



หลักการตีความ กฎหมายมหาชน



3150

ห

ฉ.1

กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

วิเศษ

KPT 3671

๖ ๗ ๙

๑๖๖

หลักการตีความกฎหมายมหาชน

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

หลักการตีความกฎหมายมหาชน - - กรุงเทพฯ ; กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดี
และวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

190 หน้า

1. กฎหมายมหาชน - - การตีความ. I. ชื่อเรื่อง.

342

ISBN 978-974-7725-54-4

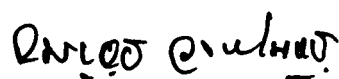
ชื่อหนังสือ	หลักการตีความกฎหมายมหาชน
ปีที่พิมพ์	กันยายน 2551
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ เลขที่ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200 โทรศัพท์ 0 2623 9600-9 โทรสาร 0 2623 9646 www.concourt.or.th E-mail : feedback@concourt.or.th
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

คำนำ

กฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่กำเนิดมาจากการพัฒนาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักการปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกว่าหลักนิติรัฐ โดยเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจอหน้าที่แก่ผู้ปกครองในการบริหารประเทศและการบริการสาธารณะ นอกจากนั้น กฎหมายมหาชนยังบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ กระบวนการ และองค์การที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งมุ่งหมายให้ผู้ปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตลอดจนคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

การบรรยายพิเศษ เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ จัดขึ้นตามโครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดีและข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้รับความกรุณาจาก ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์ ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ โดยหนังสือเล่มนี้เป็นการรวมคำบรรยายพิเศษของวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าว

หวังเป็นอย่างยิ่งว่า จะเป็นประโยชน์ทางด้านวิชาการแก่นักกฎหมายมหาชน ข้าราชการ นิสิต นักศึกษา และผู้สนใจทั่วไป



(นายไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

คำนำ.....	iii
บรรยายพิเศษ เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน	1
วันจันทร์ที่ 7 กรกฎาคม 2551	
โดย ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์	
บรรยายพิเศษ เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน	25
วันพุธที่ 2 เมษายน 2551	
โดย ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม	
บรรยายพิเศษ เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน	73
วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551	
โดย ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	
บรรยายพิเศษ เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน	113
วันศุกร์ที่ 2 พฤษภาคม 2551	
โดย รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์	
ภาคผนวก	179
● โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดีและ	181
ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ	

การบรรยายพิเศษ

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย

ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดี
และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

วันจันทร์ที่ 7 กรกฎาคม 2551

การบรรยายพิเศษ*

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน :
หนังสือสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

โดย ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์

วันจันทร์ที่ 7 กรกฎาคม 2551

ณ ห้องประชุมสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชั้น 2

ท่านผู้เข้ารับฟังการบรรยายพิเศษที่เคารพ ถ้าพูดถึงการตีความ จะเป็นการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายมหาชนก็ดี ก็ต้องมีส่วนที่ต้องใช้หลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไปเป็นพื้นฐานแรก ส่วนลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละสาขา หรือแต่ละด้านนั้นค่อยพูดเพิ่มเติมกันเข้าไป ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการตีความกฎหมายทั่วไปนั้น คิดว่าในส่วนที่ละเอียดลงไปผมจะไม่กล่าวให้เสียเวลา เราจะโฟกัสไปที่เรื่องของรัฐธรรมนูญ ผมขอพูดก่อนว่าที่เราแยกเป็นในเรื่องกฎหมายมหาชน กับกฎหมายเอกชนนั้น จริงๆ แล้วเริ่มต้นทีเดียวไม่ได้เป็นการแยกประเภทของกฎหมาย แต่แยกเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษา จริงอยู่มีลักษณะที่แตกต่างกันบ้างแต่มีความเหลื่อมล้ำกันทั้งในส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนนั้นอาจจะมียกเว้นหรือส่วนที่เกี่ยวข้องอันมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนอยู่ด้วยก็เยอะแยะไป ในส่วนของกฎหมาย

* เรียบเรียง และ Edit โดย ดร.ปัญญา อุดชาชน ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ 10 ชช.
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

มหาชนก็เช่นกันอาจจะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับเอกชนหรือในลักษณะไม่ใช่ลักษณะของรัฐกับราษฎร แต่เป็นลักษณะของเอกชนแท้ๆ ก็มี เพราะฉะนั้นในการแยกนี้ให้เราเข้าใจว่าหลักกฎหมายในการตีความนั้น ในเบื้องต้นก็จะตีความโดยใช้หลักพื้นฐานใกล้เคียงกัน ส่วนที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนนั้น เพราะว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่ใช้กับบุคคลในระดับเดียวกันมีความเสมอภาคกันหมายความว่า สถานะของโจทก์และจำเลยเท่ากันแต่กฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐระหว่างผู้ที่เป็นผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง คือ ระหว่างรัฐกับราษฎร หรือการจัดองค์กรในระหว่างรัฐเอง หรือการกระจายอำนาจหน้าที่ เป็นต้น อันนั้นเป็นเรื่องที่เราเข้าใจกันว่าเป็นกฎหมายมหาชน ในทางปฏิบัติจริงๆ ก็มีส่วนที่เกี่ยวข้องกันอยู่ เพราะฉะนั้นถ้าพิจารณาดีๆ แล้วอย่าแยกให้เคร่งครัดนัก เพราะบางคนแม้แต่ในหมู่นักกฎหมายเองบางคนก็เรียกตัวเองว่าเป็นนักกฎหมายมหาชน ซึ่งก็เหมือนหมอยุติๆ จะไปเป็นหมอศัลยกรรมโดยไม่มีความรู้พื้นฐานในทางแรกเป็นไปไม่ได้คนจะเป็นนักกฎหมายมหาชนถ้าไม่แม่นหรือไม่ทราบเรื่องกฎหมายเอกชนเลยไม่สนใจเลยก็คงจะไม่ดี แต่ในเรื่องของกฎหมายมหาชนนั้นเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับราษฎรกับการจัดองค์กรของรัฐเองที่มีความสำคัญที่สุดนั้น มีอยู่ 2 กฎหมาย คือ 1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ 2. กฎหมายปกครอง ซึ่งเนื้อหา ความมุ่งหมาย และหลักการ ไม่เหมือนกัน เพราะฉะนั้นการตีความระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายปกรองนั้น ไม่เหมือนกัน 100 เปอร์เซ็นต์ โดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายพิเศษที่เป็นกฎหมายแม่ของกฎหมายอื่นทั้งระบบกฎหมายของประเทศ แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นแต่เฉพาะกฎหมายอย่างเดียว รัฐธรรมนูญเป็นการแสดงออกซึ่งทางเลือกของประชาชนหรือของประเทศเกี่ยวกับระบอบการปกครอง เกี่ยวกับใครควรจะมาเป็นผู้ปกครอง เป็นส่วนที่กำหนดการใช้อำนาจของผู้อยู่ในหน้าที่ของรัฐ คือ ผู้ปกครอง ใครมีหน้าที่อะไร ทำอะไร เป็นการจัดโครงสร้างของประเทศโดยเฉพาะ เป็นรูปร่าง เป็นโครงสร้างของประเทศ เพราะฉะนั้นในภาษาอังกฤษจึงเรียกว่า Constitution ตาม

รากศัพท์นั้นหมายความว่า ความเป็นตัวคนที่สมบูรณ์ขึ้นมา เช่นว่า ท่านมี Constitution ที่แข็งแรง หมายความว่าท่านมีร่างกายทั้งร่างกายที่แข็งแรง อันนั้นเป็นรากเดิมของ Constitution ที่นำมาใช้ในทางกฎหมายนี้ Constitution เป็นทั้งการแสดง หรือทางเลือกต่อปรัชญาทางการเมือง ต่อจุดหมายปลายทาง ค่านิยมของประเทศที่เป็นกรอบในการจัดโครงสร้างของประเทศ โครงสร้างของการใช้อำนาจ และผู้ที่เข้าไปมีอำนาจ เป็นโครงสร้างที่กำหนดสิทธิของประชาชนที่ผู้ที่มีอำนาจเข้าไปก้าวล่วงไม่ได้ เว้นแต่ในจุดที่รัฐธรรมนูญได้อนุญาตไว้ซึ่งจะมีกรณีพิเศษ หรือเงื่อนไขพิเศษ อันนี้ผมขอตั้งข้อสังเกตในขณะนี้ว่า ระบบกฎหมายของเราในขณะนี้เราจะอ้างตรงหัวเวลาที่ออกกฎหมายว่า กฎหมายฉบับนี้ เช่นพระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติที่จำกัดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอยู่ ซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราเท่านั้น ๆ มีบทให้กระทำได้ ซึ่งจริงๆ แล้วถ้าพิจารณาอย่างเคร่งครัดแล้ว ที่อ้างว่ามีบทอนุญาตให้ทำได้ ลองไปอ่านดูเขาห้าม เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนด เราดูเหมือนไม่สำคัญ เว้นแต่จะมีบทกฎหมายกำหนดไว้ เราไม่สังเกตความแตกต่างระหว่างหลักกับข้อยกเว้น ท่านเป็นนักกฎหมายท่านรู้ดีว่าการใช้การตีความแตกต่างกันอย่างไร เราบอกว่ารัฐธรรมนูญให้กระทำได้ พอไปอ่านจริงๆ รัฐธรรมนูญบอกว่าทำไม่ได้ เว้นแต่อย่างนั้นๆ ก็ทำให้เอาหลักมาเป็นข้อยกเว้น เอาข้อยกเว้นมาเป็นหลัก ซึ่งเป็นจุดหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าการใช้รัฐธรรมนูญนั้นถ้าจะให้ดีนั้นจะต้องแยกทุกคำที่กฎหมายเขียนหรือกำหนดไว้ จะมีความหมายเสมอ ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ถ้าใช้คำเหมือนกันความหมายควรจะเหมือนกัน ถ้าใช้คำต่างกันความหมายควรจะต่างกัน เพราะฉะนั้นถ้าในทางวิชาการแล้วเราเข้าใจได้ยากในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในคดีของคุณสมบัติของรัฐมนตรีครั้งหนึ่งในอดีตเกี่ยวกับเรื่องการต้องโทษต้องคำพิพากษาให้จำคุกถึงที่สุด ผมจำถ้อยคำที่แน่นอนไม่ได้หมด แต่ในลักษณะทำนองนี้ ท่านอาจจะไม่เลื่อนหายไปจากความจำมากมายนัก จะเห็นว่าศาลตีความถึงคุณสมบัติที่เขียนไว้สำหรับรัฐมนตรีกับของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่างกัน แต่ว่าถ้อยคำจริงๆ นั้นต่างกัน อันนี้ก็

เป็นเรื่องในทางวิชาการที่เล่าให้ฟัง แต่คำวินิจฉัยเราก็ต้องถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องโดยเฉพาะมีบทบัญญัติว่าทุกฝ่ายจะต้องถือปฏิบัติตามนั้นด้วย ก็ต้องว่าไปตามนั้น เรามาดูถึงเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นปรัชญาเป็นจุดแสดงออก เพราะฉะนั้นศัพท์ที่ใช้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็มีถ้อยคำที่ไม่ใช่ภาษากฎหมายหรือเข้าใจได้ดีเหมือนเช่นภาษาที่มีส่วนเป็นกฎหมายชัดเจน เพราะมีส่วนเป็นปรัชญาการเมืองด้วย ยกตัวอย่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่มาตรา 1 เป็นต้นไป มาตรา 1 บัญญัติว่า ประเทศไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้ ซึ่งมีอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ลองแปลให้ฟังว่าคืออะไร เป็นอันหนึ่งอันเดียวคืออะไร จะแบ่งแยกไม่ได้ หมายความว่า จะแบ่งแยกดินแดนหรือแบ่งแยกอะไร คำว่าประเทศไทยมีการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เพราะที่เถียงและทะเลาะกันอยู่ทุกวันนี้ระหว่างฝ่ายประชาธิปไตยกับฝ่ายที่ชื่อประชาธิปไตยเหมือนๆ กันใช้ไหม แล้วประชาธิปไตยนั้นคืออะไร อันนี้ถ้าการใช้ในการตีความก็จะใช้แต่ถ้อยคำภาษาแบบนักกฎหมายใช้ธรรมดาจะไปไม่ถึงจุดนั้น ไม่สามารถที่จะบรรลุผลเต็มที่ควรจะเป็นได้ ดูมาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คำว่า อำนาจอธิปไตยใช้ไหมที่เป็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ ส่วนหนึ่งในปัญหาที่เราได้ยินในวันนี้และในขณะนี้ เป็นเรื่องที่เป็นปัญหาอยู่อย่างมาก มีอธิบายไว้ที่ไหน กฎหมายที่ไหนเขียนไว้ว่าอำนาจอธิปไตย คืออะไร ถ้าเราไปดูในกฎหมายอาญา อำนาจอธิปไตยอยู่ในมาตรา 119 ผมเชื่อว่าหมายความว่าคนละอย่าง ผมข้ามมาตราไปถึงมาตราที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ในรัฐธรรมนูญนี้มีคำว่าปวงชน มีคำว่าประชาชน มีคำว่าราษฎร เช่นคำว่า สภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น มีคำว่าพลเมือง ต่างกันอย่างไร อันนี้เป็นเรื่องที่ว่าในการอ่านหรือตีความรัฐธรรมนูญนั้นเราใช้แต่ความคิดหรือแว่นตาของนักกฎหมายอันเดียวไม่น่าจะพอ จะต้องเข้าถึงลักษณะที่มาและจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญด้วยจึงจะเข้าใจ แล้วเมื่อเข้าใจแล้วโดยที่เป็นเรื่องของปรัชญาการเมือง ความคิดเห็นย่อมจะมีความ

แตกต่างกันเป็นธรรมดา เรื่องที่เป็นเรื่องของการเมืองคือเรื่องของการวินิจฉัยทางเลือกซึ่งมีอยู่หลาย ๆ ทางว่าเลือกทำอะไร ดำเนินการอะไร เรื่องของกฎหมายไม่ใช่เรื่องของทางเลือก เรื่องของกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องทำอย่างนั้นอย่างนี้ ไม่เปิดโอกาสให้เลือก นั่นเป็นวิสัยของกฎหมายจริงๆ เมื่อเป็นเช่นนั้นแสดงให้เห็นว่ายังมีอีกเยอะแยะไปหมดถ้อยคำเหล่านี้ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญมีทั้งถ้อยคำที่ใช้ภาษากฎหมายแท้ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับข้อห้าม เกี่ยวกับคุณสมบัติ เกี่ยวกับกำหนดเวลา อันนั้นเราใช้หลักกฎหมายได้ บางส่วนรัฐธรรมนูญใช้ภาษาสามัญธรรมดา ก็เหมือนกับกฎหมายธรรมดาก็เหมือนกับกฎหมายทั่วไปใช้ทั้งภาษาธรรมดาและภาษาเทคนิคทางด้านกฎหมายนั้นๆ เพราะฉะนั้นในการอ่านหรือการตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเข้าใจในเรื่องเหล่านี้ด้วย และแน่นอนว่าเมื่อเกี่ยวกับปัญหาเรื่องการเมืองหรือว่าศัพท์ในทางรัฐศาสตร์ในทางการเมืองแม้ในทางเศรษฐศาสตร์ จะมีความเห็นที่แตกต่างกัน การวินิจฉัยอยู่ที่การพิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นสร้างให้เป็นปัญหาและปรับข้อเท็จจริงนั้นให้เข้ากับ ความเข้าใจในความหมายแท้จริงหรือที่เราเห็นว่าน่าจะถูกต้องโดยสุจริตใจ หมายความว่า ไม่ลำเอียง เราฟังความทุกข้างเพื่อที่จะมาพิจารณา ในเรื่องนั้นๆ อันนี้เป็นเรื่องที่สำคัญมากในเรื่องของการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เท่าที่ผมผ่านมา สภาพผมก็เคยทำงาน กระทรวงยุติธรรมผมก็เคยทำงานอยู่ภายใต้ท่านอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ซึ่งตอนนั้นท่านเป็นเลขาธิการศาลฎีกา สมัยท่านเจ้าคุณรัฐมนตรีธรรมประจักษ์ ผมเคยทำงาน กระทรวงยุติธรรมในตอนที่มีศาลอาชญากรสงครามตั้งแต่ต้นจนกระทั่งเลิกไป เพราะฉะนั้นก็มีส่วนได้อยู่ในกระบวนการที่เห็นถึงความยากลำบากในการตีความ ซึ่งต้องใช้ทั้งศาสตร์และทั้งศิลป์ หลักในการตีความมีอยู่จริงแต่มีหลายหลักเหลือเกิน บางหลักขัดกันเองก็มีแย้งกันเองก็มี และแม้แต่ตัวคำว่า ขัดและแย้ง ผมว่าวันหนึ่งจะมีปัญหาถึงศาลรัฐธรรมนูญได้ สมมติในมาตรา 6 ที่กล่าวว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้

คำว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไม่ได้หมายความว่า เป็นกฎหมายอย่างเดี่ยวอย่างบางเรื่องเป็นคำแถลงเพื่อทราบธรรมดา เช่นว่า ประเทศไทยมีการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ไม่ได้มีลักษณะเป็นบทบังคับ ไม่ได้มีลักษณะเช่นนั้นเป็นการบอกให้ทราบเท่านั้นเอง ประกาศให้โลกทราบให้คนของเราทราบ เพราะวาระบอบประชาธิปไตยอเมริกาเป็นอย่างหนึ่ง ระบอบประชาธิปไตยของฝรั่งเศสเป็นอย่างหนึ่ง ระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษเป็นอย่างหนึ่ง และระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทยเป็นอย่างหนึ่ง ถ้าเราจะใช้เกณฑ์โดยเฉพาะทางกฎหมายอย่างเดียวมาพิจารณาว่าเข้ามาตรา 2 นี้หรือไม่ แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า การใช้หรือการตีความไม่มีหลักเสียเลย มี แต่ว่าจะต้องใช้วิจารณ์ญาณเพื่อวินิจฉัยว่าสิ่งที่เขาวิพากษ์อันนั้นมีข้อเท็จจริงและการปรับใช้นั้นน่าจะเป็นอย่างนั้นหรือไม่ เพราะฉะนั้นจะมาถึงหลักว่า มีหลักที่หนึ่งอย่างนั้น หลักที่สองอย่างนั้น หลักที่สามอย่างนั้น ไม่ใช่ บางที่ต้องใช้ประกอบกันหลายๆ หลัก บางทีหลักที่ไม่ค่อยตรงกัน เราก็เอาหลักที่มีความสำคัญกว่า มี Priority กว่าขึ้นมาใช้ก็ได้ อันนี้เขาถึงมีศาล ถ้าการตีความมีหลักหมด ผมว่าเข้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ นำเข้าไปเอาออกมา เราไม่ต้องมาเหนื่อยถึงขนาดนี้ไม่ต้องมาทะเลาะหรือโต้เถียงกันถึงขนาดนี้ และไม่ต้องมานั่งเรียนหนังสือกันถึงขนาดนี้ ถ้าตัวอักษรอย่างเดียวนั้นคือกฎหมาย คุณอ่านหนังสือออก คุณมาเรียนทำไม เพราะที่มาเรียนเพราะกฎหมายแต่ละฉบับ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แยกกันไม่รู้กี่ปี กี่วิชา ถามดูว่า แพ่งคืออะไร พินิชย์แยกกันตรงไหน หรือคู่กันตรงไหน ก็ยังตอบยากแล้ว อันนี้จึงเป็นเบื้องต้นเป็นข้อสังเกต อีกเรื่องหนึ่งที่อยากพูดในที่นี้คือ ปัญหาอาจจะเข้ามาคือ ที่เรียกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้ ขัดกับแย้ง ผมตั้งคำถามในคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่ต่ำกว่า 3 - 4 ครั้ง ในรัฐสภาเองผมก็เคยตั้งคำถามว่าจะให้หมายความว่าอะไร หมายความว่า 2 อันระหว่างขัดกับแย้ง ว่าอันไหนขัด อันไหนแย้ง เพราะถ้าใช้คำว่าหรือ ควรจะมีค่าเท่ากันระหว่างขัดกับแย้ง แต่ถ้าเราถือหลักว่า ขัดหรือแย้งเป็นถ้อยคำต่างกัน ต้องตีความต่างกันก็ว่าไปอย่างหนึ่ง แต่ถ้าเราถือว่าขัดหรือแย้งเป็นสร้อย

เพราะภาษาไทยขอมมีสร้อย เช่น ใช้คำว่าร่างกาย ร่าง ภาษาไทย กาย ภาษาบาลี จิตใจ จิต ภาษาบาลี ใจ ภาษาไทย หนักแน่น หมกมุ่น เหน็ดเหนื่อย อะไรเหล่านี้เราจะถือเป็นคำสร้อยหรือว่าเป็นคำที่มีความหมายแยกกันอย่างนี้ก็เป็นปัญหาได้ในเชิงกฎหมายที่จะเอามาวินิจฉัยว่าเรื่องใดเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหาเรื่องเล็กน้อยๆ เหล่านี้ผมอยากจะอ้างคำของนักกฎหมายที่มีชื่อเสียง ผมจำชื่อไม่ได้ เขียนไว้ที่ปกหนังสือที่เกี่ยวกับภาษากับกฎหมาย เขาสรุปว่า 95 เปอร์เซ็นต์ของปัญหาทางกฎหมายทั้งหมด เป็นปัญหาเรื่องถ้อยคำ ถ้อยคำต่างกับคำ ถ้อยคำหมายความว่าอาจจะเป็นคำเดียวกันก็ได้ สองคำก็ได้ แต่ความหมายเดียวหรือเป็นประโยคก็ได้ แต่ความหมายเดียว อย่างคำว่าโรงเรียน ภาษาอังกฤษเรียกว่า Term คือถ้อยคำ แต่ถ้าเป็นคำแล้ว โรงเรียนหนึ่ง เรียนอันหนึ่ง ผมยกตัวอย่างที่กลับกันเป็นต้น ถ้าเราไปแยกกัน ความหมายจะต่างกันทันที ขออนุญาตเอ่ยคำที่เข้าใจง่ายแต่อาจจะไม่น่าฟังมากมาย เช่น คำว่า เมียน้อย ถ้าคุณแยกเป็นสองคำ เมียคำหนึ่ง น้อยคำหนึ่ง กับคุณรวมเป็นคำเดียว หมายความว่า เป็น Term เดียว เมียน้อยคืออะไร กับการไปแยกคำ คณะกรรมการเคยไปให้การที่ศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่ผมเข้าใจว่าคำวินิจฉัยที่ 11/2542 คือไปแยกคำว่า เขตอำนาจ และรัฐ เขตอำนาจรัฐ ความจริงคนที่เขียนผมจะพูดก็คือ ผมเองที่ใส่ไปขณะนั้นก็มีส่วนในการร่างรัฐธรรมนูญ ตอนนั้นด้วย เป็นคำเดียว คือ เขตอำนาจ คือ Jurisdiction เหมือนของศาลอย่างหนึ่ง ของรัฐอย่างหนึ่ง ของศาลเราก็รู้กันอยู่ ของรัฐหมายความว่า เขตในทางกฎหมายในการที่จะตรากฎหมาย บังคับใช้กฎหมายและวินิจฉัยกฎหมายในเขตนั้นๆ เรียกว่าเป็นเขตอำนาจของรัฐ แต่ที่ดีความไปคนละแบบคนละอย่าง อันนี้ก็ยกตัวอย่างให้ฟัง ถึงความละเอียดในการที่จะต้องใช้ระหว่างคำ กับถ้อยคำ แม้คำเล็กค่าน้อย คำว่า ควร กับสมควร ถ้าคิดเฉยๆ ไม่เป็นไป แต่ถ้าจะพิเคราะห์ลงไปให้ดีสำหรับผู้ร่างและสำหรับผู้วินิจฉัยกฎหมายแล้ว ควร เป็นความเห็นจากตัวผู้ที่แสดงความเห็นว่า ควรจะเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ แต่ถ้าคำว่า สมควร คนอื่นต้องมาสมทบด้วย เห็นด้วยแบบ

นั่นด้วย หมายความว่า วิญญูชนเห็นว่าน่าจะเป็นอย่างนั้น จึงจะเป็นสมควร หรือ
 คำว่า เชื่อได้ว่า ในกฎหมายของเราบางฉบับมี หรือคำว่า มีเหตุอันเชื่อได้ว่า
 อันนั้นต้องมีเหตุก่อน แต่ถ้า เชื่อได้ว่า อยู่ที่ว่าคนนั้นจะเชื่อหรือไม่เชื่ออยู่ที่
 ตัวบุคคล อย่างนี้เป็นต้น อันนี้เป็นความละเอียดอ่อนของภาษา ซึ่งเป็นบทนำ
 ที่จะเข้ามาสู่การพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญกับการตีความไม่ใช่ง่ายถ้าจะเอาให้
 พิเคราะห์กันจริงๆ แต่ว่าเรื่องทั้งหลายในกระบวนการยุติธรรมจะเป็นยุติธรรมทาง
 ศาลปกครอง ยุติธรรมทางศาลยุติธรรมธรรมดา หรือยุติธรรมทางศาลรัฐธรรมนูญ
 ก็ดี ต้องมีที่ยุติ ต้องมีคำที่มีข้อยุติ ถ้าไม่ยุติก็จะเถียงกันอยู่อย่างนั้น มีบทของ
 นักปราชญ์คนหนึ่งกล่าวในเชิงล้อเลียนว่า กิจการอันใดก็ตามถ้าจะทำให้
 สำเร็จลุล่วงโดยไม่มีปัญหา นั้นให้ผ่านกฎหมายทั้งหมดก่อน แล้วจะไม่มี
 ปัญหา ประหนึ่งว่า มีกฎหมายที่ไหน มีปัญหาที่นั่น ก็ลองไปคิดดูนี้เป็น
 คำเห็นแบบเปรียบเปรย ผมจะพูดในประเด็นว่า หนังสือสัญญา กับ
 บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาเกี่ยวกันตรงไหนจริงๆ แล้วผมจะบอกข้อเท็จจริง
 ให้ฟังก่อน เรื่องเกี่ยวกับสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญานั้นมีอยู่ในรัฐธรรมนูญ
 ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก 80 เปอร์เซนต์ของรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ
 วันนี้ผมเอามาแล้วจำนวน 23 ประเทศ มีมาตราหนึ่งในรัฐธรรมนูญของประเทศ
 เหล่านั้น รัฐธรรมนูญของไทยตั้งแต่ฉบับที่ 1 ก็เริ่มมีมาตรานี้ มีมาตราแรก
 ที่เหมือนกันแต่วรรคสองเท่านั้นเองที่มีการเพิ่มเติมกันเข้าไป ซึ่งฉบับ
 พ.ศ. 2550 เพิ่มเข้าไปเยอะหน่อย มาเพิ่มเติมกันตอนนี้เยอะ อันนี้เป็นข้อ
 สังเกตเบื้องต้นว่า ถ้าเป็นอย่างนั้นมีความสำคัญอย่างไรที่ต้องใส่ใจ และของเรา
 ที่ใส่นั้น ไม่ใช่เป็นประเทศเดียวที่ใส่รัฐธรรมนูญ เราไม่ได้เกิดเป็นประเทศแรก
 แต่ไปอ่านข้อความจะคล้ายๆ หรือเหมือนกันกับประเทศอื่น วิธีการขั้นตอน
 อาจจะต่างกันบ้างแต่ความมุ่งหมายใหญ่นั้น ก็คือ บอกให้รู้ว่าอำนาจในการ
 ทำความตกลงกับต่างประเทศ หรือเราจะเรียกว่า สนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญา
 หรือไม่ ค่อยพูดกันอีกทีอันนี้มีความสำคัญ และเป็นเรื่องที่อยู่ในบทของฝ่าย
 บริหารก็จริงอยู่ ที่ผมรู้หรือที่ชี้ไปว่าทำไมอยู่ในบทบริหาร ท่านไปดูเถอะทุก
 ฉบับอยู่ในมาตราที่ว่าด้วยฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ไม่ได้อยู่ในหมวดรัฐสภา

แต่ทำไมถึงต้องใช้อำนาจพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทำก็เพราะว่า มีอำนาจอื่นเข้ามามีส่วนร่วม คือ รัฐสภา เข้ามาให้ความเห็นชอบในบางกรณี พรรคหนึ่ง จึงเป็นหลัก พรรคสองจึงเป็นเงื่อนไข ถ้าโดยหลักการใช้กฎหมายหลักธรรมดา ก็คือ พรรคหนึ่งต้องตีความอย่างกว้าง พรรคสอง น่าจะหรือควรจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด เดี่ยวเราค่อยไปถึงตัวมาตรานี้ที่เป็นคีย์ที่เราจะมุ่งไปและเป็นหัวใจที่เราจะมุ่งไปสู่จุดนั้น ตกลงว่าในต่างประเทศก็มีแบบเดียวกัน เราก็มีแล้วเหมือนกันอย่างไร ต่อคำถามตอนต้นที่ผมถามว่า ประเทศในระบอบประชาธิปไตย หรือโดยทั่วไปนี้จะแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ด้าน ใหมใหม่ ทางด้านนิติบัญญัติ ด้านบริหาร และด้านตุลาการ การบริหารต้องบริหารภายใต้กรอบของกฎหมายใช้หรือไม่ ตอบว่า ใช่ถ้านอกจากนั้นเป็นการ Ultra vires ใช้อำนาจเกินอำนาจกฎหมาย กฎหมายรัฐธรรมนูญของเราที่เราเขียนนั้น ในฉบับที่ 1 อย่างที่ผมเรียนว่าสั้นหน่อย หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศสยาม หรือ ที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามนั้น ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ทำไมถึงว่าพรรคสองต้องเข้ามา พรรคหนึ่งทำไมต้องใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ เพราะพระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชน ในมาตราต้นๆ มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้ ใช้อำนาจบริหารแต่ที่นี้พระมหากษัตริย์ใช้ในทางนิติบัญญัติด้วยก็ได้ แต่โดยที่ในมาตรานี้มีฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาเกี่ยวข้องในการให้ความเห็นชอบ เพราะฉะนั้นเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งคลุมอยู่ ไม่ใช่เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีเฉยๆ ไม่ใช่เป็นอำนาจของรัฐมนตรีต่างประเทศเฉยๆ เป็นอำนาจที่กระทำในนามของประเทศ คุณไม่ได้ไปทำในฐานะของนายกรัฐมนตรี ไม่ได้กระทำในฐานะรัฐมนตรี เราพิจารณากรอบใหญ่ก่อน ส่วนในพรรคสองซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ให้ฝ่ายนั้น อันที่หนึ่งเป็นบทที่มีความสำคัญเหตุผลของพรรคสอง ที่เป็นข้อยกเว้นในทุกประเทศนั้น ซึ่งอาจจะมีหลายรายการ หนึ่งรายการบ้าง สองรายการหรือสามรายการบ้าง ที่หมายความว่ารัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบนั้น ของเราในขณะนี้ถ้ามาพิจารณา ดูเราก็ได้เพิ่มกันมาหลายประการที่ต้องได้รับความเห็นชอบ

จากรัฐสภาในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 หรือมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญปี 2540 เรื่องที่หนึ่งเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอาณาเขต ทำให้ไม่ถึงต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ เหตุผลเบื้องหลังซึ่งอันนี้ผมไม่ได้มานั่งเทียนฝัน หรือมาเล่าให้ฟังเลยๆ แต่ได้ไปศึกษาที่มาประเทศอื่นเขาก็มีเช่นนี้ด้วยเหมือนกัน เขาก็มีเหตุผลว่าฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นฝ่ายที่ออกกฎหมายเพื่อไปใช้กับราษฎร ผู้ที่ออกกฎหมายควรจะต้องรู้ว่ากฎหมายนั้นใช้ไปถึงไหน เพราะปกตินั้นกฎหมายจะใช้ในอาณาเขตก่อน ในอาณาจักรเป็นจุดแรก เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงผู้ออกกฎหมายควรจะรู้ ผู้อยู่ภายใต้กฎหมายควรจะได้รับรู้ผ่านทางรัฐสภานั้นเป็นเหตุผล เรื่องที่ 2 คือส่วนที่ต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญาหรือหนังสือสัญญา ข้อความคล้ายๆ กันเพราะบางฉบับใช้คำว่า ตามสัญญา แต่ฉบับปี 2550 ใช้คำว่า ตามหนังสือสัญญา ฉบับปี 2540 ให้คำว่า ตามสัญญา เดียวเราจะมาดูว่าหนังสือสัญญาตามชื่อเรื่องที่เราจะมาฟังลงไป คำว่าสัญญาซึ่งอยู่ในวรรคสองนั้นเป็นอันเดียวกันหรือไม่ เดี่ยวค่อยว่ากันทีหลัง แต่เหตุผลที่เรามาดูว่าทำไมถึงมีวรรคนั้น เพราะเหตุว่าเมื่อเราไปตกลงกับต่างประเทศแล้ว และถ้าเรื่องไหนที่เราต้องมาออกพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติหมายความว่าที่เราต้องเข้ารัฐสภา สัญญาที่เราทำมาแล้วไปตกลงทำถึงขั้นสุดท้ายแล้ว รัฐสภาไม่สามารถจะมาแก้ไขได้ เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น ที่เขาให้รัฐสภาเห็นชอบก่อนเพราะโดยหลักแล้วรัฐสภาจะออกกฎหมายเขียนอย่างไรก็ได้ ออกอย่างไรก็ได้จะแก้ไขถ้อยคำใดในคณะกรรมการใดก็ได้ แต่เรื่องนี้ถ้าไม่ให้ความเห็นชอบก่อนเขาไปแก้ไขไม่ได้เลย เพราะแก้ก็ไม่ใช่ไปตามที่ตกลงกันไว้ ก็ให้มาเห็นชอบกันเสียก่อนจะได้ไม่มีความขัดแย้งกันเองในกฎหมายภายใน และในมาตราที่ผมอยากจะชี้ให้เห็นในเบื้องต้นว่า คำว่า เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ถ้าเผื่อว่าต้องออกพระราชบัญญัติ ช่วยดูมาตรา 6 ที่บอกว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในความหมายที่ว่า เป็นกฎหมายที่กฎหมายอื่นจะมาขัดหรือแย้งไม่ได้ที่ผมบอกเมื่อสักครู่ว่าไม่ใช่กฎหมายอย่างเดียว แต่ในด้านกฎหมายนั้นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นจะมาขัดหรือแย้งไม่ได้ ไม่อย่างนั้นจะใช้บังคับ

ไม่ได้ ที่เราไปทำสัญญาถ้าเราต้องออกพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัตินั้นก็จะกลายเป็นกฎหมายไทยขึ้น ก็ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ภายใต้มาตรา 6 เมื่ออยู่ภายใต้มาตรา 6 ถ้าขัดกับรัฐธรรมนูญถึงไปตกลงกับเขาอย่างไรก็ใช้บังคับไม่ได้ จุดนี้ยังเป็นจุดที่ยังว่างอยู่ว่าจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศหรือไม่ สิ่งที่มีสมบูรณ์แล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ คุณผูกพันแล้ว การผูกพันนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องแต่เฉพาะพันธกรณี คุณได้สิทธิด้วย ไม่มีใครไปทำสัญญามีแต่พันธกรณี มีแต่หนี้รับเป็นการอย่างเดียวมีสิทธิด้วยคุณไปรับมาแล้วคุณกลับคำไม่ได้ ของเรากล้ามองแบบไทยๆ จะยิ่งแล้วใหญ่สัญญาที่ไปทำทำในนามพระมหากษัตริย์เพราะฉะนั้นทำในนามของประเทศ ผู้ที่จะได้รับผลคือผู้ที่มีอำนาจระดับประเทศทั้งนั้น ไม่ใช่เรื่องที่สมควรจะกลับ ถ้าเกิดไม่รับอย่างนั้นขึ้นมาต้องแก้ไข ถ้าไม่แก้ไขกฎหมาย แก้รัฐธรรมนูญแก้ไขในทางปฏิบัติหรืออย่างใดอย่างหนึ่งแล้วก็มีปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญาจะยุ่งยากในตอนนั้น แต่อย่างไรก็ตามวรรคนี้จะชี้ให้เห็นว่า สิ่งที่เราไปทำกับต่างประเทศนั้น ถ้าไม่ได้มีบทเปลี่ยนแปลงที่มีผลทางกฎหมายในประเทศไทย ไม่น่าจะเป็นอย่างนั้นได้ อันนี้เป็นเหตุผลที่เราให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน ที่นี้เราเพิ่มมาเป็นระยะ เราจะมาพูดกันในมาตรา 190 ซึ่งเป็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ และเป็นปัญหาที่เป็นหัวข้อเรื่องเฉพาะจริงๆ ว่า หนังสือสัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นหัวข้อเรื่องที่มุ่งสู่การบรรยายในวันนี้ ซึ่งในรัฐธรรมนูญทั่วไปผมได้กล่าวมาแล้ว รัฐธรรมนูญต่างประเทศก็ได้เอ่ยถึงแล้วเป็นความรู้ทั่วๆ ไป มาถึงฉบับของเราในที่นี้ผมคิดว่าในเบื้องต้นเราต้องดูฉบับปัจจุบันซึ่งอยู่ในมาตรา 190 อันนี้เข้าสู่ประเด็นโดยตรง มาตรา 190 จริงๆ แล้วปัญหาจะมีตั้งแต่ว่า หนังสือสัญญาคืออะไร หมายความว่าอย่างไร ปัญหาที่ยังไม่เคยพูดกันมากในรัฐธรรมนูญของเราที่ใช้มา เพราะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศรู้สึกเป็นเรื่องไกลตัว บางคนไม่ค่อยยกปัญหากัน แต่นักกฎหมายก็ดี นักการเมืองก็ดีก็ให้ความสนใจกับมาตรานี้มากเป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นจึงเป็นจุดมุ่งหมายที่เราอยากจะเคลียร์ในเรื่องนี้ว่าคำว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญา ตัวหนังสือสัญญานี้จะหมายความว่าถึง

สนธิสัญญาตามที่พูดถึงกันหรือไม่ เพราะรัฐบาลนี้ก็แถลงทางที่วิบวาทในเรื่องปัญหาปราสาทพระวิหารนี้ว่า แถลงการณ์ร่วมที่ออกนั้นไม่ใช่สนธิสัญญาซึ่งความจริงคงจะหมายความว่าไม่ถึงขั้นหนังสือสัญญา ตกลงว่าเราคิดว่าหนังสือสัญญากับสนธิสัญญาเหมือนกันหรือไม่เพราะอะไร เพราะเหตุว่าในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2521 มีใช้ถ้อยคำอันหนึ่งในวรรคสอง บอกว่า หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนอาณาเขตไทยหรือต้องออกพระราชบัญญัติ หรือที่เป็นสนธิสัญญา เขาใช้คำว่า สนธิสัญญาต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา แล้วหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับนั้นประโยคหลังถูกตัดไป แต่ว่ามีใช้คำเป็นสนธิสัญญาเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษที่เรียกว่า Treaty น่าจะตรงกับ Treaty ใหม่ คำว่าสนธิสัญญานั้นเกิดขึ้นจริงๆ ในปี 2480 ผมเข้าใจว่าเสด็จในกรมเป็นผู้ที่บัญญัติศัพท์นี้ขึ้น ใช้ในสนธิสัญญาทางไมตรีและพาณิชย์ ที่ทำกับประเทศอังกฤษ และประเทศในยุโรปอีกหลายประเทศ รวมทั้งสหรัฐอเมริกา ฉบับแรกหลังจากที่เราได้รับการปลดปล่อยจากสภาพนอกอาณาเขต เพราะได้เริ่มเจรจากันตั้งแต่หลังเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยใหม่ๆ แล้วก็เจรจากัน ชื่อใช้คำว่า สนธิสัญญา แต่คำว่า หนังสือสัญญานี้รัฐธรรมนูญฉบับแรกเกิดก่อนนั้น เกิดตั้งแต่ 2475 เพราะฉะนั้นจึงต้องใช้คำนี้ และที่ใช้ต่อๆ มาในตอนต้นมุ่งหมายที่จะหมายความว่าเพื่อที่จะให้ถึงคำว่า Treaty ทำไมผมถึงตีความอย่างนั้น เพราะว่าคำแปลทุกฉบับคำแปลเป็นทางการของกฤษฎีกา ร่างของรัฐสภาบ้าง ใช้คำว่า Treaty ทั้งนั้น ลองดูภาคภาษาอังกฤษใช้คำว่า Treaty ในด้านต่างประเทศส่วนใหญ่ 80 เปอร์เซ็นต์ ใช้คำว่า Treaty บางประเทศใช้คำว่า International agreement แต่รวมความแล้วก็ใกล้เคียงกัน ก็เป็นที่เข้าใจกันแม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญเองผมเข้าใจว่าในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 เรื่อง หนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือกับ IMF เรื่องนั้นก็ใช้หลักตีความโดยการดึงหลักออกมาจากกฎหมายว่าด้วยสนธิสัญญา มาดูว่าเมื่อตอนที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้มีการร่างออกมาฉบับแรกถามความเห็นประชาชน ฉบับนั้นใช้คำว่า สนธิสัญญาออกมาฉบับที่สองเพื่อลงมติขอความเห็นในการลงมติ เปลี่ยนกลับมาเป็น

หนังสือสัญญา ความเชื่อของผมเชื่อว่าจะต้องมีการ Debate กันแล้ว 2 ครั้ง ต้องมีการอภิปรายกันแล้ว ว่าตอนแรกคุณเปลี่ยนจากหนังสือสัญญามาเป็น สนธิสัญญา พอครั้งที่สองคุณมาถูกใจอะไรจึงเปลี่ยนกลับเป็นหนังสือสัญญา การเปลี่ยนถึงสองครั้งสองระยะนี้เป็นการแสดงถึงว่าคุณมองเห็นความแตกต่าง เรื่องความหมายใช่หรือไม่ อันนี้ผมตอบไม่ได้ และในปี พ.ศ. 2550 เปลี่ยน จากเก่าจากตอนที่ปฏิบัติตามสัญญาในวรรคสองมาเป็นปฏิบัติตามหนังสือสัญญา แสดงให้เห็นว่าได้เน้นให้น้ำหนักของหนังสือสัญญาเป็นพิเศษ หลังจากนั้นมา ไม่นานเท่าไร ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ซึ่งได้รับการยอมรับ กันว่าท่านเป็นผู้เชี่ยวชาญท่านหนึ่งในด้านกฎหมายมหาชนและท่านมีบทบาทที่ เกี่ยวข้องกับการร่างรัฐธรรมนูญ ท่านได้ให้ความเห็นไว้ว่า หนังสือสัญญานั้นมี ความหมายกว้างกว่าสนธิสัญญา หลักใหญ่ๆ อาจจะใช่แต่ว่าคล้ายกับว่าจะ เป็นสนธิสัญญา ที่นี้มาว่าสนธิสัญญาที่เรียกว่า Treaty นั้นคืออะไร คำว่า Treaty ได้พูดถึงกันมานานแล้วเป็นศัพท์ที่มีกันมานานก่อนที่จะออกกฎหมายว่า ด้วย Law Treaty ซึ่งมีการอ้างถึงกันเมื่อปี ค.ศ. 1969 คำว่า Treaty ใช้ มาก่อนหน้านั้นแล้ว และในเอกสารที่เกี่ยวกับสัญญาปี ค.ศ. 1969 นั้น บอกว่า อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ใช่ย้อนหลังและกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีมาก่อนหน้านั้น ก็ยังใช้ได้อยู่ในส่วนที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในนี้ ก็แสดงว่าอาจจะมีส่วนที่ไม่ใช่ ที่อยู่นอกอนุสัญญานี้ ก็อาจจะเป็นไปได้ เพราะฉะนั้นในการพิจารณาว่าเป็น Treaty หรือไม่ เป็น Treaty ตามอนุสัญญาที่ให้นิยามศัพท์ไว้หรือไม่ แต่ที่เป็น นิยามศัพท์ท่านดูให้ดีจะเป็นในกฎหมายธรรมดาที่ดีในสัญญาก็ดี จะเขียนว่า ในพระราชบัญญัตินี้คำนี้ให้หมายความว่าอย่างไร รวมถึงอย่างไร แต่เฉพาะ ในพระราชบัญญัตินี้ที่เขียนไว้ อันนั้นก็เหมือนกัน ในอนุสัญญานี้คำนี้เป็น อย่างนั้น เพราะฉะนั้น Treaty ในนั้นถ้านอกอนุสัญญาอันนั้น ซึ่งไม่ได้ บัญญัติหลักครบในทุกประเด็น เขาก็เขียนไว้ไม่ได้บัญญัติครบ จะใช้นิยามศัพท์ อันนี้ใหม่ แต่อย่างไรก็ตามหลักใหญ่ๆ ได้เป็นที่ยอมรับกันว่าหลักใหญ่ๆ ก็ เป็นไปอย่างที่ศาลรัฐธรรมนูญก็เคยสรุปไว้ว่าในประการที่ 1 คือ ต้องเป็น ความตกลงระหว่างประเทศ ประการที่ 2 หมายความว่าอยู่ในภายใต้บังคับ

หรืออยู่ในกรอบของกฎหมายระหว่างประเทศ ประการที่ 3 ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตามนี้จะนำไปสู่ปัญหาที่น่าสนใจ คือ เป็นความตกลงกันแน่นอน สนธิสัญญาเอง สัญญาก็คือสัญญาของเราแต่สนธิสัญญาก็คือ เอาสัญญามาสนธิกัน ที่ทุกคนสัญญาต่อกัน ที่มาเป็นอย่างนั้น อย่าลืมนะเราจะหวังว่าให้กฎหมายให้นิยามศัพท์ทุกคำเป็นไปไม่ได้ กฎหมายแพ่งพาณิชย์ไม่ได้ให้นิยามศัพท์คำว่า สัญญา ไม่ได้ให้นิยามศัพท์คำว่า หนี้ ทำให้ใช้กันมาได้ เราใช้กันมาตลอด รู้ว่าอะไรเป็นสัญญา อะไรไม่เป็น อันนี้ก็เช่นเดียวกันในการนิยามศัพท์ว่า เป็น Agreement คือเป็นความตกลงระหว่างประเทศต่อประเทศ คำที่น่าสนใจคำหนึ่งก็คือว่า อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นอย่างนี้คือ ประเทศ หรือรัฐบาล กระทำกิจกรรมได้ 2 อย่าง กิจกรรมที่มีผลในทางกฎหมาย กิจกรรมในฐานะเป็นรัฐ เป็นรัฐบาลหรือเป็นหลวง เช่นการออกคำสั่ง การออกกฎหมาย การดำเนินการตามกฎหมายที่มีอยู่ แต่อีกอย่างหนึ่งคือ ดำเนินการเยี่ยงเอกชน เช่น ไปซื้อของ หรือเอาแขกไปเลี้ยงที่ภัตตาคาร ต้องใช้เงินชำระ จะไปอ้างว่าไม่ใช่ความตกลงอันนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศไม่ได้ เพราะกฎหมายนี้เป็นกฎหมายธรรมดาที่ใช้กับเอกชนต่อเอกชน ไปเข้าบ้านแล้วไม่ใช้เงินไม่ได้ กฎหมายระหว่างประเทศหมายความว่า ที่กฎหมายระหว่างประเทศถือว่า ถูกกฎหมาย หรือผิดกฎหมาย ที่กฎหมายชี้ว่าเป็นอย่างนั้น แต่ประโยคที่จะนำไปสู่ปัญหาที่เราสนใจกันอยู่ในขณะนี้ คือคำว่า ไม่ว่าจะเรียกชื่อเป็นประการใด สนธิสัญญาผมสรุปให้ฟังว่ามีอยู่ 2 ความหมาย ความหมายที่หนึ่ง เป็นความหมายอย่างกว้าง เช่นคำว่า กฎหมาย กับกฎหมายที่ดิน กฎหมายอันหลังจะแคบกว่า เฉพาะเรื่องที่ดิน อันแรกเป็นกฎหมายทั่วไป ความหมายทั่วไปนั้น รวมหมดไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ถือว่าเป็น Treaty ทั้งหมด เพราะฉะนั้นแถลงการณ์ร่วมซึ่งเรียกภาษาอังกฤษว่า Joint communiqué เป็นหรือไม่คำตอบในทางหลักวิชาและในคำวินิจฉัยของระหว่างประเทศที่เคยผ่านศาลมาแล้ว เห็นว่า จะเรียกชื่อประการใดก็ตามแต่ถ้าเป็นความตกลงที่มีสร้างความผูกพัน หรือทำให้เกิดผลในทางกฎหมาย หรือนำไปใช้เพื่อให้เกิดผลใน

ทางกฎหมาย ให้ดูที่เนื้อถ้อยคำที่ใช้สมมติว่าแถลงการณ์ร่วมให้ดูที่ถ้อยคำ ถ้อยคำนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ออกมา ต้องดูในนั้น จะไปอ้างว่าตอนที่ผมทำผม ไม่ได้ตั้งใจจะให้ผูกพันเป็นไปไม่ได้ หรือว่า ผมทำไปแล้ว ผมไม่อยากจะผูกพัน แล้ว ถ้าอย่างนั้นก็ทำให้คำว่าสัญญาหรือความตกลงไม่มีพันธะ ไม่มีประโยชน์อะไร ปัญหาเรื่องปราสาทพระวิหารพิจารณาจาก เพราะเหตุว่า ประการที่หนึ่ง ตัวแถลงการณ์เราอ่านกันส่วนใหญ่ก็ภาษาไทย ภาษาอังกฤษมีจุดที่แปลแตกต่าง คลาดเคลื่อนกันเยอะที่เรียกว่า Joint communiqué หรือแถลงการณ์ร่วมนี้ ร่วมกันก็คนที่พูดถึงระหว่างเรากับกัมพูชา แต่ว่าคนเซ็นสามคน และในอารัมภบท 3 คนคือผู้แทนยูเนสโกด้วย ข้อความข้างในจะต้องนำมาทำการพิเคราะห์ ซึ่งในการแปลออกมารู้สึกว่าจะมีการแปลไม่ค่อยตรงเท่าไร เช่นคำว่า เขตอนุรักษ์ ในข้อ 3 ของแถลงการณ์ร่วม เราใช้คำว่า เขตอนุรักษ์ ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า Buffer zone ผมก็ไม่ว่าเหมือนกันว่าเขาไปใช้พจนานุกรมฉบับไหน ที่แปลว่า Buffer ซึ่งแปลว่า กันชน มาเป็นคำว่า เขตอนุรักษ์ ได้ดูในคำอธิบาย ของยูเนสโกมีคำว่า Buffer zone อยู่เหมือนกันแต่หมายความว่า ผู้เสนอนั้นควรจะกระทำให้มี Buffer zone ไม่ใช่เขตของตัววัดถุนั่นเอง ไม่ใช่เขตของปราสาทพระวิหารเป็นเขตของ Buffer zone เพราะฉะนั้นถ้าเรายอมรับว่า Buffer zone อันนี้คืออาจจะเป็นส่วนหนึ่งของเราก็ได้ที่ต้องไปเอาดินแดนส่วนหนึ่งให้เป็น Buffer zone นั้น หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรือไม่ หรือเปลี่ยนแปลงอธิปไตยหรือไม่ อันนั้นจะมาสู่ปัญหานี้ ไม่ทราบว่าจะลงตัวกันอย่างไร เพราะว่าในการที่กัมพูชาเป็นคนเสนอขึ้นมาและเรารับรองว่าเป็นอย่างนั้น เป็นข้อตกลงที่มีผลทางกฎหมายหรือไม่ หรือตามแผนที่ที่เขาเสนอมา การที่ฝ่ายหนึ่งเสนอว่าจะสนับสนุนเรื่องนั้นๆ ระบุไปแล้วอีกฝ่ายหนึ่งบอกว่ายอมรับ ก็เข้าข่ายการเสนอและการสนองหรือไม่ เข้าข่ายการทำสัญญาหรือไม่ เข้าข่ายความตกลงหรือไม่ ก็สมควรที่ท่านทั้งหลายต้องอ่านโดยพิเคราะห์กันเอง นอกจากนั้นวันที่ที่ออกแถลงการณ์บางฉบับบอกว่าออกวันที่ 22 พฤษภาคม 2551 บางฉบับมาถือเอาวันเซ็นชื่อ คือวันที่ 18 มิถุนายน 2551 บางฉบับ

ถือวันที่เสนอ ครม. คือวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ถ้าถือเอาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 หมายความว่าฉบับที่เสนอครม. นั้นไม่ใช่ฉบับจริง ถ้าจะถือตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2551 เพราะวันที่ 22 พฤษภาคม 2551 จะเป็นสนธิสัญญาหรือไม่เป็นหนังสือสัญญานั้น น่าคิดเพราะแถลงการณ์นั้นออกมาเป็นตัวหนังสือที่สัญญากับต่างประเทศว่าเป็นอย่างนั้น เรื่องนี้ผมจะนำมาสู่ประเด็นที่ว่า เมื่อคุณพิจารณาว่าหนังสือสัญญานั้นควรจะตรงกับคำว่า Treaty หรือไม่ ถ้าตรงกับคำว่า Treaty ก็ดูนิยามศัพท์ ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในนิยามศัพท์ คำแรกของอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสัญญา ปี ค.ศ. 1969 ก็พอจะวินิจฉัยได้ แต่ว่าถ้าถือว่าหนังสือสัญญากว้างกว่านั้นก็เข้าข่ายมาตรา 190 อันนี้เป็นปัญหาของคำว่าตัวหนังสือสัญญา ผมชี้ประเด็นให้เห็นว่า ความเห็นอาจจะเป็นได้หลายทางก็แล้วแต่เหตุผลที่จะให้น้ำหนัก ต่างฝ่ายก็อาจจะพอมิเหตุผลอยู่บ้าง ต่อไปที่เรียกว่าการทํานั้นอะไรที่เรียกว่าทำ นับตอนไหนตั้งแต่เริ่มพูดหรือตั้งแต่เริ่มคิด หรือตอนเสร็จ หรือตอนผูกพัน ที่เรียกว่าทำ ถ้าดูภาษาต่างประเทศเขาใช้คำว่า Conclude หมายความว่าถึงสรุป ถ้าดูถึงรากภาษาบางประเทศเขาใช้คำว่า The making of Treaty บางประเทศใช้คำว่า Enter into the Agreement แต่ส่วนใหญ่แล้วจะใช้คำว่า Conclusion เมื่อเป็นอย่างนี้ปัญหาก็มีว่า มาตรา 190 เราไม่ได้ว่าแต่เรื่องทำแล้ว เรว่ากันตั้งแต่ก่อนทำ วรรคต่อไปที่คุณอ่าน ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากันนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ที่ผมตั้งประเด็นในตอนต้นว่า ประชาชน พลเมือง ราษฎร ปวงชนต่างกันอย่างไร ก็ต้องค่อยๆ คิด เพราะว่าเราไปฟังภาษาพูด เพราะในภาษาพูดธรรมดาเรามักจะพูดและเอามาใช้เป็นทางการก็มีเช่นถ้อยคำที่ใช้ว่า การประชุมครั้งนี้มีผู้มาชุมนุมกันคับคั่งทั้งทหาร ข้าราชการ ตำรวจ พ่อค้าและประชาชน ประชาชนคือวรรณะที่ 5 อื่นเดียวมีสี่วรรณะ เรามี 5 วรรณะ อย่างนั้นหรือเปล่า หรือว่าวรรณะของเขาที่ต่ำสุดคือจันทาล ของเรคือประชาชน ชนชั้นหนึ่งต่างหากหรือเปล่า ตัวนี้หมายความว่าเราจะใช้วิธีการอะไรฟังความคิดเห็นและต้องให้

ข้อมูลการให้ข้อมูลหมายความว่า อยู่ๆ ให้คุณแจ้งหรือว่าต้องคอยให้เขามาขอ ก็ต้องดู เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ได้กำหนดวิธีบัญญัติไว้ด้วย นอกจากกำหนดสารบัญญัติแล้ว ว่าอะไรเข้าข่ายหรือไม่ถ้าเข้าข่าย คือ สารบัญญัติ แต่ขั้นตอนเป็นอย่างไร คือวิธีบัญญัติ อันนี้บอกมาก่อนทำ คือ เป็นครั้งแรกที่กฎหมายมาตรานี้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับเขาเอาวิธีบัญญัติ มาใส่ไว้ด้วยและบอกถึงก่อนทำ ที่นี้ในเมื่อถ้อยคำว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่ง พระราชอำนาจในการทำ แต่คุณมาบอกมาก่อนทำก่อนพระมหากษัตริย์ทำ คณะรัฐมนตรีต้องทำอย่างนั้นๆ หมายความว่าพระมหากษัตริย์ทำตาม ครม. หรือว่า ครม. ทำตามประชาชน ซึ่งถ้าเป็นการซับซ้อนกันอยู่อย่างนี้อาจ พระมหากษัตริย์มีตรงไหน อันนี้ยังไม่มีคำตอบ ต่อมาดูวรรคสองให้ดูว่าต่อจาก คำว่า พระราชบัญญัตินั้นเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา ถ้าตามหนังสือ สัญญาหมายความว่า ตามบทบัญญัติของสัญญาทุกตัว ทั้งสิทธิและหน้าที่ ถืออันนั้นเป็นหลัก แต่ถ้าเดิมทีเดียวคำว่า ปฏิบัติตามสัญญา หมายความว่า ถึง สารที่เราไปสัญญากันเอาไว้ปฏิบัติตามอันนั้น ที่ยากขึ้นไปอีกคือ หรือมีผล กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือผลผูกพันทางด้านการค้า การลงทุน งบประมาณ อย่างมีนัยสำคัญต้องได้ รับความเห็นชอบของรัฐสภา ที่นี้เราดูวรรคสอง ดูเหมือนว่าจะต้องให้ความ เห็นชอบก่อนที่จะไปทำ ถ้าทำมาผลเกิดแล้วก็ผิดสัญญา ที่นี้ถ้าคุณวัดว่ากว่า คุณจะรู้ผลกระทบหรือผลผูกพัน คุณต้องใช้แล้วใช้ไหม แต่ตอนนี้ยังไม่ได้ทำ จะทำอยู่ เป็นอย่างนั้นหรือเปล่าดูผลจากอะไร เขาก็ลงทางแก้ไว้คือ ใน วรรคห้า ที่บอกว่าให้ไปออกกฎหมายภายในหนึ่งปี วรรคห้า ให้มีกฎหมาย ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันทาง ด้านการค้าหรือการลงทุนอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับ ผลกระทบทางการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็น ธรรมระหว่างผู้ที่ได้รับประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือ สัญญานั้นและประชาชนทั่วไป ถ้าเป็นเรื่องนโยบายไม่น่าจะมีปัญหา แต่

พอมาเป็นเรื่องกฎหมาย หมายความว่า ต้องไปออกกฎหมาย กฎหมายอันนี้ ยังไม่เป็นรูปร่างออกมาขณะนี้ แต่เท่าที่ผมทราบ ร่างได้เข้าสู่คณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว กำลังพิจารณาอยู่เท่าที่ผมไปขอดู

ปรากฏว่าได้กำหนดแต่หลักกว้างๆ และให้ไปออกระเบียบหรือข้อกำหนดที่หลัง ตกลงแล้วผลไม่รู้ทั้งนั้นว่าขั้นตอนจะเป็นอย่างไรในขณะนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเมื่อเรากำหนดขั้นตอนลงไปในเรื่องที่เขาระบายว่าเป็นอำนาจของใคร สังเกตดูมาตรา 190 เป็นอำนาจพระมหากษัตริย์ มาตรา 189 พระมหากษัตริย์ทรงไว้พระราชอำนาจ มาตรา 178 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ มาตรา 87 ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจไม่มีเงื่อนไขใดในแต่ละอัน มีแต่อันนี้ที่พระมหากษัตริย์มีเงื่อนไข ซึ่งก็ไม่ว่าก่อนทำ เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาแล้วก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ถือว่าทำแล้วหรือไม่ สัญญาบางฉบับผูกพันตั้งแต่ลงนามก็มี หรือต้องรอให้มีการให้สัตยาบันก็มี แล้วแต่ที่จะไปตกลงซึ่งกันและกัน ผมก็ไม่ทราบว่าเป็นทางปฏิบัติจะทำอย่างไร และถ้าพูดถึงสาระ บอกว่า ก่อนดำเนินการให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ เราก็ไม่แน่ใจว่าคำว่ายกรอบนั้นแค่ไหน แต่ในการเจรจากับต่างประเทศเขาไม่บอกกัน ถ้าไปฟังความเห็นประชาชนแล้วเอากลับเข้ารัฐสภา ก็ไม่ต้องเจรจาไม่ต้องพูดอะไร จึงแพ้ตั้งแต่ต้นแล้วเช่นคุณเล่นเปียโนเกอร์ขนาดนี้ เปิดไฟหมด ถ้าคุณเปิดไฟถ้าคุณไม่ไปตกลงตามนั้น คุณก็ผิดอีกเพราะคุณบอกประชาชนไว้ว่าอย่างนี้ เสนอกรอบไว้ว่าอย่างนี้ตกลงว่ารัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในขณะนี้ 2 ตอน ในเรื่องการเห็นชอบ นอกนั้นก็กำหนดขั้นตอนรายละเอียดซึ่งไม่ยากต่อการปฏิบัติและบรรลุลที่สุดท้าย ในกรณีที่มีปัญหามาบรรลุลสองให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติมาตรา 154 มาใช้บังคับ อันนี้ตอนเสนอเรื่องที่ไซ้โดยอนุโลม ที่นี้เรื่องที่เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเข้ารัฐสภาหรือไม่เข้ารัฐสภาเป็นเรื่องของบรรลุลสอง เป็นเรื่องว่าหนังสือสัญญาใดก็มีอยู่ในบรรลุลสอง หรือปฏิบัติตามหนังสือสัญญาก็เป็นบรรลุลสอง การที่จะไปชี้ปัญหาหลงว่าไม่ต้องเข้ารัฐสภา ก็ดี การจะไปชี้ปัญหาหลงว่าเรื่องนี้ไม่ใช่หนังสือ

