



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

(Individual Study)

หัวข้อ : หลักนิติธรรม

เรื่อง : หลักนิติธรรมกับองค์กรเอกชน

จัดทำโดย

ดร.สมศักดิ์ ลีสวัสดิ์ตระกูล

รหัส 590438

เอกสารวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” รุ่นที่ 4
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับองค์กรเอกชน

คำว่าหลักนิติธรรมนั้น เป็นที่ปรากฏและมีการศึกษากันอย่างกว้างขวางในทางวิชาการและการปฏิบัติงานของภาครัฐ โดยคำว่าหลักนิติธรรมนั้น วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law โดยหลักนิติธรรมจะสามารถนำไปใช้กับการบริหารและการปกครองภายในองค์กรเอกชนได้มากน้อยเพียงไรนั้น เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาให้ทราบถึงหลักนิติธรรมก่อนว่า หลักนิติธรรมนี้ในทางวิชาการได้ให้แนวคิดไว้อย่างไร ซึ่งในทางวิชาการนั้นพอที่จะรวบรวมและเรียบเรียงจากความเห็นของนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายหลายท่าน เช่น ดร. วิษณุ เครืองาม, ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ดร.วิษณุ เครืองาม, ศาสตราจารย์ ดร. กำชัย จงจักรพันธ์, นาย อรรถพล ใหญ่สว่าง และ ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งได้อธิบายและขยายความเรื่องหลักนิติธรรมนี้ไว้เพื่อให้ นักกฎหมายเข้าใจถึงคำว่าหลักนิติธรรม ดังนี้

หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษความคิดที่ว่า มนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ ๑๗ ในหนังสือชื่อ “The Commonwealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่ อย่างไรก็ตาม แม้จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คำว่า rule of law ก็เหมือนกับคำว่า rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความ หรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้ แนวความคิดว่าด้วย rule of law หรือนิติธรรมอาจสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงยุคกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งย้อนกลับไปถึง ค.ศ. ๑๒๑๕ ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษ ในเวลานั้นได้ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta เอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลง อาจกล่าวได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน

The Rule of Law ในทรรศนะของนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ไทยนั้น มีการอธิบายในหลายประเด็น เช่น ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้อธิบาย The Rule of Law ซึ่งท่านแปลว่า

"นิติธรรมวินัย" ว่าหมายถึง "หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชน ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง"

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายหลักนิติธรรม โยงเข้ากับบทบาทของอัยการและศาลว่า สององค์กรนี้ต่างก็มีหลักนิติธรรมด้วย โดยท่านกล่าวว่า "หลักนิติธรรมในส่วนของอัยการนั้น ก็คือ อัยการมีหน้าที่จะต้องดูแลความสงบเรียบร้อย ในขณะที่เดียวกัน ก็มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สองอันนี้ เราจะต้องทำให้ปรากฏหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับศาล ศาลต้องกระตือรือร้นในการตรวจสอบค้นหาความจริง ชั้นประท้วงฟ้องและชั้นพิจารณาคดี คิดว่าบทบาทของศาลจะต้องเน้นทั้งสองด้าน ถ้าไม่เกิดสองด้านแล้ว มันก็ยังไม่เป็นนิติรัฐในตัวเอง จะต้องประกันความบริสุทธิ์ของจำเลยได้"

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า "องค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอยู่ ๔ ประการ คือ ประการแรก องค์ประกอบด้านสาระ ซึ่งหมายถึงหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ประการที่สอง คือ องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่ ประการที่สาม คือ องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ และ ประการสุดท้าย คือ องค์ประกอบด้านเป้าหมายซึ่งหมายถึงการใช้การตีความกฎหมายและการตัดสินคดีนั้น จะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม"

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่า มีความหมายกว้าง โดยหมายถึง "หลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ทำนองเดียวกันกับหลักนิติรัฐ และยังรวมถึงหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ให้เหตุผล ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมาย ซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชนมีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ"

