แทนราษฎร” โดยมีสภาเดียว สมาชิกมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒

ชื่อ	ธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม
วันประกาศใช้	วันที่ ๑๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๗๕
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	สืบเนื่องมาจากผู้มีอำนาจจัดให้มีตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑
ผู้มีอำนาจจัดทำ	สภาผู้แทนราษฎร (โดยมีคณะกรรมการยกร่าง)
รูปแบบของรัฐบาล	รัฐบาลแบบรัฐสภา กล่าวคือคณะรัฐมนตรีรับผิดชอบต่อสภานิติบัญญัติ ซึ่ง

เรียกว่า “สภาผู้แทนราษฎร” สมาชิกมี ๒ ประเภท สมาชิก
ประเภทที่ ๑ มาจาก

การเลือกตั้ง สมาชิกประเภทที่ ๒ มาจากการแต่งตั้ง

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๓

ชื่อ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศ พุทธศักราช
๒๔๘๒

วันประกาศใช้ วันที่ ๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๘๒

หลักการ เปลี่ยนชื่อประเทศจาก “สยาม” เป็น “ไทย”

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๔

ชื่อ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยบทเฉพาะกาล พุทธศักราช
๒๔๘๓

วันประกาศใช้ วันที่ ๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๔๘๓

หลักการ ขยายระยะเวลาการมีสมาชิกสภา ๒ ประเภท ตามรัฐธรรมนูญ
ฉบับที่ ๒ ออกไป

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๕

ชื่อ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน
ราษฎร

พุทธศักราช ๒๔๘๕

วันประกาศใช้ วันที่ ๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๘๕

หลักการ ขยายระยะเวลาการมีสมาชิกสภา ๒ ประเภท ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ ๒ ออกไป

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๖

ชื่อ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย

วันประกาศใช้ วันที่ ๑๐ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๔๘๕

ผู้มีอำนาจจัดให้มี สืบเนื่องมาจากผู้มีอำนาจจัดให้มีตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑

ผู้มีอำนาจจัดทำ สภาผู้แทนราษฎร (โดยคณะกรรมการวิสามัญเป็นผู้ยกร่าง)

รูปแบบของรัฐสภา รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา ได้แก่ “พฤฒสภา” และ “สภาผู้แทน”

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๗

ชื่อ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย

วันประกาศใช้ วันที่ ๘ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๔๙๐

ผู้มีอำนาจจัดให้มี ในทางนิตินัยพระมหากษัตริย์ ร่วมกับคณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี แต่ในทางพฤตินัยคณะรัฐประหาร

ผู้มีอำนาจจัดทำ คณะรัฐประหาร พ.ศ. ๒๔๙๐

รูปแบบของรัฐสภา รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา ได้แก่ “วุฒิสภา” และ “สภาผู้แทน”

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๘

ชื่อ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม

พ.ศ. ๒๔๙๐

วันประกาศใช้	วันที่ ๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๔๕๐
หลักการ	แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๗
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๕</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไข
เพิ่มเติม(ฉบับที่ ๒	
	พ.ศ. ๒๔๕๑)
วันประกาศใช้	วันที่ ๓ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๔๕๑
หลักการ	แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๗ และให้มีสภาร่าง
	รัฐธรรมนูญทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๐</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) แก้ไข
เพิ่มเติม(ฉบับที่ ๓	
	พ.ศ. ๒๔๕๑)
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๔ สิงหาคม พ.ศ. ๒๔๕๑
หลักการ	แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๗
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๑</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๓ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๕๒
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	สืบเนื่องมาจากผู้มีอำนาจจัดให้มี ตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๗
ผู้มีอำนาจจัดทำ	สภาร่างรัฐธรรมนูญ

รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา ได้แก่ “วุฒิสภา” และ “สภาผู้แทน”
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๒</u>	
ชื่อ แก้ไขเพิ่มเติม	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๗๕ พุทธศักราช ๒๔๙๕
วันประกาศใช้	วันที่ ๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๔๙๕
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยพระมหากษัตริย์ และคณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี แต่ในทางพฤตินัยคณะบริหารประเทศชั่วคราว ซึ่งได้ยึดอำนาจเมื่อ พ.ศ. ๒๔๙๔ เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะบริหารประเทศชั่วคราว พ.ศ. ๒๔๙๔ ได้กราบบังคมทูล ให้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร เมื่อ พ.ศ. ๒๔๙๔ โดยให้นำรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒ มาใช้ใหม่ ต่อมาก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสถานการณ์ยิ่งขึ้น และเสนอมติรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๒ นี้ต่อสภาผู้แทนราษฎร
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมีสภาเดียว ประกอบด้วยสมาชิก ๒ ประเภท
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๓</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ การปกครองราชอาณาจักร
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๙ มกราคม พ.ศ. ๒๕๐๒

ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยถือว่า พระมหากษัตริย์ และคณะปฏิวัติเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีขึ้น แต่ในทางพฤตินัยถือว่า คณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๐๐ เป็นผู้ที่มีอำนาจจัดให้มี
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๐๐ ได้กราบบังคมทูลให้มีประกาศเรื่องการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเมื่อ พ.ศ. ๒๕๐๐ โดยให้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๒ ต่อไปภายใต้เงื่อนไขบางประการ ต่อมาคณะปฏิวัติได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๓นี้ขึ้น
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลของฝ่ายบริหาร (Executive Government) โดยมีคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหาร สภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่นิติบัญญัติ และร่างรัฐธรรมนูญ สภานี้ไม่มีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารมากนัก
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๔</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๐ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๑๑
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	สืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๓
ผู้มีอำนาจจัดทำ	สภาร่างรัฐธรรมนูญ
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา ได้แก่ “วุฒิสภา” และ “สภาผู้แทน”
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๕</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ การปกครองราชอาณาจักร
วันประกาศใช้	วันที่ ๑๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕

ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยพระมหากษัตริย์ และคณะปฏิวัติเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีขึ้น แต่ในทางพฤตินัยถือว่าคณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๑๔ เป็นผู้จัดให้มี
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๑๔ (โดยมีคณะกรรมการยกร่าง)
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลของฝ่ายบริหาร เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๓ สภานิติบัญญัติเป็นสภาเดี่ยว เรียกว่า “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ”
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๖</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย
วันประกาศใช้	วันที่ ๗ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๗
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยพระมหากษัตริย์ ร่วมกับ รัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีขึ้น โดยสืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๕
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นชุดหนึ่งเพื่อยกร่าง และเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้พิจารณา
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา ได้แก่ “สภาผู้แทนราษฎร” และ “วุฒิสภา”
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๗</u>	
ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช ๒๕๑๘
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๓ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๘
หลักการ	แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๖
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๘</u>	

ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๒ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๕
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยถือว่าพระมหากษัตริย์ และคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีขึ้น แต่ในทางพฤตินัยถือว่าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๑๕ เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๑๕ (โดยมีคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่ยกร่าง)
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลของฝ่ายบริหาร เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๓ สภานิติบัญญัติเป็นสภาเดี่ยว เรียกว่า “สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน”
<u>รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๕</u>	
ชื่อ	ธรรมนูญ การปกครองราชอาณาจักร
วันประกาศใช้	วันที่ ๘ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๒๐
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	ในทางนิตินัยถือว่าพระมหากษัตริย์ และคณะปฏิวัติเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีขึ้น แต่ในทางพฤตินัยถือว่าคณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๒๐ เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี
ผู้มีอำนาจจัดทำ	คณะปฏิวัติ พ.ศ. ๒๕๒๐ (โดยมีคณะเจ้าหน้าที่ชุดหนึ่งทำหน้าที่ยกร่าง)
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลของฝ่ายบริหาร โดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้รับแต่งตั้งจากสภานโยบายแห่งชาติ ซึ่งสภานโยบายแห่งชาตินี้มีอำนาจเหนือนายกรัฐมนตรี และควบคุมนโยบายของคณะรัฐมนตรีอีกชั้นหนึ่ง

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒๐

ชื่อ	รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย
วันประกาศใช้	วันที่ ๒๒ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๒๑
ผู้มีอำนาจจัดให้มี	สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๑๕
ผู้มีอำนาจจัดทำ	สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (โดยมีคณะกรรมการ ทำหน้าที่ยก ร่างในชั้นต้น)
รูปแบบของรัฐสภา	รัฐบาลแบบรัฐสภา โดยมี ๒ สภา เรียกว่า “สภาผู้แทนราษฎร” และ “วุฒิสภา”

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ (รธน. ฉบับที่ ๑๕ ไม่นับรวมฉบับแก้ไข) ยกร่างโดย คณะกรรมการ ที่แต่งตั้งโดย สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ตามธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. ๒๕๓๔ โดย คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ ๕ พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นรัฐธรรมนูญ ที่ ยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ โดย คณะกรรมการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่แต่งตั้งโดยรัฐสภาตาม รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมบทมาตราเดิม และมีการเรียงลำดับ เลข มาตรา ใหม่ทั้งหมด และด้วยเหตุนี้เอง รธน.แก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ทั้ง ฉบับเป็นเอกเทศ

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ยกร่างโดย สภาร่างรัฐธรรมนูญ(ส.ส.ร.) จำนวน ๕๕ คน ตาม รธน. พ.ศ.๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม(ฉบับที่ ๖) พ.ศ. ๒๕๓๕

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ (ฉบับปัจจุบัน) ยกร่างโดย สภาร่างรัฐธรรมนูญ(ส.ส.ร.) จำนวน ๑๐๐ คน (มาตรา ๓๕) และ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน ๓๕ คน(มาตรา ๒๕) ตาม รธน.(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. ๒๕๔๕ ของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่ถือปฏิบัติกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๖ ต่อมาในปี ๑๘๕๕ สมัยของพระนางวิกตอเรีย ศาสตราจารย์ เอ.วี. ไคซี (Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกซฟอร์ด ได้นำมาอธิบายและให้ความหมายอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ ๓ ประการ คือ

๑. บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นทำผิดกฎหมาย และกฎหมายนั้นต้องตราขึ้นโดยถูกต้อง ก่อนถูกลงโทษต้องฟ้องคดีให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษา ไม่ใช่ตั้งศาลพิเศษมาพิจารณาพิพากษา

๒. บุคคลทุกคนในแผ่นดินย่อมเสมอกันในกฎหมาย ไม่มีใครมีอภิสิทธิ์เหนือกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลชั้นสูง หรือเป็นบุคคลชั้นต่ำ

๓. บุคคลทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพในความเป็นมนุษย์ และมีเสรีภาพที่จะประชุมปรึกษาหารือกัน

สำหรับประเทศไทยเรานั้นหลักนิติธรรมได้รับการยอมรับโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓ วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเห็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งความหมายของหลักนิติธรรมในปัจจุบันนี้นั้น ท่านศาสตราจารย์พิเศษธานีกร กรีวิเชียร ได้ให้ความหมายว่า “หลักนิติธรรมก็คือหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เกื้อหนุนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราชาฯ หากมีข้อพิพาทใดๆเกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม” สำหรับหลักความยิ่งใหญ่สูงสุดของรัฐสภา แม้จะไม่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีมาตรา ๗ แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น

ประมุข” ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หมายถึง ประเทศอังกฤษ ฉะนั้นจึงหมายความว่า หลักความยิ่งใหญ่สูงสุดของรัฐสภาของประเทศอังกฤษก็ได้รับการยอมรับในประเทศไทยเช่นเดียวกัน ในปัจจุบันนี้ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาให้ความหมายของหลักความยิ่งใหญ่สูงสุดของรัฐสภาว่า “รัฐสภาสามารถตรากฎหมายหรือไม่ตรากฎหมายใด ๆ ก็ได้ ไม่มีรัฐสภาใดที่สามารถผูกพันรัฐสภาที่มาทีหลังได้ ฉะนั้นความยิ่งใหญ่สูงสุดของรัฐสภาที่มาทีหลังจะถูกจำกัดลง ไม่มีกฎหมายใดที่รัฐสภาไม่สามารถยกเลิกได้ รัฐสภาสามารถถดถอยคำพิพากษาของศาลได้หากจำเป็นโดยมีผลย้อนหลังได้”

สิ่งที่แน่นอนและไม่เปลี่ยนแปลงของระบอบประชาธิปไตย และเป็นหลักการที่ทุกประเทศที่เป็นประชาธิปไตยได้ยึดถือกันตลอดมา ก็คือ สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งเป็นเสรีภาพทางการเมืองอีกด้านหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง (หรือสมาคม) เพื่อการเลือกตั้ง (โดยบางประเทศก็มีกฎหมายกำหนดให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียน แต่บางประเทศก็ไม่บังคับ) เสรีภาพในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (หรือออกจากพรรคการเมือง) และเสรีภาพในการสมัครรับเลือกตั้งได้โดยอิสระ คือ จะสมัคร โดยสังกัดพรรคการเมืองก็ได้ หรือไม่สังกัดพรรคการเมืองก็ได้

เสรีภาพทางการเมืองนั้น ก็คือ หลักการเพื่อคุ้มครอง ความเป็นประชาธิปไตยของระบอบการปกครอง อันได้แก่หลักการว่าด้วยสถานภาพของผู้แทน กล่าวคือ ความเป็นผู้แทน ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ (ไม่เฉพาะประชาชนในเขตเลือกตั้งที่เลือกตนเองขึ้นมา) และหลักการว่าด้วยความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ตามมโนธรรมของตน โดยต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจตีความหมายใดๆ

หลักการความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ตามมโนธรรมของตนมีมาตั้งแต่ระยะต้นของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และไม่มีเปลี่ยนแปลง หลักการความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เกิดมาจากประสบการณ์ทางการเมืองของประเทศต่างๆ ในยุโรป ในสมัยเมื่อ ๒๐๐ ปีก่อน เพราะ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำเป็นต้องมีความเป็นอิสระและต้องไม่ตกอยู่ใต้อำนาจหรือการสั่งการของบุคคลภายนอก

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้กล่าวในการบรรยายวิชากฎหมายมหาชนกับ
 ทิศทางของประเทศไทย เมื่อวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๐ ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ว่า “
 คุณเป็นที่น่าประหลาดใจมาก ที่ผมพบว่า อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของเรา มักจะพูดถึงแต่
 สิทธิของประชาชนในการมีสิทธิเลือกตั้ง แต่ผมไม่ได้ยินอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของ
 เราท่านใด พูดถึงเสรีภาพทางการเมืองของผู้สมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งได้โดย
 อิสระ(ไม่ต้องสังกัดพรรคการเมือง) หรือพูดถึงความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ
 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่อยู่ภายใต้อาณัติมอบหมายใดๆ เลย ซึ่งอันที่จริงแล้ว เสรีภาพทาง
 การเมืองของผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นหลักการพื้นฐานของความเป็นประชาธิปไตย ที่สำคัญมากกว่า
 สิทธิออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนทั่วไปด้วยซ้ำ เพราะเป็นสิทธิของนักการเมือง ที่ส่งผล
 โดยตรงต่อการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตย ประเทศไทย ตรงกันข้ามกับประเทศ
 ประชาธิปไตยอื่นๆ สิ่งที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในขณะนี้ก็คือ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตั้งแต่
 พ.ศ. ๒๕๓๕ จนถึง รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน(พ.ศ.๒๕๕๐) ได้สร้าง ระบบเผด็จการโดยพรรค
 การเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา ด้วยการบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทุกคนต้องสังกัด
 พรรค และให้พรรคการเมืองมีอำนาจบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องทำตามมติพรรค หรือ
 มิฉะนั้นก็อาจถูกพรรคการเมือง มีมติให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ ซึ่งเป็น
 รูปแบบของสถาบันการเมืองประเทศเดียวในโลก ที่ไม่มีหลักการของความเป็นประชาธิปไตย และ
 ปราบกว่า คณาจารย์สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐทุกท่าน ต่างก็เรียก
 ระบบการปกครองของประเทศไทยนี้ว่า เป็นระบอบประชาธิปไตย ผมไม่ทราบว่าจะอะไรเกิด
 ขึ้นกับท่านอาจารย์ที่สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์เหล่านี้ และโปรดทราบด้วยว่า ไม่มี
 รัฐธรรมนูญของประเทศใดในโลก ไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้ form of government ในรูปแบบ system
 ใด ที่มีบทมาตราที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคและให้อำนาจแก่ พรรคการเมือง มีมติให้ ส.ส.
 ต้องพ้นจากความเป็น ส.ส. ได้เหมือนกับ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ระบอบการปกครองตาม
 รัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน จึงไม่ใช่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย”

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์อมร ยังได้กล่าวในงานสัมมนาวิชาการเนื่องในโอกาส
 ครบรอบ ๑๐ ปี ศาลปกครอง เมื่อวันที่ ๕ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๔ ณ อาคารศาลปกครอง กรุงเทพฯ
 ว่า “ผมอยากจะเรียนว่า สิ่งที่เราเคยเรียนกันมาเรื่อง หลักการแบ่งแยกอำนาจ สมัยมองเตสกิเออ

สมัย(โทมัส)ฮอบบ์ สมัย(จอห์น)ล๊อค นั้นได้ผ่านพ้นไปกว่า ๒๕๐ ปีมาแล้ว และขณะนี้ เป็นระยะแห่งนิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ ๒๐ ผมไม่อยากจะกล่าวถึงชื่อแน่ครับว่า นักปรัชญาในยุคศตวรรษที่ ๒๐ เหล่านี้ มีใครบ้าง ชื่ออะไร มีทั้งเยอรมัน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แต่ผมอยากจะเอาสิ่งที่เรารู้ๆ กันอยู่มาพูด คือ เรารู้ว่า ในปัจจุบันนี้ นักกฎหมายของเรา ถูกเรียกว่าเป็น “โซเชี่ยลเอนจิเนียร์” (social engineer) คือวิศวกรสังคม

ปัญหาที่ว่า วิศวกรสังคมของเราในเมืองไทย ทำหน้าที่ ได้ดีหรือเปล่า ทำหน้าที่ได้ถึงมาตรฐานที่จะแก้ปัญหาให้ประเทศทั้งในขณะนี้และในอนาคตได้หรือไม่

ผมอยากจะเรียนว่า บทบาทของนักกฎหมายในฐานะเป็น วิศวกรสังคม นั้น มีบทบาทสำคัญอยู่ ๒ ประการ บทบาทแรก ก็คือการดีไซน์ (design) กฎหมาย หรือการออกแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้บังคับเป็นกฎเกณฑ์ในสังคมของเรา รวมทั้งการกำหนด การจัดรูปแบบองค์กรบริหารของรัฐ ให้เป็นองค์กรที่ดีมีประสิทธิภาพ ข้อนี้คือบทบาทแรกที่สำคัญมาก ต่อมาบทบาทที่ ๒ ก็คือ บทบาทในฐานะตุลาการหรือผู้พิพากษา เพราะตุลาการนี้เป็นผู้ที่ต้องใช้กฎหมาย คือนำตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับในการชี้ขาดคดี และตัดสินข้อพิพาท แน่นอนนะครับ ถ้าตัวบทกฎหมายดี ก็ลดปัญหาไปได้มาก แต่อย่างไรเสีย ก็เป็นเพียงลดปัญหา แต่ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด ตุลาการยังจะต้องตีความกฎหมาย ในกรณีที่ยกยอคำในตัวบทกฎหมายมีปัญหา แต่แม้ว่าตุลาการตีความแล้ว ก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ทั้งหมด นักกฎหมายในฐานะตุลาการ ก็จะต้องอุดช่องว่างของกฎหมายด้วย

ตรงนี้แหละครับที่เป็นจุดอ่อนของตุลาการของเรา ผมอยากจะเรียนว่า เมื่อเราพูดถึงบทบาทของตุลาการ เรามักจะคิดถึงเรื่อง การตีความกฎหมาย แต่เราไม่ได้คิดถึงเรื่อง การอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งอันที่จริงแล้วไม่เหมือนกัน การอุดช่องว่างของกฎหมาย คือการนำเอากฎเกณฑ์ที่สังคมรู้และยอมรับกันอยู่ อันเป็นเจตนารมณ์ที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังถ้อยคำของบทกฎหมาย แต่บทกฎหมายไม่ได้เขียนออกมาให้ชัดเจน มาใช้ในการชี้ขาดคดี เช่น หลักเรื่องอาศัยประโยชน์จากการที่ทำเป็นไม่รู้กฎเกณฑ์เหล่านี้ เพื่อหลบหลีกบทกฎหมาย โดยอ้างว่า บทกฎหมายไม่ได้เขียนไว้

ไม่มีประเทศใดในโลก ที่จะเขียนกฎหมายแล้วแก้ปัญหาได้ทุกอย่าง ตุลาการไม่ว่าจะเป็นตุลาการของศาลปกครอง ของศาลรัฐธรรมนูญ หรือแม้ของศาลยุติธรรมเอง ก็ยังจะต้องทำหน้าที่ตีความกฎหมาย และ อุดช่องว่างของกฎหมาย

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้ผมเลือกหัวข้อ บทบาทของนักกฎหมายและตุลาการ ในยุคแห่งนิติปรัชญาศตวรรษที่ ๒๐ นี้มาพูด ก็คือ ในขณะที่ผมกำลังนั่งนึกว่า จะเอาหัวข้ออะไร มาพูดในวันนี้ดี ก็บังเอิญมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องยุบพรรคประชาธิปัตย์ คือ คำวินิจฉัยที่ ๓๕/๒๕๕๔ ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากมาย ซึ่งทำให้ผมนึกถึง บทบาทของนักกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการ ที่ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดี

กฎหมายไม่ใช่เรื่องของการแบ่งแยกอำนาจเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ เพื่อความเป็นประชาธิปไตยอย่างง่ายๆ ตามที่เข้าใจกัน เช่นคิดว่า เมื่อตนเองได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เข้ามาใช้อำนาจนิติบัญญัติ เขียนกฎหมายได้ตามใจชอบ โดยอ้างว่า ตนได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรขึ้นมาแล้ว จะเขียนอะไรก็ได้ หรือเมื่อเป็นตุลาการแล้ว ก็วินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ตามอำเภอใจโดยคิดว่าตนเองมีฐานะเป็นอิสระ จะชี้ขาดโดยอธิบายเหตุผลอะไรๆ ก็ได้

มองเดสสิกเอดตายไปแล้วตั้ง ๒๕๐ ปี คือ ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๗๕๕ และในปัจจุบันนี้ การเขียนกฎหมายได้กลายเป็นเทคนิคทางวิชาการที่ต้องการการศึกษาวิจัยทางกฎหมายเปรียบเทียบ เพื่อออกแบบกฎหมายโดยมีความมุ่งหมายที่ทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม และการชี้ขาดและตัดสินคดีของตุลาการก็เหมือนกัน ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ชี้ขาดคดี ก็ต้องคำนึงถึงพฤติกรรมของมนุษย์ในทางสังคมวิทยา และนึกถึงความสุจริตหรือไม่สุจริตของผู้กระทำด้วย

เมื่อเรารู้ว่า บทบาทของนักกฎหมายและตุลาการตามนิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ ๒๐ ในฐานะที่เป็น “โซเชี่ยลเอนจิเนียร์” (social engineer) มีอยู่ ๒ บทบาท ต่อไปนี้เราลองมาทบทวนดูสิว่า สภาพการณ์ในปัจจุบันนี้ ขณะที่คนไทยเราแตกแยกกันเป็นฝักเป็นฝ่าย และเรายังหาทางออกเพื่อแก้ปัญหากันยังไม่ได้ สภาพการณ์นี้เกิดมาจากเหตุอะไรได้บ้าง และเราลองมาดูสิว่า บทบาท

ของนักกฎหมายไทยในฐานะเป็น “โซเชี่ยลเอนจิเนียร์” (social engineer) นักกฎหมายและตุลาการของเราได้ทำอะไรไปบ้าง

ผมขอเริ่มต้นด้วยการพิจารณา บทบาทของนักกฎหมายในการร่างกฎหมายว่า นักกฎหมายของเราในด้านการร่างกฎหมายในปัจจุบัน มีความสำเร็จมากน้อยเพียงใด ผมจะพูดอย่างสั้นๆ โดยจะพูดถึงการเขียนหรือการออกแบบ รัฐธรรมนูญของเรา และวันนี้ เรามีโอกาสดีที่เราได้มีท่าน โพรเฟสเซอร์ (professor) จากต่างประเทศหลายท่านมาร่วมฟังอยู่ด้วย และมีแปลให้ท่านได้เข้าใจไปพร้อมกัน ท่าน โพรเฟสเซอร์ (professor) เหล่านี้ก็จะได้รับรู้ปัญหาของระบบสถาบันการเมืองของเราด้วย

ผมอยากจะบอกความเห็นของผม ให้ท่านผู้มีเกียรติได้ทราบเสียตั้งแต่ในตอนต้นนี้เลย ว่า ตามความเห็นของผม บทบาทนักกฎหมายในการออกแบบกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การออกแบบกฎหมายสูงสุดของประเทศ คือ รัฐธรรมนูญนั้น ประสบความล้มเหลวโดยสิ้นเชิง และขอให้ท่านลองพิจารณาเหตุผลของผมที่จะกล่าวต่อไปนี้ดูว่า มีความสมเหตุสมผลพอหรือไม่

ท่านที่ได้เคยอ่านบทความของผม คงจะรู้แล้วว่า ผมได้บอกว่า ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวในโลก ที่ใช้ “ระบบสถาบันการเมือง” (form of government) เป็นระบบผูกขาดอำนาจรัฐ โดยพรรคการเมืองนายทุน ท่าน โพรเฟสเซอร์ (professor) จากต่างประเทศอาจไม่ทราบก็ได้ว่า มีระบบนี้อยู่ในโลก เพราะระบบนี้ไม่เคยมีในประเทศของเขา และไม่มีอยู่ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีบทบัญญัติอยู่ ๓ บทบัญญัติ ที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญของประเทศที่พัฒนาแล้ว ประการแรกก็คือ บทบัญญัติที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง ประเทศในยุโรปไม่มี และประเทศในเอเชียก็ไม่มี เพราะเขาถือว่า เสรีภาพทางการเมือง หมายถึง เสรีภาพที่บุคคลจะสมัครรับเลือกตั้งได้โดยอิสระด้วย ประการที่สอง ก็คือ เรามีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ พรรคการเมือง มีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. ได้ ตรงนี้ก็เหมือนกันครับที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ไม่มีรัฐธรรมนูญของเราบัญญัติให้สมาชิกภาพของ ส.ส. ของเรา ต้องสิ้นสุดลงไปพร้อมกันถ้าหากผู้ที่เป็น ส.ส. นั้น ต้องพ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง นี่คือ บทบัญญัติข้อที่ ๒ ที่แปลก

ประหลาดมาก บทบัญญัติประการที่สาม ก็คือว่า เรามีบทบัญญัติบังคับไว้ว่า นายกรัฐมนตรีต้องมาจากการเลือกตั้งเท่านั้น และจะเป็นบุคคลอื่นไม่ได้แม้ว่า ส.ส. ฝ่ายข้างมากจะเลือกและเห็นด้วยก็ตาม บทบัญญัตินี้ก็แปลก ผมไม่เคยพบในรัฐธรรมนูญของประเทศที่พัฒนาแล้ว

ท่านทราบหรือไม่ว่า บทบัญญัติ ๓ บทบัญญัตินี้ ก่อให้เกิดอะไรขึ้นในประเทศไทย และทำไมประเทศอื่น จึงไม่มีบทบัญญัติเช่นนี้

สามมาตรานี้ ทำให้บรรดานายทุนทั้งหลาย ร่วมทุนกันจัดตั้งพรรคการเมือง แล้วใช้อิทธิพลทางการเงินซื้อเสียงในการเลือกตั้งภายใต้สภาพสังคมของคนไทยที่ยังไม่พัฒนาและยากจนเข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐ ดังนั้นตรงนี้แหละครับ คือ ตัวสาเหตุที่สำคัญ ผลของการที่เราออกแบบรัฐธรรมนูญที่เป็นฉบับเดียวในโลกนี้ ทำให้นายทุนทั้งหลาย ทั้งนายทุนท้องถิ่นและนายทุนระดับชาติของเรา ร่วมทุนกันจัดพรรคการเมือง และแข่งขันกัน เพื่อที่จะได้ชนะการเลือกตั้งและเข้ามาคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรในระบบรัฐสภา เพื่อเข้ามาเป็นรัฐบาล เพราะเราทราบกันอยู่แล้วว่า ในระบบรัฐสภานั้น พรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองใด ที่คุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร พรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองนี้ย่อมเป็นรัฐบาล

ตรงนี้แหละครับ ที่ระบบรัฐสภา(parliament system) แตกต่างกับ ระบบประธานาธิบดีที่มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารและองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ออกจากกันและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และก็แตกต่างกับ ระบบสังคมนิยมของประเทศคอมมิวนิสต์ เช่น ประเทศจีน ซึ่งเขาใช้ระบบที่มีการสกรีน(screen) หรือคัดสรรตัวบุคคลที่จะเป็นผู้นำทางการเมือง โดยระบบพรรคคอมมิวนิสต์ แล้วหลังจากนั้น เขาจึงจะมอบหมายให้บุคคลที่พรรคคอมมิวนิสต์ได้คัดสรรแล้ว เข้ามาดำรงตำแหน่งบริหารสูงสุดในรัฐธรรมนูญ คือเป็นประธานาธิบดี และเป็นนายกรัฐมนตรี ฯลฯ

แต่ระบบตามรัฐธรรมนูญของเรา ฉบับเดียวในโลกนี้ ทำให้ อำนาจรัฐ ของเราดกอยู่ภายใต้อิทธิพลของนายทุน ที่เป็นเจ้าของพรรคการเมือง

ท่านอาจจะไม่ได้สังเกตว่า ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองของนายทุนประเทศเดียวในโลกของเรานี้ เกิดขึ้นอย่างไร และตั้งแต่เมื่อไร ทั้งๆที่เหตุการณ์นี้ เป็นเหตุการณ์ที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่ได้ทำให้เกิดลักษณะของปัญหาการเมืองของเรา เปลี่ยนแปลงไปจากที่เคย

เป็นมา และไม่เหมือนเดิมอีกต่อไป ซึ่งก็แปลกอีกเหมือนกัน ก็คือ การเปลี่ยนแปลงนี้ เป็นการเปลี่ยนแปลงโดยที่เรากคนไทยไม่รู้ตัว แต่ในที่นี้ ผมคงไม่บอกว่าทำไมเราถึงไม่รู้ตัว เพราะเป็นเรื่องยาว

ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุนของเรานี้ เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แบบ ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่ผมใช้คำว่า สมบูรณ์แบบก็เพราะว่า เรามีบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขของ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง บางส่วนมาก่อนแล้ว คือบทบัญญัติเรื่องการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค และบทบัญญัติว่าด้วย อำนาจของพรรคการเมือง แต่เรามาเติมบทบัญญัติประการที่สาม คือ บทบัญญัติที่กำหนดให้ “นายกรัฐมนตรีต้องมาจาก ส.ส.” เท่านั้น อันเป็นบทบัญญัติ ประการสุดท้าย ที่ทำให้ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุนของเรา สมบูรณ์ครบถ้วนในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ ฉบับที่ ๔ ในเดือนกันยายน ๒๕๓๕ ในสมัยที่ ท่านอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี

ผมขอให้เราลองมาทบทวนดู สภาพปัญหาการเมืองของเรา หลังจากที่เรแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. ๒๕๓๕ จนถึงปัจจุบัน เราดูสิว่า อะไรเกิดขึ้นในระบบสถาบันการเมืองของเรา

เราก็จะเห็นว่า พรรคการเมืองนายทุนของเราระยะแรกนั้น จะเป็นพรรคการเมืองของนายทุนท้องถิ่น ที่เป็นพรรคระดับกลาง พรรคการเมืองเหล่านี้ ต่างแย่งกันจับขั้วกันเอง เพื่อที่จะคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร แล้วก็เข้ามาเป็นรัฐบาล เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว พรรคการเมืองของนายทุนท้องถิ่นที่แย่งกันจับขั้วกันนี้ ต่างก็สลับกันมาเป็นนายกรัฐมนตรี จนกระทั่งนายทุนระดับชาติ มองเห็นโอกาสและรวมทุนกันตั้งพรรคการเมืองของนายทุนระดับชาติขึ้น ตั้งแต่การเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๔๒ นายทุนระดับชาติใช้เงินทุนจำนวนมาก ซื้อทั้ง ผู้สมัครส.ส.ก่อนการเลือกตั้ง ซื้อทั้งส.ส.ที่ได้รับเลือกตั้งแล้ว และซื้อพรรคการเมืองทั้งพรรค เพื่อให้พรรคการเมืองของตนได้เข้ามาเป็นรัฐบาล และผูกขาดรัฐโดยพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียว

ประเทศที่พัฒนาแล้ว เขาผ่านระยะเวลาของ การสร้างระบบสถาบันการเมือง ที่มีความสมดุลซึ่งกันและกัน มานานนับร้อยปีแล้วครับ แต่เราเป็นประเทศเดียวในโลกที่ใช้ระบบ

เผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา และถ้าหารเราไม่แก้ปัญหาก็ไม่ยกเลิกระบบนี้ เราก็อย่าคิดว่าเราจะไปแก้ปัญหอย่างอื่นเลยนะครับ เพราะการแก้ปัญหอย่างอื่น ต้องอาศัยอำนาจรัฐจากสถาบันการเมืองทั้งสิ้น”

ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ที่ได้ให้ไว้ข้างต้นยังมีประเด็นที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่ควรต้องพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์อีกด้วยดังนี้

๑. นักกฎหมายไทยที่เข้าร่วมกับคณะราษฎร เข้าทำการยึดอำนาจเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศ พ.ศ.๒๔๗๕ นั้นส่วนใหญ่เป็นผู้ที่ได้รับพระมหากรุณาธิคุณให้ได้รับทุนการศึกษาไปศึกษาต่อในประเทศอังกฤษซึ่งในขณะนั้นมีการต่อต้านระบบกษัตริย์อย่างมากจึงได้ซึมซับเอาวัฒนธรรมในการล้มล้างเอาอย่างคนอังกฤษมาเป็นประเด็นในการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยไม่ได้สำนึกในพระมหากรุณาธิคุณที่มีอยู่อย่างล้นพ้น โดยคิดแต่จะเอาอย่างต่างชาติจึงขาดจิตใจของความเป็นไทยไปอย่างสิ้นเชิง จะเห็นได้จากการที่คณะราษฎรได้ทำหนังสือ “ถึง” (กราบบังคมทูล) พระมหากษัตริย์ โดยมีได้ใช้คำราชาศัพท์ที่เหมาะสม ทั้งที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้ทรงอธิบายให้คณะราษฎร ทราบแล้วว่าก็ได้มีการเตรียมการที่จะจัดให้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้วเช่นกัน แต่คณะราษฎร ไม่ได้พิจารณาถึงความพร้อมของคนไทยในการที่จะรับเอาระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอย่างเร่งรีบเช่นนั้น เหตุนี้เองทำให้เกิดเป็นปัญหาของชาติมาจนทุกวันนี้ และถือได้ว่าเป็นการกระทำอันมิบังควรอย่างยิ่ง

๒. ในสมัยต่อมาผู้ที่ได้ไปศึกษาต่อในต่างประเทศสามารถแบ่งออกได้เป็น ๔ กลุ่ม คือ กลุ่มที่ ๑ ศึกษาต่อในประเทศอังกฤษ กลุ่มที่ ๒ ศึกษาต่อในประเทศสหรัฐอเมริกา กลุ่มที่ ๓ ศึกษาต่อในประเทศฝรั่งเศส และกลุ่มที่ ๔ ศึกษาต่อในประเทศเยอรมัน (จัดอยู่ในกลุ่ม ซีวิลลอว์ - civil law) ทั้งหมดนี้เป็นกลุ่มที่มีความเห็นแตกต่างกันและยึดมั่นในระบบการศึกษาที่ตนได้รับมาแล้วนำมาใช้ในกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศไทย โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ความขัดแย้งจึงเกิดขึ้นในรัฐสภา และเป็นชนวนให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติในปัจจุบัน เป็นผลให้

๒.๑ การถือหลักความสูงสุดของรัฐสภา เป็นหลักการที่ใช้ในประเทศอังกฤษ (คอมมอน ลอว์)

๒.๒ การแตกแยกทางศาลยุติธรรม กับศาลปกครองในการวินิจฉัยคดี

๒.๓ การปรับระบบความคิดในเรื่องระบบศาลเดียว และระบบศาลคู่ (ปัจจุบัน)

๒.๔ ในขณะที่การศึกษากำหนดว่า ประเทศไทยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยถือต้นแบบมาจาก โรมานอ-เยอรมานิก แต่เราก็เอาระบบคอมมอนลอว์ มาเป็นประเด็น

๒.๕ การแบ่งกลุ่มอำนาจทั้งสาม ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ โดยเน้นการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน และยังมีองค์กรอิสระทำการตรวจสอบ โดยใช้ อำนาจกึ่งตุลาการ อีกหลายองค์กร แต่พอจัดประเภทแล้ว จัดอยู่ในองค์กรบริหารที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการอีกด้วย

ฯพณฯ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ องคมนตรี ได้กล่าวไว้ในการบรรยายหัวข้อวิชาหลักนิติธรรมกับการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีใจความดังนี้

“ สืบเนื่องจากประเทศไทยที่เรามีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็โดยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย และพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขใช้อำนาจทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ ที่สำคัญก็คือในวรรคสองของมาตรา ๓ บัญญัติว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ก็คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐทั้งหมดต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามบทบัญญัติอย่างที่ผมเรียนมาแล้ว ก็วางกรอบให้ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และก็ไม่ใช่ ก็คือเป็นฝ่ายบริหาร เป็นฝ่ายต่าง ๆ หรือองค์กรอิสระจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายและเป็นอุดมการณ์สูงสุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรองเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้เขียนถ้อยคำนี้ โดยกำหนดให้องค์กรทุกองค์กรและบุคลากรของทุกองค์กรต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครองประเทศไทยที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สำหรับ คำว่าหลักนิติธรรม

ภาษาอังกฤษก็คือ The Rule of Law เป็นหลักพื้นฐานประการหนึ่งแห่งกฎหมายที่นักกฎหมายพยายามที่จะนำหลักนี้ไปปรับใช้ในการปกครองประเทศ เพื่อให้สังคมในประเทศของตนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขและเป็นธรรม ที่อ้างอิงก็คือพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้คำแปลของคำว่านิติธรรมว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายแต่ก็ไม่ได้มีคำอธิบายความหมายแต่อย่างใดว่าหมายความว่าอะไร หลักนิติธรรมนี้ความจริงแล้วเป็นแนวคิดที่มีมานานแล้ว ตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุดโดยเพลโต นักปราชญ์ชาวกรีก ได้แบ่งจิตมนุษย์ออกเป็น ๓ ภาคด้วยกัน ภาคแรกคือจิตเป็นธรรมหรือปัญญา คือ reason แสดงออกด้วยคุณธรรมที่เป็นปัญญาหรือความเฉลียวฉลาดคือ Wisdom ภาคสองคือส่วนที่เป็นเจตนาคือ Spirit แสดงออกด้วยคุณธรรมที่เป็นความกล้าคือ Courage และภาคสามคือความต้องการหรือค้นหา Desire แสดงออกด้วยคุณธรรมที่ใช้คำว่าความพอเหมาะพอควรคือ Proportional ซึ่งในสามประการนี้ การปกครองที่ดีที่สุดจะต้องเป็นการปกครองโดยผู้ที่อุดมด้วยปัญญา นี่เป็นความคิดของเพลโต คือมีความเฉลียวฉลาดและก็รู้ว่าอะไรเป็นธรรมอะไรถูกอะไรผิด เราพูดกันก็คือ เพลโต บอกว่าการปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ที่เราได้ยินมานานแล้ว คือ Philosophy King ซึ่งเป็นคนที่เก่งและเป็นคนที่มีคุณธรรมปกครองบ้านเมืองด้วยถูกต้องชอบธรรม ประเด็นนี้ลองฟังดูว่าในความคิดของเพลโตอันแรกในการปกครองบ้านเมืองจะเน้นหนักก็คือความถูกต้องชอบธรรมเป็นคนดีมีคุณธรรมเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปกครองบ้านเมือง นี่ก็คิดกันมาตั้งแต่สมัยกรีก แต่ปัญหาก็คือว่าเราจะหาคนอย่างนี้ได้ที่ไหนท้ายที่สุดเพลโตไม่สามารถจะหาคนที่สมบูรณ์แบบที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ก็เลยมีความคิดขึ้นมาว่าควรจะให้มีความสำคัญกับกฎหมาย โดยเสนอว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมได้ให้คนประพฤติปฏิบัติคนที่คิดจะทำความชั่วก็หันกลับมาคิดทำความดีได้ นี่เป็นความคิดของเพลโต หลังจากนั้นก็มีนักปราชญ์ชาวกรีกอีกท่านหนึ่งก็คือ อริสโตเติล ซึ่งเป็น ลูกศิษย์ของเพลโต ก็มีความเห็นอย่างนี้ บอกว่าการมีชีวิตในสังคมของมนุษย์เราจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปภายใต้หลักเหตุผลและความยุติธรรม คือมองไปว่านักปราชญ์นี้ว่า การมีชีวิตของคนในสังคมจะปกติสุขก็ขึ้นอยู่กับการใช้เหตุผลและความยุติธรรมในการอยู่ ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย สังคมที่มีระเบียบและเป็นธรรมจะสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์มากที่สุดที่จะอยู่ร่วมกันและก็จะนำมนุษย์ไปสู่ภาวะที่สมบูรณ์แบบด้วย ในทางกลับกันมนุษย์ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่ถูกกำกับด้วยเหตุผล ก็คือพูดถึง

