14.

บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ "หลักนิติธรรม"

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

บทกล่าวนำ

กล่าวในพรมแดนแห่งทฤษฎีความคิดทางกฎหมายแล้ว ในหมู่ผู้แสวงหาต่อคำตอบเกี่ยวกับความพิศวงในแง่มุมต่าง ๆ ของ "กฎหมาย" อันเป็นปรากฏการณ์ซึ่งสะท้อนภาพที่ชัดเจนมากที่สุดของความพยายามในการจัดระเบียบสังคมหรือระเบียบแห่งชีวิตของผู้คนทั้งหลาย "หลักนิติธรรม" (The Rule of Law)[1] ดูเหมือนเป็นถ้อยคำซึ่งมีสีสันของอุดมการณ์ทางกฎหมายที่ปรากฏแฝงอยู่อย่างโดดเด่นมากที่สุดอันหนึ่ง จำเพาะอย่างยิ่งในสังคมที่ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจระหว่างรัฐและประชาชนดำเนินไปในลักษณะที่ไม่ราบรื่น อันก่อให้เกิดประเด็นปัญหา

---

(1) วลีสำคัญคือ The Rule of Law ในภาคภาษาไทย มีการถอดความหมายเป็นคำไทยต่าง ๆ นานา อาทิเช่น "หลักธรรม", (วิกรม เมาลานนท์, "ดุลพาห" ปีที่ 2 เล่ม 12 2498 หน้า 81), หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย" (สุด สุตรา "ดุลพาห" ปีที่ 7 เล่ม 11, 2503, น. 1408), "นิติธรรมวินัย" (เสริม สุวรรณเทพ, ดุลพาห, ปีที่ 8 เล่ม 4, 2504 หน้า 384), "หลักกฎหมาย", (เสนาะ เอกพจน์, ดุลพาห, ปีที่ 8, เล่ม 9, 2504 หน้า 1003), "หลักธรรมแห่งกฎหมาย" หรือ "นิติปรัชญา", (ศิริ วิศิษฐธรรม อัศวนนท์, ดุลพาห, ปีที่ 8 เล่ม 10, 2504, น. 1123), "นิติสดมภ์" (จำรูญ เจริญกุล, ดุลพาห, ปีที่ 9 เล่ม 1, 2505, น. 60) อ้างในธานินทร์ กรัยวิเชียร, "บทบรรณาธิการ", (บทบัณฑิตย์, กรกฎาคม 2505) เชิงอรรถ 1 หน้า 765. ; หรือ "หลักความยุติธรรมตามกฎหมาย", (ถาวร โพธิ์ทอง, "การประชุมสันติภาพของโลกโดยทางกฎหมาย", นิติศาสตร์, เล่ม 1, ตอน 2 กันยายน 2512) การใช้คำว่า "หลักนิติธรรม" ในบทความนี้ โดยหลักใหญ่คงเป็นไปตามความนิยมแพร่หลายในชั้นหลัง ๆ ของงานวรรณกรรมกฎหมายทั่ว ๆ ไป อีกประการก็เนื่องจากต้องด้วยทรรศนะส่วนตัวที่เห็นพ้องกับการแปลศัพท์เช่นกล่าว ซึ่งมีรูปคำ : "...ธรรม" ประกอบที่แสดงนัยของความศักดิ์สิทธิ์หรือภาวะอุดมคติที่แฝงอยู่ในความหมายของคำดังกล่าว อันมีประวัติความเป็นมาหรือการสืบเนื่องเปลี่ยนแปลง ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

อนึ่ง คำว่า "หลักนิติธรรม" ตามนัยที่ปรากฏในบทความนี้ ขอได้เข้าใจว่าเป็นคนละความหมายกับคำว่า "นิติธรรม" ซึ่งเป็นคำเก่าแก่คำหนึ่งที่ปรากฏมาอย่างน้อยตั้งแต่สมัย ร. 5 ซึ่งทรงหมายถึง "ขนบธรรมเนียมประเพณีอันดี ซึ่งเป็นที่นิยมสืบต่อกันมาในหมู่ประชาชนแห่งชาติ" โดยนัยนี้ ร. 5 จึงทรงเห็นว่า "การปกครองแบบราชาธิปไตย ก็เป็น นิติธรรมของชาติไทย ซึ่งจะต้องรักษาไว้" ดู ชัยอนันต์ สมุทรวาณิช และ สุวดี เจริญพงศ์ (บก.), "**การเมือง–การปกครองไทยสมัยใหม่ : รวมงานวิจัยทางประวัติศาสตร์และรัฐศาสตร์**", (เอกสารวิชาการของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2522) หน้า 106

เรื่องการข่มขู่คุกคาม (coersion) หรือการกระทำตามอำเภอใจ (arbitrariness) ของรัฐ ถ้อยคำดังกล่าวก็มักปรากฏให้ได้เห็นได้ยินมากขึ้นกว่าปกติ คล้ายเป็นหลักธรรมศักดิ์สิทธิ์ทางกฎหมายที่ถูกยกชูขึ้นเป็นบรรทัดฐานสำหรับตัดสินวิพากษ์วิจารณ์ เรื่องความชอบหรือไม่ชอบของการใช้อำนาจรัฐอันกระทบกระเทือนกับปัญหาเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ แม้ว่าในด้านหนึ่งของอุดมการณ์ทางกฎหมายนี้ จะสำแดงบทบาทเป็นเสมือนหลักนำที่รัฐพึงยึดมั่นเพื่อความเป็นนิติรัฐ (Rechtsstaat) แต่อีกด้านหนึ่งในฝ่ายของผู้อยู่ใต้ปกครอง หลักนิติธรรมก็มักปรากฏบทบาทของการเป็นหลักอุดมคติทางกฎหมายที่ถูกหยิบยกขึ้นตรวจสอบหรือกำกับการวิจารณ์ กล่าวหาการใช้อำนาจที่มิชอบต่าง ๆ ของรัฐที่กระทบต่อเสรีภาพ ซึ่งกอปรทั้งการใช้อำนาจในแง่ของการแทรกแซงหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพในปริมณฑลเกี่ยวกับเรื่องทางการเมืองหรือความคิด และในแง่ของการแทรกแซงควบคุมเสรีภาพในการประกอบการเศรษฐกิจต่าง ๆ ซึ่งเป็นบทบาทของรัฐสมัยใหม่ที่ถือเอาปรัชญารัฐสวัสดิการ (Welfare state) เป็นสรณคมน์ [2]

อย่างไรก็ดี ลำพังเพียงการรับรู้อย่างผิวเผินในถ้อยคำอุดมคตินี้ หากไม่หลงใหลศรัทธาอยู่กับปรัชญาความคิดในเชิงจิตธรรม (Idealism) [3] จนเกินไปนัก บางทีเราอาจ "รู้สึก" ได้ถึงความเวิ้งว้าง, ว่างเปล่า, ล่องลอย (เหนือความเป็นจริง?) ของคำว่าหลักนิติธรรมดังกล่าว คงต้องยอมรับกันว่า รูปคำที่เป็นนามธรรมอย่างมาก ๆ ของคำ ๆ นี้มีส่วนชวนให้รู้สึกเคลือบคลุม (ambiguity) หรือว่างเปล่า (emptiness) ได้ง่ายเช่นเดียวกับความรู้สึกที่เกิดขึ้น เมื่อพยายามทำความเข้าใจกระจ่างต่อคำว่า "ความยุติธรรม" "ความเป็นธรรม" "ความเสมอภาค" หรือถ้อยคำในเชิงคุณค่า (value) ทำนองเดียวกัน และอาจเป็นเพราะเหตุนี้กระมังที่ทำให้มีบางคนตั้งข้อสังเกตว่า เรื่องราวเกี่ยวกับหลักนิติธรรมนั้นจริง ๆ แล้วมีบทบาทเพียงการสนองตอบ (ความต้องการ) ทางอารมณ์ความรู้สึกของผู้คนมากกว่าจะเป็นเรื่องของเหตุผลจริง ๆ [4] นอกจากนี้ไม่เพียงความ

---

(2) ประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ เรื่องการละเมิดหลักนิติธรรม, สิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการที่รัฐเข้าแทรกแซงควบคุมการประกอบการเศรษฐกิจหรือธุรกิจต่าง ๆ ของเอกชน แสดงออกในข้อเขียนของนักคิดอนุรักษ์นิยมฝ่ายนิยมเสรีภาพ (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

(3) จิตธรรม (Idealism) หมายถึงทฤษฎีทางปรัชญา ซึ่งถือว่า สิ่งที่เรียกกันโดยปกติว่า "โลกภายนอก" (The external World) นั้น มีจิต (mind) เป็นประธานหรือผู้สร้างขึ้น ปรัชญาจิตธรรมหาใช่จะขัดแย้งกับทรรศนะของผู้คนทั่วไปซึ่งเชื่อในการดำรงอยู่ของวัตถุ (material things) ทว่าไม่ลงรอยกับการวิเคราะห์ของบรรดานักปรัชญาจำนวนมากซึ่งเสนอว่า โลกทางวัตถุนั้นมีอิสระโดยสิ้นเชิงจากจิตใจ รายละเอียดโดยสรุปเพิ่มเติมขอให้ดู Antony Flew, "A Dictionary of Philosophy", (Pan Books, in association with the macmillan Press, 1981), P. 149

(4) ดูข้อสรุปของ Glanville Williams ใน Edgar Bodenheimer "Jurisprudence", (Hardvard University Press, 1981), P. 107

รู้สึกคลุมเครือเวิ้งว้างที่อาจเกิดขึ้นได้ดังกล่าว บางทีเราอาจมีความรู้สึกในเชิงสับสนงุนงงเพิ่มมากขึ้นได้ เมื่อได้ยินคำกล่าวของนักทฤษฎีกฎหมายที่มีชื่อเสียงบางท่านในเชิงว่า "ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธสิทธิมนุษยชน, บนความยากจนอันดาษดื่น การแบ่งแยกเชื้อชาติ ความไม่เสมอภาคทางเพศ และการกดขี่ทางศาสนานั้น โดยหลักการแล้ว อาจสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักนิติธรรมดีกว่าระบบกฎหมายใด ๆ ของประเทศตะวันตกที่มีอารยธรรมก้าวหน้ามากกว่า...." (5)

คำกล่าวเช่นนี้ แน่ละว่าคงต้องการคำอธิบายเพิ่มเติมหรือแม้การโต้แย้งหักล้าง หากจะถือความเอากันจริงจังกระนั้นในแง่หนึ่ง ในเบื้องต้นถ้อยคำดังกล่าวคงทำให้ "ดุลความรู้สึก" ในทางบวกต่อภาวะอุตมคติของเรื่องหลักนิติธรรมที่เคยมีอยู่แต่เดิมต้องสั่นคลอนหรือไม่ก็ทำให้เราต้องตื่นขึ้นสำรวจทบทวนโลกรอบตัวอย่างเป็นจริงมากขึ้น ว่าจริงหรือไม่ที่นามธรรมอุตมคติสีขาวดังกล่าวจะผสานเข้ากับสีดำมืดของโลกบางซีกได้อย่างหมดจดมากกว่าและในที่สุด มีเหตุผลเพียงใด ที่เพื่อนชาวจีนในซีกโลกตะวันออกของเราบางคนยืนยันว่า ความลำบากยุ่งยากของชาวตะวันตกเกิดขึ้นเนื่องจากพวกเขาไม่อาจก้าวล่วงเรื่องล้าหลังที่เรียก ๆ กันว่า "หลักนิติธรรม(6)

หลักคุณค่าทั่วไปในอุดมการณ์หลักนิติธรรม

แน่ละว่าคำถามทั้งหลายข้างต้นคงไม่อาจหาคำตอบกันได้อย่างหยาบ ๆ ง่าย ๆ เว้นเพียงจะได้ทำความกระจ่างต่อเนื้อหาหรือบรรลุเข้าถึงความหมายต่าง ๆ นานาของนัยภายในเรื่องหลักนิติธรรม โดยผนวกกับความเข้าใจต่อปรัชญาทางสังคมหรือการเมืองที่แฝงอยู่เบื้องหลังแนวคิดของผู้วิจารณ์นั้น ๆ อย่างไรก็ดีต่อประเด็นเหล่านี้ในชั้นแรก คงต้องเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจเรื่องพื้นฐานเกี่ยวกับหลักคุณค่าต่าง ๆ ที่สัมพันธ์เนื่องอยู่กับหลักนิติธรรม รวมทั้งความหมายกว้าง ๆ ของมันเสียก่อน

โดยพื้นฐานทั่วไปแล้ว หลักนิติธรรมจะสัมพันธ์วนเวียนอยู่กับเรื่องกฎหมาย, เหตุผลและศีลธรรม เสรีภาพของประชาชนและรัฐ, ความยุติธรรม, ความเสมอภาคในรูปแบบ (formal

---

(5) 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 10 เล่มที่ 1 มีนาคม 2524) หน้า 71 (เน้นโดยผู้เขียน)

(6) See J. Cohen, "**Criminal Process in the Peoples' Republic of China 1949-63**", (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

equality) [7] หรือความเสมอภาคในเนื้อหา (substantive equality) [8] ประเด็นเกี่ยวกับหลักคุณค่าต่าง ๆ เหล่านี้ แม้จะฟังตูคุ้นหูหรือขรึมขลัง แต่ก็นับว่ามีขอบเขตการตีความหมายที่กว้างขวางหลายหลากซึ่งแปรสัมพันธ์ไปกับระดับของพัฒนาการในแต่ละสังคมและจุดยืน (Stand-point) ทางอุดมการณ์การเมืองของแต่ละคน อย่างไรก็ดีในขั้นต้นนี้ สมควรทำความเข้าใจกันก่อนว่าแนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมนี้มิใช่เป็นเรื่องใหม่ที่เพิ่งกล่าวขวัญกันในไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา โดยตลอดช่วงแห่งบันทึกประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติมักเป็นที่เข้าใจกันกว้าง ๆ มานานแล้วว่าหลักนิติธรรมเป็นเรื่องของการปรับใช้เหตุผล (reason) และความเป็นธรรม (fairness) ดังที่อริสโตเติล (Aristotle) เคยจำกัดความหมายของหลักนิติธรรมให้เป็นเรื่องของ "ปัญญาที่ตัดขาดแล้วจากอารมณ์ความรู้สึก" (intelligence without passion) นอกจากนี้ยังเป็นที่เข้าใจของผู้คนทั่วไปว่า มันหมายถึงการตัดสินคดีตามความถูกต้องทางศีลธรรมอันเป็นการค้ำประกันต่ออิสรภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์อยู่ระหว่างผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยกันเอง และระหว่างประชาชนต่อรัฐบาลที่เป็นผู้ปกครองเขา [9]

อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้ก็คงเป็นเพียงการวางกรอบความหมายที่แสดงถึงหลักคุณค่าที่บรรจุอยู่อย่างกว้าง ๆ นั้นเอง เพราะความจริงเมื่อพิจารณากันในระดับสากลแล้ว ก่อนช่วง 2-3 ทศวรรษที่ผ่านมาซึ่งเริ่มมีการเคลื่อนไหวรณรงค์เรื่องหลักนิติธรรมในระดับสากลโดยคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists) เว้นเพียงในประเทศอังกฤษแล้ว วลีคำว่า Rule of Law หรือ หลักนิติธรรมนี้ ก็หาการแปลความหมายที่ชัดเจนใด ๆ ไม่ ในวงการนิติศาสตร์ของอารยประเทศที่สำคัญในตะวันตก 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" ในวรรณกรรมกฎหมาย

---

(7) ความเสมอภาคในรูปแบบ โดยนัยนี้ ผู้เขียนหมายเน้นถึงความเสมอภาคที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติของกฎหมาย อาทิในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ปรากฏรูปแบบภายนอกที่เชิดชูถึงความเสมอภาคของบุคคลที่จะได้รับการปฏิบัติต่อหน้ากฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งแยก หรือเลือกปฏิบัติ

(8) ความเสมอภาคในเนื้อหาอันแท้จริง (Substantive equality) หมายถึงความเสมอภาคที่มีผลปรากฏขึ้นจริง ๆ ในตัวบุคคลทั่วไปในสังคม มิใช่ความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่แต่เพียงเป็นตัวอักษรหรือคำพูดหรู ๆ ในกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติไม่มีแผนการทางสังคมหรือเศรษฐกิจ, กระบวนการหรือกลไกที่จะผลักดันให้ความเสมอภาคนั้นเป็นจริงขึ้นได้อย่างแท้จริง

