



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

“หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ”

ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ

จัดทำโดย ศ.(พิเศษ) ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์
รหัส ๕๕๐๔๐๕

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๔
วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

“หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” : ความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน และผลที่มีต่อองค์กรตุลาการ

ชาญชัย แสวงศักดิ์*

บทคัดย่อ

คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “The Rule of Law” ที่ศาสตราจารย์ไดซี (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้คิดค้นขึ้นโดยท่านได้ให้คำอธิบายของหลักดังกล่าวไว้พอสรุปได้ว่า บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีตำแหน่งหรือสถานะใดก็ตาม จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสามัญของอังกฤษและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของอังกฤษ โดยย้ำว่าในอังกฤษ ไม่มีศาลพิเศษที่บังคับใช้กฎหมายพิเศษดังเช่นในฝรั่งเศสที่มีศาลปกครองซึ่งใช้บังคับกฎหมายปกครองสำหรับคดีปกครองที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่พิพาท ความเห็นดังกล่าวของศาสตราจารย์ไดซี ได้มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อนักกฎหมายอังกฤษและนักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่นำเอาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษไปใช้ ซึ่ง “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี นั้นมีความหมายที่แตกต่างจาก “หลักนิติรัฐ” ซึ่งเป็นคำแปลภาษาไทยที่มาจากคำว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมันหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศสหรือ “Legal State” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งประเทศไทยได้นำเอาหลักกฎหมายสำคัญ ๆ ของ “หลักนิติรัฐ” ของเยอรมันและฝรั่งเศสมาใช้เป็นเวลานานแล้วไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักลำดับชั้นของกฎหมาย แต่ในประเทศไทยมีการอ้างถึง “หลักนิติธรรม” กันอย่างกว้างขวาง จนมีการนำเอาคำดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและในร่างรัฐธรรมนูญ จนเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายเช่นเดียวกับ “หลักนิติรัฐ”

คำสำคัญ นิติธรรม นิติรัฐ

* ปริญญาตรีทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประชาคมยุโรป, ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชนภายใน, ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายทะเลและการขนส่ง, ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชนภายใน, มหาวิทยาลัย Aix-Marseille III, ประเทศฝรั่งเศส, ศาสตราจารย์(พิเศษ) สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รองประธานศาลปกครองสูงสุด

๑. บทนำ

ในต่างประเทศ ได้มีการเผยแพร่คำว่า “The Rule of Law” อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษชื่อ ศาสตราจารย์ ไดซี (Dicey) ในตำราทางนิติศาสตร์ของท่านชื่อ “Law of the Constitution ๑๘๕๕” ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. ๑๘๘๕ โดยท่านได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของท่านเอาไว้ว่า มีความหมายอย่างไรและจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบใดบ้าง ซึ่งต่อมาก็ได้มีการอ้างถึงคำดังกล่าวกันอย่างแพร่หลายในต่างประเทศ โดยมีการให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไป และได้มีการอ้างถึงคำดังกล่าวในประเทศไทยเช่นเดียวกัน โดยในระยะแรกมีการถอดความหมายของคำดังกล่าวเป็นภาษาไทยที่แตกต่างกัน เช่น “หลักธรรม”^(๑) “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”^(๒) “นิติธรรมวินัย”^(๓) “หลักกฎหมาย”^(๔) “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา”^(๕) “นิติศตมภ์”^(๖) “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย”^(๗) “การปกครองโดยกฎหมาย”^(๘) แต่ต่อมา ได้มีการแปลคำดังกล่าวเป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม”^(๙) จนเป็นที่นิยมโดยมีการอ้างถึง “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) กันในประเทศไทยอย่างกว้างขวางในวรรณกรรมทางนิติศาสตร์ แต่มีการให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไปและมีการนำเอาคำว่า

“หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีการให้ความหมายและกำหนดองค์ประกอบของ “หลักนิติธรรม” ที่แตกต่างไปจาก “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี จนเกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายเช่นเดียวกันกับ “หลักนิติรัฐ” หรือไม่ ถ้าไม่ คำทั้งสองแตกต่างกันหรือทับซ้อนกันอย่างไร จนมีการอ้างถึงคำทั้งสองคู่กัน เพราะเกิดความสับสนว่า “หลักนิติธรรม” กับ “หลักนิติรัฐ” เป็น “คนละเรื่องเดียวกัน” หรืออย่างไร

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่ตั้งข้อสังเกตว่า ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของ “หลักนิติธรรม” ในประเทศไทยที่แตกต่างไปจากความหมายของ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี

^(๑) วิกรม เมลาณนท์, ดุลพาท ปีที่ ๒ เล่ม ๑๒, ๒๔๙๘, น.๘๑, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, “The Rule of Law”, ดุลพาท ปีที่ ๘ เล่ม ๙, ๒๕๐๔, น. ๑๐๐๓

^(๒) สุด สุตรา, ดุลพาท ปีที่ ๗ เล่ม ๑๑, ๒๕๐๓, น. ๑๔๐๘, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญที่ ๑

^(๓) เสริม สุวรรณเทพ, ดุลพาท ปีที่ ๗ เล่ม ๑๑, ๒๕๐๓, น. ๑๔๐๘, อ้างถึงใน เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญที่ ๑

^(๔) เสนาะ เอกพจน์, อ้างแล้ว เจริญที่ ๑

^(๕) ศิริ วิศิษฐธรรม อัครนนท์, ดุลพาท ปีที่ ๘ เล่ม ๑๐, ๒๕๐๔, น. ๑๑๒๓, อ้างถึงในจริญ โฆษณานันท์, บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพฯ : ๒๕๕๓), น. ๕๒

^(๖) จารุญ เจริญกุล, ดุลพาท ปีที่ ๙ เล่ม ๑, ๒๕๐๕, น. ๖๐, อ้างถึงใน จริญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เจริญที่ ๑, น. ๕๒

^(๗) ถาวร โพธิ์ทอง, “การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย”, นิติศาสตร์ เล่ม ๑, ตอน ๒, กันยายน ๒๕๑๒ อ้างถึงใน จริญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว เจริญที่ ๑, น. ๕๒

^(๘) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “หลักนิติธรรม (Rule of Law)”, ในเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญที่ ๕, น. ๙๒

^(๙) บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ อ้างไว้ในบทความ “ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย” ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญที่ ๕, น. ๒๕๐ ว่า ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นผู้ให้คำแปลคำว่า “Rule of Law” เป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม”

นั้นแตกต่างหรือทับซ้อนกับความหมายของ “หลักนิติรัฐ” ตามที่เข้าใจกันในแต่ละประเทศอย่างไร และส่งผลกระทบต่อกรตุลาการอย่างไร

๒. ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทย

ระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยมีอยู่ ๒ ระบบ คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ซึ่งทั้งสองระบบกฎหมายนี้มีความแตกต่างกันหลายประการทั้งในด้านหลักกฎหมาย นิติวิธี การจัดองค์กรทางกฎหมาย ระบบศาล การศึกษาและฝึกอบรมนักกฎหมาย^(๑๐) ซึ่งพอสรุปลักษณะและแนวความคิดของระบบกฎหมายทั้งสองได้ดังนี้

๒.๑ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ “Common Law” คือ หลักกฎหมายที่ศาลสูงของอังกฤษได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดีในอดีต “คอมมอนลอว์” จึงเป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดี จึงเรียกกันว่า เป็น “judge-made law” บ้าง เป็น “case-law” บ้าง โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมากและถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงของอังกฤษที่ได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกันเป็นบรรทัดฐาน (precedent) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง^(๑๑)

ประเทศที่เป็น “ต้นแบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือประเทศอังกฤษ โดยประเทศที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษก็ใช้ระบบกฎหมายนี้เช่นกัน เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย มาเลเซีย ฯลฯ

