

ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม

The Meaning and Core Elements of the Rule of Law

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช*

บทคัดย่อ

หลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของการปกครองแบบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักนิติธรรมมีที่มาจากประเทศอังกฤษ ต่อมาแนวคิดนี้ได้แพร่ขยายไปในอีกหลายประเทศยกเว้นกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่มีแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ ปัจจุบัน หลักนิติธรรมเป็นแนวคิดที่ไม่หยุดนิ่งแต่ปรับเปลี่ยนไปตามสภาพของสังคม ปัจจุบัน ความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมมีความหมายกว้างกว่าในสมัยของไดซีย์มาก

ในสังคมไทย มีนักกฎหมายหลายท่านที่ได้อ้างและอธิบายความหมายหลักนิติธรรมไว้ต่างกรรมต่างวาระ โดยนักกฎหมายไทยเห็นตรงกันในหลายองค์ประกอบของหลักนิติธรรม แต่ก็เห็นต่างกันในบางองค์ประกอบ บทความวิจัยนี้ได้ศึกษาความหมายและองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรมที่อธิบายโดยนักนิติศาสตร์ทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศว่าได้อธิบายหลักนิติธรรมว่าอย่างไร

คำสำคัญ : หลักนิติธรรม, หลักการแบ่งแยกอำนาจ, หลักความเท่าเทียมกันต่อกฎหมาย

* รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ดร.)

Abstract

The rule of law constitutes a fundamental principle of democratic regime and is viewed as an essential protection of rights and liberties of the people. The rule of law originated from the United Kingdom and was widespread in various countries except for the European continent where the concept of legal state was well established. Currently, the rule of law is deemed as a vibrant concept and relevant with society and now its meaning and scope are broader than the Dicey's period.

In Thai society, there are many renowned jurists expound their views on the meaning of the rule of law. They agree, in principle, on some essential elements of the rule of law and they also had different point of view in some elements. This article studied the key elements of the rule of law which explained by both foreign and Thai jurists.

Keywords : The Rule of Law, Separation of powers, Equality before the law

บทนำ

ในรอบหลายปีที่ผ่านมา ถ้าจะถามว่ามีถ้อยคำใดที่มีการกล่าวถึงหรืออ้างหรือใช้กันมากที่สุดหากไม่นับคำว่า “ประชาธิปไตย” และ “รัฐธรรมนูญ” แล้ว คำๆ นั้นต้องเป็นคำว่า “หลักนิติธรรม” อย่างไม่ต้องสงสัย อย่างไรก็ตามหากมีการซักถามหรือวิเคราะห์ลึกลงไปก็จะพบว่าผู้พูดก็ไม่แน่ใจเหมือนกันว่าหลักนิติธรรมคืออะไร หรือไม่สามารถอธิบายให้เป็นที่น่าสนใจได้อย่างเหมาะสมเพียงพอว่าหลักนิติธรรมกินความแคบกว้างเพียงใด จนหลายครั้งการกล่าวถึงหลักนิติธรรมมิได้มีความหมายมากไปกว่าเป็นคำพูดที่ลอยฟุ้งอยู่ในอากาศ¹ หรือคำพูดที่ติดปากไปแล้ว (clich) ในบทความนี้จะประมวลคำอธิบายและข้อคิดเห็นเกี่ยวกับหลักนิติธรรมที่ถูกอธิบายทั้งในวงการวิชาการต่างประเทศและในประเทศไทยว่ามี

ความหมายอย่างไร รวมทั้งศึกษาในมุมมองของตราสารระหว่างประเทศ (international instrument) ที่ออกโดยองค์กรระหว่างประเทศด้วยว่ามีแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมอย่างไร

1. การแปลและความหมายของคำว่า the Rule of Law ในวงการนิติศาสตร์ไทย

อาจกล่าวได้อย่างไม่ผิดนักว่าไม่มีศัพท์ทางกฎหมายใดที่จะมีคำแปลภาษาไทยอย่างมากมายมากไปกว่า the rule of law ทั้งๆ ที่ นักกฎหมายไทยมีความคุ้นเคยกับคำว่า the rule of law มานานแล้ว ดังจะเห็นได้จากการมีคำแปลต่างๆ นาๆ เช่น “หลักธรรม”² “หลักธรรม

¹ Vitit Mantarbhorn, Rule of Law and Aspects of Human Rights in Thailand From Conceptualization to Implementation, in *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* edited by Randall Perenboom, (USA: Routledge, 2004), p. 346

² ดุลพาฬ เล่ม 12 ปีที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2498, หน้า 81-85

แห่งกฎหมายหรือนิติปรัชญา”³ “ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”⁴ “นิติธรรมวินัย”⁵ “หลักกฎหมาย” “กฎของกฎหมาย”⁶ “นิติสดมภ์”⁷

ยิ่งกว่านั้น ในอารัมภบทของพระราชบัญญัติสัญญาชาติ พ.ศ. 2456 ซึ่งประกาศใช้ในรัชกาลที่ 6 ก็ได้มีการใช้คำว่า “มูลนิติธรรม” แล้ว แสดงให้เห็นว่ามีการใช้คำว่า “นิติธรรม” ในสังคมไทยเนิ่นนานมาแล้วแต่คำว่า มูลนิติธรรมในพระราชบัญญัติสัญญาชาติ พ.ศ. 2456 ไม่น่าจะหมายถึง the rule of law อย่างกฎหมายอังกฤษ เพราะกฎหมายสัญญาชาติของไทยที่ออกในสมัยรัชกาลที่ 6 นั้น มิได้มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการลงโทษทางอาญาและการพิจารณาคดีโดยศาลธรรมดาอย่างที่โดซีเย นักกฎหมายอังกฤษอธิบายไว้แต่อย่างใด

ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้อธิบายคำว่า หลักนิติธรรมหมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ในขณะที่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี⁸ กำหนดว่า หลักนิติธรรม หมายถึง “การตรากฎหมาย กฎ ข้อบังคับต่างๆ ให้ทันสมัย เป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคมและสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับเหล่านั้น โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมาย มิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล”

2. โดซีเยกับแนวคิดเรื่อง the Rule of Law และ Parliamentary Sovereignty

2.1 องค์ประกอบของหลักนิติธรรม

โดซีเยได้เสนอความหมายหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรมว่ามีอยู่ 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง โดซีเยได้กล่าวถึงหลักกฎหมายสำคัญของกฎหมายอาญาคือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษหากไม่มีกฎหมาย (nullum crimen nulla poena sine lege) และบุคคลจะถูกพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลธรรมดา (หรือหมายถึงศาลยุติธรรมเท่านั้น)

ประการที่สอง โดซีเยกล่าวถึงหลักความเท่าเทียมกันของบุคคลต่อกฎหมาย และปฏิเสธในเรื่องของอภิสิทธิ์ (Privileges) โดยโดซีเยได้กล่าวว่า “เจ้าหน้าที่ทุกคนตั้งแต่นายกรัฐมนตรีจนถึงเจ้าหน้าที่จัดเก็บภาษีตกอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเดียวกันสำหรับบรรดาการกระทำที่ต่ำลงไป โดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมายได้เฉกเช่นเดียวกับประชาชนคนอื่นๆ”

ประการที่สาม โดซีเยอธิบายว่า สิทธิขั้นพื้นฐานหรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นมาจากการตัดสินใจหรือคำพิพากษาของศาลที่เรียกว่า “กฎหมายคอมมอนลอว์” (Common law) มิได้เกิดจากรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ในขณะที่ลักษณะของหลักนิติธรรมที่โดซีเยอธิบายสองประการแรกนั้นจะเป็นหลักกฎหมายที่เป็นสากลเกือบไม่มีนักนิติศาสตร์ท่านใดโต้แย้งหลักกฎหมาย

³ ศิริ วิเศษธรรม อัครนันท์, The rule of law, **ดุลพาท** เล่ม 10 ปีที่ 8 ธันวาคม พ.ศ. 2504 หน้า 1123

⁴ **ดุลพาท** เล่ม 11 ปีที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2503, หน้า 1408

⁵ **ดุลพาท** เล่ม 4 ปีที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2504, หน้า 384

⁶ โปรดดูคำวินิจฉัยส่วนตนของท่านธานิศ เกศพิทักษ์ ในคดียุบพรรคไทยรักไทย

⁷ จำรูญ เจริญกุล, The rule of law, **ดุลพาท** เล่ม 1 ปีที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2505, หน้า 60

⁸ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ข้อ 4.2 (1)

สองประการได้และเป็นหลักกฎหมายที่ภาคพื้นยุโรปก็รับรองไว้เช่นกัน แต่ลักษณะประการที่สามนี้ถือว่าเป็นเอกลักษณ์ของการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษที่ไม่เหมือนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เหตุผลที่โดซีย์เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นมีได้มาจากรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างประเทศในภาคพื้นยุโรปนั้นเป็นข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษเองที่ศาลมีบทบาทสำคัญในการใช้และตีความกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการออกหมายจับหรือการควบคุมตัวซึ่งจะกระทำมิได้หากไม่มีหมายศาลที่เรียกว่า A writ of habeas corpus การที่จะต้องมีหมายศาลก่อน มิฉะนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจควบคุมหรือกักขังบุคคลได้นั้นเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในด้านกระบวนการวิธีพิจารณา (procedural) มากกว่าในเชิงเนื้อหา จากนั้นศาลอังกฤษก็คุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้านอื่นๆ ของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกัน เสรีภาพในการพูดแสดงความคิดเห็น เป็นต้น การให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนของประเทศอังกฤษมาจากคำตัดสินของศาล หากได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่

2.2 หลักความสูงสุดของรัฐสภา

หลักความสูงสุดของรัฐสภาหรือ Supremacy of Parliament ซึ่งเป็นแนวคิดของประเทศอังกฤษเป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์ของการต่อสู้ที่ยาวนานระหว่างฝ่ายขุนนางและกษัตริย์ และระหว่างฝ่ายขุนนางกับฝ่ายตุลาการ จนกระทั่งในสมัยของการปฏิวัติที่รุ่งโรจน์ (Glorious revolution) ค.ศ. 1688 -1689 รัฐสภาของอังกฤษก็ได้รับชัยชนะอย่างเด็ดขาดและได้มีการทำเอกสารสำคัญที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนคือ Bill of Rights หลักความสูงสุดของรัฐสภาได้หยั่งรากกลกลงในประเทศอังกฤษจนถึงทุกวันนี้ หลักความสูงสุดของรัฐสภาหมายความว่า กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

ที่เรียกว่า “รัฐบัญญัติ” (Statute) มีค่าบังคับเป็นกฎหมายมีสถานะที่สูงกว่าคอมมอนลอว์อันเป็นหลักกฎหมายที่ศาลได้ตัดสินเป็นบรรทัดฐาน อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภานี้ไม่ถูกจำกัดด้วยรัฐธรรมนูญอย่างในประเทศภาคพื้นยุโรปเนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจึงมีอำนาจมากมากเสียจน De lome นักประวัติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสผู้สนใจรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ กล่าวว่า “รัฐสภาอังกฤษสามารถออกกฎหมายได้ทุกอย่าง ยกเว้นการออกกฎหมายให้ผู้ชายเป็นผู้หญิงและให้ผู้หญิงเป็นผู้ชาย” (Parliament can do any- thing except make a man a woman and a woman a man) การควบคุมอำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจะถูกควบคุมทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในหรือการควบคุมทางภายนอกซึ่งเป็นการควบคุมโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งว่าประชาชนจะเลือกพรรคการเมืองนั้นอีกหรือไม่หรือประชาชนอาจใช้สิทธิคือแฟง (Civil disobedience) ต่อกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งก็ได้

