



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักนิติธรรมในการพัฒนาเศรษฐกิจ

จัดทำโดย นายอดุลย์ เลาทพล
รหัส ๖๔๐๙๔๘

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๙
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมในการพัฒนาเศรษฐกิจ

อดุลย์ เลาหพล

บทนำ

ทุกประเทศแข่งขันที่จะดึงดูดความสนใจของนักลงทุนเพื่อสร้างรายได้และการเติบโตของเศรษฐกิจในแง่หนึ่ง จึงได้กลายเป็นปัจจัยแข่งขันสำคัญ ประเทศที่ขาดนิติธรรมจะเห็นได้ชัดจากอาการต่างๆ เช่น ความไม่โปร่งใสในการทำนโยบายและข้อมูล กฎระเบียบที่เปลี่ยนแปลงอย่างไม่มีเหตุผล ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เข้มแข็ง การขาดความรับผิดชอบของผู้ทำงานในหน้าที่ทั้งภาครัฐและเอกชน ความไม่มีประสิทธิภาพของระบบงานราชการ การทุจริตคอร์รัปชัน และการใช้เส้นสายในการติดต่อทำธุรกิจนำไปสู่การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

สิ่งเหล่านี้คือตัวอย่างของความบกพร่องด้านนิติธรรม ที่สร้างแรงจูงใจทางลบต่อการทำธุรกิจทำให้นักธุรกิจไม่อยากค้าขายและลงทุนในประเทศที่มีปัญหานี้และถ้ามีปัญหานี้รุนแรงและไม่แก้ไขการกระตุ้นเศรษฐกิจไม่ว่าจะมากแค่ไหนก็จะมีข้อจำกัด เพราะการขาดธรรมาภิบาลเหมือนรูรั่ว ที่ทำให้การดำเนินนโยบายของเศรษฐกิจขาดประสิทธิภาพ

ประเทศไทยขณะนี้ คือ เศรษฐกิจขยายตัวต่ำและปัญหาความโปร่งใส สะท้อนจากปัญหาคอร์รัปชันที่รุนแรง ทำให้เป็นปัญหาที่ต้องแก้ไขและต้องทำทั้งในภาคธุรกิจและภาคราชการ งานวิจัยทางเศรษฐศาสตร์หลายชิ้นได้พยายามอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างระดับการมี “นิติธรรม” กับขยายตัวทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ แม้ว่าในทางทฤษฎีจะมีข้อสรุปที่ชัดเจนว่า ระดับของของการมีนิติธรรมมีผลต่อเรื่องเหล่านี้ แต่ผลการศึกษาเชิงประจักษ์มีทั้งที่แสดงให้เห็นว่าระดับนิติธรรมของประเทศมีความสำคัญและมีงานที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้ชัดเจน แต่ถ้าถามคนธรรมดาว่าสังคมที่ดี คุณภาพชีวิตที่ดีควรเป็นแบบไหน คนจำนวนไม่น้อยคงพูดถึงการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดเท่าเทียมและเป็นธรรม ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของสังคมอยู่ร่วมกันด้วยหลักนิติธรรม

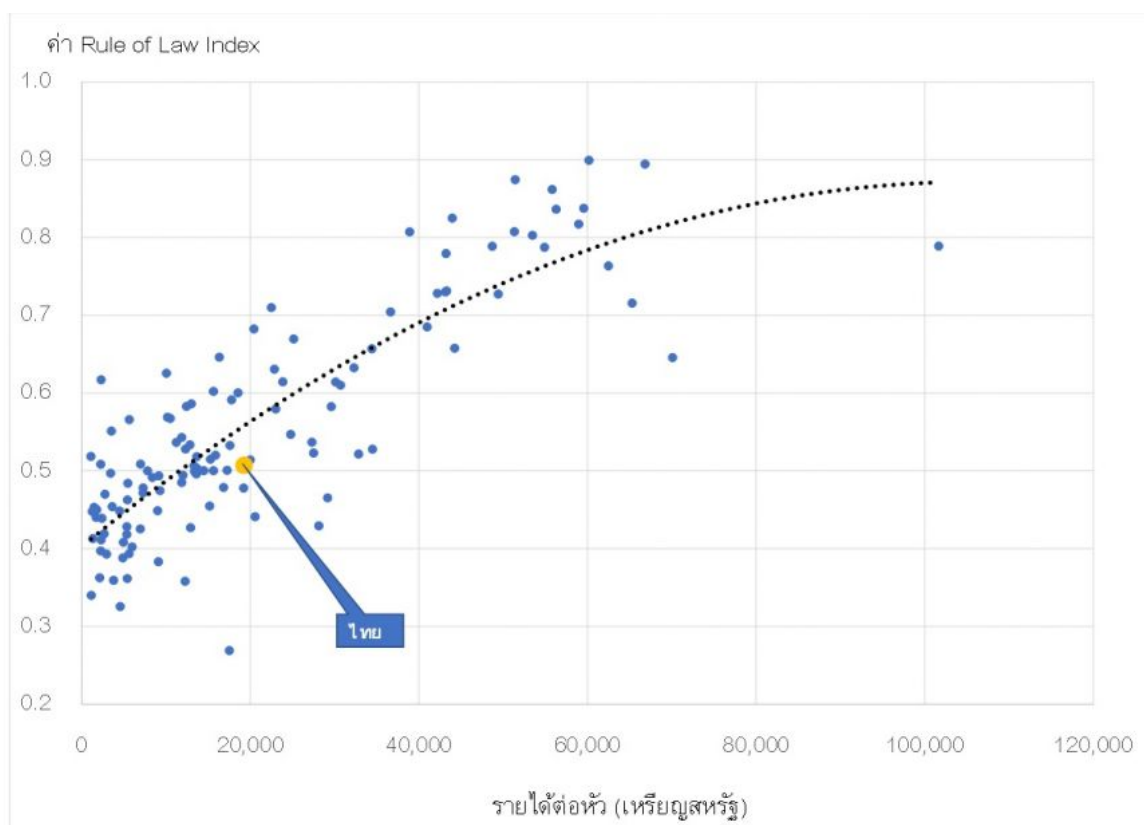
ความสำคัญของนิติธรรมนี้เอง ที่ทำให้มีการหาวิธีวัดระดับนิติธรรมของประเทศต่าง ๆ โดยผู้วัดหวังว่าผลที่ได้จะช่วยให้ประชาชนและผู้บริหารของประเทศเหล่านี้ได้ทราบถึงสถานะของประเทศของตน ช่วยให้เห็นว่าประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการแก้ไขมีเรื่องอะไรบ้าง แต่ละเรื่องมีความรุนแรงมีความเร่งด่วนแค่ไหน หนึ่งในตัวชี้วัดที่มีการจัดทำอย่างต่อเนื่อง คือ ดัชนีชี้วัดหลักนิติธรรม (Rule of Law index) จัดทำโดย World Justice Project ในปี ๒๕๖๓ ที่ผ่านมามีประเทศที่ได้รับการประเมิน ๑๒๘ ประเทศ แบ่งการประเมินออกเป็น ๙ ด้าน ได้แก่