๒.๒ ระบบประมวลกฎหมาย

ระบบประมวลกฎหมายมีรากฐานมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมัน ระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างมาก จึงได้มีการตราประมวลกฎหมาย (Codes) ขึ้นใช้บังคับเพื่อวางหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้ในกรณีต่าง ๆ ได้

ประเทศที่เป็น “ต้นแบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน

ระบบกฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากระบบกฎหมายของจักรวรรดิโรมันซึ่งมีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น ๒ สาขา คือ กฎหมายเอกชน (jus privatum) ซึ่งใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันโดยมีแนวความคิดพื้นฐานอยู่ที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนโดยถือว่าเอกชนเสมอภาคกัน นิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันจึงต้องอาศัยความสมัครใจหรือความยินยอมที่จะเข้าผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน และกฎหมายมหาชน (jus publicum) ซึ่งใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนฝ่ายหนึ่งกับรัฐหรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่งโดยเอกชนดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตัว ส่วนรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะ (ประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่) ซึ่งในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนขัดแย้งกับประโยชน์สาธารณะถือว่าประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน ดังนั้น รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้อง

^(๑๐) รายนชวย โปรตดู ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ ๔, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๘), หน้า ๒๐-๒๑

^(๑๑) ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญรอดที่ ๔, หน้า ๑๙-๒๐

มีเอกสิทธิ์มหาชนใช้อำนาจบังคับฝืนใจเอกชนได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดเก็บภาษี การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

๓. “หลักนิติธรรม” “ตามแบบฉบับของอังกฤษ

๓.๑ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี่

ในตอนปลายของคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ ศาสตราจารย์ไดซี่ได้คิดค้นคำว่า “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” (Parliamentary Sovereignty) ขึ้นมา เพื่อสรุปวิวัฒนาการของระบบการเมืองของอังกฤษที่ทำให้รัฐสภาเป็นศูนย์กลางของระบบการเมืองของอังกฤษ คำดังกล่าวได้กลายมาเป็นหลักประการแรกของกฎหมายมหาชนของอังกฤษ โดยศาสตราจารย์ไดซี่ได้ให้คำนิยามของ “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” ไว้ว่า “รัฐสภา” ในความหมายของสถาบันที่รวมทั้งกษัตริย์ สมาชิกสภาขุนนาง และสภาผู้แทนราษฎรไว้ในองค์กรทางการเมืองเดียวกัน มีสิทธิตามรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่จะออกกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายใด ๆ ก็ได้ นอกจากนี้ กฎหมายของอังกฤษก็ไม่ยอมให้บุคคลใดมีสิทธิยกเลิกหรือไม่บังคับใช้กฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น^(๑๒)

ศาสตราจารย์เอลิซาเบธ ซอลแลร์ (Elisabeth Zoller) ชาวฝรั่งเศส วิเคราะห์แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นไว้^(๑๓) พอสรุปได้ว่าเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่หมายถึงอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาซึ่งถูกปลดปล่อยจากข้อจำกัดทางกฎหมายใด ๆ โดยรัฐสภาเป็นองค์อธิปัตย์ จุดอ่อนของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา ก็คือ ทฤษฎีนี้มีใต้อธิบายว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นจะสอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะได้อย่างไร กฎหมายของอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานที่แตกต่างไปจากกฎหมายของบรรดาประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยมีหลักการสำคัญคือ การควบคุมรัฐบาลให้อยู่ภายใต้กฎหมาย มิใช่การนำความผาสุกมาสู่ประชาชนโดยการทำงานเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ โดยมุ่งหวังว่ารัฐบาลจะดำเนินงานเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยไม่จำเป็นต้องนำหลักการนี้มากำหนดไว้ เป้าหมายสุดท้ายของรัฐบาลมิได้อยู่ที่ความผาสุกของทุก ๆ คน แต่อยู่ที่การจัดให้แต่ละคนมีปัจจัยที่จะทำให้เกิดความผาสุกของแต่ละคนได้เอง ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายมหาชนที่จะทำเช่นนั้น จึงเป็นคำอธิบายว่าทุกประเทศที่ได้รับมรดกทางความคิดมาจากกฎหมายของอังกฤษจะไม่มีกฎหมายมหาชนและไม่มี “รัฐ” ในความหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปในทางกลับกัน เพื่อให้แต่ละคนสามารถทำความผาสุกให้เกิดขึ้นแก่ตนเองได้ จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องทำให้รัฐบาลอยู่ภายใต้กฎหมายหรือที่เรียกกันว่า “the Rule of Law” ซึ่งคำ ๆ นี้ไดซี่เป็นผู้คิดค้นขึ้นในวรรณกรรมเล่มเดียวกันโดยศาสตราจารย์ซอลแลร์ ชาวฝรั่งเศสวิพากษ์ว่าคำ ๆ นี้ หมายถึงวัฒนธรรมของอังกฤษ มากกว่าที่จะเป็นสถาบันทางกฎหมายที่สามารถอธิบายได้อย่างชัดเจน ซึ่งในข้อบังคับของสภายุโรป ค.ศ. ๑๙๔๙ และในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป ค.ศ. ๑๙๕๐ มีการกำหนดหลักนี้ไว้เป็นหนึ่งในบรรดาหลักการพื้นฐานที่ประเทศภาคีต้องเคารพโดยมีการแปลคำว่า “the Rule of Law” เป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “la prééminence du droit” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” โดยต็อกวิลล์ (Tocqueville) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส^(๑๔) เห็นว่า

^(๑๒) A.V.Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed. London, The Mc Milan Press Ltd, ๑๙๕๙, p. ๓๙-๔๐

^(๑๓) Elisabeth Zoller, Introduction au droit public, Paris, Dalloz, réed., ๒๐๐๖, p. ๙๗-๙๘

^(๑๔) A.de Tocqueville, Voyage en Suisse in Oeuvres, vol.I, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, ๑๙๙๑, p. ๖๑๙

“the Rule of Law” นั้น นอกจากจะหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมแล้ว ยังหมายถึง “ความเป็นใหญ่ของผู้พิพากษา” ในการพิพากษาคดีพิพาทที่กระทบกระเทือนต่อ “ความเป็นใหญ่ของกฎหมาย” อีกด้วย โดยในอังกฤษมีความเชื่อกันว่าสถาบันศาลนั้นย่อมอยู่เหนือสถาบันทางปกครองในการคุ้มครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิของบุคคล จุดนี้เองที่ทำให้จารีตประเพณีทางกฎหมายของอังกฤษแตกต่างจากจารีตประเพณีทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป โดยจารีตประเพณีของอังกฤษนั้นจะไม่มี การพัฒนาองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลดังเช่นในระบอบการปกครองที่เป็นราชอาณาจักรในยุโรป แต่จะนิยมใช้วิธีการบังคับใช้กฎหมายโดยอาศัยอำนาจศาลมากกว่าอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชนนั้นเป็นภารกิจของศาลที่ชาวอังกฤษให้ความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์สาธารณะ โดยศาสตราจารย์ซอลแลร์ชี้ให้เห็นว่า “the Rule of Law” ของอังกฤษนั้นมีความหมายที่ไม่ตรงกับ “หลักนิติรัฐ” (“Rechtsstaat” ของเยอรมัน หรือ “l’Etat de droit” ของฝรั่งเศส) กล่าวคือ “the Rule of Law” นั้นเป็นเรื่องของหลักการที่ถือว่าปัจเจกชนต้องมีความสำคัญเหนือกว่ารัฐ^(๑๕)

๓.๒ หลักการสำคัญของ “หลักนิติธรรม” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี

ตามที่คณะของศาสตราจารย์ไดซี^(๑๖) “the Rule of Law” ซึ่งเป็นคุณลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนุญของอังกฤษนั้นหมายถึง ๓ สิ่งที่แยกออกจากกันแต่มีความหมายเกี่ยวพันกันดังนี้

