



เอกสารวิชาการ

หัวข้อ : หลักนิติธรรม

เรื่อง : หลักนิติธรรม : ชื่อนี้สำคัญไฉน

จัดทำโดย

รศ.ดร. เจษฎ์ โทณะวณิก

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรม: चीนี้สำคัญไฉน

๑. บทนำ

ความเข้าใจในกฎหมายเป็นสิ่งที่ประชาชน ราชกร หรือพลเมืองทุกคนพึงมี ซึ่งการกล่าวเช่นนี้อาจจะเป็นที่น่าสงสัย เนื่องจากในสังคมคนมักจะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างกันเสมอว่า “ผู้ไม่รู้ ย่อมไม่ผิด” ซึ่งโดยวาหะอันเป็นการดำเนินชีวิตของพวกเราชาวบ้าน ชาวเมืองกัน ก็อาจจะเป็นได้เป็นปัญหาอะไรมากมายนัก นอกเสียจากความวุ่นวายในการดำรงชีวิตหากทุกคนต่างก็กล่าวอ้างความไม่รู้เพื่อเป็นข้อแก้ตัวกันเสียหมด แต่ในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเรายกเอาบ้านเมือง หรือรัฐ (state) อันเป็นที่รวมกันอยู่ของชนชาติ (nationality) ของประเทศหนึ่งประเทศใดขึ้นเป็นที่ตั้ง คนที่อาศัยอยู่ หรือเข้ามามีปฏิสัมพันธ์ในทางหนึ่งทางใดกับรัฐหนึ่งรัฐใด จะถูกสันนิษฐานโดยกฎหมายว่า เป็นผู้รู้กฎหมาย ซึ่งโดยการสรุปอย่างรวบรัด ก็คือ การที่กฎหมายทุกฉบับนั้นจะต้องมีการประกาศใช้โดยรัฐ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศไทย ก็จะเป็นการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อมีการประกาศแล้ว ก็ถือว่าเป็นที่ทราบโดยทั่วกันทั้งใน และนอกราชอาณาจักร นี่จึงเป็นที่มาของการที่คนชาติ และคนที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับชาติหนึ่ง ๆ ทั้งหลาย จะต้องรู้กฎหมายของชาตินั้น ๆ ยังผลให้คำกล่าวที่ว่า “ผู้ไม่รู้ ย่อมไม่ผิด” ไม่สามารถนำมาใช้เป็นข้อแก้ตัวในทางกฎหมายได้

อย่างไรก็ดี กฎหมายนั้นไม่ได้อยู่ดี ๆ ก็ก่อเกิดขึ้นมาได้ ดุจเช่นพวกเราทั้งหลายไม่อาจจะพูดเกิดขึ้นได้ โดยไม่มีพันธุ์ รากเหง้าของการก่อเกิด ซึ่งในบริบทของการเกิดของสิ่งต่าง ๆ นั้น ก็มีแตกต่างกันไป หากเป็นสัตว์โลกทั้งหลาย ที่ทางพุทธศาสนามักจะกล่าวถึงว่า สัพเพ สัตตา นั้นก็จะมีกำเนิดอยู่ ๔ ลักษณะ คือ ... เมื่อสรรพสัตว์ทั้งหลายเป็นเช่นนั้น ทุกสิ่งทุกอย่างในสากลจักรวาล ก็เป็นเช่นนั้น ซึ่งกฎหมายก็เช่นกัน มีที่มา ที่ไป และมีพันธุ์ รากเหง้าของตนเองเช่นกัน บางคนก็บอกว่ากฎหมายก็มีบรรพบุรุษของกฎหมายเช่นเดียวกับมนุษย์ ซึ่งสิ่งที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบรรพบุรุษแห่งกฎหมายนั้นอย่างหนึ่งก็คือ หลักนิติธรรม หรือบ้างก็เรียกกันว่า หลักแห่งกฎหมาย (the rule of law) นั้นเอง

๒. หลักนิติธรรมกับหลักแห่งกฎหมาย

คงจะไม่มีใครสามารถปฏิเสธได้ว่า “การปกครอง” (ruling) เป็นสิ่งที่ก่อกำเนิดคู่กับสังคมมนุษย์มาตลอด นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน ก็เริ่มมีแนวความคิดของการปกครอง (concept of ruling) เกิดขึ้น ยิ่งสังคมขยายตัวมากขึ้นเท่าใด แนวความคิดของการปกครองก็ยิ่งขยายตัวตาม คำว่า “การปกครอง” นี้ต่อมาเมื่อเข้าสู่ยุคสังคมที่เป็นหลักแหล่ง หรือยุคก่อตั้งอาณาจักร อาจจะมีสิ่งบวกเพิ่มเข้ามาคือ “การเมือง” (politics) หรือหลายประเทศก็อาจจะเรียกว่า “การเมืองการปกครอง” (political administration) บางประเทศอาจจะมีแยก การเมือง เป็นเรื่องของการบริหารราชการแผ่นดินในระดับที่ครอบคลุมทั่วประเทศในลักษณะของแนวนโยบาย ส่วนการปกครอง เป็นเรื่องของการนำนโยบายนั้น ๆ สู่ทางปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยบ่อยครั้ง

ที่เราจะได้ยินการเรียกผู้ที่เข้ามาบริหารราชการแผ่นดินว่า “นักการเมือง” ส่วนผู้ที่ทำงานในทางปฏิบัติ เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ ปลัดอำเภอ ว่า “นักปกครอง” นั้นเป็นเพราะเรามีการแยกระหว่าง “การเมือง” กับ “การปกครอง” ออกจากกัน โดยพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่มีลำดับลดหลั่นกัน แต่ต้องมีการทำงานร่วมกัน ดังนั้น เมื่อเรียกรวมกันจึงกลายเป็น “การเมืองการปกครอง”

เหตุใดการพูดถึงเรื่องกฎหมายจึงต้องมีการพูดถึงการเมืองการปกครอง หรือการเมือง หรือการปกครองด้วย หรือในบางบริบทก็ต้องพูดถึงเสมอ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วเมื่อมีการก่อสร้างตัวของสังคมขึ้น เราก็มองเรื่องการปกครอง ซึ่งต่อมามีเรื่องการเมืองเข้ามา หรือกลายเป็นเรื่องของการเมืองการปกครอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการมีสังคมขึ้นมาจึงทำให้มีการเมืองการปกครอง และเมื่อมีสังคมขึ้นมา รวมถึงมีการเมืองการปกครอง จึงมีกฎหมาย ดังที่นักปราชญ์ชาวกรีกซีเซโร (Cicero) ได้เคยกล่าวไว้ว่า ที่ใดมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย (ubi societas ibi ius – if there is a society, law will be there) ทั้งนี้ เนื่องมาจากการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ หรือแม้กระทั่งสัตว์ทั้งหลาย ย่อมมีการกระทบกระทั่ง ความไม่เข้าใจกัน ความคิดเห็นที่แตกต่างกัน ความต้องการที่มีรายละเอียดที่ไม่เหมือนกัน และบรรดาสิ่งต่าง ๆ ที่สามารถเอ่ยนามได้อีกมากมายที่มนุษย์แต่ละรูป แต่ละนาม จะมีไม่เสมอ ไม่สอดคล้อง หรือไม่ตรงกัน

ในกรณีของสัตว์อื่น กฎเกณฑ์ที่อาจจะเรียกได้ว่ากฎธรรมชาติ (natural rules) หรือกฎแห่งป่า (rule of the jungle หรือ rule of the forest) ก็สามารถที่จะทำให้สิ่งมีชีวิตทั้งหลายอยู่ร่วมกันได้ แม้โดยทั่วไปจะเป็นในลักษณะของปลาใหญ่กินปลาน้อย ผู้เข้มแข็งกลืนกินผู้อ่อนแอ ก็ตาม แต่สิ่งมีชีวิตทั้งหลายก็อาศัยกลไกของธรรมชาติในการอยู่ร่วมกัน ไม่เว้นแม้กระทั่งบรรพบุรุษของมนุษย์เรา ในยุคก่อนประวัติศาสตร์ (pre-historical) หรือในยุคก่อนสังคม (pre-societal) ก็ยังอาศัยกฎเกณฑ์ธรรมชาตินั้นเป็นหลักในการดำรงชีวิต แต่เมื่อมนุษย์เริ่มตั้งรกรากเป็นหลักแหล่ง เริ่มก่อสร้างสร้างตัว มีประชากรเพิ่มขึ้น มีการเพาะปลูก มีสิ่งปลูกสร้าง และที่สำคัญมีความจำเป็นต้องป้องกันตัวเพื่อไม่ให้การรุกรานจากภายนอก ไม่ว่าจะเป็นจากมนุษย์กลุ่มอื่น หรือจากสัตว์ทั้งหลาย ทำให้สิ่งที่ตนเองสร้างขึ้นมาทั้งหลายต้องมลายหายไป อีกทั้งด้วยความซับซ้อนในกลไกการทำงานของสมองมนุษย์ จึงส่งผลให้มนุษย์คิดที่จะสร้างกฎเกณฑ์ของตนเองขึ้นมา นอกเหนือจากบรรดาสิ่งที่ถือปฏิบัติเป็นธรรมชาติทั่วไป แม้กระนั้นก็ตาม มนุษย์ก็ยังอาศัยการเรียนรู้จากธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นธรรมชาติรอบตัว หรือธรรมชาติภายในตัว เป็นหลักในการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมา เพื่อถือปฏิบัติระหว่างกัน

