

# บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”

(Historico-Societal Context of the Rule of Law Ideology)

จรัญ โฆษณานันท์\*\*

## บทกล่าวนำ

กล่าวในพรมแดนแห่งทฤษฎีความคิดทางกฎหมายแล้ว ในหมู่ผู้แสวงหาคำตอบเกี่ยวกับความพิสดารในแง่มุมต่างๆ ของ “กฎหมาย” อันเป็นปรากฏการณ์ซึ่งสะท้อนภาพที่ชัดเจนมากที่สุดของความพยายามในการจัดระเบียบสังคมหรือระเบียบแห่งชีวิตของผู้คนทั้งหลาย “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law)<sup>๑</sup> ดูเหมือนเป็นถ้อยคำซึ่งมีสีสันของอุดมการณ์ทางกฎหมายที่ปรากฏแผ่อยู่อย่างโดดเด่นมากที่สุดอันหนึ่ง จำเพาะอย่างยิ่งในสังคมที่ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจระหว่างรัฐและประชาชนดำเนินไปในลักษณะที่ไม่ราบรื่น อันก่อให้เกิดประเด็นปัญหาเรื่องการข่มขู่คุกคาม (coersion) หรือการกระทำตามอำเภอใจ (arbitrariness) ของรัฐ

\* ลงพิมพ์ครั้งแรกใน วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ ๑๑ ฉบับที่ ๑ ประจำเดือนธันวาคม ๒๕๒๙-มีนาคม ๒๕๓๐

\*\* น.บ. (เกียรตินิยม) (รามคำแหง), LL.M. (Sydney University), อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

<sup>๑</sup> วลีสำคัญคือ The Rule of Law ในภาษาไทย มีการถอดความหมายเป็นคำไทยต่างๆ นานา อาทิเช่น “หลักธรรม” (วิกรม เมลาณนท์, “ดุลพາห” ปีที่ ๒ เล่ม ๑๒, ๒๔๔๘ หน้า ๘๑), “หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย” (สุด สุตรา “ดุลพาห” ปีที่ ๗ เล่ม ๑๑, ๒๕๐๓, น. ๑๕๐๘), “นิติธรรมวินัย” (เสริม สวรรคเทพ, “ดุลพาห” ปีที่ ๘ เล่มที่ ๔, ๒๕๐๔ หน้า ๓๘๔), “หลักกฎหมาย”, (เสนาะ เอกพจน์, “ดุลพาห” ปีที่ ๘ เล่ม ๙, ๒๕๐๔ หน้า ๑๐๐๓). “หลักธรรมแห่งกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา” (ศิริ วิศิษฐ์ธรรม อัสวณนท์, “ดุลพาห” ปีที่ ๘ เล่ม ๑๐, ๒๕๐๔, น. ๑๑๒๓), “นิติศตมภ์” (จรัญ เจริญกุล, “ดุลพาห” ปีที่ ๙ เล่ม ๑, ๒๕๐๕ น. ๖๐) อ้างในธำนิทร์ กรัยวิเชียร, “บทบรรณาธิการ”, (บทบัญญัติ, กรกฎาคม ๒๕๐๕) เชียงธรรม ๑ หน้า ๗๖๕ : หรือ “หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย”, (ถาวร โพธิ์ทอง, “การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย” นิติศาสตร์, เล่ม ๑ ตอน ๒, กันยายน ๒๕๑๒) การใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ในบทความนี้โดยหลักใหญ่คงเป็นไปตามความนิยมแพร่หลายในชั้นหลังๆ ของงานวรรณกรรมกฎหมายต่างๆ ไป อีกประการก็เนื่องจากต้องด้วยทัศนะส่วนหนึ่งที่เห็นพ้องกับการแปลศัพท์เช่นกล่าว ซึ่งมีรูปคำ : “.....ธรรม” ประกอบที่แสดงนัยของความศักดิ์สิทธิ์หรือภาวะอุดมคติที่แผ่อยู่ในความหมายของคำดังกล่าว อันมีประวัติความเป็นมาหรือการสืบเนื่องเปลี่ยนแปลง ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

อนึ่ง คำว่า “หลักนิติธรรม” ตามนัยที่ปรากฏในบทความนี้ ขอบได้เข้าใจว่าเป็นคนละความหมายกับคำว่า “นิติธรรม” ซึ่งเป็นคำเก่าแก่คำหนึ่งที่ปรากฏมาอย่างน้อยตั้งแต่สมัย ร.๕ ซึ่งทรงหมายถึง “งานบรรณนิยมประเพณีอันดี ซึ่งเป็นที่นิยมสืบต่อกันมาในหมู่ประชาชนแห่งชาติ” โดยนัยนี้ ร.๕ จึงทรงเห็นว่า “การปกครองแบบราชาธิปไตย ก็เป็นนิติธรรม ของชาติไทย ซึ่งจะต้องรักษาไว้” ดู ชัยอนันต์ สมุทรวณิช และ สุวดี เจริญหงษ์ (บก). “การเมือง-การปกครองไทยสมัยใหม่ : รวมงานวิจัยทางประวัติศาสตร์และรัฐศาสตร์”, (เอกสารวิชาการของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, ๒๕๒๒), หน้า ๑๐๖

ถ้อยคำดังกล่าวก็มักปรากฏให้เห็นได้ยากขึ้นกว่าปกติ คล้ายเป็นหลักธรรม ศักดิ์สิทธิ์ทางกฎหมายที่ถูกยกขึ้นเป็นบรรทัดฐานสำหรับตัดสินวิพากษ์วิจารณ์เรื่อง ความชอบหรือไม่ชอบของการใช้อำนาจอธิปไตย อันกระทบกระเทือนกับปัญหาเรื่องสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ แม้ว่าในด้านหนึ่งของอุดมการณ์ทางกฎหมายนี้จะ สำแดงบทบาทเป็นเสมือนหลักนำที่รัฐพึงยึดมั่นเพื่อความเป็นนิติรัฐ (Rechtsstaat) แต่อีกด้านหนึ่งในฝ่ายของผู้อยู่ใต้ปกครอง หลักนิติธรรมก็มักปรากฏบทบาทของการ เป็นหลักอุดมคติทางกฎหมายที่ถูกหยิบยกขึ้นตรวจสอบหรือกำกับการวิจารณ์ กล่าว หากการใช้อำนาจที่มีขอบข่ายต่าง ๆ ของรัฐที่กระทบต่อเสรีภาพ ซึ่งก่อปรท้วงการใช้อำนาจ ในแง่ของการแทรกแซงหรือลดทอนสิทธิเสรีภาพในปริมาณที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองหรือความคิด และในแง่ของการแทรกแซงควบคุมเสรีภาพในการประกอบการ เศรษฐกิจต่าง ๆ ซึ่งเป็นบทบาทของรัฐสมัยใหม่ที่ถือเอาปรัชญาสวัสดิการ (Welfare state) เป็นสรณคัมน์<sup>๒</sup>

อย่างไรก็ดี ลำพังเพียงการรับรู้อย่างผิวเผินในถ้อยคำอุดมคตินี้ หากไม่หลงใหล สรรพอยู่กับปรัชญาความคิดในเชิงจิตธรรม (Idealism)<sup>๓</sup> จนเกินไปนัก บางทีเราอาจ “รู้สึก” ได้ถึงความว่างเปล่า ล่องลอย (เหนือความเป็นจริง) ของคำว่าหลัก นิติธรรมดังกล่าว คงต้องยอมรับกันว่า รูปคำที่เป็นนามธรรมอย่างมาก ๆ ของคำๆ นี้ มีส่วนชวนให้รู้สึกเคลือบคลุม (ambiguity) หรือว่างเปล่า (emptiness) ได้ง่าย เช่นเดียวกับความรู้สึกที่เกิดขึ้นเมื่อพยายามทำความเข้าใจกระจ่างต่อคำว่า “ความ ยุติธรรม” “ความเป็นธรรม” “ความเสมอภาค” หรือถ้อยคำในเชิงคุณค่า (value) ทำนองเดียวกัน และอาจเป็นเพราะเหตุนี้กระมังที่ทำให้มีบางคนตั้งข้อสังเกตว่า

<sup>๒</sup> ประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ เรื่องการละเมิดหลักนิติธรรม, ลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการที่รัฐเข้า แทรกแซงควบคุมการประกอบการเศรษฐกิจหรือธุรกิจต่าง ๆ ของเอกชน แสดงออกในข้อเขียนของนักคิด อนุรักษ์นิยมฝ่ายนิยมเสรีภาพ (Conservative libertarian) บางคน เช่น F.A. Hayek, (“The Road to Serfdom”, “The constitution of Liberty”) G.W. Keeton, (The Passing of Parliament) หรือ R. NoZick, (Anarchy, State and Utopia) รายละเอียดของประเด็นนี้จะมีการถกเถียงภายหลัง

<sup>๓</sup> จิตธรรม (Idealism) หมายถึงทฤษฎีทางปรัชญา ซึ่งถือว่า สิ่งที่เรียกกันโดยปกติว่า “โลกภายนอก” (The external World) นั้น มีจิต (mind) เป็นประธานหรือผู้สร้างขึ้น ปรัชญาจิตธรรมหาใช่จะขัดแย้งกับทัศนะ ของผู้ล้นทั่วไปซึ่งเชื่อในการดำรงอยู่ของวัตถุ (material things) ทว่าไม่ลงรอยกับการวิเคราะห์ของบรรดา นักปรัชญาจำนวนมากซึ่งเสนอว่า โลกทางวัตถุนั้นมีอิสระโดยสิ้นเชิงจากจิตใจ รายละเอียดโดยสรุปเพิ่มเติมขอให้ดู Antony Flew, “A Dictionary of Philosophy”, (Pan Books in association with the Macmillan Press, 1981), p. 149.

เรื่องราวเกี่ยวกับหลักนิติธรรมนั้นจริงๆ แล้วมีบทบาทเพียงการสนองตอบ (ความต้องการ) ทางอารมณ์ความรู้สึกของผู้คนมากกว่าจะเป็นเรื่องของเหตุผลจริงๆ<sup>๔</sup> นอกจากนี้ไม่เพียงความรู้สึกคลุมเครือแว้งแว้งที่อาจเกิดขึ้นได้ดังกล่าว บางที่เราอาจมีความรู้สึกในเชิงสับสนงุนงงเพิ่มมากขึ้นได้ เมื่อได้ยินคำกล่าวของนักทฤษฎีกฎหมายที่มีชื่อเสียงบางท่านในเชิงว่า “ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธสิทธิมนุษยชน บนความยากจนอันดาษดื่น การแบ่งแยกเชื้อชาติ ความไม่เสมอภาคทางเพศ และการกดขี่ทางศาสนา โดยหลักการแล้ว อาจสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักนิติธรรมดีกว่าระบบกฎหมายใดๆ ของประเทศตะวันตกที่มีอารยธรรมก้าวหน้ามากกว่า....”<sup>๕</sup>

คำกล่าวเช่นนี้ แม้จะยังคงต้องการคำอธิบายเพิ่มเติมหรือแม้การโต้แย้งหักล้าง หากจะถือความเอากันจริงจังกระนั้นในแง่หนึ่ง ในเบื้องต้นถ้อยคำดังกล่าวคงทำให้ “คู่ความรู้สึก” ในทางบวกต่อภาวะอุดมคติของเรื่องหลักนิติธรรมที่เคยมีอยู่แต่เดิมต้องสั่นคลอนหรือมีฉะนี้ก็ทำให้เราต้องตั้งขึ้นสำรวจทบทวนโลกรอบตัวอย่างเป็นจริงมากขึ้น ว่าจริงหรือไม่ที่นามธรรมอุดมคติสีขาวดังกล่าวจะเข้ากับสีดำมืดของโลกบางซีกได้อย่างหมดจดมากกว่า และในที่สุด มีเหตุผลเพียงใด ที่เพื่อนชาวจีนในซีกโลกตะวันออกของเราบางคนยืนยันว่า ความลำบากยุ่งยากของชาวตะวันตกเกิดขึ้นเนื่องจากพวกเขาไม่อาจก้าวล่วงเรื่องล้าหลังที่เรียกๆ กันว่า “หลักนิติธรรม”<sup>๖</sup>

### หลักคุณค่าทั่วไปในอุดมการณ์หลักนิติธรรม

แม้จะว่า คำถามทั้งหลายข้างต้นคงไม่อาจหาคำตอบกันได้อย่างหยาบ ๆ ง่าย ๆ เว้นเพียงจะได้ทำความเข้าใจต่อเนื้อหา หรือบรรลุเข้าถึงความหมายต่างๆ นานาของนัยภายในเรื่องหลักนิติธรรมโดยผนวกกับความเข้าใจต่อปรัชญาทางสังคมหรือ

<sup>๔</sup> ดู ข้อสรุปของ Glanville Williams ใน Edgar Bodenheimer “Jurisprudence”, (Harvard University Press, 1981), p. 107.

<sup>๕</sup> Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, (The Law Quarterly Review, Vol. 93) April 1977, p. 196 อ้างใน เสน่ห์ จามริก, “ข้อคิดบางประการว่าด้วยการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน”, (วารสารธรรมศาสตร์, ปีที่ ๑๐ เล่มที่ ๑, มีนาคม ๒๕๒๔) หน้า ๗๑ (เน้นโดยผู้เขียนบทความ)

<sup>๖</sup> See J. Cohen, “Criminal Process in the peoples’ Republic of China 1949-1963”, (Cambridge, Mass : Harvard University Press), p. 4. cited in Henry W. Ehrmann, “Comparative Legal Cultures”, (Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, N.J., 1976), p. 47.

การเมืองที่แฝงอยู่เบื้องหลังแนวคิดของผู้วิจารณ์นั้น ๆ อย่างไรก็ตามก็ต้องประเด็นเหล่านี้ในขั้นแรก คงต้องเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจเรื่องพื้นฐานเกี่ยวกับหลักคุณค่าต่าง ๆ ที่สัมพันธ์เนื่องอยู่กับหลักนิติธรรม รวมทั้งความหมายกว้าง ๆ ของมันเสียก่อน

โดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว หลักนิติธรรมจะสัมพันธ์ส่วนเวียนอยู่กับเรื่องกฎหมาย เหตุผล และศีลธรรม เสรีภาพของประชาชนและรัฐ ความยุติธรรม ความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality)<sup>๑</sup> หรือความเสมอภาคในเนื้อหา (substantive equality)<sup>๒</sup> ประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณค่าต่าง ๆ เหล่านี้ แม้จะฟังดูคุ้นหูหรือซึ้งลึก แต่ก็ไม่น่าจะมีขอบเขตการตีความหมายที่กว้างขวางหลายหลากซึ่งแปรสัณพัทธ์ไปกับระดับของพัฒนาการในแต่ละสังคมและจุดยืน (Stand-point) ทางอุดมการณ์การเมืองของแต่ละคน—อย่างไรก็ดีในขั้นตอนนี้ สมควรทำความเข้าใจกันก่อนว่า แนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมนี้มีใช่เป็นเรื่องใหม่ที่เพิ่งกล่าวขวัญกันไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา โดยตลอดช่วงแห่งบันทึกประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติมักเป็นที่เข้าใจกันกว้าง ๆ มานานแล้วว่า หลักนิติธรรมเป็นเรื่องของการปรับใช้เหตุผล (reason) และความเป็นธรรม (fairness) ดังที่อริสโตเติล (Aristotle) เคยจำกัดความหมายของหลักนิติธรรมให้เป็นเรื่องของ “ปัญญาที่ตัดขาดแล้วจากอารมณ์ความรู้สึก” (intelligence without passion)<sup>๓</sup> นอกจากนี้ยังเป็นที่เข้าใจของผู้คนทั่วไปว่า มันหมายถึงการตัดสินใจคดีตามความถูกต้องทางศีลธรรมอันเป็นการค้าประกันต่ออิสรภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์อยู่ระหว่างผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยตนเอง และระหว่างประชาชนต่อรัฐบาลที่เป็นผู้ปกครองเขา

อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้ก็คงเป็นเพียงการวางกรอบความหมายที่แสดงถึงหลักคุณค่าที่บรรจุอยู่อย่างกว้าง ๆ นั้นเอง เพราะความจริงเมื่อพิจารณากันในระดับ

<sup>๑</sup> ความเสมอภาคในรูปแบบโดยนัยนี้ ผู้เขียนหมายเน้นถึงความเสมอภาคที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติของกฎหมาย อาทิในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ปรากฏรูปแบบภายนอกที่เชิดชูถึงความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติต่อหน้ากฎหมายอย่างเท่าเทียมโดยไม่มีการแบ่งแยก หรือเลือกปฏิบัติ

<sup>๒</sup> ความเสมอภาคในเนื้อหาอันแท้จริง (Substantive equality) หมายถึงความเสมอภาคที่มีผลปรากฏขึ้นจริง ๆ ในตัวบุคคลทั่วไปในสังคม มิใช่ความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่แต่เพียงเป็นคำอักษรหรือคำพูดหรู ๆ ในกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติไม่มีแผนการทางสังคมหรือเศรษฐกิจ กระบวนการหรือกลไกที่จะผลักดันให้ความเสมอภาคนั้นเป็นจริงขึ้นได้อย่างแท้จริง

<sup>๓</sup> see Rhyne, “World Peace through Law : The President’s Annual Address” as quoted in Spencer L. Kimball, “Historical Introduction to the Legal System, Cases and materials” (West Publishing Company, 1978), p. 517.