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกันอยู่บ้าง ในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ตำราต่างๆก็ไม่ได้อธิบายความแตกต่างกัน

มากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหวังได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาลการเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น หลักนิติธรรมนี้เป็นแนวคิดทฤษฎีที่มีสภาพนามธรรม ได้ถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม จับต้องได้ครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ โดยใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เขียนไว้ในกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน นับเป็นเรื่องที่ดีมากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ทำให้ “หลักนิติธรรม” อันเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งยวด ปรากฏขึ้นในตัวบทกฎหมายที่จับต้องได้ และอย่างน้อยที่สุดได้ประกาศความสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ชัดเจนว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐทั้งหลายต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีผลโดยปริยายให้นักกฎหมายต้องทำความเข้าใจเรื่องนี้อย่างจริงจังมากขึ้น

ศ.ดร.วิชณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี เคยปาฐกถาพิเศษ เรื่องหลักนิติธรรมกับการบริหารประเทศ ในงานสัมมนาทางวิชาการเรื่องการปฏิรูปประเทศ ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น หลักสี่ กรุงเทพฯ จัดโดยศาลรัฐธรรมนูญ ในวาระศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ ๑๗ ปี โดย ศ.ดร.วิชณุ กล่าวตอนหนึ่ง ถึงช่วงการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ มีการเขียนคำว่า หลักนิติธรรม ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในประเทศไทย คำนี้ยังสถิตในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปด้วย โดยมีการระบุถึง “หลักนิติธรรม” ไว้ในมาตรา ๓ ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมรวมถึงในมาตรา ๒๑๗ ถือเป็นครั้งแรกที่มีการอธิบายครั้งแรกในประเทศไทยและในโลกว่า หลักนิติธรรม แปลว่าอะไร จะต้องยึดถือรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศว่าเป็นสิ่งสูงสุดเหนืออำเภอใจยึดหลักเคารพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค เคารพการแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการไม่มีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตน และประโยชน์ส่วนรวมยึดหลักนิติกระบวนการ โดยไม่มีการออกกฎหมาย หรือออกรัฐธรรมนูญเพื่อลงโทษย้อนหลัง หรือเพื่อตัดโอกาสฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล หรือเพื่อให้บุคคลถูกดำเนินคดี สองซ้ำสองซ้อน หรือเพื่อบังคับให้คนต้องปรักปรำตนเอง หรือเพื่อลบล้างข้อสันนิษฐานว่า บุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำผิดต้องเคารพความเป็นอิสระของศาล

และความเป็นกลาง สุจริตเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม รองนายกรัฐมนตรี กล่าวว่า หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญ จะเป็นรากแก้วของการปกครองของไทยตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป คอยดูแลต่อไปจะแสดงอิทธิฤทธิ์ เราจะเผชิญกับการนำหลักนิติธรรมมาใช้ ในศาล คณะรัฐมนตรี รัฐสภา และในองค์กรอิสระ เช่น สำนักงานคณะกรรมการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง (ก.ก.ต.) อย่างกว้างขวาง เพราะคำว่า หลักนิติธรรมได้กระจายไปปรากฏหลายมาตราในร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เช่น มาตรา ๓ มาตรา ๑๗๑

ศ.ดร.วิชณุ กล่าวต่อว่า ในอดีตเวลามีปัญหาเราจะเจอปัญหาครอบจักรวาล คำว่า ผิดมาตรา ๑๕๗ เมื่อก่อนที่รัฐสภาจะออกกฎหมาย รัฐสภาคิดอย่างเดียวอย่าออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ต่อไปสิ่งที่รัฐสภาต้องคิด อย่าให้ขัดหลักนิติธรรมด้วย

