



## เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

หัวข้อ : หลักนิติธรรม

เรื่อง : การพัฒนาหลักนิติธรรมในระบบศาลยุติธรรมของไทย

จัดทำโดย

เอกชัย ชินณพงค์

รหัส ๕๗๐๒๕๐

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 2

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## หลักนิติธรรม

### การพัฒนาหลักนิติธรรมในระบบศาลยุติธรรมของไทย

เป็นครั้งแรกที่ประเทศไทยนำเอา “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงมีการถกเถียงกันว่าจำเป็นหรือไม่ อย่างไร? ในการประชุมสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการอภิปรายในประเด็นนี้เช่นกัน ฝ่ายคัดค้านว่าไม่ควรนำคำว่าหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า เป็นที่เข้าใจกันดีอยู่แล้วว่าการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายและโดยถูกต้องชอบธรรม ซึ่งเป็นหลักการที่สามารถสกัดได้จากตัวบทมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ วรรคสอง ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และเห็นต่อไปด้วยว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งต้องมีการทำประชามติ หากนำศัพท์เทคนิคที่ยังมีการถกเถียงและตีความกันอย่างกว้างขวางมาบัญญัติไว้ ก็อาจเกิดปัญหาเรื่องความเข้าใจของประชาชน อันจะนำไปสู่การตีความที่ยุ่งยากและอาจไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของการใช้อำนาจในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ก็เป็นได้ หากจะบัญญัติไว้ ควรใช้คำที่สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ไม่จำเป็นต้องตีความ เช่น “ต้องเป็นไปตามคลองธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “ต้องเป็นไปตามหลักแห่งกฎหมาย” เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเสียงส่วนใหญ่ให้การสนับสนุนว่าควรมีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่า “หลักนิติธรรม” มีการพูดถึงกันมากในสังคม ยังไม่เคยมีการนำเรื่องนี้มาบัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมาย จึงปรากฏว่าได้มีการละเลยไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนั้น เพื่อเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การปกครองประเทศเป็นไปตามหลักนิติธรรม เป็นการยืนยันว่าหลักนี้มีอยู่จริงและจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติตามโดยองค์กรของรัฐ จึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจทั้งหลายว่า การใช้อำนาจหน้าที่นั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายโดยถูกต้องชอบธรรมตามครรลองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

ศาสตราจารย์พิเศษชารินทร์ ภัยวิเชียร มีความเห็นว่าหากกฎหมายขัดหรือแย้งกับความยุติธรรมแล้ว เราควรจะถือความยุติธรรมเป็นสำคัญและความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายสอดคล้องกับหลักกฎหมายสากลที่ว่า เหนือกฎหมายยังมีกฎหมายธรรมชาติ ( natural law ) และมีภาษีกฎหมาย

โรมันสนับสนุนว่า ผู้พิพากษาที่ดีย่อมวินิจฉัยคดีตามหลักแห่งความยุติธรรมและความถูกต้อง และถือความยุติธรรมสำคัญกว่ากฎหมาย

ปรัชญากฎหมายไทยตามแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ยึดถือธรรมหรือความยุติธรรมเป็นใหญ่เหนือกฎหมาย อันเป็นความคิดคนละชั่วกับปรัชญาปฏิธานนิยมทางกฎหมายที่เน้นย้ำแต่เรื่องความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal Justice) หรือถือเอากฎหมายเป็นตัวความยุติธรรม ในพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว กฎหมายมิใช่ตัวความยุติธรรมโดยตรงและผู้ใช้กฎหมายซึ่งคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นใหญ่ต้องไม่ติดอยู่กับตัวอักษรกฎหมายอย่างเดียวในการอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นจริง อาจพิจารณาได้จากพระบรมราโชวาทในหลายโอกาส อาทิเช่น

“กฎหมายทั้งปวงนั้น เราบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นปัจจัยสำหรับรักษาความยุติธรรม กล่าวโดยสรุปคือใช้เป็นแบบแผนแห่งความประพฤติปฏิบัติของมหาชนสถานหนึ่งกับใช้เป็นแม่บทในการพิจารณาตัดสินความประพฤติปฏิบัติอื่นๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงตรงอีกสถานหนึ่ง

โดยที่กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีใดๆ โดยคำนึงถึงแต่ความถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นดูจะไม่เป็นการเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ การใช้กฎหมายจึงจะมีความหมายและได้ผลที่ควรจะได้”<sup>1</sup>

## หลักนิติธรรมกับสังคมตะวันตก

แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาขึ้นจากประสบการณ์ในอดีตและปรับให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมตะวันตก หลักนิติธรรมหลอมรวมอยู่ในจิตวิญญาณของชาวตะวันตก ประชาชนต่างเคารพและยึดมั่นในหลักนิติธรรมด้วยหัวใจศรัทธาอย่างแท้จริง แต่สำหรับประเทศไทยแล้ว เรารับเอาแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมนี้มาแบบท่องจำฝรั่ง การเรียนการสอนและตำราทางวิชาการของไทยในเรื่องนี้เป็นการอธิบายในเชิงทฤษฎีเสียเป็นส่วนมาก การรับเอาแนวความคิดของต่างประเทศเข้ามาทั้งหมดโดยไม่มีการเชื่อมโยงและปรับให้เข้ากับรากเหง้าและสภาพความเป็นจริงของสังคมไทย อาจทำให้คนไทยไม่สามารถเข้าถึงแก่นแท้ของหลักนิติธรรมได้อย่างแท้จริง และอาจทำให้หลักนิติธรรมเป็นเพียงแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้ในสังคมเท่านั้น

<sup>1</sup> พระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา ณ เนติบัณฑิตสภา เมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๑๕.

ในขั้นต้นเมื่อกล่าวถึงหลักนิติธรรม หรือที่คนส่วนใหญ่แปลว่า หลักการปกครองโดยกฎหมาย นั้น เป็นแนวคิดที่มีมาช้านานแล้วตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ เกิดจากการค้นหาหลักการปกครองที่ดีที่สุด เพลโต นักปราชญ์ชาวกรีกผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายแล้ว เพลโต ก็ไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายชีวิต เพลโต จึงหันมาให้ความสำคัญกับ กฎหมาย โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน

อริสโตเติล ศิษย์ของเพลโต ได้นำความคิดของเพลโต มาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม

สำหรับในประเทศอังกฤษ แนวความคิดเรื่อง The Rule of Law เป็นรูปเป็นร่างขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ ๑๓ โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ต้า ค.ศ. ๑๒๑๕ ซึ่งต่อมาภายหลังกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษ หลักนิติธรรมพัฒนาขึ้นมาเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับ บุคคลสำคัญที่กล่าวถึงหลักนิติธรรมให้เห็นอย่างเด่นชัด ได้แก่ ศาสตราจารย์ A.V. Dicey ศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัย อ็อกซฟอร์ด All Soul College แห่งประเทศอังกฤษ ซึ่งแต่งหนังสือเรื่อง Law of Constitution ( 1948 ) ในหน้า 202 กล่าวไว้ว่า “บุคคลอาจถูกลงโทษก็เพราะเขาได้กระทำความผิดกฎหมายเท่านั้น เขาไม่อาจถูกลงโทษเพราะเหตุอื่นใดอีก” ศาสตราจารย์ A.V. Dicey ให้ความหมายโดยย่อของ The Rule of Law ว่า หมายถึง “หลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์ และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขา ค้ำครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราชาฯ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้นไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนต่อเอกชน ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดตามกฎหมายของบ้านเมือง”

ศาสตราจารย์ Dicey กล่าวไว้ในหนังสือของท่านว่า ในขณะที่เราพูดถึงอำนาจสูงสุดของกฎหมายหรือ The Rule of Law ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ของรัฐธรรมนูญนั้น เราหมายความว่า ๓ ประการ คือ

๑. ไม่มีผู้ใดที่จะถูกลงโทษหรือถูกทำให้เสื่อมเสียแก่เนื้อตัวหรือทรัพย์สิน เว้นแต่ผู้นั้นจะได้กระทำความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยวิถีทางปกติธรรมดา และก่อนที่เขาจะถูกลงโทษหรือทำให้เสื่อมเสียแก่เนื้อตัวและทรัพย์สิน เขาจะต้องถูกพิจารณาโดยศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลปกติธรรมดา (ไม่ใช่ศาลที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษ) เสียก่อน

The Rule of Law ต่างจากระบบการปกครองที่มีอำนาจอันกว้างขวางปราศจากขอบเขตและเป็นอำนาจที่อยู่ในกำมือของคณะบุคคล

๒. The Rule of Law หมายความว่า ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย คือบุคคลทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายธรรมดาของประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายให้ความเป็นธรรม ความเสมอภาคภายในเขตอำนาจศาล และผู้พิพากษาตามธรรมดาในข้อนี้หมายความว่า ข้าราชการทุกคนตั้งแต่ นายกรัฐมนตรีจนถึงพลตำรวจหรือคนเก็บภาษี ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ตนได้กระทำไป โดยปราศจากข้อแก้ตัวได้ตามกฎหมายเหมือนๆ กับประชาชนคนอื่น

๓. The Rule of Law หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้ขยายกว้างขวางออกไปตามหลัก The Rule of Law ที่ยึดอยู่ในหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลหรือสิทธิเสรีภาพที่จะประชุมกัน

คำว่า หลักนิติธรรม ปรากฏเด่นชัดเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ โดย ในมาตรา ๓ ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นพระประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

มาตรา ๗๘ บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

.....

