



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล

หลักนิติธรรมกับรัฐธรรมนูญของไทย

จัดทำโดย นายเชิดชู รักตะบุตร
รหัส ๐๓๔

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ ๔
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับรัฐธรรมนูญของไทย

นายเชิดชู รักตะบุตร^๑

บทคัดย่อ

สาระสังเขป

กล่าวกันว่าหลักนิติธรรมได้รับการอ้างอิงถึงในภาคการเมืองในประเทศไทยเป็นครั้งแรก โดยรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. ๒๕๕๐ ก่อนหน้านี้นักทฤษฎีนิติธรรมไม่ได้รับการกล่าวถึงนักทั้งในภาคการเมือง การปกครองและในวงการการศึกษากฎหมายของไทย อย่างไรก็ตาม การที่ศัพท์คำนี้ไม่ถูกกล่าวถึงก็คงไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยปราศจากหลักนิติธรรมในการปกครองประเทศในเวลาก่อนหน้านั้น

การที่หลักนิติธรรมเพิ่งถูกอ้างอิงถึงโดยรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ๒๕๕๐ เมื่อศึกษาประกอบกับ เหตุการณ์บ้านเมืองในช่วงทศวรรษก่อนหน้า ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่าหลักนิติธรรมไม่มีอยู่ในระบอบ การเมืองการปกครองตลอดจนกระบวนการยุติธรรมของไทยมาก่อนเลยหรือไม่

เอกสารวิชาการฉบับนี้แสดงผลการศึกษาว่าอย่างน้อยที่สุดหลักนิติธรรมมีอยู่ในประเทศไทย มาตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๕ และบางที่อาจจะมียุ่ก่อนหน้านั้น

คำสำคัญ

หลักนิติธรรม

^๑ นายเชิดชู รักตะบุตร, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ ๒) (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), LL.M. (Vrije Universiteit Brussel)
อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

ความนำ

คำว่าหลักนิติธรรมนี้ ในประเทศไทยถือกันว่าเป็นคำที่เหมาะสมที่สุดสำหรับความหมายของ คำว่า The Rule of Law อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาที่ผ่านมา เคยมีผู้ใช้คำอื่นๆ ในความหมายของ The Rule of Law อีกหลายคำ เช่น *หลักกฎหมาย กฎของกฎหมาย หลักการปกครองด้วยกฎหมาย หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย*^๒ เป็นต้น แต่ทั้งหมดนี้ ไม่ได้เป็นคำอธิบายในตัวที่เข้าใจได้ง่าย สำหรับบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เมื่อเห็นคำว่าหลักนิติธรรม ก็มักจะนึกถึงการนำคำว่า *ความยุติธรรม* มาสนธิกับคำว่า *นิติ* หรือ *กฎหมาย* ถึงแม้ว่าในปัจจุบันคำว่าหลักนิติธรรม ถูกนำมาใช้กันมาก แต่ความรู้ความเข้าใจที่กระจ่างในเรื่องนี้ก็คงยังไม่ได้แพร่หลายไปนอกวงการ กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยมากนัก ทั้งนี้ ยังไม่นับรวมทางปฏิบัติและการบังคับการตามกฎหมาย ที่ยังน่าจะถือว่าทางปฏิบัติในประเทศไทยยังห่างไกลจากหลักนิติธรรมอยู่มาก

ในอดีต สิ่งที่เคยถูกกล่าวถึงมากในวงการกฎหมายของไทยมักจะเป็นเรื่องของความซื่อสัตย์ และความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม หลักนิติธรรม หรือ The rule of law มีต้นกำเนิดและสาระสำคัญแตกต่างกันอยู่มากกับเรื่องของ ความยุติธรรม หรือ justice ซึ่งอย่างหลังนี้มีนัยสำคัญ และความมุ่งหมายถึงความเท่าเทียมกันระหว่างคู่ความในคดีเสียมากกว่าที่จะมีนัยทางการเมืองการปกครองของประเทศ สาระสำคัญที่แตกต่างกันเช่นนี้สามารถจำแนกออกจากกันให้เห็นชัดได้ไม่ยาก กล่าวคือ The rule of law เป็นหลักการทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญในระบอบ ประชาธิปไตยโดยเฉพาะ และมีนัยทางการเมืองแฝงอยู่มากเท่าๆ กับนัยด้านกฎหมาย ทั้งนี้ ความแตกต่างนี้รวมตลอดไปถึงที่มาของกฎหมายด้วย ส่วนคำว่าความยุติธรรม หรือ justice นั้น มีความหมายไปในทางที่รัฐในฐานะเป็นผู้ปกครองให้ความเท่าเทียมกันในระหว่างประชาชนด้วยกันเอง ซึ่งก็มักหมายถึงเรื่องในกระบวนการยุติธรรมเสียมากกว่าที่จะเป็นเรื่องของการเมืองการปกครอง