กฎเกณฑ์ที่มนุษย์สร้างขึ้นมามีถือปฏิบัติต่อกันนั้น เดิมทีก็ไม่ได้มีชื่อเรียกอะไรเป็นการเฉพาะ หากแต่เป็นการกำหนดเป็นประเด็นถึงสิ่งที่ต้องถือปฏิบัติ (do's) และสิ่งที่ต้องไม่ล่วงละเมิด (don'ts) เมื่อนานวันผ่านไป การใช้กฎเกณฑ์เหล่านี้มีระยะเวลาเพิ่มขึ้น มีความแพร่หลาย และมีความเชื่อในการนำมาใช้มากขึ้น ก็กลายเป็นสิ่งที่ยึดถือต่อกันมา จนกลายเป็นสภาพมาเป็นสิ่งที่ปัจจุบันนี้เราเรียกกันว่า ขนบ (convention) ธรรมเนียม (tradition) ประเพณี (code of practice) วัฒนธรรม (culture) ปทัสถาน (norm) และสิ่งที่เรียกชื่ออื่น ๆ ซึ่งอาจจะเรียกรวม ๆ กันว่า จารีต (custom) ซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมาจากผู้คนที่อยู่อาศัยร่วมกันในที่ทั้งหลายทั่วโลก อันอาจจะเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายของชาวบ้านที่สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical School of Thoughts) เรียกว่า folk-laws

(Völkerrecht) อันเป็นรากฐานของกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎหมายรูปแบบแรกของโลก¹ ที่อาจจะเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (customary law) อันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาในภายหลัง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law system) หรือกฎหมายระบบจารีตประเพณี (Common Law system) ที่ถือว่าเป็นกฎหมายในยุคแรกตามทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-Layered Law Theory) ของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ซึ่งต่อมาก็เป็นยุคสองของกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายของนักกฎหมาย (jurist law) และเข้าสู่ยุคสามคือ ยุคกฎหมายนิติบัญญัติหรือกฎหมายเทคนิค (technical law)

กฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ได้ยกอ้างมากับทั้งการก่อเกิดขึ้นของกฎหมายจากยุคแรกจนถึงยุคสามนั้น เป็นสิ่งอันแสดงถึงควมมีรากเหง้า (root, origin หรือ ancestry) ของกฎหมายที่ทุกวันนี้ กลายเป็นกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใด หรือผ่านการยอมรับด้วยกระบวนการนิติบัญญัติรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดไปเกือบทั้งหมดแล้ว ดังนั้นกฎเกณฑ์อันมีที่มายาวนานร่วมกับประวัติความเป็นมาที่อยู่ควบคู่กับการก่อร่างสร้างสังคมกันขึ้นมาของมนุษย์ทุกยุค ทุกสมัย และทุกหมู่เหล่า หรือชนชาติ จึงไม่มีวันจางหายไป หรือถือว่าสิ้นสูญไปจากโลก หากแต่กลายเป็นสิ่งที่ถูกล้อมรวมเข้าสู่รูปแบบการก่อเกิดขึ้นของกฎหมายในยุคร่วมสมัยของพวกเรา (contemporary age) หรือที่เรามักจะเรียกว่ายุคสมัยใหม่ (modern day) อันถือได้ว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งปวง (fundamentality of all laws) ซึ่งนับได้ตั้งแต่กฎหมายที่ประเทศต่าง ๆ ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญ จนถึงกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำสุด ไม่ว่าจะเป็นเรียกชื่อว่าอะไร โดยมีสังคมของมนุษย์ที่ผ่านมามากยุคของมนุษย์ทุกรูปนามเป็นเบ้าหลอม (crucible) โดยที่กฎเกณฑ์ที่สืบสานกันมานี้ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด เพราะสิ่งเหล่านี้ นอกเหนือจากที่เป็นสิ่งอันมีอยู่ตามธรรมชาติอยู่แล้ว ดังที่สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural School of Thoughts) ได้อ้างถึงไว้ ยังเป็นสิ่งที่ฝังรากลึกลงในสังคมมนุษย์ โดยการเพาะสร้าง และสืบสานกันมาของบรรพบุรุษแห่งมนุษย์รุ่นแล้วรุ่นเล่า กลายมาเป็นจิตวิญญาณแห่งกฎหมาย (spirit of laws) หรือที่เรียกกันว่าหลักแห่งกฎหมาย (the rule of law)

ในบริบทของกฎหมายในยุคที่เราอยู่กันในทุกวันนี้ เราอยู่ในยุคสามอย่างเต็มตัว หรืออาจจะเรียกได้ว่ากฎหมายทั้งหลายในยุคปัจจุบันนี้ล้วนผ่านกระบวนการนิติบัญญัติที่มีกรอบกำหนดไว้โดยผู้แทนในการใช้อำนาจอธิปไตย หรือโดยผู้ที่เป็นพลเมืองของรัฐหนึ่ง ๆ ซึ่งในยุคนี้ที่อาจจะเรียกกันได้ว่าเป็นยุคสมัยใหม่ ในด้านต่าง ๆ รวมถึงด้านกฎหมายด้วย อรรถของหลักแห่งกฎหมายซึ่งมีมาช้านานอยู่คู่กับสังคมมนุษย์นับตั้งแต่ยุคแรกเริ่มของการก่อเกิดการรวมกันเป็นสังคม ดังที่ได้กล่าวถึงไว้แล้วนั้น แต่ อรรถของหลักแห่งกฎหมายที่ว่านั้นก็ยังไม่ได้มีการนำเสนอ (presentation) หรือการแสดงออก (expression) อย่างชัดเจน จวบจนกระทั่งอรรถของหลักแห่งกฎหมายนั้นได้ถูกหยิบยกขึ้นมาโดย A.V.Dicey ซึ่งอันที่จริงสิ่งที่ Dicey วางหลักเอาไว้ นั่นคือ the rule of law เป็นหลักที่มุ่งในอันที่จะ

¹ The Continental Legal History Series Published under the auspices of the Association of American Law Schools, A History of Germanic Private Law by Rudolf Huebner, Translated by Francis S. Philbrick, the Lawbook Exchange, Ltd., Union, New Jersey 2000 (Originally published Boston: Little Brown, 1918).

ป้องกันการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ (arbitrary) หรือ การใช้อำนาจอันเป็นทรราชย์ (tyrannical power) ที่ประกอบด้วยหลักการสามประการ (three tenets)² เป็นพื้นฐานประกอบด้วย

๑. บุคคลจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อเขาได้ถูกพิสูจน์ในศาลแล้วว่าการกระทำของเขานั้นเป็นการอันละเมิดต่อกฎหมาย นี่หมายความว่า องค์อธิปัตย์ (Sovereign) หรือรัฐ (state) ไม่สามารถที่จะลงโทษผู้คนตามอำเภอใจ (arbitrarily) ตนได้

๒. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย และทุกคนเสมอกันภายใต้กฎหมาย นี่หมายความว่ากฎหมายจะต้องถูกนำมาใช้กับทุกคนในลักษณะเดียวกัน โดยไม่เลือกว่าเขาคอนั้นจะมีสถานะทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง อย่างไร

๓. รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นใด เป็นผลลัพธ์มาจากคำตัดสินของตุลาการ หรือผู้พิพากษาในอันที่จะชำระไว้ซึ่งสิทธิของบุคคลในคดีที่ล่วงไปแล้ว นี่หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญก็ไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิด หรือแหล่งแห่งกฎหมาย (source of law) หากแต่เป็นผลสรุปของสิทธิที่บุคคลได้รับสืบทอดกันมา เราไม่ได้ได้สิทธิของเรามาจากรัฐธรรมนูญ หากแต่รัฐธรรมนูญคือ ผลลัพธ์ของสิทธิของพวกเรา

ในส่วนของประเทศไทยเราได้ให้ความหมายของ the rule of law เป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” อันแสดงออกถึงสาระัตถะของนิติ (jura, jur หรือ jurist) หรือ law กับธรรมะ (dhamma) หรือธรรมชาติ (nature) ที่ชี้ให้เห็นว่าสาระัตถะของกฎหมายนั้นโดยนัยหนึ่งจะต้องมีความเป็นธรรมะ หรือมีความเป็นธรรม (fair) นั่นคือ จะต้องเป็นไปโดยชอบ (legitimate) หรือเป็นไปในทางอันดี (good) อีกนัยหนึ่งจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับหลักแห่งธรรมชาติ (rule of nature) หรือความเป็นจริงตามธรรมชาติ (natural reality) ซึ่งอาจจะเป็นสิ่งกว้าง และครอบคลุมการตรา (enactment) การตีความ (interpretation) การใช้บังคับ (implementation) การบังคับใช้ (enforcement) และการจัดการกฎหมาย (management of law) ซึ่งมีได้เป็นสิ่งที่แสดงถึงบรรพบุรุษแห่งกฎหมาย (ancestor of law) อย่างชัดเจนในลักษณะของ the rule of law ในทัศนะของ Dicey