(9) 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

ของเยอรมันก็ดี ล้วนต่างมิใช่การถ่ายทอดความที่สมบูรณ์ของวลี Rule of Law อย่างแท้จริง[10] ในทฤษฎีกฎหมายของอเมริกาเองเล่าคำว่า Rule of Law ก็มิได้ปรากฏการใช้แพร่หลายเช่นอย่างในอังกฤษ (หรือหากใช้ก็มิได้มีความหมายแน่ชัดแต่อย่างใด) แต่หากมีวลีคำว่า "ความเป็นเลิศของกฎหมาย" (Supremacy of Law) "รัฐบาลภายใต้กฎหมาย" (government under law) รัฐบาลแห่งกฎหมายมิใช่ของบุคคล (Government of laws and not of men) หรือ แม้แต่คำที่มีความหมายกว้างอย่าง "กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย" (due process of law) เข้ามาแทนที่[11] ซึ่งเว้นแต่เรื่องวัตถุประสงค์กว้าง ๆ ของการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐแล้ว นอกเหนือไปจากนี้ก็ดูเป็นเรื่องยากลำบากที่จะแสวงหาความเห็นพ้องเข้าใจร่วมกันในหมู่นักกฎหมายตุลาการ หรือนักวิชาการอเมริกัน ต่อความหมายหรือสิ่งที่เชื่อว่าเป็นคุณลักษณะสำคัญของเรื่องหลักนิติธรรม[12] และเช่นเดียวกัน คำว่า "ความถูกต้องตามกฎหมายของสังคมนิยม" (Socialist legality) ซึ่งใช้ ๆ กันอยู่ในประเทศสังคมนิยม แม้บางครั้งจะมีการแปล/ตีความว่ามีนัยเช่นเดียวกับหลักนิติธรรมของตะวันตก แต่โดยทั่ว ๆ ไปแล้วต่างก็ถือว่าวลีสองคำนี้จากสองค่ายความคิดทางเศรษฐกิจการเมือง ซึ่งแตกต่างกันเป็นสิ่งที่ไม่อาจนำมาใช้แทนกันและกันได้[13] กระนั้นก็ดีเราคงต้องทำความเข้าใจร่วมกันอีกครั้งก่อนว่า ภายใต้ภาวะที่ไม่เป็นเอกภาพของความเข้าใจดังกล่าว คงไม่อาจขยายความไปไกลเกินถึงว่า อุดมคติหรือหลักคุณค่าต่าง ๆ เบื้องหลังนิติธรรมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหาฐานร่วมในหลักคุณค่าทางกฎหมาย หรือการปฏิบัติในดินแดงซึ่งแตกต่างกันได้เลย อย่างน้อยที่สุด การกำเนิดของสิ่งที่เรียกว่า "กฎหมายระหว่างประเทศ" (International law) หรือ "หลักนิติธรรมระหว่างประเทศ" (International Rule of Law) ซึ่งแสดงออกถึงความคิดเรื่องการใช้กฎหมายเป็นสื่อสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความคิดที่ถือว่าการยุติข้อพิพาทขัดแย้งระหว่างรัฐจะต้องกระทำโดยอาศัยกฎหมาย มิใช่โดยการใช้กำลังหรือสงคราม[14] สิ่งเหล่านี้น่าจะถือเป็นนิมิตหมายหนึ่งของความสามารถ, ความ

---

(10) Norman S.Marsh. **"The Rule of Law as a Supra-National concept"** in A.G. Guest (ed.) **"Oxford Essays in Jurisprudence"** (Clarendon Press, Oxford, 1968), P. 229

(11) Ibid., P. 230

(12) 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

(13) Norman Smash, **"the Rule of Law as a Supra-National Concept"**, OP, cit, P. 230

(14) 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 Quartery, Vol. 20. April, 1971) P. 245

พยายามที่จะสังเคราะห์แกนอุดมคติร่วมทางกฎหมายจากดินแดนซึ่งต่างอารยธรรมทางกฎหมาย ให้เป็นหลักยึดร่วมกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันปัญหาเรื่องการข่มขู่คุกคามด้วยกำลังหรือการใช้อำนาจตามพลการ ซึ่งเป็นประเด็นพื้นฐานของเรื่องหลักนิติธรรมได้ แม้ว่าจะเป็นเรื่องในระดับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐก็ตาม และจากประเด็นพื้นฐานดังกล่าวที่สอดคล้องกันทั้งในระดับภายในประเทศและในระดับสากล บางทีเราอาจก้าวสู่การนิยามความหมายกว้าง ๆ "เบื้องต้น" ของหลักนิติธรรมได้ว่าหมายถึงการเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย, การที่รัฐบาลต้องปกครองด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมาย [15] ดังวลีที่ว่า "รัฐบาลโดยกฎหมายมิใช่โดยตัวบุคคล" (Government by law and not by men) โดยที่หลักอุดมคตินี้ในความหมายซึ่งกว้างที่สุดจะกำกับอยู่ด้วยหลักนามธรรมสำคัญอันเกี่ยวเนื่องกับเรื่อง ความเป็นกลาง (neutrality) ความเป็นระเบียบแบบแผน (uniformity) และความแน่ชัด หรือความสามารถคาดทำนายได้ (predictabilty) [16] ซึ่งจะประกอบเกาะเกี่ยวกันอยู่ในกฎเกณฑ์ (Rules) ที่รัฐตราออกมาใช้เป็นกฎหมาย และดูเหมือนจากหลักนามธรรมเหล่านี้เองที่เป็นตัวให้กำเนิดต่อสิ่งที่ถือว่าเป็น "คุณลักษณะสำคัญ" ซึ่งจะแสดงออกถึงการมีหรือการยึดมั่นในหลักนิติธรรม ดังอาทิ ความมีอิสระของตุลาการ, ดุลยพินิจ (ฝ่ายบริหาร) อันจำกัด, ความเสมอภาคของบุคคลเบื้องหน้ากฎหมาย, กระบวนการที่ยุติธรรม (due process) หรือการมีการตรวจสอบทบทวนการกระทำในทางบริหารโดยฝ่ายตุลาการ (judicial review of administrative action) เป็นต้น

การคลี่คลายเชิงประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ "หลักนิติธรรม"

แม้ว่าจะได้กล่าวเกริ่นถึง หลักคุณค่าทั่วไปหรือคุณลักษณะสำคัญทั่ว ๆ ไปของหลักนิติธรรมไปแล้วดังกล่าว สิ่งที่สมควรรำลึกต่อไปก็คือว่า **บรรดาหลักคุณค่าหรือคุณลักษณะนั้น ๆ หาใช่สิ่งที่ปรากฏขึ้นสำเร็จรูปตุจหลุดลอยมาเองจากฟ้ากว้างไม่ ทว่าเป็นสิ่งที่ผ่านการสั่งสมกลั่นกรองมาเป็นระยะเวลายาวนานในประวัติศาสตร์อารยธรรมของมนุษย์** ซึ่งหากมองลึกลงสู่บริบท (context) ทางสังคม การเมืองของประวัติศาสตร์ดังกล่าว เราอาจพบได้จากการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจของบรรพชนผู้กล้าหาญรุ่นแล้วรุ่นเล่าต่อผู้ปกครองในดินแดนต่าง ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งที่เรียกว่า อิสรภาพส่วนบุคคล (individual liberty) อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดหมายปั้นปลายหนึ่งของหลักนิติธรรมในฐานะเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมาย ณ จุดนี้เองกระมังที่อาจสานเชื่อมความเข้าใจได้ว่า เหตุใดจึงมีผู้สรุปว่าโดยพื้นฐานแล้วไม่มีความ

---

(15) See Joseph Raz, "**The Rule of Law and its Virtue**", Opcit, P. 196

(16) 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

แตกต่างในหลักการแห่งกฎหมายสำคัญ ๆ ที่ปรากฏในระบบกฎหมาย (legal system) ที่ยิ่งใหญ่ทั้งหลาย นับจากอดีตตั้งแต่ของจีน, ฮินดู, ฮิบรู (Hebrew) กรีก, โรมัน, เยอรมัน, ญี่ปุ่น, อิสลาม, สลาฟ (Slavic) หรือในระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law [17]

หันมาพิจารณาความคิดเรื่องอิสรภาพส่วนบุคคลดังกล่าวอีกครั้ง จากการทบทวนสู่อดีต เราจะพบว่าเรื่องราวเกี่ยวกับอิสรภาพเช่นนี้ แม้อาจไม่มีปรากฏชัดเจนในยุคแรกเริ่มของกรีกโบราณ (Ancient Greece) แต่ในช่วงรุ่งโรจน์ของเอเธนส์ หรืออาณาจักรโรมันช่วงหลัง เราไม่สามารถปฏิเสธการดำรงอยู่ของความคิดเกี่ยวกับอิสรภาพส่วนบุคคลได้เลย [18] การปรากฏของความคิดดังกล่าวนี้โดยเริ่มแรกดูเหมือนจะเกิดขึ้นในฐานะผลพลอยได้ (by product) ของการต่อสู้เพื่ออำนาจมากกว่าจะเป็นดอกผลตามที่มีเจตนามุ่งเก็บเกี่ยวโดยตรง ในครั้งกระนั้น อิสรภาพที่ได้มานั้นสำแดงออกโดยผ่านการยอมรับในลักษณะสำคัญของหลักการที่ว่า "ความเสมอภาคของกฎหมายต่อบุคคลทุกหมู่เหล่า" (equality of law to all manner of persons) ซึ่งเป็นความหมายของถ้อยคำในภาษากรีกโบราณว่า "Isonomia" คำ ๆ นี้มีความหมายตรงกันข้ามกับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยตามใจชอบ (arbitrary rule) ของผู้ปกครองที่กดขี่ทั้งหลายและ (ในยุคกระโน้น) กลายเป็นถ้อยคำที่คุ้นหูในบทเพลงเพื่อชีวิตที่ชาวบ้านนิยมร้องรำกันในวงเหล้าเพื่อเป็นการเฉลิมฉลองหลังทราบข่าวคราวการลอบสังหารผู้เผด็จการคนใดคนหนึ่งได้ ในยุคต่อมา อริสโตเติล (Aristotle) แม้จะไม่ได้เอ่ยถึงถ้อยคำกรีกโบราณดังกล่าวอีก เขาก็ย้ำเน้น (ในหนังสือ "Politics") ว่า "มันเป็นสิ่งถูกต้องเหมาะสมมากกว่าที่จะให้กฎหมายมิใช่ประชาชนคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ปกครอง" และบุคคลผู้ถือครองอำนาจสูงสุด" ควรได้รับแต่งตั้งให้ถือเสมือนเป็นเพียงผู้พิทักษ์และผู้รับใช้ของกฎหมาย" สำหรับอริสโตเติลแล้ว เขาถือว่าเป็นสิ่งเลวร้ายสำหรับรัฐบาลที่มี "ประชาชนมิใช่กฎหมายเป็นผู้ปกครอง" (The people govern and not the law) จากถ้อยคำเหล่านี้คงถือเป็นหลักฐานที่ชัดแจ้งได้ว่า วลีสมัยใหม่ที่กล่าวกันว่า "รัฐบาลโดยกฎหมายมิใช่โดยบุคคล" นั้น มีที่มาโดยตรงจากถ้อยคำของอริสโตเติลดังกล่าว [19]

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

---

(17) Rhyne, "**World Peace Through Law : The President's Annual Address**" Op.cit., P. 517

(18) เนื้อความที่ปรากฏผ่านมาและต่อถัดไปเกี่ยวด้วย กำเนิดของหลักนิติธรรมเก็บความส่วนใหญ่จากหนังสือของ Fridrich A. Hayek, "**The Constitution of Liberty,**" (London, Routledge & Kegan Paul, 1963), PP. 162-175

(19) Ibid, P. 166

ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในยุคนั้นที่ต่อสู้ช่วงชิงอำนาจจากพวกชนชั้นสูง (Patricians) ซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่ควบคุมอำนาจในการบัญญัติและใช้กฎหมาย จนสามารถผลักดันให้มีการตรากฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ที่มีลักษณะแน่นอน, มีหลักฐานสามารถเผยแผ่ให้ประชาชนทั่วไปรับรู้และปฏิบัติตามได้ [20] นัยของความคิดดังกล่าวอาจตรวจสอบได้ในบทแรกเริ่มของกฎหมายมหาชน (Public Law) ซึ่งปรากฏอยู่ในโต๊ะที่ 9 ของกฎหมายนี้ด้วยข้อบัญญัติว่า "สิทธิพิเศษ" (privileges) หรือกฎข้อบังคับใด ๆ ไม่อาจถูกตราขึ้นได้เพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งจะทำให้เกิดความเสียหายต่อคนอื่น ๆ อันเป็นการขัดต่อกฎหมายที่ใช้ร่วมต่อประชากรทั้งหมด ซึ่งทุกคนต่างล้วนถือเอาประโยชน์จากกฎหมายนั้น ๆ ได้ไม่ว่าจะมีตำแหน่งฐานะเช่นไร [21] หลักการของแนวความคิดนี้นอกจากจะมุ่งปกป้องเสรีภาพของคนทั่วไปแล้วยังเป็นการกำหนดวางคุณลักษณะสำคัญของกฎหมายเรื่องการวางหลักกว้าง ๆ ทั่วไป (generality) และเรื่องความแน่นอนของกฎหมาย (certainty) ซึ่งทำให้ผู้คนสามารถเข้าใจ, คาดหมายและถือประโยชน์จากกฎหมายได้เสมอกัน มองจากแง่มุมอุดมคตินี้ กฎหมายจึงถูกกำหนดบทบาท (อย่างน้อยในทางทฤษฎี) ในเชิงสร้างสรรค์เอื้อประโยชน์ให้แก่คนส่วนใหญ่โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ดังข้อสรุปของปรัชญาเมธีทางกฎหมายที่สำคัญบางคน อาทิ ซิเซโร (Cicero) ที่ว่า เราเคารพเชื่อฟังกฎหมายก็เพื่อความเป็นอิสระเสรี หรือ จอห์น ลอค (John Locke) ที่กล่าวว่า "จุดมุ่งหมายของกฎหมาย มิใช่มุ่งต่อการทำลายหรือขัดขวาง (เสรีภาพ) แต่หากคือการธำรงรักษาและเปิดกว้างซึ่งเสรีภาพ.....ที่ใดซึ่งไม่มีกฎหมายที่นั้นย่อมไร้เสรีภาพ...." [22]

อย่างไรก็ตาม ข้อสรุปดังนี้เมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับ "ข้อเท็จจริง" ในสังคมมนุษย์ที่หาความสมานฉันท์หรือการว่างเว้นจากการช่วงชิงอำนาจปกครองได้ยาก โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงเรื่องการอาศัยกฎหมายเป็นกลไกสำคัญของการต่อสู้ ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์หรือชนชั้นต่าง ๆ อาจทำให้เราต้องหยุดพิจารณาโดยรอบคอบมากขึ้นถึงธรรมชาติแห่งจุดมุ่งหมายของกฎหมายที่เป็นจริงว่าเป็นไปในทิศทางใดกันแน่ บวก, ลบ หรือเป็นกลาง มีปัจจัยอื่นใดบ้างไหมในสังคมที่เป็นตัวกำหนดทิศทางดังกล่าว นอกเหนือจากปัจจัยในด้านอุดมคติหรืออุดมการณ์ซึ่งดูเหมือนจะสะท้อนมิติของ "ความปรารถนา" ภายในตัวบุคคลมากกว่าจะแตะต้องถึงเหตุ

---

(20) อุกฤษ มงคลนาวิน, "ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)" (คณะรัฐศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2514), หน้า 6

(21) Friedrich A Hayek, "The Constitution of Liberty", Op.cit., P. 166

(22) Ibid., PP. 166, 162

ปัจจัยภายในสังคมอื่น ๆ ในแง่ของเศรษฐกิจหรือการเมืองเป็นอาทิ อย่างไรก็ตีคำถามและคำตอบในประเด็นซึ่งเป็นเรื่องข้อเท็จจริงเช่นนี้ หากจะถกเถียงกันในรายละเอียดอย่างเป็นระบบคงเป็นเรื่องนอกขอบเขตของงานเขียนชิ้นนี้ ประเด็นสำคัญเนื่องด้วยหลักนิติธรรม ณ ที่นี้คงเกี่ยวพันกับปรากฏการณ์การต่อสู้เพื่ออำนาจในสังคมมากกว่า ซึ่งดูเหมือนจะเป็นปลายทางรวมของเหตุปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าว ดังตัวอย่างที่เพิ่งกล่าวผ่านมาเกี่ยวกับกรีกโบราณหรือโรมัน