- ด้านที่ ๑ ชัดจำกัดของอำนาจรัฐ
- ด้านที่ ๒ การปราศจากการทุจริต
- ด้านที่ ๓ ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง
- ด้านที่ ๔ สิทธิขั้นพื้นฐาน
- ด้านที่ ๕ รัฐบาลที่เปิดเผย
- ด้านที่ ๖ การบังคับใช้กฎหมาย
- ด้านที่ ๗ กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง

ด้านที่ ๘ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ด้านที่ ๙ กระบวนการยุติธรรมที่ไม่เป็นทางการที่เป็นทางเลือกแทนกระบวนการยุติธรรมหลัก

คะแนนที่ได้จากการประเมินทั้ง ๙ ด้านถูกนำมาคิดเป็นคะแนนรวมของแต่ละประเทศ แล้วเอาผลที่ได้มาจัดอันดับประเทศ สำหรับปี ๒๕๖๓ ที่ผ่านมามีประเทศไทยอยู่ในอันดับที่ ๗๑ คะแนนผลประเมินรายด้านทุกด้านของประเทศไทยได้มีค่าต่ำกว่าค่าเฉลี่ยในภาพรวมของโลก



เส้นประในรูปที่นำเสนอเป็นเส้นที่จะตอบคำถามนี้ให้กับเรา เส้นนี้ถูกสร้างขึ้นมาจากข้อมูล ๑๒๘ ประเทศ โดยแกนตั้งเป็นคะแนนที่แต่ละประเทศได้จากการประเมินในปี ๒๕๖๓ ส่วนแกนนอนเป็นรายได้ต่อหัวของประเทศ เมื่อนำข้อมูลนี้มาประมาณค่าเส้นแสดงความสัมพันธ์ระหว่างรายได้ต่อหัวกับคะแนนที่ได้ก็จะได้เส้นประที่แสดงให้เห็นว่า โดยเฉลี่ยแล้ว ณ ระดับรายได้ต่อหัวที่กำหนด คะแนนที่ได้ควรมีค่าเท่าไร หากจุดของประเทศไหนอยู่บนเส้นประแสดงว่าระดับนิติธรรมที่มีสอดคล้องกับระดับการพัฒนาของประเทศ ถ้าจุดสูงกว่าเส้นประหมายความว่าประเทศนั้นทำได้ดีกว่าที่คาดหมายไว้ ส่วนจุดที่ต่ำกว่าเส้นประหมายความว่าคะแนนที่ได้มีค่าน้อยกว่าที่ควรจะเป็น

จากรูปจะเห็นได้ว่าจุดของประเทศไทยอยู่ต่ำกว่าเส้นประ ประเทศที่มีรายได้ต่อหัวใกล้เคียงกับเราและอยู่ใต้เส้นประเหมือนกัน คือ เบลารุส สาธารณรัฐ โดมินิกัน เม็กซิโก และมาซิโดเนียเหนือ ประเทศที่รายได้ต่อหัวใกล้เคียงกับเราแต่ได้คะแนนสูงกว่าที่เส้นประ คือ บอตสวานา เกรนาดา จอร์เจีย และบาร์เบโดส การที่มีถึง ๔ ประเทศที่ทำได้ดีเกินเส้นประเป็นการบอไว้ว่าประเทศไทยเองก็สามารถยกระดับนิติธรรมให้สูงขึ้นวันนี้ได้

สิ่งแรกที่ต้องเปลี่ยนก็คือความคิดว่าระดับนิติธรรมของประเทศขึ้นอยู่กับภาครัฐ จริงอยู่ว่ากลไกด้านนิติธรรมส่วนใหญ่เป็นส่วนหนึ่งของกลไกของภาครัฐ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว พวกเราทุกคนสามารถสร้างสังคมที่ให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรมด้วยการเคารพกฎหมาย เคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้อื่น และมีหลักศีลธรรมควบคุมพฤติกรรมของเราไว้ในระดับหนึ่ง^๑

เมื่อพูดถึงหลักนิติธรรม (rule of law) คนพูดมักจะแยกเรื่องกฎหมายออกจากเรื่องอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเศรษฐกิจ รวมทั้งเรื่องนโยบายสาธารณะต่างๆ และมักมองว่าเราต้องการกฎหมายเพียงเพราะกฎหมายเป็นสิ่งที่ดี เป็นสิ่งที่จะนำมาซึ่งความสงบเรียบร้อยในสังคม ผมคิดว่านี่เป็นความเข้าใจผิดเกี่ยวกับกฎหมายและหลักนิติธรรม กฎหมายมีบทบาทในฐานะที่เป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ ของโลก รวมไปถึงการวางโครงสร้างสังคมและครอบครัว คุณไม่สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ถ้าคุณไม่ทำตามกฎหมาย มันมีกฎเกณฑ์และกลไกตามกฎหมายที่คุณต้องปฏิบัติตามในทุกมิติของชีวิต เมื่อทุกสิ่งต่างถูกกฎหมายกำกับ จึงกลายเป็นว่าตัวกฎหมายเองก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับทุกสิ่งที่เราไม่ชอบด้วยเช่นกัน นักกฎหมายจึงเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาขณะเดียวกันก็ต้องเป็นทางออกของปัญหาด้วย คุณจะพบว่าปัญหาความเหลื่อมล้ำก็มีรากฐานมาจากโครงสร้างกฎหมายด้วย ขณะเดียวกันวิธีการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำ ก็ต้องอาศัยการปฏิรูปตัวกฎหมายต่างๆ ด้วยเช่นกัน นี่คือการสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับสังคมในโลกปัจจุบันที่เราควรเข้าใจ ในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง จะไม่มีส่วนที่เลวทั้งหมดหรือดีทั้งหมด และจะไม่มีคำตอบที่ถูกต้องเพียงคำตอบเดียวว่า กฎหมายควรเป็นอย่างไร ดังนั้นคำถามก็คือ ในทุกๆ การตัดสินใจของผู้มีอำนาจ เราจะทำอะไรให้ผู้ที่มีอำนาจในมือและตัวละครอื่นๆ ในสังคม ตระหนักถึงความเป็นไปได้มากมายในการออกแบบกฎหมาย และตระหนักว่า กฎเกณฑ์ที่ต่างกันจะให้ผลที่เป็นคุณและโทษแตกต่างกันไป ยิ่งเราทำให้คนตระหนักถึงบทบาทที่สำคัญของกฎหมายในการออกแบบนโยบายสาธารณะ เราก็จะได้เริ่มแลกเปลี่ยนกันว่าเนื้อหาของกฎหมายที่ดีควรจะเป็นอย่างไร^๒