(๖) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

เนื่องจากได้มีการพูดถึงคำว่า “หลักนิติธรรม” อย่างกว้างขวางว่าใช้บังคับอย่างไร มีความหมายอย่างไรกันแน่ มีการวิพากษ์วิจารณ์การกระทำของรัฐในหลายกรณีว่าไม่ถูกต้องชอบธรรม หรือเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงอยากทำความเข้าใจคำว่าหลักนิติธรรมเสียก่อน

ก่อนใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เคยปรากฏคำว่า “หลักนิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อนหน้านี้นมาก่อน คือในพระราชปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ และในพระราชปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ แต่ไม่เคยปรากฏคำว่า “หลักนิติธรรม” ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญมาก่อน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการนำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรา ๓ วรรคสอง มีมติที่อภิปรายอย่างกว้างขวางกันว่าควรใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” เดิม ในมาตรา ๓ วรรคสอง ร่างไว้ว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรอื่นและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นตามหลักนิติรัฐ” และได้ให้คำอธิบายว่า “หลักนิติรัฐ” คือหลักการปกครองโดยกฎหมายที่มาจากภาษาอังกฤษว่า “The rule of law” และมีคำแปลในภาษาเยอรมันว่า “rechtsstaat” เมื่ออธิบายเช่นนี้ จึงเกิดข้อถกเถียงกันว่าหากต้องการพูดถึง “The rule of law” แล้วต้องใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เพราะคำว่า “หลักนิติรัฐ” หรือ “rechtsstaat” นั้นมีคำแปลภาษาอังกฤษว่า “Legal state”

มีการอภิปรายว่า ควรจะเลือกใช้คำใด ฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้คำว่าหลักนิติรัฐ ให้เหตุผลว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนไทย จึงน่าจะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับประเทศไทยมากกว่า อีกทั้งหลักนิติรัฐมีความหมายกว้างกว่าหลักนิติธรรม จึงน่าจะให้ความหมายที่ครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้คำว่า หลักนิติธรรม อธิบายว่าความจริงแล้วทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีหลักการใกล้เคียงกันมาก ต่างกันเพียงในรายละเอียดเท่านั้น ดังนั้นการจะเลือกใช้คำใดย่อมไม่แตกต่างกันในหลักการและเจตนารมณ์ แต่เหตุที่สมควรใช้คำว่าหลักนิติธรรม มากกว่านั้นก็เนื่องจากสังคมไทยรู้จักคำนี้มานานแล้ว และเป็นคำที่คนไทยทั่วไปคุ้นเคยมากกว่าคำว่า หลักนิติรัฐ

ท้ายที่สุด สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีมติด้วยคะแนนเสียง ๕๘ เสียง จากผู้เข้าร่วมประชุมทั้ง ๙๐ ท่าน ให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในมาตรา ๓ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้

### หลักนิติธรรมในสมัยสุโขทัย

ในสมัยกรุงสุโขทัย ยังไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่ามีกรกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” กันและ “หลักนิติธรรม” มีบทบาทอย่างไรในการปกครองประเทศและระบบงานศาลอย่างไรก็ดี หลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง หลักที่หนึ่ง ด้านที่ ๑ ตอนปลาย และด้านที่ ๒ ตอนแรก มีข้อความว่า

“เมื่อชั่วพ่อขุนรามคำแหง เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำมีปลา ในนามีข้าว เจ้าเมืองบ่เอาจอบในไพร่ ลู่ทางเพื่อนจูงวัวไปค้าขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง ค้า ใครจักใคร่ค้าม้า ค้า ใครจักใคร่ค้าเงือนค้าทอง ค้า ไพร่ผ้าหน้าใสลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแลล้มตายหายกว่า อัย่าวเรือนพ่อเชื้อเสื่อค้ำมัน ช้างขอลูกเมีย เยียเข้า ไพร่ผ้าข้าไทย ป่าหมาก ป่าพลู พ่อเชื่อมั่น ไว้แก่ลูกมันสิ้น ไพร่ผ้าลูกเจ้าลูกขุน ฝั้แลผัดแพกแสกกว้างกันสวนดูแท้แล้จิ่งแล่งความแก่ข้าด้วยชื่อ บ่เข้าผู้ลักมักผู้ชอน เห็นเข้าท่านบ่ใคร่พิน เห็นสินท่านบ่ใคร่เตอด คนใดขี่ช้างมาหา พาเมืองมาสู่ ช่อยเหนือเพื่อกู้ มันบ่มีช้าง บ่มีม้า บ่มีปั่วบ่มีนาง บ่มีเงือนบ่มีทอง ให้แก่มัน ชอยมันตวงเป็นบ้านเป็นเมือง ได้ข้าเลือกข้าเสื่อหัวฟุงหัวรบก็ดี บ่มาบตี

ในปากปดุมักตั้งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ผ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มันจ๊กกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบไว้ ไปลั่นกตั้งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองไต้ยีน เรียกเมื่อถาม สวณความแก่มันด้วยชื่อ ไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม ...”

จารึกนี้เมื่ออ่านข้อความแล้วพบว่าเป็นการรวมกฎหมายลักษณะต่างๆ เข้าไว้ด้วยกันเช่น กฎหมายการค้า กฎหมายมรดก กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี กฎหมายระหว่างประเทศ(แผนกคดีเมือง) และกฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมสงครามและการปฏิบัติต่อประเทศคู่ศึกสงคราม เป็นต้น เช่น ในศิลาจารึกมีข้อความสลักไว้ว่า ในเมืองสุโขทัยราษฎรสามารถทำการค้าได้อย่างเสรี เจ้ามรดกเมื่อถึงแก่กรรมทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ขณะยังมีชีวิตอยู่ย่อมตกได้แก่ทายาท มีการวางหลัก “ความยุติธรรม” ในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างราษฎรในกรุงสุโขทัย ผู้มีอำนาจตัดสินจะทำการไต่สวนข้อพิพาทให้ถี่ถ้วนแล้วจึงชี้ขาดคดีโดยไม่เห็นแก่หน้าหรือเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ว่าใครถูก ใครผิด ชี้ขาดคดีไปโดยไม่รับสินบนหรือเรียกเงาเงินทองจากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หากมีคนจากภายนอกเข้ามาขอพึ่งพระบรมโพธิสมภาร หรือขอเข้ามาอยู่ภายใต้ขอบขัณฑสีมา มาขอความช่วยเหลือ พระมหากษัตริย์จะมอบเงินมอบทองให้นำไปตั้งบ้านเมือง และหากพระมหากษัตริย์ของกรุงสุโขทัยไปรบชนะข้าศึกศัตรู ก็จะไม่ฆ่าไม่ฟัน ในปากประตูเมืองมีกระดิ่งแขวนไว้ ราษฎรผู้มีความระแวงกันหรือราษฎรผู้ได้รับความเดือดร้อน จะไปร้องเรียนแก่ผู้ใด ให้แก้ไขความเดือดร้อนไม่ได้จะมาลั่นกระดิ่ง พ่อขุนรามคำแหงไต้ยีนเสียงกระดิ่งจะเรียกตัวผู้ลั่นกระดิ่งผู้นั้นมาสอบถามและพิจารณาข้อร้องเรียนของผู้นั้น ตัดสินหรือแก้ไขปัญหาให้ไปตามที่เหมาะสมสมควร ประชากรชาวสุโขทัยจึงชื่นชม

ในหลักศิลาจารึกหลักที่หนึ่ง ด้านที่ ๒ สลักข้อความว่า

“คนในเมืองสุโขทัยนี้ มักทาน มักทรงศีล มักโอบอ้อม พ่อขุนรามคำแหง เจ้าเมืองสุโขทัย ทั้งชาวแม่ชาวเจ้า ท่วยบัวท่วยนาง ลูกเจ้าลูกขุน ทั้งสิ้นทั้งหลาย ทั้งผู้ชายผู้หญิงท่วยมีศรัทธา ในพระพุทธศาสนา ทรงศีลเมื่อพรรษาทุกคน...”