ในชั้นยุคกลาง (Middle Ages) ของยุโรป (ประมาณช่วง ค.ศ. 1100-1400) โดยเฉพาะในช่วงต้น ๆ ยุค ความคิดที่ว่าควรมีการจำกัดอำนาจทางการเมืองผู้ปกครองได้ปรากฏเป็นที่แพร่หลายมากขึ้น อุดมคติกว้าง ๆ ของหลักนิติธรรมเรื่องความเป็นเลิศของกฎหมาย (Supremacy of Law) หรือกฎหมายเป็นใหญ่ จึงได้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยมีรากฐานความคิดในเชิงกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเชื่อในการดำรงอยู่ของกฎหมายอันเป็นสากลซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้กำกับอยู่ เป็นเวลานับศตวรรษในช่วงนี้ที่ต่างยอมรับในลัทธิความเชื่อว่ากษัตริย์ หรือผู้มีอำนาจปกครองใด ๆ มิใช่ผู้ "สร้าง" กฎหมายทว่าเป็นเพียงผู้สามารถ "ประกาศ" หรือ "ค้นพบ" กฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายที่ถูกใช้ไปในทางที่ผิดให้กลับคืนเหมือนเดิมเท่านั้น [23] มีเพียงพระผู้เป็นเจ้า (God) ที่ทรงสร้างกฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ขึ้น โดยที่ทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองต่างก็ตกอยู่ใต้บัญญัติของพระเจ้าและกฎหมายเฉกเช่นเดียวกัน [24] อย่างไรก็ดี แนวความคิดนี้ก็ได้ค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงคลี่คลายตามพัฒนาการของสังคมต่อมา จนกระทั่งถึงช่วงปลายของยุคกลาง ความคิดเกี่ยวกับการบัญญัติหรือสร้างกฎหมายขึ้นเองโดยมนุษย์ ก็ได้เป็นที่ยอมรับกันแทนที่โดยอำนาจใหม่ของรัฐชาติ (national state) ที่มีลักษณะของการจัดรูปองค์กรอย่างสูงโดยก่อตัวขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 15-16 ซึ่งได้เริ่มมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นอย่างจริงจังในฐานะเป็นเครื่องมือสำหรับการผลักดันนโยบายของรัฐให้ปรากฏเป็นจริง จากพัฒนาการของความคิดที่เชื่อมั่นในความสามารถของมนุษย์ที่จะเป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) ผู้สร้างกฎหมายเองนี้นับเป็นองค์ประกอบสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐชาติ ซึ่งนับเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองของตะวันตกครั้งสำคัญจากลักษณะแบบจักวรรดิ (Empire) มาเป็นประเทศของชนชาติแต่ละชาติ มีผู้ปกครองคือกษัตริย์ ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นแบบราชาธิปไตยสมัยใหม่หรือ

---

(23) น่าสังเกตเปรียบเทียบว่า ลัทธิความเชื่อในเชิงกฎหมายธรรมชาติของตะวันตก เป็นไปในทำนองเดียวกับปรัชญาความคิดทางกฎหมายของไทย (ก่อนยุคปฏิรูปในรัชกาลที่ 5) ที่อิงอยู่กับคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดที่ (ในทางทฤษฎี) แม้พระมหากษัตริย์ก็เปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ดู โรแบรต์ แรงกาต์, "ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย", คำสอนชั้นปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, พุทธ, 2478) น. 46-55

(24) Philip S. James, "**Introduction to English Law**", (London Butterworths, 1979), P. 146

การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Royal Absolutism) ที่กษัตริย์สามารถดึงอำนาจกลับสู่ศูนย์กลางเป็นผลสำเร็จ[25]

จุดที่น่าศึกษาในประเด็นนี้ก็คือการก่อตัวของรัฐชาติหรือระบบราชาธิปไตยสมัยใหม่นี้ โดยสรุปเป็นผลสะสมของการเปลี่ยนแปลงอย่างช้า ๆ ในโครงสร้างทางเศรษฐกิจของยุโรป ซึ่งเริ่มจากการแปรเปลี่ยนระบบกรรมสิทธิ์ในที่ดินในศตวรรษที่ 13-15 บ่ายหน้าไปสู่ระบบนายทุน (Capitalistic System) การเกิดขึ้นของ "เมือง" ในลักษณะชุมชน (Community) ที่มีผู้คนมารวมตัวใช้ชีวิต และผลประโยชน์ร่วมกัน (แทนรูปแบบการใช้ชีวิตที่อยู่กันอย่างกระจัดกระจายตามชนบทแต่เดิม) ทำให้เกิดเป็นศูนย์กลางการค้าขาย และตามมาด้วยการก่อตัวของ "ชนชั้นกลาง" ขึ้นในฐานะชนชั้นเศรษฐกิจใหม่ซึ่งประกอบด้วยพ่อค้าและนักธุรกิจ เคียงแข่งไปกับชนชั้นที่มีอำนาจอยู่แต่เดิม คือพวกเจ้าขุนมูลนายหรือชนชั้นศักดินา และชนชั้นกลางที่เกิดขึ้นใหม่นี้เอง ที่นับว่ามีส่วนสำคัญในการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจสูงสุดให้มาตกอยู่แก่กษัตริย์ จากการร่วมมือซึ่งกันและกันระหว่างพวกพ่อค้าและกษัตริย์ ต่อสู้ลิดรอนอำนาจของพวกเจ้าศักดินาทั้งหลายซึ่งเป็นผู้ถือครองอำนาจหรือกรรมสิทธิ์ในที่ดินรายใหญ่ และมักทำตัวเป็นอุปสรรคกีดกันการค้าของชนชั้นเศรษฐกิจใหม่ดังกล่าวซึ่งปรารถนาสังคมที่มีการรวมศูนย์อำนาจมั่นคง **มีการจัดระเบียบหรือออกกฎเกณฑ์อันแน่นอน เพื่อประโยชน์ต่อการค้าหรือการขยายตัวในกิจการเศรษฐกิจของ**[26] การเกิดขึ้นของรัฐชาติและระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยสรุปจึงเป็นสัญลักษณ์ของความเสื่อมสลายของระบบขุนนาง (feudalism) ที่เปิดเผยความไม่ชอบธรรมภายในตัวเองให้ปรากฏมากขึ้น โดยที่ดุลแห่งความชอบธรรมของอำนาจได้ถูกเปลี่ยนมือมารวมศูนย์

---

(25) นันทนา กปิลกาญจน, "ประวัติศาสตร์และอารยธรรมโลก ยุคโบราณจนถึง ค.ศ. 1789", (โครงการตำรา มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, พ.ศ. 2522), หน้า 726; กอบเกื้อ สุวรรณทัต-เพียร (บก.) "อารยธรรมตะวันตก", (สำนักพิมพ์คัมภีร์ 2519) หน้า 145 จุดที่สมควรเน้น ณ ที่นี้คือ หลักเรื่องอำนาจเด็ดขาดของราชา (Royal absolutism) เป็นความคิดที่เพิ่งปรากฏตัวขึ้นไม่ใช่ของสมัยกลางโดยตรง เดิมทีแม้โครงสร้างทั่วไปของสังคมยุโรปจะประกอบด้วยชนชั้นต่าง ๆ นับแต่พวกเลข, ขุนนาง จนถึงราชา แต่อำนาจของราชาภายใต้ระบบ feudalism ก็มิใช่เป็นไปอย่างสมบูรณ์ แต่หากถูกจำกัดโดยพวกขุนนางชั้นผู้ใหญ่ต่าง ๆ กรณีของแมกนาคาร์ตา (Magna Charta) ที่พวกขุนนางอังกฤษรวมหัวกันบังคับให้พระเจ้าจอห์น ลงพระนามในเอกสารสำคัญนี้เมื่อ ค.ศ. 1215 เพื่อเป็นการยั้งถึงสิทธิของขุนนางและภาระหน้าที่ความรับผิดชอบของกษัตริย์ คงเป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นได้ถึงดุลแห่งอำนาจยุคนั้นระหว่างกษัตริย์กับพวกขุนนางได้ (ดู เสน่ห์ จามริก (ผู้แปล), "ความคิดทางการเมือง จาก เปลโต ถึงปัจจุบัน" (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2519 น. 140-141)

(26) ดู จรูญ สุภาพ "หลักรัฐศาสตร์" (บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด 2514), หน้า 67; มานิต สังวาลเพชร์, "ประชาธิปไตยของพวกศักดินา", (หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, พฤหัสบดีที่ 23 กุมภาพันธ์ 2527)

ลงสู่ส่วนกลางคือกษัตริย์ ในฐานะประมุขและสัญลักษณ์ของรัฐชาติที่เพิ่มก่อตัวขึ้น และจากจุดนี้เองที่หลักเรื่องความเป็นเลิศสูงสุดของกฎหมายได้เสื่อมสลายลงชั่วคราว หลักฐานข้อนี้เราอาจพิจารณาได้จากคำพูดของประธานศาลสูงสุดฝรั่งเศษ ในปี 1527 ซึ่งยืนยันในอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ Francis ที่ 1 ว่า "เราไม่ปรารถนาที่จะโต้แย้งหรือลดทอนอำนาจของพระองค์ ด้วยว่าจะเป็นการลบหลู่ดูหมิ่น และเราทราบดีว่า พระองค์นั้นทรงอยู่เหนือกฎหมาย[27] ถ้อยคำพูดดังกล่าวหรือประโยคที่นักนิติศาสตร์อ้างความจากตำรากฎหมายโรมันโบราณที่ว่า "เจตจำนงของราชานั้นประกอบด้วยพลังอำนาจแห่งกฎหมาย" (Quicquid principi placuit legis habet rigorem/the will of the prince has the force of law) น่าจะถือเป็นนิยามขยายความที่ดีได้ของระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Royal absolutism) ที่ปรากฏตัวขึ้น

อย่างไรก็ดี ท่ามกลางการก่อและขยายตัวในอำนาจสูงสุดของกษัตริย์รวมทั้งความคิดในเชิง "สร้าง" กฎหมายดังกล่าว อังกฤษดูเหมือนจะเป็นประเทศสำคัญแรก ๆ ในยุโรปที่พัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของรัฐบาลหรือรัฐาธิปัตย์ขึ้นมาอีกครั้งจากความขัดแย้งช่วงชิงอำนาจทางการเมืองระหว่างกษัตริย์และรัฐสภาในช่วงศตวรรษที่ 17 การช่วงชิงอำนาจดังกล่าวซึ่งเริ่มจากยุคสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (James 1) ผู้เชื่อมั่นในหลักเทวสิทธิ์ของกษัตริย์ (Divine rights) เรื่อยมาจนถึงยุคพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่งและสอง (Charles 1, Charles 11) ได้ดำเนินมาเกือบศตวรรษจวบจนถึงการกำเนิดของเหตุการณ์สำคัญในประวัติศาสตร์ที่เรียกว่า "การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์" (The Glorious Revolution) ในปี 1688 ซึ่งก่อให้เกิดเอกสารสำคัญในประวัติศาสตร์เกี่ยวกับสิทธิของประชาชนอังกฤษคือ The bill of rights of 1689 อันประกอบด้วยหลักการเรื่องความเสมอภาคของทุกคนภายใต้กฎหมาย ซึ่งส่งผลให้กษัตริย์ต้องขึ้นครองราชย์ โดยมติของรัฐสภาอันเท่ากับเป็นการก่อตั้งรัฐสภาที่มีอำนาจจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญขึ้น

แม้ว่าความคิดกว้าง ๆ ในเชิงจำกัดการใช้อำนาจขององค์รัฐาธิปัตย์ตลอดจนความเชื่อเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งล้วนเป็นนัยคุณค่าดั้งเดิมของอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะปรากฏขึ้นอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าว สิ่งเหล่านี้ก็คงมิได้หมายไปไกลกว่าอุดมการณ์หลักนิติธรรมได้เข้ามาครอบงำอย่างเป็นระบบและแสดงบทบาทการเป็นอุดมการณ์หลักทางกฎหมายของรัฐในลักษณะที่หลอมรวมและเป็นหนึ่งเดียวกับกฎเกณฑ์หรือระเบียบทางสังคม (Social order) ทั่วไปขณะนั้น อีกทั้งมิได้หมายความว่าบุคคลทุกคน (นอกเหนือจาก

---

(27) Quoted by Gaston Zeller, "**Les institution de la France au Xvie siecle**", (Paris, 1948), PP. 79-80, as cited in : Eugene F. Rice, Jr., "**The Foundations of Early Modern Europe 1460-1559**", (W.W.Norton & Company, Inc-Newyork, 1970), P. 93

พวกขุนนางซึ่งครอบงำเสียงส่วนใหญ่ในรัฐสภา) จะได้รับการคุ้มครองจากหลักการเรื่องความเสมอภาคดังกล่าวอย่างทั่วถึงจริงจัง ข้อนี้คงจำเป็นต้องขยายความให้เข้าใจเพิ่มเติมถึงบริบท (context) ทางสังคมขณะนั้นว่าเป็นเช่นไร ศตวรรษที่ 17-18 ของอังกฤษ (และยุโรปทั่วไป) นับเป็นช่วงปลาย/สิ้นสุดของระบบศักดินา (feudalism) และเป็นช่วงแห่งการครอบงำของลัทธิพาณิชย์นิยม (Mercantilism) ซึ่งเชื่อมั่นในการสร้างความมั่งคั่งยิ่งใหญ่ของรัฐโดยการพาณิชย์ระหว่างประเทศ [28] ปรัชญาในทางเศรษฐกิจเช่นนี้แม้ด้านหนึ่งจะนำความมั่งคั่งมาสู่รัฐ/กลุ่มอภิสิทธิ์ (privileges) ต่าง ๆ ในสังคม แต่อีกด้านหนึ่งก็มีส่วนจำกัด/ขัดขวางกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบุคคลโดยเฉพาะในกลุ่มคนชั้นกลางหรือพวกพ่อค้าทั้งหลาย [29] ด้วยเหตุนี้การดิ้นรนต่อสู้เพื่อทำลายอิทธิพลของแนวคิดนี้จึงเกิดขึ้นโดยกลุ่มพวกคนชั้นกลางดังกล่าว และความสำเร็จของการต่อสู้นี้ก็ได้เกิดขึ้นเป็นจริงเป็นจังภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ในศตวรรษที่ 18 ในประเทศอังกฤษซึ่งเปิดทางให้กิจการอุตสาหกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้นและตามมาด้วยการขยายตัวอย่างไม่เคยปรากฏของการแลกเปลี่ยนสินค้า (Commodity exchange) และสิ่งที่เรียกว่าตลาดเสรี (free market) ในระบบทุนนิยม

ปรัชญาทางเศรษฐกิจใหม่เรื่องตลาดเสรีซึ่งมี อาดัมสมิท (Adam Smith) (1723-1790) นักทฤษฎีเศรษฐศาสตร์การเมืองคนสำคัญชาวสก็อตเป็นผู้สนับสนุนคนสำคัญซึ่งเชื่อมั่นในผลลัพธ์ของการกระตุ้นการผลิตและการเพิ่มความมั่งคั่งของเศรษฐกิจโดยส่วนรวมอันเป็นการเน้นเป้าหมายความสำเร็จทางเศรษฐกิจในเชิงปริมาณ (Quantity) หาใช่ว่าจะเฟื่องฟูขึ้นมาโดยโดดเดี่ยว ทว่าเป็นไปโดยเคียงคู่การขานรับของปรัชญาทางสังคมและกฎหมายของลัทธิอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ที่มี เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) เป็นตัวแทนความคิดคนสำคัญ จากการยืนยันในหลักการสำคัญเรื่อง "ความสุขจำนวนมากที่สุด แก่คนจำนวนมากที่สุด" (The greatest happiness of the greatest number) [30] และจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์และ