แม้ว่าการกฎหมาย หรืออาจจะรวมถึงวงวิชาการ หรือวงสังคมโดยรวมของประเทศไทยจะได้ยอมรับกันว่า the rule of law นั้นคือ หลักนิติธรรม แต่เมื่อหากพิจารณาถึงคำว่า the rule of law ที่มีการอธิบายโดยใช้วลี (phrase) นี้อย่างชัดเจนโดย Dicey นั้น คำว่า “หลักแห่งกฎหมาย” จะเป็นสิ่งที่สอดคล้องต้องตรงกับ the rule of law ของ Dicey มากกว่า “หลักนิติธรรม” เหตุที่เป็นเช่นนี้น่าจะสามารถพิจารณาได้เป็นสองนัย นัยแรกคือ เป็นความต้องการสร้างความสละสลวยให้กับวลี the rule of law เพราะหากจะใช้ภาษาไทยตรง ๆ พื้น ๆ ว่า “หลักแห่งกฎหมาย” ก็อาจจะดูไม่งดงาม ไม่ทรงภูมิเพียงพอสำหรับความยิ่งใหญ่แห่ง the rule of law ดังนั้นจึงมีการใช้ภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งอาจจะเป็นเหตุผลเช่นเดียวกันกับการใช้คำว่า “ศุภนิติกระบวนการ” กับ due process of law ซึ่งหากใช้ภาษาไทยตรง ๆ พื้น ๆ ก็น่าจะเป็น “กระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย” ส่วนนัยสองคือ “หลักนิติธรรม” ของไทยเรากับ the rule of law ของ Dicey นั้นเป็นคนละหลักกัน แม้จะมีการหยิบยืมบางส่วนของ the rule of law ของ Dicey มา จนแม้กระทั่งอ้างถึง “หลักนิติ

² A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (Macmillan, 1st ed 1885, 10th ed 1959, pp. 45 – 54).

ธรรม” ในลักษณะเทียบเท่า (equivalent) หรือเป็นหลักเดียวกัน (identical) กับ the rule of law ก็ตาม “หลักนิติธรรม” ของไทยกับ the rule of law ของ Dicey ก็ยังเป็นคนละหลักกันตามนัยสองนี่ยุ่่นเอง กล่าวในอีกแง่หนึ่งคือ “หลักนิติธรรม” นั้นคือ หลักที่ครอบคลุมในทุกอณูของทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยอาศัยหลักต่าง ๆ ของไทย หรือที่ไทยเราหยิบยืมมาจากอารยธรรม หรือประเทศอื่น ๆ แล้วหลอมรวมเป็นของไทย ดุจเช่นการตรากฎหมายในยุคต่าง ๆ ของไทย เช่น กฎหมายตราสามดวง พระราชศาสตร์ และพระธรรมศาสตร์ นั้นเอง

๓. หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ

แม้ “หลักนิติธรรม” ของไทยเราจะไม่ได้เป็นไปตาม the rule of law ในทัศนะของ Dicey เสียเท่าใดนัก แต่เพื่อให้สามารถที่จะทำความเข้าใจ “หลักนิติธรรม” บนสมมติฐานที่ประสงค์จะให้ เป็นคำภาษาไทยของ the rule of law และเพื่อเชื่อมโยง the rule of law ในทัศนะของท่าน นักปราชญ์หลาย ๆ ท่านเข้าด้วยกัน และนำมาเปรียบเทียบกับหลักด้านกฎหมายอีกหลักหนึ่ง ซึ่งถูกขนานนามคู่กันกับ “หลักนิติธรรม” มาอย่างยาวนาน นั่นคือ “หลักนิติรัฐ” ที่คงจะต้องพิจารณาโดยข้อสันนิษฐานว่าประสงค์จะให้ เป็นภาษาไทยของคำว่า legal state ซึ่งหากใช้คำภาษาไทยตรง ๆ ฟ้า ๆ ก็จะเป็น รัฐกฎหมาย หรือ state under the law อันเป็นความหมายถึง รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย ไม่ใช่โดยคน (a country ruled by law, not by men) ดังนี้ ในการอ้างถึง the rule of law จะได้อ้างถึงในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับคำภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” ไปเพื่อไม่ให้เกิดความสับสน โดยเฉพาะเมื่อต้องเปรียบเทียบกับ “หลักนิติรัฐ” โดยเริ่ม “หลักนิติธรรม” จากทัศนะของ Dicey ที่วางเอาไว้ว่า the rule of law นั้นเป็นสิ่งที่ใช้ในการป้องกันอำนาจอันเป็นพระราชย์ โดย หนึ่ง กำหนดให้การใช้กฎหมายนั้นต้องผ่านกระบวนการยุติธรรม หรือศาล ไม่ใช่ใช้ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง สอง ทุกคนต้องเสมอกันภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง หรือผู้ถูกปกครอง (the ruling and the ruled) สาม กฎหมายสูงสุดนั้นไม่ได้เป็นสิ่งที่สถาปนาสิทธิให้แก่บุคคล หากแต่เป็นสิทธิของบุคคลที่สถาปนากฎหมายนั้น

ทางด้านของ W.I. Jennings³ ได้ให้ความหมายว่า the rule of law หมายถึง หนึ่ง ข้อจำกัดในการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจ (authority) ทุกลักษณะ สอง องค์อธิปัตย์ หรือผู้กระทำการแทนรัฐ ทั้งหลายจะสามารถใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของเขานั้นได้รับการรับรองโดยกฎหมายที่ปรากฏอยู่ สาม ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดช่องโหว่ กฎหมายจำนวนมากใช้เฉพาะกับคนบางชนชั้น (classes) ผู้เยาว์ก็ยังมีกฎหมายที่นำมาใช้ที่แตกต่างไป ในส่วนของ Julius Stone ได้ระบุว่าแก่นที่แท้จริง (true essence) ของ the rule of law คือ หนึ่ง การที่ผู้ที่ถืออำนาจอยู่สำนึกว่าอำนาจของตนนั้น จะอาจถือเอาได้ (wielded) และจะเกิดการยอมให้ได้ (tolerated) นั้น เพียงขึ้นอยู่กับข้อจำกัด (restraint) ขนบ (หรือธรรมเนียม ประเพณี) ร่วมกันทางด้านจริยสังคม (shared socio-ethical conventions) สอง กฎหมายสารบัญญัติ (substantive law) จะต้องตอบสนองต่อความจำเป็นในด้านพัฒนาการทางสังคม และเศรษฐกิจ สาม the rule of law นั้นไม่ได้ต้องการกฎเอกรูป

³ W.I. Jennings, The Law and the Constitution (University of London Press, 5th ed 1959, pp. 47 – 51).

หรือกฎรูปแบบเดียวกัน (uniform rule) ในสาระ (matter) ต่าง ๆ สำหรับทุกคน แต่อย่างไรก็ตาม Stone เห็นว่า the rule of law นั้นจะต้องไม่ถูกจำกัดอยู่แต่เพียงภายใต้หัวข้อสามหัวข้อไม่ว่าจะของเขา หรือของ Dicey แต่สิ่งที่สำคัญคือ the rule of law นั้น คือ แนวความคิดอย่างกว้าง (broad concept) ในอันที่จะป้องกันการใช้อำนาจโดยอำเภอใจในทุกรูปแบบ

ตามแนวทางของ Sir Ninian Stephen⁴ นั้น the rule of law คือ หลักที่กำหนดให้

๑. รัฐบาลจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่ใช่เพียงแต่พลเมืองเท่านั้นที่อยู่ภายใต้กฎหมาย
๒. ผู้ดำเนินการด้านกฎหมาย (administrators of the law) เช่น ผู้พิพากษา ทนายความ จะต้องเป็นอิสระจากรัฐบาล
๓. ศาลจะต้องเป็นที่เข้าถึงได้สำหรับทุกคนที่แสวงหาความยุติธรรม และการเยียวยา
๔. กฎหมายแห่งแผ่นดินจะต้องมีความแน่นอน เป็นการทั่วไป ชัดเจน และถูกใช้อย่างเสมอภาค

ทางด้านของ Lord Bingham⁵ ให้แนวทางว่า the rule of law จะเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิด

๑. กฎหมายที่จะต้องเข้าถึงได้ มีความชัดเจน และถูกบัญญัติขึ้นด้วยภูมิปัญญา
๒. สิทธิ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย (legal rights and liabilities) จะต้องถูกคลี่คลายไปด้วยการใช้กฎหมาย ไม่ใช่ดุลพินิจ (discretion)
๓. กฎหมายแห่งแผ่นดิน (laws of the land) จะต้องถูกนำมาใช้กับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน
๔. กฎหมายจะต้องจัดให้มีความคุ้มครองอย่างเหมาะสมซึ่งสิทธิมนุษยชน
๕. เครื่องมือ กลไก หรือวิธีการจะต้องมีกำหนดไว้เพื่อการคลี่คลายข้อพิพาทในทางแพ่ง
๖. รัฐมนตรี และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐอย่างเป็นทางการเป็นเหตุเป็นผล และโดยไม่ล่วงละเมิดข้อจำกัดแห่งอำนาจนั้น

๗. วิธีพิจารณาโดยศาล ซึ่งจัดให้มีไว้โดยรัฐ จะต้องเป็นธรรม (fair)

๘. รัฐจะต้องปฏิบัติโดยสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากปราชญ์ทั้งหลายท่านนี้แล้ว คณะกรรมการนักกฎหมายระหว่างประเทศ (International Commission of Jurists) ยังได้ระบุถึง the rule of law ว่าเป็นหลักที่สามารถจะ characterized ว่าเป็น หลักการ สถาบัน และวิธีพิจารณา ซึ่งประสบการณ์ และขนบธรรมเนียมประเพณี (tradition) ของนักกฎหมายในประเทศที่แตกต่างกันทั่วโลก อันประกอบไปด้วยโครงสร้างทางการเมือง และภูมิหลังทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ได้ยอมรับร่วมกันว่าเป็นสิ่งสำคัญในอันที่จะปกป้องปัจเจกบุคคลจากรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และทำให้ปัจเจกบุคคลนั้น enjoy ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ได้เต็มภาคภูมิ

เหล่านั้นคือ พื้นฐานแนวความคิดของ the rule of law หรือที่ประเทศเราใช้คำภาษาไทยว่า หลักนิติธรรม ซึ่งดังที่ทั่วไป the rule of law นั้นเป็นหลักที่ก่อเกิดมาช้านานแล้ว นับตั้งแต่ยุคกรีก-โรมัน หรืออาจจะยาวนานกว่านั้นเสียอีก แต่อย่างไรก็ตาม ความชัดเจนของ the rule of law ในยุคสมัยใหม่นี้ เริ่มจากการวางหลักเอาไว้โดย A.V. Dicey และนักปราชญ์ท่านอื่น ๆ ต่อตามกันมา ซึ่ง

⁴ Sir Ninian Stephen, "The Rule of Law" (2003) 22(2) Dialogue (Academy of the Social Science in Australia) p. 8.

