

บทความทางวิชาการเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

เรื่อง หลักนิติธรรมกับ ภาคเอกชน

จัดทำโดย



นายพิสิทธิ์ เหล่าศิริรัตน์

เลขประจำตัว ๕๘๐๓๒๔

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อ

ประชาธิปไตย รุ่นที่ ๓

วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เดือนมีนาคม พุทธศักราช ๒๕๕๘

สารบัญ

สารบัญ	หน้า
1. บทนำ	1
2. ความเป็นมาของหลักนิติธรรม	3
3. หลักนิติธรรมในความหมายนานาชาติ	8
4. หลักนิติธรรมในประเทศไทย	12
5. หลักนิติธรรมกับภาคเอกชน	21
6. สรุปและข้อเสนอแนะ	27

บทความวิชาการเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

เรื่อง หลักนิติธรรมกับภาคเอกชน

บทนำ

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

บทบัญญัตินี้ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยบัญญัติเพิ่มขึ้นเป็นวรรคสองของมาตรา 3 อันว่า ด้วยอำนาจอธิปไตยและให้อยู่ก่อน มาตรา 4 อันว่า ด้วยความศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล เพราะถือว่า มีความสำคัญลดหลั่นลงมาจากอำนาจอธิปไตย แต่อยู่เหนือสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ดังนั้น หลักนิติธรรมจึงเป็นแนวทางการปฏิบัติหน้าที่สำคัญของภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลทั้งหลาย องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต) ผู้ตรวจการแผ่นดิน องค์กรอัยการ เป็นต้น และหน่วยงานต่างๆของรัฐ ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด องค์กรปกครองท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานที่มีรูปแบบพิเศษ เท่ากับว่า ครอบคลุมถึงภาครัฐทุกประเภทและเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกคน การที่องค์กรหรือหน่วยงานใดหรือ แม้แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ย่อมเชื่อได้ว่าฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญและนำไปสู่ความรับผิดชอบทางการเมืองหรือความรับผิดชอบตามกฎหมายแล้วแต่กรณี

ปัญหาจึงมีอยู่ว่าในการบังคับใช้ หลักนิติธรรม มีความหมายว่าอย่างไร และ รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรและหน่วยงานต่างๆ ต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรมนั้นมุ่งหมายจะ ให้มีความหมายและขอบเขตเพียงใด เพราะหลักนิติธรรมเป็นปรัชญาและแนวคิดที่มีมาช้านาน แล้ว โดยไม่มีกฎหมายใครรองรับไว้โดยตรง และหากจะมีการกล่าวถึงบ้างก็เป็นเชิงวิชาการที่ยัง อาจถกเถียงกันได้ว่ามีขอบเขตเพียงใด การกระทำอย่างไรบ้างจึงเชื่อได้ว่าเป็นไปหรือไม่เป็นไป

ตามหลักนิติธรรม ความหมายและขอบเขตกว้างหรือแคบเพียงใด ทั้งมีแนวโน้มอาจมีการขยายความให้ หลักนิติธรรมมีพลวัต จนมีขอบเขตกว้างขวางขึ้นกว่าที่เคยเข้าใจในอดีต ซึ่งอาจเป็นการตีความที่สอดคล้องกับโลกาภิวัตน์ (Globalization) หลักความเป็นธรรมของสังคม (Social Justice)

อีกประการหนึ่งมีข้อสงสัยเกี่ยวกับ มาตรา 3 กำหนดวิธีการในการปฏิบัติหน้าที่ของภาครัฐเท่านั้น กล่าวคือ รัฐสภามีหน้าที่ออกกฎหมาย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินและหน้าที่พิเศษอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญกำหนด คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ศาลมีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีหน้าที่พิเศษเฉพาะอย่าง ส่วนใหญ่เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และหน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานนั้นๆ และกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม แต่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้เป็นวิธีการในการปฏิบัติตนของภาคเอกชนด้วยแต่อย่างใด ทั้งที่ภาคเอกชนหรือราษฎรทั้งหลายเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยตรงและมีเสรีภาพต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะบังคับเอาแก่ภาครัฐได้ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิในการดำเนินคดี รวมทั้งยังมีหน้าที่ต่อรัฐ เช่น พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ การปกครองระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หน้าที่ป้องกันประเทศ หน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย หน้าที่การไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หน้าที่รับราชการทหาร หน้าที่เสียภาษีอากร หน้าที่ช่วยเหลือราชการ หน้าที่รับการศึกษาอบรม เป็นต้น จึงทำให้เกิดปัญหาว่าภาคเอกชนไม่ว่า จะเรียกว่าประชาชน ราษฎร หรือชนชาวไทยก็ตามจะต้องปฏิบัติตามหลักนิติธรรมด้วยหรือไม่ประการใด

บทที่ 1

1. ความเป็นมาของหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมที่ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” นั้นเดิมทีมิใช่หลักหลักทางนิติศาสตร์ หากเป็นหลักในทางรัฐศาสตร์หรือปรัชญาการเมืองการปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นและพัฒนาด้วยความมุ่งหมายพิเศษในระบบกฎหมายและระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษ เช่นเดียวกับหลัก การแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ที่รู้จักกันในฝรั่งเศส

ที่มาของหลักนิติธรรมต้องพิจารณาในเชิงประวัติศาสตร์และพัฒนาการ ดังนี้

1.1 การมุ่งจะจำกัดอำนาจอันไร้ขอบเขตของผู้ปกครอง

เรื่องนี้เป็นความเข้าใจมาแต่โบราณแล้วว่า เมื่อผู้ใดได้อำนาจในการปกครองรัฐ ผู้ผู้นั้นย่อมได้อำนาจทั้งหมด เริ่มแรกในหลายประเทศได้รับแรงสนับสนุนจากศาสนาและนักบวชต่างๆว่า ผู้ปกครองได้อำนาจมาจากเทพตามทฤษฎีเทวสิทธิราชย์ อำนาจนี้จึงสิ้นพันหาขอบเขตมิได้ เว้นแต่จะระงับยับยั้งซึ่งใจเสียเอง ในเอเชียมีคตินิยมของจีนที่ว่า กษัตริย์เป็นโอรสสวรรค์หรือฮ่องเต้ ญี่ปุ่นมีคตินิยมว่ากษัตริย์เป็นผู้สืบเชื้อสายจากเทพ ในอินเดียและอุษาคเนย์ได้รับอิทธิพลจากศาสนาพราหมณ์ว่า กษัตริย์คือพระนารายณ์อวตารลงมาเกิด เช่นเดียวกับที่เคยมามีพระราม กษัตริย์ขอม อชุตยา หรือชวา (สมัยอาณาจักรศรีวิชัย) จึงมีชื่อว่า รามาธิบดี ในยุโรปสมัยกลางก็มีความเชื่อว่า กษัตริย์ได้รับอำนาจมาจากพระมหากษัตริย์ของพระเจ้าเป็นเจ้าต่างๆ เช่นกัน

คตินิยมเช่นนี้แม้ในประเทศไทยก็มีต่อมาเป็นเวลานานดังที่เราเรียกพระมหากษัตริย์ว่าเจ้าแผ่นดิน เจ้าชีวิต เจ้าเหนือหัว คำสั่งของพระมหากษัตริย์เรียกว่า พระบรมราชโองการ ซึ่งเป็นคำเดียวกับที่เรียกคำสั่งของพระเจ้าเป็นเจ้า อนึ่ง พระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้ปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุถือว่าเป็นลึกลับ ไม่มีข้อใดสิ่งอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้บังอาจขัดขวางได้

ศาสตราจารย์วิชฌู เครื่องงาม ได้สรุปว่าข้อนี้สะท้อนให้เห็นความคิดเรื่องผู้ปกครองสูงสุดหนึ่งเดียวอันตรงกับภาษากรีก Monos แปลว่าหนึ่งเดียว และ Archien

แปลว่าการปกครอง เมื่อรวมกันจึงเป็น Monarchy แปลว่าการปกครองโดยผู้มีอำนาจสูงสุด
หนึ่งเดียว หรืออาญาสิทธิราชย์ ภายหลังจึงเน้นความมีอำนาจสูงสุดที่มีได้มีผู้ใดมาจำกัดตัด
ทอนได้นั้น โดยเติมคำว่า Absolute หรือเด็ดขาดสมบูรณ์ลงไปอีกคำ จนเกิดเป็นคำว่า
สมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น

ความเชื่อเรื่องอำนาจสูงสุดเด็ดขาดนี้มาสนับสนุนด้วยความคิดในทางกฎหมาย
มหาชนในสมัยกลางเข้าอีกด้วยว่า การที่ถือว่าประโยชน์สาธารณะเป็นใหญ่กว่าประโยชน์
ส่วนบุคคลนั้นเท่ากับว่าผู้ปกครองย่อมมีอำนาจเหนือราษฎรทั้งปวง เพราะผู้ปกครองเป็น
ตัวแทนของรัฐเป็นผู้แสดงความประสงค์ของรัฐหรือสาธารณสมบัติในขณะที่ราษฎรเป็น
เจ้าของปัจเจกมิตินั้น

พัฒนาการของความคิดเหล่านี้เกิดจาก ศาสนา ปรัชญา และความคิดทาง
กฎหมายในอดีตที่ค่อยๆ ก่อตัวขึ้นสนับสนุนโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือมีฉะนั้นก็มีผู้
นำมาใช้อ้างเพื่อเกื้อหนุนความทรงไว้ซึ่งอำนาจ อันล้นพ้นไร้ขอบเขตจำกัดของผู้ปกครอง
เป็นลำดับจนกลายเป็นหลักหนึ่ง โดยเฉพาะเรียกว่าหลักราชาธิปไตยหรือธิปไตยของพระราช

ปัญหาทั้งปวงคงไม่เกิด ถ้าราชาธิปไตยนั้นใช้อำนาจไปในการทำนองคลองธรรม
และอำนวยประโยชน์สุขต่อราษฎรอย่างที่นักปราชญ์กรีกอย่าง เช่น อริสโตเติล หรือเพลโต
กล่าวถึงราชานักปราชญ์ (Philosopher King) หรือราชาธิปไตยที่ดี แต่เพราะคงเป็นอย่าง
ที่นักประวัติศาสตร์ชาวอังกฤษ คือ ลอร์ด แอกตัน (Lord Acton) กล่าวไว้เมื่อปลาย
ศตวรรษที่ 19 ว่า การมีอำนาจมีแนวโน้มว่าจะลุแก่อำนาจ ยิ่งมีอำนาจมากยิ่งลุแก่อำนาจ
ได้มาก และปัญหานี้จะลุกลามใหญ่โตเมื่อปรากฏว่า ความคิดเรื่องการลุแก่อำนาจกลายเป็น
ลัทธิเอาอย่างชนิดที่ว่าผู้ใดมีอำนาจผู้นั้นย่อมตระหนงเหิมเกริมลุแก่อำนาจได้ทุกระดับ ตั้งแต่
ผู้ปกครองสูงสุดลงมาถึงผู้ปกครองระดับเจ้าหน้าที่ เพราะเห็นกันมาจนชินว่าเป็น
ธรรมดาเสียแล้ว จึงเกิดการใช้อำนาจข่มเหงอำหิเบียดเบียนราษฎรมาเป็นลำดับ ข้อนี้เป็น
รูปธรรมมากขึ้นในระบบศักดินาสวามิภักดิ์ หรือแม้แต่มีการแบ่งอำนาจปกครองให้ไปใช้
แทน หรือกระจายอำนาจ เพราะการลุแก่อำนาจมีตั้งแต่การใช้อำนาจโดยไม่มีอำนาจ การ
ใช้อำนาจเกินขอบเขตแห่งอำนาจและการตีความอำนาจของตนตามอำเภอใจ ดูจะเป็นของคู่
กันมาตลอดทุกยุคทุกสมัย เหตุนี้ มนุษย์จึงต้องแสวงหาสิ่งใดสิ่งหนึ่งมาจำกัดอำนาจของ
ผู้ปกครอง อันไร้ขอบเขตนี้เพื่อให้อยู่สภาพที่พอรับได้ ข้อจำกัดนั้นยากจะมาจากแหล่งอื่น