สัญญาตามความหมายนี้ก็ดี ผมคิดว่าผู้ที่ลงความเห็นเช่นนั้นคงจะแย้งเอาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไป ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้ชี้ว่าเรื่องนี้เป็นหรือไม่เป็น เพราะมีทั้งผู้เสนอและมีทั้งผู้คัดค้าน ที่นี้ที่แปลกอีกคือมาตรา 190 ไม่ได้อยู่แต่ตรงนี้ แต่โยงไปอยู่ที่มาตรา 303 ด้วย ขอให้ท่านดู เป็นข้อสังเกตที่ผมให้ไว้ในตอนนี้นั่น ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล ขอให้ดูตามมาตรา 190 วรรคห้า โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา ข้อแรกที่ผมขอให้ลองนำไปคิดดู คือ การถ่วงดุล ในมาตรา 190 เป็นมาตราที่ให้อำนาจแก่พระมหากษัตริย์ให้แก่ฝ่ายบริหารที่เข้ามานั้น ภาษาอังกฤษเรียกว่า เข้ามา Participate ในการทำสัญญา แต่ไม่ได้มา Check and Balance ไม่ได้เข้ามา Control อันนี้ดูตามหลักสากล ที่นี้ของเราผมไม่แน่ใจว่าคำว่าถ่วงดุล ถ้า Check and Balance จะมีในระบบประชาธิปไตยแบบสหรัฐอเมริกา ซึ่งตัดขาดออกจากกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร แต่ของเราฝ่ายบริหารส่วนใหญ่ก็มาจากฝ่ายนิติบัญญัติ และจริงๆ แล้วรัฐบาลไม่น่าจะกลัวอะไรในการนำเรื่องเข้ารัฐสภา เพราะปกติรัฐบาลก็มีเสียงข้างมากในรัฐสภาอยู่แล้วเข้าไปก็ชนะทุกที เพราะฉะนั้นเรื่องนี้ก็เข้าใจยากเหมือนกันกับคำว่าถ่วงดุลนี้ เพราะเจตนาของรัฐธรรมนูญไทยไม่มีให้คนนั้นไปถ่วงคนนั้น อันนั้นเป็นทฤษฎีแบบ John Locke อเมริกาใช้ทฤษฎีของ John Locke คือใช้หลักการถ่วงดุลและหลักเอกชนเป็นใหญ่ แต่ Rousseau ของเราใช้หลัก Rousseau เพราะใช้หลักคำว่าปวงชน ปวงชน หมายความว่าถึง ส่วนรวมเป็นใหญ่ ปวงชนคือประชาชนส่วนรวม ประชาชนส่วนรวมไม่เหมือนกับประชาชนเสียงข้างมาก เพราะเสียงข้างมากหมายถึงผู้ที่มาออกเสียงเท่านั้น แต่การอ่านปวงชนนี้เป็นหน้าที่ของการอ่านความคิดของผู้ที่วินิจฉัยเหมือนกับว่าศาลหรือนักกฎหมายบางที่ต้องใช้คำว่า วิญญาณ วิญญาณคือใคร ผมก็ไม่ใช่คุณคนเดียวก็ไม่ใช่ใครก็ไม่รู้ แต่นั่นอยู่ในจิตวิญญาณ เพราะกฎหมายให้ได้แต่คำที่เป็นนามธรรม ต้องการใช้เป็นกาทั่วไป อันนี้ก็เป็นปัญหาที่น่าคิดสำหรับนักกฎหมายในการนำมาใช้คือมาตรา 303 และมาตรา 305 (5) การใดที่เกี่ยวข้อง

การจัดทำหรือดำเนินการตามหนังสือสัญญาที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ตกลงว่า สัญญามีการทำ มีการจัดทำ มีการดำเนินการ หรือที่ได้ดำเนินการไปแล้ว ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ตกลงคุณแยกกันอย่างไร ตอนจัดทำ ตอนดำเนินการทำ หรือที่ได้ดำเนินการไปแล้ว หรือที่ทำอยู่จะไปจบลงตรงไหน ก็ไม่รู้ พอจัดทำเสร็จลองไปอ่านดี ๆ ผมอาจจะอายุมากหน่อยเข้าใจอะไรอาจจะยากหน่อย แต่ผมว่าคุณก็งั้น เรามาพิจารณาว่า หนังสือสัญญาตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เราถึงเอาเรื่องนี้มาเกี่ยวข้อง แต่ผมก็ได้เล่าถึง ความเป็นมาของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับเรื่องหนังสือสัญญา และอธิบายให้ฟังถึงปัญหาที่จะเกิดและปัญหาที่ต้องขบคิด อย่าลืมว่าที่เป็น ปัญหาเรื่องที่มาถึงนักกฎหมายเป็นเรื่องที่มีปัญหาทั้งนั้น ถ้าไม่มีปัญหาเขาคงไม่มา เพราะฉะนั้นที่ให้หลักการตีความอยู่ที่ว่ารัฐธรรมนูญคนตีความเยอะ เพราะว่าท่านมีหน้าที่ตีความ หมายความว่าชี้ขาด การตีความของผู้ใช้กฎหมาย เพราะใช้กฎหมาย กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ การใช้อำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความว่าเรื่องนั้นเป็นไปตามข้อห้าม เป็นไปตาม ข้อกำหนดของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะฉะนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด กฎหมายทั้งระบบอาจจะขัดแย้งหรือปัญหาขึ้นว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ได้ เกิดจากรัฐธรรมนูญเองหรือจากถ้อยคำที่ใช้ก็ได้ จากผู้ใช้ก็เป็น สิทธิของประชาชน ไม่เหมือนกฎหมายอื่นคือใช้เป็นส่วน ๆ กันไป อย่างกฎหมาย แพทย์ ก็ใช้กับหมอเป็นส่วนใหญ่ แต่รัฐธรรมนูญใช้ทั่วไป ปัญหาการตีความ เราต้องเข้าใจว่าการตีความคืออะไร การตีความคือการให้ความหมายและ กำหนดขอบเขต เรื่องเหล่านี้ผมคิดว่าอยู่ในหลักทั่วไป ซึ่งผมได้ให้ท่านไปดู อย่าลืมว่า ไม่ใช่เป็นตัวหลักจริง ๆ แต่เป็นการรวบรวมของผมเอง ท่านอาจจะ ลองเอาไปอ่าน ๆ ดู ผมคิดว่าพอเข้าใจได้พอสมควร เพราะข้อสรุปของผมก็คือ ไม่มีหลักที่ตายตัวแน่นอนเพราะว่ามีหลายหลัก และหลากหลายแตกต่างกัน ไปตามประเภทของกฎหมาย การตีความเอามาใช้กับกฎหมายมหาชนโดย ส่วนรวมจะยาก ข้อสำคัญนักกฎหมายจะต้องพิจารณาหัวใจของนักกฎหมาย คือ Precision คือความเที่ยง รวมทั้งความเที่ยงตรง ความแม่นยำ สิ่งนั้น

เป็นหัวใจของ Precision ทั้งหมด กฎหมายจะใช้หรือไม่ใช้ แพ้หรือชนะอยู่ที่ Detail อยู่ที่เราละเอียด เพราะฉะนั้นนักกฎหมายต้องมีจิตวิญญาณ ของ ความละเอียด และคำว่าเที่ยง หมายความว่า เที่ยงตรง คำว่า เที่ยงตรง หมายความว่า 1. Non bias คือ ไม่ลำเอียง 2. ไม่มี Pre-judgment หมายความว่า ไม่ใช่ตัดสินไว้ล่วงหน้า คิดไว้ล่วงหน้าแล้ว 3. ต้อง Fair hearing ฟังให้รอบด้าน ค้นหาให้รอบด้าน และการวินิจฉัยนั้นต้องหาข้อเท็จจริงให้เป็น ที่ยุติ ว่าข้อเท็จจริงเรื่องไหนเกี่ยวข้องหรือเรื่องไหนรับฟังได้ เรื่องไหนรับฟัง ไม่ได้ เพราะถ้าข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนถูกปกปิดแล้ว ผลที่ออกก็จะไม่ถูกต้อง อย่าละเลยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายอย่าละเลยจุดละเอียดอ่อน อย่าละเลย แม้แต่คำเล็ก คำน้อย เพราะฉะนั้นผมคิดว่า คือจิตวิญญาณของความเป็น นักกฎหมายจึงสำคัญที่สุด

พชช. ปัญญา อุดชาชน : ในนามของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ต้องขอขอบคุณอาจารย์ที่ได้ให้เกียรติมาเป็นวิทยากรบรรยายในวันนี้ อาจารย์ ได้ให้ความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายเอกชนและหลักกฎหมายมหาชน และที่สำคัญอย่างยิ่งคือหลักการตีความกฎหมายและขอบเขตของคำว่าหนังสือ สัญญาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังว่า โอกาสหน้าคงได้รับความกรุณาจากท่านเช่นเคย ขอขอบคุณครับ



การบรรยายพิเศษ

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย

ศาสตราจารย์ ดร. วิชาญ เครื่องาม

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดี
และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

วันพุธที่ 2 เมษายน 2551

การบรรยายพิเศษ*

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม

วันพุธที่ 2 เมษายน 2551

ณ ห้องพิจารณาคดี ชั้น 2

ท่านเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ รองเลขาธิการ ที่ปรึกษา
ผู้เชี่ยวชาญ เจ้าหน้าที่ฝ่ายคดี และเพื่อนข้าราชการศาลรัฐธรรมนูญทุกท่าน
ขอขอบพระคุณและมีความยินดีเป็นอย่างมากที่สำนักงานให้เกียรติเชิญผม
บรรยายอีกวาระหนึ่ง หัวข้อในวันนี้อาจจะไม่ใช่หัวข้อที่อยู่ในความถนัดโดยตรง
ของผมสักเท่าไร เพราะเป็นหัวข้อหรือวิชาที่ว่าด้วยหลักการตีความกฎหมาย
มหาชน ผมอาจจะพอเข้าใจหลักหรือทฤษฎีอยู่บ้างแต่โอกาสที่จะใช้ในทางปฏิบัติ
จริงๆ ไม่มากนัก บางที่ท่านทั้งหลายจะอยู่ในฐานะที่ปฏิบัติได้ชัดเจนกว่า
อย่างไรก็ตามในฐานะที่เป็นอาจารย์ที่สอนในด้านนี้และเป็นกรรมการกฤษฎีกา
ผมก็พยายามประมวลเอาหลักเท่าที่พอทราบมาเล่าให้ท่านฟัง ความจริงการ
ออกตัวอย่างนี้อาจจะไม่จำเป็นเพราะว่าหลักในการพูดหรือในการบรรยายเขาบอก
ว่าอย่าไปพูดหรือบอกคนฟังว่าไม่รู้อะไร เพราะคนฟังจะไม่อยากฟังทันที
และคำถามจะมีว่าแล้วจะทำไม แต่ว่าเมื่อเราอยู่ด้วยกันและท่านเป็นผู้รู้ ผมก็

*เรียบเรียง และ Edit โดย ดร.ปัญญา อุดชาชน ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ 10 ชช.
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ต้องบอกตรงๆ เพื่อผิดพลาดพลังไปก็จะได้อภัยได้ หรือถ้ายังผิดหนักก็ต้องโทษคนที่เชิญ ผมอยากเริ่มต้นเพื่อจะดึงท่านทั้งหลายมาสู่หลักให้เห็นเป็นระบบเพราะแม้ท่านจะมีความรู้ความเข้าใจ แต่ท่านอาจมาจากพื้นเพภูมิหลังที่ต่างกันและอาจมีประสบการณ์บ้างแต่ในแต่ละคนอาจจะต่างกัน เราให้ความสำคัญกับการตีความกฎหมายน้อยเพราะจะเป็นศาสตร์หรือศิลป์ที่เกิดโดยอัตโนมัติ สมัยที่ผมเรียนแม้เราจะรู้ว่าการตีความกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญและเราเรียนกฎหมายเพื่อจะออกไปตีความ ไม่มีวิชาที่ชื่อว่าการตีความกฎหมายสอนอยู่ในสถาบันการศึกษาเลย ทุกอย่างจะอัตโนมัติเข้าไปในแต่ละวิชาทั้งนั้น ประหนึ่งว่าสិวิซาก็มีการตีความสิวิซา ร้อยวิชาที่มีการตีความร้อยวิชา บางครั้งเราก็จะสับสนมากเพราะอาจารย์ท่านก็จะสอนว่ามาตรานี้เราลอกมาจากประเทศโน้น ซึ่งในประเทศโน้นตีความว่าอย่างนี้ แต่พอมาถึงศาลไทย เมืองไทยตีความว่าอย่างนั้น ซึ่งผมเองเห็นเป็นอย่างโน้นแล้วเราฟังแล้วก็รู้สึกว่ สุดท้ายอย่างไหนถูก อาจารย์ก็จะตอบท้ายว่า พวกเธอจะเห็นอย่างไหนก็ได้ หนักๆ เข้าก็ต้องถามว่ามาเรียนทำไม ชื่อหนังสืออ่านเองก็ได้เพราะอย่างไหนก็ได้กลายเป็นความเห็นไป ความจริงไม่มัวถึงขนาดนั้นเพราะมีศาสตร์กำกับอยู่ที่ชื่อว่า Interpretation of law ในต่างประเทศคนที่จะเรียนวิชานี้เขาเริ่มต้นบังคับให้เรียนวิชา Legal logic คือนิติตรรกศาสตร์ก่อน แล้วก็บังคับให้เรียนวิชา Jurisprudence หรือนิติปรัชญา เพื่อให้รู้ทฤษฎีความเป็นมา ต่อจากนั้นต้องเรียนวิชาที่เกี่ยวกับ Legal process คือกระบวนการขององค์กรต่างๆ ว่าทำงานกันอย่างไร เพราะองค์กรเหล่านั้นจะต้องมาตีความ เสร็จแล้วจึงให้เรียนการตีความกฎหมาย แต่ของเราไม่มี Legal logic ก็เพิ่งจะมาสอนเมื่อไม่นานมานี้ บางแห่งเป็นวิชาเลือกด้วยซ้ำ หรือ Juris prudence หรือ Legal philosophy นิติปรัชญา นั่นก็เป็นวิชาเลือก หลายแห่งก็ไม่ให้เลือกคือไม่ได้สอน Legal process ก็ไม่มี เพียงแต่ถ้าจะเรียนเกี่ยวกับกระบวนการของศาลที่อ่านพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ถ้าเป็นกระบวนการของศาลปกครองก็ไปอ่านวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครอง ส่วนวิธีพิจารณาคดีในศาลรัฐธรรมนูญก็จะแทรกเข้าไป เมื่อเรียนกฎหมาย

รัฐธรรมนูญถึงบทที่ว่าด้วยการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ยิ่งถ้าเป็นกระบวนการตีความในชั้นกฤษฎีกา ในชั้นรัฐสภา ในชั้นรัฐบาล ในชั้นของสำนักงานอัยการสูงสุดแทบจะไม่มีการกล่าวถึงเลย ความจริงสิ่งเหล่านี้คงมารวมกันแล้วเปรียบเทียบแล้วเชื่อมโยงให้เห็นได้ ซึ่งต่างประเทศเขาทำในวิชาที่ชื่อว่า Legal process หรือกระบวนการทางกฎหมายพอมายังวิชาที่ว่าด้วยการตีความกฎหมาย เราก็ไม่ได้เรียน ไม่ได้สอน นอกจากจะเป็นบรรยายพิเศษเสริมสักหนึ่งครั้ง มีอาจารย์ผู้ใหญ่คนหนึ่งคือ ท่านอาจารย์ ธาณินทร์ กรวิชัย เป็นคนริเริ่มในการเขียนตำราชื่อว่า การตีความกฎหมายขึ้น สำหรับยุคใหม่ๆ นี่ถือเป็นตำราเล่มแรกยุคเก่าๆ เคยมีคนเขียนมาก่อน ท่านเคยปรารภกับผมว่า ถ้าคุณ (ท่านหมายถึงผม) มีอำนาจเมื่อไร ช่วยจัดให้มีการสอนวิชานี้ในมหาวิทยาลัยด้วย ยิ่งที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสถานนั้นควรจะมีการเรียนเพราะถ้าได้วิชาตีความกฎหมายติดออกไปสักวิชาหนึ่งจะได้ใช้กฎหมายเป็น ผมก็เคยมีอำนาจอย่างที่ท่านว่า พอไปพูดในที่ต่างๆ ก็ไม่ได้รับความเลื่อมใสว่ามีความจำเป็น แต่อย่างไรก็ตามต้องยอมรับว่ามีความจำเป็น เพราะว่าเป็นการทำงานทางกฎหมายของเราแต่ละท่านต้องตีความกฎหมายทั้งนั้น จะมีสองระดับคือ อัตโนมิติกับระดับที่ลึกซึ้ง มีคนเคยบอกว่า ถ้ากฎหมายชัดเจนแล้วไม่ต้องตีความ แต่ก็มีคนแย้งและคนที่แย้งก็ไม่ใช่คนธรรมดาๆ เป็นศาสตราจารย์ผู้ใหญ่ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ที่ท่านแย้งว่าไม่จริงแม้จะเป็นคำธรรมดาแม้จะเข้าใจได้แล้ว แม้จะไม่สับสนยกย่อนก็ต้องการ เพียงแต่จะอัตโนมิติไม่ลึกซึ้ง เพราะว่าพออ่านแล้วไม่ผูกภาพขึ้นในมโนทัศน์ของเราทันที เพียงแต่ว่าเราไม่ต้องลึกซึ้งมากเพราะว่าเราเคยแปลมาแล้ว เคยรู้ความหมายมาแล้ว แต่ความจริงพอไปเจอคนที่เจ้าถ้อยหมอความพลิกความหมายเป็นอีกทางหนึ่ง เราต้องมานั่งคิดว่าคำที่เราคิดว่าง่าย ๆ เรียบ ๆ ธรรมดา ที่จริงต้องแปล ตัวอย่างที่คลาสสิกและท่านก็เรียนกันมาทุกคนตั้งแต่เรียนกฎหมายปีหนึ่ง คือป้ายที่ติดไว้ข้างสนามว่า ห้ามเดินลัดสนาม ถ้าพูดว่าเป็นคำธรรมดาใหม่บอกว่าใช้มีคนบอกว่าไม่ต้องตีความชัดอยู่แล้ว แต่พอไปเจอเจ้าถ้อยหมอความถามว่า

วิ่งได้ไหม จั๊มเตอร์ไชน์ลงไปในสนามได้ไหมเพราะเขาห้ามเดิน ที่นี้ต้องมาคิดว่าเดินแปลว่าวิ่งหรือเปล่า แปลว่าจั๊มเตอร์ไชน์หรือเปล่า แปลว่าเตะฟุตบอลได้หรือเปล่า เพราะฉะนั้นต้องตีความทั้งนั้นเพียงแต่บางทีเห็นแล้วแปลได้เลย เพราะประสบการณ์มี คำว่ากิน คำว่าบุคคล คำว่าฆ่า คำว่าทำร้าย อาจจะไม่ต้องแปล แต่ความจริงได้ผ่านกระบวนการแปล หรือการตีความมาแล้ว เพียงแต่ว่าความหมายเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติที่ว่าอัตโนมัติคือไม่ต้องเปิดพจนานุกรม ไม่ต้องเปิดคำพิพากษาศาลฎีกา ไม่ต้องเปิดตำรา เข้าใจได้แต่ระวังในสมัยนี้คำที่คิดว่าเข้าใจได้มีคนที่มีพร้อมทำให้เราเฉไฉเข้าใจเป็นอื่นสุดท้ายก็ต้องไปเปิดพจนานุกรมเพื่อจะเอามาเถียง สุดท้ายก็ต้องเปิดคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อจะเอามาแย้ง ฉะนั้นอะไรก็ตามต้องตีความทั้งนั้น เมื่อตอนที่พระเจ้าจักรพรรดิจัสติเนียน แห่งอาณาจักรโรมัน ท่านสร้างประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกขึ้นในโลกที่มีชื่อว่า *Juris corpus juris spirit* เมื่อคริสต์ศตวรรษที่ 6 ความที่มันประกอบขึ้นด้วยมาตราต่างๆ เป็นแสนบรรทัดแล้วท่านก็คิดว่าจะเอียดัดเจนครอบคลุมทุกอย่าง อะไรที่ยังไม่ครอบคลุมก็นำเข้ามาเขียนให้ครอบคลุม ครบแล้วมาตราสุดท้ายท่านสั่งให้เติมไปว่าเนื่องจากประมวลกฎหมายนี้มีความละเอียดชัดเจนหมดแล้ว ประกอบด้วยหมวดหมู่ 3 บรรพใหญ่ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล บรรพ 2 ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 3 ว่าด้วยหนี้ เพราะฉะนั้นห้ามผู้ใดตีความอีก ท่านบอกว่าไม่รู้จะไปตีความทำไมเพราะชัดเจนแล้ว แต่สุดท้ายมาตราต่างๆ ชัดไม่มีคนต้องตีความ แต่มาตราสุดท้ายที่ท่านเติมลงไป ที่ว่าชัดเจนแล้วไม่ต้องมีการตีความห้ามผู้ใดตีความอีก ศาลโรมันเคยหยิบขึ้นมาแปล ว่าแปลว่าอะไรมาตรานี้ ที่บอกว่าห้ามตีความอีก และถ้าตีความจะเกิดอะไรขึ้น แล้วถ้าไม่ตีความแล้วคนสองคนเห็นต่างกันเพราะตีความต่างกันโดยสามัญสำนึกจะเกิดอะไรขึ้น เพราะฉะนั้นลงท้ายอะไรก็ตามต้องมีการตีความทั้งนั้น ถ้าหากว่าเราจะตีความโดยอัตโนมัติ เราจะไม่ใช่คำว่าตีความ คือไม่บอกใครว่าได้ตีความ เราจะถูกง่าย ๆ รวบรวมว่า ถ้าเราพูดอย่างนี้เมื่อไรแปลว่าอัตโนมัติ แต่ถ้าเมื่อไรที่เราต้องถกซึ่งเราก็คงจะบอก คำนี้มีความหมายซึ่งเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกายืนยัน

หรือมีความเห็นของศาสตราจารย์ผู้นั้นกล่าวว่า หรือเรื่องนี้จำเป็นที่จะต้องนำไปเทียบกับมาตรานั้น ซึ่งเมื่อเทียบแล้วจะเห็นได้ว่าคำนี้มีความหมายว่าอย่างนี้หมายความว่าเริ่มเกิดความลึกซึ้งไม่ใช่อัตโนมัติ นี่เป็นความเบื้องต้นที่ผมอยากทำความเข้าใจก่อน กฎหมายนั้นท่านได้เรียนกันมาแล้วว่า มีทั้งกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายอาญานั้นวันดีคืนดีก็จับเข้าไว้ในกฎหมายมหาชน หรือไม่กี่แยกออกมาจากกฎหมายมหาชน พอไปเข้าหมู่กับกฎหมายเอกชน คือ กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ ก็จะบอกปิดว่า ไม่ใช่คนละพวกอย่ามาอยู่ด้วยกันเพราะกฎหมายอาญาเป็นพวกถืออำนาจรัฐ ส่วนกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นพวกปฏิบัติต่อบุคคลสองฝ่ายตัดเทียมกัน อำนาจต่อรองพอกันไม่มีใครใหญ่กว่ากัน มีแต่ความถูกความผิดที่ยกขึ้นบนตราชั่ง นี่เป็นเรื่องของกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน ส่วนกฎหมายอาญาไม่มีลักษณะอย่างนี้ ฝ่ายหนึ่งคือรัฐ มีคุกมีตารางมีการปรับ มีการยึดทรัพย์สิน มีการประหารชีวิต แสดงว่าคุณมีอำนาจต่อรองสูงกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง คุณอย่ามาอยู่ทางกฎหมายเอกชน คุณไปอยู่ทางกฎหมายมหาชนเถิด และพอกฎหมายอาญามาอยู่กับกฎหมายมหาชน ฝ่ายกฎหมายมหาชนก็บอก ไม่ใช่ คุณมาอยู่กับเราไม่ได้เพราะเราเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐก็จริงแต่ถึงประโยชน์สาธารณะเป็นใหญ่ ของคุณนั้นมีความผิดอันยอมความได้ มีความผิดต่อแผ่นดินแล้วบางเรื่องเป็นเรื่องเอกชน เป็นเรื่องแพ่ง เช่น เซ็นเช็ค เช็คငั่งตามหลักก็ต้องฟ้องเรียกเงินตามเช็ค ในกฎหมายแพ่งหรือในกฎหมายพาณิชย์ แต่เนื่องจากเช็คငั่งมากขึ้น เช็คเป็นเศษกระดาษ ก็เอากฎหมายเช็คมาจากกฎหมายเอกชนเอาโทษอาญาบัญญัติไว้ แค่นี้ก็กลายเป็นกฎหมายอาญาแล้วจะมาเข้ากับฝ่ายกฎหมายมหาชนไม่ได้ เขาไม่รับ เพราะเขาถือว่ากฎหมายมหาชนเวลาพูดถึงอำนาจรัฐนั้นต้องเป็นอำนาจรัฐจริงๆ ชนิดต่อรองไม่ได้ กฎหมายว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค ผู้ออกเช็ค สั่งจ่ายเช็ค แล้วเช็คငั่ง กฎหมายเขียนว่า เมื่อฟ้องเรียกเงินตามเช็คกันไปที่ศาล จนถึงศาลฎีกา เอาเงินมาจ่ายตามเช็ค คดีเป็นอันสิ้นสุด ศาลจำหน่ายคดีแล้วเลิกกัน

ฝ่ายกฎหมายมหาชนก็กล่าวหาว่านี่ไม่ใช่กฎหมายมหาชน เอาโทษจำคุก เอาโทษอาญาเข้าไปครอบในสิ่งที่ไม่ควรจะครอบ เมื่อสองสามปีก่อนตอนผมอยู่ในตำแหน่งกระทรวงยุติธรรมได้ทำเรื่องเสนอมารัฐบาลว่าสมควรตั้งกฎหมายกลับไปเป็นกฎหมายแพ่งธรรมดา คือยกเลิกโทษอาญาเสีย ซึ่งวันนี้ไม่รู้ไปถึงไหนแล้ว อย่างนั้นเหมือนตึงเข้าตึงออกได้เป็นเหมือนกับนกมีหูหนูมีปีก ฝ่ายกฎหมายมหาชนบอกว่าที่จะเป็นกฎหมายมหาชน หรือ Public law ก็คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายการคลัง กฎหมายสวัสดิการสังคม กฎหมายภาษีอากร หรือกฎหมายเกี่ยวกับการเมืองการปกครอง และความมั่นคง และพวกนี้ก็จะสร้างอาณาจักรของตนอยู่แค่นี้ ถ้าถามว่าต่างกับกฎหมายอื่นตรงไหน ก็จะบอกว่าต่างเพราะมีทฤษฎี ประวัติ มีความเป็นมา ถ้อยคำภาษา มีวิธีกร่างและวิธีตีความต่างหาก ซึ่งเป็นความจริง ถ้าไปดูกฎหมายระหว่างประเทศก็จะเป็นอีกอาณาจักรหนึ่ง ที่ว่ากฎหมายแพ่ง กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชนก็เข้ามาไม่ได้ เป็นอาณาจักรของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะที่จะพูดกันแต่เรื่องทวิภาคี หรือพหุภาคี สงคราม สันติภาพ อะไรก็ไม่ตกลงเท่ากฎหมายมหาชนด้วยกันเอง หนักๆ เข้าก็ว่ากันเอง ตำราเล่มหนึ่งที่ใช้เรียนกันอยู่ในอังกฤษ ถึงขนาดบอกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่กฎหมายมหาชนแท้ ผมย้ำว่าเป็นตำราในอังกฤษที่ต้องย้ำว่าในตำราของอังกฤษเพราะอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษจึงบอกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายแท้ เป็นสิ่งที่ลอยอยู่บนฟ้า เป็นสิ่งที่มองเดสทิเออคิด จอห์นล๊อค คิด เป็นสิ่งที่ปฏิบัติอยู่ในสภา หาลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไม่ได้ เป็นทฤษฎีทั้งนั้นไม่มีความเป็นกฎหมาย ถ้านาย ก ดังแล้วนาย ก คิด ก็จะเป็นกฎหมาย แต่พอนาย ก ดับ นาย ข ดังแทน ความคิดของนาย ก ก็จะต้องดับตามไป ความคิดของนาย ข ก็จะโด่งดังขึ้นมาแทน ลักษณะอย่างนี้ไม่ควรจะเป็นกฎหมายมหาชน ก็ปล่อยให้เขาเถียงกันเอง เพราะตกมาถึงประเทศไทยถ้าเราบอกว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นกฎหมายมหาชน เหนื่อยนะ เพราะฉะนั้นวันนี้เรารู้แล้วว่าในอาณาจักรกฎหมายมหาชนนั้นคือกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ ซึ่งโปรดสังเกตุว่าผมไม่ได้ใช้คำว่ารัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายภาษีอากร กฎหมายการคลัง กฎหมายงบประมาณ กฎหมาย ความมั่นคง เป็นต้น เมื่อสักครู่นี้ผมกล่าวว่ากฎหมายมหาชนต่างจากกฎหมาย อื่นๆ เพราะมีประวัติ วัฒนาการ มีแนวคิดที่ทึนุหลัง มีวิธียกร่าง มีการใช้ ภาษาด้วยเทคนิคที่ต่างกัน และมีหลักการตีความที่ไม่เหมือนกับกฎหมายอื่นๆ คือไม่เหมือนกับกฎหมายเอกชน และกฎหมายระหว่างประเทศ ท่านอยู่ตรงนี้ ก็จะทำงานกับกฎหมายมหาชนมากกว่ากฎหมายอื่นแต่ก็ไม่ได้แปลว่าไม่ได้ เกี่ยวอะไรกับกฎหมายอื่นเลย วันหนึ่งท่านอาจจะเดินออกจากสำนักงานไป ทำงานที่อื่นหรือแม้แต่วันหนึ่งจะมีเรื่องอื่นเข้ามาที่ท่าน ซึ่งท่านต้องดูหลัก ของกฎหมายอื่นบ้างในที่สุด ทำไมผมถึงกล่าวว่าประวัติหรือการก่อกำเนิด ของกฎหมายมหาชนซึ่งต่างจากกฎหมายเอกชน พุดโดยรวบรัดรวดเร็ว คือ กฎหมายที่เกิดขึ้นในโลกเป็นครั้งแรก เราแยกไม่ออกว่าเป็นกฎหมายอะไร ถ้า ท่านไปดูประมวลกฎหมายของพระเจ้าฮัมบูราบี ของบาบิโลน มาตราเดียวมี ทั้งแพ่ง อาญา และปกครอง และวรรคสองอาจเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วย เพราะเขาไม่ได้แยก ไม่รู้จะแยกไปทำไมก็ปนกันไป กฎหมายไทยสมัย ก่อนก็เป็นอย่างเดียวกัน ดังที่เสด็จในกรมราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ท่านเขียนไว้ว่า กฎหมายเมืองเราไม่ได้แบ่งเป็นแพ่ง อาญา เช่นเวลาใครไปทำผิดเข้า ให้ ปรับสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง คำว่า “ให้ปรับสินไหมกึ่ง พินัยกึ่ง” แปลว่า ถ้า คนนี้ทำผิดก็ให้ปรับ สมมติ ว่าร้อยชั่ง สินไหมกึ่ง หมายถึง จ่ายให้ผู้เสีย หายกึ่งหนึ่งคือห้าสิบชั่ง พินัยกึ่ง แปลว่าเอาเข้าหลวง ห้าสิบชั่ง ถึงได้บอกว่า ปรับสินไหมกึ่งพินัยกึ่ง ตรงให้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย วันนี้เราเรียกว่า แพ่ง เช่นเป็นเรื่องละเมิด ตรงที่ว่า ให้พินัยหลวง คือตกเป็นของหลวงห้า สิบชั่ง วันนี้เราเรียกว่า อาญา คือโทษปรับ อย่างนี้แปลว่าปนกัน สมัยก่อนไม่ เคยแบ่งออกเป็นศาลแพ่ง ศาลอาญา นี่แค่แพ่งกับอาญาเรายังมั่วเลยเมื่อก่อน นับประสาอะไรกับเอกชนและมหาชนที่เราไม่ได้แบ่ง เพราะไม่รู้จะแบ่งทำไม แบ่งไปแบ่งมาเวลาขึ้นศาลก็อยู่ที่คนๆ เดียวตัดสิน แล้วทนายเราก็อ้างความได้ตั้ง แต่สมัยอยุธยาทั้งแพ่งทั้งอาญา เวลาพุดถึงคำว่า “ทนายหน้าหอ” คือทำได้

ทุกอย่างตั้งแต่ถูพื้นจนถึงว่าความในศาล จนกระทั่งเราเริ่มรับความคิดมาจากต่างประเทศเข้ามา สมัยรัชกาลที่ 5 เราส่งคนไปเรียนอังกฤษเยอะ อังกฤษก็ช่างอะไร เวลาสอนก็บอกว่ากฎหมายแบ่งออกเป็นกฎหมายเอกชนกฎหมายมหาชน แต่อังกฤษเองก็จะบอกว่า แม้กระนั้นก็ได้ต่างกัน เราก็รับความคิดมาว่า แม้กระนั้นก็ได้ต่างกัน และก็มาสอนว่าแบ่งออกเป็นสองอย่าง อังกฤษเขาไม่แบ่งเพราะว่าศาลชำระคดีทั้งสองอย่าง ในต่างประเทศโดยเฉพาะในทวีปยุโรปนั้นเขาแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมานานแล้ว และแบ่งชัดเจนจริงๆ ทนายชั้นปีย่าว่าความมาเกือบพันปีแล้วว่าที่นี้รับว่าความกฎหมายมหาชน แปลว่า คุณเดินเข้าไปให้เขาว่าความคดีกฎหมายมหาชน เขาว่าความไม่ได้ อาจจะเพราะไม่ได้รับอนุญาตให้ว่าความ หรืออาจจะเพราะไม่มีความรู้ที่จะว่าความ เพราะว่าตั้งแต่ก่อนพระเยซูเกิดที่นักกฎหมายโรมันคนหนึ่งชื่อ Alpien เขียนหนังสืออธิบายว่ากฎหมายนั้นแบ่งออกเป็นสองชนิด คือ *Ius privatum* หรือ *Private law* และ *Ius publicum* หรือ *Public law* กรณี *Ius privatum* หรือ *Private law* นั้น เขาอธิบายว่าคือกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างชาวโรมันกับชาวโรมัน ทำไม่ถึงต้องเป็นชาวโรมัน เพราะเขาไม่รู้ว่ามีชาวอื่นอยู่ในโลก ถ้าเขารู้ว่ามีชาวอื่นอยู่ในโลก โรมันก็ยกทัพไปตีเอามาเป็นเมืองขึ้นหมด และก็ไปหมด ส่วนกฎหมายมหาชน หรือ *Ius publicum* Alpien บอกว่า คือกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรชาวโรมันกับรัฐโรมัน ก็เหมือนกันว่าทำไม่ต้องเป็นโรมัน เพราะไม่มีรัฐอื่น เหมือนกับถ้าโรมันกล้างเรือข้ามจากฝั่งแผ่นดินใหญ่ไปเกาะอังกฤษ เพราะเขารู้ว่ามีเกาะอังกฤษอยู่ วันนั้นโรมันก็ยึดเกาะอังกฤษมาแล้ว และถ้าวันนั้นยึดเอาเกาะอังกฤษมา โรมันก็จะเอากฎหมายโรมันไปใส่ในเกาะอังกฤษ เราก็จะไม่รู้จัก *Common law* แต่เพราะว่าโรมันคิดว่าโลกแบน ถ้านั่งเรือไปไกลเดี๋ยวตกโลก ก็เลยไม่ไป ข้อคิดอย่างนี้ที่ทำให้กฎหมายต่างกันออกไป พัฒนาออกไปโรมันเขาแบ่งกันถึงขนาดอย่างนั้น *Ius privatum* หรือ *Private law* และ *Ius publicum* หรือ *Public law* และ Alpien ก็เป็นคนบอกว่า *Ius*

privatum เอาไว้ว่ากันในศาล ส่วน Ius publicum เอาไว้ว่ากันในสภาและรัฐบาล นี่เขารู้จักมานานแล้ว และกฎหมายโรมันมีอิทธิพลไปทั่วทวีปยุโรป เพราะฉะนั้นคนยุโรปได้ซึมซับในเรื่องอย่างนี้นานมาแล้ว ยกเว้นเกาะอังกฤษซึ่งรับอิทธิพลโรมันน้อยมาก เราไปรับอิทธิพลอังกฤษมา ก็รับเอาอิทธิพลของความคิดที่ว่าถึงจะแบ่งกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน ก็แบ่งไปอย่างนั้น ผมว่าตอนสมัยที่ท่านเริ่มเรียนกฎหมายท่านก็รู้ว่ามันแบ่ง และท่านก็รู้ว่ามันแบ่งไปอย่างนั้นแหละ สมัยหนึ่ง ตอนที่ผมเรียนหนังสือ คดีพิถกถอนเลือกตั้งต้องไปศาลแพ่ง ศาลแพ่งพอขึ้นบัลลังก์ตอนเช้า บัญชีนัดความตัดสินคดีฟ้องอย่า พอเสร็จเรื่องฟ้องอย่า ก็เรื่องผู้ปกครองบุตร พอเสร็จผู้ปกครองบุตรก็ตัดสินคดีล้มละลาย ตอนบ่ายนั้นคดีพิถกถอนการเลือกตั้ง ก็ผู้พิพากษาคคนเดียวกัน และศาลเดียวกัน นี่คือตัวอย่างแสดงว่าเราไม่ได้แบ่งแยกจนแม้กระทั่งประเด็นที่ว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะฉะนั้นแสดงว่าเราไม่ได้แบ่งแยก ย้ำว่าไปที่ศาลเดียวทุกศาล ที่นั่งบัลลังก์ก็เป็นคนเดียวกัน ทนายที่ว่าความก็คือคดีที่ว่าความทุกประเภท จนถึงคดีกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติมาตลอดระยะเวลา 50 -60 ปี ในประเทศไทยครั้งนั้นก็คือ เทคนิค ศิลปะและหลักต่างๆ จะเป็นหลักเดียวกันไปตามความเคยชิน คดีกฎหมายมหาชนนั้นนานๆ มาทีไรในขณะ 80-90 เปอร์เซนต์ เป็นคดีกฎหมายเอกชน เพราะฉะนั้นหลักที่จะเอามาใช้คือหลักที่ท่านเคยชินอยู่ 80 เปอร์เซนต์ เอามาครอบอีก 10 เปอร์เซนต์ที่เหลืออยู่จึงไปดูคำวินิจฉัยของศาลฎีกาก็ดี แม้แต่ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ดีในอดีต ท่านจะเห็นว่ามิลิลาและเทคนิคของกฎหมายเอกชนอยู่มาก และนี่คือความวิตกที่เราเคยมีในหมู่นักวิชาการว่า ถ้าหากว่าในศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองนั้น เราได้คนที่เคยชินหรือเก่ง หรือชำนาญกับกฎหมายเอกชนเข้ามามากเกินไป ถ้ามาบ้างไม่เป็นไร ถ้ามากเกินไปนั้นอาจจะครอบงำยุทธจักรกฎหมายมหาชน ท่านไม่ได้ผิดอะไรเพราะท่านเคยชิน ที่เขาอุตสาหกรรมศาลชำนาญพิเศษ เช่นศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลแรงงาน ทั้งๆ ที่เมื่อก่อนก็อยู่ในศาลแพ่งทั้งนั้น แต่แยกออกมาก็เพื่อว่า

ไม่ต้องการให้ท่านอาศัยความชำนาญทั่วไปในคดีที่ต้องการความชำนาญพิเศษ เกิดศาลแรงงานที่ทั่วกันแต่คดีแรงงาน เกิดศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศที่ทั่วกันแต่เฉพาะคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เกิดศาลครอบครัวและเยาวชนก็เพราะต้องการให้มีความชำนาญพิเศษในด้านของครอบครัวและเยาวชน มิฉะนั้นก็จะได้คนที่มีความชำนาญทั่วๆ ไปตามปริมาณคดีข้างมาก แล้วยิ่งเรื่องของกฎหมายมหาชนที่สลับซับซ้อนกว่าเรื่องของกฎหมายเอกชนมากจะอาศัยความชำนาญทั่วไปได้อย่างไร นี่คือเหตุผลซึ่งสมัยนี้อาจจะพอเข้าใจและยอมรับแต่ความคิดเมื่อสิบกว่าปีที่แล้ว ที่พยายามจะแยกศาลทำหน้าที่กฎหมายมหาชนออกมาเป็นศาลปกครอง ก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญก็ดี ถูกต่อต้านคัดค้านมาก เพราะท่านมีความรู้สึกว่าจะกลับไปสู่สมัยก่อนรัชกาลที่ 5 เพราะก่อนสมัยรัชกาลที่ 5 นั้น จะมีศาลกระจายอยู่ทั่วไปทุกกระทรวง เพราะศาลสมัยก่อนรัชกาลที่ 5 มีลักษณะเหมือนกองคลัง ในกระทรวงต่างๆ เนื่องจากข้าราชการสมัยก่อนไม่มีเงินเดือน และเมื่อเวลา มีคดีเกิดขึ้น ฝรั่งเศสหนึ่งได้เขียนว่า แกลเดินอยู่แถวตลาดบางลำพู คนร้ายตีหัวแก มีเจ้าหน้าที่ศาล 10 คนเข้ามาหาแก แล้วเชิญให้เอาคดีไปฟ้องที่ศาลของเขา เพราะเมื่อคดีไปศาลใดในสังกัดกระทรวงใด เมื่อจับตัวผู้กระทำผิดได้และปรับ ค่าปรับจะเป็นเงินเดือนแบ่งกันระหว่างผู้พิพากษาและข้าราชการกระทรวง นั้น ผมถึงบอกศาลสมัยก่อนเป็นเหมือนกองคลัง ทำหน้าที่หาเงินเข้ากระทรวง ผู้พิพากษาศลสมัยรัชกาลที่ 3 นั้น จะต้องควบคุมตัวผู้กระทำผิดไว้ที่บ้านตัวเอง อย่าปล่อยให้ตายไปก่อน ก่อนที่จะปรับ ชังไว้หลังบ้านเพราะไม่มีคุกไม่มีเรือนจำกลาง ถึงเวลาตกเย็นภรรยาผู้พิพากษาก็หาอาหารไปเลี้ยงนักรโทษหรือผู้กระทำความผิด พอถึงเวลาก็เบิกตัวมาขึ้นศาล พิจารณาเสร็จวันนี้ก็เอากลับไปคุมตัวไว้ตามเดิม ทำอย่างนี้ 3 เดือน 3 ปี เสร็จแล้วก็ตัดสิน แล้วค่อยไปยึดทรัพย์และเอามาเป็นเงินเดือน รัชกาลที่ 5 ท่านเป็นผู้รวบรวมศาลจากทุกกระทรวงมาไว้ในที่เดียวกันคือกระทรวงยุติธรรม เท่านั้นแหละเสนาบดีกระทรวงทั้งหลายเดือดร้อนมาก เพราะความรู้สึกที่เกิดขึ้นว่าต่อไปนี้กระทรวงยุติธรรมรวบคนเดียว จนรัชกาลที่ 5 ท่านออกมาบอกว่า ต่อไปนี้จะ

นำเอาระบบจ่ายเงินเดือนข้าราชการเข้ามา ข้าราชการทั้งหลายจะได้เงินเดือน ค่าปรับที่ศาลสั่งนั้นต่อไปจะเป็นรายได้แผ่นดินนั้นแหละจึงได้ส่งบลงเพราะฉะนั้น สภาพอย่างนี้ มีคือประวัติความเป็นมาที่ต่างกัน ส่วนความคิดทฤษฎีก็ต่างกัน กฎหมายเอกชนนั้นอาศัยทฤษฎีที่พัฒนาไปจากคดีแต่ละเรื่องๆ สักร้อยปีก็อยู่ตัว กฎหมายมหาชนนั้นอาจจะพัฒนาไปจากคดีแต่ละเรื่องๆ ที่ไม่เหมือนกันก็ได้ แต่ขณะเดียวกันแม้ไม่มีเรื่อง ก็จะมีคนที่ว่างๆ นั่งคิดโดยเจ้าสำนักปรัชญาเมธี คนเหล่านี้จะคิด เพื่อวางแผนป้องกันล่วงหน้าแล้วพอดิแล้วพุด พุดแล้วสอน มีคนฟัง จนกระทั่งพอมีคดีเกิดขึ้นอย่างนั้น ศาลก็ไม่เสียเวลา ในการไปคิดหาอะไรใหม่ เอาที่คนนั้นคิดเมื่อสองร้อยปีที่แล้ว เพราะเขาเชื่อกันหมดแล้วมาตัดสิน กฎหมายมหาชนพัฒนาไปอย่างนี้ ในขณะที่กฎหมายเอกชนไม่ได้พัฒนาไปลักษณะอย่างนี้เลย กฎหมายเอกชนจะมองไปในแง่ความยุติธรรมเฉพาะคดีอยู่มาก ถ้าคดีนี้ตัดสินอย่างนี้แล้วยุติธรรม คดีหน้าตัดสินอย่างนี้จะไม่ยุติธรรม ก็ตัดสินใหม่ แต่กฎหมายมหาชนพัฒนามาโดยอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีที่เขาไม่ได้ดูคดีใดๆ ทั้งสิ้น เขาคิดว่าในเรื่องอย่างนี้เป็นผลประโยชน์สาธารณะ หัวใจของกฎหมายมหาชนคือ คำว่าประโยชน์สาธารณะ (Public interest) เมื่อเป็นประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนบุคคล ส่วนคนเป็นส่วนย่อย เพราะฉะนั้นมองเดสกีเออ จอห์น ล็อก จังจาค รูสโซ ซัง โบแดง และอีกมากมาย ที่คิด พุด สอน และเผยแพร่ และคนก็ยอมรับ ซึ่งคนเหล่านี้ไม่ผิดถือว่ามีความรู้การด้วย เพราะว่าสิ่งที่เขาคิดแล้วพุดออกไป ไม่ได้เข้าไปตั้งอยู่ในศาลแล้วศาลเอามาใช้ แต่มีอิทธิพลแม้กระทั่งยังไม่มีเรื่อง ยังไม่มีคดี และนักปกครองรู้ว่าถ้าไม่ทำตาม อย่างนี้วันหนึ่งเดียวมีคดี เพราะฉะนั้นอย่ากระนั้นเลย เราทำตามอย่างนี้เถอะ ฉะนั้นในรัฐบาล ในสภา Conseil หรือใน Council ก็ใช้หลักปฏิบัติอย่างนี้ อย่างที่นักปราชญ์ราชบัณฑิตท่านคิดไว้ให้ก่อน แล้วพอมีอะไรเกิดขึ้นฟ้องร้องกันในศาล จำเลยก็จะยื่นข้อสบบายใจว่าเขามาสิ่งที่สังคมได้เชื่อถือและศาลเองก็ตกอยู่ในกระแสแห่งสังคมก็ตัดสินไปตามกระแสที่สังคมเชื่อถือ คือทฤษฎีเหล่านั้น กฎหมายมหาชนก็พัฒนาไปอย่างนี้ ใครที่จะไม่เชื่อนักปราชญ์ราชบัณฑิต จะ

คิดประดิษฐ์แตกต่างออกไปก็ได้ภายใต้ข้อแม้ว่าแล้ววันหนึ่ง เกิดเรื่อง ตัวก็ไปยึดคอกอยู่ในศาลว่า ผมทำตามใจของผมสุดแท้แต่ใจปรารถนา ผมทำอย่างนี้ ทำไมผมต้องไปทำอย่างโน้น ก็ผมไม่เชื่อเขา ศาลบอกว่า แต่ศาลเชื่อเขา เพราะฉะนั้นสิ่งที่คุณทำนั้นผิด พัฒนามาอย่างนี้สำหรับกฎหมายมหาชน ส่วนกฎหมายระหว่างประเทศเป็นอีกเรื่องหนึ่ง คือประวัติพัฒนา ความเป็นมาที่ต่างกัน แนวคิดที่ต่างกัน หลักที่คิดต่างก็ก็มีอีก สมัยหนึ่งเราเคยพูดกันว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้” แต่อยู่มาก็จะมีคนบอก “ถ้าไม่มีกฎหมายอนุญาต ให้ทำ ห้ามทำ” ที่นี้ก็จะให้ทำอย่างไร หลักแรก “ถ้าไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้” ทำไปเลยทำได้ ทำไมทำได้ก็ไม่มีอะไรห้ามที่ไหน ถ้าไม่ยอมให้ทำ เขาห้ามไปแล้ว ส่วนอีกพวกหนึ่ง ก่อนจะต้องดูให้ดูว่ามีกฎหมายอนุญาตให้ทำหรือเปล่า ถ้าอนุญาต ค่อยทำ สองหลักนี้เหมือนหรือขัดกัน ขัดกันนะ แล้วจะเชื่อหลักไหน อย่างนี้ที่ทำให้คนซึ่งไม่ใช่ นักกฎหมายเขาบอกว่า นักกฎหมายจะล่อนพอมีคนมาถามว่า อาจารย์ผมจะทำอย่างนี้ได้ไหม พอผมซักนิดหน่อย ผมบอกว่า ไม่มีอะไรที่ไหนห้ามทำเถอะได้ หายไปเจ็ดวัน มาถามอาจารย์อีกผมจะทำอย่างนี้ได้ไหม ผมดูแล้วเขาไม่อนุญาตให้คุณทำเพราะฉะนั้นคุณอย่าทำ คุณทำไม่ได้ เขาก็ถามว่า อาจารย์เปลี่ยนใจหรือ ผมไม่ได้เปลี่ยนใจ แล้วทำไมวันก่อนไม่เห็นแนะผมอย่างนี้ ผมบอกว่ามันคนละหลัก แล้วหลักไหนถูก ผมบอกถูกทั้งสองหลัก แล้วหลักไหนผิด ผมบอกถ้าจะผิดก็ผิดทั้งสองหลัก แล้วผมจะทำอย่างไรถ้าไปศาล ศาลจะใช้หลักไหน นี่คือสิ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมวันนี้ ผมนึกถึงวันหนึ่งเมื่อหลายปีมาแล้ว ท่านรัฐมนตรีอุไรวรรณ เทียนทอง ตอนนั้นท่านเป็นรัฐมนตรีวัฒนธรรม วันหนึ่งท่านนั่งรถคันเดียวกับผม ท่านถามว่า อาจารย์เคยได้ยินไหมที่เขาบอกว่า ช้าๆ ได้พริ้วเลื่องงาน แปลว่าอะไร ผมบอกว่า แปลว่าเขาสอนให้ทำอะไรให้รอบคอบ ค่อยๆ คิด ค่อยๆ ทำ อย่ารีบ แล้วท่านก็ถามว่า แล้วเคยได้ยินไหมว่า น้ำขึ้นให้รีบตัก แปลว่าอะไร ผมบอกว่า ให้รีบๆ อย่ามัวแต่ช้าอยู่ ท่านก็ถามว่า แล้วตกลงจะให้ช้า หรือจะให้รีบ ผมก็เลยยกตัวอย่างเรื่องไม่มีกฎหมายห้าม เพราะฉะนั้นทำได้ กับไม่มีกฎหมายอนุญาต เพราะฉะนั้นอย่าทำ ให้ท่านฟัง ท่านฟังแล้วสั่นหัว

ยิ่งฟังยิ่งไม่รู้เรื่อง คำว่า “ไม่มีกฎหมายห้าม เพราะฉะนั้นทำได้” เป็นหลักที่ถูกต้อง แต่ให้ใช้ในบริบทหรือในเวลาที่เราจะใช้กฎหมายเอกชน หลักนี้เป็นหลักคู่บ้านคู่เมืองของ Private law หรือกฎหมายเอกชนมีมาแต่โบราณกาลจนปัจจุบัน ถ้าไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้ เพราะว่ากฎหมายเอกชนนั้นพัฒนามาจาก Freedom of choice พัฒนามาจาก Liberty of contract คือเสรีภาพในการทำสัญญา เพราะฉะนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถึงได้บอกว่าการใดที่ขัดต่อกฎหมาย แต่ถ้าการนั้นไม่ถึงขนาดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ทำให้การนั้นเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้นจึงแปลว่ากฎหมายถึงแม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นแบบอย่าง X แล้วเราอยากทำ Y เราทำได้ เราจะไม่ได้อาศัยเมื่อกฎหมายห้าม ถ้าไม่ห้าม เราทำให้ต่างจากกฎหมายได้ เพราะฉะนั้นเราจึงได้เรียนกันมาในละครับว่า การเล่นแชร์เปียหวยเล่นได้ คนเล่นแชร์มาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 ต่อมาหลังจากมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ยังเล่นแชร์กันอยู่ แล้ววันหนึ่งมีคน เปียแชร์ และ ไม่จ่าย ท้าวแชร์ ลูกแชร์ รวมกันฟ้องคนเปียแชร์บอกกับศาลว่า เรื่องแชร์ไม่มีอยู่ในกฎหมาย ผิดกฎหมาย ขัดกฎหมายโมฆะ เพราะฉะนั้นผมไม่จ่าย ศาลจึงบอกว่า คุณเข้าใจผิดแล้วถึงกฎหมายไม่มีเรื่องแชร์ แต่กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามเรื่องแชร์ เพราะฉะนั้นถ้าไม่มีกฎหมายห้าม ก็ทำได้ จะทำไม่ได้กรณีเดียวคือ การเล่นแชร์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ศาลไม่เห็นว่าการเล่นแชร์จะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตรงไหน เพราะฉะนั้นจึงสามารถเล่นได้ ทำได้ เมื่อคุณไปกู้เงินจากวงแชร์ก็เท่ากับคุณสัญญาโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าถึงเดือนคุณต้องเอาเงินมาจ่าย เมื่อคุณไม่จ่ายก็ผิดสัญญา เมื่อผิดสัญญาจึงถูกฟ้องก็เท่านั้น แล้วเอาหลักฐานที่ไหนมาฟ้อง เพราะในกฎหมายการกู้ยืมเงินเกิน 50 บาทจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ ศาลบอกว่านั้นคือการกู้เงินนี่คือแชร์ ถึงเล่นกันมือละเป็นล้านก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือเพราะไม่มีกฎหมายบอกไว้ แล้วจะเอากฎหมายอะไรมาฟ้อง ศาลบอกว่า ก็ใช้หลักกฎหมายทั่วไปมาตัดสิน แล้วก็ตัดสินให้จำเลยรับผิด ตอนผมกลับมาจาก

เมืองนอกใหม่ๆ ยังร้อนวิชา จำได้แม่นเลย ไปซื้อบ้านจัดสรรจากเจ้าของสวนสยาม คือ คุณชัยวัฒน์ เหลืองอมรเลิศ หมู่บ้านอมรพันธ์ ซื้อบ้านซื้อที่ดิน ตอนนั้นเข้ารับราชการที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผมสอนกฎหมายซื้อขาย ผมก็สอนทุกวันๆ ว่า การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ อย่างนี้ศาลเคยตัดสินถ้าตกลงกันว่าไม่ต้องไปจดทะเบียนหรือเสียค่าธรรมเนียมเปล่าๆ จะใช้ได้ไหม ศาลบอกว่า ถึงแม้จะตกลงให้ต่างจากกฎหมายยังไงก็ได้ แต่การจดทะเบียนนั้นเป็นความสงบเรียบร้อย เป็นโมฆะ เพราะว่าคุณโกงภาษีรัฐในการที่คุณไม่จดทะเบียน อีกมาตราหนึ่งกฎหมายซื้อขายบัญญัติว่า ค่าธรรมเนียมในการซื้อขายพึงออกใช้คนละเท่ากันสองฝ่าย ที่ผมจะเล่าก็คือที่ผมซื้อที่ดินคุณชัยวัฒน์ เหลืองอมรเลิศ พอถึงเวลาโอนก็ไปกรมที่ดินเจ้าหน้าที่บริษัท ก็มา ผมก็จัดการยื่นดอกก่อนว่า นี่คุณตามกฎหมายค่าโอนพึงออกใช้เท่ากันทั้งสองฝ่าย คุณจะมาให้ผมออกฝ่ายเดียวไม่ได้ ผมเตรียมของผมมาแล้ว คุณเตรียมของคุณมาหรือเปล่า ออกเท่ากันคนละครึ่ง เขาก็เลยถามว่า อาจารย์เอาอย่างนั้นหรือครับ เพราะว่าทางเราออกให้หมดมาตลอด เพราะเนื่องจากเราขายแพงแล้ว เราก็จะจ่ายค่าธรรมเนียมในการโอนให้เอง นี่คือสิ่งที่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นได้ เราถึงพูดกันว่าในเอกชน ถ้าไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้ ผมผิดกฎหมายก็ยังมีได้ ต่างจากกฎหมายก็ยังได้ ยกเว้นสิ่งที่ต่างนั้นไปขัดต่อความสงบเรียบร้อย แล้วศาลท่านบางทีก็กลับไปกลับมา วันหนึ่ง ศาลบอกว่าไม่ขัดต่อความสงบ เลยทำได้ใช่ไหมครับ พออยู่มาศาลบอกว่าเมื่อก่อนไม่ใช่ความสงบ แต่วันนี้เป็นความสงบ เพราะฉะนั้นที่คุณตกลงต่างจากกฎหมายนั้นทำไม่ได้ จำเรื่องฮั่วได้ใช่ไหมครับ ครั้งแรกเมื่อ 40 กว่าปีที่แล้ว จังหวัดอุบลราชธานีได้งบประมาณแผ่นดินมาจำนวนหนึ่งเพื่อก่อสร้างที่ทำการราชการแห่งหนึ่งที่อำเภอพิบูลมังสาหาร งบประมาณนั้นท่านก็ทราบว่ามันปีงบประมาณถ้ายังไม่ได้ใช้ต้องคืนคลัง แล้วอย่าหวังว่าปีหน้าจะตั้งใหม่แล้วได้มาใหม่ เพราะฉะนั้นราชการถึงมีหลักว่างบประมาณถ้าได้มาใช้ให้หมด เราจึงเห็นว่าเดือนสิงหาคม - กันยายน มีสัมมนา ดูงานกันมาก

เพราะงบประมาณเหลือ และหน่วยที่มีหน้าที่สร้างถนน สร้างทาง ก็จะต้อง
 ซ่อมกัน ทำไม่ตอมมาซ่อมกันในเดือนนั้น เพราะงบประมาณเหลือ แล้วทำไม
 ไม่ซ่อมก่อน ไม่รู้ว่าอยู่ไปจะเหลือพอหรือเปล่า ทำไมเหลือแล้วไม่ส่งคลังปีหน้า
 ค่อยของงบประมาณใหม่ ไม่ได้เพราะเขาไม่ให้มาแล้ว เพราะฉะนั้นต้องใช้ให้หมด
 เมื่อพิบูลมังสาหารได้งบประมาณมา 5 ล้านบาท เพื่อสร้างที่ทำการราชการก็
 เรียกประมูล สมัยนั้นอุบลราชธานีมีบริษัทรับเหมายู่ไม่มาก 5 บริษัทที่มา
 ยื่นซองประกวดราคา พวกนี้เขาไปสืบมาแล้วว่างบประมาณของรัฐมีอยู่
 สมมติว่า 5 ล้านบาท สร้างจริงสัก 3 ล้านบาทก็พอ เหลือ 2 ล้านบาท
 คืนคลัง บริษัทแรกก็ตกลงกับบริษัทที่สอง สาม สี่และห้าว่าที่ใครที่มัน วันนี้
 ให้บริษัทแรก ครึ่งหน้าค่อยอีกบริษัทหนึ่ง บริษัทแรกยื่น 5 ล้านบาท ส่วน
 บริษัทที่สอง ยื่น 6 ล้านบาท บริษัทต่อๆ ไป 7-9 ล้านบาท ตามลำดับ
 แล้วบริษัทแรกจะจ่ายให้อีก 4 บริษัทๆ ละ หนึ่งแสนบาท แล้วประมูล
 งวดหน้า บริษัทแรกก็จะเสนอราคาให้แพงกว่า แล้วให้บริษัทที่ 2 ถูกกว่า
 แล้วจ่ายเงินให้บริษัทแรก ที่เรียกว่าฮั้ว บริษัทที่สอง - ห้า ก็ตกลง บริษัทแรก
 ก็ออกเช็คให้ ไม่จ่ายเงินสดเดียวไม่ทำตามข้อตกลง เช็กบริษัทละหนึ่งแสน
 พอถึงเวลาทีประมูล เมื่อเปิดซองบริษัทที่หนึ่ง 5 ล้านบาท บริษัทที่สอง 6
 ล้านบาท และเรียงตามลำดับ หากผมเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด ผมก็รู้ว่าแพง
 แต่ก็อยู่ในวงเงินงบประมาณ ครั้นจะบอกว่าแพงยกเลิกการประมูลประกวด
 ราคาใหม่ ก็จะสิ้นปีงบประมาณเดียวประมูลไม่ทัน เงินเหลือจะต้องส่งคืนคลัง
 เพราะฉะนั้น ก็ตกลงเอาบริษัทที่หนึ่ง บริษัทที่หนึ่งก็รับเงินสามล้านมาทำใน
 วงเงินห้าล้านบาท โดยจ่ายเงินให้แก่บริษัทอื่นบริษัทละหนึ่งแสนบาท เรา
 เรียกว่าฮั้ว ปัญหาต่อมาคือ เช็คที่จ่าย दें บริษัทที่ 2-5 ก็รวมกันฟ้องบริษัท
 ที่หนึ่ง ศาลฎีกาตัดสินว่า การกระทำอย่างนี้เป็นพาณิชย์นโยบาย คำว่าพาณิชย์
 นโยบาย คือนโยบายทางการค้าที่ใครๆ ก็ทำกันทั้งนั้น เพราะฉะนั้นจึงไม่ได้
 มีปัญหา ไม่ได้ขัดต่อความสงบอะไรทั้งสิ้น ตกลงกันอย่างนี้ใช้ได้ ฉะนั้น
 บริษัทที่หนึ่ง ต้องจ่ายเงินตามเช็คให้บริษัทที่ 2-5 หลังจากนั้นก็มีการทำ
 กันทั่วบ้านทั่วเมือง สิบแปดปีผ่านไปเกิดเหตุขึ้นที่อีกจังหวัดหนึ่ง คราวนี้สร้าง