ศ.ดร.วิชณุ กล่าวด้วยว่า หลักนิติธรรม จึงเป็นหลักรากแก้ว เป็นหลักครอบจักรวาล หากใช้เป็นจะเป็นประโยชน์อย่างมหาศาล แล้วใช้แก้ปัญหาอะไรที่เป็นช่องว่าง ที่เรานึกไม่ออกบอกไม่ถูก เวลาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นหลักใช้กำกับสภาเวลาออกกฎหมายคือต้องไม่ออกกฎหมายขัดหลักนิติธรรม เป็นหลักใช้กำกับรัฐบาลในเวลาบริหารประเทศไม่ให้บริหารประเทศขัดหลักนิติธรรม เป็นหลักกำกับและคู่มือช่วยศาลในเวลาอ่านหรือตีความกฎหมาย หรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา หากดำเนินการแบบนี้สังคมไทยจะน่าอยู่เพียงใด

ปัจจุบัน การนำหลักนิติธรรมที่เป็นแนวคิดทฤษฎีที่มีสภาพนามธรรมยังคงถูกทำให้ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม ดังปรากฏในร่างเบื้องต้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้เผยแพร่เมื่อ วันศุกร์ที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๕๙ นั้น ยังคงนำหลักนิติธรรมมาระบุไว้เช่นกัน โดยระบุไว้ดังนี้

“ มาตรา ๓ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม ”

“ มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว

ต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัด สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรือ จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมาย ให้ใช้บังคับ แก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ”

จากร่างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยข้างต้น จะเห็นได้ว่าลำพังแต่มีกฎหมายเป็น หลักในสังคมหรือในประเทศนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะมนุษย์เป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้น และผู้สร้าง กฎหมายซึ่งเป็นมนุษย์ปุถุชน ย่อมมีทั้งดีและไม่ดี มีอคติ มีข้อฉล มนุษย์อาจใช้กฎหมายสร้างความไม่ เป็นธรรม ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือทำลายล้างฝ่ายตรงข้าม ใช้กฎหมายสร้างความถูกต้องให้กับตนเอง หรืออื่น ๆ ที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม ดังนั้น กฎหมายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักพื้นฐานบางประการ ซึ่งก็คือ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) และกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นต้องมีหลักไว้ให้ยึด มี หลักไว้ให้หัน หากกฎหมายออกนอกหลักที่ปักไว้ ก็ไม่เป็นกฎหมาย ดังนั้น การออกกฎหมาย การใช้ บังคับกฎหมายการตีความกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม ต้องอยู่ภายใต้หลักยึดนี้ ซึ่งก็คือ หลัก นิติธรรมหากออกนอกหลักก็ไม่มีผลใช้บังคับ

ในทางวิชาการทางนิติศาสตร์ หลักนิติธรรม คือหลักที่ใช้กำกับดูแลตรวจสอบอำนาจอัน ไม่ชอบธรรมของรัฐสภาและฝ่ายบริหาร และเป็นหลักที่ใช้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา ตุลาการ อำนาจอธิปไตยทั้ง ๓ รวมทั้งรัฐธรรมนูญต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม หลักนิติธรรม จึงเป็น เสาหลักที่ปักไว้ให้กฎหมายยึด เพื่อมุ่งไปสู่ความยุติธรรม หลักนิติธรรม จะช่วยป้องกันมิให้กฎหมาย กลายเป็นเครื่องมือของผู้มีอำนาจ ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ อริสโตเติล นักปราชญ์กรีกโบราณที่ว่า “การปกครองที่ดี ไม่ใช่การปกครองโดยปุถุชน หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการ ปกครองโดยปุถุชนนั้นย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมาย เอื้ออำนวยต่อการที่จะก่อให้เกิดความเสมอภาคและเสรีภาพตามมา และหากเป็นการปกครองโดยนิติรัฐ นิติธรรมแล้วไซ้ ทุกคนจะได้รับความเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และทุกคนจะมีเสรีภาพ คือ ปราศจากความกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง”