⁵ Lord Bingham, "The Rule of Law" (2007) 66 Cambridge Law Journal 67.

the rule of law นั้นเนื่องจากผู้ที่วางหลักเอาไว้เป็นคนแรก ๆ ในยุคสมัยใหม่อย่าง Dicey นั้น เป็นปราชญ์ที่อยู่ในดินแดนที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี the rule of law จึงมักจะถูกกล่าวขานว่าเป็นหลักที่ถือว่าเป็นรากฐานแห่งระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือถูกสร้าง หรืออธิบาย เพื่อเป็นกรอบ แนวทาง หรือบัญญัติแห่งการใช้กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งในขณะเดียวกันหลักทางกฎหมายอีกหลักหนึ่งที่มีการนำมาใช้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่า the rule of law ก็ได้ถือกำเนิด หรือก่อเกิดขึ้นในระยะเวลาที่ไล่เลี่ยกันกับ the rule of law นั่นคือ ในช่วงของยุคกรีก-โรมัน เช่นกัน หากแต่อาจจะเป็นการอธิบายโดยต่างแนวทางกันกับ the rule of law และภายหลังได้ถูกอธิบายว่าเป็นรากฐานแห่งระบบกฎหมายประมวลกฎหมาย นั่นคือ หลัก legal state หรือที่ประเทศเราใช้เป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติรัฐ”

หลัก legal state หรือ Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน นั้น เป็นหลักที่ก่อเกิดบนพื้นฐานความคิดทางกฎหมายของภาคพื้นยุโรป (continental European legal thinking) ซึ่งเป็นหลักที่วางรากฐานของความเป็นรัฐให้เห็นว่ารัฐนั้นจะต้องปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยคน (a country ruled by law, not by men) ดังที่ได้กล่าวถึงไปเบื้องต้นในการอธิบายถึง the rule of law ซึ่งหลัก legal state นี้ดังที่ได้กล่าวไปแล้วเช่นกัน หากจะใช้ภาษาไทยตรง ๆ พื้น ๆ ก็จะเป็น “รัฐกฎหมาย” หรือ “รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย” ซึ่ง legal state นี้ อันที่จริงก็สามารถที่จะใช้คำภาษาอังกฤษได้หลายคำที่จะสื่อถึงหลัก หรือแนวความคิดดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็น state of law, state of justice หรืออีกหลายวลี หรือชื่อเรียก เนื่องจาก legal state วางหลักในการใช้อำนาจของรัฐ รวมถึงของรัฐบาล โดยรัฐ และรัฐบาลนั้นจะต้องใช้อำนาจตามกฎหมาย และกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบธรรม (righteous หรือ legitimate) ซึ่งเป็นหลักที่ตรงข้ามกับ authority state หรือ state of authority หรือ Obrigkeitsstaat อันเป็นหลักที่รัฐถูกปกครองโดยผู้มีอำนาจ และผู้มีอำนาจนั้นใช้อำนาจโดยอำเภอใจ (arbitrary use of power) ใน legal state นั้น อำนาจรัฐจะถูกจำกัดโดยกฎหมายเพื่อปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐ นอกจากนี้พลเมืองของ legal state ต่างก็มีเสรีภาพตามกฎหมายร่วมกัน และเมื่อเสรีภาพดังกล่าวถูกระทบ พลเมืองทั้งหลายก็สามารถที่จะได้รับความเป็นธรรม และการเยียวยาจากศาล

นักกฎหมายจำนวนหนึ่ง โดยเฉพาะนักกฎหมายเยอรมัน ระบุว่าหลัก legal state นั้นเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่หยิบยืมมาจากหลักนิติศาสตร์ หรือระบบกฎหมาย (jurisprudence) ของเยอรมัน โดยนักกฎหมายเยอรมันเหล่านั้นส่วนใหญ่มักยกให้ทฤษฎีของ Immanuel Kant อยู่ในแถวหน้าของการเคลื่อนไหวที่ทำให้เกิดมีหลัก legal state ในยุคสมัยใหม่ขึ้น ซึ่งหลัก legal state ตามทฤษฎีของ Kant นั้นอาจจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็น constitutional state หรือรัฐแห่งรัฐธรรมนูญ หรือรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยมีพื้นฐานว่าอำนาจสูงสุด (supremacy) ของประเทศอยู่ที่รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written constitution) ทั้งนี้งานของ Kant หรือแนวความคิด constitutional state ของ Kant นั้นได้มีการเผยแพร่หลังจากที่สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศสได้มีการรับเอารัฐธรรมนูญอันเป็นลายลักษณ์อักษรกันไปในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 (Kant มีชีวิตอยู่ในช่วง ค.ศ. 1724 ถึง ค.ศ.1804) โดยอำนาจสูงสุดที่ Kant นำเสนอไว้นั้นจะต้องนำมาซึ่งความผาสุกแก่ประชาชน และความรุ่งเรืองแห่งรัฐ ซึ่งรัฐในความหมายของ Kant นั้นคือ สภภาพ หรือการรวมตัวกัน

ของผู้คน หรือประชาชน (union of men) โดยอำนาจของรัฐไม่ได้อยู่ภายใต้สิ่งอื่นใดนอกจากภายใต้กฎหมาย

บ่อยครั้งที่ผู้คน รวมถึงนักคิด นักเขียน และนักวิชาการจำนวนมาก อธิบาย legal state หรือ นิติรัฐ ปะปน ทับซ้อน หรือสับสนกับกฎหมายอันเป็นปฏิฐาน หรือปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivism) หรือปฏิฐานนิยม (positivism) ทั่วไป ซึ่งผู้ที่มีมุมมองปฏิฐานนิยม (positivist) นั้น จะมองว่ากฎหมายคือ สิ่งที่มีรูปแบบที่แน่นอน มีการกำหนดที่เด็ดขาด และมีสถานะที่ชัดเจน โดยไม่อาจจะมีสิ่งอื่นใดไปเปลี่ยนแปลงได้ นอกจากกฎหมายนั่นเอง และมองว่ากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยผู้ถืออำนาจรัฐ อันถือเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด ดังนั้นผู้ถืออำนาจรัฐเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตรา (enact) ใช้บังคับ (implement) บังคับใช้ (enforce) ยกเลิก (annul) เพิกถอน (repeal) แก้ไข (revise) เพิ่มเติม (amend) และกระทำการอื่นใดต่อกฎหมาย (legal actions) แม้ปัจเจกบุคคลในรัฐก็ไม่สามารถกระทำการเหล่านี้ได้ เนื่องจากมิได้เป็นผู้ที่ถืออำนาจรัฐโดยตรง (direct authority) สิ่งหนึ่งที่ทำให้ legal positivism แตกต่างจาก legal state และแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับสำนักกฎหมายธรรมชาติ (natural school of law) หรือ rule of law หรือหลักนิติธรรม คือ การที่สำนักปฏิฐานนิยม (legal positivism school) มองว่ากฎหมายนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเชื่อมโยงกับศีลธรรม (morality) ไต ๆ ทั้งสิ้น กฎหมาย ก็คือ กฎหมาย (law is law) ไม่มีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรม (no connection between law and morality) ซึ่ง legal state มิได้เป็นหลักการเช่นนั้น ยิ่ง rule of law หรือหลักนิติธรรม ยิ่งห่างไกลจากหลักการเช่นนั้น เพราะไม่ว่าจะเป็น legal state, rule of law หรือหลักนิติธรรม ก็ล้วนมีความเชื่อมโยงกับศีลธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักนิติธรรมของไทยเรานั้น เรียกได้ว่าผสานอย่างเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันกับศีลธรรมอย่างแน่นแฟ้นเลยทีเดียว