---

(28) Mercantilism เป็นปรัชญาทางเศรษฐกิจที่เฟื่องฟูในยุโรปช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16, 17 และ 18 ซึ่งเน้นความเฟื่องฟูรุ่งเรืองของรัฐจากการค้าระหว่างประเทศ จากการยืนยันว่า กิจการทางเศรษฐกิจจะต้องดำเนินไปในลักษณะที่ช่วยเสริมสร้างชื่อเสียงและความยิ่งใหญ่ของรัฐ นอกจากนี้ยังเน้นเรื่องการตั้งกำแพงภาษีเพื่อกีดกันมิให้สินค้าจากต่างประเทศเข้ามาตีตลาดภายในประเทศ

(29) ดู จรูญ สุภาพ, "หลักรัฐศาสตร์", อ้างแล้ว, หน้า 68

(30) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ถือว่าความดีอันสูงสุด (ultimate good) คือ การที่ความสุขจำนวนมากที่สุดได้ปรากฏแก่คนจำนวนมากที่สุด และนิยามความถูกต้องของการกระทำ (rightness of actions) จากการที่การกระทำนั้น ๆ สามารถสร้างผลลัพธ์ให้เกิดความสุขแก่คนทั่วไป จากตรรกะดังกล่าวนี้เอง ทฤษฎีอรรถประโยชน์จึงไม่ยอมรับการดำรงอยู่ที่แน่นอนถึงที่สุดและจำเป็นของหลักการทางศีลธรรมโดยเฉพาะใด ๆ เนื่องจากถือว่า ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่จะเกิดขึ้นในแง่ของความสุขหรือความทุกข์เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนหากแปรเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ต่าง ๆ ดู Alan Bullock & Oliver Stallybrass (ed.), "The Fontana Dictionary of Modern Thought", (London Fontana Books, 1981) P. 656

สังคมที่มีการจัดระเบียบทางสังคมและกิจกรรมชีวิตใหม่นี้เองที่รากฐานอุดมการณ์หลักนิติธรรมครั้งใหม่ได้แตกหน่อมั่นคง จากเริ่มแรกของการต่อสู้เพื่ออิสรภาพมากขึ้นของเหล่าขุนนางและชนชั้นกลางกระทำต่อกษัตริย์รวมทั้งเพื่อสถานะและบทบาททางสังคมใหม่ของตน ระเบียบโครงสร้างเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีที่ก่อตัวขึ้น ได้ช่วยเร่งกระชับความต้องการหรือความจำเป็นของอิสรภาพส่วนบุคคล (individual liberty) ให้ได้รับการค้ำประกันความชอบธรรมอย่างจริงจังมากขึ้นเพื่อหนุนรับระเบียบทางเศรษฐกิจใหม่นี้ จากจุดนี้เองที่เราจะเห็นว่าตัวอุดมการณ์ความคิดนี้ แม้ด้านหนึ่งมันจะก่อตัวขึ้นด้วยจุดประสงค์เชิงอุดมคติทางกฎหมายซึ่งสะท้อนความต้องการพื้นฐานร่วมของมนุษย์ทั่วไปที่เรียกร้องในเรื่องเสรีภาพ, การดิ้นรนให้หลุดพ้นจากการครอบงำของมนุษย์ด้วยกันเอง แต่อีกด้านหนึ่ง (ซึ่งดูหนักแน่นดอบสนองผลประโยชน์เฉพาะกลุ่มและเป็นภววิสัย (Objective) มากกว่า) นั้น มันเป็นผลผลักดันสำคัญของระเบียบทางสังคมหรือเศรษฐกิจในยุคสมัยนั้น ๆ ซึ่งต้องการอุดมการณ์ความคิดที่สนับสนุนความชอบธรรมหรือเกื้อกูลการดำรงอยู่ของระเบียบเศรษฐกิจสังคมที่ครองความเป็นใหญ่ (hegemony) อยู่ขณะนั้น อิทธิพลของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรี (laissez-faire capitalism) หรือลัทธิอรรถประโยชน์ที่ต่างเน้นเรื่องปริมาณการผลิตและปริมาณความสุขสนุกสนานของ "ปัจเจก-บุคคล" ล้วนเรียกร้องระเบียบทางกฎหมาย (legal order) ที่มีลักษณะแน่นอน (Certainty) มั่นคง (stable), คาดทำนายได้ (predictable) รวมทั้งกลไกของรัฐที่มีความเป็นกลางในการปกครองหรือใช้ดุลยพินิจเข้าแทรกแซงกิจการเอกชนน้อยที่สุด โดยรับรองความเป็นอิสระของศาล และความเสมอภาคทางกฎหมาย เพื่อผลของการค้ำประกันความชอบธรรม, ความมั่นคง และประสิทธิภาพของระบบเศรษฐกิจดังกล่าว และที่สำคัญคือการรับรองอิสรภาพของปัจเจกบุคคลที่จะดำเนินกิจกรรมชีวิตภายใต้ระบบเศรษฐกิจนั้น โดยปราศจากการแทรกแซงและคุกคามของรัฐ [31] และจากแง่มุมนี้เองที่จะเห็นว่าคำขวัญเบื้องหลังทุนนิยมเสรี ดังคำพูดของ Jean Clande Gaurnay ที่ว่า Laissez faire, laissez passer ..... "อย่ามายุ่งกับเรา [32] ได้ประสานสนิทเข้ากับอุดมการณ์ทางกฎหมายเรื่องหลักนิติธรรม

ความเฟื่องฟูของอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไดซีย์ (Dicey)

แม้ว่าอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะได้มีวิวัฒนาการ, คลี่คลายมาเป็นเวลาช้านานดังที่ได้กล่าวถึงมา น่าสังเกตว่าเนื้อหาหรือรายละเอียดในตัวอุดมการณ์ความคิดนี้กลับมิได้รับการพูด

---

(31) See William Chambliss & Robert Seidman, "**Law, Order and Power**", (Addison-Wesley, Publishing Company, 1982), PP. 59-61

(32) จรูญ สุภาพ "**หลักรัฐศาสตร์**", อ้างแล้ว, หน้า 80

ถึงหรือให้อรรถาธิบายกันอย่างเป็นระบบจริงจัง นอกจากเพียงการหยิบยกถ้อยคำกว้าง ๆ ซึ่งเชื่อว่าเป็นแก่นกลางของความคิดนี้ขึ้นอ้างอิงยามเมื่อมีปัญหาเรื่องการคุกคามอิสรภาพของปัจเจกบุคคล หรือเมื่อมีประเด็นเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 19 นี้เองที่ถ้อยคำว่า "หลักนิติธรรม" (Rule of Law) ได้ถูกทำให้เป็นที่รู้จักแพร่หลาย (popularized) ความสำคัญอย่างเป็นระบบขึ้นครั้งแรก โดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีชื่อเสียงของอังกฤษคือ เอ.วี.ไดซีย์ (A.V.Dicey) (1835 - 1922) จากหนังสือ "Law of the Constitution" ซึ่งตีพิมพ์ขึ้นครั้งแรกเมื่อปี 1885 แบบฉบับของหลักนิติธรรมตามทัศนะของไดซีย์ แสดงออกโดยนัยสำคัญ 3 ประการคือ [33] 1. การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตาม **กระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ** (ordinary courts) ของแผ่นดิน 2. ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าเขาจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ทุก ๆ คน (ไม่ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดา) ล้วนต้องอยู่**ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน** และ 3. หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental rights) ของประชาชนเป็นผลจาก (ได้มาจาก) **คำวินิจฉัยตัดสินของศาล** หรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ ดังกรณีของรัฐธรรมนูญประเทศอื่น (foreign constitutions)

แม้ว่าหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไดซีย์ดังกล่าวจะได้รับการกล่าวขวัญอย่างมากในตะวันตกยุคนั้น [34] ค่าที่เป็นเสมือนคำประกาศเกี่ยวกับหลักนิติธรรมอย่างชัดถ้อยชัดคำเป็นจริงเป็นจังกว่าครั้งใด ๆ รวมทั้งมีน้ำเสียงในเชิงอุดมคติเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจากการใช้อำนาจโดยพลการ (arbitrariness) ของรัฐ ข้อสังเกตหรือข้อคิดเบื้องต้นที่พึงสังวรไว้ต่อการประเมินคุณค่าหลักนิติธรรมตามอรรถาธิบายของไดซีย์ก็คือ นิยามดังกล่าว

---

(33) A.V. Dicey, "**Law of the Constitution**", with an introduction by E.C.S.Wade, (English language book society & Macmillan 1979), PP. 187-203

(34) เช่นเดียวกันกับงานวรรณกรรมทางกฎหมายของไทย เมื่อมีการเอ่ยถึง "หลักนิติธรรม" ชื่อของไดซีย์และการยกย่องหลักนิติธรรมในแบบฉบับ (Version) ของเขามักปรากฏขึ้นเสมอ ดูตัวอย่างใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร, "บทบรรณาธิการ" (วารสารดุลพาห, เล่มที่ 4 ปีที่ 8, เมษายน, 2504); ธานินทร์ กรัยวิเชียร "**บทบรรณาธิการ**", (บทบัณฑิตย์, กรกฎาคม 2505); วิชา มหาคุณ, "อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ : ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม", (วารสารกฎหมาย, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 มกราคม - เมษายน, 2521); เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป 40101 หน่วยที่ 1-8, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527, หน้า 155-157

เมื่อพิจารณาโดยเนื้อหาทั้งหมดแล้ว หาใช่มีลักษณะของการวางหลักการทั่วไป (general Principles) ของหลักนิติธรรมไม่ ทว่า **เป็นการวางหลักโดยคำนึงถึงหลักปฏิบัติโดยเฉพาะของประเทศอังกฤษในยุคสมัยนั้น ๆ มากกว่าสิ่งอื่น** (โดยเฉพาะขอให้ดูในหลักข้อ 3) อันเป็นการสังเคราะห์ข้อสรุปจากบริบททางประวัติศาสตร์ (historical context) ของอังกฤษโดยเฉพาะ [35] ข้อสังเกตประการที่สองคงเกี่ยวเนื่องกับประเด็นคำถามเรื่องความ "ร่วมสมัย" หรือ "ล้าสมัย" ของหลัก "เฉพาะประเทศ" ดังกล่าวเมื่อพิจารณาถึงการกพัฒนาเติบโตที่ซับซ้อนมากขึ้นของการบริหารธุรกิจปัจจุบันอันเกี่ยวพันกับการใช้ดุลยพินิจ (discreation) ของฝ่ายบริหารในรัฐกิจปัจจุบันที่ต้องการความยืดหยุ่นของการใช้อำนาจ และโดยเฉพาะในประเด็นความชอบธรรมเรื่องการจัดตั้งศาลปกครอง (Conseil dz Etat) ที่เป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมปกติ (ordinary court)

ไม่น่าสงสัยเลยว่า ไดซีย์จะมีความนิยมผูกพันต่อระบบกฎหมาย common law ของอังกฤษมากเพียงใด ค่าที่เขาพยายามเน้นอย่างมากเรื่องการใช้อำนาจของรัฐบาลว่าจะต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายสามัญของ common law ในฐานะแหล่งที่มาเดียวกันของกฎหมายมหาชน (public law) ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของประเทศอื่นในยุโรป อาทิ ฝรั่งเศส ซึ่งพัฒนาระบบ กฎหมายปกครอง (droit administratif) [36] ความเชื่อมั่นของเขาต่อ "ศาลยุติธรรม" ว่าเป็นแหล่งที่มาสำคัญของความถูกต้องหรือการค้ำประกันสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชน นับว่าเป็นการปฏิเสธต่อระบบการควบคุมการใช้อำนาจ "อย่างอื่น" นอกเหนือจากกระบวนการยุติธรรมในศาลธรรมดาโดยเฉพาะในระบบ Common law ซึ่งสืบทอดจากอดีตมาเป็นระยะเวลายาวนาน ที่สำคัญก็คือการยืนยันของไดซีย์ในความสำคัญของคำพิพากษาของศาล หรือกระบวนการยุติธรรมในศาลปกติดังกล่าว อันเท่ากับเป็นการแสดงออกของการพอใจหรือการเลือกให้ความสำคัญต่อบรรทัดฐานในเชิงกระบวน (procedural norms) เหนือบรรทัดฐานที่เป็นเนื้อหาแท้จริง (substantive norms) ในการปกป้องคุ้มครองปัจเจกบุคคล [37] มองจากแง่นี้หลักนิติธรรมในแบบฉบับของไดซีย์ จึงไม่เพียงแต่จะถูกสร้างขึ้นโดยเฉพาะให้เข้ากับระบบกฎหมายของอังกฤษเท่านั้น แต่หากยังจำกัดคุณค่าส่วนใหญ่ของตัวให้อยู่กับเรื่องของ "กระบวน-

---

(35) G.Kamen Kuria & J.B.Ojwang. **"Judges and the Rule of Law : the Kenya Case"**, (Public Law, Autumn, 1979), P. 279

(36) E.C.S. Wade, an introduction to the book : A.V. Dicey, **"Law of the Contitution"**, (London, Macmillan & Co., Ltd., 1962), P.Cxiv

(37) Christopher H. Zimmerli, **"Human Rights and the Rule of Law in Southern Rhodesie"** Op.cit., P. 243

การ" (precedures) หรือสถาบัน (institutions) โดยไม่มีเป้าหมายในเชิงคุณค่านิยมที่แท้จริง (substantive value) ซึ่งจะเป็นหลักหมายที่ชัดเจนทางอุดมคติได้

เมื่อหันมาพิจารณากันถึงหลักการสำคัญสองประการแรกของไดซีย์ ในขั้นแรกทุกฝ่ายคงต้องยอมรับว่า เมื่อพิจารณากันอย่างกว้าง ๆ จากสถานการณ์ขณะนั้น (ปี 1885) ไดซีย์พูดไม่ผิดเรื่องการปกครองที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจตามอำเภอใจ และเรื่องที่ว่าบุคคลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยมีศาลเดียวกันเป็นผู้พิจารณาพิพากษา จำเพาะอย่างยิ่ง เมื่อคำนึงถึงภัยคุกคามที่อาจเกิดจากผู้ปกครองเผด็จการล้าหลังทั้งหลายที่มักปฏิเสธความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันตุลาการประเพณี และใช้อำนาจตั้งศาลพิเศษเฉพาะกาลขึ้นมาตัดสินลงโทษปรปักษ์ของตนเสียเอง [38] ในข้อนี้เช่นกันที่อาจทำให้เราเห็นคล้อยกับไดซีย์ที่กล่าวว่า "หลักนิติธรรมนั้นตรงกันข้ามกับรัฐบาลทุกระบบที่บุคคลผู้มีอำนาจสามารถใช้อำนาจจับกุม คุมขังบุคคลได้อย่างกว้างขวาง โดยพลการ หรือตามดุลยพินิจของตนเอง"

อย่างไรก็ตามท่าทีหรือการยืนยันทางความคิดของเขาต่อเรื่อง กฎหมายเล่มเดียวกัน, ศาลเดียวกันก็ดี หรือการยืนกรานคัดค้านต่อเรื่องอำนาจการใช้ดุลยพินิจ (discretionary power) อย่างเด็ดขาดก็ดี [39] เมื่อพิจารณากันอีกด้านหนึ่งโดยคำนึงถึงสถานการณ์สังคมปกติที่มิได้อยู่ภายใต้ความสุดโต่งของระบบอำนาจนิยม ผนวกกับการยอมรับในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความซับซ้อนของระบบบริหารหรือพัฒนาการแห่งสังคมสมัยใหม่แล้ว เราคงต้องยอมรับเช่นกันในความบกพร่องของตรรกะในแนวคิดของเขาที่ปฏิเสธหลักการเรื่องศาลเฉพาะแขนงใด ๆ ที่ตั้งขึ้นเป็นพิเศษนอกเหนือจากศาลปกติ โดยเฉพาะในเรื่องกฎหมายหรือศาลปกครองซึ่งไม่เพียงแต่จะเป็นเรื่องของการแยกองค์กรด้านความยุติธรรมขึ้นเป็นพิเศษเท่านั้น แต่ยังครอบคลุมถึงการยอมรับในความสำคัญของอำนาจการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการบริหารรัฐกิจสมัยใหม่อีกด้วย การปฏิเสธคัดค้านการดำรงอยู่ของกฎหมายปกครองหรือศาลปกครอง (โดยเฉพาะ