สะพานกรรมทางหลวงแผ่นดิน แบบเดียวกัน อยู่มาเช็คเต็ง บริษัทอื่นๆ ก็
 รวมกันมาฟ้องบริษัทที่ชนะการประกวดราคา บริษัทที่ชนะการประกวดราคา
 ก็กระหยิ่มยิ้มย่อง จาคดีพิบูลมังสาหารได้ ก็บอกว่าเป็นพาณิชย์นโยบาย แต่
 ว่าพร้อมที่จะจ่ายเงิน ในที่สุดศาลตัดสินว่า เรื่องอย่างนี้สมัยก่อนอาจจะ
 เป็นพาณิชย์นโยบายแต่ในวันนี้ต้องถือว่าเป็นการโกงภาษีอากรของประชาชน
 ทำให้รัฐต้องซื้อของแพงกว่าที่เป็นจริง พฤติกรรมอย่างนี้เป็นพฤติกรรมที่ชั่ว
 ร้ายไม่ควรมียู่ในพระราชการ ให้ราชการต้องเดือดร้อนเสียหาย เพราะฉะนั้น
 การจ่ายเช็คเต็ง เป็นโมฆะ ด้วยเหตุนี้ ไม่มีผู้ใดฟ้องเรียกเงินตามเช็คได้
 บริษัทที่ 2-5 ก็แย่ไป ซึ่งหลังจากนั้นก็พัฒนามาเป็นว่าเอาเงินสด นี่คือ
 ตัวอย่างว่ากฎหมายเอกชนพัฒนาไปอย่างนี้ แต่ในกฎหมายมหาชนนั้นแนวความ
 คิดคือ ถ้าไม่มีกฎหมายอนุญาต ห้ามทำ วิธีดูว่าทำได้หรือไม่ได้คือ ดูว่ามี
 กฎหมายอนุญาตหรือไม่ ถ้าอนุญาต ทำได้ ถ้าไม่อนุญาต ห้ามทำ และ
 ถ้าอนุญาตแค่ไหนก็ทำได้แค่นั้น การอนุญาตของกฎหมายเหมือนการขีดวง อย่า
 ออกนอกวง ถ้าคุณอยากจะขีดวงให้กว้างก็ได้ เมื่อคุณขีดวงให้แคบหรือกว้างก็
 อยู่ในวงนั้น ถ้าคุณออกนอกวง คุณผิด อยู่ในวงทำอะไรก็ถูกใครเป็นคน
 ขีดวง กฎหมายหรือรัฐสภา ใครอยู่ในวง กฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมาย
 ที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับรัฐ เพราะฉะนั้น รัฐอยู่ในวง รัฐมี
 อำนาจต่อรองเหนือราษฎร รัฐใหญ่กว่าราษฎร แต่ใหญ่อย่างไรก็จับคุณมาอยู่
 ในวง แล้วในวงนี้คุณจะวิ่งพล่านอยู่อย่างไรก็ทำไปเถอะ อย่าออกนอกวง ถ้า
 ออกนอกวง เรียกว่า เกินขอบอำนาจ ที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Ultra vires
 Ultra แปลว่า Beyond หรือเกิน Vires แปลว่า Power หรืออำนาจ
 เพราะฉะนั้นโดยวิธีนี้รัฐก็จะวิ่งอยู่ในวง นี่คือหลักทุกหลักจะมีข้อยกเว้น ถึงเกิด
 ข้อยกเว้นขึ้นในกฎหมายมหาชน นี่ก็คือหลักในการตีความกฎหมายมหาชน
 ว่าอันดับแรกรัฐต้องวิ่งอยู่แต่ในวง คืออยู่ในขอบอำนาจ อย่าออกนอกขอบ
 ข้อยกเว้นมีขึ้นมากกว่า ยกเว้นมีความจำเป็น ลูกเงิน เร่งด่วน เพราะฉะนั้น
 ในกรณีที่นายอำเภอหลายเงื่อนไขเพื่อให้ล่าช้าไปอีกทางหนึ่ง มิฉะนั้นน้ำจะ
 ชัดเอาเขื่อนพัง คนจะตายทั้งหมู่บ้าน นายอำเภอไม่ผิด ศาลตัดสินมาแล้ว

เป็นคดีกฎหมายมหาชน ถ้าใช้หลักกฎหมายเอกชนนั้น นายอำเภอผิดเต็มตัว พอใช้หลักกฎหมายมหาชนนายอำเภอรอด เพราะถือว่าเป็นกรณีที่น่าจับตาดูทางสาธารณะภัย เอาประโยชน์ได้เสียของส่วนบุคคลซึ่งด้านหนึ่ง ส่วนรวมซึ่งอีกด้านหนึ่ง แล้วก็เห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมมากกว่า นั้นข้อยกเว้นที่เปิดช่องไว้ให้ได้ มิฉะนั้นต้องรีบวิ่งอยู่ในวงนี้อย่าออกนอกวงเป็นอันขาด การที่ผมบอกว่าในกฎหมายมหาชน รัฐมีอำนาจต่อรองเหนือราษฎร ทำให้ประหนึ่งว่าถ้ามีเรื่องกัน รัฐต้องชนะทุกเรื่อง แต่ท่านก็เห็นว่าคดีมาศาลรัฐธรรมนูญ หรือคดีมาศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมก็ดี หลายเรื่องรัฐแพ้ ทำให้รัฐถึงแพ้ ก็ในเมื่อรัฐมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าราษฎร รัฐถือประโยชน์สาธารณะ ราษฎรถือประโยชน์ส่วนบุคคล คำตอบก็คือว่า ถ้ารัฐวิ่งพล่านอยู่ในวงของรัฐ รัฐชนะตลอด แต่เมื่อไรที่รัฐออกนอกวง รัฐแพ้ แล้วที่แพ้ๆ กันมานั้นเพราะออกนอกวงทั้งนั้น บางทีนึกว่าอยู่ในวงแต่เหมือนคนตาบอดก็เดินออกนอกวงแล้ว บางทีจงใจแหงวงออกไปนั่นผิดเต็มตัว ที่ผิดกันในศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรมคือเพราะออกนอกวง จะโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตาม แล้วก็ไม่มีข้อแก้ตัวเรื่องประโยชน์สาธารณะขึ้นมาอ้าง ประโยชน์สาธารณะนั้นไม่ได้อ้างได้ทุกครั้ง อ้างยาก เรื่องที่จะแหงวงออกไปอย่างที่ผมเล่า เพราะเขาถือว่ารัฐจะชี้ดวงกว้างก็ได้ แคบก็ได้ ถ้าคุณรู้ว่าจะอัดอัดทำไมไม่ชี้ดวงให้แคบตั้งแต่แรก แล้ววันหลังจะบอกว่ามีประโยชน์สาธารณะรออยู่ข้างหน้าเลยแหงวงออกไป เขาไม่ค่อยยอมง่ายๆ แต่ก็มีการให้ยอมเหมือนกัน เรื่องที่ผมเคยยกมาหลายครั้งอาจจะเคยได้ยินผมพูดที่อื่นมาแล้ว แล้วถ้าผมพูดวันนี้ไม่เหมือนกับที่อื่น เอาจวันนี้เป็นหลักคือพระราชบัญญัติเรือ ที่เป็นกฎหมายมหาชน บัญญัติว่า บุคคลใดที่ประกอบกิจการเรือโดยสารบรรทุกผู้โดยสารมากๆ เช่นเรือข้ามฟาก เรือไปเกาะสมุย เรือไปเกาะเสม็ด จะต้องมีการรักษาความปลอดภัยผู้โดยสาร ส่วนมาตรการคืออะไร รัฐสภานึกไม่ออก จึงบอกว่าทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวง นอกจากจะมีความผิดแล้วยังต้องถูกยึดใบอนุญาต และจะประกอบอาชีพเดินเรือข้ามฟากอย่างนี้อีกไม่ได้ อยู่มาก็มีกฎกระทรวงออกมาว่า เรือโดยสาร

ข้ามฟาก เรือโดยสารที่ขนคนไปตามเกาะต่างๆ มีผู้โดยสารมากๆ จะต้องมีการรักษาความปลอดภัยดังต่อไปนี้ คือ ต้องมีชูชีพ มีเชือก ไฟฉาย ขวาน ก็มีกันหมด วันหนึ่งเรือโดยสารข้ามฟากทำพระจันทร์สีรุ้ง ล่มลงแม่น้ำเจ้าพระยา มีคนตายจำนวนมาก ดูแล้วเรือลำนี้มีหมด ทั้งขวาน ชูชีพ เชือก ไฟฉาย มีดก็มี เอาผิดในเรื่องนี้ไม่ได้ ส่วนเรื่องประมาทเลนเลอะเลิน อีกเรื่องหนึ่ง นั้นเป็นเรื่องกฎหมายเอกชน แต่ในทางกฎหมายมหาชนเขามีสิ่งเหล่านี้ครบ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ บรรดาลูกหลาน ญาติของคนที่มีน้ำตายก็มาเรียกค่าเสียหายทางแพ่งหรือทางละเมิดจากเจ้าของเรือ ปรากฏว่าเจ้าของเรือยอมล้มละลายเพราะไม่มีเงินจ่าย ญาติทั้งหลายของผู้ตายก็ไปร้องกระทรวงคมนาคมว่า อย่างนี้ก็แย่ กระทรวงคมนาคมเพ็งนึกออก ก็ขอแก้กฎกระทรวงเพิ่มอีกมาตรการหนึ่งให้มีคือ เรือจะต้องมีการทำประกันชีวิต ผู้โดยสาร ที่หลังมีอะไรจะได้เคลมประกันได้ ปรากฏว่า เรือก็มีประกันกันหมด มีอยู่เจ้าหนึ่งไม่ทำ หรือทำแล้วประกันขาดอะไรสักอย่าง แล้วเรือล่ม ผู้โดยสารก็คิดว่าอย่างไรก็ได้เงินเพราะว่าเรือทำประกัน หรือทำแล้วประกันขาด บริษัทประกันก็ไม่จ่าย ก็ไปร้องกับกระทรวงคมนาคม กระทรวงคมนาคมก็เล่นงานบริษัทเรือ ศาลวินิจฉัยว่าเรื่องนี้เป็นกฎหมายมหาชน ศาลใช้คำนี้คือ เป็นเรื่องรัฐกับราษฎร รัฐจะไปบังคับให้ใครมีอะไรต้องทำอะไรทำได้ บังคับได้ แต่คุณต้องทำอยู่ในขอบเขตที่เขาให้คุณทำได้ เหมือนกับขีดวงให้คุณวิ่งอยู่ในวง เขาขีดวงให้คุณเฉพาะวงที่ว่าด้วยการออกกฎกระทรวงกำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัย ศาลวินิจฉัยว่า ชูชีพ เชือก ไฟฉาย เป็นมาตรการรักษาความปลอดภัยแต่ศาลไม่เห็นว่าการทำประกันชีวิตจะเป็นมาตรการรักษาความปลอดภัยตรงไหน ถ้ามีแล้วเรือไม่ล่มหรือไง แต่จะมีเงินจ่าย ถ้าอย่างนั้นก็อีกเรื่องหนึ่ง เพราะฉะนั้นการที่ออกกฎกระทรวงให้ต้องมีการทำประกันชีวิตคือการออกนอกวงที่ขีดไว้เรียกว่า Ultra vires หรือเกินอำนาจ เพราะฉะนั้นกฎกระทรวงนี้ใช้ไม่ได้ เมื่อกฎกระทรวงใช้ไม่ได้ ก็ไม่ผิด เมื่อไม่ผิดก็ไม่ต้องจ่าย เมื่อไม่จ่าย ญาติผู้ตายก็ไม่สามารถเรียกจากใครได้ทั้งสิ้น ลงท้ายเรียกจากกระทรวงคมนาคม กระทรวงคมนาคมต้องใช้เงินหลวงจ่าย แล้วก็เลยเป็น

บทเรียนว่า ที่หลังขีดวงให้กว้างๆ จะได้ตื่นอยู่ในวงให้มากๆ เขาก็เลยต้องแก้ไขให้เป็นว่า จะต้องมีการมาตรการรักษาความปลอดภัยและมาตรการอื่นๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง คิดอะไรไม่ออกก็ใช้คำนี้ไว้ก่อน อื่นๆ เหมือนกับเวลาตั้งหน่วยงาน มีกองนี้ทำเรื่อง การคลังการบัญชี อีกหน่วยหนึ่งตั้งเพื่อไว้ก่อน นานๆ ก.พ. ใจดี แต่นึกไม่ออกจะให้ทำอะไร ก็เรียกกิจการพิเศษลักษณะอย่างนั้น นี่จึงครบเรื่องวงที่ขีดไว้ และนี่จึงคือสิ่งที่ผมเรียนว่า แนวคิดของกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนต่างกันในเรื่อง ไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้ กับ ไม่มีกฎหมายอนุญาต ห้ามทำ ทั้งหมดจะนำมาสู่จุดหนึ่งคือการตีความซึ่งจะแตกต่างกันออกไป คราวนี้มาถึงหลักในการตีความกฎหมายมหาชน หลักสำคัญประการแรก คำที่จะเอามาใช้ในการเขียนกฎหมายมหาชน จะมีความต่างจากคำที่พิถีพิถันใช้ในกฎหมายเอกชน สิ่งที่ผมจะพูดต่อไปนี้อาจจะดูแรงแต่เป็นความเข้าใจกันอยู่ตั้งแต่ในต่างประเทศกันแล้วว่ากฎหมายมหาชนนั้นมีโอกาสที่จะร่างขึ้นโดยคนที่ไม่ได้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายง่ายกว่ากฎหมายเอกชน กฎหมายเอกชนมีโอกาที่จะร่างขึ้นโดยผู้รอบรู้ ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ชำนาญ เพราะอะไรรู้ไหมครับ ก็เพราะว่ามีประสบการณ์ที่จะพัฒนามานาน คือเรียนรู้จากความผิดพลาดหรือจากความเคยชินในอดีต พูดง่ายๆ เขาบอกว่า ถ้อยคำศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายเอกชนมาตั้งแต่ครั้งโรมัน จัสติเนียน หรือถ้าพูดแบบไทยก็คือ มาตั้งแต่ครั้งรัชกาลที่ 5 รัชกาลพระเจ้าบรมโกศ เพราะฉะนั้นความเข้าใจจะมีสิ่งที่ผมเรียกตอนต้นช่วงไม่ว่า การตีความโดยอัตโนมัติ จะมีโอกาสเกิดมาก คล้ายๆ กับใช้สามัญสำนึกในการร่างได้ อย่างเราเอ่ยคำว่า คำมั่น คำว่า สัญญา สิ่งเหล่านี้เคยชินเมื่อเคยชินก็จะเขียนไปโดยไม่ลำบาก เมื่อไม่ลำบากก็จะเข้าใจทั้งคนร่างและคนใช้ และคนตีความ แต่กฎหมายมหาชนนั้นมีโอกาสจะแปลกมาก เพราะพัฒนาจากทฤษฎี ซึ่งทฤษฎีนั้นอาจจะเมื่อวาน เมื่อเดือนที่แล้วหรืออาจจะปีที่แล้ว พูดง่ายๆ คือ ของใหม่ คิดใหม่ทำใหม่ พูดง่ายๆ กฎหมายมหาชนชอบเล่นกับของแปลก แล้วจะมีโอกาสว่าตรรกที่ยังไม่ชินกัน จะไม่รู้ว่าเป็นอะไร บางอย่างคิดว่ารู้ แต่ไม่รู้หรือว่าเป็นอะไร คุณครูรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

มาตรา 3 บัญญัติว่า ในการที่จะบริหารราชการแผ่นดิน รัฐจะต้องบริหารตามหลักนิติธรรม คุณรู้ไหมว่าแปลว่าอะไร ถ้าพูดกันในห้องเรียนรู้คำว่า The Rule of Law อธิบายกันมานาน แต่พอไปอยู่ในกฎหมายและเข้าใจว่าอยู่ในกฎหมายครั้งแรกในประเทศไทยด้วย ว่าจะต้องบริหารตามหลักนิติธรรม คำถามเกิดขึ้นทันทีว่าคืออะไร แล้วจะตรงกับที่ผมเข้าใจหรือเปล่า ถ้าจะบอกว่าไม่เป็น เรื่องนี้ไปดูในฎีกา แต่ไม่เคยมีฎีกา แต่จะมีสิ่งที่ ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบาย นั่นก็เป็นเรื่องของ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ สิ่งที่ อาจารย์วิกรม เมลาลานท์ เคยเขียนไว้ นั่นก็เรื่องของอาจารย์วิกรม เมลาลานท์ รู้ได้อย่างไรว่าศาลฎีกาจะเอาอย่างอาจารย์วิกรม เมลาลานท์ หลักนิติธรรมคืออะไรนั้น มีสิ่งที่อาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร เคยอธิบาย นั่นก็เรื่องของอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร รู้ได้อย่างไรว่าศาลรัฐธรรมนูญจะเอาอย่างอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร นี่คือปัญหาที่จะเกิดขึ้นของการประดิษฐ์คำใหม่ๆ ขึ้น ซึ่งในกฎหมายมหาชนจะมีโอกาสอย่างนี้มาก เพราะเกิดจากทฤษฎี ไม่ได้เกิดจากพัฒนาการมากนักด้วย เราเจอมาตรา 3 ว่า รัฐจะต้องบริหารตามหลักนิติธรรม แค่นี้ก็เหนื่อย พอ 4-5 ปีนี้เหนื่อยแน่ ที่นี้เตรียมรับไว้เถอะครับ ผมอยากจะพูดเสมอว่า สมัยก่อนเวลามีอบมาหน้าทำเนียบรัฐบาล บอกว่าอยากได้นั้นได้นี้ รัฐจะสร้างเงื่อนไขมาต่อต้าน การสร้างเงื่อนไขอาศัยหลักอะไรมาต่อต้านก็ไม่รู้ หลักคือ เขาเดือดร้อน แต่ต่อไปง่ายนิดเดียว ต่อต้านการสร้างเงื่อนไข เพราะการที่รัฐสร้างเงื่อนไขไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม รู้ได้อย่างไร ก็คิดว่าไม่รู้สักเรื่อง แล้วไปได้แย้งกันในศาลว่าการที่รัฐสร้างเงื่อนไขเป็นไปตามหลักนิติธรรมหรือไม่ เท่านั้นยังไม่พอรัฐธรรมนูญยังประดิษฐ์คำต่อไปอีกในมาตรา 84 ในการบริหารราชการแผ่นดินรัฐจะต้องบริหารให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล คำว่า ธรรมาภิบาล กับนิติธรรม เหมือนกันหรือไม่ ไม่เหมือนแต่คล้ายกัน อะไรแคบและกว้างกว่ากัน แล้วแปลว่าอะไร ผมได้ยินมาเยอะแล้วเรื่องธรรมาภิบาล แต่ผมยังไม่เคยเห็นกฎหมายใดในประเทศไทยแม้แต่ฉบับเดียวที่อธิบายความหมายของธรรมาภิบาล ที่นี้พอคดีมาศาลแล้วเวลามีการฟ้องรัฐว่าทำผิดรัฐธรรมนูญ เมื่อก่อนเวลาจะบอกว่ารัฐไม่ทำตามหลัก

ธรรมาภิบาล เป็นเรื่องว่ารัฐประพฤติไม่ดี ไม่มี Good governance แต่
วันนี้ถ้าบอกว่ารัฐทำผิดหลักธรรมาภิบาล คือการกล่าวหาว่ารัฐไม่ทำตาม
รัฐธรรมนูญ คนละประเด็นกันเลย เพราะเป็นประเด็นขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ
เพราะฉะนั้นอย่างที่ผมเล่า เวลาที่มีอบมา มือบก็จะบอกว่า คณะรัฐมนตรี
คุณสมักร สุนทรเวช ไม่ทำตามหลักธรรมาภิบาล ถ้าคุณสมักร สุนทรเวช
บอกว่าไม่ทำตามแล้วหน้กะอะไรใคร ลักษณะอย่างนี้ย้อนกันไม่ได้ เพราะเขา
กำลังกล่าวหาว่าคุณทำผิดรัฐธรรมนูญมาตรา 84 คุณก็ต้องสู้ว่าคุณทำตาม
รัฐธรรมนูญ มาตรา 84 แล้ว คือคุณมีธรรมาภิบาล ที่นี้ก็ต้องสู้กันว่า
ธรรมาภิบาลคืออะไร เราตกลงกันมานานแล้วว่าคำว่าธรรมาภิบาลหรือคำที่มา
จาก Good governance คำนี้เป็นคำที่ใช้ในภาษาไทยไม่ถูก เพราะฉะนั้น
เมื่อเวลาที่เขาทำกฎหมายเขาก็ไม่ใช้คำนี้ เขาใช้คำว่า การบริหารกิจการบ้านเมือง
ที่ดี รัฐธรรมนูญนี้ก็มี เมื่อสักครู่พูดถึงมาตรา 84 มาตรา 78 มีเหมือนกัน
เขียนว่า ในการบริหารประเทศ รัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการบริหารกิจการ
บ้านเมืองที่ดี คำถามก็จะมีว่า การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีตามมาตรา 78
กับธรรมาภิบาลตามมาตรา 84 เหมือนกันหรือต่างกันอย่างไร เคยมีคน
ตอบผมแล้วว่า เหมือนกัน บางคนตอบว่า เหมือนแต่มีข้อต่าง ตรงที่ว่า
ธรรมาภิบาลนั้นใช้กับเอกชนด้วย ส่วนการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีใช้กับ
เอกชนกับบริษัทไม่ได้ ต้องใช้กับการปกครองส่วนท้องถิ่น ของรัฐ ของประเทศ
นี่คือความต่าง แต่ไม่รู้ละถ้าผมจะฟ้องรัฐบาล ผมฟ้องทุกหลักนั่นแหละ
ตั้งแต่หลักนิติธรรม หลักธรรมาภิบาล และหลักการบริหารกิจการบ้านเมือง
ที่ดี แค่นี้รัฐบาลก็ผิดสามมาตราแล้ว แล้วสุดท้ายก็มาตรา 74 ในรัฐธรรมนูญ
ฉบับเดียวกันนี้ เขียนไปๆ คงนึกออกก็เลยเขียนว่า ในการบริหารรัฐจะ
ต้องทำตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ที่นี้หมดเรื่อง
สรุปรวบยอด ที่นี้รัฐจะทำอะไรก็จะผิด 4 ข้อหา คือ นิติธรรม ธรรมาภิบาล
การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมือง
ที่ดี ถ้าเกิดรัฐใช้เงิน ใช้น้ำมาก ใช้น้อย ก็กลายเป็นไม่ทำตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจ
พอเพียง ซึ่งมีในรัฐธรรมนูญอีกเหมือนกัน สิ่งเหล่านี้ผมไม่ได้บอกว่าผิด

ให้ผมร่างเองก็คงจะมีคำที่ทันสมัยกว่านี้ แต่ความหมายของผมที่พูดคือ นี่แหละคือหลักการตีความกฎหมายมหาชนจึงมีอยู่ว่า เขาถือกันมาว่าในการร่างกฎหมายเอกชนนั้นโดยมากจะผ่านกระบวนการตีความโดยอัตโนมัติ มีความเข้าใจหรือความชำนาญ แต่ในการร่างกฎหมายมหาชนนั้นเนื่องจากเป็นประโยชน์สาธารณะจึงสงวนลิขสิทธิ์ไว้ให้เฉพาะผู้เชี่ยวชาญ ศาล ตุลาการ นักกฎหมาย ศาสตราจารย์ ไม่ได้หรอก เพราะกระทบถึงชาวไร่ชาวนา กรรมกร นักการเมือง เพราะฉะนั้นคนเหล่านี้ต้องเข้ามามีส่วนร่วม ที่นี้เมื่อคนเหล่านี้เข้ามามีส่วนร่วมโดยพื้นเพภูมิหลัง ความเข้าใจไม่เหมือนกัน คำๆ เดียว นักกฎหมายเอกชนจะเข้าใจเหมือนกัน เอ่ยคำว่าสัญญา นักกฎหมายเข้าใจ เอ่ยคำว่าคำมั่น ต่างกับสัญญา นิติกรรมก็ต่างเข้าใจกันหมด แต่พอมาถึงกฎหมายมหาชนคำจะเริ่มต่าง แล้วยังมีการประดิษฐ์คำใหม่ มีการเชื้ทฤษฎี ซึ่งชาวบ้านเขาไม่เคยรู้จักทฤษฎีนี้หรือนักปราชญ์คนนี้เขาก็ไม่เข้าใจ แล้วพอเอามาใช้ ปัญหา ก็จะเริ่มเกิด รู้จักกันเมื่อไรละ โทษปรับทางอาญา ไปถามนักกฎหมายที่มีอายุเกิน 50 ปี เขาไม่รู้ว่าคืออะไร ปรับ ก็คือปรับ แล้วคืออะไร เราชินกับนิติกรรมและนิติเหตุ วันนั้นนิติกรรมทางปกครอง ถามคนอายุเกิน 50 ปี ท่านไม่เข้าใจหรอก ผมเคยเป็นกรรมการสอบได้ภายนอก และตรวจข้อสอบของมหาวิทยาลัยเอกชนแห่งหนึ่ง เขาก็ไม่ยอมให้มีการออกข้อสอบ ข้อสอบรั่ว เพราะฉะนั้นเวลาอาจารย์ผู้สอนออกข้อสอบ สอบ 3 ข้อ เขาให้ออก 5-6 ข้อ แล้วมีกรรมการภายนอกที่ไม่ได้สอนหรือไม่ได้เกี่ยวข้องกับมหาวิทยาลัยนั้นมาเลือกข้อสอบเพื่อกันข้อสอบรั่ว วันหนึ่งมีผู้พิพากษาผู้ใหญ่ท่านหนึ่งมา แต่ท่านไม่ได้สอนหนังสือ ท่านมาเจอคำว่านิติกรรมทางปกครอง ท่านจิตคำว่า ทางปกครองออก ผมถามท่านว่า อาจารย์จิตออกทำไม ท่านบอกว่าไม่มี มีแต่นิติกรรมอย่างเดียว ผมถามว่าแล้วนิติกรรมของอาจารย์คืออะไร ท่านบอกว่า ก็คือการได้อันทาลงโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่จะก่อ โอน สงวน เปลี่ยนแปลง ระวังซึ่งสิทธิ ผมบอกว่า นั่นคือนิติกรรม แต่นั่นคือ นิติกรรมทางปกครอง ท่านบอกว่าเหมือนกันนั่นแหละ นี่คือปัญหา ในกฎหมายระหว่างประเทศ มีนิติกรณ์ เรารู้จักแต่นิติกร คือ

Lawyer เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายชี้ 3 ไปเจอนิติกรณ์ของกระทรวงการต่างประเทศในกฎหมายระหว่างประเทศนั้นอีกเรื่องหนึ่งเลยนะ ใครไปทำพาสปอร์ตจะเห็นแผนกหนึ่ง คือ แผนกนิติกรณ์ คิดว่ารับนักกฎหมาย ไม่ใช่หрок เขามัไว้ให้สำหรับแปลทะเบียนสมรสเป็นภาษาอังกฤษ อย่างนี้อาณาจักรไครอาณาจักรมันนะ ท่านพุทธทาส ท่านบอกว่า ภาษาคน ภาษาธรรม ภาษาที่ชาวบ้านพูดเป็นภาษาคน แต่ในธรรมะเป็นภาษาธรรม เพราะฉะนั้นเวลาเอาภาษาธรรมมาใช้กับภาษาคน คนงง เช่นเดียวกัน เอาภาษาคนไปใช้ในภาษาธรรมกับพระ พระกึ่ง เมื่อท่านกิตติพุทธโธท่านบอกว่า ฆ่าคอมมิวนิสต์ไม่บาป คนถึงตกใจกันทั้งประเทศ เพราะท่านบอกว่าฆำนั่นคือการทำลายกิเลส นั่นคือภาษาท่าน ภาษานักกฎหมายนั้น ฆ่าคอมมิวนิสต์ ไม่บาปแต่ติดคุก ขนาคภาษาคน ภาษาธรรมยังต่างกัน ภาษากฎหมายกับภาษาแม่ค้าในตลาดก็ย่งต่าง หมุ่มชวนสาวไปไหว้หลวงพ่อดิเรแล้วบอก ขอให้คำมั่นสัญญาว่าจะรักเดียวใจเดียวตลอดชีวิต วันหนึ่งผู้ชายทิ้งผู้หญิง ผู้หญิงจึงไปฟ้องศาล ศาลถามว่า มาฟ้องเรื่องอะไร ฟ้องเรื่องผิดสัญญา ศาลบอกว่า นั่นไม่ใช่สัญญา ผู้หญิงบอกว่า ก็เขาบอกว่าสัญญา ศาลบอกว่ำนั่นแหละศาลถือว่ำนั่นไม่ใช่สัญญา ก็เลยบอกว่าศาลไม่รู้เรื่อง เพราะฉะนั้นสิ่งที่นักกฎหมายกับสิ่งที่ชาวบ้านเข้าใจคนละอย่าง แล้วในหมุ่นักกฎหมายสิ่งที่นักกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนเข้าใจแล้ว จะเข้าใจอย่างเดียวกันได้อย่างไรละครับ คนละอย่างกัน เมื่อท่านมาอยู่ในอาณาจักรของกฎหมายมหาชน ท่านต้องรู้สิ่งที่นักกฎหมายเอกชนเข้าใจ แต่ขณะเดียวกันท่านต้องรู้ธรรมชาติว่าเขาจะไม่เข้าใจท่าน และท่านก็อาจจะไม่เข้าใจเขา แล้วอย่าแปลเอาของเขามาใช้กับของท่าน เว้นแต่จะตั้งใจเพราะเราไม่รู้จะทำอย่างไร เราเข้าตาจนก็ไปยืมเขามา ให้อูไปว่ายืมมาแล้วรีบคืนเขาไป ในการแปล เพราะฉะนั้นผมกำลังตั้งหลักข้อคิดหนึ่งว่า ในการที่จะให้ความหมายคำต่างๆ นั้น ผมเน้นว่าการเขียน การร่าง การคิดประดิษฐ์คำมีความแปลกมากในกฎหมายมหาชน โดยบังเอิญ กลอนพาไป ให้ผมเข้าไปนั่งร่างกฎหมายมหาชน ผมก็กลอนพาไปเหมือนกันเพราะว่าอินกับบทาบทนี้ แต่พอออกมาเป็นกฎหมายแล้ว

ต้องเอามาใช้ชั้นศาล และต้องตีความแล้ว เขาก็ต้องยก Benefit คืออุทิศ
 ยกประโยชน์ให้การตีความอย่างหนึ่งว่ากฎหมายมหาชนนั้นเวลาตีความคงต้องตี
 ให้กว้าง จะตีให้จำกัดอยู่เหมือนกับตีความกฎหมายเอกชนไม่ได้ เพราะ
 กฎหมายเอกชนเขาเลือกคำด้วยการพิลิตัดกันมาแล้ว อย่างที่ผมใช้คำว่า
 ตีความอัตโนมัติมาแล้ว เมื่อตกมาถึงมือผู้ตีความก็ต้องอัตโนมัติตาม แต่ใน
 กฎหมายมหาชนนั้นต้องแอบคิดอยู่ในใจแต่อย่าพูดดังเพราะคนเขาจะหมั่นไส้
 เพราะถ้าเมื่อไรที่บอกว่า คนร่างไม่รู้เรื่อง ก็จะมีโกรธกัน แต่จริงๆ แล้วใช่
 แต่ก็อย่าพูดออกมา แต่ต้องยก Benefit นี้ให้ว่า เขาอาจจะร่างขึ้นด้วยความ
 เข้าใจไม่เหมือนกับเรา วันที่เขาร่างขึ้นทฤษฎีประชานิยมใหญ่โต จนคนที่ร่าง
 คำนี้มาครานี้ตกอยู่ใต้ทฤษฎีประชานิยม วันนี้ทฤษฎีนี้เฉาไปแล้ว และเราจะ
 แปลคำนี้อย่างไร เราจะย้อนไปแปล ตามหลักประชานิยม เราก็ไม่ได้เชื่อทฤษฎี
 ประชานิยมแล้ว จะคิดแปลเป็นอย่างอื่นก็ไม่ Fair กับคนที่เขาร่าง เพราะเขา
 ร่างขึ้นตามหลักทฤษฎีประชานิยม ตรงนี้แหละคือความยาก เพราะฉะนั้น
 เขาถึงบอกว่า ตีความให้กว้างเข้าไว้ ต้องขยันทำการบ้านดูประวัติศาสตร์ ดูว่า
 ก่อนจะร่างเกิดอะไร ดูเหตุการณ์บ้านเมืองในเวลานั้น ดูในเวลานี้ ดูรายงาน
 การประชุมในการร่าง ดูสิ่งที่เขาพูดกัน ที่สำคัญดูเหตุการณ์ดูประวัติศาสตร์ ถ้า
 กฎหมายนี้แก้มาจากกฎหมายเก่าต้องดูกฎหมายเก่าแล้วก็จะรู้ว่าเขาคิดอะไร
 ต้องการอะไร แล้วสิ่งที่ต้องคิดไปอีกคือประโยชน์สาธารณะ ทั้งหมดผม
 พูดยาวก็คือคำว่า ดูเจตนารมณ์ ดู Spirit นั้นแหละ ความจริงกฎหมาย
 เอกชนก็ต้องดูเจตนารมณ์ แต่เขาดูเจียบๆ กฎหมายมหาชนต้องดูโล่งโล่ง
 เพราะฉะนั้นในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง เขาอ้างทฤษฎี
 นักกฎหมาย และตำราได้ นอกเหนือจากอ้างฎีกา ไม่เชื่อไปดูคำวินิจฉัยส่วน
 บุคคลของท่านปรีชา เฉลิมวณิชย์ ศาสตราจารย์ ดร. ชัยอนันต์ สมุทวณิช
 หรือศาสตราจารย์ ดร. สุจิต บุญบงการ ในอดีต เพราะเขาเปิดให้เขียน
 ให้อ้างมาสนับสนุนได้ ซึ่งในกฎหมายเอกชนน้อยมากที่จะทำหรืออาจจะไม่
 ทำเลย เพราะจะกล้ากลั่นฝืนว่ารู้เองมากกว่าที่จะไปบอกว่ารู้มาจากไหน ใน
 ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยอ้างด้วยซ้ำไปว่า เรื่องนี้ศาลเห็นว่าคำนี้น่าจะแปลว่า

อย่างนี้ ศาลสูงสุดอเมริกาเคยแปล เคยตีความในคดีหนึ่งในกฎหมายมหาชนเรื่องหนึ่งว่า คำนี้คนทั่วไปเข้าใจอย่างนี้แต่ศาลคิดว่าจะเป็นอย่างนี้ ศาลเห็นว่าน่าจะเป็นอย่างนี้เพราะศาลเชื่อว่าคำนี้ได้เกิดขึ้นเมื่อประมาณปี ค.ศ. นั้น และในปี ค.ศ. นั้นมีการเสนอทฤษฎีอันหนึ่งซึ่งดังมาก และใครๆ ก็ยอมรับ เพราะฉะนั้นเมื่อร่างขึ้นในเวลาที่ยุทธภูมินั้นตั้ง วันนั้นยุทธภูมินั้นอาจจะไม่ตั้งแต่การที่จะมาคิดทฤษฎีใหม่วันนี้ไม่ยุติธรรมกับกฎหมายนี้ เพราะฉะนั้นจึงต้องแปลตามยุทธภูมินี้ซึ่งตั้งอยู่ในเวลานั้น แล้วศาลก็ยกทฤษฎีหรืออ้างทฤษฎีนี้ว่ามาจากวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีเอกเล่มหนึ่งของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ซึ่งผู้เขียนวิทยานิพนธ์นั้นเป็นนักศึกษาหนุ่มๆ ในวันนั้น มีชื่อว่า คุณสมปอง สุจริตกุล ผมเรียนแล้วก็ตื่นเต้นเพราะเป็นคนไทย ไข่คุณสมปอง สุจริตกุล ไปเรียนปริญญาเอกทำวิทยานิพนธ์เรื่อง State immunity ความคุ้มกันรัฐ เอกสิทธิของรัฐและเสนอทฤษฎีแล้วเกิดดังและคนยอมรับ หลายปีเข้าคนก็ไม่ยอมรับเพราะมีทฤษฎีใหม่ กฎหมายฉบับหนึ่งออกมาในปีนั้น ก็รับเอาทฤษฎีคุณสมปอง สุจริตกุล ไปใช้ กฎหมายยังอยู่ทฤษฎีหายไป ต่อมาเมื่อศาลจะมาแปล ศาลสูงสุดอเมริกาจะมาแปลกฎหมายนี้ให้เข้าทฤษฎีใหม่ก็ไม่ได้ เพราะถูกร่างขึ้นในวันที่ยุทธภูมินั้นตั้ง ก็ต้องย้อนกลับไปดูยุทธภูมินั้น ศาลก็เกิดไม่ทันยุทธภูมินั้น ก็พบว่ายุทธภูมินั้นอยู่ในตำราในวิทยานิพนธ์ของคุณสมปอง สุจริตกุล ก็อ้างหนังสือคุณสมปอง สุจริตกุล กฎหมายมหาชนทำอย่างนี้ได้ เราเรียกคำนี้ว่า บริบท ภาษาอังกฤษ คือ Context กล่าวคือ ดูก่อน ดูหน้า ดูหลัง ดูข้าง ว่ามีอะไรเกิดขึ้นในเวลานั้น กฎหมายมหาชนต้องมีลักษณะอย่างนี้ ซึ่งการดูอย่างนี้ทำให้คนได้เปรียบเสียเปรียบได้ เพราะคดีบางเรื่อง ถ้าดูตามกฎหมายผิด ลำบาก แพ้ พอดู Context หรือบริบท ชนะ กลับกันก็คือดูตามกฎหมายชนะ รอด แต่ดูบริบทเป็นไปไม่ได้ เพราะกฎหมายเกิดขึ้นในยามที่เขาต้องการอย่างนั้น ในรอบหนึ่งเดือนที่ผ่านมามีเรื่อง ส่งไปที่คณะกรรมการกฤษฎีกาตีความมาก ประหลาดและเรื่องคล้ายกันทั้งนั้น เกิดจากรัฐธรรมนูญมาตราเดียวกัน และยุ่งยากทั้งนั้น เมื่อวานชื่นมืตกเรื่องหนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกาประชุมร่วมกัน 2-3 คณะ และมีมติว่า ให้ส่ง

ศาลรัฐธรรมนูญ เพราะนึกขึ้นได้ว่าตีความไปแล้ว ศาลจะไม่เอาด้วย พอตีเป็น X แล้วศาลตีเป็น Y แล้วจะอย่างไรอันตรายมาก เพราะเขาถามมาว่าทำได้หรือไม่ ถ้าเราตีความว่าทำไม่ได้ ศาลก็ไม่ทำก็จบ แต่ถ้าเราตีความว่าทำได้ แล้วศาลเชื่อแล้วทำ วันหนึ่งมีคนไม่ยอมโดยเฉพาะฝ่ายค้าน ก็หาเรื่องโดยวิธีใดวิธีหนึ่งส่งมาถึงศาล แล้วศาลบอกว่าทำไม่ได้ แต่เมื่อเขาทำไปแล้วเพราะเชื่อการตีความของกฤษฎีกา ตายนะครับ กฤษฎีกาจึงเลิกไม่ตีความแล้วต่อไปนี่ หลังจากที่ได้ตีความไปแล้วหลายเรื่อง ผมบอกแล้วว่าถ้าตีความแล้วว่าทำไม่ได้ ทำง่าย เพราะถ้าตีความแล้วว่าทำไม่ได้ แล้วมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญบอกว่าทำได้ ก็ไปทำให้เสียทั้งหมดเรื่อง อย่างมากกฤษฎีกาก็เสียเครดิตไปเบรกเขาไว้ตั้งหลายเดือน จะแยตรงที่กฤษฎีกาบอกว่า ทำได้ เขาก็เลยทำ แล้วพอมานั่งที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลบอกทำไม่ได้ก็พ้นจากตำแหน่ง ย้อนหลังเลยนะ ที่นี้จะยุ่งยาก ผมเล่าให้ฟังเป็นชุดเลย นี่คือตัวอย่างที่ผมบอกว่าต้องดูในการตีความตรงนั้น กฤษฎีกาได้ดูบริบท พอดูบริบทถึงรู้ว่าไปรอดไปไม่รอด มาถึงท่าน ท่านไม่ดูบริบท ผมก็ไม่รู้จะว่าอย่างไร คิดแรกในชุดเดียวกัน ทั้งหมดเกิดจากมาตราเดียวคือ มาตรา 265 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 เรื่องผลประโยชน์ขัดกันว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจะกระทำการต่อไปนี้ได้ คือ 1. จะดำรงตำแหน่งในส่วนราชการ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจไม่ได้ ส่วนข้อ 2 และ 3 ไม่มีปัญหาเพราะชัดเจน และข้อยกเว้นมีว่า ที่ว่ามายกเว้นไม่เอาไปใช้กับกรณี ส.ส. ส.ว. รับเงินเดือน บำเหน็จ บำนาญ รับเงินอื่นๆ เขียนไปก็คงนึกขึ้นได้ว่าห้าม ส.ส. ไปดำรงตำแหน่งที่ไหนๆ แล้วถ้าเกิดเป็นกรณีการในสภา แล้วไม่หลุดตำแหน่งไปหรือ ก็เลยเติมข้อยกเว้นว่า แล้วก็ไม่นำไปใช้กับกรณีที่ ส.ส. ส.ว. เป็นกรณีการของสภาผู้แทนราษฎร กรณีการของวุฒิสภา กรณีการร่วมของรัฐสภา แล้วก็นึกขึ้นได้ว่าอาจจะไปเป็นอย่างอื่นอีกก็เขียนต่อไปอีกว่าหรือกรรมการที่ได้รับแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน จบแล้ว ข้อยกเว้นหมด หลักของมาตรานี้มีมาตลอดในรัฐธรรมนูญทุกฉบับตั้งแต่ปี 2492

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เป็นคนเอาเข้ามาครั้งแรกในปี 2492 ก่อนนั้นไม่เคยห้าม พอปี 2492 เอามาห้ามซึ่งก็ดูดีเพราะสมัยก่อน ส.ส. วังเดิมเป็นบอร์דרรัฐวิสาหกิจ บอร์ดรไฟ บอร์ดการบินไทย พอเอามาเจอมাত্রานี้ก็เลยเป็นไม่ได้ สมัยก่อนเราเคยมี ส.ส. เป็นข้าราชการ เพราะเขาไม่ออก โดยเฉพาะครูที่เป็นข้าราชการในปี 2492 มีมาตราห้ามดำรงตำแหน่งใด ในส่วนราชการ เขาก็ต้องออกจากครู ความจริงไม่ต้องเขียนในรัฐธรรมนูญ ให้เขียนในกฎหมายครูก็หมดเรื่อง แต่ต้องไปแก้กฎหมายเป็นร้อยฉบับ ก็เลยเขียนไม่ทำ พอเจอรัฐธรรมนูญมาตราเดียวก็เลยไปหมด ที่นี้ปัญหาอยู่ตรงนี้ เรื่องข้อห้ามนั้นดีเพราะกลัวเป็นฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้าไปแทรกแซงทำหน้าที่ในฝ่ายบริหารจะใช้อิทธิพลได้ ตอนที่เป้นครู เป็นนายอำเภอ คนกลัวอยู่นิดเดียวพอเป็น ส.ส. แล้วมาดำรงตำแหน่งเป็นนั่นเป็นนี่ อยากเป็นก็จะได้เป็น ได้เป็นแล้วก็จะเป้นนาน เป้นนานแล้วก็จะเบ่งทับคนอื่น เขาก็เลยห้าม ถูกต้อง แต่ปัญหาว่าห้ามหมดไม่มีข้อยกเว้นได้ไหม ก็คงไม่ได้ ในความเป็นจริงและในกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพราะฉะนั้นข้อยกเว้นก็เลยเกิดขึ้นบ้าง ข้อยกเว้นที่มีมาในอดีตตลอดเวลาที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบันเท่านั้น ซึ่งทำไมเรื่องยกเว้นที่เคยมีมาแล้วไม่มีในปัจจุบัน มีคนอ้างต่างๆ กัน เพราะมีกรรมวิธีการร่างคนหนึ่งท่านมาให้การในที่ประชุมว่า พูดตรงๆ ครับลืม ใครจะว่าอย่างไรก็ช่าง ท่านบอกว่าลืม ข้อยกเว้นที่มีมาในอดีตจนถึงปัจจุบันจึงไม่มี ยกเว้นไว้ว่า ที่ห้าม ส.ส. ส.ว. ดำรงตำแหน่งใดๆ ในส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ยกเว้นเป็นข้าราชการการเมือง ก็แปลว่า ส.ส. ในอดีต ผมย้ำว่า อดีตนะ เป็นเลขาธิการรัฐมนตรีได้หรือไม่ ได้ เป็นเลขานายกรัฐมนตรีได้หรือไม่ ได้ เป็นโฆษกรัฐบาลได้หรือไม่ ได้ เป็นที่ปรึกษารัฐมนตรีได้ ประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ทำไม่ได้ เพราะเขา ยกเว้นการเป็นข้าราชการการเมือง รัฐมนตรีอีกเรื่องหนึ่งจะได้ไม่ได้ต้องไปดูหมวดรัฐมนตรี ถ้ารัฐธรรมนูญเขียนว่า ส.ส. เป็นรัฐมนตรีเวลาเดียวกันไม่ได้ ถ้าเป็นรัฐมนตรีต้องออกจาก ส.ส. อย่างนั้นเป็นรัฐมนตรีไม่ได้ แต่ถ้าเขาไม่เขียนห้ามอย่างนั้น ข้อยกเว้นที่มีว่า ยกเว้นเป็นข้าราชการการเมืองจะรวมไปถึงว่า เป็น

รัฐมนตรีก็ได้ด้วย เข้าใจนะครับ ข้อยกเว้นมีข้อที่เป็นข้าราชการการเมืองสมัยก่อนเขายกเว้น สมัยนี้ว่าอย่างไร เขาตัดออก ซึ่งกรรมการร่างฯ มาให้การแล้วว่า จงใจตัด ไม่ใช่ว่าลืม เพราะฉะนั้นสิ่งที่รัฐบาลส่งไปหาหรืออันดับแรกของชุดนี้ก็คือว่า ส.ส. เป็นเลขาธิการรัฐมนตรีได้หรือไม่ ส.ส. นั้นเป็นเลขาธิการรัฐมนตรีตลอดชาติไทยตั้งแต่สมัยพ่อขุนรามคำแหงมาแล้ว ถามว่าวันนี้ ส.ส. เป็นเลขาธิการรัฐมนตรีได้หรือไม่ กฎฎีกาตอบเป็นเอกฉันท์ไปแล้ว เป็นไม่ได้ ทำไมไม่ได้ ดูบริบทว่า ฝ่ายที่บอกว่าไม่ได้ บอกว่า น่าจะเป็นได้เพราะเคยเป็น กฎฎีกาตอบแล้วว่าที่เคยเป็นเพราะเคยอนุญาต วันนี้เขาจงใจตัดที่อนุญาต แปลว่าเขาตั้งใจไม่ให้เป็น นี่ก็คือว่า ดูประวัติ หรือดูบริบท ต้องเอาของเก่ามาเทียบ ถ้าฟังดูของใหม่ไม่รู้ เมื่อไปดูมาตราอื่นๆ ทำท่าเหมือนกับจะเป็นได้เหมือนกัน เขียนๆ แล้วก็ลืมเหมือนกัน เมื่อดูมาตราอื่นในปัจจุบัน ทำท่าว่าจะเป็นได้ แต่พอมาดูประวัติเมื่อก่อนเขียนว่า ยกเว้นไปเป็นข้าราชการการเมือง ให้เป็นได้ ก็เลยเป็น วันนั้นตัดคำว่ายกเว้น ก็เลยแปลว่า เป็นไม่ได้ แต่ตอนเขียนต่อไป เขียนอย่างไรก็ไม่รู้รัฐบาลอ่านว่าเป็นได้ และทำได้ ขำออกมา กฎฎีกาบอกว่าเป็นได้ ความจริงกฎฎีกาตอบแบบนี้ คำถามที่รัฐบาลถามมาว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะดำรงตำแหน่งเป็นเลขานุการรัฐมนตรี โฆษกรัฐบาลได้หรือไม่ นั่น เห็นว่าเป็นได้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง ซึ่งกำหนดตำแหน่งดังกล่าวและมีการบัญญัติไว้ในมาตราหนึ่งว่า ถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการการเมืองได้รับเงินเดือนค่าตอบแทนทางเดียว จึงเห็นว่าเป็นได้ คือพรรคหนึ่ง ต่อไปเป็นพรรคสอง อย่างไรก็ตาม ตรงนี้รัฐบาลทั้งรัฐบาลอ่านพรรคเดียว และบอกว่า เขาตอบว่าเป็นได้ อย่างไรก็ตามหลักที่ว่านี้ไม่อาจใช้ในปัจจุบันได้เพราะขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 265 หากผู้ใดมาดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการการเมืองก็จะพ้นจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีท่านผู้มีเกียรติท่านหนึ่งออกมาให้สัมภาษณ์ว่า เขาตอบมาแล้วว่าเป็นได้ แต่เรามีศีลธรรมจรรยาเราจะไม่เป็นเอง นั่นข้อที่หนึ่ง ที่เขาถาม ที่นี้ข้อยกเว้นมีอีก นอกจากเรื่องเป็นข้าราชการการเมือง ข้อยกเว้นในอดีตในมาตรานี้ ยกเว้นว่า

เป็นการรับเงินเดือน บำเหน็จ บำนาญ เงินปี พระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งเขียนอย่างนี้มาตลอด หรือการเป็นกรรมการตามกฎหมาย หรือการเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน จะเรียนทุกท่านว่ากรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดินฉบับปัจจุบันนี้จิตใจตัดคำว่ากรรมการตามกฎหมายและตัดคำว่าทรงคุณวุฒิออก เหลือคำว่า หรือการเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีหรือข้อที่สองไปเร็ว ๆ นี้ว่ารัฐบาลจะตั้ง ส.ส. เป็นกรรมการที่เรียกว่าวิปได้หรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกามีมติตอบเอกชนที่ว่าว่าการที่รัฐบาลตั้งวิปนั้น เมื่อดูแล้วเป็นการตั้งโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งบัญญัติว่า นายกรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิให้เป็นกรรมการหรือที่ปรึกษาเพื่อช่วยในการบริหารราชการแผ่นดินได้ เพราะฉะนั้นวิปจึงเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดินเข้าข่ายข้อยกเว้นในมาตรา 265 จึงตั้งได้ สรุปคือ ส.ส. เป็นได้ ถ้าวันหนึ่งมีคนเกิดไม่ยอมแล้วส่งมาศาลรัฐธรรมนูญแล้วศาลบอกว่าเป็นไม่ได้แน่เลยเพราะคนเหล่านั้นเชื่อว่าเป็นได้กันหมดแล้ว ปัญหาล่าสุดก็คงจะมาศาลรัฐธรรมนูญในไม่ช้า เพราะอันนี้คือสิ่งที่กฤษฎีกาบอกไม่ตีความแล้ว คือมีกฎหมายอย่างน้อยสองฉบับ ฉบับแรกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภาที่บัญญัติว่า ในขณะที่ข้าราชการทั่วไปมี ก.พ. ศาลมี ก.ต. อัยการมี ก.อ. ตำรวจมี ก.ตร. คนที่ทำงานอยู่รัฐสภามีกฎหมายที่ให้มี ก.ร. (คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา) ซึ่งมีประธานรัฐสภาเป็นประธาน เชื่อหรือไม่ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ออกมาจนวันนี้ ประธานรัฐสภาไม่กล้าเข้าประชุม ก.ร. คุณประสพสุข บุญเดช ก็ไม่กล้าเข้าประชุม ก.ร. ด้วย เพราะเกรงว่าการที่เข้าประชุม ก.ร. เป็นกรรมการในหน่วยงานของรัฐหรือในส่วนราชการหรือในอะไรไม่รู้ห้ามหมดทุกอย่างไม่ว่าในอะไร ในสมัยก่อนเขาก็ไปนั่งเป็นประธานกันมาตลอด เพราะมีข้อยกเว้นว่าหรือเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายเมื่อกฎหมายบังคับให้เป็นก็ต้องเป็น วันนี้คำว่าหรือกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายถูกตัดออกไปเหลือแต่ คำว่ากรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน

ก็ทำไม่ได้ถ้าบอกว่า ก.ร. เป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินเพราะเป็นกรรมการของสภา การบริหารราชการแผ่นดินเป็นเรื่องของรัฐบาล รัฐบาลเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดิน คนเดือดร้อนคนที่สองคือศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เพราะตามพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า กำหนดว่าประธานรัฐสภาเป็นนายกสภาสถาบันพระปกเกล้า รองประธานรัฐสภาคือประธานวุฒิสภาเป็นรองประธานสภาสถาบันพระปกเกล้า ผู้นำฝ่ายค้านเป็นกรรมการสภาสถาบันพระปกเกล้า โดยตำแหน่ง และประธานกรรมการสองคนจากสภาผู้แทนราษฎร ประธานกรรมการอีกหนึ่งคนจากวุฒิสภาเข้ามาเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง บัดนี้ทั้งหมดพร้อมใจกันไม่เข้าประชุมแล้ว คุณอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ทำหนังสือมาเลย说不แน่ใจว่าการเป็นจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทำไมเพิ่งจะมานึกว่าขัดก็เป็นกันมาตลอด ก็เมื่อก่อนเขียนว่ากรรมการได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายเป็นข้อยกเว้น สถาบันพระปกเกล้าได้ส่งเรื่องนี้ไปหารือที่กฤษฎีกาว่าคนที่ว่ามาทั้งหมดเป็นกรรมการสภาสถาบันพระปกเกล้าได้หรือไม่ สมมติถ้าจะมองว่าเป็นได้ก็จะมิเหตุผลมาค้านว่าอย่าลืมว่าโดยประวัติของการเขียนรัฐธรรมนูญเคยเว้นไว้ให้ตลอด วันนี้เอาข้อยกเว้นนั้นออกแล้วจะแปลว่าอย่างไรนอกจากแปลว่าไม่ให้ไปแล้ว แล้วอีกข้อหนึ่งคือ มาตรา 267 เอาบทบัญญัติมาตรา 265 ให้นำมาใช้กับนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นด้วยยกเว้นเป็นกรณีที่ต้องดำรงตำแหน่งตามกฎหมาย คำว่ายกเว้นเป็นกรณีที่ต้องดำรงตำแหน่งตามกฎหมายแปลว่าถ้านายกรัฐมนตรีหรือถ้ารัฐมนตรีต้องถูกตั้งให้เป็นประธานใดตามกฎหมาย เช่น รัฐมนตรีคลังจะเป็นประธานอะไรก็ตาม หรือนายกรัฐมนตรีจะเป็นประธานอะไรก็ตาม เป็นประธานกรรมการตามกฎหมายก็ไม่ได้ ที่เป็นได้เพราะมาตรา 267 ให้เป็น ไม่ใช่เพราะโดยผลของการตีความมาตรา 265 แสดงว่าโดยผลของการตีความมาตรา 265 เป็นไม่ได้แต่เป็นได้เพราะเขียนอนุญาตในมาตรา 267 ที่ในตำแหน่งผู้นำฝ่ายค้านซึ่งไม่ได้รับอนุญาตในมาตรา 267 แล้วจะมาเป็นตามมาตราไหนก็คือเป็นไม่ได้ ที่นี้ถ้าตอบว่าเป็นไม่ได้แล้ว ก.ร. ใครเป็นประธาน แล้วสถาบันพระปกเกล้าใครเป็นประธาน สภาพัฒนาการเมืองใครจะเป็นประธานใครจะเป็นกรรมการ

ก็มีคนพยายามจะตีความอีกว่า มีข้อยกเว้นว่ากรรมการที่ได้รับแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน ถ้าตีความใหม่ว่า ก.ร. กับสถาบันพระปกเกล้าเป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดิน ถ้าตีความว่าใช้ก็เป็นได้พร้อมใหม่ที่จะทำให้เจ้าสถาบันพระปกเกล้าซึ่งเป็นอิสระแยกไปขึ้นตรงต่อรัฐสภาเป็นการบริหารราชการแผ่นดินด้วย หรือว่าบัดนี้การบริหารราชการแผ่นดินใดๆ ก็บริหารได้ไม่ใช่แต่เฉพาะรัฐบาล ตรงนี้ที่กรรมการกฤษฎีกาประชุมร่วมกันหลายคนจะมีความเห็นว่าคงหยุดไม่ตีความแล้ว เพราะที่เกรงและทราบผลกระทบต่อไปว่าวันนี้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหลายคนโดยผลของความเคยชินของท่านคือท่านไปเป็นกรรมการสภามหาวิทยาลัยหลายแห่งและเป็นมาตลอดหลายคน เป็นกรรมการสภามหาวิทยาลัย ถ้าจะบอกว่าเป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินก็พอจะกล่อมเกลี้ยง แต่ปรากฏว่าพอไปดูเจตนารมณ์ในการร่างมาตรา 265 ซึ่งจำเป็นต้องดูพลิกมาเจอเลย มีกรณีการคนหนึ่งพูดว่าที่ห้ามเพราะเวลานี้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชอบไปเป็นกรรมการสภามหาวิทยาลัยราชภัฏแล้วไปใช้อิทธิพลแทรกแซงจึงสมควรแยกออกจากฝ่ายบริหารให้ชัดเจนไม่ควรไปดำรงตำแหน่งได้ ปัญหาว่าความเห็นนี้คือความเห็นของรัฐสภาทั้งหมด ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดหรือของการร่างรัฐธรรมนูญใช่หรือไม่ หรือท่านพูดของท่านเองคนเดียวสองคน ก็ทั้งไว้ตรงนี้ไม่มีคำตอบก็คงจะมาที่ท่าน เพราะฉะนั้นหลักข้อที่หนึ่งในการตีความจึงได้ตั้งหลักไว้ว่าบางที่ต้องยก Benefit ของการร่างให้กับผู้ที่ร่างมาเพราะร่างขึ้นด้วยความเข้าใจและทฤษฎีหลายอย่างที่คนรุ่นใหม่อาจจะไม่ชินเพราะเป็นนวัตกรรมไม่เหมือนกับกฎหมายเอกชนที่พัฒนามาด้วยความเคยชินในประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน หลักสำคัญประการที่สองถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายนั้นหากต่างกันแต่คล้ายกันแต่ใช้คำต่างกัน อย่าไปแปลแปลกลับมาเหมือนกันอีกเพราะจงใจใช้คำให้ต่างกันหมายถึงในฉบับเดียวกัน เพราะหลักคือว่าในการร่าง ถ้าจะให้มีกฎหมายเหมือนกัน จะใช้คำให้เหมือนกันให้หมดหรือยกเว้นว่าจะช่วยคือตอนเขียนคนหนึ่งเขียนหมวดหนึ่งอีกคนหนึ่งเขียนหมวดแปดเรื่องเดียวกันแต่ใช้คำต่างกัน เหมือนกับวันนี้ต้องมาดูคำว่า ธรรมนูญกับการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

อันเดียวกันหรือไม่ ถามใครก็บอกว่ามาจาก Good governance แต่หลักคือว่าถ้ามคำต่างกันต้องแปลต่างกันที่ต้องย៉อย่างนี้เพราะว่าเคยมีการแปลไปแปลเหมือนกัน เช่น คำว่าพระราชบัญญัติกับคำว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เขาตั้งใจใช้สองคำนี้ให้ต่างกัน ฉะนั้นท่านจะเห็นว่าในรัฐธรรมนูญนั้นจะใช้สองคำนี้ตลอดว่าพระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแสดงว่า Cover สองเรื่อง แต่ถ้าไปเจอมาตราไหน Cover เพียงเรื่องเดียวว่าพระราชบัญญัติ เราจะแปลว่ารวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่ ตอบว่าไม่ ขนาดหมวดในการที่จะพิจารณาว่ากฎหมายจัดรัฐธรรมนูญหรือไม่คือศาลรัฐธรรมนูญ เขาก็ยังแยกเรื่องกรณีสงสัยร่างพระราชบัญญัติเอาไว้ในที่หนึ่ง และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจัดหรือไม่ไปไว้อีกที่หนึ่ง ไปคนละทิศวิธีการคนละอย่าง เพราะฉะนั้นเป็นเทคนิคในการนำเสนอคำมาแต่ต้นอยู่แล้ว ตามรัฐธรรมนูญปี 2540 ฉบับก่อนบอกว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้มีแปลฉบับในตอนนั้น ต่อมาพอไปถึงมาตราหนึ่งเขียนบอกว่าจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนเพื่อความมั่นคงความปลอดภัยของประเทศชาติ พระมหากษัตริย์อาจจะตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ ตอนนั้นรัฐบาลมีความคิดว่ายากเลือกตั้งให้เร็ว แต่บังเอิญกฎหมายเลือกตั้งยังไม่ออกหรือออกก็เป็นปัญหาอุปสรรคอาจจะแก้ก่อนแก้เสร็จแล้วจะได้เลือกตั้ง ถ้าจะต้องแก้โดยเข้าสภากระบวนการยาวใช้เวลานานแล้วเมื่อไหร่จะได้เลือกตั้ง รัฐบาลจึงมีมติว่าให้ออกพระราชกำหนดแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งผมได้ค้านในที่ประชุมตอนนั้นผมเป็นเลขาธิการกรม. ผมค้านว่าเมื่อรัฐธรรมนูญบอกว่าพระมหากษัตริย์อาจจะตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้นั้น ต้องแปลว่าพระมหากษัตริย์จะออกพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ได้ จึงออกพระราชกำหนดได้ก็เฉพาะในเรื่องอื่นๆ ทั่วไปๆ ที่เป็นพระราชบัญญัติสิ่งที่รัฐธรรมนูญเขาสงวนลิขสิทธิ์ว่าให้ออกเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งก็มีอยู่ไม่กี่เรื่อง วันนี้ก็ยังไม่มี ไม่กี่เรื่องไม่ใช่ว่าเรื่องอะไรก็จะเป็น