อันที่จริง legal state หรือที่ภาษาไทยเรียกว่า นิติรัฐ นั้น หากจะมองย้อนไป โดยเฉพาะไกลกว่ายุคของ Kant แล้ว Socrates คือ นักปราชญ์ผู้หนึ่งที่อาจจะเรียกได้ว่าเป็นท่านแรกที่ได้กล่าวถึงหลักคำสอน (doctrine) อันถือได้ว่าเป็นที่มาของ legal state โดยการอธิบายถึงว่ากฎหมายนั้นคืออะไร และรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับมันอย่างไร และควรที่จะเกี่ยวข้องกับมันอย่างไร โดยที่ Socrates นั้น ถือว่าเป็นผู้ที่เคารพกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง แต่ก็เป็นผู้ที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่ากฎหมายอันไม่ชอบนั้น จะต้องไม่ได้รับความเคารพ ซึ่งในส่วนของคำอธิบายในเรื่องรัฐกับกฎหมายของ Socrates นั้นก็ แสดงออกในแง่ของการทำความเข้าใจรัฐในลักษณะของการเป็น legal state นั่นคือ เป็นรัฐกฎหมาย หรือเป็นรัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย มิใช่โดยบุคคล หรือกลุ่มบุคคล และกฎหมายที่ว่านั้นจะต้องเป็นกฎหมายอันชอบธรรมด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาในเชิงลึกแล้ว จะพบว่าคำอธิบายของ Socrates เรื่องรัฐกับกฎหมายนั้น มีลักษณะที่เป็น legal positivism หรือปฏิฐานนิยมทางกฎหมายอยู่ด้วย โดย Socrates ได้อธิบายเรื่องราวเหล่านี้ไว้ในหลายวาระ แต่วาระที่ชัดเจน ได้มีการบันทึกเอาไว้ และเป็นที่ยึดจํามากที่สุด คือ ในตอนแถลงต่อหน้าคณะลูกขุน หรือผู้พิพากษา (judge หรือ jury) ก่อนที่ Socrates จะถูกตัดสินประหารชีวิต

ที่มาของคำอธิบายของ Socrates ในเรื่องรัฐกับกฎหมายอันถือได้ว่าเป็นการแสดงถึง legal state นั้นมีอยู่ว่า Socrates ถูกกล่าวหาว่ากระทำการอันเป็นอาชญากรรมร้ายแรง (capital crime) ข้อหาทำให้เยาวชนเสื่อมทราม หรือกระด้างกระเดื่อง (corrupting the young) ด้วยการสอนของเขา

โดยได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อผู้พิพากษา หรือลูกขุนจำนวน 500 หรือ 501 คน⁶ ซึ่งในการนำสืบนั้นการให้เหตุผลในหลายประเด็นของ Socrates ไม่ได้มุ่งไปที่ข้อเท็จจริง หรือที่อาจจะเรียกในปัจจุบันว่าข้อเท็จจริงตามกฎหมาย (law facts) หากแต่เป็นการอ้างถึงตัวบทกฎหมายเป็นหลัก เช่น การที่ Socrates ให้เหตุผลว่า การสอนของเขาโดยหลักการไม่สามารถที่จะเป็นการสร้างความเสื่อมทราม หรือความกระด้างกระเดื่องให้แก่เยาวชน แต่สิ่งหนึ่งในบรรดาการให้เหตุผลทั้งหลายของ Socrates ที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อต่อความเป็น legal state คือ การที่ Socrates เชื่อว่าตนเองเป็นเหยื่อของความอยุติธรรมที่ถูกสร้างขึ้น ไม่ใช่โดยกฎหมาย หากแต่เป็นโดยคน⁷ แต่การให้เหตุผลสุดท้ายของเขาวาเหตุใดเขาจึงไม่หนีจากการถูกดำเนินคดี เพราะเหตุว่าเขาจะหันหลังให้กับกฎหมายของรัฐนั้นไม่ได้ Socrates ให้เหตุผลที่แสดงว่าเขาแยกกฎหมายออกจากการตีความกฎหมายของคณะตุลาการ หรือบัลลังก์พิพากษา (tribunal) และได้ชี้ให้ผู้พิพากษา หรือลูกขุนได้เห็นว่ากฎหมายคืออะไร และควรจะถูกตีความอย่างไร แต่แม้กระนั้นก็ตาม เนื่องจากกฎหมายนั้นเป็นของรัฐ และผู้พิพากษา หรือลูกขุนได้ใช้กฎหมายนั้นในนามของรัฐ ดังนั้น Socrates แม้จะอธิบายว่า กฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่ชอบธรรม และพวกเรามีสิทธิที่จะทำการต่อต้าน หรือไม่ยอมรับกฎหมายอันไม่ชอบธรรม (disobedience) แต่เมื่อกฎหมายนั้นได้ถูกนำมาใช้โดยรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยองค์กรตุลาการ เราก็จะต้องยอมรับคำตัดสินนั้น เนื่องจากนั่นคือ การกระทำของรัฐ

ในแง่นี้ คำอธิบายของ Socrates นั้นไม่เพียงแต่แสดงออกถึงความเชื่อในหลัก legal state แต่ยังแฝงไว้ด้วยปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivism) ที่ค่อนข้างเข้มข้น เนื่องจากเป็นการชี้ให้เห็นว่ากฎหมายย่อมต้องเป็นกฎหมาย (law is always law) และเพราะเหตุที่กฎหมายภายใต้คำสอนปฏิฐานนิยม (doctrine of positivism) นั้นเป็นสิ่งที่สามารถก่อให้เกิดความผิดพลาดได้ง่าย เนื่องด้วยเหตุผลอย่างน้อยสองประการคือ หนึ่งในกระบวนการต่าง ๆ เพื่อการตรากฎหมายนั้น เกิดความไม่ชอบธรรมขึ้น จนท้ายที่สุดก่อให้เกิดกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม หรือไม่ชอบธรรมขึ้นมา และสอง ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีความต่าง ๆ มีการใช้กฎหมายอันไม่ชอบธรรมนั้น ไปในทางที่ไม่ชอบธรรม หรือแม้หากจะไม่มีปัญหาในประการแรก คือ ความไม่ชอบธรรมของกฎหมาย แต่ในประการหลังนี้กระบวนการยุติธรรมได้ใช้กฎหมายอย่างไม่ชอบธรรม แต่เนื่องจากทั้งหมดนี้เป็นการกระทำของรัฐ จึงมีสภาพบังคับเกิดขึ้น และเพราะเหตุเหล่านี้ Socrates จึงเลือกที่จะไม่หนี และเลือกที่จะอธิบายต่อหน้าผู้พิพากษา หรือลูกขุน และต่อชนชาวเอเธนส์ (Athens) ทั้งปวง เพื่อให้พวกเขาได้ทราบวาทะที่จริงแล้วกฎหมายคืออะไร ควรจะเป็นอย่างไร ควรจะถูกใช้อย่างไร และอะไรคือรัฐกฎหมาย หรือ legal state ที่แท้จริง และยังสอนให้ประชาชนได้รู้ว่าพวกเขาในฐานะพลเมืองของรัฐไม่จำเป็นต้องยอมรับต่อกฎหมายอันไม่ชอบธรรม และมีสิทธิที่จะต่อต้านการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายเช่นว่านั้น เพราะเหตุว่าการปกครองรัฐโดยกฎหมาย หรือการปกครองภายใต้หลัก legal state นั้น กฎหมายของรัฐ การใช้กฎหมายของรัฐ และการปกครองภายใต้กฎหมายนั้นจะต้องชอบธรรมด้วย และในท้ายที่สุด Socrates ได้สอนให้ผู้พิพากษา หรือลูกขุนได้รู้ว่า ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ไม่มี

⁶ Plato, Apology, in Socrates Dialogues.

⁷ Plato, Apology, in Socrates Dialogues.

สิ่งชั่วร้ายเกิดขึ้นกับคนดีเป็นอันขาด ไม่ว่าจะในขณะที่มีชีวิตอยู่ หรือเมื่อตายไปแล้ว⁸ และด้วยความครอบคลุมแห่งคำสอนทางกฎหมายทั้งหลายของ Socrates คำสอน (doctrine) ที่เขาวางเอาไว้จึงรวมไว้ซึ่งคำสอนอันสำคัญของหลักแห่งกฎหมาย (fundamental principles of the rule of law) เช่นเดียวกัน มิเพียงแต่แค่อธิบายความเป็น legal state เท่านั้น

หลักการสำคัญของ legal state⁹ คือ การที่

๑. รัฐอยู่ภายใต้อำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (national constitution) และ exercise coercion และจัดให้มีหลักประกันความปลอดภัย และการรับรองสิทธิภายใต้รัฐธรรมนูญให้แก่พลเมืองของรัฐ

๒. ภาคประชาสังคม (civil society) มีความเสมอภาคกันกับภาครัฐในการร่วมกันบริหารประเทศภายใต้กฎหมาย

๓. มีการแบ่งแยกอำนาจ โดยฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ จำกัดอำนาจของกันและกัน และจัดให้มีการตรวจสอบ และถ่วงดุลกัน

๔. การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้กฎหมาย การพิจารณาพิพากษาคดีของฝ่ายตุลาการเป็นไปตามกฎหมาย และการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปตามหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ

๕. กฎหมาย และความเป็นประชาธิปไตยล้วนอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐาน และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

๖. การบริหารรัฐกิจ และราชการแผ่นดินทั้งปวงมีความโปร่งใส และมีคำอธิบายในทุกกระบวนการดำเนินการของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจในฝ่ายใด

๗. มีการตรวจสอบการใช้อำนาจ และการตัดสินใจโดยรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาล โดยองค์กรที่เป็นอิสระ รวมถึงมีกระบวนการในการอุทธรณ์ที่เป็นธรรม

๘. กฎหมายต้องมีความรัดกุม แน่นอน และมีลำดับศักดิ์ที่ชัดเจน

⁸ Plato, Apology (The Death of Socrates) Translated by Benjamin Jowett, the Project Gutenberg, 15 January 2013.