---

(38) ในกรณีตัวอย่างของประเทศไทยเรา นับจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองปี 2475 เป็นต้นมา การตั้งศาลขึ้นพิเศษชั่วคราวเพื่อพิจารณาพิพากษาปรปักษ์ทางการเมืองอย่างไม่ชอบธรรมที่มีปรากฏอยู่หลายครั้ง ดังปรากฏหลักฐานในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลพิเศษหลาย ๆ ฉบับ เช่น พ.ร.บ.จัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ. 2476, พ.ร.บ.จัดตั้งศาลพิเศษพุทธ. 2476 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2478, พ.ร.บ.จัดตั้งศาลพิเศษพุทธ. 2481, พระราชกำหนดจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีความผิดฐานกบฏภายนอกพระราชอาณาจักร พุทธ. 2483

(39) ในหนังสือ "**Law of the Constitution**" ที่อ้างถึง ไดซีย์ยืนยันว่า "ที่ใดมีดุลยพินิจ ที่นั้นย่อมมีช่องทางของการปฏิบัติตามอำเภอใจ (room for arbitrariness)....การที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจใช้ดุลยพินิจย่อมหมายถึงความไม่มั่นคงในเสรีภาพตามกฎหมาย (insecurity for legal freedom) ของประชาชน (หน้า 188)

ในอังกฤษ) ดังกล่าวทำให้แนวคิดเรื่องหลักนิติธรรมของไดซีย์มีธรรมชาติที่ทวนกระแสความเป็นจริงแห่งยุคสมัย และเป็นเรื่องยากที่จะให้ยอมรับกันในปัจจุบัน ซึ่งข้อนี้อาจยกตัวอย่างเทียบเคียงให้เห็นได้ดังเช่น กรณีความจำเป็นของการใช้กรรมสิทธิ์ในที่ดิน การเวนคืน หรือกิจกรรมเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการสมัยใหม่ต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจปกครองหรือดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการตัดสินสั่งการต่าง ๆ ในกิจการหรือผลประโยชน์ที่อาจเกิดขัดแย้งกันขึ้นระหว่างประโยชน์ของสังคมและประโยชน์ของเอกชน [40]

หากถามว่า ลึก ๆ ลงไปแล้ว (นอกเหนือจากประเด็นเรื่องกฎหมายปกครองหรือศาลปกครอง) สาเหตุใดที่ทำให้หลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไดซีย์ต้องกลายเป็นเรื่องพ้นสมัย ข้อนี้คงอาจเริ่มต้นคำตอบจากการพิจารณาข้อสรุปสำคัญของ Prof Wade ที่ว่า "การสลัดทิ้งหลักการเสรีนิยมแบบตัวใครตัวมัน (principle of laissez faire) ได้ก่อผลเปลี่ยนแปลงต่อธรรมชาติ (หรือลักษณะ) ของกฎหมายจำนวนมากของเรา" [41] ซึ่งหากกล่าวกันจริง ๆ แล้ว ผลสะเทือนของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมิใช่จะมีเพียงเฉพาะต่อกฎหมายทั่วไปซึ่งโดยปกติจะมีลักษณะเป็นปรากฏการณ์ที่สะท้อนถึงแบบวิถีของการจัดระเบียบในสังคม ทว่ายังครอบคลุมไปถึงอุดมการณ์ทางกฎหมายที่รองรับอยู่กับหลักการดังกล่าว อันรวมถึงอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรมของไดซีย์ด้วย

โดยพื้นฐานแล้วต้องเข้าใจว่า ไดซีย์เป็นนักคิดที่ยึดมั่นในอุดมการณ์เสรีนิยมภายใต้อิทธิพลความคิดร่วมสมัยทางเศรษฐกิจของอาดัม สมิท (Adam Smith) หรือ ริคาร์โด (Ricardo) ซึ่งล้วนสนับสนุนหลักการเสรีนิยมแบบตัวใครตัวมัน (laissez faire) หรือปรัชญาปัจเจกชนนิยม (individualism) อิทธิพลความคิดแบบเสรีนิยมที่ครอบงำอยู่ในยุคสมัยนั้น ได้ส่งผลถึงความเข้าใจหรือการตีความธรรมชาติของหลักนิติธรรมในแบบสมัยของไดซีย์ ให้เน้นเรื่องการปกป้องผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (individualist rule of law) [42]

รากฐานของความคิดทางสังคมการเมืองแบบอนุรักษ์ - เสรีนิยม (liberal-conservative) ของไดซีย์ อาจปรากฏไม่เด่นชัดนักในยุคสมัยของเขาซึ่งคลื่นความคิดเกี่ยวกับรัฐสวัสดิการยังอยู่ในช่วงเริ่มต้น แต่เมื่อถึงชั้นของ เอฟ เอ ไฮเยค (F.A. Hayek) (1899-) นักกฎหมายและนัก

---

(40) See E.C.S. Wade, an introduction to the book : A.V. Dicey "**Law of the Constitution**" Op. cit., PP. CXIII, CXXV ; ผู้สนใจบทวิจารณ์ทัศนะของไดซีย์ในเรื่อง "หลักนิติธรรม" ขอให้อ่านเพิ่มใน : ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ", วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 3 สิงหาคม 2527, ตอน 2, หน้า 245-267

(41) Ibid, P.CIII

(42) See sir Ivor Jennings, "**The Law and the Constitution**" (University of London Press, 1963), PP. 53-56, 310

เศรษฐศาสตร์ชาวเยอรมัน ผู้เป็นเสมือนผู้สืบทอดหรือสานุศิษย์ (disciple) ที่เอางานเอาการในทฤษฎีหลักนิติธรรมของไดซีย์ อุดมการณ์ทางการเมืองแบบอนุรักษ์ - เสรีนิยม ดังกล่าวก็เปิดเผยตัวเองออกมาอย่างชัดเจน ในงานเขียนคลาสสิคของไฮเยค คือ "The Road to Serfdom" ในงานเขียนชิ้นนี้ ไฮเยคได้ให้นิยามหลักนิติธรรมในแบบฉบับของเขาว่าหมายถึง "การที่รัฐบาลจะปฏิบัติภารกิจใด ๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของกฎเกณฑ์ (Rules) ที่แน่นอน และได้ประกาศล่วงหน้าแล้วโดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าว จะช่วยให้สามารถคาดการณ์ได้แน่ชัดว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจได้ในสถานการณ์ใด และช่วยให้สามารถวางแผนกิจการส่วนตัวต่าง ๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว"[43] ไฮเยคเชื่อมั่นว่ามีเพียงกฎเกณฑ์ที่แน่นอนและประกาศให้ทราบกันล่วงหน้าเท่านั้นที่จะค้ำประกันเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในการประกอบธุรกิจและช่วยในการบรรลุถึงจุดมุ่งหมายชีวิตส่วนตัวตามที่แต่ละคนมุ่งหวัง การวางแผนการเศรษฐกิจใด ๆ ก็ดี การบัญญัติกฎหมายเปิดช่องทางให้รัฐมีโอกาสใช้ดุลยพินิจ (discretion) เข้าแทรกแซงกิจการส่วนตัวต่าง ๆ ของเอกชน เพื่อหวังผลในเรื่องความเสมอภาคที่เป็นจริง (substantive equality) ก็ดี สิ่งเหล่านี้ในทัศนะของเขาเห็นว่าในบั้นปลายล้วนนำไปสู่การคุกคามสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้นและโดยตรรกะเช่นนี้เองที่ให้สรุปว่า "นโยบายของรัฐ", ใด ๆ ที่มุ่งโดยตรงต่ออุดมคติที่เป็นจริงของความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน (distributive justice) จึงมีแต่จะนำไปสู่ความพินาศของหลักนิติธรรม (destruction of the rule of law)[44]

ข้อสรุปดังกล่าวของไฮเยค พิจารณากันโดยละเอียดแล้วคงสร้างเครื่องหมายปรัศนีขึ้นหลาย ๆ แห่ง จากคู่ความขัดแย้งต่าง ๆ ที่เขายกขึ้นพูดนับแต่เรื่องความเสมอภาคในเนื้อหา (substantive equality) ซึ่งเป็นคู่ตรงข้ามกัน ความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality) หลักนิติธรรมและความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน หรือหลักนิติธรรมกับการใช้ดุลยพินิจ หรือการวางแผนทางสังคม (social planning) จากน้ำเสียงที่เขาวิพากษ์วิจารณ์คู่ความขัดแย้งดังกล่าวล้วนชี้ให้เห็นถึงการที่ไฮเยคให้ความสำคัญแต่หลักคุณค่าที่เป็นรูปแบบ (formal) มิใช่เนื้อหา (substance) ชี้ให้เห็นคติความเชื่อในสิ่งจำเพาะที่เป็นแบบแผน, แน่นอน เป็นกลไก ซึ่งอยู่เหนือการใช้ดุลยพินิจ หรือการตัดสินใจของมนุษย์ ซึ่งกล่าวสำหรับเขาแล้ว ความหมายของดุลยพินิจมีค่าเท่ากับการใช้อำนาจโดยพลการ (arbitrariness) หรือมีค่าเท่ากับการทำลายสิ่งที่เป็นความแน่นอน (certainty), คาดทำนายได้ (predictability) ของกฎหมายและเสรีภาพของ

---

(43) F.A. Hayek, "**The Road to Serfdom**", (The University of Chicago Press, 1956), P. 72

(44) Ibid, P 79

ประชาชนในที่สุด[45] พ้นไปจากอุดมการณ์ทุนนิยมเสรีที่อยู่เบื้องหลังความคิดเรื่องหลักนิติธรรมของไฮเยค ประเด็นละเอียดอ่อนที่ควรกล่าวขยายเพิ่มเติม คือโลกทัศน์ของตัวเขาที่มีลักษณะของความเคลือบแคลงและไม่เชื่อถือหรือไม่ไว้วางใจ ในคุณธรรม ความสามารถของมนุษย์ ไฮเยคมองมนุษย์เช่นเดียวกับ เดวิด ฮูม (Hume) และนักคิดสำคัญหลาย ๆ คน ที่เห็นว่ามนุษย์นั้น โดยธรรมชาติเป็นสัตว์โลกที่คับแคบคิดถึงแต่ตัวเอง (egoistic), ต่อต้านสังคม (anti-social) และมีความจำกัดในภูมิปัญญาต่าง ๆ รากฐานของโลกทัศน์เช่นนี้ ทำให้เขาคัดค้านความคิดใด ๆ ที่มีลักษณะของการตั้งใจวางแผนร่วมเพื่อส่วนรวม หรือโครงการความคิดใด ๆ ที่มุ่งจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สมาชิกในสังคม อย่างเสมอภาคแท้จริง (substantive equality, distributive justice, social justice) เขาเชื่อว่าจากธรรมชาติและความจำกัดของมนุษย์ดังที่กล่าวข้างต้น แผนการทางสังคมใด ๆ ที่มุ่งสร้างสิ่งที่เรียกว่าความเป็นธรรมในสังคม หรือความเสมอภาคอันแท้จริง ล้วนรังแต่จะนำไปสู่ความเป็นเผด็จการหรือความเป็นทาสของมนุษย์โดยส่วนรวม[46]

แน่นอน ว่าความห่วงใย หรือฝันร้ายของไฮเยคดังกล่าว เป็นสิ่งที่ใช่จะไร้มูลเสียทีเดียว เมื่อคิดถึงตัวอย่างของฝันร้ายที่ไฮเยคมักเอ่ยถึง คือกรณีผลลัพธ์ของการวางแผนเศรษฐกิจในสมัยนาซีเยอรมัน หรือกรณีความบกพร่องผิดพลาดของรัฐเผด็จการ สังคมนิยมต่าง ๆ แต่ข้อที่น่าคิดต่อคือ ความกังวลห่วงใยนั้น ๆ เป็นสิ่งที่ต้องเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ (inevitably) ในทุกกาละสถานที่โดยไม่มีทางแก้ไขหรือควบคุมจริงหรือ และในขณะที่ไฮเยคยืนกรานว่า ระบบรัฐสวัสดิการซึ่งบางกรณีเกี่ยวพันกับเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยเมตตาธรรม (benevolent discrimination) ของรัฐบาลเนื่องจากความจำเป็นเฉพาะของประชาชนกลุ่มต่าง ๆ (ตัวอย่างเช่นการให้สิทธิพิเศษแก่คนผิวดำหรือชนกลุ่มน้อยบางฝ่ายในอเมริกา) เป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรมในเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย คำถามว่าการปกป้องต่อหลักคุณค่าเรื่องความเสมอภาคในรูปแบบ (formal equality) ในแบบฉบับของเขา ในท้ายที่สุดเช่นกันจะช่วยให้เกิดความเสมอภาคหรือความยุติธรรมแก่คนส่วนใหญ่ในสังคมได้สักเพียงใด เช่นเดียวกับกรณีหลักความแน่ชัด (certainty) ของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญหนึ่งในหลักนิติธรรมตามแบบฉบับของไฮเยค เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบการเศรษฐกิจของเอกชนก็อาจมีคำถามว่า เป้าหมายของผู้ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวจริง ๆ แล้วเป็นคนกลุ่มใดหรือชนชั้นใด

---

(45) 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

(46) ดูบทวิเคราะห์ความคิดรากฐานของ Hayek ได้ใน Wieslaw Lang, "**Marxism, Liberalism and Justice**", in Eugene Kamenka and Alice Erh-Soon Tay (eds), "Justice" (Edward Arnold, 1979), PP. 129-132

เนื่องจากเมื่อเราหันมาทบทวนถึงประวัติศาสตร์อันยาวนานของอุดมการณ์หลักนิติธรรมที่แสดงบทบาทคัดค้านผู้ปกครองเผด็จการ จะพบว่าพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่ที่ก้าวล่วงความล้าหลังทางการเมือง (ทว่ายังปรากฏหรือตกค้างอยู่ในประเทศด้อยพัฒนาหลาย ๆ ประเทศในปัจจุบัน) ไปแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งภายใต้ระบบทุนนิยมที่แก้ปัญหาผู้ปกครองเผด็จการหรือทรราชที่ชัดเจนเปิดเผยล่วงไปได้แล้ว รัฐหรือระบบดังกล่าวก็ยังเผชิญกับปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาค หรือแม้ในเรื่องสิทธิเสรีภาพในลักษณะของการครอบงำผูกขาดผลประโยชน์ที่กลุ่มคนจำนวนน้อยในชนชั้นหนึ่งกระทำต่อตัวคนส่วนใหญ่ที่อยู่ระดับล่างถัดไป จากแง่มุมนี้เองที่ดูเหมือนว่าบทบาทเดิมหรือแบบฉบับเก่า ๆ ของหลักนิติธรรมได้สำแดงให้เห็นถึงความบกพร่องล้าสมัย ไม่ลงรอยกับยุคสมัยหรือขั้นตอนการพัฒนาของสังคม

ความบกพร่องดังกล่าวปรากฏอยู่ในลักษณะสำคัญอย่างน้อยสองประการในหลักนิติธรรมเช่นนี้ กล่าวคือลักษณะที่เน้นแต่เพียงรูปแบบ (formalism) ภายนอกของกฎหมายที่ดี และลักษณะที่ให้ความสำคัญแต่บรรทัดฐานในรูปกระบวนการ (procedural norms) [47] โดยหย่อนการคำนึงถึงโดยตรงต่อเป้าหมายในเชิงคุณค่า (value) หรือเนื้อหาของความยุติธรรมที่เป็นจริงต่าง ๆ และน่าสนใจว่าความบกพร่องดังว่านี้มิใช่จะจำกัดอยู่ในชั้นความคิดเก่า ๆ ของ ไดซีย์ หรือไฮเยคเท่านั้น แต่หากคงยังปรากฏอยู่ในผลงานของนักคิดทางปรัชญากฎหมายร่วมสมัยชั้นนำหลาย ๆ คน ดังอาทิ แบบฉบับของหลักนิติธรรมในงานเขียนของ Lon Fuller [48] ก็ดี,

---

(47) see G.Kaman Kuria & J.B. Ojwang, **"Judge and the Rule of Law : the Kenya case"**, Op.cit., P. 265