(๑) บุคคลใดจะถูกลงโทษหรือได้รับความเดือดร้อนในทางกายหรือในทางทรัพย์สินของเขาได้ ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างชัดแจ้งโดยผ่านการพิจารณาพิพากษาคดีตามกระบวนการปกติโดยศาลสามัญของประเทศ (ordinary courts) ในแง่นี้ “หลักนิติธรรม” จึงตรงกันข้ามกับระบบการปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะบังคับได้อย่างกว้างขวางและตามอำเภอใจ

(๒) ในอังกฤษ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย แต่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีตำแหน่งหรือสถานะใดก็ตาม จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายสามัญของประเทศ (the ordinary law of the land) และอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของประเทศ (ordinary courts)

(๓) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นเกิดจากคำพิพากษาของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองหรือคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ (foreign constitutions)

จากทัศนะดังกล่าวข้างต้นของศาสตราจารย์ไดซี ศาสตราจารย์ซอลแลร์ได้นำมาวิเคราะห์^(๑๗) พอสรุปได้ว่า “หลักนิติธรรม” ประกอบด้วยหลัก ๓ ประการดังต่อไปนี้คือ

(๑) หลักความชอบด้วยกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” รับรองความสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาของศาลหรือที่รัฐสภาได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโดยไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจอำเภอใจหรือเอกสิทธิ์ (prerogative) ของรัฐบาล “หลักนิติธรรม” หมายความว่า บุคคลหนึ่งบุคคลใด

^(๑๕) Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๓, หน้า ๘๘

^(๑๖) A.V.Dicey, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๒, หน้า ๑๘๘-๑๙๕

^(๑๗) Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๓, หน้า ๘๙

จะถูกกลังโทษ ถูกจำกัดเสรีภาพ ถูกประหารชีวิต หรือถูกกระทบกระเทือนสิทธิในทรัพย์สินของตนได้ ก็ต่อเมื่อเป็นผลของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาหรือที่รัฐสภาได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น บุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่อาจถูกกลังโทษโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจหรือเอกสิทธิ์ของรัฐบาลได้

(๒) หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” หมายความว่า ไม่มีบุคคลโดยอยู่เหนือกฎหมายและบุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีฐานะหรือตำแหน่งอะไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของอังกฤษและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสามัญของอังกฤษโดยศาสตราจารย์ *ไดซีย์* ย้ำว่า ในอังกฤษ ไม่มีศาลพิเศษที่บังคับใช้กฎหมายพิเศษดังเช่นในฝรั่งเศสที่มีศาลปกครองซึ่งใช้บังคับกฎหมายปกครองสำหรับคดีปกครองที่มีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่พิพาท

(๓) หลักการคุ้มครองสิทธิโดยศาล

ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น แต่ในอังกฤษนั้น “หลักนิติธรรม” หมายความว่า สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยคำพิพากษาของศาลซึ่งใช้โอกาสในการพิจารณาพิพากษาคดีวางหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

๓.๓ แนวความคิดของศาสตราจารย์ *ไดซีย์* เกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” ส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของกฎหมายปกครองของอังกฤษและประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ

ศาสตราจารย์พิเศษ *ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์* อธิบายว่า กรณีที่ศาสตราจารย์ *ไดซีย์* ได้วิพากษ์วิจารณ์กฎหมายปกครองของฝรั่งเศสไว้ดังกล่าวข้างต้นได้มีอิทธิพลเป็นอย่างสูงต่อนักกฎหมายอังกฤษในสมัยนั้นและในรุ่นต่อ ๆ มาเป็นเวลาช้านานโดยยึดถือความเห็นของศาสตราจารย์ *ไดซีย์* เป็นสังขรณ์ จนทำให้นักกฎหมายอังกฤษเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมาเป็นเวลานานร่วม ๔๐ ปี และไม่สนใจที่จะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง อันมีผลทำให้กฎหมายปกครองของอังกฤษเจริญล่าช้า^(๑๘) จนกระทั่งในปี ค.ศ. ๑๙๕๔ ศาสตราจารย์ *แฮมสัน* (Hamson) ชาวอังกฤษ ได้เดินทางไปดูงานที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเป็นเวลาถึง ๑ ปี และได้กลับไปเขียนหนังสือชื่อ “Executive Discretion and Judicial Control” (ค.ศ. ๑๙๕๔) กล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเป็นอย่างมากโดยชี้ให้เห็นถึงความเข้าใจที่ผิดพลาดของศาสตราจารย์ *ไดซีย์* และกล่าวยกย่องระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าสามารถให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรในคดีปกครองได้เป็นอย่างดีและสามารถแก้ปัญหาทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ ได้ดีกว่ากฎหมายของอังกฤษเป็นอย่างมาก หนังสือดังกล่าวข้างต้นของศาสตราจารย์ *แฮมสัน* ได้ปลุมนักกฎหมายของอังกฤษให้ตื่นขึ้นมาเผชิญหน้ากับความจริงว่า กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษไม่สามารถแก้ไขปัญหาทางปกครองได้และลบล้างความเชื่อเก่า ๆ ที่ว่ากฎหมายปกครองของฝรั่งเศส

^(๑๘) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๓ ตอน ๑ พ.ศ. ๒๕๒๗, หน้า ๒

เป็นสิ่งเลวร้ายที่ฝังใจนักกฎหมายอังกฤษมาเป็นเวลาช้านานตั้งแต่สมัยของศาสตราจารย์ไดชีย์ หลังจากนั้น นักกฎหมายอังกฤษจึงตื่นตัวขึ้นมาให้ความสนใจต่อกฎหมายปกครองมากขึ้น^(๑๙)

ประเทศอื่น ๆ ที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษและใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย มาเลเซีย จึงได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” ของศาสตราจารย์ไดชีย์ซึ่งปฏิเสธแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน (กฎหมายปกครอง) และไม่ยอมรับแนวความคิดของการมีระบบศาลปกครองแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม^(๒๐)

๔. “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของเยอรมันและฝรั่งเศส

ศาสตราจารย์ซอลแลร์ อธิบาย^(๒๑) ว่า แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนในฝรั่งเศสและในเยอรมันนั้นแตกต่างกัน ๒ ประการคือ

(๑) ในฝรั่งเศสนั้น ได้เริ่มสร้างทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนในตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ โดยทำเพียงบางส่วนคือในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง แต่ในเยอรมันนั้นมีการจัดระบบกฎหมายมหาชนเป็นสาขาแยกต่างหากจากกฎหมายเอกชนมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ ๑๖

(๒) นักวิชาการฝรั่งเศสนั้นคิดค้นและพัฒนากฎหมายมหาชนจากวัตถุ (objet) ของกฎหมายคือ “สิ่งสาธารณะ” (res publica) ส่วนนักวิชาการเยอรมันสร้างกฎหมายมหาชนจากผู้อยู่ในบังคับ (sujet) ของกฎหมายคือรัฐ ซึ่งในตอนแรกนั้นตัวตนของรัฐคือ “เจ้าชาย” (le prince) กฎหมายมหาชนของเยอรมันถูกสร้างและพัฒนาขึ้นจากแนวความคิดของ “รัฐที่มีเจ้าชายเป็นประมุข” (l'Etat princier) โดยได้มีการแยกแยะตัวบุคคลของเจ้าชายออกจากรัฐและสร้างแนวความคิดทางกฎหมายภายในกรอบของทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยรัฐโดยถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นเรื่องเดียวกันกับรัฐ

นับตั้งแต่ยุคฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม (la Renaissance) เป็นต้นมา อำนาจทางการเมืองในเยอรมันมีวิวัฒนาการไปสู่ต้นแบบของรัฐที่ มาร์ค แร็ฟ (Marc Raeff) เรียกว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคมอย่างเป็นระบบ” (“the Well – Ordered Police State”) โดยเขานำเอาคำว่า “Police” มาสมานกับคำว่า “State” จนกลายเป็นคำว่า “Police State”^(๒๒)