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไปได้หมด ฉะนั้นจะออกพระราชกำหนดมาแก้หรือมาใช้อย่างคับหรือมาประกาศใช้สิ่งที่ควรจะต้องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ได้ นี่คือคำที่จะต้องต่างกันจึงทำให้เกิดความหมายที่ต่างกัน เคยเห็นคำพิพากษาศาลที่พูดถึงพระราชบัญญัติเรื่องหนึ่งซึ่งไม่ใช่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแต่เป็นพระราชบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบอกว่าให้ไปออกเป็นพระราชบัญญัติลูกตามมาทีหลัง ศาลใช้คำว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญได้ให้ออก เพราะฉะนั้นจึงไม่ใช่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเลยเป็นพระราชบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ไปออก ทั้งนี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ เราจะบอกว่ากฎหมายนั้นคือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ได้ นี่แปลว่าคนยังไม่ชินกับคำเหล่านั้นซึ่งเราควรจะชินเพราะสลิปแล้ว สลิปแล้วควรจะชิน แต่หนึ่งปีหรือยังไม่ถึงหนึ่งปีมีคำไม่ชินอยู่เยอะในรัฐธรรมนูญ หรือคำที่เถียงกันมาตลอดในการร่างรัฐธรรมนูญทุกครั้งซึ่งสมัยก่อนใช้คำว่าอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย วันนี้ใช้คำว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย มาจาก กับ เป็นของ ต่างกันอย่างไร ต้องตอบว่าความหมายต่างกันไม่ใช่แค่สะกดต่างกันเท่านั้น ประวัติวิวัฒนาการดำเนินการต่อสู้องเลียดต่างกันมาแล้วด้วยระหว่างคำว่า มาจาก กับ เป็นของ จนกระทั่งมีคนเสนอทั้งสองคำคืออำนาจอธิปไตยเป็นของและมาจากปวงชนชาวไทย แล้วปวงชนชาวไทยนี้ก็มีปัญหาว่าเหมือนกันไหมกับคำว่าชนชาวไทย คนไทยผู้มีสัญชาติไทย ฝรั่งเศสเคยถามว่าในสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้กับคนต่างด้าวหรือเปล่าผมบอกไม่ให้เฉพาะชนชาวไทย ถามว่าทำไมก็ของอเมริกาให้กับคนต่างด้าวด้วย ก็นั่นอเมริกาของไทยเขียนเลยว่าสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย คุณไม่ใช่ชนชาวไทย ถ้าอย่างนั้นฝรั่งเศสไม่มีสิทธิเลย มี แต่มีตามพระราชบัญญัติต่างๆ หรือตามมาตราตามรัฐธรรมนูญบางมาตราแต่อย่าเหมาทุกมาตรา เหมาหมดทุกมาตราไม่ได้แต่บางมาตราต้องแปลว่ารวมถึงคนต่างชาติด้วย ถึงได้แยกไปดูความตั้งใจแยกเป็นหมวดเป็นหมู่ชัดเจนเหมือนกับสิทธิเสรีภาพบางข้อทำไมจึงไปอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยหลักทั่วไปของสิทธิเสรีภาพ ทำไมบางข้อไปอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิ

เสรีภาพในกระบวนการยุติธรรม ทำไมมาตราที่บอกว่าบุคคลจะถูกจับกุมคุมขัง หรือลงโทษในทางอาญาโดยปราศจากกฎหมายไม่ได้ และโทษที่จะลงกับบุคคลนั้นจะต้องเป็นโทษที่ใช้อยู่ในขณะนั้นไปอยู่ในส่วนหรือหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพทั่วไป แต่ทำไมการลงโทษบางเรื่องไปอยู่ในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรม เขา Design ออกมาโดยความตั้งใจแล้วว่าตรงนั้นจะสะท้อนว่าอะไรที่ให้แกคนต่างด้าว อะไรที่ให้กับคนไทย อะไรที่เป็นสิทธิที่กว้าง อะไรที่แคบเฉพาะในคดีอาญา อะไรที่ใช้กับคดีแพ่ง คดีปกครอง ในกรณีที่รัฐธรรมนูญเขียนไว้ในเรื่องของโทษเช่นกรณีตามมาตรา 39 ที่บัญญัติว่าบุคคลจะรับโทษทางอาญาที่ต่อเมื่อกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดอย่างนี้ก็ต้องแปลว่าเป็นโทษทางอาญา โทษทางอาญาคืออะไรก็ว่ากันไปเพราะใช้ว่าโทษอาญา แต่มีอยู่อีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 32 ที่บอกว่าบุคคลจะถูกลงโทษด้วยวิธีการอันทารุณโหดร้ายไม่ได้ คำนี้เราจะชินกับกฎหมายอาญาแล้วก็แปลว่าบุคคลจะลงโทษอันวิธีการทารุณโหดร้ายไม่ได้หมายถึงเฉพาะแค่โทษอาญาเท่านั้นหรือว่าจะรวมอย่างอื่นด้วย เรื่องนี้เคยเกิดปัญหาในต่างประเทศมาแล้ว ศาลรัสเซียได้เคยตัดสินในคดีหนึ่งว่าเมื่อรัฐธรรมนูญเขียนว่าบุคคลจะถูกลงโทษอย่างทารุณโหดร้าย ฆาตกร พิสดาร ผิดธรรมดาตามนุษย์ไม่ได้ซึ่งตรงกับรัฐธรรมนูญอเมริกันบทแก้ไขที่ 8 ความจริงเราลอกจากบทแก้ไขที่ 8 จากอเมริกา หรือ The eighth amendment ที่ใช้คำว่า Cruel and unusual punishment จะลงโทษอย่างฆาตกร ผิดธรรมดาตามนุษย์ไม่ได้ ในรัสเซียกฎหมายอาญามีโทษดังต่อไปนี้เหมือนของไทย ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน แล้ววันหนึ่งก็มีการออกกฎหมายว่าใครทำอย่างนี้ให้นำไปดองเล็บ บีบขมับ แล้วก็มีคนอ้างว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพราะว่าทารุณโหดร้าย ศาลรัสเซียบอกว่าโทษตามกฎหมายนี้มีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน ดองขมับนี้ไม่อยู่ในโทษ เขาห้ามเฉพาะโทษที่ทารุณโหดร้ายไม่ได้ อะไรที่ไม่ใช่โทษทารุณโหดร้ายได้ ดังนั้นเรื่องนี้ อังกฤษ ชาติแรกๆ ซึ่งเป็นชาวรัสเซียแล้วได้รางวัลโนเบลออกมาว่ารัฐบาลว่าศาลยับยั้งเลยว่าเป็นความคับแคบของนักกฎหมายที่เถรตรงที่คิดอย่างนั้น แม้แต่

มาตราที่บัญญัติว่ากฎหมายอาญาที่ไม่มีโทษย้อนหลังนั้นจะแปลเฉพาะแต่เพียงโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สินเท่านั้นไม่พอ เพราะเปิดทางให้ วันหนึ่งรัฐบาลร่วมมือกับสภาออกกฎหมายว่าใครทำผิดฐานนี้ให้กลับไปตัดอวัยวะสืบพันธุ์และไม่ว่าจะข่มขืนเมื่อใดย้อนหลังไปก็ให้ตัดให้หมด ถ้าแปลว่าบุคคลจะรับโทษทางอาญาย้อนหลังไม่ได้หมายถึงโทษเท่าที่กฎหมายอาญารับรอง จะทำให้ Create โทษใหม่ๆ แล้วย้อนหลังได้ซึ่งไม่ถูก จึงคิดว่าถ้าหลักนี้เข้ามาถึงประเทศไทยเราจะทำอะไร วิธีปฏิบัตินี้มาถึงวันนี้โทษอาญาเรารู้ใช้ใหม่มีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน แล้วเรารู้ว่าถ้ามีกฎหมายออกมาใครทำผิดมีโทษจำคุกทั้งนี้ไม่ว่ากระทำความเมื่อไรย้อนหลังก็โดนหมดเราก็จะมาบอกขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แล้วถ้าเกิดสร้าง Punishment อื่นแล้วไม่เรียกว่าโทษเราจะยอมให้มีย้อนหลังอย่างนั้นหรือ ใครทำผิดให้ตัดคอแล้วให้ย้อนหลังได้ เราก็บอกว่าอันนี้คือประหารชีวิต แล้วถ้าไม่ใช่ประหารชีวิต ไม่ใช่จำคุก ไม่ใช่ปรับ ไม่ใช่ริบทรัพย์สินแต่เป็นการตัดอวัยวะ จับไปทำหมัน เอาไปตอน เอาไปดองเล็บ เอาไปบีบขมับ เอาไปทำงานหนักซึ่งไม่ใช่จำคุก ไม่ใช่ประหารชีวิต ไม่ใช่ปรับ ไม่ใช่ริบทรัพย์สินย้อนหลังได้ไหม ถ้าเถรตรงก็ย้อนได้แต่ไม่เป็นธรรมเพราะใช้กับเรื่องย้อนหลังก็ไปใช้ต่อกับเรื่องทารุณโหดร้ายได้ไหม เรื่องนี้คนที่ก้าวไปอีกขั้นหนึ่งแล้วคือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บอกว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ เราเคยนึกกันมาตลอดเลยว่าก็คือโทษอาญาเพราะนักโทษทั้งหลายก็จะทำฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษจากประหารชีวิตมาเป็นจำคุก จากจำคุกมาเป็นขัง ไม่ก็ปีแล้วปล่อย จากขังไม่ก็ปีปล่อยเลย มาเจอคดีแรกคือ ศักดิ์ลาภการจำได้ไหมครับ กรรมการการเลือกตั้งให้คุณประมาณ ชันชื้อ และผู้พิพากษาอีก 12 คน ในนั้นมีคุณอุดม เฟื่องฟุ้ง ด้วยออกจากราชการ ทั้งหมดถวายฎีกา และได้ทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษให้กลับเข้ารับราชการทั้งหมด เราก็เลยมารู้ตั้งแต่บัดนั้นว่าพระราชอำนาจในการอภัยโทษรวมถึงโทษทาง

ปกครองด้วย ท่านไม่เห็นแปลว่าโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สินอย่างที่ท่านกฎหมายคิด และเหตุผลในเรื่องนั้นเดิมกว่าเมื่อเป็นพระราชอำนาจจึงยิ่งใหญ่ไพศาลเป็นเรื่องของพระมหากษัตริย์คุณไม่ได้จำกัดด้วยกฎหมายใด ครั้นวันหนึ่งคุณโกเมน ภักธริรมย์ ต้องคำพิพากษาศาลฎีกาจำคุก ศาลให้รอลงอาญา ท่านถวายฎีกาขอพระราชทานอภัยโทษ คนกึ่งรอลงอาญาแล้วคุณไปขออะไร ขออภัยโทษ ขออภัยโทษว่าอย่างไร ก็ในเมื่อรอลงอาญาก็ไม่ติดคุก รอลงอาญาก็ไม่ขอรอ แล้วท่านจะขอพระราชทานได้หรือไม่ รู้ว่าได้หรือไม่ได้โดยไม่เคยมีตัวอย่างกรณีนี้ เรื่องนั้นศาลฎีการอลงอาญาไว้สองปี ฎีกานี้หายไปสองปีพอครบสองปีพ้นกำหนดรอลงอาญาได้รับอภัยโทษ จึงไม่เคยมีประวัติว่าเคยรอลงอาญาเพราะได้ประทานอภัยโทษแล้ว ก็รู้ขึ้นอีกว่ารอลงอาญาก็ขออภัยโทษได้ ที่วันหนึ่งต่อไปข้างหน้าศาลวินิจฉัยว่าจำเลยทำละเมิดค่าชดเชยสินไหมทดแทนห้าล้านบาทคำถามคือขอพระราชทานอภัยโทษได้ไหมนี้เรื่องยังไม่เกิดก็ต้องดูต่อไป ถามว่าเป็นโทษหรือไม่ บางคนบอกว่าไม่ได้เป็น ทำไม่ได้เป็น ก็โทษมีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน ก็มีเรื่องอื่นให้เห็นแล้วก็บอกแล้วไม่ใช่หรือว่าโทษมีโทษทางอาญา โทษทางแพ่ง โทษทางปกครอง โทษทางรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นถ้าวันหนึ่งที่คนที่ต้องโทษตามรัฐธรรมนูญขอพระราชทานอภัยโทษได้หรือไม่ นี่ก็คำถามต่อไป แล้วถามว่าโทษทางรัฐธรรมนูญคืออะไร เช่น ตัดสิทธิห้าปี ถามว่าขอพระราชทานอภัยโทษได้หรือไม่อยู่ที่ว่าจะแปลคำว่าโทษอย่างไร แต่เลิกได้แล้วความคิดที่ว่าโทษคือโทษทางอาญาเท่านั้น ประการต่อไปในทางกฎหมายมหาชนเราได้พูดกันแล้วว่าผู้มีอำนาจตีความสามารที่จะคิดประดิษฐ์กรรมหลักอะไรขึ้นใหม่ ๆ เองก็ได้ไม่ผิด ยิ่งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลเดียวและศาลสุดท้ายท่านแต่งหลักอะไรของท่านขึ้นมาจะอย่างไรเมื่อสักครู่นี้ก็กรที่ท่านบอกว่าคราวที่แล้วผมอธิบายว่า Fruit of the poisonous tree ต้นไม้ที่มีพิษย่อมให้ผลที่มีพิษนั้นก็ศาลแต่งหลักนี้ขึ้น ทำไมศาลรัฐธรรมนูญไทยจะแต่งขึ้นเองไม่ได้สักหลักที่น่าสนใจ ในอดีตได้เคยมีพยายาม ผมเห็นแล้วแต่ไปอยู่ในความเห็นส่วนบุคคล ในความเห็นคำวินิจฉัยกลางยังไม่กล้า

ที่จะสร้างหลัก บางทีมีหลักแต่ไม่กล้าจะเรียกชื่อหลักคือยังไม่กล้าจะเป็น Philosopher ใหม่ในสังคมไทย ความจริงในต่างประเทศยิ่งในศาลปกครองยิ่งต้องทำ ในฝรั่งเศสมีคำอยู่คำหนึ่งเป็นภาษาฝรั่งเศสคือคำว่า Principes fondamentaux ภาษาอังกฤษ เรียกว่า Fundamental principles แปลว่า หลักซึ่งไม่ได้มีมาตราไหนซึ่งศาลแต่งเอง ตรงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไปก็เมื่อหาหลักอะไรไม่ได้ก็สร้างหลักนี้ขึ้นมาแล้วจะได้ใช้หลักนี้ต่อไปในอนาคต ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็ดีและพระราชบัญญัติอีกหลายฉบับในวันนี้เขียนว่าผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งหรือมีส่วนได้เสีย คำนี้เขียนอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ โดยเฉพาะกฎหมายท้องถิ่น อบจ. อบต. เทศบาลมีหมด เมื่อสมาชิกสภาทั้งหลายเทศบาลทั้งหลาย อบต.ทั้งหลาย อบจ.ทั้งหลายจะต้องไม่มีส่วนได้เสีย แต่ผมถามท่านว่าแต่ถ้ามีส่วนได้เสียอะไร ก็แจ้งไขไหม เช่นกฎหมายเขียนว่า นายกเทศมนตรี นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายกองค์การบริหารส่วนตำบลจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในกิจการที่เป็นคู่สัญญา ท่านฟังให้ดีต้องไม่มีส่วนได้เสียกับอบจ. อบต. หรือองค์กรปกครองท้องถิ่นนั้น ถามว่าแปลว่าอะไรถ้าไม่ต้องแปลคือเป็นการไปทักท้วงว่าเป็นการตีความอัตโนมัติ ส่วนได้เสียก็คือส่วนได้เสีย จะน้อยจะมากจะยากจะเย็นประการใดก็คือส่วนได้เสีย ผมถามอย่างนั้นนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดแห่งหนึ่งจะมีหุ้นอยู่ในบริษัทแห่งหนึ่ง หุ้นนี้มีอยู่ล้านหุ้นจะมีอยู่หุ้นหนึ่ง หุ้นหนึ่งตามสืบทาหลังจากที่เป็นนายก อบจ. แล้วบริษัทนั้นมาทำสัญญาซื้อขายที่ดินบางอย่างอาจจะเช่าที่ดินของ อบจ. และ อบจ. นี่ทำสัญญาเช่าที่ดินกับบริษัทในบริษัทที่มีผู้ถือหุ้น และหุ้นมีล้านหุ้น นายก อบจ.จะมีอยู่หนึ่งหุ้น คุณว่าได้เสียขัดแย้งไหม ถ้าตอบว่าแย้ง หุ้นเดียวก็แย้ง กรณีจะเป็นประการใดถ้านายก อบจ. คนนี้มีหุ้นหนึ่งหุ้นในบริษัทซึ่งมีล้านหุ้นอยู่ก่อน ก่อนเป็นนายก อบจ. วันหนึ่งตอนที่มีเป็นนายก อบจ. แล้วท่านก็ไม่ได้รู้เรื่อง สมมติว่าไม่รู้เรื่องจริงๆ บริษัทนั้นก็มาเช่าที่ของ อบจ. ผมจะไปห้ามก็ห้ามไม่ได้เพราะผมหนึ่งเสียงหนึ่งหุ้นอย่าว่าแต่หนึ่งเสียงหนึ่งหุ้นบริษัทก็มาเช่า อบจ. ไปแล้ว ผมจำเป็นต้องถอนหุ้นนั้นไหม

หรือว่าไม่ต้องถอนหุ้นเพราะว่าไม่ผิดไม่ขัดไม่แย้ง ทั้งหมดนี้เป็นปัญหาทั้งนั้น และทั้งหมดนี้เปิดทางให้ศาลสร้าง *Principes fondamentaux* หรือ *Fundamental principles* ได้ กฤษฎีกาได้ตั้งหลักไว้เพราะคดีนี้มามากปีหนึ่ง เป็นร้อยคดี มีปัญหาทุก อบจ. เพราะคนมาเป็นนายก อบจ. ไม่ใช่คน สิ้นไรไม่ตรอกจะต้องมีเรื่องทั้งนั้นไม่เช่นนั้นเป็นไม่ได้ กฤษฎีกาจึงตั้งหลักนี้ ไม่ได้ตั้งโดยคณะใดคณะหนึ่งร่วมกันจัดตั้งเป็นหลักว่าวันหลังคดีไหนมาก็เอา ตามหลักนี้เพราะหลักนี้คือ *Principes fondamentaux*, *Fundamental principles* หลักนั้นมีวิธีดูส่วนได้เสียนั้นไม่ใช่ดูว่าหนึ่งหุ้นก็ไม่ได้สองหุ้นก็ไม่ได้สามหุ้นก็ไม่ได้ ต้องดูจากสามหลักไปเปิดจากมาตราใดมาตราใด ไม่มีแล้ว มาจากไหน แต่งเอง คือ 1. หลักการบริหารจัดการ ถ้าหากว่ามีหุ้นแต่เป็น กรรมการผู้จัดการหรือผู้มีสิทธิในการตัดสินใจเป็นส่วนได้เสียแล้วเรียกว่า *Management principles* 2. หลักในการครอบงำกิจการคือ *Voting rights* แปลว่าถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ถึงคุณจะไม่เป็นประธาน ไม่เป็น กรรมการผู้จัดการ คุณเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากก็มีส่วนได้เสียที่ขัดแย้งแล้ว 3. หลักเจตนาคือ หมายความว่าเมื่อเจตนาอาศัยว่าตนดำรงตำแหน่งนี้ แล้วก็รู้ว่า อบจ. นี่มีที่ดิน แล้วไปบอกบริษัทมาเช่าที่แล้วผมจะอนุมัติให้เรียกว่ามีส่วนได้เสียเพราะ เจตนาเขาไม่ดูหุ้นแล้ว ไม่ดูว่าคุณเป็นประธานหรือกรรมการอะไร เพราะฉะนั้น หลักใดหลักหนึ่งในสามหลักนี้ก็จะเป็นส่วนได้เสียทั้งสิ้น ฉะนั้นจึงได้วินิจฉัย ไปแล้วหลายเรื่องมีหุ้นยี่สิบเปอร์เซ็นต์ นายก อบจ. มีหุ้นยี่สิบเปอร์เซ็นต์ และบริษัทมาสัญญา คณะกรรมการกฤษฎีกาบอกว่าไม่ขัด เป็นได้ คนถาม ทั้งเมืองนายกจะมีหุ้นยี่สิบเปอร์เซ็นต์บริษัทก็มาซื้อที่ดินของ อบจ. อบจ. ก็ขายให้ เราดูในแง่ของเจตนาที่ไม่ได้ขายถูก เราดูในแง่การถือครอบงำยี่สิบเปอร์เซ็นต์ ก็ช่วยครอบงำอะไรไม่ได้เพราะต้องมีแปดสิบ ดูในแง่ของการบริหารจัดการก็ไม่ได้เป็นกรรมการอะไรทั้งสิ้น พอร์ฐธรรมนูญแก้วว่าไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ก็ตีตกฤษฎีกาก็เพิ่มหลักที่ใส่เข้าไปคือหลักเครือญาติ ตัวไม่ได้หุ้นอะไรเลยแต่ พ่อตัวแม่ตัวภรรยาตัวลูกตัวมี เขาจำกัดเฉพาะพ่อแม่ คู่สมรสและบุตรที่ยัง ไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้าพี่น้องไม่ใช่ คนเหล่านี้ไปมีหุ้นแล้วไม่ดีเพราะฉะนั้นภรรยา

ผมมีหุ้นอยู่ในบริษัท บริษัทมาซื้อที่หรือเช่าที่ อบจ. ผมเป็นนายก อบจ. นี่ก็เป็นประโยชน์ขัดแย้ง เพราะฉะนั้นหลักเหล่านี้ก็ถูกฎีกาตั้งขึ้นทั้งนั้น ล่าสุดมีเรื่องเข้ามาขอไม่เอ่ยชื่อใครเพราะเรื่องนี้ดัง นายก อบจ. คนหนึ่ง ท่านถือหุ้นในบริษัทหนึ่ง ท่านไม่ได้เป็นนายก อบจ. หรือ ตอนแรกท่านถือหุ้นในบริษัทหนึ่งมานานแล้วเป็นบริษัทของเครือญาติและท่านก็ถือหุ้นเพียงสามเปอร์เซ็นต์ สามเปอร์เซ็นต์นี้คิดเดียวจะอยู่ในบริษัทหนึ่งมานานแล้ว วันหนึ่งท่านมาเป็นนายก อบจ. แล้วปรากฏว่าท่านถือหุ้นในบริษัทนั้นมานานแล้วบริษัทได้เช่าที่ดินของ อบจ. มานานแล้วเพื่อทำท่าเรือ บริษัทนี้เช่าที่ดิน อบจ. ทำท่าเรือกรรมการและผู้ถือหุ้นทุกคนเป็นเครือญาติ พี่น้องญาติมิตร ก.เป็นผู้ถือหุ้น ก.เป็นกรรมการด้วยถือหุ้นสามเปอร์เซ็นต์ด้วย นอกนั้นญาติกันทั้งนั้น และทุกคนร่วมเป็นกรรมการร่วมกันหมด คนใดคนหนึ่งสามารถเซ็นชื่อผูกพันบริษัทได้ อยู่มา ก. มาเป็นนายก อบจ. แสดงว่าสัญญาที่ทำก่อน ก. เป็นนายก อบจ. เมื่อ ก. จะมาเป็นนายก อบจ. ก. ก็ลาออกจากการเป็นกรรมการแต่ไม่อาจจะลาออกจากการถือหุ้นได้ไม่ เพราะเป็นเรื่องความจำเป็นของเขา เพราะฉะนั้นท่านก็ยังถือหุ้น แล้วท่านก็ถือหุ้นอยู่สามเปอร์เซ็นต์แต่กรรมการไม่ได้เป็นแล้ว แต่คนที่ยังเป็นกรรมการแล้วถือหุ้นอยู่นั้นพี่น้อง แม้ญาติทั้งหมดคนอื่นไม่มีสิทธิ บริษัทใหญ่ด้วย แล้วท่านก็เป็นนายก อบจ. สัญญาก็ไม่ได้เซ็นเพราะเขาเซ็นกันมาก่อนที่ท่านจะมาเป็น ต่อมาเมื่อมีคนรู้เรื่องเข้าก็โวยว่าท่านมีผลประโยชน์ขัดแย้งได้เสียกับกับกิจการนี้ไม่ได้โดยตรงก็โดยอ้อมจึงต้องพ้นจากตำแหน่ง กระทรวงมหาดไทยก็เห็นว่ามามาก่อนไม่ได้มีมาหลัง เพราะฉะนั้นไม่เป็นไรที่โหมบอกมาก่อนกับหลังต่างกันก็ส่งมาหารือกฤษฎีกากฤษฎีกาบอกว่าถ้าดูจากหลัก Voting rights สามเปอร์เซ็นต์ โหวตอะไรไม่ได้ ดูจากหลักเครือญาติก็ปรากฏว่าเป็นเครือญาติที่เป็นพี่หรือเป็นน้องทั้งนั้นไม่มีสามีอยู่เลยแต่มีแม่และแม่ก็ถือหุ้นคนเดียวและแม่ก็แก่แล้ว ดูจากหลักการบริหารจัดการตัวก็ไม่ได้เป็นกรรมการเพราะลาออกมาแล้ว ดูจากหลักใดหลักหนึ่งก็ไม่ได้เข้าสักหลัก แต่ดูรวมกันทุกหลักคือใช่ คือพอแยกส่วนไม่ใช่ แต่พอดูรวมใช่ ดูรวมใช่ตรงไหนรู้ไหมครับกรรมการเจ็ดคนนามสกุลเดียวกัน

หมดรวมทั้งนามสกุลท่านด้วย แต่เป็นพี่น้องเป็นน้องเขย พี่สะใภ้อะไรท่านองนี้ คนอื่นไม่มีสิทธิ แล้วก็คิดว่าสัญญาถึงจะเซ็นมาก่อนก่อนที่จะมาเป็น แต่อย่าลืมว่าระหว่างที่ท่านเป็นอยู่อาจจะมีการที่บริษัทนี้ผิดสัญญา อบจ. ก็ต้องฟ้องร้องบังคับตามสัญญาแต่อาจจะคิดหนักถ้าท่านต้องไปฟ้องร้องตามสัญญา เพราะฉะนั้นกฤษฎีกาจึงมีมติจากดูแยกส่วนแล้วท่านไม่เป็นไรแต่พอดูรวมส่วนแล้วท่านเป็น จึงเป็นผลประโยชน์ได้เสียขัดแย้ง และ พ.ร.บ. ของ อบจ. ของเทศบาลเขียนเหมือนกันหมดว่าถ้าใครที่มีผลประโยชน์ได้เสียขัดแย้ง ต้องพ้นจากตำแหน่งแล้วจะสมัครเป็นอีกไม่ได้ห้าปี ก่อนที่กฤษฎีกาจะตีความตอนที่เริ่มตีความท่านก็ยังยืนหยัดเป็นนายก อบจ. จังหวัดที่ใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งในประเทศไทยอยู่ตอนที่ส่งมาตีความ เมื่อจะเริ่มตีความไปตามลำดับท่านก็ลาออกก่อนที่จะคำตีความจะออกมา เหลือเชื่อจริงๆ คือเดี๋ยวก่อนเหลือเชื่อตรงนี้เมื่อก่อนนี้กฎหมายเขียนอย่างนี้ตลอด อบจ. เทศบาล อบต. เขียนเหมือนกันหมดว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นที่ดี ผู้บริหารท้องถิ่นที่ดีจะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ผลประโยชน์ขัดแย้งหรืออยู่ในกิจการส่วนได้เสียกับกิจการที่เป็นคู่สัญญาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้ ถ้าเป็น ถ้ามีให้พ้นจากตำแหน่งแล้วกฤษฎีกาเคยตีความมาแล้วร้อยเรื่องว่าคำว่าให้พ้นจากตำแหน่งนั้นให้ถือว่าไม่เคยดำรงตำแหน่งในท้องถิ่นนั้นเลยตั้งแต่แรก แต่เหลือเชื่อจริงๆ ว่าเมื่อหลายปีมาแล้วได้มีการแก้กฎหมายนี้จนเดี๋ยวนี้คิดไม่ออกว่าแก้ทำไม เมื่อหลายปีมาแล้วมีการแก้กฎหมายว่าแยกมามีอีกมาตราหนึ่งแล้วเพิ่งแก้แต่ว่าหลายปีมาแล้วนะ เดิมทีทั้งสมาชิกสภา และนายกใช้หลักเดียวกันหมดว่าพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีส่วนได้เสียและให้ถือว่าไม่เคยดำรงตำแหน่งนี้เลยตั้งแต่ต้น ถ้าไม่เคยดำรงตำแหน่งนี้เลยมาแต่ต้น อบจ. นี่ยุ่งเหมือนกัน คือเมื่อสักสิบปีมาแล้วมีการแก้และไม่ใช่ว่าแก้เพื่อคนคนนั้นแน่เพราะเขาแก้มาก่อนที่ท่านจะมาเป็น แต่อยู่ๆ ไปแก้ว่าสำหรับนายก อบจ. นั้นให้พ้นจากตำแหน่งเมื่อมีการผิดต่อไปนี้ คือ 1. ตาย 2. ลาออก 3. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้ออกเพราะผลประโยชน์ได้เสียขัดแย้งกับตำแหน่งหน้าที่ จบแล้วจากการพ้นจากตำแหน่งมีแค่นี้พอตอบไปอย่างนั้นถือว่ามีผลได้เสีย กระทรวง

มหาศาลไทยก็ถามกลับมาทันทีว่าคนนี้ออกไปแล้วจะถือว่าไม่เคยดำรงตำแหน่งนี้มาแต่ต้นหรืออย่างไร กฎฎีกาต้องตอบใหม่ว่าการแก้กฎหมายที่ทำเมื่อสิบปีที่ผ่านมาทำให้หลักการพ้นจากตำแหน่งเดิมเปลี่ยนไป ถ้าเป็นสมาชิกสภาต้องถือว่าพ้นมาตั้งแต่แรกไม่เคยได้เป็นเลย แต่เมื่อมีการแก้เมื่อสิบปีที่แล้ว เขาคงเห็นว่าถ้าพ้นมาแต่ต้นจะยุ่งเพราะจะเป็นนายกจึงให้พ้นเมื่อรัฐมนตรีสั่ง เพราะฉะนั้นถึงจะมีผลประโยชน์ได้เสียขัดแย้งก็ไม่ได้พ้นโดยอัตโนมัติจนกว่ารัฐมนตรีจะสั่ง แล้วบัดนี้รัฐมนตรีก็สั่งไม่ได้เพราะว่าเขาได้พ้นไปเองก่อนแล้ว รวมความแล้วแปลว่า ท่านลาออกหนึ่งวันก่อนครบวาระซึ่งแปลว่ากำลังจะมีการเลือกตั้งใหม่ ท่านลงสมัครด้วย ถ้าท่านพ้นไปโดยคุณสมบัตินั้นหรือรัฐมนตรีสั่งให้พ้น ท่านสมัครไม่ได้ก็แปลว่าท่านย้อนมาสมัครได้แล้วเชื่อว่าจะได้รับด้วย เห็นไหมพอตีความ วนไปวนมาก็มาเจอหลักอย่างนี้เข้า หลักประการสุดท้าย มีหลักของการตีความกฎหมายมหาชนอีกหลักหนึ่งซึ่งจะไม่อยู่ในการตีความกฎหมายเอกชนหลักนี้ศาลสูงสุดอเมริกาเป็นคนสร้างขึ้นแล้วก็ใช้ไปเกือบทั่วโลกภาษาอังกฤษเขาเรียกว่า Self - restraint แปลว่าหลักการระงับยับยั้งซึ่งใจตนเอง ผมเห็นมีคนหนึ่งไปแปลกับหลักหิริโอตตัปปะ หิริโอตตัปปะแปลว่าความละอายต่อบาป ก็เลยหยุดเสียไม่ทำเดินไปเจอสร้อยเพชรตกอยู่มองซ้ายมองขวาไม่เห็นมีใครเลยหยิบหรือไม่หยิบ ถ้าหยิบแปลว่าไม่มีหิริโอตตัปปะ ถ้าไม่หยิบแปลว่า มีหิริโอตตัปปะ ทำไมไม่หยิบก็เพราะระงับยับยั้งซึ่งใจตนเอง อย่างนี้ไม่ใช่หิริโอตตัปปะ แต่หลัก Self - restraint ถ้าเอามาใช้กับการตีความกับกฎหมายมหาชนอย่าเอาไปแปลว่าหิริโอตตัปปะก็แปลว่าระงับยับยั้งซึ่งใจ Restraint แปลว่า Stop , Self แปลว่าตนเอง คือไม่มีใครมาสั่งว่าหยุด แต่ว่ามีอำนาจตีความจะตีความก็ได้แต่หยุดเบรกไว้แค่ันติดเบรกเองแล้วก็บอกว่าไม่เอาแล้ว ไม่ยุ่งแล้วถอยแล้วจบแล้ว อย่างนั้นเรียก Self - restraint ในการตีความกฎหมายมหาชน องค์การที่ยังมีอำนาจตีความคือการตีความกฎหมายมหาชนต่างกับการตีความกฎหมายเอกชนอยู่ข้อหนึ่งตรงที่ว่ากฎหมายเอกชน คนตีความมีองค์กรเดียวคือศาลเท่านั้น แต่กฎหมายมหาชนมี Sharing of powers คนที่มีอำนาจตีความกฎหมายมหาชนมีเยอะท่าน

อย่าดีกว่ามีศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่ได้ บางเรื่องศาลปกครองตีความได้ บางเรื่องศาลยุติธรรม บางเรื่องรัฐสภาเขาตีความแล้วจบ บางเรื่อง กกต. ตีความแล้วจบ บางเรื่อง ป.ป.ช. ตีความจบ บางเรื่องคณะรัฐมนตรีตีความแล้วจบ อย่างสมัยก่อน พระราชกำหนดจำได้ใหม่ครบที่รัฐธรรมนูญแบ่งเป็น 2 วรค วรคแรกถ้าหากว่ามีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงผลประโยชน์ได้เสียของชาติให้ออกพระราชกำหนดได้ วรคสองว่าพระราชกำหนดนั้นต้องออกเพราะว่ามีกรณีจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วน เมื่อก่อนนี้เฉพาะวรคแรกเท่านั้นที่มาศาลรัฐธรรมนูญ คือว่าถ้ามาศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะดูอย่างเดียวว่าเรื่องนี้ความมั่นคงหรือเปล่าหรือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวหรือประโยชน์สาธารณะหรือเปล่าอย่างนี้ ศาลรัฐธรรมนูญดูได้ แต่ว่าฉุกเฉินเร่งด่วนหรือไม่เมื่อ ครม. บอกว่าฉุกเฉินไม่มีใครในโลกนี้ไม่มีสิทธิบอกว่าไม่ฉุกเฉิน แต่วันนี้รัฐธรรมนูญเขาแก้หลักนี้แล้วว่าทั้งความมั่นคงและทั้งฉุกเฉินให้มาศาลรัฐธรรมนูญได้หมด แต่อย่างน้อยหลักก็มีเห็นใหม่ว่าบางเรื่องไม่ใช่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นสิ่งที่เรียกว่า Sharing of powers คนตีความมีเยอะ นึกขึ้นได้เรื่องหนึ่งเมื่อวานขึ้นนี้นายกเทศบาลหาดใหญ่พบผมกับท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ ท่านก็ไววายว่ามีการออกกฎหมายเทศบาลฉบับใหม่แล้วก็กำหนดวาระแล้วว่าคนหนึ่งไม่ให้ เป็นได้ก็วาระ และความเข้าใจของเทศบาลทั้งหลายท่านก็เข้าใจที่ไม่ให้เป็นเกินสองวาระเริ่มนับตั้งแต่ตอนกฎหมายใหม่นี้ออก พอถึงเวลาสมัครคนที่เคยเป็นนายกมาแล้วสองสมัย พอกฎหมายออกมาสมัครเป็นสมัยที่สาม ท่านไปสมัคร กกต. ก็รับสมัครท่านหลังจากรับสมัครก็ลงมือเลือกตั้งเลือกตั้งเสร็จท่านได้ พอไป กกต. ก็ประกาศว่าจังหวัดนี้ต่อไปเทศบาลนี้ คนนี้ได้คนนั้นไม่ได้ที่คนที่ไม่ได้เพราะเป็นเกินสองสมัยแล้วและปรากฏว่ามี ร้อยเทศบาล ร้อยเทศบาลนั้นก็เดือดร้อนว่าแล้วไปรับสมัครเขาทำไมแต่แรกแล้วทำไมวันนี้ไม่ประกาศชื่อเพราะคุณเป็นเกินสองสมัย นายกเทศมนตรีท่านก็รวมกันไปฟ้องคดีที่ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยของ กกต. ถึงที่สุด ศาลปกครองรับเรื่องนี้ไว้ไม่ได้ ก็เหลืออยู่ช่องทางเดียวว่าจะมาศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือกรณีเรื่องกฎหมายขัดหรือแย้ง

ต่อรัฐธรรมนูญที่มีปัญหาว่าถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติแล้วก็ส่งไปออกจากรัฐสภาก่อนที่จะถวายขึ้นไปลงพระปรมาภิไธยเกิดมีคนเข้าชื่อส่งศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถดูได้ทั้งขั้นตอนในการออกและเนื้อหาสาระ อย่างนี้รัฐธรรมนูญเขียนไม่ชัดในมาตรา 141 และมาตรา 154 เหมือนอย่างคราวที่แล้วร่าง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญคือบทบังคับใช้ใหม่ครบว่าพอผ่านรัฐสภาต้องส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าใครจะเข้าชื่อหรือไม่แล้วศาลรัฐธรรมนูญก็จะดูได้ทั้งขั้นตอนในการออกและเนื้อหาสาระซึ่งปรากฏว่าเมื่อร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญสามฉบับนั้นมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญบอกว่าก่อนจะดูเนื้อหาสาระเอาขั้นตอนก่อน ศาลพบได้ว่าไม่ครบองค์ประชุม นี่คืออำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้แต่ถ้าเมื่อไรเลยขั้นตอนนี้จนกระทั่งลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้แล้วในความเห็นผมและนักกฎหมายหลายคนการจะอ้างว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและมาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เฉพาะประเด็นเดียวเท่านั้นคือเนื้อหาสาระหรือบทบัญญัติ จะมาโดยบอกเพื้พจน์ขั้นตอนก็ไม่ถูกต้ององค์ประชุมก็ไม่ครบไม่ได้เพราะว่ารัฐธรรมนูญเขาแบ่งขั้นตอนไว้เสร็จก็แสดงว่าขั้นตอนครบหรือไม่ครบสามารถวินิจฉัยโดยองค์กรอื่น ที่นี้ย้อนมาเราพูดถึงเรื่อง Self - restraint หลักนี้ไม่มีที่ไหนแต่ศาลสูงสุดอเมริกาเป็นคนสร้างขึ้นว่าอะไรก็ตามที่เป็นเรื่องซึ่งมาถึงศาล ในทางกฎหมายมหาชนแล้ว เรื่องที่จะกระทบต่อการเมืองการปกครองความปลอดภัยความมั่นคงของประเทศซึ่งศาลสูงสุดอเมริกาใช้คำว่า Political questions เป็นประเด็นทางการเมือง ศาลต้องไม่วินิจฉัยเพราะว่าจะมีผลกระทบมหาศาล ที่นี้จะรู้ได้อย่างไรว่าเรื่องนี้เป็น Political questions ศาลก็ต้องตีความคำว่า Political questions ก่อนแล้วก็คิด รวมความถ้าคิดว่าตีความไปจะมีผลกระทบมากแล้วอย่าลืมว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญผูกพันทุกองค์กรทั้งประเทศ บางทีเรื่องที่มาสศาลรัฐธรรมนูญ เช่น นาย ก. ทะเลาะกับนาย ข. เท่านั้น เพราะฉะนั้นนาย ก. อยากจะชนะก็ส่งมาที่ศาลรัฐธรรมนูญบังเอิญมีช่องทางให้ส่ง แต่คำวินิจฉัยของศาลออกไปไม่กระทบแค่ นาย ก. หรือนาย ข. ว่าแพ้หรือชนะเท่านั้นกระทบ

ไปหมดทั้งประเทศ ผูกพันหมดทุกองค์กรที่เขาไม่รู้เรื่องแล้วไม่ได้สงสัยอะไรด้วยแล้วเขาก็อยู่ของเขาดี ๆ ไม่ได้เดือดร้อนไปหมดนี่ก็เป็น Political questions ที่ศาลต้องคิดว่าจะมี Restraint หรือไม่ ถ้าคิดว่าควรมี ศาลไม่ต้องเพิ่มอะไรมาด้วย บอกอย่างเดียวว่าเรื่องนี้ต้องเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกว้างหรือผลกระทบทางการเมือง จึงขอไม่วินิจฉัยหรือมีจะนั้นก็บอกว่า เป็นอำนาจคนอื่นไปว่ากันเองบอกไปตรง ๆ ซึ่งศาลฎีกาของไทยก็เคยทำมาแล้ว แต่เวลาทำศาลก็จะอ้างหลักอะไรต่ออะไรของศาลขึ้นมา คือศาลบอกว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องการเมืองศาลไม่แตะศาลแยเหมือนกันนะพูดอย่างนี้ ต้องพูดอย่างอื่น จะมีวิธีพูดเยอะที่จะ Restraint ตัวอย่างเช่นในฎีกาเรื่องหนึ่ง ศาลฎีกาของไทยวินิจฉัยว่า คือมีการยึดอำนาจปฏิวัติเสร็จก็มีคนฟ้องคณะปฏิวัติ เกิดเป็นกบฏ ศาลบอกว่าถ้ากำลังยึดกันเพลิน ๆ อยู่แล้วคุณมาฟ้องตอนนั้น ศาลจะวินิจฉัยให้แต่เขายึดจนเสร็จหมดเรียบร้อยแล้วให้ศาลย้อนกลับไปดูเป็นสิ่งที่ศาลไม่สมควรจะฟังกระทำแล้วก็หยุดแค่นั้นคือไม่วินิจฉัย อีกคดีหนึ่งในฎีกาที่ 103/2521 รัฐบาลประกาศยุบสภาแล้วมีคนไปฟ้องศาลว่าการยุบสภานั้นไม่ถูกต้อง เขาบอกว่าการยุบสภาเป็นการออกพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกานั้นต้องปรึกษากันในคณะรัฐมนตรีเรื่องนี้นายกรัฐมนตรีจะคิดคนเดียวแล้วจะไปกราบบังคมทูลให้ยุบ ครม. เขาไม่ได้รู้เรื่องด้วยจึงไม่ชอบ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการจะชอบหรือไม่ชอบการยุบสภาที่เกิดขึ้นและผ่านไปแล้วทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เรียบร้อยแล้ว เรื่องไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าเป็นอำนาจของ ครม. ในการออกพระราชกฤษฎีกาหรือไม่ แต่เป็นพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาก็แล้วกันเมื่อลงพระปรมาภิไธยตราแล้วเรื่องนี้ก็จบศาลจึงไม่รับวินิจฉัย เพราะฉะนั้นที่ผ่านมาเรื่องยึดอำนาจก็คดีเรื่องปฏิวัติก็คดีหรือเรื่องที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 17 ไปยึดทรัพย์โดยเรื่องนี้ อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ เคยถูกฟ้องกรณียึดทรัพย์จอมพล ถนอม กิตติขจร เพราะฉะนั้นในการใช้มาตรา 17 มีเงื่อนไข พอยุบไปแล้วมีคนมาฟ้องว่าอาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ทำผิดเงื่อนไขไปศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจะผิดหรือจะถูกก็ได้มีการยึดทรัพย์ไปแล้วและผ่านพ้นไปแล้ว ศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเข้าไปทบทวน

Review หรือตรวจสอบการใช้อำนาจนั้น ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยแต่ถ้าจำเป็นจะต้องทำก็ต้องทำแล้วก็เป็นหลัก หลักใหญ่คือทุกคนมีหน้ารับผิดชอบในผลกระตบนั้น เว้นแต่ท่านหาทางออกของท่านอื่นได้ก็แล้วไป กฎศฎีกาบ่อยมากที่จะไม่รับวินิจฉัยโดยอ้างว่าเป็น Political questions กล่าวโดยสรุปแล้วผมว่าศาลต้องมี Restraint ในบางเรื่องเหมือนกัน ก็คงจะสมควรแก่เวลาเพียงเท่านี้เท่าที่สติปัญญาผมอำนวย เชื่อว่าคงจะเป็นประโยชน์แก่ท่านบ้าง ในฐานะที่ท่านเป็นหน่วยธรรการขององค์กรหนึ่ง ซึ่งมีอยู่ในหลายหน่วยงานที่มีอำนาจตีความกฎหมายมหาชน

ผศช. ปัญญา อุดชาชน : วันนี้เราได้รับความรู้มากมายทีเดียว ในส่วนที่ท่านอาจารย์ได้ให้เกียรติมาบรรยาย ท่านได้พูดถึงตั้งแต่วิวัฒนาการการตีความกฎหมาย การกำเนิดกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน หลักประโยชน์สาธารณะ หลักไม่มีกฎหมายห้าม ทำได้ตามหลักกฎหมายเอกชน หลักไม่มีกฎหมายอนุญาต ห้ามทำตามหลักกฎหมายมหาชน และสุดท้ายก็คือ หลักการตีความกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นหัวใจของเนื้อหาการบรรยายในวันนี้ ซึ่งอาจารย์ก็ได้ให้หลักไว้มากมายทีเดียวไม่ว่าจะเป็นหลัก Fundamental principle หลัก Self-restraint คิดว่าในส่วนนี้พวกเราคงจะนำมากศึกษาให้ลึกซึ้งต่อไป ในนามสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ที่ให้เกียรติมาบรรยายในครั้งนี้ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าในโอกาสต่อไปท่านจะให้เกียรติกับทางสำนักงานในโอกาสต่อไป ขอขอบคุณครับ



การบรรยายพิเศษ

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดี
และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551

การบรรยายพิเศษ*

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ

วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551

ณ ห้องพิจารณาคดี ชั้น 2

เรียนเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และเพื่อนข้าราชการว่า การมาพูดที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้งนั้น ผมจะต้องใช้เวลาเตรียมตัวมากกว่าไปพูดที่ไหนๆ ด้วยเหตุที่ว่าองค์กรนี้เป็นองค์กรสำคัญ เป็นหน่วยงานทางวิชาการและหน่วยงานทางธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญของบ้านเมือง ดังนั้น การจะมาแสดงข้อคิดความเห็นที่นี้จึงจำเป็นต้องมีความพิถีพิถันมากกว่ากรณีอื่นเป็นพิเศษ เมื่อพูดถึงการตีความกฎหมายมหาชน ผมก็จะต้องขออนุญาตกราบเรียนท่านที่เคารพว่า จะขอแบ่งการพูดในวันนี้เป็น 3 ประเด็น ประเด็นแรก คือการตีความกฎหมายทั่วไป ประเด็นที่สอง คือการตีความกฎหมายมหาชน และประเด็นสุดท้าย คือข้อพิจารณาในการตีความกฎหมายมหาชน ความจริงท่านที่เป็นนักกฎหมายย่อมจะทราบดีว่า กฎหมายกับการตีความนั้นเป็นของคู่กันเหมือนปลากับน้ำแยกจากกันไม่ได้ ที่อยาก

*เรียบเรียง และ Edit โดย ดร.ปัญญา อุดชาชน ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ 10 ชช.
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

จะเรียนท่านที่เคารพคือการตีความกฎหมายนั้นมีหลายนัย ถ้าดูความหมาย ก็จะพบว่า การตีความกฎหมายเป็นการให้ความหมายแก่ตัวบทกฎหมายหรือ กฎเกณฑ์อื่นที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย นี่ก็เป็นความหมายหนึ่ง อย่างที่จะ กราบเรียนต่อไป ความหมายตรงนี้เป็นสิ่งที่ Hans Kelsen นักปรัชญากฎหมาย ชาวออสเตรีย ท่านเรียกว่า Scientific interpretation คือการตีความที่ ไม่มีผลอะไรในระบบกฎหมาย เช่นอาจารย์สอนกฎหมายตีความตัวบท กฎหมาย เช่นนักเรียนกฎหมายตีความตัวบทกฎหมาย เป็นการให้ความหมาย แก่ตัวบทกฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่นที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย และไม่มีผล อะไรเลยในระบบกฎหมาย กับการตีความกฎหมายที่มีผลในระบบกฎหมาย ซึ่ง Hans Kelsen เรียกว่า Authentic interpretation คือการตีความนั้นเป็น ไปเพื่อสร้างกฎเกณฑ์อื่นในระดับที่ต่ำกว่า แล้วมีผลใช้บังคับได้ในระบบ กฎหมาย ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ Kelsen แยกการตีความกฎหมายออกเป็น Scientific interpretation หรือที่ผมเรียกว่าการตีความทางวิชาการที่ไม่มีผลใน ระบบกฎหมาย กับ Authentic interpretation คือการตีความที่แท้จริงซึ่งมี ผลในกฎหมาย การแยกอย่างนี้ดูที่ผลเป็นสำคัญ ถ้าการตีความเช่นนั้นทำกัน ในห้องเรียนโดยครูผู้สอนกฎหมายแปล บทกฎหมายมาตรานี้ว่ามีความหมาย เช่นนี้ หรือนักเรียนกฎหมายตอบข้อสอบกฎหมายว่าบทบัญญัติมาตรานั้น หมายความว่าเช่นนั้น นี่คือตัวอย่างของการตีความทางวิชาการที่ไม่มีผลอะไรเลย ในระบบกฎหมาย เวลานี้เราเห็นตัวอย่างท่านองนี้มากอยู่ ที่นักวิชาการออก มาตีความรัฐธรรมนูญในหนังสือพิมพ์ดังที่เห็นกันทั่วไปนั้น จริงแล้วคือ การตีความแบบนี้ ต่างจากการตีความที่ Kelsen เรียกว่า Authentic interpretation ของศาลรัฐธรรมนูญ พอศาลรัฐธรรมนูญตีความแล้ว มีผล ในรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่จะผูกพันองค์กรทุกองค์กรในประเทศ โดย การตีความเช่นนี้เองที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมาย เพราะฉะนั้นถ้าเรา ยึดอันนี้แล้ว เราจะเห็นได้ว่าความหมายของการตีความกฎหมายคงจะต้องยึด ว่าการตีความกฎหมายเป็นการให้ความหมายแก่ตัวบทกฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่น ที่มีผลเป็นตัวบทกฎหมายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ ผมเน้นคำว่า เพื่อสร้าง

กฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ Kelsen บอกว่ากฎเกณฑ์ที่จะนำมาตีความนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเดียว อาจจะเป็นกฎเกณฑ์อื่นด้วยก็ได้ เช่น คำพิพากษา แต่ว่าความสำคัญอยู่ตรงที่ว่า กฎเกณฑ์ที่ถูกนำมาตีความนั้น นำมาตีความเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ในระดับต่ำกว่า ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 216 (4) บอกว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก นี่ก็ตัวบทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 216 (4) เราก็ต้องมาตีความกัน เพื่อจะเอาไปปรับใช้กับสิ่งที่เรียกว่าคดีที่รัฐมนตรีคนหนึ่งถูกพิพากษาจำคุก 6 เดือน ปรับ 50,000 บาท รอการลงโทษ 1 ปี ว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้นมีความหมายอย่างไร คดีนั้นศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 ได้วินิจฉัยว่า ต้องจำคุกจริง ขึ้นนี้ก็คือชั้นการตีความตัวบทรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เป็นการให้ความหมายว่า คำว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้นแปลว่าต้องถูกจำคุกจริง และท่านก็จะเห็นได้ว่าเมื่อเอาการตีความนั้นมาปรับกับข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐมนตรีถูกพิพากษาจำคุก 6 เดือน ปรับ 50,000 บาท รอการลงโทษ 1 ปี แล้วศาลก็ทำคำวินิจฉัยว่า เป็นรัฐมนตรีต่อไปได้ความเป็นรัฐมนตรีไม่สิ้นสุดลง คำวินิจฉัยนั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับ แต่เป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเท่านั้น ตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นสิ่งที่ Kelsen พูดว่าการตีความนั้นคือการให้ความหมายแก่บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์อื่นที่มีผลเป็นกฎหมายเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่และกฎเกณฑ์ใหม่ที่สร้างขึ้นนั้นเรียกว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็น Individual norm ซึ่งมีผลในคดี Kelsen ก็ตั้งข้อสังเกต เมื่อเป็นอย่างนี้ก็จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยที่เป็น Individual norm เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลเฉพาะอยู่ต่ำกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไปที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ อันนี้มีผลสำคัญคือการตีความในระบบกฎหมายนั้นต้องเป็นไปเพื่อการสร้างกฎเกณฑ์ประเทศใดประเทศหนึ่งเสมอ อย่างที่จะได้กราบเรียนให้ท่านทราบต่อไป แล้วสิ่งที่เป็ผลของการตีความคือคำวินิจฉัยนั้น จะเป็นคำวินิจฉัยที่อยู่บนฐานของกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ถูกตีความ จะชี้ให้เห็นว่าในทางตรรกศาสตร์นั้นเป็นอย่างไร เมื่อเป็นอย่างนี้ Kelsen บอกว่าการใช้บังคับ

กฎหมายทุกอย่างทุกครั้งที่ต้องตีความกฎหมายเสมอไป ความจริงศาลรัฐธรรมนูญ ก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18/2546 คดีนั้นเป็นเรื่องที่พลตำรวจเอก ประทิน สันติประภพ ซึ่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาในเวลานั้นไปยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่า การสรรหากรรมการการเลือกตั้งมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อ ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่า กรรมการสรรหาไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็จะไม่ส่งเรื่อง แต่พลตำรวจเอก ประทิน สันติประภพ ได้แย้งว่า ไม่ใช่เรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ที่จะมา วินิจฉัย ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ก็ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตนเองมีอำนาจหน้าที่หรือไม่ตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า กรรมการสรรหาไม่เป็นบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 197 (1) เป็นการ ใช้อำนาจหน้าที่ไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 (1) แล้ว ซึ่ง เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า ผู้ใดจะต้องใช้กฎหมายผู้นั้นย่อมมีอำนาจพิจารณา วินิจฉัยบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ซึ่งตรงกับหลักที่ Kelsen บอกว่า เมื่อมี การใช้บังคับกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับไหน ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นพระราชกฤษฎีกา หรือเป็นกฎอื่นเช่น กฎกระทรวงก็ต้องตีความกฎหมายเสมอเพื่อก่อให้เกิดกฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่า ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญบอกว่าจะต้องออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เวลาท่านจะออกพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ท่านก็ต้องตีความ รัฐธรรมนูญมาตรานั้นก่อนว่าให้อำนาจแก่ไหนเพียงใดอย่างไร เมื่อตีความ เสร็จแล้วจึงไปดำเนินการแล้วออกเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป เมื่อท่านจะใช้กฎหมายไปดำเนินการอื่นเช่นไปออก พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือแม้กระทั่งไปทำคำสั่งทางปกครอง ก็ต้อง

ตีความ ใช้กฎหมายไปทำคำพิพากษาก็ต้องตีความ เพราะฉะนั้นจึงกล่าวว่า การใช้กฎหมายทุกครั้งบังคับให้เกิดผลประการใดประการหนึ่งเช่นไปสร้างกฎขึ้นใหม่หรือไปสร้างคำสั่งทางปกครองขึ้น จะต้องมีการตีความเสมอ การตีความ เป็นกระบวนการทางปัญญาที่เรียกว่า Intellectual process เป็นกระบวนการทางปัญญาในรูปแบบที่เรียกว่าตรรกบท Syllogism ซึ่งจะมี Major premise ตามหลักตรรกศาสตร์เรียกว่าประโยคอ้างเป็นด้วยทฤษฎีบท เช่นมาตรา 216 (4) บอกว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก เรียกว่า Major premise คงจะต้องให้ความหมาย Major premise เสียก่อนว่า คำว่า ต้องคำพิพากษาให้จำคุกนั้นมีความหมายอะไร เสร็จแล้ว Minor premise ก็คือประโยคอ้างรองหรือข้อเท็จจริง ก็เอามาเปรียบเทียบกันแล้วก็ดึงบทสรุป ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั่นเอง เพราะฉะนั้นกระบวนการทางปัญญาที่เรียกว่า Intellectual process เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติในสมองของผู้ใช้กฎหมายบังคับทุกคน ทุกครั้งที่ต้องใช้กฎหมาย ผมเน้นคำว่าทุกครั้งที่ต้องใช้กฎหมาย ดังนั้น ที่กล่าวว่าจะมีการตีความกฎหมายเมื่อด้วยทฤษฎีบทไม่ชัดเจน จึงเป็นคำกล่าวที่ไม่ถูกต้อง ที่เป็นเช่นนั้นเพราะว่าด้วยทฤษฎีบทนั้น ต้องใช้ภาษา กฎหมายไทยก็ใช้ภาษาไทย กฎหมายฝรั่งเศสก็ใช้ภาษาฝรั่งเศส กฎหมายอังกฤษก็ใช้ภาษาอังกฤษ แล้วภาษาก็สื่อได้หลายความหมาย ไม่มีภาษาไหนที่มีความหมายอย่างเดียวเป็นอันเดียว คน แปลว่ามนุษย์ก็ได้ เป็นกริยาแปลว่ากวนก็ได้ ตาย เป็นกริยา แปลว่าสิ้นชีวิตก็ได้ แต่ถ้าไฟตาย ไม่ใช่ตายแล้ว แปลว่าแพ้แล้ว เพราะฉะนั้นเมื่อใช้ภาษาและภาษาสื่อได้หลายความหมาย การใช้กฎหมายบังคับแก่เรื่องใดเรื่องหนึ่งไปออกเป็นกฎเกณฑ์ใหม่หรือไปทำคำวินิจฉัยหรือไปทำคำสั่งทางปกครอง หรือไปทำนิติกรรมเอง ก็ตาม ต้องตีความอยู่เสมอและเป็นการตีความที่บางครั้งเป็น Intellectual process ที่ผู้ตีความไม่รู้ตัวว่าได้ตีความไปแล้ว เพราะเคยชิน ชัดเจนเพราะเคยชิน ตัวอย่างง่ายๆ หรือแปลว่าอะไร หรือปกติแปลว่าอย่างใดอย่างหนึ่ง คุณหรือฉันต้องตายก็แปลว่าคุณต้องตายหรือผมต้องตายคนใดคนหนึ่งไม่ใช่คุณและฉันต้องตาย แต่หรือแปลว่าและมีไหม ตัวอย่างง่ายๆ ห้ามตัดไม้หรือ

ทำลายป่า หรือที่บอกอย่างใดอย่างหนึ่งแท้ๆ ได้กลายเป็นเรื่องสองอย่างแล้ว ห้ามตัดไม้และห้ามทำลายป่า แม้กระทั่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 4 ที่บอกว่าการใช้บทกฎหมายนั้นต้องใช้ตามตัวบทอักษรหรือตามเจตนารมณ์ หรือตรงนั้นแปลว่าและ ศาลเคยบอกว่าคำว่าอาจแปลว่าต้อง เคยอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องห้ามแข่ง รถห้ามแข่ง ในหนังสือการตีความกฎหมายของอาจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ศาลฎีกาพิพากษาว่า กฎหมายจราจรบอกว่าห้ามแข่งกันในที่คับขันโดยเฉพาะบนสะพาน คำถามคือว่า แข่ง แปลว่าอะไร แข่ง แปลว่า คันหนึ่งขับไปข้างหน้าอีกคันหนึ่งขับตามและคันที่ขับตามพยายามวิ่งขึ้นไปข้างหน้า แต่ศาลเปิดพยานุกรมแล้วบอกว่า แข่ง แปลว่าวิ่งผ่านกัน เพราะฉะนั้นวิ่งผ่านกันจึงไม่จำเป็นต้องวิ่งไปในทางเดียวกันที่เราเรียกว่า สวน ศาลบอกเป็นแข่งก็ได้ตามกฎหมาย การที่บอกว่าการตีความชัดแล้วไม่ต้องมีการตีความเป็นเพราะว่าเรื่องนั้นท่านเคยชินต่างหาก ไม่เชื่อลองหยิบกฎหมายอวกาศสักฉบับที่ศาลไม่เคยเห็นเลยแล้วส่งไปให้ศาลดู ผมว่าต้องตีความกันตั้งแต่มาตราแรกจนถึงมาตราสุดท้ายเพราะท่านไม่เคยชิน แต่ถ้าหยิบประมวลว่าด้วยกัญยาส่งไปให้ท่านๆ บอกว่าชัดเจนแล้ว ก็ใช้มาทุกวันนี้ อ่านเกือบทั้งชีวิต ทั้งๆ ที่ความจริงความชัดเจนนั้นคือความเคยชินอันเกิดจากการใช้กระบวนการทางปัญญาในเรื่องนั้นมาตลอด จนกระทั่งตัวเองเห็นว่าไม่เป็นปัญหา หลักที่ผมพูดนี้ ท่านไม่เชื่อลองหยิบกฎหมายฉบับที่ท่านไม่เคยอ่านเลยมาดูสักฉบับแล้วท่านจะเห็นว่าท่านต้องตีความ เพราะไม่ชัดจริงอย่างที่เรารู้ เมื่อเป็นอย่างนี้อะไรคือวัตถุแห่งการตีความ วัตถุแห่งการตีความนั้นอันดับแรกคือสิ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร จะเป็นตัวบทกฎหมายก็ได้ จะเป็นกฎเช่นกฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น แม้กระทั่งมติคณะรัฐมนตรีก็นำมาตีความ ถึงเวลาที่ต้องเอามาตีความกันเป็นคำๆ คดส. เวลาที่กำลังทำการตีความมติคณะรัฐมนตรีกันอยู่ จะเอาผิดคนที่ต้องเอามติคณะรัฐมนตรีมาทางแล้วดูเป็นคำๆ รวมถึงคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร ถ้าต้องใช้บังคับแล้วก็ต้องตีความทั้งนั้น กระบวนการทางปัญญาจะวิ่งโดยอัตโนมัติ