ในส่วนของการบังคับใช้กฎหมาย หลักนิติธรรมถือได้ว่าเป็นหลักการที่กำหนดความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐากับประชาชน กล่าวคือหลักนี้ได้กำกับกระบวนการปกครองและกระบวนการ ยุติธรรมของประเทศอยู่ ซึ่งเมื่ออุปมาเปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับระบอบการ ปกครองประเทศแล้วเห็นว่าระบอบประชาธิปไตยเป็นความสิ้นสุดของระบอบราชาธิปไตยฉันทิ หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law ก็เป็นความสิ้นสุดของหลักอิตตาธิปไตยฉันทิ นั้น ดังนั้น เมื่อ หลักนิติธรรมถูกประกาศให้เป็นหลักในการปกครองในประเทศใดแล้ว ก็ไม่อาจมีบุคคลหรือคณะ บุคคลใดอ้างสิทธิปกครองประเทศนั้นโดยอ้างตนเองว่าเป็นรัฐาธิปไตยในประเทศนั้นได้อีก

เมื่อย้อนกล่าวถึงคำแปลที่เหมาะสมแล้ว ในเบื้องต้น หากจะแปลคำ *The Rule of Law* ว่า *การให้อิทธิพลกฎหมายเป็นใหญ่ในการปกครองประเทศ* ก็น่าจะเป็นการแปลที่คนทั่วไปเข้าใจได้ง่าย กว่าคำอื่น

^๒ กำชัย จงจักรพันธ์, ศาสตราจารย์ ดร., หลักนิติธรรม, บทบัญญัติ นิติสารของเนติบัณฑิตยสภา เล่มที่ ๖๔ ตอน ๔

ลักษณะสากลของหลักนิติธรรม

Dr. Beatrice Gorawantschy แห่งมูลนิธิ Conrad Adenauer กล่าวในพิธีเปิดการสัมมนา ระดับภูมิภาคของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเอเชียครั้งที่สองที่ประเทศไทยว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการอย่างหนึ่งซึ่งค้ำจุนรัฐประชาธิปไตย หลักนิติธรรมเป็นมากกว่าระเบียบทางกฎหมายที่กำหนดไว้ในกฎระเบียบต่างๆ ทั่วๆ ไป หากแต่ดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งกำกับวิถีชีวิตของประชาชน ทั้งนี้กฎหมายก็เป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมมากเท่าๆ กับสิ่งอื่นๆ^๓

คำกล่าวข้างต้นสะท้อนมุมมองของประเทศที่มีความก้าวหน้าด้านประชาธิปไตยให้เห็นได้ว่าประเทศนั้นๆ ยึดถือหลักนิติธรรมเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญของประเทศมากกว่าที่จะเป็นหลักการในกฎหมายโดยทั่วไป

กล่าวกันว่า The Rule of Law ถูกสถาปนาขึ้นและได้รับบันทึกไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญอังกฤษฉบับแรก หรือ Magna Carta เมื่อปี ค.ศ. ๑๒๑๕ Chapter ๓๙ ในบริบทที่ว่า no free man shall be seized, dispossessed of his property, or harmed except by the law of the land คำสำคัญในที่นี้คือคำว่า *law of the land* ซึ่งในที่นั้นหมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ ทั้งนี้ Magna Carta ได้สถาปนาขึ้นเป็นครั้งแรกซึ่งหลักการที่ว่าบุคคลทุกคนรวมถึงพระมหากษัตริย์ จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย^๔ ข้อบทนี้ทำให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นรัฐอธิปัตย์สิ้นสุดลง หลักการหนึ่งในกฎหมายอังกฤษที่ว่า The King Can Do No Wrong ตลอดจนหลักที่ว่าพระบรมราชโองการและพระราชดำรัสของพระมหากษัตริย์เป็นกฎหมายก็เปลี่ยนไป อำนาจในการออกกฎหมายเปลี่ยนมาอยู่ที่รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแทน

หลักนิติธรรมมีรูปแบบที่ผันแปรไปหลายลักษณะตามแต่ที่เกิดของแต่ละหลักนั้นๆ เช่น หลัก due process of law ซึ่งหมายถึงหลักนิติธรรมในกฎหมายสหรัฐฯ ในปัจจุบันนั้น ปรากฏบันทึกเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่สามในปี ค.ศ. ๑๓๕๔ ซึ่งกล่าวถึงการให้ประกันเสรีภาพ (liberty) ของประชาชน^๕ ตลอดจนหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของเยอรมัน หรือ État de droit ของฝรั่งเศสก็เป็นไปในทำนองเดียวกัน อย่างไรก็ตาม สำหรับเรื่อง Rechtsstaat นั้น ผู้ที่เรียนกฎหมายเยอรมันมักจะมีข้อสังเกตว่า Rechtsstaat นั้นแตกต่างจาก The Rule of Law อยู่มาก^๖ ในส่วนนี้ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ไพโรจน์ วิทยภาพ ได้อธิบายไว้อย่างง่ายว่า Rechtsstaat มีหลักการสำคัญอยู่สามประการคือ กฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใด รัฐต้องปกครองโดยกฎหมาย

^๓ Promoting and Strengthening the Rule of Law through Constitutional Jurisdiction, Second Regional Seminar of Asian Constitutional Court Judges, 2004 in Bangkok, Thailand. Opening Remarks by Dr. Beatrice Gorawanchy, KAS Country Representative, Thailand. pp. 8-9

^๔ <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-an-introduction>, Magna Carta: an introduction, British Library, Article by Claire Breay, Julian Harrison

^๕ <https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/du-process-of-law.html> Magna Carta: Muse and Mentor, Due Process of Law, Library of Congress

^๖ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ร.ศ. ดร. "หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม", จุลนิติ ม.ค. - ก.พ. ๒๕๕๕.: หน้า ๕๗ - ๕๘

การปกครองต้องแบ่งแยกอำนาจเป็นอิสระแก่กัน ต้องตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และตุลาการต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี^๗

หลักนิติธรรมมิได้มีแต่เพียงนิยามอย่างสั้นดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่มีผู้ศึกษาและพัฒนาต่อมาอีกมาก เช่น A. V. Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษพัฒนาลักษณะของหลักนิติธรรมต่อมาว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายด้วย และจะต้องไม่ก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ แต่ Dicey ไม่ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ใดในการตรากฎหมาย^๘ นอกจากนั้น Dicey ยังได้วางแนวคิดเกี่ยวกับลักษณะของหลักนิติธรรมไว้สามข้อ ได้แก่

๑. บุคคลต้องไม่ถูกลงโทษหรือถูกกระทำต่อร่างกายหรือทรัพย์สิน เว้นแต่ได้กระทำการละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยกระบวนการอันชอบธรรม และพิพากษาโดยศาลยุติธรรมของแผ่นดิน

๒. ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายของแผ่นดิน ไม่ว่าจะมิใช่ชาติกำเนิด ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมระดับใด ย่อมถูกบังคับโดยกฎหมายและโทษอย่างเดียวกัน

๓. รัฐธรรมนูญมาจากกฎหมายปกติธรรมดาที่ศาลยุติธรรมใช้ตัดสินคดีทั้งทางแพ่งและอาญา^๙

Lon Fuller นักปรัชญาทางกฎหมายชาวสหรัฐฯ มีบทบาทในพัฒนาการที่สำคัญต่อมาของเรื่องนี้ กล่าวคือได้วางคุณสมบัติของหลักนิติธรรมไว้แปดประการไว้ในหนังสือชื่อคุณธรรมของกฎหมาย (Morality of Law) ว่ากฎหมายที่ก่อปรด้วยหลักนิติธรรมพึงมีลักษณะ ดังนี้

๑. กฎหมายต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป
๒. กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่คนทั่วไปสามารถรับรู้ได้
๓. กฎหมายต้องกำหนดสำหรับกาลอนาคต และไม่ย้อนบังคับกับการในอดีต
๔. กฎหมายต้องมีความกระจ่าง
๕. กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งกันเอง
๖. กฎหมายต้องไม่บังคับในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้
๗. กฎหมายต้องมีเสถียรภาพและไม่เปลี่ยนแปลงเร็วเกินไป
๘. กฎหมายต้องสอดคล้องกันระหว่างสิ่งที่บัญญัติไว้ในกฎหมายกับการปฏิบัติตามกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ^{๑๐}