๔.๑ การกำเนิดของ “หลักนิติรัฐ”

ในปี ค.ศ. ๑๗๙๘ วิลเฮม ปีเตอร์เซ็น ได้เขียนหนังสือวิจารณ์ “Police State” โดยมีการเปรียบเทียบระหว่าง “กฎหมายของรัฐ” (“Staatsrecht”) ซึ่งหมายถึงกฎหมายมหาชนคือ รัฐกำหนด

^(๑๙) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”. วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๒ ตอน ๓ พ.ศ. ๒๕๒๖ หน้า ๔๘๙-๕๒๑

^(๒๐) โปรตดู ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๒๓, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๙), หน้า ๒๖-๓๐ และชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๙, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๘), หน้า ๓๓-๔๑

^(๒๑) Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ ๑๓, หน้า ๔๗-๔๙

^(๒๒) Marc Raeff, The Well-Ordered Police State, Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia (๑๖๐๐-๑๘๐๐), Yale University Press, ๑๙๘๓, อ้างไว้ใน Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ ๑๑, หน้า ๕๗

ที่เจ้าชายตราขึ้นเพื่อจัดระเบียบสังคมตามความพอใจของ “เจ้าชาย” กับ “นิติรัฐ” (“Rechtsstaat”) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับบุคคลเอกชน เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ กฎหมายธรรมชาติ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” โดย “นิติรัฐ” เป็นรัฐที่ถือว่าสิทธิมนุษยชนย่อมมาก่อนรัฐกำหนด โดยรัฐกำหนดจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีการเคารพสิทธิมนุษยชนซึ่งตรงกันข้ามกับ “Police State” ซึ่งเป็นรัฐที่นอกจากรัฐกำหนดจะมาก่อนสิทธิมนุษยชนแล้วยังปฏิเสธและตีกรอบของสิทธิมนุษยชนอีกด้วย^(๒๓)

๔.๒ ความหมายของหลักนิติรัฐ

กาเร่ เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ได้อธิบายความหมายของหลักนิติรัฐเสียใหม่จนเป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปในวงการนักกฎหมายมหาชนของฝรั่งเศสและกลายมาเป็นรากฐานของความหมายของ “นิติรัฐ” (“Legal State” ในภาษาอังกฤษหรือ “Etat de droit” ในภาษาฝรั่งเศส) ในกฎหมายมหาชนของนานาประเทศในปัจจุบัน โดย *กาเร่ เดอ มัลแบร์* อธิบายว่า “นิติรัฐในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้นหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใด ๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งส่วนหนึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนเอาไว้ อีกส่วนหนึ่งได้บัญญัติไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ เกี่ยวกับวิธีการซึ่งฝ่ายปกครองจะกระทำได้ในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”^(๒๔) ในแง่นี้ “นิติรัฐ” จึงหมายถึง “รัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่หรือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยมนุษย์” (“Government of law, not of men”)^(๒๕) เพราะแม้แต่องค์กรผู้ตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมายก็ต้องผูกพันอยู่ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมายที่ตนได้ตราขึ้นด้วย เพื่อให้เข้าใจความหมายของ “นิติรัฐ” ได้ดียิ่งขึ้น *กาเร่ เดอ มัลแบร์* ได้เปรียบเทียบ “นิติรัฐ” กับ “Police State” (“Etat de Police” ในภาษาฝรั่งเศส)^(๒๖) โดยท่านผู้นี้ได้อธิบายว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” เป็นรัฐซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ขึ้นใช้บังคับกับประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระและด้วยความริเริ่มของตนเองเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่ง ๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐโดยสรุปแล้ว “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า เป้าหมาย (ends) สำคัญกว่าวิธีการ (means) เสมอและเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ^(๒๗)

^(๒๓) V.L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, ๒๐๐๒, p. ๓๗, อ้างไว้ใน Elisabeth Zoller, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๑, หน้า ๖๓

^(๒๔) R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat : Tome I*, ๑๙๒๐, p. ๔๘๙, อ้างไว้ใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย”, ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๕, หน้า ๒๗๘

^(๒๕) Michel Troper, “Obedience and Obligation in the Rechtsstaat”, in *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge : Cambridge University Press, ๒๐๐๓, p. ๙๕, อ้างไว้ในจันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, หน้า ๒๗๘

^(๒๖) นักวิชาการหลายท่านแปลคำ ๆ นี้เป็นภาษาไทยว่า “รัฐตำรวจ” แต่ผู้เขียนขอแปลคำ ๆ นี้ว่า “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม”

^(๒๗) Carré de Malberg, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, หน้า ๔๘๘

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบาย^(๒๘) ว่า จากคำอธิบายดังกล่าวข้างต้น “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” จึงไม่ต้องผูกพันตนกับเงื่อนไขกฎเกณฑ์ของกฎหมายใด ๆ ที่ตนเองเป็นผู้ตราขึ้น กฎหมายที่รัฐเป็นผู้ตราขึ้นจะใช้บังคับก็เฉพาะแต่กับความสัมพันธ์และการกระทำในระหว่างประชาชนกับประชาชนเท่านั้น สำหรับองค์กรของรัฐนั้นเนื่องจากอยู่เหนือกฎหมาย จึงไม่ถูกผูกพันโดยกฎหมายดังกล่าว แต่ประการใด ศาลและกระบวนการยุติธรรมของ “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ไม่มีความอิสระ จึงไม่อาจอำนวยความสะดวกและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้ ในแง่นี้ กฎหมายใน “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” จึงไม่เป็นกฎเกณฑ์ที่จะใช้จำกัดและควบคุมความประพฤติหรือควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” และในขณะเดียวกัน กฎหมายก็ไม่ใช่หลักประกันเสรีภาพให้แก่ประชาชนและปกป้องประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะเหตุที่ “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” มิได้คำนึงถึงวิธีการแต่มุ่งที่ผลสำเร็จของเป้าหมาย ตามนิยาม “ความสำเร็จของเป้าหมายสร้างความชอบธรรมแก่วิธีการ” ดังนั้น ใน “รัฐที่มีการจัดระเบียบสังคม” ประชาชนจึงเสี่ยงภัยกับการกระทำตามอำเภอใจของรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การจับ การควบคุมตัว การขัง การลงโทษ ฯลฯ โดยไม่อาจคาดหมายผลทางกฎหมายของการกระทำของตนได้ แต่สำหรับ “นิติรัฐ” นั้น เนื่องจากรัฐต้องผูกพันตนกับกฎหมายที่ตนเป็นผู้ตราขึ้น ดังนั้น กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจึงเป็นทั้งฐานที่มาแห่งอำนาจและขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวแล้ว ในแง่นี้ วิธีการปฏิบัติงาน (means) ของเจ้าหน้าที่จึงมีความสำคัญเท่าเทียมกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ (ends) ของงานนั้น เมื่อรัฐบาลและฝ่ายปกครองยอมอยู่ใต้กฎหมาย ยอมเคารพและปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ แห่งกฎหมายทั้งในด้านการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ “นิติรัฐ” จึงเป็นรัฐที่มุ่งจำกัดและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยกฎหมายเพื่อให้รัฐบาลปกครองประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายเท่านั้นและมีให้สามารถใช้อำนาจนั้นไปโดยอำเภอใจโดยไม่มีขอบเขตหรือไร้กฎเกณฑ์จนทำลายสิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยเจตจำนงของมนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองรัฐดังกล่าวแล้ว