(48) Fuller มิได้ใช้คำว่า "หลักนิติธรรม" โดยตรง แต่อรรถาธิบายที่เขาพยายามพูดต่อสิ่งที่เป็นเงื่อนไขชี้บ่งการดำรงอยู่ของ "ระบบแห่งกฎหมาย" (System of Law) แสดงนัยเช่นเดียวกับการกล่าวถึงหลักนิติธรรมที่เน้นเรื่องรูปแบบที่เป็นทางการหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติที่ชอบธรรม Fuller เชื่อว่า ความพยายามที่จะสร้างและดำรงไว้ซึ่ง "ระบบแห่งกฎหมาย" ขึ้นอยู่กับการหลีกเลี่ยงความผิดพลาดอย่างน้อย ๘ ประการ กล่าวคือ การไม่ยึดถือกฎเกณฑ์โดยสิ้นเชิง, ไม่มีการตีพิมพ์เผยแพร่กฎเกณฑ์ที่จะให้ผู้คนปฏิบัติ, การตรากฎหมายย้อนหลัง, ความไม่ชัดเจนของกฎเกณฑ์, การตรากฎเกณฑ์ที่ขัดแย้งกัน, การตรากฎเกณฑ์ที่พ้นวิสัยต่อการปฏิบัติ, การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์บ่อยเกินไป, ความไม่กลมกลืนระหว่างกฎเกณฑ์ที่ประกาศใช้ และการบริหารในความเป็นจริง รายละเอียดขอให้ดู Lon L. Fuller, **"The Morality of Law"**, (New Heaven and London, Yale University Press, 1964), PP. 39-94

Joseph raz [49] หรือของ Johe Finnis [50] ก็ดี ล้วนสำแดงให้เห็นถึงการยึดมั่นอยู่ในลักษณะหรือกรอบที่ค่อนข้างคลาสสิคของหลักนิติธรรมดังว่า

อย่างไรก็ดี การกล่าววิจารณ์ถึงลักษณะที่เน้นเรื่องรูปแบบหรือความสำคัญของกระบวนการ ก็หาใช่ว่า "รูปแบบ" หรือ "กระบวนการ" นั้นจะไม่ตอบสนองหรือสัมพันธ์กับหลักคุณค่าใด ๆ เลยเสียทีเดียว ตัวอย่างการให้เหตุผล (reasoning) ของ Finnis ที่ว่า หลักเรื่องการคาดทำนายได้ (predictability) หรือความแน่ชัดของกฎหมาย อันประกอบเป็นแกนสำคัญหนึ่งในหลักนิติธรรม เป็นหลักที่มุ่งส่งเสริมหลักคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญยิ่งประการหนึ่งของมนุษย์ กล่าวคือ ความมีศักดิ์ศรีของชีวิตที่มีความรับผิดชอบในตัวเอง (ซึ่งมิได้ดำรงอยู่เยี่ยงเครื่องมือทางผลประโยชน์ของคนอื่น) ซึ่งสามารถกำหนดหรือคาดทำนายความเป็นไปในชีวิตอนาคตของตัวเองได้ (dignity of self direction) [51] นับเป็นการชี้ให้เห็นนัยเชิงคุณค่าที่แฝงอยู่ในหลักนิติธรรมแบบเก่าซึ่งยากต่อการหักล้างได้เช่นกัน แต่ประเด็นการให้เหตุผลดังกล่าวก็ดูเหมือนจะเป็น

---

(49) ในทัศนะของ Raz หลักการสำคัญ ๆ อันเป็นพื้นฐานความคิดเรื่องหลักนิติธรรม ประกอบด้วย 1. กฎหมายต้องใช้บังคับเฉพาะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นหลังประกาศ (prospective) 2. กฎหมายพึงมีความมั่นคงถาวรโดยสัมพัทธ์ ไม่มีการแก้ไขบ่อยเกินไป 3. การตรากฎหมายพิเศษใด ๆ ควรต้องกระทำภายใต้กฎเกณฑ์ที่เปิดเผย, มั่นคง, ชัดแจ้ง และมีลักษณะทั่วไป 4. อิสระของตุลาการจะต้องได้รับการค้ำประกัน 5. หลักเรื่องความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (natural justice) ต้องได้รับความเคารพ 6. ศาลยุติธรรมพึงมีอำนาจตรวจสอบพิจารณา (review powers) ให้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ได้รับการส่งเสริมปฏิบัติตาม 7. การขอความยุติธรรมต่อศาลต้องกระทำได้โดยง่าย (ไม่เยิ่นเย้อกินเวลามากหรือเสียค่าใช้จ่ายสูงเกินไป) 8. ไม่อนุญาตให้หน่วยงานของรัฐต้านป้องกันอาชญากรรมใช้ดุลยพินิจไปในทางบิดเบือนกฎหมาย หรือเลือกปฏิบัติเฉพาะอาชญากรรมบางประเภทหรือผู้กระทำผิดเฉพาะกลุ่ม/ชนชั้น ดูรายละเอียดได้ใน Joseph Raz, **"The Rule of Law and Its virtue"**, Op.cit., PP. 198-202

(50) Finnis ถือว่า หลักนิติธรรมจัดได้ว่าเป็นคุณธรรมโดยเฉพาะ (specific virtue) ของระบบกฎหมาย และระบบกฎหมายซึ่งสำแดงออกถึงการมีหลักนิติธรรมในสาระจะต้องประกอบด้วยลักษณะต่าง ๆ คือ 1. เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งออกใช้กับการกระทำภายหน้าไม่มีผลย้อนหลัง 2. ไม่เหลือวิสัยที่จะปฏิบัติตาม 3. มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ 4. แจ้งชัด 5. มีลักษณะต่อเนื่องสัมพันธ์กับกฎเกณฑ์อื่น ๆ 6. กฎเกณฑ์มีความมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้ผู้คนปฏิบัติตามชี้แนะของบทบัญญัติในกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ 7. การตรากฤษฎีกาของฝ่ายบริหาร และคำสั่งต่าง ๆ ขึ้นใช้ในสถานการณ์พิเศษโดยสัมพัทธ์ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ซึ่งมีการประกาศใช้เป็นทางการอันมีลักษณะชัดแจ้ง, แน่นอนและทั่วไป และ 8. บรรดาบุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจเป็นทางการในการตรา, บริหาร และปรับใช้กฎเกณฑ์จะต้องให้เหตุผลต่อการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ (เป็นข้ออ้าง) ของการใช้อำนาจของตน, ต้องใช้บังคับกฎหมายอย่างสม่ำเสมอและตามแนวทางของมัน see John Finnis, **"Natural Law and Natural Rights"**, (Clarendon press, Oxford, 1980), PP. 270-271

(51) John Finnis, Ibid, PP. 272-273

เรื่องของคุณค่าโดยนัย (implicit value) ซึ่งไม่ชัดเจนทีเดียวนักอันปรากฏขึ้นจากผลของการ "ตีความ" หรือ "แปลความ" มากกว่าอื่นใด หาใช่หลักคุณค่าที่ปรากฏหรือถูกประกาศอย่างแจ้งชัดในลักษณะ "กำกับ" จุดมุ่งหมายของอุดมการณ์หลักนิติธรรมไม่ อีกทั้งยังไม่มีคำอธิบายที่เป็นระบบครอบคลุมเพียงพอที่จะแยกให้เห็นการหลุดพ้นจากอิทธิพลความคิดแบบอนุรักษ์-เสรีนิยม ซึ่งครอบงำอยู่ในหลักนิติธรรมตั้งแต่ชั้นของไดซีย์

มีข้อที่น่าคิดต่อว่า แบบฉบับของหลักนิติธรรมเชิงอนุรักษ์-เสรีนิยมที่ถือเอาเรื่อง "รูปแบบ" หรือ "กระบวนการ" เป็นใหญ่เช่นที่กล่าว มีความบกพร่องชนิดที่ไปด้วยกันไม่ได้กับรัฐสมัยใหม่ภายใต้การกำกับของระบบสวัสดิการสังคมโดยสิ้นเชิงหรือ

ข้อนี้หากเรามองถึงพัฒนาการของอุดมการณ์ทุนนิยมอย่างต่อเนื่อง คงต้องยอมรับว่าระบบทุนนิยมเพื่อสังคมหรือทุนนิยมภายใต้รัฐสวัสดิการ (welfare capitalism) มิใช่สิ่งที่กำเนิดขึ้นอย่างลอย ๆ ชนิดที่หลุดขาดตัดตอนจากระบบทุนนิยมดั้งเดิมที่มีลักษณะผูกขาดหรืออนุรักษ์ผลประโยชน์ทุนกลุ่มเล็ก ๆ ทว่าเติบโตขึ้นจากฐานของระบบทุนนิยมดั้งเดิมเอง ด้วยการสังเคราะห์ของ "ข้อเท็จจริง" เรื่องความไม่เป็นธรรมภายในสังคมที่มีการดิ้นรนต่อสู้เพื่อความเสมอภาคเพิ่มขึ้น ผสมผสานกับอิทธิพลความคิดสังคมนิยมที่เคียงแข่งความชอบธรรมของระบบขึ้นมา เมื่อมองกันที่รากฐานซึ่งยังไม่ได้ถูกตัดขาดเลยเช่นนี้ ย่อมชวนให้ตีความในชั้นแรกได้ว่า แม้จะอยู่ภายใต้ระบบทุนนิยมเพื่อสังคม หลักนิติธรรม (ในแบบฉบับเดิม) ก็ยังมีบทบาทสำคัญ "ระดับหนึ่ง" จากค่าที่ฐานทางอุดมการณ์ซึ่งรองรับอยู่อีกชั้นหนึ่งคือ อุดมการณ์ทุนนิยมเสรียังไม่แปลกแยกหรือขัดแย้งอย่างชนิดแตกหักกับทุนนิยมเพื่อสังคม แนวการตีความเช่นนี้อาจดูสวนทางกับทัศนะวิจารณ์ของไฮเยค (Hayek) ที่วิจารณ์ระบบรัฐสวัสดิการอย่างรุนแรงดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า แต่คำวิจารณ์เช่นว่าก็คงไม่อาจถือได้ว่าเป็นตัวแทนคำวิจารณ์อันชอบธรรมเดียวของหลักนิติธรรมในแบบฉบับดังกล่าว จริง ๆ แล้วคำยืนยันของ Hayek ในทำนอง "ละเมิดมิได้" โดยเด็ดขาด ของหลักเรื่องความแน่นอนก็ดี หรือหลักเกี่ยวกับการคาดทำนายได้ล่วงหน้าของกฎหมายก็ดี นับว่ามีสุ้มเสียงที่ฉายความแข็งกระด้างในการตีความหลักนิติธรรมอยู่ไม่น้อย อันเป็นผลให้เกิดเสียงวิจารณ์สะท้อนขึ้นว่า การตีความในลักษณะเช่นนั้นของ Hayek เป็นเสมือนการ "เพิ่ม" สาระประกอบเรื่องการ "ไม่อาจยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงได้" (immutable) ลงในหลักนิติธรรม อันเท่ากับเป็นการดิดอยู่ในหล่มแห่งความคิด (ที่สถิตนิ่งตายตัวของ) กฎหมายธรรมชาติ [52]

---

(52) Harry W. Jones, "**The Rule of Law and the Welfare State**", Op.cit., P. 407

ความจริง หากเรามองสู่เนื้อหาภายในของกิจกรรมภายในรัฐสวัสดิการหรือระบบทุนนิยมเพื่อสังคม เราคงรู้ได้ว่าภายใต้รัฐหรือระบบดังกล่าว ภาวะที่กฎหมายเป็นใหญ่ (The supremacy of law) ยังคงเป็นเสมือนอุดมคติทางกฎหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในสังคมนั้น ๆ การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ยังอยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมายโดยเคร่งครัด หรือภายใต้หลักว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย แม้ว่าพัฒนาการของระบบรัฐสวัสดิการจะมีอิทธิพลต่อระเบียบกฎหมายของสังคมให้มีลักษณะหลากหลายขึ้นหรือเน้นแง่วัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย (purposive) ชัดเจนขึ้นตามนโยบายสังคมที่ได้มีการวางแผนไว้[53] ก็ตาม ข้อสังเกตเช่นนี้อาจหาคำอธิบายได้จากการพิจารณาคำกล่าวของ Max Weber ที่ว่า "ระบบกฎหมายนิยม (legalism) ได้สนับสนุนค้ำจุนพัฒนาการของระบบทุนนิยมด้วยการสร้างบรรยากาศของความมั่นคง (stable) และคาดทำนายได้ (predictable) (ของการดำเนินกิจกรรมชีวิต) ระบบทุนนิยมส่งเสริมระบบกฎหมายนิยมเนื่องจากพวกเจ้าสมบัติ (bourgeoisie) ตระหนักดีถึง ความจำเป็น ของพวกเขาเองที่ต้องการโครงสร้างรัฐบาลในรูปแบบดังกล่าว"[54] ความสัมพันธ์ระหว่างทุนนิยมและผลประโยชน์ที่ได้รับการปกป้อง โดยผ่านกลไกทางกฎหมาย เช่นนี้เองที่ทำให้หลักนิติธรรมคงยังมีบทบาทสำคัญในระดับหนึ่งอยู่ และจากการพิจารณาในแง่มุมนี้ที่ทำให้เห็นชัดขึ้นว่าจริง ๆ แล้ว ไม่น่าจะมีความขัดแย้ง ที่เป็นธรรมชาติอย่างถาวร ระหว่างอุดมการณ์รัฐสวัสดิการและหลักนิติธรรมความแตกต่างหรือไม่ลงรอยที่อาจพึงมีหรือพึงเข้าใจนั้น ก็น่าจะถือว่าเป็นเรื่องใน มิติของขีดคั่นมากน้อยหรือจำนวน มากกว่าอื่นใด[55] อันอยู่ในวิสัยที่จะไกล่เกลี่ยประนีประนอมกันได้ด้วยการลดอำนาจหรือสิทธิพิเศษสูงสุดของรัฐให้เหลือน้อยที่สุด โดยผ่านการควบคุมที่เหมาะสมต่อการใช้ดุลยพินิจทางบริหาร (abministrative discretion) หรือผ่านการควบคุมอย่างระมัดระวังทางรัฐสภา, ต่อการวางแผนทางสังคมใด ๆ เป็นต้น[56] นอกจากนี้ หากเรายอมรับว่า ระบบทุนนิยมเป็นแหล่งที่มาอันสำคัญยิ่งหนึ่ง (นอกเหนือจากแหล่งที่มาอื่น กล่าวคือ ผลผลิตทางประวัติศาสตร์อันยาวนานซึ่งเนื่องมา

---

(53) R.M. Unger, "**Law in Modern Seciety**", Op.cit., PP. 193-194

(54) 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

(55) ประเด็นเรื่อง ไม่มีความขัดแย้งโดยธรรมชาติ นี้เป็นข้อสรุปจากการประชุมใหญ่เรื่อง "หลักนิติธรรมในทรรศนะของตะวันตก" (The Rule of Law as understood in the West) ซึ่งจัดมีขึ้นที่ชิคาโก, อเมริกา เมื่อปี 1957 ดู Norman S. Marsh, "**The Rule of Law as a Supra-national Concept**", Op.cit., P. 235

(56) Marx R.MacGuigan, "**Jurisprudence : Reading and Cases**", (University of Toronto Press 1966), P. 69

จากการต่อสู้ระหว่างชนชั้น) ของการก่อรูปอุดมการณ์หลักนิติธรรม (ในแบบฉบับของ Dicey และ Hayek) การปรับเปลี่ยนรูปของแหล่งที่มานั้น (จากทุนนิยมผูกขาด สู่ทุนนิยมเพื่อสังคม) ย่อมสร้างผลกระทบ (impact) ต่ออุดมการณ์ (ทางกฎหมาย) อื่นที่อิงอยู่กับหลักการทุนนิยม อย่างน้อยที่สุดก็ย่อมสร้างผลเปลี่ยนแปลงในระดับ การตีความอุดมการณ์หลักนิติธรรมให้รับกับระบบทุนนิยมเพื่อสังคมหรือระบบทุนนิยมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว มีเพียงการมองจากสัมพันธภาพระหว่างอุดมการณ์ (ความคิด) กับรากฐานทางวัตถุของความคิด (ข้อเท็จจริงทางสังคมซึ่งมีลักษณะพลวัตร (dynamic)) เช่นนี้เอง ที่จะทำให้เห็นความแปลกแยกน้อยลงได้ระหว่างอุดมการณ์หลักนิติธรรมกับระบบรัฐสวัสดิการ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนใคร่ขอทบทวนว่า มาตรว่าอุดมการณ์หลักนิติธรรมจะได้รับการ (หรือสามารถ) แปลความให้ยืดหยุ่นรับกันได้กับพัฒนาการของสังคม สิ่งนี้ก็เป็นคนละประเด็นกับเรื่องความบกพร่องที่มีอยู่ในหลักนิติธรรม ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า กล่าวคือความบกพร่องในแง่การสนองตอบอย่างจริงจังต่อปัญหาเรื่องความไม่เสมอภาคหรือการแบ่งแยกฐานะหรือลำดับชั้นที่ไม่เป็นธรรม (unjustified hierarchy) ในสังคม ความบกพร่องเช่นนี้เองที่เกี่ยวพันโดยใกล้ชิดกับอุดมการณ์อนุรักษ์-เสรีนิยมที่ยังคงอยู่เบื้องหลังหลักนิติธรรมในแบบฉบับต่าง ๆ ที่กล่าวมาทั้งหมด กล่าวคือเป็นความบกพร่องเชิงอุดมการณ์ที่เน้นแต่ปัญหาเสรีภาพของปัจเจกบุคคลอันเป็นประเด็นเรียกร้องหลักในช่วงศตวรรษที่ 17-19 (เมื่อครั้งที่ชนชั้นเจ้าสมบัติกำลังต่อสู้ช่วงชิงอำนาจจากฝ่ายกษัตริย์และศักดินา)