ในภาคเอกชนนั้น แม้ที่มาของหลักนิติธรรมจะมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจอันไร้ขอบเขตของ ผู้ปกครองและจัดระเบียบการปกครองบ้านเมืองให้เป็นธรรมก็ตาม แต่หลักนิติธรรมไม่ควรมีขอบเขต การบังคับใช้แค่การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หากแต่ภาคเอกชนเองก็ควรมีบทบาทในการรักษาไว้ซึ่ง หลักนิติธรรมด้วย โดยไม่เป็นฝ่ายในการกระทำอันไม่เป็นธรรมนั้น และการให้ความร่วมมือกับภาครัฐ

ในการรักษาไว้ ซึ่งหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมที่จะนำไปใช้กับภาคเอกชนนี้ ดร. วิษณุ เครืองาม เคยได้ให้ความเห็นไว้ว่า “อาจเรียกเสียใหม่ว่าหลักธรรมาภิบาลในภาคเอกชน หรือ หลักการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์”

เมื่อพิจารณาหลักนิติธรรมในทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว น่าจะใกล้เคียงกับคำว่า “ธรรมาภิบาล (Good Governance)” ที่แพร่หลายในทางเอกชน โดยธรรมาภิบาลเป็นหลักการที่นำมาใช้บริหารงานในปัจจุบันอย่างแพร่หลายด้วยเหตุเพราะช่วยสร้างสรรค์และส่งเสริมองค์กรให้มีศักยภาพและประสิทธิภาพ อาทิ พนักงานต่างทำงานอย่างซื่อสัตย์สุจริตและขยันหมั่นเพียร ทำให้ผลประกอบการขององค์กรธุรกิจนั้นขยายตัว นอกจากนี้แล้วยังทำให้บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องศรัทธาและเชื่อมั่น ในองค์กรนั้น ๆ อันจะทำให้เกิดการพัฒนาย่างต่อเนื่อง เช่น องค์กรที่โปร่งใส ย่อมได้รับความไว้วางใจในการร่วมทำธุรกิจ รัฐบาลที่โปร่งใสตรวจสอบได้ ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนและประชาชน ตลอดจนส่งผลดีต่อเสถียรภาพของรัฐบาลและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ เป็นต้น

คำว่า Good Governance มีใช้อย่างเป็นทางการครั้งแรกเมื่อปี ๑๙๘๘ ในรายงานเรื่อง Sub Saharan Africa : From Crisis to Growth ซึ่งเป็นรายงานที่ธนาคารโลกพยายามวิเคราะห์ถึงความล้มเหลวของรัฐในแอฟริกาในการพัฒนาประเทศ คำว่า Good Governance เริ่มมีบทบาทในแง่ของโลกาภิวัตน์ ก็เพราะทั้งธนาคารโลกและกองทุนเงินระหว่างประเทศต่างเชื่อว่า การพัฒนาย่างยั่งยืนจะทำได้ไม่โดย หากประเทศนั้น ปราศจาก Good Governance หากกล่าวอีกนัยหนึ่งได้มีการผูกโยงคำว่า “การพัฒนา” เข้ากับคำว่า “Good Governance” หรือการกำหนดกลไกอำนาจรัฐในการบริหารจัดการทรัพยากรของประเทศทั้งด้าน เศรษฐกิจและสังคม

ธนาคารโลกได้สร้างลักษณะของธรรมาภิบาลระดับโลกขึ้น เพื่อให้หน่วยงานและเครือข่ายในองค์กร ผลักดันให้ประเทศต่างๆดำเนินตามแนวทางธรรมาภิบาลซึ่งลักษณะองค์ประกอบที่กว้างขวางนี้ไม่ได้ชี้ชัดว่า ประเทศนั้นๆจะต้องอยู่ภายใต้ระบบการเมืองการปกครองแบบใดแบบหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง และพบว่าในช่วงแรกของการใช้คำนี้ยังมีความไม่ลงรอยกันระหว่างองค์กรระหว่างประเทศ แต่เนื่องจากอิทธิพลของธนาคารโลกที่มีอยู่อย่างมากระยะนี้ไม่ช้าคำว่า “ธรรมาภิบาล” จึงเป็นคำที่มีการใช้อย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะหลังวิกฤตการณ์เศรษฐกิจของประเทศไทยปี ๒๕๔๐ ก่อนที่จะลุกลามไปสู่ประเทศต่างๆ อย่างรวดเร็ว