๔.๓ สารสำคัญของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบาย^(๒๙) ว่า คำสอนของนักคิดชาวเยอรมันว่าด้วย “นิติรัฐ” แนวใหม่เป็นความพยายามที่จะนำข้อเรียกร้องทั้งหลายของ “หลักนิติรัฐ” ที่ได้รับการพัฒนามาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ มารวบรวมไว้ทั้งหมด โดย Theodor Maunz^(๓๐) นักกฎหมายมหาชนชาวเยอรมันเห็นว่า หลักการดังต่อไปนี้เป็นสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ”

- (๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- (๒) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (๓) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง
- (๔) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา

^(๒๘) จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๒๔, หน้า ๒๘๒-๒๘๓

^(๒๙) บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip)”, ใน เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๕, หน้า ๒๓๔

^(๓๐) Maunz/Duerig Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art. ๒๐, อ้างไว้ใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๒๔

- (๕) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
- (๖) หลัก “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”
- (๗) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

Maunz เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้เป็นมงกุฏของ “หลักนิติรัฐ” หลักนี้หมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้^(๓๑) ในขณะที่อังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร “หลักนิติธรรม” ในอังกฤษจึงมิได้เรียกร่องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อธิบาย^(๓๒) ว่า หลักนิติรัฐนั้นมีทฤษฎีที่โดดเด่นและเป็นประโยชน์ต่อระบอบประชาธิปไตยและกระบวนการยุติธรรมอย่างยิ่งคือ ทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมาย (le principe de hiérarchie des normes) หรือ “ปีรามิดแห่งกฎหมายของรัฐ” ซึ่งหมายความว่าบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับภายในรัฐนั้นมีได้อยู่ในระนาบเดียวกันทั้งหมด แต่มีลำดับชั้นสูงต่ำลดหลั่นกันลงมาเป็น ๔ ระดับ พอสรุปได้ ดังนี้

- (๑) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด
- (๒) รัฐบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตราขึ้น
- (๓) อนุบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐบัญญัติได้ให้อำนาจไว้ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง
- (๔) กฎหมายลำดับรองที่นิติบุคคลได้รับการกระจายอำนาจจากรัฐเป็นผู้ตราขึ้นซึ่งแบ่งออกเป็น

(ก) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางเขตแดนหรือทางพื้นที่ ได้แก่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นผู้ตราขึ้น ในรูปของข้อบัญญัติท้องถิ่น

(ข) กฎหมายลำดับรองที่องค์กรที่ได้รับการกระจายอำนาจทางบริการหรือทางเทคนิค ได้แก่ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน องค์กรอิสระทางปกครอง เป็นผู้ตราขึ้น ในรูปของข้อบังคับขององค์กรดังกล่าว

จากทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้น “หลักนิติรัฐ” จึงเรียกร่องให้มีหลักดังต่อไปนี้

- (๑) “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ” หรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบ
- (๒) กฎหมายที่มีระดับต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีระดับสูงกว่ามิได้
- (๓) “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง” หรือ “หลักที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ

^(๓๑) Jarass/Pieroth, Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Art. ๑๐๓ Rdhr, ๕๒, อ้างไว้ใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๙

^(๓๒) จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, หน้า ๒๘๓-๒๘๖

ที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ หรือที่กล่าวกันว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

๕. ความแตกต่างระหว่าง “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของอังกฤษ และ “หลักนิติรัฐ” ตามแบบฉบับของเยอรมันและฝรั่งเศส

รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อธิบาย^(๓๓) ว่า เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ประกอบกับการปรับใช้ “หลักนิติรัฐ” ในระบบกฎหมายเยอรมันและ “หลักนิติธรรม” ในระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่า หลักทั้งสองมีความแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

๕.๑ ความแตกต่างกันในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย

“หลักนิติธรรม” เป็นแนวความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสูงของอังกฤษได้สร้างขึ้นเพื่อใช้อ้างอิงในการพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง โดยถือว่า เมื่อศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักกฎหมายเป็นแนวทางในการพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งแล้ว ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อ ๆ มาที่มีข้อเท็จจริงและลักษณะคดีอย่างเดียวกัน ศาลต่าง ๆ ก็จะต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลสูงได้เคยตัดสินไว้ในคดีก่อน จึงเรียกหลักกฎหมายเช่นนี้ว่า “Case Law” ซึ่งเท่ากับเป็นกฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษาหรือเป็นการยอมรับให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการสร้างกฎหมายขึ้นมาได้

ส่วนประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ซึ่งถือว่ากฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากการตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนศาลหรือผู้พิพากษานั้นเป็นเพียงผู้ที่นำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในระบบประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป แนวคำวินิจฉัยของศาลจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ข้อดีของระบบกฎหมายนี้ก็คือความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีมากกว่า

๕.๒ ความแตกต่างกันในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษจึงมิได้เป็นการประกันโดยกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่อยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ แต่สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษได้รับการประกันโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

ในระบบประมวลกฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการประกันหรือคุ้มครองโดยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงและมีผลผูกพันทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งหมายความว่า องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

^(๓๓) วรเจตน์ ภาคีรัฐ, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ใน เอกบุณย วงศ์สวัสดิ์กุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๕, หน้า ๓๓๖-๓๔๑

จะตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมิได้

๕.๓ ความแตกต่างกันในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ในอังกฤษซึ่งเดิมตาม “หลักนิติธรรม” นั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐอธิปัตย์ ในทางทฤษฎี รัฐสภาของอังกฤษสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็ได้มีผลทำให้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นสิ้นผลลงแต่อย่างใด ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณีของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และด้วยเหตุนี้เอง อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาในอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมืองไม่ใช่การควบคุมทางกฎหมาย “หลักนิติธรรม” ที่พัฒนาขึ้นมาในอังกฤษจึงสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

ตาม “หลักนิติรัฐ” องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ดังนั้น เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับ “หลักนิติรัฐ” จึงกำหนดให้มีองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น โดยปกติแล้ว องค์กรที่ทำหน้าที่ในลักษณะนี้ย่อมได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงอาจกล่าวได้ว่า ตาม “หลักนิติรัฐ” การตรากฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ “หลักนิติรัฐ” ที่พัฒนาขึ้นมาในเยอรมันจึงสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

๕.๔ ความแตกต่างกันในแง่ของการมีศาลปกครอง

โดยที่ “หลักนิติธรรม” ถือว่า ทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและต้องฟ้องคดีต่อศาลเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายของอังกฤษจึงไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป ในอังกฤษ การฟ้องคดีขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม

ในระบบประมวลกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปนั้นมีการแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและไม่ได้ยึดถือหลักการตาม “หลักนิติธรรม” ของอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องกระทำโดย “ศาลธรรมดา” เท่านั้น ในประเทศเยอรมันมีระบบศาลแยกออกต่างหากจากกันถึง ๖ ระบบศาล คือ (๑) ศาลรัฐธรรมนูญ (๒) ศาลยุติธรรม (๓) ศาลแรงงาน (๔) ศาลปกครอง (๕) ศาลภาษีอากร และ (๖) ศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน ๓ ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไปจะได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะคือ คดีภาษีอากรจะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

๕.๕ ความแตกต่างกันในแง่ของระบบวิธีพิจารณาคดี

โดยที่ “หลักนิติธรรม” ที่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันหรือไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่พิพาท ซึ่งส่งผลต่อการออกแบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นศาลด้วย โดยในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษนั้น ศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความในคดี ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีปกครอง โดยศาลจะควบคุมการดำเนินกระบวนการให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันอย่างเป็นธรรม แล้วตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหาคความขัดแย้งโดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรม^(๓๔)

ส่วน “หลักนิติรัฐ” ที่พัฒนาขึ้นในระบบประมวลกฎหมายของเยอรมันนั้น ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับพยานหลักฐานที่คู่ความได้ยื่นต่อศาลเท่านั้น ผู้พิพากษาของเยอรมันจึงเปรียบเสมือนเป็นแขนของกฎหมายที่ยื่นออกไป มีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราชูไว้ในมือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรมและบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล^(๓๕)