Wherefore, O judges, be of good cheer about death, and know of a certainty, that no evil can happen to a good man, either in life or after death. He and his are not neglected by the gods; nor has my own approaching end happened by mere chance. But I see clearly that the time had arrived when it was better for me to die and be released from trouble; wherefore the oracle gave no sign. For which reason, also, I am not angry with my condemners, or with my accusers; they have done me no harm, although they did not mean to do me any good; and for this I may gently blame them.

Still I have a favour to ask of them. When my sons are grown up, I would ask you, O my friends, to punish them; and I would have you trouble them, as I have troubled you, if they seem to care about riches, or anything, more than about virtue; or if they pretend to be something when they are really nothing,—then reprove them, as I have reprovèd you, for not caring about that for which they ought to care, and thinking that they are something when they are really nothing. And if you do this, both I and my sons will have received justice at your hands.

The hour of departure has arrived, and we go our ways—I to die, and you to live. Which is better God only knows.

⁹ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2nd edition, Munich 1984. Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre/Politikwissenschaft, 16th edition, Munich 2010.

๙. การกระทำโดยรัฐนั้นมีความน่าเชื่อถือ ไว้วางใจได้ และมีการปกป้องการกระทำโดยสุจริตที่ผ่านไปแล้ว โดยมีข้อห้ามการย้อนหลังในการเอาผิดต่อการกระทำที่ได้ล่วงพ้นไปแล้ว (non retroactive)

๑๐. มีหลักการความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการกระทำการของรัฐ

๑๑. ปัจเจกบุคคลยังคงเป็นเจ้าของสิทธิในอันที่จะกระทำการที่พวกเขาได้มอบอำนาจให้รัฐ โดยเฉพาะรัฐบาลไปกระทำการแทนพวกเขา

๔. ความเป็นจริงแห่งสิ่งที่เรียกว่าหลักนิติธรรม

Mark Cooray มองว่า the rule of law เป็นรากฐาน (fundamental) แห่งความเป็นระเบียบของประชาธิปไตยตะวันตก (western democratic order) เมื่อสองพันกว่าปีก่อนอริสโตเติล (Aristotle) ได้กล่าวไว้ว่า หลักแห่งกฎหมายเป็นสิ่งที่ดีกว่าหลักของปัจเจกบุคคล (The rule of law is better than that of any individual.) และ Lord Chief Justice Coke ได้อ้างถึง Bracton ในคดี Proclamations (1610) 77 ER 1352 ว่า กษัตริย์โดยพระองค์นั้นจะไม่อยู่ภายใต้บุคคลใด หากแต่อยู่ภายใต้พระเจ้า และกฎหมาย เนื่องเพราะกฎหมายนั้นสถาปนาพระองค์เป็นกษัตริย์ (The King himself ought not to be subject to man, but subject to God and the law, because the law makes him King.) และตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าในแนวทางสมัยใหม่นั้น ผู้จุดประกายคนสำคัญให้แก่ the rule of law คือ A.V. Dicey ซึ่งหากพิจารณาโดยรวมแล้วเราจะพบว่า ลักษณะสำคัญ (essential characteristics) ของ the rule of law ประกอบไปด้วย

๑. ความสูงสุดของกฎหมาย (supremacy of law) ซึ่งหมายถึงว่า ทุกคน ไม่ว่าจะป็นปัจเจกบุคคล หรือรัฐบาล จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

๒. แนวความคิดเรื่องความยุติธรรม (concept of justice) ซึ่งเน้นไปที่การประสาทความยุติธรรมระหว่างบุคคล (interpersonal adjudication) โดยมีกฎหมายที่อยู่บนมาตรฐาน และความสำคัญของวิธีพิจารณา (procedures)

๓. ข้อจำกัดการใช้อำนาจด้วยดุลพินิจ (discretionary power)

๔. หลักแห่งการพิจารณาคำพิพากษาในคดีก่อน (judicial precedent)

๕. วิธีการทางกฎหมายจารีตประเพณี (common law methodology)

๖. กฎหมายทั้งหลายจะต้องใช้บังคับไปข้างหน้า (prospective) ไม่ใช่ย้อนหลัง (non retroactive)

๗. ผู้พิพากษาที่เป็นอิสระ (independent judiciary)

๘. การใช้อำนาจในการตรากฎหมายโดยฝ่ายรัฐสภา และการมีข้อจำกัดการใช้อำนาจทางกฎหมายของฝ่ายบริหาร

๙. การมีพื้นฐานทางศีลธรรม (underlying moral basis) สำหรับกฎหมายทั้งปวง

หลักแห่งกฎหมายกำหนดให้กฎหมายเป็นสิ่งที่สูงสุด ประชาชนทุกคน และรัฐบาล รวมถึงกลไกรัฐทุกกลไกต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันเป็นที่ปรากฏ และยังคงมีผลบังคับอยู่ (known and standing law) และกฎหมายนั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (generality of law) เพื่อเป็นการ

รับรองถึงหลักการที่ว่าบุคคลทั้งหลายย่อมเสมอกันภายใต้กฎหมาย (principle of equality before the law) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ถูกตราขึ้นเพื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่ง A.V. Dicey ยืนยันว่า the rule of law นั้นเป็นสิ่งที่ตัดตอนการใช้อำนาจโดยดุลพินิจของผู้ปกครอง ส่งผลให้พวกเขาไม่สามารถที่จะสร้างกฎหมายของตนเองขึ้นมาได้ หากแต่จะต้องใช้กฎหมายที่มีปรากฏอยู่แล้วเป็นการทั่วไป โดยที่กฎหมายเช่นว่านี้ จะต้องไม่สามารถถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายอีกด้วย¹⁰ การมีกฎหมายที่มีเสถียรภาพ คือ สิ่งที่ต้องมีก่อน (prerequisite) เพื่อให้เกิดความแน่นอน และความมั่นใจในกฎหมาย อันเป็นหลักประกันแห่งสิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกบุคคลทุกคน ทั้งนี้ รากเหง้าแห่งกฎหมายนั้นจะเป็นอันไปไม่ได้ นอกจากหลักการแห่งศีลธรรม (moral principles) ซึ่งหากกฎหมายถูกเขียนโดยรายละเอียดที่มากเกินไป บริบทแห่งศีลธรรมนี้ก็อาจจะเลื่อนหายไปได้ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องผ่านการตีความ และอาจจะต้องมีการกำหนดนิยามในการใช้ ซึ่งกฎหมายนั้นจะต้องถูกแยกอย่างชัดเจนจากคำสั่งทางปกครอง และการใช้อำนาจรัฐ เพราะเหตุว่าทั้งสองสิ่งนี้จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หากไม่มีการแบ่งแยกกันอย่างชัดเจน คำสั่งทางปกครอง และการใช้อำนาจรัฐ จะกลายเป็นกฎหมายไป ทำให้สิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกชนถูกล่วงละเมิด และทำลายลง เพราะ the rule of law จะเป็นสิ่งที่มีอำนาจสูงสุดเพื่อปกป้องประชาชน

นอกจากกฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่สูงสุดภายใต้ the rule of law แล้ว หลักแห่งกฎหมาย หรือหลักนิติธรรม อันเป็นการแปลความหมายของ the rule of law นั้น จะต้องรวมไว้ซึ่งแนวความคิดเรื่องความยุติธรรม ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วย การประสานความยุติธรรมระหว่างบุคคล มาตรฐานของความเหมาะสมและความผิดพลาด และกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในแง่ของการประสานความยุติธรรมระหว่างบุคคลนี้ กฎหมายเป็นเครื่องเชื่อมโยงกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ที่มีต่อกัน และที่สำคัญคือ เป็นเครื่องมือในอันที่จะระงับข้อพิพาท หรือความขัดแย้งอันอาจจะเกิดขึ้น ภายใต้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคม ทั้งนี้ เพราะด้วยความเป็นปัจเจกชน ปัจเจกชนทุกรูปนามอาจจะทำผิด ทำชั่ว (perpetrate wrong) หรือเป็นเหยื่อแห่งการทำผิด หรือทำชั่ว (suffer wrong) ได้ ซึ่งปัจเจกชนทั้งหลายก็อาจจะถูกลงโทษ (punished) ปกป้อง (protected) หรือได้รับการเยียวยา (granted restitution) ได้ หากสิ่งเหล่านี้ไม่มีกฎเกณฑ์ในการดำเนินการที่ไม่เอนเอียง (impartial) ความลำเอียง (bias) และอคติ (prejudice) ย่อมเกิดขึ้นได้ ดังนั้นมาตรฐานของความเหมาะสมและความผิดพลาด การประสานความยุติธรรมระหว่างบุคคล และกระบวนการอันชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องเดินไปด้วยกันเสมอ และจะต้องมีกลไก หรือองค์กรอันเป็นกลาง (neutral mechanism or organization) ในอันที่จะชำระไว้ซึ่งสามสิ่งนี้ร่วมกัน องค์กรเช่นว่าก็คือ ศาล (court) หรือตุลาการ (judiciary) ซึ่งจะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย หรือตัดสิน (adjudicate) ระหว่างบุคคล และที่สำคัญไปกว่านั้น คือ เป็นผู้ชี้ขาดขบวนการแทรกแซงของผู้ใช้อำนาจรัฐในกระบวนการยุติธรรม และจะต้องปกป้องปัจเจกชนจากการถูกคุกคาม (threatened) โดยอำนาจเช่นว่านั้น อีกทั้งเป็นผู้ต่อต้านความอยุติธรรม (injustice) ทุกรูปแบบอีกด้วย

¹⁰ A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (Macmillan, 1st ed 1885, 10th ed 1959, pp. 45 – 54).