ได้ นอกจากนี้ที่มาจากศาสนา ปรัชญา และแนวความคิดทางการเมืองการปกครองและกฎหมาย
ทำนองเดียวกับแหล่งที่ทำให้เกิดอำนาจนั่นเองตามหลักที่ว่า หนามยอกเอาหนามบ่ง

1.2 การมุ่งหาระบบการปกครอง

แม้ในทางรัฐศาสตร์จะให้ความสำคัญกับความคิดเรื่องรูปแบบการปกครองที่พึงปรารถนาซึ่งมีการกล่าวถึงเรื่องนี้มาแล้วตั้งแต่สมัยกรีก โดยเฉพาะจากงานเขียนของเพลโตและอริสโตเติล และในเวลาต่อมาจึงเกิดพัฒนาการทางความคิดเรื่องระบบราชาธิปไตยและระบบประชาธิปไตยอีกด้วย กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจอสูงสุดของรัฐ และเป็นอำนาจที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของรัฐเป็นอำนาจของใคร แต่เมื่อนำไปโยงกับความกังวลในอำนาจอันไม่เป็นธรรมและไร้ขอบเขต ปราศจากการเหนี่ยวรั้งแล้ว ลำพังทั้งระบบราชาธิปไตยและระบบประชาธิปไตยก็ยังไม่เป็นที่พึงปรารถนาหรือเป็นหลักประกันที่ดีพอจนมนุษย์รู้สึกว่าจะสามารถวางใจให้เป็นระบบการปกครองที่พึงปรารถนาได้

ระบบราชาธิปไตยแต่เดิมนั้นไม่มีความหมายมากไปกว่าการยกให้กษัตริย์หรือราชาเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย แต่ถ้ากษัตริย์นั้นปกครองด้วยความยุติธรรม เมตตาธรรม มุ่งบำบัดทุกข์บำรุงสุขแก่ราษฎร และวางกฎเกณฑ์กติกาต่างๆ ด้วยความรัดกุม รอบคอบเป็นธรรม ก็สามารถเป็นราชาธิปไตยที่พึงปรารถนาได้

ส่วนระบบประชาธิปไตยนั้นจุดแข็งอยู่ที่ว่าอำนาจอธิปไตยของประชาชน เจตจำนงของประชาชนแสดงออกโดยผ่านทาง การเลือกตั้ง เรียกว่า รัฐบาลประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน (Representative Government) อันเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยอ้อมที่ปฏิบัติได้ง่ายและเป็นไปได้มากกว่าระบบประชาธิปไตยโดยตรงในสังคมยุคปัจจุบัน แต่ก็มีวิายมีจุดอ่อนได้เช่น ฝ่ายที่กุมเสียงข้างมากอาจทำทุกอย่างตามนโยบายที่หาเสียง โดยไม่นำต่อผลกระทบต่อบ้านเมืองหรือส่วนรวม มิใช่จะมีเสียงคัดค้านทัดทานแต่ก็พ่ายแพ้เข้าทำนองน้ำน้อยยอมแพ้ไฟจนเป็นที่มาของคำว่า เผด็จการทางรัฐสภา (Parliamentary Dictatorship) ดังที่ปรากฏในเยอรมันในยุคที่ฮิตเลอร์ชนะการเลือกตั้งแบบถล่มทลายและใช้รัฐบาลเป็นกลไกออกกฎหมายตามใจชอบ ในบางประเทศที่ไม่มีองค์กรกลางทำหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ รัฐสภายังมีอำนาจไร้ขอบเขตจำกัดเสียเองแทนผู้ปกครอง และเมื่อผู้ปกครองกับรัฐสภาเป็นฝ่ายเดียวกันหรือ

บางครั้งยังแผ่อิทธิพลไปครอบงำฝ่ายตุลาการได้อีกด้วย รัฐบาลประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนก็ไม่อาจช่วยให้การปกครองนี้เป็นที่พึงปรารถนาได้

ต่อมาเมื่อแนวความคิดทางกฎหมายก่อตัวชัดเจนขึ้น นักปราชญ์ทั้งหลาย เริ่มมองว่าการแสวงหาพระผู้ทรงศักดิ์านุภาพสูงสุดเป็นเรื่องของความเชื่อ (Faith) ที่อาจแตกต่างกันและยังถกเถียงกันเองได้ ทั้งยังเป็นนามธรรมมากเกินไป แต่สิ่งที่จะนำมาคานอำนาจกับผู้ปกครองได้น่าจะมีรูปธรรมให้เห็นได้ จึงเริ่มมีการกล่าวถึงกฎหมายมากขึ้นในฐานะที่เป็นกติกากำหนดไว้ล่วงหน้าและไม่ควรแปรเปลี่ยนตามอำเภอใจผู้ใด เว้นแต่จะยกเลิกเพิกถอนเสีย

ในสมัยกรีก เมื่อโสเครติสถูกศาลตัดสินให้ประหารชีวิต เขาจึงไม่ยอมหลบหนีและไม่ยอมถอนความเชื่อที่เคยสอนไว้เพื่อแลกกับการมีชีวิตต่อไป ดังที่กล่าวกับเพลโตในหนังสือเรื่องไครโต (Crito) ว่าคนเราต้องทำตามกฎหมายเพราะกฎหมายเป็นแหล่งกำเนิดของสิ่งทั้งปวงในชีวิตของเรา เพลโตเองก็กล่าวถึงราชานักปราชญ์ว่าเป็นผู้นำที่ดีที่สุด แต่ถ้าหาไม่ได้ก็ขอให้ใช้กฎหมายให้ความเป็นธรรมได้มากกว่าการปกครองโดยมนุษย์

ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการตราแมกนา คาร์ตา (Magna Carta) ขึ้นในอังกฤษใน ค.ศ. 1215 จึงได้ยอมรับเอาความคิดเรื่องการให้กฎหมายเป็นใหญ่ และการใช้กระบวนการทางศาลเพื่อลงโทษบุคคลเข้ามาบัญญัติไว้ด้วย แทนที่จะปล่อยให้ตามอำนาจอำเภอใจและพระบรมเดชานุภาพอันไร้ขอบเขตดังในอดีต หลังจากนั้นนักปราชญ์ นักคิดอีกหลายคนก็ได้พยายามเสนอแนวความคิดทำนองเดียวกันจนค่อยๆ ก่อตัวขึ้นเป็นหลักสำคัญของบ้านเมืองซึ่งในขั้นแรกเรียกว่า “การปกครองภายใต้กฎหมาย” การให้กฎหมายเป็นใหญ่เหนือบุคคล “การปกครองที่มีกติกากำหนดไว้” “บ้านเมืองมีชื่อมีแป” ในทางศาสนาเองก็รับรองหลักนี้แม้จะ “ลากเข้าวัด” อยู่มากกว่าเป็นไปตามความประสงค์ของพระเป็นเจ้า ดังคริสต์ศาสนากล่าวถึง การที่พระเจ้าได้ประทานบัญญัติ 10 ประการ และคัมภีร์ไบเบิลไว้เป็นหลัก หรือทางศาสนาอิสลามกล่าวถึง พระเจ้า พระมหาคัมภีร์อัลกุรอาน ศาสนาพราหมณ์ กล่าวถึง คัมภีร์ต่างๆ รวมทั้งพระธรรมศาสตร์ ซึ่งแม้แต่กษัตริย์ก็ไม่อาจเบี่ยงเบนออกนอกเส้นทางหรือตราราชศาสตร์ขึ้นขัดแย้งได้ แม้แต่ในทางปรัชญาก็ถือว่าแนวคิดนี้สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม แนวคิดหรือหลักดังกล่าวจึงแผ่อิทธิพลไปในบรรดาประเทศต่างๆ อย่างรวดเร็ว เพียงแต่อยู่ได้ชื่อที่เรียกแตกต่างกันสุดแต่ว่าจะให้น้ำหนักแก่มิติหรือเหตุผลใดมากกว่ากัน เช่น ศาสนา ปรัชญา หรือแนวคิดทางกฎหมาย แต่ใน

ที่สุดก็มีจุดประสงค์เดียวกัน คือการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของผู้ปกครองและการเสวนาหา
ระบอบการปกครองที่พึงปรารถนา

บทที่ 2

2. หลักนิติธรรมในความหมายนานาประเทศ

ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมากในยุโรป ทั้งความหมายที่ว่าเป็นเครื่องจำกัดอำนาจของผู้ปกครองบ้านเมืองในรูปแบบการปกครองอันพึงปรารถนา และเป็นกระบวนการสร้างความถูกต้องเป็นธรรมในสังคมที่ผู้ใดจะเบียดเบียนไม่ได้ คำพิพากษาศาลหลายฉบับกล่าวถึง “ความชอบด้วยหลักนิติธรรม” และ “ความไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม” เสมือนหนึ่งว่าเป็นเสาหลักสำคัญของบ้านเมือง นิติวิธีในการอ้างอิงเช่นนี้ทำให้ง่ายต่อประเทศคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง หากศาลจะนำหลักนิติธรรมมาใช้ก่อนลงไปวินิจฉัยความถูกต้องตามบทบัญญัติมาตราต่างๆ กล่าวอีกนัยคือ นำเอาหลักนิติธรรมมาตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง เช่น การวินิจฉัยความมีเจตนาหรือไม่ของผู้ถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องวินิจฉัย ความสุจริตหรือทุจริต วินิจฉัยเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจพิเศษ วินิจฉัยความเป็นเหตุปกติหรือเหตุลกรรจ์ อันเป็นบทเพิ่มโทษ วินิจฉัยเหตุบรรเทาโทษ วินิจฉัยเหตุขอเบรคของการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชอบธรรมหรือไม่

แม้หลักนิติธรรมจะตั้งต้นด้วยความคิดว่า “การมีกฎหมายเป็นใหญ่ ทุกคนต้องปฏิบัติตามกฎหมาย จะปล่อยให้มนุษย์อยู่เหนือความถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายไม่ได้ ราชาธิปไตยหมายความว่า กษัตริย์หรือผู้ปกครองสามารถออกกฎหมายหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ แต่มิได้หมายความว่าเมื่อทรงเลือกจะออกกฎหมายหรือใช้กฎหมายนี้แล้ว จะไม่ทรงนำพาต่อกฎหมายได้ตามใจชอบ” แต่ประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศและอิทธิพลของปรัชญาอื่นๆ ที่เข้ามาเหนือหลักนิติธรรมในแต่ละประเทศอาจมากน้อยไม่เท่ากัน ดังนั้นความหมายและขอบเขตในแต่ละประเทศจึงอาจแตกต่างกันออกไปบ้าง