๕.๖ ความแตกต่างกันในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

“หลักนิติรัฐ” ถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะขาดเสียมิได้

ส่วน “หลักนิติธรรม” นั้น เมื่อพิจารณาข้ออธิบายแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจใน “หลักนิติธรรม” นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ในอังกฤษนั้น รัฐสภากับรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกันอย่างมาก นอกจากนี้ ยังปรากฏว่าในอังกฤษมีการตราบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองบังคับการให้เป็นไปตามบัญญัติและให้องค์กรฝ่ายบริหารวินิจฉัยข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางตุลาการด้วย นักกฎหมายบางท่านของเยอรมันจึงมีความเห็นว่าในอังกฤษ ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ^(๓๖)

๖. “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ตามความเข้าใจของไทย

๖.๑ การอ้างอิงถึง “หลักนิติธรรม” โดยนักกฎหมายไทย

ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ธาณิชกร ธีรวิเชียร อธิบายว่า “หลักนิติธรรม” หมายถึง หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม โดยมุ่งประสงค์ให้รัฐต้องให้ความอารักขาคคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิตหาราช และหากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายบ้านเมือง^(๓๗)

^(๓๔) Th. Fleiner/L.Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, Berlin Heidelberg:Springer, ๒๐๐๔, p. ๒๕๑, อ้างไว้ใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๑, หน้า ๓๔๐

^(๓๕) Th. Fleiner/L.Basta Fleiner, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๔, หน้า ๒๕๑

^(๓๖) K. Loewenstein, Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien. Bd. I, Berlin-Heidelberg-New York : Springer, ๑๙๖๗, p. ๘๔, อ้างไว้ใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๓, หน้า ๓๔๑

^(๓๗) อ้างไว้ใน ไพฑูริย์ วราหะไพฑูริย์, “หลักนิติธรรมกับการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๑ ปี ๒๕๕๖, วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า ๕

๖.๒ การให้ความหมายของ “นิติธรรม” ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔
พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “นิติธรรม (กฎ) น. หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (อ. rule of law)” ทั้งนี้ พจนานุกรมฉบับดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” แต่อย่างใด

๖.๓ การบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญ

๖.๓.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗

รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่อ้างถึง “หลักนิติธรรม” คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ ซึ่งบัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ แสดงออกให้ปรากฏซึ่งปณิธานร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่า ... จักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

๖.๓.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙

รัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒ ที่อ้างถึง “หลักนิติธรรม” คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ ซึ่งบัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “... จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อนโดยคำนึงถึงหลักนิติธรรม ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

๖.๓.๓ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

(๑) รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่อ้างถึง “หลักนิติธรรม” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้ใน ๒ มาตรา ดังนี้

(ก) มาตรา ๓ วรรคสอง บัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

(ข) มาตรา ๗๘ (๖) บัญญัติว่า

“มาตรา ๗๘ รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

๑.๓.๑

๑.๓.๑

(๖) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

๑.๓.๑

๑.๓.๑

(๒) ในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น เลขานุการคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ คือ ศาสตราจารย์ สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้เสนอให้มีการใช้คำว่า “นิติรัฐ” ในมาตรา ๓ แต่ที่ประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้นเป็นคำที่ผู้เข้าใจน้อย

จึงขอให้ใช้คำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นคำที่คุ้นเคยในหมู่นักกฎหมายไทยแทน ร่างฯ ของคณะกรรมการฯ จึงใช้คำว่า “นิติธรรม” แทนคำว่า “นิติรัฐ”^(๓๘)

(๓) ต่อมา เมื่อมีการนำร่างรัฐธรรมนูญฯ เข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาในประเด็นนี้แล้ว มีทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย เช่น

นายวิชัย รูปขำดี ได้อภิปรายไม่เห็นด้วยที่จะบัญญัติคำว่า “นิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลในการอภิปรายไว้ ดังนี้

“ในมาตรานี้ รัฐธรรมนูญปี ๒๕๕๐ มิได้มีข้อความในวรรคที่สอง มาตรานี้ กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่าง ๆ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ เหตุผลของการเพิ่มในวรรคสองนั้น ก็ทราบจากข้อความที่กำหนดไว้ว่า ต้องการที่จะให้เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แล้วก็เป็นอย่างมีเหตุผลขององค์กรต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ แต่ว่าเหตุผลก็คือว่า การที่มีวรรคสองนั้น ก็เพียงแต่บอกว่าการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นเพื่อให้เป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” ซึ่งถ้าหากพิจารณาแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความจำเป็น เนื่องจากเหตุว่าบรรดาข้อความในการใช้อำนาจอธิปไตยก็ย่อมชัดเจนว่าจะต้องให้องค์กรเหล่านี้ ได้ปฏิบัติตามกฎหมายตามหลักของ “นิติธรรม” อยู่แล้ว ตัวอย่างเช่น ในการออกพระราชบัญญัติใด ๆ ก็ตาม ก็จะต้องมีองค์กร มีรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามบทบัญญัติเหล่านั้น ดังนั้น ไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มข้อความในวรรคสอง

นอกจากนี้ คำว่า “หลักนิติธรรม” ก็อาจจะนำไปสู่การอธิบายให้เห็นว่า อาจจำเป็นต้องมีการใช้อำนาจบังคับให้องค์กรต่าง ๆ นี้กระทำ ถ้าหากไม่กระทำ ก็อาจจะส่งผลให้เกิดการฟ้องร้อง ดังนั้น ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมา แล้วประการที่สาม การที่บัญญัติไว้ในวรรคที่สอง ก็อาจจะนำมาซึ่งการตีความที่ยุ่งยาก แล้วก็อาจจะไม่เป็นตามเจตนารมณ์ของวรรคหนึ่ง ด้วยเหตุว่า อาจจะมีการตีความที่ไม่ตรงกับการใช้อำนาจของวรรคหนึ่งได้ ดังนั้น กระผมจึงเห็นว่าไม่น่าจะมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดวรรคที่สองไว้ในมาตราที่ ๓ นี้”^(๓๙)

นายอัษฎพร จารุจินดา กรรมการฯ ได้ชี้แจงตอบข้ออภิปรายดังกล่าวข้างต้น ของนายวิชัย รูปขำดี ดังนี้

“... เหตุผลของคณะกรรมการที่เพิ่มวรรคสองของมาตรา ๓ ว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ที่จะไปทำตามรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” นั้น ... วัตถุประสงค์ก็คือ เพื่อต้องการวางกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในการใช้อำนาจเหนือประชาชนทั้งหลายว่า ในการใช้อำนาจหน้าที่นั้น จะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” ... คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้น ... เป็นคำที่บัญญัติอยู่ในพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทย ของราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า หลักพื้นฐานของกฎหมาย และในความเข้าใจพื้นฐานของกฎหมายนั้น ... หมายถึง ๒ ประการ

^(๓๘) สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร หลักนิติธรรม เพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๒ ปี ๒๕๕๗, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า ๗

^(๓๙) รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๐ วันจันทร์ที่ ๑๑ เดือนมิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๕๐ ณ ตึกรัฐสภา หน้า ๔๙ อ้างไว้ในภาคผนวก ข ของบทความของ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๑, หน้า ๓๕๐

ประการแรก ก็คือ เรื่องการตรากฎหมายขึ้นว่า การตรากฎหมายขึ้นจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม กฎหมายจะต้องตราขึ้นโดยให้ความเป็นธรรมโดยทัดเทียมกับประชาชนทั่ว ๆ ไป

ประการที่สอง ก็คือ เรื่องการกระทำ การกระทำที่หมายความว่า เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีการใช้กฎหมายไปใช้บังคับนั้นจะปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต้องประกอบด้วยเหตุ ๒ ประการก็คือ ๑. ก็ต้องมีกฎหมายรับรองการใช้อำนาจหน้าที่นั้น ประการที่ ๒ ก็คือ การกระทำจะเกินเลยไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมายไม่ได้