หลักนิติธรรม (The Rule Of Law) เป็นคำที่เริ่มมีการนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายในสังคมไทย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญปี ๒๕๔๐ เป็นต้นมาและในรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช ๒๕๕๐ เราก็ได้เห็นการนำกลับมาใช้ของคำว่า หลักนิติธรรมได้อย่างชัดเจนมากที่สุด แต่อย่างไรก็ตามในสังคมไทยในขณะนี้แม้เราจะมีกรกล่าวถึงเรื่องหลักนิติธรรมกันอย่างมากมาย แต่กลับไม่สามารถจับต้องได้ หรือ ขาดความรู้ความเข้าใจในหลักการดังกล่าว อย่างแท้จริงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันบัญญัติไว้ในมาตรา ๓ วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม หลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญแต่หากไปตรวจสอบประวัติการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะเห็นว่าในตอนแรกนั้น ผู้ยกร่างได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” โดยไม่มีคำว่า “หลักนิติธรรม” ปรากฏอยู่ และก็ไม่มีปรากฏเหตุผลว่าเพราะเหตุใดจึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า “หลักนิติธรรม”

^๑ เกียรติอนันต์ ล้วนแก้ว คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 'นิติธรรม' ของไทย เรามิช่วยกันทำให้ดีกว่าเออะ, สืบค้น ๒๐ มีนาคม ๒๕๖๔ จาก <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/๖๕๒๑๙๗>

^๒ Professor David Kennedy, บทสัมภาษณ์โครงการอบรมหลักสูตรผู้บริหารรุ่นใหม่ด้านหลักนิติธรรมและการพัฒนาที่ยั่งยืน และโครงการเวิร์คชอปนักวิชาการรุ่นใหม่ ร่วมกับ Institute for Global Law and Policy (IGLP) แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด, สืบค้น ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๔ จาก <https://www.the1๐๑.world/david-kennedy-interview/>

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษโดยมีความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ด้วยกันเองแต่จะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution ในปัจจุบันกลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิง เมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey อธิบายไว้ว่าหลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมายบุคคลทั้งหลาย ย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมายและไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

ดังนั้นประเทศที่ยึดตามหลักนิติธรรม จึงปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้วบรรดาข้าราชการต่างๆที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้^๓

หลักนิติธรรมได้ปรากฏครั้งแรกใน ปี ค.ศ.๑๖๑๕ ในตอนนั้น แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมเน้นว่าหลักกฎหมายต้องเป็นใหญ่ โดยถือหลักการบริหารจากตัวบทกฎหมายไม่ใช่จากตัวบุคคล เนื่องจากบุคคลใดๆ สามารถที่จะใช้อำนาจตามใจตนได้ง่าย ในระยะต่อมา แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาและสรุปรวบยอดผ่านคำอธิบายอย่างเป็นระบบและเป็นที่ยอมรับ Dicey ซึ่งเป็นนักกฎหมายชื่อดังของสหราชอาณาจักร เขาได้มองย้อนไปตั้งแต่สมัยอริสโตเติลและเห็นว่ากษัตริย์ที่ปกครองโดยใช้อำนาจตามใจตนมีค่าน้อยกว่ากษัตริย์ที่ปกครองตามหลักกฎหมาย Dicey จึงเรียกร้องให้รัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านอำนาจของศาล ซึ่งในระยะต่อมาหลักนิติธรรมได้รับการพัฒนาอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักนิติธรรมจึงมีความหมายสองนัยยะโดยขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นๆ ใช้กฎหมายแบบใดระหว่างระบบกฎหมายอย่างสหราชอาณาจักรกับระบบกฎหมายอย่างสหรัฐอเมริกา^๔

หลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอังกฤษที่ถูกนำมาสรุปโดย Dicey และทำให้คำว่าหลักนิติธรรมเป็นที่แพร่หลายและยอมรับไปทั่วโลกนั้นได้เน้นหลัก ๓ ประการคือ

๑. หลักที่ว่าไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษเว้นแต่เขาได้กระทำการขัดต่อกฎหมาย (No one can be punished unless they are in clear breach of the law.)

^๓ มูลนิธิศูนย์บูรณาการพัฒนามนุษย์, ๒๐๑๔ เข้าถึงได้ที่ <http://www.thaiihdc.org/web/index>.

^๔ สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, ศาลยุติธรรมกับความเป็นธรรมทางเพศ (กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี, ๒๕๕๒)

๒.หลักที่ว่าบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันกับประชาชน (Everyone is equal before the law.)

๓.หลักที่ว่าศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และไม่มีกฎหมายใดเหนือกว่าอำนาจที่ศาลจะตัดสินได้ (There is no set of law which are above the courts.)

สำหรับหลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายอเมริกามีจุดเด่นในเรื่องของหลักการ Due Process ที่เน้นในเรื่องกระบวนการทางกฎหมาย (due process of law) และความคุ้มครองทางเนื้อหาของกฎหมายด้วย โดยให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และการควบคุมคุณธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐ

Professor E.C.S.Wade แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ซึ่งเป็นบรรณาธิการแก้ไขเพิ่มเติมตำรารัฐธรรมนูญที่ Professor A.V.Dicey แต่งไว้ นั้นได้กล่าวไว้ในตำรารัฐธรรมนูญที่ท่านแต่งขึ้นเองอีกเล่มหนึ่ง ชื่อว่า “The Supremacy of Law” ว่า “The Rule of Law” หมายความว่า “ความยิ่งใหญ่และสูงสุดของ ทุกๆ ส่วนของกฎหมายของประเทศอังกฤษ ตำราที่มีทั้งที่ได้ตราขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและที่มีได้ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับข้อกล่าวหาและที่เกี่ยวกับความประพฤติจากจำเลยในเมื่อปรากฏว่าความประพฤติตามหลักฐานเช่นนั้นอาจทำให้ศาลเห็นได้ว่า เขามีได้กระทำความผิดที่ถูกกล่าวหา”^๕

ในทรรศนะของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ของประเทศไทย ได้ให้ความหมายหลักนิติธรรมไว้หลากหลาย ดังนี้