ในประเทศอังกฤษที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ไม่มีตัวบทรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจหาความเชื่อมโยงใดๆ ระหว่างหลักนิติธรรมกับรัฐธรรมนูญได้ อังกฤษจึงไม่รู้จักหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) รู้จักแต่เฉพาะหลักความเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) โดยกำหนดให้หลักนิติธรรมเป็นเครื่องกำกับการใช้อำนาจของรัฐสภามีให้ออกนอกกลุ่มช่องทาง ขณะเดียวกันก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักสัญญาประชาคม (Social Contract) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) อันเป็นที่นิยมในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป อังกฤษมีการพัฒนาการของระบบศาลของตนมาตั้งแต่พระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ของยูนอร์แมน จนกลายมาเป็นระบบคอมมอนลอว์ มีศาลคอมมอนลอว์และศาลเอควิตีอันแข็งแกร่ง อังกฤษจึงมีน้ำหนักกับความสำคัญของศาลมากกว่าอย่างอื่นจะเป็นที่พึงในการตีกรอบการใช้อำนาจของรัฐได้ ทั้งอังกฤษไม่รู้จักระบบศาลปกครองดังที่รู้จักในภาคพื้นทวีปยุโรป อังกฤษจึงให้ความสำคัญแก่ศาลยุติธรรมเป็นพิเศษ นอกจากนั้นวิธีพิจารณาคดีในศาลอังกฤษก็ยังขึ้นอยู่กับระบบการออกหมายชนิดต่างๆ (The Writ System) ซึ่งศาลเป็นผู้ออก หลักนิติธรรมของอังกฤษ จึงฝากความหวังไว้ที่การออกหมายของศาลว่า จะมีการตรวจสอบอย่างดีและให้ความคุ้มครองป้องกันราษฎรได้ดีกว่าเจ้าหน้าที่บ้านเมือง เช่น การออกหมายจับ หมายค้น หมายคุมขัง หมายให้อุทธรณ์ หมายห้าม หมายปล่อยตัว (Writ of Habeas Corpus) เป็นต้น

พัฒนาการของหลักนิติธรรมในคริสต์ศตวรรษที่ 19-20 มีว่า

การวินิจฉัยสั่งการ การใช้ดุลยพินิจ การกระทำจนกระทั่งถึงการละเว้นการกระทำอย่างของเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจรัฐจนกระทั่งถึงผู้ปกครองรัฐเองต้องเป็นไปตามกฎหมายหรือมีกฎหมายรองรับ

การปฏิบัติตามกฎหมายที่ว่านั้น มิได้หมายถึงเฉพาะแต่เนื้อหาสาระตติของการกระทำ (Substance) หรือการใช้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนาขึ้น เช่น ความถูกผิด การอนุญาตไม่อนุญาตเท่านั้น หากยังหมายถึงขั้นตอนหรือกระบวนการ (Procedure) ทั้งหลายด้วย เช่น ผู้ก่อให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนาขึ้นมีอำนาจหรือไม่ มีอคติอย่างไร ล่วงหน้าหรือไม่ การก่อให้เกิดผลนั้นกระทำภายในเวลาเท่าใด ผู้ได้รับผลอันไม่พึงปรารถนามีโอกาสแก้ตัวต่อผู้คดีหรือได้รับความเป็นธรรมก่อนจะได้รับผลนั้นหรือไม่เพียงใด (Fair Trial)สามารถ

อุทธรณ์คัดค้านต่อไปได้ใหม่ ทั้งหมดนี้เป็นหลักประกันหรือหลักคุ้มครองมิให้ผู้ได้รับผลอันไม่พึงปรารถนาหรือถูกกีดกันแกล้ง โดยไม่เป็นธรรม ฉะนั้นขณะที่ข้อแรกเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมาย (Legitimacy) แต่ข้อนี้เป็นเรื่องของความเป็นธรรม (Fairness) ต้องประกอบด้วยกัน แม้การกระทำใดจะชอบด้วยกฎหมายมีกฎหมายรองรับ แต่เห็นได้ว่าขาดความเป็นธรรม เช่น เลือกลงปฏิบัติ (Discrimination) ลำเอียง (Partiality) หรือก็ได้ชื่อว่าไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรม

2.1 **หลักนิติธรรมในอังกฤษ** ให้ความสำคัญแก่อำนาจของศาลและกระบวนการพิจารณาคดีมาก เพราะเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอน ลอว์ (Common Law) ศาลสามารถสร้างกฎหมายได้ตามหลัก ระบบกฎหมายที่ศาลได้กำหนดขึ้น Judge-made Law กฎหมายกับศาลจึงเป็นสิ่งเดียวกันและศาลเป็นผู้ควบคุมวิธีพิจารณาคดี หลักนี้ในอังกฤษจึงมีสาระชัดเจนว่า การวินิจฉัยความถูกต้องของบุคคลต้องกระทำโดยศาลเท่านั้น บุคคลอื่นจะตั้งตนเป็นตุลาการชี้ขาดความถูกต้องของผู้อื่นมิได้ กระบวนการพิจารณาทั้งหลายก็ต้องเป็นไปตามที่ศาลกำหนดหรือสั่ง ขณะเดียวกันศาลต้องมีความเป็นกลาง มีความเป็นอิสระปราศจากการแทรกแซง ความเที่ยงธรรมไม่ถูกโยกย้ายหรือถอดถอน โดยง่าย ซื่อสัตย์สุจริต มั่นคงในหลักการ (Integrity) ไม่หวั่นไหวต่อภาวะกดดันใดๆ

2.2 **หลักนิติธรรมในอเมริกา** ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาตามความเชื่อของชาวอเมริกาแต่เดิมว่าก็คือชาวอังกฤษจึงค้นกับระบบกฎหมายอังกฤษ แนวความคิดแบบอังกฤษและปัญหาที่เกิดขึ้นในอังกฤษ จึงพยายามสร้างหลักประกันจากการใช้อำนาจอันไม่ชอบธรรมและไร้ขอบเขตของรัฐด้วยการนำหลักนิติธรรมมาดัดแปลงเป็นหลักใหม่ โดยใช้คำศัพท์เดิมที่เคยใช้ในอังกฤษมาแต่โบราณ สมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 เมื่อกลางศตวรรษที่ 14 ว่า Due process of law ที่จริงคำนี้มีเค้ามาตั้งแต่ในแมกนาคาร์ตาเมื่อ ค.ศ. 1215 แล้ว โดยใช้คำว่า “ law of the land ” ครั้งแรกมีผู้เสนอให้ใช้คำเดียวกันนี้ในร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเพื่อหลีกเลี่ยงคำว่า The Rule of law ต่อมามีการเสนอคำว่า Due course of law และสุดท้ายก็เป็น Due process of law ดังที่ปรากฏในบทแก้ไขที่ 5 (ค.ศ. 1791) และบทแก้ไขที่ 14 (ค.ศ. 1868) มาจนทุกวันนี้ ซึ่งศาลอเมริกาก็ได้ตีความให้กว้างขวางขึ้นเป็นลำดับเพื่อนำเอาวิธีการที่ใช้ในแต่ละมลรัฐซึ่งเป็นอิสระและ

อาจหนักเบาเล็กน้อย ขอบเขตแตกต่างกันออกไปบ้างเข้ามาอยู่ในร่องรอยและกรอบกติกาแห่งความเป็นธรรมและกระบวนการเดียวกัน

2.3 **หลักนิติธรรมในภาคพื้นยุโรป** แม้หลักนี้จะเป็นที่ยอมรับในคุณค่าแต่หลายประเทศในยุโรปก็อาศัยหลักทฤษฎี ปรัชญา และหลักอื่นๆ เข้ามาผสมด้วยเพื่อให้หลักนิติธรรมมีเหตุมีผลรัดกุมและมีฐานรองรับอย่างมั่นคงยิ่งขึ้น เช่น ฝรั่งเศสก็มีรากฐานความคิดนี้มาตั้งแต่ปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ.1789 แล้ว ในเบื้องต้นนักปกครองและนักกฎหมายยุโรปเน้นที่การปกครองหรือการใช้อำนาจทั้งปวงในรัฐมากกว่ากฎเกณฑ์กติกาหรือกระบวนการทางศาล เพราะถือว่ายุโรปเป็นประเทศใช้ระบบประมวลกฎหมายมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร วิธีพิจารณาคดีย่อมเป็นไปตามกฎหมายอยู่แล้ว ซึ่งชัดเจนมากกว่าจะเป็นไปตามที่ศาลกำหนดอย่างในอังกฤษ จึงเรียกหลักนี้ว่า “หลักนิติรัฐ” (The Legal State) ในฝรั่งเศสเรียกว่า L Etat de droit ในเยอรมันเรียกว่า Rechtsstaat

นักกฎหมายยุโรปเห็นว่า การใช้หลักนิติรัฐความหมายกว้างกว่าและทันสมัยกว่า หลักนิติธรรมของอังกฤษ ซึ่งมุ่งจะจำกัดแต่อำนาจผู้ปกครอง (กษัตริย์) และเน้นไปที่วิธีพิจารณาความหรือนิติธรรมทางวิธีสบัญญัติมากเกินไป แท้จริงควรใช้กับผู้ใช้อำนาจรัฐทุกฝ่ายทุกคนและนิติธรรมทางสารบัญญัติให้มาก นักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกหลักนี้ว่า “Etat de droit ” เยอรมันเรียกว่า “ Rechtsstaat ” เพื่อให้ต่างจากรัฐตำรวจด้วยเหตุนี้ขอบเขตของหลักเหล่านี้กว้างกว่าผู้ปกครอง (Ruler) แต่เป็นรัฐทั้งรัฐเอง จึงเรียกว่า นิติรัฐ

หลักนิติธรรม นิติรัฐ และกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรมเหล่านี้ บางเรื่องได้รับการยืนยันไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งจัดทำขึ้นใน ค.ศ.1948 หลักธรรมาภิบาลหรือ Good Governance และรัฐธรรมนูญของบางประเทศในเวลาต่อมาอีกด้วย ดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับรองสิทธิมนุษยชนแต่ให้อยู่ภายใต้การกำกับของหลักที่ใหญ่กว่าคือ “จำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม”