หลักความสูงสุดของรัฐสภานี้ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายรวมถึงฝ่ายตุลาการด้วย อย่างไรก็ตาม มีข้อวิพากษ์จากนักกฎหมายว่า หลักความสูงสุดของรัฐสภานี้จะขัดกับหลักนิติธรรมหรือไม่ ดังที่กล่าวมาในตอนต้นว่าหลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษนี้จะใช้กับฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเท่านั้นจะไม่ใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น หากรัฐบัญญัติมีเนื้อหาที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลก็จะตีความรัฐบัญญัติในทิศทางที่จะรักษาสหสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หรือตีความให้มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด หรือตีความให้สอดคล้องกับเสรีภาพส่วนบุคคลที่ได้รับการยอมรับโดยจารีตประเพณีดั้งเดิม⁹ โดยขณะที่ศาลตีความรัฐบัญญัติ ศาลจะมีสมมติฐานว่า รัฐบัญญัติที่ตรา

⁹ TRS Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism*. Oxford University Press, 1993, p. 13

โดยรัฐสภาจะมีความสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับคอมมอนลอว์ ถึงแม้รัฐธรรมนูญดังกล่าวจะมีเนื้อหาที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ศาลก็อาจตีความกฎหมายไปในทางที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือจำกัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองได้อย่างไรก็ตาม หลักความสูงสุดของรัฐสภาก็ยังยืนยันว่ารัฐสภาสามารถตรากฎหมายออกมาเพื่อลบล้างคำพิพากษาของศาลได้

3. แนวคิดเรื่อง The Rule of Law ของนักนิติศาสตร์ต่างประเทศ

3.1 แนวคิดของศาสตราจารย์ Friedrich August Hayek

ศาสตราจารย์ Hayek เป็นผู้หนึ่งที่ศาสตราจารย์ Joshep Raz ยกย่องว่าเป็นผู้ที่อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมได้ชัดเจนที่สุด โดยศาสตราจารย์ Hayek อธิบายหลักนิติธรรมในหนังสือคลาสสิกของท่านชื่อว่า The Road to Serfdom ว่าหมายถึง “ทุกการกระทำของรัฐบาลจะต้องผูกพันกับกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและถูกประกาศให้ทราบล่วงหน้าแล้ว โดยกฎเกณฑ์ที่ว่านี้จะช่วยคาดการณ์ให้แน่ชัดได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจบังคับในสถานการณ์ใดและช่วยการวางแผนของปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว”¹⁰ และในหนังสืออีกเล่มชื่อว่า the Constitution of Liberty ศาสตราจารย์ Hayek ได้อธิบายหลักนิติธรรมว่ามีที่มาทางประวัติศาสตร์มาตั้งแต่สมัยกรีกโดยมีรากฐานมาจาก

คำว่า Isonomia แปลว่า ความเท่าเทียมกันต่อกฎหมายแก่บุคคลทุกคน (equality of laws to all manner of person)¹¹ และท่านยังได้ขยายความลักษณะของกฎหมายที่แท้จริง (หรือหลักนิติธรรม) ว่าต้องมีลักษณะเป็นนามธรรม ทั่วไป ไม่มีผลย้อนหลัง มีความชัดเจนและมีความเท่าเทียมกันและหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹²

3.2 แนวคิดของศาสตราจารย์ ลอน ฟูลเลอร์ (Lon Fuller)

แม้ศาสตราจารย์ ลอน ฟูลเลอร์ แห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด จะไม่ได้กล่าวถึงเรื่องหลักนิติธรรมโดยตรงแต่ท่านได้เสนอแนวคิดเรื่องศีลธรรมของกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ฟูลเลอร์พยายามเสนอว่ากฎหมายที่ดีควรมีลักษณะอย่างไร ซึ่งนักนิติศาสตร์หลายท่านได้โยงแนวคิดดังกล่าวเข้ากับเรื่องหลัก นิติธรรม¹³ ว่าหลักนิติธรรมตามความคิดของศาสตราจารย์ฟูลเลอร์นั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญ 8 ประการคือ¹⁴

- (1) บทบัญญัติของกฎหมายต้องมีลักษณะทั่วไป (Generality)
- (2) ต้องมีการประกาศใช้กฎหมายให้ทราบ (Promulgation)
- (3) ห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง (Retroactive Laws)
- (4) กฎหมายต้องมีความชัดเจน (The Clarity of Laws)¹⁵

¹⁰ Friedrich August Hayek. *The Road to Serfdom*. Great Britain: Routledge, 2001, pp. 75-76

¹¹ Friedrich August Hayek. *The Constitution of Liberty*. Great Britain: Routledge, 2006, p. 144

¹² Ibid. pp. 182-185

¹³ Colleen Murphy. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law, *Law and Philosophy* (2005) 24. 239-262 p. 240

¹⁴ Lon Fuller. *Morality of Law*. rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1964, pp. 46-91

¹⁵ ในเรื่องความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายหรือที่เรียกว่า legal certainty นั้น ศาสตราจารย์กุตตาฟ ราตบุรคเห็นว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายที่เรียกว่า Rechtssicherheit

- (5) กฎหมายต้องไม่ขัดแย้งกันเอง (Contradiction in the Laws)
- (6) ห้ามกฎหมายเรียกร้องในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ (Laws Requiring the Impossible)
- (7) ความคงอยู่อย่างสม่ำเสมอของกฎหมาย (Constancy of the Law through Time)
- (8) ความอยู่ในร่องในรอยของการกระทำของเจ้าหน้าที่กับบทกฎหมายที่ประกาศแล้ว (Congruence between Official Action and Declared Rule)

3.3 ศาสตราจารย์ เจนนิงส์ (Jennings)¹⁶

1. หลักนิติธรรมหมายถึง การจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ยกเว้นอำนาจของรัฐสภาในทางนิติบัญญัติ
2. องค์อธิปัตย์หรือบุคคลที่กระทำในนามของรัฐ และใช้อำนาจรัฐตราบทเท่าที่ใช้อำนาจดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมาย
3. หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย โดยห้ามมิให้ใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติ

3.4 ศาสตราจารย์ Paul Craig และ ศาสตราจารย์ Robert Summers

ศาสตราจารย์ Paul Craig และศาสตราจารย์ Robert Summers ได้เสนอแนวคิดหลักนิติธรรมออกเป็น 2 ประเภทคือ หลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบ (Formal) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า thin conception of the rule of law และหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา (Substantive) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า thick conception of the rule of law ศาสตราจารย์ Paul

Craig อธิบายความแตกต่างของประเภทหลักนิติธรรมทั้งสองว่า หลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบนั้นจะให้ความสำคัญกับกระบวนการตรากฎหมายว่ามีความถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ กฎหมายมีความชัดเจนหรือไม่ มีการประกาศใช้กฎหมายอย่างถูกต้องหรือไม่ โดยที่มิได้พิจารณาเนื้อหาสาระของกฎหมายว่ามีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ หลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบจึงไม่สนใจว่ากฎหมายนั้นจะดีหรือเลว ในทางตรงกันข้าม หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหาจะพิจารณาเนื้อหาสาระของกฎหมายว่าดีหรือเลว สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่¹⁷

ในขณะที่ศาสตราจารย์ Robert Summers บอกว่าหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหานั้นได้รวมคุณค่าของกฎเกณฑ์บางประการเข้าไว้ด้วย เช่น การให้หลักประกันขั้นต่ำของสวัสดิการ (securing minimum welfare) กฎของการรักษาความหลากหลายของตลาดเศรษฐกิจ (variety of the market economy) กฎของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (basic human rights) กฎของการปกครองแบบประชาธิปไตย and rules institutionalizing (democratic governance) ซึ่งคุณค่าเหล่านี้จะไม่พบในหลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบ¹⁸

กล่าวโดยสรุป หลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบนั้นเป็นการพิจารณาในมุมมองของการให้ความสำคัญเกี่ยวกับรูปแบบหรือขั้นตอนกระบวนการของกฎหมาย โดยที่มิได้ให้ความสำคัญของเนื้อหาของกฎหมายว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ เป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่ แต่พิจารณาแต่เพียงว่า กฎหมายนั้นมีการใช้บังคับย้อนหลังหรือไม่ มีการประกาศใช้กฎหมายล่วงหน้าหรือไม่ กฎหมายมีความชัดเจนและใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือไม่ เป็นต้น ในขณะที่หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา

¹⁶ Jennings. **The Law and the Constitution**. University of London Press, 5th ed 1959, pp 47-51, pp. 91-3

¹⁷ Paul Craig. "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law," **Public Law**. 467, 467 (1997).

¹⁸ Robert S. Summers. "A Formal Theory of the Rule of Law," **6 Ratio Juris**. 127, 135 (1993)

เป็นการพิจารณาในเนื้อหาสาระของบทบัญญัติกฎหมายว่ามีความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด ชัดกับหลักประชาธิปไตยหรือไม่ สอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เป็นต้น¹⁹

3.5 ศาสตราจารย์ Joshep Raz

ศาสตราจารย์ Joshep Raz ได้อธิบายแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมว่า ในความหมายอย่างกว้างหมายถึงการปกครองโดยกฎหมายหรือประชาชนเชื่อฟังกฎหมาย แต่ในความหมายอย่างแคบหากพิจารณาในเชิงนิติปรัชญาหรือปรัชญาการเมืองแล้ว หลักนิติธรรมหมายถึง รัฐบาลปกครองโดยกฎหมายและรัฐบาลยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายด้วย ซึ่งในทฤษฎีของ Raz หลักนิติธรรมจะประกอบด้วยหลักที่สำคัญคือ

- (1) ทุกกฎหมายต้องใช้บังคับในอนาคต อย่างเปิดเผยและชัดเจน (All law should be prospective, open and clear) ความหมายของข้อนี้คือ กฎหมายจะใช้บังคับกับเหตุการณ์หรือบุคคลย้อนหลังไม่ได้ ในบางกรณีอาจมีการใช้กฎหมายย้อนหลังได้แต่ต้องไม่ขัดกับหลักนิติธรรม ประชาชนจะต้องสามารถเข้าถึงกฎหมายได้และความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายต้องชัดเจน ไม่กำกวมหรือคลุมเครือ
- (2) กฎหมายควรมีความมั่นคงแน่นอน (Law should be relatively stable) หมายความว่ากฎหมายไม่ควรถูกเปลี่ยนแปลงบ่อยมากนัก
- (3) การออกกฎหมายควรมีลักษณะเปิดเผย มั่นคง ชัดเจนและทั่วไป หมายความว่า

การออกกฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป ไม่ใช้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือมีการเลือกปฏิบัติ

- (4) หลักความเป็นอิสระของตุลาการ
- (5) กระบวนการพิจารณาคดีเป็นธรรม
- (6) การตรวจความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ
- (7) ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ง่าย
- (8) องค์กรที่เกี่ยวข้องในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจในการบิดเบือนกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Joshep Raz ได้วิจารณ์ความไม่เห็นด้วยที่จะนำเรื่องหลักนิติธรรมไปปะปนกับอุดมการณ์ทางการเมืองอย่างคำว่า “ประชาธิปไตย” (Democracy) “หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย” (equality before the law) หรือความคิดที่เป็นนามธรรม อย่างคำว่า “กฎหมายที่ดี” “กฎหมายที่ยุติธรรม” สิทธิมนุษยชน (Human rights) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dignity) โดย Raz ได้กล่าวว่า “ประเทศที่มีระบบกฎหมายมิได้เป็นประชาธิปไตย มีการปฏิเสธสิทธิมนุษยชน มีความยากจนอย่างมาก มีการแบ่งแยกเชื้อชาติ มีความไม่เสมอภาคทางเพศ และมีการคุกคามความเชื่อทางศาสนา ในเชิงหลักการประเทศเช่นนี้ก็อาจปฏิบัติตามข้อเรียกร้องเกี่ยวกับหลักนิติธรรมได้ดีกว่าประเทศที่เป็นประชาธิปไตยในกลุ่มประเทศตะวันตกก็ได้”²⁰

¹⁹ โปรดดูรายละเอียดใน Randall Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries, France and the U.S.* edited by Randall Peerenboom, U.S.A: Routledge, 2004, p.2. Tamanaha, Brian. “The Rule of Law for Everyone?”, *Current Legal Problems*, volume 55, (2002)

²⁰ Keith Culver. *Reading in the Philosophy of Law*. Canada: Broadview. 1999, p. 14

4. แนวคิดเรื่อง the Rule of Law ในวงการนิติศาสตร์ไทย

วงการนิติศาสตร์ไทยไม่ว่าจะเป็นแวดวงของนักวิชาการในรั้วมหาวิทยาลัยหรือในหมู่ผู้พิพากษาได้ยอมรับแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเกิดกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น กรณีนโยบายการปราบปรามยาเสพติด เหตุการณ์กรือเซะและเหตุการณ์ตากใบ²¹ เป็นต้น หรือเกิดการรัฐประหารก็จะเกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือละเมิดหลักนิติธรรม²² หรือบางทีการใช้คำว่าหลักนิติธรรมอย่างพร่ำเพรื่อจนเป็นคำพูดที่ติดปากประจำวันไปแล้ว (Clich) ดังนั้นในหัวข้อนี้จะเป็นการสำรวจแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมในสังคมไทยในสายตาของนักวิชาการและผู้พิพากษาว่ามีความเข้าใจอย่างไรกับความหมายหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรม

4.1 ความเห็นของนักวิชาการ

ที่ผ่านมาในอดีต มีนักวิชาการมากมายที่อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมซึ่งคำอธิบายดังกล่าวก็จะมีลักษณะคล้ายๆ กัน แม้ว่าแต่ละท่านจะแปลคำว่า the rule of law แตกต่างกันไป ซึ่งสามารถประมวลความคิดเห็นหรือบรรดาธิบายของนักนิติศาสตร์ไทยได้ดังต่อไปนี้

ผู้พิพากษาเสนาะ เอกพจน์ ได้อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมในเชิงการตรากฎหมายว่าควรมีลักษณะอย่างไร รวมทั้งหลักความเป็นอิสระของ

ผู้พิพากษาในการพิจารณาคดี โดยท่านกล่าวว่า “...ดูเหมือนคำว่า the rule of law นี้เรามีได้มุ่งอธิบายหรือวิจารณ์กันว่ามีความศักดิ์สิทธิ์เพียงใด หากแต่เรามาพิจารณากันว่า บ้านเมืองประเทศชาติที่ต้องปกครองกันเพื่อสันติ โดยต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องมือ นั้น เราควรจะตรากฎหมายออกมาในรูปลักษณะใด ยึดเอาอะไรเป็นหลักและทำอะไรผู้พิพากษาจึงจะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามบทกฎหมายนั้นๆ ได้อย่างอิสระจริงๆ มิใช่อิสระตามกฎหมายมากกว่าที่จะมาพิจารณาถึงความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย”²³

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมว่าหมายถึง “ไม่ใช่ข้อกำหนดหรือบทบัญญัติทั้งหลายที่มีอยู่ในตัวกฎหมายหรือกฎอันเป็นหลักในมาตราต่างๆ กำหนดไว้ แต่หมายถึงกฎที่บังคับตัวบทกฎหมายหรือบังคับกฎหมายลักษณะต่างๆ ในกฎหมายเหล่านั้นต้องอยู่ในกรอบในบังคับของกฎนั้นอีกชั้นหนึ่งความหมายของ Rule of Law คือประมวลหลักของสิทธิขั้นมูลฐานที่แทรกอยู่ในองค์การแห่งรัฐซึ่งมีอำนาจและวิธีการอันจะทำให้สิทธิเหล่านั้นมีผลประกอบด้วยหลัก สถาบัน และวิธีการซึ่งมีอยู่ในกฎหมายอันชุมชนรับรองและคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน โดยจำกัดขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลักที่ว่านี้ใช้บังคับแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ตุลาการ และทนายความจึงเป็นที่รับรองกันว่าเป็นกฎอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการก่อกำเนิดสิทธิขั้นมูลฐานตามกฎหมาย...” และศาสตราจารย์จิตติยังเห็นอีกด้วยว่า the Rule of Law นั้นเป็นกฎข้อบังคับเหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่งซึ่งเป็นแนวคิดมาแต่โบราณ²⁴

²¹ โปรดดูจดหมายเปิดผนึกถึงคณะผู้วิจัยสถาบันพระปกเกล้า ของนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะผู้นำฝ่ายค้าน

²² แถลงการณ์กลุ่มทนายความและนักกฎหมายเพื่อสิทธิมนุษยชน เรื่อง คัดค้านแถลงการณ์สภานายความฉบับที่ 2/2554 ข้อความตอนหนึ่งของแถลงการณ์ฉบับนี้กล่าวว่า “...การรัฐประหารทุกครั้งถือเป็นการทำลายหลักนิติธรรม.....”

²³ เสนาะ เอกพจน์. The rule of law, *ตุลพาท*. ปีที่ 8, เล่ม 9 (2504) หน้า 1000.

²⁴ จิตติ ดิงศักดิ์ย์. *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. ก.ท.ม.: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555 หน้า 85

ส่วนอาจารย์ธำนิทร์ กรียวิเชียร ได้อธิบาย the rule of law ซึ่งท่านแปลว่า “นิติธรรมวินัย” ว่าหมายถึง “หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์แห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชน ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชน ให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่ารัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลสถิตยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจอิสระและเด็ดขาดในการตัดสินข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายของบ้านเมือง” โดยท่านเห็นด้วยว่า คำว่า นิติธรรมวินัย ในปัจจุบันมีความหมายกว้างกว่าในระบบกฎหมายอังกฤษสมัยดั้งเดิม²⁵ อาจารย์ธำนิทร์ยังได้สรุปสาระสำคัญของหลักนิติธรรมว่าอย่างน้อยควรประกอบด้วยหลักการสำคัญ ดังนี้²⁶

- 1) ศาลที่จะพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทระหว่างบุคคลซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน
- 2) ผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระ ปราศจากอคติ และเป็นผู้มีความสามารถที่จะพิจารณาข้อพิพาทนั้นได้
- 3) หลักการนั่งพิจารณาคดีและตัดสินข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร
- 4) วิธีการที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา
- 5) วิธีพิจารณาคดีของศาลที่เที่ยงธรรมและมีเหตุผล
- 6) กฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยต้องมีความแน่นอน ชัดเจน มีความพอดีและเป็นธรรม

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ได้อธิบาย

คำว่า หลักนิติธรรม หมายถึง การปกครองโดยกฎหมาย เป็นใหญ่มีไขคนเป็นใหญ่ โดยท่านกล่าวว่า “ในประเทศที่ถือหลักการนี้ เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างราษฎรด้วยกัน หรือระหว่างราษฎรกับข้าราชการ หรือแม้กระทั่งระหว่างราษฎรกับผู้มีอำนาจใหญ่โตของบ้านเมือง เกิดปัญหาว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูก ควรจะบังคับการให้เป็นอย่างไรแล้ว กฎเกณฑ์หรือเครื่องวัดที่จะนำมาชี้ขาดปัญหาเหล่านี้ก็คือตัวบทกฎหมายของบ้านเมืองไม่ใช่ชี้ขาดบังคับบัญชาไปตามอารมณ์หรือตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ ถ้าหลักการนี้ฝังรากฐานลงในประเทศชาติบ้านเมืองได้อย่างมั่นคงแล้วบ้านเมืองนั้นก็จะมีข้อมิแพ้ ทำให้ผู้มีกำลังมากกว่า ไม่กล้าและไม่อาจข่มเหงผู้มีกำลังน้อยกว่า ผู้มีสติปัญญาลดกว่าไม่กล้าและไม่อาจใช้สติปัญญาของตนเอารัดเอาเปรียบผู้มีสติปัญญาด้อยกว่าสรุปแล้ว หลักเรื่องนิติธรรมหากจะอธิบายแบบไทยๆ ก็คือหลักไม่ให้คนข่มเหงและเอารัดเอาเปรียบกันโดยถือกฎหมายเป็นหลักเป็นประธานในการปกครองบ้านเมืองนั่นเอง”²⁷

นอกจากคำอธิบายดังกล่าวแล้ว อาจารย์ปรีดียังได้ยกคดีอุทธรณ์จากต่างประเทศสองกรณีเพื่อยืนยันว่าหลักนิติธรรมนั้นได้หยั่งรากลึกลงในวัฒนธรรมของตะวันตกมาช้านานแล้ว โดยตัวอย่างแรกเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างนาย Muller Arnold ซึ่งเป็นชาวนากับพระเจ้าเฟเดอริกมหาราช และตัวอย่างที่สองเป็นวิวาทะระหว่างตุลาการเอ็ดเวิร์ด คูกกับกษัตริย์ เจมส์ที่ 1²⁸ ทั้งสองอุทธรณ์นี้แม้จะเกิดขึ้นคนละประเทศก็ตาม แต่สะท้อนให้เห็นถึงวัฒนธรรมการเคารพกฎหมายที่คล้ายกันคือ การจำกัดอำนาจของกษัตริย์และความเป็นอิสระของตุลาการที่แม้แต่กษัตริย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองก็ไม่อาจแทรกแซงได้

²⁵ ธำนิทร์ กรียวิเชียร. บทบรรณาธิการ, **บทบัญญัติ**. เล่มที่ 20 ตอน 3 พ.ศ. 2505

²⁶ ธำนิทร์ กรียวิเชียร. **หลักนิติธรรม**. กรุงเทพฯ : บริษัท ขนพิมพ์ 50 จำกัด, 2552, หน้า 7

²⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์. **ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536, หน้า 46

²⁸ ผู้สนใจโปรดดูรายละเอียดในหนังสือข้างต้น หน้า 73-94

ส่วนนักกฎหมายปกครองอย่างศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล กล่าวว่า คำว่า หลักนิติธรรม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า the rule of law ซึ่งหมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายซึ่งจำกัดอำนาจในทางนิติบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้เป็นไปโดยเสมอภาคกันตามกฎหมาย”²⁹ อนึ่ง มีข้อสังเกตต่อคำอธิบายของ ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล ว่าท่านเห็นว่าหลักนิติธรรมเป็นกรอบในการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวตรงกันข้ามกับหลักการของประเทศอังกฤษ เนื่องจากหลักพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็คือหลักความมีอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติ (Supremacy of Parliament) กล่าวคือในทางหลักการ รัฐสภาอังกฤษมีอำนาจตรากฎหมายใดก็ได้ ไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายใดแม้แต่หลักนิติธรรม ตามคำอธิบายของไดซีย์ หลักนิติธรรมนั้นใช้จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ปกครองเท่านั้น ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ³⁰