ย่อมเห็นได้ว่าการที่พระมหากษัตริย์กรุงสุโขทัยทรงมีความยุติธรรม ทรงเอาใจใส่และแก้ไขความทุกข์และความเดือดร้อนของราษฎรด้วยพระองค์เอง และทรงเลื่อมใสในบวรพุทธศาสนา เป็นพุทธมามะกะ จึงเป็นตัวอย่างที่ดีแก่ประชาราษฎร ย่อมแสดงอยู่แล้วว่าในสมัยสุโขทัยพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นรัฐอธิปัตย์ทรงนำเอาหลักนิติธรรม มาใช้ในการปกครองประเทศ

### หลักนิติธรรมสมัยกรุงศรีอยุธยา

ในสมัยต่อมาคือสมัยกรุงศรีอยุธยา เนื่องจากการที่กรุงศรีอยุธยาต้องเสียอธิปไตยแก่ข้าศึกศัตรู อาคารบ้านเรือน และเอกสารต่างๆ รวมทั้งตัวบทกฎหมายในสมัยอยุธยาถูกเผาทำลายทำให้ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาได้มีการนำหลักนิติธรรมมาใช้ในการปกครอง บริหารประเทศ หรือระบบการศาลหรือไม่ แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยาแม้จะมีตัวบท

กฎหมาย และพระอัยการหลายฉบับ แต่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างแท้จริง พระราชภาระอันสำคัญของพระองค์คือทำให้ความสงบเรียบร้อยมีอยู่แก่บรรดาประชาชนโดยแน่นอน และมั่นคงสม่ำเสมอ ในฐานะเช่นนี้ของพระองค์จึงต้องคอยทรงสอดส่องควบคุมระวางให้การอำนวยความยุติธรรมเป็นไปด้วยดี และทรงรับหน้าที่เป็นผู้พิพากษาสูงสุด เพื่อพิจารณาชี้ขาดในข้อพิพาทโต้เถียงซึ่งเกิดระหว่างพลเมืองและในฐานะเช่นนี้อีกเช่นกันพระองค์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะวางข้อกำหนดลงโทษานุโทษแก่บรรดาผู้ที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของประเทศได้ ทั้งวางข้อบังคับเพื่อจะระเบียบการศาลและการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีด้วย กล่าวโดยสรุปพระองค์กระทำการทุกอย่างทุกวิธีเพื่อให้พลเมืองตั้งอยู่ในความสงบเรียบร้อยและปฏิบัติให้ถูกต้องตามจารีตประเพณี

### หลักนิติธรรมสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

แต่อย่างไรก็ดีหลังจากที่สมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์และตั้งกรุงเทพมหานครเป็นราชธานี ในตอนแรกบทกฎหมายที่ใช้กันอยู่ยังต้องอาศัยเอกสารกฎหมายต่างๆที่ใช้กันสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีที่เหลือรอดพ้นมาได้จากการทำลาย และเอกสารกฎหมายต่างๆเหล่านี้เห็นได้ว่าได้คัดลอกกันต่อๆ มาซึ่งเป็นที่น่าพอใจส่วนที่เหลือให้คัดลอกคงเหลือเป็นส่วนน้อยของตัวบทกฎหมายที่ได้ใช้กันก่อนเสียกรุงแก่ข้าศึก ตามพระราชกำหนดใหม่ข้อที่ ๒๘ กล่าวว่า บทกฎหมายเก่าครั้งกรุงศรีอยุธยาได้สูญไปมาก ในบทกฎหมายเก่าหรือสืบส่วนจะมีคงเหลืออยู่ก็แต่เพียงส่วนเดียวเท่านั้น เพื่อแก้ไขความบกพร่องนี้ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทำการวินิจฉัยคดีต่างๆในทางกฎหมายไว้โดยทรงอาศัยอำนาจอธิปไตยของพระองค์เองบ้าง ทรงอาศัยหลักฐานที่ได้จากการสืบสวนฟังคำบอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่บ้าง เนื่องจากการปกครองในต้นกรุงรัตนโกสินทร์พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจอย่างสมบูรณ์ในการปกครองประเทศ จึงอาจจะเรียกว่าเป็น “หลักนิติธรรมแบบสมบูรณ์อาญาสิทธิราช” อย่างไรก็ตามกฎหมายของกรุงรัตนโกสินทร์ต้นๆยังคงอาศัยบทกฎหมายต่างๆ ของกรุงศรีอยุธยาเป็นบรรทัดฐานสำคัญ กรณีที่เป็นต้นเหตุสำคัญให้มีการสังคายนาตัวบทกฎหมายสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์น่าจะมาจากคดีฟ้องหย่าเรื่องหนึ่งซึ่งฟ้องหย่าขาดจากนายบุญศรีช่างเหล็กหลวง นายบุญศรีได้ต่อสู้คดีไม่ยอมให้มีการบังคับให้หย่าโดยอ้างว่าอำแดงป้อมภรรยาของตนได้ทำชู้กับนายราชาอรรถ แต่ศาลพิพากษาให้การสมรสขาดจากกันได้ตามที่อำแดงป้อมฟ้อง โดยอาศัยการพิจารณาคดีตามบทบัญญัติแห่งบทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งมีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” นายบุญศรีนำเอาคดีขึ้นทูลเกล้าถวายฯ ถวายฎีกาต่อพระเจ้าแผ่นดิน พระองค์ทรงเห็นด้วยตามฎีกาว่า ความจริงคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นการขัดกับหลักความยุติธรรม พระองค์ทรงสงสัยกฎหมายที่ศาลได้ยกขึ้นใช้ว่า จะเป็นฉบับที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อน จึงมีพระบรมราชโองการให้เทียบข้อความในฉบับกฎหมายที่ศาลยกมาใช้กับข้อความในกฎหมายอีกสองฉบับ ซึ่งฉบับหนึ่งรักษาไว้ที่หอสมุดหลวง อีกฉบับหนึ่ง ณ ข้างที่ แต่การเทียบนี้พบว่าตัวบทกฎหมายในกฎหมายทั้งสามฉบับมีความถูกต้องตรงกันมิได้คลาดเคลื่อนกันแต่อย่างใด เนื่องจากการร้องถวายฎีกาของนายบุญศรี พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช จึงมีพระบรมราชโองการให้จัดการตรวจชำระสะสางโดยทั่วไปซึ่งบรรดาบทกฎหมายทั้งปวงที่มีอยู่ใน



หอหลวงนั้น เมื่อจุลศักราช ๑๑๖๖ (พ.ศ.๒๓๔๗) พระองค์ทรงมอบหน้าที่การตรวจชำระบทกฎหมาย ในครั้งนั้นแก่กรรมการคณะหนึ่งรวม ๑๑ นาย เป็นอาลักษณ์ ๔ นาย ลูกขุน ๓ นาย และราชบัณฑิตย ๔ นาย คณะกรรมการมีหน้าที่สำคัญในอันที่จะจัดวางลำดับตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วให้เข้าระเบียบ กับตัดทอนส่วนที่ซ้ำกันออก และเลือกคัดเอาส่วนที่ขัดแย้งกันทิ้ง แต่อย่างไรก็ตามก็ดูเหมือนว่า ไม่ได้หมายความว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงมีความผูกพันว่าจำต้องทรงรับเองงานที่คณะกรรมการได้จัดทำขึ้น โดยจะแก้ไขอย่างไรก็ได้ แต่เห็นว่าพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ยังคงสงวนไว้ซึ่ง สิทธิที่จะทรงแก้ไขเนื้อความของตัวบทกฎหมายที่ชำระสะสางแล้วได้อีกตามที่จะได้ทรงเห็นว่าเป็นการ จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม<sup>2</sup>

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นคงจะเห็นได้ว่าสาเหตุที่มีการสังคายนากฎหมายเมื่อต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ก็เนื่องจากกฎหมายที่ศาลบังคับใช้ไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมมีการคัดลอกกฎหมาย สืบต่อกันมาและเกิดผิดพลาดทำให้หลักกฎหมายพันเพี้ยน ส่งผลให้การตัดสินคดีของศาลไม่เป็นธรรม เมื่อเป็นเช่นนี้กรณีจึงถือได้ว่าขาดหลักนิติธรรม พระปฐมบรมมหากษัตริย์แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ได้แก่ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช ซึ่งทรงใช้อำนาจอธิปไตย และเป็นรัฐอธิปไตย จึงให้ ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเสียใหม่และรวบรวมเข้าไว้ด้วยกันเป็นหมวดหมู่ ที่มีชื่อเรียกว่ากฎหมายตรา สามดวง ทั้งนี้เพื่อให้การปกครอง และการศาลของกรุงรัตนโกสินทร์เป็นไปตามหลักนิติธรรมนั่นเอง<sup>3</sup>

<sup>2</sup> แลงกาศ์ . (๒๕๒๖) ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๑ หน้า ๑๘ กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ .

<sup>3</sup> การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม (กฎหมาย และการศาล) อย่างน้อยสำคัญในประเทศสยาม เริ่มในสมัยรัชกาล ๔ เป็นระยะเวลาที่ ชาวยุโรปเริ่มเข้ามามีอิทธิพลในประเทศสยาม แม้พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ ๔ จะได้ทรงออกประกาศและ ตรากฎหมายต่างๆขึ้นใช้บังคับมากมายแต่เนื่องจากไทยเรายังมีกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบที่เรียกว่า จริตนครบาล คือการ พิจารณาคดีที่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นต้องหาพยานหลักฐานมาแสดงให้ได้ว่าตนบริสุทธิ์ และมีการกระทำทารุณเพื่อให้รับ สารภาพว่าทำผิด เช่นตอกเล็บ บีบขมับจนกว่าจะรับสารภาพ ซึ่งชาวต่างประเทศเห็นว่าป่าเถื่อนไร้อารยธรรม จึงไม่ยอมให้ใช้กับ คนในบังคับของตน ทำให้ไทยต้องเสียสิทธิเสรีภาพนอกอาณาเขต คือไทยต้องยอมให้ชาวต่างประเทศตั้งศาลกงสุลขึ้นพิจารณา คดีคนของเขา หรือคนในบังคับของเขาตามกฎหมายของเขาเอง ซึ่งเท่ากับไทยเสียเอกราชทางด้านศาล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ ทรงพยายามดำเนินการแก้ไขด้วยวิธีต่างๆ เช่น โปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้สถาปนาระทรวงยุติธรรมขึ้นใน พ.ศ. ๒๔๑๔ หลังจากนั้นจึงทรงปฏิรูปกฎหมาย โดยจ้างนักกฎหมายชาวยุโรปและชาว ญี่ปุ่นมาช่วย การปฏิรูปกฎหมายไทยเริ่มในปี พ.ศ. ๒๔๔๐ โดยพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระนามเดิมว่า พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เป็นพระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และเจ้าจอมมารดาตลับ หลังจากสำเร็จ วิชากฎหมายจากมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ประเทศอังกฤษ ทรงได้รับแต่งตั้งให้เป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม กรมหลวงราชบุรี ดิเรกฤทธิ์ได้ตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายขึ้น และดำเนินการสอนเอง โรงเรียนกฎหมายนี้ต่อมาได้กลายเป็น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างกฎหมายลักษณะอาชญา ประกาศใช้ในปี พ.ศ. ๒๔๕๑ จัดเป็น กฎหมายแบบใหม่และทันสมัยที่สุดฉบับแรกของไทย ต่อมาได้ประกาศใช้กฎหมายอีกหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติลักษณะ ปกครองท้องที่ ร.ศ.๑๑๖ (พ.ศ. ๒๔๔๐) พระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้เช่าหนังสือ ร.ศ. ๑๒๐ (พ.ศ. ๒๔๔๔) กฎหมายว่าด้วยการ เลิกทาส พ.ศ. ๒๔๔๘ นอกจากนี้ยังได้ปฏิรูปภาษากฎหมายไทยให้รัดกุม ชัดเจน เหมาะสม

อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยของเรานับแต่สมัยสุโขทัยถึงต้นกรุงรัตนโกสินทร์ ในการปกครองประเทศหรือในกฎหมายไม่มีการกล่าวถึง “หลักนิติธรรม” คงมีแต่กล่าวถึงความเป็นธรรมในการตัดสินคดี

### แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมในการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม

ได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า แนวความคิดเรื่อง หลักนิติธรรม (The Rule of Law ) เริ่มมีความเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้นที่ประเทศอังกฤษในราวคริสต์ศตวรรษที่ ๑๓ โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา ( Magna Carta ) ค.ศ. ๑๒๑๕ อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลกโดยศาสตราจารย์ เอ. วี ไคซีเยส แห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด ในปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิคตอเรียมหาราชินีนาถ ศาสตราจารย์เดซีเยส ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างชัดเจนว่า The Rule of Law มีความสำคัญ ๓ ประการ คือ

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการมิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครมีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๖ ได้โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ดำเนินการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อจากที่ได้ทำไว้สมัยรัชกาลที่ ๕ และโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตั้งกรมร่างกฎหมายขึ้น ใน พ.ศ. ๒๔๖๖ การปฏิรูปศาล เดิมกิจการศาลอยู่กระจัดกระจายในกรมหรือกระทรวงต่างๆ เมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ ทรงตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น ในปี พ.ศ. ๒๔๑๔ จึงนำมารวมไว้ในกระทรวงนี้และมีการยุบรวม ปรับปรุงศาลเพื่อให้ทำหน้าที่ได้ดียิ่งขึ้น และตราพระราชธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. ๒๔๕๑ ให้มีศาลฎีกา ศาลสถิตยุติธรรมกรุงเทพ และศาลหัวเมือง ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๔๕๕ มีการจัดระบบศาลใหม่ให้มีศาลในกระทรวงยุติธรรม ๒ แผนกคือศาลยุติธรรมกรุงเทพ (มีศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์ ศาลพระราชอาญา ศาลแพ่ง ศาลต่างประเทศ และศาล โบริสภา) และศาลหัวเมือง (มีศาลมณฑล ศาลเมือง และศาลแขวง ) จัดเป็นรากฐานสำคัญของศาลสืบทอดมาถึงปัจจุบัน

ความสำเร็จในการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลของไทย นอกจากจะเป็นผลงานของพระบรมวงศานุวงศ์ และข้าราชการไทยที่มีความรู้ความสามารถ อาทิเช่น พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระสวัสดิ์วัฒนวิศิษฐ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมองค์แรก และขุนหลวงพระยาไกรสี ผู้พิพากษาไทยคนแรกที่ได้ไปเรียนวิชากฎหมายสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษแล้ว ไทยยังได้จ้างนักกฎหมายชาวต่างประเทศที่มีความรู้มาเป็นที่ปรึกษากฎหมายอีกด้วย บุคคลสำคัญได้แก่นายโรลันด์ ชัคมินส์ ชาวเบลเยียม นายโตกจิ มาซาโอะ ชาวญี่ปุ่น นายวิลเลียม อัลเฟรด ตจิลเลก ชาวศรีลังกา และนายฮอร์ช ปาลู ชาวฝรั่งเศส เป็นต้น

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) มิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพประการต่าง ๆ นั้น หาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

ดังนั้นอาจกล่าวได้หรือไม่ว่า หลักนิติธรรม เป็นหลักที่ใช้บังคับหลังจากที่มีการตั้งรัฐและมีผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐนั้นแล้ว แม้การเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐจะได้อำนาจโดยการปฏิวัติ รัฐประหารก็จะไม่คำนึงถึง แต่เมื่อสถาปนาอำนาจปกครองได้แล้ว การปกครองนั้นจะเป็นการปกครองที่อยู่ในหลักนิติธรรมหรือไม่ จึงค่อยมาพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ศาสตราจารย์ เดซีเยส กำหนดไว้

หลักการบังกาลอร์ ว่าด้วยจริยธรรมของตุลาการ หมวดที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระของตุลาการ บัญญัติว่า “ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นสำหรับหลักนิติธรรมและหลักประกันพื้นฐานแห่งการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม ผู้พิพากษาต้องรักษาและเสริมสร้างไว้ซึ่งความเป็นอิสระในตนและองค์กร”

ก่อนปีพ.ศ. ๒๕๕๐ แม้จะมีการกล่าวอ้าง “หลักนิติธรรม” ในการต่อสู้คดีในศาลยุติธรรม แต่ศาลก็ไม่ได้กล่าวถึงหรือยอมรับโดยตรงว่าหลักนิติธรรมเป็นสิ่งที่มิอยู่เมื่อศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นว่า ศาลยอมรับโดยปริยายว่าผู้ที่ก่อการรัฐประหารล้มล้างการปกครองสำเร็จเป็น **รัฐจารีตนิยม** มีอำนาจสูงสุดในขณะนั้นไม่มีประเด็นให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำรัฐประหารยึดอำนาจนั้นเป็นการล้มล้างระบบการปกครอง จะเป็นเรื่องที่เหมาะสมหรือไม่ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๕/๒๔๙๖ คดีระหว่างนายทองดี หลีละเมียร โจทก์ กระทบวงการคลัง ที่ ๑ กับพวก จำเลย วินิจฉัยว่า การที่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จนั้น คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์ การแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นรัฐมนตรีในตอนนั้น ก็ย่อมเป็นการอันชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่สั่งให้ปลดปลัดกระทรวงฐานประมาท เลินเล่อในหน้าที่ราชการเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อันเป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๖๑ และอาศัยอำนาจตามมาตรา ๖ แห่ง พ.ร.บ. กำหนดวิธีการพิจารณาลงโทษข้าราชการผู้กระทำผิดหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. ๒๕๔๐ นั้น เป็นคำสั่งที่ออกมาในทางราชการโดยอำนาจและหน้าที่ในตำแหน่งราชการด้วย การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจ เมื่อฟังได้ว่าเป็นการกระทำโดยสุจริตไม่ใช้อำนาจและหน้าที่ ทั้งมิได้มุ่งที่จะให้เกิดเสียหายแก่ผู้ใด ดังนี้ แม้จะวินิจฉัยผิดพลาดก็หาเป็นละเมิดไม่

เกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ดร. วิษณุ เครืองาม ให้ความเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นข้อยกเว้นของหลักนิติธรรมเพราะเป็นคนละกรณีกัน ความจริงเป็นข้อยกเว้นของการปกครองระบอบ

ประชาธิปไตยทั้งระบบด้วยซ้ำ จึงควรจำกัดตัวอย่างเฉพาะการใช้หลักนิติธรรมในสถานการณ์ที่ยังคงมีอำนาจรัฐและอยู่ในระบอบประชาธิปไตยมากกว่า ซึ่งก็สามารถมีข้อยกเว้นได้ตามนัยที่ท่านศาสตราจารย์ธานีทร กรีวิเชียร ได้อธิบายไว้แล้ว โดยไม่ต้องเปิดประเด็นเรื่องคำพิพากษาฎีกาฉบับนั้นอีก<sup>4</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒๐/๒๕๐๕ คดีระหว่างนายเป็งเฮียง ทวีโกศา ที่ ๑ กับพวก โจทก์ นายสอาด ศิริพัฒน์ จำเลย ตัดสินว่า นายอำเภอมีหน้าที่จดทะเบียนสมรสตามที่เขาร้องขอ ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๔๗๘ นายอำเภอจะอ้างเหตุขัดข้องตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยนั้นมิได้

คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๗๓/๒๕๑๙ คดีระหว่าง จอมพลถนอม กิตติขจร กับพวก โจทก์ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ กับพวก จำเลย โจทก์ฟ้องว่าโจทก์เป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดและเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๔ ตุลาคม ๒๕๑๖ ประชาชนบางกลุ่มก่อความวุ่นวายถึงขั้นจลาจลเรียกร้องรัฐธรรมนูญ ..โจทก์ได้ลาออกจากตำแหน่ง จำเลยที่ ๑ เป็นนายกรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๗ แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช ๒๕๑๕ ออกคำสั่งอายัดทรัพย์สินของโจทก์ทั้งสอง และออกคำสั่งให้ทรัพย์สินของโจทก์ที่ถูกอายัดหรือยึดไว้ตกเป็นของรัฐ ให้จำเลยที่ ๑ ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อปฏิบัติตามคำสั่ง และเป็นผู้อนุมัติคำสั่งที่โจทก์ยื่นคำร้องว่าทรัพย์สินที่ตกเป็นของรัฐได้มาโดยสุจริต จำเลยที่ ๑ ออกคำสั่งดังกล่าวโดยกลั่นแกล้งให้โจทก์เสียหายเพื่อเอาทรัพย์สินของโจทก์เป็นของรัฐโดยมิชอบ ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของมาตรา ๑๗ ขัดแย้งต่อมาตรา ๒๒ นอกจากนี้ยังฝ่าฝืนขัดแย้งต่อข้อกำหนดและหลักนิติธรรมเป็นโมฆะ... ฯลฯ

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช ๒๕๑๕ มาตรา ๑๗ บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือการกระทำอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน... ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใดๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นรวมถึงการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย ...ตามบทบัญญัตินี้ นอกจากเป็นบทบัญญัติให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะออกคำสั่งหรือกระทำการใด โดยมติของคณะรัฐมนตรีในเมื่อนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำนั้น ยังเป็นบทบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจตามกฎหมายที่จะวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เห็นสมควรให้มาตรการที่กำหนดไว้ การจะเห็นสมควรเพียงใดเป็นเรื่องของนายกรัฐมนตรีที่จะวินิจฉัยคำสั่งตามฟ้องของโจทก์ จึงเป็นคำสั่งและการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตความมุ่งหมายและชอบด้วย

<sup>4</sup> ศาสตราจารย์พิเศษ ธานีทร กรีวิเชียร. ๒๕๕๒ หลักนิติธรรม. หน้า ๖๘

มาตรา ๑๗ แล้ว โจทก์จะขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาว่า คำสั่งของจำเลยเป็นโมฆะ และมีคำสั่งแสดงว่าทรัพย์สินตามฟ้องเป็นของโจทก์หาได้ไม่

... คำสั่งของจำเลยที่ ๑ ในฐานะนายกรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจมาตรา ๑๗ ดังกล่าวระบุไว้ชัดว่า ต้องการให้การสอบสวนเรื่องทรัพย์สินที่อายัดไว้แล้วนั้นเสร็จสิ้นโดยเร็ว คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นให้ดำเนินการสอบสวนจึงมีหน้าที่ทำการสอบสวนให้เสร็จไปโดยเร็ว การที่คณะกรรมการไม่ยอมให้นำพยานบุคคลเข้าสืบประกอบเอกสารซึ่งคณะกรรมการพิจารณาอยู่แล้วนั้น ย่อมอยู่ในดุลยพินิจของคณะกรรมการตามที่เห็นสมควร การเร่งรัดให้เสร็จไปโดยรวดเร็วจะถือว่าเป็นการรวบรัดวินิจฉัยโดยไม่เป็นธรรมและเป็นการการกั้นกั้นนั้นหาถูกต้องไม่ นอกจากนั้นในตอนท้ายของมาตรา ๑๗ วรรคแรก ยังได้บัญญัติยืนยันและรับรองสนับสนุนไว้อย่างชัดเจนโดยให้ถือว่าคำสั่งของจำเลยที่ ๑ ในฐานะนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรี รวมทั้งการกระทำและการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นการชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องแก่โจทก์ โจทก์จึงหาอำนาจที่จะฟ้องจำเลยที่ ๑ กับพวกที่ปฏิบัติตามคำสั่งแต่อย่างใดไม่

.... ในระหว่างธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕ ใช้บังคับอยู่นั้น ธรรมนูญการปกครองฯ ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด บทกฎหมายใดที่ขัดกับธรรมนูญการปกครองย่อมจะนำมาใช้บังคับไม่ได้ และมาตรา ๒๒ แห่งธรรมนูญดังกล่าวก็ได้บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ฯลฯ” ฉะนั้น เมื่อคำสั่งของจำเลยที่ ๑ ในฐานะนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๗ จึงไม่เป็นการขัดแย้ง เพราะไม่ใช่กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองฯ ใช้ อันจะต้องวินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

มีบางคดีจำเลยแม้จำเลยจะต่อสู้คดีอ้างว่าการวินิจฉัยคดีของศาลเป็นการขัดต่อ “หลักนิติธรรม” เสียเอง แต่หากว่าข้อต่อสู้ของจำเลยที่ฎีกาขึ้นมานั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งต้องห้ามฎีกาเสียแล้ว ศาลฎีกาจะไม่วินิจฉัยให้ เช่น

คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ ๖/๒๕๓๐ คดีระหว่างพนักงานอัยการ กรมอัยการ โจทก์ นายสุธีสังข์ภักดิ์ โจทก์ร่วม นายเลิศศักดิ์ ลอยศักดิ์วงศ์ จำเลย นายเลิศศักดิ์ ลอยศักดิ์วงศ์ ผู้ร้อง เป็นเรื่องที่จำเลยฎีกาคำสั่งศาลที่ไม่รับวินิจฉัยฎีกาของจำเลยว่า เมื่อกรณีปรากฏว่าผู้เสียหายได้ร่วมหรือถือว่าได้ร่วมในการกระทำความผิดเสียเองแล้ว จะไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยได้ และผู้เสียหายเช่นนี้ไม่มีสิทธิฟ้องคดี กบยกข้ออ้างว่า ผู้เสียหายยอมให้ตนเองเสียหายหรือไม่ป้องกันความเสียหายทั้งที่อาจป้องกันได้ขัดต่อหลักนิติธรรม ผู้เสียหายจึงไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ศาลล่างไม่ได้วินิจฉัยเสียก่อนเป็นการไม่ชอบ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าฎีกาของจำเลยที่โจทก์ร่วมรู้ว่าจำเลยมีฐานะการเงินไม่ดี ออกเช็คล่วงหน้า ๑ เดือน ขณะออกเช็คจำเลยไม่มีเงิน ถือว่าโจทก์ร่วมยอมรับเอาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า โจทก์ร่วมไม่ใช่ผู้เสียหาย เป็นฎีกาที่โต้เถียงข้อเท็จจริงที่ศาลล่างรับฟังมาว่า จำเลยออกเช็คชำระหนี้

โดยเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็ค ฎีกาของจำเลยเป็นฎีกาในข้อเท็จจริงต้องห้ามมิให้ฎีกา การที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับฎีกาของจำเลยจึงชอบแล้ว

คำสั่งคำร้องที่ ๒๒๓๘/๒๕๓๕ คดีระหว่างนายบุญ สวัสดิ์ โจทก์ นายพรม เพ็ญสุข จำเลย นายพรม เพ็ญสุข ผู้ยื่นคำร้อง วินิจฉัยว่า จำเลยฎีกาว่า การที่ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่าจำเลยทิ้งฎีกา โดยไม่ไต่สวนให้ได้รับความเสียก่อนว่าการที่จำเลยไม่นำหมาย เป็นความผิดของจำเลยหรือเป็นความผิดของเจ้าหน้าที่ศาล ไม่เป็นไปตาม **หลักนิติธรรม** นั้น ศาลฎีกาเห็นว่า คดีนี้ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า จำเลยมิได้นำเจ้าหน้าที่ศาลไปส่งสำเนาฎีกาให้โจทก์ภายในเวลาที่ศาลชั้นต้นกำหนด จึงเป็นการทิ้งฟ้อง ให้จำหน่วยคดีจากสารบบความของศาลฎีกา คำสั่งของศาลฎีกาดังกล่าวจึงถึงที่สุด ที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของจำเลยชอบแล้ว ให้ยกคำร้อง

มีคดีที่ศาลฎีกาอ้างว่าถึงคำว่าหลักนิติธรรมในคำพิพากษา แต่น่าจะไม่ใช้หลักนิติธรรมในแนวที่กำลังศึกษาอยู่ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๙๓๕/๒๕๔๑ คดีระหว่าง พนักงานอัยการจังหวัดลพบุรี โจทก์ นายบันเทิง เณรปัญญา จำเลย โจทก์ฎีกาว่า ผู้เสียหายเสพติดเป็นบ่อเกิดแห่งอาชญากรรม ขอให้ศาลลงโทษสถานหนักไม่รอการลงโทษแก่จำเลยนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า ในกรณีเป็นผู้เสียหายเสพติดนั้นย่อมเกิดผลร้ายแก่ตัวผู้เสียหายซึ่งพึงต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขเบื้องต้น ส่วนปัญหาที่โจทก์อ้างว่าเป็นบ่อเกิดแห่งอาชญากรรมนั้นเป็นเพียงแนวโน้มซึ่งมิได้เป็นจริงทุกกรณี トラบใดที่ผู้เสพติดยังมิได้กระทำการใดขึ้นเป็นการก่ออาชญากรรม การลงโทษรุนแรงไว้ก่อนย่อมเป็นตั้งการลงโทษล่วงหน้า สำหรับความผิดที่ยังมิได้เกิดเป็นการลงโทษที่ขัดต่อ**หลักนิติธรรม** เป็นนโยบายการป้องกันที่ผิดและสร้างปัญหาให้มากยิ่งขึ้น

ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๖ เป็นต้นมาได้มีการยอมรับว่าการปกครองประเทศต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และได้มีการศึกษาเรื่องหลักนิติธรรมกันอย่างกว้างขวาง จึงมีกรณีที่มีผู้มีอำนาจถูกเลือกปฏิบัติ ขัดต่อหลักความเสมอภาคขัดต่อหลักนิติธรรมโดยไม่ได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาล ศาลฎีกาจะพิจารณาให้ เมื่อเห็นว่ามีเหตุที่จะคุ้มครองให้แก่ผู้ร้อง ก็จะพิพากษาคดีไปในทางเป็นประโยชน์และคุ้มครองผู้ร้อง แต่ในคำพิพากษาไม่ได้อ้างถึงหลักนิติธรรมโดยตรง ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ ๙๑๓/๒๕๓๖ คดีระหว่างนายเสนาะ เทียนทอง ผู้ร้อง พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้คัดค้าน ผู้ร้องยื่นคำร้องว่าเมื่อวันที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๔ คณะบุคคลเรียกตนเองว่า คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ได้เข้ายึดและควบคุมอำนาจการปกครองของประเทศจากรัฐบาล ในวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๔ รสช. ได้ออกประกาศ เรื่องให้อายัดและห้ามจำหน่ายจ่ายโอน แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายชื่อนักการเมืองที่มีพฤติการณ์อันสื่อแสดงให้เห็นได้ว่ามีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติผิดวิสัยของผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริตและให้อำนาจรวบรวมทรัพย์สินอายัดไว้ และพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลนั้น ร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ ต่อมา รสช. ได้ออกคำสั่งอายัดและห้ามจำหน่าย

จ่ายโอนทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองรวมทั้งผู้ร้อง ภริยาและบุตร แล้ว คตส. ได้พิจารณา และมีคำวินิจฉัยว่าผู้ร้องเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ ผู้ร้องเห็นว่าคำสั่งและประกาศของ รสช. เป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อกฎหมายสากล คำวินิจฉัยไม่เปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม เปิดเผยจากศาลที่เป็นอิสระ คำวินิจฉัยของ คตส. ว่าผู้ร้องเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติให้อายัด ห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของผู้ร้องไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะทรัพย์สินของผู้ร้องเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบ ขอให้ศาลฎีกามีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยของ คตส.

#### ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้าน

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า.. คำวินิจฉัยของ คตส. ว่าได้ทรัพย์สินได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน เท่ากับเป็นการส่งลงโทษริบทรัพย์สินในทางอาญานั้นเอง และมีได้ให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินอันแท้จริงนำคดีไปฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นได้ อำนาจของ คตส. ดังกล่าวเป็นอำนาจเด็ดขาด ซึ่งต่างกับอำนาจวินิจฉัยของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงหรือคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยซึ่งไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ ... อำนาจของ คตส. ดังกล่าว จึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศ รสช. ฉบับที่ ๒๖ ข้อ ๒ และข้อ ๖ จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีชื่อศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาล ย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้ นอกจากนี้ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึดและตกเป็นของแผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ คตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ ๒๖ ข้อ ๖ ใช้บังคับ จึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษในทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษแก่ผู้ร้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อีกประการหนึ่งด้วย เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ ๒๖ ข้อ ๒ และข้อ ๖ ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๓๐ จึงใช้บังคับมิได้ ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๒๒/๒๕๐๖ คดีระหว่างนายสกล สามเสน โจทก์ นายชิว พุดทองศิริ กับพวก จำเลย เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของ คตส. ที่อาศัยอำนาจตามประกาศ รสช. ฉบับที่ ๒๖ ข้อ ๒ และข้อ ๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ ๒๖ ลงวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๔ มาตรา ๓ ไม่มีผลบังคับไปด้วย มีคำสั่งให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินที่เกี่ยวกับผู้ร้อง

มีกรณี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอ้างเรื่องหลักนิติธรรม The Rule of Law ในคำวินิจฉัย ได้แก่

คำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๖ เรื่อง พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง หรือไม่ วินิจฉัยว่า

ศาลอุทธรณ์ภาค ๕ ส่งความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑ ข้อเท็จจริงตามคำร้องและและเอกสารประกอบสรุปได้ดังนี้

พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการคดีศาลแขวงลำปาง เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องนายกิตตินาท สุวรรณเลิศ เป็นจำเลยต่อศาลแขวงลำปางในคดีอาญาหมายเลขดำที่ ๑๔๑๓/๒๕๕๒ หมายเลขแดงที่ ๓๖๗๙/๒๕๕๒ ในฐานความผิดเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานบริการแต่ปล่อยให้มีการนำอาวุธเข้าไปในสถานบริการระหว่างเวลาที่เปิดทำการ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยจำเลยเป็นผู้แทนและกรรมการผู้มีอำนาจของบริษัท มดยิม เอ็นเตอร์เทนเมนท์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานบริการชื่อ ซิมเปิ้ล ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษาให้ย้อนสำนวนคดีคืนมาให้ศาลอุทธรณ์ภาค ๕ วินิจฉัยอุทธรณ์ของจำเลยว่ากระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ โดยเห็นว่าจำเลยเป็นบุคคลตามที่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ บัญญัติให้ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกับนิติบุคคล ซึ่งได้กระทำความผิด ประกอบกับมาตรา ๒๘/๔ ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น อันมีบทบัญญัติเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ.๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ ๑๒/๒๕๕๕ ว่า เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล โดยไม่ปรากฏว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใดอย่างหนึ่งกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง จึงเห็นสมควรส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑ ว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง หรือไม่

ศาลอุทธรณ์ภาค ๕ เห็นว่า ในคดีอาญาโจทก์มีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด ประกอบกับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ มีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. ๒๕๔๕ มาตรา ๕๔ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้แล้ว ดังนั้น บทสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ย่อมต้องขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง จึงให้ส่งความเห็นตามทางการเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑

ในประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง หรือไม่



พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ เป็นบทบัญญัติในหมวด ๓ ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ ๔ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม โดยวรรคสอง บัญญัติว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งข้อสันนิษฐานว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสองนี้ เป็นข้อสันนิษฐานอันมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ. ๑๑ ที่ว่า บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ามีความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย และผู้นั้นได้รับหลักประกันทั้งหลายที่จำเป็นในการต่อสู้คดีประกอบกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ ๑๔.๒ ที่ว่า บุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด อันถือเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำความผิดอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญา จนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ

สำหรับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ จากบุคคลที่ประกอบกิจการสถานบริการบางประเภทซึ่งอาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน และจัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงในสถานบริการนั้นๆ ไม่เหมาะสมเป็นเหตุให้เยาวชนเอาเยี่ยงอย่างจนประพฤติดัวเลื่อมทรามลง โดยมีบทกำหนดโทษหากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ และสำหรับกรณีความรับผิดชอบของผู้บริหารนิติบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในกรณีนิติบุคคลกระทำความผิด มาตรา ๒๘/๔ บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็น นิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น

เห็นว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ มีวัตถุประสงค์ให้ดำเนินคดีแก่กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น โดยให้ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลด้วย จึงเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของผู้อื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล

ก็ให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบ นิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคล ดังกล่าว โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่ง รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของ นิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเป็น กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการ สันนิษฐานไว้แต่แรกแล้วว่า กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของ นิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดร่วมกับนิติบุคคลด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ ไปยังกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัย สถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดเพียงบาง ข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกี่ยวข้องกับความผิดตามที่จำเลย ถูกกล่าวหา และยังขัดต่อหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำ ความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการ นำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าว อาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควร ในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวข้องกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของ ผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอัน เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรค สอง ประกอบมาตรา ๓ วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๔ คน คือ นายจรัส ภัคดีธนากุล นายเฉลิมพล เอกอรุ นายชัช ชลวร และนายบุญส่ง กุลบุปผา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่ง รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓ วรรคสอง

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๓ คน คือ นายนุรักษ์ มาประณีต นายสุพจน์ ไข่มุกด์ และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ มาตรา ๒๘/๔ เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการ

ดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆด้วย โดยไม่ปรากฏว่ามี การกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นบทบัญญัติที่ ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๙ วรรคสอง ประกอบมาตรา ๓ วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา ๖

## หลักนิติธรรมมีข้อยกเว้นหรือไม่

ศาสตราจารย์พิเศษธานีรินทร์ ภัยวิเชียร ให้ความเห็นว่า

“เป็นที่เข้าใจกันดีว่าหลักนิติธรรมคืออุดมการณ์สูงสุดของการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยโดยที่ผู้ใดจะมาล่วงละเมิดมิได้ มีการสอนและอธิบายในเชิงวิชาการหลายแห่งว่าหลัก นิติธรรมจะมีข้อยกเว้นไม่ได้ การอธิบายหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดเช่นนี้สามารถนำมาถือปฏิบัติใน ความเป็นจริงได้หรือไม่? ในสภาพสังคมที่สลับซับซ้อนและมีปัญหาที่เกิดจากปัจจัยหลายด้านประกอบ กันทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม เราจะยึดหลักนิติธรรมเพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยด้านอื่นได้ จริงหรือ