แนวคิดนี้ทำให้เห็นได้ว่าหลักนิติธรรมมีพัฒนาการขยายกรอบจากการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ประเทศปกครองด้วยกฎหมาย ขยายมาสู่ความพยายามกำหนดลักษณะของกฎหมาย

^๗ ไพโรจน์ วายุภาพ, ศาสตราจารย์ (พิเศษ), “หลักนิติรัฐกับความสำคัญของผู้พิพากษาและคำพิพากษา”, ดุลพาฬ ปีที่ ๖๐, เล่มที่ ๒ (๒๕๕๖) หน้า: ๑

^๘ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ร.ศ. ดร. “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, จุลนิติ ม.ค. – ก.พ. ๒๕๕๕: หน้า ๖๐

^๙ อรรถพล ไญยสุว่ง “หลักนิติธรรม”, จุลนิติ ม.ค. – ก.พ. ๒๕๕๗ : หน้า ๓๗

^{๑๐} Colleen Murphy “A Moral Theory of Political Reconciliation”, Cambridge University Press 2010, pp. 42-43

ซึ่งหมายความว่าประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติธรรมนั้น มิใช่จะมีการปกครองด้วยกฎหมายเพียงประการเดียว แต่ยังหมายความว่ากฎหมายที่ใช้บังคับนั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็นธรรม หรืออย่างน้อยก็พึงมีลักษณะครบแปดประการข้างต้น จึงจะมีความชอบธรรมที่จะถือว่าเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม

หลักนี้ได้รับการพัฒนาเพิ่มเติมต่อๆ มา จนขยายรวมถึงการทำงานของฝ่ายตุลาการด้วย ดังเช่นความคิดของ ศาสตราจารย์ Joseph Raz ได้เสนอลักษณะของหลักนิติธรรมไว้ว่ามีดังนี้

๑. กฎหมายต้องมีผลไปข้างหน้ามากกว่ามีผลย้อนหลัง
๒. กฎหมายต้องมีความแน่นอน และต้องให้ความรู้กฎหมายแก่ประชาชน
๓. ควรมีกฎเกณฑ์ของกระบวนการตรากฎหมายให้ชัดเจน
๔. ความเป็นอิสระของตุลาการต้องได้รับความคุ้มครอง
๕. ความยุติธรรมตามธรรมชาติต้องได้รับการรักษาไว้
๖. ศาลควรมีอำนาจตรวจสอบทางตุลาการ และสามารถนำหลักอื่นๆ มาใช้เพิ่มเติม
๗. ศาลควรเข้าใจว่า ไม่มีบุคคลใดจะถูกปฏิเสธความยุติธรรม
๘. การใช้ดุลพินิจเพื่อบังคับในกฎหมาย ไม่ควรผิดแผกไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้^{๑๑}

สำหรับในประเทศไทย ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ จริญญา ภักดีธนากุล ได้กล่าวไว้ในการบรรยายพิเศษในการสัมมนาทางวิชาการเนื่องในวาระครบรอบ ๑๔ ปี ศาลรัฐธรรมนูญว่า หลักนิติธรรมไม่เพียงแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมายเท่านั้น แต่ยังเป็นธรรมะของกฎหมายอีกด้วย^{๑๒} ยิ่งไปกว่านั้น ยังได้อ้างอิงถึงนิพนธ์ของศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ถึงความหมายของหลักนิติธรรมในระดับที่สาม กล่าวคือ การยึดมั่นในหลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาล ต้องปกป้องและพิทักษ์สิทธิมนุษยชน และต้องสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับมาตรฐานระหว่างประเทศ^{๑๓} ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่าหลักนิติธรรมไม่ใช่ข้อกำหนดที่อยู่ในตัวกฎหมาย แต่หลักนิติธรรมหมายถึงกฎที่บังคับตัวบทกฎหมาย ที่ทำให้กฎหมายต่างๆ ต้องอยู่ในกรอบบังคับของกฎนั้นอีกชั้นหนึ่ง The Rule of Law คือประมวลหลักของสิทธิขั้นมูลฐาน ... จำกัดขอบเขตอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ ... ใช้บังคับแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และทนายความ ... เป็นกฎอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการก่อก่อสิทธิขั้นมูลฐานตามกฎหมาย^{๑๔} หลักนิติธรรมนี้ ในทางวิชาการก็คงถือได้ว่ามีความเข้าใจกันอยู่หลายลักษณะ เป็นหลักคิดที่เป็นนามธรรม เข้าใจยาก และมีพลวัตรตลอดเวลา นักวิชาการแต่ละคนก็นิยามและอธิบายไว้แตกต่างกัน^{๑๕} แต่อย่างไรก็ตาม