ส่วนศาสตราจารย์ ดร. อุทิศ มงคลนาวิน ได้สรุปหลักนิติธรรมว่าประกอบด้วยหลักการที่สำคัญดังนี้³¹

- (1) การยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ
- (2) ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างทัดเทียมกัน

- (3) มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน
- (4) การปกครองโดยยึดกฎหมายเป็นใหญ่ และปฏิบัติตามกฎหมายในฐานะที่เป็นนิติรัฐ ทั้งนี้กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ยุติธรรม
- (5) ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน
- (6) ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย
- (7) ส่งเสริมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างบริสุทธิ์และยุติธรรม ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารหรือกลุ่มอิทธิพล เพื่อให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แท้จริงของประชาชน
- (8) ส่งเสริมและสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย
- (9) ส่งเสริมและคุ้มครองหลักแห่งการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- (10) ส่งเสริมและพัฒนากฎหมายเพื่อสร้างความสงบสุขให้แก่ประชาชนและสังคมส่วนรวม
- (11) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

นอกจากคำอธิบายดังกล่าวแล้ว ศาสตราจารย์ ดร.อุทิศ มงคลนาวิน ยังได้ยกตัวอย่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ที่ขัดต่อหลักนิติธรรมด้วย เช่น มาตรา 237 เกี่ยวกับการตัดสิทธิ

²⁹ เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล. **หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553, หน้า 140

³⁰ Pietro Costa & Danilo Zolo, (ed.) **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**. the Netherlands: Springer, 2007, p.161

³¹ ศาสตราจารย์ ดร. อุทิศ มงคลนาวิน. **หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย** วารสารจุลนิติ. ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม - กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555, หน้า 4-5

เลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองและมาตรา 309 เกี่ยวกับการห้ามมิให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย³²

สำหรับอดีตประธานศาลฎีกา คือ ท่านอรรถนิติ ดิษฐอำนาจ กล่าวว่า “หลักนิติธรรมหรือ *The Rule of Law* คือการปกครองโดยกฎหมายซึ่งเป็นธรรม ประการแรก กฎหมายที่ออกใช้บังคับต้องออกเพื่อประโยชน์ของประชาชนไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว ประการที่สอง การบังคับใช้กฎหมายต้องมีความยุติธรรมและเป็นไปด้วยความเสมอภาคไม่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือไม่ให้สิทธิคนหนึ่งดีกว่าอีกคนหนึ่ง ในการวินิจฉัยว่าเป็นความยุติธรรมหรือไม่ในแง่ของกฎหมาย นักกฎหมายจะพิจารณาจากคนในสังคมที่มีเหตุมีผลและมีความรู้สึกผิดชอบ ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องยุติธรรมหรือไม่ ความยุติธรรมนี้เป็นสาระสำคัญของกฎหมายและเป็นอุดมการณ์ของนักกฎหมายเป็นความต้องการของมนุษย์และของทุกสังคม....”³³

ส่วนนักกฎหมายมหาชนคนอื่นๆ อย่าง ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองามอธิบายว่าหลักนิติธรรมหมายถึง กฎหมายเป็นใหญ่ มีความเสมอภาค และในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นต้องระงับคดีโดยศาล โดยพิจารณาคดีเป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ออกกฎหมายลงโทษย้อนหลัง ให้โอกาสนายพยานเข้าสืบ หรือที่เรียกว่า fair trial ซึ่งเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม³⁴ ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่าองค์ประกอบของหลักนิติธรรมมีอยู่ 4 ประการคือ ประการแรกคือ องค์ประกอบด้านสาระซึ่งหมายถึงหลักความเสมอภาค

ทางกฎหมาย ประการที่สองคือ องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ตามวิธีการ รูปแบบ เวลาและสถานที่ ประการที่สามคือ องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการและประการสุดท้ายคือ องค์ประกอบด้านเป้าหมายซึ่งหมายถึง การใช้การตีความกฎหมายและการตัดสินใจคดีนั้นจะต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นโดยเที่ยงธรรม³⁵ ส่วนนายเสรี สุวรรณภานนท์ ในฐานะสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 ได้แสดงความคิดเห็นตอนหนึ่งในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดให้ศาลฎีกาพิจารณาความผิดของนักการเมืองเพียงชั้นเดียวโดยไม่มี การอุทธรณ์นั้นนายเสรีเห็นว่า การพิจารณาคดีนักการเมืองโดยศาลเดียวขัดต่อหลักนิติธรรม³⁶ ในขณะที่ นักกฎหมายอาญาอย่าง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้อธิบายหลักนิติธรรมโยงเข้ากับบทบาทของอัยการและศาลว่า สององค์กรนี้ต่างก็มีหลักนิติธรรมด้วย โดยท่านกล่าวว่า “หลักนิติธรรมในส่วนของ “อัยการ” นั้นก็คือ อัยการมีหน้าที่จะต้องดูแลความสงบเรียบร้อยในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน สองอันนี้เราจะต้องทำให้ปรากฏหลักนิติธรรมที่เกี่ยวกับ “ศาล” ศาลต้องกระตือรือร้นในการตรวจสอบค้นหาความจริงชั้นประทัยฟ้องและชั้นพิจารณาคดี คิดว่าบทบาทของศาลจะต้องเน้นทั้งสองด้าน ถ้าไม่เกิดสองด้านแล้วมันก็ยังมีความไม่เป็นนิติรัฐในตัวเอง จะต้องประกันความบริสุทธิ์ของจำเลยได้”³⁷

³² เพิ่งอ้าง, หน้า 13-14

³³ วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์. ปีที่ 4 ฉบับที่ 4, 2553 หน้า 6.

³⁴ วารสารพระธรรมนูญ เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552 หน้า 85.

³⁵ โปรดดูรายละเอียดใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย, วารสารพระธรรมนูญ. เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552 หน้า 97-101.

³⁶ โปรดดู รายงานการประชุมสภาว่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23, วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม, 2540, หน้า, 102/1.

³⁷ โปรดดู วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์. หน้า 10-16.

คำอธิบายของนักกฎหมายไทยอีกท่านหนึ่งที่น่าสนใจยิ่งซึ่งได้รับอิทธิพลแนวคิดจากนักนิติศาสตร์ต่างประเทศหลายท่านก็คือ อาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ที่อธิบายว่า “the rule of law เป็นการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นธรรม หรือเป็นหลักที่การปกครองดำเนินไปอย่างเป็นธรรมโดยกลไกของกฎหมาย ซึ่งมีความหมายที่ลึกกว่าการปกครองโดยกฎหมายอีกระดับหนึ่งและมีใช้เป็นหลักกฎหมายอย่างลอยๆ แต่มีแนวโน้มให้เห็นถึงเป้าหมายของหลักการดังกล่าวด้วย”³⁸ จะเห็นว่า คำอธิบายของอาจารย์ชัยวัฒน์ได้รับอิทธิพลจากนักนิติศาสตร์อย่าง Lon Fuller, Joseph Raz ที่มุ่งอธิบายว่า กฎหมายที่ดีควรมีลักษณะอย่างไร เป็นการอธิบายหลักนิติธรรมที่มีได้จำกัดเฉพาะเพียงรูปแบบหรือพิธีการเท่านั้น แต่คำนึงถึงเนื้อหาสาระของกฎหมายด้วย นับเป็นการพัฒนาคำอธิบายหลักนิติธรรมในสังคมไทยให้ก้าวหน้าไปอีกขั้นหนึ่ง

ส่วนนักกฎหมายระหว่างประเทศอย่างศาสตราจารย์วิทิต มันทราภรณ์ ได้อธิบายแนวคิดหลักนิติธรรมที่คล้ายคลึงกับแนวคิดของ Pual Craig ที่แบ่งแยกหลักนิติธรรมออกเป็น 2 ประเภทคือหลักนิติธรรมในเชิงรูปแบบกับหลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา กล่าวอีกนัยหนึ่งหลักนิติธรรมมีทั้งขอบเขตที่กว้างและแคบ ขอบเขตที่รวมถึงประชาธิปไตยและขอบเขตที่ไม่รวมถึงประชาธิปไตย จึงต้องมีการระมัดระวังในการใช้ศัพท์คำนี้ โดยศาสตราจารย์วิทิต มันทราภรณ์ อธิบายว่าหลักนิติธรรมได้มีความสัมพันธ์อย่างเลียงไม่ได้กับแนวคิดเรื่องที่เป็นนามธรรมอย่างสิทธิและหน้าที่ ปัจเจกชนกับชุมชน สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจและสิทธิทาง

วัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน ความมั่นคง³⁹ ดังนั้นในทรรศนะของอาจารย์วิทิตแล้ว ความหมายของหลักนิติธรรมนั้นมีพัฒนาการที่ไม่หยุดนิ่งอยู่กับที่ ปัจจุบันคำว่าหลักนิติธรรมได้รวมถึงแนวคิดอื่นๆ เข้าไว้ด้วย เช่นแนวคิดเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม เช่นสิทธิการให้หลักประกันแก่ผู้ยากจน สิทธิที่จะเข้าถึงทรัพยากรที่หลากหลาย เป็นต้น⁴⁰ นอกจากนี้ศาสตราจารย์วิทิตยังได้ยกตัวอย่างกรณีที่มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้กับตนเอง (Self-amnesty decrees) ในช่วงเวลาที่มีการปราบปรามประชาชนในเหตุการณ์พฤษภาทมิฬว่าขัดกับหลักนิติธรรมด้วย⁴¹

ในขณะที่ศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โสวิไลกุล ได้ขยายความหมายของหลักนิติธรรมให้กว้างออกไปอีก โดยสรุปสาระสำคัญของหลักนิติธรรมว่ามีลักษณะหลายประการ⁴² เช่น ศาลยึดหลักความเป็นอิสระของตุลาการ ประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาคและได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างทัดเทียม เจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน การปกครองโดยยึดกฎหมายเป็นใหญ่และปฏิบัติตามกฎหมายในฐานะที่เป็นนิติรัฐ กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายยุติธรรม ศาลเป็นสถาบันที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ฝ่ายบริหารต้องบริหารภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นต้น สำหรับนักกฎหมายท่านอื่นๆ เมื่ออธิบายหลักนิติธรรมมักจะอ้างแนวคิดของโดซีย์เป็นหลัก โดยจะอธิบายว่า หลักนิติธรรมหมายถึง การไม่ใช้กฎหมายย้อนหลัง หลักความเสมอภาคต่อกฎหมายโดยปราศจากอภิสิทธิ์ และการปกป้องสิทธิเสรีภาพมาจาก

³⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **หลักนิติธรรม (the Rule of Law)** หนังสือรวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541, หน้า 30.

³⁹ Vitit Muntarbhorn, pp. 348-352.

⁴⁰ วิทิต มันทราภรณ์. **หลักนิติธรรมกับสิทธิมนุษยชน**, วารสารพระธรรมมูญ, เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552 หน้า 24-25.

⁴¹ Ibid. p. 352.

⁴² ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. **เหลี่ยมหลังดูกำหนดและความยุติธรรม**, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540, หน้า 30 -31.

