



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักนิติธรรมตามบริบทสังคมไทย
The rule of law in the context of Thai society.

จัดทำโดย พลตำรวจตรี จตุรงค์ ภูมิรินทร์
รหัส 600506

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๕
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมตามบริบทสังคมไทย

พลตำรวจตรี จตุรงค์ ภูมิรินทร์*

บทคัดย่อ

บทคัดย่อ

หลัก “การปกครองโดยกฎหมาย” ถือเป็นหลักสำคัญที่มีปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์การปกครองในหลายประเทศมาอย่างยาวนาน รวมถึงประเทศไทยด้วย แต่เนื่องจากการขยายอิทธิพลตามลัทธิอาณานิคมของชาติตะวันตกที่มีต่อประเทศในภูมิภาคเอเชีย ส่งผลให้ประเทศไทยต้องมีการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดตะวันตก จึงส่งผลให้แนวคิดการปกครองโดยกฎหมายของไทยแต่ดั้งเดิมที่เป็นหลักการปกครองโดยกฎหมายภายใต้คติทางพุทธศาสนา ต้องเปลี่ยนแปลงไปอยู่ภายใต้หลักการปกครองโดยกฎหมายตามคติทางตะวันตกซึ่งมีทั้งหลัก “นิติธรรม” (Rule of Law) ในระบบกฎหมาย Common Law และ หลัก “นิติรัฐ” (Legal State) ในระบบกฎหมาย Civil Law แต่แนวคิดแบบตะวันตกนี้มีรูปแบบที่แตกต่างกับของไทยพอสมควร อันเนื่องมาจากมีพัฒนาการมาจากบริบททางสังคมที่แตกต่างกัน และด้วยเหตุดังกล่าวประเทศไทยในยุคปัจจุบันจึงมักจะประสบปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายอยู่ในหลายกรณี ดังนั้นการนำเอาแนวคิดพื้นฐานเดิมของหลักการปกครองโดยกฎหมายของสังคมไทยภายใต้คติทางพุทธศาสนามาปรับใช้กับระบบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันจึงน่าจะเป็นวิธีการแก้ปัญหาทางด้านกฎหมายของประเทศไทยได้ตรงตามบริบท อย่างถูกต้อง และยั่งยืน

คำสำคัญ หลักการปกครองโดยกฎหมาย, หลักนิติธรรม (Rule of Law), หลักนิติรัฐ (Legal State)

*ที่ปรึกษาคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

บทนำ

หลักนิติธรรม หรือ Rule of Law เป็นหลักการปกครองที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิด “การปกครองโดยกฎหมายมิใช่โดยบุคคล” (The Rule of Law, Not The Rule of Men) ที่มีปรากฏมาตั้งแต่สังคมในยุคสมัยโบราณ ผ่านพัฒนาการตามยุคสมัยต่างๆ มาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน แต่ทั้งนี้ หลักนิติธรรมที่มีอิทธิพลอยู่ในโลกยุคปัจจุบัน ซึ่งรวมถึงในประเทศไทย นั้นล้วนแต่มีรากฐาน และพัฒนาการมาจากคติแนวคิดของสังคมชาติตะวันตกเสียเป็นส่วนใหญ่ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายนั้นเป็นแนวคิดที่มีปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์การปกครองของสังคมไทยมาอย่างยาวนาน เช่นเดียวกัน เพียงแต่เมื่อประเทศสยามได้มีการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 โดยมีการปรับปรุงระบบกฎหมายให้เป็นไปตามรูปแบบของชาติตะวันตกประกอบกับการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เมื่อปี พ.ศ. 2475 จึงส่งผลให้แนวคิดของหลักนิติธรรมตามแบบตะวันตกเข้ามามีอิทธิพลต่อระบบการปกครอง และระบบกฎหมายของประเทศไทยมาจนถึงปัจจุบัน และเรียกการปกครองแบบนี้ในภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” แต่ทั้งนี้หากศึกษาจากรายละเอียดในเชิงพัฒนาการ และส่วนประกอบของแนวคิดนี้ จะพบว่าแนวคิดหลักของการปกครองโดยกฎหมาย ตามคติของสังคมไทยนั้นมีความแตกต่างจากคติของชาติตะวันตกอยู่ในบางแง่มุม อันมีผลมาจากความแตกต่างในบริบทของสังคมและชนชาติ หรือแม้กระทั่ง คติของชาติตะวันตกเองนั้น ก็ยังมีการแบ่งแยกหลักนี้ออกเป็น 2 กลุ่ม คือ หลัก Rule of Law ของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law และ หลัก Legal State ของประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย Civil Law ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อน่าสังเกตที่น่าสนใจว่า แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะมีระบบกฎหมายที่มีที่มาจากระบบกฎหมายของชาติตะวันตก แต่ในการใช้หลักการปกครองโดยกฎหมายนั้น ก็ควรที่จะยึดถือตามคติของสังคมไทยเป็นหลัก เพื่อที่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และสอดคล้องกับบริบทสังคมไทยอย่างแท้จริง ดังนั้นในบทความนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา และหลักเกณฑ์ที่สำคัญของหลักการปกครองโดยกฎหมายตามคติของสังคมตะวันตก และสังคมไทย เพื่อเปรียบเทียบ และนำเสนอมุมมองในการนำหลักการปกครองตามคติสังคมไทยมาใช้ได้อย่างเหมาะสมต่อไป

ประวัติความเป็นมา และแนวคิด ของหลักการปกครองโดยกฎหมาย

มนุษย์ ถือเป็นสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งที่ถือกำเนิดขึ้นมาบนโลก เช่นเดียวกับสัตว์ชนิดอื่นๆ และธรรมชาติก็ได้กำหนดให้มนุษย์ และสัตว์โลกชนิดต่างๆ มีสัญชาตญาณพื้นฐานบางประการที่มีความคล้ายคลึงกัน อาทิเช่น ความต้องการอาหาร น้ำ อากาศ หรือความต้องการสืบพันธุ์ เป็นต้น แต่นอกจากนี้ ธรรมชาติยังกำหนดให้มนุษย์มีลักษณะเฉพาะพิเศษบางประการที่แตกต่างจากสัตว์โลกทั่วๆ ไปอีก คือ

การสร้างให้มนุษย์นั้นมีสมองขนาดใหญ่ อันส่งผลให้มีระดับของสติปัญญา และความสามารถในการจดจำ เรียนรู้สิ่งต่าง ๆ รวมถึงการสื่อสารระหว่างกัน ที่สูงและมีความซับซ้อนกว่าสัตว์ชนิดอื่น และที่สำคัญ คือ จากคุณสมบัติพิเศษดังกล่าว มนุษย์ยังสามารถที่จะสร้างความรู้สึกรู้สึกผิดชอบชั่วดี เพื่อควบคุมพฤติกรรม และการกระทำของตนเองได้^[1] จึงส่งผลให้มนุษย์มีความสามารถปรับตัวเองให้เข้ากับสภาพแวดล้อมต่างๆ ได้ดี จนสามารถดำรงเผ่าพันธุ์ของตนไว้ได้จนถึงปัจจุบัน

แต่เนื่องจากการที่มนุษย์นั้นเป็นสัตว์สังคมที่จะต้องดำรงชีวิตด้วยการรวมตัวอยู่กันเป็นกลุ่ม ดังนั้นสิ่งที่มีมักจะปรากฏตามมา และหลีกเลี่ยงไม่ได้ ก็คือ ความขัดแย้ง ต่างๆ ที่ต้องเกิดขึ้นเป็นปกติในตนเอง โดยหากเป็นความขัดแย้งที่เกิดในกลุ่มสังคมสัตว์อื่นๆ โดยทั่วไปนั้น ก็สามารถยุติได้ด้วยสัญชาตญาณตามธรรมชาติโดยทั่วไป แต่หากเป็นกรณีความขัดแย้งอันเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์นั้น ลำพังเพียงสัญชาตญาณตามธรรมชาติโดยทั่วไป คงไม่สามารถระงับ หรือแก้ไขความขัดแย้งได้ เนื่องจากมนุษย์มีความคิดที่ซับซ้อนมากกว่าสัตว์ชนิดอื่นๆ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดวิธีการระงับความขัดแย้ง ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าสัญชาตญาณ นั่นก็คือ “กฎระเบียบ” ซึ่งก็จะมี ความแตกต่างกันไปตามความซับซ้อนของสังคมมนุษย์ในแต่ละระดับ โดยหากเป็นสังคมในระดับที่ไม่มีความซับซ้อนมากนัก ดังเช่น สังคมยุคเริ่มแรก ก็อาศัยเพียงกฎระเบียบที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ ที่มาจากเหตุผลตามสามัญสำนึก ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี หรือหลักศีลธรรม โดยปกติของคนในสังคมนั้น ที่เรียกว่า “จารีตประเพณี” (Custom) ก็เพียงพอ แต่เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา จารีตประเพณีเดิมอาจจะไม่เพียงพอที่จะช่วยแก้ปัญหาที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ก็มีความจำเป็นที่มนุษย์จะต้องกำหนดกฎระเบียบให้เหมาะสมมากขึ้น นั่นก็คือ “กฎหมาย” (Law) นั่นเอง ซึ่งคติแนวคิดนี้ก็ล้วนมีหลักฐานปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์ของชนชาติต่างๆ อย่างชัดเจน อาทิเช่น ในสมัยอาณาจักรโรมันซึ่งเป็นช่วงประวัติศาสตร์หนึ่งของชนชาติทางตะวันตก ก็ได้มีภาษาลาตินบทหนึ่งกล่าวว่า "Ubi societas, ibi jus" ซึ่งมีความหมายว่า “ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นมีกฎหมาย” หรือในสังคมอินเดียโบราณ ที่ถือว่าเป็นรากฐานของวัฒนธรรมของดินแดนหลายๆ ส่วนในทวีปเอเชีย ก็มีแนวคิดในเชิงความเชื่อทางศาสนาพราหมณ์ว่า ข้อกำหนดทางสังคม เช่น เรื่องของวรรณะ ถือเป็น “ธรรม” หรือ “กฎ” ที่สำคัญของสังคม จนเป็นที่มาของวิชา “ธรรมศาสตร์” (ที่หมายความถึงวิชาเกี่ยวกับกฎหมาย)^[2] หรือในสังคมจีนโบราณ ที่ยึดถือวัฒนธรรมการ

^[1] ธรรมชาติของมนุษย์(HUMAN NATURE) [Online].available: <https://romravin.wordpress.com/2011/05/22/%E0%B8%98%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A1%E0%B8%99%E0%B8%B8%E0%B8%A9%E0%B8%A2%E0%B9%8Chuman-nature> (March, 2016).

^[2] พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), นิติศาสตร์แนวพุทธ (กรุงเทพมหานคร, สมาชิกสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2553), หน้า 5.

ปกครองแบบ ขงจื้อ^[3] ที่ว่าสังคมต้องถูกควบคุมให้เป็นไปตามระเบียบแบบแผน และหนึ่งในแบบแผนที่สำคัญในขณะนั้นก็คือ จารีตประเพณี ดังที่ปรากฏตามบทนิพนธ์ที่ชื่อว่า หลีจี (Li Chi) ซึ่งถือเป็นผลงาน 1 ใน 6 ที่สำคัญของขงจื้อ^[4] เป็นต้น หรือแม้กระทั่งยังมีปรากฏให้เห็นในบทประพันธ์ในอดีตที่สำคัญ อาทิ เช่น บทละครของ วิลเลียม เชกสเปียร์ เกี่ยวกับพระชนม์ชีพและรัชกาลสมเด็จพระเจ้าเฮนรีที่ 6 แห่งอังกฤษ (Henry VI, Part 2, Act IV, Scene 2.) ที่ปรากฏคำพูดที่ถือว่าเป็นที่นิยมมากที่สุดคำพูดหนึ่งของเชกสเปียร์ คือ “The first thing we do, let's kill all the lawyers” ซึ่งมีลักษณะเป็นคำพูดในเชิงเสียดสี แต่สะท้อนให้เห็นสภาพสังคม และความรู้สึกของคนในสังคมในยุคนั้นว่า มีความรู้สึกไม่ไว้วางใจ และไม่เคารพนักกฎหมาย โดยเฉพาะทนายความ ที่มักจะใช้กฎหมาย แบบขาดคุณธรรม จริยธรรม สร้างปัญหาและความเดือดร้อนให้กับประชาชนเป็นอย่างมาก^[5] ดังนั้นจึงพอที่จะสามารถสรุปได้ในเบื้องต้นว่า สังคมมนุษย์ล้วนแต่ให้ความสำคัญกับการใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครองมาแต่อดีต เพียงแต่อาจจะมีความแตกต่างกันก็บ้างก็เพียงรายละเอียดปลีกย่อย และอาจจะปรากฏการละเมิดแนวคิดดังกล่าวอยู่บ้างแต่ก็ไม่มากนัก ซึ่งก็เป็นไปตามบริบทของแต่ละสังคมที่แตกต่างกันนั่นเอง

1. ประวัติความเป็นมา และแนวคิดของหลักการปกครองโดยกฎหมายในสังคม

ตะวันตก

แนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายในสังคมตะวันตกนั้น มีพัฒนาการมาตั้งแต่นั้น ในสมัยกรีกโบราณ ที่มีความพยายามในการแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำในสังคมจากระบบการปกครองเดิมแบบคณาธิปไตย ที่มักจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างชนชั้นสูงและผู้ยากไร้ มาเป็นการปกครองที่พัฒนาขึ้นจากการจัดกองทัพของผู้ยากไร้ที่เรียกว่า ฟาลแลนซ์ (Phalanx) ที่มีหลักในการจัดทัพให้ทหารทุกคนมีความสำคัญและบทบาทที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน และเรียกการปกครองแบบนี้ว่า Demos Kratos หรือ ประชาธิปไตย หรือ การปกครองโดยประชาชน และมีการนำการปกครองลักษณะเข้าไปใช้ในนครรัฐเอเธนส์ โดย โซลอน (630-560 ปี ก่อนคริสตกาล) ซึ่งมีอาชีพพ่อค้า และกรีที่มาจากชนชั้นสูง ภายใต้แนวคิดการปฏิรูปการปกครองที่ยึดหลักการพื้นฐานให้กฎหมายมีความสำคัญอยู่เหนือบุคคล และคณะบุคคล โดยได้มีการออกกฎหมายเพื่อขจัดความไม่เสมอภาคของสังคมเป็นหลัก จนเอเธนส์กลายเป็นสังคมนูปแบบใหม่ที่มีชาวนาเสรีชนเป็นพื้นฐานของสังคม ถือเป็นหลักการปกครองที่ให้ประชาชนเป็นผู้ปกครอง

^[3] Giovanni Bombelli, Bruno Montanari, eds., “The Influence of Confucianism on the Construction of the Chinese Political and Juridical System,” *IDENTITA EUROPEA E POLITICHE MIGRATORIE*, Vita Pensiero, 2008, pp193-226, [Online].available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1288392 (March, 2016).