สากลแล้ว ก่อนช่วง ๒-๓ ทศวรรษที่ผ่านมาซึ่งเริ่มมีการเคลื่อนไหวทางแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมในระดับสากลโดยคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists) เว้นเพียงในประเทศอังกฤษแล้ว วลีคำว่า Rule of Law หรือหลักนิติธรรมนี้ ก็หาการแปลความหมายที่ชัดเจนใดๆ ไม่ในวงการนิติศาสตร์ของอารยประเทศที่สำคัญในตะวันตก เช่น ฝรั่งเศส, เยอรมัน หรืออเมริกา วลีคำว่า “le principe de la légalité”, la suprématie de la règle de droit หรือ “le règne souverain de la loi” ในภาษาพูดของฝรั่งเศสก็ดี หรือ “der Rechtsstaat” ในวรรณกรรมกฎหมายของเยอรมันก็ดี ล้วนต่างมิใช่การถ่ายทอดความที่สมบูรณ์ของวลี Rule of Law อย่างแท้จริง<sup>๙๐</sup> ในทฤษฎีกฎหมายของอเมริกาเองเล่า คำว่า Rule of Law ก็มีได้ปรากฏการใช้แพร่หลายเช่นอย่างในอังกฤษ—(หรือหากใช้ก็มีได้มีความหมายแน่ชัดแต่อย่างใด) แต่หากมีวลีคำว่า “ความเป็นเลิศของกฎหมาย” (Supremacy of Law) “รัฐบาลภายใต้กฎหมาย” (government under law) รัฐบาลแห่งกฎหมายมิใช่ของบุคคล (Government of laws and not of men) หรือแม้แต่คำที่มีความหมายกว้างอย่าง “กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย” (due process of law) เข้ามาแทนที่<sup>๙๑</sup> ซึ่งเว้นแต่เรื่องวัตถุประสงค์กว้างๆ ของการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐแล้ว นอกเหนือไปจากนี้ก็ดูเป็นเรื่องยากลำบากที่จะแสวงหาความเห็นพ้องเข้าใจร่วมกันในหมู่นักกฎหมายตุลาการ หรือนักวิชาการอเมริกัน ต่อความหมายหรือสิ่งที่เชื่อว่าเป็นคุณลักษณะสำคัญของเรื่องหลักนิติธรรม<sup>๙๒</sup> และเช่นเดียวกันคำว่า “ความถูกต้องตามกฎหมายของสังคมนิยม” (Socialist legality) ซึ่งใช้ๆ กันอยู่ในประเทศสังคมนิยมแม้บางครั้งจะมีการแปลหรือตีความว่า มีนัยเช่นเดียวกับหลักนิติธรรมของตะวันตก แต่โดยทั่วๆ ไปแล้ว ต่างก็ถือว่า วลีสองคำนี้จากสองค่ายความคิดทางเศรษฐกิจการเมืองซึ่งแตกต่างกัน

<sup>๙๐</sup> Norman S. Mash, “The Rule of Law as a Supra-National concept” in A.G. Guest (ed.) “Oxford Essays in Jurisprudence” (Clarendon Press, Oxford, 1968), p. 229.

<sup>๙๑</sup> Ibid., p. 230.

<sup>๙๒</sup> Harry W. Jones, “The rule of Law and the welfare state”, in “Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review” (Columbia University Press, New York & London, 1964), p. 402.

เป็นสิ่งที่ไม่อาจนำมาใช้แทนกันและกันได้<sup>๑๓</sup> กระนั้นก็ดีเราคงต้องทำความเข้าใจร่วมกันอีกครั้งก่อนว่า ภายใต้ภาวะที่ไม่เป็นเอกภาพของความเข้าใจดังกล่าว คงไม่อาจขยายความไปไกลเกินถึงว่า อุดมคติหรือหลักคุณค่าต่าง ๆ เบื้องหลังหลักนิติธรรม เป็นสิ่งที่ไม่อาจหาฐานร่วมในหลักคุณค่าทางกฎหมายหรือการปฏิบัติในดินแดนซึ่งแตกต่างกันได้เลย อย่างน้อยที่สุด การกำเนิดของสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมายระหว่างประเทศ” (international law) หรือ “หลักนิติธรรมระหว่างประเทศ” (International Rule of law) ซึ่งแสดงออกถึงความคิดเรื่องการใช้กฎหมายเป็นสื่อสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความคิดที่ถือว่าการยุติข้อพิพาทขัดแย้งระหว่างรัฐจะต้องกระทำโดยอาศัยกฎหมาย มิใช่โดยการใช้กำลังหรือสงคราม<sup>๑๔</sup> สิ่งเหล่านี้ น่าจะถือเป็นนิมิตหมายหนึ่งของความสามารถ ความพยายามที่จะสังเคราะห์แก่นอุดมคติร่วมทางกฎหมายจากดินแดน ซึ่งต่างอารยธรรมทางกฎหมายให้เป็นหลักยึดร่วมกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องการข่มขู่คุกคามด้วยกำลังหรือการใช้อำนาจตามพลการ ซึ่งเป็นประเด็นพื้นฐานของเรื่องหลักนิติธรรมได้ แม้ว่าจะเป็นเรื่องในระดับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐก็ตาม และจากประเด็นพื้นฐานดังกล่าวที่สอดคล้องกันทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับสากล บางทีเราอาจก้าวสู่การนิยามความหมายกว้าง ๆ “เบื้องต้น” ของหลักนิติธรรม ได้ว่าหมายถึงการเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย การที่รัฐบาลต้องปกครองด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมาย<sup>๑๕</sup> ดังวลีที่ว่า “รัฐบาลโดยกฎหมายมิใช่โดยตัวบุคคล” (Government by law and not by men) โดยที่หลักอุดมคตินี้ในความหมายซึ่งกว้างที่สุด จะกำกับอยู่ด้วยหลักนามธรรมสำคัญอันเกี่ยวเนื่องกับเรื่อง ความเป็นกลาง (neutrality) ความเป็นระเบียบแบบแผน (uniformity) และความแน่ชัดหรือความสามารถ

<sup>๑๓</sup> Norman S. Marsh, “The Rule of Law as a Supra-National Concept”, op. cit., p. 230.

<sup>๑๔</sup> W. Bishop, “The international Rule of Law”, (1961), 59 Mich. L. Rev., 553; Jennings, p. 42.; H.W. Briggs, “Towards the Rule of Law?” (1957), 51 A.J.I.L., 517; J.W. Halderman, “The United Nations and the Rule of Law”, (Dobbs Ferry, N.Y. 1966); cited in Christopher H. Zimmerli, “Human Rights and the Rule of Law in Southern Rhodesia” (International and Comparative Law Quarterly, Vol. 20. April, 1971) p. 245.

<sup>๑๕</sup> See Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, op. cit., p. 196.

คาดทำนายได้ (predictability)<sup>๑๖</sup> ซึ่งจะประกอบเกาะเกี่ยวกันอยู่ในกฎเกณฑ์ (Rules) ที่รัฐตราออกมาใช้เป็นกฎหมาย และดูเหมือนจากหลักนามธรรมเหล่านี้เองที่เป็นตัวให้กำเนิดต่อสิ่งที่ถือว่าเป็น “คุณลักษณะสำคัญ” ซึ่งจะแสดงออกถึงการมีหรือการยึดมั่นในหลักนิติธรรม ดังอาทิ ความมีอิสระของตุลาการ ดุลยพินิจ (ฝ่ายบริหาร) อันจำกัด ความเสมอภาคของบุคคลเบื้องหน้ากฎหมายกระบวนการยุติธรรม (due process) หรือการมีการตรวจสอบทบทวนการกระทำในทางบริหารโดยฝ่ายตุลาการ (judicial review of administrative action) เป็นต้น

### การคลี่คลายเชิงประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”

แม้ว่าจะได้กล่าวเกริ่นถึง หลักคุณค่าทั่วไปหรือคุณลักษณะสำคัญทั่วๆ ไปของหลักนิติธรรมไปแล้วดังกล่าว สิ่งที่สมควรรำลึกต่อไปก็คือว่า บรรดาหลักคุณค่าหรือคุณลักษณะนั้นๆ หากใช้สิ่งที่ปรากฏขึ้นสำเร็จรูปชุดหลุดลอยมาเองจากฟากว่างไม่ทว่าเป็นสิ่งที่ผ่านการสั่งสมกลั่นกรองมาเป็นระยะเวลายาวนานในประวัติศาสตร์อารยธรรมของมนุษย์ ซึ่งหากมองลึกลงสู่บริบท (context) ทางสังคม การเมืองของประวัติศาสตร์ดังกล่าว เราอาจพบได้ถึงจากการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจของบรรพชนผู้กล้าหาญรุ่นแล้วรุ่นเล่าต่อผู้ปกครองในดินแดนต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่เรียกว่า อิสรภาพส่วนบุคคล (individual liberty) อันอาจกล่าวได้ว่า เป็นจุดหมายอันปลายหนึ่งของหลักนิติธรรมในฐานะเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมาย ณ จุดนี้เองกระมังที่อาจสานเชื่อมความเข้าใจได้ว่า เหตุใดจึงมีผู้สรุปว่าโดยพื้นฐานแล้วไม่มีความแตกต่างในหลักการแห่งกฎหมายสำคัญๆ ที่ปรากฏในระบบกฎหมาย (legal system) ที่ยิ่งใหญ่ทั้งหลาย นับจากอดีตตั้งแต่ของจีน ฮินดู ฮีบรู (Hebrew) กรีก โรมัน เยอรมัน ญี่ปุ่น อิสลาม สลาฟ (Slavic) หรือในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law<sup>๑๗</sup>

<sup>๑๖</sup> Roberto Mangabeira Unger, “Law in modern Society”, (The Free Press, New York, 1976) p. 176. see also, John Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, (Clarendon Press, Oxford, 1980), p. 272.

<sup>๑๗</sup> Rhyne, “World Peace Through Law : The President’s Annual Address” op. cit., p. 517.

หันมาพิจารณาความคิดเรื่องอิสรภาพส่วนบุคคลดังกล่าวอีกครั้ง จากการทบทวนสู่อดีต เราจะพบว่าเรื่องราวเกี่ยวกับอิสรภาพเช่นนี้ แม้อาจไม่มีปรากฏชัดเจนในยุคแรกเริ่มของกรีกโบราณ (ancient Greece) แต่ในช่วงรุ่งโรจน์ของเอเธนส์หรืออาณาจักรโรมันช่วงหลัง เราไม่สามารถปฏิเสธการดำรงอยู่ของความคิดเกี่ยวกับอิสรภาพส่วนบุคคลได้เลย<sup>๑๘</sup> การปรากฏของความคิดดังกล่าวนี้ โดยเริ่มแรกดูเหมือนจะเกิดขึ้นในฐานะผลพลอยได้ (by product) ของการต่อสู้เพื่ออำนาจมากกว่าจะเป็นดอกผลตามที่มีเจตนามุ่งเก็บเกี่ยวโดยตรง ในครั้งกระนั้นอิสรภาพที่ได้มานั้นสำแดงออกโดยผ่านการยอมรับในลักษณะสำคัญของหลักการที่ว่า “ความเสมอภาคของกฎหมายต่อบุคคลทุกหมู่เหล่า” (equality of laws to all manner of persons) ซึ่งเป็นความหมายของถ้อยคำในภาษากรีกโบราณว่า “Isonomia” คำๆ นี้มีความหมายตรงกันข้ามกับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยตามใจชอบ (arbitrary rule) ของผู้ปกครองที่กดขี่ทั้งหลาย และ (ในยุคกระนั้น) กลายเป็นถ้อยคำที่คุ้นหูในบทเพลงเพื่อชีวิตที่ชาวบ้านนิยมร้องรำกันในวงเหล้าเพื่อเป็นการเฉลิมฉลองหลังทราบข่าวคราวการลอบสังหารผู้เผด็จการคนใดคนหนึ่งได้ ในยุคต่อมา อริสโตเติล (Aristotle) แม้จะไม่ได้เอ่ยถึงถ้อยคำกรีกโบราณดังกล่าวอีก เขาก็ย้ำเน้น (ในหนังสือ “Politics”) ว่า “มันเป็นสิ่งถูกต้องเหมาะสมมากกว่า ที่จะให้กฎหมายมิใช่ประชาชนคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ปกครอง” และบุคคลผู้ถือครองอำนาจสูงสุด “ควรได้รับแต่งตั้งให้ถือเสมือนเป็นเพียงผู้พิทักษ์และผู้รับใช้ของกฎหมาย” สำหรับอริสโตเติลแล้ว เขาถือว่าเป็นสิ่งเลวร้ายสำหรับรัฐบาลที่มี “ประชาชนมิใช่กฎหมายเป็นผู้ปกครอง” (The people govern and not the law) จากถ้อยคำเหล่านี้คงถือเป็นหลักฐานที่ชัดเจนได้ว่า วลีสมัยใหม่ที่กล่าวกันว่า “รัฐบาลโดยกฎหมายมิใช่โดยบุคคล” นั้น มีที่มาโดยตรงจากถ้อยคำของอริสโตเติลดังกล่าว<sup>๑๙</sup>

ในระบบคิดของโรมันโบราณนั้นเล่า กฎหมายสิบสองโต๊ะ (Laws of the twelve tables) ซึ่งได้จัดทำขึ้นในลักษณะเลียนแบบประมวลกฎหมายของโซลอน (Solon's Code of Laws) ของกรีก ก็ได้ก่อรากฐานความคิดเกี่ยวกับอิสรภาพขึ้นจากความ

<sup>๑๘</sup> เนื้อความที่ปรากฏผ่านมาและต่อไปเกี่ยวกับ “กำเนิดของหลักนิติธรรม” เก็บความส่วนใหญ่จากหนังสือของ Friderich A. Hayek, “The Constitution of Liberty”, (London, Routledge & Kegan Paul, 1963), pp. 162-175.

<sup>๑๙</sup> Ibid., p. 166.



พยายามของพวกชนชั้นกลาง (Plebeians) ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในยุคนั้นที่ต่อสู้ช่วงชิงอำนาจจากพวกชนชั้นสูง (Patricians) ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่ควบคุมอำนาจในการบัญญัติและใช้กฎหมาย จนสามารถผลักดันให้มีการตรากฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ที่มีลักษณะแน่นอน มีหลักฐานสามารถเผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปรับรู้และปฏิบัติตามได้<sup>๒๐</sup> นัยของความคิดดังกล่าวอาจตรวจสอบได้ในบทแรกเริ่มของกฎหมายมหาชน (Public Law) ซึ่งปรากฏอยู่ในโต๊ะที่ ๙ ของกฎหมายนี้ด้วยข้อบัญญัติว่า “สิทธิพิเศษ” (privileges) หรือกฎข้อบังคับใดๆ ไม่อาจถูกตราขึ้นได้เพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายต่อคนอื่นๆ อันเป็นการขัดต่อกฎหมายที่ใช้ร่วมต่อประชากรทั้งหมด ซึ่งทุกคนต่างล้วนถือเอาประโยชน์จากกฎหมายนั้นๆ ได้ไม่ว่าจะมีตำแหน่งฐานะเช่นไร<sup>๒๑</sup> หลักการของแนวความคิดนี้นอกจากจะมุ่งปกป้องเสรีภาพของคนทั่วไปแล้วยังเป็นการกำหนดวางคุณลักษณะสำคัญของกฎหมายเรื่องการวางหลักกว้างๆ ทั่วไป (generality) และเรื่องความแน่นอนของกฎหมาย (certainty) ซึ่งทำให้ผู้คนสามารถเข้าใจ คาดหมายและถือประโยชน์จากกฎหมายได้เสมอกัน มองจากแง่มุมอุดมคตินี้ กฎหมายจึงถูกกำหนดบทบาท (อย่างน้อยในทางทฤษฎี) ในเชิงสร้างสรรค์เอื้อประโยชน์ให้แก่คนส่วนใหญ่ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ดังข้อสรุปของปรัชญาเมธีทางกฎหมายที่สำคัญบางคน อาทิ ซิเซโร (Cicero) ที่ว่า เราเคารพเชื่อฟังกฎหมายก็เพื่อความเป็นอิสระเสรี หรือ จอห์น ลอค (John Locke) ที่กล่าวว่า “จุดมุ่งหมายของกฎหมาย มิใช่มุ่งต่อการทำลายหรือขัดขวาง (เสรีภาพ) แต่หากคือการธำรงรักษาและเปิดกว้างซึ่งเสรีภาพ...ที่ใดซึ่งไม่มีกฎหมายที่แน่นอนย่อมไร้เสรีภาพ...”<sup>๒๒</sup>

อย่างไรก็ตาม ข้อสรุปดังนี้เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับ “ข้อเท็จจริง” ในสังคมมนุษย์ที่หาความสมานฉันท์หรือการว่างเว้นจากการช่วงชิงอำนาจปกครองได้ยาก โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงเรื่องการอาศัยกฎหมายเป็นกลไกสำคัญของการต่อสู้ ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์หรือชนชั้นต่างๆ อาจทำให้เราต้องหยุดพิจารณาโดยรอบคอบมากขึ้นถึงธรรมชาติแห่งจุดมุ่งหมายของกฎหมายที่เป็นจริงว่าเป็นไปในทิศทางใดกันแน่ บวก

<sup>๒๐</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, “ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)”, (คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, ๒๕๑๔), หน้า ๖

<sup>๒๑</sup> Friedrich A. Hayek, “The Constitution of Liberty”, op. cit., p. 166.