การตัดสินคดีของศาลมิใช่มาจากรัฐธรรมนูญ (อย่างภาคพื้นยุโรป)⁴³ หรือไม่ก็สรุปว่าเป็นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐโดยกฎหมาย หรือการกระทำขององค์กรของรัฐอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย⁴⁴ ส่วนศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์ ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมว่ามีความหมายกว้างโดยหมายถึงหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองทำนองเดียวกันกับหลักนิติรัฐ และยังรวมถึงหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนให้เหตุผลได้ ไม่ขัดแย้งกันเอง ปฏิบัติได้ ใช้เป็นการทั่วไป เป็นธรรม กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคต ไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้กฎหมายโดยเสมอภาค กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องชัดเจน หลักความเป็นกฎหมายซึ่งใช้เป็นการทั่วไปไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเอกชน มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ นอกจากนี้ ที่น่าสนใจก็คืออาจารย์กำชัยยังเห็นว่าการนิรโทษกรรมกับเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงนั้นสามารถกระทำได้ แต่การคุ้มครองบรรดาการกระทำที่เกิดขึ้นในอนาคตหลังจากที่รัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้วไว้ล่วงหน้าโดยให้ถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 นั้นขัดกับหลักนิติธรรม⁴⁵

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่านอธิบายหรือตั้งข้อสังเกตความหมายของหลักนิติธรรมแตกต่างไปจาก

คนอื่นๆ อาทิ วิสาร พันธุ์นะ อธิบายว่าหลักนิติธรรมหมายถึงความรู้สึกรับของประชาชนต่อกฎหมาย ซึ่งอยู่บนรากฐานแห่งความชอบธรรม โดยได้ยกตัวอย่างในช่วงเวลาที่ประเทศไทยปกครองโดยระบอบเผด็จการสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่ออกคำมาตรา 17 ว่าเป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยไม่มีหลักนิติธรรมเพราะหัวหน้าคณะปฏิวัติกุมอำนาจทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ รวมทั้งการประหารชีวิตผู้ต้องหาที่ไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรม⁴⁶ หากพิจารณาคำอธิบายดังกล่าวแล้วก็จะเข้าใจได้ว่า หลักนิติธรรมที่ว่านี้กินความหลักกฎหมายสำคัญอย่างน้อย 2 ประการ คือหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) และหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Fair trial) นั่นเอง

ทางด้าน อาจารย์จรัญ โฆษณานันท์ เสนอว่าความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมนี้มีความหมายคลุมเครือ และบางครั้งอาจมีความหมายไปในแง่ลบก็ได้ โดยได้ยกคำกล่าวของนักนิติปรัชญาร่วมสมัยที่มีชื่อเสียงอย่างศาสตราจารย์ Joseph Raz ที่กล่าวว่า “ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธสิทธิมนุษยชนบนความยากจนอันดึกดื่น การแบ่งแยกเชื้อชาติ ความไม่เสมอภาคทางเพศ และการกดขี่ทางศาสนา โดยหลักการแล้วอาจสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักนิติธรรมดีกว่าระบบกฎหมายใดๆ ของประเทศตะวันตกที่มีอารยธรรมก้าวหน้ากว่า”⁴⁷

⁴³ โปรตุเกส จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. หลักนิติธรรมกับ (the Rule of Law) การพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย, เผยแพร่ใน www.law.tu.ac.th; วิชา มหาคุณ. อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ: ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม, วารสารกฎหมาย จุฬา. ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 2521 นอกจากนี้ ท่านวิชา มหาคุณ ยังเห็นว่า อำนาจของตุลาการในการพิพากษารอคดีก็เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมด้วย โปรตุเกส วิชา มหาคุณ. การตรวจสอบในทางตุลาการ ศึกษาจากกรณีประกาศ ร.ส.ช ฉบับที่ 26, วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 23 ฉบับที่ 2 หน้า 247.

⁴⁴ อักษรพร จุฬารัตน. บทบาทของศาลในการพัฒนาหลักนิติธรรมในประเทศไทย, วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 10 ฉบับที่ 1, 2553, หน้า 10-11.

⁴⁵ กำชัย จงจักรพันธ์. หลักนิติรัฐ vs หลักนิติธรรม. หนังสือพิมพ์สยามรัฐรายวัน

⁴⁶ วิสาร พันธุ์นะ. หลักนิติธรรม, ตลพ. ปีที่ 22, เล่ม 4, (2518) หน้า 94-95.

⁴⁷ Joseph Raz. “The Rule of Law and Its Virtue,” 93 Law Quarterly Review. (1977), 196 มีข้อสังเกตว่า คำอธิบายของ Joseph Raz นั้นไม่ใช่ของใหม่เพราะว่ามีนักนิติศาสตร์หลายท่านก็อธิบายว่า กฎหมายที่ออกโดยผู้ปกครองเผด็จการรวอำนาจก็อาจมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไป เป็นนามธรรม ใช้บังคับกับประชาชนอย่างไม่เลือกปฏิบัติซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติธรรม

มุมมองใหม่เกี่ยวกับหลักนิติธรรมอีกประการหนึ่งที่อาจารย์จรัสเสนอก็คือ การนำแนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมกับนโยบายเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ซึ่งเป็นแนวคิดของนักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ที่ยิ่งใหญ่อย่างศาสตราจารย์ Friedrich Hayek ที่เสนอว่าแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมมีคุณูปการกับปรัชญาทุนนิยม

ในขณะที่นักรัฐศาสตร์อย่างศาสตราจารย์ ดร.ลิขิต ธีรเวคิน อธิบายหลักนิติธรรมว่าหมายถึง กระบวนการตรากฎหมาย ตัวบทกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม การบังคับกฎหมาย อันเป็นที่ยอมรับของสากล โดยอาจารย์ลิขิต ยกตัวอย่างของการลงโทษที่ขัดกับหลักนิติธรรมได้แก่การลงโทษที่เกินสมควรแก่เหตุอย่างการเขียนด้วยหาวาย เป็นต้น⁴⁸

4.2 คำพิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยส่วนตน

หลักนิติธรรมเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในแนวคำพิพากษาของศาลไทยมานานแล้ว แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีได้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” อย่างชัดเจนในคำพิพากษาก็ตาม แต่หากพิจารณาจากเนื้อหาสาระและเหตุผลทางกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาแล้วก็จะเข้าใจว่า ศาลได้พิจารณาคดีโดยคำนึงถึงหลักนิติธรรม โดยเฉพาะหลักกฎหมายที่ว่า หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจนแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจกระทำการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้ดังปรากฏให้เห็นจากคำพิพากษาต่อไปนี้

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 881/ 2495

ข้อความตอนหนึ่งของคำพิพากษาได้ตัดสินใจว่า “.....จำเลย นายอำเภอสันป่าตอง ได้เข้าใจผิดในข้อสำคัญที่คิดไปว่าจำเลยมีอำนาจที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใครๆ ซื้อที่ดินก็ได้ซึ่งไม่ถูกต้อง จำเลยหาอำนาจเช่นนั้นไม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มีข้อความบัญญัติถึงการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ไว้หลายมาตราโดยทั่วไปปรากฏอยู่ในมาตรา 1299 แต่เพียงว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์เว้นแต่นิติกรรมจะได้ทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่” พระราชบัญญัติว่าด้วยพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2486 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ ปี พ.ศ. 2492 นั้นก็ได้แต่เพียงบัญญัติให้บุคคลตามตำแหน่งที่ได้ระบุไว้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ขึ้นตามประมวลกฎหมายเท่านั้น หาได้มีข้อความใดที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจอนุญาตหรือหน่วงเหนี่ยวขัดขวางการจดทะเบียนนิติกรรมของราษฎรไว้ได้ไม่ ตรงกันข้ามกลับมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 26 ระบุไว้อีกว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในทรัพย์สินฯ ทั้งนี้ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมายซึ่งย่อมแสดงว่าคนไทยทุกคนมีสิทธิเสมอภาคกันในอันที่จะถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายห้ามหรือวางเงื่อนไขอย่างใดไว้ ศาลนี้ไม่เห็นเลยว่าจะมีบทกฎหมายในใดที่ใดที่คนไทยจะถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนก่อน หรือว่าจะมีกฎหมายให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่รับจดทะเบียนให้หน่วงเหนี่ยวขัดขวางการรับจดทะเบียนไว้ได้ตามอำเภอใจ ระเบียบที่จำเลยอ้างแม้จะมีอยู่ก็มิใช่กฎหมาย แต่ไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจออกระเบียบเช่นนั้นได้ ฉะนั้น จะใช้บังคับกับประชาชนจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขานั้นไม่ได้ ข้ออ้างของจำเลยที่ว่า จำเลยต้องการจะสอบสวนในเรื่องการเป็นสัญชาติไทยของโจทก์ต่อไปอีกทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงปรากฏชัดตามคำสั่งคำพิพากษาของศาลว่าโจทก์เป็นคนสัญชาติไทยแล้วนั้น

⁴⁸ ลิขิต ธีรเวคิน. กฎหมายและการปฏิรูปกฎหมาย, หนังสือพิมพ์ สยามรัฐ. วันที่ 15 และ 29 มีนาคม พ.ศ. 2555

ก็เป็นข้ออ้างที่ปราศจากมูลที่จะหวังเหนี่ยวรั้งขวางการรับจดทะเบียนเสียเลย การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

2) คำพิพากษากฎีกาที่ 720/2505

คดีนี้มีข้อเท็จจริงยอว่านาย ป คนสัญชาติลาว และนางสาว ข คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยชั่วคราว ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ครบถ้วน ได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอปากเกร็ด นายอำเภอปากเกร็ดซึ่งเป็นนายทะเบียนมีหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ได้บอกปิดไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรสให้ โดยอ้างว่ากระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้ยับยั้งการจดทะเบียนสมรสให้แก่คนไทยที่สมรสกับคนต่างด้าวที่ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวและไม่มีสำมะโนครัวหลักฐาน ศาลฎีกาตัดสินว่า “...คำสั่งของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวนี้มิได้อาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใด.... จึงเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยด้วยกันเท่านั้น จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายหาได้ไม่....เมื่อคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใดและจะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายไม่ได้ จำเลย นายอำเภอผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายให้รับจดทะเบียนสมรสก็ย่อมอ้างคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยเป็นเหตุไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหาได้ไม่”⁴⁹

3) คำพิพากษากฎีกาที่ 2383 /2526

คดีนี้มีข้อเท็จจริงยอว่าโจทก์ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทการลงทุนและคอมโมดิตีประเทศไทย จำกัด ซึ่งมีวัตถุประสงค์ซื้อขายสินค้า

ล่วงหน้าและเล่นแชร์ต่อจำเลย กรมทะเบียนการค้า แต่จำเลยยังไม่ยอมจดทะเบียนให้ โดยอ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจเช่นว่านี้ ศาลฎีกาพิพากษาว่า “การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์เป็นการประกอบอาชีพหรือจัดการทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นว่านี้จะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ฉะนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามหรือควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1019 บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น การที่จำเลยสั่งให้รอการรับจดทะเบียนไว้ก่อนตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ควบคุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการตัดสินใจของโจทก์ที่จะพึงมีพึงได้โดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้”⁵⁰

4) คำพิพากษากฎีกาที่ 913/2536

คดีนี้มีข้อเท็จจริงยอว่ามีการทำรัฐประหารยึดอำนาจรัฐบาลของ พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยคณะรัฐประหารได้ตั้งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ขึ้นมา ซึ่งต่อมาคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินมีคำสั่งให้มีการยึดทรัพย์สินของนักการเมือง ต่อมาได้มีการนำฟ้องต่อศาลฎีกาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของประกาศรช. ฉบับที่ 26 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า “...อำนาจของ คตส. ตามประกาศรช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 “เท่าที่จำเป็นการสั่ง

⁴⁹ โปรตดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร.