^{๑๑} อรรถพล ใหญ่สว่าง, อ้างแล้ว, หน้า ๓๘

^{๑๒} จริญญา ภักดีธนากุล, ศาสตราจารย์พิเศษ, “หลักนิติธรรม ในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”, บทบันทึกพิเศษ นิติสารของเนติบัณฑิตยสภา เล่มที่ ๗๑ ตอน ๑ มกราคม – มีนาคม ๒๕๕๘.: หน้า ๒๓

^{๑๓} เรื่องเดียวกัน หน้า ๒๔

^{๑๔} อรรถพล ใหญ่สว่าง, อ้างแล้ว, หน้า ๔๓

^{๑๕} กำชัย จงจักรพันธ์, ศาสตราจารย์ ดร., อ้างแล้ว, หน้า ๒๘

ศาสตราจารย์ ธาณินท์ กรัยวิเชียร เคยกล่าวไว้ว่า *ไม่ว่าแต่ละบุคคลจะเข้าใจหลักนิติธรรมว่าเป็นอย่างไร แต่ทุกคนเคารพและยึดถือหลักนิติธรรม*^{๑๖} ความข้อนี้ทำให้ประเทศผู้รับความคิดทางกฎหมายจากประเทศแม่แบบต่างๆ ต้องขบคิดอย่างมากว่าหลักนิติธรรมที่ตนควรจะยึดถือขึ้นเป็นอย่างไรกัน

จะเห็นได้ว่าพัฒนาการของ The Rule of Law นี้ ตั้งต้นจากหลักการที่หมายความถึงการถือเอากฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครองประเทศ หรือ The Supremacy of Law และพัฒนาต่อมาถึงการกำหนดลักษณะของกฎหมายที่ถือว่าสอดคล้องกับหลักนิติธรรม และยังขยายต่อมาถึงการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับการตามกฎหมายและตุลาการ จนปัจจุบันคำว่า Rule ได้ขยายขอบเขตของความเข้าใจจาก Supremacy หรือความสูงสุดของกฎหมาย มาเป็น rule ที่หมายถึงกฎเกณฑ์ด้วยที่เป็นที่ตั้งแห่งกฎหมายต่างๆ ด้วย

ความหมายและขอบเขตของหลักนิติธรรมในยุคปัจจุบันน่าจะสะท้อนไว้ได้ครอบคลุมมากที่สุด ในเวทีสหประชาชาติ กล่าวคือ นายโคฟี อันนัน อดีตเลขาธิการสหประชาชาติ เคยเสนอไว้ในปี ๒๕๔๗ ว่า หลักนิติธรรมหมายถึงหลักการธรรมาภิบาลที่บุคคลทุกคน สถาบันและองค์กรต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน รวมถึงประเทศนั้นๆ มีหน้าที่รับผิดชอบต่อกฎหมายที่ประกาศและบังคับใช้ อย่างเท่าเทียม และที่ได้ใช้พิพากษาคดีอย่างเป็นอิสระและสอดคล้องกับมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน ทั้งนี้ได้กำหนดการวัดค่าว่าได้ยึดหลักการความสูงสุดของกฎหมาย ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความยุติธรรมในการใช้กฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจ การมีส่วนร่วมตัดสินใจ ความชัดเจนของกฎหมาย และต้องหลีกเลี่ยงการกระทำตามอำเภอใจ และความไม่โปร่งใสทางกฎหมาย^{๑๗}

จากการศึกษาความคิดของนักปรัชญาทางกฎหมายต่างๆ นับแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันต่างข้างต้น ก็น่าจะพอทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าหลักนิติธรรมนั้น หมายถึง การปกครองประเทศนั้นย่อมเป็นไปโดยนิติ หรือโดยถือเอากฎหมายเป็นสิ่งที่สูงสุดยิ่งกว่าการปกครองประเทศโดยบุคคล ไม่ว่าจะในฐานะที่เป็นพระมหากษัตริย์หรือฐานะอย่างอื่นที่อ้างความเป็นรัฐาธิปัตย์โดยอาศัยอำนาจทางการเมืองหรือกำลังอำนาจอย่างอื่นที่ไม่ใช่นิติธรรมและกอบด้วยคุณธรรม แต่ในเวลาเดียวกัน กฎหมายที่จะเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครองประเทศได้นั้น ไม่ใช่เพียงลำพังแค่ว่าเป็นกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่เป็นธรรมด้วย ความเป็นธรรมนี้รวมตลอดตั้งแต่ที่มาของกฎหมายนั้น ตัวกฎหมายนั่นเอง การบังคับใช้กฎหมายนั้น และความเป็นอิสระในการตัดสินใจคดีความโดยกฎหมายนั้นด้วย