^[4] สกล นิลวรรณ, *ปรัชญาจีน* (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2523), หน้า 89-91.

^[5] ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *คำคม ควคิด ทางกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549), หน้า 16.

รัฐ และแนวคิดเช่นนี้ก็ถือเป็นอุดมคติอันทรงพลัง และมีอิทธิพลอย่างมากในอารยธรรมตะวันตก^[6] แม้กระทั่ง พลาโต นักปราชญ์ชาวกรีก ในยุคต่อมา (427-347 ปี ก่อนคริสตกาล) ที่เคยมีความเห็นว่า รัฐควรปกครองโดยกษัตริย์นักปรัชญา แต่ต่อมาเขาก็ได้เขียนหนังสือชื่อ “The Laws” ยอมรับว่ากษัตริย์นักปรัชญาในความเป็นจริงนั้นหาได้ยาก จึงควรที่จะใช้ “กฎหมาย” เป็นสิ่งสูงสุดในการปกครอง^[7] และต่อมา อริสโตเติล (384-322 ปี ก่อนคริสตกาล) นักปราชญ์ผู้เป็นศิษย์ของพลาโตก็ได้้นำแนวคิดดังกล่าวมาขยายความต่อไปว่ารัฐที่ทำการปกครองด้วยมนุษย์นั้นถือว่าไม่มีความแน่นอน เนื่องจากโดยธรรมชาติแล้วมนุษย์ย่อมมีอารมณ์ต่างๆ ที่แปรผันได้ตลอดเวลา แต่หากเป็นการปกครองโดยกฎหมายนั้นก็จะมีอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้อง การปกครองโดยกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่มีความประสิทธิภาพมากกว่า ซึ่งแนวคิดการปกครองแบบประชาธิปไตย และมีกฎหมายเป็นเครื่องมือเช่นนี้ ได้มีอิทธิพลต่อระบบการเมืองการปกครองของอาณาจักรโรมันในยุคต่อมา

ในสมัยอาณาจักรโรมัน ในช่วงเริ่มต้นของอาณาจักรนั้นใช้การปกครองระบบกษัตริย์ แต่เนื่องจากกษัตริย์บางพระองค์ได้ปกครองโดยใช้อำนาจอย่างโหดร้ายไม่เป็นธรรม จึงได้มีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงระบบการปกครอง มาเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยของกรีก ซึ่งเรียกการปกครองลักษณะนี้ว่า “สาธารณรัฐ” (Republic) หมายถึงรัฐที่ปกครองโดยประชาชน ที่ไม่มีกษัตริย์เป็นประมุข ซึ่งการปกครองรูปแบบนี้เริ่มตั้งแต่ 510 ปี ก่อนคริสตกาล และต่อเนื่องยาวนานต่อมาอีกประมาณ 500 ปี^[8] ซึ่งโดยทางทฤษฎีแล้วการปกครองลักษณะนี้ เป็นการกำหนดให้อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชน และใช้อำนาจผ่านองค์กรผู้แทนทางการเมือง และวัฒนธรรม (Formal culture)^[9] คือ สภาต่างๆ ที่เป็นตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่ในการบริหารรัฐทางด้านต่างๆ แต่ตามความเป็นจริงนั้น จากการที่สังคมโรมันได้แบ่งประชาชนเป็นสองกลุ่ม คือ พวกชนชั้นปกครอง (Patrician) และประชาชนธรรมดา (Plebian) แต่สมาชิกสภา อย่างสภาสูง (Senate) นั้นกลับมีสมาชิกที่มาจากชนชั้นสูง และบริหารรัฐแบบระบบผูกขาด และหาประโยชน์จากประชาชนธรรมดา จนกระทั่งประชาชนธรรมดาต้องทำการต่อสู้จนเกิดเป็นความขัดแย้งระหว่างชนชั้นขึ้น (Conflict of the order) เพื่อต่อรองทางอำนาจอยู่หลายครั้ง ซึ่งสิ่งที่ประชาชนธรรมดาต้องการคือ สภาที่ประชาชนธรรมดามีสิทธิมีเสียงอย่างเต็มที่ รวมถึงการเรียกร้องให้มีการตรากฎหมายและรวบรวมกฎหมายเพื่อเป็นหลักในการปกครองเช่นเดียวกับแบบของกรีก จนกระทั่งชนชั้นสูงต้องตั้งคณะกรรมการผสมของสองชนชั้น คือ The Decemvirs ขึ้น จำนวน 10 คน และตรากฎหมาย 12 โต๊ะ (The Law of the Twelve Tables) ขึ้น เมื่อ 451 ปี ก่อนคริสตกาล โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อ

^[6] จันทรฉาย ภัก่อธิคม, **ประวัติศาสตร์อารยธรรมกรีกและโรมัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 45-54.

^[7] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, “หลักนิติธรรม (Rule of Law),” **รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์** ศัญญา ธรรมศักดิ์ (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เมษายน, 2541), หน้า 23.

^[8] ธนู แก้วโสภาส, **ประวัติศาสตร์โลก** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2549), หน้า 167.

^[9] จันทรฉาย ภัก่อธิคม, **อ้างแล้ว**, หน้า 283.

ยับยั้งมิให้ชนชั้นสูงใช้อำนาจโดยมิชอบ อีกทั้งเพื่อให้ชนชั้นสูง และประชาชนธรรมดาต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และสามารถเข้าถึงกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยบทบัญญัติกฎหมายนี้ก็ถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายโรมันในยุคสมัยต่อมา^[10]

ต่อมาในสมัยยุคกลางที่เป็นยุคที่อาณาจักรโรมันเริ่มเสื่อมอำนาจ ดินแดนในยุโรปได้แยกออกเป็นอาณาจักรต่างๆ และเกิดความวุ่นวายในหลายด้าน ทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ผู้ครองเมืองต่างก็ล้วนแต่พยายามตั้งตัวเป็นใหญ่ จนประชาชนไร้ที่พึ่ง ดังนั้นในคริสต์ศตวรรษที่ 9 จึงได้เกิดการปกครองแบบ ระบบ “ศักดินาสวามิภักดิ์” (Feudalism) ซึ่งมีลักษณะที่กษัตริย์และขุนนางจะมีพันธะต่อกัน โดยขุนนางมีหน้าที่ส่งทหารมาช่วยเหลือเมื่อมีสงคราม ส่วนกษัตริย์ก็มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองและความยุติธรรมแก่ขุนนาง เป็นการตอบแทน ประชาชนทั่วไปที่ขาดที่พึ่งก็ต้องเข้าอาศัยพึ่งพาขุนนาง และศาสนา ซึ่งในขณะนั้น คือ ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก จนกระทั่งฝ่าย ศาสนจักรสามารถครอบงำฝ่ายอาณาจักรได้ ดังนั้นแม้จะยังคงปรากฏว่าการปกครองในยุคนี้ยังเป็นการปกครองโดยใช้กฎหมายอยู่ แต่ก็มีความแตกต่างออกไปจากในสมัยโรมัน ที่กฎหมายนั้นจะอยู่บนรากฐานของเหตุผลตามธรรมชาติของมนุษย์ แต่ในขณะที่ลักษณะของกฎหมายในยุคนี้จะถูกครอบงำด้วยแนวคิดทางศาสนา ที่เรียกว่า กฎหมายศาสนา (Canon law) อันมีเหตุผลเบื้องหลังที่มีลักษณะเป็นนามธรรม และให้อำนาจแก่ ศาสนจักรเป็นอย่างมาก ถึงขนาดที่ถือว่าการกระทำใดที่นอกเหนือจากคำสอนของศาสนา ก็จะถูกลงโทษอย่างรุนแรง ถึงแม้ว่า St. Thomas Aquinas ผู้เป็นศาสดาใหญ่ของแนวคิดกฎหมายธรรมชาติในเชิงศาสนาแบบนี้ จะพยายามแสดงให้เห็นว่าเบื้องหลังของกฎหมายที่มาจากแนวคิดทางศาสนาเองนั้นก็จะต้องมีหลักการและเหตุผล มิใช่เป็นเพียงแค่ความเชื่อที่ไร้เหตุผล ก็ตาม แต่ก็ยังคงเห็นว่ามนุษย์มีข้อจำกัดในการเข้าถึงเหตุผลของพระเจ้า และยังให้ความสำคัญกับเจตจำนงของพระเจ้าเป็นหลักอยู่ อาทิเช่น กำหนดให้กฎหมายสูงสุด คือ กฎหมายนิรันดร์ (lex aeterna) ที่ถือว่าเป็นปัญญาอันศักดิ์สิทธิ์ ที่ควบคุมทุกสรรพสิ่ง และมีแต่พระเจ้าเท่านั้นที่รู้ มนุษย์ทั่วไปไม่มีความสามารถที่จะเข้าถึงได้ และอาจจะเปิดเผยให้มนุษย์ได้รับรู้ได้บ้างผ่านทางพระคัมภีร์ในรูปแบบของความเชื่อ หรือศีลธรรม ที่เรียกว่า กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (lex divina) ยุคนี้จึงถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ยุคมืด หรือ Dark Age และด้วยเหตุที่คริสตจักรมีอำนาจมาก จึงก่อให้เกิดสงครามครูเสด ที่เป็นการสู้รบแย่งชิงกรุงเยรูซาเล็มกันระหว่างศาสนาคริสต์ กับศาสนาอิสลาม ขึ้นในช่วงปลายศตวรรษ ที่ 10 - 12 ซึ่งผลจากสงครามนั้นก่อให้เกิดการขยายตัวทางการค้า เกิดกลุ่มพ่อค้าที่เข้มแข็ง และเกิดหัวเมืองทางการค้าขึ้นหลายแห่ง พวกพ่อค้าก็มีความมั่งคั่งมากขึ้น และกลายเป็นกลุ่มชนที่สำคัญขึ้นมาแทนที่กลุ่มขุนนางที่ยากจนลงจากการทำสงครามบทบาทจึงเริ่มลดลง กลุ่มพ่อค้าจึงมีความสัมพันธ์กับกษัตริย์มากขึ้น ด้วยการสนับสนุนด้านการเงิน แลกกับการที่กษัตริย์จะต้องให้ความคุ้มครองกิจการและผลประโยชน์ของกลุ่มพ่อค้า ในขณะที่กลุ่มขุนนางที่ลดบทบาทลงก็กลายมาเป็นเพียงข้าราชการบริวารในราชสำนักเท่านั้น มิได้มีบทบาทเช่นดังเดิม กษัตริย์จึงสามารถที่จะดึงอำนาจกลับคืนมา

^[10] ฟิงอ้าง, หน้า 288-289.

และสถาปนาการปกครองตามระบอบ “สมบูรณาญาสิทธิราชย์” (Absolute Monarchy) อันเป็นระบบที่กษัตริย์สามารถปกครองด้วยพระราชอำนาจที่เด็ดขาด มีระบบการบริหารที่รวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลาง ภายใต้ความยินยอมของประชาชน ขึ้นได้อีกครั้งหนึ่ง ประกอบในยุคนี้เกิดการปฏิรูปศาสนาจนคริสต์จักรแตกแยกและอ่อนแอลง ประชาชนจึงหันมาจงรักภักดีต่อกษัตริย์ จนส่งผลให้สถาบันกษัตริย์มีอำนาจเพิ่มมากขึ้น และส่งผลให้การปกครองระบบศักดินาต้องล่มสลายลงในศตวรรษที่ 16 และถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดแนวคิด “รัฐชาติ” (Nation State) ขึ้นในช่วงนี้เช่นกัน โดยในช่วงที่การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีอิทธิพลอยู่นั้น ต้องถือว่าแนวคิดการปกครองโดยกฎหมาย ได้ลดบทบาทลงไป แต่เน้นการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่กษัตริย์เป็นหลัก โดยถือว่ากษัตริย์เป็นผู้ปกครองและอาจออกกฎหมายเช่นใดก็ได้ ดังเช่นที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เคยกล่าวไว้ว่า “L'Etat, cest moi” แปลว่า “รัฐคือตัวข้า” อีกทั้งยังเริ่มเกิดแนวคิดในการล่าอาณานิคมเพื่อแสวงหาทรัพยากร และช่องทางการค้าขึ้นในยุคนี้ด้วย

ในช่วงการปกครองในสมัยยุคกลางที่เน้นการปกครองในระบบกษัตริย์ ที่มีได้เน้นการปกครองด้วยกฎหมายเป็นหลักนั้นส่งผลให้สังคมบางส่วนมีความพยายามที่จะนำแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายกลับมาใช้ในอีก โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ ซึ่งเริ่มจากการที่ขุนนางและประชาชนให้กษัตริย์ลงนามในกฎบัตร Magna Carta ในปี ค.ศ.1215 ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้กฎหมาย แต่ก็ยังไม่ชัดเจนมากนักจนกระทั่ง มีการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (The Glorious Revolution) เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1688 ส่งผลให้ระบอบราชาธิปไตยแบบเทวสิทธิ์ของอังกฤษสิ้นสุดลง โดยที่กษัตริย์อังกฤษยินยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภา และกฎหมายที่ใช้บังคับโดยศาล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิพื้นฐานของพลเมือง (Bill of Rights 1689) และเข้าสู่ยุคของการปกครองโดยกฎหมาย หรือ Rule of Law นั้นเอง

แนวคิดการปกครองแบบ Rule of Law ในอังกฤษนั้น ได้มีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในอเมริกา เพื่อความเป็นอิสระจากกษัตริย์อังกฤษ ในปี ค.ศ.1776 และในเวลาต่อมา ศาสตราจารย์ Albert Venn Dicey ได้มีการอธิบายถึงแนวคิดนี้ในหนังสือ The Law of the Constitution เมื่อปี ค.ศ. 1885 โดยอ้างว่าแนวคิดนี้ คือการที่จะต้องถือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในการปกครองรัฐ (Supremacy of law) ซึ่งจะประกอบด้วยหลักสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) บุคคลจะถูกลงโทษหรือทำให้เสียหาย ตามกฎหมายธรรมดาซึ่งยอมรับบังคับใช้โดยศาลธรรมดา ที่มีขึ้นมาจากการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางของเจ้าหน้าที่รัฐ เท่านั้น
- 2) บุคคลจะต้องอยู่ในบังคับกฎหมายธรรมดาโดยเท่าเทียมกันและอยู่ในเขตอำนาจของศาลธรรมดา
- 3) สิทธิเสรีภาพจะต้องเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาที่ศาลธรรมดายอมรับบังคับใช้ มิใช่มาจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่แก้ไขยาก

ซึ่งจากหลักทั้ง 3 การนี้ได้ส่งผลให้ในประเทศกลุ่ม Common Law นั้นจะใช้รัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สามารถแก้ไขได้ง่าย และใช้ศาลธรรมดาในการตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจปกครองของรัฐ โดยยึดถือความมีอำนาจสูงสุดของระบบศาล มากกว่าความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