<sup>๒๒</sup> Ibid., pp. 162, 166.

ลบ หรือเป็นกลาง มีปัจจัยอื่นใดบ้างไหมในสังคมที่เป็นตัวกำหนดทิศทางดังกล่าว นอกเหนือจากปัจจัยในด้านอุดมคติหรืออุดมการณ์ ซึ่งดูเหมือนจะสะท้อนมิติของ “ความปรารถนา” ภายในตัวบุคคลมากกว่าจะแตะต้องถึงเหตุปัจจัยภายในสังคมอื่นๆ ในแง่ของเศรษฐกิจหรือการเมืองเป็นอาทิ อย่างไรก็ตามคำถามและคำตอบในประเด็น ซึ่งเป็นเรื่องข้อเท็จจริงเช่นนี้ หากจะถกเถียงกันในรายละเอียดอย่างเป็นระบบคงเป็นเรื่องนอกขอบเขตของบทความชิ้นนี้ ประเด็นสำคัญเนื่องด้วยหลักนิติธรรม ณ ที่นี้คงเกี่ยวพันกับปรากฏการณ์การต่อสู้เพื่ออำนาจในสังคมมากกว่า ซึ่งดูเหมือนจะเป็นปลายทางรวมของเหตุปัจจัยต่างๆ ดังกล่าว ดังตัวอย่างที่เพิ่งกล่าวผ่านมาเกี่ยวกับกรีกโบราณหรือโรมัน

ในชั้นยุคกลาง (Middle Ages) ของยุโรป (ประมาณช่วง ค.ศ. ๑๑๐๐-๑๕๐๐) โดยเฉพาะในช่วงต้นๆ ยุคความคิดที่ว่าควรมีการจำกัดอำนาจทางการเมืองผู้ปกครอง ได้ปรากฏเป็นที่แพร่หลายมากขึ้น อุดมคติกว้างๆ ของหลักนิติธรรมเรื่องความเป็นเลิศของกฎหมาย (Supremacy of Law) หรือกฎหมายเป็นใหญ่จึงได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยมีรากฐานความคิดในเชิงกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเชื่อในการดำรงอยู่ของกฎหมายอันเป็นสากลซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้กำกับอยู่ เป็นเวลานับศตวรรษในช่วงนี้ที่ต่างยอมรับในลัทธิความเชื่อว่ากษัตริย์ หรือผู้มีอำนาจปกครองใดๆ มิใช่ผู้ “สร้าง” กฎหมายว่าเป็นเพียงผู้สามารถ “ประกาศ” หรือ “ค้นพบ” กฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายที่ถูกใช้ไปในทางที่ผิดให้กลับคืนเหมือนเดิมเท่านั้น<sup>๒๓</sup> มีเพียงพระเจ้าเป็นเจ้า (God) ที่ทรงสร้างกฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ขึ้น โดยที่ทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองต่างก็ตกอยู่ใต้บัญญัติของพระเจ้าและกฎหมายเฉกเช่นเดียวกัน<sup>๒๔</sup> อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้ก็ได้อ่อนๆ เปลี่ยนแปลงคลี่คลายตามพัฒนาการของสังคมต่อมา จนกระทั่งถึงช่วงปลายของยุคกลาง ความคิดเกี่ยวกับการบัญญัติหรือสร้างกฎหมายขึ้นเองโดยมนุษย์ก็ได้เป็นที่ยอมรับกันแทนที่ โดยอำนาจใหม่ของรัฐชาติ (national state) ที่มีลักษณะของการจัดรูปองค์กรอย่างสูงโดยก่อตัวขึ้นในช่วง

<sup>๒๓</sup> น่าสังเกตเปรียบเทียบว่า ลัทธิความเชื่อในเชิงกฎหมายธรรมชาติของตะวันตก เป็นไปในทำนองเดียวกับปรัชญาความคิดทางกฎหมายของไทย (ก่อนยุคปฏิรูปในรัชกาลที่ ๕) ที่อิงอยู่กับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุด (ในทางทฤษฎี) แม้พระมหากษัตริย์ก็เปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ดู โรเบิร์ต แรงการ์ด, “ประวัติศาสตร์กฎหมาย”, คำสอนชั้นปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, (พุทธศักราช ๒๕๓๘) หน้า ๔๖-๕๕

<sup>๒๔</sup> Philip S. James, “Introduction to English Law”, (London Butterworths, 1979), p. 146.

คริสต์ศตวรรษที่ ๑๕-๑๖ ซึ่งได้เริ่มมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างจริงจังในฐานะเป็นเครื่องมือสำหรับการผลักดันนโยบายของรัฐให้ปรากฏเป็นจริง จากพัฒนาการของความคิดที่เชื่อมั่นในความสามารถของมนุษย์ที่จะเป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) ผู้สร้างกฎหมายเองนี้ นับเป็นองค์ประกอบสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐบาล ซึ่งนับเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองของตะวันตกครั้งสำคัญจากลักษณะแบบจักรวรรดิ (Empire) มาเป็นประเทศของชนชาติแต่ละชาติ มีผู้ปกครองคือกษัตริย์ ซึ่งอาจเรียกว่า เป็นแบบราชาธิปไตยสมัยใหม่หรือการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Royal Absolutism) ที่กษัตริย์สามารถดึงอำนาจกลับสู่ศูนย์กลางเป็นผลสำเร็จ<sup>๒๕</sup>

จุดที่น่าสนใจในประเด็นนี้ก็คือการก่อตัวของรัฐบาลหรือระบบราชาธิปไตยสมัยใหม่นี้ โดยสรุปเป็นผลสะสมของการเปลี่ยนแปลงอย่างช้า ๆ ในโครงสร้างทางเศรษฐกิจของยุโรป ซึ่งเริ่มจากการแปรเปลี่ยนระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินในศตวรรษที่ ๑๓-๑๕ บ่ายหน้าไปสู่ระบบนายทุน (Capitalistic System) การเกิดขึ้นของ “เมือง” ในลักษณะชุมชน (Community) ที่มีผู้คนมารวมตัวใช้ชีวิต และผลประโยชน์ร่วมกัน (แทนรูปแบบการใช้ชีวิตที่อยู่กันอย่างกระจัดกระจายตามชนบทแต่เดิม) ทำให้เกิดเป็นศูนย์กลางการค้าขายและตามมาด้วยการก่อตัวของ “ชนชั้นกลาง” ขึ้นในฐานะชนชั้นเศรษฐกิจใหม่ซึ่งประกอบด้วยพ่อค้าและนักธุรกิจ เคียงข้างไปกับชนชั้นที่มีอำนาจอยู่แต่เดิม คือพวกเจ้าขุนมูลนายหรือชนชั้นศักดินาและชนชั้นกลางที่เกิดขึ้นใหม่นี้เองที่นับว่ามีส่วนสำคัญในการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจสูงสุดให้มาตกอยู่แก่กษัตริย์ จากการร่วมมือซึ่งกันและกันระหว่างพวกพ่อค้าและกษัตริย์ ต่อสู้รื้อถอนอำนาจ

<sup>๒๕</sup> นันทนา กปิลกาญจน์, “ประวัติศาสตร์และอารยธรรมโลก ยุคโบราณจนถึง ค.ศ. ๑๗๘๙”, (โครงการตำรามหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, พ.ศ. ๒๕๒๒), หน้า ๓๒๖; กอบเกื้อ สุวรรณทัต-เพ็ชร (บก.) “อารยธรรมตะวันตก”, (สำนักพิมพ์คัมภีร์, ๒๕๑๙) หน้า ๑๔๕ จุดที่สมควรเน้น ณ ที่นี้คือ หลักเรื่องอำนาจเด็ดขาดของราชา (Royal absolutism) เป็นความคิดที่เพิ่งปรากฏตัวขึ้น ไม่ใช่ของสมัยกลางโดยตรง เดิมทีแม้โครงสร้างทั่วไปของสังคมยุโรปจะประกอบด้วยชนชั้นต่างๆ นับแต่พวกเลข ขุนนาง จนถึงราชา แต่อำนาจของราชาภายใต้ระบบ feudalism ก็มีไม่ไปอย่างสมบูรณ์ แต่หากถูกจำกัดโดยพวกขุนนางชั้นผู้ใหญ่ต่างๆ กรณีของแมกนาชาร์ตา (Magna Charta) ที่พวกขุนนางอังกฤษรวมหัวกันบังคับให้พระเจ้าจอห์น ลงพระนามในเอกสารสำคัญนี้ เมื่อ ค.ศ. ๑๒๑๕ เพื่อเป็นการย้่าถึงสิทธิของขุนนางและภาระหน้าที่ความรับผิดชอบของกษัตริย์ คงเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นได้ถึงดุลแห่งอำนาจยุคนี้ระหว่างกษัตริย์กับพวกขุนนางได้ (ดูเสมอห์ จามริก (ผู้แปล), “ความคิดทางการเมือง จาก เปโลโตถึงปัจจุบัน”, คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๙ หน้า ๑๔๐-๑๔๑)

ของพวกเจ้าศักดินาทั้งหลายซึ่งเป็นผู้ถือครองอำนาจหรือกรรมสิทธิ์ในที่ดินรายใหญ่ และมักทำตัวเป็นอุปสรรคกีดกันการค้าของชนชั้นเศรษฐกิจใหม่ดังกล่าวซึ่งปรารถนา สังคมที่มีการรวมศูนย์อำนาจมั่นคง มีการจัดระเบียบหรือออกกฎหมายเกณฑ์อันแน่นอน เพื่อประโยชน์ต่อการค้าหรือการขยายตัวในกิจการเศรษฐกิจของตน<sup>๒๖</sup> การเกิดขึ้นของ รัชชาติและระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยสรุป จึงเป็นสัญลักษณ์ของความเสื่อม สลายของระบบขุนนาง (feudalism) ที่เปิดเผยความไม่ชอบธรรมภายในตัวเองให้ ปรากฏมากขึ้น โดยที่คุตซ์แห่งความชอบธรรมของอำนาจได้ถูกเปลี่ยนมือมารวมศูนย์ ลงสู่ส่วนกลางคือ กษัตริย์ ในฐานะประมุขและสัญลักษณ์ของรัชชาติที่เพิ่งก่อตัวขึ้น และจากจุดนี้เองที่หลักเรื่องความเป็นเลิศสูงสุดของกฎหมายได้เสื่อมสลายลงชั่วคราว หลักฐานข้อนี้เราอาจพิจารณาได้จากคำพูดของประธานศาลสูงสุดฝรั่งเศส ในปี ๑๕๒๗ ซึ่งยืนยันในอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ Francis ที่ ๑ ว่า “เราไม่ปรารถนาที่จะโต้แย้ง หรือลดทอนอำนาจของพระองค์ ด้วยว่าจะเป็นการลบหลู่ดูหมิ่น และเราทราบดีว่า พระองค์นั้นทรงอยู่เหนือกฎหมาย”<sup>๒๗</sup> ถ้อยคำพูดดังกล่าวหรือประโยคที่นักนิติศาสตร์ อ้างความจากตำรากฎหมายโรมันโบราณที่ว่า “เจตจำนงของราชานั้นประกอบด้วย พลังอำนาจแห่งกฎหมาย” (Quicquid principi placuit legis habet rigorem/ the will of the prince has the force of law) น่าจะถือเป็นนิยามขยายความ ที่ได้ตัวของระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Royal absolutism) ที่ปรากฏตัวขึ้น

อย่างไรก็ดี ท่ามกลางการก่อและขยายตัวในอำนาจสูงสุดของกษัตริย์รวมทั้ง ความคิดในเชิง “สร้าง” กฎหมายดังกล่าว อังกฤษดูเหมือนจะเป็นประเทศสำคัญแรกๆ ในยุโรปที่พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของรัฐบาลหรือรัฐาธิปัตย์ขึ้นมา อีกครั้งจากความขัดแย้งช่วงชิงอำนาจทางการเมืองระหว่างกษัตริย์และรัฐสภาในช่วง ศตวรรษที่ ๑๗ การช่วงชิงอำนาจดังกล่าว ซึ่งเริ่มจากยุคสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ (James I) ผู้เชื่อมั่นในหลักเทวสิทธิ์ของกษัตริย์ (Divine rights) เรื่อยมาจนถึง

<sup>๒๖</sup> ดู จรูญ สุภาพ, “หลักรัฐศาสตร์” (บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, ๒๕๑๔), หน้า ๖๗; มานิต สังวาลเพชร, “ประชาธิปไตยของพวกศักดินา”, (หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, พุทธศักราชที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๒๗)

<sup>๒๗</sup> Quoted by Gaston Zeller, “Les institution de la France au Xvie siècle”, (Paris, 1948) pp. 79-80, as cited in : Eugenc F. Rice, Jr., “The Foundations of early Modern Europe 1460-1559”, (W.W. Norton & Company, Inc-New York, 1970), p. 93.

ยุคพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่งและสอง (Charles I, Charles II) ได้ดำเนินมาเกือบศตวรรษจนจนถึงการกำเนิดของเหตุการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์ที่เรียกว่า “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (The Glorious Revolution) ในปี ๑๖๘๘ ซึ่งก่อให้เกิดเอกสารสำคัญในประวัติศาสตร์เกี่ยวกับสิทธิของประชาชนอังกฤษคือ The bill of rights of 1689 อันประกอบด้วยหลักการเรื่องความเสมอภาคของทุกคนภายใต้กฎหมาย ซึ่งส่งผลให้กษัตริย์ต้องขึ้นครองราชย์โดยมติของรัฐสภา อันเท่ากับเป็นการก่อตั้งรัฐสภาที่มีอำนาจจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญขึ้น

แม้ว่าความคิดกว้างๆ ในเชิงจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรรัฐาธิปัตย์ตลอดจนความเชื่อเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งล้วนเป็นนัยคุณค่าดั้งเดิมของอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะปรากฏขึ้นอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าว สิ่งเหล่านี้ก็คงมิได้หายไปไกลว่าอุดมการณ์หลักนิติธรรมได้เข้ามาครอบงำอย่างเป็นระบบและแสดงบทบาทการเป็นอุดมการณ์หลักทางกฎหมายของรัฐในลักษณะที่หลอมรวมและเป็นหนึ่งเดียวกับเกณฑ์หรือระเบียบทางสังคม (Social order) ทั่วไปขณะนั้น อีกทั้งมิได้หมายความว่าบุคคลทุกคน (นอกเหนือจากพวกขุนนางซึ่งครอบงำเสียส่วนใหญ่ในรัฐสภา) จะได้รับการคุ้มครองจากหลักการเรื่องความเสมอภาคดังกล่าวอย่างทั่วถึงจริงจัง ข้อนี้คงจำเป็นต้องขยายความให้เข้าใจเพิ่มเติมถึงบริบท (context) ทางสังคมขณะนั้นว่าเป็นเช่นไร ศตวรรษที่ ๑๗-๑๘ ของอังกฤษ (และยุโรปทั่วไป) นับเป็นช่วงปลาย สิ้นสุดของระบบศักดินา (feudalism) และเป็นช่วงแห่งการครอบงำของลัทธิพาณิชย์นิยม (Mercantilism) ซึ่งเชื่อมั่นในการสร้างความมั่งคั่งยิ่งใหญ่ของรัฐโดยการพาณิชย์ระหว่างประเทศ<sup>๒๘</sup> ปรัชญาในทางเศรษฐกิจเช่นนี้แม้ด้านหนึ่งจะนำความมั่งคั่งมาสู่รัฐ กลุ่มอภิสิทธิ์ (privileges) ต่างๆ ในสังคม แต่อีกด้านหนึ่งก็มีส่วนจำกัดหรือขัดขวางกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลโดยเฉพาะในกลุ่มคนชั้นกลางหรือพวกพ่อค้าทั้งหลาย<sup>๒๙</sup> ด้วยเหตุนี้การดิ้นรนต่อสู้เพื่อทำลายอิทธิพลของแนวคิดนี้จึงเกิดขึ้นโดยกลุ่มพวกคนชั้นกลางดังกล่าว และความสำเร็จ