การเปลี่ยนแปลงของข้อเท็จจริงในสังคมมนุษย์ปัจจุบันที่นับวันจะเพิ่มกระแสความพยายามปรับสังคมสู่ดุลยภาพมากขึ้น ในแง่ของความเสมอภาคในสังคม, ในแง่การเรียกร้องสิทธิหรือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันในวงกว้างอย่างแท้จริง (มิใช่เฉพาะในกลุ่มชนชั้นเจ้าสมบัติ), เหล่านี้ นับเป็นเงื่อนไขเชิงวัตถุ (material conditions) อันสำคัญที่ทำให้รากฐานทางอุดมการณ์ของหลักนิติธรรมแบบเดิมต้องสั่นคลอนและเริ่มเสื่อมความชอบธรรม (legitimacy) ลง ที่จุดนี้เองที่คงเห็นได้ว่า อุดมการณ์กับข้อเท็จจริงหรือความเป็นไปของสังคมที่กำลังดำรงอยู่มีความสัมพันธ์กันเช่นใด[57] อุดมการณ์ที่ยังมีชีวิตชีวา (living ideology) หรือยังไม่พ้นสมัย (Obsolate) โดยทั่วไปแล้วจะต้องตอบสนองหรือสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในสังคมหรือข้อเรียก

---

(57) โปรดพิจารณาเทียบเคียงทัศนะของ Louis Althusser ที่ว่า "อุดมการ หมายถึงความสัมพันธ์โดยจินตนาการของบุคคลที่มีต่อเงื่อนไขการดำรงอยู่ที่แท้จริงของพวกเขา...(และ) ในอุดมการณ์นั้นมนุษย์จะสะท้อนเงื่อนไขการดำรงอยู่ที่แท้จริงของตนต่อตัวเองในรูปของจินตนาการ" (อ้างใน เสกสรรค์ ประเสริฐกุล, "อุดมการ อาวุธ ปฏิวัติหรือเครื่องมือการกดขี่" ในจุลสารไทยคดีศึกษา ของสถาบันไทยคดีศึกษา ปีที่ 1, ฉบับที่ 2, มิถุนายน 2527, หน้า 71)

ร้องทางสังคมของคนส่วนใหญ่ จึงจะสามารถสร้างความยินยอม (Consent) หรือการยอมรับในอุดมการณ์นั้น ๆ ได้ ในกรณีของหลักนิติธรรมก็เช่นกัน อุดมการณ์ทางกฎหมายดังกล่าว หาใช่จะมีธรรมชาติของการดำรงอยู่ที่ "บริสุทธิ์" (pure) หรืออิสระโดยสิ้นเชิงชนิดที่อยู่เหนือบริบททางประวัติศาสตร์, สังคม, การเมือง หรือความขัดแย้งทางชนชั้นในสังคมไม่ การกล่าวอ้างถึงคุณค่าภายในอุดมการณ์หลักนิติธรรมอย่างเป็นหลักอุดมคติลอย ๆ ชนิดที่ตัดขาดจากรากฐานทางวัตถุที่เป็นตัวก่อรูปมันขึ้นมา หากมิใช่เป็นเพราะความไม่รู้ (ignorance) หรือความจำกัดทางภูมิปัญญาแล้ว ก็อาจมีผู้วิจารณ์ได้ว่า เป็นความพยายามที่จะปิดบังธรรมชาติทางชนชั้น (class nature) ซึ่งผสมผสานอยู่ภายใต้ตัวอุดมการณ์ดังกล่าว[58] หรือมิฉะนั้นก็เป็นการปกป้องการคงอยู่ของระบบสังคมอันฉ้อฉลที่กล่าวอ้างการปกครองโดยมีหลักนิติธรรมเป็นเครื่องบังหน้า

สิทธิมนุษยชน : เป้าหมายเชิงคุณค่าของอุดมการณ์หลักนิติธรรม

การคลี่คลายของสังคมที่พยายามปรับตัวเองสู่ดุลยภาพของความเสมอภาคอย่างแท้จริงมากขึ้นข้างต้นนั้น หากพิจารณากันโดยส่วนรวมทั้งหมด (global perspective) คงกล่าวได้ว่ากระแสคลื่นของการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้น หาใช่จำกัดวงอยู่เพียงที่รัฐสมัยใหม่ของตะวันตกที่พัฒนาไปสู่ขั้นรูปแบบของรัฐสวัสดิการหรือทุนนิยมเพื่อสังคมแล้วเท่านั้น แม้ในส่วนของสังคมที่มีระดับการพัฒนาน้อยกว่าหรือในประเทศโลกที่สามก็พลอยได้รับกระแสการตื่นตัวหรือความต้องการความเสมอภาค หรือการยอมรับในคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกันมากขึ้นดุจกัน โดยที่สิ่งเหล่านี้ต่างก็สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพ จากอดีตที่เคยพิจารณาเรื่องเสรีภาพกันในลักษณะโดด ๆ ก็หันสู่การยอมรับในความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างเรื่องเสรีภาพกับเรื่องสิทธิหรือความเสมอภาคทางเศรษฐกิจหรือสังคม ด้วยความเชื่อมั่นใหม่ว่าเสรีภาพของปัจเจกบุคคลไม่อาจเกิดขึ้นได้ในขณะที่ท้องยังหิวโหย

การเปลี่ยนแปลงในแนวคิดของอุดมการณ์หลักนิติธรรมในทิศทางที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว ในเชิงลายลักษณ์อักษรอาจเริ่มพิจารณาจากความคิดเริ่มต้นที่พยายามเชื่อมต่อเรื่องหลักนิติธรรมเข้ากับเรื่องสิทธิมนุษยชน หลังจากที่มนุษยชาติ

---

(58) ดูแนวคำวิจารณ์เช่นนี้ได้ใน Noman S.Marsh, **"The Rule of Law as a Supra-National Concept"**, Op.cit., footnote 1, P. 261

ทั้งมวลได้รับวิบัติบาดแผลครั้งสำคัญจากผลแห่งสงครามโลกครั้งที่สอง[59]และต่อจากนั้นไม่นานที่คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล[60](International Commission of jurists) (ICJ.) ได้บุกเบิกสำแดงบทบาทของการทำให้แนวคิดดังกล่าวปรากฏความสำคัญสมบูรณ์และชัดเจนขึ้นอย่างเป็นระบบ จากการจัดประชุมนานาชาติที่เกี่ยวกับเรื่องหลักนิติธรรมและสิทธิมนุษยชนอย่างสม่ำเสมอด้วยความพยายามที่จะทำความกระจ่างและวางหลักการเกี่ยวกับเรื่องหลักนิติธรรมขึ้นใหม่ ที่จะรับใช้เป้าหมายของการมีสังคมแห่งเสรีภาพ (Free society) "สังคมที่มวลสมาชิกสามารถสำแดงจิตวิญญาณเสรีของตนได้อย่างเต็มเปี่ยม"[61] หรือ "สังคมที่ยอมรับในคุณค่าสูงสุดในตัวมนุษย์ ด้วยการพิจารณาถึงสถาบันทางสังคมทั้งหมด โดยเฉพาะรัฐว่าเป็นเสมือนผู้รับใช้ (servants) มิใช่เจ้านายของปัจเจกบุคคล"[62] จากเป้าหมายเชิงอุดมคตินี้เองที่นำไปสู่นิยามของหลักนิติธรรมใหม่ซึ่งคณะกรรมการฯ ได้บัญญัติเอาไว้ว่า หมายถึง

"หลักการ, สถาบันและกระบวนการที่ไม่จำต้องเป็นสิ่งเดียวกัน แต่คล้ายคลึงกันโดยทั่วไป ซึ่งจากประสบการณ์และประเพณีของนักกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ในโลกซึ่งมีโครงสร้างทางการเมืองและพื้นฐานทางเศรษฐกิจแตกต่างกัน ได้แสดงให้เห็นแล้วว่ามันเป็น (หลักการ, สถาบันและกระบวนการ) ที่สำคัญ ต่อการปกป้องปัจเจกบุคคลจากรัฐบาลที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และทำให้เขาสามารถชื่นชมในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ได้"[63]

---

(59) ขอให้พิจารณาข้อความตอนหนึ่งในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวว่า "โดยที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ สิทธิมนุษยชน ควรได้รับการปกป้อง คุ้มครอง โดย หลักนิติธรรม หากไม่ประสงค์ให้มนุษย์ถูกบังคับให้หันเข้าหาการกบฏขัดขืน ในฐานะเป็นทางเลือกสุดท้ายต่อทรราชย์และการกดขี่"

(60) คณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล เป็นองค์การระหว่างประเทศหนึ่งที่มีศักดิ์เป็นที่ปรึกษาขององค์การสหประชาชาติ ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี 1952 จุดก่อตั้งขององค์กรทางกฎหมายนี้เป็นผลจากการประชุมสมัชชาสากลของนักนิติศาสตร์ (International Congress of Jurists) ซึ่งจัดให้มีขึ้นที่เบอร์ลินตะวันตกในปี 1952 เกี่ยวด้วยการวิพากษ์วิจารณ์ปัญหาเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศคอมมิวนิสต์ ซึ่งตามมาด้วยการสรุปเน้นความสาคัญของสังคมแห่งเสรีภาพ (free society) ในฐานะเป็นเป้าหมายอันพึงบรรลุของหลักนิติธรรม

ในปี 1983 ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการในคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากลนี้ ถือเป็นนักกฎหมายไทยท่านแรกที่ได้รับเกียรติสูงสุดให้เข้าร่วมเป็นกรรมการในองค์กรดังกล่าว

(61) see Norman S.Marsh, "**The Rule of Law as a Supra-national Concept**" Op.cit., P. 240

(62) 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

(63) 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

โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของการนิติบัญญัติในสังคมแห่งเสรีภาพภายใต้หลักนิติธรรมที่จะต้อง "สร้างสรรค์ และคงไว้ซึ่งเงื่อนไขที่จะส่งเสริมศักดิ์ศรีของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคล" ศักดิ์ศรีดังกล่าวมิเพียงเรียกร้องให้มีการยอมรับในสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (civil and political rights) เท่านั้น แต่หากหมายรวมถึง "**การสถาปนาเงื่อนไขทางสังคม, เศรษฐกิจ, การศึกษา และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาบุคลิกภาพในตัวมนุษย์อย่างเต็มที่**"[64]

นิยามใหม่ของหลักนิติธรรมเช่นนี้ กล่าวในมิติเชิงคุณค่า (valuational dimension) แล้วเป็นการเน้นย้ำถึงเรื่องการมีสิทธิเสรีภาพ และการยอมรับในศักดิ์ศรีของมนุษย์ ซึ่งเชื่อว่าเป็นคุณสมบัติอันจำเป็นสำหรับความเป็นมนุษย์ที่แท้ โดยมีกลุ่มสิทธิ 2 ประเภทที่เน้นย้ำความสำคัญ คือ สิทธิทางแพ่งและทางการเมืองประการหนึ่ง[65]และสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมอีกประการหนึ่ง กลุ่มสิทธิประการหลังแสดงออกจากการกล่าวเน้นถึงเรื่อง "การสถาปนาเงื่อนไขทางสังคม, เศรษฐกิจ, การศึกษาและวัฒนธรรม" ข้างต้นซึ่งนับว่าเป็นการแสดงออกทางลายลักษณ์อักษรของ **จุดเปลี่ยนโค้ง** (turning point) **ครั้งสำคัญในอุดมการณ์หลักนิติธรรมที่หันมาสนใจมิติของความเสมอภาคทางเศรษฐกิจหรือฐานะทางสังคม** การเปลี่ยนแปลงทางความคิดครั้งนี้หากพิเคราะห์กันโดยละเอียดก็จะเห็นว่ามันเกี่ยวโยงอยู่ด้วยกับประสบการณ์ความเป็นจริง และการเรียกร้องต้องการของสังคมในเอเชีย และแอฟริกา ดินแดนที่ความยากจน ความเหลื่อมล้ำหรือไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจ หรือฐานะทางสังคมปรากฏอยู่ดาษดื่นทั่วไป ข้อเท็จจริงทางสังคมเช่นนี้เองที่นำไปสู่ "ความจำเป็น" ของการขยายขอบเขตของแนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมให้

---

(64) ดูมาตรา 1 ในข้อสรุปของคณะกรรมการเรื่อง การนิติบัญญัติและกฎหมาย ในหนังสือ "**The Rule of Law in a Free Society**", เพิ่งอ้าง, หน้า 74 (ข้อความที่เน้นกระทำโดยผู้เขียนบทความนี้เอง)

(65) กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง เป็นสิทธิที่เรียกร้องหรืออ้างกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ในรัฐเสรีนิยมตะวันตก ในชั้นแรกนั้นสิทธิประเภทนี้จะเน้นนัยอยู่ที่สิทธิทางทรัพย์สินหรือสิทธิในการนับถือศาสนา ต่อมาก็ได้มีการขยายความสิทธิดังกล่าวกว้างขึ้น (อันเป็นผลจากการกำเนิดของรัฐสมัยใหม่ (modern state) ให้กินความถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, เสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือประชุมกัน, สิทธิในการตั้งพรรคการเมืองหรือสหภาพแรงงาน, สิทธิในการเคลื่อนย้ายถิ่นฐาน หรือการเลือกตั้งผู้แทน นอกจากนี้ยังครอบคลุมถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา, สิทธิในการมีทนายที่ปรึกษาหรือการเตรียมการต่อสู้คดี, สิทธิในการคัดง้างการปรักปรำตัว (self-incrimination) สิทธิในการได้รับพิจารณาคดีอย่างบริสุทธิ์และเปิดเผย, สิทธิในการอุทธรณ์คดี และสิทธิในการต่อต้านการปฏิบัติที่ทารุณและเหยียดหยันก่อนและหลังคำพิพากษาตัดสินคดี (see Douglas E.Sturm, "**Rule of Law and Poltics in a Revolutionary Age**", P. 376

ผนึกรวมถึงกลุ่มสิทธิทางสังคมเศรษฐกิจและวัฒนธรรมเข้าไปด้วย[66]ทั้งนี้ เพราะตระหนักเห็นว่า "หากไร้เสียซึ่งกำหนดมาตรฐานต่ำสุดในหลักประกันทางเศรษฐกิจและการศึกษาแล้ว เรื่องของเสรีภาพทางแพ่งหรือทางการเมืองก็อาจเป็นเพียงแค่เรื่องรูปแบบมากกว่าจะเป็นจริงได้"[67] โดยนัยเช่นนี้ จึงถือว่ามนุษย์ชายหญิงทั้งมวลต่างล้วนมีสิทธิในปัจจัย (means) ทางเศรษฐกิจ, สังคม, การศึกษาและวัฒนธรรม ซึ่งล้วนเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการบรรลุประจักษ์ (actualize) ถึงอิสรภาพทางจิตวิญญาณและทางการเมือง (spiritual and political liberties) ของพวกเขา กล่าวในเชิงคุณค่า (value) แล้ว แบบฉบับหลักนิติธรรมของ ICJ. เช่นนี้ จะผูกพันแนบชิดกับหลักคุณค่าเรื่องเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและเรื่องความยุติธรรมในสังคม (Social justice)[68] (หรือเรื่องความเสมอภาคในอีกนัยหนึ่ง)