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เริ่มเข้ามาใช้ในประเทศไทยอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ประมาณ ปี ๒๕๔๑ โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และต่อมาในปี ๒๕๔๕ รัฐบาลได้ตั้ง คณะกรรมการธรรมาภิบาลแห่งชาติขึ้นภายใต้ชื่อว่า National Good Governance Committee โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเชื่อมั่นอีกนั่นเอง

หลักธรรมาภิบาล หรือ Good Governance ที่ได้รับการแนะนำจากธนาคารโลก ประกอบด้วย ๖ หัวข้อด้วยกันคือ

๑. หลักนิติธรรม (Equity)
๒. หลักคุณธรรม (Integrity)
๓. หลักความโปร่งใส (Transparency)
๔. หลักความมีส่วนร่วม (Participation)
๕. หลักความรับผิดชอบ (Accountability)
๖. หลักความคุ้มค่า (Cost Effectiveness or Economy)

ต่อมาองค์กร UNDP – United Nations Development Program ของสหประชาชาติได้ เพิ่มเข้ามาอีก ๒ ข้อ คือ

๑. หลักความเสมอภาค
๒. หลักความสอดคล้อง

ในการทำธุรกิจและการบริหารงานภายในขององค์กรเอกชนนั้น การอยู่ภายใต้กฎหมายอย่าง เดียวยังไม่เพียงพอ แต่สาระหรือหลักเกณฑ์ต่างๆในการบริหารงานต้องเป็นธรรม และเป็นที่ยอมรับ ของพนักงานในองค์กรเอกชนนั้นด้วย จุดนี้เองที่ทำให้ความเป็นหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาล ต้องมีสาระสำคัญกว้างกว่าการยกให้ระเบียบข้อบังคับภายในขององค์กรเอกชนนั้นเป็นใหญ่ เพราะ ระเบียบข้อบังคับ จะเป็นใหญ่ได้ต้องเป็นที่ยอมรับของพนักงานด้วย กฎระเบียบ หรือประกาศภายใน บริษัทที่จะเป็นที่ยอมรับได้ในทุกยุคทุกสมัยคือกฎเกณฑ์ที่อยู่บนพื้นฐานแห่งความถูกต้องและยุติธรรม ซึ่งต้องประมวลมาจาก หลักเกณฑ์ แนวคิด แนวทาง หรือ วัฒนธรรมในองค์กรเอกชนนั้นๆ ที่พนักงาน รู้สึกว่า ถูกต้องเที่ยงธรรม พึงปรารถนา และควรแก่การวางใจจนยกให้เป็นกฎเกณฑ์สูงสุดขององค์กร ธุรกิจนั้น

ในทางนิติศาสตร์นั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องหากศาลจะนำหลักนิติธรรมมาใช้ก่อนลงไป วินิจฉัยความผิดตามบทบัญญัติมาตราต่างๆ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นำเอาหลักนิติธรรมมาตีความ

กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง เช่น วินิจฉัยความมีเจตนาหรือไม่ของผู้ถูกฟ้องร้อง วินิจฉัยความสุจริตหรือทุจริต วินิจฉัยขอบเขตของการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชอบธรรมหรือไม่ หรือแม้แต่ในกรณีที่มีการตัดสินคดีไปแล้ว ควรเปิดโอกาสให้ผู้ถูกฟ้องร้องสามารถอุทธรณ์คัดค้านต่อไปได้ ซึ่งในทางภาคเอกชนนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้องเช่นกันหากผู้บริหารจะนำหลักนิติธรรมมาใช้ในกรณีที่พนักงานกระทำผิดระเบียบข้อบังคับของบริษัท เช่น พิจารณาว่ามีเจตนากระทำผิดระเบียบข้อบังคับของบริษัทหรือไม่ พิจารณาความสุจริตหรือทุจริต พิจารณาขอบเขตของการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชอบธรรมหรือไม่ หรือแม้แต่ในกรณีที่มีการกำหนดโทษทางวินัยพนักงานไปแล้ว ควรเปิดโอกาสให้พนักงานผู้นั้นสามารถอุทธรณ์คัดค้านต่อไปได้อย่างแท้จริงและมีผลในทางปฏิบัติ การอุทธรณ์คัดค้านไม่ควรเป็นเพียงขั้นตอนเท่านั้น แต่ควรเป็นการดำเนินการเพื่อถ่วงดุลอำนาจและร่วมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรม ทั้งหมดนี้เป็นหลักประกันหรือคุ้มครองมิให้พนักงานผู้ได้รับผลอันไม่พึงปรารถนาหรือต้องถูกกักขังหรือรวบรัดโดยไม่เป็นธรรม โดยในขั้นตอนพิจารณาความผิดเบื้องต้นควรเป็นเรื่องของการพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับของพนักงานหรือไม่ แต่ขั้นตอนการถ่วงดุลอำนาจนั้นควรเป็นไปเพื่อความเป็นธรรม คือ แม้การกระทำใดจะผิดตามกฎระเบียบขององค์กรเอกชนนั้น แต่หากเห็นได้ว่าขาดความเป็นธรรม เช่น เลือกปฏิบัติ หรือ ลำเอียง ก็ควรได้ชื่อว่าไม่ชอบด้วยหลักนิติธรรม

ภายใต้หลักการถ่วงดุลอำนาจข้างต้น หากพิจารณาในทางนิติศาสตร์จะพบว่า คือ หลักการแบ่งแยกหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และ ตุลาการ ไม่เช่นนั้นรัฐบาลจะมีอำนาจออกกฎหมายเองตั้งข้อหาเอง จับเอง สอบสวนเอง พิจารณาคดีเอง และ ลงโทษเอง ในขณะเดียวกัน หากพิจารณาในทางเอกชนเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการถ่วงดุลอำนาจแล้วนั้น สมควรเป็นอย่างยิ่งในการที่จะมีคณะทำงานเพื่อตรวจสอบและถ่วงดุลในการใช้อำนาจของฝ่ายงานใดฝ่ายงานหนึ่งที่อาจกระทบต่อภาพรวมของบริษัท หรือ อาจกระทบต่อพนักงานรายใดรายหนึ่ง เพราะการดำเนินการโดยผู้บริหารของฝ่ายงานใดฝ่ายงานหนึ่ง ในที่สุดก็จะเกิดการใช้อำนาจเกินขอบเขตขึ้น อันจะทำให้องค์กรเอกชนนั้นเสียหาย และพนักงานขาดหลักประกันที่จะมาคานและถ่วงดุลการใช้อำนาจเกินขอบเขตได้ หลักการที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเป็นส่วนหนึ่งของหลักธรรมาภิบาลในนานาประเทศนั้น คือ หลักนิติรัฐ ในประเด็นนี้ขอหยิบยกเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการถ่วงดุลอำนาจของหลักนิติธรรมข้างต้นเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในส่วนนี้ โดยในทางหลักนิติรัฐนั้น มีการเรียกร้องให้ยึดหลักทางปกครองหรือการปฏิบัติราชการแผ่นดินว่าจะต้องมีความชอบธรรม มีเหตุผล ไม่ลำเอียง ไม่เลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ต้องซื่อสัตย์สุจริต ไม่เห็นแก่สินบนหรือระบบอุปถัมภ์ วินิจฉัยสั่งการหรือการใช้อำนาจใดๆจะอาศัยเพียงตัวบทกฎหมายเท่านั้นยังไม่พอ แต่ต้องสมเหตุสมผล หรือใช้ทางเลือก