นี่คือสิ่งที่เป็นความหมายของ “หลักนิติธรรม” ที่เป็นที่เข้าใจกัน และกรรมาธิการก็เข้าใจว่า ในสิ่งนี้ได้มีการพูดกันมากอยู่ในวงสังคมอยู่แล้ว แต่ไม่เคยนำเรื่องนี้มาบัญญัติไว้ โดยเฉพาะเจาะจงในทางกฎหมาย สิ่งที่เกิดขึ้นมา ในเหตุเกิดมาก่อนที่จะมีการยกร่างรัฐธรรมนูญนี้ จึงมักปรากฏอยู่เสมอว่า ได้มีการละเลยการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” นั้น เพื่อเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของการยกร่างรัฐธรรมนูญในคราวนี้ แล้วก็ยืนยันหลักการนี้ว่าเป็นหลักการที่มีอยู่จริง และจะต้องได้รับการปฏิบัติจากผู้ปฏิบัติงานของรัฐทุกประเภทนั้น จึงเห็นควรที่จะมาบัญญัติเป็นวรรคสองของมาตรา ๓ เพื่อเป็นกรอบเช่นนี้ขึ้น...”^(๔๐)

นอกจากนี้ ยังมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางคนเห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า “นิติธรรม” แต่ควรใช้คำว่า “นิติรัฐ” แทน คือ นายคมสัน โพธิ์คง ซึ่งได้อธิบายไว้ ดังนี้

“... ในประเด็นเรื่อง “หลักนิติธรรม” นั้น ขอให้แก้ไขเป็นคำว่า “หลักนิติรัฐ” แทนคำว่า “หลักนิติธรรม” ... คำว่า “หลักนิติรัฐ” ... มีความหมายที่ครอบคลุมกว้างขวางมากกว่า คำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว คำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นมีความหมายในลักษณะที่มักจะใช้กันภายในองค์กรศาลเท่านั้น... คำว่า “หลักนิติรัฐ” ... โดยหลักการไม่ได้แปลว่า รัฐตามกฎหมายอย่างที่มีหลายคนเข้าใจว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้นคือรัฐตามกฎหมาย ... “หลักนิติรัฐ” เมื่อใช้ในประเทศต่าง ๆ ... จะมีลักษณะสำคัญอยู่ ๓ ประการ

ประการแรก ก็คือ ในประเทศนั้น กฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด การกระทำต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าในทางนิติบัญญัติ ในทางปกครอง ก็ต้องเคารพต่อกฎหมาย... ในการกระทำในทางปกครอง...จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและต้องชอบด้วยกฎหมาย...

ประการที่สอง ก็คือ ในประเทศที่เป็น “นิติรัฐ” นั้น ขอบเขตแห่งอำนาจของรัฐย่อมมีการกำหนดไว้ชัดเจน เริ่มตั้งแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น ๓ อำนาจ คือ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ มีขอบเขตของการใช้อำนาจทั้งสามนี้อย่างครบถ้วน...

ประการที่สาม ก็คือว่า ภายใต้ “หลักนิติรัฐ” ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องมีหลักประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ... แล้วก็ต้องกำหนดให้ผู้พิพากษาที่มีอิสระในคดีแพ่งและคดีอาญานั้นอยู่ในการควบคุมภายใต้หลักกฎหมายด้วย... เพื่อเป็นหลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน

ภายใต้ “หลักนิติรัฐ” ...ก็เกิดแนวคิดในเรื่อง “หลักนิติธรรม” หรือที่เรียกว่า “The Rule of Law” ขึ้นในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

^(๔๐) เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๕๑-๓๕๒

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษคือ เอ.วี.ไดซีย์ ได้กล่าวถึง “หลักนิติธรรม” ว่า ต้องมีลักษณะสำคัญ ๓ ประการ

ประการที่ ๑ ก็คือ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ แล้วก็บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา ก็ต่อเมื่อมีหลักกฎหมายว่าด้วยกำหนดความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นจะต้องเป็นโทษที่แสดงให้เห็นว่า บุคคลจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้กฎหมายเท่านั้น เจ้าพนักงานของรัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้

ประการที่ ๒ ก็คือ บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน คือ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี ... แล้วก็ทั้งบุคคลใดไม่ว่ารัฐหรือเอกชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ...

ประการที่ ๓ หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดจากผลของกฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากศาลตีความ ...

หลักสำคัญในเรื่องของ “หลักนิติรัฐ” ... มี... อยู่ ๗ เรื่อง ...

๑. ... หลักการแบ่งแยกอำนาจ ...

๒. ... หลักการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

๓. ... หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ...

๔. ... หลักความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมให้แก่ประชาชน

๕. ... หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

๖. ... หลักในเรื่องของการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ

๗. ... หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ...

...

เพราะฉะนั้น ผมจึงมีความเห็นว่าในมาตรา ๓ ... ควรจะต้องเป็นไปตาม “หลักนิติรัฐ” ซึ่งจะมีความหมายครอบคลุมกว้างขวาง...”^(๔๑)

ศาสตราจารย์ สมคิด เลิศไพฑูรย์ กรรมการธิการฯ ได้ตอบคำถามเรื่อง “นิติธรรม” กับ “นิติรัฐ” ไว้ดังนี้

“... “นิติธรรม” นั้น มาจากคำภาษาอังกฤษว่า “The Rule of Law” ซึ่งเป็นหลักที่ทุกประเทศใช้ ... เป็นหลักที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศที่เป็น Common Law คือประเทศอังกฤษ ส่วนหลักเรื่อง “นิติรัฐ” นั้นเป็นหลักที่เกิดในประเทศ Civil Law ก็คือ ประเทศเยอรมันใช้คำว่า “Rechtsstaat” ซึ่งเป็นคำที่กรรมการได้พิจารณาอย่างถ่องแท้พอสมควรแล้วว่า คำว่า “นิติรัฐ” นั้น เป็นคำที่มีความหมายคล้ายคลึงกัน... ในทางวิชาการ แม้ว่าจะพูดว่าต่างกัน ก็ต่างกันเล็กน้อย ความจริงหลักทั้ง ๒ หลักมีหลักตรงกันว่า หลักที่ ๑ ก็คือ หลักที่บอกว่าถ้าไม่มีกฎหมายนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐคือฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น ... ซึ่งต่างจากเอกชน เอกชนนั้นถ้าจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ก็สามารถดำเนินการได้เสมอ ...

^(๔๑) เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๕๙-๓๖๒

หลักที่ ๒ ก็คือ แม้มีกฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้นี้ ก็จะกำหนดเงื่อนไข กำหนดขอบเขตไว้ว่า มีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน อย่างไรก็ตาม ... ฝ่ายปกครอง ... จะใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ ...

คำทั้ง ๒ คำ ก็มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ... คำว่า “นิติธรรม” นั้นเป็นคำที่คนไทยโดยทั่วไป ... คู่กันเคยและรู้จักกันดี ... แต่คำว่า “นิติรัฐ” นั้น อาจจะมีคำถาม ... ว่ามีความหมายกว้างขวางอย่างไรบ้าง ... กระบวนการขออนุญาตใช้คำว่า “นิติธรรม” น่าจะถูกต้องแล้ว ...”^(๔๒)

จากการชี้แจงดังกล่าวข้างต้น สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมิได้แก้ไขคำว่า “หลักนิติธรรม” เป็น “หลักนิติรัฐ” โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จึงใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ทั้งในมาตรา ๓ วรรคสองและมาตรา ๗๘ (๖) โดยได้มีการจัดทำเอกสารที่เรียกว่า “เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐” ซึ่งมีการกล่าวถึงเจตนารมณ์ของมาตรา ๓ ไว้ดังนี้

“เจตนารมณ์ กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ การใช้อำนาจนั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้

หมายเหตุ

...