โดยหลักการของ Dicey ดังกล่าวได้ถูกนำมาวิเคราะห์ วิจารณ์ กันอย่างกว้างขวาง ในยุคต่อมา ทั้งในแนวทางที่ไม่เห็นด้วย และสนับสนุน โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้น มีความเห็นว่าการปกครองนั้น จะต้องอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้อำนาจดุลยพินิจตามความจำเป็นได้ในแต่ละกรณี การที่จะกำหนดให้ต้องอยู่ในบังคับกฎหมายโดยหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งหากต้องการจะควบคุมก็เพียงแค่ควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยไม่ชอบก็เพียงพอแล้ว ดังนั้นกฎหมายต่างๆ จึงควรที่จะมีการแบ่งแยกเป็นสาขา เช่น เอกชน มหาชน และต้องใช้ศาลในการระงับข้อพิพาทตามแต่ละประเภทกฎหมายที่แตกต่างกัน อีกทั้งการกำหนดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรที่แก้ไขยากนั้น สามารถที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้ชัดเจนกว่ารัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายธรรมดาและแก้ไขง่าย^[11] ส่วนฝ่ายที่สนับสนุนนั้นก็มีความคิดที่น่าสนใจอยู่หลายแนวคิดอาทิเช่น ลอร์ดวูลฟ์ (Lord Woolf) อดีตอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (The Master of the Rolls) และอดีตประมุขตุลาการ (Lord Chief Justice) ของอังกฤษและเวลส์ ได้กล่าวว่าหลักนิติธรรมแบบนี้สามารถใช้ได้ผลดีในสหราชอาณาจักรก็เพราะระบบกระบวนการยุติธรรมของสหราชอาณาจักรได้รับการพัฒนาโดยรัฐสภาและศาลยุติธรรมมาเป็นเวลานาน และคุณภาพของระบบการศาลยุติธรรมและระบบวิชาชีพกฎหมายในสหราชอาณาจักรนั้นสูงมาก ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ต้องผ่านการฝึกอบรมที่เข้มงวด ผู้พิพากษาเองก็ได้รับการคัดเลือกมาจากนายความที่ประสบความสำเร็จ และที่สำคัญยังไม่เคยมีผู้พิพากษาศาลสูงของสหราชอาณาจักรคนใดถูกลงโทษให้ออกจากตำแหน่งเลยในประวัติศาสตร์ ดังนั้นการจะระบุว่าหลักนิติธรรมต้องมีกฎเกณฑ์อย่างไรก็ต้องพิจารณาไปตามสถานการณ์ของแต่ละสังคมเป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้อย่างน้อยที่สุดก็ควรจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

- 1) ศาลจะรับพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เป็นกรณีบุคคลมีผลประโยชน์ขัดกัน
- 2) ผู้พิพากษา มี อิสระ ปราศจากอคติ และมีความสามารถ
- 3) พิจารณาคดีตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร
- 4) กำหนดวิธีการบังคับตามคำพิพากษา
- 5) มีวิธีพิจารณาคดีที่มีเหตุผล และเป็นธรรม
- 6) กฎหมายที่ศาลใช้ต้องมีความแน่นอน ชัดเจนและเป็นธรรม^[12]

[11] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 27-29.

[12] วิสิฐ ญาณภีร์, รายงานวิจัย เรื่อง บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, 2557), หน้า 20-21.

หรือ แนวคิดของ Joseph Raz นักปรัชญาชาวอิสราเอล ที่นำเสนอในปี ค.ศ. 1977 ว่าหลักนิติธรรม คือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย เพียงแต่จะต้องมีการกำหนดแนวคิดพื้นฐานว่าอย่างน้อยจะต้องประกอบด้วย หลักการ ต่อไปนี้

- 1) กฎหมายจะต้องเปิดเผย และไม่มีผลย้อนหลัง
- 2) กฎหมายจะต้องมั่นคง
- 3) กฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไป และชัดเจน
- 4) ตุลาการจะต้องมีอิสระ และได้รับการคุ้มครอง
- 5) ต้องมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Due process of law)
- 6) ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบความชอบธรรมของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นรวมถึงการกระทำต่างๆของฝ่ายปกครอง
- 7) บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่าย ต้องไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยาก และสิ้นเปลือง
- 8) องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลยพินิจปิดเบือนกฎหมายโดยที่ Raz เห็นว่า แม้กลไกการบังคับใช้กฎหมายจะเน้นที่ศาลก็ตาม แต่ศาลเองก็มีพันธะต้องทำตามกฎหมาย ไม่มีความลำเอียง จึงจะถือเป็นหลัก Rule of Law ที่ดี^[13]

นอกจากนี้แนวคิดหลักการปกครองโดยกฎหมายตามแบบของระบบ Common Law ได้ถูกนำไปพัฒนาเป็นหลักที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ หลัก “Due Process of Law” ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎบัตร Magna Carta และนำมาใช้ในการร่างบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา โดยที่เรียกหลักนี้ว่า Due Process of Law ก็เพื่อหลีกเลี่ยงคำว่า Rule of Law นั้นเอง^[14] โดยหลักนี้นั้นสร้างขึ้นเพื่อใช้ในการตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่น ดังปรากฏเป็นบรรทัดฐานในคดี Miranda v. Arizona (1966) ที่ได้ตัดสินว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ทำการจับกุม คမ်းซัง สอบสวนหรือกระทำการใดๆ แต่ไม่ได้แจ้งสิทธิพื้นฐานให้ผู้ต้องหาทราบ จะถือว่ากระบวนการจับกุม และสอบสวนไม่ชอบ ซึ่งถือเป็นการกำหนด Due process of law ขึ้นโดยที่มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นการสร้างจากหลักกฎหมายทั่วไป และใช้ยึดถือกันต่อมาอีกในหลายคดี

ดังนั้น จึงพอที่จะสรุปได้ว่า หลักการปกครองโดยกฎหมาย ตามคติของ ระบบ Common Law หรือ หลัก Rule of Law นั้นมีพัฒนาการมาจากบริบททางการเมืองของการต่อสู้เพื่อ

[13] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 32-33.

[14] วิสิฐ ญาณภริต, อ้างแล้ว, หน้า 24-25.

เรียกร่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศอังกฤษ และถือเป็นจุดเริ่มต้นของการรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ที่ถือความเป็นสูงสุดของกฎหมายมากกว่าตัวรัฐ ซึ่งมีหลักการที่สำคัญดังนี้^[15]

- 1) สิทธิเสรีภาพของมนุษย์คือสิ่งสูงสุด กฎหมายจะเข้าแทรกแซงมิได้
- 2) ประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมาย
- 3) ฝ่ายบริหารต้องบริหารงานภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย
- 4) บทบัญญัติกฎหมายจะต้องมีความยุติธรรม
- 5) ศาลต้องมีอิสระ และเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน
- 6) การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องเป็นไปอย่างยุติธรรม ปราศจากการแทรกแซง

7) สนับสนุนการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย

นอกจากนี้ภายหลังจากพัฒนาการของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายที่ปรากฏเป็นหลัก Rule of Law ในกลุ่มประเทศ Common Law ดังที่กล่าวมาแล้ว อิทธิพลของหลัก Rule of Law ตามแนวคิดของ Dicey ยังมีผลต่อการพัฒนาแนวคิดการปกครองโดยกฎหมาย ในกลุ่มประเทศ Civil Law ต่อมาด้วย โดยปรากฏเป็นครั้งแรกในประเทศเยอรมัน โดย Johann Fichte นักปรัชญาชาวเยอรมัน ได้เสนอความคิดเกี่ยวกับการปกครองแบบ “Rechtsstaat” (Legal State) หรือ “นิติรัฐ” ที่ถือว่ารัฐจะต้องปกครองตามบทบัญญัติกฎหมาย ที่สอดคล้องกับความยุติธรรม โดยมีองค์กรอิสระตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐอันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายเป็นครั้งแรกในเยอรมัน แต่คำว่า Rechtsstaat นี้ได้ถูกนำใช้ครั้งแรกโดย Carl Theodor Welcker ในหนังสือของเขาเมื่อปี ค.ศ.1813 ซึ่งแนวคิดนี้ได้มีพัฒนาการต่อเนื่อง และเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในกลุ่ม Civil Law มาจนถึงปัจจุบัน โดยได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน และหลังจากนั้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อดันศตวรรษที่ 20 ฝรั่งเศสก็ได้รับเอาแนวคิดนี้ไปใช้ ให้เป็นการเชื่อมโยงกับแนวคิดดั้งเดิมตามประกาศสิทธิมนุษยชน และพลเมืองของฝรั่งเศส (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789) ที่รับรองว่าสิทธิของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ โดยเรียกหลักนี้ว่า “L’État de droit”^[16] นอกจากนี้ยังมีกรณีที่น่าสนใจเกี่ยวกับอำนาจการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ที่ในช่วงแรกนั้นเห็นว่าผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการกระทำทางปกครอง ควรจะเป็นศาลยุติธรรมทั่วไป แต่ต่อมา Rudolf von Gneist ซึ่งเคยศึกษาระบบการปกครองของอังกฤษมาแล้ว จึงมีความเห็นว่ารัฐเป็นองค์กรการปกครองที่ต้องดำเนินการต่างๆโดยมีขอบเขตจำกัดตามที่กฎหมายกำหนด จึงควรที่จะมีระบบศาลที่เป็นอิสระต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมทั่วไป เพราะศาลยุติธรรมทั่วไปจะ

[15] คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, นิติรัฐ นิติธรรม (กรุงเทพมหานคร: 2555), หน้า 19.

[16] วิสิฐ ญาณภีร, อ้างแล้ว, หน้า 35.

ควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองได้ไม่ดีเพียงพอ^[17] จึงส่งผลให้ปัจจุบันประเทศที่รับอิทธิพลของหลักนิติรัฐ จึงได้เริ่มมีการจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับกรณี คือ ศาลปกครอง (Conseil d' État) ในประเทศฝรั่งเศส หรือศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ ในประเทศเยอรมัน และสวิตเซอร์แลนด์ โดยสามารถสรุปหลักการที่สำคัญของ หลักนิติรัฐได้ดังต่อไปนี้^[18]

- 1) การปกครองต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ โดยแบ่งเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ
- 2) การกระทำของรัฐที่จะกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาที่เป็นผู้แทนของประชาชนที่มากกว่าการเลือกตั้งโดยชอบธรรมตามหลักประชาธิปไตย
- 3) ฝ่ายตุลาการต้องมีความเป็นอิสระ และใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นผู้แทนของประชาชนตราขึ้น อย่างเคร่งครัด และเท่าเทียมกัน
- 4) ฝ่ายปกครอง ต้องกระทำการได้เฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น
- 5) ยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ” เป็นสำคัญ
- 6) ยึดถือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

ดังนั้นจากพัฒนาการของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายในสังคมตะวันตกที่ได้ศึกษา มาข้างต้นก็พอที่จะกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในสังคมตะวันตกต่างนั้นมีประวัติศาสตร์ของการเมืองการปกครอง ที่ปรากฏ ทั้งในรูปแบบ การปกครองโดยระบบกษัตริย์ ที่อำนาจอยู่ที่กษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว หรือการปกครองในระบบสาธารณรัฐ ที่ให้อำนาจการปกครองอยู่ที่ประชาชน แต่ท้ายที่สุดแล้วสิ่งที่ตกผลึกทางแนวคิดการปกครองที่เหมาะสมและเป็นที่ต้องการของประชาชนโดยแท้จริง กลับมิใช่รูปแบบการปกครอง แต่เป็น แนวคิดหลักในการปกครอง คือ การปกครองนั้นจะต้องใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครองรัฐนั่นเอง เนื่องจากเป็นการปกครองที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และจำกัดการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่เป็นธรรมได้ดีที่สุด โดยแนวคิดนี้ก็ได้นำไปพัฒนาใช้ตามความเหมาะสมของแต่ละบริบทสังคมตะวันตก และปรากฏเป็นแนวคิดของการปกครองที่สำคัญ 2 แนวคิด คือ การปกครองแบบ Rule of Law หรือ หลักนิติธรรม ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ การปกครองแบบ Legal State หรือ หลักนิติรัฐ ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law โดยทั้งสองแนวคิดนี้ มีบางคติที่คล้ายคลึงกัน คือ มีรากฐานจากการพัฒนา แนวคิดการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ เพื่อควบคุมอำนาจของผู้ปกครอง และคุ้มครองประชาชน เหมือนกัน และบางคติที่แตกต่างกัน เช่น จุดเริ่มต้นของมุมมองแนวคิด ที่ฝ่าย Rule of Law นั้นมีมุมมองของการแสวงหาการคุ้มครองสิทธิมา จากปัจเจกชนที่ให้ศาลปกติเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในขณะที่ฝ่าย Legal State นั้นมีมุมมองมาจากรัฐที่ต้องการแสวงหาแนวทางคุ้มครองโดยนำรัฐไปผูกพันกับกฎหมาย ที่ให้ศาลที่มีใช้ศาลปกติเป็นผู้

[17] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 27.

[18] คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, อ้างแล้ว, หน้า 12-14.

ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เป็นต้น แต่ทั้งนี้หากพิจารณาในภาพรวม จะพบว่าทั้งหลัก นิติรัฐ และนิติธรรม ในสังคมตะวันตกนั้น เปรียบเสมือนต้นไม้ที่มีสายพันธุ์เดียวกัน ที่ต่างมุ่งให้ร่มเงาแก่ประชาชน ให้ได้รับความยุติธรรม มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง เหมือนกัน แต่เจริญงอกงามในสองดินแดน ที่มีประวัติศาสตร์ ระบบกฎหมาย สภาพแวดล้อม สภาพสังคม ที่แตกต่างกัน ก็เป็นธรรมดาที่ต้นไม้ทั้งสองก็ย่อมพัฒนาเติบโตแตกกิ่งก้านสาขา แตกต่างกันไปบ้าง มีบางส่วนเหมือน มีบางส่วนต่าง มีจุดเน้น หนักเบา เหมือนบ้าง ต่างบ้าง แต่เป็นความต่างบนความเหมือนกัน ที่จะสามารถยึดถือเป็น “หลัก” ของกฎหมาย ที่ทั้งในระบบ Civil Law และ Common Law ต่างก็ต้องยึดถือ เพื่อให้มั่นใจได้ว่า กฎหมายจะนำไปสู่ความผาสุกและความยุติธรรมโดยแท้จริง^[19]

2. ประวัติความเป็นมา และแนวคิดของหลักการปกครองโดยกฎหมายในสังคมไทย

จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์นั้นระบุว่า ชาชาติไทยได้เริ่มก่อตั้งอาณาจักรขึ้นเมื่อราว พ.ศ.1300 คือ อาณาจักรน่านเจ้า (มณฑลยูนนาน ประเทศจีน ในปัจจุบัน) และต่อมาได้ย้ายถิ่นฐานลงมายัง ดินแดนลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยาทางตอนล่าง อันเป็นที่ตั้งของดินแดนที่ชาวมอญเป็นผู้ครอบครองอยู่ คือ อาณาจักรศรีอยุธยา (จังหวัดลพบุรี ในปัจจุบัน) และอาณาจักรทวารวดี (จังหวัดลพบุรี และสุพรรณบุรี ในปัจจุบัน) ซึ่งในเวลาต่อมาเขมรได้เข้ามาทำการยึดครองดินแดนในส่วนของอาณาจักรทวารวดีไว้ได้ จึงส่งผลให้ดินแดนส่วนนี้มีลักษณะของอารยธรรมที่ผสมผสานกันระหว่างมอญ และเขมร โดยเฉพาะทางด้านศาสนาที่ทางฝ่ายมอญนั้นจะนับถือศาสนาพุทธนิกายหินยาน ในขณะที่เขมรนั้นจะนับถือศาสนาพราหมณ์ และศาสนาพุทธนิกายมหายาน^[20] ดังนั้นในช่วงแรกที่ชาวไทยได้เริ่มเข้ามาอาศัยอยู่ในดินแดนแถบนี้ จึงอยู่ภายใต้อิทธิพลของทั้ง มอญ และเขมร โดยพวกมอญเรียกคนไทยว่า “หรวูเขม” ที่แปลว่า “พวก” ส่วนเขมรจะเรียกไทยว่า “สยาม” หรือ “ซี-เอม” ที่แปลว่า “พวกขโมยป่าเถื่อน” จนเมื่อชาวไทยมีจำนวนมาก และเข้มแข็งขึ้น ก็ได้เริ่มมีการพัฒนาการปกครอง จากแว่นแคว้นเล็ก ๆ จนกลายเป็นอาณาจักรที่ชัดเจนขึ้นมาเป็นลำดับ เริ่มต้นจากอาณาจักรสุโขทัย เชียงใหม่ และต่อเนื่องมายังอาณาจักรอยุธยา กรุงธนบุรี และกรุงรัตนโกสินทร์ โดยในช่วงแรกนั้นยังไม่มีชื่อเรียกประเทศที่ชัดเจน จะนิยมใช้ชื่อเมืองสำคัญ หรือเมืองหลวงเป็นชื่อเรียกแทน เช่น พระเจ้ากรุงศรีอยุธยา เป็นต้น แต่ต่อมาก็มีการใช้ชื่อ “ราชอาณาจักรสยาม” ในสมัยรัชกาลที่ 4 และในที่สุดก็มีการเปลี่ยนชื่อประเทศ ประชาชน และสัญชาติ เป็น “ไทย” ตามประกาศรัฐนิยมฉบับที่ 1 เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2482 มาจนถึงปัจจุบัน^[21]

^[19] กำชัย จงจักรพันธ์, **หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม** (June 26, 2011) [Online].available: http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1107:-vs-&catid=16:2557-06-25-06-51-47 (March, 2016).

^[20] ร.แลงการ์ด, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๑** (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2526), หน้า 33-34.

^[21] ภาสกร วงศ์ดาวัน, **ประวัติศาสตร์ไทย จากคนไทยทั้งแผ่นดินถึงยุคเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ยิปซี กรุ๊ป, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2558), หน้า 22-25.

สำหรับแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายในสังคมไทยนั้นมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาที่ยาวนาน และมีการปรับเปลี่ยนให้เหมาะกับสังคมไทยในแต่ละยุคแต่ละสมัย ซึ่งสามารถแบ่งเป็นยุคต่างๆ เพื่อให้เห็นการเปลี่ยนแปลงโดยสังเขป ดังนี้

1) ยุคกฎหมายไทยแท้

ยุคนี้อยู่ในช่วงเวลาที่นับเนื่องมาจากสมัยอาณาจักรน่านเจ้า ที่พอจะสันนิษฐานได้ว่าสังคมไทยในช่วงนี้ มีกฎหมาย และระเบียบทางชุมชน ที่เหมาะสมกับสภาพสังคม ที่อยู่ในลักษณะของจารีตประเพณี^[22] สืบเนื่องมาจนถึงสมัยสุโขทัย ที่กฎหมายจะได้รับอิทธิพลมาจาก “คัมภีร์พระธรรมศาสตร์” ของมุนสูราจารย์ อันเป็นคัมภีร์สำคัญทางศาสนาพราหมณ์ แต่มีอิทธิพลต่อทั้งสังคมที่นับถือทั้งศาสนาพราหมณ์ และพุทธ โดยหากเป็นสังคมที่นับถือศาสนาพราหมณ์ ก็จะนำมาถ่ายทอดผ่านทางภาษาสันสกฤต หากเป็นสังคมที่นับถือศาสนาพุทธ ก็จะนำมาถ่ายทอดผ่านทางภาษาบาลีและเรียกคัมภีร์นี้ว่า คัมภีร์พระสัทธัม แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม ทั้งภาษาสันสกฤต และภาษาบาลี ล้วนแต่เป็นภาษาศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา ประกอบกับกฎหมายเป็นเรื่องของการปกครอง และการปกครองกับศาสนาก็เป็นสิ่งที่ผูกพันกันอย่างลึกซึ้ง โดยเฉพาะในส่วนของที่มาของอำนาจในการปกครอง และการตัดสินคดีความ ดังนั้นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ที่ถูกถ่ายทอดผ่านภาษาทั้งสองนี้ จึงล้วนแต่ต้องมีความสัมพันธ์กับระบบความเชื่อทางศาสนาไปโดยปริยาย^[23] โดยสังคมไทยก็ได้นำเอาคัมภีร์นี้มาปรับปรุงให้เหมาะสม และสอดคล้องกับจารีตประเพณีท้องถิ่น และหลักธรรมทางพุทธศาสนา ซึ่งปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนว่าในสมัยสุโขทัยมีลักษณะของการปกครองแบบพ่อปกครองลูก และกฎหมายก็จะมีลักษณะจารีตประเพณี ที่ไม่เน้นการลงโทษที่รุนแรง แต่จะมุ่งเน้นการสั่งสอนให้กลับตัวเป็นผู้ที่อยู่ในศีลในธรรมเป็นหลัก อาทิเช่นที่ปรากฏในศิลาจารึกหลักที่ 1 ของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช มีความตอนหนึ่งระบุว่า “ได้ข้าเสือก ข้าเสื่อ หัวฟุงหัวรบก็ดี บ่ฆ่าบ่ตี” ซึ่งแสดงถึงความเมตตาที่มีต่อเชลยจากศึกสงคราม ซึ่งน่าจะอยู่ในบรรทัดฐานเดียวกันกับมาตรฐานทางกฎหมายที่บังคับใช้กับราษฎร หรือ ในศิลาจารึก วัดป่ามะม่วง ภาษาไทย หลักที่ 1 พุทธศักราช 1904 ที่ระบุว่า “ชื่อศรีสุริยวงศ์รามมหาราชาธิราช เสวยราชย์ชอบด้วยทศพิธราชธรรม รู้ปรานีแก่ไพร่ฟ้าข้าไทยทั้งหลาย...ชื่อผู้ใดผิดว่าง รามเท่าใดก็ดี บ่ทอนฆ่า ฟัน...สักดาบ ชื่อได้ข้าเสือกข้าเสื่อ หัวฟุงหัวรบก็ดี บ่ฆ่าบ่ตี...จุงเป็นพระพุทธ จุงจักเอาฝูงสัตว์ทั้งหลายข้ามสงสารทุกขนี้จุง...นอย่ว่า จักฆ่าผู้ฆ่าคนเลย ชื่อ...ฆ่าอันใดอันยัง เป็นตัว” ที่แสดงถึงพระเมตตาของพญาสิทธิ เป็นต้น^[24] ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้โครงสร้างทางสังคมจะมีลักษณะการปกครองแบบมีกษัตริย์เป็นผู้นำ

[22] ร.แสงกาต์, อ้างแล้ว, หน้า 33.

[23] ศรีศักร วัลลิโภดม, กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เมืองโบราณ, 2545), หน้า

19.

[24] กรมศิลปากร, จารึกสมัยสุโขทัย (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2527), หน้า 43-44, อ้างถึงใน จริญญา โฆษณานันท์, ปรัชญากฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2541), หน้า 123-124.

สูงสุดคล้ายคลึงกับคติการปกครองแบบศาสนาพราหมณ์ แต่สำหรับกลไกภายในในระบบการปกครองได้รับอิทธิพลของคติทางศาสนาพุทธเป็นหลัก ที่ส่งผลให้การใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์จะต้องอยู่ภายใต้หลักธรรมของการปกครองแบบพุทธศาสนา ดังเช่น หลักทศพิธราชธรรม หรือจักรวรรดิวัตร ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่าลักษณะของปรัชญาทางกฎหมายในสมัยสุโขทัยจึงมีลักษณะนบเป็น **“ปรัชญาทางกฎหมายแบบพุทธนิยม”** นั่นเอง

2) ยุคที่กฎหมายได้รับอิทธิพลจากศาสนาพราหมณ์-ฮินดู

ยุคนี้เป็นช่วงที่นับเนื่องมาตั้งแต่สมัยอยุธยา เรื่อยมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ซึ่งมีหลักฐานปรากฏในลิลิตโองการแช่งน้ำ (วรรณคดีเก่าแก่ของไทยที่แต่งขึ้นในสมัยอยุธยาตอนต้น) ว่าบริบทของสังคมไทยในตอนต้นของช่วงนี้ สังคมไทยเป็นสังคมที่นับถือพุทธศาสนาและพระอินทร์เป็นใหญ่ ปกครองโดยกษัตริย์ตามทัศนะของพุทธศาสนา ที่มีได้ถือว่ากษัตริย์เป็นเทวราชา ดังเช่นศาสนาพราหมณ์ หากแต่เป็นกษัตริย์ที่ประชาชนสมมติตั้งขึ้นเป็นผู้ครองแผ่นดิน มิใช่เป็นเทวดา ซึ่งเป็นไปตามคติทางพุทธศาสนาที่ปรากฏอยู่ในหลัก อคัณณสูตร ในพระไตรปิฎก ที่แสดงให้เห็นความเป็นมาของโลก และถือธรรมะเป็นจุดสูงสุดในเทวดา มนุษย์ และวรรณะต่างๆ ว่าไม่มีใครวิเศษไปกว่ากัน เพราะมนุษย์ทุกคนเกิดมาจากอภิสราพรหมที่ลงมากินจวันดินจนร่างกายหยาบขึ้นจนได้เสพเมถุนและมีลูกมีหลานสืบตระกูลกันมาจนกลายเป็นสังคมที่มีความวุ่นวาย จึงได้ยกให้ผู้ฉลาด คือ กษัตริย์ขึ้นมาเป็นผู้นำสังคมนั้นเพื่อระงับความเดือดร้อนยุ่งยากของสังคม จนฝูงชนในสังคมเกิดความยินดีและสง่าส่วยสาอากร ส่วนแบ่งภาคหลวงเป็นการตอบแทน อันมีลักษณะเป็นธรรมิกราชที่ปกครองโดยธรรมตามปรัชญาของพุทธศาสนาฝ่ายหินยาน^[25] แม้ว่าในช่วงเวลาต่อมาแนวคิดทางการปกครองจะได้มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยมีลัทธิเทวราชาตามคติทางศาสนาพราหมณ์เข้ามาเจือปน ดังเห็นได้จากพระราชพิธีที่มีพราหมณ์เป็นผู้ประกอบ การใช้คำราชาศัพท์ภาษาเขมร ตลอดจนการถือว่าพระมหากษัตริย์คือเทพเจ้าทั้งสามตามคติฮินดู (ตรีมูรติ) อวตารลงมาเกิด แต่เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วลักษณะของการปกครองไทยมีลักษณะของการปกครองตามคติทางพุทธศาสนาเป็นหลักมาแต่ดั้งเดิม ดังนั้นลักษณะของการปกครองของอยุธยาในยุคต่อๆ มาจึงมีลักษณะการปกครองที่ถือคติแบบพุทธศาสนา แต่มีรูปแบบเป็นแบบคติของศาสนาพราหมณ์ คือ ยังคงแนวคิดการปกครองแบบธรรมิกราชตามปรัชญาพุทธศาสนา แต่มีลักษณะรูปแบบการปกครองที่มีการใช้ศัพท์แสงที่โอ้อ่า มีความขมขลัง และความศักดิ์สิทธิ์ รวมถึงการมีบทบาทของพวกพราหมณ์ที่เข้ามาทำหน้าที่ต่างๆ ตามคติศาสนาพราหมณ์ ก็เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจเด็ดขาดขึ้น เพื่อความเหมาะสมกับบริบทโครงสร้างทางสังคมที่พัฒนาขึ้นเป็นราชอาณาจักรที่มีความซับซ้อน และประกอบด้วยชนหลายกลุ่มรวมกัน^[26] ซึ่งในส่วนของระบบกฎหมายในสมัยอยุธยานั้นก็ถือว่าได้รับอิทธิพลจากโครงสร้างนี้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ แม้ว่าจะระบบกฎหมายโดยพื้นฐานจะยังคงยึดถือ **“คัมภีร์พระ**

[25] ศรีศักร วัลลิโภดม, อ้างแล้ว, หน้า 23-27.

[26] พึ่งอ้อ, หน้า 29.