<sup>๒๘</sup> Mercantilism เป็นปรัชญาทางเศรษฐกิจที่เฟื่องฟูในยุโรปช่วงคริสต์ศตวรรษที่ ๑๖, ๑๗ และ ๑๘ ซึ่งเน้นความเฟื่องฟูรุ่งเรืองของรัฐจากการค้าระหว่างประเทศ จากการยืนยันว่า กิจกรรมทางเศรษฐกิจจะต้องดำเนินไปในลักษณะที่ช่วยเสริมสร้างชื่อเสียงและความยิ่งใหญ่ของรัฐ นอกจากนี้ยังเน้นเรื่องการค้ากำแพงภาษีเพื่อกีดกันมิให้สินค้าจากต่างชาติเข้ามาตีตลาดภายในประเทศ

<sup>๒๙</sup> ดู จุฑา สุภาพ, “หลักนิติรัฐ”, อ้างแล้ว, หน้า ๖๘

ของการต่อสู้ก็ได้เกิดขึ้นเป็นจริงเป็นจังภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ในศตวรรษที่ ๑๘ ในประเทศอังกฤษซึ่งเปิดทางให้กิจการอุตสาหกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้นและตามมาด้วยการขยายตัวอย่างไม่เคยปรากฏของการแลกเปลี่ยนสินค้า (Commodity exchange) และสิ่งที่เรียกว่าตลาดเสรี (free market) ในระบบทุนนิยม

ปรัชญาทางเศรษฐกิจใหม่เรื่องตลาดเสรีซึ่งมีอาดัมสมิธ (Adam Smith) (๑๗๒๓-๑๗๙๐) นักทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การเมืองคนสำคัญชาวสก็อต เป็นผู้สนับสนุนคนสำคัญซึ่งเชื่อมั่นในผลลัพธ์ของการกระตุ้นการผลิตและการเพิ่มความมั่งคั่งของเศรษฐกิจโดยส่วนรวมอันเป็นการเน้นเป้าหมายความสำเร็จทางเศรษฐกิจในเชิงปริมาณ (Quantity) หมายความว่าเฟื่องฟูขึ้นมาโดยโดดเดี่ยว ทว่าเป็นไปโดยเคียงคู่การขานรับของปรัชญาทางสังคมและกฎหมายของลัทธิอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ที่มีเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นตัวแทนความคิดคนสำคัญ จากการยืนยันในหลักการสำคัญเรื่อง “ความสุขจำนวนมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด” (The greatest happiness of the greatest number)<sup>๓๐</sup> และจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และสังคมที่มีการจัดระเบียบทางสังคมและกิจกรรมชีวิตใหม่นี้เองที่รากฐานอุดมการณ์หลักนิติธรรมครั้งใหม่ได้แตกหน่อมั่นคง จากเริ่มแรกของการต่อสู้เพื่ออิสรภาพมากขึ้นของเหล่าขุนนางและชนชั้นกลางที่กระทำต่อกษัตริย์ รวมทั้งเพื่อสถานะและบทบาททางสังคมใหม่ของตน ระเบียบโครงสร้างเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีที่ก่อตัวขึ้น ได้ช่วยเร่งกระชับความต้องการหรือความจำเป็นของอิสรภาพส่วนบุคคล (individual liberty) ให้ได้รับการรับประกันความชอบธรรมอย่างจริงจังมากขึ้นเพื่อหนุนรับระเบียบทางเศรษฐกิจใหม่นี้ จากจุดนี้เองที่เราจะเห็นว่าตัวอุดมการณ์ความคิดนี้ แม้ด้านหนึ่งมันจะก่อตัวขึ้นด้วยจุดประสงค์เชิงอุดมคติทางกฎหมาย ซึ่งสะท้อนความต้องการพื้นฐานร่วมของมนุษย์ทั่วไปที่เรียกร้องในเรื่องเสรีภาพ

<sup>๓๐</sup> ทฤษฎีอรรถประโยชน์ถือว่าความดีอันสูงสุด (ultimate good) คือ การที่ความสุขจำนวนมากที่สุดได้ปรากฏแก่คนจำนวนมากที่สุด และนิยามความถูกต้องของการกระทำ (rightness of actions) คือการที่การกระทำนั้น ๆ สามารถสร้างผลลัพธ์ให้เกิดความสุขแก่คนทั่วไป จากตรรกะดังกล่าวนี้เองทฤษฎีอรรถประโยชน์จึงไม่ยอมรับการดำรงอยู่ที่แน่นอนถึงที่สุดและจำเป็นของหลักการทางศีลธรรมโดยเฉพาะใด ๆ เนื่องจากถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่จะเกิดขึ้นในแง่ของความสุขหรือความทุกข์เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน หากแปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ต่าง ๆ ดู Alan Bullock & Oliver Stallybrass (ed.), “The Fontana Dictionary of Modern Thought” (London Fontana Books, 1981), p. 656.

การดิ้นรนให้หลุดพ้นจากการครอบงำของมนุษย์ด้วยกันเอง แต่อีกด้านหนึ่ง (ซึ่งดูหนักแน่นตอบสนองผลประโยชน์เฉพาะกลุ่มและเป็นภาวะวิสัย (Objective) มากกว่า) นั้น มันเป็นผลพลักดันสำคัญของระเบียบทางสังคมหรือเศรษฐกิจในยุคสมัยนั้น ๆ ซึ่งต้องการอุดมการณ์ความคิดที่สนับสนุนความชอบธรรม หรือเกื้อกูลการดำรงอยู่ของระเบียบเศรษฐกิจสังคมที่ครองความเป็นใหญ่ (hegemony) อยู่ขณะนั้น อิทธิพลของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (laissez-faire capitalism) หรือลัทธิอรรถประโยชน์ที่ต่างเน้นเรื่องปริมาณการผลิตและปริมาณความสุขสนุกสนานของ “ปัจเจกบุคคล” ล้วนเรียกร้องระเบียบทางกฎหมาย (legal order) ที่มีลักษณะแน่นอน (Certainty) มั่นคง (stable) คาดทำนายได้ (predictable) รวมทั้งกลไกของรัฐที่มีความเป็นกลางในการปกครอง หรือใช้ดุลยพินิจเข้าแทรกแซงกิจการเอกชนน้อยที่สุด โดยรับรองความเป็นอิสระของศาล และความเสมอภาคทางกฎหมาย เพื่อผลของการค้ำประกันความชอบธรรม ความมั่นคงและประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจดังกล่าว และที่สำคัญคือการรับรองอิสรภาพของปัจเจกบุคคลที่จะดำเนินกิจกรรมชีวิตภายใต้ระบบเศรษฐกิจนั้น โดยปราศจากการแทรกแซงและคุกคามของรัฐ<sup>๓๑</sup> และจากแง่มุมนี้เองที่จะเห็นว่าคำขวัญเบื้องหลังทุนนิยมเสรี ดังคำพูดของ Jean Claude Gaurnay ที่ว่า Laissez faire, laissez passer..... “อย่ามายุ่งกับเรา”<sup>๓๒</sup> ได้ประสานสนิทเข้ากับอุดมการณ์ทางกฎหมายเรื่องหลักนิติธรรม

ความเฟื่องฟูของอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไดซี่ (Dicey)

แม้ว่าอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะได้มีวิวัฒนาการ คลี่คลายมาเป็นเวลาช้านาน ดังที่ได้กล่าวถึงมาแล้วว่าเนื้อหาหรือรายละเอียดในตัวอุดมการณ์ความคิดนี้กลับมิได้รับการพูดถึงหรือให้บรรยายกันอย่างเป็นระบบจริงจัง นอกจากมีเพียงการหยิบยกถ้อยคำกว้าง ๆ ซึ่งเชื่อว่าเป็นแก่นกลางของความคิดนี้ขึ้นอ้างอิงยามเมื่อมีปัญหาเรื่องการคุกคามอิสรภาพของปัจเจกบุคคล หรือเมื่อมีประเด็นเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย

<sup>๓๑</sup> See William Chambliss & Robert Seidman, “Law, Order and Power”, (Addison-Wesley, Publishing Company, 1982), pp. 59-61.

<sup>๓๒</sup> จรูญ สุภาพ “หลักรัฐศาสตร์”, อ้างแล้ว, หน้า ๘๐

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ ๑๙ นี้เอง ที่ถ้อยคำว่า “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) ได้ถูกทำให้เป็นที่รู้จักแพร่หลาย (popularized) ความสำคัญอย่างเป็นระบบขึ้นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษคือ เอ.วี.ไดซี่ (A.V. Dicey) (1835-1922) จากหนังสือ “Law of the Constitution” ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ๑๘๘๕ แบบฉบับของหลักนิติธรรมตามทัศนะของ ไดซี่ แสดงออกโดยนัยสำคัญ ๓ ประการคือ<sup>๓๓</sup> ๑. การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (ordinary courts) ของแผ่นดิน ๒. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ทุกๆ คน (ไม่ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน และ ๓. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลจาก (ได้มาจาก) คำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ ดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น (foreign constitutions)

แม้ว่าหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไดซี่ดังกล่าวจะได้รับการกล่าวขวัญอย่างมากในตะวันตกยุคหนึ่ง<sup>๓๔</sup> คำที่เป็นเสมือนคำประกาศเกี่ยวกับหลักนิติธรรมอย่างชัดถ้อยชัดคำเป็นจริงเป็นจังกว่าครั้งใดๆ รวมทั้งมีน้ำเสียงในเชิงอุดมคติเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล จากการใช้อำนาจโดยพลการ (arbitrariness) ของรัฐ ข้อสังเกตหรือข้อคิดเบื้องต้น ที่พึงสังวรไว้ต่อการประเมิน

<sup>๓๓</sup> A.V. Dicey, “Law of the Constitution”, with an introduction by E.C.S. Wade, (English language book society & Macmillan 1979), pp. 187-203.

<sup>๓๔</sup> เช่นเดียวกันกับงานวรรณกรรมทางกฎหมายของไทย เมื่อมีการเอ่ยถึง “หลักนิติธรรม” ชื่อของไดซี่และการยกย่องหลักนิติธรรมในแบบฉบับ (Version) ของเขามักปรากฏขึ้นเสมอ ดู ตัวอย่างใน ธานินทร์ ภัยวิเชียร, “บทบรรณาธิการ” (วารสารตุลพาห, เล่มที่ ๔ ปีที่ ๘, เมษายน, ๒๕๐๔); ธานินทร์ ภัยวิเชียร, “บทบรรณาธิการ” (บทบัณฑิตย, กรกฎาคม ๒๕๐๕); วิชา มหาคุณ, “อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ : ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม”, (วารสารกฎหมาย, ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๑, มกราคม-เมษายน ๒๕๒๑); เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ๕๐๑๐๑ หน่วยที่ ๑-๘, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๒๗, หน้า ๑๖๖-๑๖๗



คุณค่าหลักนิติธรรมตามอรรถาธิบายของไดซี่ก็คือ นิยามดังกล่าว เมื่อพิจารณาโดยเนื้อหาทั้งหมดแล้วหาใช่มีลักษณะของการวางหลักการทั่วไป (general principles) ของหลักนิติธรรมไม่ ทว่า เป็นการวางหลักโดยคำนึงถึงหลักปฏิบัติโดยเฉพาะของประเทศอังกฤษในยุคสมัยนั้นๆ มากกว่าสิ่งอื่น (โดยเฉพาะขอให้ดูในหลักข้อ ๓) อันเป็นการสังเคราะห์ข้อสรุปจากบริบททางประวัติศาสตร์ (historical context) ของอังกฤษโดยเฉพาะ<sup>๓๕</sup> ข้อสังเกตประการที่สองคงเกี่ยวกับประเด็นคำถามเรื่องความ “ร่วมสมัย” หรือ “ล้าสมัย” ของหลัก “เฉพาะประเทศ” ดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงการพัฒนาเติบโตที่ซับซ้อนมากขึ้นของการบริหารรัฐกิจปัจจุบันอันเกี่ยวพันกัน การใช้ดุลยพินิจ (discretion) ของฝ่ายบริหารในรัฐกิจปัจจุบันที่ต้องการความยืดหยุ่นของการใช้อำนาจ และโดยเฉพาะในประเด็นความชอบธรรมเรื่องการจัดตั้งศาลปกครอง (Conseil d'Etat) ที่เป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมปกติ (ordinary court)

ไม่น่าสงสัยเลยว่ ไดซี่จะมีความนิยมผูกพันต่อระบบกฎหมาย Common law ของอังกฤษมากเพียงใด คำที่เขาพยายามเน้นอย่างมากเรื่องการใช้อำนาจของรัฐบาลว่า จะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายสามัญของ Common law ในฐานะแหล่งที่มาเดียวของกฎหมายมหาชน (public law) ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของประเทศอื่นในยุโรป อาทิ ฝรั่งเศส ซึ่งพัฒนาระบบ กฎหมายปกครอง (droit administratif) ขึ้นมา<sup>๓๖</sup> ความเชื่อมั่นของเขาต่อ “ศาลยุติธรรม” ว่าเป็นแหล่งที่มาสำคัญของความถูกต้องหรือการค้ำประกันสิทธิเสรีภาพต่างๆ ของประชาชน นับว่าเป็นการปฏิเสธต่อระบบการควบคุมการใช้อำนาจ “อย่างอื่น” นอกเหนือจากกระบวนการยุติธรรมในศาลธรรมดา โดยเฉพาะในระบบ Common law ซึ่งสืบทอดจากอดีตมาเป็นระยะเวลายาวนาน ที่สำคัญก็คือการยืนยันของไดซี่ ในความสำคัญของคำพิพากษาของศาลหรือกระบวนการยุติธรรมในศาลปกติดังกล่าว อันเท่ากับเป็นการแสดงออกของการพอใจหรือการเลือกให้ความสำคัญต่อบรรทัดฐานในเชิงกระบวนการ (procedural norms) เหนือบรรทัดฐานที่เป็นเนื้อหาแท้จริง (substantive norms) ใน

<sup>๓๕</sup> G. Kamen Kuria 2 J.B. Ojwang. “Judges and the Rule of Law : the Kenya Case”, (Public Law, Autumn, 1979), p. 279.

<sup>๓๖</sup> E.C.S. Wade, an introduction to the book A.V. Dicey, “Law of the Constitution”, (London, Macmillan & Co. Ltd., 1962), p. CXIV.

การปกป้องคุ้มครองปัจเจกบุคคล<sup>๓๓</sup> มองจากแง่นี้ หลักนิติธรรมในแบบฉบับของ ไคซีร์ จึงไม่เพียงแต่จะถูกสร้างขึ้นโดยเฉพาะให้เข้ากับระบบกฎหมายของอังกฤษ เท่านั้น แต่หากยังจำกัดคุณค่าส่วนใหญ่ของตัวให้อยู่กับเรื่องของ “กระบวนการ” (procedures) หรือสถาบัน (institutions) โดยไม่มีเป้าหมายในเชิงคุณค่านิยมที่แท้จริง (substantive value) ซึ่งจะเป็นหลักหมายที่ชัดเจนทางอุดมคติได้

เมื่อหันมาพิจารณากันถึงหลักการสำคัญสองประการแรกของไคซีร์ ในขั้นแรกทุกฝ่ายคงต้องยอมรับว่า เมื่อพิจารณากันอย่างกว้างๆ จากสถานการณ์ขณะนั้น (ปี ๑๘๘๕) ไคซีร์พูดไม่ผิดเรื่องการปกครองที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ และเรื่องที่ว่าบุคคลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยมีศาลเดียวกันเป็นผู้พิจารณาพิพากษา จำเพาะอย่างยิ่ง เมื่อคำนึงถึงภัยคุกคามที่อาจเกิดจากผู้ปกครอง เผด็จการล้าหลังทั้งหลายที่มักปฏิเสธความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันตุลาการประเพณี และใช้อำนาจตั้งศาลพิเศษเฉพาะกาลขึ้นมادتดสินลงโทษประบัตย์ของตนเสียเอง<sup>๓๔</sup> ในข้อนี้เช่นกันที่อาจทำให้เราเห็นคล้อยกับไคซีร์ที่กล่าวว่า “หลักนิติธรรมนั้น” ตรงกันข้ามกับรัฐบาลทุกระบบที่บุคคลผู้มีอำนาจสามารถใช้อำนาจจับกุมคุมขังบุคคลได้อย่างกว้างขวางโดยพลการ หรือตามดุลยพินิจของตนเอง

อย่างไรก็ตามท่าทีหรือการยืนยันทางความคิดของเขาต่อเรื่อง กฎหมายเล่มเดียวกัน ศาลเดียวกันก็ดี หรือการยืนยันการคัดค้านต่อเรื่องอำนาจการใช้ดุลยพินิจ (discretionary power) อย่างเด็ดขาดก็ดี<sup>๓๕</sup> เมื่อพิจารณากันอีกด้านหนึ่งโดยคำนึงถึงสถานการณ์สังคมปกติ ที่มีได้อยู่ภายใต้ความสูงสุดของระบบอำนาจนิยม ผวนวกกับการยอมรับในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความซับซ้อนของระบบบริหารหรือพัฒนาการ

<sup>๓๓</sup> Christopher H. Zimmerli, “Human Rights and the Rule of Law in Southern Rhodesia”, op. cit., p. 243.