หลักสำคัญ (keystone) ประการต่อมาของ the rule of law คือ การที่ใช้อำนาจรัฐ หรือ รัฐบาล เป็นรัฐบาลภายใต้กฎหมาย ไม่ใช่ภายใต้ผู้คน หรือมนุษย์ (government of laws not government of men) ซึ่งปัจจัยที่จะทำให้เป็นเช่นนั้นได้ คุณลักษณะของบุคคลจะต้องถูกควบคุมโดยกฎหมาย การใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (widespread discretion) ถือเป็นปฏิปักษ์ต่อการใช้คำสั่ง อย่างเป็นอิสระ (liberal order) เนื่องจากทั้งสองสิ่ง ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน เพราะคำสั่งอย่างเป็นอิสระ จะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยการที่ผู้ใช้คำสั่งนั้นไม่ถูกแทรกแซงโดยปัจจัยภายนอก (extrinsic factors) และไม่ถูก โยกคลอนโดยปัจจัยภายใน (intrinsic factors) ดังนั้นการใช้ดุลพินิจจึงต้องเป็นไปโดยแคบ (narrow discretion) การใช้ดุลพินิจโดยไม่มีการควบคุม (unfettered discretion) นำมาซึ่งโอกาสในอันที่จะ เกิดสิ่งล่อใจ (temptation) การทำตามอำเภอใจ (arbitrary) ความอวดดี หรือไร้ยางอาย (insolent) การเลือกปฏิบัติ (discrimination) การล่วงล้ำ หรือล่วงละเมิด (intrusive) การบิดเบือน (distortion) และความฉ้อฉล (corruption) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของรัฐบาล ภายใต้ the rule of law ข้อจำกัดการใช้อำนาจด้วยดุลพินิจจึงเป็นสิ่งที่จะขาดเสียมิได้ และการมีกฎหมายที่ชัดเจน มีความ แน่นนอน ไม่โอนเอียง มีความต่อเนื่อง ก็จะทำให้ปัจเจกชนปราศจากความกลัว และได้รับความ ค้ำครองจากดุลพินิจที่จะเป็นเครื่องทำลายความยุติธรรมได้

ภายใต้หลักแห่งข้อจำกัดการใช้อำนาจด้วยดุลพินิจอันเป็นหลักสำคัญอย่างหนึ่งของ the rule of law นั้น ผู้พิพากษา หรือตุลาการ (judges) ก็ไม่ได้รับการยกเว้นในเรื่องของข้อจำกัดการใช้ ดุลพินิจเช่นกัน ในการพิจารณา-พิพากษาคดีนั้น นอกจากการที่ผู้พิพากษาทั้งหลายจะต้องอาศัยการ วินิจฉัยตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษร (statutory interpretation) และตามเจตนารมณ์แห่ง กฎหมาย (interpretation of intents) ผู้พิพากษายังต้องคำนึงถึงจารีตประเพณีแห่งกฎหมาย (tradition of the law) คุณธรรมแห่งกฎหมาย (virtue of the law) และที่จะขาดเสียมิได้ คือ คำ พิพากษาที่มีมาก่อน (judicial precedent) ซึ่งการพิจารณา หรือถือตามคำพิพากษาที่มีมาก่อน (stare decisis) นี้ส่งผลให้ ประการที่หนึ่ง ระบอบการปกครองโดยกฎหมาย (legal regime) มี เสถียรภาพ และเสถียรภาพนี้เองจะนำมาซึ่งการใช้กฎหมายอันเป็นที่คาดหมายได้ (predictability of laws) อันเป็นหลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลอย่างหนึ่ง ประการที่สอง เกิดหลักประกันว่าการใช้ และการตีความกฎหมายนั้นแม้จะเปลี่ยนแปลงได้ แต่จะเป็นพัฒนาการในทิศทางที่สอดคล้องกับการ รับรู้ (perception) ที่เปลี่ยนไปของสังคม ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเช่นว่านี้ไม่ได้จะเป็นไปตามความ ต้องการของสังคมแต่ฝ่ายเดียว หากแต่เป็นการสะท้อนความคาดหมาย และศีลธรรมของสังคมใน บริบทของยุคสมัยที่เปลี่ยนไป ทั้งนี้ ความคาดหมาย และศีลธรรมดังกล่าวจะต้องรักษาพื้นฐานแห่ง ความดี หรือความถูกต้อง-ชอบธรรม (virtue of goodness หรือ righteous) เอาไว้อย่างเหนียวแน่น ไม่คล้อยตาม หรือยอมจำนน (defer) ต่อความเสื่อมทรามของสังคม (social retrogression) เช่นนี้ คำพิพากษาที่มีมาก่อน และที่จะมีต่อ ๆ ไป จะมีความสอดคล้องต้องตรงกัน หรือคงเส้นคงวา (consistency) อันจะเป็นหลักประกันความยุติธรรมตลอดไป (perpetual justice) แก่ประชาชน

การใช้กฎหมายภายใต้ the rule of law นั้น บรรดากฎหมายทั้งหลายจะต้องไม่ถูกใช้ หรือ ถูกตราขึ้นมาเป็นการย้อนหลัง (non retrospective) หรือ non ex post facto นั่นคือ บุคคลย่อม ถือว่ากระทำความผิด หรือต้องรับโทษ ก็ต่อเมื่อได้มีกฎหมายบัญญัติว่าสิ่งที่กระทำนั้นเป็นความผิด และมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดโทษเอาไว้ ในขณะที่กระทำความผิดดังกล่าว การออกกฎหมาย

มาเพื่อกำหนดว่า การกระทำที่ได้ทำไปก่อนหน้าการออกกฎหมายนั้น เป็นความผิด หรือต้องรับโทษ เป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ ตามภาษิตโรมันที่ว่า *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความผิด และโทษทางอาญา (criminal sanctions) อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายไม่อาจจะถูกตรา หรือถูกใช้ย้อนหลังได้นั้น เป็นการห้ามในแง่ของการย้อนหลัง อันเป็นโทษ แต่ในกรณีย้อนหลังอันเป็นคุณ ที่ภาษิตโรมันเรียกว่า *in mitius* นั้น ไม่ได้มีข้อห้ามภายใต้ the rule of law ทั้งนี้ ถึงแม้ว่าในยุคสมัยใหม่นักวิชาการจำนวนหนึ่งจะมองไปในทิศทางที่กฎหมาย ไม่สามารถจะย้อนหลังเป็นโทษได้ในทุกกรณี ไม่ว่าจะในทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางปกครอง แต่สิ่งที่ ยึดถือกันอย่างเคร่งครัดในทุกประเทศทั่วโลก แม้ว่าจะมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง คือ ในเรื่องของกฎหมาย อาญา ซึ่งจะไม่สามารถย้อนหลังให้เป็นโทษได้ ส่วนในกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายปกครองนั้น ไม่ได้มี ข้อห้ามอันใดไว้ อีกทั้งนักวิชาการจำนวนมากมองว่า การย้อนหลังในกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายอาญา นั้นสามารถทำได้ โดยในแต่ละประเทศ ก็ไม่ถือว่าการย้อนหลังเช่นนั้นเป็นการขัดต่อ the rule of law หรือเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) แต่อย่างไร

สิ่งสำคัญอย่างหนึ่งที่จะช่วยธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของหลักแห่งกฎหมาย หรือ the rule of law คือ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (independent of judiciary) ระบบในเรื่องสิทธิ การ เยียวยา และวิธีพิจารณาที่ถูกสร้างขึ้นมาอย่างประณีตที่สุด (most elaborate) จะไร้ความหมาย อย่างสิ้นเชิง หากปราศจากผู้พิพากษา หรือตุลาการอันเป็นอิสระ ไม่เอนเอียง และมีความสามารถ (competent) ซึ่งระบบศาลที่จะทำให้ผู้พิพากษามีความสามารถที่จะรักษาไว้ซึ่งความเป็นอิสระนั้น จะต้อง สร้างหลักประกันให้แก่ผู้พิพากษาในสองลักษณะ นั่นคือ หนึ่ง หลักประกันส่วนบุคคล ในอันที่จะทำให้ ผู้พิพากษามีความมั่นคง ปลอดภัย และมีรายได้ที่เพียงพอต่อการดำรงชีวิตตามสมควรแก่ฐานะานุรูป เช่น การที่ผู้พิพากษาในบางประเทศได้รับการแต่งตั้งเพื่อการดำรงตำแหน่งตลอดชีพ หรือการมีอัตรา และขั้นเงินเดือนที่สูงกว่าข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ สอง หลักประกันองค์กร นั่นคือ การ ที่ศาล หรือองค์กรตุลาการเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาล ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภา แม้ว่าผู้ ที่ทำหน้าที่ในทางธุรการ (administrative body) ของศาล อาจจะเป็นฝ่ายบริหาร แต่นั่นเป็นเพียงการ ทำหน้าที่ในด้านธุรการ (administration) อันเป็นการอำนวยความสะดวกในการทำงานของผู้ พิพากษา ไม่ใช่เป็นการเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการพิจารณา-พิพากษาคดีของผู้พิพากษา และต้องไม่มีการ ก้าวก่ายใด ๆ ในเขตอำนาจของศาลเป็นอันขาด เพราะในแง่การพิจารณา-พิพากษาคดีนั้น หากผู้ พิพากษาถูกสั่งได้ นั่นเท่ากับว่าความยุติธรรมถูกทำลายสิ้น และในแง่ของเขตอำนาจ หากผู้พิพากษา ไม่สามารถใช้ หรือบริหารเขตอำนาจในความเป็นฝ่ายตุลาการได้ กฎหมายก็จะเป็นเพียงงานวิชาการ เพราะผู้พิพากษาย่อมไม่สามารถที่จะออกคำสั่งอันใด ต่อใครได้