ที่ดีที่สุดไม่เกินขอบเขตแห่งอำนาจ ไม่ข้ามขั้นตอน ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็น ซึ่งในทางปกครองเคยเรียกหลักเช่นนี้ว่า หลักความสมเหตุสมผลของการออกคำสั่งทางปกครอง (Reasonableness) แต่ต่อมาได้ถูกขยายนำไปใช้ในวงการบริหารทั่วไปโดยไม่เกี่ยวกับคดีความและเป็นที่มาทางหนึ่งของหลักธรรมาภิบาลหรือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) ที่แม้แต่ภาคเอกชนต่างๆ ก็มีการนำไปประยุกต์ใช้

หลักนิติธรรม นิติรัฐ และกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรมเหล่านี้ บางเรื่องได้รับการยืนยันไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งจัดทำขึ้นใน ค.ศ. ๑๙๔๘ หลักธรรมาภิบาลหรือ Good Governance และรัฐธรรมนูญของบางประเทศในเวลาต่อมาอีกด้วยดังที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับรองสิทธิมนุษยชนแต่ให้อยู่ภายใต้การกำกับของหลักการที่ใหญ่กว่าคือ “จำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม”

ในส่วนหลักนิติธรรมตามคตินิยมในประเทศไทยนั้น ใกล้เคียงกับหลักธรรมทางพุทธศาสนาที่เรียกว่า ทศพิธราชธรรม หรือ ธรรม ๑๐ ประการสำหรับผู้ปกครอง หลักทศพิธราชธรรมเป็นเรื่องการกำหนดกรอบแห่งความประพฤติของผู้ปกครองเพื่อให้เป็นที่รัก ที่ยกย่อง และเพื่อให้รักษาอำนาจต่อไปได้ราบรื่น โดยหวังผลจากงานนี้คือการที่ประชาชนอยู่เย็นเป็นสุข ในการบริหารและปกครองขององค์กรเอกชนก็เช่นกัน สามารถนำหลักนิติธรรม นิติรัฐ ธรรมาภิบาล และทศพิธราชธรรมนี้มาใช้เพื่อให้พนักงานมีความสุขในการทำงาน ไม่ถูกเอาเปรียบเชิงนโยบายจากการบริหารงานของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

ดร. วิชวุฒ เครืองาม ได้ให้ความเห็นเรื่องหลักนิติธรรมในภาคเอกชน โดยกล่าวไว้ส่วนหนึ่งว่า “ การปฏิบัติตามกฎหมาย หัวใจของหลักนิติธรรมคือการเคารพกฎหมายซึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษเรียกว่า Respect to Law ตามหลักธรรมาภิบาล การเคารพกฎหมายก็เป็นสาระแรกสุดและเมื่อหลักนี้นำไปใช้ในภาคเอกชนจนกลายเป็นหลักบรรษัทภิบาลหรือธรรมาภิบาลภาคเอกชน จึงหมายถึงการปฏิบัติตามกฎหมายและกฎกติกา มารยาทต่างๆไม่ว่าจะเป็นทางการบ้านเมืองหรือวงการธุรกิจนั้น กำหนดขึ้น หรือ องค์กรภาคเอกชนกำหนดขึ้นใช้เองเป็นการภายในด้วย ในจำนวนนี้จึงมีทั้งกฎหมาย ภาษีอากร กฎหมายแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ นั้นๆ ประเพณีทางการค้า เช่น ประเพณีของธนาคารพาณิชย์ ประเพณีเกี่ยวกับการรักษาความลับของลูกค้า และ ระเบียบข้อบังคับที่องค์กรกำหนดขึ้นเอง เช่น ระเบียบเกี่ยวกับการแต่งกาย ระเบียบเกี่ยวกับวันลา ระเบียบในการจัดหา จัดซื้อ จัดจ้าง ระเบียบเกี่ยวกับค่าจ้าง ระเบียบเกี่ยวกับสวัสดิการ