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมว่า หมายถึง “ไม่ใช่ข้อกำหนดหรือบทบัญญัติทั้งหลาย ที่มีอยู่ในตัวกฎหมายหรือกฎอันเป็นหลักในมาตราต่าง ๆ กำหนดไว้ แต่หมายถึงกฎที่บังคับตัวบทกฎหมายหรือบังคับกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ในกฎหมายเหล่านั้น ต้องอยู่ในกรอบในบังคับของกฎนั้น อีกชั้นหนึ่งความหมายของ “The Rule of Law” คือ ประมวลหลักของสิทธิขั้นมูลฐานที่แทรกอยู่ในองค์การแห่งรัฐ ซึ่งมีอำนาจและวิธีการซึ่งจะทำให้สิทธิเหล่านั้นมีผลประกอบด้วยหลักสถาบันและวิธีการซึ่งกฎหมาย อันชุมชนรับรองและคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน โดยจำกัดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักที่วางนี้ใช้บังคับแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารตุลาการและทนายความ จึงเป็นที่รับรองว่าเป็นกฎอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการก่อบริการสิทธิขั้นมูลฐานตามกฎหมาย”^๖

ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน ได้สรุปหลักนิติธรรมว่า^๗ “ประกอบด้วยหลักการที่สำคัญดังนี้”

๑. การยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ
๒. ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาคและได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างทัดเทียมกัน
๓. มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

^๕ E.C.S.Wade, constitution Law, 4th ed., (1953) หน้า ๔๘-๔๙.

^๖ จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาขึ้นนักกฎหมาย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕) หน้า ๘๔.

^๗ ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน, หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย, วารสารจลนิตี ปี ที่ ๙ ฉบับที่ ๑ มกราคม-กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๕, หน้า ๔-๕.

๔. การปกครองโดยยึดหลักกฎหมายเป็นใหญ่และปฏิบัติตามกฎหมาย ในฐานะที่เป็นนิติรัฐ ทั้งนี้ กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม
๕. ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน
๖. ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย
๗. ส่งเสริมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างบริสุทธิ์และยุติธรรม ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารหรือกลุ่มอิทธิพลเพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่แท้จริงของประชาชน
๘. ส่งเสริมและสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย
๙. ส่งเสริมและคุ้มครองหลักแห่งการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
๑๐. ส่งเสริมและพัฒนากฎหมายเพื่อสร้างความสงบสุขให้แก่ประชาชนและสังคมส่วนร่วม
๑๑. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ อธิบายว่า^{๑๔} “The Rule of Law เป็นการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นธรรมหรือเป็นหลักที่การปกครองดำเนินไปอย่างเป็นธรรมโดยกลไกของกฎหมาย ซึ่งมีความหมายที่ลึกกว่าการปกครองโดยกฎหมายอีกระดับหนึ่งและมีใช่เป็นหลักกฎหมายอย่างลอย ๆ แต่มีแนวโน้มให้เห็นถึงเป้าหมายของหลักการดังกล่าวด้วย”

ศาสตราจารย์ สิทธิโชค ศรีเจริญ ได้ให้ข้อสังเกตคำว่า “หลักนิติธรรม” ว่า “ที่มาของ หลักนิติธรรมนั้นมาจากแนวคิดที่หนึ่งนักปราชญ์ในสมัยโบราณต้องการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐตั้งแต่มีอำนาจอธิปไตยที่มาจากปวงชนชาวไทย ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภาคณะรัฐมนตรีหรือศาล หลักนิติธรรมนี้ต้องการที่จะจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในทุกเรื่อง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมแก่มหาชนและแนวคิดที่สองเกิดจากแนวคิดของผู้ที่ต้องการสร้างสรรค์สังคม คือ ต้องการรัฐที่พึ่งปรารถนาอย่างไร ซึ่งรัฐที่พึ่งปรารถนา คือ รัฐที่มีหลักนิติธรรมในการปกครอง นั่นเอง”

หลักนิติธรรมกับระบบเศรษฐกิจศาสตร์

จอห์น ล็อค ให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในมุมมองด้านเศรษฐศาสตร์การเมืองว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน ให้ปลอดจากการล่วงละเมิด โดยอำนาจแห่งรัฐหรืออำนาจอื่นโดยหลักนิติธรรมจะต้องเป็นหลักการที่สอดคล้องกับปัจจัยเงื่อนไข ๓ ประการ คือ

- (๑) เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบร่วมกันของประชาชน
- (๒) มีศาลที่เป็นอิสระคอยทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทหรือตัดสินข้อขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าว

^{๑๔} ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, หลักนิติธรรม (the Rule of Law) หนังสือรวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส ครบรอบ ๙๐ ปีศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, (ก.ท.ม : ส นักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๑), หน้า ๓๐

^{๑๕} สิทธิโชค ศรีเจริญ, สรุปผลการจัดสัมมนาการประชุมทางวิชาการ เรื่อง “ความหมาย สาระสำคัญและ ผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม” โรงแรมรามาร์กาเด้น กรุงเทพฯ, วันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖

(๓) จะต้องมีอำนาจแห่งรัฐที่จะทำการบังคับตามคำตัดสินชี้ขาดของศาลดังกล่าว^{๑๐}

เวเบอร์ ให้เหตุผลของการที่กฎหมายสมัยใหม่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจไว้ว่าบรรทัดฐานทางสังคมภายใต้กฎหมายสมัยใหม่จะต้องเป็นสิ่งที่ผู้คนในสังคมสามารถพยากรณ์ได้ ทั้งนี้ เพราะภายใต้กฎเกณฑ์ที่แน่นอนและอาจคาดหมายได้นี้ จะทำให้บุคคลที่ประสงค์จะทำธุรกรรมสามารถคาดหมายพฤติกรรม ของผู้คนในสังคมได้ล่วงหน้า และคาดได้ว่าพฤติกรรมเช่นใดเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับและพฤติกรรมใดสังคม ไม่ยอมรับและทราบด้วยว่าผู้ที่แสดงพฤติกรรมที่ไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมจะถูกควบคุมโดยบรรทัดฐานในสังคมเช่นไร เช่น นาย ก. สามารถคาดหมายได้ว่า สังคมไม่ยอมรับการที่ตนจะสมคบกับคู่แข่งคนอื่น เพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดการค้าในลักษณะของการฮั้วกัน ดังนั้น จึงทำให้ นาย ก. ตัดสินใจไม่ทำธุรกรรมในลักษณะเช่นนั้น และในขณะเดียวกัน นาย ก. ก็คาดหมายว่าคู่แข่งทางการค้าของตนจะไม่กระทำการดังกล่าวด้วยเช่นกัน ซึ่งหากมีผู้ฝ่าฝืนรัฐจะต้องบังคับใช้กฎหมายที่ห้ามการกระทำความผิดดังกล่าวเอากับผู้ล่วงละเมิดและด้วยบรรทัดฐานทางสังคมที่เป็นเหตุเป็นผลเช่นนี้ ก็จะทำให้เกิดระบบทุนนิยมที่ทำงานด้วยกลไกของตลาด อันจะนำไปสู่การพัฒนาและการเติบโตทางเศรษฐกิจของรัฐในที่สุด^{๑๑}