จารีตประเพณีต้องตีความใหม่ ตรงนี้ก็ถกเถียงกันทางวิชาการ เพราะ

บางท่านบอกว่าการเอาจารีตประเพณีมาใช้บังคับแก่กรณีนั้นเป็นการค้นหาเป็นการค้นหาไม่ใช่การตีความ แต่ความจริงถ้าดูลงไปให้ลึก การที่ศาลหยิบจารีตประเพณีมาใช้ตัดสินคดีหรือการที่เราจะเอาจารีตประเพณีมาเป็นกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติ มีกระบวนการอยู่ 2 ส่วน ส่วนที่ 1 คือไปหยิบหรือไปเลือกกับส่วนที่ 2 คือเมื่อเลือกได้มาแล้วอะไรอยู่ในขอบเขตที่อยู่ในบังคับของจารีตประเพณีนั้น ก็ต้องตีความ แม้แต่หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปนั้นถ้าท่านเห็น แม้ไว้ในต่างประเทศศาลมักจะยืนยันเสมอว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีอยู่ แม้จะไม่มีตัวบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามอย่างน้อยที่สุดศาลฝรั่งเศสยืนยันอย่างนี้ ศาลเยอรมันก็ยืนยันอย่างนี้ว่า General principle of public law มีอยู่ทั้งๆ ที่ไม่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับ นั่นเป็นคำยืนยันของศาล แต่พอเอาความจริงในทางปฏิบัติ ศาลมักจะหันหลังพิง คือจะหาหลักกฎหมายทั่วไป ศาลก็มักจะต้องหาจุดที่เป็นจุดอ้างอิง ตัวอย่างเช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส เวลาจะอ้างหลักกฎหมายทั่วไป ก็มักจะอ้างคำปรารภในรัฐธรรมนูญ มักจะอ้างคำประกาศสิทธิของบุคคลและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ว่าสะท้อนให้แสดงออกซึ่งหลักกฎหมายทั่วไป เพราะฉะนั้นหลักกฎหมายทั่วไปเองจะว่าไม่ใช่วัตถุแห่งการตีความก็ไม่ใช่ทีเดียว ที่เห็นชัดเจนว่าเป็นวัตถุแห่งการตีความและที่ยอมรับกันโดยไม่มีข้อโต้แย้งก็คือตัวบทกฎหมาย กฎ หรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ว่าในเรื่องจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปนั้น หลายคนบอกว่าเป็นการค้นหาไม่ใช่การตีความ แต่ผมคิดว่าเป็นทั้งการค้นหาและการตีความอยู่ในตัว ประเด็นอีกอันหนึ่งคือคำพิพากษาของศาลหรือคำวินิจฉัยของศาลต้องตีความไหม คำถามนี้มีปัญหาโดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบ Common law ระบบ Common Law จะเห็นได้ว่าศาลตัดสินคดีใดคดีหนึ่งแล้วข้อกฎหมายที่ศาลตัดสินนั้นเป็นบรรทัดฐานที่เรียกว่า Precedent เป็นกฎหมายสำหรับคดีอื่นด้วย เข้าทำนองเดียวกับที่บ้านเราเคยเรียกว่าเป็นราชศาสตร์ แต่คำว่าราชศาสตร์บ้านเราต่างจากบรรทัดฐานของ Common Law ตรงที่ Common Law เมื่อตัดสินเป็นคำพิพากษาแล้ว

ก็จบอยู่ในคำพิพากษานั้น แต่ของเรามีธรรมเนียมว่า เมื่อพระมหากษัตริย์ในอดีตเมื่อทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยคดีได้แล้ว ลูกขุนตุลาการเห็นว่าชอบด้วยจารีตประเพณีและยุติธรรม ก็จะบันทึกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ของเราก็เห็นชัดเลยว่าพระบรมราชวินิจฉัยที่เป็นคำพิพากษานั้นลูกบันทึกหลักลงเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีก ใครไปดูในกฎหมายตราสามดวงก็จะพบเรื่องนี้ว่า กฎหมายตราสามดวงนั้นรวมราชศาสตร์ 2 ประเภท ประเภทที่ 1 คือพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยเจตจำนงที่จะตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ กับราชศาสตร์ประเภทที่ 2 ก็คือ ราชศาสตร์ประเภทที่เกิดจากคำวินิจฉัยที่ชอบด้วยจารีตประเพณีและยุติธรรม และลูกขุนตุลาการจดลงไว้เป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไป

คำถามคือว่า คำพิพากษาต้องตีความใหม่ คำตอบก็คือต้องตีความจะเห็นได้ว่าหลักที่ว่าบรรทัดฐานในคดีก่อนจะนำมาใช้ในคดีหลังได้หรือไม่อย่างไร นักกฎหมายอังกฤษจึงต้องมีการตีความที่เรียกว่า ทำการเปรียบเทียบปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่กับปัญหาเดิม และถ้าเหมือนกันก็บอกว่าต้องใช้บรรทัดฐานเดิม แต่ถ้าไม่เหมือนกัน นักกฎหมายอังกฤษเรียกว่าทำ Distinction คือข้อแตกต่างกัน นักกฎหมายอังกฤษจะบอกว่าบรรทัดฐานนั้นนำมาใช้กับเรื่องนี้ ไม่ได้ ซึ่งก็เป็น Intellectual process แบบเดียวกันกับการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือต้องหาบทหลัก บทรอง และหาข้อสรุป ใครอยากเห็นว่ากระบวนการในทาง Intellectual process ในการตีความแบบนี้เป็นอย่างไรมิให้เปิดดูพระวินัยปิฎกของพระพุทธเจ้า จะเห็นชัด ในวินัยปิฎกจะเห็นได้ว่าความจริงพระสารีบุตรเคยทูลพระพุทธเจ้าเมื่อครั้งที่มิพระภิกษุสงฆ์มากมายขึ้น ว่าให้กำหนดพระวินัย พระพุทธองค์มีพุทธดำรัสว่า ยังไม่ถึงเวลาเมื่อถึงเวลาจะทรงกำหนด เหตุที่ยังไม่ถึงเวลานั้นเพราะว่าส่วนใหญ่พระสงฆ์เวลานั้นเป็นพระอริยบุคคล จนกระทั่งมีเรื่องเกิดขึ้นเหตุหนึ่ง คือภิกษุรูปหนึ่งมีภรรยาแล้ว เกิดศรัทธาอยากออกบวช ภรรยาก็ไม่อยากให้บวช ก็ไปขอร้องอ้อนวอนจนภรรยายอมให้บวช พอออกบวชก็ดื่มด่ำในธรรมสมาธิพยายามที่จะแสวงหาทางบรรลุแต่ก็ยังไม่บรรลุ ฝ่ายภรยานั้นก็ทำงานอยู่คนเดียวไม่มี

ใครช่วย พยายามอ่อนวอนให้สามีสักก็ไม่ยอมสัก ภรรยาก็เลยขอลูกจากสามี ซึ่งเป็นภิกษุไว้เป็นหน่อเนื้อเชื้อชาติ เรียกว่า พิชัง ที่แปลว่าสิ่งทิ้งอกขึ้นมา ภิกษุถูกตื้อให้สักแต่ท่านไม่ยอมสัก พอภรรยามาขอพิชังคือขอลูกไว้สืบตระกูลไว้ช่วยกันทำมาหากินเมื่อยามแก่เฒ่า ท่านก็ยอมเสพลิงวาสด้วย ด้วยเหตุที่ว่าเอาลูกไว้ช่วยแม่ ในพระวินัยบอกว่า โลกสะเทือนเรือนลับทั้ง 3 ภพ และคนใจทักขึ้นไปหาพระพุทธเจ้าๆ ก็ได้สวนทวนความก็เรียกภิกษุรูปนั้นมาถามว่า เธอเสพลเมณด้วยสตรีหรือ ภิกษุรูปนั้นก็ตอบว่าจริงพระเจ้าค่ะ ท่านก็เลยบัญญัติว่า แต่นี้ต่อไปภิกษุรูปใดเสพลเมณด้วยสตรี ภิกษุรูปนั้นต้องอาบัติปาราชิกขาดจากความเป็นภิกษุทันที แต่เธอเป็นต้นเหตุแห่งการบัญญัติพระวินัย เธอไม่ผิด พระวินัยพระพุทธเจ้านั้นละเอียดกว่า Common Law ของต่างประเทศ Common Law ในการตัดสินคดีแรก คนที่เป็นเหตุให้เกิดบรรทัดฐานคดีแรกถูกใช้กฎหมายย้อนหลังโดยคำตัดสินคดีแรกนั้นเลย แต่พระพุทธเจ้าท่านละเอียดกว่าศาล Common Law ท่านบอกว่าคนก่อให้เกิดเหตุท่านไม่เอาผิด ที่เรียกว่าต้นบัญญัติศัพท์ พระวินัยเรียกอย่างนั้น ไม่ผิดคนอื่นที่ทำหลังจากนั้นจึงจะผิดและตัวต้นบัญญัติเองถ้ากลับไปทำใหม่ ก็ผิดต่อมาภิกษุจำนวนหนึ่งชื่อฉัพคิ เรียกว่าศรีธณูชัยยุคพุทธกาล ก็มีหน้าที่หาช่องว่างช่องโหว่ของข้อบัญญัติพระพุทธเจ้า พระพุทธเจ้าบอกว่าภิกษุรูปใดเสพลเมณด้วยสตรี ภิกษุรูปนั้นต้องอาบัติปาราชิก ฉัพคิกลุ่มนี้บอกว่าเสพลเมณด้วยผู้หญิงไม่ได้ก็เอาผู้ชาย คนก็ใจทักขึ้นก็มาถึงพระพุทธเจ้าๆ ก็ได้สวนอีก ภิกษุฉัพคิบอกว่าจริงพระเจ้าค่ะ ข้าพเจ้าทั้งหลายเสพลเมณด้วยชาย พระพุทธเจ้าก็บัญญัติอีก นับแต่นี้ต่อไปภิกษุรูปใดเสพลเมณด้วยชาย ภิกษุรูปนั้นต้องอาบัติปาราชิก เธอเป็นต้นบัญญัติเธอไม่ผิด แต่ถ้าเธอไปทำอีก เธอผิด ฉัพคิก็ทำไปเรื่อยจากผู้ชายก็ไปเสพลพ ต้นไม้ สัตว์ พระพุทธเจ้าก็ตามไปบัญญัติทีละข้อๆ นี่คือกระบวนการที่เรียกว่าการสร้าง Common Law เหมือนกัน เป็นกระบวนการเดียวกันกับที่ศาล Common Law ใช้ และถามว่าต้องตีความไหม คำตอบก็คือต้องตีความอย่างน้อยที่สุดก็คือว่าภิกษุรูปใดเสพลเมณด้วยสตรี เสพลเมณคืออะไร ก็ต้องตีความว่าคือการเอาวัยวะเพศชายใส่

เข้าไปในอวัยวะเพศของสตรีล่วงเข้าไป 1 องคุลี เท่ากับเมื่ดงาก็เป็นผิดแล้ว แต่ถ้าอยู่ภายนอก ท่านก็วินิจฉัยว่าไม่ผิด นี่คือการตีความ กระบวนการเดียวกันเลยไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางพระวินัยหรือกระบวนการใน Common Law หรือกระบวนการอะไรก็ตาม ก็แสดงว่าสิ่งที่เป็นวัตถุแห่งการตีความที่เป็นจารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป หรือคำพิพากษาก็ต้องตีความ เพียงแต่ว่าเราเห็นชัดน้อยกว่าการตีความด้วยบทกฎหมาย กฎ หรือคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น การตีความกฎหมายที่แท้จริงจึงมีผลเป็นการให้ความหมายถ้อยคำหรือข้อความที่อยู่ในกฎหมายว่าจะมีความหมายและสาระเพียงใดโดยองค์กรผู้มีอำนาจในระบบกฎหมาย จัดเส้นใต้คำว่าองค์กรผู้มีอำนาจในระบบกฎหมาย อันนี้เองสิ่งที่ Kelsen เรียกว่า Authentic interpretation คือการตีความที่มีผลเกิดขึ้นจริงในระบบกฎหมายออกจาก การตีความเล่นๆ ของบรรดานักวิชาการและนักเรียนกฎหมายทั้งหลาย นักวิชาการและนักเรียนกฎหมายทั้งหลายตีความอย่างไรก็ได้ไม่มีผล แต่ถ้าด้วยการตีความมีผล ดำรงตีความมีผล ศาลตีความมีผล แต่จะมีผลเพียงใด ขึ้นอยู่กับระบบการตีความว่ามีหลายองค์กรแค่ไหน มีการรวมอำนาจกัน ตีความหรือไม่ กฎหมายเอกชน เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญานั้น ถ้าสังเกตให้ดีจะเห็นได้ว่า การตีความกฎหมายเพื่อใช้บังคับกฎหมาย จะรวมศูนย์อยู่ที่ศาลฎีกา สมมติว่า ผมตีความแล้วว่าเรื่องนี้ ผมทำสัญญาได้ ผมทำสัญญาเสร็จผมไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานตีความว่าการ ทำสัญญาของผมไม่สมบูรณ์ นี่เป็นการตีความ ไม่รับจดทะเบียน ผมก็ไปฟ้องศาล ศาลชั้นต้นตัดสินว่า เจ้าพนักงานที่ตีความอย่างนั้นไม่ถูก ผมถูก เจ้าพนักงาน อาจอุทธรณ์ พอไปศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์อาจตัดสินว่าที่เจ้าพนักงานตีความว่า สิ่งที่ผมทำ สัญญาที่ผมทำ และจะมาจดทะเบียนนั้น ไม่ชอบ ถูกแล้ว แต่ท้ายที่สุดทุกเรื่องจะต้องไปจบที่ศาลฎีกา เพราะฉะนั้น เราจึงกล่าวว่าระบบกฎหมายเอกชน เป็นระบบการตีความรวมศูนย์อำนาจ เพราะท้ายที่สุดเรื่องเกือบจะทุกเรื่องที่ต้องคัดค้านตีความมาทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นเอกชนผู้ใช้กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา จนกระทั่งถึงเจ้าพนักงาน

ตำรวจ หรือ เจ้าพนักงานอื่นของบ้านเมือง อัยการ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ มาจบทศาลฎีกาทั้งนั้น เพราะไม่มีเรื่องอะไรเกือบจะมีน้อยมากที่ห้ามฟ้องศาล ถ้ากฎหมายห้ามฟ้องเลยๆ จะมีปัญหาขัดรัฐธรรมนูญทันที เพราะตัดสิทธิบุคคลในอันที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของรัฐ จึงกล่าวว่าในกฎหมายเอกชน กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายแรงงาน กฎหมายอะไรทั้งหลายที่เป็นกฎหมายเอกชนทั้งหมด การตีความนั้นจะรวมศูนย์อยู่ที่ศาลฎีกาส่วนใหญ่ คืออะไรก็ตามที่ขึ้นศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์ได้ จะสิ้นสุดที่นั่น และองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่มีอำนาจ คำพิพากษาเป็นกฎเกณฑ์ใหม่ ถือว่าเป็น เพราะทำให้คนต้องปฏิบัติตาม เพียงแต่ไม่ใช่กฎเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลใช้บังคับ โดยไม่ระบุตัวบุคคลเหมือนกับกฎหมายหรือกฎแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องที่เรียกว่า Individual norm ซึ่งทำให้คู่ความต้องปฏิบัติตาม พวกเราเห็นกระบวนการของ Kelsen หรือไม่ว่า ท้ายที่สุดการตีความในการใช้กฎหมายทั้งหมด จะนำไปสู่การสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่จะเป็นกฎเกณฑ์ที่เรียกว่ากฎหมายลำดับรอง กฎเกณฑ์ที่เรียกว่า คำพิพากษา คำสั่งทางปกครอง หรือจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เรียกว่าสัญญา ก็เป็นกฎเกณฑ์ที่ผูกพันกัน ทั้งหมดนี้เป็น Norm ทั้งนั้น ดังนั้น Kelsen จึงบอกว่าการใช้กฎหมายจึงต้องมีการตีความเสมอและการตีความกฎหมายนั้นจะนำไปสู่การสร้างกฎเกณฑ์ใหม่เสมอ และกฎเกณฑ์ใหม่นั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ต่ำกว่ากฎเกณฑ์ที่ถูกตีความเสมอ นี่คือระบบรวมศูนย์แบบกฎหมายเอกชน

การตีความกฎหมายมหาชน จะพบว่าระบบที่ค่อนข้างจะรวมศูนย์คือระบบกฎหมายปกครอง เวลานี้มีการจัดตั้งศาลปกครองและมี พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีเกือบทุกคดีในกฎหมายปกครองขึ้นศาลปกครองได้ และระบบศาลปกครองไทยนั้น ตอนยกร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ผมได้ท้วงติงผู้ยกร่างแล้วว่าเราระบบใดก็ควรเอาเสียระบบหนึ่งไม่ใช่ไปเอาสองระบบมาผสมกันแล้วเกิดเป็นระบบพันธุ์ทางที่ประหลาด คือระบบศาลปกครองฝรั่งเศสกับระบบศาลปกครองเยอรมัน โดยสรุปสาระสำคัญคือว่า ระบบศาลปกครอง

ฝรั่งเศสนั้นเป็นระบบที่อยู่ในฝ่ายปกครอง แต่ศาลปกครองมีอิสระเพราะมีจารีตประเพณีค้ำประกันความเป็นอิสระไม่ได้มีตัวบทกฎหมายค้ำประกัน จะเห็นศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นทั้งที่ปรึกษากฎหมายให้รัฐบาล ตรวจร่างกฎหมายให้ความเห็นแก่รัฐบาล และทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครองด้วย รูปแบบคณะกรรมการกฤษฎีกาคือรูปแบบที่เอามาจากฝรั่งเศสโดยอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ในขณะที่เดียวกันระบบศาลปกครองฝรั่งเศสก็มีหลักการฟ้องคดีถ้าเป็นคดีให้เพิกถอน ที่เรียกว่า *Recours pour excès de pouvoir* คือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายที่ไม่ชอบ โดยมีหลักการว่า ผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีได้หมดโดยไม่จำเป็นต้องถูกระทบต่อเรื่องนั้น แต่ว่าเมื่อให้อำนาจผู้มีส่วนได้เสียทุกคนฟ้องคดีได้หมด อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสก็จำกัด โดยเฉพาะคดีให้เพิกถอนอำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสนั้นจำกัดอยู่แค่พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบ ศาลปกครองฝรั่งเศสจะสั่งให้ฝ่ายปกครองทำอะไรหรือไม่ทำอะไรไม่ได้ เว้นแต่คดีนั้นเป็นคดีที่มีอำนาจเต็มที่ เรียกว่า *Recours de plein contentieux* ซึ่งต้องเป็นเรื่องการฟ้องที่เป็นละเมิดและฟ้องให้ทำตามสัญญา ดังนั้นศาลจะมีอำนาจเต็ม และถ้าเป็นคดีศาลมีอำนาจเต็ม ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสบอกว่า เธอต้องมีทนาย เธอต้องเสียค่าขึ้นศาล แม้กระทั่งการฟ้องศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส คือ *Conseil d'Etat* ถึงเป็นคดีขอให้เพิกถอน เธอก็ต้องมีทนายความ นี่คือระบบฝรั่งเศส

ระบบศาลปกครองเยอรมันนั้นกล่าวโดยสรุปคือระบบศาลที่แยกออกมาจากฝ่ายปกครอง ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายปกครอง เป็นศาลจริงๆ เป็นระบบศาลที่จำกัดคนฟ้อง คือคนที่ฟ้องคดีในศาลปกครองเยอรมันได้ต้องเป็นผู้ที่ถูกกระทบหรือจะถูกกระทบจากคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายนั้นโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ แต่ไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียแบบของฝรั่งเศส แต่ศาลปกครองเยอรมันมีอำนาจกว้าง คือ มีอำนาจเพิกถอน สั่งให้ฝ่ายปกครองทำ ห้ามฝ่ายปกครองทำ ผู้ฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศสกว้าง อำนาจศาลมีน้อย ผู้ฟ้องคดีปกครองของเยอรมันแคบ อำนาจศาลมีมาก แต่ศาลปกครองเยอรมันก็ต้องใช้ทนายความ พอมาเขียนเป็นศาลปกครองไทยก็เอาหลายอย่างมาผสมกัน

เป็นข่าวยา หรือแก๊งไฮ้ะ คือผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีศาลปกครองไทยได้ทุกเรื่องคล้ายๆ ฝรั่งเศส เราจึงเห็นคุณรสนา โตสิตระกูล ก็ไปฟ้องคดีอยู่เรื่อย แล้วฟ้องคดีไปถึงศาลปกครองสูงสุดก็ไม่ต้องมีทนาย เคยเห็นไหมคดีที่ฟ้องศาลปกครองสูงสุดแล้วไม่ต้องมีทนาย ฝรั่งเศสก็ไม่มี เยอรมันก็ไม่มี แล้วก็ให้ศาลปกครองมีอำนาจมากเหมือนศาลปกครองเยอรมัน คือ เพิกถอนก็ได้ ห้ามก็ได้ สั่งก็ได้ ไม่แยกประเภทคดีเหมือนฝรั่งเศส ว่าถ้าคดีเพิกถอนนั้นอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะเพิกถอน จะไปสั่ง ไปห้ามไม่ได้ ถ้าคดีละเมิด คดีสัญญาที่เรียกว่าคดีศาลมีอำนาจเต็มถึงจะสั่งได้ ห้ามได้ เพราะฉะนั้น ระบบกฎหมายปกครองไทย ผมจึงบอกว่าการตีความกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายปกครองจะขึ้นศาลปกครองได้ทั้งหมด เหลืออยู่ 2 เรื่องเท่านั้นที่ศาลปกครองไม่วินิจฉัย เรื่องหนึ่งก็คือเรื่องการกระทำของรัฐบาล เรื่องยุบสภาอย่างนี้ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกับศาลรัฐธรรมนูญตรงกันว่า การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลไม่รับ กับเรื่องการควบคุมการใช้ดุลพินิจ ก็ต้องศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดต่อไปโดยละเอียดอีกทีว่า ท่านไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจจริงหรือ หรือว่ามีดุลพินิจบางประเภทที่ท่านควบคุม เพราะฉะนั้นถ้าเป็นอย่างนี้จะเห็นได้ว่า ถ้าเป็นคดีในกฎหมายปกครองถึงแม้ระบบการตีความจะไม่รวมศูนย์เท่ากฎหมายเอกชนคือกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา แต่การที่กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทำให้การฟ้องคดีปกครองทำได้ง่ายไม่ต้องมีทนาย ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายให้อ่านาจอศาลมาก เราจึงเห็นภาพที่มีการตีความกฎหมายปกครองอย่างค่อนข้างรวมศูนย์ ถึงไม่รวมศูนย์เท่ากฎหมายเอกชน ก็ค่อนข้างรวมศูนย์ซึ่งต่างจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นระบบการตีความกฎหมายจะเป็นระบบกระจายอำนาจ แปลว่า การใช้บังคับรัฐธรรมนูญและการให้ความหมายของตัวบทกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้อยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว แต่กระจายกันอยู่ในองค์กรต่างๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจเบ็ดเสร็จที่จะวินิจฉัยคดีทุกเรื่อง ถามว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยมี

อำนาจเบ็ดเสร็จใหม่ ก็เคยมี เมื่อครั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 207 เขียนไว้น่ากลัวมาก คือมาตรา 207 บอกว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎรมีมติว่า กรณีมีปัญหาจะต้องตีความรัฐธรรมนูญ ให้นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณี ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัย จะเห็นได้ว่ามาตรา 207 ในรัฐธรรมนูญ ปี 2534 ที่ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตีความได้แบบเบ็ดเสร็จ นั้นมีในฉบับนั้นฉบับเดียว ฉบับอื่นไม่มีอีกเลย และถ้าไปดูในต่างประเทศ บทบัญญัติทำนองนี้จะหาได้น้อยมาก ผมชี้ให้ท่านเห็นแล้วใช่ไหมว่าการตีความจริง ๆ คือการให้ความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัตินั้น ๆ ที่ถูกตีความ เช่น มาตรา 216 (4) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บอกความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก คนเขียนรัฐธรรมนูญจะมีความเห็นอย่างไรก็แล้วแต่ แต่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งท้ายที่สุดทำคำวินิจฉัยให้ความหมายว่าหมายถึงต้องถูกจำคุกจริง ก็แปลว่าเนื้อหาของกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญนั้นมีสาระตามที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความ Kelsen จึงมีข้อสังเกตต่อไปว่า จริงแล้วการตีความเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่อีกประเภทหนึ่ง แต่เพียงกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นใหม่นั้นไม่มีอิสระออกไปจากกฎเกณฑ์เดิมที่เรียกว่า ตัวบทที่ถูกตีความ แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีความหมายที่แท้จริงตามเรื่องที่ตีความนั้นแล้ว เช่น ศาลรัฐธรรมนูญตีความเรื่องถูกจำคุกจริง เป็นต้น คนเขียนรัฐธรรมนูญปี 2540 จะบอกว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกแปลว่าไม่ต้องถูกจำคุกจริง แปลว่าไม่ต้องถึงที่สุด มีคำพิพากษาให้จำคุกก็พอรัฐมนตรีต้องพ้น เจตนาอย่างไรก็แล้วแต่ แต่สิ่งที่เกิดผลขึ้นจริงคือความหมายที่ว่าถูกจำคุกจริง Kelsen จึงมีข้อสังเกตว่าความจริงแล้วถ้าดูให้ลึกการตีความคือการสร้างกฎเกณฑ์ระดับเดียวกันกับสิ่งที่ถูกตีความ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญก็แปลว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญขึ้นด้วย แล้วข้อนี้มีข้อพิสูจน์ตรงไหน ลองดูข้อพิสูจน์เห็นชัดที่สุดในตัวบทรัฐธรรมนูญไทย อยู่ในมาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ

นี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็แปลว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเอง จริ่งแล้วมีฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ เพียงแต่ว่า จะแยกออกจากตัวบทที่ดีความไม่ได้เท่านั้น เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ผมจะไม่พูดอำนาจ เท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่ามีอะไรบ้าง มีหลายเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ มีอำนาจเพราะว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ควบคุมเอง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ว่าการยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล แต่ว่าการกำหนดวันเลือกตั้งไม่ใช่ อย่างนี้เป็นต้น แปลว่าศาลจำกัดตัวเองไม่ยอมเข้าไปควบคุมสิ่งที่เรียกว่าการ กระทำของรัฐบาล หรือว่าศาลบอกว่าอยู่นอกอำนาจ เช่น มาตรา 264 ตาม รัฐธรรมนูญเดิม หรือ มาตรา 211 ตามรัฐธรรมนูญใหม่ เรื่องที่ศาลจะส่งมา ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า จะต้องเป็นบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย เพราะฉะนั้นไม่รวมถึงกฎเพราะกฎนั้นอยู่ในอำนาจของศาล ปกครอง แต่ว่าหลักที่วันนี้ศาลรัฐธรรมนูญชุดที่แล้ว ท่านบอกว่ายกเว้นระเบียบ ที่ออกโดยองค์กรอิสระ อันนี้ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ค่อนข้างมากจากนักวิชาการ ว่า ศาลไปเอาฐานใดเข้ามา ซึ่งก็แปลว่าเกิดความขัดแย้งกันระหว่างการ ตีความขององค์กรที่มีอำนาจและมีผลในระบบกฎหมายที่เรียกว่า Authentic interpretation กับพวก Scientific interpretation พวกนั้นก็บอกว่า ไม่เห็นด้วย ศาลควรจะตีความเฉพาะกฎหมายเท่านั้นว่ารัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ควรจะไปลงถึงกฎที่เป็นระเบียบ กกด. หรืออะไรก็แล้วแต่ แต่อย่างไรก็ตาม มีหลายเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจเช่นอยู่นอกอำนาจ หรือว่าศาลจำกัด ตัวเอง คำวินิจฉัยที่ 3/2551 เรื่องกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ป.ป.ช. ศาลบอกว่าองค์กรประชุมไม่ครบ พอองค์กรประชุมไม่ครบเป็นอันว่ากระบวนการ ตราไม่ชอบ ตกไปทั้งฉบับ เสร็จแล้วท่านก็วางไว้ว่า แต่ว่าทั้งหมดจะส่งมา ด้วยกระบวนการหลังจากที่ประกาศใช้แล้วไม่ได้ ท่านก็เขียนไว้ชัด ปิดช่องว่าง ไว้หมด จะส่งมาทางผู้ตรวจการแผ่นดินก็ไม่ได้ คณะกรรมการสิทธิฯ ก็ไม่ได้ ศาลก็ไม่ได้ เพราะถ้าเป็นอย่างนั้นจริง กฎหมายบางฉบับก็ไม่ครบองค์ประชุม เหมือนกัน และไม่ครบเยอะ นี่คือจำกัดตัวเอง หรือท้ายที่สุดก็คือว่าอยู่ในอำนาจ

ขององค์กรอื่น เช่น กรณีเรื่องการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายการเงินหรือไม่ ถ้าอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 143 บัญญัติว่า ในกรณีที่สงสัยว่าร่างพระราชบัญญัติใดเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินที่จะต้องมีการรับรองของคณะรัฐมนตรี หรือไม่ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมร่วมกัน ของประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานกรรมการธิการสามัญของสภาผู้แทนราษฎรทุกคณะเป็นผู้วินิจฉัย ก็ไม่ใช่อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะบอกว่าเรื่องนี้เป็นกฎหมายการเงินหรือไม่ ก็คงไม่ใช่อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกระทั่งตัวอย่างมาตรา 218 ในรัฐธรรมนูญ ปี 2540 เรื่องการออกพระราชกำหนด เหตุที่จะออกพระราชกำหนดตามมาตรา 218 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบควบคุมได้ แต่ถูกเงินจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่ตามมาตรา 218 วรรคสอง ตามรัฐธรรมนูญปี 2540 ไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบเอาไว้ บังเอิญรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็แก้แล้ว แปลว่าศาลลงไปดูเรื่องความจำเป็นเร่งด่วนได้ด้วย ซึ่งก็เป็นการขยายอำนาจศาล แต่ก็มีตัวอย่างให้เห็น ตัวอย่างที่ศาลตีความขยายก็มี ไม่ใช่ไม่มี เช่น ที่ผมพูดไปแล้วคือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 เรื่องระเบียบ 2 ใบเหลือเท่ากับ 1 ใบแดง ของ กกต. ศาลบอกไม่ใช่อำนาจศาลปกครอง เมื่อไม่ใช่อำนาจศาลปกครองก็เป็นอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ อย่างนี้เป็นต้น ทั้งๆ ที่ระเบียบ กกต. ไม่ใช่กฎหมาย หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 51-52/2544 ส.ส. ส่งเรื่องว่า ส.ว. ชุดแรกตามรัฐธรรมนูญ ปี 2540 ที่มาจากการแต่งตั้งจะมีสิทธิลงสมัครเลือกตั้ง ส.ส. หรือไม่ ตามมาตรา 266 โดยอ้างว่าเป็นปัญหาเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็รับแล้วบอกว่าเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากพวก Scientific interpretation ว่า แล้วเป็นอำนาจหน้าที่ตรงไหน เป็นเรื่องการรับสมัครเลือกตั้งซึ่งเป็นเรื่องการได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่ใช่เรื่องอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา แม้แต่น้อย เป็นต้น แต่ว่าที่ผมต้องการเน้นก็คือว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจจำกัด อำนาจเบ็ดเสร็จอย่างในรัฐธรรมนูญ ปี 2534 อย่างที่ผมยกตัวอย่าง

ให้ท่านฟังไม่มีแล้ว เพราะอำนาจอย่างนี้ที่เขียนในมาตรา 207 อันตราย แปลว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความหมายของรัฐธรรมนูญได้ทุกเรื่อง ซึ่งถ้ามองจากทฤษฎีของ Kelsen ก็แปลว่า รัฐธรรมนูญฉบับที่เขียนกับรัฐธรรมนูญฉบับจริงที่ใช้ ขึ้นอยู่ในมือศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับที่เขียนขึ้นอาจจะมาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่ถ้าไปเขียนให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตีความได้ทุกเรื่อง ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องการตีความ อย่างที่เขียนในมาตรา 207 ของรัฐธรรมนูญ ปี 2534 แล้วก็แปลว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดรัฐธรรมนูญฉบับที่จะใช้จริง ด้วยการตีความ ให้ความหมาย เพราะฉะนั้นบทบัญญัติท่านองในมาตรา 207 ไม่ควรจะมีขึ้น เพราะถ้าเกิดมีขึ้นเมื่อไร ผมจะเรียนว่าพวกท่านต้องเพิ่มคนขึ้นอีกมาก เพราะต่อไปมีอะไรเกิดขึ้นผมจะส่งศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด ซึ่งก็น่าห่วง ที่ผมต้องการจะกราบเรียนท่านก็คือว่า เมื่อการตีความเป็นการกระจายอำนาจ ไม่ได้รวมเบ็ดเสร็จอยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญเหมือนกับกรณีกฎหมายเอกชนที่อำนาจไปสิ้นสุดที่ศาลอุทธรณ์ ถ้าเป็นข้อเท็จจริง ศาลฎีกา ถ้าเป็นข้อกฎหมาย ทำให้เกิดปรากฏการณ์ขึ้นในกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างจากกฎหมายเอกชนหลายประการ เช่น ถ้าหากว่าองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญนั้นตีความรัฐธรรมนูญแล้ว ปฏิบัติตามไปเรื่อย ๆ ก็อาจจะเกิดสิ่งที่เรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญหรือที่เรียกว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยขึ้นก็ได้ ตัวอย่างเช่น เรื่องกฎหมายกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตอนแรกไปเขียนเรื่องพระราชอำนาจในการตราพระราชบัญญัติไว้ท้ายสุดเป็นกระบวนการนิติบัญญัติ ต้องไปบอกว่า ไม่ใช่ นั่นคือหัวใจต้องมาใส่ในบททั่วไปของรัฐธรรมนูญ มาตรา 151 ร่างพระราชบัญญัติใดพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาต้องมาปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นกันใหม่ นี่คือมาตรา 151 คือพระราชอำนาจ Veto ของพระมหากษัตริย์ กระบวนการที่จะก่อให้เกิดประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยหรือเรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในภาษาทางรัฐธรรมนูญคือว่า มาตรา 151 ให้กลายเป็นพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ที่

จะทรงยับยั้งกฎหมาย สมมติว่าใช้มาตรา 151 มาตลอดประวัติศาสตร์การเมืองไทยยังไม่เคยมีเลยที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งพุดง่าย ๆ คือว่า ปัญหาจะเกิดขึ้นทันทีว่าเกิดมีธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นหรือไม่ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว นี่เป็นปัญหาไม่ใช่เชิงวิชาการ เพราะศาลรัฐธรรมนูญอาจจะต้องวินิจฉัยว่าอะไรคือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในทางวิชาการของอังกฤษ ของยุโรป เขาถือว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าประเพณีการปกครองกรณีประเทศไทยระบอบประชาธิปไตย ได้เกิดจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญประพฤติปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วเกิดมีความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม พุดง่าย ๆ คือมีองค์ประกอบ 2 อย่าง 1. คือความประพฤติที่ภาษาละตินเรียกว่า *Actio* กับ 2. ความรู้สึกภายในที่ภาษาละตินเรียกว่า *Opinio* เป็น *Opinio Juris Opinio necessitatis* ก็แล้วแต่ คือถ้าทำการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้วก็ประพฤติอย่างนั้นไปเรื่อย ๆ จนเกิดความรู้สึกว่าต้องปฏิบัติตามนั้นแล้ว ก็จะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นยกตัวอย่าง กษัตริย์อังกฤษมีพระราชอำนาจที่เรียกว่า *Royal prerogative* ในการที่จะไม่ลงพระปรมาภิไธยในพระราชบัญญัติ ภาษาอังกฤษเรียกว่า *Give royal assent* คือเห็นชอบต่อร่างพระราชบัญญัติ ก็ปรากฏว่าพระมหากษัตริย์หรือพระบรมราชินีนาถอังกฤษใช้อำนาจนี้หลังสุดในปี ค.ศ. 1804 เมื่อสมเด็จพระบรมราชินีนาถแอนด์ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัติที่เรียกว่า *Scottish Militia Act* คือพระราชบัญญัติให้ออกอาสาสมัครดัดอาวุธได้ สมเด็จพระบรมราชินีนาถแอนด์เห็นว่าจะเป็นการอันตรายต่อความมั่นคงแห่งสหราชอาณาจักร ถึงแม้สภากฎหมายฉบับนี้แล้วก็ทรงใช้พระราชอำนาจปฏิเสธไม่ยอมลงพระปรมาภิไธย ไม่ยอมให้ความเห็นชอบแต่มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804 จนถึงปัจจุบันนี้ยังไม่มีกษัตริย์หรือพระบรมราชินีนาถอังกฤษพระองค์ใดเลยที่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้อีก นักกฎหมาย รัฐธรรมนูญอังกฤษเห็นพ้องต้องกันว่า เกิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษแล้ว

ถึงแม้พระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจตาม Common Law ที่เรียกว่า Royal prerogative ที่จะไม่ทรงเห็นชอบด้วยร่างพระราชบัญญัติที่สภาผ่านมาก็ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งได้ แต่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1804 จนถึงปี ค.ศ. 2008 วันนี้ พระมหากษัตริย์และพระราชินีนาถอังกฤษไม่เคยใช้อีกเลย จนเกิดความรู้สึกร่วมกันแล้วว่าจะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ ก็เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญขึ้นในอังกฤษ นี่ก็เกิดจากอะไร ดูให้ตี Convention ส่วนหนึ่งจึงเกิดจากการใช้และตีความด้วยบทกฎหมายอย่างนั้นมาเรื่อยๆ จนเกิดเป็นประเพณีที่จะประพฤติอย่างนั้น นี่คือการประกอบเรื่องความประพฤติ แต่ไม่พอ จนมีความรู้สึกร่วมกันแล้วว่าเป็นกฎเกณฑ์ใหม่อีกประเภทหนึ่งที่จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนั้น นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ บอกว่า การฝ่าฝืน Convention ในระบบอังกฤษไม่มี Sanction ทางกฎหมาย สมมติวันนี้สมเด็จพระนางเจ้าอลิสซาเบธ ที่ 2 จะทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายที่ผ่านสภาอังกฤษได้หรือไม่ คำตอบคือว่า พระบรมราชินีนาถทำได้ตาม Royal prerogative ซึ่งเป็นหลัก Common Law ตามพระราชอำนาจใน Common Law แต่พระบรมราชินีนาถอลิสซาเบธ ที่ 2 ทรงฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ภาษาอังกฤษเรียกว่า การใช้พระราชอำนาจยับยั้งของสมเด็จพระบรมราชินีนาถอลิสซาเบธ ที่ 2 เป็น Legal คือชอบด้วยกฎหมาย but unconstitutional คือ ไม่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ unconstitutional เพราะฉะนั้นจึง unconstitutional คือไม่เป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญที่ถือกันมา และถามว่าเอาไปฟ้องศาลได้ไหม นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษบอกว่าฟ้องไม่ได้ เพราะ Convention of the Constitution หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะบังคับ และถามว่าสภาพบังคับคืออะไร นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษบอกว่าสภาพบังคับคือการตอบโต้ทางการเมือง ก็แปลว่าสมเด็จพระบรมราชินีนาถอลิสซาเบธที่ 2 เตรียมถูกวิพากษ์วิจารณ์ไว้ในสื่อมวลชน เตรียมถูกสภาที่จะตอบโต้ด้วยการใช้อำนาจของสภา คำถามคือว่าหลักนี้ของอังกฤษเอามาใช้ในเมืองไทยได้ไหม ผมว่าไม่ตรงทีเดียว เพราะของเราก่อนว่าในเมื่อไม่มีบทบัญญัติ

แห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับใช้แก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ก็แปลว่าของเราจะให้ใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ก็ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นลองไปคิดดู มีการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ ถ้าเกิดขึ้นไปในแนวทางเดียวกันประเพณีปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกันตลอด จนเกิดความรู้สึกว่าต้องปฏิบัติ มีทั้ง Actio และ Opinio ก็เป็นธรรมเนียมปฏิบัติเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ จะเห็นได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติเกิดขึ้นได้จากองค์กรที่ใช้อำนาจต่าง ๆ ไม่จำเป็นต้องเกิดจากศาลอย่างเดียว

มาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 7 ที่บัญญัติว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อพูดถึง Convention ผมว่าหมายถึง Convention ได้ ฉะนั้นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของเราใน มาตรา 7 นี้ โยงไปถึงการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเรื่องนั้นบ่อยๆ ประพฤติตามกันมาบ่อยๆ จนเกิดความรู้สึกว่าต้องปฏิบัติก็เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พูด่งๆ ก็คือ Convention of the Constitution ในประเทศไทยต่างจากในประเทศอังกฤษ ในอังกฤษนั้น Convention enforce ไม่ได้ในศาล แต่ของไทยมาตรา 7 enforce ในศาลได้ ตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งความจริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้เหตุผลไว่ตรงๆ แต่ว่าเห็นชัดว่าน่าจะหมายถึงประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นสิ่งที่เรียกว่า Convention คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เรื่องหน้าที่ไปเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ ในคดีนั้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระมหากษัตริย์พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งอยู่ในลำดับสืบราช

สันตติวงศ์ มีประเพณีที่จะต้องทรงเป็นกลางทางการเมือง และไม่ไปเลือกตั้ง
 ศาลอ้างไปถึงพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว
 ที่ 1/2460 ที่มีพระราชดำริเห็นชอบด้วยกับความเห็นของพระยามโนปกรณ
 นิธิธาดา ว่า เจ้าตั้งแต่หม่อมเจ้าขึ้นไปไม่ควรจะยุ่งเกี่ยวกับการเมือง และศาล
 วินิจฉัยว่าพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์
 ที่อยู่ในลำดับสืบราชสันตติวงศ์ ไม่มีหน้าที่ต้องไปเลือกตั้ง ถามว่าการวินิจฉัย
 เช่นนี้ของศาล เป็นการ refer ถึงอะไร ถ้าดูแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ชัดเจน
 ด้านหนึ่งศาลอ้างตรรกะคือทางปฏิบัติที่เริ่มตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ
 ปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทำท่าจะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ
 แต่ศาลตีความรัฐธรรมนูญเองว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้
 ต้องไปเลือกตั้ง และท่านก็บอกว่าต้องเป็นกลาง ก็ดูเหมือนหนึ่งว่าศาลไม่ได้
 ใช้มาตรา 7 ความจริงแล้วถ้าผมเป็นศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ผมจะฟันธงว่า
 เป็นมาตรา 7 เป็น Convention ที่ปฏิบัติมาช้านาน แต่จะติดปัญหาข้อเดียว
 เท่านั้น คือมาตรา 7 บัญญัติว่าในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับ
 แก่กรณีใด กรณีนี้มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ปี 2540 เขียนไว้ชัดเจนบุคคล
 มีหน้าที่ไปเลือกตั้ง มีบทบัญญัติแล้วว่าบุคคลมีหน้าที่ไปเลือกตั้งแต่ไม่มี
 บทบัญญัติว่าบุคคลไหนบ้างที่ได้รับยกเว้นให้ไม่ไปเลือกตั้ง ต้องไปออก
 กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าเขียนแต่บุคคลมีหน้าที่ไปเลือกตั้ง
 เด็กที่เกิดมา 1 วันจนกระทั่งคนนอนเจ็บในโรงพยาบาลก็ต้องไปเลือกตั้ง
 แต่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไปเขียนต่ออธิบายว่าบุคคลที่มีหน้าที่ไปเลือกตั้ง
 นั้นต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ เป็นต้น เพราะฉะนั้นถ้าจะใช้มาตรา 7 ในกรณี
 ของพระมหากษัตริย์ไม่ต้องทรงมีหน้าที่เลือกตั้ง ก็ต้องถือว่าไม่มีบทบัญญัติ
 แห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่ข้อยกเว้น เมื่อตีความได้อย่างนั้นก็แปลว่า ธรรมเนียม
 ปฏิบัติที่ปฏิบัติมาตั้งแต่รัชกาลที่ 7 จนถึงปัจจุบันว่า พระมหากษัตริย์และ
 พระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งไม่เคยเสด็จไปเลือกตั้งแล้วเหมือนกับอังกฤษ อังกฤษนี้
 Queen กับ Royal Family ไม่เคยไปเลือกตั้ง สำหรับธรรมเนียมปฏิบัติ
 ที่เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เป็นสิ่งที่

เรียกว่า Superlative custom หรือ Convention มาตรา 7 วางข้อยกเว้นได้ แต่คำถามที่จะเกิดขึ้นคือว่ามาตรา 7 ไม่ได้พูดข้อยกเว้น ไปยกเลิกตัวบทในรัฐธรรมนูญเลยได้หรือไม่ ที่เรียกว่า Coutume contre règle คือจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติที่มีผลขัดแย้งต่อตัวรัฐธรรมนูญโดยตรง ผมเชื่อว่า ทำไม่ได้ถ้าเป็นกรณีเช่นนั้น นี่คือตัวอย่างของสิ่งที่เกิดขึ้นประการที่ 1 อันเกิดจากการกระจายอำนาจนำไปสู่การเกิดขึ้นของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญซึ่งนำไปสู่จารีตประเพณีหรือที่เรียกว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยได้

อาจจะเกิดได้อีกประการที่ 2 คืออาจมีการกระจายอำนาจตีความแล้วองค์กรอื่นในรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจอื่นอยู่ไม่ยอมรับก็ตอบได้ เคยเกิดปัญหาในอังกฤษจะพบว่าเคยทะเลาะกันระหว่างศาลยุติธรรมกับสภาผู้แทนราษฎร ระหว่าง Common Law กับ Law and custom of Parliament คดีที่สองคดี คดีที่ 1 ชื่อคดี Hand sud คดีที่ 2 ชื่อ Sheriff of Middlesex สองคดีนี้เกิดข้อเท็จจริงอย่างนี้ว่าในศตวรรษที่ 17 สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษอภิปรายกัน ปรากฏว่าในการอภิปรายของสภาผู้แทนราษฎรอังกฤษไปดำนาย Stock Del นาย Stock Del ก็เจ็บใจ ปรากฏว่าหนังสือพิมพ์เล่มหนึ่งเรียกว่า Hand sud คือคล้ายๆ กับสิ่งพิมพ์ของรัฐบาลอังกฤษ ก็ได้รับคำสั่งจากสภาผู้แทนราษฎรให้เอาคำอภิปรายในสภาไปถอดลงในหนังสือรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรที่เรียกว่า Hand sud เผยแพร่ Stock Del เขาเจ็บใจก็ฟ้องหนังสือผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือ Hand sud เกิดเป็นคดี Stock Del and Hand sud ให้ศาลจับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาฐานหมิ่นประมาท ศาล Common Law บอกว่า ตามหลัก Common Law และตามหลักกฎหมายและจารีตประเพณีของสภา การอภิปรายของสมาชิกเท่านั้นที่ได้รับความคุ้มครองไม่ต้องถูกดำเนินคดีในศาล แต่การพิมพ์คำอภิปรายเป็นรายงานการประชุมลายลักษณ์อักษรเผยแพร่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ศาลออกคำพิพากษาขังผู้พิมพ์ ผู้โฆษณาหนังสือ Hand sud สภาผู้แทนราษฎรก็ตอบได้ว่า สภาผู้แทนราษฎรมี Law and custom ของรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎรสั่ง

ให้ตำรวจรัฐสภาไปจับ Sheriff of Middlesex ซึ่งเป็นคนดำเนินตามคำพิพากษา Stock Del and Hand sud มาขังคุกในสภา ก็ศาลตัดสินขังคนพิมพ์คน โฆษณารายงานการประชุม ฉันทักขังคนที่ทำหน้าที่ไปขังลูกน้องฉันทัน คดีนี้สองคดี Stock Del and Hand sud กับคดี Sheriff Middlesex นำไปสู่ท้ายที่สุด Sheriff of Middlesex โชคไม่ดี พอถูกขังก็ apply ไปที่ศาลสูง และศาลสูงขอ Habeas Corpus บอกว่าสภาสั่งขังโดยไม่ชอบ High Court บอกว่าอำนาจขังคนของสภาเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ศาลสั่งปล่อยไม่ได้ Sheriff of Middlesex ก็แย้งเพราะไม่ได้ขังผู้พิมพ์โฆษณา เขาทำตามคำพิพากษา แต่พอเขาถูกจับมาขังบ้าง ศาลบอกว่าอำนาจในการขังคนเป็นของสภาผู้แทนราษฎร นี่แปลว่าศาลยอมหยุด คำถามคือว่าถ้าศาลไม่ยอมหยุด ศาลสั่งให้ Habeas corpus ผมไม่รู้ว่สภาผู้แทนราษฎรจะตอบได้ด้วยวิธีการอย่างอื่นอีกหรือไม่ นี่คือตัวอย่างในอังกฤษ ถ้าไปดูตัวอย่างใน Rodisia สู้กันระหว่างรัฐบาล สภา และศาล จนระบบ Fail ไปหมด รัฐบาลเสนอกฎหมายเข้าสภา ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ผ่านสภาขัดรัฐธรรมนูญ รัฐบาลเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลวินิจฉัยว่าการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดรัฐธรรมนูญ ไม่มีใครยอมรับใคร คือตอบได้กันอย่างนี้ ตัวอย่างทำนองนี้ไม่ได้เกิดขึ้นในอังกฤษ ในอดีต สมัยโบราณไม่ได้เกิดขึ้นในโรติเซียในอดีต แม้เวลานี้ก็มีอยู่ ในปากีสถาน และตุรกี ระหว่างศาลกับพรรครัฐบาล และแม้กระทั่งในประเทศไทย กกด. บอกว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 237 บอกให้ยุบพรรคโดยทำสำนวนส่งอัยการสูงสุด อัยการสูงสุดพิจารณาอย่างไร ไม่รู้ พรรคร่วมรัฐบาลบอกไม่ Fair รัฐธรรมนูญเขียนอย่างนี้ไม่ถูกจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกระจายอำนาจการตีความ และแต่ละองค์กรจะมีอำนาจหน้าที่ในการตอบโต้ซึ่งกันและกัน ฉันทัน ก็อาจจะเกิด Constitutional crisis ขึ้นได้ ที่นี้การตีความที่จะไม่ให้เกิด Constitutional crisis เป็นอย่างไร องค์กรที่เกี่ยวข้องอาจจะต้องลดราวสาออกไปเอง ตัวอย่างอย่างในอังกฤษ ศาลสั่งขังผู้พิมพ์ผู้โฆษณา Hand sud โดยให้นายอำเภอ Sheriff of Middlesex ไปขัง พอสภาผู้แทนราษฎรจับ

Sheriff of Middlesex มาซึ่ง ศาลก็บอกว่าเป็นอำนาจสภาผู้แทนราษฎร
ก็จบ

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว กับคณะราษฎร ผมต้องยก
อุทาหรณ์มาพูดในวันนี้เพราะผม irritate สถานการณ์บ้านเมืองเวลานี้มาก
จนต้องกลับไปนั่งคิดถึงประวัติศาสตร์ว่า เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 นั้น
คณะราษฎรลุกขึ้นเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475
มีการเอาทหารออกมาอยู่ที่ลานพระรูป แล้วผู้นำคณะราษฎรหลายคนก็
ยอมรับว่าการเอาทหารออกมานั้นก็เพื่อรักษาความลับโดยไม่ได้ออกว่าเอามา
ทำอะไร เสร็จแล้วพระยาพลพลพยุหเสนาที่เอาลงสุมมาวางขึ้นยื่นประกาศ
แถลงการณ์ ไปนิมนต์พระจากวัดเบญจมบพิตรที่กำลังบิณฑบาตมาคว่ำบาตร
นั่งลงบนบาตรฟังพระยาพลพลพยุหเสนาคำแถลงการณ์ประณาม
พระราชวงศ์จักรี คำถามคือว่าถ้าพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ท่าน
ไม่ยอมในวันที่ 24 มิถุนายน 2475 อะไรจะเกิดขึ้น ท่านยอมเสด็จมา
พระราชทานรัฐธรรมนูญ หลังจากนั้นก็เกิดการขัดแย้งหลายเรื่อง ขัดแย้งกัน
ตั้งแต่เรื่องรัฐธรรมนูญ เรื่องการแต่งตั้งสมาชิกสภาประเภทที่ 2 ระหว่าง
คณะราษฎร ซึ่งเห็นว่า พระราชอำนาจแต่งตั้งอยู่ที่พระมหากษัตริย์ แต่ผู้เสนอ
โปรดเกล้าแต่งตั้งคือ ผู้ลงนามรับสนอง ขัดกันตั้งแต่การยกเลิกทหารรักษาวัง
ซึ่งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวท่านมองว่าเป็นการลดพระเกียรติยศ
ท่าน ขัดกันตั้งแต่กบฏวรเดชที่รัฐบาลมีความรู้สึกว่ากล่าวหาโดยนัย คือ
ไม่พูดตรงๆ ว่าพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 อยู่เบื้องหลังพระองค์เจ้าวรเดช
ไปจนกระทั่งถึงการออกพระราชกำหนดป้องกันรัฐธรรมนูญซึ่งพระเจ้าอยู่หัว
เห็นว่าลิดรอนสิทธิเสรีภาพประชาชน ไปจนกระทั่งถึงการเสนอกฎหมาย 3 ฉบับ
และพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย สภา
ยืนยันด้วยคะแนนเสียงเกินครึ่ง ท้ายที่สุดก็เสด็จประเทศอังกฤษอ้างว่าเพื่อ
รักษาพระเนตร ระหว่างเสด็จอังกฤษนั้นรัฐบาลยิดวงศ์สุโขทัย บอกว่าเป็นวังที่
ทรงใช้ทรัพย์สินของแผ่นดินซื้อมา พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว
ท่านบอกว่าท่านใช้พระราชทรัพย์ส่วนพระองค์ซื้อ รัฐบาลก็ไม่ฟัง ไม่ฟังก็ยิดวงศ์

สุขุขทัยและให้กระทรวงสาธารณสุขไปอยู่ ทั้งหมดนี้ยุติลงได้โดยการที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวสละราชสมบัติ มีพระราชบันทึกเป็นหลักฐานชัดเจนว่า ทรงรับสั่งว่า เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากกษัตริย์ไปสู่ระบอบประชาธิปไตยนั้น มีทางเลือกให้เดิน 2 ทางเท่านั้น คือ กษัตริย์ต่อสู้และเกิดการบาดเจ็บล้มตาย หรือกษัตริย์ยอมถอยเพื่อให้เกิดความสงบ ท่านเลือกทางที่ 2 ด้วยการสละราชสมบัติ เพราะทรงทราบดีว่า เปลี่ยนจากสายสมเด็จพระศรีพัชรินทราบรมราชินีนาถ หรือสมเด็จพระพันปี ไปสู่สมเด็จพระศรีสวรินทิรา หรือสมเด็จพระพรรณวษา เริ่มนับใหม่ที่น้องของเจ้าฟ้ามหาวิรุณหิต คือ กรมหลวงสงขลานครินทร์ และเมื่อกรมหลวงท่านไม่อยู่แล้ว พระโอรสท่านคือพระองค์เจ้าอานันทมหิดลซึ่งยังทรงพระเยาว์อยู่และจะต้องตั้งผู้สำเร็จราชการแผ่นดินแทนพระองค์ขึ้นรักษาราชการแทน ใครเป็นคนตั้งก็ทรงเล็งเห็นว่าคนตั้งคือรัฐบาล เมื่อรัฐบาลตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เสียเอง ก็จะไม่มีการขัดแย้ง ทุกอย่างก็จะราบรื่นสมานฉันท์ได้ เวลานี้องค์กรมรัฐธรรมนูญในประเทศไทยที่ยื้อกันไปดิ่งกันมาทำท่าจะเกิดวิกฤติ หรือไปดูประวัติศาสตร์แล้วก็ถอยหรือเสียสละ วิกฤติก็ไม่เกิด อย่าลืมว่าเมื่อครั้งนั้นพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวถูกยึดวัง วังที่ท่านอยู่มาตั้งแต่ก่อนเป็นพระเจ้าแผ่นดิน แล้วเป็นวังที่ประทับอยู่ตอนเป็นพระเจ้าแผ่นดินด้วย ท่านยังเสียสละ ถามว่าเจ็บไหม ไปดูพระราชพินัยกรรมจะรู้ว่าท่านเจ็บเมืองไทยมาก มีพระราชดำรัสตรัสสั่งไว้ในพระราชพินัยกรรมว่า พระบรมศพนั้นให้จัดโดยเรียบง่ายให้เสร็จภายใน 3 วัน 7 วัน ห้ามทำพิธีใหญ่โต ไม่ต้องเชิญคน ให้มีคนเล่นดนตรี 1 คน นอกนั้นใครจะมาก็มา ถวายพระเพลิงเสร็จแล้วห้ามนำพระบรมอัฐิกลับประเทศไทยเป็นอันขาด สั่งไว้อย่างนั้น คือความที่ทรงเจ็บจากการที่เกิดการเปลี่ยนแปลง แต่ท้ายที่สุดก็ทรงเสียสละทั้งๆ ที่วังท่านถูกยึด ดูคำอภิปรายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พูดถึงพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวในสภาผู้แทนราษฎร เรื่องทหารรักษาวังก็ดี จะเห็นได้ว่า อย่างว่าแต่ท่านเป็นพระเจ้าแผ่นดินเลย เราคณธรรมดาเราอ่านคำอภิปรายนั้นแล้วเราก็อ่านไม่ได้ แต่ท่านก็ยอม คำถามก็คือว่าใครจะเป็น

ผู้เสียสละในความขัดแย้งครั้งนี้ ที่เครียดๆ เพราะว่าการใช้การตีความรัฐธรรมนูญไม่เหมือนระบบกฎหมายแพ่ง ที่ทุกอย่างพอมองถึงศาลแล้วจบ

ข้อพิจารณาในการตีความกฎหมายมหาชน เรื่องแรกคือการค้นหา กฎเกณฑ์ที่จะมาใช้บังคับ ตัวบทกฎหมายคงไม่มีปัญหา แต่ว่าการค้นหา ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยและหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป ก็จะมีปัญหาเล็กน้อย ถามว่าทำไมไม่พูดถึงการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพราะหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บอกว่า ในการใช้กฎหมายนั้นให้ใช้ตามตัวอักษรหรือตามเจตนารมณ์ แล้วเสร็จแล้ว บอกว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบังคับใช้ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เมื่อจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่มี ให้เทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่มี ให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป ความจริงในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้เขียนประหลาด เพราะว่าผู้เขียนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ปนกันระหว่างที่มาของกฎหมายกับ methodology ในการตีความกฎหมาย ถ้าดูมาตรา 4 ให้ดี จะเห็นได้ว่าที่มาของกฎหมายมีอยู่ 3 แหล่งเท่านั้น คือ ตัวบทกฎหมาย จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนเจตนารมณ์นั้นเป็น methodology ในการตีความ ยิ่งการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งยังเป็น methodology และจะเห็นว่าเป็น Logical interpretation คือ การตีความแบบตรรกะ ผู้เขียนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้ปนกัน ถึงอย่างไรก็ตาม ผมคิดว่าการค้นหากฎเกณฑ์ที่จะมาใช้บังคับนี้สำคัญ ถ้าดูรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติหลายบทบัญญัติให้ความสำคัญกับรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษรเป็นใหญ่ โดยเฉพาะมาตรา 6 บอกว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ จัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ และในมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 เขียนไว้ชัดว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และมาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง เป็นอันว่าด้วยบทกฎหมายแน่ เรื่องที่สอง คือประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันนี้อยู่ใน มาตรา 7 คือระบอบที่มาของกฎเกณฑ์ที่จะมาใช้บังคับ รวมถึงประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และคำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทย นั้น ถ้าดูการตีความของ ศาลฎีกาประกอบจะพบว่านอกจากรวมสิ่งที่เรียกว่า Convention of the Constitution แล้ว ยังมี General principles of public law ไว้ด้วย ดูในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 จะเห็นชัด เมื่อรู้กฎเกณฑ์ที่ว่านั้นแล้ว มาดูกฎเกณฑ์ที่ต้องการจะชี้อีกครั้งหนึ่งซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องที่จะดูอย่างย้งคือ ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีปัญหาว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 7 เป็นจารีตประเพณีในศัพท์ยุโรปหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในศัพท์อังกฤษหรือไม่ ผมได้วินิจฉัยโดยความเห็นส่วนตัวแล้ว ว่าเป็น แต่สถานะธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้นฟ้องศาลไม่ได้ ของเราเมื่ออยู่ในรัฐธรรมนูญมาตรา 7 จะ enforceable โดยศาล จึงไม่เรียก ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ จึงเรียกประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่บังคับได้ในศาล ซึ่งเกิดจากการตีความอำนาจหน้าที่ของตนและปฏิบัติไปเรื่อย ๆ และเกิด ความรู้สึกในภายหลังว่าต้องปฏิบัติอย่างนั้น ปฏิบัติอย่างอื่นไม่ได้ ก็เป็น ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ แต่ว่าคำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยใน ระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ถ้าดูฎีกา ที่ 913/2536 แล้วเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็ได้ ฎีกาที่ 913/2536 เป็นเรื่อง ศาลฎีกาพิพากษาว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 29 ที่ออกมาแล้วก็ยึดทรัพย์

นักการเมืองสมัยพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ขัดรัฐธรรมนูญ ก็มีปัญหาว่ ขัดรัฐธรรมนูญนั้นขัดด้วยหรือไม่ ศาลบอกว่าไม่ใช่ ศาลบอกว่ารัฐธรรมนูญ ปี 2534 ในเมื่อไม่มีรัฐธรรมนูญนี้บังคับไว้แก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไป ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และศาลก็บอกว่า รัฐธรรมนูญทุกฉบับกำหนดไว้ 2 เรื่อง เรื่องที่ 1 คือ รัฐธรรมนูญทุกฉบับกำหนด ว่าศาลเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีไม่ใช่องค์กรอื่น และเรื่องที่ 2 คือ รัฐธรรมนูญทุกฉบับกำหนดหลักการไว้อันเดียวกันว่า บุคคลจะได้รับโทษทาง อาญาเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำ บัญญัติว่าเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นต้องเป็นโทษที่กำหนดใน กฎหมาย แปลว่ากฎหมายอาญาจะไม่ใช้อย่นหลัง คำวินิจฉัย 913/2536 นี้ เอง ไปเอารัฐธรรมนูญฉบับเก่าๆ ในอดีตตั้งแต่ปี 2492 ปี 2475 แก้ไข เพิ่มเติม ปี 2495 ปี 2511 ปี 2517 ปี 2521 แล้วทำนกับอกรัฐธรรมนูญ ทุกฉบับที่พูดถึงเป็นรัฐธรรมนูญถาวร ยกเว้น ปี 2475 ที่เขียนเรื่องสิทธิ เสรีภาพไว้สั้น เอาว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับนอกจากนั้นกำหนดสองเรื่องนี้เอาไว้ว่า จะใช้โทษอาญาย้อนหลังไม่ได้ ศาลมีอำนาจพิจารณาคดี จึงเป็นประเพณีการ ปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เหตุผลใช้อย่างนี้ ท่านบอกว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่ มีใช้ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษารรคดีเช่นเดียวกับศาล ย่อมขัด ต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะ รัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของ ศาลและการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง โดยเฉพาะ แทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้ เรื่องกฎหมายย้อนหลังก็เหมือนกัน แสดงว่าศาลฎีกาในคดี 913/2536 เห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญหลายๆ ฉบับ บัญญัติเรื่องศาลพิจารณาคดีและบัญญัติเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งแท้ที่จริงคือหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป เพราะเป็นการบัญญัติซ้ำๆ กันมาใน รัฐธรรมนูญ หลายฉบับ ต้องถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ศาล จับประเด็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ก็แสดงว่า

คำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น เป็นได้ทั้งจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป วิธีค้นหาจึงหาได้ทั้งสองทาง มาดูหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในต่างประเทศว่า คำน้อย่างไร ในต่างประเทศความจริงหลักกฎหมายทั่วไป คำว่าทั่วไปต้องมาอยู่หลังกฎหมาย กำลังจะบอกว่าศาลในต่างประเทศยืนยันเสมอ โดยเฉพาะศาลฝรั่งเศสบอกว่าหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้น มีอยู่ทั้งที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้เลย แต่เอาเข้าจริงจะเห็นได้ว่าคำพิพากษาส่วนใหญ่จะหาหลักกฎหมายทั่วไปมาจากไหน ท่านหาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตัวอย่างเช่น มีกฎหมายอยู่ฉบับเดียวเท่านั้นคือกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนฝรั่งเศสที่บอกว่าจะดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการพลเรือนฝรั่งเศส ต้องแจ้งข้อหาและให้สิทธิในการป้องกันตัว แต่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสบอกว่าหลักกฎหมายที่บอกว่าคนต้องป้องกันตัวเองได้ในกรณีที่จะถูกกระทำการกระทบสิทธิที่เขียนในกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นการสะท้อนหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งใช้ได้กับทุกเรื่อง เพราะฉะนั้น ถ้าจะถอนใบอนุญาตขับชี่ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยให้คนที่จะถูกถอนใบขับชี่รู้ข้อกล่าวหาและมาแก้ตัวได้ ถามว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้ศาลเอามาจากไหน ศาลบอกว่า กฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือนฉบับเดียวสะท้อนหลักที่มีอยู่ ศาลบอกว่าอันนั้นสะท้อนที่มีอยู่เบื้องหลังของหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายหลายฉบับยิ่งดี ถ้ากฎหมายหลายฉบับเขียนทำนองเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะอ้างว่า บทบัญญัติกฎหมายหลายฉบับรับรองหลักการนี้ เมื่อรับรองหลักการนี้ก็เท่ากับหลักการนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป นี่คือตัวบทกฎหมาย นอกจากตัวบทกฎหมายแล้ว ศาลยังดูคำปรารภรัฐธรรมนูญ และคำประกาศสิทธิมนุษยย์และพลเมืองด้วย คำปรารภที่บอกว่าไม่มีผลบังคับในระบบกฎหมายไทย แต่กฎหมายฝรั่งเศสมีคำปรารภเองก็มีการเถียงกันเวลานี้ในฝรั่งเศสระหว่างนักกฎหมายมหาชน 2 พวก พวกหนึ่งบอกว่า ไม่มีผลบังคับโดยตรงแต่แสดงที่มาของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป พวกนี้คือพวกยึดตามศาลและเหตุผลของศาลกับอีกพวกหนึ่งโดยเฉพาะ René Chapus ที่เป็น

ศาสตราจารย์มีชื่อเสียงทางกฎหมายปกครองฝรั่งเศสบอกว่า คำปรัารกคือหลักกฎหมายทั่วไป แต่ว่าคำปรัารกที่บอกว่าไม่มีผลบังคับใช้นั้น ผมฝากเพื่อนนักกฎหมายในศาลรัฐธรรมนูญว่า ของฝรั่งเศส อย่างน้อยก็ถือว่าเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป บางคนถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วยซ้ำ คำถามก็คือคำปรัารกของเราจะไม่มีฐานะอะไรเลยหรือ ศาลรัฐธรรมนูญเคยอ้างไหม ปรากฏว่าเคยอ้างคือคดีพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้ง แต่ศาลอ้างคำปรัารกซึ่งแสดงเจตนารมณ์ แต่อ้างในฐานะเจตนารมณ์เฉยๆ ไม่ได้มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากนั้น ศาลก็ค้นหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย นั่นคืออันแรก คือว่าการค้นหากฎเกณฑ์ที่จะมาใช้บังคับเป็นหลักการตีความอันแรกที่ยากฝากเป็นข้อพิจารณาให้เพื่อนนักกฎหมาย ในศาลรัฐธรรมนูญรับไปพิจารณา หลักข้อสองที่คิดว่าเป็นหลักสำคัญก็คือว่า เราไม่ควรจะนำหลักเอกชนมาใช้ตีความกฎหมายมหาชนโดยอัตโนมัติ แปลว่าอาจจะหยิบยืม Concept มาได้ในบางกรณี แต่ไม่ใช่เอามาทั้งหมด แล้วไปไม่ได้แบบนี้ก็เพราะว่าหลักกฎหมายสองประเภทนี้ต่างกัน ถ้าเป็นสัญญาจ้างแรงงานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงานและมีกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่ว่าข้าราชการจะเอาหลักสัญญาจ้างแรงงานมาใช้ได้หรือไม่ เขาบอกไม่ได้เพราะว่าข้าราชการเป็นบุคลากรภาครัฐซึ่งมีสถานะตามกฎหมายไม่ได้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นจากสัญญา เอาหลักสัญญามาใช้ไม่ได้ เห็นได้ชัดหรือว่าโมฆะกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ไม่เกิดขึ้นเมื่อไม่เกิดขึ้นก็ไม่มีผลในการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ที่ต้องคืนลาภมิควรได้ แต่ในกฎหมายมหาชนรัฐธรรมนูญใช้บังคับและกฎหมายจัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ คำถามคือกฎหมายเป็นโมฆะหรือเปล่า คือถ้าโมฆะแปลว่าโมฆะตั้งแต่แรกไม่ใช่ ใช้บังคับไม่ได้ และใช้บังคับไม่ได้อย่างไร คำตอบก็คือว่าใช้บังคับไม่ได้ ตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สัญญาทางแพ่งหรือทางปกครองก็ไม่เหมือนกัน นิติกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับคำสั่งทางปกครองที่เรียกว่านิติกรรมทางปกครองก็ไม่เหมือนกัน ฉะนั้น การที่ไปเอา

หลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชนทั้งหมดเป็นสิ่งที่ผิด ในความเห็นๆ ว่าไม่ถูก โดยความเคารพต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คดีนายเนวิน ชิดชอบ คือตัวอย่างที่เห็นชัดที่สุด คือศาลไปเอากฎหมายอาญามาตีความรัฐธรรมนูญแล้วเป็นเหตุทำให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีนั้นถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอันมาก วิพากษ์วิจารณ์มาจนถึงวันนี้ จนกระทั่งทำให้คนเขียนรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ต้องไปเขียนไว้ว่า ไม่ว่าจะถึงที่สุด หรือไม่ว่าจะจำคุกจริงหรือไม่ ก็ขาดคุณสมบัติ

มาดูเทคนิคการตีความ ถามว่าหลักกฎหมายมหาชนมีหลักพิเศษไปจากการตีความกฎหมายอื่นหรือไม่ ตอบว่าไม่มี เพียงแต่ว่าที่อยากเน้นคือต้องดูกฎหมายเป็นเรื่องๆ ไป ฉะนั้นวิชาการตีความกฎหมายจึงมีไม่ได้และไม่มีชาติไหนในโลกที่ผมรู้สอนวิชาการตีความกฎหมายเป็นวิชาหนึ่ง เพราะต้องเรียนไปในกฎหมายนั้นๆ การตีความกฎหมายอาญาที่ตีความอย่างกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายแรงงานก็ต้องตีความอย่างกฎหมายแรงงาน จะมาสอนเป็นวิชาโดดๆ เป็นเอกเทศจะไม่มี แต่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมีโดยมาเพิ่มในสมัยผมออกจากคณะแล้ว ที่เป็นอย่างนี้เพราะว่าไม่มี Discipline ในตัวเองในการตีความกฎหมาย เพราะเป็นเทคนิค การตีความถ้าดูหลักทั่วไปในการตีความจะเห็นได้ว่ามีหลายแบบคือแบบแรกที่เกิดขึ้นหลังการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1804 เรียกการตีความแบบพวก Exfairjust คือเอาตัวบทประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลัก แล้วใช้การตีความแบบตรรกะ ที่เรียกว่า Logical interpretation คือเป็นการตีความโดยใช้หลักตรรกศาสตร์เทียบเคียง ใช้ตัวอักษร แล้วก็ใช้หลักตรรกศาสตร์ เช่น หลักการเทียบเคียงสิ่งที่เหมือนกัน ต้องใช้หลักเดียวกัน เรียก Reasoning by analogy ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ จะสอนเรื่อง Analogy ในกฎหมายโรมัน เป็นตัวอย่างให้เห็นว่าเทียบกฎหมายใกล้เคียงอย่างยี่ได้ในหลายเรื่อง ทั้งๆ ที่ตัวบทเรื่องนั้นไม่มี ก็ต้องเอาเรื่องที่ใกล้เคียงที่สุดมาเทียบเคียง ตัวอย่างที่ยกกันในทางตรรกศาสตร์ เช่น ห้ามเดินลัดสนาม เขียนป้ายห้าม วิ่งได้ไหม ไม่ได้เขียนห้ามเดินหรือห้ามวิ่งลัดสนาม เขียนว่า

ห้ามเดินลัดสนาม ก็ต้องตีความ by analogy ว่า เดินก็ห้าม วิ่งก็เหมือนกับเดินก็ต้องห้ามด้วย นี่เขาเรียก Reasoning by analogy คือเทียบความใกล้เคียง ตัวอย่าง à contrario แปลว่าตรงกันข้าม คือแปลความกลับตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บอกว่าการใดที่ผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะกรรมไม่ก็ต้องแปลความกลับไขใหม่ ว่าท่านหมายความว่ากรณัสนั้นสมบูรณ์ นี่คือ à contrario หรือตัวอย่างที่เรียกว่า à fortiori คือยิ่งต้องเป็นไปเช่นนั้นนี้คือตรรกะ ตัวอย่างที่เกิดขึ้นถ้าลองดูรัฐธรรมนูญมาตรา 266 กับมาตรา 265 เกิดปัญหาขึ้นในเวลานี้ เพราะว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญไปแก้ถ้อยคำในกฎหมายหลักก็คือ ส.ส. และ ส.ว. ต้องไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ในหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ ไม่รับหรือแทรกแซงก้าวก่ายการรับสัมปทาน ไม่รับเงินหรือประโยชน์ใดๆ ไม่ทำการต้องห้ามคือแทรกแซงสื่อตามรัฐธรรมนูญมาตรา 48 และเขียนข้อยกเว้นไว้ในวรรคสอง บอกว่า บทบัญญัติมาตรานี้มิให้ใช้บังคับกรณี ส.ส. หรือ ส.ว. รับเบี้ยหวัดบำนาญเงินปี หรือเงินอื่นใดในลักษณะเดียวกัน และมีให้ใช้บังคับกรณี ส.ส. หรือ ส.ว. รับหรือดำรงตำแหน่งกรรมการของรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา หรือกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน ถามว่าไปตัดอะไรออกถึงได้เกิดความปั่นป่วนทั้งบ้านทั้งเมือง คิดจะมาถึงศาลรัฐธรรมนูญอีกหลายเรื่อง คำตอบก็คือ ถ้าคันที่หมาของมาตรานี้ รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่เขียนคือรัฐธรรมนูญปี 2492 มีศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เป็นเลขาธิการสภาร่าง เขียนลักษณะต้องห้ามทำนองนี้เอาไว้ แต่ไม่ใช่ wording exactly อย่างนี้ หลักการเดียวกันคือห้ามไปดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร ห้ามเป็นกรรมการ และศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ก็เขียนคำอธิบายรัฐธรรมนูญปี 2492 ไว้ชัดเจนว่า ที่รัฐธรรมนูญปี 2492 ห้ามเรื่องนี้เป็นครั้งแรกด้วยเหตุผล 2 ข้อ เป็นเรื่องแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร คือไม่ต้องการให้รัฐมนตรีตั้งคนมาอยู่ในหน่วยงานฝ่ายบริหาร เป็นการซื้อเสียง คือรัฐมนตรีไปซื้อเสียง ส.ส. ไปเอา ส.ส. มาตั้งในฝ่ายบริหาร เหตุผลข้อที่สอง ศาสตราจารย์ ดร. หยุต

แสงอุทัย บอกว่าขัดกับหลักแบ่งแยกอำนาจเพราะ ส.ส. เป็นคนควบคุมรัฐบาล และรัฐบาลตั้ง ส.ส. มาอยู่ในหน่วยงานของรัฐ กลายเป็นเอาผู้ควบคุมมาทำหน้าที่ผู้บริหารที่ถูกควบคุม ก็เลยห้าม ถ้าคันรัฐธรรมนูญ จะพบว่าห้ามปี 2492 แล้วมาห้ามอีกทีหนึ่งคือปี 2517 พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 แต่ปี 2511 ไม่มีมาเขียนอีกทีหนึ่งปี 2517 คล้ายๆ อย่างนี้ ปี 2521 มี ปี 2534 มี ปี 2540 มี เอาว่าปี 2540 เขียนสุดท้ายว่าอย่างไร ก็เขียนคล้ายๆ อย่างนี้ แต่เขาบอกว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ให้ยกเว้นในกรณีที่ ส.ส. และ ส.ว. ดำรงตำแหน่งกรรมการ หรือดำรงตำแหน่งผู้ทรงคุณวุฒิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดิน ในกรณีที่ เป็นข้าราชการการเมืองอื่นในปี 2540 มาเติมคำว่าซึ่งมิใช่รัฐมนตรีลงไป ถามว่ารัฐธรรมนูญปี 2517, 2521, 2534, 2540 ที่เขียนอย่างนี้มีเจตนา ต่างไปจากที่ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย พุดใหม่ ไม่ต่าง คือ ไม่ต้องการให้รัฐบาลไปตั้ง ส.ส. มาอยู่ในฝ่ายบริหาร และไม่ต้องการให้ปนกัน ระหว่างผู้ควบคุมกับผู้ถูกควบคุม เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญปี 2517 ปี 2521 ปี 2534 ปี 2540 ก็วางหลักเดียวกันว่าเป็นไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรรมการ ของสภา ทำได้ และเป็นผู้ทรงคุณวุฒิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทำได้ เว้น แต่เป็นกรรมการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นข้าราชการการเมือง ถ้าเธอไม่ได้ เป็นข้าราชการการเมืองห้ามเธอเป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินเฉยๆ เขาถึงเขียนมาตลอดตั้งแต่ปี 2517 ว่า การเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งในการบริหารราชการแผ่นดินที่จะได้รับยกเว้นนั้น ผู้ได้รับยกเว้นต้องเป็น ข้าราชการการเมือง พอปี 2540 ห้ามรัฐมนตรีเป็น ส.ส. ใหม่ ก็ต้องเติม คำว่า ซึ่งมิใช่รัฐมนตรีลงไป ก็คือให้เลขานุการรัฐมนตรี ที่ปรึกษา อะไรก็ตาม ที่เป็น ส.ส. มาเป็นกรรมการในฝ่ายบริหารได้ เพราะเขาเป็นฝ่ายบริหารใน ฐานะการเมืองอยู่แล้ว ก็ใช้มาราบรื่น จนกระทั่งมาถึงปี 2550 ก็ปรากฏว่า อภิปรายกันในสภาร่าง มีบางคนบอก ส.ส. ไปเป็นนายกสภามหาวิทยาลัย ราชภัฏ เป็นกรรมการสภา เพราะฉะนั้นเอาออก เขาก็ตัดคำว่า กรรมการซึ่ง ได้รับการแต่งตั้งในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายออก พอ

ตัดตรงนี้ออกแล้ว ส.ส. ให้เป็นรัฐมนตรีได้ เป็นนายกรัฐมนตรีได้ แต่ไม่ควรให้เป็นที่ปรึกษา ไม่ควรให้เป็นเลขานุการรัฐมนตรี เวลานั้นเกิดความประหลาดมหัศจรรย์มาก หลักที่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย วางไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี 2517 ปี 2521 ปี 2534 และปี 2540 เดินตามไปแล้ว พอมาถึงเวลานี้ตีความ คำถามคือ ส.ส. เป็นสภามหาวิทยาลัยราชภัฏไม่ได้ หรือไม่ เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญบอกว่าผู้ทรงคุณวุฒิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เคยยกเว้นมาทุกฉบับเอาออกแล้ว คนเขียนรัฐธรรมนูญต้องการอย่างนั้น จริงๆ คือไม่ให้เป็นการรบกวนสภามหาวิทยาลัยราชภัฏ แต่ว่าแปลก ก็คือว่ากระทบไปที่อื่นหมดเลยเวลานี้สถาบันผมก็โดน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านสารพัดโดยเฉพาะผู้นำฝ่ายค้านเชิญประชุมสภาสถาบันในกฎหมายสถาบันพระปกเกล้า บอกบุคคลเหล่านี้เป็นกรรมการสภาโดยตำแหน่ง ผู้นำฝ่ายค้านมีจดหมายมาว่าขัดมาตรา 265 มาตรา 266 เพราะสถาบันพระปกเกล้าเป็นหน่วยงานของรัฐ แล้วไม่มีข้อยกเว้น ผมก็ส่งไปถามกฤษฎีกาๆ บอกว่าไม่ตอบ มีผลกระทบทางการเมือง ให้ส่งผู้ตรวจการแผ่นดินส่งศาลรัฐธรรมนูญลองคิดดูเวลานี้กรรมการที่เขาถูกบังคับให้เป็นโดยกฎหมาย คือ ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านว่าทำไม่ได้ ทั้งๆ ที่กฎหมายบอกว่าต้องเป็น แล้วเป็นในหน่วยงานในกำกับฝ่ายนิติบัญญัติด้วย แต่นายสมักร สุนทรเวช และอธิบดีคนไหนก็ตามอยากตั้ง ส.ส. คนไหน อยากตั้ง ส.ว. คนไหนเป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดิน กฤษฎีกาบอกว่าถ้าดูตามตัวหนังสือทำได้ กรรมการวิปเป็นกรรมการในการบริหารราชการแผ่นดินแล้วไม่มีข้อจำกัดถึงแม้ ส.ส. นั้น ไม่ได้เป็นข้าราชการการเมือง ก็ตั้งได้ เกิดผลประหลาดว่าฝ่ายบริหารสามารถตั้งฝ่ายนิติบัญญัติมาเป็นกรรมการในฝ่ายบริหารได้ทั้งหมดตั้งแต่กรรมการระดับรัฐบาลถึงกรรมการในกรมซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างรุนแรง แต่ว่า คนที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิตามกฎหมายและคนที่ถูกกฎหมายบังคับให้เป็น ไม่ใช่ผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กรณีสถาบันพระปกเกล้าไม่ใช่ผู้ทรงคุณวุฒิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นกรรมการโดยตำแหน่งตามกฎหมายโดยไม่ต้องมีการแต่งตั้งด้วย มีปัญหาว่าทำไม่ได้ ดังนั้น เพื่อที่จะได้เป็นไปตาม

รัฐธรรมนูญมาตรานี้ หลักตรรกะอย่างเดียวอาจจะไม่พอ ถึงต้องเกิดหลักตีความกฎหมายอีกอันหนึ่งคือ Systematic interpretation การตีความอย่างนี้เป็นเทคนิคการตีความกฎหมายอีกแบบหนึ่งที่ไม่ได้ดูแต่ตัวบทกฎหมายที่ต้องตีความ แต่ดูบริบทการใช้ถ้อยคำในกฎหมายทั้งฉบับที่เรียกว่า Systematic คือต้องดูการใช้ถ้อยคำนั้นในกฎหมายนั้นทั้งฉบับ ถ้าว่าศาลรัฐธรรมนูญเคยทำอย่างนี้ไหม เคย คดีนายเนวิน ชิดชอบ เห็นชัด ศาลรัฐธรรมนูญเอาลักษณะต้องห้ามทั้งหลายมาตั้งเทียบกัน นี่ก็ดูทั้งระบบ แปลว่าอย่าดูเป็นท่อน ดูมาตราใด ถ้อยคำใดไม่ได้ เทคนิคการตีความอีกแบบหนึ่งคือ Historical interpretation คือดูเจตนารมณ์ผู้ร่างที่ร่างในเวลานั้น เช่นดูรัฐธรรมนูญปี 2540 ต้องไปดูผู้ร่างรัฐธรรมนูญปี 2540 มีเจตนาอย่างไร จะดูเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญปี 2550 ใช้วิธีการทาง Historical interpretation คือไปดูว่าคณะกรรมการการร่างและสภาร่าง Debate กันอย่างไร ซึ่งง่ายไหมในการหา ก็ไม่ง่ายเพราะว่า คนพูดกันมากหลายคน ไม่รู้ว่าอะไรคือเจตนาแท้จริง พูดกัน 360 องศา ยังมีวิธีการที่นิยมใช้กันมากตอนหลังคือใช้สิ่งที่เรียกว่า Teleological interpretation อันนี้เป็นวิธีการที่นักปรัชญากฎหมายคนหนึ่งชาวฝรั่งเศส คือ François Gény คิดขึ้นมา บอกว่าการตีความที่ดีที่สุดคือการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ที่จะทำให้กฎหมายนั้นใช้ได้ดีที่สุด การให้กฎหมายนั้นใช้ได้ดีที่สุดไม่ได้แปลว่าจะต้องผูกติดอยู่กับเจตนาของผู้ออกกฎหมาย อันนี้ถึงเกิดหลักขึ้นมาอีก 2 หลัก คือ Subjective teleological interpretation ก็ยังไปผูกกับเจตนาผู้ร่าง แต่ไม่ได้ผูกแบบตายเหมือน Historical approach ผูกแล้วเอามาดูแต่ท้ายที่สุดที่ใช้มากที่สุดเวลานี้คือที่ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เรียกทฤษฎีอำเภการณ์ Objective interpretation คือดูเจตนารมณ์ที่สร้างขึ้นโดยคนตีความ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความเรื่องใดเรื่องหนึ่งดูเจตนารมณ์ที่สร้างขึ้นโดยผู้ร่างที่มีเหตุผล คือ ผู้ตีความทำตัวเป็นผู้ร่างเอง ใช้คำว่า Objective reconstructed intention of a rational legislator คือต้องดูว่าสิ่งที่เป็กฎเกณฑ์ที่กำลังถูกตีความนั้น มีเป้าประสงค์ที่จะให้เกิดผลอะไรขึ้นแล้วเป้าประสงค์นั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่จากการตีความ ถ้าดูตามวิธีการทฤษฎี

อำเภอการณ หรือ Objective interpretation แปลว่าไม่จำเป็นจะต้องไปผูกตายอยู่กับเจตนาของผู้ร่างแบบ Historical approach คือไม่จำเป็นต้องค้นรายงานการประชุมมาอย่างเดียวกแล้วเอารายงานการประชุมเป็นหลัก เพราะอาจจะมีสถานการณ์ที่ผู้ร่างคิดไม่ถึง หรือสถานการณ์บ้านเมืองอาจจะเปลี่ยนแปลงไปมากแล้วก็ได้ การตีความแบบนี้ดูจะเป็นสิ่งที่น่าจะดีที่สุด ผมคิดว่าตรรกะของ Objective teleological interpretation ที่บอกว่าเจตนาเดิมของผู้ร่างไปสู่วัตถุประสงค์ปลายทาง และการตีความเข้ามาที่เป็นการแสดงเจตนาชั้นที่ 2 ของผู้ตีความ ในขณะที่ผู้ร่างเป็นการแสดงเจตนาชั้นแรก นำไปสู่ผลอะไรในคดี ในสังคม ถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคนข้างมากอย่างที Jeremy Bentham บอกในลัทธิอรรถประโยชน์นิยม ถ้าเป็น pressure ถ้าเป็น interest ของประโยชน์ ผลได้ของคนข้างมากในสังคม การตีความอย่างนั้นก็ควรจะเป็นเป้าประสงค์ อันนี้ฝากท่านไปถ้าดู process จะเห็นได้ว่าหลักการตีความแบบต่างๆ ที่พูดมาทุกชนิดไม่ว่าจะเป็น Logical interpretation, Systematic interpretation, Historical interpretation และ Teleological interpretation นั้น ถ้าเรายึดถึงผลที่จะเกิดขึ้นในคดีและในสังคม ให้คนส่วนใหญ่มีความรู้สึกว่าคุณต้อง ซึ่งเป็นประโยชน์กับเขา ไม่มีโทษกับเขา อย่างทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม จะใช้เทคนิคตีความแบบไหนก็ได้ ผสมกันให้ได้ออกมา ในความเป็นจริงไม่มีผู้ตีความไหนที่ผูกตายอยู่กับวิธีการตีความหรือเทคนิคตีความแบบใดแบบหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งอันนี้ก็เป็นไปตามหลักของ Immanuel Kant ที่บอกว่าเจตนาสำคัญกว่าผล ส่วน Bentham เน้นผลสำคัญกว่าเจตนา แต่ความจริงแล้วไปทั้งคู่คุณนั่นแหละ ต้องมีเจตนาที่จะดูผลแล้วคาดผลในสังคมก่อนถึงจะนำไปสู่กระบวนการตีความแบบนี้ได้ ผมฝากท่านที่เคารพทั้งหลายว่า ถ้าดูอย่างนี้ไม่มีอะไรจะ Absolute ถ้าเราเอาตัวจุดมุ่งหมายที่จะเกิดขึ้นในคดีและในสังคมให้คนส่วนใหญ่ที่เป็นวิญญูชนรู้สึกว่าคุณต้อง เขาจะรู้สึกว่าคุณต้องก็ต่อเมื่อเกิดประโยชน์แก่คนส่วนใหญ่ไม่เกิดโทษแก่คนส่วนใหญ่ จะใช้หลักการ

ตีความแบบ Logical แบบ Systematic แบบ Historical แต่ผลสุดท้ายก็ต้องมาใช้แบบ Teleological คือการใช้ทุกแบบรวมกัน เพื่อให้เกิดผลที่ดีขึ้น ถ้าดูอย่างนี้จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อาจจะมีประเด็นตรงนี้ อย่างคดีเรื่องต้องคำพิพากษา ให้จำคุก เห็นชัดว่าศาลไม่ต้องการ set บรรทัดฐานให้เกิดผลแก่สังคม ศาลมุ่งคุ้มครองคนๆ เดียวในคดี ตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เพิกถอนวันเลือกตั้งในการเลือกตั้ง ในปี 2549 ถูกวิจารณ์เพราะนักวิชาการจำนวนหนึ่งวิจารณ์ศาลรัฐธรรมนูญว่าเจ้าของอำนาจอธิปไตยพอใจในการเลือกตั้งแล้ว และศาลรัฐธรรมนูญไปพิพากษาเพิกถอนการเลือกตั้งได้อย่างไร ถ้าดูอันนี้คือผลที่จะเกิดขึ้นในสังคม ก็จะทำให้ถ้าไม่เพิกถอนตรงนั้นก็ไม่ว่าอะไรจะเกิดขึ้น อาจจะเกิดอะไรก่อน 19 กันยายน ก็ไม่รู้ ผมฝากตรงนี้ไว้ให้ท่านช่วยกันคิด ท้ายที่สุดการตีความแบบต่างๆ นั้น ต้องถูกนำมาทั้งสิ้น เพื่อจะเชื่อมสิ่งที่เรียกว่าเจตนาเดิมของผู้ร่างซึ่งอาจจะ Incomplete อาจจะมองไม่เห็นผลอย่างนั้นเกิดขึ้นในอนาคต ไปจนกระทั่งผลที่จะเกิดขึ้น ฉะนั้นจะเอาแต่เจตนาอย่างนี้ก็ได้ ผมถึงบอกว่าทั้งนี้จะเห็นได้ว่าเน้นตรงสิ่งที่จะเกิดผลขึ้นในสังคม จะไปถึงขนาดที่ไม่ดูหลักการตีความ ไม่ดูบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเลยก็ได้ ฝากท่านที่เคารพทุกท่านไว้ว่าจริงแล้วทุกอย่างไม่มีอะไร Absolute ก็กลับมาที่สองหลักนี้คือ หลักของ Immanuel Kant คือดูเจตนา และหลักของ Jeremy Bentham คือดูผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น เชื่อว่าถ้าเจตนาอันเป็นเจตนาที่ดีที่สุดต้อง ถ้าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่คนหมู่มากเป็นเป้าประสงค์ เทคนิคแบบต่างๆ ที่นำมาใช้สามารถนำมาใช้ได้ทั้งสิ้น มีข้อคิดว่าการตีความที่จะสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ที่มีผลในระบบกฎหมายนั้น ก็คงจะต้องดูเจตนาเดิมของผู้ร่างไม่ใช่ไม่ดูเลยทีเดียว แต่ก็ไม่ใช่ผูกติดกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างอย่างเดียว ต้องดูควบบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และต้องดูผลที่จะเกิดขึ้นโดยเฉพาะในสังคมไทยโดยมีเทคนิคการตีความแบบต่างๆ เป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายมหาชน ขอขอบพระคุณมาก

ผศ.ปณณ อุดชาชน : ท่านอาจารย์ได้ให้เกียรติมาบรรยายพิเศษให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งในหัวข้อ หลักการตีความกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งกับข้าราชการ และผู้เกี่ยวข้องอย่างสูงสุดในนามของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญต้องขอขอบคุณท่านอาจารย์ที่ได้ให้เกียรติมาเป็นวิทยากรบรรยายพิเศษในวันนี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะนำความรู้ที่ได้รับไปใช้ให้เกิดประโยชน์ในการปฏิบัติงานเพื่อสนับสนุนการทำงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป ขอขอบคุณครับ



การบรรยายพิเศษ

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดี
และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

วันศุกร์ที่ 2 พฤษภาคม 2551

การบรรยายพิเศษ*

เรื่อง หลักการตีความกฎหมายมหาชน

โดย รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

วันศุกร์ที่ 2 พฤษภาคม 2551

ณ ห้องพิจารณาคดี ชั้น 2

เรียนท่านเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ท่านรองเลขาธิการ
ท่านผู้เชี่ยวชาญ ผู้อำนวยการ และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ทุกท่าน ผมรู้สึกเป็นเกียรติที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้เชิญให้ผมมา
บรรยายในเรื่องของการตีความกฎหมายมหาชน ความจริงก่อนที่จะมาบรรยาย
ในวันนี้เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2551 ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ได้จัดงานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ครบรอบร้อยปีชาตกาล
ของท่าน และทางมูลนิธิของศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้มอบหมายให้
ผมเขียนเอกสารชิ้นหนึ่ง เรื่องการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน ซึ่ง
ผมได้ค้นคว้าและเขียนเอกสารชิ้นนี้และใช้ในการอภิปรายในวันนั้น และเป็น
เอกสารที่อยู่ในมือของท่านทั้งหลายด้วย จริงๆ แล้วเมื่อพูดถึงท่านอาจารย์จิตติ
ดิงศภัทย์ ครบรอบร้อยปีชาตกาลแล้ว คงจะเลยไม่ได้ที่จะพูดถึงปรมาจารย์
ทางกฎหมายอีกท่านหนึ่งคือท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ซึ่งท่าน

* เรียบเรียง และ Edit โดย ดร.ปัทมา อุดชาชน ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ 10 ขช.
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ก็ครบรอบหนึ่งร้อยปีชาตกาลไปแล้วเช่นกันเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2551 ที่ผ่านมา โดยที่ทางมูลนิธิจะได้จัดงานให้ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยต่อไป อาจารย์ก็เป็นอีกท่านหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญในอดีตในส่วนที่เกี่ยวกับการสอนในทางกฎหมายมหาชนด้วย ผมเองที่เป็นนักวิชาการรุ่นหลังก็ได้ใช้งานของอาจารย์ทั้งสองท่านนี้เป็นบันไดที่จะค้นคว้าให้ลึกซึ้งต่อไปในทางกฎหมายมหาชน

หลักรัฐศาสตร์หรือหลักนิติศาสตร์กับการตีความกฎหมายมหาชน

ผมเรียนอย่างนี้รับว่าในประเทศของเรานั้น เมื่อพูดถึงการตีความกฎหมายมหาชน เรื่องหนึ่งที่มีการพูดกันอยู่เสมอก็คือการตีความกฎหมาย เรื่องนั้นจะตีความโดยอาศัยหลักรัฐศาสตร์หรือหลักนิติศาสตร์ ผมอยากเริ่มต้นการอภิปรายในวันนี้ด้วยการที่จะทำให้ประเด็นปัญหานี้ชัดเจน และลองตอบปัญหานี้ว่าตกลงเป็นอย่างไร จริงๆ แล้ว วิชานิติศาสตร์กับรัฐศาสตร์ก็มีความเกี่ยวข้องกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชนกับรัฐศาสตร์ ถ้าพูดถึงวัตถุนในการศึกษาก็มีความทับซ้อนกันอยู่ แต่ว่าวิชานิติศาสตร์กับรัฐศาสตร์อาจจะมีความแตกต่างกันมาก ถ้าหากมองในแง่ของวิธีการในการศึกษา (Methodology) วิชานิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิชานิติศาสตร์โดยแท้ (Legal Science Proper) นั้นเป็นวิชาที่ศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงๆ ในบ้านเมือง (Positive Law) และมีวิธีการในการศึกษาก็คือการตีความและการอภิปรายให้เหตุผลเป็นหลัก ในขณะที่วิชารัฐศาสตร์ก็มีอยู่หลายสาขา จะศึกษาถึงการเมืองในทางความเป็นจริง กลุ่มผลประโยชน์ในการการเมือง การบริหารรัฐกิจ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อะไรต่างๆ เหล่านี้ วิธีการในการศึกษาทางรัฐศาสตร์ก็จะแตกต่างออกไปจากวิธีการศึกษาทางนิติศาสตร์ หากพูดในแง่ของวิธีการในการศึกษาแล้วทั้งรัฐศาสตร์กับนิติศาสตร์อาจจะแตกต่างกันมาก คือในเชิงวัตถุที่ศึกษา กฎหมายมหาชนกับรัฐศาสตร์ใกล้เคียงกัน แต่ในแง่ของวิธีการในการศึกษาแตกต่างกัน นิติศาสตร์เน้นศึกษาที่กฎเกณฑ์ การบังคับใช้กฎเกณฑ์ ตลอดจนการตีความ

กฎเกณฑ์ ในขณะที่รัฐศาสตร์ศึกษาถึงเรื่องที่มาของกฎเกณฑ์ เรื่องการเมือง ในความเป็นจริง วิธีการในทางรัฐศาสตร์ก็อาศัยวิธีการทางด้านวิทยาศาสตร์เข้ามาช่วยอยู่มาก ในขณะที่นิติศาสตร์โดยแท้ไม่ได้อาศัยวิธีการเช่นนั้น เวลาเราพูดถึงเรื่องการตีความกฎหมาย ผมอยากเรียนอย่างนี้ว่าในที่สุดแล้วถามว่า ในการตีความกฎหมายต้องตีความไปตามหลักการอะไร คำตอบก็คือ ต้องตีความไปตามหลักการในทางนิติศาสตร์ เพียงแต่ว่าการตีความกฎหมายทางหลักการนิติศาสตร์นั้นต้องคู่ด้วยว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายสาขาไหน และในเรื่องนั้นหลักเกณฑ์ในการตีความทั่วไปอย่างไร และหลักเกณฑ์ในการตีความเฉพาะเป็นอย่างไร พูดเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าวิชารัฐศาสตร์จะไม่มี ความหมาย วิชารัฐศาสตร์นั้นคงมีความหมายอยู่อย่างยิ่งในแง่ของการมีส่วนช่วยในการออกแบบกลไกหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ หรือวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริง แต่ว่าเมื่อถึงขั้นที่ต้องมีการปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นแล้ว ถ้าใช้หลักการอื่นมาปรับใช้ กฎหมายก็อาจจะเกิดความไม่แน่นอนขึ้นได้ ดังเช่นที่มีการพูดกันว่าคดีนี้ต้องตัดสินโดยอาศัยหลักรัฐศาสตร์ ไม่ใช่หลักนิติศาสตร์ คนก็จะสงสัยกันได้ว่า การตัดสินคดีโดยอาศัยหลักรัฐศาสตร์นั้นหมายถึงการตัดสินคดีโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายใช่หรือไม่ ซึ่งผมก็เข้าใจได้ว่าผู้พูดคงไม่ได้หมายความว่าเช่นนั้น แต่คงหมายความว่า การตัดสินคดีนั้นไม่ได้เคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในกฎหมายมากกว่า จึงบอกว่ากรณีนี้ต้องตัดสินคดีไปตามหลักรัฐศาสตร์ แต่ความจริงแล้วการตัดสินคดีหรือการชี้ขาดข้อพิพาท โดยที่ไม่ได้เคร่งครัดหรือผูกกับกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว นั้นไม่ได้เป็นเรื่องของรัฐศาสตร์ แต่เป็นเรื่องและการใช้และการตีความกฎหมายนั่นเอง ดังที่ผมจะได้แสดงให้เห็นต่อไปในวันนี้ว่ามีหลักเกณฑ์การใช้และการตีความกฎหมายอย่างไร

ความหมายของกฎหมายมหาชน การใช้และการตีความกฎหมาย

ที่นี้มาพูดถึงเรื่องกฎหมายมหาชน ในความหมายอย่างกว้างกฎหมายมหาชนก็รวมถึงกฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนบรรดา

กฎหมายว่าด้วยการพิจารณาตีทั้งหลายทั้งปวงด้วย แต่ว่ากฎหมายมหาชนแท้ๆ เรามุ่งหมายถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายการคลัง เพราะฉะนั้นในวันนี้เมื่อพูดถึงเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน ผมก็จะพูดในบริบทนี้ อาจจะเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งอยู่บ้าง ถ้ามว่าการตีความกฎหมายมหาชนมีหลักเกณฑ์เป็นพิเศษแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่นหรือไม่ คำตอบคืออาจจะมียุ่อย่างเล็กน้อยแต่พื้นฐานในทางแนวความคิดไม่ได้ต่างกัน คือการตีความนั้นมีแต่การใช้และการตีความกฎหมายจริงๆ เราพูดถึงการตีความกฎหมายมหาชนก็อาจจะไม่ถูกต้องทีเดียวนัก คือเป็นเรื่องของการใช้และการตีความกฎหมายเพียงแต่เราพิจารณาให้ในบริบทของกฎหมายมหาชนว่าอาจจะมีการพิจารณาบางประการเพิ่มเติมจากหลักการใช้และการตีความกฎหมายทั่วไปเท่านั้น เพราะฉะนั้นเราจะเริ่มต้นจากหลักการใช้และการตีความกฎหมายทั่วไปก่อนว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไร โดยที่ผมพยายามยกตัวอย่างในทางกฎหมายมหาชน แล้วจากนั้นเราจะไปดูถึงเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งอาจจะมีลักษณะที่พิเศษออกไปอีกส่วนหนึ่ง

ขอให้ท่านสังเกตเวลาที่ผมใช้ถ้อยคำเหล่านี้ ผมใช้อยู่สองคำ หนึ่งคือ การใช้กฎหมาย สองคือ การตีความกฎหมาย ผมจงใจใช้คำสองคำนี้คู่กันกันไปแล้วก็มีนัยที่แตกต่างกันอยู่ คำว่าการตีความกฎหมายนั้นผมมุ่งเน้นไปที่การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะเวลาที่เรารู้ความนั้นจะต้องมีความที่เราจะตี อะไรคือ “ความที่เราจะตี” คำตอบก็คือตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ตีเพื่ออะไร ตีเพื่อค้นหาความหมายของบทกฎหมายบทนั้นว่าหมายความว่าอย่างไร แล้วเมื่อได้ความหมายแล้วก็เอาไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อค้นหาผลในทางกฎหมายว่าในเรื่องนั้นผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร เพราะฉะนั้นคำว่าตีความนี้ผมจึงมุ่งใช้เฉพาะการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ผมจะไม่พูดถึงการตีความกฎหมายประเพณี การตีความหลักกฎหมายทั่วไป เพราะว่ากฎหมายประเพณีก็ตี หลักกฎหมายทั่วไปก็ตี ไม่ได้มีความที่ชัดเจนให้ตีเหมือนกับตัวถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษร

เมื่อเราพูดถึงกฎหมายที่เป็นกฎหมายประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป เราจะพูดถึงการใช้กฎหมาย คือการใช้กฎหมายประเพณีหรือการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการตัดสินคดี เพราะฉะนั้น คำว่ากฎหมายจึงมีความหมายกว้างกว่า การใช้กฎหมายนั้นครอบคลุมการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรและก็หมายความว่าไปถึงเรื่องการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกรณีที่ไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดเจนในเรื่องนั้น แต่ว่ามีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เราเทียบเคียงเอาเหตุผลที่ปรากฏอยู่เบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ปรับข้อเท็จจริง หมายถึงการใช้กฎหมายประเพณีและหมายถึงการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ก่อนที่จะเราจะไปพูดถึงเรื่องการใช้กฎหมายที่เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) การใช้กฎหมายประเพณี การใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น เราจะเริ่มต้นจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียก่อน ปกติแล้ววัตถุที่เราจะใช้ตีความก็คือตัวบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นตัวหนังสือดำๆ ที่เราอ่านกัน แล้วก็ตีความตัวหนังสือดำๆ นี้ ความพยายามในการหาหลักเกณฑ์ที่จะค้นหาความลึกกลับของความหมายของบทกฎหมายมีมานานแล้ว นานนับพันปี วิชานิติศาสตร์จะรุ่งเรืองงอกงามขึ้นมาได้ก็โดยวิธีวิธี คือ เทคนิคในการที่จะค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมาย ว่าบทกฎหมายบทนั้นหมายความว่าอย่างไรกันแน่ แต่แน่นอนว่าพัฒนาการในทางกฎหมายในเวลาต่อมาส่งผลทำให้กฎหมายแต่ละระบบพัฒนาหลักเกณฑ์การใช้และการตีความกฎหมายแตกต่างกัน ถ้าท่านไปเปิดตำราการตีความกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายอังกฤษหรือในพวกกลุ่ม Anglo - Saxon หรือ Common law ท่านจะพบว่าหลักการตีความบางอย่างที่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมายที่ปรากฏในกลุ่มประเทศ Civil law มีบางเรื่องที่ไม่เหมือนกัน ในชั้นของกฎหมายธรรมดา ถ้าท่านไปดูหลักการตีความกฎหมายที่ใช้อยู่ในอังกฤษ เขาจะเริ่มจากหลัก Literal rule ก็คือการตีความตามถ้อยคำ Fix ตามตัวถ้อยคำ แล้วหลังจากนั้นจะมีหลักการอื่นๆ เข้ามาเสริม

แต่กฎหมายอังกฤษนั้นเน้นไปที่ตัวถ้อยคำของกฎหมายเป็นหลัก เหตุผลเนื่องจากว่าอังกฤษในอดีตกฎหมายเกิดขึ้นจากผู้พิพากษา เรียกว่า Judge-made law คือศาลเป็นผู้วางหลักกฎหมายและสร้างหลักกฎหมายขึ้นมา ศาลในคดีหลังก็เดินตามแนวทางของศาลในคดีแรก และเกิดเป็น Common law ขึ้น ในเวลาต่อมาเมื่อรัฐบาลอังกฤษประสบความสำเร็จในการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ รัฐสภาอังกฤษก็กลายเป็นรัฐสภาธิปไตย เป็นผู้ซึ่งออกกฎหมายหรือตรากฎหมายขึ้น จึงมีกฎหมายสองกลุ่มคู่ขนานกันไปในระบบกฎหมาย Common law คือ กฎหมายที่ศาลใช้และศาลพัฒนาขึ้นเรียกว่า Judge-made law กับ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น เวลาที่ศาลท่านใช้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นท่านก็พยายามจำกัดความหมายของตัวกฎหมายให้แคบเพื่อจะเปิดพื้นที่ให้ศาลสามารถพัฒนาตัวกฎหมายของตัวเองได้หรือใช้กฎหมายตามแนวทางที่ศาลในอดีตได้เคยใช้ได้ เพราะฉะนั้นเวลาที่รัฐสภาเขียนกฎหมายมาอย่างไร ศาลอังกฤษก็มักจะตีความกฎหมายแบบนั้น ถึงแม้ว่าการตีความนั้นจะนำมาซึ่งผลอันประหลาดได้ก็ตามก็จะตีความไปนั้น แต่ว่าก็จะมีหลักการอื่นๆ เข้ามาแก้ไขสิ่งซึ่งเป็นปัญหาอยู่เหมือนกัน แต่ว่าหลักพื้นฐานในกฎหมายอังกฤษเป็นแบบนี้ ในขณะที่ในระบบ Civil law ไม่ได้มีบ่อเกิดของกฎหมายแบบเดียวกับอังกฤษ เพราะฉะนั้นวิธีการใช้และการตีความจะเป็นอีกอย่างหนึ่ง พัฒนาการของกฎหมายในระบบ Civil law ที่เป็นระบบประมวล เขาสร้างตัวกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเมื่อมามีอุดมการณ์เพื่อรับใช้ความยุติธรรม ในการตีความกฎหมายจึงตีความไปให้เป็นเหตุเป็นผลและไม่จำเป็นที่จะต้องยึดติดอยู่กับตัวถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น อันนี้จะเป็นประเด็นซึ่งตั้งเอาไว้เป็นข้อสังเกตในเบื้องต้น ผมเรียนว่าในปัจจุบันวิธีการคิดในกฎหมายอังกฤษก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไปแล้ว เริ่มดูเหตุผลมากขึ้น เพื่อที่จะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้เกิดความเป็นธรรม

หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย

ประเด็นที่เราควรสนใจก็คือ หลักทั่วไปที่ใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบ Civil

law ซึ่งประเทศเราก็ออยู่ในกลุ่มของระบบกฎหมายนี้ด้วย มีหลักการสำคัญๆ อะไรบ้าง หลักใหญ่ที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมายที่เป็นเรื่องการตีความกฎหมายนั้น มี 4 ประการ เพื่อจะหาความหมายของบทกฎหมาย ดังนี้

1. การตีความกฎหมายหรือตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามหลักภาษาและไวยากรณ์ เรียกว่า การตีความตามถ้อยคำ ดูว่าเมื่อตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์แล้วบทกฎหมายบทนั้นมี ความหมายอย่างไร
2. การตีความตามประวัติความเป็นมา ดูว่าบทกฎหมายบทนั้นเกิดขึ้นในบริบทใดในเวลานั้นผู้ร่างกฎหมายร่างกฎหมายฉบับนั้นขึ้นเพื่อตอบคำถามอะไรที่เกิดขึ้นในสังคมในเวลานั้น มีบริบททางเศรษฐกิจทางการเมืองอย่างไรที่ทำให้ก่อให้เกิดตัวบทกฎหมายบทนั้นขึ้น ในแง่ก็คือเราย้อนกลับไปค้นหาบริบทที่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นดูว่าร่างกฎหมายร่างแรกเป็นอย่างไร การอธิบายในชั้นของการยกร่างกฎหมายเป็นอย่างไร เพื่อเอาสิ่งเหล่านั้นมาค้นหาความหมายของบทกฎหมายบทนั้นมีความหมายอย่างไร
3. การตีความกฎหมายตามระบบ คือ ดูระบบกฎหมายทั้งระบบ เพราะเวลาที่มีการตรากฎหมายขึ้นมาแล้วกฎหมายฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นไม่ได้อยู่โดดเดี่ยว แต่มันเข้าสู่ระบบกฎหมายทั้งระบบ เพราะฉะนั้นเมื่อเวลาที่เราจะตีความตัวบทมาตราหนึ่งเราจึงดูมาตรานั้นมาตราเดียวไม่ได้ เราต้องดูระบบทั้งระบบด้วย เรื่องนี้จะส่งผลถึงการกฎหมายประกอบกัน ที่เรามีหลักเรื่องกฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป หรือ กฎหมายที่ออกมาทีหลังย่อมตัดกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน เรื่องนี้เป็นการใช้และการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงตัวระบบกฎหมาย
4. การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของตัวบทกฎหมายบทนั้น หมายความว่า บทกฎหมายบทนั้นโดยตัวบทเอง ณ เวลาที่มีการตีความมีวัตถุประสงค์อย่างไร โดยอาศัยหลักการตีความทั้ง 4 ประการนี้จะทำให้เราไขความลับของตัวบทกฎหมายบทนั้นได้ เราสามารถให้ความหมายของบทกฎหมายบทนั้นได้โดยการใช้หลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการนี้ประกอบกัน ซึ่งแน่นอนอาจจะมีปัญหาได้ว่าถ้าเกิดตีความตามถ้อยคำอย่างหนึ่ง ตีความตามระบบ หรือตีความตามความเป็นมาได้ผลอีกอย่างหนึ่ง ตีความโดยดูเจตนารมณ์ของผู้ร่าง ได้ผลอีกอย่างหนึ่งแต่ถ้อยคำเป็นอีกอย่างหนึ่ง ถามว่า

ที่สุดแล้วเราจะเลือกให้ความหมายของบทกฎหมายบทนั้นตามลักษณะแบบใด ซึ่งเป็นเรื่องที่ยุ้งยากมาก เป็นเรื่องที่ต้องชั่งน้ำหนักว่าเรื่องไหนมีน้ำหนักมากกว่า เช่น ถ้อยคำหมายความว่าแบบหนึ่ง แต่ดูจากระบบความเป็นมา และวัตถุประสงค์ด้วยบทกฎหมาย หมายความว่าอีกอย่างหนึ่ง ถ้าเป็นเช่นนั้นการให้ความหมายของบทกฎหมายบทนั้นอาจจะให้ความหมายตามถ้อยคำไม่ได้ แต่ต้องให้ความหมายไปตามประวัติความเป็นมาตามระบบของกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบทนั้น เรื่องนี้ไม่ใช่หลักรัฐศาสตร์ การตีความแบบนี้ที่ไม่เป็นไปตามตัวถ้อยคำนั้นเคร่งครัด ไม่ใช่หลักรัฐศาสตร์ แต่ยังเป็นเรื่องของนิติวิธีทางนิติศาสตร์อยู่ เพียงแต่เราต้องเข้าใจให้ถูกต้อง ผมจะอธิบายในแต่ละส่วนว่ามีเนื้อหาอย่างไรโดยสังเขป

การตีความตามถ้อยคำ

เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นเราต้องตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร สิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงคือตัวบทกฎหมาย ต้องเอาตัวบทกฎหมายมาดราหน้ามาอ่านเสียก่อน อย่าเพิ่งเข้าไปดูเจตนารมณ์ของผู้ร่าง ดูก่อนว่าบทกฎหมายบทนั้นเขาเขียนไว้ว่าอย่างไร พูดย่างๆ คือการเริ่มต้นในการตีความทุกครั้ง จะต้องเริ่มต้นจากการตีความตามภาษาและไวยากรณ์ นั่นคือการตีความตามถ้อยคำ แม้จะมีคนบอกว่านักกฎหมายนั้นยึดติดอยู่กับถ้อยคำ แต่เรื่องนี้ไม่ใช่ข้อซึ่งจะใช้เป็นข้อแก้ตัวว่าเราไม่อ่านกฎหมาย แล้วเรบอกว่ากฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร เริ่มต้นจากการอ่านตัวบทกฎหมายเสียก่อนว่าบทกฎหมายบทนั้นเขียนเอาไว้ว่าอย่างไร ท่านเชื่อหรือไม่ว่าถ้อยคำที่ท่านคิดว่าชัดๆ นั้นพอไปอยู่ในตัวกฎหมายแล้วที่ว่าชัดบางทีอาจจะไม่ชัด เพราะมนุษย์ถ่ายทอดกันทางภาษา ภาษาจะขึ้นอยู่เสมอ ผมยกตัวอย่างเรื่องการทำลายป่า อย่างเป็นทางการ ป่าต้องประกอบไปด้วยต้นไม้ที่ต้น ถึงจะเป็นป่า นี่ก็เป็นปัญหาที่ต้องตีความคำว่าป่า ว่าหมายความว่าอย่างไร บางทีถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายเป็นถ้อยคำทางเทคนิค ในทางวิชาการบางสาขา บางทีก็เป็นถ้อยคำทั่วไปซึ่งการใช้ถ้อยคำอย่างนี้บางครั้งผู้ร่างหรือผู้ตรากฎหมายก็คำนึงถึงโดยละเอียด

บางทีท่านก็ใช้ไปโดยที่ไม่ได้คิดถึง หรือคำนึงถึงโดยละเอียด คือใช้ไปตามความรู้สึกลึกๆในเวลานั้น พอมาถึงขั้นที่ต้องมีการตีความแล้วเมื่อเกิดข้อเท็จจริงขึ้นแล้ว ก็จะเป็นปัญหาอยู่เสมอ มีความพยายามเหมือนกันของกษัตริย์ปรัสเซียในอดีตที่จะร่างกฎหมายโดยไม่ต้องตีความ คือทำอย่างไรก็ได้ที่ไม่ต้องตีความ พอตีความแล้วเป็นปัญหาที่ต้องเถียง ก็จะเขียนกฎหมายให้ไม่ต้องตีความ ในที่สุดในปี ค.ศ. 1794 มีการออกประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรัสเซีย ปรัสเซียเป็นแคว้นใหญ่ เป็นมหาประเทศที่มีมาก่อนเยอรมัน ต่อมาก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของเยอรมัน ประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรนี้มีความยาวมากเป็นหมื่นมาตรา เพราะต้องการเขียนเพื่อไม่ให้มีการตีความ แต่ในที่สุดก็เลียงไม่พ้นก็ต้องมีการตีความแล้วยุ่งยาก เพราะยังเขียนก็ยังไม่ละเอียดมาก ยังมีปัญหาตีความมากขึ้นไปอีกเพราะขัดกันไปขัดกันมา ต่างคนก็เอามาตรานี้มา อีกคนก็เอามาตรานี้มาอ้างอิงกันไปแย้งกันมา ก็เป็นปัญหามากกว่าเดิม เพราะฉะนั้นแปลว่าการร่างกฎหมายโดยละเอียดก็ยังไม่จัดปัญหาเรื่องการตีความ เคยมีคนคิดว่าถ้าอย่างนั้นจะออกกฎหมายว่าด้วยการตีความ คือมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความออกมาเป็นหลักในการตีความกฎหมายอื่นๆ แต่ปัญหาในเบื้องต้นคือพอออกหลักเกณฑ์เรื่องการตีความมา ก็ต้องมาตีความหลักเกณฑ์ว่าด้วยการตีความอีก คือก่อนที่จะจะไปตีความกฎหมายบทนั้น คุณก็ต้องตีความ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการตีความเสียก่อน บ้านเราดีแล้วที่ไม่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความ เพราะไม่อย่างนั้นคุณต้องไปตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความก่อนว่าหมายความว่าอย่างไร แล้วค่อยเอาไปตีความอีกทีหนึ่งยิ่งปวดหัวไปใหญ่

ในแง่ของตัวกฎหมายผมเรียนว่ากฎหมายประกอบด้วยถ้อยคำ ถ้อยคำมีหลายลักษณะ ในทางวิชาการบางทีเราแยกถ้อยคำในทางกฎหมายที่เป็นถ้อยคำเชิงพรรณนา และถ้อยคำเชิงบรรทัดฐาน ถ้อยคำเชิงพรรณนา คือถ้อยคำที่บ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงในโลกของความเป็นจริง ซึ่งคนธรรมดาทั่วไปรู้จักดี ส่วนถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบในเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่อ้างอิงถึงเรื่องที่เป็นนามธรรมหรือคุณค่าซึ่งจะยุ่งยากกว่าถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบในเชิง

พรรณนา ที่นี้หลักอันหนึ่งในเวลาที่เราตีความ ผมอธิบายแบบนี้ไม่ว่าจะเป็น ถ้อยคำแบบไหน คือ คำทุกคำเป็นภาษา ในคำแต่ละคำจะมีแก่นความ และ ขอบความ ตรงนี้สำคัญมากเพราะจะส่งผลเรื่องการเทียบเคียง ซึ่งต้องห้ามใน กฎหมายอาญา ซึ่งมีแก่นความและขอบความ แก่นความคือ สิ่งที่อยู่เป็น ศูนย์กลางของตัวถ้อยคำคำนั้น เช่นคำว่าอาวุธ สิ่งที่อยู่ในความหมายที่เป็น แก่นความของอาวุธคือ มีด ปืน ซึ่งใช้ในลักษณะที่เป็นอาวุธ คำว่าปืนอยู่ ในความหมายของคำว่าอาวุธแน่นอน แต่คำว่าอาวุธอาจจะขยายออกไปได้ถึง สิ่งอื่นๆ โดยทั่วไปอาจจะไม่ได้เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่อาจจะถูกใช้เป็นอาวุธได้ เช่น จอบ หรือเสียม ซึ่งไม่ได้เรียกว่าอาวุธ แต่เวลาที่เรตีความว่าอาวุธนั้น ในบางกรณีคำว่าอาวุธถูกขยายออกไปได้รวมถึงจอบและเสียมด้วย แต่จะ ขยายออกไปอย่างไรก็ตาม คำว่าอาวุธก็จะมีขอบความ คือ สุดขอบความแล้ว พ้นไปจากนั้นไม่เป็นอาวุธ เช่น น้ำลายคงเรียกเป็นอาวุธไม่ได้ แม้เราจะมี การบอกว่าบางคนใช้น้ำลายเป็นอาวุธก็ตามแต่ในทางกฎหมายนั้น คำว่าน้ำลาย ได้ออกไปพ้นจากขอบความของคำว่าอาวุธแล้ว จะขยายความถ้อยคำนั้น ออกไปแค่ไหนก็ตามจะไม่ไปครอบคลุมของสิ่งๆ นั้น ผมยกตัวอย่างเช่น คำว่าสุนัข หรือคำว่าหมา ก็จะมีหมาหลายสายพันธุ์จะเป็นพันธุ์ไหนก็ตามอยู่ ในความหมายของคำว่าหมาหรือสุนัข แต่ถ้าสิ่งๆ นั้นหรือสัตว์ตัวนั้นเป็นหมี จะตีความอย่างไรก็ตามตีความคำว่าหมาหรือสุนัขให้กว้างแค่ไหนก็ตาม ก็ไม่ ครอบคลุมคำว่าหมี เพราะฉะนั้นๆ คำๆ นี้คืออยู่นอกขอบความของถ้อยคำนั้น แล้วก็ไม่สามารถเอามาใช้โดยตรงได้ อย่างดีที่สุดคือเอามาเทียบเคียงใช้ ซึ่ง ต้องห้ามในทางกฎหมายอาญา