...

๓) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat / Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซิวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรมซึ่งมีความหมายรวมถึงหลักดังต่อไปนี้

(๑) หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ

(๒) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

(๓) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(๔) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้น จะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน

(๕) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

^(๔๒) เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๖๘-๓๖๙

(๖) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิดซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา
(Nullum crimen nulla poena sine lege)

(๗) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน ๒ ประการคือ

(๑) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจ
กระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(๒) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมาย
ไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

๔) รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒๒/๒๕๕๐ วันจันทร์ที่ ๑๑
มิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๕๐”^(๔๓)

๖.๓.๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ ซึ่งใช้บังคับ
อยู่ในปัจจุบันอ้างอิงถึงหลักนิติธรรมไว้ในมาตรา ๓๕ (๖) ดังนี้

“มาตรา ๓๕ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้
ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

๑) ๑)

๑) ๑)

(๖) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการเสริมสร้างความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม ...

๑) ๑)

๑) ๑)

๖.๓.๕ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ (ที่มีศาสตราจารย์กิติติคุณ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน)

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ
(ที่มีศาสตราจารย์กิติติคุณ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธาน) ก็ได้มีการนำเอา “หลักนิติธรรม”
มาบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

(๑) มีการบัญญัติ “หลักนิติธรรม” ไว้โดยนำมาใช้เป็นชื่อภาค ๓ หลักนิติธรรม
ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

(๒) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๓ วรรคสอง ว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ
และหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

(๓) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๒๐๕ ดังนี้

“มาตรา ๒๐๕ หลักนิติธรรม อันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญในระบอบ
ประชาธิปไตย อย่างน้อยมีหลักการพื้นฐานสำคัญ ดังต่อไปนี้

(๑) ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเหนืออำเภอใจของบุคคลและ
การเคารพรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งโดยรัฐและประชาชน

(๒) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค

^(๔๓) อ้างไว้ในภาคผนวก ก. ของบทความของวรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๓, หน้า ๓๔๕-๓๔๖

(๓) การแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการป้องกันการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม

(๔) นิติกระบวนอันเป็นธรรม ซึ่งอย่างน้อยต้องไม่บังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ให้บุคคลมีสิทธิในการปกป้องตนเองเมื่อสิทธิหรือเสรีภาพถูกกระทบ ไม่บังคับให้บุคคลต้องให้อภัยค่าซึ่งทำให้ต้องรับผิดทางอาญา ไม่ทำให้บุคคลต้องถูกดำเนินคดีอาญาในการกระทำความผิดเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง และมีข้อจำกัดให้สันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิด

(๕) ความเป็นอิสระของศาลและความสุจริตเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม”

(๔) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๒๐๗ วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา ๒๐๗ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ฯลฯ

ฯลฯ”

(๕) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๒๐๘ วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา ๒๐๘ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมต้องเป็นไปโดยเที่ยงธรรม ปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์และปราศจากอคติทั้งปวง และต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ และตามกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ”

(๖) มีการบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๒๑๔ วรรคหนึ่ง ดังนี้

“มาตรา ๒๑๔ องค์กรอัยการมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

ฯลฯ

ฯลฯ”

๖.๓.๖ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธาน) มีการนำเอา “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในร่างมาตรา ๓ วรรคสอง ดังนี้

“รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม

๗. บทสรุป

๑. แม้ว่าประเทศไทยจะใช้ระบบประมวลกฎหมาย มิได้ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่นักกฎหมายไทยจำนวนมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักกฎหมายไทยที่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับอิทธิพลทางความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ค่อนข้างมากโดยมีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายที่ศาลฎีกาได้ใช้ในการพิพากษาคดีมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

และได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี ค่อนข้างมาก โดยมีความเข้าใจว่าตาม “หลักนิติธรรม” นั้น บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และถ้ามีข้อพิพาทกัน ก็ต้องขึ้นศาลเดียวกัน ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้ได้รับการรับรองโดยพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ที่ให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “นิติธรรม (กฎหมาย) หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (o.rule of law)” โดยพจนานุกรมฉบับดังกล่าวมิได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” แต่อย่างไร ทั้ง ๆ ที่ “หลักนิติรัฐ” นั้น เป็นหลักการพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายที่ประเทศไทยใช้อยู่

๒. ในส่วนของการจัดระบบศาลนั้น ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมีความเห็นว่า ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดีแต่ละประเภทควรประกอบด้วย ผู้พิพากษาหรือตุลาการควรมีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับหลักกฎหมายและมีความเข้าใจในลักษณะคดีที่ศาลนั้นจะต้องพิจารณาพิพากษา เช่น

ฝรั่งเศส มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสำหรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ มีศาลยุติธรรมสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา และมีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

เยอรมัน มีศาลรัฐธรรมนูญสำหรับพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ มีศาลยุติธรรมสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา มีศาลแรงงานสำหรับพิจารณาคดีแรงงาน มีศาลปกครองสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง มีศาลภาษีสำหรับพิจารณาคดีภาษี และมีศาลสังคมสำหรับพิจารณาคดีเกี่ยวกับกฎหมายประกันสังคม

๓. ประเทศไทยได้นำเอาหลักการสำคัญ ๆ ของ “หลักนิติรัฐ” ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมาใช้เป็นเวลานานแล้ว ไม่ว่าจะเป็หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักลำดับชั้นของกฎหมาย และนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นต้นมา ประเทศไทยก็ได้นำเอาระบบศาลหลายระบบศาลแบบเยอรมันมาใช้ โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้มีการยกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นศาลรัฐธรรมนูญและให้มีระบบศาลปกครองเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม ซึ่งตรงกันข้ามกับ “The Rule of Law” ตามแบบฉบับของศาสตราจารย์ไดซี

๔. โดยที่ความเข้าใจเกี่ยวกับ “หลักนิติธรรม” และ “หลักนิติรัฐ” ของไทยนั้นยังมีความแตกต่างกันอยู่ จนเกิดความเข้าใจว่าคำทั้งสองมีความหมายที่ใกล้เคียงกันจนแยกกันไม่ออกและมีแนวโน้มที่จะอ้างถึงหลักทั้งสองควบคู่กันไป ดังจะเห็นได้จากแผนยุทธศาสตร์ศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๔ – ๒๕๕๙ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิสัยทัศน์เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินงานภายในระยะเวลา ๕ ปีว่า “ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักของนิติรัฐและนิติธรรมในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” อีกทั้งยังมีพันธกิจหลักในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สร้างบรรทัดฐานการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ สร้างความถูกต้องเป็นธรรมของระบบนิติรัฐและรักษาความชอบธรรมของการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข^(๔๔)

^(๔๔) คู่มือผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นอป.) รุ่นที่ ๔ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า ๒๔-๒๕

๕. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ มีการอ้างถึง “หลักนิติธรรม” โดยมีได้ระบุว่า “หลักนิติธรรม” มีความหมายหรือหลักการสำคัญอะไรบ้าง กรณีจึงขึ้นอยู่กับองค์การตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่า “หลักนิติธรรม” ที่รัฐธรรมนูญอ้างถึงนั้นมีความหมายว่าอย่างไร

บรรณานุกรม

๑. ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎีและหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ ๔, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๘)
 ๒. ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๒๓, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๙)
 ๓. ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๙, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๘)
 ๔. ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๒ ตอน ๓ พ.ศ. ๒๕๒๖, หน้า ๔๘๙-๕๒๑ และเล่ม ๓ ตอน ๑ พ.ศ. ๒๕๒๗, หน้า ๒
 ๕. สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๒ ปี ๒๕๕๗, วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
 ๖. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), นิติรัฐ นิติธรรม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพ : ๒๕๕๓)
-