เป็นต้นจากที่กล่าวมาข้างต้น หลักนิติธรรมมีส่วนเกี่ยวข้องกับในเรื่องของตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้โดยกรณีตัวอย่างที่แสดงถึงความเชื่อมโยงของหลักนิติธรรมที่มีต่อความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจนั้นจากงานวิจัยจำนวนมากที่ศึกษาถึงความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น พบว่าการที่รัฐใดๆ จะพัฒนาเศรษฐกิจได้ดีจะต้องมีการจัดการในทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ (property rights) อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเมื่อมีการกำหนดสิทธิ์กันแล้วรัฐบาลต้องออกกฎหมาย เพื่อให้เอกชนสามารถบังคับใช้สิทธิของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย ซึ่งในกรณีนี้ประเทศที่มีหลักนิติธรรมที่ดีจะมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจสูงกว่าในประเทศที่หลักนิติธรรมอ่อนแอ

ในกรณีของทรัพย์สินทางปัญญา เป็นตัวอย่างหนึ่งของการกำหนดสิทธิ์เพื่อให้เจ้าของสิทธิใช้สิทธิที่ตนมีอย่างมีประสิทธิภาพ ในกรณีที่สังคมมีหลักนิติธรรมไม่แข็งแรงมีการขโมยหรือลอกเลียนแบบเอกชนย่อมไม่สามารถใช้สิทธิที่ตนมีอย่างมีประสิทธิภาพอาจทำให้พวกเขาไม่ต้องการคิดค้นสิ่งใหม่ๆ ขึ้นอีก ซึ่งจะทำให้ประเทศล้าหลังไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ โดยเอกชนและโดยกลไกตลาด จะช่วยให้เศรษฐกิจสามารถเจริญเติบโตต่อไปได้

ในส่วนของหลักนิติธรรมกับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจนั้น แม้ว่าจะมีส่วนที่ให้เชื่อมั่นว่าส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ แต่ขณะเดียวกันก็อาจพบว่าหลักนิติธรรมอาจไม่ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจเลย ดังเช่นกรณีประเทศจีนที่เศรษฐกิจโตอย่างมากในช่วงนี้ แต่กลับพบว่ามีการทุจริตสูงหรือก็คือมีหลักนิติธรรมที่อ่อนแอ ยังคงมีคนจนจำนวนมาก และยังมีความเหลื่อมล้ำทางสังคมสูง ซึ่งนี้อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในอนาคตอันใกล้ การเจริญเติบโตที่เกิดขึ้นจึงเป็นการเจริญเติบโตที่ไม่ยั่งยืน ดังนั้นหลักนิติธรรม

^{๑๐} Locke, J., *The Second Treatise of Government*, 1988, pp.350-353

^{๑๑} Trubek, R. "Max Weber on Law on the Rise of Capitalism", *Wisconsin Law Review* (1972), 720.

จึงน่าจะเป็นคำตอบที่รัฐต่างๆ เลือกใช้ เพื่อให้เศรษฐกิจของประเทศตนเจริญเติบโตอย่างยั่งยืน และทำให้คนในประเทศมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน

การสร้างหลักนิติธรรม การที่หลักนิติธรรมจะมีผลบังคับใช้ในสังคมก็ต่อเมื่อ

๑.กฎหมายมีความสำคัญและมีอำนาจในการใช้บังคับ (meaningful and enforceable laws) โดยกฎหมายต้องแสดงถึงกฎเกณฑ์ที่มีความโปร่งใสและเท่าเทียม ก่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยในสิทธิของบุคคล

๒.สัญญาต้องมีผลใช้บังคับได้ (enforceable contracts) โดยสัญญาเป็นสิ่งที่เอกชนใช้เพื่อให้ตนได้มาซึ่งสิทธิโอกาสทางธุรกิจและกิจกรรมอื่นๆ ถือเป็นหลักประกันในการที่จะบังคับให้เป็นไปตามสัญญา

๓.ความมั่นคง ปลอดภัยพื้นฐาน (basic security) ทั้งต่อคนและทรัพย์สินอันจะทำให้แต่ละคนสามารถมีส่วนร่วมในสังคมและเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่

๔.การเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice) กฎหมายและสิทธิต่างๆ จะไม่มีความหมายถ้าประชาชนไม่สามารถรับรู้ ไม่มีผลใช้บังคับ และไม่สามารถใช้กฎหมายเพื่อเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง^{๑๒} สิ่งเหล่านี้เองที่ทำให้เกิดการลงทุน และการพัฒนาในด้านต่างๆ อันจะทำให้เกิดความเจริญเติบโตทาง เศรษฐกิจ

ปัจจัยที่นำไปสู่ความเสื่อมของหลักนิติธรรม ตามแนวคิดของ Fuller ระบุว่าปัจจัยที่ทำให้หลักนิติธรรมเสื่อมมี ๘ ประการคือ^{๑๓}

๑.การขาดหลักการปกครองโดยกฎหมาย มีเพียงการตัดสินใจเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้า ชั่วครั้งชั่วคราวเท่านั้น ทำให้ขาดหลักการที่น่าเชื่อถือและความแน่นอน ส่งผลให้บุคคลที่กระทำผิด แม้ว่าจะเป็นลักษณะความผิดเหมือนกันแต่ก็ได้รับบทลงโทษที่ต่างกัน เนื่องจากไม่มีการบัญญัติเป็นข้อกฎหมายที่ชัดเจน

๒.ความบกพร่องในการเผยแพร่กฎหมายและหลักการปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ให้ประชาชนรับรู้และเข้าใจทำให้เกิดข้ออ้างในการกระทำผิดว่าเกิดจากความไม่รู้

๓.การบัญญัติกฎหมายขาดความชัดเจนทำให้ผู้อ่านไม่สามารถทำความเข้าใจได้หรืออีกนัย คือความไม่ชัดเจนนี้ทำให้เกิดการตีความได้หลายความหมาย ทำให้บางบุคคลหาช่องโหว่ของกฎหมายในการกระทำผิด

๔.การตรากฎหมายย้อนหลัง ซึ่งอาจทำให้เกิดการออกกฎหมายเพื่อลบล้างการกระทำผิดให้กับพวกพ้อง หรือเพื่อกำหนดโทษย้อนหลังให้กับบุคคลที่มีความเห็นต่างจากตน

๕.การปล่อยให้ออกกฎหมายขัดกันเองซึ่งเป็นช่องทางให้ผู้กระทำผิดใช้อ้างเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษได้

๖.เป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่อยู่นอกเหนืออำนาจบังคับและเกินกว่าที่ผู้ถูกบังคับจะปฏิบัติตามได้

^{๑๒} ธนกร วรปรัชญากุล, การยึดและการบังคับคดีสิทธิบัตรในประเทศฝรั่งเศส (วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ ๒, ๔, ๒๕๕๑)

^{๑๓} L. L. Fuller, The Morality of law, Revised Edition, New Haven : Yale University Press, 1969. pp. 46-91.