หลักนิติธรรมในประเทศไทย

กล่าวกันว่าหลักนิติธรรมเพิ่งได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญไทยปี ๒๕๕๐ แต่อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางท่านอ้างอิงย้อนไปถึงรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๙ และ ๒๕๑๗ ว่าหลักนิติธรรมมีมาในรัฐธรรมนูญไทยก่อนหน้านั้นเป็นเวลานานมาแล้ว^{๑๘}

^{๑๖} กำชัย จงจักรพันธ์, ศาสตราจารย์ ดร., อ้างแล้ว, หน้า ๒๙

^{๑๗} อรรถพล ไญ้ส่วง, อ้างแล้ว, หน้า ๕๐

^{๑๘} สมคิด เลิศไพฑูย์, ศาสตราจารย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ ๓๒ ฉบับที่ ๑ เดือนมีนาคม ๒๕๕๗, หน้า ๑

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ๒๕๑๗ ระบุไว้ว่า

“เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ แสดงออกให้ปรากฏซึ่งประณิธาน ร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่า จักรักษาไว้ซึ่งเอกราชแห่งชาติไทยในทุกทาง จักคุ้มครองศาสนาทุกศาสนาให้สถาพร จักเทิดทูนพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและมีขวัญของประเทศชาติ จักยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตย จักตรากฎหมายขึ้นใช้เพื่อความเป็นธรรมในสังคม จักใช้มาตรการทั้งปวงในอันที่จะขจัดความเหลื่อมล้ำในฐานะของบุคคลทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคมให้ลดน้อยลงเป็นลำดับ จักร่วมกันบำบัดทุกข์บำรุงสุขและจักพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของราษฎรโดยทั่วหน้าและอย่าง เสมอภาค และจักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๙ ระบุถึงเหตุผลของการมีรัฐธรรมนูญฉบับนั้น (เหตุผลของการรัฐประหารครั้งนั้น) ข้อหนึ่งว่า

“จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

หลักนิติธรรมที่กล่าวถึงในรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๙ อาจจะมีลักษณะแตกต่างจากหลักนิติธรรมที่เป็นสากลบ้างบางประการ กล่าวคือเป็นหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยฯ ผู้ที่ศึกษาเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศไทยคงจะเกิดความฉงนใจขึ้นบ้างไม่มากนักน้อยกว่าหลักนี้เป็นอย่างไรแน่ แต่เหตุที่ผู้ร่างยกร่างไว้เช่นนี้ก็ น่าจะพอเข้าใจได้ว่าผู้ร่างคงประสงค์ให้หลักนิติธรรมในที่นี้มีความหมายเป็นพิเศษกว่าหลักนิติธรรมที่เป็นสากลอยู่บ้าง เรื่องนี้เป็นที่น่าศึกษาว่าผู้ร่างหมายถึงสิ่งใดกันแน่ ซึ่งเป็นที่น่าเสียดายที่รัฐธรรมนูญปี ๒๕๔๙ ได้ใช้อยู่เพียงชั่วคราวในระยะสั้นๆ และถูกแทนที่ด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ ผู้ศึกษาจึงไม่มีโอกาสได้เห็นความหมาย การตีความ และการปฏิบัติตามหลักการใหม่นี้มากนัก

รัฐธรรมนูญปี ๒๕๕๐ ได้ยกร่างเรื่องนี้ไว้แตกต่างกันมาก กล่าวคือบัญญัติเรื่องหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา ๓ ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม และในมาตรา ๗๘ ว่ารัฐต้องดำเนินนโยบายให้ ... หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการ ดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม ...