บทที่ 3

3. หลักนิติธรรมในประเทศไทย

3.1 หลักนิติธรรมตามคตินิยมของไทย

หลักนิติธรรมอันเป็นที่รู้จักในต่างประเทศจะไม่ปรากฏในประเทศไทยในสมัยแรก แต่ความคิดที่ว่าควรมีหลักหรืออำนาจบางอย่างที่เหนือกว่าไว้กำกับหรือทัดทานอำนาจอันไร้ขอบเขตของผู้ปกครองเป็นที่รู้จักในสังคมไทย ทั้งนี้ด้วยอิทธิพลของศาสนาซึ่งต้องการเข้ามากำกับการใช้อำนาจของกษัตริย์ก็เป็นได้แรกๆอำนาจดังกล่าวอาจเป็นเพียงเทวาอำนาจ (Divine Power) หรือโองการสวรรค์ ซึ่งพรหมณ์ จะเป็นผู้วินิจฉัยหรือพยากรณ์ว่าการใช้อำนาจของกษัตริย์อยู่ในขอบเขตที่สมควรหรือไม่ การใช้อำนาจเกินสมควรขัดต่อความประสงค์ของเทพอาจส่งผลให้เกิดภัยอันตรายแก่บ้านเมืองเป็นส่วนร่วมยิ่งกว่าจะเกิดเหตุเภทภัยต่อกษัตริย์เอง เช่น ฝนฟ้าไม่ตกตามฤดูกาล ทำการเกษตรไม่ได้ผล แผ่นดินไหว น้ำท่วม ไฟไหม้ ฟ้าผ่า จนกระทั่งถูกข้าศึกรุกราน ที่สุดกษัตริย์ซึ่งเป็นต้นเหตุของปัญหาก็ยากจะอยู่ได้ เพราะจะถูกประชาชนโค่นล้มและยกผู้อื่นที่มีบุญญาธิการกว่า น่าเชื่อมากกว่าจะเป็นที่โปรดปรานของทวยเทพขึ้นเป็นผู้ปกครอง ศาสนาโบราณ รวมทั้งศาสนาพรหมณ์ แต่เมื่อศาสนาพุทธเกิดขึ้นก็ได้นำเอาคตินิยมนี้มาสอนในรูปของหลักธรรมทางพุทธศาสนา เรียกว่า ทศพิธราชธรรม หรือธรรม 10 ประการ สำหรับผู้ปกครองได้แก่ ทาน (การให้โดยไม่เจาะจง) ศีล บริจาค (การให้โดยไม่เลือกหน้าเป็นการทั่วไป) อาชวะ (ความซื่อตรง) มัทวะ (ความสุภาพอ่อนน้อม) ตบะ (การเผากิเลส) อโกธะ (ความเป็นผู้ไม่โกรธ) ขันติ (ความอดทนอดกลั้น) อหิงสา (ความไม่เบียดเบียน) และอวิโรธนะ (การไม่ประพฤติเบี่ยงเบนไปจากกฎและธรรม) และถือกันตลอดมาว่าเป็นธรรมที่ผู้ปกครองพึงอธิษฐานและสมาทานว่าจะดำรงรักษาไว้ให้มั่น มิฉะนั้นผลดังที่เคยเชื่อมาแต่โบราณว่าจะเกิดวิบัติต่างๆจะเกิดแก่บ้านเมืองและผู้ปกครองอันเป็นภัยต่อผู้ปกครองบ้านเมืองเอง น่าสังเกตว่า ธรรมะข้อที่ 10 คืออวิโรธนะ อันได้แก่ การไม่ประพฤติเบี่ยงเบนจากธรรมและกฎหมาย น่าจะตรงกับคำว่า การยกให้กฎหมายเป็นใหญ่ตามหลักนิติธรรมมากที่สุด

หลักทศพิธราชธรรม ไม่ได้ทำให้ความสำคัญแก่การปกครองโดยกฎหมาย ดังหลักนิติธรรมในยุโรปเท่าใดนัก อย่างน้อยก็ไม่อาจใช้อ้างในศาลในการพิจารณาคดีได้ แต่ก็พอเทียบเคียงเจตนารมณ์กันได้ ความแตกต่างสำคัญอยู่ที่ว่า หลักทศพิธราชธรรม เป็นเรื่องการกำหนดกรอบแห่งความประพฤติของผู้ปกครองเพื่อให้เห็นที่รัก และเพื่อให้รักษาอำนาจต่อไปโดยราบรื่น และหวังว่าผลจากการนี้ คือประชาชนจะอยู่เย็นเป็นสุข หลักทศพิธราชธรรมจึงครอบคลุมถึงการให้ ทาน การรักษาศีล การบริจาคนอกจากนี้ด้วย แม้ว่า หลักทศพิธราชธรรมนี้เป็นใหญ่ จนกระทั่งกษัตริย์ต้องปฏิญาณพระองค์ว่าจะรักษาไว้ จึงเท่ากับยกให้หมวดธรรมนี้และอื่นๆ เช่น ราชสังคหวัตถุ จักรวรรดิวัตร เป็นสิ่งที่กำกับการใช้อำนาจของกษัตริย์ไปโดยปริยาย หากพบว่า กษัตริย์ล่วงละเมิดธรรมดังกล่าว แม้จะไม่ทันเกิดเหตุเภทภัยขึ้นก็จะเป็นข้ออ้างให้มีกรล้มล้างอำนาจกษัตริย์เสมอ ทั้งที่สาเหตุแท้จริงของการยึดอำนาจอาจมาจากความมักใหญ่ใฝ่สูงหรือความขัดแย้งอย่างอื่นก็ได้ ดังนี้ข้ออ้างที่เราพบบ่อยครั้งในการยึดอำนาจสมัยกรุงศรีอยุธยาคือ “ ด้วยสมเด็จพระพุทธเจ้าอยู่หัวมิได้ทรงดำรงอยู่ในทศพิธราชธรรมจรยาสัมมาปฏิบัติ บ้านเมือง จึงทุรยศเกิดยุคเข็ญ ” ดังที่ใช้อ้างในคราวพระพิมลธรรมยึดอำนาจจากสมเด็จพระเจ้าฟ้าศรีเสาวภาคย์แล้ว ตั้งตนเป็นพระเจ้าทรงธรรม เจ้าพระยากลาโหมยึดอำนาจจากสมเด็จพระเชษฐาธิราช ต่อมาได้ตั้งตนเป็นพระเจ้าปราสาททอง และสมเด็จพระนารายณ์ยึดอำนาจจาก สมเด็จพระเจ้าฟ้าไชยและพระศรีสุธรรมราชา

ด้วยเหตุนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงเคยพระนิพนธ์ว่า “พระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุถือว่าเป็นที่ล้นพ้น ไม่มีข้อสิ่งใดอันใดหรือผู้ใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ ” แต่อย่างไรก็ตามพระองค์ยังทรงอธิบายด้วยว่าในทางที่เป็นเป็นจริงก็มีได้มีอำนาจมาก เช่นนั้น ดังที่ไม่เคยมีพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามองค์ใดสั่งประหารชีวิตคนตามใจชอบได้ ทั้งที่เป็น “ เจ้าชีวิต ” หรือ “ เจ้าอยู่หัว ” และไม่เคยยึด เรือสวนไร่นาของผู้ใดตามใจชอบได้ทั้งที่เป็น “ เจ้าแผ่นดิน ” ทั้งนี้เพราะมีเรื่องกำกับการใช้อำนาจอยู่ แม้พระองค์จะมีได้ทรงอธิบายว่าเรื่องกำกับการใช้อำนาจนั้นคืออะไร แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่า คือ “ ทศพิธราชธรรม ” นั่นเอง ซึ่งเมื่อกษัตริย์ ยอมงดเว้นพระองค์เองอยู่ได้หลักธรรม มีความระมัดระวังในการจะไม่โกรธ ไม่เบียดเบียนผู้อื่น ทั้งยังรักษาศีล ให้ทาน บริจาค มีความ

ชื่อตรง สุภาพ อดทน อดกลั้น ไม่ปล่อยกิเลสมาครอบงำ จนกระทั่งไม่ประพฤติปฏิบัติ เบี่ยงเบนไปจากกฎกติกาหรือกฎหมายของบ้านเมืองเสียแล้ว แสดงว่าบ้านเมืองนั้นมี ธรรมเป็นใหญ่ มีกฎหมายเป็นใหญ่ ไม่ใช่ถือเอาอำเภอใจหรือพระราชประสงค์เป็นใหญ่ ประโยชน์สุขย่อมตกแก่ประชาชนในที่สุด โดยไม่ต้องพูดถึงหลักนิติธรรม

3.2 การนำเรื่องหลักนิติธรรมแบบตะวันตกมาใช้

“หลักนิติธรรม” มุ่งหมายให้ตรงกับว่า “ The Rule of Law ” แต่เมื่อนำไปใช้ในประเทศไทยครั้งแรก ในสมัยรัชกาลที่ 6 นั้น มุ่งหมายจะให้ตรงกับ คำว่า “ Law ” เท่านั้น อาจใช้แทนคำว่า กฎหมายนิติศาสตร์ หลักกฎหมายไม่ถึงกับจะเป็น หลักพิเศษที่ยกให้กฎหมายเป็นใหญ่และมีนายอื่นแอบแฝง ดังที่ปรากฏในกฎหมายเทียบ บาลว่า ด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งรัชกาลที่ 6 ทรงตราขึ้น

แนวคิดในเรื่องหลักนิติธรรม แบบตะวันตก เริ่มก่อตัวขึ้นในยุคหลัง เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ.2475 มาพร้อมกับความคิดเรื่อง การจำกัดพระราช อำนาจให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและความคิดเรื่องการปกครองแบบประชาธิปไตยที่ ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจธิปไตยก็ว่าได้ แต่ในขณะนั้นการอ้างหลักนิติธรรมเพื่อจำกัด อำนาจกษัตริย์อาจไม่ใช่สิ่งจำเป็นเท่าไร เพราะถึงอย่างไรก็ทรงถูกจำกัดอำนาจโดย รัฐธรรมนูญอยู่แล้วและพระมหากษัตริย์ก็ไม่อยู่ในฐานะจะใช้อำนาจให้เป็นที่สิ้นพันได้ อีกต่อไป หลักนิติธรรมจึงถูกนำมาอ้างเพื่อเป็นหลักฐานในการปกครองและการออก กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นก็ตาม

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล ได้กล่าวว่า หลักนิติธรรมไทยที่ น่าสนใจ ดังนี้

“ หมายรวมถึงหลักอันเป็นพื้นฐานในการที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมขึ้นในบ้านเมืองโดยใช้กฎหมายเป็นหลัก หลักนิติ ธรรมไทยจึงหมายถึง นิติธรรมที่เป็นหลักพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายไทยให้เป็นไป ด้วยความยุติธรรม ”

ทั้งยังอธิบายสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ด้วยว่าได้แก่

1. การปกครองรัฐต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องเป็นการปกครองที่เป็นธรรมภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายจะกำหนดหลักการและจำกัดขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของฝ่ายผู้ปกครองรัฐไว้อย่างแน่ชัด และกำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยศาลเพื่อควบคุมการกระทำของผู้มีอำนาจปกครองรัฐมิให้ขัดต่อกฎหมายหรือนอกเหนือกฎหมาย

2. สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3. เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองย่อมเสมอกันตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ระบบกฎหมาย (The Rule of Law) หรือความนับถือกฎหมายที่แท้จริงเป็นเรื่องที่แต่ละคนจะต้องกำจัดหรือเสียดเสรีภาพของตนแท้จริง ระบบกฎหมายเป็นหลักประกันบ้านเมืองที่มีชื่อมีแป

ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ เรียกว่า The Rule of Law ว่า “กฎหมายของกฎหมาย” พร้อมอธิบายว่า “ ยังมีสิ่งที่อยู่เหนือบทบัญญัติของกฎหมายบรรดารัฐสภาบัญญัติขึ้นตามอักษรที่ว่า กฎของกฎหมาย แต่ไม่ใช่ข้อกำหนดหรือบทบัญญัติทั้งหลายที่มีอยู่ในตัวกฎหมายหรือกฎอันเป็นหลักในมาตราต่างๆของ พระราชบัญญัติหรือหลักที่กฎหมายลักษณะต่างๆกำหนดไว้” แต่หมายรวมถึงกฎที่บังคับตัวบทกฎหมายหรือที่บังคับกฎหมายลักษณะต่างๆ ให้กฎหมายเหล่านั้นต้องอยู่ในกรอบในบังคับของกฎอีกชั้นหนึ่ง ในความหมายเดียวกับกฎหมายที่บังคับการเล่น กฎหมายต้องอยู่ภายใต้กฎที่ว่า “ Rule of Law ” นี้ อีกชั้นหนึ่ง

ท่านศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ก็ได้เรียกว่า “นิติรัฐ” หรือการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่ นักกฎหมายบางคนบัญญัติคำว่า “ นิติสดมภ์ ” ซึ่งแปลว่าเสาหลักทางกฎหมาย แต่อาจกล่าวได้ว่า ผู้นำเอาคำว่า หลักนิติธรรมมาใช้จนแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกัน แม้อาจไม่ได้เป็นผู้บัญญัติคำนี้ขึ้น เพียงแต่นำเอาคำว่าที่เคยใช้ในสมัยรัชกาลที่ 6 มาใช้ คือ ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ซึ่งพจนานุกรมก็ยอมรับคำนี้ด้วย ได้มีการประชุมนานาชาติทางกฎหมายขึ้นที่ กรุงเอเธนส์ ประเทศกรีก และมีการประกาศใช้

ปฏิญาเอเธนส์ ซึ่งว่าด้วยการเสนอให้นำ The Rule of Law มาใช้ในการปกครองและการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ศาสตราจารย์วิกรม เมลานันท์ ได้แปลปฏิญญาดังกล่าวเป็นภาษาไทยเผยแพร่ในวารสารคุณภาพของ กระทรวงยุติธรรม เป็นเหตุให้มีการตื่นตัวกันมากและมีผู้คิดคำต่างๆ ในภาษาไทยขึ้นใช้แทน หลังจากนั้นไทยยังได้ส่งผู้แทนไปร่วมประชุมทางกฎหมาย อีกหลายครั้ง เช่น World Peace Through Law และ Law Asia ซึ่งมีกล่าวถึงหลักนี้จนเป็นที่รับรู้ในประเทศไทยว่า

3.2.1 หลักนิติธรรมเป็นหลักสำคัญทางกฎหมายและการปกครอง ซึ่งนานาประเทศพึงรับรู้และเคารพ

3.2.2 หลักนิติธรรม มีการละเมิดอยู่เสมอในสังคมต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งจำเป็นต้องสถาปนา หลักนี้เพื่อจำกัดอำนาจอันไร้ขอบเขตหรือตามอำเภอใจของผู้ปกครอง รวมทั้งเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม

3.3 การละเมิดหลักนิติธรรมในประเทศไทย

หลักนิติธรรมเป็นที่รู้จักและยอมรับกันในประเทศไทย โดยผลจากการที่ผู้สำเร็จวิชากฎหมายและวิชาการเมืองการปกครองจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นภาคพื้นยุโรปหรือประเทศอังกฤษก็นำมาเผยแพร่ ตลอดจนผลการรณรงค์ในนานประเทศ ต่อมาหลักนี้กลายเป็นตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนแน่นอน ดังที่ปรากฏสาระหลายข้อในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือแม้แต่รัฐธรรมนูญ แต่การละเมิด หลักนิติธรรม ก็ยังคงปรากฏตลอดมาในลักษณะ คือ

1. การละเมิดหลักนิติธรรมโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจรัฐสภาจัดการแก่ผู้ต้องหา จำเลย หรือราษฎร โดยมีกฎหมายรองรับการกระทำนั้น แต่เป็นกฎหมายที่นานาอารยประเทศ ถือว่าขัดต่อหลักนิติธรรมและไม่พึงกระทำในสังคมปัจจุบัน เช่น การออกกฎหมายที่มีโทษอาญามาใช้บังคับย้อนหลัง การสันนิษฐานความผิดของบุคคลแล้วให้ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบความบริสุทธิ์ การลงโทษอาญาเพราะการเข้ากลุ่มรวมพวก ทั้งที่ไม่ปรากฏการกระทำและเจตนาเหล่านี้เป็นการละเมิด หลักนิติธรรม ทั้งที่มีกฎหมายรองรับก็ตาม

2. การละเมิดหลักนิติธรรมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจคุกคามขู่เชิญประชาชน โดยไม่มีกฎหมายรองรับ ซึ่งอันที่จริงก็เป็นความผิดกฎหมาย แต่เพราะเป็นการกระทำที่บ่อยครั้งจับไม่ได้ไล่ไม่ทันตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำวิสามัญฆาตกรรมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การขู่เชิญทำร้ายผู้ต้องหาเพื่อให้รับสารภาพ ว่าทำร้ายหรือฆ่าผู้ที่ตนเชื่อว่ากระทำผิดโดยไม่นำตัวไปขึ้นศาล ดังที่รู้จักในชื่อของการอุ้มฆ่า การนั่งยาง การลงโทษผู้ต้องหา โดยการตั้งศาลเตี้ยขึ้นมาชำระความเอง

3.4 หลักนิติธรรมในปัจจุบัน

การยกย่องรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2517 ได้มีการบัญญัติคำว่า หลักนิติธรรมไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นครั้งแรกในประโยคว่า

“ จักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง ”

ในการยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ครั้งแรกมีผู้เสนอให้บัญญัติว่า

“ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ให้เป็นไปตามกฎหมายและหลักนิติธรรม”

แต่มีทักท้วงว่า บทบัญญัติเช่นนี้ค่อนข้างแปลกสำหรับประเทศไทยและไม่เหมาะสมจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จึงแก้ไขข้อความเป็นว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้” และนำหลักนิติธรรมไปบัญญัติไว้ในคำปรารภแทนว่า

“ โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ต่อมาในการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 คณะกรรมาธิการยกย่องรัฐธรรมนูญได้นำเอาหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในเนื้อหาสาระเป็นครั้งแรกใน มาตรา 3 วรรคสองว่า

“ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ”

ทั้งยังบัญญัติไว้ในมาตรา 78 (6) ว่า

รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

(6) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

ในการยกร่างมีผู้เสนอเหมือนกันว่า ให้ใช้คำว่า หลักนิติธรรม โดยอ้างว่าเป็นหลักที่ใช้ในภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และมีความหมายกว้างกว่า หลักนิติธรรมซึ่งจำกัดอยู่เพียงบทบาทของศาลในการตรวจสอบ จึงหันไปทางวิธีพิจารณาความ ทั้งที่ความจริงแล้ว หลักนิติรัฐ ตามที่เข้าใจกัน รวมถึงการมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การกระทำใดจะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ การเคารพหลักอธิปไตยของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจหรือการแบ่งแยกหน้าที่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และถือเป็นหลักหนึ่งของธรรมเนียมบาลหรือหลักวิธีบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

คณะกรรมการ ได้อภิปรายว่า

“ เรื่องหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ มีความหมายใกล้เคียงกัน แม้ว่าจะพูดได้ว่าต่างกันก็ต่างกันเล็กน้อย เพราะหลักทั้ง 2 หลัก ใช้คิดตรงกันว่า ”

ในหลักที่ 1 ถ้าไม่มีกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐคือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งต่างเอกชน เอกชนนั้นถ้าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ก็ไม่สามารถดำเนินการได้เสมอ

ในหลักที่ 2 แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้ ก็กำหนดเงื่อนไขขอบเขตไว้ว่ามีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น

ในที่สุดสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ลงมติเสียงข้างมากให้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เพราะความที่ใช้กันมายาวนานและคุ้นเคยมากกว่า พร้อมทั้งอ้างว่าเข้าใจง่ายกว่า

คำนิยาม “หลักนิติธรรม” ของนักกฎหมายไทย มีความเห็นดังนี้

“หลักนิติธรรม หมายถึง หลักในการปกครอง (Principle of governance) ซึ่งแต่ละบุคคล สถาบัน องค์กร หน่วยงาน รวมทั้งรัฐต่างๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง นั้น มีความตระหนัก และมีจิตสำนึกในความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ กฎเกณฑ์ (Law) ที่ได้ร่วมกันสร้าง และต่างยอมรับว่า เป็นกฎที่ได้บัญญัติขึ้นโดยความยุติธรรม มิใช่เป็นไปตามอำเภอใจของใครคนใดคนหนึ่ง ตลอดจนมีผลบังคับใช้ต่อทุกคน และทุกองค์กรอย่างเท่าเทียมเสมอภาคและเป็นธรรม รวมทั้งมีความสอดคล้องกับหลักการ และมาตรฐานสิทธิมนุษยชนอันเป็นสากล”

องค์การสหประชาชาติ

“หลักนิติธรรม ก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหารราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม”

ชานินทร์ กรัยวิเชียร

องคมนตรี

“หลักนิติธรรม ในสังคมที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการบริหารบ้านเมือง สังคมที่ยึดถือหลักนิติธรรมคือสังคมที่ปกครองโดยหลักกฎหมาย หรือสังคมที่กฎหมายเป็นใหญ่อันแตกต่างจากระบอบอัตตาธิปไตยที่ทุกอย่างเป็นไปตามใจของผู้มีอำนาจ หรืออนาธิปไตยที่ทุกสิ่งทุกอย่างขึ้นอยู่กับอำเภอใจของแต่ละคน หลักนิติธรรม จึงมีความหมายเป็น 2 นัย กล่าวคือ กฎหมายต้องมีความเป็นธรรม คือ ต้องมีความชัดเจนแน่นอนและต้องสามารถจัดสรรสิทธิประโยชน์ของบุคคลอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้กฎหมาย

จะต้องบังคับใช้อย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ ประชาชนในสังคมไม่ว่ายากดีมีจน จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค ”

ดร. กิตติพงษ์ กิตยารักษ์

ปลัดกระทรวงยุติธรรม

“หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย อันหมายรวมถึง การบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย หลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกด่างละเมิดมิได้ หากแต่กฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือ จะใช้บังคับไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีองค์ประกอบหรือสาระสำคัญคือ ”

1. กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งกับการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลัง หรือโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่นอกจากศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ
5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น
6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ศาสตราจารย์ ดร. กำชัย จงจักรพันธ์

กรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ

บทที่ 4

4. หลักนิติธรรมกับภาคเอกชน

4.1 พัฒนาการของหลักนิติธรรม จากภาครัฐถึงภาคเอกชน

หลักนิติธรรมเป็นเรื่องกฎหมาย หรือหลักธรรมของกฎหมาย ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งอยู่เหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง เพื่อกำหนดระเบียบแห่งกฎหมายไม่ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีมิให้ตราขึ้น หรือนำมาใช้บังคับตามอำเภอใจโดยปราศจากกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม จึงเป็นกฎที่มุ่งจะจำกัดอำนาจรัฐมิใช้อำนาจของราษฎร เพราะการกระทำของราษฎรหรือเอกชนด้วยตนเอง ย่อมหาอำนาจใดๆไม่ จะมีก็แต่สิทธิประโยชน์ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ “รับรอง ค้ำครอง และป้องกัน” การที่ราษฎรจะปฏิบัติต่อผู้อื่นตามอำเภอใจ โดยไม่มีกฎหมายรองรับจึงเป็นสิ่งผิดกฎหมายในตัว หรือละเมิดต่อกฎหมายของบ้านเมืองโดยไม่ต้องกล่าวถึง หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law เพราะไม่เป็นตาม Law เสียแล้วแต่แรก The Rule of Law จึงมุ่งจะจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (Ruler) ซึ่งมีอำนาจใช้ดุลยพินิจ วินิจฉัย สั่งการ ห้ามปราม ดำเนินการ ละเว้นดำเนินการ หรือออกกฎระเบียบต่างๆ ดังที่เรียกว่า อำนาจรัฐ