กฎหมายนั้นจะไม่สามารถเป็นกฎหมายได้ หากปราศจากพื้นฐานทางศีลธรรม ดังนั้นสิ่งที่ จะขาดเสียมิได้ในความเป็น the rule of law คือ การรวมไว้ซึ่งพื้นฐานทางศีลธรรม ซึ่งศีลธรรมในที่นี้ ไม่ใช่เป็นศีลธรรมในทางศาสนา ที่มุ่งจะสั่งสอนให้คนเป็นคนดี ถึงแม้ว่านั่นจะเป็นส่วนหนึ่ง และส่วน สำคัญก็ตาม หากแต่พื้นฐานทางศีลธรรมที่รวมอยู่ใน the rule of law และเป็นรากฐานแห่งกฎหมาย นั้น จะเป็นศีลธรรมที่เกี่ยวกับการเมือง การปกครอง การใช้กฎหมาย และประเด็นเกี่ยวเนื่องต่าง ๆ ในอันที่จะทำให้บ้านเมืองมีการบริหารด้วยกฎหมายอันสอดคล้องกับหลักศีลธรรม ซึ่งพื้นฐานทาง ศีลธรรมที่วางตัวอย่างเช่น ความซื่อสัตย์ หรือความจริงใจ (honesty) การแสวงหาความจริง (the

pursuit of truth) ความรับผิดชอบ (responsibility) การปฏิบัติตามหน้าที่ (duty) ความเป็นธรรม ในการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (fairness in interpersonal relations) การเคารพในทรัพย์สิน ของผู้อื่น (respect in property) ความจงรักภักดี (loyalty) การรักษาคำพูด หรือการมีสัจจะ (veracity) การมีจริยธรรม (ethical) ความมีเกียรติศักดิ์ (integrity) และศีลธรรม หรือคุณธรรม ทั้งหลายที่จะทำให้การใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะด้านใดเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ ยุติธรรม ซึ่งพื้นฐานทาง ศีลธรรมนี้จะครอบคลุมไปบนตัวบทกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง ไม่เว้น แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการตรากฎหมายทุกขั้นตอน รวมถึงการใช้อำนาจ และการทำ หน้าที่ของรัฐสภา ก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักการของพื้นฐานทางศีลธรรมเหล่านี้ การบริหารราชการ แผ่นดิน การใช้อำนาจ และการทำหน้าที่ทุกอย่างของรัฐบาลจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ออกมา ภายใต้พื้นฐานทางศีลธรรมเหล่านี้เช่นกัน จึงจะทำให้คำว่า ประเทศที่ปกครองโดยมี the rule of law นั้น คือ ประเทศที่มีการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่การปกครองโดยคน เป็นจริงขึ้นมาได้

๕. บทสรุป

คำว่า “หลักนิติธรรม” ในบริบทของประเทศไทยนั้น เป็นการแปลคำภาษาอังกฤษ the rule of law ซึ่งคำที่ตรง ๆ พื้น ๆ ที่ใช้แปลคำว่า the rule of law นั้น น่าจะเป็น หลักแห่งกฎหมาย อัน เป็นการแสดงให้เห็นถึง the rule of law นั้น คือ บ่อเกิดแห่งกฎหมาย ดุจเช่นมนุษย์ทุกรูปทุกนาม ย่อมมีบิดา-มารดา หรือบรรพบุรุษของตน ฉนั้นใดก็ฉนั้นนั้น กฎหมายก็ไม่ได้ยู่ดี ๆ มีปรากฏขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ใช่เพียงแต่ฝ่ายที่เรียกว่านิติบัญญัติ หรือรัฐสภา จะเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นมาแล้ว ถือว่าเป็นกฎหมาย และกฎหมายก็ก่อกำเนิดจากลักษณะเช่นว่านี้ เพราะความเป็นจริงแล้ว กฎหมาย กว่าจะมาเป็นกฎหมายทุกวันนี้ได้ มีการสืบสาน และพัฒนาการมาอย่างยาวนาน และได้ถูกเพาะบ่ม สร้างสรรค์ ลองผิด-ลองถูก (trial and error) มาอย่างยาวนานคู่กับประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติเลย ก็ว่าได้ ซึ่งปรัชญา ทฤษฎี การปฏิบัติ และสิ่งอื่น ๆ ที่หล่อหลอมความเป็นกฎหมายมานั้นเอง คือ สิ่งที่เราเรียกกันว่า หลักแห่งกฎหมาย หรือ the rule of law ซึ่งกฎหมายไม่มีทางเกิดขึ้นได้หากไม่มี the rule of law ดุจเช่นมนุษย์แต่ละรูป-นาม ย่อมไม่อาจจะเกิดมีขึ้นได้หากปราศจากบิดา-มารดา หรือบรรพบุรุษแห่งตน ดังนั้น เราจึงอาจจะกล่าวได้ว่า the rule of law คือ บรรพบุรุษแห่งกฎหมาย นั้นเอง

แม้ความเข้าใจในประเทศไทยเราในยามที่พูดกันถึง “หลักนิติธรรม” จะเป็นการมุ่งไปที่ the rule of law หากแต่ภายใต้บริบทของเรานั้น “หลักนิติธรรม” เมื่อเปรียบเทียบกับนานา อารยประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ก่อกำเนิด the rule of law สมัยใหม่ คือ A.V. Dicey นั้น “หลัก นิติธรรม” ของไทยเราจะกว้างกว่า the rule of law ของ Dicey มากนัก และเมื่อเปรียบเทียบ “หลักนิติธรรม” ดังกล่าวกับหลักการ the rule of law ของนักปราชญ์ นักกฎหมายในโลกท่านอื่น ๆ ก็คงพบว่า “หลักนิติธรรม” นั้นก็ยังคงกว้างกว่า the rule of law ดังนั้น “หลักนิติธรรม” ของไทย เราจึงไม่ได้เป็นเพียงแค่ หลักแห่งกฎหมาย ดังเช่นวลีที่ว่า the rule of law เท่านั้น หากแต่ยังรวมไว้ ซึ่งปรัชญา คำสอน การประพฤติ-ปฏิบัติในทางศาสนา โดยเฉพาะพุทธศาสนา เอาไว้ด้วย จึงส่งผลให้ “หลักนิติธรรม” ของไทยนั้นกินความไปถึง ธรรมะ และความสอดคล้องกลมกลืน เป็นไปในแนวทาง

เดียวกันกับธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นธรรมชาติของสังคม หรือธรรมชาติของมนุษย์ อันทำให้เกิดลักษณะอันเป็นทวิลักษณ์ (dualism) ลบ-บวก อยู่ด้วยกัน ซึ่งทางด้านลบนั้นทำให้ “หลักนิติธรรม” ของไทยขาดความชัดเจนดุจเช่น the rule of law ทางด้านบวกนั้นทำให้ “หลักนิติธรรม” นำมาซึ่งกฎหมายที่จะต้องถูกอธิบายได้แม้กระทั่งภายใต้คำสอนทางศาสนา เช่น ความละอาย และเกรงกลัวต่อบาป หรือหิริ-โอตตปปะ ในทางพุทธศาสนา และหลักธรรมคำสั่งสอนอื่น ๆ อีกมากมายด้วย ส่งผลให้สิ่งที่เรียกว่า พื้นฐานทางศีลธรรมของ “หลักนิติธรรม” ไทยนั้นครอบคลุม และกินความกว้างขวางเป็นอย่างมาก ในความไม่ชัดเจน และความกว้างขวาง อันเป็นทั้งลบ-บวก อยู่ในตัวเอง จึงเป็นสิ่งท้าทายไม่เพียงแต่นักกฎหมายไทย หากแต่เป็นสังคมไทยโดยรวมให้ร่วมกันแสวงหาความลงตัวของ “หลักนิติธรรม” เพื่อธำรงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์แห่งกฎหมายสืบต่อไป

บรรณานุกรม

๑. The Continental Legal History Series Published under the auspices of the Association of American Law Schools, A History of Germanic Private Law by Rudolf Huebner, Translated by Francis S. Philbrick, the Lawbook Exchange, Ltd., Union, New Jersey 2000 (Originally published Boston: Little Brown, 1918)

๒. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (Macmillan, 1st ed 1885, 10th ed 1959)

๓. W.I. Jennings, The Law and the Constitution (University of London Press, 5th ed 1959)

๔. Sir Ninian Stephen, “The Rule of Law” (2003) 22(2) Dialogue (Academy of the Social Science in Australia)

๕. Lord Bingham, “The Rule of Law” (2007) 66 Cambridge Law Journal 67.

๖. Plato, Apology, in Socrates Dialogues.

๗. Plato, Apology (The Death of Socrates) Translated by Benjamin Jowett, the Project Gutenberg, 15 January 2013.

๘. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2nd edition, Munich 1984. Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre/Politikwissenschaft, 16th edition, Munich 2010.