สองอย่างคือกฎหมายและด้วยเหตุผล อาจจะใช้ความสามารถความฉลาดของคนในทางที่ผิด และก็เป็นสิ่งที่จะเป็นอันตรายและเลวร้ายที่สุด ดังนั้น การปกครองที่ดีที่สุดก็คือปกครองโดยใช้เหตุผลเป็นการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ เพราะอะไร ก็เพราะกฎหมายก็คือเหตุผลที่ปราศจากกิเลส นี่คือนิวติคของอริสโตเติล บอกการปกครองโดยกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ นี่เป็นหลักที่นักปราชญ์ชาวกรีกคิดกันขึ้นมาว่าการปกครองที่ดีที่สุดควรจะประกอบด้วยอย่างไร ตอนแรกก็คิดว่าคนนี่แหละแต่ก็หาได้ยากก็ต้องเอาสิ่งที่มีเหตุผลและไม่ take side ฝ่ายใดเป็นหลักคือกฎหมาย แนวความคิดในเรื่องของหลักนิติธรรมหรือ The Rule of Law จะเป็นรูปร่างชัดเจนขึ้น เขาลำดับประวัติศาสตร์มาว่าตั้งแต่ ค.ศ. ๑๒๑๕ ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์นที่ ๑ กษัตริย์อังกฤษได้ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta เอกสารฉบับนี้ก็เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษได้ให้ไว้กับขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์เองและส่งผลให้ข้อขัดแย้งของพระเจ้ากรุงอังกฤษในขณะนั้นกับบรรดาขุนนางและราษฎรหลายเรื่องได้ยุติลงโดยเฉพาะในเรื่องของการเก็บภาษีอย่างรุนแรง และการกดขี่ของข้าราชการในพระองค์ต่อราษฎร กฎบัตรอันนี้ที่มีความสำคัญก็คือทำให้พระมหากษัตริย์ยอมรับรู้สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรมีการกำหนดขึ้นชัดเจน และยอมอยู่ภายใต้กฎบัตรนี้ ซึ่งหลักการเหล่านี้ก็กลายมาเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมก็คือในเรื่องนี้สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะต้องมีการดูแลหรือคุ้มครองและถือเป็นวิวัฒนาการสำคัญที่มีอิทธิพลต่อประวัติศาสตร์อันยาวนานของประเทศอังกฤษ และก็นำไปสู่กฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ก็พอจะกล่าวได้ว่าแม้คนาคาดำเป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่นำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา อันเนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่าเมื่อมีการลงนามแล้วกษัตริย์จะหมดอำนาจไป อำนาจของกษัตริย์นี้ก็ยังมีอยู่แต่ถูกจำกัดขึ้นตามที่กำหนดไว้ใน Magna Carta และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์อันเป็นกฎหมายประเพณีที่สืบสอดและพัฒนาโดยศาลเท่านั้น อันนี้จะเห็นว่าองค์ประกอบของกษัตริย์ก็ถูกจำกัดอำนาจที่ชัดเจนโดย Magna Carta และขณะเดียวกันในระบบของคอมมอนลอว์ที่ใช้คำว่ามาจากศาลหรือผู้พิพากษาเป็นคนกำหนดขึ้น กษัตริย์ก็อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นกัน ต่อมาหลักนิติธรรมได้มีการพัฒนาและเป็นที่รู้จักกันแพร่หลายที่พูดกันมากก็คือโดยศาสตราจารย์ เอวี ไคซ์ ซึ่งทุกท่านก็ได้ยินชื่อนี้มาใน

นักกฎหมาย ซึ่งต่อมาได้เป็นอธิบดีศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ ตอนนั้นท่านเป็นอาจารย์ของมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด ท่านจะยึดมั่นในหลักการ หนึ่งก็คือยึดมั่นในอำนาจสูงสุดของรัฐสภา ใช้คำว่า Sovereignty of Parliament อำนาจสูงสุดของรัฐสภาคืออะไร อันที่สองท่านยึดมั่นมากก็คือความเป็นกลางของศาลโดยปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร อันที่สามก็คือความสูงสุดของคอมมอนลอว์ ท่านมองหลักของท่านสามอย่างนี้ และท่านได้ให้ความหมายของคำว่า Rule of Law หรือหลักนิติธรรมไว้ นี่คือการเห็นของไคซีว่า ประการแรก หลักนิติธรรมของท่านก็คือต้องไม่มีการใช้ระบบพระราชกฤษฎีกาที่บุคคลทุกคนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการไม่ชอบ ประการที่สองที่ท่านให้ความสำคัญในเรื่องของ Rule of Law ก็คือบุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย อันนี้ใคร่ชี้ขึ้นมาอย่างมั่นคงก็คือ Equality before the Law หลักนี้เป็นหลักของไคซี ก็คือบุคคลทุกคนไม่ว่าจะบุคคลใดจะอยู่เหนือกฎหมายไม่ได้ จะมีอภิสิทธิ์อะไรใด ๆ ไม่ว่า ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสถานะอย่างไรถือว่าเสมอกันในกฎหมายทั้งหมด และอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดิน และอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรมตามปกติ แนวคิดของไคซีอันนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากในเรื่องของ Equality before the Law ทำให้ประเทศอังกฤษหรือประเทศในคอมมอนลอว์ไม่มีระบบศาลคู่ขึ้นมาได้เพราะถือว่าถ้ามีระบบศาลคู่ก็ไม่เท่ากันเพราะว่าทำไมถึงเอกชนและรัฐจึงไปขึ้นศาลต่างกัน นี่เป็นความผิดเฉพาะเรื่อง อันนี้ก็เป็นวิวัฒนาการของประเทศอังกฤษว่าทำไมถึงเป็นระบบศาลเดี่ยว ประการสุดท้ายแต่ว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษไม่ใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือการที่บุคคลมีสิทธิและมีเสรีภาพต่าง ๆ นั้น ไม่ใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับหรือกำหนด แต่เพราะมีศาลยอมรับบังคับให้ อันนี้เป็นแนวคิดอีกอันหนึ่งที่ท่านให้ความสำคัญกับองค์การตุลาการ ว่าที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญประกันสิทธิอย่างไรก็ตามไม่ได้ศักดิ์สิทธิ์ ศักดิ์สิทธิ์อยู่ที่ว่าคนบังคับ ๆ ได้หรือเปล่า อันนี้เป็นแนวคิดของไคซี ในเรื่องของการให้ความสำคัญของหลักนิติธรรมเน้นมาในเรื่องศาลจะเป็นหลัก ความหมายทั้ง สามประการอย่างที่ผมเรียนที่ไคซีได้ให้ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายในสาขาต่าง ๆ มากมาย เพราะมีความเห็นว่าการพิจารณา The Rule of Law ในแง่สาระคือเนื้อหาว่ามีอะไรบ้าง ทำให้มีการพยายามวางหลักการบางอย่างขึ้น The Rule of Law คือหลักนิติธรรมไม่ได้หมายถึงลำพังการปกครองโดยกฎหมายเท่านั้น เพราะการปกครองโดยกฎหมายเฉพาะในรูปแบบอาจมีได้ในทุกสังคมแต่อาจถูกนำไปใช้

โดยบิดเบือน โดยการใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องและลิดรอนสิทธิเสรีภาพเอกชน โดยไม่มีความชอบธรรมก็ได้ เช่น การปกครองของนาซีในเยอรมันก็มีกฎหมายเหมือนกัน แต่สามารถใช้ในการบิดเบือนและลิดรอนเสรีภาพของประชาชน ก็ให้ความเห็นว่าหลักการปกครองโดยกฎหมายจึงต้องรวมถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายบางประการด้วย คำว่าหลักการพื้นฐานทางกฎหมายบางประการ เรียกว่า Certain Fundamental Law หลักการนี้คงจะผูกกันเยอะในระบบของอังกฤษ มีทั้ง Ultra vires มีระบบของ Natural Law Natural Justice หลายระบบที่มีแนวความคิดต่าง ๆ ที่จะมาเสริมใช้คำว่าหลักการพื้นฐานของกฎหมาย ยกตัวอย่างง่าย ๆ ในกฎหมายอาญา หลักการพื้นฐานของกฎหมายก็คือบุคคลจะถูกลงโทษ โดยไม่มีกฎหมายไม่ได้ จะก่อกฎหมายมาอย่างไร โดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ฝ่าฝืนหลักการอันนี้ไม่ได้ อันนี้เขาใจคือหลัก Rule of Law ที่จะประกอบเข้ามานอกจากหลักการที่จะต้องยอมรับว่าเป็นการปกครองโดยกฎหมายแต่กฎหมายต่าง ๆ จะต้องประกอบด้วยหลักพื้นฐานด้วยถึงจะใช้บังคับได้ตามหลักนิติธรรม เพราะฉะนั้นรวมถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายบางประการด้วย แต่สาระที่ผมจะเรียนจะรวมหลักการใดบ้าง ยังเห็นไม่ตรงกัน แต่การที่จะพิจารณาทางสาระเช่นนี้ก็จะทำให้หลัก Rule of Law หรือหลักนิติธรรมมีลักษณะเป็นมาตรฐานทางอุดมการณ์ที่กฎหมายต่าง ๆ จะขัดหรือแย้งกับมาตรฐานนี้ไม่ได้ นี่เป็นแนวคิดอันหนึ่งในหลักนิติธรรมที่ว่าถ้าเราขีดแล้วมีองค์ประกอบอะไรที่จะแปลว่าอันนี้เป็นหลักนิติธรรมแล้ว ตัวกฎหมายเองก็จะขัดกับหลักพื้นฐานของกฎหมายเช่นว่านี้ไม่ได้ นี่เป็นแนวคิด โดยทั่วไปผมยกตัวอย่างจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองทั้งในทางกลไก และในสาระ เช่น ความเสมอภาคกันในกฎหมาย หลักการนี้จะเขียนกฎหมายออกมาไม่ให้เสมอภาคกันก็ขัดกับหลักนิติธรรมแล้ว อันที่สองหลักการแบ่งแยกอำนาจต้องแบ่งแยกอำนาจก็มีหลักการอยู่ในหลักนิติธรรมเหมือนกัน ข้อห้ามการออกกฎหมายย้อนหลังอันนี้เป็นหลักเหมือนกัน พื้นฐานของกฎหมาย การไม่มีโทษทางอาญาโดยไม่มีกฎหมาย กระบวนพิจารณาที่เป็นธรรมอย่างนี้ สิทธิที่จะไม่ถูกเหนี่ยวรั้งกักขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหลักต่าง ๆ นี่เป็นหลักการพื้นฐานของ กฎหมายทั้งนั้น หลักการความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดถือเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรม ในปี ค.ศ.๑๕๕๕ ผมจะหยิบยกตัวอย่างมาว่าได้มีการประชุมเกี่ยวกับ Rule of Law ที่กรุงเอเธนส์ประเทศกรีก มีนักนิติศาสตร์เสรีจาก ๔๘ ประเทศ ได้ร่วมกันประชุมกันและทำความตกลงกัน เสนอใช้คำว่าข้อบัญญัติเอเธนส์ Act of Athens

รายละเอียดมีมากถ้าท่านสนใจเปิดในเว็บไซค์ดูจะเห็น มีข้อตกลงกันว่าใน Rule of Law มีอะไรบ้าง ผมจะหยิบยกมาบางประการเป็นข้อเสนอให้เห็นว่า เขามอง Rule of Law กว้างแคบ ขาวริไม่เหมือนกัน แต่ในนักกฎหมายมองมุมหนึ่งที่ใช้คำว่า หลักการพื้นฐานของกฎหมายก็อย่างที่ผมเรียน ในหลักกฎหมายในแต่ละชุด ๆ จะมีหลักการพื้นฐานอย่างที่ได้หยิบยกตัวอย่างมาแล้ว แต่ไม่ได้รวมแก่นนั้นรวมอย่างอื่นด้วยรวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร จะต้องถูกควบคุมอย่างไร โดยกลไกอย่างไร นี่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมทั้งนั้น ในข้อบัญญัติของเอเธนส์ Act of Athens กล่าวว่า การเกิดธำรงไว้ซึ่งหลักการรากฐานของความยุติธรรมย่อมเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อสันติภาพถาวรทั่วสากลโลก มองในเรื่องรากฐานของความยุติธรรมจะนำมาซึ่งความสงบสุข เพราะฉะนั้นก็จะเน้นในเรื่องของความยุติธรรมเป็นหัวใจสำคัญที่จะนำมาซึ่งความสงบสุขหรือการปกครองประเทศที่สุขสมบูรณ์ขึ้น ใช้คำว่า Fundamental Principles of Justice เขาให้ ๔ ประการด้วยกันว่า มีหลักดังนี้ในหลักข้อบัญญัติของเอเธนส์ ข้อ ๑ รัฐต้องอยู่ภายใต้ของกฎหมาย ข้อ ๒ รัฐบาลทั้งหลายควรรู้จักเคารพสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนตามนัยแห่งหลักนิติธรรม และใช้สมรรถภาพช่วยให้เอกชนได้สิทธิเหล่านั้นอย่างจริงจัง ข้อ ๓ ตุลาการทั้งหลายควรดำเนินการตามครรลองของหลักนิติธรรมปกป้องและบังคับให้เป็นไปตามหลักนั้น โดยอย่าได้มีภยคติหรือฉันทาคติเลย และ ตุลาการอย่าได้ยินยอมในการที่รัฐบาลก็ตีพรรคการเมืองก็ตีล่วงล้ำเข้ามาก้าวท้าวในความเป็นอิสระของการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ อันนี้ ๓ ข้อแล้ว ข้อ ๔ บรรดาผู้ที่มีอาชีพกฎหมายในโลกนี้ควรจะต้องสงวนไว้ซึ่งอิสระแห่งวิชาชีพของตน พึงส่งเสริมสิทธิต่าง ๆ ของเอกชนตามนัยแห่งหลักนิติธรรมคือไม่ใช่เฉพาะผู้พิพากษา แต่นักกฎหมายต้องช่วยส่งเสริมหลักนี้ด้วย และยืนยันหยัดอยู่ว่า ผู้ต้องหาทุกคนจะต้องได้รับการพิจารณาโดยเที่ยงธรรม อันนี้ใช้คำว่าข้อบัญญัติแห่งกรุงเอเธนส์ หลังจากนั้นมีการประชุมอีกหลายที่รวมทั้งกรุงเทพฯ ด้วย มีที่โคโร มีที่บราซิล มีที่ริโอเดอจาเนโรและที่สำคัญอันหนึ่งก็คือในปี ๑๙๕๕ ได้มีการประชุมของสภานักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ ใช้ คำว่า International Congress of Jurist ที่กรุงเจนีวา ประเทศอินเดีย ก็สรุปว่าในสังคมที่มีหลักนิติธรรมนั้นจะต้องสร้างและรักษาไว้ซึ่งเงื่อนไขของการผดุงเกียรติภูมิหรือศักดิ์ศรีของมนุษย์ที่เป็นเอกชน อันนี้ก็มองอีกด้านหนึ่งขยายความออกมาว่าให้รวมถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย เกียรติภูมิเหล่านั้นไม่ใช่เพียงแต่การยอมรับในสิทธิมนุษยชนและการเมืองเท่านั้น แต่จะต้องเป็นการก่อตั้งเงื่อนไขในทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษา วัฒนธรรม บรรดาที่จำเป็นในการพัฒนาให้สมบูรณ์ซึ่ง

บุคลิกภาพของผู้นั้นด้วย คือสรุปแนวคิดใน Congress of Delhi ก็ขยายความออกไปว่าในเรื่องของหลักนิติธรรมควรจะมองไม่จำกัดเฉพาะในเรื่องสิทธิในเรื่องที่มีสิทธิสมบูรณ์ในเรื่องของการเมือง ในเรื่องสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่รัฐต่าง ๆ จะต้องมีส่วนอีกอันหนึ่งที่เพิ่มเข้ามาก็คือทำอย่างไรที่ประชาชนในแต่ละประเทศพร้อมที่จะได้รับการพัฒนาในด้านบุคลิกภาพของบุคคลเกี่ยวกับการเศรษฐกิจ การศึกษา วัฒนธรรมต่าง ๆ อันนี้ก็ขยายออกมา สำหรับ Proposal ใช้คำว่า กฎบัตร หรือ Act of Athens ผมขอยกตัวอย่างที่มาจากข้อเสนอต่าง ๆ ที่ผูกพันคือข้อเสนอให้กับ ฝ่ายต่าง ๆ ลองหยิบยกขึ้นมาเท่าที่มีเวลาเล็ก ๆ น้อย ๆ ผมหยิบยกขึ้นมาให้เห็นก็แล้วกันว่า อย่างในเรื่องของฝ่ายบริหารกับ The Rule of Law เขามองอย่างไร อย่างผมยกตัวอย่างอย่างอันแรก เพื่อเป็นหลักประกัน เขาบอกว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำของฝ่ายบริหารอันนี้เน้นที่ฝ่ายบริหาร ที่มีผลกระทบโดยตรงและเป็นที่ยุติต่อร่างกายและทรัพย์สินหรือสิทธิของบุคคล ควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ อันนี้ที่เขียนคือหลักนิติธรรมต้องตรวจสอบอย่างนั้น ไม่มีหลักนิติธรรม ก็คือจะต้องมีการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ บุคคลที่ได้รับการเสียหายจากการกระทำที่มีชอบของฝ่ายบริหารควรได้รับการเยียวยาโดยการดำเนินการต่อรัฐหรือต่อผู้กระทำความผิดได้มีช่องทางที่จะเยียวยา การคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายบริหารเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งต่อหลักนิติธรรม มีสิทธิจะเขียนในกระดาศการคุ้มครองตามสิทธินั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญตามหลักนิติธรรม การควบคุมโดยตุลาการและทางนิติบัญญัติเป็นการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพก็คือการควบคุมของฝ่ายบริหาร และก็มีข้อสังเกตบอกว่าการควบคุมโดยทางตุลาการต่อการกระทำของฝ่ายบริหารควรที่จะเป็นหลักประกันได้ว่า ประการแรกก็คือว่า การกระทำของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายคือพวดย่าง ๆ ฝ่ายตุลาการเวลาควบคุมแล้วจะต้องประกันได้ว่าที่ฝ่ายบริหารทำไปชอบ ถ้าไม่ชอบทำไม่ได้ ประการที่สองบุคคลที่ได้รับการเสียหายจากการกระทำของฝ่ายบริหารมีสิทธิที่จะเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อแสวงหาความคุ้มครอง ก็คือทุกคนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายบริหารสามารถจะฟ้องอำนาจกระบวนการยุติธรรมได้ ประการที่สาม ก็คือในกรณีฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอคติหรือไม่ รวมทั้งการใช้ดุลพินิจนั้นใช้โดยเหมาะสมมีเหตุผลเป็นไปตามหลักการของความยุติธรรมตามธรรมชาติหรือไม่ อันนี้เป็นข้อเสนอ อันนี้จะฟังได้แค่ไหนก็เป็นว่านักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศประชุมกันแล้วเห็นกันอย่างไร ประการที่สี่ อำนาจที่ให้ไว้กับ

ฝ่ายบริหารจะต้องไม่ถูกใช้ในวัตถุประสงค์ที่ไม่สมควรหรือในเรื่องปลีกย่อย อันนี้ก็เป็นแนวคิดข้อเสนอที่ผมหยิบยกขึ้นมาหรือว่าในเรื่องของตุลาการก็เหมือนกัน สำหรับตุลาการเน้นขึ้นมาว่าฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระเป็นสิ่งที่คุณขาดไม่ได้สำหรับสังคมภายใต้หลักนิติธรรม คือถ้าใช้หลักนิติธรรมแล้วจะต้องมีตุลาการที่เป็นอิสระ ถ้าไม่มีแล้วก็ไม่ใช่หลักนิติธรรม ง่าย ๆ ก็แล้วกันที่ทำความเข้าใจกัน เพราะฉะนั้นความเป็นอิสระหมายถึงอิสระจากการแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ แต่ไม่ได้หมายถึงผู้พิพากษาจะมีสิทธิทำอะไรตามอำเภอใจได้ ผู้พิพากษามีหน้าที่แปลกฎหมายหลักการขึ้นพื้นฐานและข้อสรุปต่าง ๆ อันนี้ก็สามารถจะใช้อำนาจของตนได้ แต่หลักของความเป็นอิสระก็มีหลักประกันในแง่มุมต่าง ๆ เช่นในเรื่องของรายได้เขาก็แนะนำไปว่าควรจะแน่นอนรวบรวมไม่ได้ และมีข้อสังเกตที่น่าสนใจก็บอกในระบบการเลือกตั้งผู้พิพากษาโดยให้คัดเลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการฝ่ายใด ๆ ฝ่ายหนึ่งแต่ฝ่ายเดียว เสี่ยงต่อความเป็นอิสระของศาล ควรจะมีการปรึกษากันระหว่างฝ่ายตุลาการกับองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้ง ถ้ามี นี่ก็เป็นวิธีแนวคิดของเขาว่าจะคิดอย่างไร มีข้อเสนอแนะในเรื่องความเป็นอิสระบอกว่าไม่ควรให้อำนาจดังกล่าวอยู่ในมือของฝ่ายนิติบัญญัติและหรือฝ่ายบริหาร แต่ควรให้อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานที่มีความเป็นอิสระที่เขายกตัวอย่างในนี้ก็คือในเรื่องของคณะกรรมการตุลาการ อันนี้เป็นแนวคิดที่เขาเสนอแนะระหว่างประเทศ ผมไม่ได้หยิบยกในประเทศหรือความคิดของใครมาโดยเฉพาะ ข้อ ๒ ก็คือในกรณีที่ฝ่ายตุลาการยังไม่มีความเป็นอิสระตามสมควรในประเทศใดก็ตาม ถ้าจะยึดหลักนิติธรรมแล้วควรจะต้องได้รับการแก้ไขโดยทันทีให้เกิดความเป็นอิสระขึ้น อันนี้เป็นข้อเสนอที่เรียกว่า Act of Athens ในเรื่องฝ่ายนิติบัญญัติเหมือนกันแม้จะมีอำนาจในการออกกฎหมายคือการปกครองโดยกฎหมายแต่ก็มีขอบเขตจำกัดโดยหลักของนิติธรรม อย่างเช่นว่า ในการออกกฎหมายต้องไม่แบ่งแยกในกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคคลชนชั้นชนกลุ่มน้อยโดยเหตุผลเกี่ยวกับเชื้อชาติ พุดง่าย ๆ กฎหมายที่ออกต้องเสมอภาคไม่ใช่ออกมาเป็นการ Discriminate ใช้คำว่าแบ่งแยกขึ้นโดยอาศัยเชื้อชาติ ถ้าออกกฎหมายอย่างนี้ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม The Rule of Law นี่คือหลักพื้นฐาน อันที่สองที่เขาให้ข้อเสนอแนะก็คือไม่ก้าวท้าวเสรีภาพในการนับถือศาสนาและประกอบพิธีทางศาสนา ไม่ปฏิเสธที่จะเลือกรัฐบาลของตนก็คือฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิไม่ปฏิเสธที่จะเลือกรัฐบาลของตนโดยประชาชน ไม่มีข้อกำหนดจำกัดเสรีภาพในการพูดในการชุมนุมและการรวมตัว อันนี้ก็เป็นหลักเหมือนกัน เขาห้ามว่าไม่ควรจะต้องทำอย่างนั้น ละเว้นจากการออกกฎหมาย