ในทวีปยุโรป ประเทศในกลุ่มนี้ จึงใจเรียกหลักนี้ว่า นิติรัฐ เพื่อให้ครอบคลุมการใช้อำนาจรัฐของทุกองค์กร ไม่ให้แอบอ้างหรือแฝงตัวมาในนามของประโยชน์สาธารณะหรือความเป็นรัฐ และจงใจเรียกรัฐที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ปราศจากกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมหรือไม่นำพาต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลว่ารัฐตำรวจ (Police State) ซึ่งไม่ได้หมายถึงรัฐที่มีผู้ปกครองเป็นตำรวจ แต่เป็นการใช้อำนาจปราบปราม คุกคาม ขู่เข็ญ จำกัดตัดทอนสิทธิความเป็นหน้าที่ตำรวจที่มุ่งจัดการกับโจรผู้ร้าย และเป็นการใช้อำนาจที่พบเห็นได้ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบเผด็จการ เช่น มีการยึดทรัพย์สินของราษฎรตามอำเภอใจ งคให้ศาลมีอำนาจออกหมายเรียกผู้ควบคุมตัวผู้อื่นมาไต่สวนหาเหตุผล (Suspension of writ of habeas corpus) ซึ่งขาดความผิดและกำหนดโทษเอง โดยไม่นำตัวไปขึ้นศาล จับคนโดยไม่มีหมายจับ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามทหลักนิตธิธรรม ไม่เคยหยุดอยู่กับที่ หากมีแต่พัฒนาอยู่เสมอตามความจำเป็นของสังคม เพราะการถ่วงละเมิดหลักนิตธิธรรม หรือความเป็นรัฐตำรวจก็พัฒนาอยู่เสมอ เช่นกัน ตั้งแต่การละเมิดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกลายเป็นการละเมิดที่อยู่บนพื้นฐานของระบบกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักนิตธิธรรม พัฒนาการสำคัญในระยะเวลาไม่กี่ปีนี้ คือความเข้าใจว่าหลักนิตธิธรรม มิใช่หลักที่จะใช้กับรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น หากแต่สามารถนำมาใช้กับภาคเอกชน โดยเฉพาะในวงการธุรกิจภาคเอกชนได้ด้วย

สุลต่านอัซลัน ซาห์ (Sultan Azlar Shah) อดีตประธานศาลสูงสุดของมาเลเซีย คือบุคคลสำคัญที่ชี้ให้เห็นบทบาทของการนำหลักนิตธิธรรมมาใช้ในภาคเอกชน และต่อมาได้รับเลือกเป็นสุลต่านและสมเด็จพระราชาธิบดีแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย ในสมัยหนึ่ง ซึ่งท่านสุลต่านอัซลัน ซาห์ เป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงมาก ได้ตรัสอธิบายไว้ในปาฐกถาครั้งหนึ่ง เมื่อครั้งดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลสูงสุดว่า ในอดีตหลักนิตธิธรรมมุ่งที่จะจำกัดอำนาจทางการเมือง หรืออำนาจรัฐ เพื่อให้ผู้ปกครองอยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่ใช่อำนาจตามความพอใจแต่ชอบเขตเท่านั้น น่าจะแคบไปในสังคมปัจจุบันซึ่งอำนาจรัฐอาจถูกใช้โดยองค์กรเอกชนก็ได้ ในประเทศไทยเองสภาพนายความ แพทยสภา เนติบัณฑิตยสภา สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนก็ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนรัฐในการออกใบอนุญาตหรือใบรับรองบางอย่างแทนรัฐเช่นกัน สุลต่านอัซลัน ซาห์ อธิบายด้วยว่า ประชาชนและองค์กรเอกชนเองก็มีอำนาจหน้าที่ของตนต่อรัฐและเพื่อนร่วมชาติในการช่วยดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ไม่เอารัดเอาเปรียบส่วนรวม ไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ละเมิดประโยชน์สาธารณะ จึงควรขยายความให้กว้างออกไปว่า The Rule of Law เรียกร้องให้ประชาชนเคารพกฎหมายและยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายด้วย (The people should obey the law be ruled by it)

ซึ่งหัวข้อนี้ ตรงกับที่นักกฎหมายหลายคนในยุโรปเคยเรียกร้องให้ประชาชนนับถือกฎหมาย ไม่ใช่กฎหมายอยู่เหนือกฎหมาย หรือตั้งศาลเดี่ยวชำระความหรือแก้แค้นด้วยตนเองในภายหลัง

สุดต๋านอ้ชลัน ซาห้ ได้วางหลักในคดี Loh Kooi Choon v Government of Malaysia ในคำพิพากษาศาลสูงสุดว่า แม้ประชาชนจะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่ก็ใช้ว่าจะทำอะไรก็ได้ตามใจชอบ แม้รัฐบาลเองซึ่งมาจากสภาและสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน ก็ยังต้องไม่ใช่อำนาจเกินรัฐธรรมนูญ ธรรมเนียมปฏิบัติและหลักนิติธรรมประชาชนก็ต้องเป็นอย่างเดียวกัน

เบื้องหลังการพัฒนาี้เกิดจากการที่โลกเริ่มรู้จักหลักการสำคัญที่เรียกว่า Good Governance เมื่อ 20 ปีเศษมานี้ ดังที่ธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและพัฒนา (IBRD) หรือธนาคารโลกได้เสนอในรายงานเมื่อ พ.ศ.2532 ว่าประเทศต่างๆ ควรจัดกลไก ระเบียบ และวางหลักการปกครองรัฐและองค์กรต่างๆ ให้มีประสิทธิภาพ น่าเชื่อถือ สาระสำคัญของหลักการนี้ประกอบด้วยการยอมรับหลักนิติธรรม ความโปร่งใส ความรับผิดชอบ การเปิดให้ผู้เกี่ยวข้องมีส่วนร่วม การดำเนินการบนพื้นฐานของความคุ้มค่า คุ่มค่า คุ่มเวลา ประหยัด ความมีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล และความซื่อสัตย์สุจริต เมื่อรัฐและองค์กรของรัฐนำหลักนี้ไปใช้จนได้ผลดังที่เรียกกันในประเทศไทย ว่า หลักธรรมาภิบาลหรือ หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีก็มีผู้เสนอให้ใช้ในองค์กรเอกชนด้วยเท่าที่พอจะอนุโลมได้ ดังที่เรียกว่า “บรรษัทภิบาล” (Corporate Governance) โดยเฉพาะในกิจการภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับคนหมู่มาก เช่น บริษัทมหาชน จำกัด ธนาคาร บริษัทข้ามชาติ โรงพยาบาลเอกชน สถาบันการศึกษาเอกชน และนี่คือจุดเริ่มต้นที่ The Rule of Law เข้ามาสู่วงการภาคเอกชน ซึ่งอาจเรียกเสียใหม่ให้เบาลงได้ว่า การปฏิบัติตามกฎเกณฑ์กติกาอารยทที่ตนวางไว้หรือที่ยึดถือในวงการหรืออาชีพนั้นๆ

4.2 หลักนิติธรรมในเอกชน

การนำ The Rule of Law มาใช้ในภาคเอกชนภายใต้หลักบรรษัทภิบาล และหลักการเคารพกฎหมายโดยราษฎรประกอบด้วยสาระ ดังนี้

1. การไม่เข้ามีส่วนร่วมในการทำผิดกฎหมาย แม้การละเมิดหลักนิติธรรมจะเป็นเรื่องการกระทำของภาครัฐ แต่บ่อยครั้งที่ภาคประชาชนหรือธุรกิจเอกชนเป็นฝ่ายเข้าไปมีส่วนร่วมด้วย เช่น การร่วมในฉ้อราษฎร์บังหลวง การให้สินบน การว่าขาน

งานใช้หรือจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นฝ่ายทำผิดกฎหมาย เช่น การออกแบบ ออกใบอนุญาตโดยผิดกฎหมาย ดิดสินบนในการสอบบัญชี คำนวนภาษี หรือให้เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจเพื่อกลั่นแกล้งคู่แข่งทางการค้า ฝ่ายตรงข้ามหรือเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อธุรกิจของตน

2. การเป็นหูเป็นตาให้แก่รัฐ หลักนิติธรรมในภาคเอกชนรวมไปถึงการเป็นหูเป็นตาให้แก่รัฐด้วย หากเห็นว่าการละเมิดกฎหมายก็ควมแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าดำเนินการ เช่น พบเห็นสิ่งเสพติด การค้าสิ่งผิดกฎหมาย การค้ามนุษย์ โดยเลือกใช้ชีวิตตามสมควร ซึ่งอาจต้องคำนึงถึงความปลอดภัยของตนเองด้วย มิใช่ว่าจะทำตนเป็นประเภท “ ชูระไม่ใช่ ” นอกจากนี้ การเป็นพยานให้รัฐก็เป็นบทบาทสำคัญภาคเอกชนในการส่งเสริมหลักนิติธรรมเช่นกัน เรื่องนี้เราจะได้ยินข่าวพลเมืองดีหรือพลเมืองอาสาที่ช่วยดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและปฏิบัติหน้าที่สมกับความเป็นพลเมืองคืออยู่เสมอตามสื่อมวลชนต่างๆ เช่น คนขับรถรับจ้างสาธารณะที่น่าขงตกหล่นหรือทรัพย์สินมีค่าที่ผู้โดยสารลืมทิ้งไว้ไปมอบแก่ทางการเพื่อติดตามหาเจ้าของ การติดตามผู้กระทำผิดความผิดจนทราบเบาะแสแล้วเข้าแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ การเป็นพยานให้รัฐจนบางครั้งพลเมืองดีอาจถูกทำร้ายเสียเอง เช่น นักแสดงคนหนึ่งของไทยเคยตกเป็นข่าวเมื่อหลายปีมาแล้วที่ประสบอุบัติเหตุรถชนกันกลางทางจึงจอดรถลงไปช่วยเหลือ แต่ก็ถูกรถอีกคันวิ่งมาด้วยความเร็วสูงพุ่งเข้าชนจนนักแสดงผู้นั้นพิการจนถึงบัดนี้