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญ ๓ ฉบับที่กล่าวถึงข้างต้น จะเห็นได้ว่าขอบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๑๗ น่าจะหมายถึงแก่นแท้ (essence) ของหลักนิติธรรมในฐานะที่เป็น the supremacy of Law มากกว่าอีกสองฉบับที่อ้างถึง ถึงแม้ว่าจะไม่ได้อธิบายรายละเอียดไว้ แต่การที่ได้กล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญว่า จักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นมองหลักนิติธรรมในลักษณะที่เป็นหลักการอันสำคัญที่จะต้องธำรงไว้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๕๐ น่าจะมองหลักนิติธรรมในฐานะที่เป็นพัฒนาการขั้นที่สองหรือขั้นที่สาม ที่กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจปกครองและให้การทำงานของอำนาจที่ถูกแบ่งแยกนั้น ตลอดจนการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นไปตามหลักนิติธรรม หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือเอาหลักนิติธรรมเป็นหลักปฏิบัติอย่างหนึ่งในการปกครองประเทศ

การศึกษาเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศไทยนี้คงจะไม่สมบูรณ์หากจะไม่ได้กล่าวถึง รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย คือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวฉบับปี ๒๔๗๕ ซึ่งเป็นครั้งแรกในประเทศไทยที่ *กฎหมาย* มีสถานะสูงสุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็น the supremacy of law ในประเทศไทย พระราชบัญญัติฉบับนั้นบัญญัติไว้ว่า “*โดยที่คณะราษฎรได้ ขอรับรองให้อยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม ... และโดยที่ได้ทรงยอมรับตามคำขอรับรองของ คณะราษฎร จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยมาตราต่อไปนี้ ...*” ในเวลา ต่อมา ข้อบทนี้ได้ถูกปรับเปลี่ยนให้ลดความแข็งแกร่งต่อพระมหากษัตริย์ไทยลงไปเรื่อยๆ เป็น *บุคคล* ย่อมเสมอกันในกฎหมาย *ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิด* ฯลฯ ไม่ทำให้เกิดเอกสิทธิ์อย่างใดเลย และ พัฒนาการในการร่างต่อมาจนเป็น *ประชาชนชาวไทย ไม่ว่าจะเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อม อยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน* (๒๕๕๐) คำว่า “เหล่ากำเนิด” ได้มีใช้ในรัฐธรรมนูญ มาหลายสมัย จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ๒๕๕๗ ข้อบทได้ผันแปรไปเป็น *ภายใต้บังคับ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่* *ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการ คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้*

สำหรับรัฐธรรมนูญในอนาคต ปรากฏว่าในร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับร่าง ๒๕๕๘ (ศ. ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) ได้นำคำว่า *ปวงชนชาวไทย ไม่ว่าจะเหล่ากำเนิด ...* กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง ส่วนร่าง รัฐธรรมนูญ ฉบับร่าง ๒๕๕๙ (ศ. ดร. มีชัย ฤชุพันธุ์) ใช้คำว่า *ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครอง ตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน* ข้อนี้เน้นว่ามีความสำคัญที่จะต้องติดตามศึกษาความเป็นไปของหลักนิติธรรม ในประเทศไทยในฐานะที่เป็น the Supremacy of Law ในอนาคตต่อไป

การศึกษาเกี่ยวกับถ้อยคำเรื่องความเสมอภาคของเหล่ากำเนิดนี้นับว่ามีความสำคัญมาก เพราะในทางปฏิบัติได้พบเห็นความย่อหย่อนของการใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทยอยู่เนืองๆ

เมื่อกล่าวถึงหลักนิติธรรมในความสัมพันธ์กับเสรีภาพของบุคคล เมื่อมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ในปี ๒๔๗๕ รัฐธรรมนูญฉบับนั้นได้บัญญัติไว้ว่าการจำกัดเสรีภาพของบุคคลจะทำได้โดยกฎหมาย เท่านั้น ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔ ที่ว่า “*ภายในบังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพ บริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุม โดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ*” ซึ่งอาจเปรียบเทียบได้ว่าเป็นข้อบททำนองเดียวกับข้อบทของ Magna Carta ที่ว่า *no free man shall be seized, dispossessed of his property, or harmed except by the law of the land*

อย่างไรก็ดี วิธียกร่างถ้อยคำข้างต้นแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงทัศนคติของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ไทยซึ่งมีมุมมองต่อกฎหมายในทางตรงกันข้ามกับผู้ร่าง Magna Carta กล่าวคือ ข้อบทที่ว่า *ภายใน บังคับแห่งบทกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพ ...* นั้นแสดงมุมมองของผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยว่ากฎหมาย เป็นผู้ให้เสรีภาพอันบริบูรณ์แก่บุคคล ในขณะที่ Magna Carta มีมุมมองต่อบุคคลว่าบุคคลมีเสรีภาพ บริบูรณ์อยู่เองอยู่แล้ว กฎหมายเป็นข้อยกเว้นต่อเสรีภาพอันมีอยู่เดิมนั้น อย่างไรก็ตาม การยกย่างทั้งสองแบบมุ่งผลประการเดียวกัน คือ การจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปโดยผลของกฎหมายเท่านั้น