<sup>๓๔</sup> ในกรณีตัวอย่างของประเทศไทยเรา นับจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี ๒๔๗๕ เป็นต้นมา การตั้งศาลขึ้นพิเศษชั่วคราวเพื่อพิจารณาพิพากษาประบัตย์ทางการเมืองอย่างไม่ชอบธรรมมีปรากฏอยู่หลายครั้ง ดังปรากฏหลักฐานในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลพิเศษหลาย ๆ ฉบับ เช่น พ.ร.บ. จัดตั้งศาลพิเศษ พุทธศักราช ๒๔๗๖, พ.ร.บ. จัดตั้งศาลพิเศษ พุทธศักราช ๒๔๗๖ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๔๗๘, พ.ร.บ. จัดตั้งศาลพิเศษ พุทธศักราช ๒๔๘๑, พระราชกำหนดจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีความผิดฐานกบฏภายนอกพระราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๔๘๓

<sup>๓๕</sup> ในหนังสือ “Law of the Constitution” ที่อ้างถึง ไคซีร์ยืนยันว่า “ที่ใดมีดุลยพินิจ ที่นั่นย่อมมีช่องทางของการปฏิบัติตามอำเภอใจ (room for arbitrariness)...การที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลยพินิจย่อมหมายถึงความไม่มั่นคงในเสรีภาพตามกฎหมาย (insecurity for legal freedom) ของประชาชน”, (หน้า ๑๘๘)

แห่งสังคมสมัยใหม่แล้ว เราคงต้องยอมรับเช่นกันในความบกพร่องของตรรกในแนวความคิดของเขาที่ปฏิเสธหลักการเรื่องศาลเฉพาะแขนงใด ๆ ที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษนอกเหนือจากศาลปกติ โดยเฉพาะในเรื่องกฎหมายหรือศาลปกครองซึ่งไม่เพียงแต่จะเป็นเรื่องของการแยกองค์กรด้านความยุติธรรมขึ้นเป็นพิเศษเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการยอมรับในความสำคัญของอำนาจการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการบริหารรัฐกิจสมัยใหม่อีกด้วย การปฏิเสธคัดค้านการดำรงอยู่ของกฎหมายปกครองหรือศาลปกครอง (โดยเฉพาะในอังกฤษ) ดังกล่าว ทำให้แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมของไคซีย์มีธรรมชาติที่ทวนกระแสความเป็นจริงแห่งยุคสมัยและเป็นเรื่องยากที่จะให้ยอมรับกันในปัจจุบัน ซึ่งข้อนี้อาจยกตัวอย่างเทียบเคียงให้เห็นได้ดังเช่น กรณีความจำเป็นของการใช้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน การเวนคืน หรือกิจกรรมเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการสมัยใหม่ต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวพันกับเรื่องการใช้อำนาจปกครองหรือดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการตัดสินใจสิ่งต่าง ๆ ในกิจการหรือผลประโยชน์ที่อาจเกิดขัดแย้งกันขึ้นระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของเอกชน<sup>๔๐</sup>

หากถามว่า ลึก ๆ ลงไปแล้ว (นอกเหนือจากประเด็นเรื่องกฎหมายปกครองหรือศาลปกครอง) สาเหตุใดที่ทำให้หลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไคซีย์ต้องกลายเป็นเรื่องพ้นสมัย ข้อนี้คงอาจเริ่มต้นคำตอบจากการพิจารณาข้อสรุปสำคัญของ Prof. Wade ที่ว่า “การสละทิ้งหลักการเสรีนิยมแบบตัวใครตัวมัน (principle of laissez faire) ได้ก่อผลเปลี่ยนแปลงต่อธรรมชาติ (หรือลักษณะ) ของกฎหมายจำนวนมากของเรา”<sup>๔๑</sup> ซึ่งหากกล่าวกันจริงๆ แล้ว ผลสะท้อนของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมิใช่จะมีเพียงเฉพาะต่อกฎหมายทั่วไป ซึ่งโดยปกติจะมีลักษณะเป็นปรากฏการณ์ที่สะท้อนถึงแบบวิถีของการจัดระเบียบในสังคมที่ว่ายังครอบคลุมไปถึงอุดมการณ์ทางกฎหมายที่รองรับอยู่กับหลักการดังกล่าว อันรวมถึงอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรมของไคซีย์ด้วย

<sup>๔๐</sup> See E.C.S. Wade, an introduction to the book : A.V. Dicey “Law of the Constitution” op. cit., pp. CXIII, CXXV; ผู้สนใจบทวิจารณ์ทัศนะของไคซีย์ในเรื่อง “หลักนิติธรรม” ขอให้อ่านเพิ่มเติมใน : ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๓ สิงหาคม ๒๕๒๗, ตอน ๒, หน้า ๒๔๕-๒๖๗

<sup>๔๑</sup> Ibid., p. CIII.

โดยพื้นฐานแล้วต้องเข้าใจว่า ไคซีเย่เป็นนักคิดที่ยึดมั่นในอุดมการณ์เสรีนิยม ภายใต้อิทธิพลความคิดร่วมสมัยทางเศรษฐกิจของอาดัม สมิธ (Adam Smith) หรือ ริคาร์โด (Ricardo) ซึ่งล้วนสนับสนุนหลักการเสรีนิยมแบบตัวใครตัวมัน (laissez faire) หรือปรัชญาปัจเจกชนนิยม (individualism) อิทธิพลความคิดแบบเสรีนิยมที่ครอบงำอยู่ในยุคสมัยนั้น ได้ส่งผลถึงความเข้าใจหรือการตีความธรรมชาติของหลักนิติธรรมในแบบสมัยของไคซีเย่ ให้นั้นเรื่องการปกป้องผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (individualist rule of law)<sup>๔๒</sup>

รากฐานของความคิดทางสังคมการเมืองแบบอนุรักษ์-เสรีนิยม (liberal-conservative) ของไคซีเย่ อาจปรากฏไม่เด่นชัดนักในยุคสมัยของเขา ซึ่งคลื่นความคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นแต่เมื่อถึงขั้นของ เอฟ.เอ.ไฮเยค (F.A. Hayek) (๑๘๘๙-) นักกฎหมายและนักเศรษฐศาสตร์ชาวเยอรมันผู้เป็นเสมือน ผู้สืบทอด หรือสานุศิษย์ (disciple) ที่เอางานเอาการในทฤษฎีหลักนิติธรรมของ ไคซีเย่ อุดมการณ์ทางการเมืองแบบอนุรักษ์-เสรีนิยม ดังกล่าวก็เปิดเผยตัวเองออกมาอย่างชัดเจน ในงานเขียนคลาสสิกของไฮเยคคือ “The Road to Serfdom” ในงานเขียนชิ้นนี้ ไฮเยคได้ให้นิยามหลักนิติธรรมในแบบสมัยของเขาว่าหมายถึง “การที่รัฐบาลจะปฏิบัติภารกิจใด ๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (Rules) ที่แน่นอน และได้ประกาศล่วงหน้าแล้วโดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าว จะช่วยให้สามารถคาดการณ์ได้แน่ชัดว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้ในสถานการณ์ใด และช่วยให้สามารถวางแผนกิจการส่วนตัวต่าง ๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว”<sup>๔๓</sup> ไฮเยคเชื่อมั่นว่ามีเพียงกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและประกาศให้ทราบกันล่วงหน้าเท่านั้นที่จะกำปรประกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการประกอบธุรกิจ และช่วยในการบรรลุถึงจุดหมายชีวิตส่วนตัวตามที่แต่ละคนมุ่งหวัง การวางแผนการเศรษฐกิจใด ๆ ก็ดี การบัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้รัฐมีโอกาสดูแลพิทักษ์ (discretion) เข้าแทรกแซงกิจการส่วนตัวต่าง ๆ ของเอกชน เพื่อหวังผลในเรื่องความเสมอภาคที่เป็นจริง (substantive equality) ก็ดี สิ่งเหล่านี้ในทัศนะของเขาเห็นว่าในบั้นปลายล้วนนำไปสู่การคุกคาม

<sup>๔๒</sup> See Sir Ivor Jennings, “The Law and the Constitution” (University of London Press, 1963), pp. 53-56, 310.

<sup>๔๓</sup> F.A. Hayek, “The Road to Serfdom” (The University of Chicago Press, 1956), p. 72.

สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น และโดยตรรกะเช่นนี้เองที่ทำให้สรุปว่า “นโยบายของรัฐใดๆ ที่มุ่งโดยตรงต่ออุดมคติที่เป็นจริงของความยุติธรรมในการแบ่งปันปันส่วน (distributive justice) จึงมีแต่จะนำไปสู่ความพินาศของหลักนิติธรรม (destruction of the rule of law)”<sup>๔๔</sup>

ข้อสรุปดังกล่าวของไฮเยค พิจารณากันโดยละเอียดแล้วคงสร้างเครื่องหมายปริศนาขึ้นหลายๆ แห่งจากคู่ความขัดแย้งต่างๆ ที่เขายกขึ้นพูด นับแต่เรื่องความเสมอภาคในเนื้อหา (substantive equality) ซึ่งเป็นคู่ตรงข้ามกัน ความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality) หลักนิติธรรมและความยุติธรรมในการแบ่งปันปันส่วน หรือหลักนิติธรรมกับการใช้ดุลยพินิจ หรือการวางแผนทางสังคม (social planning) จากน้ำเสียงที่เขาวិพากษ์วิจารณ์คู่ความขัดแย้งดังกล่าว ล้วนชี้ให้เห็นถึงการที่ไฮเยคให้ความสำคัญแต่หลักคุณค่าที่เป็นรูปแบบ (formal) มิใช่เนื้อหา (substance) ซึ่งให้เห็นคติความเชื่อในสิ่งจำเพาะที่เป็นแบบแผนแน่นอน เป็นกลไก ซึ่งอยู่เหนือการใช้ดุลยพินิจ หรือการตัดสินใจของมนุษย์ ซึ่งกล่าวสำหรับเขาแล้วความหมายของดุลยพินิจมีค่าเท่ากับการใช้อำนาจโดยพลการ (arbitrariness) หรือมีค่าเท่ากับการทำลายสิ่งที่เป็นความแน่นอน (certainty) คาดทำนายได้ (predictability) ของกฎหมายและเสรีภาพของประชาชนในที่สุด<sup>๔๕</sup> พ้นไปจากอุดมการณ์ทุนนิยมเสรีที่อยู่เบื้องหลังความคิดเรื่องหลักนิติธรรมของไฮเยค ประเด็นละเอียดอ่อนที่ควรกล่าวขยายเพิ่มเติมคือ โลกทัศน์ของตัวเขาที่มีลักษณะของความเคลือบแคลงและไม่เชื่อถือหรือไม่ไว้วางใจ ในคุณธรรม ความสามารถของมนุษย์ ไฮเยคมองมนุษย์เช่นเดียวกับ เดวิด ฮูม (Hume) และนักคิดสำคัญหลายๆ คน ที่เห็นว่ามนุษย์นั้น โดยธรรมชาติเป็นสัตว์โลกที่คับแคบคิดถึงแต่ตัวเอง (egoistic)ต่อต้านสังคม (anti-social) และมีความจำกัดในภูมิปัญญาต่างๆ รากฐานของโลกทัศน์เช่นนี้ทำให้เขาคัดค้านความคิดใดๆ ที่มีลักษณะของการตั้งใจวางแผนร่วมเพื่อส่วนรวม หรือโครงการความคิดใดๆ ที่มุ่งจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สมาชิกในสังคม อย่างเสมอภาคแท้จริง (substantive equality, distributive justice, social justice) เขาเชื่อว่า จาก

<sup>๔๔</sup> Ibid., p. 79.

<sup>๔๕</sup> Harry W. Jones, “The Rule of Law and the Welfare State” in “Essays on Jurisprudence from the Columbia Law Review” (Columbia University Press, New York & London, 1964) p. 409.

ธรรมชาติและความจำกัดของมนุษย์ดังที่กล่าวข้างต้น แผนการทางสังคมใดๆ ที่มุ่งสร้างสิ่งที่เรียกว่า ความเป็นธรรมในสังคม หรือความเสมอภาคอันแท้จริงล้วนรังแต่จะนำไปสู่ความเป็นเผด็จการหรือความเป็นทาสของมนุษย์โดยรวม<sup>๕๖</sup>

แน่นอนว่าความห่วงใย หรือฝันร้ายของไฮเอดดังกล่าว เป็นสิ่งที่ใช่จะไร้มูลเสียทีเดียว เมื่อคิดถึงตัวอย่างของฝันร้ายที่ไฮเอดมักเอ่ยถึง คือกรณีผลลัพธ์ของการวางแผนเศรษฐกิจในสมัยนาซีเยอรมันหรือกรณีความบกพร่องผิดพลาดของรัฐเผด็จการสังคมนิยมต่างๆ แต่ข้อที่น่าคิดต่อคือ ความกังวลห่วงใยนั้นๆ เป็นสิ่งที่ต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ (inevitably) ในทุกกาลสถานที่โดยไม่มีทางแก้ไขหรือควบคุมจริงหรือ และในขณะที่ไฮเอดยืนยันว่า ระบบรัฐสวัสดิการซึ่งบางกรณีเกี่ยวข้องกับเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยเมตตาธรรม (benevolent discrimination) ของรัฐบาลเนื่องจากความจำเป็นเฉพาะของประชาชนกลุ่มต่างๆ (ตัวอย่างเช่นการให้สิทธิพิเศษแก่คนพิการหรือชนกลุ่มน้อยบางฝ่ายในอเมริกา) เป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรม ในเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย คำถามว่าการปกป้องต่อหลักคุณค่าเรื่องความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality) ในแบบฉบับของเขา ในท้ายที่สุดเช่นกันจะช่วยให้เกิดความเสมอภาคหรือความยุติธรรมแก่คนส่วนใหญ่ในสังคมได้สักเพียงใด เช่นเดียวกับกรณีหลักความแน่ชัด (certainty) ของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญหนึ่งในหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไฮเอดเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบการเศรษฐกิจของเอกชน ก็อาจมีคำถามว่า เป้าหมายของผู้ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวจริงๆ แล้วเป็นคนกลุ่มใดหรือชนชั้นใด เนื่องจากเมื่อเราหันมาทบทวนถึงประวัติศาสตร์อันยาวนานของอุดมการณ์หลักนิติธรรมที่แสดงบทบาทคัดค้านผู้ปกครองเผด็จการ จะพบว่าพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่ที่ก้าวล่วงความกล้าหลังทางการเมือง (ทว่ายังปรากฏหรือตกค้างอยู่ในประเทศด้อยพัฒนาหลายๆ ประเทศในปัจจุบัน) ไปแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งภายใต้ระบบทุนนิยมที่แก้ปัญหาผู้ปกครองเผด็จการหรือทรราชที่ชัดเจนเปิดเผยล่วงไปได้แล้ว รัฐหรือระบบดังกล่าวก็ยังเผชิญกับปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคหรือแม้ในเรื่องสิทธิเสรีภาพในลักษณะของการครอบงำผูกขาดผลประโยชน์ ที่กลุ่มคนจำนวนน้อยใน

<sup>๕๖</sup> ดูทวิเคราะห์ความคิดรากฐานของ Hayek ได้ใน Wieslaw Lang, "Marxism, Liberalism and Justice", in Eugene Kamenka and Alice Erh-Soon Tay (eds), "Justice" (Edward Arnold, 1979) pp. 129-132.