อย่างไรก็ตามพึงต้องรำลึกไว้ด้วยว่า แม้ที่กล่าวมาส่วนใหญ่ในหลักนิติธรรมตามแบบฉบับใหม่นี้จะกล่าวเน้นถึงเรื่องหลักคุณค่าหรือเป้าหมายเชิงคุณค่าทั้งในแง่เสรีภาพและความเสมอภาค สิ่งเหล่านี้ก็มิได้หมายความว่า เรื่องราวเกี่ยวกับ "สถาบัน" กล่าวคือ ความเป็นอิสระของสถาบันตุลาการ, "กระบวนการ" ในการตรากฎหมาย หรือขั้นตอนทางกฎหมาย (legal process) ที่ชอบธรรมต่าง ๆ จะถูกมองข้ามความสำคัญไป เพียงแต่ถือว่า การเน้นแต่เรื่องสถาบัน หรือกระบวนการ (ตามแบบฉบับของหลักนิติธรรมก่อนหน้า) ไม่เป็นสิ่งเพียงพอเสียแล้วในเนื้อหา

---

(66) see Douglas E.Sturm, "**Rule of Law and Politics in a Revolutionary Age**" Op.cit., P. 377 อนึ่งพึงเข้าใจด้วยว่า การผนวกเรื่องสิทธิทางสังคม, เศรษฐกิจ หรือวัฒนธรรมดังกล่าว เป็นพัฒนาการที่เกิดขึ้นภายหลังการก่อตัวของคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล ในช่วงเริ่มต้นก่อตัวนั้น คณะกรรมการฯ ยังเน้นอยู่แต่เรื่องสิทธิในทางการเมืองหรือเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นหลักใหญ่ ทั้งนี้สืบเนื่องจากกำเนิดของคณะกรรมการยุคนี้ตั้งต้นมาจากความสนใจเรื่องหลักนิติธรรมในประเทศคอมมิวนิสต์ หรือปัญหาเรื่องสิทธิเสรีภาพทางการเมืองในประเทศดังกล่าว

(67) ประเด็นสรุปสำคัญข้อหนึ่งของคณะกรรมการนักนิติศาสตร์สากล ในการประชุมเกี่ยวกับเรื่อง หลักนิติธรรม ที่ นิวเดลลี เมื่อปี 1959, อ้างใน Douglas E.Sturm เพิ่งอ้าง, หน้าเดียวกัน

(68) Ibid, PP. 378-379

ใหม่ของหลักนิติธรรมภายใต้ภาวการณ์สังคมหรือแนวโน้มของสังคมปัจจุบัน[69] จริงอยู่ว่า แม้เรื่องสถาบันก็ดี, กระบวนการก็ดี หรือขั้นตอนทางกฎหมายต่าง ๆ ก็ดี จะถูกสร้างขึ้น โดยวัตถุประสงค์รวม ๆ เพื่อกลั่นกรองการใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบธรรม สืบเนื่องจากความหวาดกลัวในการใช้อำนาจโดยพลการของรัฐซึ่งเป็นกลไกแห่งอำนาจ แต่ผลลัพธ์ทางปฏิบัติซึ่งปรากฏผ่านมาเมื่อพิจารณาจาก "แหล่งอำนาจ" ที่อยู่เบื้องหลังอุดมการณ์หลักนิติธรรมในแบบฉบับเดิม (ชนชั้นกลางหรือชนชั้นเจ้าสมบัติ) "วัตถุประสงค์รวม" ดังกล่าวดูจะเอื้อประโยชน์ต่อชนชั้นที่เป็นแหล่งอำนาจหรือแหล่งผลักดันอุดมการณ์ดังกล่าว "มากกว่า" ชนชั้นระดับล่างส่วนใหญ่ในสังคม[70]

---

(69) หากมองเปรียบเทียบจากมิติของหลักคุณค่าเรื่อง "ความยุติธรรม" (Justice) แล้ว การมุ่งเน้นให้ความสำคัญหรือยึดมั่นอยู่แต่เรื่องกระบวนการทางกฎหมาย (legal procedure) หรือความเป็นกลางในการปรับใช้กฎหมายโดยไม่คำนึงถึงเนื้อหาที่เป็นจริงใด ๆ ภายในกฎหมายนั้น ๆ ถือว่ายังอยู่ในวงจำกัดของเรื่อง "ความยุติธรรมในรูปแบบ" (formal justice) มิใช่ "ความยุติธรรมโดยเนื้อหา" (Substantive justice) ซึ่งเป็นการเน้นถึงผลปรากฏที่เป็นจริง (actual outcome) ของความยุติธรรมที่ทุกคนได้รับในผลประโยชน์ทางสังคมที่ต้องมีการจัดสรรแบ่งปันกันอย่างเสมอภาคแท้จริง (see R.M.Unger, "Law in **Modern Society**", Op.cit., P. 194 ; John Rawls, **"A Theory of Justice"** (Oxford University Press, 1973), PP. 58-60) กล่าวสำหรับแนวโน้มรัฐสมัยใหม่ภายใต้ระบบทุนนิยมที่มีเป้าหมายการพัฒนาสู่การเป็นรัฐสวัสดิการมากขึ้น ๆ แล้ว ทิศทางการพัฒนาดังกล่าวได้สร้างความเปลี่ยนแปลงสำคัญในเชิงทฤษฎีหรือปรัชญาทางกฎหมายจากความสนใจเดิมเรื่อง "ความยุติธรรมในรูปแบบ" ไปสู่การให้ความสำคัญของเรื่อง "ความยุติธรรมโดยเนื้อหา" แทนที่ อย่างไรก็ตามการเน้นทิศทางใหม่ของหลักนิติธรรมในเรื่องหลักคุณค่าสำคัญ ๆ หลายประการในแง่ของสวัสดิการของสังคมหรือเสมอภาค ก็อาจมีจุดให้วิจารณ์หลาย ๆ ประเด็นเช่นกัน ขอให้ดูเทียบเคียงใน David Lyons, **"Ethics and the Rule of Law"**, (Cambridge University Press, 1984), PP. 205-207

(70) ผู้เขียนขอเน้นคำว่า "มากกว่า" แทนที่จะใช้คำในทำนองว่า "เพียงฝ่ายเดียว" เพื่อมิให้ผู้อ่านบางท่านเข้าใจเลยเถิดไปถึงขนาดปฏิเสธหรือไม่ยอมรับคุณค่าหรือประโยชน์ใด ๆ เลยของอุดมการหลักนิติธรรมในแบบฉบับเก่า ซึ่งส่งผลในเชิงบวกระดับหนึ่งต่อชนชั้นระดับล่างส่วนใหญ่ในสังคมเช่นกัน ขอให้เทียบเคียงข้อสรุปเช่นนี้กับ ปุจฉาของ 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 Merxist Theory"**, (KAPITALISTATE, NO.9, 1981), P. 65 ; ดูทัศนะวิจารณ์ในทำนองเดียวกันของ EP.Thompson, **"the Rule of Law"**, ใน Piers Beirne & Richard Quinney (eds), **"Marxism and Law"**, (John Wiley & Sons, 1982), PP. 130-137 อนึ่งขอให้ดูบทความวิจารณ์ทัศนะของ Thompson ด้วยเช่นกัน ในหนังสือเล่มเดียวกัน ("Marxism and Law") เขียนโดย Steve Redhead, **"Marxist Thaory, the Rule of Law and Socialism"**, PP. 328-342

"หลายต่อหลายครั้ง" ที่สถาบัน, ขั้นตอน หรือกระบวนการดังกล่าว ได้ถูกนำขึ้นใช้เป็นข้ออ้างหรือฉากสนับสนุนความชอบธรรมของระบบสังคมที่อ้างตัวเองว่าเป็น "นิติรัฐ" : รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย ทว่าเป็นกฎหมายที่เปิดทางให้แก่ชนชั้นหนึ่งได้ตักตวงผลประโยชน์ทั้งในแง่วัตถุและในแง่การใช้สิทธิเสรีภาพส่วนตัวมากกว่า คนส่วนใหญ่ในสังคม มาถึงตอนนี้ เราคงอาจพอเข้าใจได้แล้วว่าทำไม Joseph Raz จึงได้กล่าวว่า "ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ที่วางอยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธสิทธิมนุษยชนความยากจนอันตาษคืน การแบ่งแยกเชื้อชาติ ความไม่เสมอภาคทางเพศและการกดขี่ทางศาสนานั้น โดยหลักการแล้ว อาจสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของหลักนิติธรรมดีกว่าระบบกฎหมายใด ๆ ของประเทศตะวันตกที่ก้าวหน้ามากกว่า"

ข้อสังเกตของ Raz ซึ่งความจริงได้อ้างมาครั้งหนึ่งแล้วในตอนต้นของบทความนี้ คงอาจทำให้เรานึกถึงตัวอย่างที่เป็นจริงในบางสังคมได้ ดังอาทิ กรณีของประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งอ้างการสนับสนุนส่งเสริมหลักนิติธรรมอย่างแข็งขัน แต่ว่าในขณะเดียวกันก็ใช้หลักนิติธรรมดังกล่าวในการคงรักษาและเพิ่มความมั่นคงแข็งแกร่งต่อระเบียบหรือโครงสร้างสังคมที่ไร้มนุษยธรรม ซึ่งมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงต่อการปฏิเสธสิทธิของประชาชนส่วนใหญ่[71]

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้คิดว่าคงสะท้อนให้เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนด "เนื้อหา" หรือ "หลักการ" ที่ค่อนข้างแน่นอนลงไปในตัวอุดมการณ์เรื่องหลักนิติธรรม อันเป็นจุดที่ ICJ. ตระหนักเห็นถึงความสำคัญ จากการเชื่อมเรื่องหลักนิติธรรมเข้ากับสิทธิมนุษยชนดังได้กล่าวถึงมาแล้ว ซึ่งหากพิจารณาในประเด็นถกเถียงระดับอุดมการณ์แล้ว ก็เป็นเรื่องน่าสนใจสำหรับการเชื่อมต่อดังกล่าวซึ่งเป็นเสมือนการเชื่อมต่อหรือประสาน "อุดมการณ์ทางกฎหมาย" (หลักนิติธรรม) เข้ากับ "อุดมการณ์สังคม" (สิทธิมนุษยชน) อย่างกลมกลืน โดยขณะเดียวกันก็ทำให้ทั้งสองอุดมการณ์มีความสมบูรณ์ในตัวของมันเองยิ่งขึ้น ในลักษณะที่ต่างช่วยแก้ไขข้อบกพร่องหรือจุดอ่อนในตัวอุดมการณ์แต่ละฝ่าย จากอุดมการณ์หลักนิติธรรมในแบบฉบับเดิมที่ค่อนข้างไร้ทิศทางหรือจุดมุ่งหมายอันแน่นอน ซึ่งเคยเน้นแต่เรื่องกระบวนการทางกฎหมายนิติบัญญัติหรือความแน่นอนชัดเจน มาสู่การกำหนดเนื้อหาอุดมคติซึ่งเป็นทั้งจุดหมายปลายทางและตัวคุณค่าคอยควบคุมการใช้กฎหมาย ตรากฎหมาย ให้อยู่ในกรอบที่ตั้งไว้ทั้งในแง่เสรีภาพและความเสมอภาคของชีวิต ขณะเดียวกันเราคงต้องยอมรับว่า ในด้านของอุดมการณ์สิทธิมนุษยชน หากไร้เสียซึ่งการควบประสานกับหลักนิติธรรม สิทธิมนุษยชนก็มีค่าเป็นเป้าหมายอุดมคติหนึ่งที่ค่อนข้างลอย ๆ ซึ่งขาดกลไกหรือพลังผลักส่งที่เป็นระบบและอยู่ในรูปสถาบันที่มั่นคง ดังเช่นสถาบัน

---

(71) 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, 27 April - May 1981), P. 39

กฎหมาย พ้นจากจุดนี้เองที่ภาพความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างสองอุดมการณ์ดังกล่าวจะปรากฏชัดขึ้นในสายตาเราขึ้น และคงเห็นพ้องได้ไม่ยากถึงความสำคัญของ "หลักนิติธรรมในฐานะปัจจัยจำเป็นทางสถาบัน เพื่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนอย่างสันติ"(72)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการประสานซึ่งอุดมการณ์ทางกฎหมายและอุดมการณ์ทางสังคมดังกล่าว จะมีผลต่อการแก้ไขจุดบกพร่องดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในท้ายที่สุดแล้วผลสะเทือนจริง ๆ ของการจะบรรลุเป้าหมายอุดมคติ ก็หาใช่ว่าจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติไม่ แม้ว่าการก่อรูปของอุดมการณ์ความคิดดังกล่าว จะเกี่ยวโยงอย่างใกล้ชิดกับ "ข้อเท็จจริงทางสังคม" หรือบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ซึ่งคลี่คลายเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่มนุษย์มีความเข้าใจ, ความตื่นตัวหรือความสำนึกต่อปัญหาความไม่เสมอภาค, ความไม่เป็นธรรมในสังคมทั้งในแง่เศษฐกิจและการเมืองมากขึ้น ในแง่นี้บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์อาจเป็นเงื่อนไขแวดล้อมของการก่อรูปความคิดหรืออุดมการณ์ ทว่าแม้ที่จริงแล้ว เราคงต้องยอมรับว่า "ประวัติศาสตร์นั้นไม่ได้กระทำสิ่งใดเลย.....ประวัติศาสตร์นั้นมิได้ใช้มนุษย์เป็นเครื่องมือในการบรรลุจุดประสงค์ของมันเองราวกับว่ามันมีตัวมีตนเป็นบุคคลต่างหาก ประวัติศาสตร์ไม่มีค่าหรือความหมายใด ๆ ทว่ามีเพียงการกระทำของมนุษย์เองซึ่งยืนหยัดมั่นในจุดมุ่งหมายของเขาเท่านั้น"(73)(ที่มีค่าหรือมีพลังอย่างแท้จริง) โดยเหตุนี้ การจะบรรลุเป้าหมายอุดมคติของหลักนิติธรรมหรือสิทธิมนุษยชนจริง ๆ แล้วจึงอยู่ที่การกระทำหรือเคลื่อนไหวของตัวมนุษย์หรือ "คน" ที่สำนึกและเข้าใจซาบซึ้งถึงหลักคุณค่าภายในอุดมการณ์ดังกล่าว ในฐานะเป็นผู้สร้างประวัติศาสตร์, หรือผู้จุดวิญญาณให้แก่อุดมคติหรืออุดมการณ์ให้มีชีวิต มีพลังขึ้นมาได้อย่างแท้จริง.

"Insight separated from practice remains ineffective"

.....Erich Fromm

★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★ ★

---

(72) เสน่ห์ จามริก, "ข้อคิดบางประการว่าด้วยการปกป้องและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน" (วารสารธรรมศาสตร์, มีนาคม 2524), หน้า 70 (เน้นโดยผู้เขียน)

(73) Marx and Engels, "**The holy family**", as cited in, Erich Fromm, "**To Have or to Be**" (ABACUS, 1982), P. 99 (ความในวงเล็บเพิ่มเติมเองโดยผู้เขียน)

"ในเมืองไทย คำพิพากษาเก่า ๆ และคำพิพากษาเดี๋ยวนี้ด้วย อ้างความยุติธรรมขึ้นตั้งเสมอ ๆ แต่คำที่เรียกว่า ยุติธรรมเป็นคำไม่ดี เพราะเป็นการที่ทุกคนเห็นต่างกันตามนิไสย ซึ่งไม่เป็นกิริยาของกฎหมาย กฎหมายต้องเป็นยุติจะเถียงแปลกออกไปไม่ได้ แต่เราเถียงได้ว่าอย่างไรเป็นยุติธรรมไม่ยุติธรรมทุกเมื่อ ทุกเรื่อง....."

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ "ว่าด้วยกดหมาย"
(เดือนกันยายน รศ. 118)

".....ถ้าจะแลเห็นเจตนาของจำเลยผู้เป็นเจ้าของกระบือดังเช่นกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นบ้าง แบ่งกระบือ 2 ส่วนให้จำเลยได้ส่วนหนึ่ง หนูกิมลิบหนูกิมซีได้ส่วนหนึ่งก็ดูพอจะสมควรแก่ทางยุติธรรม จะผิดด้วยกฎหมายทุกทางความอย่างไรไม่รู้ เพราะไม่ได้ตรวจเรื่องความละเอียดตลอดไป พูดแต่ความรู้สึกในใจเมื่อได้เห็นคำพิพากษาอันมีข้อความย่อ ๆ....."

พระบรมราชวินิจฉัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าฯ
(ลงวันที่ 18 ตุลาคม รศ. 121)