จากการศึกษาข้อบทของรัฐธรรมนูญไทยฉบับแรกเป็นต้นมา จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับมีถ้อยคำในส่วนนี้คล้ายคลึงกัน ทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยมีหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครอง ถึงแม้ว่าจะยังไม่มีการใช้ศัพท์บัญญัตินั้นในยุคแรกก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายที่หลักนิติธรรมในประเทศไทยได้เสื่อมเสียไปเป็นช่วงๆ ตามแต่ภาวะการเมืองภายในของประเทศไทย แต่ครั้งใดที่มีรัฐธรรมนูญ จิตวิญญาณของหลักนิติธรรมก็กลับมาปรากฏในรัฐธรรมนูญไทยทุกครั้งด้วยถ้อยคำที่มีรูปแบบต่างๆ กันไปสุดแต่พัฒนาการของความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้ของสังคม

ภายหลังรัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๑๗ คำว่าหลักนิติธรรมได้หายไปจากรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา และเป็นที่น่าสังเกตอย่างยิ่งว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี ๒๕๔๐ ซึ่งฝ่ายการเมืองบางฝ่ายเห็นว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยอย่างยิ่ง ไม่ได้บัญญัติคำว่าหลักนิติธรรมเอาไว้แต่อย่างใด คงไม่น่าแปลกใจที่หลักนิติธรรมได้เสื่อมถอยลงไปในช่วงเวลาของการเมืองในประเทศไทย

ส่วนการมีหลักนิติธรรมในประเทศไทยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ได้บรรยายในหลักสูตร นธป. ๔ เมื่อวันที่ ๒๗ เมษายน ๒๕๕๙ ว่าประเทศไทยมีและใช้หลักนิติธรรมมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราช โดยความสำคัญที่เป็นหัวใจของหลักนี้คือ ทศพิธราชธรรมข้อ อวิโรธนํ คือการถือความถูกต้องเที่ยงธรรมเป็นหลักในการปกครองประเทศ

สรุป

เอกสารวิชาการฉบับนี้ได้ศึกษาลักษณะของหลักนิติธรรมซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการและเป็นสากล และได้ศึกษาเปรียบเทียบการใช้หลักการนี้ในรัฐธรรมนูญของไทยหลายฉบับนับตั้งแต่ปี ๒๔๗๕ เป็นต้นมา จนถึงร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ๒๕๕๙ ได้เห็นถึงพัฒนาการของการรับใช้หลักนี้ในประเทศไทยมาตั้งแต่ต้น นับเป็นเวลา ๘๔ ปีแล้ว เห็นได้ชัดว่าประเทศไทยมีและใช้หลักการนี้มาแต่แรก และอาจจะนานก่อนหน้านั้นโดยอาศัยชื่อเรียกอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม เห็นได้ว่าหลักนิติธรรมในประเทศไทยมีอยู่และยังสามารถพัฒนาไปได้อีกมากกว่าจะถึงความสูงสุดของกฎหมาย ลักษณะของกฎหมายที่จะมีความสูงสูดนั้น และการปฏิบัติตามกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ตลอดจนฝ่ายตุลาการ

บรรณานุกรม

- Beatrice Gorawanchy. (2004). Promoting and Strengthening the Rule of Law through Constitutional Jurisdiction, Second Regional Seminar of Asian Constitutional Court Judges. Bangkok.
- Claire Breay and Julian Harrison. (ม.ป.ป.). *Magna Carta: an introduction*. เข้าถึงได้จาก British Library: <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-an-introduction>
- (2010). The Rule of Law. ใน Colleen Murphy, *A Moral Theory of Political Reconciliation*. New York: Cambridge University Press.
- Magna Carta: Muse and Mentor, Due Process of Law, Library of Congress*. (ม.ป.ป.). เข้าถึงได้จาก Library of Congress: <https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/du-process-of-law.html>
- กำชัย จงจักรพันธ์. (๒๕๕๕). หลักนิติธรรม. *บทสัมภาษณ์*.
- จรัญ ภักดีธนากุล. (๒๕๕๘). หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ. *บทสัมภาษณ์*.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๕). หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. *จุดนิติ*.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (๒๕๕๗). การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย. *วารสารกฎหมาย*.
- อรรถพล ไหญ่สว่าง. (๒๕๕๗). หลักนิติธรรม. *จุดนิติ*.