ชนชั้นหนึ่งกระทำต่อคนส่วนใหญ่ที่อยู่ระดับล่างถัดไป จากแง่มุมนี้เองที่ดูเหมือนว่า บทบาทเดิมหรือแบบฉบับเก่าๆ ของหลักนิติธรรมได้สำแดงให้เห็นถึงความบกพร่อง ล้าสมัยไม่ลงรอยกับยุคสมัยหรือขั้นตอนของการพัฒนาของสังคม

ความบกพร่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในลักษณะสำคัญอย่างน้อยสองประการในหลักนิติธรรมเช่นนี้ กล่าวคือลักษณะที่เน้นแต่เพียงรูปแบบ (formalism) ภายนอกของกฎหมายที่ดี และลักษณะที่ให้ความสำคัญแต่บรรทัดฐานในรูปกระบวนการ (procedural norms)<sup>๔๗</sup> โดยหย่อนการคำนึงถึงโดยตรงต่อเป้าหมายในเชิงคุณค่า (value) หรือเนื้อหาของความยุติธรรมที่เป็นจริงต่างๆ และนำเสนอใจว่าความบกพร่องดังว่านี้มีใช้จะจำกัดอยู่ในชั้นความคิดเก่าๆ ของไคซีร์ หรือไฮเอคเท่านั้น แต่หากคงยังปรากฏอยู่ในผลงานของนักคิดทางปรัชญากฎหมายร่วมสมัยชั้นนำหลาย ๆ คน ดังอาทิแบบฉบับของหลักนิติธรรมในงานเขียนของ Lon Fuller<sup>๔๘</sup> ก็คือ Joseph Raz<sup>๔๙</sup> ก็คือ หรือของ Johe Finnis ก็คือ ล้วนสำแดงให้เห็นถึงการยึดมั่นอยู่ในลักษณะหรือกรอบที่ค่อนข้างคลาสสิกของหลักนิติธรรมดั่งว่า

<sup>๔๗</sup> See G. Kaman Kuria & J.B. Ojwang, "Judge and the Rule of Law : the Kenya case", op. cit., p. 265.

<sup>๔๘</sup> Fuller มิได้ใช้คำว่า "หลักนิติธรรม" โดยตรง แต่รรถอธิบายที่เขาพยายามพูดต่อสิ่งที่เป็นเงื่อนไขซึ่งบังคับการดำรงอยู่ของ "ระบบแห่งกฎหมาย" (System of Law) แสดงนัยเช่นเดียวกับการกล่าวถึงหลักนิติธรรมที่เน้นเรื่องรูปแบบที่เป็นทางการหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติที่ชอบธรรม Fuller เชื่อว่า ความพยายามที่จะสร้างและดำรงไว้ซึ่ง "ระบบแห่งกฎหมาย" ขึ้นอยู่กับการหลีกเลี่ยงความผิดพลาดอย่างน้อย ๘ ประการ กล่าวคือ การไม่ยึดถือกฎเกณฑ์โดยสิ้นเชิง ไม่มีการตีพิมพ์เผยแพร่กฎเกณฑ์ที่จะให้ผู้คนปฏิบัติ การตรากฎหมายย้อนหลัง ความไม่ชัดเจนของกฎเกณฑ์ การตรากฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งกัน การตรากฎเกณฑ์ที่พ้นวิสัยต่อการปฏิบัติ การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์บ่อยเกินไป ความไม่กลมกลืนระหว่างกฎเกณฑ์ที่ประกาศใช้และการบริหารในความเป็นจริง รายละเอียดขอให้ดู Lon L. Fuller, "The Morality of Law", (New Heaven and London, Yale University Press, 1964), pp. 39-94.

<sup>๔๙</sup> ในทัศนะของ Raz หลักการสำคัญ ๆ อันเป็นพื้นฐานความคิดเรื่องหลักนิติธรรม ประกอบด้วย ๑. กฎหมายต้องใช้อย่างเคร่งครัด การกระทำที่ผิดที่เกิดขึ้นหลังประกาศ (Prospective) ๒. กฎหมายพึงมีความมั่นคงถาวรโดยสัมพัทธ์ ไม่มีการแก้ไขบ่อยเกินไป ๓. การตรากฎหมายพิเศษใดๆ ควรต้องกระทำภายใต้กฎเกณฑ์ที่เปิดเผยมั่นคง ชัดแจ้ง และมีลักษณะทั่วไป ๔. อีสระของตุลาการจะต้องได้รับการกำกับการ ๕. หลักเรื่องความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (natural justice) ต้องได้รับความเคารพ ๖. ศาลยุติธรรมพึงมีอำนาจตรวจสอบพิจารณา (review powers) ให้กฎเกณฑ์ต่างๆ ได้รับการส่งเสริมปฏิบัติตาม ๗. การขอความยุติธรรมต่อศาลต้องกระทำโดยง่าย (ไม่เย็นเยือกเกินเวลามากหรือเสียค่าใช้จ่ายสูงเกินไป) ๘. ไม่อนุญาตให้หน่วยงานของรัฐด้านป้องกันอาชญากรรมใช้ดุลยพินิจไปในทางบิดเบือนกฎหมาย หรือเลือกปฏิบัติเฉพาะอาชญากรรมบางประเภทหรือผู้กระทำผิดเฉพาะกลุ่มหรือชนชั้น ดูรายละเอียดได้ใน Joseph Raz, "The Rule of Law and Its virtue", op. cit., pp. 198-202.

อย่างไรก็ดี การกล่าววิจารณ์ถึงลักษณะที่เน้นเรื่องรูปแบบหรือความสำคัญของกระบวนการก็ทำให้ “รูปแบบ” หรือ “กระบวนการ” นั้น จะไม่ตอบสนองหรือสัมพันธ์กับหลักคุณค่าใดๆ เลยเสียทีเดียว ตัวอย่างการให้เหตุผล (reasoning) ของ Finnis<sup>๕๐</sup> ที่ว่า หลักเรื่องการคาดหมายได้ (predictability) หรือความแน่ชัดของกฎหมายอันประกอบเป็นแกนสำคัญหนึ่งในหลักนิติธรรม เป็นหลักที่มุ่งส่งเสริมหลักคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งของมนุษย์ กล่าวคือ ความมีศักดิ์ศรีของชีวิตที่มีความรับผิดชอบในตัวเอง (ซึ่งมิได้ดำรงอยู่เพียงเครื่องมือทางผลประโยชน์ของคนอื่น) ซึ่งสามารถกำหนดหรือคาดหมายความเป็นไปในชีวิตอนาคตของตัวเองได้ (dignity of self direction) นับเป็นการชี้ให้เห็นนัยเชิงคุณค่าที่แฝงอยู่ในหลักนิติธรรมแบบเก่าซึ่งยากต่อการหักล้างได้เช่นกัน แต่ประเด็นการให้เหตุผลดังกล่าวก็ดูเหมือนจะเป็นเรื่องของคุณค่าโดยนัย (implicit value)<sup>๕๑</sup> ซึ่งไม่ชัดเจนทีเดียวนักอันปรากฏขึ้นจากผลของการ “ตีความ” หรือ “แปลความ” มากกว่าอื่นใด ทำให้หลักคุณค่าที่ปรากฏหรือถูกประกาศอย่างชัดเจนในลักษณะ “กำกับ” จุดมุ่งหมายของอุดมการณ์หลักนิติธรรมไม่ อีกทั้งยังไม่มีคำอธิบายที่เป็นระบบครอบคลุมเพียงพอที่จะแยกให้เห็นการหลุดพ้นจากอิทธิพลความคิดแบบอนุรักษ-เสรีนิยม ซึ่งครอบงำอยู่ในหลักนิติธรรมตั้งแต่ชั้นของไคซี

มีข้อที่น่าคิดต่อว่า แบบฉบับของหลักนิติธรรมเชิงอนุรักษ-เสรีนิยมที่ถือเอาเรื่อง “รูปแบบ” หรือ “กระบวนการ” เป็นใหญ่เช่นที่กล่าว มีความบกพร่องชนิดที่ไปด้วยกันไม่ได้กับรัฐสมัยใหม่ภายใต้การกำกับของระบบสวัสดิการสังคมโดยสิ้นเชิงหรือ

<sup>๕๐</sup> Finnis ถือว่า หลักนิติธรรมจัดได้ว่าเป็นคุณธรรมโดยเฉพาะ (specific virtue) ของระบบกฎหมายและระบบกฎหมายซึ่งสำคัญถึงการมีหลักนิติธรรมในสาระจะต้องประกอบด้วยลักษณะต่างๆ คือ ๑. เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งออกใช้กับการกระทำภายนอกไม่มีผลย้อนหลัง ๒. ไม่เหลือวิธีที่จะปฏิบัติตาม ๓. มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ ๔. แข็งแรง ๕. มีลักษณะต่อเนื่องสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์อื่น ๆ ๖. กฎเกณฑ์มีความมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้ผู้คนปฏิบัติตามการชี้แนะของบทบัญญัติในกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ ๗. การตรวจถูกฎีกาของฝ่ายบริหาร และคำสั่งต่างๆ ขึ้นใช้ในสถานการณ์พิเศษโดยสัมพัทธ์ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ซึ่งมีการประกาศใช้เป็นทางการอันมีลักษณะชัดเจน แน่ชัด และทั่วไป และ ๘. บรรดาบุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจเป็นทางการในการตรา บริหาร และปรับใช้กฎเกณฑ์จะต้องให้เหตุผลต่อการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ (เป็นข้ออ้าง) ของการใช้อำนาจของตนต้องอิงกับกฎหมายอย่างสม่ำเสมอและตามทางของมัน see John Finnis, “Natural Law and Natural Rights”, (Clarendon press, Oxford, 1980), pp. 270-271.

<sup>๕๑</sup> John Finnis, Ibid., pp. 272-273.



ข้อนี้หากเรามองถึงพัฒนาการของอุดมการณ์ทุนนิยมอย่างต่อเนื่อง คงต้องยอมรับว่า ระบบทุนนิยมเพื่อสังคมหรือทุนนิยมภายใต้รัฐสวัสดิการ (welfare capitalism) มิใช่สิ่งที่กำเนิดขึ้นอย่างลอยๆ ชนิดที่หลุดขาดตัดตอนจากระบบทุนนิยมดั้งเดิม ที่มีลักษณะผูกขาดหรืออนุรักษผลประโยชน์ทุนกลุ่มเล็กๆ ทว่าเติบโตขึ้นจากฐานของระบบทุนนิยมดั้งเดิมเอง ด้วยการสังเคราะห์ของ “ข้อเท็จจริง” เรื่องความไม่เป็นธรรมภายในสังคมที่มีการดิ้นรนต่อสู้เพื่อความเสมอภาคเพิ่มขึ้น ผสมผสานกับอิทธิพลความคิดสังคมนิยมที่เคียงแข่งความชอบธรรมของระบบขึ้นมา เมื่อมองกันที่รากฐานซึ่งยังไม่ได้ถูกตัดขาดเลยเช่นนี้ ย่อมชวนให้ตีความในขั้นแรกได้ว่า แม้จะอยู่ภายใต้ระบบทุนนิยมเพื่อสังคม หลักนิติธรรม (ในแบบฉบับเดิม) ก็ยังมีบทบาทสำคัญ “ระดับหนึ่ง” จากคำที่ฐานทางอุดมการณ์ซึ่งรองรับอยู่อีกชั้นหนึ่งคือ อุดมการณ์ทุนนิยมเสรียังไม่แปลกแยกหรือขัดแย้งอย่างชนิดแตกหักกับทุนนิยมเพื่อสังคม แนวการตีความเช่นนี้อาจดูสวนทางกับทัศนะวิจารณ์ของไฮเยค (Hayek) ที่วิจารณ์ระบบรัฐสวัสดิการอย่างรุนแรง ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้าแต่คำวิจารณ์เช่นว่านี้ก็คงไม่อาจถือได้ว่าเป็นตัวแทนคำวิจารณ์อันชอบธรรมเดียวของหลักนิติธรรมในแบบฉบับดังกล่าวจริงๆ แล้วคำยืนยันของ Hayek ในทำนอง “ละเมิดมิได้” โดยเด็ดขาดของหลักเรื่องความแน่นอนก็ดี หรือหลักเกี่ยวกับการคาดทำนายได้ล่วงหน้าของกฎหมายก็ดี นับว่ามีเสียงที่ฉายความแจ้งกระจ่างในการตีความหลักนิติธรรมอยู่ไม่น้อย อันเป็นผลให้เกิดเสียงวิจารณ์สะท้อนขึ้นว่าการตีความในลักษณะเช่นนั้นของ Hayek เป็นเสมือนการ “เพิ่ม” สารประกอบเรื่องการ “ไม่อาจยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงได้” (immutable) ลงในหลักนิติธรรม อันเท่ากับเป็นการติดอยู่ในหล่มแห่งความคิด (ที่สถิตินิ่งตายตัวของ) กฎหมายธรรมชาติ<sup>๕๖</sup>

ความจริง หากเรามองสู่เนื้อหาภายในของกิจกรรมภายในรัฐสวัสดิการหรือระบบทุนนิยมเพื่อสังคม เราคงสังเกตได้ว่า ภายใต้รัฐหรือระบบดังกล่าว ภาวะที่กฎหมายเป็นใหญ่ (The supremacy of law) ยังคงเป็นเสมือนอุดมคติทางกฎหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในสังคมนั้นๆ การดำเนินกิจการต่างๆ ยังอยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมายโดยเคร่งครัดหรือภายใต้หลักกว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย แม้ว่าพัฒนาการของระบบรัฐสวัสดิการจะมีอิทธิพลต่อระเบียบกฎหมายของสังคม ให้มี

<sup>๕๖</sup> Harry W. Jones, “The Rule of Law and the Welfare State”, op. cit., p. 407.

ลักษณะหลากหลายขึ้น หรือเน้นแง่วัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย (purposive) ชัดเจนขึ้น ตามนโยบายสังคมที่ได้มีการวางแผนไว้<sup>๕๓</sup> ก็ตาม ข้อสังเกตเช่นนี้อาจหาคำอธิบายได้จากการพิจารณาคำกล่าวของ Max Weber ที่ว่า “ระบบกฎหมายนิยม (legalism) ได้สนับสนุนการพัฒนาระบบทุนนิยม ด้วยการสร้างบรรยากาศของความมั่นคง (stable) และคาดทำนายได้ (predictable) (ของการดำเนินกิจกรรมชีวิต) ระบบทุนนิยมส่งเสริมระบบกฎหมายนิยมเนื่องจากพวกเจ้าสมบัติ (bourgeoisie) ตระหนักถึงความจำเป็นของพวกเขาสองที่ต้องการโครงสร้างรัฐบาลในรูปแบบดังกล่าว<sup>๕๔</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างทุนนิยมและผลประโยชน์ที่ได้รับการปกป้องโดยผ่านกลไกทางกฎหมายเช่นนี้เอง ที่ทำให้หลักนิติธรรมคงยังมีบทบาทสำคัญในระดับหนึ่งอยู่ และจากการพิจารณาในแง่มุมนี้ที่ทำให้เห็นชัดขึ้นว่า จริง ๆ แล้วไม่น่าจะมีความขัดแย้งที่เป็นธรรมชาติอย่างถาวรระหว่างอุดมการณ์รัฐสวัสดิการ และหลักนิติธรรม ความแตกต่างหรือไม่ลงรอยที่อาจยังมีหรือพึงเข้าใจนั้นก็น่าจะเป็นเรื่องในมิติของขีดขึ้นมากน้อยหรือจำนวนมากกว่าอื่นใด<sup>๕๕</sup> อันอยู่ในวิสัยที่จะใกล้เคียงประนีประนอมกันได้ ด้วยการลดอำนาจหรือสิทธิพิเศษสูงสุดของรัฐให้เหลือน้อยที่สุด โดยผ่านการควบคุมที่เหมาะสมต่อการใช้ดุลยพินิจทางบริหาร (administrative discretion) หรือผ่านการควบคุมอย่างระมัดระวังทางรัฐสภา ต่อการวางแผนทางสังคมใดๆ เป็นต้น<sup>๕๖</sup> นอกจากนี้ หากเรายอมรับว่า ระบบทุนนิยมเป็นแหล่งที่มาอันสำคัญยิ่งอันหนึ่ง (นอกเหนือจากแหล่งที่มาอื่น กล่าวคือผลผลิตทางประวัติศาสตร์อันยาวนานซึ่งเนื่องมาจากการต่อสู้ระหว่างชนชั้น) ของการก่อรูปอุดมการณ์หลักนิติธรรม (ในรูปแบบฉบับของ Dicey และ Hayek) การปรับเปลี่ยนรูปของแหล่งที่มานั้น (จากทุนนิยมผูกขาด สู่ทุนนิยมเพื่อสังคม) ย่อมสร้างผลกระทบ (impact) ต่ออุดมการณ์

<sup>๕๓</sup> R.M. Unger, “Law in Modern Society”, op. cit., pp. 193-194.

<sup>๕๔</sup> D. Trubek, “Max Weber on Law and the rise of Capitalism” Wisconsin Law Review, 1972, p. 270.; Quoted in William Chambliss & Robert Seidman, “Law, Order and Power”, (Addison-Wesley Publishing Company, 1982), p. 61.

<sup>๕๕</sup> ประเด็นเรื่อง ไม่มีความขัดแย้งโดยธรรมชาตินี้ เป็นข้อสรุปจากการประชุมใหญ่เรื่อง “หลักนิติธรรมในธรรมชาติของตะวันตกเข้าใจ” (The Rule of Law as understood in the West) ซึ่งจัดขึ้นที่ชิคาโก อเมริกา เมื่อ ๑๙๕๗ ดู Norman S. Marsh, “The Rule of Law as a Supra-national Concept”, op. cit., p. 235.