3. การปฏิบัติตามกฎหมาย หัวใจของหลักนิติธรรมคือการเคารพกฎหมายซึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษเรียกว่า Respect to Law ตามหลักธรรมมาภิบาล การเคารพกฎหมายก็เป็นสาระแรกสุด และเมื่อหลักนี้นำไปใช้ในภาคเอกชนจนกลายเป็นหลักบรรษัทภิบาลหรือธรรมาภิบาลภาคเอกชนจึงหมายถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและกฎกติกาตลาดต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นที่ทางการบ้านเมืองหรือวงการธุรกิจนั้นๆ กำหนดขึ้นหรือองค์กรภาคเอกชนกำหนดขึ้นใช้เองเป็นการภายในด้วย ในจำนวนนี้จึงมีทั้งกฎหมายภาษีอากร กฎหมายแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นๆ ประเพณีทางการค้า เช่นประเพณีของธนาคารพาณิชย์ ประเพณีเกี่ยวกับการรักษาความลับลูกค้า และระเบียบข้อบังคับที่องค์กรกำหนดขึ้นเอง เช่นระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกาย ระเบียบเกี่ยวกับวันลา ระเบียบในการจัดหา จัดซื้อ จัดจ้าง

ระเบียบเกี่ยวกับค่าจ้าง ระเบียบเกี่ยวกับสวัสดิการ ซึ่งผู้บังคับบัญชาจะต้องไม่ลำเอียงอคติ หรือสร้างมาตรฐานที่แตกต่างกันในบรรดาผู้ปฏิบัติงาน และต้องไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจและปราศจากเหตุผลอันสมควร ตลอดจนการไม่ละเมิดกฎหมายที่มีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเสียเอง ข้าราชการที่ครูทำอนาจารหรือล่วงละเมิดทางเพศต่อศิษย์ การที่เอกชนทำลายสิ่งแวดล้อม ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น เช่น ลักลอบถ่ายภาพส่วนตัวหรือนำภาพและข่าวดังกล่าวไปเผยแพร่โดยอาศัยเทคโนโลยียุคใหม่ การหมิ่นประมาทโดยใช้สื่อมวลชนเป็นเครื่องมือ การประท้วงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น เช่น ปิดถนน ส่งเสียงอื้ออึง การขัดขวางกระบวนการยุติธรรม ล้วนเป็นการละเมิดหลักนิติธรรมโดยภาคเอกชน ได้ทั้งสิ้น

ในระยะหลังมานี้คำที่ใช้เรียกการปฏิบัติตามกฎหมายและกฎกติกา มารยาทต่างๆ ของภาคเอกชน คือ Compliance ซึ่งก็มีความหมายทำนองเดียวกับ Respect to Law ในภาครัฐนั่นเอง

สุทัศน์ อึ้งลัน ชาญแห่งมาเลเซียได้เคยบรรยายเรื่องการเป็นหูเป็นตาให้รัฐว่าการเคารพกฎหมายโดยภาคเอกชนนอกจากจะหมายถึงการที่เอกชนไม่ทำผิดกฎหมายเสียเองแล้ว ยังรวมถึงการไม่มีส่วนร่วมกับเจ้าหน้าที่กระทำความผิด และการเป็นหูเป็นตาให้แก่อีกด้วย รวมความแล้วก็คือภาคเอกชนต้องช่วยเชิดชูหลักนิติธรรมให้ดำรงคงอยู่ด้วย มิใช่จะผลัดภาระให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและเอาแต่ตำหนิการกระทำของภาครัฐซึ่งจำเป็นต้องปลูกฝังความมีวินัย ความมีจิตสำนึกสาธารณะ การรักความยุติธรรม 34 และความรับผิดชอบต่อสังคมตั้งแต่เด็ก ดังที่ในบางประเทศ เช่น ญี่ปุ่นสอนให้เด็กและเยาวชนเข้าแถว ตรงต่อเวลา สุภาพเรียบร้อย ในประเทศอังกฤษสอนให้เด็กและเยาวชนตระหนักในสิทธิของตนและผู้อื่น เคารพสิทธิของผู้อื่น เคารพกฎกติกาในสังคมจนกลายเป็นเรื่องปกติไม่ใช่เพราะเกรงกลัวเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าถ้าเห็นเจ้าหน้าที่เท่านั้นจึงจะปฏิบัติตามกฎหมาย ศาสตราจารย์ธานีินทร์ กรีวิเชียรเคยบรรยายในการอบรมเนติบัณฑิตของไทยว่า เรื่องนี้ต้องปลูกฝังด้วยหลักฮีโรต์อปปะ คือ ความเกรงกลัวและความละอายต่อบาป การเชื่อในกฎแห่งกรรม การสร้างจิตสาธารณะ และต้องให้คุณให้โทษอย่างทันตาเห็น

อนึ่ง ตามรายงานของธนาคารโลกซึ่งจะมีการประเมินการมีหลักนิติธรรมในประเทศต่างๆ ทุกปี ดัชนีชี้วัดตัวหนึ่งที่ธนาคารโลกใช้ประกอบการพิจารณาคือการที่ประชาชนเคารพกฎหมาย และการยอมรับในการใช้หลักนิติธรรมของภาครัฐ โดยพิจารณาจากสถิติคดีอาชญากรรม การยอมรับปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลหรือคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ ข้อนี้แสดงว่าการมีธรรมาภิบาลในภาคเอกชน การเคารพกฎหมายของภาคเอกชนคือสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักนิติธรรมด้วย

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

หลักนิติธรรมเป็นหลักที่ถือกำเนิดขึ้นเพื่อมุ่งจะจำกัดอำนาจอันล้นพ้นของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ต่อมาก็ขยายไปถึงการจัดระเบียบหรือกลไกการใช้อำนาจในรัฐให้เกิดความเป็นธรรมเพื่ออำนวยประโยชน์สุขแก่ราษฎร ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย อำนาจในการใช้ดุลพินิจ วินิจฉัย สั่งการ หรืออำนาจใดๆก็ตาม ดังที่กล่าวกันว่าหลักนิติธรรมเป็นกฎแห่งกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายหรือครอบงำกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง

หลักนิติธรรมได้รับความนิยมนอย่างรวดเร็วในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือคอมมอนลอว์ ซึ่งคุ้นเคยกับการที่ศาลจะเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่คดีอยู่แล้วดังที่เรียกว่า Judge-made Law ในอังกฤษศาลได้ใช้กระบวนการหรือนิติวิธีนี้นำหลักนิติธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยคดีต่างๆจนเป็นเรื่องปกติ คล้ายกับที่ศาลของบางประเทศเคยวินิจฉัยคดีโดยอ้างหลักกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติ แต่หลักกฎหมายธรรมชาติและสิทธิธรรมชาติมีจุดอ่อนที่กว้างขวางเกินไปทั้งในส่วนที่เป็นสารบัญญัติและวิธีสารบัญญัติ เพราะตามหลักนี้อาจเกิดสิทธิแปลกๆที่ไม่เคยรู้จักมาก่อนในระบบกฎหมายที่มีอยู่หรือที่กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงไว้ และยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ว่าสิทธิหรือสารบัญญัติดังกล่าวมีอยู่จริงหรือไม่ภายใต้ขอบเขตประการใด เช่น สิทธิที่จะก่อการปฏิวัติ สิทธิที่จะตาย สิทธิในการทำแท้ง สิทธิในการทำสงครามเพื่อความถูกต้องเป็นธรรมจึงเป็นเรื่องที่ยังถกเถียงกันได้ นอกจากนี้ในสมัยหนึ่งหลักนี้ยังถูกรอบงำด้วยอิทธิพลของคริสต์ศาสนานับว่าเป็นเรื่องเดียวกัน ศาลในหลายประเทศจึงลังเลและระมัดระวังที่จะอ้างถึงหลักกฎหมายธรรมชาติจนเกินสมควร แต่ในส่วนของหลักนิติธรรมแล้วความที่เกิดขึ้นและพัฒนาไปในรอบที่ค่อนข้างจำกัดเฉพาะในส่วนวิธีสารบัญญัติ และมุ่งจะสร้างการอยู่ภายใต้กฎหมายที่ชัดเจนมากกว่าการพิจารณาตามอำเภอใจ จึงเป็นการอิงกฎหมายของบ้านเมืองที่มีอยู่แล้วนั่นเอง แต่ถูกละเลยมากกว่าจะเป็นสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ และอิงกระบวนการที่ยอมรับกันมาช้านานแล้ว เพียงแต่ถูกทอดทิ้งไม่นำพาหลักนิติธรรมจึงเป็นที่ยอมรับนับถืออย่างรวดเร็วและยืนยงถาวรมาเป็นลำดับบนพื้นฐานที่ว่า การดำเนินการทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย มิใช่ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง หากจะชี้ขาดว่ามีการผิดพลาดหรือไม่ถูกต้องก็ต้องเป็นการชี้ขาดของศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ แต่ขณะเดียวกันกฎหมายที่จะนำมาใช้ต้องเป็น

กฎหมายที่เป็นธรรม และศาลที่จะชี้ขาดก็ต้องเป็นศาลที่มีอยู่ตามปกติ มิใช่จัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเฉพาะกรณี ทั้งศาลต้องมีความอิสระ มีความเที่ยงธรรม และมีมาตรฐานการให้ความเป็นธรรมอย่างเดียวกัน

หลักนิติธรรมเช่นนี้เรียกกันในอังกฤษว่า The Rule of Law แต่เมื่อนำไปใช้ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ฝรั่งเศส เยอรมนี ด้วยความที่ประเทศเหล่านี้ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมาย ศาลเองก็ไม่มีนิติวิธีจะสร้างกฎหมายขึ้นเองได้ ทั้งประเทศดังกล่าวยังมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดหรือกรอบจำกัดการใช้อำนาจอีกด้วย ขณะเดียวกันประเทศเหล่านี้ยังให้ความสำคัญแก่กฎหมายมหาชนต่างจากกฎหมายเอกชน และมักจะมีการจัดตั้งศาลปกครองแยกจากศาลยุติธรรมเพื่อพิจารณาคดีปกครอง จึงทำให้การนำหลักนิติธรรมแบบอังกฤษมาใช้เต็มรูป อาจไม่เข้ากันเท่าไรนัก แต่ปรัชญาตามหลักนิติธรรมเรื่องการจำกัดอำนาจรัฐและการให้กฎหมายเป็นใหญ่ยังคงดำรงอยู่ ประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปจึงเรียกหลักนี้เสียใหม่ว่าหลักคดีและการเคารพอำนาจตุลาการของศาล

หลักนิติรัฐจึงกล่าวถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การเคารพการแบ่งแยกอำนาจหรือการแบ่งแยกหน้าที่ การเคารพสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การเคารพกระบวนการวิธีพิจารณาทางศาล การยอมรับว่ารัฐและเจ้าหน้าที่จะไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ หรือโดยที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจซึ่งต่างจากหลักกฎหมายเอกชนที่ว่าถ้าไม่มีกฎหมายห้ามย่อมทำได้

ในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่ความที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ความที่เป็นสหพันธรัฐหรือรัฐรวมที่มีหลายรัฐมาอยู่รวมกันจึงมีความแตกต่างหลากหลาย (Diversity) ในทางกฎหมายอยู่มาก ก็ยังไม่อาจใช้หลักนิติธรรมอย่างในอังกฤษได้ จึงเล็งไปกล่าวถึง Due Process of Law ซึ่งก็เป็นคำเก่าในหลักกฎหมายโบราณ แล้วนำมาตีความใหม่ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลสูงสุดหลายคดีว่า หลัก Due Process of Law เป็นหลักจำกัดอำนาจรัฐ และเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อราษฎรตามกฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผล ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ทำตามอำเภอใจ และไม่อยู่บนพื้นฐานของตรรกะที่ไร้สาระ (Absurd) เช่น เมื่อมีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าก็ต้องใช้ทางเลือกอื่น ดังที่นักวิชาการได้จำแนกเป็น Substantive