ในแง่ของถ้อยคำที่ใช้อยู่ในกฎหมายมีอยู่หลายกรณีที่ถ้อยคำนั้น เป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป ถ้อยคำเหล่านี้อาจจะปรากฏในกฎหมาย มหาชนจำนวนไม่น้อย ทั้งในทางกฎหมายปกครอง และในรัฐธรรมนูญ คือ ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการทั่วไป ถ้อยคำแบบนี้ในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ก็มีในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พูดถึงว่า บุคคลต้องใช้สิทธิโดยสุจริต หรือให้สันนิษฐานไว้ว่าบุคคลนั้นกระทำการโดยสุจริต

หลักสุจริตจึงเป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการ ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป บางกรณีก็จะมีถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เช่น จัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี มีความหมายว่าอย่างไรคำนี้ การกระทำแบบไหนที่เรียกว่า จัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เรียกได้ว่าแทบจะหาคำนิยามความหมายยากมาก ในเวลาที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญหรือผู้ร่างกฎหมายใช้ถ้อยคำอย่างนี้ เขาใช้ถ้อยคำในลักษณะที่เปิดเปิดหมายความว่า เขาปล่อยให้ผู้ที่ตีความนั้นใช้ดุลพินิจในการที่จะให้ความหมายของคำๆ นี้ ว่าหมายความว่าอย่างไร โดยคำนึงถึงสภาพข้อเท็จจริงคือเปิดให้กฎหมาย ไม่แข็งกระด้างและไม่ตายตัว นี่ไม่ใช่เรื่องรัฐศาสตร์แต่เป็นเรื่องเทคนิคในการเขียนกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น เพราะในบางกรณี เราไม่สามารถไปเห็นอนาคตได้ หรือล่วงรู้ได้ว่าจะเกิดอะไรขึ้น เราจึงบัญญัติหลักที่เป็นถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปขึ้นมาวางไว้ ถ้อยคำแบบนี้ปกติก็จะเป็นปัญหาให้ถกเถียงกันอยู่เสมอและจะเป็นคติความขึ้นสู่ศาลเป็นประจำ เราสังเกตได้เลยว่าคติความที่ขึ้นสู่ศาลนั้นถ้าเถียงกันว่าหมายความว่าอย่างไรในถ้อยคำอย่างนี้มักจะสู้กันถึงศาลสุดท้าย การกระทำเช่นนี้ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีหรือไม่ กรณีนี้ถือว่าเป็นอาการที่มีสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจหรือไม่ อีกฝ่ายหนึ่งบอกที่น่ารังเกียจ อีกฝ่ายหนึ่งไม่น่ารังเกียจ พวกนี้ก็จะเถียงกันและขึ้นถึงศาลที่เป็นศาลสูงสุดอยู่เสมอ ผมเรียนว่าในทางวิชาการ การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำแบบนี้พึงระมัดระวัง ผู้ร่างต้องคิดให้ดีด้วยเพราะว่าการบัญญัติแบบนี้เท่ากับยกเอาอำนาจในการตีความไปอยู่ที่ฝ่ายตุลาการ อำนาจของผู้พิพากษาที่เข้ามาตีความถ้อยคำเหล่านี้จะมากกว่าปกติ เพราะว่าตัวถ้อยคำมีความหมายที่ไม่แน่นอน หรือไม่เฉพาะเจาะจงนั่นเอง

พอเราเห็นเรื่องของถ้อยคำแล้วต้องดูว่าตัวถ้อยคำนั้นมีพลังของคำที่อาจจะตีความแบบแคบ หรือตีความแบบกว้าง ที่เรียกว่าตีความแบบขยายความ ถ้อยคำ ขยายความออกไปที่ถ้อยคำแล้วการตีความแบบขยายความนั้นขยายอย่างไรก็ตามก็ต้องไม่เกินไปจากขอบความของถ้อยคำ เราต้องคิดเสียก่อนว่าเบื้องต้นสิ่งๆ นั้นอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่ ซึ่งบางทีก็มีปัญหาอยู่

และก็เป็นปัญหาเรื่องการตีความเป็นประจำ อย่างไรก็ตามในทางกฎหมายอาญา ถ้าสิ่งๆ นั้นอยู่นอกความหมายของตัวถ้อยคำแล้วก็จะไม่สามารถเอามาใช้ได้ ปัญหาคือ การตีความกฎหมายนั้น ถ้าตัวถ้อยคำชัดเจนในตัวของตัวเอง เราจำเป็นต้องไปดูหรือต้องไปพิจารณาการตีความในลักษณะอื่นอีกหรือไม่ นี่คือปัญหา ถ้าชัดเจนแล้ว ในอดีตมักจะมีการสอนกันว่า ถ้าถ้อยคำนั้นมีความชัดเจนแล้ว ไม่ต้องมีการตีความ คำสอนอย่างนี้ก็ยังปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยว่าของอันนี้ชัดเจนไม่ต้องตีความหรอก ต้องหมายความว่า อย่างนี้แน่นอน ไม่สามารถเถียงเป็นอย่างอื่นได้ คำอธิบายอย่างนี้มีมา ตั้งแต่อดีต และจริงๆ อาจจะชวนให้เข้าใจว่าน่าจะเป็นคำอธิบายที่ถูกต้องด้วย ว่าถ้าถ้อยคำชัดเจนแล้วไม่ต้องดูอะไรอีก ใช้ตามถ้อยคำนั้นเลย สิ่งๆ หนึ่งที่บ่งชี้ว่าคำอธิบายนี้น่าจะถูกต้อง ซึ่งเดี๋ยวผมจะบอกว่าถูกหรือไม่ ก็คือ บทบัญญัติในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าหลักทั่วไปในการใช้กฎหมายเอาไว้ว่า กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เขาใช้คำว่าหรือ คือ “ต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” ประมาจารย์ทางนิติศาสตร์ก็ได้สั่งสอนกันมาว่า เวลาที่จะต้องตีความกฎหมายให้ตีความตามถ้อยคำเสียก่อน ต่อเมื่อตีความตามถ้อยคำไม่ได้หรือถ้อยคำไม่มีความชัดเจนแล้ว จึงไปตีความตามเจตนารมณ์หรือตามความมุ่งหมาย ก็สอนกันมาอย่างนี้โดยตลอด เดียวนี้ลองไปเปิดตำราการตีความกฎหมายบางเล่มก็ยังเขียนกันอยู่อย่างนี้อยู่ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ต้องอภิปรายกัน เพราะผมเห็นว่าคำสอนอย่างนี้น่าจะมีปัญหาและน่าจะไม่ต้องจริง ๆ แล้วที่กฎหมายเขียนเอาไว้อย่างนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งฯ มาตรา 4 เขียนไว้อย่างนั้น ไม่ได้หมายความว่าถ้าถ้อยคำชัดเจนแล้ว ไม่ต้องดูเจตนารมณ์หรือไม่ต้องดูอะไรเลย ไม่ใช่ เพราะถ้าตีความอย่างนี้จะมีปัญหาอย่างอื่นตามมา คือ ถ้าเอาตัวถ้อยคำบางที่ถ้อยคำก็ชัดเจน แต่ถ้าใช้กฎหมายตามถ้อยคำผลจะประหลาดอย่างยิ่งก็รับไม่ได้ในทางกฎหมาย เพราะฉะนั้นหลักที่ถูกต้องคือในการตีความนั้นเราเริ่มต้นจากตัวถ้อยคำ

ก็จริงอยู่ แต่เวลาตีความต้องดูเจตนารมณ์ประกอบด้วยเสมอไม่ว่าถ้อยคำนั้นจะชัดเจนอย่างไรก็ตาม เป็นไปไม่ได้เลยที่เราจะให้ความหมายของบทกฎหมายนั้นโดยดูแต่ถ้อยคำของกฎหมาย เรื่องนี้ความจริงวันนี้ถ้าผมมาพูดโดยที่ไม่ได้มีใครมาพูดก่อนผมก็อาจจะเป็นเรื่องความเห็นหรือเป็นเรื่องที่อาจเถียงกัน แต่ผมขออ้างปรมจารย์ทางกฎหมายท่านหนึ่ง คือ ท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์ เดิมที่ท่านก็อธิบายและสอนอย่างนี้ว่า กฎหมายต้องตีความตามถ้อยคำก่อนถ้าถ้อยคำชัดก็จบไปตามนั้นไม่ต้องไปดูเจตนารมณ์ไม่ต้องไปดูความมุ่งหมายใดๆ ท่านก็สอนอย่างนี้มา จนกระทั่งเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2528 ในการอภิปรายคราวหนึ่งเรื่องการตีความกฎหมายอาญา ท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์ ได้เปลี่ยนความเห็น คือท่านอภิปรายในวันนั้นว่า ท่านได้นั่งคิดและไตร่ตรองดูแล้วและพบไม่นานมานี้ว่า ไม่น่าจะถูก ในการตีความกฎหมายนั้นก็ต้องตีความตามถ้อยคำประกอบกับเจตนารมณ์ แม้ถ้อยคำจะชัดเจนแล้วก็ต้องไปดูความมุ่งหมายและเจตนารมณ์อยู่ดีว่า หมายความว่าอย่างไรกันแน่ ท่านอาจารย์ จิตติ ดิงศกัทธิย์ ได้พูดเรื่องนี้เอาไว้ในปี พ.ศ. 2528 ในตอนที่ท่านอภิปรายเรื่องการตีความกฎหมายอาญา และเมื่อท่านอธิบายอย่างนี้แล้วทำให้ผมมั่นใจในคำอธิบายที่ผมได้อธิบายมากขึ้นว่าท่านปรมจารย์ในทางนิติศาสตร์ในช่วงปลายชีวิตท่านก็ได้อธิบายในทิศทางแบบนี้ เพื่อแก้ความเข้าใจผิดที่ปรากฏอยู่ในวงการกฎหมายไทย แก่ความคับแคบของนักกฎหมายว่าเรายึดติดอยู่กับตัวถ้อยคำโดยที่ไม่สนใจเรื่องเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาที่ผมจะกล่าวต่อไปและจะเป็นอีกข้อหนึ่ง คือ ในอดีต เวลาที่เราตีความกฎหมายเราจะยึดติดอยู่กับถ้อยคำโดยไม่สนใจเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาในวันนี้สภาพการณ์ของบ้านเมืองอาจจะต่างไปแล้ว วันนี้เวลานี้ผมดูการตีความกฎหมายบางทีก็โดยนักกฎหมาย นักวิชาการที่ปรากฏอยู่ในสื่อหน้าหนังสือพิมพ์ต่างๆ บางทีเราไปอีกข้อหนึ่ง คือเราไปอ้างเจตนารมณ์หรืออ้างความมุ่งหมายของผู้ร่างโดยที่ไม่สนใจตัวถ้อยคำ บางทีไม่ได้อ่านเลยว่ากฎหมายเขียนว่าอย่างไรก็ไปบอกว่าผู้ร่างต้องการอย่างนี้ แต่ตัวกฎหมายไม่ได้เขียน

ว่าอย่างนั้นเลย เรื่องนี้ก็ผิดอีก คือในการตีความกฎหมายจะละเลยส่วนใดส่วนหนึ่งมิได้ ถ้านักกฎหมายถูกตำหนิมาก ๆ ว่าพวกคุณยึดติดกับถ้อยคำนักกฎหมายก็เลยเลิกไม่สนใจถ้อยคำ ไม่สนใจบทมาตราของกฎหมาย สนใจผลของกฎหมาย สนใจเรื่องผลของการตีความ เรื่องเจตนารมณ์เป็นหลัก ละเลยตัวถ้อยคำ ซึ่งอันตรายนี้อันตรายเหมือนกันเพราะไม่มีอะไรยึดเป็นหลัก เพราะฉะนั้นหลักในเบื้องต้นคือ ต้องยึดจากตัวบทก่อน เพียงแต่ว่าเราไม่ได้ยึดติดอยู่กับตัวถ้อยคำอย่างเดียว พุดง่าย ๆ คือ เราเดินในทางสายกลาง ไม่ได้ไปในช่วงใดช่วงหนึ่ง ที่นี้มีปัญหาอีกอย่างหนึ่งว่า ความหมายของถ้อยคำคือภาษาเหมือนกับสายน้ำ เพราะไม่นิ่ง คือผันแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา ภาษาที่เราพูดกันในวันนี้ก็ไม่เหมือนกับภาษาไทยที่เราพูดกันในร้อยปีหรือสองร้อยปีก่อน คำบางคำก็ตายไปแล้ว บางคำก็เป็นคำที่เกิดขึ้นใหม่ แต่ว่ากฎหมายที่บัญญัติมา ถ้าไม่ถูกยกเลิกก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่ คือกฎหมายอาจจะนอนหลับได้แต่ไม่เคยตาย นี่เป็นสุภาษิตกฎหมาย เมื่อถึงคราวที่ต้องเอามาใช้บทกฎหมายนั้นก็จะป็นวัตถุที่ต้องถูกตีความ ปัญหาก็คือว่าในเวลาระหว่างที่ตรากฎหมายกับเวลาที่ตีความห่างกันมากบางทีอาจจะห้าสิบปี-เจ็ดสิบปี ในต่างประเทศทำนุรฐธรรมนูญของอเมริกา เป็นสองร้อยปี ก็ยังใช้ตัวบทอันเดิมเป็นวัตถุในการตีความ ถ้ามว่าเวลาที่เรตีความอย่างนี้จะทำอย่างไร เราจะใช้ความหมายของถ้อยคำในเวลาทีตีความหรือเวลาที่มีการตรากฎหมายนั้น ๆ เท่าที่ผมได้ค้นคว้ามาพบว่า เวลาที่เราจะหาความหมายของตัวถ้อยคำในทางภาษา วัตถุของการตีความจะเอาถ้อยคำในเวลาใดนั้นจะต้องดูจากลักษณะของถ้อยคำก่อน ว่าถ้อยคำนั้นเป็นศัพท์เทคนิคหรือเป็นถ้อยคำสามัญ ถ้าเป็นศัพท์เทคนิคและสงสัยว่าเป็นอะไรกันแน่ โดยหลักแล้วต้องถือเอาความหมาย ณ เวลาที่มีการตรากฎหมาย เพราะต้องถือว่าในเวลานั้นความเข้าใจในเรื่องนี้ของผู้เชี่ยวชาญด้านนั้นเป็นอย่างนั้น แต่ถ้าเป็นถ้อยคำสามัญหรือถ้อยคำธรรมดาทั่วไปที่คนธรรมดาเข้าใจกันก็ต้องถือตามความเข้าใจทั่วไปในเวลาที่มีการตีความ ไม่ใช่เวลาที่มีการร่าง หรือมีการตรารัฐธรรมนูญหรือตรากฎหมาย เรื่องนี้ต้องแยกกัน ถ้ามว่าอะไรคือเหตุผลทำให้เราต้องให้ความหมายของถ้อยคำแบบนี้

คำตอบคือ ถ้อยคำสามัญเราต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของคนที่อยู่ภายใต้กฎหมายหรือภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญวางเกณฑ์เอาไว้อย่างหนึ่ง สมมติว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้ไปอีกหลายสิบปี ผ่านไปสัก 30 ปี มีปัญหาเรื่องนักการเมืองยื่นหรือไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินฯ แล้วเถียงกันว่า คำๆ นั้นหมายความว่าอย่างไร ก็ต้องเอาคำตามความเข้าใจในคอนั้นแหละ ว่าคนตามธรรมชาติสามัญทั่วไปเข้าใจว่าอย่างไรก็เอาตามนั้นเป็นหลัก ไม่ได้เอาตอนที่มีการร่างกฎหมายหรือมีการตรากฎหมาย เอาตอนที่มีการใช้กฎหมายเป็นสำคัญ เพราะว่าการซึ่งอีก 30 ปีข้างหน้าย่อมไม่รู้หรือกว่าเมื่อ 30 ปีก่อน คุณตรากฎหมายต้องการให้หมายความว่าอย่างไร เขาก็รู้ในบริบทในปัจจุบันเป็นอย่างนั้นเอง นั่นก็เป็นข้อสังเกต เรื่องของการตีความตามถ้อยคำ แปลว่า ในเบื้องต้น เราตีความรัฐธรรมนูญ เราก็หยิบรัฐธรรมนูญมาและอ่านว่าตามถ้อยคำนี้หมายความว่าอย่างไรก่อน เราจะได้ความหมายเลาๆ หรืออาจจะได้ความหมายที่ชัดเจนแล้ว แต่เรายังสรุปไม่ได้ว่าบทกฎหมายบทนี้ต้องมี ความหมายเช่นนั้น ต้องดูไปอีกต่อไป

การตีความตามระบบ

ต่อไปผมขอหยิบยกเรื่องการตีความตามระบบมาพูดก่อน แล้วดูประวัติความเป็นมา หลังจากที่เราดูถ้อยคำแล้วเราก็มาดูการตีความตามระบบกฎหมาย การตีความในลักษณะนี้สำคัญมาก ผมอยากยกตัวอย่างที่ผมชอบใช้เป็นประจำเพราะเห็นว่าเห็นภาพได้ง่าย ผมอธิบายอย่างนี้คือ บทมาตราหนึ่งก็เหมือนกับใบไม้ใบหนึ่งในป่า รัฐธรรมนูญก็อาจจะจะเป็นต้นไม้ต้นหนึ่ง เป็นต้นไม้ใหญ่ในป่าใหญ่ คือระบบของกฎหมายแล้วก็มีตัวกฎหมายอื่นๆ อีกมากมาย กรณี พ.ร.บ. ฉบับหนึ่ง เมื่อเราร่างขึ้นมาแล้ว ตัวอย่างเช่น ตัว พ.ร.บ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเมื่อร่างขึ้นมาก็เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งในบรรดากฎหมายมากมายในระบบกฎหมาย ซึ่งจะมีกฎหมายระดับรองลงไปอีกรวมๆ กันแล้วก็เป็นหมื่น อันนี้ประกอบกันขึ้นถ้าเทียบก็คือเป็นป่าใหญ่ป่าหนึ่ง เพราะฉะนั้นบทบัญญัติมาตราหนึ่งก็เปรียบเสมือนใบไม้ใบหนึ่ง มีปัญหาว่าเวลา

ที่เราตีความมาตราหนึ่ง หยิบรัฐธรรมนูญขึ้นมาแล้วอ่านรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่ง เราสามารถดึงเอามาตรานั้นออกมาหลุดลอยออกมาจากมาตราอื่นๆ แล้วนั่งพิจารณาพิจารณาแล้วตีความได้หรือไม่ คำตอบคือ แม้จะทำได้ แต่อาจได้ผลที่ไม่ถูกต้อง เหมือนกับเราเอาใบไม้ใบหนึ่งออกจากป่าๆ หนึ่งมานั่งที่บ้าน หรือเด็ดจากต้นไม้ต้นหนึ่งแถบสแกนดิเนเวียแล้วเอามาที่ประเทศไทยและเอามันงู ดู เราก็ก็นั่งใบไม้ใบนั้นแต่เราจะไม่เข้าใจ เพราะเราไม่เห็นบริบทที่แท้จริง เพราะฉะนั้นในแง่ของการตีความ สิ่งหนึ่งที่ต้องคำนึงก็คือ เมื่อเราอ่านความหมายตามถ้อยคำแล้วสิ่งที่จะต้องทำต่อไปคือต้องไปดูว่าบทกฎหมายบทนั้นอยู่ในกฎหมายฉบับใด อยู่ในบริบทไหน มาตราที่มาก่อนหน้ามาตราที่เป็นวัตถุแห่งการตีความเขียนว่าอย่างไร มาตราที่อยู่ถัดมาเขียนว่าอย่างไร บทบัญญัติบทนี้อยู่ในหมวดใด ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวดใด หัวหมวดเขียนเอาไว้ว่าอย่างไรก็จะคุมความในหมวด เรื่องนี้จะทำให้เราเห็นนัยของตัวระบบกฎหมาย ผมเรียนว่าการตีความตามระบบนั้นมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการตีความกฎหมายเกิดผลอันประหลาด คือตีความไปแล้วไม่รับกันหรือไม่สอดคล้องกับตัวกฎหมายทั้งระบบ เราเรียกว่าตัวกฎหมายทุกบทมาตราซึ่งร้อยเรียงและเชื่อมโยงกันเป็นคุณค่าอันหนึ่งในระบบกฎหมาย เพราะฉะนั้นการตีความกฎหมายมาตราหนึ่งนั้นจึงไม่สามารถที่จะละเลยบริบทที่เกี่ยวข้องได้เลย ในบริบทของกฎหมายมีอยู่ 2 อย่าง คือ บริบทภายนอก คือสิ่งที่เราเห็นจากรูปลักษณ์ภายนอกว่ามาตรานี้อยู่ตรงไหนอยู่ในหมวดใด บรรพใด กฎหมายฉบับใด เป็นกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายมหาชนมีกฎหมายข้างเคียงที่เป็นเครื่องมือตีกันบ้างอย่างใดบ้าง สิ่งนี้คือบริบทภายนอก ส่วนบริบทภายใน คือ คุณค่าที่เป็นคุณค่าพื้นฐานของตัวบทบัญญัตินั้นๆ ดังนั้นเรื่องการตีความรัฐธรรมนูญอาจจะมีกฎหมายและมโนทัศน์สำคัญด้วย

ผมยกตัวอย่างเมื่อไม่นานมานี้ก็มีคนถามคำถามเรื่องว่าคนต่างชาติจะมีสิทธิเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือมีสิทธิตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าหรือไม่ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าเดิมก็คือ 30 บาท รักษาทุกโรค ตอนนี้เป็นรักษาฟรีทุกโรค เขาไปอ้างในตัวกฎหมายนั้นใช้คำว่า

บุคคล ที่ว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิ ปัญหาคือว่าบุคคลในกฎหมายนั้นหมายความว่าอย่างไร คนก็มาพูดถึงตัวรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติอยู่เรื่องหนึ่งคือ เรื่องสิทธิ ห้าหมวดพูดถึงสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย อยู่ในหมวด 3 รัฐธรรมนูญปี 2550 ก็อยู่ในหมวด 3 พูดถึงสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ในหมวดนี้ก็มีบทบัญญัติหลายมาตราขึ้นต้นด้วยคำว่าบุคคล เช่น บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลต่างๆ อะไรทำนองนี้ ปัญหาคือ คำว่าบุคคลหมายความว่าอย่างไร อ่านจากตัวถ้อยคำก็อาจจะยังไม่ค่อยชัดเจนว่าหมายความว่าอย่างไร เพราะว่าในทางกฎหมายบุคคลก็มีทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล นิติบุคคลก็มีทั้งนิติบุคคลในระบบกฎหมายเอกชน บริษัท ห้างร้าน และนิติบุคคลในระบบกฎหมายมหาชน เช่น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ บรรดากระทรวง กรม มหาวิทยาลัยต่างๆ ถ้าถามว่าคำว่าบุคคลตรงนี้หมายความว่าอย่างไรกันแน่ และยิ่งไปกว่านั้นก็คือ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดา หมายถึงเฉพาะคนไทยหรือหมายถึงคนต่างชาติด้วย หรือหมายถึงคนซึ่งไม่มีสัญชาติด้วย นี่จะเป็นปัญหามากเลยในแง่ของการตีความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเวลาที่มีปัญหาเรื่องการตีความสิทธิและเสรีภาพ ในแง่นี้ต้องดูจากระบบ ระบบอาจจะช่วยเราในระดับหนึ่ง แต่อาจจะช่วยเราไม่หมด

ในรัฐธรรมนูญพูดถึงเรื่องสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยถ้าอ่านจากตัวนี้จะได้คำตอบอย่างหนึ่งว่าสิทธิที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเอาไว้ในเบื้องต้นบุคคลต่างๆ ก็คือคนไทย เพราะฉะนั้นบรรดาคนต่างชาติโดยปกติเขาก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองในบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องสิทธิและเสรีภาพ ตามหมวด 3 เพราะหมวด 3 ห้าหมวดขึ้นต้นว่า สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย แต่ว่าอาจจะยังไม่พอเพราะว่าในที่สุดก็อาจจะมีปัญหาถึงบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งที่อยู่ตอนต้นในรัฐธรรมนูญ พูดถึงเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง อยู่ในมาตรา 4 คราวนี้เขาก็จะอ้างอย่างนี้ว่า เขาเป็นชาวต่างชาติไม่ใช่บุคคลในความหมายของบทบัญญัติในหมวด 3 ในรัฐธรรมนูญ เพราะหมายถึงคนไทย แต่เขาบอกว่าเขาได้รับความคุ้มครองเรื่องศักดิ์ศรี

ความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 4 ซึ่งเรื่องนี้แม้อยู่นอกหมวดเรื่องเสรีภาพของชนชาวไทย แต่โดยอ้างหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็ต้องไปตีความ พ.ร.บ. เรื่องหลักประกันสุขภาพฯ ให้เขาได้มีสิทธิได้เข้ารับการรักษายาบาลโดยไม่เสียเงินด้วย มีนักกฎหมายบางท่านที่ต่อสู้เรื่องสิทธิมนุษยชนพยายามที่จะให้ความหมายในลักษณะทำนองนี้ว่า คนต่างชาติก็ได้รับสิทธิการรักษาพยาบาลเหมือนคนไทย ผมก็บอกว่าไม่น่าจะใช่ เหตุผลคือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เขาคุ้มครองจริง การคุ้มครองนั้นเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน นี่คือการคุ้มครองมนุษย์ทุกคน ไม่สนใจว่าเป็นคนไทยหรือคนต่างชาติ แต่การคุ้มครองสิทธินี้ต้องทำความเข้าใจในระบบของสิทธิอีก ในหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ มีทั้งสิทธิในทางบวกและในทางลบ หรือในทางปฏิเสธและปฏิฐาน สิทธิในทางปฏิเสธ คือ สิทธิที่จะป้องกันไม่ให้อำนาจรัฐเข้ามาก้าวล่วงสิทธิของตัว เช่น เสรีภาพในเคหสถาน สิทธิในชีวิต รัฐเข้ามาก้าวล่วงไม่ได้ พวกนี้บางกรณีก็เป็นสิทธิมนุษยชนด้วย ซึ่งรัฐก็ต้องคุ้มครองด้วยโดยไม่คำนึงว่าเขาเป็นคนไทยหรือคนต่างชาติ แต่บางกรณีโดยสภาพของสิทธิก็เป็นสิทธิที่สงวนไว้ให้คนสัญชาติไทย ผมมีความเห็นว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพ คนต่างชาติไม่มีเหมือนที่คนไทยมี คนต่างชาติจะอ้างเสรีภาพแบบเดียวกับคนไทยโดยอ้างรัฐธรรมนูญไม่ได้ เลยไปถึงเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจจะเป็นปัญหาเพราะเป็นเรื่องของรัฐ นโยบายต่าง ๆ เข้ามา เราจึงสามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนต่างชาติได้ แต่คนไทยถ้าจะต้องเข้าเหตุตามรัฐธรรมนูญกำหนดอย่างนี้เป็นต้น แต่ว่าสิทธิอีกอย่างหนึ่งคือสิทธิในทางบวก หรือ ในทางปฏิฐาน คือสิทธิในการที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการในสิ่งที่ เป็นประโยชน์กับตัว สิทธิพวกนี้โดยปกติเขาให้เอาไว้เฉพาะกับคนที่มีความสัมพันธ์กับรัฐโดยเฉพาะคือคนสัญชาติไทย เพราะฉะนั้นคนต่างชาติจะมาเรียกร้องสิทธิในการรักษายาบาลแบบเดียวกับคนไทยไม่ได้ อย่างมากที่สุดก็เรียกร้องได้ในเรื่องที่เป็นเรื่องมนุษยธรรม ที่ทำไปเพื่อมนุษยธรรมเท่านั้นในโลกนี้ก็เป็นอย่างนี้ ผมก็ให้ความหมายแบบนี้ไป ท่านที่เป็นนักสิทธิมนุษยชนก็บอกว่าผมใจร้าย ใจร้ายก็คือว่า เห็นหรือไม่ว่าคนต่างชาติเขาไม่มีสิทธิรักษา

พยาบาล ผมบอกว่าเรื่องนี้เป็นปัญหาเรื่องนโยบาย ถ้าเราเห็นว่ากรณีนี้จะขยายความคุ้มครองไว้ให้กับคนต่างชาติ ก็เป็นเรื่องที่รัฐสภาจะต้องไปออกกฎหมายให้ชัดเจน ขยายความคุ้มครองไป แต่เมื่อตัวระบบเป็นแบบนี้ แปลว่าเจตจำนงมีอยู่เท่านั้น คุณก็ขยายไปไม่ได้เพราะว่าไปกระทบกับระบบงบประมาณ ระบบต่างๆ มากมาย ก็ต้องเอาคนที่เป็นคนสัญชาติไทยก่อน คนต่างชาติก็ช่วยเหลือตามหลักมนุษยธรรม แต่จะมาอาศัยสิทธิเรียกร้องไม่ได้ เรื่องสิทธิ หมายความว่า คุณมีหน้าที่ต้องรักษาผมนะ ท่านเป็นคนไทยถ้าท่านไปโรงพยาบาลของรัฐ ท่านมีสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายเพื่อให้เขารักษา แต่ถ้าท่านเป็นคนต่างชาติท่านย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิเรียกร้องดังกล่าวในระนาบเดียวกับคนไทยได้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติให้สิทธิท่านไว้อย่างชัดเจน อันนั้นก็คือตีความในเชิงระบบ ซึ่งก็อาจจะช่วยให้ทำความเข้าใจได้ แน่ในอนาคตจะช่วยให้เราทำความเข้าใจได้ไม่หมดหรอกแต่อาจจะบอกคำตอบหลายๆ ของความหมายของบทกฎหมายบทนั้น

นอกจากตัวอย่างข้างต้นแล้ว อาจมีปัญห่อื่นเกี่ยวพันอีก เช่น เรื่องของบุคคล ในบทบัญญัติเรื่องสิทธิ ผมถามว่าสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นบุคคลอย่างเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เรื่องนี้ก็ต้องตีความ หั้วหมวดพูดถึงเรื่องของชนชาวไทย คำว่าชนชาวไทย หมายความว่าคนธรรมดา คำว่าบุคคลในที่นี้ในเบื้องต้นต้องหมายถึงคนธรรมดา อาจจะมีบางกรณีที่เหมาะสมถึงนิติบุคคลได้ ถ้าเป็นนิติบุคคลมหาชน เช่น มหาวิทยาลัยอาจอ้างเสรีภาพทางวิชาการได้ อย่างไรก็ตาม แม้คำว่าบุคคล ในมาตรา 28 โดยหลักจะหมายถึงบุคคลธรรมดา แต่ในหลายกรณีก็อาจจะขยายความถึงนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนได้ด้วยตราบทที่เขามีสิทธิที่จะมีได้โดยสภาพเหมือนบุคคลธรรมดา

นี่เป็นกรณีที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน แต่ถ้าเกิดผู้ร่างรัฐธรรมนูญวางบทบัญญัติตรงนี้ไว้ชัด คือใช้ถ้อยคำไม่เหมือนกัน เช่น ถ้าเป็นสิทธิของคนไทยก็เขียนว่าเป็นบุคคลธรรมดาคนไทย มีสิทธิอะไรบ้าง หรือถ้าเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชนก็เขียนว่าคนทุกคนมีสิทธิ เรื่องนี้ก็จะแยกระหว่างสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนได้ชัดเจน ซึ่งในรัฐธรรมนูญเราไม่ได้แยก

บทบัญญัติเรื่องสิทธิเราไม่ได้แยก ก็จะเป็นปัญหาเรื่องตีความ แต่ถ้าในชั้นของการยกร่างรัฐธรรมนูญมีการแยกอย่างนี้ชัด ก็จะมีปัญหาเรื่องการตีความน้อย หรือพูดของเรื่องนี้ติบุคคลเอาไว้ด้วยให้ชัด ว่านิติบุคคลในกฎหมายมหาชนจะอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้แค่ไหนเพียงใด เรื่องนี้ก็จะแก้ปัญหานั้นชั้นของการตรารัฐธรรมนูญ แต่ถ้าไม่มีก็เป็นเรื่องของการตีความ ก็ต้องอาศัยหลักการตีความตามระบบ เข้ามาช่วย

ในแง่ของการตีความตามระบบมีข้อสังเกตและเป็นปัญหาใหญ่คือ การตีความกรณีที่บทบัญญัติขัดกัน เราอาจจะเผชิญอยู่บ่อย ๆ ว่ามี พ.ร.บ. 2 ฉบับเขียนเอาไว้คนละอย่าง คำถามกรณีนี้คุณจะตีความอย่างไร คำตอบคือในการตีความตัวกฎหมายนั้นเรื่องที่ต้องดูตามระบบด้วยว่าถ้าเขียนเอาไว้คนละอย่างก็ให้ดูว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายเฉพาะ กฎหมายใดเป็นกฎหมายทั่วไป ก็ใช้กฎหมายเฉพาะก่อน หรือดูว่ากฎหมายใดออกมาก่อนกฎหมายใดออกมาทีหลัง สิ่งนี้ก็จะช่วยได้ อีกเรื่องหนึ่งที่จะพูดถึงการตีความตามระบบคือว่า เราถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นสิ่งที่วางคุณค่าพื้นฐานในการอยู่ร่วมกันวางกติกาพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคม การตีความกฎหมายอื่นๆ ที่เป็นพระราชบัญญัติจึงต้องตีความไปในทิศทางที่ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ นี่เป็นหลัก เพราะถ้าตีความได้สองนัย อันหนึ่งตีความแล้วขัดรัฐธรรมนูญ อันหนึ่งตีความแล้วไม่ขัด โดยถ้อยคำอาจจะไปได้สองทางก็ได้ ถ้อยคำอาจจะบ่งชี้หนักไปในทางที่ตีความแล้วขัดมากกว่า ถ้ามาใช้การตีความตามระบบมาช่วยก็จะง่าย เราจะต้องเลือกเอาการตีความในทิศทางที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ คือตีความให้กฎหมายนั้นใช้ได้ในการอบรัฐธรรมนูญให้ความหมายเท่าที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นในเวลาที่เราตีรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยกรณีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก่อนที่จะยืนยันว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ บางทีเป็นปัญหาเรื่องการตีความ คือศาลรัฐธรรมนูญอาจจะให้ความหมายได้เหมือนกันในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติอันนี้ถ้าตีความแบบนั้นขัดรัฐธรรมนูญจะตีความแบบนั้นไม่ได้ จะต้องตีความไปในทิศทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและถ้าสามารถตีความกฎหมายบทนั้นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ก็จะ

ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ นี่เป็นเทคนิคในการให้ความหมายของบทกฎหมายในคำวินิจฉัย ผมยกตัวอย่างเรื่องหนึ่งจำเลขคำวินิจฉัยไม่ได้ กรณีการยื่นเรื่องทนายความคนหนึ่งเป็นโรคโพลิโอจะไปสมัครสอบเป็นผู้พิพากษา แล้วคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ไม่รับสมัคร ความจริงการไม่รับสมัครของ ก.ต. ซึ่งมีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งในทางระบบจะต้องถูกตรวจสอบได้ในทางกฎหมาย ก็ต้องฟ้องได้ ต้องฟ้องศาลปกครอง แต่มี พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองยกเว้นเอาไว้ว่า การใช้อำนาจ ของ ก.ต. ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เขาก็เลยไม่สามารถฟ้องได้ว่าคำสั่งของ ก.ต. ที่ไม่รับสมัครเขาชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ต่อศาลปกครองได้ ก็จะกลับมาฟ้องที่ศาลยุติธรรม แต่ว่า ก.ต. ก็เป็นระดับบนของศาลยุติธรรม จะวินิจฉัยให้เป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ ผู้ฟ้องคดีคงไม่แน่ใจ ที่สุดเขาเลยเลือกหนทางส่งเรื่องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยบอกว่า พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการตุลาการฯ ขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ที่ให้ดุลพินิจกับ ก.ต. ในการที่จะไม่รับสมัครบุคคลเอาไว้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความว่า บทบัญญัตินั้น ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะมีบทบัญญัติที่พูดถึงเรื่องว่าบุคคลที่มีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญบอกว่ากรณีนี้เป็นเรื่องดุลพินิจของ ก.ต. จริงๆ เรื่องนี้ในผลเฉพาะในกรณีนี้ คำวินิจฉัยนี้อาจจะไม่ถึงขนาดผิด แต่ในแง่ของเทคนิคการให้เหตุผลผมคิดว่าอาจมีปัญหานิดหน่อย เรื่องนี้ในทางที่ดีเวลาศาลให้เหตุผลในการบอกว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดหรือไม่ขัดรัฐธรรมนูญโดยเหตุที่รัฐสภา ใช้ถ้อยคำที่ค่อนข้างกว้าง สภาพร่างกายไม่เหมาะสมนั้น ศาลอาจจะเลือกให้ความหมายว่า คำว่ามีสภาพร่างกายไม่เหมาะสม จะต้องตีความไปถึงขนาดว่า มีสภาพร่างกายที่ไม่เหมาะสมถึงขนาดไม่สามารถปฏิบัติงานในฐานะผู้พิพากษาได้ ไม่ใช่แค่มีบุคลิกภาพที่อาจจะไม่เหมาะสมในความหมายที่ว่าเดินตัวไม่ตรงเพราะคนที่เป็นโพลิโอเดินตัวตรงไม่ได้ ไม่ถึงอย่างนั้น แต่หมายถึงว่าต้องถึงขนาดที่ว่า บุคลิกอันนั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้พิพากษาไม่ได้ ถ้าอย่างนั้นก็เป็นการให้ความหมายของกฎหมายลึกลงไป และถ้าตีความแบบนี้ก็ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเกิดว่าผู้ที่ตีความไปตีความ ความหมายของกายไม่เหมาะสม กว้างไป

ไปเอาถึงบุคลิกภาพต่างๆ หลายอย่างมาประกอบกฎหมายนี้จะขัดรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นศาลก็เลือกที่จะให้ความหมายในแบบที่ตีความอย่างนี้แล้วไม่ขัด ก็ให้ความหมายแบบนั้น ในชั้นของการทำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเองซึ่งมีอำนาจที่จะบอกได้หรือให้ความหมายได้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็เคยให้ความหมายว่า บทกฎหมายบทนี้ต้องตีความในทิศทางแบบนี้จึงจะไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ว่าถ้าคุณตีความไปนอกเหนือจากที่ศาลรัฐธรรมนูญวางเอาไว้ พ้นออกไปจากตรงนี้จะขัดรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าตีความอย่างนี้กฎหมายนี้ไม่ขัด ยังอยู่ในระบบกฎหมายได้และใช้ได้ แต่อาจจะมีความหมายบางฉบับซึ่งจะตีความอย่างไรก็ขัด อย่างนี้ศาลก็ต้องยืนยันประกาศความไม่ชอบรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับนั้น เรื่องนี้ก็เป็นเทคนิคหนึ่งในเรื่องของการตีความ ว่าก่อนที่จะไปสู่ Conclusion หรือข้อสรุป ว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องพยายามตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเสียก่อน ก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงตัวรัฐธรรมนูญ ให้รัฐธรรมนูญนั้นลงมามีความหมายในชีวิตจริง ๆ เวลาที่มีการใช้กฎหมาย

ถ้าเราผ่านเรื่องการตีความในเชิงระบบแล้ว อีกเรื่องหนึ่งที่ผมจะพูดในบริบทในทางการเมืองซึ่งอาจจะเป็นปัญหาเรื่องความเห็นก็ได้ คือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือในพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันขัดกันเอง เป็นปัญหาคือเป็นไปได้ที่เวลาผู้ร่างกฎหมาย บางทีกฎหมายยาว ตอนต้นร่างอย่างหนึ่ง ตอนท้ายออกมาอีกแบบหนึ่ง เป็นไปได้และออกมาเป็นกฎหมายแล้ว แปลว่ามีความไม่สม่ำเสมอในกฎหมายนั้น คำถามคือในเชิงของการตีความ ฟังตีความไปอย่างไร เพราะว่าขัดกัน จริง ๆ ผมเรียนอย่างนี้ว่าในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญมีปัญหาเรื่องหนึ่งที่ไม่มีการพูดกันในระบบกฎหมายไทย เรื่องนี้เป็นเรื่องใหม่ แต่ว่าในหลายประเทศก็ยังไม่มีการพูดกัน คือปัญหาที่ว่ารัฐธรรมนูญ เอารัฐธรรมนูญปี 2550 มีจำนวนทั้งหมด 309 มาตรา ปัญหาคือ ทั้งจำนวน 309 มาตรามีค่าบังคับในทางกฎหมายเท่ากันทุกมาตราหรือไม่ นี่เป็นปัญหาแรก ถ้าเรบอกว่าทั้งจำนวน 309 มาตรานี้มีค่าบังคับทางกฎหมายไม่เท่ากันอาจจะมีบางมาตราที่มีค่าบังคับสูงกว่า เพราะฉะนั้นมาตราที่มีค่าบังคับต่ำกว่าไปขัดกับที่มีค่าบังคับสูงกว่า อาจจะใช้ไม่ได้ แต่นี้เป็นเรื่องใหญ่มากเป็นเรื่องที่ต้องศึกษา

ในทฤษฎีว่าในระบบรัฐธรรมนูญเป็นไปได้อาจหรือไม่ว่ามีคุณค่าบางอย่างสูงกว่ารัฐธรรมนูญของเรา ผมเรียนว่าตั้งแต่ปี 2540 และ 2550 บัญญัติเอาไว้โดยนัยหรือโดยทำนองที่ว่าอาจจะมีบางเรื่องสูงกว่าแต่ไม่ค่อยชัด ที่ผมพูดอย่างนั้นเพราะว่าในรัฐธรรมนูญมีการห้ามแก้ไขเอาไว้ ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญใช้คำว่าห้ามยื่นญัตติเสนอขอแก้ไข ในกรณีที่การแก้ไขนั้นเป็นการแก้ไขที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เรื่องนี้เสนอไม่ได้ตามมาตรา 291 วรรคสอง เขาห้ามเสนอญัตติแบบนี้ ผมเคยถามนักศึกษาอยู่เล่นๆ เวลาที่สอนหนังสือว่า เอาอย่างนี้ได้หรือไม่ คนเสนอ เสนอญัตติขอลบมาตรา 291 วรรคสองไปก่อน เพื่อไม่ให้มีการห้ามเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เลิกเรื่องนี้นี่ก่อนครึ่งหนึ่ง พอเลิกเสร็จก็ไม่มีเรื่องนี้แล้ว และก็ไม่มีอะไรห้ามเพราะฉะนั้นก็เสนอเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เสนอเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง นักศึกษาก็กลั่นเล บางคน ก็บอกว่าได้ บางคนบอกว่าไม่ได้ แต่ความเห็นผม ผมว่าทำอย่างนั้นไม่ได้ เหตุผลก็เพราะว่าผู้จัดทำรัฐธรรมนูญต้องการยกคุณค่าอันนี้ให้สูงเป็นพิเศษ ไม่ต้องการให้มีการแก้ไข ความจริงเรื่องนี้เขียนให้ง่ายกว่านี้ก็ไม่ได้ เขียนว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลเลย ไม่ต้องพูดญัตติขอเสนอแก้ไข เขียนลงไปตรงๆ ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะกระทำมิได้ ที่นี้พอผู้จัดทำรัฐธรรมนูญไปเขียนว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมจะเสนอไม่ได้ เขาก็บอกว่าเขาจะไม่ขอเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติม เขาเสนอญัตติลบวรรคนี้เสียก่อน ก็จะเป็นปัญหาถกเถียงตามมาอีก แต่ด้วยความมุ่งหมายแล้วเขาไม่ต้องการให้แก้ แปลว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยในรัฐที่เป็นราชอาณาจักรกับรูปของรัฐเดียว แก้ในวิถีทางรัฐธรรมนูญไม่ได้ ทำได้อย่างเดียวคือฉีกรัฐธรรมนูญทิ้ง คือเลิกรัฐธรรมนูญนั้น

แต่อย่างที่ผมเล่าให้ฟังก็มีปัญหาว่าแล้วคุณค่าในรัฐธรรมนูญเท่ากันหรือไม่ ซึ่งบ้านเรายังไม่พูดกัน แต่แม้ว่าปัญหานี้เป็นปัญหาที่ยังยากในทฤษฎีซึ่งยังไม่ยุติก็ตาม แต่อันหนึ่งน่าจะยุติตรงกัน ยุติอย่างไร คือ ถ้ารัฐธรรมนูญเขียนเอาไว้แบบนี้ แปลว่ารัฐธรรมนูญยกคุณค่าเรื่องการปกครองระบอบประชาธิปไตย เรื่องรัฐที่เป็นราชอาณาจักร และความเป็นรัฐเดี่ยว สูงขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อประกันหลักตรงนี้ เพราะฉะนั้นการตีความรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มิมีบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคล จึงต้องเป็นการตีความให้สอดคล้องกับคุณค่าอันเดียวกัน อาจจะมีบางมาตราที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ เขียนระบุลงไปเพื่อจำกัดสิทธิหรือตัดสิทธิอะไรบางอย่าง แต่ว่าเมื่อถึงคราวที่ต้องมีการตีความแล้ว อาจจะเป็นไปอย่างที่ไม่ได้ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญต้องการไม่ได้ เพราะถ้าเป็นอย่างนั้น คุณค่าในรัฐธรรมนูญก็จะขัดกันเอง ประเด็นตรงนี้เป็นเรื่องใหญ่ที่เป็นเรื่องที่เราจะพูดกันเรื่องของคุณค่า หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย ที่อยู่รัฐธรรมนูญต้องเป็นหลัก บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะต้องถูกตีความให้ไปสนับสนุนหลักการพวกนั้น มีปัญหาในเรื่องพรรคการเมือง เรื่องยุบพรรคที่เดียวกันอยู่ตอนนี้ มีอาจารย์ที่คณะผมก็แบ่งออกเป็นสองฝ่ายที่เห็นเรื่องนี้ไม่ตรงกันและผมกับเพื่อนอาจารย์ก็ออกแถลงการณ์ เรื่องของการตีความบทบัญญัติตรงนี้ว่าควรจะตีความอย่างไร ว่าคนๆ หนึ่งทำผิดแล้ว ถ้าคนอื่นไม่รู้ด้วยนำไปสู่การยุบพรรคหรือไม่ ที่ต้องตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้บทบัญญัติมาตรา 237 ดำรงอยู่ได้ในทางกฎหมายในทางรัฐธรรมนูญ แต่ให้ความหมายในเชิงการตีความในอีกลักษณะหนึ่งเป็นอย่างนั้น เรื่องนี้ต้องระวังเราใช้เทคนิคในการตีความเรื่องนี้ค่อนข้างน้อยในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงก่อนๆ ที่ผ่านมาหลักพวกนี้ได้ถูกนำมาใช้ในคำวินิจฉัยยังไม่ค่อยละเอียดแต่ถ้าเกิดว่าเราเอาหลักพวกนี้มาใช้โดยละเอียดในเชิงของการตีความ ระบบจะเข้าที่เข้าทางมากขึ้น จะมั่นคงมากขึ้นในแง่ของตัวรัฐธรรมนูญ พุดง่าย ๆ คือเป็นการตีความที่สนับสนุนความมั่นคงของตัวรัฐธรรมนูญด้วย มั่นคงในแง่ที่ว่าทำให้หลักการที่เป็นคุณค่าอันนี้ปรากฏขึ้นเป็นจริงโดยผ่านคำวินิจฉัย

การตีความตามประวัติความเป็นมา

เราได้พูดไปแล้ว 2 ประการ คือ การตีความตามถ้อยคำ และการตีความตามระบบ เรามาดูเรื่องการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย หรือรัฐธรรมนูญ ผมเรียนอย่างนี้ว่าไม่ยากเท่าไร และบ้านเราก็ไม่ต้องห้าม หมายความว่า เวลาที่เราจะค้นหาความหมายของตัวกฎหมาย หรือรัฐธรรมนูญก็ได้ สิ่งที่จะช่วยเราคือเราต้องย้อนกลับไปตอนที่มีการตรา หรือร่างรัฐธรรมนูญ ว่ามีอะไรเกิดขึ้น ในเวลานั้นเกิดอะไร และตัวผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นต้องการอะไร อาจจะไปได้ในรายงานการประชุม การอภิปรายของบ้านเราก็คือการอภิปรายของ สสร. ในชั้นของการร่างรัฐธรรมนูญว่าในมาตรานี้ สสร. ซึ่งทำรัฐธรรมนูญในเวลานั้นท่านเหล่านั้นได้อภิปรายเอาไว้ว่าอย่างไร มีบทสรุปอย่างไร ก็เป็นเครื่องช่วยในการหาความหมายของตัวบท แต่ไม่ใช่ไปสัมภาษณ์ สสร. ในเวลาที่มีปัญหาให้ต้องตีความ การตีความตามประวัติความเป็นมานั้นหมายถึงการย้อนกลับไปดูรายงานการประชุม เอกสารในเวลานั้นว่าเรื่องนั้นพูดเอาไว้ว่าอย่างไร ไม่ใช่ผ่านไป 10 ปีแล้วเกิดปัญหาขึ้นเหมือนกับที่สือมวลชนชอบ คือไปถามท่านผู้ร่างว่าท่านมีความเห็นอย่างไร ท่านผู้ร่างรัฐธรรมนูญแต่ละท่านเห็นอย่างไรรันนั้น เป็นความเห็นส่วนตัวของแต่ละท่าน ซึ่งอาจจะไม่เหมือนกัน ไปถามแต่ละคนผมก็เจอมาประจำ คือร่างมาเหมือนกัน แต่ตอบไม่เหมือนกัน ซึ่งเรื่องนี้จะช่วยในการให้ความหมายรัฐธรรมนูญไม่ได้ เราจะต้องเอาสิ่งซึ่งท่านเหล่านั้นอภิปรายเอาไว้ ที่อันตรายในการทำแบบนี้คือเมื่อเกิดปัญหาขึ้นที่เป็นรูปธรรม การตอบคำถามของท่านผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะตอบคำถามโดยดูข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเวลานั้น ซึ่งในตอนร่างไม่มีเราจึงไม่สามารถเชื่อถือการตอบหรือการให้ความเห็นแบบนี้ได้ร้อยเปอร์เซ็นต์ แต่คำอภิปรายในชั้นร่างต่างหากนั่นคือความประสงค์หรือเจตจำนงของท่านเหล่านั้นที่ท่านร่างในมทราชนั้นในเวลานั้นท่านมุ่งหมายว่าอย่างไร เพราะฉะนั้นการค้นหาความหมายจึงต้องกลับไปในเวลานั้น คนๆ เดียวกันเวลาพูดเมื่อสิบปีก่อนพูดอย่างหนึ่ง อีกสิบปีถัดมาพูดอย่างหนึ่ง ถ้าเราต้องการค้นหาความหมายประวัติความเป็นมาของตัวรัฐธรรมนูญต้องไปเอาตอนสิบปีที่แล้ว ถามว่า

แล้วความเห็นอีกสิบปีให้หลังไม่มีความหมายเลยหรือ ก็มีความหมายควรแก่การรับฟังในฐานะที่เป็นทัศนะส่วนบุคคลของบุคคลนั้นที่มีอยู่ต่อบทกฎหมายบทหนึ่ง เช่น ความเห็นของผมที่มีต่อรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่ง ก็มีค่าเป็นเพียงความเห็นหนึ่งในทางกฎหมาย ไม่ได้มีสภาพบังคับ วัดกันด้วยน้ำหนักเหตุผลในทางวิชาการว่าใครมีน้ำหนักดีกว่า แต่ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย คนที่จะทำให้ความเห็นนั้นมีสภาพบังคับทางกฎหมายคือศาลหรือผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะทำให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือในพระราชบัญญัตินั้นมีความหมายทางกฎหมายอย่างไร

ในแง่ของการพิเคราะห์ประวัติความเป็นมา ผมเรียนอย่างนี้ว่า เราดูเอกสารที่มีการบันทึกเอาไว้ในชั้นการยกร่างกฎหมายหรือการยกร่างรัฐธรรมนูญอีกเรื่องหนึ่งที่เป็นสิ่งที่ดีที่จะทำให้ท่านค้นหาความหมายของกฎหมายก็คือ ท่านต้องเปรียบเทียบร่าง อย่างเช่นรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 นี้ มีร่างรับฟังความคิดเห็น และร่างที่นำมาออกเสียงประชามติ ท่านต้องเอามาเปรียบเทียบกันว่าตอนแรกที่ท่านผู้ร่างยกขึ้นเป็นอย่างไร และมีความเปลี่ยนแปลงอย่างไร ลองสังเกตว่ามีการเปลี่ยนถ้อยคำอะไรหรือไม่ สิ่งนี้จะช่วยเราในการจะค้นหาว่ามีความมุ่งหมายบางอย่างซ่อนอยู่ในการเปลี่ยนแปลงนั้น เทคนิคในการตีความอย่างนี้ก็เป็นเทคนิคที่ผมใช้อยู่เป็นประจำเวลาที่มีปัญหายุ่งยากในการตีความ ตีความเรื่องสัญญาทางปกครองใน พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ หมายความว่าอย่างไร ผมก็ย้อนกลับไปดูว่าร่างแรก ตอนที่เขายกร่างเข้าสู่รัฐสภาเขาเขียนว่าอย่างไร และก็สังเกตเห็นความเปลี่ยนแปลงในการยกร่างเป็นลำดับ ผ่านสภาผู้แทนราษฎร แก่ถ้อยคำอันหนึ่ง พอมาถึงวุฒิสภา ก็แก่อีกทีหนึ่งและกลับไปสภาผู้แทนราษฎร มีการกลับไปกลับมาแล้วสุดท้ายได้ความตามที่ปรากฏอยู่เป็นตัวบท สิ่งนี้ช่วยให้เราเห็นพัฒนาการของการยกร่างกฎหมาย จะช่วยเราในการที่ทำให้เราเข้าใจความหมายของบทกฎหมายบทนั้น สิ่งนี้จะทำให้เราตีความกฎหมายได้ละเอียดยิ่งขึ้น และมีเหตุผลสนับสนุนมากยิ่งขึ้น พอที่ศาลเวลาศาลท่านพิพากษาคดีท่านให้เหตุผลไปจากฐานของประวัติความเป็นมาได้ด้วย ไม่ใช่ไม่ได้ การอ้างอิงประวัติความเป็นมา

นั้นไม่ต้องห้ามในระบบกฎหมายของเรา แต่ในบางประเทศต้องห้าม ในอังกฤษ ในอดีตต้องห้ามไม่ให้ไปคู่สิ่งที่อยู่นอกกฎหมาย รายงานความเป็นมาเขาไม่เอา เขาเอาตัวกฎหมายอย่างเดียว แต่ของเราไม่ต้องห้ามในระบบประมวลทำได้ทั้งนั้น อะไรที่เป็นเครื่องมือช่วยให้เราค้นหาความหมายของกฎหมายได้หมายความว่าอย่างไร เอามาได้หมด แต่ต้องเอามาซึ่งน้ำหนัก

การตีความตามวัตถุประสงค์

การตีความอีกวิธีหนึ่งคือการตีความตามวัตถุประสงค์ คือ ดูที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายสิ่งนั้นในทางภาวะวิสัย คือดูตัวของมันเองในเวลาที่ดีความ ตัวมันมีวัตถุประสงค์อย่างไร ไม่ใช่เรื่องของคนร่าง ดูตัวกฎหมายเลย ในทางกฎหมายเราเรียกทฤษฎีอำเภการณ์ คือดูจากตัวความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั้น ๆ ถือว่าบทกฎหมายบทหนึ่งมีชีวิตความเป็นอยู่ของมันเอง แยกออกจากตัวคนร่างแล้ว ที่นี้การค้นหาวัตถุประสงค์ของตัวกฎหมายนั้น บางทีก็ไปค้นหาจากบันทึกท้ายตัวกฎหมายนั้นแหละ แต่บางทีก็ช่วยอะไรได้ไม่เยอะ กรณีรัฐธรรมนูญเราอาจจะดูจากคำปรารภ แต่ว่าคำปรารภของรัฐธรรมนูญบางทีก็ไม่ได้ช่วยอะไรเรามากเท่าไร อาจจะช่วยได้ในระดับหนึ่ง และนี่เป็นข้อสังเกตในการเขียนคำปรารภ ถ้าท่านทั้งหลายลองไปเปรียบเทียบคำปรารภรัฐธรรมนูญไทยกับของต่างประเทศจะเห็นความไม่เหมือนกัน คำปรารภของรัฐธรรมนูญไทยเกือบทุกฉบับเท่าที่ผมได้อ่านดู จะปรารภย้อนไปในอดีตว่าเกิดอะไรขึ้นถึงทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ขึ้นมา แต่คำปรารภของรัฐธรรมนูญที่โดดเด่นของโลกหลายฉบับ เช่น อเมริกา เยอรมัน เวลาเขาปรารภ เขาปรารภมุ่งไปข้างหน้า เขาต้องการอะไร ต้องการให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไปสู่อะไร เขาต้องการให้ประเทศเขาเป็นอย่างไร ไปอ่านคำปรารภของรัฐธรรมนูญอเมริกาก็จะเห็น ในฐานะที่เป็นประชากรของอเมริกาเขาต้องการอะไร หรือคำปรารภของรัฐธรรมนูญเยอรมันปี ค.ศ. 1949 หลังแพ้สงครามเขาก็จะบอก หรือเขียนเพื่อทำให้โลกนี้มีสันติภาพ มีสันติสุข เพื่อหลีกเลี่ยงสิ่งซึ่งเป็นข้อผิดพลาดในอดีตจึงสร้างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ขึ้นมาและมีอุดมการณ์พื้นฐานตรงรัฐธรรมนูญ เรื่องนี้

รัฐธรรมนูญเราจะไม่มี นี่เป็นเครื่องบ่งชี้หรือสะท้อนอย่างหนึ่งในแง่ของตัวรัฐธรรมนูญของเรา

ทีนี้ตัววัตถุประสงค์ในเบื้องต้นคือกฎหมายแต่ละฉบับก็จะมีวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ถ้าท่านหาตัววัตถุประสงค์เฉพาะไม่เจอ กฎหมายทุกฉบับจะต้องมีวัตถุประสงค์ทั่วไป วัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมายคือ การรับใช้ความยุติธรรมและความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย นี่คือวัตถุประสงค์พื้นฐานของกฎหมาย ท่านสังเกตว่าผมใช้สองคำคือ ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในระบบกฎหมาย กับความยุติธรรม ทั้งสองอย่างนี้บางทีขัดกันได้ ผมยกตัวอย่าง นี่อาจจะเป็นปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ยกตัวอย่างในตัวรัฐธรรมนูญกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็จะบอกให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว อยู่ในมาตรา 211 วรรคสามของรัฐธรรมนูญ 2550 หมายความว่า ถ้าศาลจะใช้กฎหมายในคดี แล้วศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งก็ให้ส่งเรื่องไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ แล้วถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติฉบับนั้นหรือบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทกฎหมายนั้นก็ใช้ไม่ได้ แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใช้ได้ ในคดีทั้งปวงแต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ก็จะมีปัญหาเถียงกันถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไปทำให้เกิดผลอะไรขึ้น ถ้าเราลองดูจะพบอย่างนี้ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลในระบบของกฎหมาย คือ ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร ผูกพันศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด สภาผู้แทนราษฎร รัฐสภา ผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไป สิ่งที่ปรากฏในคำวินิจฉัยก็จะกลายเป็นเกณฑ์ผูกมัดองค์กรของรัฐ ถ้าวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ผลก็เท่ากับว่ากฎหมายใช้ไม่ได้ ปัญหาคือ การที่กฎหมายนั้นใช้ไม่ได้นั้น ใช้ไม่ได้มาตั้งแต่เมื่อไร สิ่งนี้จะเป็นปัญหาอยู่เสมอ และในรัฐธรรมนูญก็จะไม่เขียน บางทีผู้ร่างก็อาจจะไม่ได้นึกเลยไปถึงว่าที่ใช้ไม่ได้นั้น ใช้ไม่ได้ตั้งแต่เมื่อใด บ้านเราก็อธิบายกัน

ว่า ใช้ไม่ได้ หมายถึงใช้ไม่ได้ตั้งแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย ก่อนหน้าที่ศาลจะวินิจฉัยนั้นใช้ได้ นี่เป็นความเห็นข้างมากในระบบกฎหมาย ผมเห็นไม่ตรงกับความเห็นส่วนใหญ่ในเรื่องนี้ ดูจากที่รัฐธรรมนูญเขียนและพิเคราะห์ประกอบกับความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ กับความยุติธรรม ดูในเรื่องนี้ก็จะเห็นในเชิงการตีความว่าบทบัญญัติมาตรา 211 วรรคสาม เขาพยายามที่จะประสานหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักความยุติธรรมเข้าด้วยกัน หมายความว่าอะไร หมายความว่าถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไปว่าพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าคดีนั้นจบแล้วถึงที่สุดแล้วไม่กระทบ แต่ถ้าคดีก็ตามค้างอยู่ในศาลหรือยังไม่เกิดเป็นคดีขึ้นสิ่งนี้กระทบหมด หมายความว่าศาลจะเอากฎหมายมาใช้ในคดีไม่ได้ ถ้ามีคดีแบบนี้เหมือนกันเกิดขึ้นอยู่ 5 คดีในศาลจะใช้ไม่ได้ ถามว่าทำไมเราต้องตีความแบบนี้ คำตอบคือถ้าเราตีความว่าคำวินิจฉัยใช้ไม่ได้มาตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยก็แปลว่ากฎหมายที่มีมาก่อนหน้านั้นยังใช้ได้เสมอ ผมตีความในทางกลับกันว่า จริง ๆ แล้วคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่บอกว่ากฎหมายใช้ไม่ได้ สิ่งนี้ผมมีความเห็นตรงข้ามกับนักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่ ผมเห็นว่าใช้ไม่ได้มาตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎหมาย ถึงมีการเขียนมาตรา 211 วรรคสามรองรับว่า ไม่กระทบถึงคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้ว คือถึงแม้จะใช้ไม่ได้ตั้งแต่ก่อนหน้านั้นแต่ถ้าเรื่องไหนจบแล้ว เขาไปประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะให้จบไปไม่ไปยุ่งเกี่ยว แต่ถ้ายังไม่จบ ก็จะกระทบหมด และผมก็ตีความต่อไปว่าถึงแม้รัฐธรรมนูญจะเขียนว่าไม่กระทบคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้ว ผมก็หมายถึงคำสั่งทางปกครองที่จบไปแล้วด้วย พุดง่าย ๆ คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรไปกระทบกระเทือนถึงสิทธิและหน้าที่ในระบบกฎหมายที่มั่นคงแน่นอนแล้วเกิดขึ้นจากคำพิพากษาศาลหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จบไปแล้ว บังคับการไปเรียบร้อยแล้ว ถ้าศาลรัฐธรรมนูญตัดสินอะไรไป ไม่ให้ใครเอามาอ้างให้กระทบ แต่นับจากวันที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินไปข้างหน้า กรณีใดที่เรื่องยังไม่จบอ้างได้หมด โดยถ้อยคำผม ถึงบอกว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