<sup>๕๖</sup> Marx R. Mac Guigan, “Jurisprudence : Reading and Cases”, (University of Toronto Press, 1966), p. 69.

(ทางกฎหมาย) อันที่จริงอยู่กับหลักการทุนนิยม อย่างน้อยที่สุดก็ยอมสร้างผลเปลี่ยนแปลงในระดับการตีความอุดมการณ์หลักนิติธรรมให้รับกับระบบทุนนิยม เพื่อสังคมหรือระบบทุนนิยมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว มีเพียงการมองจากสัมพันธภาพระหว่างอุดมการณ์ (ความคิด) กับรากฐานทางวัตถุของความคิด (ข้อเท็จจริงทางสังคมซึ่งมีลักษณะพลวัต (dynamic) เช่นนี้เองที่จะทำให้เห็นความแปลกแยกน้อยลงได้ ระหว่างอุดมการณ์หลักนิติธรรมกับระบบรัฐสวัสดิการ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนใคร่ขอทบทวนว่า มาตรฐานอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะได้รับการ (หรือสามารถ) แปลความให้อยู่ด้วยกันได้กับพัฒนาการของสังคม สิ่งนี้ก็เป็นคนละประเด็นกับเรื่องความบกพร่องที่มีอยู่ในหลักนิติธรรม ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า กล่าวคือความบกพร่องในแง่การสนองตอบอย่างจริงจังต่อปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาค หรือการแบ่งแยกฐานะหรือลำดับชั้นที่ไม่เป็นธรรม (unjustified hierarchy) ในสังคม ความบกพร่องเช่นนี้เองที่เกี่ยวข้องโดยใกล้ชิดกับอุดมการณ์อนุรักษเสรีนิยม ที่ยังคงอยู่เบื้องหลังหลักนิติธรรมในแบบฉบับต่าง ๆ ที่กล่าวมาทั้งหมด กล่าวคือเป็นความบกพร่องเชิงอุดมการณ์ที่เน้นแต่ปัญหาเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อันเป็นประเด็นเรียกร้องหลักในช่วงศตวรรษที่ ๑๗-๑๙ (เมื่อครั้งที่ชนชั้นเจ้าสมบัติกำลังต่อสู้ช่วงชิงอำนาจจากฝ่ายกษัตริย์และศักดินา)

การเปลี่ยนแปลงของข้อเท็จจริง ในสังคมมนุษย์ปัจจุบันที่นับวันจะเพิ่มกระแสความพยายามปรับสังคมสู่ดุลยภาพมากขึ้น ในแง่ของความเสมอภาคในสังคม ในแง่การเรียกร้องสิทธิหรือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันในวงกว้างอย่างแท้จริง (มิใช่เฉพาะในกลุ่มชนชั้นเจ้าสมบัติ) เหล่านี้ นับเป็นเงื่อนไขเชิงวัตถุ (material conditions) อันสำคัญที่ทำให้รากฐานทางอุดมการณ์ของหลักนิติธรรมแบบเดิมต้องสั่นคลอนและเริ่มเสื่อมความชอบธรรม (legitimacy) ลงที่จุดนี้เองที่คงเห็นได้ว่า อุดมการณ์กับข้อเท็จจริงหรือความเป็นไปของสังคมที่กำลังดำรงอยู่มีความสัมพันธ์กันเช่นใด<sup>๕๗</sup> อุดมการณ์ที่ยังมีชีวิตชีวา (living ideology) หรือยังไม่

<sup>๕๗</sup> โปรดพิจารณาเทียบเคียงทัศนะของ Louis Althusser ที่ว่า “อุดมการณ์ หมายถึงความสัมพันธ์ โดยจินตนาการของบุคคลที่มีต่อเงื่อนไขการดำรงอยู่ที่แท้จริงของพวกเขา...(และ) ในอุดมการณ์นั้นมนุษย์จะสะท้อนเงื่อนไขการดำรงอยู่ที่แท้จริงของตนต่อตัวเองในรูปของจินตนาการ” (อ้างใน เสกสรรค์ ประเสริฐกุล, “อุดมการณ์ อารมณ์ปฏิบัติหรือเครื่องมือการกดขี่” ใน จุลสารไทยคดีศึกษา ปีที่ ๑, ฉบับที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๒๗, หน้า ๗๑)

ทันสมัย (obsolete) โดยทั่วไปแล้วจะต้องตอบสนองหรือสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในสังคมหรือข้อเรียกร้องทางสังคมของคนส่วนใหญ่ จึงจะสามารถสร้างความยินยอม (Consent) หรือการยอมรับในอุดมการณ์นั้น ๆ ได้ ในกรณีของหลักนิติธรรมก็เช่นกัน อุดมการณ์ทางกฎหมายดังกล่าวหาใช่จะมีธรรมชาติของการดำรงอยู่ที่ “บริสุทธิ์” (pure) หรืออิสระโดยสิ้นเชิงชนิดที่อยู่เหนือบริบททางประวัติศาสตร์ สังคม การเมืองหรือความขัดแย้งทางชนชั้นในสังคมไม่ การกล่าวอ้างถึงคุณค่าภายในอุดมการณ์หลักนิติธรรมอย่างเป็นทางการหลักอุดมคติลอยๆ ชนิดที่ตัดขาดจากรากฐานทางวัตถุที่เป็นตัวก่อรูปมันขึ้นมา หากมิใช่เป็นเพราะความไม่รู้ (ignorance) หรือความจำกัดทางภูมิปัญญาแล้ว ในแง่มุมวิจารณ์ของฝ่ายสังคมนิยมก็อาจถือว่า เป็นความพยายามที่จะปิดบังธรรมชาติทางชนชั้น (class nature) ซึ่งผสมผสานอยู่ภายในตัวอุดมการณ์ดังกล่าว<sup>๔๔</sup> หรือมิฉะนั้นก็เป็นการปกป้องการคงอยู่ของระบบสังคมอันฉ้อฉลที่กล่าวอ้างการปกครองโดยมีหลักนิติธรรมเป็นเครื่องบังหน้า

#### สิทธิมนุษยชน : เป้าหมายเชิงคุณค่าของอุดมการณ์หลักนิติธรรม

การคลี่คลายของสังคมที่พยายามปรับตัวเองสู่ดุลยภาพของความเสมอภาคอย่างแท้จริงมากขึ้นข้างต้นนั้น หากพิจารณากันโดยส่วนรวมทั้งหมด (global perspective) คงกล่าวได้ว่า กระแสคลื่นของการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นหาใช่จำกัดวงอยู่เพียงที่รัฐสมัยใหม่ของตะวันตกที่พัฒนาไปสู่ขั้นรูปแบบของรัฐสวัสดิการหรือทุนนิยมเพื่อสังคมแล้วเท่านั้น แม้ในส่วนของสังคมที่มีระดับการพัฒนาน้อยกว่าหรือประเทศในโลกที่สามก็พลอยได้รับกระแสการตื่นตัวหรือความต้องการความเสมอภาคหรือการยอมรับในคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกันมากขึ้นดุจกัน โดยที่สิ่งเหล่านี้ต่างก็สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพ จากอดีตที่เคยพิจารณาเรื่องเสรีภาพกันในลักษณะโดดๆ ก็หันสู่การยอมรับในความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างเรื่องเสรีภาพกับเรื่องสิทธิหรือความเสมอภาคทางเศรษฐกิจหรือสังคมด้วยความเชื่อมั่นใหม่ว่าเสรีภาพของปัจเจกบุคคลไม่อาจเกิดขึ้นได้ในขณะที่ต้องยังหัวโหม่

<sup>๔๔</sup> ดู แนวคำวิจารณ์เช่นนี้ได้ใน Noman S. Marsh, “The Rule of Law as a Supra-National Concept”, op. cit., footnote 1, p. 261.

การเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดของอุดมการณ์หลักนิติธรรมในทิศทางที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว ในเชิงสายลักษณะอักษรอาจเริ่มพิจารณาจากความคิดเริ่มต้นที่พยายามเชื่อมต่อเรื่องหลักนิติธรรมกับเรื่องสิทธิมนุษยชน หลังจากที่มนุษยชาติทั้งมวลได้รับวิบัติบาดแผลครั้งสำคัญจากผลแห่งสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>๕๙</sup> และต่อจากนั้นไม่นานที่คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล<sup>๖๐</sup> (International Commission of jurists) (ICJ.) ได้บุกเบิกสำแดงบทบาทของการทำให้แนวความคิดดังกล่าวปรากฏความสำคัญสมบูรณ์และชัดเจนขึ้นอย่างเป็นระบบจากการจัดประชุมนานาชาติที่เกี่ยวกับเรื่องหลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชนอย่างสม่ำเสมอด้วยความพยายามที่จะทำความเข้าใจและวางหลักการเกี่ยวกับเรื่องนิติธรรมขึ้นใหม่ ที่จะรับใช้เป้าหมายของการมีสังคมแห่งเสรีภาพ (free society) “สังคมที่มวลสมาชิกสามารถสำแดงจิตวิญญาณเสรีของตนได้อย่างเต็มเปี่ยม”<sup>๖๑</sup> หรือ “สังคมที่ยอมรับในคุณค่าสูงสุดในตัวมนุษย์ ด้วยการพิจารณาถึงสถาบันทางสังคมทั้งหมด โดยเฉพาะรัฐว่าเป็นเสมือนผู้รับใช้ (servants) มิใช่เจ้านายของปัจเจกบุคคล”<sup>๖๒</sup> จากเป้าหมายเชิงอุดมคตินี้เองที่นำไปสู่นิยามของหลักนิติธรรมใหม่ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้บัญญัติเอาไว้ว่า หมายถึง

“หลักการ สถาบันและกระบวนการ” ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งเดียวกัน แต่คล้ายคลึงกันโดยทั่วไป ซึ่งจากประสบการณ์และประเพณีของนักกฎหมายในประเทศต่างๆ ในโลกซึ่งมีโครงสร้างทางการเมืองและพื้นฐานทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน ได้แสดงให้เห็น

<sup>๕๙</sup> ขอให้พิจารณาข้อความตอนหนึ่งในคำปรารภของปัญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวว่า “โดยที่เป็นการจำเป็นอย่างยิ่งที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับการปกป้อง คุ้มครอง โดยหลักนิติธรรม หากไม่ประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบังคับให้หันเข้าหาการขบถขัดขึ้น ในฐานะเป็นทางเลือกสุดท้ายต่อทyrannyและการกดขี่”

<sup>๖๐</sup> คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล เป็นองค์การระหว่างประเทศหนึ่ง ที่มีศักดิ์เป็นที่ปรึกษาขององค์การสหประชาชาติก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ๑๙๕๒ จุดก่อตั้งขององค์กรทางกฎหมายนี้เป็นผลจากการประชุมสมัชชาสากลของนักนิติศาสตร์ (International Congress of Jurists) ซึ่งจัดให้มีขึ้นที่เบอร์ลินตะวันตกในปี ๑๙๕๒ เกี่ยวด้วยการวิพากษ์วิจารณ์ปัญหาเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศคอมมิวนิสต์ซึ่งตามมาด้วยการสรุปเน้นความสำคัญของสังคมแห่งเสรีภาพ (free society) ในฐานะเป็นเป้าหมายอันพึงปรารถนาของหลักนิติธรรม

ในปี ๑๙๘๓ ศาสตราจารย์จิดดิ ดิงส์ทีย์ ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการในคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากลนี้ ถือเป็นนักกฎหมายไทยท่านแรกที่ได้รับเกียรติสูงสุดให้เข้าร่วมเป็นกรรมการในองค์กรดังกล่าว

<sup>๖๑</sup> see Norman S. Marsh, “The Rule of Law as a Supra-national Concept” op. cit, p. 240.

<sup>๖๒</sup> Douglas E. Sturm, “Rule of Law and Politics in a Revolutionary Age”, in Edward Allen Kent (ed), “Law and Philosophy” (Appleton-Century-Crafts, New York, 1970 p. 375.

เห็นแล้วว่ามันเป็น (หลักการ, สถาบันและกระบวนการ) ที่สำคัญต่อการปกป้องปัจเจกบุคคลจากรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และทำให้เขาสามารถชื่นชมในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ได้<sup>๖๓</sup>

โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของการนิติบัญญัติในสังคมแห่งเสรีภาพภายใต้หลักนิติธรรมที่จะต้อง “สร้างสรรค์ และคงไว้ซึ่งเงื่อนไขที่จะส่งเสริมศักดิ์ศรีของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคล ศักดิ์ศรีดังกล่าวมีเพียงเรียกร้องให้มีการยอมรับในสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (civil and political rights) เท่านั้น แต่หากหมายรวมถึง การสถาปนาเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษา และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาบุคลิกภาพในตัวมนุษย์อย่างเต็มที่”<sup>๖๔</sup>

นิยามใหม่ของหลักนิติธรรมเช่นนี้ กล่าวในมิติเชิงคุณค่า (valuational dimension) แล้ว เป็นการเน้นย้ำถึงเรื่องการมีสิทธิเสรีภาพและการยอมรับในศักดิ์ศรีของมนุษย์ ซึ่งเชื่อว่าเป็นคุณสมบัติอันจำเป็นสำหรับความเป็นมนุษย์ที่แท้ โดยมีกลุ่มสิทธิ ๒ ประเภทที่เน้นย้ำความสำคัญ คือ สิทธิทางแพ่งและทางการเมืองประการหนึ่ง<sup>๖๕</sup> และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมอีกประการหนึ่ง กลุ่มสิทธิประการหลังแสดงออกจากการกล่าวเน้นถึงเรื่อง “การสถาปนาเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษาและวัฒนธรรม” ข้างต้นซึ่งนับว่าเป็นการแสดงออกทางลายลักษณ์อักษรของจุดเปลี่ยนโค้ง (turning point) ครั้งสำคัญในอุดมการณ์หลักนิติธรรมที่หันมาสนใจมิติของความเสมอภาคทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางสังคม การเปลี่ยนแปลงทางความคิดครั้งนี้ หากพิจารณาทั้งโดยละเอียดก็จะเห็นว่ามันเกี่ยวโยงอยู่ด้วยกับประสบการณ์

<sup>๖๓</sup> see International Commission of Jurists, “The Rule of Law in a Free Society”, (A Report on the International Congress of Jurists, New Delhi, India; 1959), p. 197.

<sup>๖๔</sup> ดูมาตรา ๑ ในข้อสรุปของคณะกรรมการเรื่อง การนิติบัญญัติและกฎหมายในหนังสือ “The Rule of Law in a Free Society”, เพิ่งอ้าง, หน้า ๗๔ (ข้อความที่เน้นกระทำโดยผู้เขียนบทความนี้เอง)

<sup>๖๕</sup> กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง เป็นสิทธิที่เรียกร้องหรืออ้างกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๙ ในรัฐเสรีนิยมตะวันตก ในขั้นแรกนั้นสิทธิประเภทนี้จะเน้นอยู่ที่สิทธิทางทรัพย์สินหรือสิทธิในการนับถือศาสนา ต่อมาก็ได้มีการขยายความสิทธิดังกล่าวกว้างขึ้น (อันเป็นผลจากการกำเนิดของรัฐสมัยใหม่ (modern state) ให้กินความถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือประชุมกัน สิทธิในการตั้งพรรคการเมืองหรือสหภาพแรงงาน สิทธิในการเคลื่อนย้ายถิ่นฐาน หรือการเลือกตั้งผู้แทน นอกจากนี้ยังครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาสิทธิในการมีทนายที่ปรึกษาหรือการเตรียมการต่อสู้คดี สิทธิในการคัดง้างการปรักปรำตัว (self-incrimination) สิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นสุจริตและเปิดเผย สิทธิในการอุทธรณ์คดี และสิทธิในการต่อต้านการปฏิบัติที่ทารุณและเหยียดหยันก่อนและหลังคำพิพากษาคัดสินคดี (see Douglas E. Sturm, “Rule of Law and Politics in a Revolutionary, Age” p. 376.)