ย้อนหลัง ไม่ทำลายการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของบุคคลแล้วก็จัดหากระบวนการทางกฎหมายและการคุ้มครองเพื่อสิทธิและเสรีภาพมีผลและได้รับการคุ้มครองก็มีกระบวนการทางกฎหมายที่จะรับรอง อันนี้ก็คือเป็นข้อเสนอแนะใน Act of Athens ที่เขาคิดขึ้นมาว่า Rule of Law ในแต่ละฝ่ายที่อยู่ในบังคับมีข้อจำกัดอย่างไรที่จะต้องทำ ถ้าไม่ปฏิบัติตามนั้นไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม แนวคิดของเขา เพราะฉะนั้นก็จะเห็นว่าแต่ละฝ่ายมี Rule of Law ของตัวเองที่จะต้องปฏิบัติเหมือนกัน หลักพื้นฐานในการออกกฎหมาย ออกกฎหมายย้อนหลังไม่ได้อะไรต่าง ๆ หรือออกกฎหมายเป็น Discriminate มีแบ่งแยกเชื้อชาติ แบ่งแยกชนชั้นต่าง ๆ ไม่ได้ แนวความคิดอันนี้ในเรื่องหลักนิติธรรมก็มีนักคิดฝ่ายเอง โกลเซิร์กชอน เช่น ศาสตราจารย์ รอน แอลพูลเลอร์ ที่ค้นมาได้คือนักปรัชญาทางกฎหมายอเมริกัน เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด อันนี้ท่านเขียนมา ศาสตราจารย์ท่านนี้ ท่านเขียนหนังสือเล่มหนึ่งใช้คำว่า The Morality of Law ก็คือศีลธรรมในทางกฎหมาย ก็ได้เสนอว่าการใช้กฎหมายจะต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะของระบบกฎหมายโดยกฎหมายต้องมีหลักศีลธรรมภายใน ใช้คำว่า Inner Morality of Law ก็คือกฎหมายจะต้องมีหลักศีลธรรมประกอบอยู่ด้วย และเป็นหลักยึดของกฎหมายต่าง ๆ อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งศีลธรรมของพูลเลอร์มีองค์ประกอบ ๘ ประการ ว่ากฎหมายจะต้องมีลักษณะอย่างนี้ อันแรกก็คือเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เหมาะสม อันที่สองมีการประกาศให้ทราบทั่วกัน อันที่สามคือการใช้บังคับย้อนหลังโดยผิดหลักการ อันที่สี่มีบทบัญญัติที่กระจ่างชัดเจน อันที่ห้าคือไม่มีการวางหลักที่ขัดแย้งกับกฎหมายอื่น อันที่หกไม่บังคับให้กระทำในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ อันที่เจ็ดไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งเกินควร อันที่แปดก็คือมีความสอดคล้องระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐกับบทบัญญัติของกฎหมาย ก็หมายความว่ามาตรการต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้เพื่อให้เกิดผลการใช้กฎหมายที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรวมทั้งจะต้องมีกระบวนการให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมด้วยก็คือมีกรอบที่จะกำหนดในการปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ออกมาด้วย อันนี้เป็นแนวคิดของพูลเลอร์ว่าลักษณะของกฎหมายจะต้องมีอย่างไรถึงจะถูกต้อง ในหลักนิติธรรมใช้คำว่า Morality of Law ก็คือศีลธรรมของกฎหมาย อีกอันหนึ่งที่น่าสนใจก็คือ The world Jurist Project อันนี้เป็นทำอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา เขาให้ความหมายของ The Rule of Law ว่ามีหลักการทั่ว ๔ ประการด้วยกัน Rule of Law ที่พูดหลักนิติธรรมเขามองอย่างนี้กัน อันแรกรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ใช้คำว่า Accountability ก็คือต้องรับผิดชอบไม่ใช่ Responsibility แต่ในขณะเดียวกันก็มี Accountability

ต้องรับผิดชอบ อันที่สองกฎหมายต้องมีความชัดเจนมีการประกาศให้รับทราบ มีความแน่นอนและเป็นธรรม กลุ่มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนรวมทั้งความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน นี้คือลักษณะของกฎหมาย อันที่สามกระบวนการบัญญัติและบังคับใช้กฎหมายสามารถเข้าถึงมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม อันนี้เป็นเรื่องของการบัญญัติกฎหมาย ประชาชนสามารถเข้าถึงและมีประสิทธิภาพและเป็นธรรม ข้อสี่ เกี่ยวกับองค์การตุลาการก็คือความยุติธรรมจะต้องมาจากองค์กรที่มีความสามารถมีคุณธรรมอิสระและเป็นกลาง มีเครื่องมือเครื่องใช้เพียงพอ อันนี้เป็นแนวคิดของใช้คำว่า The World Justice Project ศาสตราจารย์โจเซฟเรส แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด เหมือนกัน พูดอย่างนี้ว่าหลักนิติธรรมหากเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายที่เราพูดองค์ประกอบอันหนึ่งหลักนิติธรรมคือการปกครองโดยกฎหมาย ไม่มีความหมายหรือถ้าใช้หลักนี้หลักเดียว แต่ต้องมีหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับแนวความคิดพื้นฐานบางอย่าง โดยแยกออกเป็นทั้งสาระบัญญัติของกฎหมายกับหลักกลไกของการบังคับใช้กฎหมายและก็บอกว่าหลักการนิติธรรมจะต้องประกอบด้วย โดยกฎหมายต้องไม่ใช่บังคับย้อนหลังต้องชัดเจน กฎหมายต้องมีความมั่นคง กฎหมายจะต้องเป็นแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผยมั่นคงและชัดเจน ความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการจะต้องมีการคุ้มครองมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม ศาลต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย ความชอบด้วยกฎหมายของตัวกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง ข้อเจ็ดก็คือบุคคลสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่ายไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายไม่มากเกินไปและระยะเวลาพิจารณาไม่นานเกินไป ข้อสุดท้ายก็คือองค์กรในกระบวนการยุติธรรมไม่ควรใช้ดุลพินิจที่บิดเบือนต่อกฎหมาย อันนี้เป็นแนวคิดของศาสตราจารย์โจเซฟเรสของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ลองดูว่าแต่ละคนก็มองในรูปแบบของหลักนิติธรรม เห็นไหมว่าอันแรกที่เราเห็นร่วมกันคือการปกครองโดยกฎหมาย และอันที่สองคือมีกรอบกฎหมาย ต่าง ๆ ที่ออกก็จะมีกรอบว่ามีอะไรในหลักนิติธรรมที่เป็นหลักพื้นฐาน แต่ที่สำคัญก็คือในการมองก็จะมีความคิดว่ากฎหมายเป็นตัวแทนแต่ที่สำคัญอันหนึ่งในหลักของคอมมอนลอว์ก็คือคนที่บังคับให้บทบัญญัติมีความศักดิ์สิทธิ์อยู่ที่องค์กรที่จะต้องทำหน้าที่บังคับให้มีความเป็นอิสระ เลขาธิการสหประชาชาติ เขามีบันทึกไว้ในรายงานสหประชาชาติกำหนดความหมายของ The Rule of Law ไว้เหมือนกันว่าสหประชาชาติมอง The Rule of Law หรือหลักนิติธรรมอย่างไร เขากล่าวอย่างนี้ว่า The Rule of Law ก็คือหลักการปกครองที่ทุกคนรวมทั้งรัฐต้องรับผิดชอบต่อกฎหมายที่ประกาศใช้โดยเปิดเผย ใช้บังคับโดยเสมอภาคและได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอิสระ

รวมทั้งสอดคล้องกับสิทธิแบบอย่างและมาตรฐานระหว่างประเทศ สหประชาชาติเริ่มยกไปอีกขั้นหนึ่งแล้ว เามาตรฐานของระหว่างประเทศมาเป็นเกณฑ์ในการวัดด้วยเหมือนกัน โดยเสมอภาคและได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอิสระ การวินิจฉัยควรจะสอดคล้องกับสิทธิแบบอย่างและมาตรฐานระหว่างประเทศ รวมทั้งต้องมีมาตรการต่าง ๆ ที่จะประกันการยึดในหลักความสูงสุดของกฎหมายความเสมอภาคตามกฎหมาย ความรับผิดชอบกฎหมาย ความเป็นธรรมในการปรับใช้กฎหมาย การแบ่งแยกอำนาจ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความแน่นอนของกฎหมาย การหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตามอำเภอใจและกระบวนการพิจารณาและกระบวนการทางกฎหมายที่โปร่งใส อันนี้ The Rule of Law ของสหประชาชาติคือกำหนดกติกาต่าง ๆ ในการทำหน้าที่ในเรื่องของการปกครองที่ดี ในเรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดที่ดี อันนี้ก็จะมีความค่อนข้างมาก อีกองค์กรหนึ่งที่พูดถึงในเรื่อง Rule of Law ก็คือเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ ได้มีข้อมติเมื่อปี ค.ศ. 2009 เมื่อไม่กี่ปีมานี้ ให้ความหมายของคำว่า The Rule of Law ว่า เรามองอีกด้านหนึ่งลองดู เมื่อที่เราพูดถึงหลักการปกครองกฎหมายรูปแบบต่าง ๆ ในอาจารย์ก็มองด้านหนึ่งแต่เนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศมอง The Rule of Law ว่า ตุลาการที่เป็นอิสระหรือเป็นกลางอันแรกต้องมีอย่างมีนัยนี้ นี่คือหลัก The Rule of Law ของเขา ข้อสันนิษฐานความบริสุทธิ์ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมโดยเปิดเผยและไม่ชักช้า การลงโทษที่มีเหตุผลและได้สัดส่วน ความเข้มแข็งและความเป็นอิสระของวิชาชีพกฎหมาย การคุ้มครองความลับระหว่างทนายความและลูกความ ความเสมอภาคกันตามกฎหมาย ในเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรม เขาบอกว่าการจำกัดตามอำเภอใจ การพิจารณาลับ การควบคุมไม่มีกำหนดโดยไม่มีพิจารณา การปฏิบัติและการลงโทษอย่างโหดร้าย และลดศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ การข่มขู่หรือการกดขี่กันในกระบวนการเลือกตั้ง ล้วนเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ อันนี้เป็นแนวคิดของเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศ ผมกำลังเน้นให้เห็นว่าคำว่า Rule of Law มีแนวคิดร่วมกันแต่ไม่ได้ทั้งหมด มีแต่ขยายออกไปว่าในองค์กรแต่ละองค์กรคิดกัน อย่างเนติบัณฑิตยสภานั้นในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิคล้าย ๆ ผู้ต้องหา จำเลย เป็นหลัก สำหรับหลักนิติธรรมในทางปฏิบัติของระบบกฎหมายอังกฤษ จะมี Lord Wood ซึ่งเป็นอดีตรองอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และอดีตรองมุขตุลาการของประเทศอังกฤษหรือเวลส์ กล่าวว่า หลักนิติธรรมใช้บังคับได้ผลดีในประเทศอังกฤษเพราะระบบกระบวนการยุติธรรมของอังกฤษได้รับการพัฒนาโดยรัฐสภาและศาลยุติธรรมมาเป็นเวลาช้านาน เขามองถึงระบบกระบวนการยุติธรรม และอีก

ประการหนึ่งคุณภาพของระบบการศาลและวิชาชีพกฎหมายของอังกฤษสูงมาก ทำให้หลักนิติธรรมอยู่ได้ เพราะฉะนั้นองค์ประกอบของอังกฤษมองไปในเรื่องของกระบวนการยุติธรรมเป็นหลักจึงทำให้หลักนิติธรรมของอังกฤษมีความมั่นคง ผู้ที่อยู่ในวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็น Solicitor หรือ Barrister ได้ผ่านการฝึกอบรมที่เข้มงวดกวดขันและมีมาตรฐานสูงมากและมีการแข่งขันกันอย่างจริงจัง แม้แต่ผู้ที่ผ่านการฝึกอบรมมาก็ต้องหมั่นฝึกฝนตนเองอยู่เสมอใฝ่หาความรู้และประสบการณ์ในวิชาชีพ ส่วนผู้พิพากษาของอังกฤษก็คัดเลือกมาจากทนายที่ประสบความสำเร็จ ยิ่งกว่านั้นผู้พิพากษาแต่ละท่านก็มีเกียรติประวัติในเรื่องความรู้ความสามารถต่าง ๆ นั้นก็ทำให้ในเรื่องของกระบวนการยุติธรรมระบบการศาลต่าง ๆ มีความมั่นคงและทำให้หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษใช้ได้ผลดีไม่มีปัญหาอะไร ท่านก็ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในภาคปฏิบัติของประเทศอังกฤษว่า สังคมใดก็ตามจะอยู่ได้ด้วยความสะดวกสบายโดยอาศัยหลักนิติธรรมนั้น หลักนิติธรรมมีกฎเกณฑ์อย่างไรบ้างย่อมแล้วแต่สถานการณ์ในแต่ละสังคมเป็นสาระสำคัญ อาจจะกล่าวได้อย่างกว้าง ๆ ว่าอย่างน้อยที่สุดที่จะมีหลักนิติธรรมจะต้องมาอย่างนี้คือ ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคลที่มีผลประโยชน์ขัดกัน อันที่สองผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระปราศจากอคติและเป็นผู้มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้น ข้อที่สามคือ หลักการนั่งพิจารณาคดีและการตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันควร ข้อที่สี่วิธีการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ข้อที่ห้าวิธีการพิจารณาคดีของศาลเที่ยงธรรมและมีเหตุผล ข้อที่หกกฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยต้องมีความแน่นอนชัดเจนมีความพอดี และเป็นธรรม ก็จะเห็นหลักปฏิบัติในประเทศอังกฤษจะยึดถือในหลักนิติธรรมเน้นในเรื่องของกระบวนการยุติธรรมในทางศาลที่เข้ามาดูแล ส่วนหลักนิติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีแนวความคิดของกฎหมายอังกฤษเพราะมีอิทธิพลต่อนักวิชาการของสหรัฐอเมริกามีโอกาสแสดงออกกว้างขวาง เช่น ในขณะที่ปฏิบัติเพื่อความ เป็นอิสระจากกษัตริย์อังกฤษ คนที่มีชื่อเสียงโด่งดังคือ Thomas Paine ก็คงจะได้ยินใครเรียนในเรื่องนี้แล้ว Thomas Paine เป็นนักปฏิวัติเสรีประชาธิปไตยชาวอังกฤษ และกล่าวในหนังสือที่มีชื่อเสียงใช้คำว่า The Common Sense อันนี้ก็มีการอ้างอิงในการปฏิบัติของฝรั่งเศส เช่นเดียวกัน และอันเดียวกันก็คือ The Federist ที่ยกวางรัฐธรรมนูญของอเมริกัน ก็อ้างอิงในความเห็นของ Thomas Paine เขากล่าวว่าในอเมริกานั้นมีกฎหมายเป็นกษัตริย์ การประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ในปี ๑๗๗๖ ก็ดี และต่อมามีการยกวางรัฐธรรมนูญในปี ๑๗๘๗ จะเห็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนที่สุดเป็นครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย

และที่สำคัญก็คือในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ และโดยอำนาจสูงสุดของรัฐ เราก็สงสัยคำว่าของรัฐคืออะไร อันได้แก่อำนาจสูงสุดของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา เขาบอกว่าโดยถูกจำกัดอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาถูกจำกัดอำนาจคือรัฐธรรมนูญ อันที่สองก็คือโดยอำนาจสูงสุดของรัฐ เขาก็บอกว่าอำนาจสูงสุดของรัฐก็คืออำนาจของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ใช้คำว่า Pillar of Democracy คือเสาหลักของประชาธิปไตย นี่คือคำของหนังสือเฟรดเดอริสที่เขากล่าวถึง และในสหรัฐอเมริกา ความสำคัญในการปกครองหลักนิติธรรมจึงขึ้นอยู่กับศาลเช่นกันที่จะวินิจฉัยว่าเรื่องใดภายใต้เงื่อนไขอย่างไรบ้าง ฝ่ายต่าง ๆ จะกระทำได้หรือไม่ตามรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยให้ฝ่ายต่าง ๆ ของรัฐปฏิบัติตามหลักนิติธรรมได้ทั้งในแง่กฎหมายสาระบัญญัติ และในแง่กฎหมายวิธีสบัญญัติ นี่เป็นตัวอย่างแนวความคิดของสหรัฐอเมริกาในเรื่องของหลักนิติธรรม ส่วนอีกด้านหนึ่งก็มีนักกฎหมายที่ไม่ยอมรับหลักนิติธรรมอย่างเต็มที่ เขาก็ตัวอย่างเช่นมี Friederich Haych อาจารย์ในมหาวิทยาลัย London School of Economics (LSE.) แล้วก็ Robert Henry นักปรัชญาทฤษฎีทางสังคม และ Brian Tamanaha ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย นักกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้แบ่งรับแบ่งสู้ใน หลักนิติธรรมโดยให้เหตุผลว่า มีการใช้อำนาจศาลยุติธรรมมากเกินไปคือไปมองว่าให้อำนาจศาลควบคุมมากเกินไป เขาบอกว่าหลักนิติธรรมที่ว่านี้อาจใช้ได้บางประเทศหรือในสถานการณ์บางสถานการณ์เท่านั้น และอาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันในหมู่ราษฎรและระหว่างราษฎรกับรัฐได้ เพราะบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกลไกของรัฐดังกล่าวอาจไม่ให้ความเป็นธรรมแก่ราษฎรได้ เขามองว่าทางศาลเองก็อาจจะมีข้อบกพร่องได้เหมือนกัน นี่ก็เป็นข้อโต้แย้งของนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่ง สำหรับหลักนิติธรรมอย่างที่ผมได้เรียนมาแล้วตั้งแต่ประวัติศาสตร์ในกรีกและแนวความคิดของนักกฎหมาย รวมตลอดถึงการบังคับใช้กฎหมายที่ตกลงกันของนานาชาติไม่ว่า Act of Athens ต่าง ๆ ทุกอันตั้งอยู่บนความถูกต้องชอบธรรมและความเสมอภาค ท่านศาสตราจารย์ธานีท์ กรีวิเชียร์ ท่านอธิบายนของท่านเหมือนกันในหลัก Rule of Law ว่า หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายอย่างที่ผมเรียน หลักการแห่งกฎหมายเราคงเข้าใจร่วมกันแล้วว่า หลักกฎหมายมีพื้นฐานของตัวเองที่แน่นอน หลักการแห่งกฎหมายที่เทอดทูนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ยอมรับนับถือแห่งมนุษย์ชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษย์ให้พ้นจากลัทธิตหาราช หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้นระหว่างรัฐกับเอกชนหรือเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินคดี

ตามกฎหมายของบ้านเมือง อันนี้ก็ครบก็เน้นทุกระบบหมายถึงศาลด้วย อีกอันหนึ่งในสหรัฐอเมริกาถ้าวัดถึงในรัฐธรรมนูญที่ผมจะหยิบยกมาซึ่งมีความใกล้เคียงกับ The Rule of Law คือใช้คำว่า Due Process of Law ในคำว่า Due Process of Law คือภาษาไทยง่าย ๆ ใช้คำว่า หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ถ้าใช้คำว่า Due Process of Law พุฒแล้วกินใจ มากกว่าคำว่าหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย คำว่า Due Process of Law ก็คือชอบด้วยกฎหมาย กระบวนการ (process) กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย อันนี้ในรัฐธรรมนูญอเมริกันก็นำแนวความคิดมาจากประเทศอังกฤษ โดยมีการบัญญัติรับรองไว้ใน The Fifth Amendment ก็คือบทบัญญัติ ๕ ที่เพิ่มเติม รัฐธรรมนูญอเมริกาก็ออกมาเป็นฉบับหนึ่ง และต่อไปก็มี Amendment บทเพิ่มเติมขึ้นมา First Amendment เป็น The Fifth Amendment และมีอีกฉบับหนึ่งก็คือ The Fourteen Amendment ฉบับที่ ๑๔ ฉบับที่ ๕ กับ ๑๔ มีความคล้ายคลึงกันอยู่ที่สำคัญคือในเรื่องของคำว่า Due Process of Law ก็คือใน The Fifth Amendment เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลสหรัฐ แต่สำหรับ ในเรื่องของ Fourteen เกี่ยวกับตัวรัฐที่ไม่ใช่ตัวรัฐบาลสหรัฐ ในสหรัฐก็คงทราบมีรัฐ ๕๐ รัฐ เป็นองค์ประกอบ แต่ละรัฐก็มีความเป็นอิสระในการที่จะปกครองในระดับหนึ่ง แต่ Fifth Amendment ใช้กับตัวรัฐบาล ต่อมาไม่พอตัวรัฐก็ยังไม่ Due Process of Law ก็เอามาใช้ด้วย ใช้คำอย่างนี้ใน ทั้งสองอันโดยบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนต่อการใช้อำนาจอันมิชอบของรัฐ โดยวางหลักว่ารัฐจะเพิกถอนสิทธิหรือกระทำการใด ๆ อันมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้ คือ without Due Process of Law ก็คือจะต้องให้บุคคลทุกคนมีโอกาสเข้าสู่กระบวนการได้สวนกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสมและเป็นไปตามวิถีทางที่กฎหมายกำหนด อันนี้เขาก็มีคดีผมขอสรุป มีคดีที่สำคัญที่นักศึกษาอเมริกันหรือคนที่เรียนในประเทศสหรัฐอเมริกาหนีไม่พ้นถ้าเรียนกฎหมายรัฐธรรมนูญ ก็คือในคดี Miranda VS. Arizona ก็คือเป็นจำเลยชื่อมิลันด้า เรื่องนี้ต่อสู้กับ Arizona ก็คือรัฐที่เขาฟ้องจำเลยคนนี้โดยอาศัยคำรับสารภาพ คำรับสารภาพและศาลฎีกาก็วินิจฉัยว่าเรื่องนี้นายมิลันด้าถูกจับข้อหากระทำผิดทางเพศ รับสารภาพแต่การรับสารภาพนั้นได้ความว่า มิลันด้าไม่ได้รับการแจ้งสิทธิตามรัฐธรรมนูญว่ามีสิทธิ์อะไร ในการดำเนินคดีของศาลก็ใช้คำรับสารภาพ ของนายมิลันด้ามาลงโทษ และศาลสูงสหรัฐอเมริกาพิจารณาบอกว่าสิทธิของบุคคลที่ถูกจับมี ๔ ประการ ท่านตั้งขึ้นมาเฉย ๆ เลย เพราะฉะนั้นลองดูก็แล้วกัน

คำว่า Due Process of Law หรือหลักนิติธรรมเป็นไปได้อื่นๆใหม่ที่จะพูดภายหลังว่าศาลก็คงจะมีหน้าที่ที่ต้องแปลว่าคืออะไร แบบสหรัฐอเมริกาคำว่า Due Process of Law ท่านบอกว่าในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ต้องหาคืออาญาแห่งอยู่หลักการ ๔ อย่างด้วยกัน อันแรกสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวว่าผู้ต้องหาสิทธิที่จะไม่ให้การก็ได้ ข้อสองคือสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวว่าการให้การของผู้ต้องหานั้น หากยินดีที่จะให้การจะใช้ผูกพันผู้ต้องหาในชั้นศาลได้ก็คือบอกว่ามีสิทธิที่จะไม่ให้การแต่ถ้าให้การผูกพันชั้นศาล ต้องบอก อันที่สามสิทธิที่จะได้รับแจ้งจากพนักงานสอบสวนว่าผู้ต้องหาสิทธิมีทนายและมีสิทธิหาทนายมาฟังในการสอบสวน อันที่สี่สิทธิในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่มีทนายผู้ต้องหาจะได้รับการแต่งตั้งทนายความให้มาช่วยว่าความ อันนี้เป็นสิทธิที่ในรัฐธรรมนูญไม่เขียน เขาบอก Due Process of Law และศาลสูงสุดเขาก็กำหนดว่า Due Process of Law ในส่วนที่เกี่ยวกันนี้มีอะไรบ้าง เพราะฉะนั้นก็คงจะโยงว่าอาจจะเริ่มนึกแล้วว่าหลักนิติธรรมที่เขียนไว้จะแปลอย่างไร ก็แนวความคิดต่าง ๆ ก็มีหลากหลายอย่างที่ผมนำเรียนมาชุดหนึ่ง แต่ว่ากำลังจะเทียบเคียงกับของสหรัฐอเมริกา Due Process of Law นี้คิดอย่างไร ผมใช้คำว่าอย่างนี้ถึงแม้ว่าหลักการ ๔ ประการที่ศาลสูงสุดกำหนดขึ้นไม่ได้เขียนไว้ในกฎหมายหรือในรัฐธรรมนูญแต่อย่างไรแต่ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ฝังอยู่ในหลักของ Due Process of Law ก็เหมือนกัน ใครไปเรียนกฎหมายอเมริกาแล้วไปเรียนคำว่า Due Process of Law อ่านกันไม่จบหรือ มีตำรามากมายว่า Due Process of Law หมายความว่าอะไรบ้างที่จะครอบคลุมเหมือนกับคำว่าหลักนิติธรรม เมื่อตำราจับมีล้นค้ำมาแล้วสอบสวนโดยไม่แจ้งสิทธิ ๔ ประการ เพราะฉะนั้นการสอบสวนจึงไม่ชอบก็ต้องยกฟ้องและต้องมีการสอบสวนใหม่ให้ชอบด้วยกฎหมาย นี่ก็เป็นคดีตัวอย่าง นอกจากรัฐธรรมนูญแล้วกฎหมายต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกายังต้องให้ความสำคัญกับ Due Process of Law ที่ศาลสูงสุดกำหนดขึ้นไม่ใช่จะไปพูดในเรื่องหลักประกันสิทธิมนุษยชน สิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายอาญาหรือกฎหมายวิอาญาเท่านั้น แต่ไปรวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ด้วย กฎหมายปกครองก็ด้วยเหมือนกัน ผมจะเล่าให้ฟังว่าหมายความว่าอะไร ที่ใช้ดังกล่าวนี้เขาแปลในการคุ้มครอง แต่คำว่า Due Process of Law ที่กำหนดมาตรฐาน ๔ ประการ เอาไปใช้ในหลักอื่นด้วย และ Due Process of Law ที่ลองแปลมาเฉพาะจุดตรงนี้เป็นหลักหนึ่งที่ศาลยุติธรรมสหรัฐใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองด้วย เอามาใช้ด้วยโดยมุ่งเน้นไปในกระบวนการที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติ กำหนดหลักเกณฑ์ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติและฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามไม่ว่าจะมีกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎระเบียบของฝ่ายปกครองเองที่กำหนด

ไว้เป็นอย่างอื่นหรือไม่ นอกจากนี้ในการควบคุมฝ่ายปกครองแล้ว ก็ยังมีบทบาทในกฎหมายอาญาอย่างวิอาญาที่ผมได้เรียนแล้ว โดยถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่ศาลเอง ฝ่ายปกครอง แม้กระทั่งฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาจะต้องคำนึงถึงในการบัญญัติกฎหมาย เพราะถ้าบัญญัติออกมาแล้วและไปขัดกับคำวินิจฉัยของศาล ก็ขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายก็ใช้ไม่ได้ เพราะฉะนั้นในกฎหมายก็ยังคงผูกพัน Due Process of Law ว่ามีอะไรบ้าง อันนี้จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยเป็นอีกเรื่องหนึ่ง คือเป็นแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เขาคิดอย่างนี้ คำว่า Due Process of Law ยึดหลักการอย่างง่าย ๆ ยึดหลักการรับฟังคู่กรณี หลักความไม่มีส่วนได้เสีย มียกตัวอย่างว่า Due Process of Law คุณอะไรบ้าง ข้อหนึ่ง หลักการฟังคู่กรณีหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ทำนองเดียวกับหลัก Natural Justice ของประเทศอังกฤษ แต่ได้มีการพัฒนาหลัก Due Process of Law ให้มีความหมายกว้างกว่า Natural Justice Natural Justice คงจะเป็นหลักพื้นฐานที่ทุกประเทศเป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานของกฎหมายคือหลักการรับฟังคู่กรณีและหลักการไม่มีส่วนได้เสีย ก็คือกฎหมายจะยกร่างมาอย่างไรให้มีส่วนได้เสียแล้วทำไม่ได้จะทำไม่ได้หรือ ขัดกับหลักพื้นฐานของกฎหมาย คือ Natural Justice หลักการรับฟังคู่กรณีคือในการที่จะวินิจฉัยตัดสินอะไรต้องฟังคู่ความทุกฝ่ายฟังฝ่ายเดียวแล้วไปตัดสินคำวินิจฉัยนั้นใช้ไม่ได้ ขัดกับหลัก Rule of Law นั่นเอง เพราะ Natural Justice เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย วันนี้ก็พยายามที่จะให้เข้าใจได้ง่ายขึ้น ในการวางหลักปฏิบัติของฝ่ายปกครองโดยสาย Due Process of Law ได้นำวิธีพิจารณาของศาลมาใช้และสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในคดีปกครองเกือบจะมีอย่างเดียวกับคดีอาญา ผมลองอ่านดูว่าศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกากำหนดผู้มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้อง ในคดีปกครองไว้อย่างไรบ้าง อันแรกก็คือสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวล่วงหน้าซึ่งประเด็นและเรื่องที่จะฟ้องหรือวินิจฉัย ถ้ามีปัญหาต่อฝ่ายปกครองสหรัฐอเมริกา อันแรกที่มีสิทธิก็คือสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวซึ่งประเด็นและเรื่องต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัย อันที่สองสิทธิจะเสนอพยานหลักฐานและโต้แย้ง อันที่สามสิทธิที่จะคัดค้านพยานหลักฐานที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของตน อันที่สี่สิทธิที่จะมีทนายความ อันที่ห้าสิทธิที่จะให้มีการวินิจฉัยจากที่จะไม่ให้มีการวินิจฉัยจากพยานหลักฐานนอกสำนวน อันที่หกสิทธิที่จะให้มีการบันทึกหลักฐานอย่างสมบูรณ์ ศาลสูงสุดบอก Due Process of Law ในเรื่องก็เกี่ยวกับคดีปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องให้สิทธิแก่ราษฎร ๖ ประการนี้ ถ้าให้ขาดไปก็ถือว่าไม่เป็นไปตามหลัก Due Process of Law เพราะฉะนั้นก็จะเห็นว่า ผลก็คือไม่ชอบด้วยกฎหมายบังคับไม่ได้

คำสั่งทางปกครองอย่างนั้น เหมือนกับคดีมิถันด้า คำรับสารภาพที่ใช้มาก็ใช้ในศาลไม่ได้ ต้องยกฟ้อง อันนี้เป็นหลักประกัน หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายก็เป็นหลักอย่างที่ว่า ใกล้เคียงกับ The Rule of Law มากอย่างที่ผมเรียนเอามานูว์ดี แต่ว่า Due Process of Law ก็ จะเน้นไปในเรื่องของกระบวนการยุติธรรมมากกว่า The Rule of Law ซึ่งจะรวมทั้งในเรื่องของ บทบัญญัติของกฎหมายด้วยอย่างที่ผมได้เรียนไปแล้ว

อีกส่วนหนึ่งที่จะนำเสนอในวันนี้ต่อมาก็คือในเรื่องของหลักนิติรัฐ หลักนิติรัฐก็จะใช้กันในระบบของ Civil Law ก็คือในเยอรมันหรือฝรั่งเศสที่จะหยิบยกมาเป็นตัวอย่างว่า ในหลักของนิติรัฐกับ Rule of Law ใกล้เคียงกันหรือต่างกันอย่างไร ในเรื่องของหลักนิติรัฐก็ทำนองเดียวกันเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญ รัฐที่จะได้ชื่อว่าเป็นนิติรัฐหรือ Legal State จะต้องเป็นรัฐที่ยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายและมาตรการต่าง ๆ ของรัฐจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม นี่เป็นหลักของนิติรัฐซึ่งในระยะแรกหลักนิติรัฐจะเป็นความหมายที่สัมพันธ์กับหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยเชื่อว่าธรรมชาติมีกฎเกณฑ์อยู่แล้วเพียงแต่รอค้นพบจากมนุษย์และสามารถนำไปใช้บังคับบัญญัติเป็นกฎหมายหรือที่เรียกว่าเป็นกฎหมายบ้านเมือง ก็คือพุดง่าย ๆ แนวความคิดแรกก็คือในเรื่องของ นิติรัฐ หลักพื้นฐานของนิติรัฐก็คือกฎหมายก็มาจากกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งในสองระบบนี้ก็คงจะนำมาพุดจากกันเล็กน้อยว่าในแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติกับแนวความคิดกฎหมายบ้านเมือง ผมเรียนสั้น ๆ ก่อนที่จะนำในเรื่อง รายละเอียดก็คือกฎหมายธรรมชาติคือ Natural law เขามองว่ามีกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่มนุษย์ออกสูงกว่าอีกชั้นหนึ่ง นี่เป็นแนวคิด และหลักกฎหมายที่ว่านี้ก็คือ จะยกตัวอย่าง Natural Justice นี่อันหนึ่ง Natural law นี่อันหนึ่ง หลักการฟังคู่กรณี หลักการไม่มีส่วนได้เสีย หลักการต่าง ๆ เหล่านี้ถือเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายซึ่งสูงกว่ากฎหมายธรรมดา พุดง่าย ๆ ก็คือกฎหมายธรรมดาก็บัญญัติบอกว่าคนมีส่วนได้เสียก็วินิจฉัยได้ ถ้าถือหลักกฎหมายธรรมชาติแล้วบอกว่าอันนี้ใช้ไม่ได้เพราะกฎหมายที่เหนือกว่ากฎหมายธรรมดาคือกฎเกณฑ์อันนี้ที่เหนือกว่า ลองดูว่าจะใช้ได้แค่ไหนเพียงใดในแนวคิดนี้ สำหรับกฎหมายธรรมชาติหมายถึงกฎหมายที่เกิดจากธรรมชาติที่มีอยู่แล้วในธรรมชาติและมีอำนาจบังคับตามธรรมชาติ และด้วยเหตุที่ธรรมชาติย่อมเป็นสิ่งสากลและอยู่เหนือมนุษย์ สำนักความคิดนี้จึงเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาติอยู่เหนือกฎหมายของมนุษย์และใช้ได้ไม่จำกัดเวลาและสถานที่ นี่เป็นแนวความคิดอันหนึ่งที่มีกฎหมาย

กฎหมายนี้มีสองระดับและแนวความคิดนี้คือกฎหมายธรรมดาตามกฎหมายบ้านเมืองที่รัฐสภาตราขึ้นกับอีกอันหนึ่งกฎหมายธรรมชาติที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติในทุกพื้นที่ในทุกส่วนของโลกว่าต้องยึดหลักอันนี้ โดยทั่วไปแล้วสาระสำคัญของกฎหมายธรรมชาติอยู่ที่ข้อพิจารณาคุณค่าของการกระทำว่าสิ่งใดถูกสิ่งใดผิด คำว่าถูกหรือผิดในที่นี้ก็หมายถึงคุณค่าทางจริยธรรมสำหรับธรรมชาติ นั้นปรัชญาเมธีของแต่ละคนก็มีความเห็นต่างออกไป ผมยกตัวอย่างเช่นว่า St. Thomas ซึ่งเป็นบาทหลวงโรมัน คาทอลิกได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากอริสโตเติลเสนอหลักเกณฑ์นี้ว่า อันนี้เขาเป็นพระก็เน้นไปในเรื่องกฎหมายธรรมชาตินี้เน้นไปในเรื่องศาสนา ว่าพระผู้เป็นเจ้าเป็นผู้สร้างโลกและกฎหมายขึ้น กฎหมายก่อให้เกิดรัฐ ดังนั้น กฎหมายจึงมีอำนาจเหนือรัฐ กฎหมายธรรมชาติเป็นธรรมนุญของโลก กฎหมายคือเหตุผลที่ถูกต้องและสอดคล้องกับธรรมชาติไม่ว่าจะเกิดชาติใดภาษาใดทุกแห่งก็ใช้กฎหมายธรรมชาติเหมือนกัน อย่างที่ผมได้เรียนใช้เป็นสากลในสิ่งพวกนี้คือยอมรับกัน กฎหมายที่บัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับใช้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎธรรมชาติ เห็นไหมครับ St. Thomas บอกว่ากฎหมายที่ออกนี้ต้องไม่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติ สำหรับ John Locke นักปรัชญาชาวอังกฤษ อธิบายบอกว่า สภาวะตามธรรมชาตินั้นเป็นสภาวะแห่งสันติภาพและความเสมอภาค และสภาวะธรรมชาติมนุษย์ ทุกคนรู้จักกฎหมายธรรมชาติอันเป็นสิ่งที่สอนให้มนุษย์รู้จักเคารพความเสมอภาคและความเป็นอิสระต่อกัน รู้ว่าแต่ละคนไม่ควรจะล่วงละเมิดชีวิตร่างกายเสรีภาพและทรัพย์สินของกันและกัน ในภาวะธรรมชาตินี้เมื่อเกิดข้อขัดแย้งขึ้นมนุษย์แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับการตามสิทธิ์ที่ตนมีตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง อันนี้เป็นความเห็นของ John Locke อาจกล่าวได้ว่า เดิมเราเข้าใจว่าธรรมชาตินี้คือปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ ต่อมาก็มีผู้นำความคิดอันนี้เรื่องธรรมชาติไปปะปนกับคตินิยมทางศาสนาอย่างที่ผมเรียน และลัทธิต่าง ๆ จึงเกิดความคิดว่าธรรมชาติคือพระผู้เป็นเจ้า และในที่สุดก็มีผู้เห็นว่าธรรมชาตินั้นคือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์นั่นเอง เช่น การที่รัฐออกกฎหมายมากดขี่ข่มเหงประชาชนโดยเก็บภาษีสูงหรือวางบทลงโทษที่ทารุณโหดร้ายนั้น อันนี้ท่านบอกว่า ย่อมขัดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีหรือความเป็นธรรมในสายตาของคนทั่วไป กฎหมายของมนุษย์ดังกล่าวจึงขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ก็ลองยกตัวอย่างพอเข้าใจ กฎหมายธรรมชาตินี้คือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีว่ากฎหมายนี้ไม่ควรจะมีขัดต่อธรรมชาติของมนุษย์ ตรงนี้ที่เขายืนยันว่ากฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นสู้กฎหมายธรรมชาติไม่ได้ เพราะฉะนั้นในกรณีที่เกิดอย่างนี้ขึ้นกฎหมายธรรมชาติย่อมเหนือกว่ากฎหมายมนุษย์ที่ใช้บังคับไม่ได้ ตัวอย่างที่เห็นชัดอันหนึ่งในหนังสือก็คือ

แบล็กสโตน เป็นนักกฎหมายผู้ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของอังกฤษในศตวรรษที่ ๑๘ ท่านเคยกล่าวอย่างนี้ ลองอ่านดูแล้วกันก็คงเข้าใจได้ดีขึ้นระหว่างกฎหมายธรรมดา กับกฎหมายธรรมชาติว่าเหนืออย่างไร ตรงนี้เชื่อว่าถ้าหากบทกฎหมายใดมีวัตถุประสงค์ไปในทางที่ไม่ถูกไม่ควรศาลก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้น ศาลต้องใช้กฎหมายอันนี้ศาลมีเสรีภาพที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้น ในกรณีนี้จะต้องใช้อำนาจตุลาการเหนืออำนาจนิติบัญญัติซึ่งจะเป็นการกลับรูปของการปกครองทั้งปวง ก็คือในอังกฤษยอมรับถือว่าความสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างที่พวกอินโดรีซ์พูดเมื่อคืนนี้ และเขาพูดต่อไปว่า เมื่อคำกว้าง ๆ ของบทบัญญัตินี้อาจตีความไปในทางที่ไม่สมเหตุผล ศาลจะต้องถือว่ากรณีนั้น ๆ เป็นกรณีที่อยู่นอกความคาดหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย และดังนั้นศาลก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะใช้วิธีอ้างหลักความยุติธรรมที่จะไม่ตีความให้มีผลเช่นนั้น ยกตัวอย่างเช่นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลใดในการใช้อำนาจตัดสินกรณีของตนเองเป็นคู่พิพาทอยู่ด้วย ศาลจะไม่ยอมตีความเช่นนั้นโดยให้เหตุผลว่าเป็นการไร้เหตุผลที่กฎหมายจะยอมให้บุคคลมีอำนาจเช่นนั้น นี่ก็เป็นการยกตัวอย่างให้เห็นว่ารัฐสภาออกกฎหมายมาบอกว่าคุณสามารถตัดสินคดีที่ตัวเองมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย ศาลจะบังคับให้ใหม่ว่าคำตัดสินนั้นใช้ได้ เขาบอกอย่างไรก็บังคับให้ไม่ได้เพราะขัดกับอย่างที่ว่า ความยุติธรรม อันนี้เป็นพื้นฐานคือหลักของ Natural Justice อันหนึ่งที่ได้เรียนไปแล้ว หลักการฟังคู่กรณีคือต้องฟังทุกฝ่ายก่อนที่จะวินิจฉัย อันที่สองก็คือต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตัวเองจะต้องวินิจฉัยหรือตัดสินใจ เพราะฉะนั้นถ้าหลักอันนี้เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมาย The Rule of Law ถ้าทำแล้วก็ใช้ไม่ได้ อันนี้จะพัฒนากันอย่างไรก็เป็นอีกเรื่องในรัฐธรรมนูญเรา อันนี้เป็นแต่เพียงว่าผมหยิบยกขึ้นมาในเรื่องแนวความคิดต่าง ๆ ในเรื่องของ The Rule of Law ความกว้างแคบและประสิทธิภาพที่จะใช้ แต่โดยรวมที่ผ่านมาแล้วก็จะอยู่ที่ตัวศาลเป็นเกณฑ์ สำหรับแนวความคิดกฎหมายบ้านเมืองก็ตรงกันข้าม เขาบอกว่าแนวความคิดกฎหมายบ้านเมืองก็คือที่มนุษย์บัญญัติหรือรัฐสภาบัญญัติเป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ สิ่งที่ยอมรับเป็นกฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เท่านั้น กฎหมายบ้านเมืองเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่ได้โดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายที่สูงกว่าเนื่องจากถือว่ารัฐชาติปิตัยมีอำนาจสูงสุดที่จะออกกฎหมายใดก็ได้โดยมีอาจโต้แย้งถึงความถูกต้องความผิดความดีความชั่วยุติธรรมยุติธรรม เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เกิดจากกฎหมายที่รัฐชาติปิตัยมีอำนาจบัญญัติขึ้น สาระสำคัญของความคิดแนวนี้ได้แก่ Jean Bodin นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส เขาอธิบายว่ารัฐจะดำรงและดำเนินต่อไปได้จะต้องมี