Due Process of Law หรือหลักความเป็นธรรมทางสารบัญญัติ และ Procedural Due Process of Law หรือหลักความเป็นธรรมทางวิธีบัญญัติ ซึ่งว่าไปแล้วก็ไม่ต่างกับหลักนิติธรรมในระบบอังกฤษและนิติรัฐในระบบประเทศภาคพื้นทวีปเท่าไรนัก เพียงแต่ภายใต้หลัก Substantive Due Process of Law ศาลสามารถสร้าง “กฎหมาย” หรือหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ได้เป็นอันมาก เช่น การวินิจฉัยว่าการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ผิดปกติ (cruel and unusual punishment) ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญและ Due Process of Law ประกอบด้วยหลักเกณฑ์ใดบ้าง การทำแท้งหากทำในไตรมาสแรก อาจทำได้ หรือกฎหมายจะห้ามเสียก็ได้ แต่ถ้าไปถึงไตรมาสสุดท้าย กฎหมายจะอนุญาตการทำแท้งในช่วงนั้นไม่ได้ เป็นต้น

เท่าที่กล่าวมาทั้งหมดล้วนเป็นเรื่องบทบาทของหลักนิติธรรมในภาครัฐ แต่คำถามที่มักถามกันมาเสมอคือ แล้วในภาคเอกชนจะไม่มีบทบาทอะไรบ้างหรือ คบมือนั้นต้องสองข้างถึงจะดัง ผู้มาศาลนั้นจะต้องมาด้วยมืออันสะอาด ไม่ใช่เป็นผู้มีส่วนรู้เห็นหรือร่วมกระทำผิด แต่พอไม่ได้ตั้งใจก็กับมาดำเนินคดีต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐดังที่ปรากฏคดีผู้ให้สินบนเจ้าหน้าที่เข้าแจ้งความปรักปรำเจ้าหน้าที่ในหลายเรื่องเพราะเจ้าหน้าที่ไม่อาจช่วยให้ผู้ให้สินบนได้งาน ชนะประมุข หลบหนีหรือพ้นจากการถูกเกณฑ์ทหาร ฝากลูกเข้าทำงาน ฝากลูกเข้าโรงเรียน ดังนี้ภาคเอกชนจะไม่มีควมรับผิดชอบตามหลักนิติธรรมบ้างหรือขณะเดียวกันภาคเอกชนที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจเอาแก่ลูกจ้าง ลูกค้า จะมีกฎเกณฑ์ตามหลักนิติธรรมใดว่าด้วยเรื่องนี้บ้างหรือไม่

พัฒนาการที่สำคัญของหลักนิติธรรมในระยะหลังมานี้เห็นจะได้แก่ความคิดที่ว่าหลักนิติธรรมหรือการปฏิบัติตามกฎหมายและกฎเกณฑ์กติการะเบียบแบบแผนต่างๆ เป็นสิ่งที่ภาคเอกชนเองก็ต้องมี จะคาดหมายเอาแต่จากภาครัฐฝ่ายเดียวไม่ได้ เพราะภาคเอกชน อาจเป็นฝ่ายก่อให้เกิดภาครัฐละเมิดหลักนิติธรรมก็เป็นได้ เช่น การว่าจ้างให้ทำผิดกฎหมายการใช้สินบน หรือการรู้เห็นเป็นใจร่วมกัน ตลอดจนการเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ตัวอย่างเห็นได้จากการทำบัญชี การชำระภาษีผิดจากกฎเกณฑ์ของกฎหมาย การจัดซื้อ จัดจ้าง การเข้าประมูลรับงานจากภาครัฐ การเข้าร่วมการงานกับภาครัฐ ทั้งยังจะมีกรณีการไม่ยอมตนเป็นพลเมืองดีร่วมมือกับรัฐในการเป็นพยาน หรือแจ้งเบาะแสต่างๆ

หลักนิติธรรมในภาคเอกชนมีความหมายรวมไปถึงกฎกติกาและระเบียบแบบแผนภายในองค์กรเอกชน ตลอดจนประเพณีปฏิบัติในทางธุรกิจนั้นๆ ด้วย ดังนั้นการที่องค์กรภาคเอกชนใช้กฎระเบียบโดยเลือกปฏิบัติหรือไม่เป็นธรรมก็เป็นทางหนึ่ง que แสดงถึงการละเมิดหลักนิติธรรมในภาคเอกชน เพียงแต่โดยทั่วไปอาจเรียกว่าเป็นการละเมิดหลักบรรษัทภิบาล กฎหมายแรงงาน หรือกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นๆ แต่ก็ควรเข้าใจว่าอยู่บนพื้นฐานใกล้เคียงกันกับหลักนิติธรรมใจภาครัฐนั่นเอง

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าในขณะที่มีการรณรงค์เรื่องหลักนิติธรรมซึ่งเป็นเรื่องใหญ่ในการใช้อำนาจรัฐ ควรให้ความสำคัญแก่บทบาทของหลักนิติธรรมในภาคเอกชนควบคู่ไปด้วย โดยวิธีดังนี้

1. ให้ความรู้ความเข้าใจแก่ผู้บริหารองค์กรภาคเอกชนว่า หลักนิติธรรมภาครัฐและหลักนิติธรรมภาคเอกชนมีความหมายอย่างไร เกี่ยวข้องหรือเกื้อกูลกันอย่างไร ประโยชน์และโทษในการปฏิบัติและไม่ปฏิบัติตามมีอย่างไร ข้อที่น่าสังเกตคือบ่อยครั้งที่การกระทำบางอย่างภาคเอกชนอาจไม่รู้ว่าเป็นเรื่องนำไปสู่การประพตติมิชอบ และตนเองอาจมีความผิดด้วย เช่น การจ้างเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับโครงการหรือธุรกิจอันเป็นเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน การให้ของขวัญแก่เจ้าหน้าที่เกินกว่าราคาที่เหมาะสมการ ป.ป.ช. กำหนด

2. ให้ความรู้ความเข้าใจแก่เจ้าหน้าที่หรือผู้ปฏิบัติงานในองค์กรภาคเอกชนทุกระดับถึงสิทธิหน้าที่ของตนเองและผู้อื่น โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องหน้าที่การงานที่เกี่ยวข้อง เช่น ลูกจ้างต้องการพสิทธิของนายจ้าง ยอมรับกติกาตามสัญญาและคำสั่งของนายจ้าง เว้นแต่จะเห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือขัดกฎหมาย นายจ้างเองก็ต้องเคารพสิทธิของลูกจ้าง ไม่ดูค้ำว่ากล่าว ใช้อภัยคำหยาบคาย ล่วงละเมิดทางเพศ ล่วงเกินศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของลูกจ้างผิดสัญญาและกฎหมายแรงงาน

3. สร้างเข้าใจว่าข้อพิพาทในองค์กรภาคเอกชนพึงยุติลงด้วยกระบวนการใดๆ ตามสัญญากฎหมายแรงงาน และกฎหมายอื่นๆ มิใช่การใช้กำลังฮือเข้าทำลายทรัพย์สินของนายจ้าง หรือสร้างความเดือดร้อนแก่ผู้ไม่เกี่ยวข้องของเพียงเรียกร้องความสนใจหรือใช้ประโยชน์สาธารณะและสังคมมากคดับรัฐและนายจ้าง ข้อนี้นับว่ามีความสำคัญมาก เพราะหากทิ้งไว้จนกลายเป็นเรื่องปกติธรรมดาจะกลายเป็นบรรทัดฐานของสังคม

นำไปสู่การไม่เคารพหลักนิติธรรมโดยส่วนรวม (Civil Disobedience) หรือที่เรียกว่า อารยะขัดขืน

4. ปลุกฝังหิริโอตตัปปะคือการละอายและเกรงกลัวต่อบาปในการทำผิดกฎหมาย

5. ปฏิบัติเองหรือร่วมมือกันในฐานองค์กรในอันที่จะต่อต้านและไม่ร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทุจริตและทำผิดกฎหมายดังที่เมื่อ พ.ศ. 2553-2554 นายคุณิต นนทะนาคกร ประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจภาคเอกชนในขณะนั้น ได้รณรงค์ให้ภาคเอกชนเห็นพ้องกันว่า จะไม่ทุจริต ไม่ให้สินบน และไม่ร่วมกับการทุจริตประพฤติชอบของวงราชการซึ่งทำให้ภาคเอกชนตื่นตัวกันมาก และมีผลในทางจิตวิทยาตลอดจนการป้องปรามไม่น้อย

6. แม้เป็นองค์กรภาคเอกชน แต่การวินิจฉัยสั่งการ การลงโทษพนักงาน หรือ การให้คุณให้โทษใดๆ ควรอยู่บนหลักของความโปร่งใส การมีส่วนร่วม และการปฏิบัติสอดคล้องกับกติกากำหนด มิให้กลายเป็นเรื่องต่างมาตรฐานหรืออำเภอใจ ทั้งต้องให้ความเป็นธรรม การมีเหตุผลสมควร เช่น ขอมให้มีการร้องทุกข์ อุทธรณ์ มีการรับฟังพยานหลักฐานมิใช่ลงโทษตามอำเภอใจ

7. กฎกติกาหรือระเบียบใดที่ล้ำสมัย ไม่เป็นธรรม ควรปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ ให้สอดคล้องกับธุรกิจและบริบทของสังคม แม้จะไม่ถึงขนาดได้มาตรฐานหรืออยู่ในกรอบตามกฎหมายเต็มที่ก็ตาม เพราะธุรกิจแต่ละอย่างอาจมีความแตกต่างกันตามขนาดของธุรกิจและประเภท

8. ปลุกฝังนิสัยการเป็นคนเสียสละ เห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวม ความเอื้ออาทรแม้ไม่ใช่หน้า ความรับผิดชอบโดยตรงของตนในการจะช่วยเพื่อนร่วมงาน และอำนวยความสะดวกต่อลูกค้า การพูดจาสุภาพไพเราะ การบริการอย่างมีคุณภาพเพื่อให้เกิดความประทับใจ โดยการแนะนำ หรือ กำหนดเป็นนโยบายขององค์กรแก่ผู้ปฏิบัติงาน จนนำไปสู่การให้คุณให้โทษตามสมควร เพราะลักษณะนิสัยและทัศนคติเช่นนี้จะมีผลต่อการเป็นพลเมืองดีของสังคมในอันที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย (Law-abiding Citizen) ต่อไป ซึ่งเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม

บรรณานุกรม

ธานีินทร์ กรัยวิเชียร “คำบรรยายเรื่องหลักนิติธรรมในการอบรมหลักสูตรภาคจริยธรรม 2552 ”

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบบประชาธิปไตย 2551 ”

วิษณุ เครืองาม “หลักนิติธรรมกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ 1 กรกฎาคม 2552

จิตติ ตั้งคัทย์ “หลักวิชาชีพกฎหมาย บทบัญญัติ 2557 ”

ปรีดี เกษมทรัพย์ “นิติปรัชญา 2548 ”

สภาร่างรัฐธรรมนูญ เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หน้า 2