ธรรมศาสตร์” เป็นหลักกฎหมายในการปกครองให้ราษฎรอยู่เย็นเป็นสุข เช่นเดียวกับในสมัยสุโขทัย ก็ตาม แต่สิ่งที่พัฒนาขึ้นมา ก็คือการสร้างกระบวนการเพื่อสนับสนุนให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไป โดยความถูกต้องสอดคล้องกับหลักของพระธรรมศาสตร์ให้มากขึ้น โดยจากแต่เดิมที่พระมหากษัตริย์ ผู้ปกครองแผ่นดินไม่มีอำนาจในการกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ ภารกิจที่สำคัญของพระองค์ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยในชุมชนที่อยู่ในบังคับ รวมถึงหน้าที่ด้านการยุติธรรม และรับหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาสูงสุดในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างราษฎร และการใช้อำนาจลงโทษ เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เท่านั้น ก็ได้พัฒนาให้กษัตริย์สามารถที่ออกกฎหมายเพิ่มเติม ที่เรียกว่า **“ราชศาสตร์”** จากการที่พระองค์ทรงวินิจฉัยมูลคดีต่างๆ แล้วรวบรวมเป็นกฎหมายพื้นฐานของแผ่นดินโดยที่ **“ราชศาสตร์”** นั้นอาจมีชื่อเรียกโดยรวมว่า **“พระราชกำหนดบทพระอัยการ”** หรือ **“พระราชกำหนดกฎหมาย”** ซึ่งโดยหลักแล้ว **“ราชศาสตร์”** นั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักใน **“คัมภีร์พระธรรมศาสตร์”** ซึ่งหากมีความแตกต่าง ก็จะไม่ถือเป็นราชศาสตร์ จะมีสถานะเป็นเพียงแต่พระบรมราชโองการของพระองค์เท่านั้น โดยที่มีกำหนดธรรมเนียมประเพณีไว้ว่า พระราชวินิจฉัยของกษัตริย์จะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อได้อนุญาตให้เป็นไปตามธรรมเนียมและจารีตและบทบัญญัติแห่งพระธรรมศาสตร์ และหลักเกณฑ์หนึ่งที่ใช้เป็นมาตรการควบคุมการใช้อำนาจดุลยพินิจในการวินิจฉัยคดีความต่างๆ ก็คือ หลัก **“อินทภาษ”** ซึ่งเป็นหลักธรรมที่ปรากฏในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ กำหนดให้ผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะต้องปราศจากอคติ 4 ประการ คือ ฉันทาคติ (รัก) โทสาคติ (โกรธ) โมหาคติ (หลง) ภยาคติ (กลัว)^[26] ซึ่งบทกฎหมายราชศาสตร์นี้โดยทั่วไปจึงประกอบด้วยคำปรารภที่อ้างถึง **“มูลคดี”** ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งลักษณะเช่นนี้ได้แสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่า ในสมัยอยุธยา นั้น แม้กษัตริย์จะมีอำนาจสูงสุด ก็มีใช้ว่า พระองค์จะกำหนดกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายให้ขัดกับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้^[27] ซึ่งหลักนี้ถือเป็นหัวใจสำคัญในกฎหมายตามคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ อันถือเป็นอุดมการณ์ทางกฎหมายของสังคมไทยในยุคนี้ ที่เรียกว่า หลัก **“จตุรธรรม”** อันประกอบไปด้วยหลัก 4 ประการ คือ^[28]

1. ผู้ปกครองไม่สามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ
2. กฎหมายต้องสอดคล้องกับธรรมะ หรือศีลธรรม
3. จุดมุ่งหมายของกฎหมายคือประโยชน์ของประชาชน
4. กษัตริย์ต้องอำนาจทางกฎหมายบนพื้นฐานของหลักทศพิธราชธรรม

^[26] ประยูร กาญจนกุล, “หลักนิติธรรมไทย,” **รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์** อาจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 145.

^[27] ฐานันท์ นิพิฏฐกุล, “อิทธิพลอินเดียในกฎหมายเก่าของสยาม,” **ร.แลงกาต์ กับไทยศึกษา รวมบทความแปล และบทความศึกษาค้นคว้า**, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 121-122.

^[28] จรัญ โฆษณานันท์, อ้างแล้ว, หน้า 202-203.

นอกจากนี้ สิ่งที่กฎหมายในสมัยอยุธยามีความแตกต่างจากกฎหมายในสมัยสุโขทัยที่สำคัญเรื่องหนึ่งก็คือกฎหมายของอยุธยานั้นเริ่มมีการรับอิทธิพลคติทางศาสนาพราหมณ์ ในส่วนของการกำหนดบทลงโทษที่มุ่งลงโทษต่อเนื่องต่วร่างกายมากขึ้นนอกเหนือจากการปรับไหม โดยการกำหนดโทษเป็นสถาน อาทิเช่น กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กำหนดโทษฐานมักใหญ่ใฝ่สูงเกินศักดิ์ ให้ลงโทษ 8 สถาน คือ สถานหนึ่งให้บั่นคอริบเรื้อน สถานหนึ่งให้เอามะพร้าวห้ำด้วยดปาก สถานหนึ่งให้ริบราชบาตแล้วเอาตัวลงหญ้าช้าง สถานหนึ่งให้ไหมจตุรคุณแล้วเอาตัวออกจากราชการ สถานหนึ่งให้ไหมทวิคุณ สถานหนึ่งให้ทวนลวดหนั่ง 50 ที 25 ที ใส่ตรูไว้ สถานหนึ่งให้จำไว้แล้วถอดเสียเป็นไพร่ สถานหนึ่งให้ภาคทัณฑ์ไว้ (โดยจะเลือกลงโทษสถานใดสถานหนึ่ง) เป็นต้น^[29]

ต่อมาเมื่อมีกฎหมายต่างๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายที่มีอยู่ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ และกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติทับซ้อนกันมากขึ้น ก็ได้มีการตรวจชำระอยู่อีกหลายครั้ง โดยครั้งหลังสุดก็คือการตรวจชำระในช่วงต้นของสมัยรัตนโกสินทร์ คือสมัยรัชกาลที่ 1 แห่งสมัยรัตนโกสินทร์ เมื่อจุลศักราช 1166 (พ.ศ.2347) โดยพระบรมราชโองการของสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ซึ่งเป็น การตรวจชำระกฎหมายเก่าสมัยอยุธยาแล้วนำมาประมวลเข้าด้วยกัน และโปรดเกล้าฯ ให้เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” โดยมูลเหตุของการชำระกฎหมายตราสามดวงนี้ก็เนื่องจาก กฎหมายที่ใช้กันอยู่ในระยะแรกของกรุงรัตนโกสินทร์นั้นก็คือกฎหมายที่ใช้อยู่เมื่อครั้ง กรุงศรีอยุธยา โดยอาศัยความจำเป็น การคัดลอกมาตามเอกสารที่หลงเหลือ กระทั่งได้มีการทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาคติเรื่องหนึ่ง อันมีข้อเท็จจริงว่าหญิงฟ่องหย่าชาย ทั้งๆ ที่ตนได้ทำซู้ และศาลได้พิพากษาให้หย่าได้ตามที่ฟ่อง โดยพิจารณาคดีไปตามบทกฎหมาย ที่มีความว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเป็นหญิงหย่าชาย หย่าได้” โดยพระองค์จึงทรงมีพระบรมราชโองการ ให้เทียบกฎหมายทั้ง 3 ฉบับ คือ ฉบับที่ศาลใช้กับฉบับที่หอหลวง และที่ห้องเครื่อง ก็ปรากฏ ข้อความที่ตรงกัน เมื่อเป็นดังนี้ จึงทรงมีพระราชดำริว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม ซึ่งอาจมีความคลาดเคลื่อนจากการคัดลอก สมควรที่จะจัดให้มีการชำระสะสางกฎหมายใหม่ เหมือนการสังคายนาพระไตรปิฎก

โดย กฎหมายตราสามดวงนั้นหากพิจารณาตามแนวคิดทางตะวันตก ถือว่า มีลักษณะเป็น “กฎหมายของนักกฎหมาย” (Juristenrecht) กล่าวคือ เป็นการนำกฎเกณฑ์ส่วนใหญ่ที่ปรากฏในพระธรรมศาสตร์ มาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย ที่มีลักษณะทั่วไปและมีฐานะสูงกว่าจารีตประเพณี ถือเป็นการปรุงแต่งจารีตประเพณีสำคัญให้เป็นระบบ โดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งทรงเป็นนักกฎหมาย เพื่อใช้เป็นคู่มือในการชี้ขาดตัดสินคดี และพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหลัก ซึ่งมีเนื้อหาแบ่งเป็น เรื่องๆ ตามรูปเดิม มีการระบุคำปรารภกล่าวถึงเหตุการณ์ออกกฎหมายในแต่ละเรื่องนั้น และคำสั่งของพระ

^[29] เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายสมัยอยุธยา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2559), หน้า 54.

เจ้าแผ่นดินที่ให้ตรากฎหมายนี้ขึ้น มีจำนวนทั้งสิ้น 28 เรื่อง^[30] โดยให้อำลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามชุด แต่ละชุดประทับตรา 3 ดวง คือ ตราพระราชสีห์ (สำหรับตำแหน่ง สมุหนายก) ตราพระคชสีห์ (สำหรับตำแหน่งสมุหพระกลาโหม) และตราบัวแก้ว (สำหรับตำแหน่งโกษาธิบดีหมายถึงพระคลังซึ่งต่อมารวมทั้งต่างประเทศ) ซึ่งในกรณีของการจัดทำกฎหมายตราสามดวงนี้ แสดงให้เห็นถึงความยึดมั่นในวัฒนธรรมทางกฎหมายดั้งเดิมของไทยได้ค่อนข้างชัดเจน คือ ความยึดมั่นในความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายที่ แม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ต้องให้ความสำคัญ และปฏิบัติตาม ไม่มีพระราชอำนาจที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมาย ตามอำเภอใจ แม้จะทรงเห็นว่ากฎหมายใดไม่สอดคล้องกับความยุติธรรม ก็ชอบที่จะจัดให้มีการชำระสะสางกฎหมายให้กลับไปสู่ความถูกต้องเหมือนการสังคายนาพระไตรปิฎก ดังพระราชปรารภที่ว่า “ให้กรรมการชำระพระราชกำหนดบทพระอาชญา อันมีอยู่ในหอหลวง ตั้งแต่พระธรรมศาสตร์ไปให้ถูกถ้วน ตามบาปี่และเนื้อความ มิให้ผิดเพี้ยนซ้ำกัน ได้จัดเป็นหมวด เป็นเหล่าเข้าไว้ แล้วทรงอุตสาหทรงชำระตัดแปลง ซึ่งบทอันวิปลาดนั้นให้ชอบโดยยุติธรรมไว้” ซึ่งกฎหมายตราสามดวงนี้ได้เป็นกฎหมายหลักของไทยที่ใช้บังคับมาตั้งแต่รัชกาลที่ 1 จนถึงรัชกาลที่ 4 รวมเป็นระยะเวลา 103 ปี จนกระทั่งมีการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลตามแบบประเทศมหาอำนาจยุโรป จึงได้เลิกใช้กฎหมายตราสามดวงนี้^[31]

3) ช่วงรับอิทธิพลระบบกฎหมายตะวันตก

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในช่วงนี้เริ่มต้นเมื่อประเทศสยามได้มีการปฏิรูปประเทศในสมัยรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 อันเนื่องมาจากกระแสการค้าเสรี และการขยายตัวทางด้านทางด้านเศรษฐกิจ ที่เป็นไปด้วยความรวดเร็ว โดยเครื่องมือที่สำคัญสำหรับการพัฒนาสังคมให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว คือ การปรับปรุงระบบกฎหมายให้ทันสมัย โดยอาศัยแบบอย่างจากตะวันตก โดยเฉพาะในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดินใหม่ ตั้งกระทรวงยุติธรรม ตั้งโรงเรียนกฎหมาย และจัดให้มีการร่างประมวลกฎหมายขึ้นตามระบบกฎหมายของประเทศทางภาคพื้นยุโรปที่เรียกว่า ระบบ Civil Law นับเป็นการพัฒนาระบบกฎหมายของไทยให้ทันสมัยไปอีกก้าวหนึ่ง แต่ถึงกระนั้น เพื่อให้กฎหมายที่รับมามีความเหมาะสมกับสังคมไทย ก็ได้ละทิ้งแนวความคิดตามธรรมเนียมประเพณีเดิมของไทย กฎหมายบางเรื่อง จึงยังคงแสดงถึงความคิดแบบไทย เช่น การห้ามฟ้องบุพการีของตนที่เรียกว่าคดีอุทูลุม หรือการกำหนดโทษอาญาให้หนักขึ้นในกรณีของการฆ่าบุพการีเหล่านี้เป็นต้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการนำจารีตประเพณีมาช่วยแก้ปัญหาในทางแพ่งนั้นประมวลกฎหมายแพ่งฯ ที่ร่างขึ้นก็ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ซึ่งเป็นการนำกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ควบคู่กันไป

^[30] ศูนย์ข้อมูลกฎหมายกลาง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๐๐ ปี กฎหมายตราสามดวง, หน้า 6 [Online].available: http://www.thailaws.com/download/thaidownload/200year_3duanglaw.pdf (March,2016).

^[31] กฎหมายตราสามดวง [Online].available:http://www.thailaws.com/aboutthailand/thai_07.htm (March,2016).

โดยแนวคิดทางกฎหมายฝ่ายตะวันตกที่สำคัญแนวคิดหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้มีปรากฏตามคำสอนทางกฎหมายของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ที่ทรงเริ่มอธิบายความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ตามแบบอย่างคำสอนวิชา Jurisprudence ของ John Austin ซึ่งเป็นที่แพร่หลายอยู่ในอังกฤษ อเมริกาและภาคพื้นยุโรป ในสมัยนั้น ซึ่งเป็นช่วงที่ปรัชญากฎหมายเชิงปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) ที่เชื่อว่าการบริหารจัดการบ้านเมืองจะต้องอาศัยอำนาจสิทธิขาดของรัฐ ถือว่าอำนาจรับเป็นอำนาจสูงสุด กฎหมายที่รัฐจะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคมก็ควรมีความสมบูรณ์ และความเด็ดขาดในตัวเอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของศีลธรรม ความยุติธรรม หรือสิ่งอื่นใด ว่า “กตหมายนั่นคือเป็นข้อบังคับของผู้ซึ่งมีอำนาจในบ้านเมือง เมื่อผู้ใดไม่กระทำตามแล้วต้องโทษ” และ “...เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากตหมายไปปนกับความชั่ว ถ้าความยุติธรรม กตหมายเป็นคำสั่งเพนแบบที่เราจะต้องประพฤติตาม แต่กตหมายบางทีก็จะชั่วได้ ถ้าไม่เปนยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรคืออะไรชั่ว ถ้าอะไรเปนยุติธรรม อะไรไม่ยุติธรรม มีบ่อเกิดที่จะเกิดขึ้นหลายแห่งเช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กตหมายนั่นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือ จากผู้ปกครองแผ่นดิน ถ้าที่ผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น...” และ “...ในเมืองไทย คำพิพากษาเก่าๆ แลคำพิพากษาเดี๋ยวนี้นี้ด้วย อ้างความยุติธรรมขึ้นตั้งเสมอ ๆ แต่คำที่เรียกว่ายุติธรรมเปนคำไมตรี เพราะเปนการที่ทุกคนเห็นแตกต่างกันตามนิสัยซึ่งไม่เปนกริยาของกตหมาย กตหมายต้องเปนยุติ จะเถียงแปลกออกไปไม่ได้ แต่เราเถียงได้ว่าอย่างไรเปนยุติธรรมไม่ยุติธรรมทุกเมื่อทุกเรื่อง...”^[32] แต่แนวคิดการยึดตัวบทกฎหมายมากกว่าความยุติธรรมที่แท้จริง ตามแนวคิดตะวันตกนี้ ในช่วงแรกก็ยังคงไม่เคร่งครัดนัก เนื่องจากยังปรากฏว่ามีบางคดีที่ กรมหลวงราชบุรีฯ ได้ในฐานะกรรมการฎีกา ได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลในหลวงรัชกาลที่ 5 เพื่อขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย เมื่อเกิดกรณีปัญหาที่การปรับใช้กฎหมายนั้นไม่เกิดความยุติธรรม โดยในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ยายที่เลี้ยงดูหลานมาจากเล็กจนโตได้ยกสมบัติให้หลาน โดยหวังจะให้เลี้ยงดูตอนแก่ แต่ปรากฏว่าหลานกลับเสียชีวิตก่อนยาย ลูกเมียของหลานจึงมาขอรับมรดก ซึ่งตามบทบัญญัติกฎหมายในเวลานั้นระบุว่าลูกเมียของหลานเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด แต่กรรมการฎีกาเห็นว่า ยายมีอายุ 80 ปี และไม่มีทรัพย์สินเหลือพอที่จะเลี้ยงชีวิตต่อไป จึงกราบบังคมทูลเสนอให้ยายมีสิทธิรับมรดกของหลานส่วนหนึ่ง ซึ่งในคดีนี้ในหลวงรัชกาลที่ 5 ทรงพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยว่า “...ดูพอจะสมควรแก่ทางยุติธรรม จะผิดด้วยกฎหมายหรือทางความอย่างไรไม่รู้ เพราะไม่ได้ตรวจเรื่องความละเอียดตลอดไป พุดแต่ความในใจเมื่อเห็นคำพิพากษา...”^[33] ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคติทางกฎหมายแบบธรรมนิยมเดิมยังคงมีอิทธิพลต่อการบังคับใช้กฎหมายอยู่ในช่วงต้นของการรับวัฒนธรรม

^[32] กิตติศักดิ์ ปรกติ, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2556), หน้า 71-75.