อำนาจในการปกครองสูงสุดในแผ่นดินที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย แล้วก็ให้คำนิยามอำนาจอธิปไตยว่าเป็นอำนาจเด็ดขาดและถาวรเป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใด ๆ แสดงออกโดยการออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายเพื่อพิสูจน์ว่าเป็นรัฐที่แท้จริง จากคำนิยามดังกล่าวทำให้เกิดความคิดว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์บัญญัติขึ้นซึ่งเป็นแนวความคิดของกฎหมายบ้านเมือง กฎหมายนี้สูงสุดจะถูกพิชิตชอบชั่วดีก็คือกฎหมายต้องบังคับตามนั้น นี่เป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง โทมัสฮ็อบ นักปรัชญาอังกฤษก็เหมือนกันว่า ก็พูดทำนองเดียวกันกฎหมายคือคำสั่งของรัฐชาติปิตัยเป็นเครื่องมือรักษาความสงบของรัฐชาติปิตัยคือกฎหมายบ้านเมืองซึ่งเป็นกฎเกณฑ์โดยตรงและโดยปริยายที่รัฐสั่งการและกำหนดไว้ว่าเป็นสิ่งถูกพิชิตบังคับแก่ประชาชน เมื่อรัฐเป็นผู้กำหนดสิ่งถูกพิชิตยุติธรรมไม่ยุติธรรมจึงไม่อาจมีกฎหมายใดที่ยุติธรรมได้ ก็เมื่อประชาชนทำสัตยญาณตกอยู่ใต้อำนาจรัฐแล้ว เท่ากับประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายยอมไม่มีใครที่จะออกกฎหมายมาขัดแย้งตัวเอง อันนี้เป็นแนวคิดของเขาเหมือนกันที่ให้เหตุผลว่าต้องถือที่กฎหมาย คุณจะไปฟังว่ากฎหมายไม่ยุติธรรม ยุติธรรมต่าง ๆ พวกนี้ฟังไม่ได้หรือกว่าเป็นกฎหมายแล้วจะยุติธรรมไม่ยุติธรรม เพราะว่ากฎหมายก็คือตัวประชาชนเป็นคนบัญญัติไม่มีใครบัญญัติกฎหมายให้เป็นโทษแก่ตัวเองหรือก นี่เป็นเหตุผลที่เขาสนับสนุนในสำนักกฎหมายบ้านเมือง จะเห็นได้ว่าแนวความคิดกฎหมายบ้านเมืองคือกฎหมายที่รัฐสภาหรือมนุษย์บัญญัติขึ้นเป็นสิ่งที่รัฐกำหนดขึ้นมาเองเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐและบังคับแก่คนในรัฐเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง เป็นกฎหมายที่แท้จริงมีความสมบูรณ์ในตัวเองไม่มีกฎหมายอื่นเหนือกว่า อันนี้เป็นแนวความคิดของกฎหมายบ้านเมือง สำหรับในเรื่องของนิติรัฐ ผมขอเพื่อไม่ให้ยาวความก็คือในเรื่องของนิติรัฐมีแนวความคิดผมก็ไม่ได้เรียนมาแต่จากการค้นคว้า สารสำคัญของนิติรัฐของแนวความคิดประเทศเยอรมันได้มาจากท่านศาสตราจารย์บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ท่านพูดอย่างนี้ว่าในเรื่องของหลักนิติรัฐในชีวิตลอร์ดคือระบบที่ใช้คือเยอรมันคืออะไร ก็คือต้องยอมรับว่าในระบบนี้เน้นในเรื่องของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักในเรื่องของความสำคัญ ไม่ได้มองในแง่ศาล อันนี้คือความสำคัญ ฉะนั้นอธิบายว่าหลักของนิติรัฐในกฎหมายเยอรมันแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน คือในแง่ของรูปแบบกับในแง่ของเนื้อหา รูปแบบก็คือกระบวนการ รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกับเนื้อหาว่าสอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิหรือไม่ และก็พูดถึงองค์ประกอบในรูปแบบของหลักนิติรัฐก็คือหลักของกฎหมายก็จะมียู่ ๔ ประการด้วยกัน ประการแรกคือหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าในเรื่องของนิติรัฐจะต้องมีหลักนี้อยู่ในการที่จะ

ปกครองก็คืออย่างที่ผมเรียนแบ่งแยกอำนาจคงเข้าใจแล้ว ก็มีอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ แยกออกจากกัน และก็การพิจารณาว่าการกระทำของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ขัดต่อหลักการนี้หรือไม่ ก็ให้พิจารณาเพียงว่าการกระทำนั้นกระทบต่อแก่นของการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ โดยพิจารณาเจตนาของการกระทำว่าไม่มีเจตนาร้ายที่จะขัดขวางการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็คือหมายถึงว่าจะเข้าไปแทรกแซงหรือไม่ก็ให้ดูเจตนาคุณาหรือคุณูปริมาณคือความถี่ว่าเป็นการที่แทรกแซงการใช้อำนาจหรือไม่ในเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจ คือพิจารณาในเรื่องของเจตนาในเรื่องของขนาดและในเรื่องของปริมาณ ประการที่สองหลักที่ว่ากฎหมายตามรูปแบบย่อมผูกมัดอำนาจรัฐก็คือหลักกฎหมายนิติรัฐ รูปแบบที่สองอันแรกก็คือแบ่งแยกอำนาจ แล้วว่าแทรกแซงกันหรือไม่ก็ให้ดูเจตนาขนาดและปริมาณว่าเป็นการแทรกแซงใหม่ อันที่สองก็คือหลักที่ว่ากฎหมายตามรูปแบบย่อมผูกมัดอำนาจรัฐก็คือกฎหมายที่ออกมาในระบบกฎหมายของนิติรัฐในระบบซีวิลลอว์ เขาบอกหลักที่ว่ากฎหมายย่อมผูกมัดอำนาจรัฐหรือการดำเนินงานของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องกระทำการให้สอดคล้องกับกฎหมาย หากปรากฏว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นขัดแย้งกับมาตรการของฝ่ายปกครองหรือคำตัดสินของศาล ในกรณีนี้ต้องถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายมีค่าสูงกว่า อันนี้อาจารย์บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ท่านก็เขียนในหลักกฎหมายเยอรมันก็คือในเรื่องของกฎหมายมีความสำคัญว่ากล่าวคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะเป็นสิ่งที่ถูกพิจารณาก่อนและจะเป็นเกณฑ์สำหรับพิจารณาต่อไปว่าการกระทำทางปกครองหรือคำพิพากษาของศาลสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กฎหมายได้วางไว้หรือไม่ ซึ่งในขณะที่เดียวกันฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการจะดำเนินการใด ๆ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายเป็นฐานรองรับหรือมีพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการกระทำนั้น ๆ อันนี้ก็เป็นแนวความคิดก็จะเห็นที่เขาพูดมา อันที่สามหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยศาล อันนี้เป็นหลักของนิติรัฐเหมือนกันประการที่สาม ก็คือหลักการนี้ฝ่ายตุลาการย่อมผูกมัดโดยรัฐบัญญัติและกฎหมายไม่ได้หมายความว่าทุกคนผู้พิพากษาจะต้องตัดสินตรงตามตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเคร่งครัด ผู้พิพากษามีดุลพินิจที่จะตัดสินไปตามความหมายอันแท้จริง วัตถุประสงค์ของกฎหมายได้เพื่อจะหาทางออกแต่ละคดีอย่างเป็นธรรม ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ก็สามารถหยุดการพิจารณาและนำเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ อันนี้เป็นแนวคิดของซีวิลลอว์ที่เขาจะมีข้อแก้ปัญหในเรื่องของกฎหมายขัด

ต่อรัฐธรรมนูญซึ่งต่างจากระบบคอมมอนลอว์ จะเห็นว่าศาลสูงสุดของระบบสหรัฐสามารถวินิจฉัยกฎหมายขัดกับคิวโปรเซทกับรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับไม่ได้ ข้อดีหลักความแน่นอนของกฎหมายอันนี้เป็นอันหนึ่งของหลักนิติรัฐคือหลักความแน่นอนของกฎหมายเป็นหลักที่ค้ำนึ่งถึงธรรมชาติของกฎหมาย ซึ่งกำหนดแนวความประพฤติของประชาชนคืออนอมความประพฤติของประชาชน ตลอดจนมีสภาพบังคับชัดเจนมีความแน่นอนถึงขนาดที่คนทั่วไปสามารถเข้าใจได้ กล่าวคือกฎหมายที่ใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องมีความแน่นอนและใช้การได้ก็คือเป็นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และก็พอสมควรแก่เหตุ อันนี้เป็นหลัก ๔ ประการของหลัก นิติรัฐที่เยอรมันยึดถืออย่างที่ผมเรียนคือหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักว่ากฎหมายตามรูปแบบผูกมัดอำนาจรัฐไม่ว่าฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติ หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยศาล หลักความแน่นอนของกฎหมาย สำหรับองค์ประกอบของเนื้อหาในหลักของนิติรัฐกฎหมายจะต้องมีรูปแบบอะไรในเนื้อหาที่แบ่งเป็น ๓ ประการด้วยกัน อันแรกก็คือจะต้องมีหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อันที่สองคือหลักความพอสมควรแก่เหตุก็ต้องมีความเหมาะสมในการออกกฎหมายมีหลักความจำเป็นที่จะบรรลุเป้าหมายหลักความพอสมควรแก่เหตุที่มีการชั่งน้ำหนักหรือสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ที่จะได้รับ อันที่สามก็คือหลักการให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ ก็ต้องมี ๓ หลักด้วยกัน คือในเนื้อหาถ้ามีการละเมิดทำให้เกิดความเสียหายก็จะให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ ในการออกกฎหมายนั้นต้องพิจารณาถึงหลักนี้เป็นส่วนสำคัญด้วย ตามหลักของเยอรมันนี้ก็จะมียุทธศาสตร์ประกอบอย่างที่ผมเรียน ของฝรั่งเศสเป็นอย่างไร ของฝรั่งเศสก็ได้เนื้อหาจาก ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ท่านเขียนอย่างนี้ว่า นิติรัฐในความคิดของฝรั่งเศสก็คือการที่รัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐตราขึ้น มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้ ประการแรกก็คือการกระทำขององค์กร ทุกองค์กรของรัฐต้องมีกฎหมายเป็นรากฐานไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรก็ตาม กฎหมายที่องค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือองค์กรฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจของตนกระทำการใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้ากระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้วเป็นที่ยอมรับว่าต้องมีกฎหมายให้อำนาจคือบริหารจริงแล้วเขาก็ทำได้ทั่ว ๆ ไปก็คือถ้าไม่มีกฎหมายห้ามเขาทำได้ แต่อย่างไรก็ตามถ้าไปกระทบถึงสิทธิเสรีภาพชีวิตทรัพย์สินแล้ว อันนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ อันนี้คือเป็นหลักของนิติรัฐ คือกฎหมายขององค์กร

ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจกระทำการใดโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกระทำการนั้นไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจนั้นได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และการใช้อำนาจนั้นจะต้องกระทำภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นซึ่งเป็นหลักของความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำของรัฐ ประการที่สองที่ ดร.บวรศักดิ์ท่านพูดก็คือ หากรัฐหรือองค์กรของรัฐกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่ตราขึ้นรัฐหรือองค์กรของรัฐเองก็อยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวต้องรับผิดชอบหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายจากการฝ่าฝืนนั้น จึงจำเป็นจะต้องมีกลไกและกระบวนการที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐ กล่าวคือต้องมีองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอิสระปลอดจากการแทรกแซงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร จึงจะทำให้กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีประสิทธิภาพ อันนี้เป็นระบบของฝรั่งเศส ในระบบของนิติรัฐแนวความคิดของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นต้นกำเนิดของแนวความคิดหรือแนวความคิดของฝรั่งเศสก็ดี อาจสรุปได้ว่านิติรัฐมีองค์ประกอบ ๓ ประการใหญ่ ๆ ก็คือ ต้องมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง และก็มีศักดิ์ของกฎหมายก็คือกฎหมายที่มีศักดิ์ลดหลั่นลงไปเป็นพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง พระราชกฤษฎีกา ชัดแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ นี่ถือเป็นหลักของนิติรัฐที่เขาวางไว้ อันที่สองก็คือต้องมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพไม่ได้ ข้อที่สามก็คือต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือตุลาการ และก็มี การถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยองค์กรตุลาการต้องมีความเป็นอิสระสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ อันนี้ก็โดยสรุปแล้วคือหลักนิติรัฐที่เป็นแนวคิดที่จะมุ่งควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าโดยองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตไม่ก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร โดยมีองค์กรตุลาการที่อิสระทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ความแตกต่างของหลักนิติรัฐก็คือ Legal State กับ The Rule of Law คือหลักนิติธรรม ก็คือ หลักนิติรัฐจะเน้นไปที่ความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนก็เน้นไปในเรื่องของกฎหมายซึ่งแตกต่างจาก The Rule of Law ที่ให้ความสำคัญกับความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล นี่คือการแตกต่างที่เขาเขียนที่สำคัญทั้งสองอันนี้ก็คือในเรื่องของระบบนิติรัฐกับนิติธรรม โดยศาลจะเป็นที่มาแห่งสิทธิ์ ความศักดิ์สิทธิ์ของสิทธิและเสรีภาพ

นั้น เกิดจากการที่ศาลยอมรับบังคับให้ นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังมีความหมายกว้างกว่า Rule of Law ก็ในแง่ที่ว่า จะประกอบด้วยหลักพื้นฐานย่อย ๆ ที่หลัก Rule of Law อาจจะไม่ มี เช่น หลักว่าด้วยลำดับชั้นศาลของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญต่าง ๆ พวกนี้ แต่ความแตกต่างดังกล่าวก็เป็นผลจากการพัฒนาในบริบทของสังคมที่ต่างกัน และจะมีข้อแตกต่างกันอย่างที่ผมเรียนแล้วตั้งแต่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดของผู้มีอำนาจรัฐ ก็ทั้งสองหลักไม่ว่าจะเป็นนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมก็ได้รับการพัฒนาจนมีความใกล้เคียงกันมาก ซึ่งในวงการกฎหมายไทยเองคำว่านิติรัฐกับนิติธรรมก็ใช้ควบคู่กันแม้กระทั่งในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ วรรคสอง ตอนบัญญัติก็ยังมีกรโหวตกันว่า จะใช้คำว่านิติธรรมหรือนิติรัฐ อันนี้ก็เป็นอย่าง

นอกจากคำว่านิติธรรม นิติรัฐ แล้วที่มีความใกล้เคียงกันและเป็นผลดีทั้งคู่ในการที่จะควบคุมในการบริหารการปกครองประเทศ อีกส่วนหนึ่งที่เรานำมาใช้กันมากในขณะนี้ก็คือหลักธรรมาภิบาลหรือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีที่ใช้คำว่า Good Governance อันนี้เราก็มีรัฐธรรมนูญในปัจจุบันก็มุ่งจะคุ้มครองและส่งเสริมขยายสิทธิเสรีภาพของประชาชน ลดการผูกขาดอำนาจรัฐและเพิ่มอำนาจประชาชน โดยการเมืองต้องโปร่งใสมีคุณธรรมและจริยธรรม การพัฒนาคุณภาพการบริหารจัดการภาครัฐโดยมุ่งเน้นการพัฒนากระบวนการในด้านคุณภาพให้แก่ผู้รับบริการและผู้มีส่วนได้เสียก็สอดคล้องกับกลยุทธ์หลักในการสร้างความเป็นเลิศระบบราชการ ก็มีแผนในเรื่องหลักการบริหารบ้านเมืองที่ดีโดยเราจะมีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ อันนี้มาใช้ในการปฏิบัติราชการ คำว่าธรรมาภิบาลที่พูดกันถ้าย้อนกลับไปพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงเปล่งคำว่าธรรมาภิบาล Good Governance ตั้งแต่คำนี้ยังไม่เกิดหรือยังไม่มีเมื่อหลายสิบปีมาแล้วก็คือในวันแรกที่เสด็จขึ้นครองราชย์ ดังปฐมบรมราชโองการในพระราชพิธีบรมราชาภิเษก ที่บอกว่าเราจะครองแผ่นดินโดยธรรม เพื่อประโยชน์สุขแห่งมหาชนชาวสยาม ธรรมาภิบาลนี้ผมที่ค้นมาก็แยกตามรากศัพท์ในภาษาบาลี มาจากธรรมะ+อภิ+ปาละ อภิก็คือยิ่งหรือมาก ปาละก็คือปกครองดูแล คุ้มครองรักษาต่าง ๆ ธรรมาภิบาลก็หมายถึงการปกครองดูแลหรือบริหารจัดการโดยอาศัยหลักคุณงามความดี ซึ่งพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงตั้งมั่นในหลักนี้ ผมจะกล่าวในตอนสุดท้าย คำว่า Good Governance มีคำที่ให้ความหมายในหลักธรรมาภิบาลแตกต่างกันเหมือนกัน ไม่เหมือนกันหรอก แล้วแต่วัตถุประสงค์ที่จะใช้ ยกตัวอย่างขึ้นมาว่าในคำว่า Good

Governance Civil Governance หลักธรรมาภิบาลใช้ได้ทั้งหมดทั้งรัฐและองค์กรเอกชนก็ใช้ได้ ในหลักการนี้ สำหรับธนาคารโลกใช้ คำว่า Governance ในความหมายที่แคบลงไป หมายถึงรัฐบาลที่มีประสิทธิภาพคือ efficiency และความรับผิดชอบคือ Accountability นี่คือ ความหมายของ Good Governance ของธนาคารโลก ก็คงมอบในเรื่องจะให้กู้เงินหรือไม่ สำหรับสหประชาชาติได้กำหนดหลักธรรมาภิบาลหรือ Good Governance ไว้ในการปกครอง ๘ ประการด้วยกัน อันแรกก็คือหลักการมีส่วนร่วมใช้คำว่า Participatory ก็คือการมีส่วนร่วม ของประชาชน อันที่สองคือการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม อันนี้เคยมีการปกครองหรือการบริหาร จัดการที่ดีก็ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรมก็คือ Following the Rule of Law อันที่สามคือหลัก ความโปร่งใส Transparent อันที่สี่หลักความรับผิดชอบ Accountable อันที่ห้าการมุ่งเน้น ฉันทามติคือ Consensus Oriented อันนี้หลักของสหประชาชาติ อันที่หกคือความเป็นธรรม Equitable and Inclusive อันที่เจ็ดประสิทธิภาพและประสิทธิผล Effective and efficiency อันที่แปดก็คือการตอบสนองคือ Responsive คือการตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน นั้นเอง ซึ่งอันนี้เป็นหลัก ใช้คำว่าหลักธรรมาภิบาลที่สหประชาชาติกำหนดขึ้น ๘ ประการด้วยกัน สำหรับของเราเองก็มีลองไปดูเบื้องต้นก็คือหลักการบริหารเรียกว่าหลักการบริหารกิจการ บ้านเมืองที่ดีตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๒ มีสาระสำคัญ ๖ ประการด้วยกัน อันแรกคือหลักนิติธรรม อันที่สองหลัก คุณธรรม อันที่สามก็คือหลักความโปร่งใส อันที่สี่คือหลักความมีส่วนร่วม อันที่ห้าก็คือหลัก ความรับผิดชอบ Accountability อันที่หกก็คือหลักความคุ้มค่า เรามี ๖ หลักด้วยกัน อันแรกหลักนิติ ธรรม อันที่สองหลักคุณธรรม อันที่สามหลักความโปร่งใส หลักความโปร่งใสก็คือทำให้ สังคมไทยเป็นสังคมที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารอย่างตรงไปตรงมาสามารถที่จะตรวจสอบความ ถูกต้องโดยการปรับปรุงระบบกลไกการทำงานให้มีความโปร่งใสมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวกมีระบบกระบวนการตรวจสอบประเมินผลที่มีประสิทธิภาพ ส่วน ในหลักของการมีส่วนร่วมก็อย่างที่ได้อ่านแล้วก็คือมีการเปิด โอกาสให้ประชาชนเข้าร่วมรับรู้ แสดงความคิดเห็นตัดสินใจต่อปัญหาสำคัญของประเทศได้ หลักความรับผิดชอบอย่างที่ผมเรียน แล้วว่ามีในเรื่องของ Responsibility ในเรื่องของคือพูดง่าย ๆ หน้าที่ใช้คำว่าหน้าที่ อีกอันหนึ่งก็ คือความรับผิดชอบ Accountability ก็คือต้องยอมรับผิดต้องมีความรับผิดชอบในความบกพร่องในหน้าที่ รับผิดชอบที่เราพูดกันถึงก็คือหลักความคุ้มค่า cost effectiveness economy ของเราที่ใช้ก็คือ