⁵⁰ เพ็งอ่าง

ลงโทษสังหารทรัพย์สินในทางอาญานั้นเอง และมีได้ให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงนำคดีไปฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นได้อำนาจของ คตส. ดังกล่าวจึงเป็นอำนาจเด็ดขาดแตกต่างจากอำนาจในการวินิจฉัยของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ซึ่งไม่มีอำนาจลงโทษบุคคล” ดังนั้นประกาศ รสช. ฉบับนี้ จึง “มีผลเป็นการตั้ง “คณะบุคคลที่มีใช้ศาล” ให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาลอันขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้”

5) คำวินิจฉัยส่วนตนคดียุบพรรคไทยรักไทย

ในคำร้องของอัยการสูงสุดให้มีการยุบพรรคไทยรักไทยนั้น ประเด็นที่สำคัญของคดีนี้ก็คือ จะมีการใช้ประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 ก.ย. 2549 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใด เพราะเหตุกระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ.2541 ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นกำหนด 5 ปี นับตั้งแต่วันที่ที่มีคำสั่งให้ยุบพรรค” ย้อนหลังได้หรือไม่ เนื่องจากประกาศฉบับดังกล่าวประกาศเมื่อวันที่ 30 ก.ย. 2549 แต่การกระทำอันเป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมืองในคดีนี้เกิดขึ้นระหว่างวันที่พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 มีผลบังคับใช้จนถึงวันที่มีการลงคะแนนเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว กล่าวคือ ระหว่างวันที่ 24 ก.พ. 2549 จนถึงวันที่ 2 เม.ย. 2549 จึงมีปัญหาคือวินิจฉัยว่า ความในข้อ 3 แห่งประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 ก.ย. 2549 มีผล

ใช้บังคับย้อนหลังกับการกระทำอันเป็นเหตุยุบพรรคในคดีนี้หรือไม่ ในประเด็นนี้ คำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการเสียงข้างน้อยทั้งสามได้มีการอ้างหลักนิติธรรมอย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำวินิจฉัยส่วนตนของท่านธานิศ เกศวพิทักษ์ ที่มีการใช้คำว่า the rule of law โดยตรง สำหรับสาระสำคัญของคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการเสียงข้างน้อยมีดังต่อไปนี้

ข้อความตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยส่วนตนของท่านปัญญา ฅนอมรอด ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาในขณะนั้นได้อ้างถึงหลักนิติธรรมไว้อย่างชัดเจนว่า “.....พิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายที่ดีนั้น ต้องตราขึ้นโดยอาศัยหลักนิติธรรม กล่าวคือ กฎหมายต้องตราขึ้นโดยสถาบันซึ่งประชาชนพลเมืองยอมรับนับถือให้มีสิทธิและอำนาจที่ตราขึ้นบังคับได้ กฎหมายจะต้องยอมรับในหลักที่ว่า ประชาชนทุกคนในประเทศนั้นมีเกียรติและเสมอกันในกฎหมาย จะไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดที่จะได้ประโยชน์จากกฎหมายยิ่งไปกว่าผู้อื่น กฎหมายจะกำหนดให้เอาตัวประชาชนผู้ใดไปลงโทษไม่ได้ เว้นไว้แต่ว่าประชาชนผู้นั้นจะได้กระทำการซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนแล้วว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด เมื่อพิจารณาหลักนิติธรรมข้างต้น ประกอบกับการตรากฎหมายนั้นโดยทั่วไปมีเจตนาเพื่อปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและในอนาคต การใช้กฎหมายย้อนหลัง หากมีผลย้อนหลังไป เพื่อเป็นคุณหรือบรรเทาความเดือดร้อนและไม่กระทบถึงสิทธิของประชาชนนั้นสามารถกระทำได้ แต่ในทางตรงกันข้าม หากใช้กฎหมายไปในทางที่เป็นโทษ หรือเพิ่มโทษ ถือว่าเป็นการใช้กฎหมายไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์กับหลักความยุติธรรมของสากล หลักนี้ใช้เคร่งครัดมากในคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษทางอาญา แต่เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศว่า กฎหมายใดที่ออกมาบังคับใช้ย้อนหลังแล้วมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชน หรือเป็นไปในทางลิดรอน เพิกถอนหรือจำกัดสิทธิของประชาชนที่มีอยู่ก่อนแล้วโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นการต้องห้ามด้วยเช่นกัน ประกาศ

คปค. ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 ก.ย. 2549 ที่ให้เพิกถอน สิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมือง มีกำหนด 5 ปี เป็นบทบัญญัติที่ตัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่อยู่ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจะมี ผู้ที่ถูกตัดสิทธิเลือกตั้งไม่อาจใช้สิทธิเลือกตั้งได้แล้ว ยังเสียสิทธิอื่นๆ อีกหลายประการ เช่น สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกผู้แทนราษฎร สิทธิรับเลือกเป็นกำนันและผู้ใหญ่บ้าน สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ผู้บริหารท้องถิ่น สิทธิเข้าชื่อร้องขอให้รัฐสภาพิจารณา กฎหมายด้วย เป็นต้น สิทธิของผู้ถูกตัดสิทธิจึงต่ำกว่าประชาชนทั่วไป จึงเป็นการตัดสิทธิทางการเมืองที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกตัดสิทธิมากกว่าการถูกลงโทษปรับในคดีอาญา การลงโทษบุคคลหรือการกำหนดโทษให้บุคคลต้องรับผิดชอบ หรือถูกจำกัดสิทธิจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย แต่กฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือในการรักษาความยุติธรรม การตีความกฎหมายจะต้องถือความยุติธรรมเป็นหลัก ไม่ควรตีความกฎหมายให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของประชาชนที่มีอยู่แล้ว ขณะเกิดเหตุ กฎหมายซึ่งใช้บังคับได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มาตรา 66 กรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นจะขอตั้งพรรคการเมืองใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองอีกไม่ได้ภายใน 5 ปี นับตั้งแต่วันที่พรรคการเมืองนั้นถูกยุบ รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้ออกกฎหมายให้ผู้ละเมิดต่อกฎหมายต้องรับผิดชอบเพียงเท่านี้ ประชาชนรวมทั้งกรรมการบริหารพรรคการเมืองต่างๆ ทราบว่า ผลบังคับที่สังคมต้องการมีเพียงเท่านี้.... การบัญญัติกฎหมายหรือการตีความกฎหมายให้บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นอีกหลังจากกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายได้ยุติไปนานแล้ว จึงเห็นว่าประกาศคปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 ไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่กรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องทั้งสาม

ส่วนข้อความตอนหนึ่งในคำวินิจฉัยส่วนตัวของผู้พิพากษาภิรัต กิตติคุณไพโรจน์ เขียนว่า “...พิจารณาแล้วเห็นว่า สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย กำหนดขึ้นเพื่อให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศได้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ การจำกัดตัดสิทธิขั้นพื้นฐานจึงกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมายโดยเฉพาะ และโดยปกติกฎหมายจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศหรือถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนทราบกฎหมายล่วงหน้า แต่ถ้าผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายประสงค์จะให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับย้อนหลังได้ก็ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายนั้นให้ชัดเจน หากมิได้กำหนดวันบังคับใช้ไว้จะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมที่ว่ากฎหมายไม่มีผลใช้ย้อนหลัง หมายความว่ากฎหมายฉบับนั้นจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคตนับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายเป็นต้นไป และกฎหมายนั้นจะไม่ใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันที่กฎหมายใช้บังคับ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายนั้นมีผลย้อนหลังเป็นคุณเท่านั้น ดังนั้น ประกาศ คปค. ฉบับที่ 27 ข้อ 3 จึงเป็นกฎหมายที่จำกัดตัดสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย เป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายต่อผู้ที่ต้องเสียสิทธิเลือกตั้ง”

ส่วนคำวินิจฉัยส่วนตัวของผู้พิพากษานิติศาสตร์บัณฑิตคนหนึ่งว่า เหตุผลที่รัฐไม่เพียงออกกฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่เป็นหลักพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Legal State) ซึ่งมีภาษีกฎหมายบทหนึ่งว่า “ไม่มีความผิดไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen nulla poena sine lege) เป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา ในมาตรา 2 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะ

ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น จะเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” โดยภาษิตดังกล่าวเป็นหลักประกันความไว้เนื้อเชื่อใจของราษฎรต่อการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ว่าสิ่งที่ราษฎรได้กระทำไปในวันนี้ในอนาคตจะไม่มีกฎหมายย้อนหลังมาเอาผิดให้เป็นผลร้ายแก่ตนได้ ดังนั้นการตรากฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่จบลงแล้วให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำไม่ได้ ซึ่งถือเป็นนิติประเพณีของนานาอารยประเทศที่รัฐต้องยอมรับในฐานะที่เป็นกฎของกฎหมายหรือ Rule of Law อย่างหนึ่ง เพราะในยามปกติการตรากฎหมายโดยรัฐสภาต้องอยู่ภายใต้กฎของกฎหมายหรือ Rule of Law แต่ในระหว่างที่บ้านเมืองอยู่ภายใต้อำนาจของคณะปฏิรูปการปกครองที่ยึดอำนาจได้สำเร็จ มีหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองอยู่ในฐานะรัฐธำมณียุติมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายมาบังคับใช้แก่ประชาชนราษฎรได้ แต่บทบัญญัติหรือประกาศนั้นต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือหลักเกณฑ์แห่งกฎของกฎหมายหรือ Rule of Law ด้วย จะออกกฎหมายมาบังคับแก่ประชาชนตามอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงกฎของกฎหมายหรือ Rule of Law ไม่ได้ เพราะ Rule of Law เป็นหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เกิดขึ้นและมีอยู่ในธรรมชาติตามความมีเหตุผลของมนุษย์ ซึ่งกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) จะออกมาให้มีผลชัดหรือแย้งไม่ได้....”

หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยส่วนตนทั้งสามคำวินิจฉัยข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

ประการแรก องค์ประกอบความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมที่สะท้อนจากคำวินิจฉัยส่วนตนทั้งสามคำวินิจฉัยที่สอดคล้องตรงกันก็คือ การห้ามตราหรือตีความกฎหมายย้อนหลังอันมีผลเป็นโทษต่อประชาชน

ประการที่สอง คำวินิจฉัยส่วนตนของท่านปญญาถนอมรอด กับของท่านธานีศ เกศพิทักษ์ มีสาระสำคัญตรงกันในประเด็นที่ว่า การตรากฎหมายจะต้องอยู่

ภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม

5. หลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550

นับตั้งแต่ประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน 2540 ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญเลย แต่รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” เป็นครั้งแรก โดยกล่าวถึงหลักนิติธรรมอยู่ 2 แห่ง คือในมาตรา 3 วรรค 2 บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” และในหมวดว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 78 (6) ที่บัญญัติว่ารัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ “ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมาย ที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมาย และตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**”

อนึ่งมีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า ศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้โยงหลักนิติธรรมเข้ากับองค์กรของรัฐ 3 องค์กรโดยท่านอธิบายว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายที่เป็นธรรม ยุติธรรม ต้องไม่ออกกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษแก่ประชาชน และในกรณีฉุกเฉิน ฝ่ายนิติบัญญัติต้องใช้ความพยายามทุกวิถีทางที่จะมิให้การออกกฎหมายมากระทบสิทธิขั้นมูลฐานของมนุษย์ ส่วนหลักนิติธรรมของฝ่ายบริหารนั้น หมายถึงฝ่ายบริหารจะต้องไม่ใช้อำนาจโดยมิชอบและไม่ใช้กฎหมายอย่างเลือกปฏิบัติ ส่วนหลักนิติธรรมของฝ่ายตุลาการนั้น หมายถึง การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการจะต้องพ้นจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งศาลต้องยึดหลักเรื่องการฟ้องซ้ำ หลักสันนิษฐาน

ความบริสุทธิ์ของบุคคล (the presumption of innocence)⁵¹

อย่างไรก็ดี การที่รัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มาในอดีตไม่เคยใช้คำว่าหลักนิติธรรมอย่างชัดเจนเหมือนอย่างรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2550 มิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ไม่ได้รับรองหลักนิติธรรม ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญของไทยในอดีตได้รับรองหลักนิติธรรมไว้นานแล้ว ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญรับรองเรื่อง หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย⁵² ห้ามมิให้มีการจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งหรือข้อหาใดข้อหาหนึ่ง⁵³ หลักความเป็นอิสระของตุลาการ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายรองรับเท่านั้น

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับพุทธศักราช 2550 แล้วก็จะพบว่า มีข้อสังเกตที่น่าสนใจบางประการเกี่ยวกับการร่างมาตรา 3 วรรค 2 ดังนี้

ประการแรก มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญท่านหนึ่งคือ นายวิชัย รูปขำดี เสนอให้มีการตัดวรรค 2 ออกเนื่องจากเห็นว่าไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่จะต้องบัญญัติไว้ในองค์กรดังกล่าวปฏิบัติตามกฎหมายเพราะว่าในการใช้อำนาจอธิปไตยย่อมต้องปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้วและการบัญญัติไว้อาจนำมาซึ่งปัญหาในการตีความ และสมาชิกท่านนี้ก็ขอเหตุผลในการบัญญัติมาตราดังกล่าวด้วย⁵⁴ ซึ่งนายอัคร จารุจินดาในฐานะกรรมการได้ชี้แจงว่า เหตุผลของคณะกรรมการที่เพิ่มวรรค 2 ขึ้น

มาเพื่อต้องการวางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมซึ่งมีอยู่ 2 ความหมายคือ ความหมายแรก หมายถึงการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานความเป็นธรรม และความหมายที่สอง หมายถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่จะต้องมีกฎหมายรองรับและจะกระทำเกินไปกว่าขอบเขตหรือเจตนาของกฎหมาย ไม่ได้

ประการที่สอง กรรมการอีกคนหนึ่งคือนายคมสัน โพธิ์คง เสนอให้มีการใช้คำว่า หลักนิติรัฐ แทนคำว่าหลักนิติธรรม โดยนายคมสันให้เหตุผลว่า คำว่า “หลักนิติรัฐ” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “หลักนิติธรรม” และคำว่า “หลักนิติธรรม” นั้นมักจะใช้กันภายในองค์กรศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตาม กรรมการอีกคนหนึ่งคือนายสมคิด เลิศไพฑูรย์ เห็นว่า คำว่า “นิติธรรม” มีความหมายคล้ายคลึงกับคำว่า “หลักนิติรัฐ” อีกทั้งคำว่า “หลักนิติธรรม” ยังเป็นคำที่รู้จักกันดีในสังคมไทยมากกว่าคำว่า “หลักนิติรัฐ”⁵⁵

6. แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมในระดับระหว่างประเทศ

ปัจจุบันแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมมิได้จำกัดอยู่เพียงแคภายในประเทศเท่านั้น แต่ยังได้รับการยอมรับและพัฒนาในระดับระหว่างประเทศโดยองค์การระหว่างประเทศ ทั้งที่เป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาลและระดับเอกชนที่เรียกว่า NGOs โดยองค์การระหว่างประเทศนี้ได้มีคุณูปการสำคัญในการพัฒนาความหมาย

⁵¹ โปรดดูรายละเอียดใน ประสิทธิ์ ไชยวิไลกุล, อ้างแล้ว, หน้า 24-30.

⁵² โปรดดูมาตรา 1 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475; มาตรา 1 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489; มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของไทยในอดีตยังเคยรับรองการปฏิเสธ เรื่องฐานันดรว่ามีได้ก่อให้เกิดอภิสิทธิ์แต่ประการใด เช่น มาตรา 12 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 และมาตรา 12 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

⁵³ โปรดดูมาตรา 159 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

⁵⁴ โปรดดูบันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550 หน้า 49.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง หน้า 58-63.

ของหลักนิติธรรมได้กว้างกว่าในสมัยของศาสตราจารย์ ไดซี้มาก เนื่องจากองค์การเหล่านี้เห็นว่าความหมายของหลักนิติธรรมมีความหมายที่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่แปรเปลี่ยนไปอยู่ตลอดเวลา⁵⁶ และผลของการพัฒนาอธิบายความหมายของหลักนิติธรรมเป็นผลให้หลักนิติธรรมเป็นที่ยอมรับกันในระดับสากลมากขึ้น โดยจะอธิบายดังต่อไปนี้

6.1 องค์การสหประชาชาติ

องค์การระหว่างประเทศในระดับสากลอย่างสหประชาชาติก็ยิ่งให้ความสำคัญแก่หลักนิติธรรมโดยสมัชชาใหญ่ได้บรรจุเป็นวาระพิจารณาตั้งแต่ ค.ศ. 1992 และได้ออกข้อมติเกี่ยวกับหลักนิติธรรมรวม 3 ฉบับ นอกจากนี้แล้ว เลขาธิการสหประชาชาติยังได้จัดทำรายงานเกี่ยวกับหลักนิติธรรมอีกด้วย โดยมีชื่อว่า “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies” ในรายงานฉบับนี้ได้อธิบายความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมว่า หมายถึงการปกครองที่บุคคลทุกคน หน่วยงานของรัฐ และภาคเอกชนจะต้องรับผิดชอบหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย โดยกฎหมายนี้จะต้องมีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และมีการพิจารณาคดีอย่างเป็นอิสระและสอดคล้องกับแบบแผนสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย ภายใต้หลักนิติธรรม รัฐต้องจัดให้มีมาตรการที่จะยึดมั่นกับหลักความสูงสุดของกฎหมาย หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย หลักความรับผิดชอบต่อกฎหมาย หลักการใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย

การหลีกเลี่ยงที่จะใช้กฎหมายตามอำเภอใจและหลักความโปร่งใสเกี่ยวกับขั้นตอนวิธีการ⁵⁷

นอกจากนี้แล้ว ที่ประชุมสุดยอดของสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยประมุขของรัฐและประมุขของรัฐบาลได้มีการออกข้อมติที่เรียกว่า United Nations Millennium Declaration โดยข้อความตอนหนึ่งได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมว่าที่ประชุมสูงสุดจะต้องเสริมความมั่นคงเกี่ยวกับการเคารพหลักนิติธรรมในกิจการภายในของรัฐและในกิจการด้านระหว่างประเทศ (To strengthen respect for the rule of law in international as in national affairs)⁵⁸ และยังกล่าวอีกด้วยว่า “We will spare no effort to promote democracy and strengthen the rule of law....”⁵⁹

และเมื่อเร็วๆ นี้ สมัชชาใหญ่ของสหประชาชาติได้จัดทำรายงานประจำปีครั้งแรกเกี่ยวกับหลักนิติธรรมชื่อว่า “Annual report on strengthening and coordinating United Nations rule of law activities” วัตถุประสงค์สำคัญของการทำรายงานประจำปีนี้คือมุ่งเสริมสร้างความมั่นคงของหลักนิติธรรมทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยภารกิจสำคัญประการหนึ่งของสหประชาชาติที่จะส่งเสริมหลักนิติธรรมให้แก่รัฐภาคีก็คือการให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ (constitution-making processes) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หลักความเป็นอิสระและปราศจากความลำเอียงของผู้พิพากษาว่าเป็นรากฐานสำคัญของ

⁵⁶ โปรตดู Commentary on the IBA Council ‘Rule of Law’ Resolution of September 2005 adopted 2009, p. 3.

⁵⁷ Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, S/2004/616, 23 August 2004, para. 6

⁵⁸ A/RES/55/2, 18 September 2000, p. 3.

⁵⁹ A/RES/55/2, 18 September 2000, p. 6.

หลักนิติธรรม⁶⁰ และการให้ความช่วยเหลือด้านสถาบันหรือองค์กร รวมทั้งเจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่บังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาตัดสินด้วย⁶¹

6.2 คำประกาศสิทธิสากลว่าด้วยมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights)

ข้อความตอนหนึ่งของอารัมภบทของคำประกาศสิทธิสากลว่าด้วยมนุษยชน กล่าวว่า “Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the Rule of Law ...”⁶² ในประเด็นนี้ นักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่า แม้คำว่า the Rule of Law จะปรากฏในอารัมภบทก็ตาม แต่หลักนิติธรรมก็ได้ถูกร้อยเรียงเข้าไปในโครงสร้างของคำประกาศมาตั้งแต่เริ่มต้น⁶³ และในความเห็นของ Mary Ann Glendon ประเภทของสิทธิต่างๆ ที่รับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนสากลไม่ว่าจะเป็นสิทธิเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย สิทธิทางการเมืองหรือสิทธิทางเศรษฐกิจ ต่างก็คือหลักนิติธรรมนั่นเอง

6.3 คณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ (International Commission of Jurists: I.C.J)

คณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ⁶⁴ ได้อธิบายลักษณะของหลักนิติธรรมว่าหมายถึง The rule of law can be characterized as ‘the principles, institutions and procedures, ...which the experience and traditions of lawyers in different countries of the world, often having themselves varying political structures and economic backgrounds, have shown to be important to protect the individual from arbitrary government and enable him to enjoy the dignity of men.’ และบทบาทสำคัญของคณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับหลักนิติธรรมก็คือ การอธิบายว่าความหมายของคำว่าหลักนิติธรรมนั้นมีลักษณะพลวัต ไม่หยุดยั้งอยู่กับที่ (the Rule of Law is a dynamic concept) โดยมีเป้าหมายหลักอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังปรากฏในคำประกาศเดลี (the Declaration of Delhi)

⁶⁰ Report of the Secretary-General on Annual report on Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities, A/64/298, 2009, para 25

⁶¹ Ibid, para. 32

⁶² Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, at Art. 21, 28, 29, and Prmb. (1948).

⁶³ Mary Ann Glendon, THE RULE OF LAW IN THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS , Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 2 (Spring 2004), p. 3.