ซึ่งผู้บังคับบัญชาจะต้องไม่ลำเอียง อคติ หรือ สร้างมาตรฐานที่แตกต่างกันในบรรดาผู้ปฏิบัติงาน และ ต้องไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจและปราศจากเหตุผลอันสมควร ตลอดจนการไม่ละเมิดกฎหมายที่มีเพื่อ รักษา ความสงบเรียบร้อยของสังคมเสียเอง”

“หลักนิติธรรมในภาคเอกชนมีความหมายรวมถึงกฏกติกาและระเบียบแบบแผน ภายในองค์กรเอกชน ตลอดจนประเพณีปฏิบัติในทางธุรกิจนั้นๆด้วย ดังนั้น การที่องค์กรภาคเอกชน ใช้กฎระเบียบโดยเลือกปฏิบัติหรือไม่เป็นธรรมก็เป็นทางหนึ่ง que แสดงถึงการละเมิดหลักนิติธรรม เพียงแต่โดยทั่วไปอาจเรียกว่าเป็นการละเมิดหลักบรรษัทภิบาล กฎหมายแรงงาน หรือกฎหมาย เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนั้นๆ แต่ก็ควรเข้าใจว่าอยู่บนพื้นฐานใกล้เคียงกันกับหลักนิติธรรมใน ภาครัฐนั่นเอง”

กล่าวโดยสรุป แม้หลักนิติธรรมจะมีที่มาจากวัตถุประสงค์ในการจำกัดอำนาจอันล้นพ้น ของรัฐหรือกษัตริย์ และต่อมาได้ขยายไปในการจัดระเบียบกลไกการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความเป็นธรรม ไม่ว่าจะเป็ นอำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย อำนาจในการใช้ดุลพินิจ วินิจฉัยสั่งการ หรือ อำนาจใดๆก็ตาม ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า หลักนิติธรรม คือ หลักที่อยู่เหนือกฎหมาย อีกชั้นหนึ่ง

ในภาคเอกชนก็เช่นกัน องค์กรธุรกิจควรมีการกำหนดแนวทางปฏิบัติอย่างเป็นทางการ ทั้งใน ส่วนของการว่าจ้าง การโยกย้าย แต่งตั้งหรือถอดถอน การประเมินผลการปฏิบัติงาน การลงโทษ ต้อง ไม่มีการ เลือกปฏิบัติ ไม่ยึดโยงกับดุลพินิจของผู้ใช้สิทธิเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ควรมีหลักการ แบ่งแยกอำนาจและดำเนินการโดยคณะบุคคล เพื่อให้ระบียบข้อบังคับ หรือ การใช้ดุลพินิจในการ บังคับใช้ระเบียบหรือข้อบังคับนั้น อยู่บนพื้นฐานแห่งความถูกต้องและยุติธรรม ภายใต้หลักการที่ สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาล การอ้างเอาหลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาลมา เป็นกรอบกำหนดกฎระเบียบภายในบริษัท, กำหนดกรอบการบริหารงาน และกำหนดกรอบอำนาจใน การใช้ดุลพินิจของผู้บริหารจึงมีประโยชน์อยู่มาก และสอดคล้องกับการเคารพในหลักความยุติธรรม ตามธรรมชาติ ดังเช่นที่ ศ. ดร. วิษณุ เคยกล่าวไว้ “หลักนิติธรรม จึงเป็นหลักรากแก้ว เป็นหลัก ครอบจักรวาล หากใช้เป็น จะเป็นประโยชน์อย่างมหาศาล แล้วใช้แก้ปัญหาอะไรที่เป็นช่องว่าง ที่เรานึกไม่ออกบอกไม่ถูก”