^[33] คำพิพากษาฎีกาที่ 455/121 (พ.ศ.2446).

ทางกฎหมายจากชาติตะวันตก^[34] แต่ในเวลาต่อมาคำสอนของกรมหลวงราชบุรีฯ ซึ่งแพร่ออกไปต่อสาธารณชนในรูปของตำรากฎหมายก็ได้รับการยอมรับมากขึ้นปรากฏตามคำพิพากษาของศาลที่มีการระบุไว้อย่างชัดเจน อาทิเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 144/2459 หรือ คำพิพากษาฎีกาที่ 211/2473 ที่ระบุไว้ว่า “ความยุติธรรมคือความประพฤติโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่ความเห็นส่วนบุคคลเพราะแปรปรวนได้ง่าย กฎหมายจึงต้องแปรอย่างเคร่งครัดตามที่ปรากฏ จะแปลให้คล้อยตามความยุติธรรมมิได้” เป็นต้น ซึ่งแนวคิดเชิง “ปฏิธานนิยม” เช่นนี้ก็มีอิทธิพลในยุคสมัยต่อมาอย่างต่อเนื่อง แม้กระทั่งเมื่อประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เมื่อปี พ.ศ. 2475 โดยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และ มีการออกกฎหมายต่อมาอีกมากมาย ทั้งในรูป ของพระราชบัญญัติ และกฎหมายในลำดับรองต่างๆ ฝ่ายที่ควบคุมอำนาจรัฐในช่วงนั้นก็ยึดถือหลักการใช้กฎหมายแบบปฏิธานนิยม เป็นฐานคิดเพื่อการสนับสนุนความมั่นคง ดังปรากฏคำพิพากษาฎีกาหลายฉบับที่รับรองแนวคิดนี้ อาทิเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1153-1154/2495 หรือ 45/2496 เป็นต้น^[35]

การเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 นอกจากถือเป็นที่เป็นการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองของไทยที่สำคัญ คือเปลี่ยนแปลงจากระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) แล้ว ยังถือได้ว่าเป็นการเริ่มต้นในการรื้ออิทธิพลของหลักนิติธรรมตามแบบตะวันตก เข้ามาในประเทศไทยอย่างชัดเจน เนื่องจากอำนาจสูงสุดของรัฐได้ถูกถ่ายโอนจากองค์พระมหากษัตริย์ตามคติการปกครองเดิมไปสู่แนวคิดที่ให้รัฐธรรมนูญทำหน้าที่ระบุที่มาของอำนาจอธิปไตยที่ต้องมาจากเบื้องล่าง คือ ประชาชนตามคติตะวันตก และบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ถือเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยตัวแทนที่มาจากทางเลือกตั้งของประชาชน ซึ่งมีปรากฏให้เห็นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ในมาตรา 29 ที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” ซึ่งถือเป็นการบ่งบอกว่ากฎหมายใด ๆ ที่ตราขึ้น จะต้องไม่ละเมิดหรือ จำกัดซึ่งสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน และจะต้องบังคับใช้กับคนทุกๆ คนอย่างเท่าเทียมกัน และมีการนำหลัก “นิติธรรม” ไประบุไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ใน มาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตาม

[34] จริญญา โฆษณานันท์, อ้างแล้ว, หน้า 389-390.

[35] กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว, หน้า 74-75.

รัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นการเน้นให้เห็นว่า ผู้ใช้อำนาจปกครอง และองค์กรของรัฐ จะต้องกระทำการอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายอย่างเสมอภาคเท่าเทียม และเป็นธรรมทั้งสิ้น

แต่ทั้งนี้ ในสังคมไทยก็ยังคงมีความสับสนเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “นิติธรรม” และ “นิติรัฐ” และมักนำมาใช้ร่วมกันอยู่บ่อยครั้ง ทั้งที่จากการที่ศึกษามาข้างต้นจะพบว่าคำสองคำนี้แม้จะมาจากแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายเหมือนกัน แต่ก็มีหลักการในเชิงพัฒนาการ และรายละเอียดที่แตกต่างกัน ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการแล้ว ประเทศไทยซึ่งในปัจจุบันนั้นใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ย่อมสมควรที่จะต้องยึดถือตามหลัก “นิติรัฐ” ที่มุ่งเน้นรูปแบบ-โครงสร้าง (form-structure) ของการจำกัดอำนาจรัฐที่เป็นมุมมองของการให้ความคุ้มครองสิทธิประชาชนที่มาจาก รัฐ มากกว่า หลัก “นิติธรรม” ที่จะเน้นที่เนื้อหา (substance) และกระบวนการ (procedure) ที่เป็นมุมมองการเรียกร้องจากประชาชน เพื่อให้รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย จึงส่งผลให้ระบบกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นปรากฏปัญหาอยู่ในหลายมิติ ทั้งทางด้านนิติบัญญัติ (การบัญญัติกฎหมาย) ด้านการบริหาร (การบังคับใช้กฎหมาย) และด้านตุลาการ (การระงับข้อพิพาท) ที่มักจะปรากฏในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ที่เหมาะสมของกฎหมาย กับบริบท ของสังคมไทย เนื่องจากความสับสนและไม่ชัดเจนของการผสมผสานคติทางกฎหมายของสังคมไทย กับต่างประเทศที่นำมาเป็นฐานของการพัฒนาระบบกฎหมายไทยดังที่กล่าวมานั่นเอง

ลักษณะของหลักนิติธรรมที่เหมาะสมตามบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน

จากสภาพปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ในมุมมองของผู้เขียน มีความเห็นว่าหากพิจารณาจากรากฐานในทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทยก็จะพบว่า สังคมไทยนั้นถือเป็นสังคมที่มีวัฒนธรรมทางด้านกฎหมายที่เป็นเอกลักษณ์ มีความสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมและคติความเชื่อต่างๆ อย่างเหมาะสมมาตั้งแต่ในอดีตโดยเฉพาะการยึดถือแนวคิด การปกครองโดยกฎหมายที่สอดคล้องกับความเป็นธรรมตามบริบทสังคม มาทุกยุคทุกสมัย แม้ว่าการปกครองในอดีตนั้นจะใช้ระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นหลัก แต่ก็ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการปกครองที่กษัตริย์ผู้ปกครองใช้พระราชอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ดังเช่นแนวคิดของการปกครองลักษณะเดียวกันนี้ของสังคมตะวันตกยุคโบราณ หรือสังคมที่ปกครองตามคติพราหมณ์ฮินดู แต่อย่างไรก็ตาม แต่กลับมีลักษณะของการปกครองในลักษณะ “ธรรมมิกราช” คือ การปกครองที่การใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์นั้นจะอยู่ภายใต้หลักธรรมตามคติทางพุทธศาสนาเป็นหลัก ดังนั้นการบัญญัติกฎหมาย รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายจึงมักมีความสัมพันธ์กับ ความเป็นธรรมอันเหมาะสมตามบริบทสังคมพุทธมาโดยตลอด

แต่ทั้งนี้กรณีที่มีมักจะสร้างความสับสนเกี่ยวกับลักษณะของการปกครองและการบังคับใช้กฎหมายในอดีตก็คือช่วงยุคที่สังคมไทยเริ่มรับอิทธิพลของคติพราหมณ์ฮินดูเข้ามาในสมัยอยุธยา โดยกษัตริย์มี

ฐานะเป็น “เทวราชา” บทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ก็เริ่มมีการกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงต่อเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์ในบางกรณีที่มีลักษณะของการลงโทษที่เด็ดขาด จึงเกิดเป็นความเข้าใจว่าในยุคนั้น เป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เต็มรูปแบบ ที่กษัตริย์ ทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาด ตามแบบคติพราหมณ์ฮินดู แต่หากพิจารณาจากบริบทของอาณาจักรอยุธยาในขณะนั้น ประกอบ ก็พบว่า อยุธยาเป็นอาณาจักรที่มีอาณาเขตกว้างขวางเนื่องจากได้มีการผนวกเอาสุโขทัย และสุพรรณภูมิเข้ามา อีกทั้งยังเริ่มมีการติดต่อค้าขายกับดินแดนภายนอกมากขึ้นจึงมีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงลักษณะการปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยเฉพาะในยุคสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่อยุธยาแผ่ขยายอาณาเขตออกไปอย่างกว้างขวาง และมีการปฏิรูปการปกครองเป็นการปกครองแบบรวบอำนาจไว้ที่พระมหากษัตริย์ โดยทรงแบ่งเมืองต่าง ๆ รอบนอกออกเป็น หัวเมืองชั้นใน หัวเมืองชั้นนอก ที่ดูแลโดยขุนนางที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ประกอบกับการศึกต่างๆ ทั้งในการแย่งชิงดินแดน และการป้องกันดินแดน ก็มีเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้นการแสดงออกถึงความเด็ดขาดในการปกครอง จึงมีความจำเป็นกับบริบทลักษณะนี้ ซึ่งการถกเถียงเกี่ยวกับกรณีนี้มีปรากฏอยู่ในงานวรรณกรรมในสมัยหลังอยู่บ้าง เช่น หนังสือเรื่อง “กฤษฎาภินิหาร อันบดบังมิได้” ซึ่งแต่งโดย ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช ที่เป็นการถกเถียงกันในเนื้อหาส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจที่เข้มงวดของสมเด็จพระนเรศวรมหาราช ที่ปรากฏอยู่ในรายงานของนาย Jeremais van Vliet ชาวฮอลันดา ที่รู้จักกันในชื่อ วัน วลิต โดยเอกสารนี้ถือเป็นเอกสารพงศาวดารกรุงศรีอยุธยาฉบับเก่าที่สุดเท่าที่ค้นพบ ซึ่งมีเนื้อหากล่าวถึงอาณาจักรสยามตั้งแต่สมัยพระเจ้าอู่ทองทรงสร้างกรุง จนถึงรัชกาลสมเด็จพระเจ้าทรงธรรม โดยเนื้อหาบางส่วนในหนังสือเรื่องนี้ แสดงให้เห็นว่า โดยแท้จริงแล้วสมเด็จพระนเรศวรเป็นผู้ทรงก่อให้เกิดความคิดใหม่ขึ้นในใจคนไทย ความเกรงกลัวพระราชอาญาพระนเรศวร นั้น เกิดจากความเคารพรัก และความภูมิใจ เพราะพระนเรศวรเป็นเจ้าทรงปฏิบัติพระองค์ให้แลเห็นได้ชัดทั่วกันว่า พระราชกรณียกิจน้อยใหญ่ นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของคนไทยและเพื่อประโยชน์ของบ้านเมือง มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนพระองค์เองเลยแม้แต่น้อย^[36] จึงแสดงให้เห็นว่าลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในสมัยอยุธยาแม้ว่าจะมีลักษณะของการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์อย่างเข้มงวดเด็ดขาดอยู่บ้าง แต่ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ของชาติ และประชาชน เป็นหลัก ซึ่งก็ยังคงเป็นการใช้พระราชอำนาจที่อยู่ภายใต้ความเหมาะสมตามบริบทของสังคม และยึดถือประโยชน์ของสังคมส่วนรวมเป็นหลัก

ต่อมา เมื่อถึงยุคที่ไทยได้รับอิทธิพลของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายของชาติตะวันตกเข้ามา ใช้ช่วงการปฏิรูประบอบกฎหมายในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้นก็ต้องยอมรับว่าเป็นเป็นยุคที่อิทธิพลของแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายของชาติตะวันตกเริ่มเข้ามามีอิทธิพลทั้งในเชิงรูปแบบ คือ ลักษณะของกฎหมายที่เปลี่ยนจากเดิมที่สังคมไทยจะคุ้นชินกับกฎหมายจารีตประเพณีที่ผูกพันกับคติทางศาสนา มาเป็นการ

^[36] สามารถอ่านรายละเอียดได้ใน: คึกฤทธิ์ ปราโมช, กฤษฎาภินิหาร อันบดบังมิได้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์ พลัสลิเคชั่น, 2005)

บัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกติการวมในรูปแบบลายลักษณ์อักษร คือ ประมวลกฎหมาย ตามแนวคิดและปรัชญาตะวันตก และในเชิงการบังคับใช้กฎหมาย คือ ต้องยึดกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นอย่างเคร่งครัด โดยที่ไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความยุติธรรมที่แท้จริง เนื่องจากถือว่าตัวบทกฎหมายที่บัญญัติออกมานั้น คือ ความยุติธรรมที่เหมาะสมแล้ว ซึ่งแนวคิดนี้ได้เริ่มเข้ามาแทนที่หลักการปกครองโดยกฎหมายแบบคติไทยแต่ดั้งเดิมมาตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าว จนกระทั่งอิทธิพลของหลักการปกครองโดยกฎหมายได้เข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายไทยอย่างเต็มรูปแบบก็คือเมื่อมีการเปลี่ยนการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เมื่อปี พ.ศ.2475 ที่ต้องมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศมาจนถึงปัจจุบัน โดยผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้นได้แก่บุคคล หรือคณะบุคคลที่มีอำนาจอันสูงสุดและแท้จริงในรัฐ ซึ่งในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ตรารัฐธรรมนูญขึ้น โดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร และหากปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใด มีข้อความขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ โดยองค์กรที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่นั้น ก็คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั่นเอง ทั้งนี้ในปัจจุบันก็อาจจะยังมีความสับสนอยู่บ้างว่าประเทศไทยควรจะเหมาะสมกับแนวคิดแบบใดระหว่าง หลัก “นิติธรรม” (Rule of Law) ตามแบบ Common Law หรือ “นิติรัฐ” (Legal State) ตามแบบ Civil Law