การบริหารจะต้องตระหนักว่ามีทรัพยากรจำกัด เพราะฉะนั้นการบริหารก็จำเป็นจะต้องยึดหลักความประหยัดและคุ้มค่ามาใช้ในเรื่องของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ตามพระราชกฤษฎีกาเรามีอีกฉบับนอกจากนั้น ปี ๒๕๔๒ แล้ว เรายังมี พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ อีกฉบับหนึ่ง ซึ่งพูดถึงเป้าหมาย อันนั้นบอกว่า จะต้องทำอะไรบ้าง ว่าการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีมีองค์ประกอบอะไรที่เรียงมานี้ ๖ ประการหลักนิติธรรม หลักคุณธรรมต่าง ๆ แต่เป้าหมายอยู่ในอันนี้ก็คือหลักเกณฑ์การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวบอกว่าการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีได้แก่การบริหารราชการเพื่อบรรลุเป้าหมายต่อไปนี้ อันนี้คือพูดถึงเป้าหมายแล้ว อันแรกก็คือเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจ ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อสถานการณ์ และประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกได้รับตอบสนองต่อความต้องการ และข้อสุดท้ายมีการประเมินผลการปฏิบัติราชการอย่างสม่ำเสมอ อันนี้อยู่ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ปี ๒๕๔๖ ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายในการบริหารว่าต้องการทำอะไรบ้าง และที่สำคัญอีกอันหนึ่งก็คือที่โยงไปก็คือในมาตรา ๘ ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ว่า เน้นเตือนให้ฟังว่าในการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีจะต้องถือประโยชน์สุขของประชาชนเป็นหลัก โดยเอาประชาชนเป็นศูนย์กลางที่จะได้รับบริการมีอยู่ ๕ ประการด้วยกัน อันนี้คงไปดูได้อยู่ในมาตรา ๘ เช่นว่า ต้องเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ เพื่อให้เกิดความผาสุกความอยู่ดีกินดีความสงบเรียบร้อยความปลอดภัยของประชาชนสอดคล้องกับแนวนโยบายของรัฐแนวนโยบายของคณะรัฐมนตรี อันนี้บอกว่าเอาประชาชนเป็นศูนย์กลางแล้วจะต้องปฏิบัติ ต่อไปต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตมีการดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ผลดีผลเสียก่อนต่าง ๆ พวกนี้ คงจะไปดูได้ สำหรับในเรื่องของการบริหาร ๗ หลักธรรมาภิบาลอย่างที่ผมเรียน เป็นแนวทางในการบริหารจัดการใช้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยยึดหลักนิติธรรมหลักความรับผิดชอบหลักคุณธรรมหลักความโปร่งใสการมีส่วนร่วมต่าง ๆ พวกนี้โดยเน้นในเรื่องของการปฏิบัติงานเพื่อพัฒนาและบริหารองค์กรได้อย่างมีประสิทธิภาพ และให้เกิดความผาสุกความเป็นอยู่ที่ดีของประชาชนต่าง ๆ และหลักอันนี้ก็เชื่อมโยงกับหลักนิติธรรมนั่นเอง เป็นหลักพื้นฐานที่สนับสนุนให้เกิดความเป็นธรรม ในสังคมขึ้น สำหรับในเรื่องของหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ผมขออ้างศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ท่านพูดถึงว่า

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ร่างขึ้นบนสถานการณ์ที่ต้องการให้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญปี ๒๕๔๐ ที่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับระบบการเมืองหลายประการแต่ยังคงยึดโยงโครงสร้างใหญ่ของรัฐธรรมนูญปี ๒๕๔๐ อยู่เป็นหลัก ซึ่งอาจจะโดยสภาพปัญหาที่เกิดจากการใช้บังคับรัฐธรรมนูญก็มีองค์ประกอบสำคัญ ๒ ส่วน ส่วนแรกก็คือปัญหาที่เกิดจากข้อบกพร่องในรัฐธรรมนูญเอง อันที่สองก็คือปัญหาที่เกิดจากข้อเท็จจริงทางการเมือง อันนี้คงจะทราบว่าเกิดปัญหาอะไรบ้าง อันนี้ก็มี การกำหนดในการยกร่างปี ๒๕๕๐ ก็กำหนดกรอบ ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไว้ทั้งหมด ๑๐ ประการด้วยกัน ประการแรกก็คือประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้ สองประเทศไทยปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย ข้อที่สามพระมหากษัตริย์อยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้จะกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางใดมิได้ ข้อสี่ประเทศไทยปกครองด้วยระบบนิติรัฐและนิติธรรม ข้อห้าประเทศไทยปกครองด้วยระบบรัฐสภา ข้อหกอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยโดยพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขใช้อำนาจทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ข้อเจ็ดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดบทบัญญัติกฎหมายใดจะขัดแย้งไม่ได้ ถ้าขัดแย้งก็เป็นอันใช้บังคับมิได้ ข้อแปดเมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบังคับก็ให้วินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ข้อเก้าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิหน้าที่เสรีภาพความเสมอภาคการมีส่วนร่วมของประชาชนอำนาจของชุมชนย่อมได้รับความคุ้มครอง และข้อที่สิบ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในพระปรมาภิไธยด้วยความเที่ยงธรรมตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อันนี้เป็นหลักที่ได้กำหนดไว้ใน การยกร่างรัฐธรรมนูญปี ๒๕๕๐ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่ออกมาแล้วที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรม ก็จะเห็นได้ชัดมีอยู่ ๒ มาตราด้วยกันที่กล่าวถึงหลักนิติธรรมก็คือมาตรา ๓ วรรคสอง การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม อันนี้ผมคัดมาจากการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญที่บันทึกเจตนารมณ์อย่างนี้ว่า เพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยคือมาตรา ๓ วรรคแรก พุทธถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจ พุทธง่าย ๆ อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่คนที่ใช้คือพระมหากษัตริย์ทรงใช้แต่ใช้ผ่านทางรัฐสภาคือออกกฎหมาย ทางคณะรัฐมนตรีในเรื่องบริหาร และทางศาลคือในการตัดสินชี้ขาดคดี วรรคสองพุทธถึงหลักนิติธรรมว่าองค์กรทั้งหมดไม่ว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจนิติบัญญัติ

อำนาจบริหาร หรืออำนาจ ตุลาการ รวมทั้งองค์กระอิสระทั้งหลายต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม เหตุผลตรงนี้บอกวามตรา ๓ บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการกำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรมสามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับไม่ได้ อันนี้เป็นแนวความคิดของผู้ร่างว่าวัตถุประสงค์ของการยก ร่างหมายควมว่าอะไร อีกมาตราหนึ่งที่พูดถึงหลักนิติธรรมก็คืออยู่ในมาตรา ๑๘ (๖) บอกว่ารัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดินดังต่อไปนี้ (๖) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายพูดถึงหน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นอิสระเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม ก็จะมีสองมาตราที่มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่หลักนิติธรรมอย่างที่ผมเรียนไม่ใช่มีเฉพาะสองมาตรานี้หรอก บัญญัติอีกยี่สิบห้า แต่ความจริงแล้วบทบัญญัติในเรื่องของหลักนิติธรรมยังมีอยู่ในมาตราอื่น ๆ อีกมากมายเหลือเกิน ยกตัวอย่างเช่น มาตรา ๔ สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง นี่ถือเป็นหลักนิติธรรมที่จะต้องมีการรับรอง มาตรา ๓๐ บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นภาษีเงินได้ที่ให้ชายเสียคนเดียวเอามารวมก็ไม่ถูกต้อง ท่านก็ตัดสินใจไปแล้ว อันนี้ก็มาจากมาตรา ๓๐ ต่อไปก็คือการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม Discrimination อันนี้ก็เช่นกันก็เป็นหลักเกณฑ์ในหลักของนิติธรรมเลือกปฏิบัติไม่ได้ต้องเสมอภาคกัน จะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานแห่งกฎหมาย อันแรกก็คือเทิดทูนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยอมรับสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุมโดยเท่าเทียมกันก็จะเห็นว่าบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในเรื่องของหลักนิติธรรมย่อย ๆ ต่าง ๆ ที่เขียนไว้ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือปี ๒๕๕๐ มาตรา ๓ พูดถึงการแบ่งแยกอำนาจเป็น ๓ ฝ่าย คือนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ผู้ที่ใช้อำนาจคือพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจแต่โดยผ่านองค์กรต่าง ๆ อย่างที่ผมทำความเข้าใจไปแล้ว ประเทศที่มีการปกครองตามหลักนิติธรรมหรือนิติรัฐก็จะมี การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยให้เกิดความสมดุลกัน โดยเฉพาะสำหรับอำนาจตุลาการก็จะมีบัญญัติที่น่าสนใจคือในมาตรา ๑๘๗ ที่บัญญัติขึ้นมาว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

เป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ วรรคสองผู้พิพากษาคตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้องรวดเร็วและเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ วรรคสามก็เป็นการโยกย้ายต่าง ๆ ต้องได้รับความยินยอม จะเห็นได้ว่าข้อสังเกตอย่างในมาตรา ๑๕๗ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตรงกับหลักนิติธรรมก็คือในเรื่องของการพิจารณาพิพากษาของศาลจะต้องเป็นไปโดยยุติธรรมตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ที่สำคัญที่ดึงข้อสังเกตตรงนี้อันแรกคือว่า ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นฉบับแรกที่บัญญัติถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม มีคำว่ายุติธรรม รัฐธรรมนูญที่ใช้มาตลอดไม่มีคำนี้คือจะใช้บอกว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายในพระปรมาภิไธยแต่เราเติมคำว่ายุติธรรมขึ้นมา ศาลเองผู้ใช้อำนาจตุลาการก็คงจะปฏิบัติอย่างไรในการแปลมาตรา ๑๕๗ ต่อไป คงจะต้องมีบทบาท ส่วนวรรคสองเป็นหลักของ Rule of Law คือความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ ส่วนอันที่สามคือเป็นเรื่องของหลักประกันความเป็นอิสระ นั่นเองคือการโยกย้ายต่าง ๆ พวกนี้จะทำไม่ได้ถ้าไม่ได้รับความยินยอมเว้นแต่จะมีเหตุอื่นตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งก็มีเหตุผลที่จำกัดไว้เช่นในเรื่องของใช้คำว่าอยู่ระหว่างการดำเนินการทางวินัยคดี ดำเนินคดีอาญาต่าง ๆ จะต้องให้พ้นจากตำแหน่งไปก่อน ตรงนี้ที่ผมอยากจะนำเรียนก็คือในเรื่องของอำนาจตุลาการที่ศาลเป็นผู้ใช้รัฐธรรมนูญที่บัญญัติคำว่ายุติธรรมขึ้นก็ทำให้จะต้องพิจารณาว่าคำนี้มีความหมายอย่างไรที่จะต้องทำต่อไปในการที่จะแปลกฎหมาย คำว่ายุติธรรมอย่างที่ผมเรียนไว้ ที่ตราไว้ในมาตรา ๑๕๗ ไม่เคยมีในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ศาลสามารถที่จะนำมาใช้เพิ่มเติมนอกเหนือจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้แค่ไหนเพียงไรเป็นเรื่องที่จะต้องนำมาพิจารณากันต่อไป เพราะว่าคำ ๆ นี้เกิดขึ้นมาในคราวนี้ มักมี ข้อโต้เถียงกันมาตลอดอย่างที่ผมนำเรียนว่าระหว่างกฎหมายกับความยุติธรรมอะไรจะมาก่อนกัน ตรงนี้ที่จะต้องเป็นเรื่องที่ศาลจะต้องมาวิเคราะห์ รัฐธรรมนูญในปัจจุบันในแง่นิติศาสตร์เห็นกันว่ากฎหมายต้องมาก่อนโดยถือหลักความสูงสุดของกฎหมาย แต่ถ้ากฎหมายหรือการบังคับใช้นั้นก่อให้เกิดความยุติธรรมก็เป็นกรณีที่ศาลจะต้องนำหลักความยุติธรรมมาใช้ให้เหนือกว่าหลักกฎหมายนี่ก็เป็นแนวคิดอันหนึ่งที่น่าเสนอเพื่อจะสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นซึ่งการนำหลักความยุติธรรมมาใช้ก็ต้องใช้เป็นรายกรณี และเมื่อนำมาใช้ก็ต้องมีเหตุมีผลเป็นที่ยอมรับได้สำหรับวิญญู

ชนทั่วไปที่มีเหตุผลว่าการวินิจฉัยนั้นเป็นธรรมหรือยุติธรรม อันนี้ก็ทำนองเดียวกับ Lord Denning ที่เคยกล่าว ในเรื่องของหลักความยุติธรรมก็คือเป็นเรื่องของเหตุผลที่ใช้คำว่าวิญญูชนที่มีเหตุผลมีผลก็เชื่อว่าเป็นความยุติธรรม อันนี้เป็นแนวคิดอันหนึ่งว่าคำว่ายุติธรรมในตัวบทที่ศาลจะต้องวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายมีหลักความยุติธรรมจะใช้ได้แค่ไหนเพียงไร ผมยกตัวอย่างเรื่องเบลีคสโตนที่พูดมาท่านก็เห็นอันนี้หลักกฎหมายกับความยุติธรรม ถ้าให้คนที่ไปตัดสินคดีที่ตัวเองมีส่วนได้เสียอยู่ชัดกับหลักความยุติธรรม อันนี้จะแปลได้หรือไม่กี่คงจะเป็นเรื่องที่พิจารณาต่อไป ในเรื่องของสถาบันตุลาการผมใช้คำว่าเป็นผู้ที่มีส่วนสำคัญในเรื่องของหลักนิติธรรมเพราะว่าในหลักของนิติธรรมจะเน้นโดยเฉพาะในระบบกฎหมายอังกฤษหรือกฎหมายคอมมอนลอว์จะเน้นในเรื่องศาลจะเป็นผู้ที่อยู่แลในเรื่องหลัก The Rule of Law หรือหลักของความยุติธรรม ซึ่งในส่วนนี้ความสำคัญของตุลาการ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวก็ทรงมีพระบรมราชโองการเมื่อครั้งที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษาเข้าเฝ้าเพื่อถวายสัตย์ปฏิญาณในการเข้ารับหน้าที่ ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน เมื่อปี ๒๕๕๑ ความตอนหนึ่งว่า บ้านเมืองต้องมีผู้พิพากษาต้องมีผู้รักษาความยุติธรรมต้องมีศาลเพื่อรักษาความยุติธรรมนี้เป็นสิ่งสำคัญเพราะว่าในบ้านเมืองถ้าไม่มีความยุติธรรมบ้านเมืองก็จะล่มจม ก็จะเห็นว่าความสำคัญของหลักนิติธรรมโดยศาลจะเป็นผู้ดูแลก็มีบทบาทอันหนึ่ง อย่างไรก็ตามศาลก็ต้องมี ผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระเป็นกลาง มีเกียรติมีความเที่ยงธรรมและมีความรู้ความสามารถอยู่ด้วย อันนี้ก็กันไปตาม Bangalore Principles of Judicial Conduct หลัก Bangalore Principles ก็คงจะทราบหลักของ Bangalore กำหนดหลักของตุลาการที่ดีที่จะต้องมี ๖ ประการด้วยกัน อย่างที่ ผมเรียนที่เขียนไว้ในนี้ อันแรกก็คือมีความเป็นอิสระ มีความเป็นกลาง มีเกียรติศักดิ์ มีความประพฤติที่ดี มีความรู้ความสามารถต่าง ๆ นี่เป็นหลักของบังกรอซึ่งเป็นหลักของตุลาการ ผู้พิพากษาทั่วโลกมาประชุมกันที่ Bangalore ประเทศอินเดีย และก็มิมติว่าตุลาการจะต้องมีลักษณะอย่างนี้ ที่สำคัญก็คือว่าพวกนี้จำเป็นถ้ามีไม่ครบหรือมีขาดแล้วจะทำให้เกิดความเสื่อมศรัทธาในองค์กร เสาหลักที่จะมีอยู่ก็ไม่ได้ได้รับความเชื่อถือก็จะเป็นปัญหาในเรื่องของการปกครองตามมา สำหรับในเรื่องของความยุติธรรมที่ใช้อยู่ก็ต้องถือว่าเป็นหัวใจของหลักนิติธรรมและก็เป็นหัวใจของวิชาชีพตุลาการ ผมเชื่อว่าเป็นความหวังของทุกคนในสังคมไม่ว่าจะเป็นคนร้ายคนยากจนต่าง ๆ ก็ต้องการความยุติธรรมทั้งนั้น สำหรับในเรื่องของหลักนิติธรรมเมื่อได้รวมแนวความคิดทั้งสองด้านแล้ว ในด้านหนึ่งเน้นในเรื่องกฎหมายกฎหมายเป็นหลัก อีกด้านหนึ่งก็มองในเรื่องของศาล

เป็นหลัก ก็พอสรุปหลักได้ว่า หลักนิติธรรมจะต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมายก็คือ Government of Law not Government of Men และรัฐเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย ข้อสองการดำเนินการของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน การใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพร่างกายและทรัพย์สินต้องมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะและมีอยู่ในกรอบของกฎหมาย นี่คือนิติธรรม การบังคับใช้กฎหมายต้องเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ข้อสี่ก็คือกฎหมายต้องออกโดยประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนเพื่อประโยชน์ของประชาชนมีความยุติธรรมเป็นสากลไม่เลือกปฏิบัติมีความแน่นอนและประกาศใช้โดยเปิดเผย นี่คือนิติธรรม ข้อห้ามีการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และตุลาการ ข้อหกก็คือต้องมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสามารถใช้สิทธิเสรีภาพนั้นอย่างแท้จริง โดยเฉพาะความเสมอภาคเสรีภาพในการนับถือศาสนา ในการพูดในการชุมนุมและในการรวมตัว ข้อเจ็ดก็คือการใช้อำนาจรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องสามารถตรวจสอบควบคุมได้ ข้อแปดคือมีฝ่ายตุลาการที่เป็นอิสระควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และข้อเก้าคือการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ต้องยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายประกอบกับหลักความเป็นธรรมหลักความถูกต้องชอบธรรมและหลักพื้นฐานของกฎหมายอื่น ๆ ด้วย อันนี้ก็เป็นแนวสรุปของหลักนิติธรรมที่รวมแนวความคิดต่าง ๆ จากหลายสาขามาสรุปก็จะมีแนวโน้มอยู่ตรงนี้ ๕ ประการ สุดท้ายตัวอย่างที่ดีที่สุดผมต้องเรียนว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงเป็นแบบอย่างของการปกครองโดยยึดหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาลอย่างยิ่ง ที่สำคัญก็คือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงปกครองประชาชนซึ่งเป็นประสกนิกรด้วยจิตใจและด้วยความรักไม่ได้ปกครองด้วยเหตุผลอื่น พระองค์ทรงยึดมั่น อันแรกจะเห็นในหลักนิติธรรมคือยึดมั่นในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างเคร่งครัด ผมขอกว่าอีกครั้งอย่างที่เคยได้พูดไปแล้วว่าเคยมีพระราชดำรัสในโอกาสที่ประธานศาลฎีกานำผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรมเข้าเฝ้าเมื่อปี ๒๕๔๘ ตรงนี้ที่แสดงให้เห็นว่าพระองค์ท่านทรงยึดมั่นในกฎหมายในหลักกฎหมาย ท่านบอกว่า มาตรา ๗ มีสองบรรทัดอะไรที่ไม่มีในรัฐธรรมนูญก็ปฏิบัติตามประเพณีหรือที่เคยทำมา แต่ใน มาตรา ๗ นั้นไม่ได้บอกว่าพระมหากษัตริย์สั่งได้ไม่มี ลองไปดูมาตรา ๗ เขียนว่าไม่มีบทบัญญัติแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ไม่ได้บอกว่ามีพระมหากษัตริย์ที่