⁶⁴ คณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การระหว่างประเทศในระดับเอกชนหรือที่เรียกว่า NGOs เรียกชื่อย่อว่า I.C.J. แต่คนละองค์การกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: I.C.J.) ซึ่งมีชื่อย่อว่า I.C.J. เหมือนกัน ตั้งอยู่ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ คณะกรรมการนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ ได้รับบทบาทในการให้คำปรึกษาด้านสิทธิมนุษยชนให้กับคณะมนตรีทางเศรษฐกิจและสังคมของสหประชาชาติ the United Nations Economic and Social Council รวมทั้งองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ อย่างองค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization: UNESCO) , คณะมนตรีแห่งยุโรป (the Council of Europe), (the African Union) ด้วย

นอกจากนี้คณะกรรมการนักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศยังได้ออกแถลงการณ์หลายฉบับเกี่ยวกับหลักนิติธรรม ไม่ว่าจะเป็น the Act of Athens on the Rule of Law (1955), the Declaration of Delhi on the Rule of Law in a Free Society (1959), the Law of Lagos (1961), the Resolution of Rio de Janeiro on Executive Action and the Rule of Law (1962), Declaration of Bangkok (1965), the Conclusions of Vienna on Human Rights in an Undemocratic World (1977), the Caracas Plan of Action on The Independence of Judges and Lawyers (1989) and the Berlin Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism (2004) และคำประกาศล่าสุดคือ คำประกาศเจนีวา ที่เรียกว่า The Geneva Declaration on Upholding the Rule of Law and the Role of Judges and Lawyers in Times of Crisis ซึ่งวางหลักการที่สำคัญไว้ 13 ข้อ คำประกาศล่าสุดนี้มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับบทบาทขององค์กรตุลาการและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Legal Profession) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระของตุลาการในยามที่เกิดวิกฤตการณ์ เช่น เกิดความไม่สงบของบ้านเมือง การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เกิดภัยการก่อการร้าย เกิดการขัดกันด้วยอาวุธไม่ว่าจะมีลักษณะระหว่างประเทศหรือภายในประเทศก็ตาม

6.4 สมาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิชาชีพทางกฎหมาย (The International Bar Association: IBA)

สมาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิชาชีพทางกฎหมาย⁶⁵ ได้ออกข้อมติเกี่ยวกับองค์ประกอบของหลักนิติธรรม (แทนที่จะให้คำนิยาม) ว่าหลักการที่สำคัญของหลักนิติธรรมประกอบด้วยหลักการใหญ่ๆ 2 ประการคือ หลักความสูงสุดของกฎหมาย (Submission of all to the law/Supremacy of law) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (The separation of powers)⁶⁶ ซึ่งหลักการใหญ่ 2 ประการก็ประกอบด้วยหลักการย่อยๆ อีกหลายข้อดังนี้

- (1) หลักความเป็นอิสระและปราศจากความลำเอียงของผู้พิพากษา (an independent and impartial judiciary)
- (2) หลักสันนิษฐานว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์ (the presumption of innocence)
- (3) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมอย่างเปิดเผยและโดยไม่ชักช้า (the right to a fair and public trial without undue delay)
- (4) หลักการลงโทษอย่างมีเหตุผลและอย่างมีสัดส่วน (a rational and proportionate approach to punishment)
- (5) หลักความเป็นอิสระของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (a strong and independent legal profession)

⁶⁵ สมาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิชาชีพทางกฎหมายเป็นองค์กรที่รวมตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ.1947 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา

⁶⁶ โปรตุเกส Commentary on the IBA Council 'Rule of Law' Resolution of September 2005 adopted 2009, pp. 3-6.

- (6) การรักษาความลับระหว่างทนายความกับลูกความ (strict protection of confidential communications between lawyer and client)
- (7) หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย (and equality of all before the law)⁶⁷ โดยในคำอธิบายข้อนี้เกี่ยวกับหลักนิติธรรมของสมาคมระหว่างประเทศเกี่ยวกับวิชาชีพทนายความได้ขยายความหมายของหลักการสำคัญข้างต้นดังนี้

6.5 สหภาพรัฐสภาระหว่างประเทศ (International Parliamentary Union: IPU)

องค์การระหว่างประเทศอย่างสหภาพรัฐสภาระหว่างประเทศ (IPU)⁶⁸ ก็มีบทบาทเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมด้วยโดยภายในสหภาพเองมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จะทำหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนกรณีที่มีการคุกคามสิทธิเสรีภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่ามีการละเมิดหลักนิติธรรมหรือไม่ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิในกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้แล้วสหภาพรัฐสภาระหว่างประเทศก็มีบทบาทสำคัญในการส่งเสริมหลักนิติธรรมทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างรัฐสมาชิกด้วย⁶⁹ โดยที่ผ่านมา สหภาพรัฐสภาระหว่างประเทศได้ออกข้อมติเกี่ยวกับบทบาทของรัฐสภาในการให้ความสมดุลระหว่างการออกกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและ

ความเป็นประชาธิปไตยโดยข้อนี้ได้อ้างถึงหลักนิติธรรมด้วย⁷⁰

บทส่งท้าย

หลักนิติธรรมเปรียบเสมือนรากแก้วของประชาธิปไตยระบบกฎหมายของวิชานิติศาสตร์เป็นหลักที่ค้ำจุนสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นกรอบกติกาสำหรับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐทั้งฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการ

การเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในสาระสำคัญของหลักนิติธรรมให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐและภาคประชาสังคมเป็นสิ่งที่ยังคงจำเป็น เพื่อสร้างจิตสำนึกหรือวัฒนธรรมในการเคารพกฎหมาย แต่การเผยแพร่รณรงค์ในเรื่องหลักนิติธรรมนี้ต้องทำด้วยความจริงจังและต่อเนื่อง มิฉะนั้นแล้ว คำว่า “หลักนิติธรรม” ก็เป็นเพียงถ้อยคำที่สวยหรูที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นแต่หาที่มีผลใช้บังคับได้จริงไม่ การสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายที่ถูกต้องแท้จริงของหลักนิติธรรมและจิตสำนึกในการเคารพกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมนั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยเยียวยาวิกฤตการณ์การเมืองไทยในขณะนี้ได้ไม่มากนัก และยังเป็นการอุปถัมภ์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอีกด้วย

⁶⁷ Paragraph 2 of the International Bar Association’s Rule of Law Resolution, 2005.

⁶⁸ ประเทศไทยก็เป็นสมาชิกขององค์การสหภาพรัฐสภาระหว่างประเทศ (IPU) ด้วย

⁶⁹ Statement by Anders B. Johnsson Secretary General, Inter-Parliamentary Union Commission on Human Rights 60th session High-level segment

⁷⁰ Resolution adopted unanimously by the 118th Assembly of the Inter-Parliamentary Union (Cape Town, 18 April 2008) entitled “The role of parliaments in striking a balance between national security, human security and individual freedoms, and in averting the threat to democracy”

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เอกสารชั้นต้น

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23, วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม, 2540

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/ 2550

หนังสือและบทความ

กำชัย จงจักรพันธ์. **หลักนิติรัฐ vs หลักนิติธรรม**. หนังสือพิมพ์สยามรัฐ,

จิตติ ดิงศภัทัย. 2555. **หลักวิชาชีพนักกฎหมาย**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

จรัญ โฆษณานันท์. บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ หลักนิติธรรม, **วารสารกฎหมายจุฬา**. ปีที่ 11 ฉบับที่ 1 เดือนธันวาคม 2529 มีนาคม 2530

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. หลักนิติธรรม (the Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย, เผยแพร่ในเว็บไซต์ www.law.tu.th

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. 2541. **หลักนิติธรรม**, หนังสือรวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย, **วารสารพระธรรมนุญ**. เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552

ปรีดี เกษมทรัพย์. 2536. **ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ประสิทธิ์ โขวิไลกุล. 2540. **เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม**. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.

ศิริ วิศิษฎธรรม อัครนนท์. The rule of law, **ตุลพาห**. เล่ม 10 ปีที่ 8 ธันวาคม, พ.ศ. 2504

จำรูญ เจริญกุล. The rule of law, **ตุลพาห**.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร. บทบรรณาธิการ, **บทบัญญัติ**. เล่มที่ 20 ตอน 3 พ.ศ. 2505

ชานินทร์ กรัยวิเชียร. 2552. **หลักนิติธรรม**. กรุงเทพฯ : บริษัท ขนพิมพ์ 50 จำกัด.

ณรงค์เดช สุโรษิต. 2554. **บทสรุปรายงานวิจัยเรื่อง แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง**. สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า.

วัส ดิงสมิตร. ใช้กฎหมายย้อนหลังเพื่อเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งเมื่อยุบพรรคการเมือง, <http://www.publaw.net/publaw/view.aspx?id=1113>

วิชา มหาคุณ. 2521. อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ: ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม, **วารสารกฎหมายจุฬา**. ปีที่ 4 ฉบับที่ 1,

วิชา มหาคุณ. การตรวจสอบในทางตุลาการ ศึกษาจากกรณีประกาศ ร.ส.ช ฉบับที่ 26, **วารสารนิติศาสตร์**. ปีที่ 23 ฉบับที่ 2

วิสาร พันธนะ. หลักนิติธรรม, **ตุลพาห.** เล่ม 4 ปีที่ 22 พ.ศ. 2518

วิฑิต มั่นตราภรณ์. หลักนิติธรรมกับสิทธิมนุษยชน, **วารสารพระธรรมนุญ.** เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. 2534. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

วิชญ์ เครื่องาม. คำบรรยายเรื่อง “หลักนิติธรรมกับการบริหารราชการแผ่นดิน”, **วารสารพระธรรมนุญ.** เล่ม 49 ฉบับ “หลักนิติธรรม” พ.ศ.2551-2552

ลิขิต ชีรเวทิน. กฎหมายและการปฏิรูปกฎหมาย, **หนังสือพิมพ์สยามรัฐ.** วันที่ 15 และ 29 มีนาคม พ.ศ. 2555

เสนาะ เอกพจน์. The rule of law, **ตุลพาห.** เล่ม 9 ปีที่ 8 พ.ศ. 2504

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. 2553. **หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม.** กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อุกฤษ มงคลนาวิน 2555. หลักนิติธรรมกับสภาพของสังคมประเทศไทย, **วารสารจลนิต.** ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 มกราคม กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555

อักษราทร จุฬารัตน. 2553. บทบาทของศาลในการพัฒนาหลักนิติธรรมในประเทศไทย, **วารสารวิชาการศาลปกครอง.** ปีที่ 10 ฉบับ ที่ 1

ภาษาอังกฤษ

หนังสือ

Costa, Pietro. & Danilo Zolo, (ed.) 2007. **The Rule of Law: History, Theory and Criticism.** the Netherlands: Springer.

Hayek, Friedrich. 1960. **The Constitution of Liberty.** USA: The University of Chicago Press.

Kramer, Matthew. 2007. **Objectivity and the Rule of Law.** U.S.A: Cambridge University Press.

Peerenboom, Randall. (ed.), 2004. **Asian Discourses of Rule of Law: Theories and implementation of rule of law in twelve Asian countries France and the U.S.** edited by Randall Perenboom, U.S.A: Routledge.

Tamanaha, Brian. 2004. **On the Rule of Law.** the United Kingdom: Cambridge University Press.

บทความ

Sevel, Michael. Legal Positivism and the Rule of Law, 34 **Australian Journal of Legal Philosophy.** 2009

Raz, Joseph. “The Rule of Law and Its Virtue,” **Law Quarterly Review.** 93 (1977)