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้พบว่าในปัจจุบันระบบการปกครองของประเทศไทยนั้นตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของแนวคิดของหลักการปกครองโดยใช้กฎหมายตามคติตะวันตก ทั้งในเชิงรูปแบบ และแนวคิดพื้นฐาน ทั้งที่ในความเป็นจริงนั้น บริบทสังคมไทยค่อนข้างมีความแตกต่างจากสังคมตะวันตกในหลายด้าน โดยเฉพาะทางด้านวัฒนธรรมทางกฎหมายที่ไทยนั้นมีลักษณะเฉพาะตัวดั้งเดิม ต่างจากชาติตะวันตกอยู่พอสมควร การที่รับเอาอิทธิพลวัฒนธรรมทางกฎหมายตะวันตกมาใช้จึงมักเกิดปัญหาความย้อนแย้งระหว่างกฎหมาย กับวัฒนธรรม และบริบททางสังคมอยู่หลายกรณี อาทิเช่น

1) การนำแนวคิดระบบ “ผัวเดียวเมียเดียว” มาใช้ในกฎหมายไทย

โดยกรณีนี้เกิดจากที่ Dan Beach Bradley มิชชันนารีชาวอเมริกันที่เข้ามาในกรุงเทพฯ ตั้งแต่ พ.ศ. 2378 ได้นำเสนอ แนวคิด “ผัวเดียวเมียเดียว” (Monogamy) ผ่านหนังสือ The Bangkok Recorder ให้พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 4) ทรงยกเลิกธรรมเนียมมีเมียมากลง เนื่องจากเห็นว่าเป็นความอัปยศของสังคมสยาม แต่ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าแนวคิด “ผัวเดียวหลายเมีย” (Polygamy) แบบไทยนั้น ไม่ได้ถือเป็นข้อห้ามในพุทธศาสนา อีกทั้งธรรมเนียมเรื่องผัวเมียในคริสต์ศาสนาที่เป็นศาสนาของชาติตะวันตกในแต่ละนิกายเองก็ยังยึดถือต่างกันคือ ไม่มีเมียบ้าง มีได้คนเดียวบ้าง หรือมีหลายคนบ้าง การนำเสนอเรื่องนี้จึงมีลักษณะที่จะพยายามเปลี่ยนแปลง “จิตวิญญาณ” (Spiritual) ของสังคมไทย โดยอาศัยแนวคิดจากสังคมตะวันตก ที่เป็นเพียงแนวคิดเชิง

“วัตถุธัมผัส (Material) อันไม่ใช่ความจริงแท้ ซึ่งแนวคิด “ผิวเดียวเมียวเดียว” นี้หากนำมาใช้ในสังคมไทย คงไม่เหมาะและคงไม่อาจปฏิบัติกันได้จริง^[37] แต่ถึงกระนั้นในเวลาต่อมาก็ยังมีความพยายามผลักดันให้มีการเปลี่ยนกฎหมายเรื่องดังกล่าวโดย มิสเตอร์ปาตูซ์ ซึ่งเป็นหัวหน้ากรรมการประมวลกฎหมาย ได้นำร่างกฎหมายลักษณะผิวเมียของตน ให้กรมหมื่นสวัสดิวัดมวณิศวิเศษ แปลเป็นภาษาไทย โดยมีบันทึกแสดงความคิดเห็นให้ ผู้ชายมีเมียได้คนเดียว และการเป็นสามีภรรยาสมควรให้มีการจดทะเบียนสมรสด้วย แต่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) ไม่ทรงเห็นด้วยในเรื่องนี้ เนื่องจากการที่ทางยุโรป กำหนดให้มีภรรยาคนเดียวนั้นเป็นความสอดคล้องกับศาสนาของเขา คือ ศาสนาคริสต์ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีภรรยาได้คนเดียว ในขณะที่ศาสนาของไทย คือ ศาสนาพุทธ ไม่มีข้อกำหนดห้ามมีภรรยาหลายคน แต่ห้ามมิให้ไปปรารถนาภรรยาของผู้อื่น เท่านั้น^[38] ดังนั้นถึงแม้จะบัญญัติให้มีภรรยาคนเดียว ก็คงไม่ทำให้เปลี่ยนความรู้สึกที่แท้จริงในสังคมไทยได้ คือภรณาน้อยทั้งหลายก็ยังคงคิดว่าตนเป็นภรรยาอยู่อีกทั้งยังอาจก่อปัญหาบุตรนอกสมรสตามมาได้อีก จึงส่งผลให้ในขณะนั้นความพยายามแก้ไขกฎหมายเรื่องนี้ยุติลง แต่ที่สุดแล้วในช่วงเวลาต่อมา ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว ที่กำหนดให้ชายมีภรรยาได้หลายคน แต่จะมีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ระบุไว้ในมาตรา 1451 ว่า “บุคคลใดจดทะเบียนสมรสแล้ว จะจดทะเบียนอีกไม่ได้เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า การสมรสครั้งก่อนได้หมดไปแล้วเพราะ ตาย หย่า หรือศาลเพิกถอน” ซึ่งในปัจจุบันปรากฏเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 ที่บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” ซึ่งถือเป็นไปตามแนวคิดของสังคม “ผิวเดียวเมียวเดียว” แบบตะวันตก แต่หลังจากที่เปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว สิ่งยังคงปรากฏอยู่ก็คือความนิยมในการมีภรรยาหลายคนของผู้ชายไทยก็ยังไม่เปลี่ยนแปลงตามไปได้เลย อีกทั้งยังส่งผลให้ เกิดปัญหา ใหม่ ๆ ขึ้นในสังคม อาทิ ปัญหาภรณาน้อย บุตรนอกสมรส และกลายเป็นปัญหาใหญ่ของสังคมไทยในลำดับต้นๆ ในปัจจุบัน ซึ่งก็เป็นดังพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ได้ทรงกล่าวท้วงติงเอาไว้ในอดีต

2) ประเด็นเกี่ยวกับชาวบ้านบุกรุกป่าสงวน

ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ปรากฏในสังคมไทยมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายระบุพื้นที่ป่าต่างๆ ที่มีชาวบ้านพื้นเมืองอยู่อาศัยทำกินอยู่เดิม ให้เปลี่ยนเป็นเขตป่าหวงห้าม หรือเขตป่าสงวน และทำการบังคับใช้กฎหมายกับชาวบ้านกลุ่มดังกล่าวอย่างเคร่งครัด จนเกิดเป็นคำถามในเชิงย้อนแย้งว่า ว่า จริงๆ แล้วกรณีนี้เป็นกรณี “ชาวบ้านบุกรุกป่า” หรือ “ชาวบ้านบุกรุก

^[37] สุรเชษฐ์ สุขลาภกิจ, “กว่าจะเป็น “ผิวเดียวเมียวเดียว”:สังเขปประวัติความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวสมัยใหม่ในสยาม พ.ศ. 2410-2478,” รัฐศาสตร์สาร, ปีที่ 35 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557): หน้า 4-7.

^[38] ในทางพุทธศาสนา มีการกำหนดหลัก บุญธรรมที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ คือ “กามสังวร” ที่กำหนดให้บุคคลต้อง สำรวมในกาม รมัตระวังควบคุมใจไม่ให้หลงไหลหมกมุ่นในกามคุณ ไม่ว่าจะป็นรูป เสียง กลิ่น รส สัมผัสมากเกินไปจนผิดธรรมหรือเกินความพอดี กลายเป็นความมกมากในกามไม่รู้จักพอในที่สุด

กฎหมาย” กันแน่ เนื่องจากหากนำแนวคิดการใช้กฎหมายแบบตะวันตกยุคใหม่มาพิจารณา ก็มีใช้เรื่องแปลกหากจะกล่าวว่าชาวบ้านกลุ่มนี้ “บุกรุกป่า” เนื่องจากเป็นสิ่งที่กฎหมายในปัจจุบันซึ่งออกมาโดยอำนาจรัฐโดยชอบบอกว่าเป็นการกระทำที่ผิด ทั้งที่ ในช่วงสมัยหนึ่งซึ่งเป็นยุคเร่งการผลิตพืช พาณิชย์เพื่อส่งออก ชาวบ้านได้รับการยกย่องจากรัฐว่าเป็นผู้บุกเบิกที่ดินทำกิน ก่อนที่ต่อมากลายเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้บุกรุกตามมุมมองของกฎหมายปัจจุบัน^[39] ดังนั้นปัญหาเรื่องนี้จึงถือเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อน จะแก้ปัญหามาโดยการมองปัญหาแบบผิวเผิน ด้วยการสร้างมายาคติว่าคนที่อยู่ในป่าคือผู้กระทำผิดเสมอต้องมีการนำคนเหล่านั้นออกจากป่าเท่านั้นป่าจึงจะอุดมสมบูรณ์ด้วยการบังคับใช้กฎหมายอย่างเด็ดขาดตามแนวคิดตะวันตก ปัญหาใหม่ๆ ที่มีความยุ่งยากกว่าก็จะตามมาอยู่เสมอ

จากตัวอย่างปัญหาความย้อนแย้งของระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นในสังคมไทยที่ยกมากล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่า ล้วนเกิดจากการใช้กฎหมายที่รับอิทธิพลทางกฎหมายตามแบบตะวันตกมาในลักษณะที่ไม่นำเอาบริบททางสังคม และวัฒนธรรมทางกฎหมายแบบสังคมไทยมาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งถือเป็นข้อด้อยที่สำคัญมากกรณีหนึ่งของการบังคับใช้กฎหมายในสังคมไทยในยุคปัจจุบันที่ยึดมั่นตามหลักการปกครองโดยกฎหมายแบบตะวันตกมากจนหลงลืมแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายตามบริบทสังคมไทย ดังที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ 9) ได้ทรงมีพระราชดำรัสไว้ว่า

“...กฎหมายมีไว้สำหรับให้มีความสงบสุขในบ้านเมือง มีไว้ว่ากฎหมายมีไว้สำหรับบังคับประชาชน ถ้ามุ่งหมายที่จะบังคับประชาชนก็กลายเป็นเผด็จการ กลายเป็นสิ่งที่บุคคลหมุ่น้อยจะต้องบังคับคนหมู่มาก ในทางตรงกันข้าม กฎหมายมีไว้สำหรับให้บุคคลส่วนมากมีเสรีและอยู่ได้ด้วยความสะดวก บางที่เราตั้งกฎหมายขึ้นมาได้ด้วยวิชาการซึ่งได้จากต่างประเทศ เพราะว่าวิชาการกฎหมายนี้เป็นเป็นวิชาที่กว้างขวาง จึงต้องมีอะไรทำอย่างหนึ่ง แต่วิชาการนั้นอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์หรือท้องที่ของเรา บางทีเคยยกตัวอย่างมาเกี่ยวข้องกับที่ดิน เกี่ยวข้องกับการทำมาหากินของประชาชนที่อยู่ทางไกล.....ในป่าสงวนฯ ซึ่งทางราชการขีดเส้นไว้ว่าเป็นป่าสงวนหรือป่าจำแนก แต่เราขีดเส้นไว้ประชาชนก็มีอยู่ในนั้นแล้ว เราจะเอากฎหมายป่าสงวนไปบังคับคนที่อยู่ในป่าที่ยังไม่ได้สงวนแล้วเพิ่งไปสงวนทีหลัง โดยขีดเส้นบนกระดาษก็ดูชอบกลอยู่ แต่มีปัญหากเกิดขึ้นที่เมื่อขีดเส้นแล้วประชาชนที่อยู่ในนั้นเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายไป ถ้าดูในทางกฎหมาย เขาก็ฝ่าฝืนเพราะว่าตรามาเป็นกฎหมายโดยชอบธรรม แต่ว่าถ้าตามธรรมชาติใครเป็นผู้ทำผิดกฎหมาย ก็ผู้ที่ขีดเส้นนั่นเองเพราะว่าบุคคลที่อยู่ในป่านั้นเขาอยู่มาก่อน เขามีสิทธิในความเป็นมนุษย์หมายความว่า ทางราชการบุกรุกบุคคล ไม่ใช่บุคคลบุกรุกกฎหมายบ้านเมือง”^[40]

^[39] บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์, ความขัดแย้งปัญหาที่ดิน-ป่า : แง่มุมปัญหาด้านโครงสร้างกฎหมายและนโยบายรัฐ, หน้า 16 [Online].available: http://v-reform.org/wp-content/uploads/2012/06/%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%94%E0%B8%B4%E0%B8%9902_%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%93%E0%B8%91%E0%B8%B9%E0%B8%A3_year-end-2010.pdf (March,2016).

^[40] พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช (รัชกาลที่ 9) ที่พระราชทานต่อคณะกรรมการจัดงาน “วันรพี” หรือ วันนักกฎหมาย เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2516.

ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนที่พิจารณาจากแนวโน้มของการพัฒนาทางสังคมไทยในอนาคตที่จะก้าวไปสู่ศตวรรษแห่งการต่อสู้ทางเศรษฐกิจ ที่จะต้องมีการใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นสิ่งขับเคลื่อน และจะส่งผลให้กฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเทคนิคมากขึ้น เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาด กฎหมายการป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หรือ กฎหมายในการจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการต่างๆ^[41] จะมีบัญญัติออกมามากขึ้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะเป็นกฎหมายที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของประโยชน์ทางธุรกิจ กลุ่มธุรกิจ และเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวมเป็นหลัก แต่ในทางกลับกันกฎหมายลักษณะนี้ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของปัจเจกชน หรือประโยชน์ของประชาชนทั่วไปได้อย่างมากมายด้วย ดังนั้นการทำความเข้าใจและกำหนดนโยบายการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวตามแนวคิดหลักการปกครองโดยกฎหมาย ของประเทศไทยที่ไม่ว่าจะยึดถือหลักการปกครองโดยกฎหมายแบบ “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) หรือ หลัก “นิติรัฐ” (Legal State) ก็ตาม สิ่งที่สำคัญ คือ การใช้หลักเกณฑ์นั้นจะต้องใช้ให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมไทยได้อย่างเหมาะสมด้วย โดยผู้เขียนเห็นว่าแนวทางของหลักการปกครองโดยกฎหมายที่เหมาะสมกับบริบทสังคมไทยที่สุด คือ การปกครองโดยกฎหมายตามคติทางพุทธ เนื่องจากเป็นแนวคิดการปกครองที่มีรากฐานทางแนวที่หยั่งรากลึกมาแต่อดีต และน่าจะตรงกับสภาพและทัศนคติของคนในสังคมไทยมากที่สุด ซึ่งแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายตามคติพุทธ นั้นจะมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้ คือ^[42]

1) กฎหมายจะต้องไม่ปรากฏ “ความดีส่วนเกิน”

หลักเกณฑ์ข้อนี้นี้มีฐานคิดมาจากการที่กฎหมายถือเป็นบทบัญญัติ หรือกฎทางจริยธรรมขั้นต่ำที่สุด ดังนั้นกฎหมายที่ดีจะต้องมีสภาพบังคับที่สามารถบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การออกกฎหมายจะต้องมีการสำรวจ วิจัย หรือพิจารณาเสียก่อนว่า เหมาะสม และสามารถเป็นไปได้จริงในสภาพสังคมไทยที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นหรือไม่ มิฉะนั้นก็จะยากต่อการบังคับใช้ เปรียบเทียบกับในทางศาสนาหากมีการกำหนดให้มนุษย์ปุถุชนทั่วไปที่ยังคงมีกิเลสตัณหาอยู่ให้ต้องถือศีลถึง 227 ข้อ เช่นเดียวกับพระภิกษุสงฆ์ ก็จะยากที่จะรักษาศีลเหล่านั้นได้ และจะกลายเป็น “ความดีส่วนเกิน” หรือ “จริยธรรมส่วนเกิน” ดังนั้นในทางกฎหมายก็เช่นกัน หากบทบัญญัติกฎหมายใดที่ออกมาบังคับโดยไม่สัมพันธ์กับบริบทของสภาพสังคมที่แท้จริงจนเกิดเป็น “ความดีส่วนเกิน” ของบทบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมา ก็ส่งผลให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายนั้นลดน้อยลง ซึ่งนอกจากจะไม่สามารถบังคับได้จริงแล้ว ยังอาจเป็นการขัดขวาง หรือเป็นปัญหาในการดำรงชีวิต และการพัฒนาสังคมอีกด้วย

2) กฎหมายเป็นเพียง “เครื่องมือ” เพื่อนำพามนุษย์ไปสู่จุดมุ่งหมายของการดำรงชีวิต

หลักเกณฑ์ข้อนี้ เป็นการชี้ให้เห็นว่า ในทางความเป็นจริงนั้นสังคมมนุษย์ได้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบ และนำพาทุกคนในสังคมไปสู่ “จุดมุ่งหมาย” ของชีวิต อาทิ ความสงบสุข,

[41] กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว, หน้า 328.

[42] เอส. เอส. อนาคามี, พุทธรัฐ (กรุงเทพมหานคร:สยามมิส พับลิชชิง เฮ้าส์, 2553), หน้า 369-379.
พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต), อ้างแล้ว, หน้า 59-62.

ชีวิตที่ปลอดภัย การปกป้องทรัพย์สินส่วนตัว การมีสิทธิของพลเมือง การลงโทษผู้กระทำความผิด ฯลฯ เนื่องจากถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพที่สุดสำหรับกรณี แต่ทั้งนี้ต้องเข้าใจว่าจะอย่างไรเสีย กฎหมายก็เป็นเพียง “เครื่องมือ” มิใช่ “จุดมุ่งหมาย” ที่มนุษย์ต้องการ ดังนั้นหากหลงผิดยึดกฎหมาย เป็น จุดมุ่งหมายแล้ว มนุษย์ก็จะเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับ หรือไม่มีทางได้ถึงจุดมุ่งหมายที่แท้จริงได้ เพราะฉะนั้นการบัญญัติกฎหมาย การบังคับกฎหมาย จึงต้องคำนึงถึง “จุดมุ่งหมาย” เป็นหลักนั่นเอง

3) จุดมุ่งหมายของกฎหมายที่แท้จริงจะต้องประสานประโยชน์ของบุคคลกับสังคม และประสานสมมติของมนุษย์เข้ากับความจริงแท้ของธรรมชาติ

หลักเกณฑ์ข้อนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่สนับสนุนว่า ตัวกฎหมายนั้น ไม่ใช่เป็นความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่เป็นเครื่องมือในการสร้างสภาพเอื้อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย และพัฒนาคุณภาพของคนในสังคมให้มีชีวิตที่ดีขึ้น ซึ่งหากเปรียบในทางพุทธศาสนาแล้ว กฎหมาย เปรียบเหมือนวินัย ซึ่งถือเป็นความหมายในภาพรวม ของระบบที่ใช้ในการควบคุม “สังฆะ”^[43] ที่จะต้องประสานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับธรรม ซึ่งจะแยกย่อยออกมาเป็นข้อๆ (คล้ายมาตราในกฎหมาย) เรียกว่า “สิกขาบท” (ซึ่งคำนี้ทางด้าน ฆราวาส มักจะนิยมเรียกว่า “ศีล”) โดยสิกขาบท นี้ในทางพุทธศาสนา จะไม่ถือเป็นข้อบังคับ แต่ถือเป็นข้อศึกษา หรือข้อฝึกตนให้เข้าสู่ธรรม ซึ่งจะแบ่งไปตามวัตถุประสงค์ของการฝึกตนได้ 10 ประการ ย่อได้เป็น 5 หมวด คือ เพื่อประโยชน์ต่อสังคมย่อย เพื่อประโยชน์แก่ตัวบุคคล เพื่อประโยชน์แก่ชีวิตมนุษย์ เพื่อประโยชน์แก่สังคมใหญ่ เพื่อประโยชน์แก่ศาสนา ดังนั้นในทางกฎหมายก็เช่นเดียวกัน คือ การบัญญัติ และการใช้กฎหมายใดๆ นั้นจะต้องคำนึงวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนว่าต้องการสิ่งใดจากกฎหมายฉบับนั้น และที่สำคัญกฎหมายฉบับนั้นจะสามารถพัฒนาคนในสังคมให้มีชีวิตที่ดีขึ้นหรือไม่ด้วย ตามหลัก สิกขาบท ในทางพุทธศาสนานั้นเอง

บทสรุป

หลัก “การปกครองโดยกฎหมาย” ถือเป็นหลักที่มีปรากฏอยู่ในประวัติศาสตร์การปกครองในหลายประเทศมาอย่างยาวนาน เพียงแต่อาจจะมีรูปแบบลักษณะของระบบกฎหมายที่นำมาใช้ในการปกครองที่แตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละสังคม โดยรูปแบบของระบบกฎหมายที่มีอิทธิพลมากที่สุดก็คือระบบกฎหมายตามแนวคิดของกลุ่มประเทศทางฝั่งยุโรป ซึ่ง แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ หลัก “นิติธรรม” (Rule of Law) ที่มีต้นกำเนิดในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และ หลัก “นิติรัฐ” (Legal State) ที่มีต้นกำเนิดในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ในขณะที่ในประเทศไทย

^[43] คำว่า “สังฆะ” แปลว่า หมู่ หรือพวกของ พระอริยบุคคล หรือพระภิกษุที่อุปสมบทอย่างถูกต้องตามพระวินัย

เองนั้นก็เป็นอีกสังคมหนึ่งที่มีการใช้ระบบการปกครองโดยกฎหมายมาตั้งแต่ในอดีต ที่มีรากฐาน และพัฒนาการอันเป็นไปตามบริบท และวัฒนธรรมเฉพาะตัวภายใต้ปรัชญากฎหมายแบบพุทธนิยม ที่เรียกว่าหลัก “จตุรธรรม” อันเทียบเคียงได้กับหลัก นิติธรรม (Rule of Law) ของชาติตะวันตก ซึ่งของไทยจะมีหลักเกณฑ์ของการใช้กฎหมายที่อิงกับหลักศีลธรรมทางศาสนามากกว่าของตะวันตกที่เน้นรูปแบบกระบวนการ แต่เนื่องจากการขยายอิทธิพลของชาติตะวันตกที่มีต่อประเทศในแถบภูมิภาคเอเชีย โดยอาศัยศักยภาพทางการเมือง การทหาร และเศรษฐกิจที่เหนือกว่า จึงส่งผลให้ประเทศไทยมีความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองและกฎหมาย ให้สอดคล้องกับแนวคิดของชาติตะวันตก เพื่อหลีกเลี่ยงการตกเป็นประเทศในอาณานิคม ทั้งนี้โดยพื้นฐานแนวคิดในทางกฎหมายของไทยนั้นค่อนข้างมีความแตกต่างจากชาติตะวันตกอยู่พอสมควร โดยที่ของไทยนั้นเป็นระบบกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานคติทางพุทธศาสนา ที่มีลักษณะเชิง “จิตวิญญาณ” (Spiritual) ที่ยึดถือหลักความยุติธรรมตามหลักธรรมะเป็นหลักเหนือบทบัญญัติทางกฎหมาย ในขณะที่ของชาติตะวันตกนั้นมีลักษณะเชิง “วัตถุสัมผัส (Material) ที่ยึดถือบทบัญญัติกฎหมายเป็นหลักเพราะถือว่ากฎหมายคือความยุติธรรม จนทำให้ระบบกฎหมายของประเทศไทยหลังจากที่เปลี่ยนแปลงไปตามแนวคิดตะวันตกนั้นมีความซับซ้อน และยุ่งยาก ในการบังคับใช้ในสังคมไทยอยู่ในหลายมิติ

ดังนั้น จากสภาพของข้อเท็จจริงที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หากจะให้ระบบกฎหมายของประเทศไทยสามารถที่จะใช้ป้องกัน หรือแก้ปัญหาความขัดแย้งในสังคม รวมถึงพัฒนาคนในสังคม ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็ควรที่จะมีการปรับกระบวนการ และฐานคิดของ หลักการปกครองโดยกฎหมายของไทย ให้มีลักษณะที่สอดคล้องกับปรัชญากฎหมายที่เป็นการเฉพาะตัว คือ “ปรัชญากฎหมายเชิงพุทธ” ทั้งกระบวนการบัญญัติ และการบังคับใช้กฎหมาย โดยการดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์ดังนี้ คือ

- 1) กฎหมายจะต้องไม่ปรากฏ “ความดีส่วนเกิน”
- 2) กฎหมายต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับ “จุดมุ่งหมาย” ที่แท้จริง
- 3) กฎหมายจะต้องมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการสร้างความสงบสุขในสังคม ควบคู่ไปกับการพัฒนาคนในสังคม

การพัฒนาคนในสังคม

จึงจะสามารถพัฒนาสังคม และประชาชน เพื่อก่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าประเทศชาติอย่างมั่นคง และยั่งยืน สืบต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กรมศิลปากร. **จารึกสมัยสุโขทัย**. กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2527. อ้างถึงใน จรัญ โฆษณานันท์. **ปรัชญากฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2541.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2556.
- คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. **นิติรัฐ นิติธรรม**. กรุงเทพมหานคร: 2555.
- คึกฤทธิ์ ปราโมช. **กฤษฎาภินิหาร อันบดบังมิได้**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2005.
- จรัญ โฆษณานันท์. **ปรัชญากฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2541.
- จันทร์ฉาย ภักดีอิคม. **ประวัติศาสตร์อารยธรรมกรีกและโรมัน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548.
- ธนู แก้วโอภาส. **ประวัติศาสตร์โลก**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2549.
- ประสิทธิ์ ไชวโกล. **คำคม ควรคิด ทางกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2549.
- พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ.ปยุตโต). **นิติศาสตร์แนวพุทธ**. กรุงเทพมหานคร: สมาชิกสถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, พิมพ์ครั้งที่ 7, 2553.
- ภาสกร วงศ์ดาวัน. **ประวัติศาสตร์ไทย จากคนไทยทิ้งแผ่นดินถึงยุคเปลี่ยนแปลงการปกครอง ๒๔๗๕**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ยิปซี กรุ๊ป, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2558.
- ร.แลงกาต์. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม ๑**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2526.
- วิสิฐ ญาณภีร์. **รายงานวิจัย เรื่อง บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, 2557.
- ศรีศักร วัลลิโภดม. **กฎหมายตราสามดวงกับความเชื่อของไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เมืองโบราณ, 2545.
- สกล นิลวรรณ. **ปรัชญาจีน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2523.
- เสนีย์ ปราโมช. **กฎหมายสมัยอยุธยา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2559.
- เอส. เอส. อนาคามี. **พุทธรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: สยามมิส พับลิชชิ่ง เฮ้าส์, 2553.

บทความ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์. “หลักนิติธรรม (Rule of Law).” **รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์** วิทยาลัยครูธรรมศาสตร์. (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541): 23.

ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. “อิทธิพลฮินดูในกฎหมายเก่าของสยาม.” **ร.แลงกาต์ กับไทยศึกษา รวมบทความแปล และบทความศึกษาผลงาน**. (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548): 121-122.

ประยูร กาญจนดุล. “หลักนิติธรรมไทย.” **รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์** วิทยาลัยครูธรรมศาสตร์. (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541): 145.

สุรเชษฐ์ สุขลาภกิจ. “กว่าจะเป็น “ผิวเดียวเมียวเดียว” :สังเขปประวัติความเป็นมาของกฎหมายครอบครัวสมัยใหม่ในสยาม พ.ศ. 2410-2478.” **รัฐศาสตร์สาร** 35, 3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557): 4-7.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายตราสามดวง [Online].available:http://www.thailaws.com/aboutthailaw/thai_07.htm (March, 2016).

ธรรมชาติของมนุษย์(HUMAN NATURE). [Online].available:<https://romravin.wordpress.com/2011/05/22/%E0%B8%98%E0%B8%A3%E0%B8%A1%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%95%E0%B8%B4%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%A1%E0%B8%99%E0%B8%B8%E0%B8%A9%E0%B8%A2%E0%B9%8Chuman-nature> (March, 2016).

กำชัย จงจักรพันธ์. **หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม** (June 26, 2011). [Online].available:http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1107:-vs-&catid=16:2557-06-25-06-51-47 (March, 2016).

บัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์. **ความขัดแย้งปัญหาที่ดิน-ป่า : แง่มุมปัญหาด้านโครงสร้างกฎหมายและนโยบายรัฐ**, หน้า 16. [Online].available: http://v-reform.org/wp-content/uploads/2012/06/%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%94%E0%B8%B4%E0%B8%9902_%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%93%E0%B8%91%E0%B8%B9%E0%B8%A3_year-end-2010.pdf (March, 2016).

ศูนย์ข้อมูลกฎหมายกลาง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **๒๐๐ ปี กฎหมายตราสามดวง**, หน้า 6. [Online].available: http://www.thailaws.com/download/thaidownload/200_year_3duanglaw.pdf (March, 2016).

Giovanni Bombelli, Bruno Montanari, eds. "The Influence of Confucianism on the Construction of the Chinese Political and Juridical System." **IDENTITA EUROPEA E POLITICHE MIGRATORIE** (Vita Pensiero, 2008): 193-226 [Online].available: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1288392 (March, 2016).