จะมาสั่งการได้ และขอยืนยันว่า ไม่เคยสั่งการอะไรที่ไม่มีกฎหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย พระราชบัญญัติต่าง ๆ ทำถูกต้องตามรัฐธรรมนูญทุกอย่าง พระมหากษัตริย์รัชกาลที่ ๕ ไม่เคยทำอะไรตามใจชอบตั้งแต่เป็นมา มีรัฐธรรมนูญหลายฉบับแล้วก็ทำมาหลายสิบปีไม่เคยทำอะไรตามใจชอบถ้าทำไปตามใจชอบ ก็เข้าใจว่าบ้านเมืองล่มจมมานานแล้ว นี่ก็คือหลักนิติธรรมที่พระองค์ท่านยึดไว้ อันที่สองตัวอย่าง ก็คือ พระองค์ทรงยึดมั่นในหลักการเหตุผลและความถูกต้อง ผมขอยกตัวอย่าง ตอนนั้นเมื่อครั้ง สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติผ่านร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ ตอนนั้น นำทูลเกล้าถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ในมาตรา ๑๐๗ ในร่างรัฐธรรมนูญปี ๒๕๑๗ ตอนนำเสนอพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โดยมาตรา ๑๐๗ วรรคสอง บัญญัติว่า ให้ประธานองคมนตรีรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไม่ทรงเห็นด้วยแต่ก็ไม่ได้ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งโดยตรง หากแต่ได้มีบันทึก พระราชกระแสต่อท้ายร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า ตามมาตรา ๑๐๗ วรรคสอง แห่งร่างรัฐธรรมนูญนี้ บัญญัติให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภานั้น ไม่ทรงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่ง เพราะประธานองคมนตรีเป็นผู้ที่พระมหากษัตริย์ทรงเลือกและแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัยตามความในมาตรา ๑๖ เป็นการขัดกับหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือทางการเมือง ทั้งจะทำให้ประธานองคมนตรีอยู่ในสภาพเหมือนเป็นองค์กรทางการเมืองซึ่งขัดกับมาตรา ๑๗ ด้วย อันนี้ก็จะเห็นว่า และหลังจากนั้นก็ปรากฏว่าท่านทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญปี ๒๕๑๗ แต่หลังจากนั้นทางสภา ก็แก้ไขทันที มาตรานี้ว่า ไม่ใช่แล้วเป็นท่านอื่นแล้ว ที่ลงนามสนองพระบรมราชโองการ ประการนี้อยากจะเน้นก็คือว่าในเรื่องของการปฏิบัติพระองค์ท่านทรงยึดมั่นในหลักการและบทบาทของรัฐธรรมนูญโดยที่ชัดเจนอันหนึ่งคือการใช้อำนาจบริหารก็เช่นเดียวกัน ก็คงใช้ในรูปแบบของรูปแบบเท่านั้นเอง แต่ในเรื่องเนื้อหาพระองค์ท่าน จะไม่แตะต้อง อันนี้ก็เป็นที่ไปตามหลักการในรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแล้วผู้ที่ถวายคำแนะนำ และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการต้องเป็นผู้รับผิดชอบทั้งกฎหมายและในเรื่องการเมือง ที่สำคัญอันสุดท้ายก็คือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงยึดความเป็นธรรมเป็นที่ตั้งสอดคล้องกับ พระปฐมบรมราชโองการในคราวที่เข้าพิธีบรมราชาภิเษก และหลักธรรมที่ดั่งมั่นก็คือสังคหวัตถุจักรวรรดิวัตรและทศพิธราชธรรม ซึ่งหลักธรรมต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นี้ พระองค์ท่านทรงดำรงและปฏิบัติมาตลอดโดยทศพิธราชธรรมในข้อ ๑๐ ในเรื่องของ

ความเที่ยงธรรม ความหนักแน่น คืออวิโรหัง คือความเที่ยงธรรมความหนักแน่นหรือความถูกต้องเที่ยงธรรมเป็นหลัก ไม่เอนเอียงหวั่นไหวด้วยคำพูดอารมณ์หรือลากสักการะใด ๆ โดยตั้งมั่นอยู่ในประเพณีไม่ประพฤติกิริยานวัตรทั้งทางนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ อันนี้ก็เป็นหลักซึ่งผมอยากให้เห็นพระปรีชาสามารถของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ในพระราชดำรัสองค์หนึ่งซึ่งเป็นหลักของการปกครองเป็นตัวอย่างของการปกครองประเทศไทยที่ดีที่พระองค์ท่านตระหนักและเน้นในเรื่องของอำนาจตุลาการ ท่านมีพระราชดำรัสอย่างนี้ว่า สถาบันตุลาการนั้นถือเป็นสถาบันหนึ่งในสามสถาบันการปกครองคือสถาบันนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ท่านก็เป็นส่วนหนึ่งในสามสถาบันซึ่งเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ถ้าท่านได้ทำด้วยดีก็หมายความว่าประเทศชาติไปรอด เป็นที่น่าสังเกตว่าตรงนี้ สถาบันบริหารนั้นต่อเนื่องมาจากสถาบันนิติบัญญัติตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ก็คงใช่เพราะฝ่ายนิติบัญญัติก็เลือกฝ่ายบริหารมาเป็นรัฐบาล ส่วนสถาบันตุลาการนั้นเป็นสถาบันเอกเทศและเป็นสถาบันที่สมควรรักษาความเป็นเอกเทศนั้น เพื่อที่จะให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชน จึงเป็นสถานที่เป็นที่พึ่งของประชาชนที่จะคิดว่าประเทศเรามีชื่อมีแป ทำให้สบายใจว่าถ้ามีเหตุการณ์ ใด ๆ เกิดขึ้น จะมีผู้ที่จะช่วยให้ได้รับความยุติธรรม ท่านก็วิเคราะห์เรียบร้อยตามรัฐธรรมนูญว่า สถาบันนิติบัญญัติกับบริหารเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน แต่ตุลาการเป็นอิสระ เพราะฉะนั้นต้องรักษาความเป็นอิสระให้ได้อย่างไปเชื่อมโยงกัน อันนี้ก็พยายามที่จะเน้น ตามพระราชดำรัสดังกล่าว ก็จะเห็นในเรื่องของความยุติธรรมที่ดี ในเรื่องของความเที่ยงธรรมในการปกครองประเทศก็ถือเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม นอกจากนั้นก็ยังมีพระบรมราโชวาทหลายองค์ที่เน้นในเรื่องของความยุติธรรม ที่สำคัญตรงนี้ในตอนสุดท้ายนี้ที่บอกว่า บ้านเมืองต้องมีผู้รักษาความยุติธรรมต้องมีศาลเพื่อรักษาความยุติธรรมเป็นสิ่งสำคัญเพราะว่าถ้าบ้านเมืองถ้าไม่มีความยุติธรรม บ้านเมืองก็จะล่มจม สำหรับกฎหมายนั้นเป็นเพียงวิถีทางหรือเครื่องมือที่จะนำไปสู่ความยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องรักษาความยุติธรรมเป็นสำคัญไม่ใช่รักษากฎหมายซึ่งเป็นเพียงเครื่องมือนำไปสู่ความยุติธรรมเป็นสำคัญ ความยุติธรรมจึงต้องมาก่อนและอยู่เหนือกฎหมาย อันนี้เป็นพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่เน้นในเรื่องของความยุติธรรม และทางองค์กรฝ่ายตุลาการก็คงจะรับมาเหนือเกล้าที่จะมาพิจารณาโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็จะมียุติธรรมในเรื่องของความยุติธรรมอย่างที่ผมได้ตั้งข้อสังเกตว่า เราจะปรับใช้ได้แค่ไหนเพียงใดในการที่จะดำเนินการต่อไป”

ในกรณีนี้เอง ผู้เขียนเห็นว่ายังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยที่ได้มีการตรากฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้นั้นมีอยู่ที่ใดบ้างที่เราใช้คำว่า “นิติธรรม” ก็พบว่าในรัฐธรรมนูญทุกฉบับไม่มีการบัญญัติคำว่านิติธรรมไว้แต่อย่างใด ยกเว้นแต่ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ ที่บัญญัติให้ใช้หลักการดังกล่าวสรุปได้ว่าการใช้คำว่า “นิติธรรม” มีการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ ดังนั้นจึงต้องกลับไปดูในเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยละเอียดได้ความว่า

“มาตรา ๓ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

เจตนารมณ์ กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้การใช้อำนาจอันนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

หมายเหตุ

๑. วรคหนึ่ง คงเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

๒. หลักการดังกล่าวนี้ มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ เป็นครั้งแรก โดยเปลี่ยนแปลงคำว่า “มาจาก” เป็นคำว่า “เป็นของ” ปวงชนชาวไทย

๓. หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของก

มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat / Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งมีหมายความรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

๑. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ

๒. หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

๓. หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

๔. หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน

๕. หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

๖. หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)

๗. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน ๒ ประการ คือ

๑. ถ้าไม่มีกฎหมายเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

๒. หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

หลังจากที่ได้ศึกษาทำความเข้าใจในเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว จึงจำเป็นต้องค้นหาความหมายและรูปแบบการใช้งานที่แท้จริงต่อไปดังนี้

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้คำแปลของ “นิติธรรม” ไว้ว่า “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย”

คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมาย

พลาโต (Plato) ได้เสนอว่า “กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้”

อาริสโตเติล (Aristotle) ได้เสนอว่า “การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม” (..the rule of law, ..preferable to that of any individual)

อัลเบิร์ต เวนน์ ไดซี (Albert Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ด ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law มีความสำคัญ ๓ ประการ คือ

๑. ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราชย์
๒. บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย
๓. รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้น มิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากเป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย

ลอร์ดจูลฟี (Lord Chief Justie) ให้ข้อเสนอแนะว่า สังคมใดก็ตามจะอยู่ได้ด้วยความสะดวกสุขโดยอาศัยหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมมีกฎเกณฑ์อย่างไรบ้างย่อมแล้วแต่สถานการณ์ในแต่ละสังคมเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้อย่างกว้างๆว่า อย่างน้อยที่สุดในสังคมนั้นควรจะมี

๑. ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคลซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน

๒. ผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ และเป็นผู้มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้

๓. หลักการนั่งพิจารณาคดีและตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร

๔. วิธีการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษา

๕. วิธีพิจารณาคดีของศาลที่เที่ยงธรรมและมีเหตุผล

๖. กฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยต้องมีความแน่นอน ชัดเจน มีความพอดีและเป็นธรรม

ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้เสนอแนวทางที่หลักนิติธรรมได้พัฒนามาเป็นเวลานาน และเป็นแนวทางสายกลางในเบื้องต้นว่า “หลักนิติธรรม ก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เกิดทุกศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราษฎ์ หากมีข้อพิพาทใดๆเกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้น โดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”

หลักนิติธรรมที่ได้พัฒนามาเป็นเวลานาน จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย บทบาทศาล กระบวนการยุติธรรมในทุกๆขั้นตอน หรือการบริหารราชการแผ่นดินในทุกระดับ ล้วนมีหลักการหรือหัวใจของเรื่องอันเดียวกันทั้งสิ้น คือต้องตั้งอยู่ในความถูกต้องและชอบธรรม ซึ่งสอดคล้องกับหลักธรรมของไทยประการหนึ่งที่ยึดถือเป็นหลักในการปกครองประเทศมาทุกยุคทุกสมัย หลักธรรมนั้นก็คือ หลัก “วิโรชน” หรือ “ความไม่คลาดธรรม” หลักธรรมประการที่ ๑๐ ในทศพิธราชธรรมนั่นเอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติธรรมของนานาประเทศในปัจจุบัน

สหรัฐอเมริกาได้รับเอาแนวคิดเรื่องกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ และได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และกฎหมายฉบับต่างๆ ซึ่งให้ความสำคัญแก่หลักกระบวนการถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักประกันสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนทางกฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงความ

คุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆด้วย เช่น กฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฯลฯ

หลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายจะมีความหมายแค่ว่า The Rule of Law เพราะหลักกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมายมุ่งเน้นไปที่กระบวนการและวิธีปฏิบัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาและจำเลยในกระบวนการยุติธรรมเป็นสำคัญ

หลักนิติรัฐ เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาพพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสอันเป็นต้นกำเนิดของหลักนิติรัฐ โดยรัฐที่จะถือว่าเป็นนิติรัฐได้นั้นต้องมีองค์ประกอบสำคัญอย่างน้อย ๓ ประการคือ

๑. ต้องมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ
๒. ต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ
๓. ต้องมีการกำหนดของเขตของอำนาจไว้อย่างชัดเจน โดยมีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น ๓ ฝ่าย คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ

หลักนิติรัฐมีความแตกต่างกับ the rule of law คือ หลักนิติรัฐจะเน้นไปที่ความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชน ซึ่งแตกต่างจาก the rule of law ที่ให้ความสำคัญกับความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล โดยศาลเป็นที่มาแห่งสิทธิ ความศักดิ์สิทธิ์ของสิทธิและเสรีภาพนั้น เกิดจากการที่ศาลยอมรับบังคับให้

แม้จะมีข้อแตกต่างกันบางประการ แต่สาระสำคัญของทั้งสองหลัก มุ่งไม่สู่จุดเดียวกัน คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดของผู้มีอำนาจรัฐนั่นเอง

สรุป อย่างไรก็ตามก็แสดงให้เห็นได้ว่าเป็นความพยายามของคณะผู้ร่างกฎหมายที่ได้พยายามที่จะสรรหาคำที่เหมาะสมกับการแก้ปัญหาตามที่เกิดขึ้นปัญหาของบ้านเมืองในขณะนั้นจึงเกิดคำใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนคือคำว่า “นิติธรรม” ในความหมายที่ต้องการที่จะให้ได้ว่าผู้นำประเทศ

ที่มีคุณสมบัติสมบูรณ์แบบเป็นนักปกครองที่ดีที่สุดตามหลักปรัชญาแนวความคิดของเพลโต (ซึ่งต้องการที่จะหาผู้นำที่เป็นคนเก่งและเป็นคนดีมีคุณธรรมปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่ท้ายที่สุดเพลโตก็ไม่สามารถที่จะหาคนที่สมบูรณ์แบบที่จะเป็นราชาปราชญ์ในอุดมการณ์ดังกล่าวได้) โดยที่มองเพียงการใช้คำที่มีความหมายตามที่ต้องการให้ประเทศชาติเดินไปตามนั้น แต่ในอีกมุมหนึ่งพิจารณาเห็นว่าเป็นการใช้คำเพื่อเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในการเลือกใช้รูปแบบของระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยจาก ซีวิล ลอร์ ไปเป็นระบอบประชาธิปไตยแบบคอมมอน ลอร์ เพราะความแตกต่างโดยสิ้นเชิงตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น เป็นการขัดต่อหลักการที่เราได้ประกาศว่าประเทศไทยเป็นประเทศประชาธิปไตย ที่ใช้หลักการของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นหลักการแบบ โรมานอเยอร์มานิค ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรา ๑ และมาตราอื่น ๆ จึงสามารถสรุปได้ว่าเป็นเริ่มต้นแห่งความขัดแย้งของนักกฎหมายที่มีอำนาจในการตรากฎหมายในรัฐสภาเพราะเป็นการขัดแย้งที่จะไม่สามารถหาข้อยุติได้เลยเพราะเป็นสิ่งที่ดีที่สุดในสองแนวทางซึ่งทั้งสองฝ่ายนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการถกเถียง และในขณะเดียวกันประชาชนรวมถึงนักศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยก็เกิดความสับสนในกระบวนการและนี่ไม่ถึงประเด็นนี้

แม้แต่ในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเองก็ได้รับผลกระทบในเรื่องนี้เช่นกัน โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ยึดถือตามตัวบทบัญญัติที่กล่าวแล้วคือ “หลักนิติธรรม” ในขณะที่ศาลอื่นยังคงยึดถือตามหลัก “นิติรัฐ” ความแปลกแยกดังกล่าวจึงนำมาสู่การปฏิเสธไม่ยอมรับคำตัดสินของศาล โดยเฉพาะในคดีการเมืองซึ่งเมื่อศาลตัดสินแล้วมีผลผูกพันต่อทุกองค์กร จึงมีผลกระทบเป็นวงกว้างในอันที่สร้างความแตกแยกในสังคมโดยรวม ทั้งหมดนี้ไม่ใช่ความผิดของใครเลยแต่เป็นความหวังดีต่อบ้านเมืองทั้งสิ้น เราจึงควรที่จะหันหน้ามาพูดคุยกันเพื่อหาทางออกให้กับประเทศชาติไม่ให้อบอวลไปมากกว่านี้ด้วยวิธีการแบบไทย ๆ ให้ได้หลักการที่เป็นแบบของเราเองและทุกคนทุกฝ่ายให้การยอมรับว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุดสำหรับคนไทย ไม่สุดโต่งตามแบบต่างชาติจนลืมความเป็นไทย

ข้อเสนอแนะ

๑. เห็นควรให้นักกฎหมายในทุกระดับได้ร่วมกันสังคายนาระบบกฎหมายไทยเสียใหม่ให้เป็นข้อยุติว่าจะให้เป็น ระบบประชาธิปไตย แบบซีวิล ลอว์ หรือ คอมมอน ลอว์ ในขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงระบบศาลแล้วก็ให้ข้อยุติด้วยว่าจะเป็นระบบ ศาลเดี่ยว หรือระบบศาลคู่ รวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆว่าจะให้ใช้อำนาจอะไรคือ นิติบัญญัติ บริหารหรือตุลาการ หรือจะเรียกว่าอำนาจกึ่งตุลาการ

๒. เห็นควรให้มีการสังคายนาระบบการเรียนการสอนวิชากฎหมายของไทยเสียใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งการบริหารราชการแผ่นดิน การปกครอง การศาล

๓. ความขัดแย้งของชาติจำเป็นต้องให้จบลงในรัฐสภา โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อให้ประเทศชาติเดินหน้าต่อไป โดยการที่จะต้องให้ประชาชนได้รับการพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ชาญชัย แสวงศักดิ์,ดร. *กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ* กรุงเทพฯ

บริษัทวิญญูชนจำกัด ๒๕๕๓

ชาญชัย แสวงศักดิ์,ดร. *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* กรุงเทพฯ บริษัทวิญญูชนจำกัด ๒๕๕๓

นกรินทร์ เมฆไตรรัตน์,ศาสตราจารย์ ดร. *เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติธรรมเพื่อ*

ประชาธิปไตย(นธป.)รุ่นที่ ๑ หัวข้อวิชาหลักนิติธรรมกับรัฐและสังคมประชาธิปไตย

กรุงเทพฯ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา ๒๕๕๖

ธานินทร์ กรีวิเชียร *ระบอบประชาธิปไตย* กรุงเทพฯ โรงพิมพ์คุรุสภา ๒๕๒๐

ปรีดี เกษมทรัพย์,ศาสตราจารย์ ดร. *นิติปรัชญา* กรุงเทพฯ บริษัทวิญญูชนจำกัด ๒๕๕๓

พระพรหมคุณาภรณ์(ป.อ.ปยุตโต) *ประชาธิปไตยจริงแท้คือแคไหน* กรุงเทพฯ สนง.

คณะกรรมการการเลือกตั้ง ๒๕๕๔

พลตรี กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ *หนังสืออนุสรณ์นิติศาสตร์ ๒๕๒๑* กรุงเทพฯ

คณะกรรมการนักศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๒๑

พลตรี กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์ *ชุมนุมพระนิพนธ์ชุดวิทยาวรรณกรรม* กรุงเทพฯ

เสรีวิทยุบรรณาการ ๒๕๑๘

สมยศ เชื้อไทย,รองศาสตราจารย์ *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* กรุงเทพฯ บริษัทวิญญูชนจำกัด

๒๕๕๓

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน

Public Law นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ๒๕๕๕

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้น

เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป *General Principle of Law* นนทบุรี มหาวิทยาลัย

สุโขทัยธรรมาธิราช ๒๕๕๕

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสิ่งแวดล้อม

Environmental Law นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ๒๕๕๕

สำนักงานศาลปกครอง ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ สำนักงานศาล

ปกครอง ๒๕๔๗

สำนักงานศาลปกครอง หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส กรุงเทพฯ สำนักงานศาลปกครอง ๒๕๔๗

สำนักงานศาลปกครอง หลักประกันสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กรุงเทพฯ สำนักงานศาล

ปกครอง ๒๕๕๔

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ การปาฐกถาพิเศษเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระ

ชนมพรรษา ๗ รอบ ๕ ธันวาคม ๒๕๕๕ กรุงเทพฯ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๕

อมร จันทรสมบูรณ์,ดร. เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย

(นรป.) รุ่นที่ ๑ หัวข้อวิชากฎหมายมหาชนกับทิศทางของประเทศไทย กรุงเทพฯ สถาบัน

รัฐธรรมนูญศึกษา ๒๕๕๖

อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ,ศาสตราจารย์ เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติธรรมเพื่อ

ประชาธิปไตย(นธป.)รุ่นที่ ๑ หัวข้อวิชาหลักนิติธรรมกับการเมืองการปกครองในระบอบ

ประชาธิปไตย กรุงเทพฯ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา ๒๕๕๖



บทความทางวิชาการเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

เรื่อง หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย

โดย

พลโทปานศิริ มีผล

นรป. ๑ เลขประจำตัว ๒๒๐๑๕๖

เสนอบทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อ
ประชาธิปไตย

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เดือนมีนาคม พุทธศักราช ๒๕๕๖