ความเป็นจริง และการเรียกร้องต้องการของสังคมในเอเชีย และแอฟริกา ดินแดนที่ความยากจน ความเหลื่อมล้ำหรือไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจ หรือฐานะทางสังคมปรากฏอยู่ดาษดื่นทั่วไป ข้อเท็จจริงทางสังคมเช่นนี้เองที่นำไปสู่ “ความจำเป็น” ของการขยายขอบเขตของแนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมให้ผนวกถึงกลุ่มสิทธิทางสังคมเศรษฐกิจและวัฒนธรรมเข้าไปด้วย<sup>๖๖</sup> ทั้งนี้ด้วยเพราะตระหนักเห็นว่า “หากไร้เสียซึ่งกำหนดมาตรฐานต่ำสุดในหลักประกันทางเศรษฐกิจและการศึกษาแล้ว เรื่องของเสรีภาพทางแพ่งหรือทางการเมืองก็อาจเป็นเพียงแค่เรื่องรูปแบบมากกว่าจะเป็นจริงได้”<sup>๖๗</sup> โดยนัยเช่นนี้จึงถือว่ามนุษย์ชายหญิงทั้งมวลต่างล้วนมีสิทธิในปัจจุบัน (means) ทางเศรษฐกิจ สังคม การศึกษาและวัฒนธรรม ซึ่งล้วนเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการบรรลุประจักษ์ (actualize) ถึงอิสรภาพทางจิตวิญญาณและทางการเมือง (spiritual and political liberties) ของพวกเขา กล่าวในเชิงคุณค่า (value) แล้วแบบฉบับหลักนิติธรรมของ ICJ. เช่นนี้ จะผูกพันแนบชิดกับหลักคุณค่าเรื่องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและเรื่องความยุติธรรมในสังคม (Social justice)<sup>๖๘</sup> (หรือเรื่องความเสมอภาคในอีกนัยหนึ่ง)

อย่างไรก็ตามพึงต้องรำลึกไว้ด้วยว่า แม้ที่กล่าวมาส่วนใหญ่ในหลักนิติธรรมตามแบบฉบับใหม่นี้จะกล่าวเน้นถึงเรื่องหลักคุณค่าหรือเป้าหมายเชิงคุณค่าทั้งในแง่เสรีภาพและความเสมอภาค สิ่งเหล่านี้ก็มิได้หมายความว่า เรื่องราวเกี่ยวกับ “สถาบัน” กล่าวคือความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการ “กระบวนการ” ในการตรากฎหมายหรือขั้นตอนทางกฎหมาย (legal process) ที่ชอบธรรมต่างๆ จะถูกมองข้ามความสำคัญไป เพียงแต่ถือว่า การเน้นแต่เรื่องสถาบัน หรือกระบวนการ (ตามแบบฉบับของหลักนิติธรรมก่อนหน้า) ไม่เป็นสิ่งเพียงพอเสียแล้วในเนื้อหาใหม่ของหลัก

<sup>๖๖</sup> see Douglas E. Sturm, “Rule of Law and Politics in a Revolutionary Age” op. cit., p. 377.

อนึ่งพึงเข้าใจด้วยว่า การผนวกเรื่องสิทธิทางสังคม, เศรษฐกิจ หรือวัฒนธรรมดังกล่าว เป็นพัฒนาการที่เกิดขึ้นภายหลังการก่อตัวของคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล ในช่วงเริ่มต้นก่อตั้งนั้นคณะกรรมการฯ ยังเน้นอยู่แต่เรื่องสิทธิทางการเมืองหรือเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นหลักใหญ่ ทั้งนี้สืบเนื่องจากการกำเนิดของคณะกรรมการยุคนี้ตั้งต้นมาจากความสนใจเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศคอมมิวนิสต์ หรือปัญหาเรื่องสิทธิเสรีภาพทางการเมืองในประเทศดังกล่าว

<sup>๖๗</sup> ประเด็นสรุปสำคัญข้อหนึ่งของคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล ในการประชุมเกี่ยวกับเรื่อง หลักนิติธรรมที่นิวเดลี เมื่อปี ๑๙๕๙, อ้างใน Douglas E. Sturm เฟิงอ้าง, หน้าเดียวกัน

<sup>๖๘</sup> Ibid., pp. 378-379.

นิติธรรมภายใต้การนำของสังคมนิยมหรือแนวโน้มของสังคมปัจจุบัน<sup>๖๙</sup> จริงอยู่ว่า แม้เรื่องสถาบันก็ดี กระบวนการก็ดี หรือขั้นตอนทางกฎหมายต่างๆ ก็ดี จะถูกสร้างขึ้นโดยวัตถุประสงค์รวมๆ เพื่อกลั่นกรองการใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบธรรม สืบเนื่องจากความหวาดกลัวในการใช้อำนาจโดยพลการของรัฐซึ่งเป็นกลไกแห่งอำนาจ แต่ผลลัพธ์ทางปฏิบัติซึ่งปรากฏผ่านมาเมื่อพิจารณาจาก “แหล่งอำนาจ” ที่อยู่เบื้องหลังอุดมการณ์หลักนิติธรรมในแบบฉบับเดิม (ชนชั้นกลางหรือชนชั้นเจ้าสมบัติ) “วัตถุประสงค์รวม” ดังกล่าวจะเอื้อประโยชน์ต่อชนชั้นที่เป็นแหล่งอำนาจหรือแหล่งผลักดันอุดมการณ์ดังกล่าว “มากกว่า” ชนชั้นระดับล่างส่วนใหญ่ในสังคม<sup>๗๐</sup> “หลายต่อหลายครั้ง” ที่สถาบัน ขั้นตอน หรือกระบวนการดังกล่าว ได้ถูกนำขึ้นใช้เป็นข้ออ้าง หรือฉากสนับสนุนความชอบธรรมของระบบสังคมที่อ้างตัวเองว่าเป็น “นิติรัฐ” : รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย ทว่าเป็นกฎหมายที่เปิดทางให้แก่ชนชั้นหนึ่งได้กดขี่กดขี่ผลประโยชน์ทั้งในแง่วัตถุและในแง่การใช้สิทธิเสรีภาพส่วนตัวมากกว่าคน

<sup>๖๙</sup> หากมองเปรียบเทียบจากมิติของหลักคุณค่าเรื่อง “ความยุติธรรม” (Justice) แล้ว การมุ่งเน้นให้ความสำคัญ หรือยึดมั่นอยู่แต่เรื่องกระบวนการทางกฎหมาย (legal procedure) หรือความเป็นกลางในการปรับใช้กฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาที่เป็นจริงใดๆ ภายในกฎหมายนั้นๆ ถือว่ายังอยู่ในวงจำกัดของเรื่อง “ความยุติธรรมในรูปแบบ” (formal justice) มิใช่ “ความยุติธรรมโดยเนื้อหา” (Substantive justice) ซึ่งเป็นการเน้นถึงผลปรากฏที่เป็นจริง (actual outcome) ของความยุติธรรมที่ทุกคนได้รับในผลประโยชน์ทางสังคมที่ต้องมีการจัดสรรแบ่งปันกันอย่างเสมอภาคแท้จริง (see R.M. Unger, “Law in Modern Society” op. cit., p. 194; Johe Rawls, “A Theory of Justice” (Oxford University Press, 1973), pp. 58-60, กล่าวสำหรับแนวโน้มรัฐสมัยใหม่ภายใต้ระบบทุนนิยมที่มีเป้าหมายการพัฒนาสู่การเป็นรัฐสวัสดิการมากขึ้นๆ แล้ว ทิศทางการพัฒนาดังกล่าวได้สร้างความเปลี่ยนแปลงสำคัญในเชิงทฤษฎีหรือปรัชญาทางกฎหมายจากความสนใจเดิมเรื่อง “ความยุติธรรมในรูปแบบ” ไปสู่การให้ความสำคัญของเรื่อง “ความยุติธรรมโดยเนื้อหา” แทนที่ อย่างไรก็ตามการเน้นทิศทางใหม่ของหลักนิติธรรมในเรื่องหลักคุณค่าสำคัญๆ หลายประการในแง่ของสวัสดิการของสังคมหรือความเสมอภาค ก็อาจมีจุดให้วิจารณ์หลายๆ ประเด็นเช่นกัน ขอให้ดูเทียบเคียงใน David Lyons, “Ethics and the rule of Law”, (Cambridge University Press, 1984), pp. 205-207.

<sup>๗๐</sup> ผู้เขียนขอเน้นคำว่า “มากกว่า” แทนที่จะใช้คำในทำนองว่า “เพียงฝ่ายเดียว” เพื่อมิให้ผู้อ่านบางท่านเข้าใจเลยเถิดไปถึงขนาดปฏิเสธหรือไม่ยอมรับคุณค่าหรือประโยชน์ใดๆ เลยของอุดมการณ์หลักนิติธรรมในแบบฉบับเก่า ซึ่งส่งผลในเชิงบวกระดับหนึ่งต่อชนชั้นระดับล่างส่วนใหญ่ในสังคมเช่นกัน ขอให้เทียบเคียงข้อสรุปเช่นนี้กับ ปรากฏของ Colin Sumner ที่ว่า “ถ้าหากว่า (การยอมรับ) สิทธิทางกฎหมายในแบบของพวกเจ้าสมบัติ (bourgeois legal right) สามารถหนุนช่วยการเติบโตทางการเมืองของชนชั้นแรงงานแล้ว สิทธิดังกล่าวจะมีค่าเป็นเพียงมายาภาพทางอุดมการณ์ (ideological illusion) ได้อย่างไร?” see Collin Sumner, “The Rule of Law and Civil Rights in Contemporary Marxist Theory”, (KAPITALISTATE, No. 9, 1981), p. 65.; ดูทัศนะวิจารณ์ในทำนองเดียวกันของ E.P. Thompson, “The Rule of Law”, ใน Piers Beirne & Richard Quinney (eds), “Marxism and Law”, (John Wiley & Sons, 1982), pp. 130-137. อนึ่ง ขอให้ดูบทความวิจารณ์ที่ทัศนะวิจารณ์ของ Thompson ด้วยเช่นกัน ในหนังสือเล่มเดียวกัน (“Marxism and Law”) เขียนโดย Steve Redhead, “Marxist Theory, the Rule of Law and Socialism”, pp. 328-342.



ส่วนใหญ่ในสังคม มาถึงตอนนี้ เราคงอาจพอเข้าใจได้แล้วว่าทำไม Joseph Raz จึงได้กล่าวว่า “ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธสิทธิมนุษยชน ความยากจนอันดาษดื่น การแบ่งแยกเชื้อชาติ ความไม่เสมอภาคทางเพศและการกดขี่ทางศาสนานั้น โดยหลักการแล้ว อาจสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักนิติธรรมดีกว่าระบบกฎหมายใดๆ ของประเทศตะวันตกที่ก้าวหน้ามากกว่า”

ข้อสังเกตของ Raz ซึ่งความจริงได้อ้างมาครั้งหนึ่งแล้วในตอนต้นของบทความนี้ คงอาจทำให้เรานึกถึงตัวอย่างที่เป็นจริงในบางสังคมได้ ดังอาทิ กรณีของประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งอ้างการสนับสนุนส่งเสริมหลักนิติธรรมอย่างแข็งขัน แต่ในขณะเดียวกันก็ใช้หลักนิติธรรมดังกล่าวในการคงรักษาและเพิ่มความมั่นคงแข็งแกร่งต่อระเบียบหรือโครงสร้างสังคมที่ไร้มนุษยธรรมซึ่งมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงต่อการปฏิเสธสิทธิของประชาชนส่วนใหญ่<sup>๗๐</sup>

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้คิดว่าคงสะท้อนให้เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนด “เนื้อหา” หรือ “หลักการ” ที่ค่อนข้างแน่นอนลงไปในตัวอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรม อันเป็นจุดที่ ICJ. ตระหนักเห็นถึงความสำคัญ จากการเชื่อมโยงเรื่องหลักนิติธรรมเข้ากับสิทธิมนุษยชนดังได้กล่าวถึงมาแล้ว ซึ่งหากพิจารณาในประเด็นถกเถียงระดับอุดมการณ์แล้ว ก็เป็นเรื่องน่าสนใจสำหรับการเชื่อมต่อดังกล่าวซึ่งเป็นเสมือนการเชื่อมต่อหรือประสาน “อุดมการณ์ทางกฎหมาย” (หลักนิติธรรม) เข้ากับ “อุดมการณ์ทางสังคม” (สิทธิมนุษยชน) อย่างกลมกลืน โดยขณะเดียวกันก็ทำให้ทั้งสองอุดมการณ์มีความสมบูรณ์ในตัวของมันเองยิ่งขึ้นในลักษณะที่ต่างช่วยแก้ไขข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนในตัวอุดมการณ์แต่ละฝ่าย จากอุดมการณ์หลักนิติธรรมในแบบฉบับเดิมที่ค่อนข้างไร้ทิศทางหรืออุดมมุ่งหมายอันแน่นอน ซึ่งเคยเน้นแต่เรื่องกระบวนการทางกฎหมายนิติบัญญัติหรือความแน่นอนชัดเจนมาสู่การกำหนดเนื้อหาอุดมคติซึ่งเป็นทั้งจุดหมายปลายทางและตัวคุณค่าคอยควบคุมการใช้กฎหมายตรากฎหมาย ให้อยู่ในกรอบที่ตั้งไว้ทั้งในแง่เสรีภาพและความเสมอภาคของชีวิต ขณะเดียวกันเราคงต้องยอมรับว่า ในด้านของอุดมการณ์สิทธิมนุษยชน หากไร้เสีย

<sup>๗๐</sup> see International Commission of Jurist, “Development and the Rule of Law”, (Report of ICJ. Conference on “Development and the Rule of Law”, at the Hague, 17 April-May 1981), p. 39.

ซึ่งการควบประสานกับหลักนิติธรรม สิทธิมนุษยชนก็มีค่าเป็นเป้าหมายอุดมคติหนึ่งที่ค่อนข้างลอยๆ ซึ่งขาดกลไกหรือพลังผลักดันที่เป็นระบบและอยู่ในรูปสถาบันที่มั่นคง ดังเช่นสถาบันกฎหมาย พ้นจากจุดนี้เองที่ภาพความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างสองอุดมการณ์ดังกล่าวจะปรากฏชัดขึ้นในสายตาเรา และคงเห็นพ้องได้ไม่ยากถึงความสำคัญของ “หลักนิติธรรม ในฐานะปัจจัยจำเป็นทางสถาบัน เพื่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนอย่างสันติ”<sup>๗๒</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการประสานซึ่งอุดมการณ์ทางกฎหมายและอุดมการณ์ทางสังคมดังกล่าวจะมีผลต่อการแก้ไขจุดบกพร่องดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในท้ายที่สุดแล้วผลสะท้อนจริงๆ ของการจะบรรลุเป้าหมายอุดมคติ ก็ทำให้ว่าจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติไม่ แม้ว่าการก่อรูปของอุดมการณ์ความคิดดังกล่าว จะเกี่ยวโยงอย่างใกล้ชิดกับ “ข้อเท็จจริงทางสังคม” หรือบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ซึ่งคลี่คลายเปลี่ยนแปลง ไปในลักษณะที่มนุษย์มีความเข้าใจ ความตื่นตัวหรือความสำนึกต่อปัญหาความไม่เสมอภาค ความไม่เป็นธรรมในสังคมทั้งในแง่เศรษฐกิจและการเมืองมากขึ้น ในแง่บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์อาจเป็นเงื่อนไขแวดล้อมของการก่อรูปความคิดหรืออุดมการณ์ ทว่าแท้ที่จริงแล้ว เราคงต้องยอมรับว่า “ประวัติศาสตร์นั้นไม่ได้กระทำการสิ่งใดเลย...ประวัติศาสตร์นั้นมิได้ใช้มนุษย์เป็นเครื่องมือในการบรรลุจุดประสงค์ของมันเองราวกับว่ามันมีตัวมันตนเป็นบุคคลต่างหาก ประวัติศาสตร์ไม่มีค่าหรือความหมายใดๆ ทว่ามีเพียงการกระทำของมนุษย์เองซึ่งยื่นหยัดมันในจุดมุ่งหมายของเขาเท่านั้น”<sup>๗๓</sup> (ที่มีค่าหรือมีพลังอย่างแท้จริง) โดยเหตุนี้ การจะบรรลุเป้าหมายอุดมคติของหลักนิติธรรมหรือสิทธิมนุษยชนจริงๆ แล้วจึงอยู่ที่การกระทำหรือเคลื่อนไหวของตัวมนุษย์หรือ “คน” ที่สำนึกและเข้าใจซาบซึ้งถึงหลักคุณค่าภายในอุดมการณ์ดังกล่าวในฐานะเป็นผู้สร้างประวัติศาสตร์ หรือผู้จุดวิญญาณให้แก่อุดมคติหรืออุดมการณ์ให้มีชีวิตมีพลังขึ้นมาได้อย่างแท้จริง

“Insight separated from practice remains ineffective”.....Erich Fromm

<sup>๗๒</sup> เสน่ห์ จามริก, “ข้อคิดบางประการว่าด้วยการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน”, (วารสารธรรมศาสตร์, มีนาคม ๒๕๒๔) หน้า ๗๐ (เน้นโดยผู้เขียน)

<sup>๗๓</sup> Marx and Engels, “The holy family”, as cited in, Erich Fromm, “To Have or to Re”, (ABACUS, 1982), p. 99. (ความในวงเล็บเพิ่มเติมเองโดยผู้เขียนบทความนี้)