๗. การที่กฎหมายมีความไม่มั่นคงถูกเปลี่ยนไปมาเสมอก่อให้เกิดความสับสนและความเข้าใจผิด และอาจก่อให้เกิดการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยมิได้เจตนา

๘. การขาดการแบ่งแยกอำนาจที่ชัดเจนจนเกิดความสับสนหรือแทรกซ้อนกันระหว่างอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ

จากข้างต้น หากสังคมใดขาดปัจจัยข้อใดข้อหนึ่งยอมเปิดโอกาสให้บุคคลภายในสังคมนั้น กระทำสิ่งที่ยึดต่อกฎหมาย อันจะส่งผลให้หลักนิติธรรมของประเทศนั้นเสื่อมถอยได้ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความล้มเหลวของการบริหารจัดการที่ขาดความโปร่งและความตรงไปตรงมาและขาดความน่าเชื่อถือในมุมมองของคนนอกประเทศ ทั้งนี้ผลกระทบที่ตามมาเมื่อสังคมมีหลักนิติธรรมอ่อนแอ ได้แก่

๑. การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการลงทุนจากต่างประเทศลง ตัวอย่างเช่น การที่ต่างชาติ จะเข้ามาเปิดโรงงานในประเทศซึ่งตามกฎหมายแล้วโรงงานนี้ก่อให้เกิดมลพิษเกินกว่ามาตรฐานที่ กฎหมายได้กำหนดไว้หากนักลงทุนจ่ายเงินให้กับผู้เกี่ยวข้องก็จะสามารถเปิดโรงงานได้และอาจมีการ เปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อเอื้อต่อนักลงทุนในทางตรงกันข้าม หากนักลงทุนไม่ยอมเสียเงินให้กับบุคคล เหล่านั้นก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายเพื่อเอาผิดย้อนหลังกับนักลงทุนได้ จึงทำให้นักลงทุนเลือก ไม่เข้ามาลงทุนในประเทศแทนการเผชิญหน้ากับความไม่แน่นอนของกฎหมาย

๒. กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ ผลที่ตามมาเช่น ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมบุคคลลักลอบตัดไม้ ทำลายป่า ลักลอบปลูกพืชอันตรายที่กฎหมายห้ามโดยอาจอ้างถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือการอ้างว่า ไม่รู้ข้อกฎหมายอันเนื่องมาจากความบกพร่องในการเผยแพร่กฎหมาย

๓. ทำลายระบบสิทธิมนุษยชนโดยกลุ่มที่อยู่เหนือกฎหมายจะใช้อำนาจในการคุกคามหรือข่มขู่ บุคคลที่ไม่รู้จักกฎหมายและบุคคลที่ด้อยกว่าซึ่งส่งผลต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของสังคมโดยรวม ทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจเป็นไปได้ยาก ดังนั้น ผู้ตรากฎหมายควรสร้างตัวบทกฎหมายที่ดีที่สุดให้กับ สังคม ขณะเดียวกันบุคคลในสังคมก็ควรตระหนักถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมและร่วมกันเสริมสร้าง ให้หลักนิติธรรมของประเทศมีความเข้มแข็งมากขึ้น

หลักนิติธรรมในการพัฒนาเศรษฐกิจ

งานวิจัยทางเศรษฐศาสตร์หลายชิ้นได้พยายามอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างระดับการมี “นิติธรรม” กับขยายตัวทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศ แม้ว่าในทางทฤษฎีจะมีข้อสรุปที่ชัดเจนว่า ระดับของการมีนิติธรรมมีผลต่อเรื่องเหล่านี้ แต่ผลการศึกษาเชิงประจักษ์มีทั้งที่แสดงให้เห็นว่าระดับ นิติธรรมของประเทศมีความสำคัญและมีงานที่ยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้ชัดเจน แต่ถ้าถามคนธรรมดา ว่าสังคมที่ดี คุณภาพชีวิตที่ดีควรเป็นแบบไหน คนจำนวนไม่น้อยคงพูดถึงการบังคับใช้กฎหมายอย่าง เคร่งครัด เท่าเทียม และเป็นธรรม ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของสังคมอยู่ร่วมกันด้วยหลักนิติธรรม

พบว่าในประเทศที่หลักนิติธรรมมีความอ่อนแอ มีการนำงบประมาณรัฐไปดำเนินการอย่าง ล้มเหลว มีความรุนแรงจากการประกอบอาชญากรรมที่ไม่สามารถตรวจสอบได้ กฎหมายใช้บังคับอย่าง ขาดความเสมอภาค การลงทุนถดถอย หลักนิติธรรมที่มีประสิทธิภาพนั้นจะช่วยลดคอร์รัปชัน เพิ่มประสิทธิภาพการรักษาพยาบาล การศึกษา ป้องกันประชาชนจากการกระทำที่เป็นอันตรายไม่ว่า

เล็กหรือใหญ่การเสริมสร้างให้เกิดหลักนิติธรรมจึงเป็นเป้าหมายหลักของรัฐบาล เพื่อที่จะให้เป็นผลดังกล่าวนี้นี้ หลักนิติธรรมต้องการความชัดเจนในลักษณะพื้นฐานของหลักนิติธรรมเอง และในขณะเดียวกันมีการประเมินค่าและการวัดที่พอเพียง และเพื่อตอบสนองต่อความต้องการนี้ The World Justice Project (WJO) ได้มีการพัฒนาตัวชี้วัดเป็นเครื่องมือการวัดในเชิงปริมาณ (quantitative assessment) โดยประเมินจากความเห็นผู้ทรงคุณวุฒิ ความเห็นของบุคคลธรรมดา และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญของแต่ละประเทศ ที่มองภาพรวมของทางปฏิบัติของหลักนิติธรรม ดัชนีจะแสดงภาพของหลักนิติธรรมในแต่ละประเทศผ่านตัวชี้วัด ๔๗ ตัว ๙ เรื่อง อันได้แก่