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นหลักการสำคัญของหลักนิติธรรม สังคมที่ ขาดหลักนิติธรรมก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยสงบสุข นักกฎหมายจึงมีความเห็นว่าจะไม่อาจยกเว้นหลัก นิติธรรมได้ เพราะถ้าให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมก็เท่ากับยอมให้รัฐมีอำนาจมาควบคุมหรือจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ แต่ถ้าพิจารณาอีกด้านหนึ่ง การยึดถือปฏิบัติตามหลักนิติธรรม โดยไม่มีข้อยกเว้นเลยนั้นก็อาจทำให้หลักนิติธรรมไม่สามารถปรับใช้ได้ในทุกๆกรณี ยามบ้านเมืองเกิด วิกฤติการณ์ขั้นร้ายแรงจนถึงขนาดที่กฎหมายไม่เป็นกฎหมาย รัฐบาลไม่สามารถควบคุมสถานการณ์ บ้านเมืองให้อยู่ในความสงบได้ จนกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติอันอาจเกิดได้จากหลาย สาเหตุ เช่น การมุ่งหมายจะล้มล้างการปกครอง การก่อการจลาจลสร้างสถานการณ์ความวุ่นวาย เช่นนี้ จะแก้ปัญหาอย่างไร เราจะถือสิ่งใดมาก่อนกันระหว่างการยึดมั่นในหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัดกับ ความมั่นคงของชาติ บุคคลผู้ประสงค์ร้ายต่อประเทศชาติได้อ้างหลักสิทธิเสรีภาพมารับรองการกระทำ ต่างๆของตน พวกเขามุ่งมั่นใช้สิทธิเสรีภาพที่ตนมีในระบอบประชาธิปไตยและรัฐรับรองคุ้มครองให้ ตามหลักนิติธรรมมาทำลายระบอบประชาธิปไตยเสียเอง ตลอดจนทำลายประเทศชาติในที่สุด อาทิ การอ้างสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ด้วยการรวมตัวกันเพื่อต่อต้านฝ่ายตรงข้ามกับตน อาศัยคนหมู่มาก ชุมนุมกันเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ตนต้องการ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งนั้นจะถูกต้องตามกฎหมายหรือเป็นสิ่งที่ ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ เมื่อไม่ได้รับการตอบสนองตามที่ตนเรียกร้องก็สร้างกระแสและปลุกกระดม ประชาชนให้เกิดการจลาจลและความวุ่นวายในบ้านในเมือง หรืออ้างสิทธิเสรีภาพในการแสดงความ คิดเห็นโจมตีผู้อื่น จนอาจถึงขั้นก้าวล่วงจ้วงจาบบ้านเบื้องสูงอันเป็นที่เคารพสักและศรัทธาอย่าง สูงสุดของปวงชนชาวไทยอย่างรุนแรงและต่อเนื่องอันเป็นการดั่งสถาบันเบื้องสูงลงมาสู่การ วิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง การกระทำเหล่านี้เป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติและส่งผลเสียหายต่อ ประเทศอย่างใหญ่หลวง

ศาสตราจารย์พิเศษธานีรินทร์ กรัยวิเชียร มีข้อเสนอว่า เมื่อถึงคราวจำเป็นในยามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์ทางด้านความมั่นคง รัฐบาลไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองไว้ได้แล้ว กลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจเป็นอัมพาต องค์กรอิสระถูกการเมืองแทรกแซง บ้านเมืองเข้าสู่ภาวะสุญญากาศที่ไม่มีทางออกเช่นนี้แล้ว เราจะเลือกสิ่งใดมาก่อนกันระหว่างความมั่นคงหรือหลักนิติธรรม ซึ่งท่านมีความเห็นว่า เมื่อถึงยามนั้นแล้วเราคงต้องเลือกความมั่นคงของประเทศไว้ก่อนเหนือสิ่งอื่นใด เพราะถ้าบ้านเมืองไปไม่รอดเสียแล้วหลักนิติธรรมนั้นเองก็ไม่อาจคงอยู่ต่อไปได้เช่นกัน

กฎหมายในปัจจุบันเกิดเปิดช่องให้สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ หากเรื่องนั้นเกี่ยวพันถึงประโยชน์สาธารณะ เช่น ปณิธานสภาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดข้อยกเว้นการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ใน ข้อ ๒๙ (๒) ว่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการได้มาซึ่งการยอมรับและการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันสมควรด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๘ วรรคแรก บัญญัติว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนเองได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

การเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญคือ การเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของชาตินั่นเอง ในกรณีจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศชาติและเพื่อความอยู่รอดของบ้านเมือง หากไม่มีทางออกอื่นใดแล้ว ก็สมควรให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมได้ ยอมให้ผู้ใช้อำนาจรัฐมีอำนาจที่จะเข้ามาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชนได้ โดยอาศัยกฎหมายบางฉบับ อาทิเช่น กฎอัยการศึก พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นเครื่องมือในการควบคุมสถานการณ์ แต่การยกเว้นหลักนิติธรรมนี้จะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติเท่านั้น และเมื่อเหตุการณ์ต่างๆ เริ่มคลี่คลายและกลับคืนสู่ความสงบแล้ว ข้อจำกัดยกเว้นสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องค่อยๆ ผ่อนคลายลงเป็นลำดับ กระทั่งยกเลิกไปในที่สุดและกลับมาใช้หลักนิติธรรมอย่างเต็มรูปแบบตามเดิมต่อไป

อาจมีบางท่านคัดค้านว่า หากยอมให้มีการยกเว้นหลักนิติธรรมแล้วก็เท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ใช้อำนาจรัฐที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งผู้ใช้อำนาจรัฐจะดำเนินการอย่างไร ก็เป็นดุลพินิจในแต่ละสถานการณ์ไป ทำให้เกิดคำถามว่าแล้วเราจะเชื่อมั่นในดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจรัฐได้เพียงไรว่าจะเป็นไปได้โดยสุจริตเพราะในอดีตก็มีตัวอย่างมากมายแสดงให้เห็นว่ามีอำนาจอยู่ในมือแล้วคนเรามากจะหลงอำนาจและเสียคนได้ง่าย ท่านศาสตราจารย์ธานีรินทร์ มีความเห็นว่า หากผู้ใช้อำนาจรัฐนั้นหลงอำนาจจนเกินขอบเขตของความถูกต้องและชอบธรรมแล้ว บทเรียนที่ผ่านมาในอดีตทั้งในประเทศและต่างประเทศ แสดงให้เห็นว่าท้ายที่สุดแล้วย่อมจะเกิดแรงต่อต้านอย่างใหญ่หลวงจาก

ประชาชน จนผู้ใช้อำนาจรัฐเหล่านั้นไม่อาจดำรงตนอยู่ในอำนาจได้อีกต่อไป และจำต้องมอบอำนาจกลับคืนสู่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงไม่ช้าก็เร็ว

ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ เห็นว่าจำเป็นต้องสร้างหลักนิติธรรมในแบบของไทยขึ้นมาเอง ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของคนไทย เพื่อง่ายต่อการนำหลักนิติธรรมไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ โดยศึกษาตัวอย่างจากต่างประเทศเป็นแนวทางและนำมาประยุกต์ให้เข้ากับรากฐานเดิมของสังคมไทย

ศาสตราจารย์พิเศษ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร องคมนตรี มีความเห็นว่า เราจะนำหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษอันเป็นต้นแบบของหลักนิติธรรมมาใช้กับประเทศไทยทั้งหมดคงไม่เหมาะสมนัก เนื่องจาก

ประการแรก หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษมีความหมายแคบเกินไป เนื่องจากได้รับการพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและกรณีที่เกิดขึ้นจริงในประเทศอังกฤษเท่านั้น

ประการที่สอง ประเทศอังกฤษนำหลักนิติธรรมไปปรับใช้กับศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งต่างกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทย มาตรา ๓ วรรคสอง ที่วางหลักให้ทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ซึ่งในที่นี้หมายความรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลชำนาญพิเศษ ต่างๆด้วยรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

ประการที่สาม ประเทศอังกฤษใช้หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย ( Justice according to law ) โดยถือว่ากฎหมายนี้แหละคือความยุติธรรม แม้กฎหมายจะก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ศาลก็ต้องวินิจฉัยไปตามตัวบทกฎหมายนั้น จะเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นไปไม่ได้ เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายนั้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน<sup>5</sup>

สำหรับตัวผู้เขียนเองแล้วมีความเห็นว่าการใช้คำว่า หลักนิติรัฐ แทนคำว่าหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ น่าจะเหมาะสมกว่า เพราะหลักนิติธรรมมีกำเนิดและวิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การปกครองประเทศอาศัยแนวธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีส่วนหนึ่ง นอกจากนี้ระบบศาลของประเทศอังกฤษใช้คอมมอนลอว์ ซึ่งศาลเป็นผู้วางหลักกฎหมาย เป็นระบบแตกต่างไปจากประเทศไทยซึ่งมีรัฐธรรมนูญ และกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แม้ประเทศไทยจะใช้ระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ประเทศไทยไม่ได้ถือหลักความเป็นสูงสุดของรัฐสภา ( Supremacy of Parliament ) ที่ถือว่ารัฐสภาเหนือกว่า