- (๑) การควบคุมจำกัดอำนาจ รัฐบาล (constraints on government powers)
- (๒) การปราบปรามและกำจัดคอร์รัปชันของรัฐบาล (absence of corruption)
- (๓) การเปิดกว้างของรัฐบาลในการให้ตรวจสอบการทำงาน (open of government)
- (๔) การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights)
- (๕) ระเบียบและความมั่นคงในสังคม (order and security)
- (๖) ประสิทธิภาพการบังคับการกฎหมาย (regulation enforcement)
- (๗) ความเป็นธรรมในการดำเนินคดีแพ่ง (civil justice)
- (๘) ความเป็นธรรมในการดำเนินคดีอาญา (criminal justice)
- (๙) กระบวนการสร้างความเป็นธรรมอย่างไม่เป็นทางการของสังคมนั้น (informal justice)

เป็นที่รู้กันว่าหลักนิติธรรมยากที่จะวัดวิธีที่ง่ายที่สุดคือดูผลลัพธ์ (outcomes) จากหลักนิติธรรมที่เกิดขึ้นในสังคม เช่น ระดับของความรับผิดชอบของรัฐบาล การเคารพสิทธิขั้นมูลฐาน และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในสังคมนั้น ซึ่งทั้งหมดนี้สะท้อนถึงหลักนิติธรรมที่ซับซ้อน^{๑๔}

ดัชนีบ่งชี้ของ WJP เป็นตัวชี้วัดหลักนิติธรรม/นิติรัฐที่ได้รับการยอมรับว่ามีความสมบูรณ์มากที่สุด ในปัจจุบันครอบคลุมปัจจัยที่ใช้ในกำหนดความมีหรือไม่มีอยู่ของหลักนิติธรรม/นิติรัฐในสังคมได้อย่างครบถ้วนมากที่สุด ปัจจัยต่างๆ ที่ใช้ได้สะท้อนให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันระหว่างหลักนิติธรรม/นิติรัฐกับระบบ ยุติธรรมของแต่ละประเทศ อาจอธิบายได้ดังนี้^{๑๕}

(๑) การจำกัดอำนาจของรัฐบาล (constraints on government powers) ในสังคมที่ปกครองด้วยหลักนิติธรรม รัฐบาลเจ้าหน้าที่ และตัวแทนต่างๆ ของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้และมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งอาจอยู่ในรูปของระบบการถ่วงดุลอำนาจ (checks and balances) เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจรัฐเกินสมควรไปจากที่ระบุไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ซึ่งการถ่วงดุลอำนาจอาจกระทำได้ในหลายลักษณะภายใต้การตรวจสอบในรูปแบบต่างๆ ภายใต้หลักการต่อไปนี้ อำนาจของรัฐบาลจะต้องมีอยู่อย่างจำกัด การจำกัดอำนาจของรัฐบาลจะต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย การใช้อำนาจของรัฐบาลจะต้อง ถูกตรวจสอบด้วยองค์กรอิสระและองค์กรต่างๆ รวมทั้งองค์กรต่อไปนี้

๑.๑ องค์กรนิติบัญญัติ

๑.๒ องค์กรตุลาการ

^{๑๔} ธรรมนิติย์ สมันตกุล, ดัชนีชี้วัดแสดงหลักนิติธรรม, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กันยายน ๒๕๕๗, น.๓

^{๑๕} World Justice Project, World Justice Project Rule of Law Index ๒๐๑๕, p.๑๖๑

๑.๓ หน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบทางบัญชีและการทบทวนผลการตรวจสอบ

๑.๔ กระบวนการ สอบวินัยและการกระทำที่มีขอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

๑.๕ องค์กรซึ่งมิใช่รัฐ สื่อมวลชน และภาคประชาสังคม

๑.๖ กระบวนการตรวจสอบเกี่ยวกับการสืบทอดอำนาจหรือการผลัดเปลี่ยนอำนาจของรัฐบาล

(๒) การปลอดจากคอร์รัปชัน (absence of corruption) การคอร์รัปชัน หมายถึง การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ หรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย สังคมที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรม จะต้องปลอดจากคอร์รัปชัน กฎหมายของรัฐจะต้องมีประสิทธิภาพในการต่อต้านและยับยั้งการประทุมิชอบดังกล่าว

(๓) การมีรัฐบาลที่เปิดกว้าง (Open Government) การมีรัฐบาลที่เปิดกว้างเป็นองค์ประกอบสำคัญของสังคมที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรม มิติที่แสดงถึงการมีรัฐบาลที่เปิดกว้าง ได้แก่ มีการเผยแพร่กฎหมายและข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับรัฐบาล ประชาชนมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐ ประชาชนมีโอกาสเข้าร่วมในกิจกรรมของรัฐ และมีกระบวนการให้ประชาชนสามารถร้องเรียนและปกป้องสิทธิของตนได้

(๔) การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) สังคมนิติธรรมจะต้องรับรองและคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานหมายถึง สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายและ ความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการนับถือศาสนา สิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นต้น

(๕) ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัย (Order and Security) ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินถือเป็นปัจจัยพื้นฐานที่รัฐที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมจะต้องให้การรับรองการรักษากฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของประชาชนถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญยิ่งของรัฐ สังคมใดที่มีแนวโน้มของการใช้ความรุนแรงจะถือว่าสังคมนั้นเป็นสังคมที่มีหลักนิติธรรมไม่ได้ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อรักษาความสงบ เรียบร้อยในสังคมจะต้องกระทำเพื่อยับยั้งการใช้ความรุนแรงในทุกรูปแบบทั้งความรุนแรงจากการก่อการร้าย การขัดแย้งโดยใช้กำลังอาวุธ ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งระหว่างเอกชนหรือความขัดแย้งสาธารณะ เช่น ความขัดแย้งทางการเมือง เป็นต้น

(๖) การบังคับใช้กฎหมายและระเบียบข้อบังคับ (Regulatory Enforcement) รัฐต้องบังคับใช้กฎระเบียบข้อบังคับของรัฐที่ออกมาเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่รักษากฎข้อบังคับต่างๆ จะต้องถูกตรวจสอบว่ามีได้ใช้อำนาจของตนไปในทางที่มีขอบหรือโดยประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้การบังคับใช้กฎระเบียบต่างๆ จะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพในกำหนดเวลาอันสมควร และภายใต้กระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย

(๗) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง (Civil Justice) ในสังคมที่มีหลักนิติธรรมเป็นฐานประชาชนควรมีโอกาสและช่องทางที่จะขจัดปัดเป่าความเดือนร้อนของตน โดยรัฐจะต้องจัดให้มีกลไกระงับข้อพิพาทและมาตรการเยียวยาสำหรับประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อน โดยไม่ปล่อยให้เอกชนหาทางระงับข้อพิพาทด้วยตนเอง (self-help) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งภายใต้หลักนิติธรรมจะต้องมี

ลักษณะดังต่อไปนี้ ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยมีค่าใช้จ่ายที่ไม่สูงมากนัก มีคุณภาพ มีประสิทธิภาพและมีความเที่ยงธรรมปราศจากอคติ ด้วยเหตุนี้รัฐต้องจัดสรรกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในลักษณะการให้บริการสาธารณะ (public service) เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชน นอกจากนี้จะต้องปรับปรุงประสิทธิภาพของระบบกระบวนการยุติธรรม ด้วยการนำระบบการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การไกล่เกลี่ย (mediation) และการอนุญาโตตุลาการ (arbitration) มาใช้กับคดีบางลักษณะ เช่น คดีแพ่งและพาณิชย์ ข้อพิพาทแรงงาน และคดีผู้บริโภค แต่กลไกระงับข้อพิพาทแบบทางเลือกจะต้องไม่มีลักษณะเชิงบังคับ โดยใช้เฉพาะกับบุคคลที่ยินยอมที่จะเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวเท่านั้น คำวินิจฉัยชี้ขาดจะไม่มีผลผูกพันใดโดยปราศจากความยินยอมของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

(๘) กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพ เป็นองค์ประกอบสำคัญของสังคมที่ตั้งอยู่หลักนิติธรรม เพื่อสร้างความสงบสุขให้เกิดขึ้นในสังคมและในการให้ความเป็นธรรมกับผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดอาญา กระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพประกอบด้วย การสืบสวนสอบสวน และการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดอย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ ปราศจากอคติ และปลอดจากอิทธิพลใดๆ โดยจะต้องให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและผู้เสียหายด้วย

(๙) กระบวนการยุติธรรมที่ไม่เป็นทางการ (Informal Justice) สำคัญของปัจจัยนี้ คือ มีการพิจารณาแนวทางการยุติความขัดแย้งของสังคมต่างๆ ด้วยวิธีการอย่างไม่เป็นทางการ หรือโดยวิธีการระงับ

ปัจจัยทั้ง ๙ ประการดังกล่าว เป็นปัจจัยที่องค์การ WJP ใช้เพื่อจัดทำดัชนีชี้วัดความมีอยู่ของหลักนิติธรรมในประเทศต่างๆ ซึ่งในงานวิจัยนี้คณะผู้วิจัยจะใช้ความหมายของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง (thick approach) ตามแนวทางของโครงการ WJP เพื่อการศึกษาการจัดทำดัชนีชี้วัดหลักนิติธรรม

โดยสรุปหลักนิติธรรมมิได้มีความหมายที่จำกัดว่าหมายถึงระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมเท่านั้น หากแต่หมายถึงหลักการที่ใช้กับการพัฒนาแห่งรัฐในทุกๆ ด้าน รวมถึงด้านเศรษฐกิจด้วย โดยมีเป้าหมายเพื่อพัฒนาสังคมให้เจริญก้าวหน้าและเติบโตอย่างยั่งยืน แต่ทั้งนี้ก็มีข้อสังเกตว่าการสถาปนาหลักนิติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมใดสังคมหนึ่ง หาได้เป็นสิ่งที่อาจกระทำได้โดยง่ายไม่หากจำเป็นต้องอาศัยอำนาจทางการเมือง ปัจจัยทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อสร้างสรรค์ผลักดันหลักนิติธรรมให้เกิดขึ้น

บรรณานุกรม

- เกียรติอนันต์ ล้วนแก้ว.(๒๕๖๒). คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 'นิติธรรม' ของไทยเรา มีช่วยกันทำให้ดีกว่าเถอะ , สืบค้น ๒๐ มีนาคม ๒๕๖๔ .จาก <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/652197>
- จิตติ ดิงศภัทย์.(๒๕๕๕).หลักวิชาซีพนักกฎหมาย,(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.) หน้า ๘๔.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์.(๒๕๕๑) หลักนิติธรรม (the Rule of Law) หนังสือรวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ ๙๐ ปีศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, ก.ท.ม : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า ๓๐
- เดวิด เคเนดีย์. (๒๕๖๒).บทสัมภาษณ์โครงการอบรมหลักสูตรผู้บริหารรุ่นใหม่ด้านหลักนิติธรรมและการพัฒนาที่ยั่งยืน และโครงการเวิร์คชอปนักวิชาการรุ่นใหม่ ร่วมกับ Institute for Global Law and Policy (IGLP) แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด,สืบค้น ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๔. จาก <https://www.the101.world/david-kennedy-interview/>
- ธนกร วรปรัชญากุล.(๒๕๕๑).การยึดและการบังคับคดีสิทธิบัตรในประเทศฝรั่งเศส.วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๔
- ธรรมนิศย์ สุ่มันตกุล.(๒๕๕๗).ดัชนีชี้วัดแสดงหลักนิติธรรม, กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กันยายน ๒๕๕๗, หน้า.๓
- มูลนิธิศูนย์บูรณาการพัฒนามนุษย์.(๒๐๑๔). สืบค้น ๓๐ มีนาคม ๒๕๖๔ เข้าถึงได้ที่ <http://www.thaiihdc.org/web/index>.
- สิทธิโชค ศรีเจริญ.(๒๕๕๖).สรุปผลการจัดสัมมนาการประชุมทางวิชาการ เรื่อง “ความหมายสาระสำคัญและผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม” โรงแรมรามาร์กาเด้น กรุงเทพฯ, วันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖
- สุนทรียา เหมือนพะวงศ์.(๒๕๕๒).ศาลยุติธรรมกับความเป็นธรรมทางเพศ .กรุงเทพฯ : สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์, ๒๕๕๒.
- อุกฤษ มงคลนาวิน.(๒๕๕๕).หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย, วารสารจลนิตี ปี ที่ ๙ ฉบับที่ ๑ มกราคม-กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๕, หน้า ๔-๕.
- E.C.S.Wade.(1953).Constitution Law,4th ed.,p.48-49.
- Fuller. L. L., .(1969). The Morality of law, Revised Edition, New Haven : Yale University Press, pp. 46-91
- Locke, J. .(1988). The Second Treatise of Government, 1988, pp.350-353
- Trubek, R. .(1972). “Max Weber on Law on the Rise of Capitalism”, Wisconsin Law Review, 720.
- World Justice Project.(2015). World Justice Project Rule of Law Index 2015, p.161