<sup>5</sup> อ่างแก้ว

รัฐธรรมนูญ ในทางตรงข้ามประเทศไทยมีระบบการปกครองในระบบประชาธิปไตยแบบ ยึดหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า ( Supremacy of the Constitution )

ความหมายของหลักนิติธรรม ของประเทศอังกฤษอาจพิจารณาได้จากหนังสือเรื่อง Introduction to the Study of the Law of the Constitution. [London: Mac Millan, 1959] ท่านได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า

๑. ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช จะลงโทษผู้ใดตามอำเภอใจไม่ได้ การลงโทษบุคคลกระทำได้โดยอำนาจศาลยุติธรรมเท่านั้น

๒. บุคคลเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย

๓. รัฐธรรมนูญของอังกฤษไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย การที่บุคคลมีสิทธิเสรีภาพหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แต่เพราะมีศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้

เหตุผลที่น่าจะใช้คำว่า หลักนิติรัฐ แทนหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ คือ หลักนิติรัฐมีที่มาจากประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส ซึ่งมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร การพิจารณาคดีในศาลใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย และทั้งประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส การนำคำว่าหลักนิติรัฐมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงน่าจะเหมาะสมกว่า

หลักนิติรัฐ จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบที่สำคัญอย่างน้อย ๓ ประการได้แก่

๑. มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ มีกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

๒. มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันว่ารัฐจะล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ การกระทำใดๆ ของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

๓. ต้องมีการกำหนดขอบเขตของอำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจน มีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็น ๓ ฝ่าย ได้แก่ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน มีองค์กรอิสระควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้

เห็นได้ว่าหลักนิติรัฐเน้นไปที่ความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชน ต่างจากหลักนิติธรรม ที่ให้ความสำคัญกับความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล โดยศาลเป็นที่มาแห่งสิทธิ ความศักดิ์สิทธิ์ของสิทธิและเสรีภาพเกิดจากการที่ศาลยอมรับบังคับให้

อย่างไรก็ดี เมื่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีมติด้วยเสียงข้างมากใช้คำว่าหลักนิติธรรม แทนคำว่าหลักนิติรัฐ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ แล้วก็น่าจะถือเป็นยุค

ตามนั้น โดยขอให้เข้าใจว่าปัจจุบันหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนมีความใกล้เคียงกันเป็นอย่างมาก ในวงการกฎหมายไทยเองก็มีการใช้ทั้งคำว่า นิติรัฐ และนิติธรรมควบคู่กันไป ในลักษณะที่เกี่ยวพันและเชื่อมโยงกัน จนบางครั้งมีการใช้สลับกันเสมือนหนึ่งว่าทั้งนิติรัฐ และนิติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน

เพื่อให้หลักนิติธรรมบังเกิดผลสูงสุด เห็นควรดำเนินการศึกษาความหมายที่ถูกต้องของหลักนิติธรรมเพื่อนำไปพัฒนาหลักนิติธรรมที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย การศึกษาไม่ควรเน้นแต่เฉพาะในทางทฤษฎีเท่านั้น เพราะคนส่วนใหญ่อาจเข้าใจหลักนิติธรรมเพียงว่าเป็นการปกครองโดยกฎหมาย โดยมีได้เข้าถึงแก่นแท้ของหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง จนบางครั้งอาจนำหลักนิติธรรมไปใช้ในทางที่ผิดเช่นคิดกันว่ากฎหมายใช้บังคับก็เพียงพอแล้ว โดยไม่คำนึงถึงว่ากฎหมายนั้นมีความเป็นธรรมหรือไม่ การที่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามอำเภอใจร่วมกันออกกฎหมายเอื้อประโยชน์ให้แก่บุคคลบางกลุ่ม จนเกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง

ท้ายที่สุดผู้ทำเอกสารวิชาการมีข้อเสนอความเห็นแนวทางที่จะพัฒนาหลักนิติธรรมสำหรับประเทศไทยดังต่อไปนี้

๑. ผลักดันให้แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพัฒนาหลักนิติธรรมในเชิงรุก
๒. ศึกษาความหมายที่แท้จริงของหลักนิติธรรม เพื่อนำไปสู่การพัฒนาหลักนิติธรรมที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมไทย
๓. สร้างจิตสำนึกร่วมทุกภาคฝ่ายเกิดความรู้สึกเป็นพันธผูกพันที่จะต้องนำหลักนิติธรรมไปปฏิบัติให้เป็นรูปธรรมอย่างจริงจัง
๔. ส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมและตรวจสอบกระบวนการปฏิรูป โดยประชาชนมีบทบาทในการตรวจสอบ ติดตามการปฏิบัติการขององค์กรของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม

## ไทยรั้งอันดับ ๔๗ ดัชนีชี้วัดหลัก “นิติธรรมโลก” จาก ๙๙ ประเทศ ชี “คอร์รัปชัน” ในฝ่ายนิติบัญญัติน่ากังวล

ดัชนีชี้วัดหลักนิติธรรมโลกประจำปี ๒๕๕๗ จัดทำโดยโครงการยุติธรรมโลก หรือเวิลด์ จัสติซ โปรเจกต์ (ดับเบิลยูเจพี) ซึ่งเป็นองค์กรวิชาการอิสระ ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา ที่เผยแพร่เมื่อวันที่ ๕ มีนาคมที่ผ่านมาตามเวลาท้องถิ่น จัดให้ไทยอยู่ที่อันดับ ๔๗ จาก ๙๙ ประเทศ มี ๐.๕๒ คะแนน จากคะแนนเต็ม ๑.๐๐ คะแนน โดยถือเป็นอันดับ ๙ จาก ๑๕ ประเทศในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก ตะวันออก ซึ่งประกอบไปด้วย ๘ ชาติสมาชิกอาเซียน ยกเว้นลาวและบรูไน กับอีก ๗ ประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกและโอเชียเนีย โดยดัชนีดังกล่าวแบ่งเป็นหัวข้อใหญ่ๆ ๘ หัวข้อ คือ การจำกัดอำนาจของรัฐบาลให้เหมาะสม การปราศจากการคอร์รัปชัน ความโปร่งใสของรัฐบาล สิทธิและ

เสรีภาพขั้นพื้นฐาน ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง การบังคับใช้กฎหมาย ความยุติธรรมในคดีแพ่ง และความยุติธรรมในคดีอาญา และหัวข้อย่อยๆ อีกรวม ๔๔ หัวข้อ

แถลงการณ์ของดับเบิลยูเจพีระบุว่า โดยสรุปแล้ว ไทยมีคะแนนสูงในหัวข้อ ความมีประสิทธิผลของกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญา โดยอยู่ในอันดับที่ ๓๕ ของโลก และอันดับ ๗ ในบรรดากลุ่มประเทศที่มีรายได้ใกล้เคียงกัน ขณะที่ผลงานในด้านความสงบเรียบร้อยมีพัฒนาการที่ดีขึ้น และได้คะแนนสูงถึง ๐.๗๕ คะแนน แต่แม้จะมีอัตราการก่ออาชญากรรมค่อนข้างต่ำ แต่ความขัดแย้งทางสังคมและความรุนแรงทางการเมืองยังคงเป็นปัญหาใหญ่

รายงานยังระบุว่า การคอร์รัปชันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝ่ายนิติบัญญัติ ยังเป็นปัญหาที่น่ากังวลแม้ว่าจะมีพัฒนาการในบางเรื่องอย่างมีนัยยะสำคัญในช่วงปีที่ผ่านมา ขณะที่หัวข้อที่ได้คะแนนต่ำที่สุดคือ กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งที่ได้อันดับ ๘๙ และอันดับรองสุดท้ายของภูมิภาค ส่วนหนึ่งมาจากอุปสรรคความยากลำบากในการบังคับคดีตามคำสั่งศาล

ทั้งนี้ ประเทศที่ครองอันดับ ๑ ในปีนี้คือ เดนมาร์ก ตามด้วย นอร์เวย์ สวีเดน ฟินแลนด์ และเนเธอร์แลนด์ ขณะที่ประเทศที่มีอันดับดีที่สุดของภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกตะวันออก คือ นิวซีแลนด์ ที่อันดับ ๖ ส่วนเพื่อนบ้านของไทยในอาเซียนอย่าง สิงคโปร์อยู่อันดับ+ ๑๐ มาเลเซีย ๓๕ อินโดนีเซีย ๔๖ ฟิลิปปินส์ ๖๐ เวียดนาม ๖๕ พม่า ๘๙ และกัมพูชา ๙๑

ขณะที่ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา อยู่ในอันดับที่ ๑๙ จีนอันดับที่ ๗๖ และรัสเซียอันดับที่ ๘๐

ดัชนีนี้จัดทำขึ้นโดยใช้การสำรวจครัวเรือนมากกว่า ๑๐๐,๐๐๐ ครัวเรือน และผู้เชี่ยวชาญจำนวนมาก เพื่อประเมินว่าหลักนิติธรรมส่งผลต่อผู้คนอย่างไรในชีวิตประจำวันของคนทั่วโลก

.....

(ที่มา : มติชนรายวัน ๘ มีนาคม ๒๕๕๗)