น่าจะย้อนกลับไปในอดีต คือกฎหมายนั้นจริงๆ คือใช้ไม่ได้ เพราะออกมาโดยขัดกับหลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตั้งแต่วันออกเลย เพียงแต่ว่าศาลยังไม่ชี้ ยังไม่มีใครชี้ พอวันที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ก็ย้อนกลับไปแล้วว่าอะไรที่จบไปแล้ว จบไป ระบบกฎหมายไม่ไปยุ่ง เขาก็ประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

ความจริงมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เราเถียงกันเรื่องการตรวจสอบกฎหมายในระบบของเราว่าตรวจสอบเนื้อหา หรือตรวจสอบรูปแบบ และการตรวจสอบในลักษณะดังกล่าวต้องกระทำก่อนหรือหลังการประกาศใช้กฎหมาย บ้านเราอธิบายกันอย่างนี้ว่า ถ้าเป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมาย ตรวจสอบได้ทั้งรูปแบบและเนื้อหา รูปแบบหมายถึงกระบวนการ ตราเนื้อหา ก็คือเนื้อหาของกฎหมายนั้น แต่ถ้าเป็นการตรวจสอบหลังประกาศใช้กฎหมาย ตรวจสอบได้เฉพาะเนื้อหาอย่างเดียว การตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมายทำได้ทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติธรรมดา รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็เขียนเอาไว้และแยกความแตกต่างของสองเรื่องนี้ด้วยในเชิงการตรวจสอบ ถ้าเป็นการตรวจสอบหลัง ก็มีการตรวจสอบโดยศาลส่งไป หรือยื่นเรื่องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินหรือผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ศาลส่งไปตามมาตรา 211 ไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยติดกันและโดยถ้อยคำ ก็ชัดเจนว่าคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 6 ซึ่งโดยทั่วไปก็เข้าใจกันว่าหมายถึงการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าเนื้อหาของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่การณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งหรือคณะกรรมการสิทธิฯ ส่ง รัฐธรรมนูญจะใช้คำว่า “มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ที่นี้บ้านเราเวลาอธิบายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เราก็จะอธิบายว่าต้องหมายถึงเนื้อหานั้นแหละที่มีปัญหาความชอบ ไม่ได้หมายถึงกระบวนการตรามีปัญหาความชอบ เราจึงบอกว่ากระบวนการตราเมื่อผ่านมาแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วตรวจสอบไม่ได้ หลายคนบอกว่ากลัวว่าจะไปกระทบกับความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ แต่จริงๆ มาตรา 211 วรรคสาม รองรับเอาไว้ ถึง

ศาลรัฐธรรมนูญจะบอกว่ากฎหมายนี้ไม่ชอบแล้วตกไป สิ่งที่จบไปแล้วไม่กระทบ แต่ถ้ายังไม่จบก็กระทบหมด แล้วก็ควรจะกระทบด้วย และผมตั้งคำถามง่ายๆ ว่าระบบควบคุมตรวจสอบกฎหมายบ้านเราไม่สมบูรณ์ตรงนี้ ถ้าเป็นฟ้องเพิกถอนกฎ กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง พระราชกฤษฎีกา ถ้าไปฟ้องที่ศาลปกครอง ก็ประกาศแล้ว ศาลปกครองเขาดูทั้งกระบวนการตรา แล้วดูทั้งเนื้อหา ต้องประกาศใช้กฎแล้ว ดูกระบวนการตรา และดูเนื้อหา แต่พอเราบอกว่า เป็นพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว คุณดูได้แต่เนื้อหาอย่างเดียว รูปแบบหรือกระบวนการตราดูไม่ได้ ประชาชนจะตั้งคำถามง่ายๆ แต่ก็ตอบเขายาก เขาบอกว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กระทบสิทธิเขา ในทางเนื้อหาไม่มีอะไรขัดรัฐธรรมนูญ แต่คุณออกมาโดยกระบวนการตราที่ไม่ชอบแล้วเราสามารถเอากฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราที่ไม่ชอบไปเป็นเครื่องมือของฝ่ายรัฐในการกระทบสิทธิบุคคลได้อย่างไร นี่เป็นปัญหาน่าสนใจ ที่นี้เราไม่ได้ตั้งคำถามแบบนี้

ผมเรียนอย่างนี้เรื่องควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คิดไม่เหมือนกัน ฝรั่งเศสเขาไม่ควบคุมหลังประกาศใช้เลย เขาควบคุมก่อนประกาศใช้ เหตุผลมาจากตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส เขาบอกว่าอำนาจอธิปไตยของปวงชนสูงสุด เพราะฉะนั้นเมื่อรัฐสภาออกกฎหมายมาแล้วไม่ควรให้ฝ่ายตุลาการคือศาลไปทบทวนกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาได้อีก เพราะฉะนั้นทำอะไร จะตรวจสอบอะไรก็ทำให้เสร็จก่อนที่จะมีการประกาศใช้ กฎหมายฝรั่งเศสคิดแบบนี้ ซึ่งเขามีเหตุผลของเขา แต่ฝรั่งเศสก็ประสบปัญหาแบบนี้เพราะบางทีไม่ได้ตรวจสอบก่อนประกาศใช้ เมื่อกฎหมายใช้บังคับแล้ว คนก็บอกว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ แต่ไม่สามารถตรวจสอบได้อีก ทุกวันนี้ฝรั่งเศสมีปัญหาเรื่องนี้เยอรมันคิดไม่เหมือนกัน เยอรมันไม่มีระบบควบคุมตรวจสอบก่อนประกาศใช้ (เว้นแต่เป็นกรณีเกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ) แต่ควบคุมหลังประกาศใช้อย่างเดียว เพราะเขามองว่าขั้นตอนก่อนประกาศใช้กฎหมาย กระบวนการตรากฎหมายยังไม่เสร็จ ศาลรัฐธรรมนูญไม่พึงเข้าไปยุ่งเกี่ยวในขั้นตอนของกระบวนการตรากฎหมาย เขาจึงไม่ให้ตรวจสอบ เขาจึงให้ตรวจสอบหลังจากที่

ประกาศใช้กฎหมายแล้ว เยอรมันตรวจสอบทั้งกระบวนการตราและเนื้อหาบ้านเราเอาทั้งสองแบบ เอรระบบควบคุมตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมายของฝรั่งเศสมา เอรระบบควบคุมตรวจสอบหลังประกาศใช้กฎหมายของเยอรมันมา แต่ระบบควบคุมหลังประกาศใช้กฎหมายในตอนแรกเราใช้เรื่องศาลส่งเรื่องเราจำกัดเฉพาะเนื้อหา พอปี 2540 เอรระบบผู้ตรวจการแผ่นดินเข้ามาใช้ให้ส่งเรื่องมาศาลรัฐธรรมนูญ เราก็มองไม่ได้คิดกัน ผมเข้าใจว่าอภิปรายเรื่องนี้ก็ไม่ละเอียด เพราะถ้อยคำใช้ว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็เลยเป็นถ้อยคำเปิดว่าเราจะตีความอย่างไร ตีความในเชิงระบบ ซึ่งก็ไปได้ไม่ใช่ไปไม่ได้ เพียงแต่นักกฎหมายไทยกลัวว่า ถ้าเกิดศาลรัฐธรรมนูญบอกว่ากระบวนการตราขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายจะเสียเลย แล้วก็กลัวว่าจะกระทบกับสิ่งอื่นๆ ตามมา แต่ปัญหาคือรัฐสภาก็จะไม่ระมัดระวังในการตรากฎหมายนี้ก็จะไม่มีทางแก้ ข้างหน้าอาจจะคิดกันว่าระบบควบคุมตรงนี้จะทำอย่างไร ถ้าความเห็นผมเห็นว่าถ้าประกาศใช้แล้วก็ควบคุมได้ ถ้าผ่านเรื่องของผู้ตรวจการฯ หรือเรื่องของคณะกรรมการสิทธิฯ ซึ่งจะไม่ตรงกับความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญที่ท่านเคยวินิจฉัยเรื่องนี้เอาไว้ แต่ถ้อยคำก็เปิดให้เถียงกันได้เหมือนกันทั้งสองทาง เพราะว่าความไม่สมบูรณ์ในเชิงระบบของตัวรัฐธรรมนูญของเรา ซึ่งเราจะเห็นต่อไปอีกว่ารัฐธรรมนูญปี 2550 เรื่องนี้เป็นปัญหาเรื่องการตีความตามระบบเหมือนกัน คือเรื่องที่ทำให้ประชาชนฟ้องคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ มาตรา 212 บุคคลถูกละเมิดสิทธิมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าบัพัญญติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ เราก็บอกว่าการใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ผมเข้าใจว่าสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญก็คงจะปวดหัวอยู่เหมือนกันว่าจะต้องยกร่างตัวพระราชบัญญัตินี้ขึ้นมาจะร่างกันอย่างไร ผมอ่านแล้วก็มึน คือความจริงเรื่องนี้เป็นเรื่องเขาเรียกว่าการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ จริงๆ ที่เขาทำกันในต่างประเทศคือเขาจะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ไปตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่ไปกระทบสิทธิบุคคล แล้วหมดหนทางเยียวยา ผมยกตัวอย่างในเยอรมันสมมติว่าเวลาที่คนมีการฟ้องคดีกันในศาล และกฎหมายที่ศาลใช้ขัดกับ

รัฐธรรมนูญ เขาไม่มีบทบัญญัติแบบมาตรา 211 แต่ของเรา คือถ้าคู่ความแย้งว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญเขาไม่บังคับให้ศาลส่ง ศาลในคดีมีดุลพินิจจะไม่ส่ง เขาถือว่าผู้พิพากษาในแต่ละศาลมีความรู้ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นถ้าเกิดทนายความอ้าง คู่ความอ้างว่า ขัด ศาลบอกว่าให้ระมัดระวัง ไม่ขัด เขาไม่ส่ง เขาให้เกียรติแก่ผู้พิพากษาในแต่ละศาลที่จะวินิจฉัยได้เองว่าสมควรจะส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่ากรณีที่คู่ความอ้าง ไม่เป็นกรณีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศาลก็ดำเนินกระบวนการพิจารณาไปและตัดสิน คดีก็ขึ้นศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ไม่ส่งเรื่องไปศาลรัฐธรรมนูญอีก คดีก็อาจจะขึ้นไปศาลฎีกา ศาลฎีกาไม่ส่งเรื่องไปศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่ใช้กฎหมายนั้นตัดสินคดี พอจบที่ศาลฎีกาแล้ว และศาลฎีกาบอกไม่ส่ง เขาต้องใจว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญ ทำไมศาลฎีกาเอากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตัดสินลงโทษเขา ในระบบเยอรมันจึงเปิดให้มีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ คือหมดหนทางเยียวยาแล้ว เขาจึงให้บุคคลคนนี้ไปร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ว่า คำพิพากษาของศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด หรือศาลสูงสุดอื่นใดขัดรัฐธรรมนูญ เพราะตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และคราวนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะมาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัตินี้ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เขาออกไปในขั้นตอนนั้น สิ่งนี้คือหนทางที่ทำให้ประชาชนเข้าถึงศาลรัฐธรรมนูญได้โดยกระบวนการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ หรือบางทีก็เป็นเรื่องคำสั่งทางปกครองก็ได้ และหมดหนทางเยียวยาแล้วเขาก็อาจจะไปศาลรัฐธรรมนูญได้เหมือนกัน คือกว้างกว่า มาตรา 212 ของเราเยอะมาก ที่นี้มาตรา 212 ของเราตอนเขียนเขียนไม่รับกันเพราะว่าเรามีมาตรา 211 คือกรณีที่บ้านเราตั้งแต่อดีตมีปัญหาว่าเมื่อก่อนบ้านเราให้ศาลเห็นเองแล้วศาลส่ง และศาลไม่ยอมส่งคู่ความก็เลยไปไม่ถึงศาลรัฐธรรมนูญ และเราไม่มีระบบที่ให้อุทธรณ์คำพิพากษาสูงสุดไปศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วย เราก็เลยมาแก้ปัญหาแบบไทยคือ ถ้าคู่ความโต้แย้งให้ศาลส่ง เพราะฉะนั้นคดีระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญจะมีหนทางปกติมาศาลรัฐธรรมนูญได้เกือบจะทั้งหมด เพราะฉะนั้นเมื่อเขียน มาตรา 212 ขึ้น

มาแล้วที่ใช้แทบจะไม่มี หรือน้อยมากเลย ผมนึกถึงตัวอย่างที่จะให้ใช้จริงๆ แทบจะไม่มีเพราะว่าโดยระบบต้องสิ้นหนทางเยียวยา เพราะถ้าไม่สิ้นหนทางเยียวยาคดีจะหลั่งไหลเข้ามาที่ศาลรัฐธรรมนูญมากมาย ขนาดในเยอรมันเขียนเคร่งครัดแบบนั้น ปีๆ หนึ่ง คนฟ้องกันเยอะ แต่ว่าศาลไม่รับ น้อยมากที่เขารับเพราะว่าเขาจะต้องให้ไปใช้หนทางอื่นๆ จนหมดสิ้นหนทางเยียวยาแล้วจึงจะมาศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่ของเขาไม่ได้จำกัดเฉพาะประเด็นกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ กล่าวคือทุกประเด็นที่การกระทำขององค์กรของรัฐที่ขัดรัฐธรรมนูญ มาศาลรัฐธรรมนูญได้หมดเลย แต่ว่าจะต้องเป็นกรณีทั้งหมดหนทางเยียวยาในกลไกปกติ และครบเงื่อนไขในการยื่นคำร้อง ซึ่งไม่ง่าย มาตรา 212 ของเราก็คือเป็นปัญหาแล้วในเชิงของตัวกฎหมาย ซึ่งเรื่องนี้ก็อาจจะต้องปรับเปลี่ยนและต้องแก้ไขกันไป

ช่องว่างของกฎหมาย

ผมได้อธิบายภาพของการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรมา เห็นภาพตามสมควร พอเราได้ในเรื่องการตีความแล้ว พอจะได้แนวทางแล้วว่าเราใช้เทคนิคอะไรในเชิงการตีความ ปัญหาถัดไปที่ยุ่งยากมากขึ้นไปอีกคือปัญหาที่ว่าตีความแล้วไม่มีกฎหมายใช้กับเรื่องนั้น คือ บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีไม่พอที่จะใช้ เกิด Case ขึ้นมาบาง Case คือผู้ร่างไม่เคยคาดคิดเอาไว้ ในรัฐธรรมนูญไปเปิดดูแล้วก็ไม่มีตีความไปอย่างไรก็ไปไม่ถึง ปัญหาก็คือกรณีอย่างนี้จะตัดสินอย่างไร เป็นช่องว่างของกฎหมายหรือเปล่าหรือเป็นเรื่องซึ่งยกฟ้องไปหรือไม่รับคำร้อง ผมเรียนอย่างนี้ว่าในระบบกฎหมายนั้นช่องว่างของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ แต่ช่องว่างของกฎหมายนี้หมายถึงช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะว่ากฎหมายทั้งระบบไม่มีช่องว่าง ในระบบกฎหมายเขาบังคับว่าถ้าเกิดคดีหรือเกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นแล้ว และคดีมาศาล ศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีนั้นโดยอ้างว่าไม่มีบทกฎหมายใช้บังคับแก้คดีไม่ได้ ไม่ว่าอย่างไรศาลก็ต้องตัดสิน และก็จะมียกกว่าถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลจะเอาอะไรมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสิน คือ เกณฑ์ใน

ทางกฎหมายมีอยู่ว่า ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว คุณต้องทำอะไร
 ต่อเป็นลำดับไป แล้วเรื่องนี้ผมจะพูดในบริบทที่ไปพันกับประเพณีการปกครอง
 ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ปัญหาเบื้องต้น
 คือ เราต้องดูก่อนเวลาที่เรารับใช้กฎหมาย ก็ดูลายลักษณ์อักษรก่อนว่ามีหรือ
 ไม่มี การที่ไม่มีกฎหมายใช้บังคับกับเรื่องๆ นั้น ไม่ได้หมายความว่า
 เป็นช่องว่างทางกฎหมายขึ้น ผมยกตัวอย่างเช่น มีการกระทำอันหนึ่งที่สังคม
 เห็นว่าผิด แต่ปรากฏว่าไปเปิดดูกฎหมายแล้วไม่มีกฎหมายเอาผิด ผมไม่ต้อง
 พูดถึงเรื่อง Nominee เกี่ยวกับพรรคการเมืองที่กำลังเป็นประเด็นอยู่ใน
 ขณะนี้ แต่ว่าเอาเรื่องอื่นๆ ก็ได้คือเรื่องคดีอาญาหรือเรื่องในทางอาญาก็ได้
 คือสังคมเห็นว่าผิด แต่ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไว้ คำถามคือ
 เป็นช่องว่างของกฎหมายหรือไม่ คำตอบคือ ถ้าเป็นเรื่องโทษในทางอาญา
 หรือแม้แต่เรื่องในทางปกครองบางเรื่องที่มีสภาพคล้ายๆ กับเรื่องทางอาญา
 เราถือว่าไม่ใช่เรื่องช่องว่างของกฎหมาย เป็นช่องว่างในทางนิตินโยบาย ซึ่ง
 ไม่เหมือนกัน ช่องว่างในทางนิตินโยบายคือ เรื่องนั้นถ้าไม่มีกฎหมายเขียนจะ
 เอาโทษเขาไม่ได้ ถ้าอยากเอาโทษเขา ต้องเขียนกฎหมายขึ้นเป็นเรื่องนโยบาย
 การทำกฎหมาย ต้องไปขออำนาจรัฐสภาสร้างบทกฎหมายขึ้นมาแล้วเอาผิด
 เรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องช่องว่างของกฎหมายแล้วศาลจะมาอุดช่องว่างกฎหมายเอง
 ในทางกฎหมายอาญาถ้าไปอุดเข้าก็จะกลายเป็นการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียง
 ในทางอาญา ซึ่งต้องห้ามในทางกฎหมายอาญา ไปเอากฎหมายประเพณีมาใช้
 ลงโทษคนทางอาญาก็ไม่ได้ หรือไปเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาลงโทษคนทาง
 อาญาก็ไม่ได้เพราะทำให้กฎหมายอาญาขาดความแน่นอน ความจริงหลัก
 เรื่องความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายอาญาเป็นเรื่องใหญ่ผมเพิ่งเห็น สนช.
 แก่กฎหมายเรื่องข่มขืน ท่านได้อ่านกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราหรือยัง ผม
 อ่านแล้ว นิยามคำว่าข่มขืนกว้างเป็นมหาสมุทรเลย ท่านลองไปอ่านดู เรื่องนี้
 ก็จะเป็นปัญหาเหมือนกันวันหนึ่งอาจจะมีคนยกเรื่องนี้มาศาลรัฐธรรมนูญได้
 ผมไม่ได้ชี้ช่องนะ บางคนอาจจะบอกว่าขัดกับหลักการบัญญัติกฎหมายในทาง
 กฎหมายอาญาหรือไม่ที่ต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน ท่านไปอ่านดูเรื่องข่มขืน

กระทำเราในตัวแทนในกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ ซึ่งกว้างมาก และยากกับ ผู้พิพากษาที่จะต้องตัดสินว่าทำด้วยวัตถุอื่นใดต่อร่างกายหมายความว่าอย่างไร การบัญญัติกฎหมายไม่ใช่จะบัญญัติอย่างไรก็ได้ เพราะมีหลักการของการ บัญญัติกฎหมายอยู่ จริงๆแล้ว ที่วงวิชาการเราพูดกันน้อยคือวิชานิติบัญญัติ คือเราอ่อนอยู่สองเรื่อง คือ วิชานิติวิธี เรื่องการใช้และการตีความกฎหมาย กับเรื่องวิชานิติบัญญัติ ที่เราอาจจะพูดกันน้อย สมมติว่า เรื่องนั้นไม่ใช่เรื่องของช่องว่างทางนิตินโยบาย คือไม่ใช่เรื่องของการกำหนดความผิดเอาผิดคน แต่เป็นเรื่องซึ่งโดยสภาพของเรื่องควรจะมีความเกี่ยวเนื่องใช้ในการตัดสินได้ แต่ถ้าไม่มี สิ่งนี้จะกลายเป็นเรื่องช่องว่างของกฎหมายซึ่งจะต้องอุดกัน ผมเล่าให้ ท่านฟังเราเคยเกิดปัญหาขึ้นอยู่ที่หนึ่งเมื่อหลายปีก่อน ตอนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. พ้นจากตำแหน่งพร้อมกันทั้งคณะ เพราะถูกศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาลงโทษจำคุก และมีการรื้อการลงอาญา ตอนนั้นก็พ้นไป 9 ท่านพร้อมกัน ก็ต้องมีการสรรหาคณะกรรมการ ป.ป.ช. ใหม่ เวลาสรรหาใหม่กฎหมายว่าด้วยการสรรหาอยู่ในรัฐธรรมนูญปี 2540 คณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยคนหลายกลุ่ม คนกลุ่มหนึ่งที่มาเป็นกรรมการ สรรหาคือผู้แทนพรรคการเมือง ซึ่งรัฐธรรมนูญปี 2540 เห็นว่าผู้แทน พรรคการเมืองเลือกกันเองให้เหลือ 5 คน นี่คือคำในรัฐธรรมนูญ ก็ปรากฏว่า ในเวลานั้นพรรคการเมืองในสภามีอยู่แค่ 4 พรรคการเมือง ซึ่งเลือกกันอย่างไร ก็ไม่ครบ 5 คน เพราะเวลาเลือกเขาต้องส่งพรรคละ 1 คน และให้เลือกกันเอง ซึ่งสมมติว่ามี 10 พรรค ก็มา 10 คนแล้วเลือกกันเองให้เหลือ 5 คน ที่เหลือ 5 คนก็เป็นกรรมการสรรหา แต่ว่าในปีนั้นสภาผู้แทนราษฎรหลังจากผลการ เลือกตั้งออกมาแล้ว พรรคการเมืองมีแค่ 4 พรรค อาจจะเป็นเพราะในอดีต พรรคไทยรักไทยก็ใหญ่มีพรรคการเมืองอื่นเข้าร่วม ก็เลยทำให้กลายเป็น พรรคใหญ่ ก็เลยเหลือพรรคการเมืองในสภาเพียง 4 พรรคการเมือง ท่านเลือกกันอย่างไรก็ไม่ครบ 5 คน คำถามคือทำอย่างไร เรื่องนี้เป็นเรื่องของ ช่องว่างทางกฎหมาย หรือช่องว่างทางนิตินโยบาย ซึ่งประเด็นนี้ไม่ได้มีการ ถามกัน ในที่สุดบ้านเราดัดใจแก้ไขรัฐธรรมนูญ ความจริงตอนที่แก้แรกสุด

จะแก้จาก 5 คน ให้เป็น 4 คน แต่ตอนหลังรัฐบาลก็เปลี่ยนองค์ประกอบ
 กรรมการสรรหาด้วย เปลี่ยนผู้แทนพรรคการเมืองเป็นฝ่ายละคนอะไรสักอย่าง
 หนึ่งที่แก้ไข แต่คำถามคือว่า เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ
 หรือไม่ ถ้าไม่แก้ไขการสรรหาไม่ได้จริงหรือเปล่า เรื่องนี้น่าคิด ผมเล่าเรื่องนี้
 ให้ท่านฟังเพื่อจะเปรียบเทียบเรื่องๆ หนึ่ง ซึ่งอาจจะไม่ใกล้เคียงแต่พอจะทำให้เรา
 เห็นอะไรๆ ในทางนิติศาสตร์อยู่บ้าง สองพันกว่าปีก่อนที่โรมัน กฎหมายโรมัน
 ที่ใช้ตอนแรกคือ กฎหมายสิบสองโต๊ะ ก็จะบัญญัติเรื่องสิทธิหน้าที่ระหว่างบุคคล
 แล้วมีเรื่องหนึ่งพูดถึงเรื่องละเมิด ในกฎหมายสิบสองโต๊ะเขียนเอาไว้ว่าเจ้าของ
 สัตว์สี่เท้าผู้ใดปล่อยปละละเลยไม่ดูแลสัตว์ของตนเอง ให้สัตว์ของตนไปทำลาย
 ไร่นาผู้อื่น เจ้าของสัตว์สี่เท้าต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน นี่คือคำที่
 เขียนในกฎหมายสิบสองโต๊ะ ซึ่งมาจากประเพณีหรือจารีตประเพณีเดิมของ
 โรมัน ซึ่งเดิมเป็นชนเผ่าเล็กๆ และต่อมาขยายใหญ่ขึ้น ถามว่าทำไมเขาเขียน
 ว่าเจ้าของสัตว์สี่เท้า คือกฎหมายพันกับชีวิตคน สัตว์สี่เท้าเป็นสัตว์ใหญ่
 เพราะฉะนั้นก็ต้องเขียนเอาไว้เพื่อที่จะกันไม่ให้คนปล่อยปละละเลยสัตว์ของ
 ตนเอง ต่อมาโรมันไปรบที่แอฟริกา ทหารโรมันไปรบแล้วเอานกกระจอกเทศ
 กลับมาด้วย ซึ่งไม่ใช่คนตัวเล็กแต่เป็นนกตัวใหญ่ พอเลี้ยงไม่นาน นก
 กระจอกเทศก็ไปทำลายไร่นาคนอื่น คนที่เสียหายก็ฟ้องศาล กฎหมายที่อยู่ใน
 เวลานั้นที่เป็นลายลักษณ์อักษรเขียนถึงสัตว์สี่เท้า คนที่ถูกฟ้องก็ยกประเด็นนี้
 ขึ้นคัดฟ้องก่อนหรือว่าผู้พิพากษาในคดีก็ข้องใจเลยว่าจะรับฟ้องไว้ได้หรือไม่
 เพราะว่ากฎหมายเขียนไว้เป็นสัตว์สี่เท้า แต่นกกระจอกเทศเป็นสัตว์สองเท้า
 แล้วจะตีความอย่างไร จะตีความขยายความไปทางไหนก็ไม่มีทางที่จะตีความ
 เพราะว่าสัตว์สี่เท้าให้ครอบคลุมถึงนกกระจอกเทศ เพราะโดยถ้อยคำไปไม่ได้
 นี่ก็กลายเป็นเรื่องของช่องว่างของกฎหมายแปลว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร
 ปรับใช้แก้คดี คำถามคือ แล้วโรมันทำอย่างไร มีทางออกสองทางคือ 1. บอก
 กับคนที่มาฟ้องว่า ปลงชะเถอะ ไม่มีกฎหมาย ก็ไปบอกวุฒิสภาของโรมัน
 ให้แก้ไขกฎหมายหรือออกกฎหมายก่อน 2. ผู้พิพากษาต้องใช้กำลังในทางสถิติ
 ปัญญาปรุงแต่งกฎหมาย อุดช่องว่างกฎหมายและทำให้บทกฎหมายใช้ได้ ถ้า

ผู้พิพากษาโรมันหรือนักกฎหมายโรมันเลือกทางแรกโรมันก็จะไม่เป็นชาติที่ยิ่งใหญ่ในทางกฎหมายอย่างแน่นอน แต่เขาไม่ได้เลือกทางนี้ เขาเลือกที่จะใช้พลังในทางเหตุผลเข้าปรงแต่งกฎหมายและนี่ไม่แปลกเพราะโรมันเป็นสาธารณรัฐอยู่ในช่วงแรก การเมืองการปกครองค่อนข้างก้าวหน้า และมีอุดมการณ์ความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลด้วย ก็เป็นเหตุผลมาปรงแต่งโรมันถือว่าเป็นช่องว่างของกฎหมาย และเมื่อเป็นช่องว่างแล้วจะต้องอุดช่องว่างและมีวิธีการในการอุดช่องว่าง

เรากำลังพูดถึงเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายว่าถ้าเกิดช่องว่างขึ้นจะอุดอย่างไร เวลาที่เราพูดถึงช่องว่างของกฎหมายในทางรัฐธรรมนูญอาจจะปรากฏตรงนี้อยู่เหมือนกัน มีอยู่หลายลักษณะในทางวิชาการ เป็นความยุ่งยากมากที่นักนิติศาสตร์จะดูว่าช่องว่างกฎหมายมีอยู่ที่รูปแบบ แล้วในที่สุดเราจะพบว่าช่องว่างของกฎหมายนั้นมีอยู่หลายรูปแบบ ผมเรียกว่ารูปปลั๊กของช่องว่างของกฎหมาย ประการแรก ความจริงอาจจะไม่เรียกว่าเป็นช่องว่างก็ได้ ผมยกตัวอย่างเช่น คำว่าศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความจริงเราบอกว่าไม่ใช่ช่องว่างก็มี คำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ในรัฐธรรมนูญ แต่ว่าในทางตำราบางเล่มเขาบอกว่าเมื่อไหร่ก็ตามที่ผู้ร่างตรากฎหมายใช้ถ้อยคำแบบนี้เท่ากับเปิดช่องว่าง แต่ช่องว่างแบบนี้ไม่ยากคือปล่อยให้คนที่ใช้แล้วตีความกฎหมายที่เป็นศาลเป็นตุลาการอุดเองอันนี้ไม่ยุ่ง ไม่ได้เป็นช่องว่างแท้ๆ แต่เหมือนกับเป็นช่องว่างในแง่ของการมอบอำนาจ คือเอาอำนาจที่ตัวเองมีอยู่โอนไปผู้พิพากษาอุดช่องว่างเองดูข้อเท็จจริงแล้วอุดช่องว่าง ตำราบางเล่มก็บอกว่าเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องช่องว่าง ตำราบางเล่มก็บอกเรื่องนี้เป็นเรื่องช่องว่างของกฎหมาย ก็เถียงกันอยู่ในต่างประเทศว่าตกลงเป็นหรือไม่เป็น แต่เรื่องนี้ไม่ค่อยมีปัญหาเป็นเรื่องของการใช้และการตีความตัวถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งบางทีก็ไปพันกับความคิดทางปรัชญาเรื่องในทางหลักการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่ไม่ใช่จะตีความกันง่ายๆ คือขยายมากไปก็มั่วไปเลย แต่ถ้าตีความแคบมากเกินไปก็จะไม่ได้เนื้อความที่มีพลังพอจะไปคุ้มครองสิทธิของบุคคล เพราะฉะนั้นต้องตีความโดยดูจากรากเหง้าที่มาที่ไปดู

จากสภาพแก่นของเรื่องว่าเป็นอย่างไร ซึ่งในตรงนี้จะต้องมีคำอธิบาย แต่ช่องว่างของกฎหมายจริง ๆ ที่รับกันในตำราทั่ว ๆ ไปมีอยู่ 2 แบบ ตำราในทางการใช้การตีความกฎหมายของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันเท่าที่ผมสำรวจตรวจสอบดู คนที่เขียนเรื่องนี้มากที่สุดคือท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ท่านก็พูดเอาไว้เหมือนกัน

ประการที่ 2 ยังไม่มีใครพูดแล้วผมก็พูดให้ท่านฟังในวันนี้ละครับ ในตำราต่างประเทศ ได้มีการพูดเรื่องนี้ในยุคถัดมา คือ โดยปกติช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นจากบทบัญญัติในกฎหมายนั้นเขียนเอาไว้แคบเกินไป ทั้ง ๆ ที่ความจริงถ้าดูจากเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมาย ถ้าผู้ร่างคิดไปถึงว่าจะเกิดเหตุแบบนี้ขึ้นเขาจะเขียนอีกแบบหนึ่ง เรื่องนี้นั้นนิยฐานจากตัวเจตนารมณ์ของผู้ร่างได้เลยว่าที่เขาไม่ได้เขียนแบบนั้นเพราะเขาคิดไม่ถึงว่าจะเกิดเหตุการณ์แบบนี้ขึ้น เขาจึงเขียนเอาไว้แคบไปพอเกิดเหตุการณ์บางอย่างขึ้นมา ก็ไม่ครอบคลุม เรื่องนี้แปลว่าถ้อยคำในกฎหมายแคบไปไม่ครอบคลุมสิ่งที่ควรจะต้องครอบคลุมอันที่อื่นที่หนึ่ง อีกแบบหนึ่งเป็นของใหม่ คือเป็นกรณีที่กฎหมายนั้นบัญญัติเอาไว้กว้างเกินไปแล้วก็ไปเอาครอบคลุมเอาสิ่งซึ่งจริง ๆ ครอบคลุมไม่ได้อยู่ในบทกฎหมายบทนั้น และโดยตรรกะโดยเหตุผลไม่ครอบคลุมต้องไม่ครอบคลุมแต่ผู้ร่างไม่ได้ทันระมัดระวังเขียนโดยใช้คำที่กว้างแล้วลืมเขียนข้อยกเว้น พุดง่าย ๆ ลืมเขียนข้อยกเว้นเอาไว้ก็เลยบังเอิญไปครอบคลุมสิ่งที่ควรจะครอบคลุมด้วย อย่างนี้ก็ต้องมีวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งเรื่องนี้ก็เป็นเรื่องที่ยุ้งยากอยู่มิใช่น้อย

การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียง

การอุดช่องว่างของกฎหมายทำได้อย่างนี้ครับ หลัก ๆ อันดับแรกเรียกว่าการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เราเรียกว่า analogy เรื่องนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าใจกันดี ในทางกฎหมายมหาชนจะมีปัญหาว่าท่าน analogy แก่ไหน ท่าน analogy กฎหมายภาษีอากรไปเก็บภาษีคนได้ไหม อันดับที่ 2 ผมเรียกว่าการใช้กฎหมาย

โดยให้เหตุผลแบบยืงต้องเป็นเช่นนั้น เรื่องนี้สำคัญมากและใช้อยู่บ่อย ๆ เลย ยืงต้องเป็นเช่นนั้น อุดแบบใช้การอภิปรายให้เหตุผล เราเรียกว่า *argumentum a fortiori* คือยืงต้องเป็นอย่างนั้น ถึงแม้ว่ากฎหมายเขียนไม่ครอบคลุมแต่ว่า มันยืงต้องเป็นอย่างนั้น อันดับที่ 3 คือการให้เหตุผลว่ากฎหมายไม่บัญญัติ เท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลซึ่งเป็นเรื่องสามัญธรรมดา อันดับที่ 4 เรื่องนี้ เรื่องใหม่ก็คือการลดรูปถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์กฎหมาย คือสร้าง ข้อยกเว้นขึ้นมาเองโดยศาล พ้นไปจากนี้แล้วก็คือการใช้กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป

ผมอธิบายอย่างนี้ครับ เอากรณีเรื่องแรกเลย คือ เรื่อง *argumentum a simile* หรือ *analogy* หรือการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียง คือท่านอ่าน ตัวกฎหมายทั้งหมดแล้วไม่มีกฎหมายใช้เกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่ว่ามีตัว บทกฎหมายอันหนึ่งที่โดยเหตุผลใกล้เคียงกับเรื่องที่จะเกิดขึ้น แปลว่าถ้าย้อน กลับไปดูผู้ร่างถ้ารู้ว่า มีเรื่องอย่างนี้เขาจะเขียนอีกแบบหนึ่ง กรณีนี้ก็เกิดขึ้นที่ โรมัน คือคดีนกกระจอกเทศ ในคดีนั้นผู้พิพากษาของโรมันเลือกที่จะบอกว่า บทบัญญัติเรื่องสัตว์สี่เท้าที่เขียนเอาไว้เจ้าของสัตว์สี่เท้า บทบัญญัติบทนั้นมี ทั้งส่วนที่เป็นสาระสำคัญและส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ นั้นก็คือว่าสัตว์นั้นต้องเป็นสัตว์มีเจ้าของ ส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญก็คือเท้า ของสัตว์ เพราะฉะนั้นสัตว์มีเท้าก็ตามถ้ามันมีเจ้าของแล้ว ถ้าเจ้าของไม่ดูแล โดย Logic โดยตรรกะต้องรับผิดชอบ เขาก็เลยตัดสินว่ากรณีนี้แม้ไม่มีกฎหมาย ใช้บังคับโดยตรง แต่สามารถเอาบทกฎหมายบทนั้นไปเทียบเคียงใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยืงได้และที่สุดท้ายก็เอามาเทียบเคียงใช้แล้วก็เกิดเป็น ผลในทางกฎหมายขึ้นมาคือในคดีนั้นศาลก็รับฟ้องแล้วก็ตัดสินให้คนที่ เป็นเจ้าของสัตว์นั้นต้องรับผิดชอบ ซึ่งก็ถูกต้องเพราะถ้าเกิดไม่ตีความแบบนี้ก็จะ เกิดแบบนี้ขึ้นถ้าเกิดเป็นเจ้าของสุกรสักตัวหนึ่งท่านไม่รับผิดชอบท่านก็ทำง่ายท่านก็ ตัดขาดสุกรให้มันเหลือเป็นสุกร 3 ตัวแล้วที่นี้ก็ปล่อยมัน มันจะวิ่งไปไหนก็ไป ทำลายพืชสวนไร่นา เวลาไปฟ้องก็ขอภัยครับผมผมมี 3 ขาครับเป็น 3 ตัว ครับไม่ใช่สัตว์ 4 ตัว กฎหมายบอกว่าเป็นสัตว์ 4 ตัว เลยไม่ต้องรับผิดชอบ

การตีความแบบนี้เป็นการตีความตามกฎหมายที่ไม่ต้องการให้เกิดพวก
 ศรัทธาในทางกฎหมาย คือตีความไปแล้วเพื่อให้เอาถ้อยคำมาเล่นแ่ง
 เล่นความกัน เอาถ้อยคำมาเถียงกันแต่โดยที่ไม่ได้ดูเหตุผลของเรื่องว่าจริง ๆ
 ต้องการอะไร กฎหมายโรมันเขาทำได้ดี แล้วในที่สุดก็เริ่มพัฒนาเรื่องของ
 analogy ขึ้น analogy กลายเป็นเครื่องมือสำคัญของนักกฎหมายว่าถึงเรา
 ไม่มีกฎหมายใช้โดยตรง แต่ว่าเราสามารถเทียบเคียงได้ แต่ว่าหลักเรื่องเทียบ
 เคียงจะมีปัญหาอีกในทางรัฐธรรมนูญกับในทางกฎหมายปกครองซึ่งจะพูด
 ต่อไป ที่นี้ประเด็นที่ได้พูดไปเกี่ยวกับการสรรหา ป.ป.ช. ผมเห็นว่ากรณีของ
 การไม่มีผู้แทนพรรคการเมือง 5 คน ไม่มีพรรคการเมือง 5 พรรค ผมคิดว่า
 คล้าย ๆ กัน คือถ้าเป็นผมคิดว่ารัฐธรรมนูญนั้นไม่ต้องแก้ไข แต่จะต้องดำเนิน
 กระบวนการในเชิงของการสรรหาไปโดยถือว่าผู้แทนพรรค 4 พรรคการเมือง
 ก็คือผู้แทนทั้ง 4 พรรค นั้นแหละเป็นกรรมการสรรหาไปเลย แม้ว่าองค์ประกอบ
 ก็ลดลงไปหนึ่งคน เพราะองค์ประกอบของพรรคการเมืองครบก็สรรหาไป แต่
 บังเอิญว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องทางการเมือง รัฐบาลก็คงไม่กล้า ถูกไหมครับ เพราะ
 กลายเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไปแล้ว บ้านเราก็ดูกันทางการเมืองเราเล่น
 กันทางการเมืองเยอะ พอเราเล่นกันทางการเมืองมากก็ออกมาทางนี้คือเขาก็
 ต้องไปแก้ ถ้าไม่แก้เดี๋ยวเขาก็กลัวว่าไม่รู้มีการฟ้องศาลจะว่าอย่างไร ศาลอาจ
 จะบอกว่ากระบวนการนี้ใช้ไม่ได้ ก็ได้

การเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง

เรื่องของการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงมีเรื่องต้องห้ามอยู่ ในทาง
 อาญาเราไม่สามารถเทียบเคียงกฎหมายเป็นผลร้ายต่อบุคคลได้ ปัญหาก็คือว่า
 ในทางรัฐธรรมนูญในทางกฎหมายปกครองหลักการนี้เป็นอย่างไร เท่าที่ผม
 สำนวจตรวจสอบเรื่องดูก็ยังไม่มีการเขียนไว้ชัดเจน แต่ว่าเมื่อผมได้นั่ง
 ไตร่ตรองดูแล้วประกอบกับได้ค้นคว้าตำราจากต่างประเทศซึ่งมีเขียนเอาไว้บ้าง
 ประปรายผมพบว่า ถ้าการเทียบเคียงมีลักษณะเป็นการไปก้าวล่วงสิทธิบุคคล

จนเป็นผลร้ายกระทบสิทธิของเขา ในทางกฎหมายมหาชนผมเห็นว่าเทียบเคียงไม่ได้ แต่ถ้าเป็นคุณทำได้คือ ไม่มีบทกฎหมายที่เทียบเคียงให้ใช้แต่เป็นคุณทำได้ เป็นคุณหมายถึงเรื่องตั้งแต่เงินเดือนราชการ เงินโบนัสต่างๆ ถ้าหากเทียบเคียงเป็นคุณได้อาจจะทำได้ แต่เป็นผลร้ายก็อย่างเช่นกฎหมายภาษี ไม่มีการบัญญัติให้กรณีอย่างนี้ให้ต้องเสียภาษีชัดเจนแต่มีบทกฎหมายที่คล้ายๆ กัน ถ้ามันจะเอาบทกฎหมายบทนั้นไปเทียบเคียงให้เขาไม่มีเรื่องเสียภาษีโดยตรงต้องเสียภาษีได้ไหม ผมเห็นว่าทำไม่ได้ หรือว่าเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นเป็นเรื่องช่องว่างทางเทคนิคนโยบายซึ่งกรมสรรพากรต้องเสนอกฎหมายเข้าสู่รัฐสภาแล้วก็ตรากฎหมายว่าด้วยภาษีอากรในเรื่องนั้นขึ้นมาแล้วถึงเก็บภาษีบุคคลได้ นี่เป็นความเห็นของผมเอง

การให้เหตุผลแบบยืงต้องเป็นเช่นนั้น

อีกเรื่องหนึ่งก็คือการใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลยืงต้องเป็นเช่นนั้น ความจริงก็แก่เรื่อง ศรัทธาญชัยอีกเช่นกัน หลักง่ายๆ ท่านนึกภาพดู สมมติอาคารสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เรยกตัวอย่างง่ายๆ เขียนเอาไว้หน้าศาล ห้ามสูบบุหรี่และนำสุนัขเข้ามาในอาคารนี้ ปรากฏว่าคนๆ หนึ่งเดินเข้ามาในอาคารแล้วสูบบุหรี่ ท่านก็บอกว่าเขาห้ามไม่ให้สูบบุหรี่ คนๆ นั้นก็บอกว่าเขาห้ามสูบบุหรี่และนำสุนัขเข้ามา คือเขาสูบบุหรี่อย่างเดียว ไม่ได้นำสุนัขเข้ามา เขาก็ต้องทำได้ถูกไหม หรืออีกคนนำสุนัขเข้ามาในอาคารสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเดินจงหมาเข้ามาเลย พอท่านบอกว่า เขาห้ามจงหมาเข้ามา เขาบอกท่านไปอ่านดู ป้ายบอกว่าห้ามสูบบุหรี่และนำสุนัขเข้ามา แล้วผมสูบบุหรี่ เหยียดอนนี้ผมเดินจงหมาเข้ามา ผมไม่ได้สูบบุหรี่เลย ผมจงหมาเข้ามาอย่างเดียวผมไม่ได้สูบบุหรี่ ท่านก็มีนครับคราวนี้ท่านก็ไปแก้ไขใหม่ท่านเลยเขียนห้ามสูบบุหรี่หรือนำสุนัขเข้ามาในอาคารนี้ ปรากฏว่าคราวนี้เข้ามาเลยรับสูบบุหรี่ด้วยนำสุนัขเข้ามาด้วย พอท่านไปถามเขาเขาก็จะบอกท่านว่าก็ท่านเขียนไว้ว่าห้ามสูบบุหรี่หรือนำสุนัขเข้ามา ก็ท่านห้ามสูบบุหรี่อย่างใดอย่างหนึ่งหรือห้ามนำสุนัขเข้ามาอย่างใดอย่างหนึ่ง ผมทำสองอย่างเลยผมก็ไม่ต้องถูกห้าม

ถูกไหมครับ ท่านเห็นไหมครับกรณีอย่างนี้ถ้าท่านเอาแต่ตัวถ้อยคำภาษาจะตัดสิน แต่ถ้าท่านดูจากเหตุผลพื้นฐานท่านจะเห็นว่านี่จะห้าม ความมุ่งหมายคือห้ามอยู่ แล้วอย่างไรอย่างหนึ่งก็ห้ามครับบางที่เราก็กเขียนและหรือไปเลย แต่บางทีก็มี ปัญหาเรื่องตีความขนาดเรื่องนี้ยังห้ามเลยเรื่องนั้นก็ต้องห้ามด้วย สำนักงาน ศาลฯ บอกห้ามนำสุนัขเข้ามา ปรากฏว่าจูงว้าวเข้ามาเลยครับแล้วบอกว่า นี่เป็น วัวไม่ใช่สุนัข แต่ว่ามีนัยคือ Imply ไปโดยปริยายก็คือห้ามขนาดนี้ยังห้าม เลยอันนั้นยังต้องห้ามยังต้องเป็นเช่นนั้น ขนาดเรื่องเล็กขนาดนี้ยังห้ามเลย เรื่องใหญ่กว่าก็ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น แม้ว่าตัวถ้อยคำจะไม่ใช่แต่โดยตรรกะแต่ โดยเหตุผลของเรื่องจะครอบคลุม เรื่องนี้ก็ไม่มีปัญหาเลยยังต้องเป็นเช่นนั้น เขาบอกว่านายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างได้จะต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน นายจ้าง อาจเลิกจ้างลูกจ้างได้โดยไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเขียนไว้อย่างนี้ นายจ้างคนหนึ่งเลิกจ้างลูกจ้างโดยบอกกล่าวล่วงหน้าได้ด้วย ท่านก็ต้องให้ เหตุผลว่าขนาดเลิกจ้างโดยไม่บอกกล่าวยังทำได้เลย เพราะอย่างนั้นเขาเลิกจ้าง โดยการบอกกล่าวล่วงหน้ายิ่งจะต้องทำได้แม้กฎหมายไม่เขียน เขาเรียกว่า *argumentum a fortiori* คือการให้การใช้กฎหมายโดยใช้เหตุผลยิ่งต้อง เป็นเช่นนั้นซึ่งครอบคลุมโดยปริยาย

การให้เหตุผลว่ากฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมาย

อีกเรื่องหนึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการ ผลทางกฎหมาย เรื่องนี้ต้องดูจากวัตถุประสงค์ประกอบกัน เขตอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญจะชัดเจนในตัวรัฐธรรมนูญว่ามีอะไรบ้างและศาลรัฐธรรมนูญ จะมีเขตอำนาจเฉพาะเรื่อง มีเขตอำนาจชัดเจน จะตีความเทียบเคียงออกไป หรือขยายความออกไปไม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญทำได้อย่างเดียวเรื่องนี้ไม่รับฟ้อง ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาล จบ เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติ เท่ากับ กฎหมายไม่ต้องการผลในทางกฎหมายในเรื่องนั้นขึ้นมา เรื่องนี้ต้องการรักษาไว้ ซึ่งดุลยภาพแห่งองค์กรรัฐธรรมนูญ

การใช้กฎหมายไปในทางตรงกันข้ามกับเนื้อความในตัวบท

เรื่องที่ยากที่สุดและเรื่องนี้เป็นเรื่องใหม่มาๆ ในวงการกฎหมายไทย ก็คือการใช้กฎหมายโดยลดรูปถ้อยคำ หรือใช้กฎหมายตรงกันข้ามกับเนื้อความในตัวบท เดิมทีผมก็ไม่คิดว่าเรามีกฎหมายแบบนี้สอนหนังสือไปสอนหนังสือมาผมไปเจออยู่เรื่องหนึ่ง แล้วเรื่องนี้เห็นได้ชัดเจนผู้ร่างกฎหมายร่างกฎหมายขึ้นโดยลืมเขียนข้อยกเว้นชัดเจนเลย แล้วถ้าตีความกฎหมายตามถ้อยคำอะไรต่างๆ ไปอย่างนี้โดยไม่ถือว่าเป็นช่องว่าง ก็จะทำให้ผลอันประหลาดยิ่ง เรื่องนี้อยู่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองคือกฎหมายที่กำหนดกระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครองเอาไว้ ผมสมมติว่า สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญรับสมัครบุคคลสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สมมติว่าเป็นการสอบทั่วไป ไม่ได้โอน กระบวนการในการรับสมัครเพื่อสอบคัดเลือกเข้าบรรจุเป็นข้าราชการของสำนักงานฯ ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่ง แปลว่าถ้าเกิดคนเข้ามาสอบแล้วเขาไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินของสำนักงานฯ เขามีสิทธินำคดีนี้ไปฟ้องศาลปกครองได้ เพราะว่าการปฏิเสธว่าเขาสอบไม่ได้หรือการไม่บรรจุเขาเป็นคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งเขาก็มีสิทธิฟ้องคดี ส่วนฟ้องแล้วจะชนะหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ถ้าสำนักงานศาลฯ ทำโดยถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนเขาก็ฟ้องไม่ชนะ ปรากฏว่า สำนักงานศาลฯ รับสมัครบุคคลมาสอบข้อเขียนผ่าน สำนักงานศาลฯ ก็เรียกบุคคลที่สอบข้อเขียนผ่านมาสอบสัมภาษณ์ ในวันสอบสัมภาษณ์คนที่มาสอบสัมภาษณ์เพื่อจะบรรจุเข้าเป็นข้าราชการไม่ได้มาคนเดียว พาที่ปรึกษาไปด้วย ที่ปรึกษาก็มาถึงที่ศาลก็ไม่ใช่ไรหรอกครับ พอถึงเวลาที่กรรมการเรียกเข้าไปเพื่อสอบสัมภาษณ์เขาขอเอาที่ปรึกษาที่มาด้วยเข้าไปด้วย กรรมการก็บอกไม่ได้คุณต้องเข้ามาสัมภาษณ์คนเดียว เราต้องการจะถามทดสอบความรู้ความสามารถของคุณ เขาบอกกรรมการ เขาเอากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาด้วย และเปิดพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฯ พ.ศ. 2539 ให้กรรมการดูมีอยู่มาตราหนึ่งคือมาตรา 23 ท่านไปอ่านดูมาตรา 23 ของกฎหมายฉบับนี้เขียนเอาไว้ว่า ใน

การพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษามาได้ เช่น ถูกสอบวินัยต้องมาให้การกับกรรมการ ก็มีสิทธิเอาที่ปรึกษาหรือทนายความมา เราก็ไม่มีปัญหา แต่นี่ไม่ใช่สอบวินัยกำลังจะสอบบรรจุเข้าเป็นข้าราชการเขาเอาที่ปรึกษามาด้วยทางกรรมการบอกไม่น่าจะใช่เขาก็บอกให้กรรมการดู เรื่องนี้กระบวนการเป็นกระบวนการสอบใช้ไหม ใช่ครับ กระบวนการสอบนี้เป็นกระบวนการพิจารณาทางปกครองใช่หรือไม่ ใช่ครับ กระบวนการพิจารณาทางปกครองนี้กระบวนการสอบที่เรียกเข้ามาสอบสัมภาษณ์เป็นการพิจารณาทางปกครองที่เขาเป็นคู่กรณีใช่หรือไม่ ใช่ครับ เขาเป็นคู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ใช่หรือไม่ ใช่ครับ ก็ใช่หมดเลย เพราะฉะนั้นเขาก็ต้องมีสิทธิเอาทนายหรือที่ปรึกษาเข้ามาด้วย มาตรานี้ถ้าท่านอ่านไม่มีทางทำเป็นอย่างอื่นตามถ้อยคำต้องให้เขาเอาเข้ามา แต่ท่านจะเห็นว่าถ้าเขาเอาที่ปรึกษาเข้ามาได้กรณีก็จะกลายเป็นเรื่องประหลาด จะกลายเป็นเรื่องขบขันคือจะสอบเขากรรมการถาม เขาถามที่ปรึกษาแล้วค่อยตอบ ดังนั้นถ้าใช้กฎหมายไปตามถ้อยคำก็จะไม่ได้บรรลุวัตถุประสงค์อะไรของการสอบเลย แต่ถามว่าแล้วเรื่องนี้ทำอย่างไรกฎหมายเขียนแล้วเป็นสิทธิ เรื่องนี้เป็นสิทธิของคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง ไม่มีทางอื่นนอกจากเราจะอธิบายแล้วก็บอกว่าเป็นกรณีที่ผู้ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเขียนกฎหมายกว้างเกินไปหรือเขียนหลักนี้โดยลืมนเขียนข้อยกเว้น ท่านนึกออกไหมครับโดยลืมนเขียนข้อยกเว้นเอาไว้ อธิบายได้อย่างเดียวเขาลืมเขียนข้อยกเว้น ปัญหาคือแล้วทำอย่างไร ตอนนี้อยู่ตอนปฏิบัติที่ท่านต้องแก้ปัญหาในทางนิติวิธี ในทางนิติวิธีการใช้การตีความมีอยู่เรื่องหนึ่งที่ผมจะบอกต่อไปนี้เขาเรียกว่าการลดรูปของถ้อยคำ หรือกันสิ่งที่โดยเหตุผลของเรื่องไม่ควรจะอยู่ในบทบัญญัตินั้นออกไป แล้วสร้างข้อยกเว้นขึ้นมาเอง ทำได้ครับยังไมถือว่าผู้พิพากษาเขียนกฎหมายขึ้นใหม่ ยังทำได้อยู่ในกรอบของนิติวิธี ไม่ใช่ทำไม่ได้ เพื่อเลี่ยงผลอันประหลาด เพราะฉะนั้นกรณีนี้เราก็ต้องตรวจสอบดูว่าบทกฎหมายบทนี้จะไรคือวัตถุประสงค์ อะไรคือ ratio legis ของบทกฎหมาย คำตอบกฎหมายนี้

ที่ทำขึ้นก็เพื่อจะปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคล ถ้าคุณถูกเรียกมาสอบสวนทางวินัยอย่างนี้เขาให้สิทธิคุณเอาทนายความเข้ามาเพราะเขาให้สิทธิคุณต้องป้องกันสิทธิตัวเอง แต่นี่ไม่ใช่กระบวนการสอบเป็นกระบวนการในการทดสอบทางความรู้ ความเหมาะสม ความสามารถของบุคคล กฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์อย่างนี้ แน่นนอนเป็นไปไม่ได้เลยที่จะบอกว่าในการสอบครั้งหนึ่งคุณมีสิทธิเอาทนายความเอาที่ปรึกษาเข้ามา跟你ด้วย วัตถุประสงค์การสอบก็ไม่บรรลุ เพราะฉะนั้นถ้าเป็นเรื่องของการสอบคุณไม่มีสิทธิเอาทนายความเข้ามา ถามว่าขัดแย้งกับตัวบทใหม่ ชัดชัดเจนครับ ขัดแย้งกับถ้อยคำในบทบังคับเรื่องนี้อย่างชัดเจน แต่สอดคล้องกับหลัก ratio legis หรือวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบทนี้ ตอนนี้น่าสนใจเห็นความสำคัญแล้วใช่ไหมครับว่าตัวบทกฎหมายบทหนึ่งมีทั้งส่วนสำคัญที่เป็นถ้อยคำที่เป็นร่างกาย แต่ส่วนที่เป็นวิญญาณ คือ ratio legis หรือวัตถุประสงค์ ปกติร่างกายและวิญญาณจะไปด้วยกัน แต่อาจจะมีการเกิดแบบนี้ขึ้นคือ ร่างกาย หรือตัวถ้อยคำกับวิญญาณไม่ไปด้วยกันอย่างนี้ คือวิญญาณอย่างหนึ่ง Spirit ของตัวบทอย่างหนึ่ง แต่ถ้อยคำเขียนอย่างหนึ่ง เพราะว่าความคาดไม่ถึงของผู้ร่างกฎหมาย หรือว่าความหลงลืมของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นได้ท่านคิดว่ากฎหมายที่ผ่านรัฐสภามีหลายเรื่องที่บกพร่องออกมา ผมสอนหนังสือมาผมก็เห็นอยู่เพราะว่าบางทีคนหนึ่งก็คิดว่าคนนั้นอ่านแล้ว อีกคนก็คิดว่าคนนั้นอ่านแล้ว แต่ว่าบางทีพอทุกคนคิดว่าอ่านแล้วหมด แต่ไม่มีคนอ่าน พอออกมาแล้วเป็นกฎหมายจะมีปัญหาตอนการใช้กฎหมาย เพราะฉะนั้นจริงๆ ปัญหาของบ้านเราในเวลานี้ไม่ได้อยู่ที่การใช้กฎหมายอย่างเดียวเริ่มตั้งแต่การร่างกฎหมาย และการตรากฎหมายเลยด้วยซ้ำไปว่าเรามีหลักในการตรากฎหมายกันอย่างไร เรื่องนี้เป็นปัญหาใหญ่ แต่ว่าเรื่องนั้นต้องพูดกันอีกเรื่องหนึ่ง

ต่อไปผมก็ต้องพูดในเรื่องการบัญญัติกันอีกส่วนหนึ่ง แต่ว่าตอนนี้เราต้องเอาเรื่องที่อยู่เฉพาะหน้าเราก่อนคือ เรื่องการใช้และตีความกฎหมายว่าควรจะใช้และตีความกฎหมายอย่างไร เรื่องนี้เราจะเห็นภาพแล้ว เพราะฉะนั้นต่อไปถ้ามีใครมาสัมภาษณ์แล้วก็อ้างมาตรา 23 เราก็ต้องบอกว่าไม่สอดคล้อง

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย อนุญาตให้ท่านเอาทนายความมาไม่ได้ ส่วนเขาจะไปฟ้องสำนักงานท่านต่อศาลปกครองให้เขาไปฟ้องเถอะ คือถ้าศาลปกครองเข้าใจตรงนี้เข้าใจตรงกันก็ต้องตัดสินว่าคำสั่งของท่านชอบแล้ว แต่ถ้าศาลปกครองตัดสินตามถ้อยคำ ศาลปกครองก็ต้องถูกวิจารณ์แน่นอน กรณีนี้เห็นว่าเป็นไปไม่ได้และผมไม่เชื่อว่าศาลปกครองจะตัดสินไปแบบนั้น คงต้องแบบเดียวกันก็คือว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องของข้อยกเว้นจริงๆ มีกฎกระทรวงฉบับหนึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเขียนสั้นๆ แบบนั้น เอาไว้เหมือนกัน ซึ่งก็มั่นใจได้เลยว่าเรื่องนี้ไม่ผิดพลาดแน่นอน ในคำอธิบายของผม สมมติเอาหลักเทียบเคียงไม่ได้ไม่มีกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก็ไม่มี ถ้าต้องตัดสินคดีเหลืออะไรครับ เหลืออยู่ 2 เรื่อง คือ กฎหมายประเพณีกับหลักกฎหมายทั่วไป

การใช้กฎหมายประเพณีและการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

บ้านเราระดับในการใช้กฎหมายของเราถ้าเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฯ จะมีลำดับแบบนี้ครับ 1. คุณใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ถ้ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มี คุณใช้ 2. กฎหมายประเพณี ถ้ากฎหมายประเพณีเรื่องนั้นก็มีใช้กฎหมายประเพณีตัดสิน ถ้าไม่มีก็ให้กลับมาใช้ 3. กฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกที่ แต่คราวนี้ใช้โดยเทียบเคียงเรียกว่า analogy คือเอาบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ตัดสิน ถ้าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่มี ก็ต้องไปใช้ 4. หลักกฎหมายทั่วไปมาตัดสินคดี ก็จะเป็น 4 ขั้นตอนในการใช้กฎหมายที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำถามก็คือทางกฎหมายมหาชน กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองเป็นอย่างไร เรื่องนี้ไม่เคยมีการพูดกันเลย เมื่อวันที่ 30 มี.ค.ที่ผ่านมา ผมยกประเด็นนี้ขึ้นแล้วก็อภิปรายเป็นประเด็นในที่ประชุม ยกขึ้นมาก็มีปัญหาถกเถียงกันก็สนุกดี เพราะการถกเถียงกันทำให้เราแตกฉานขึ้นแล้วก็เห็นว่าคนอื่นคิดอย่างไรด้วย ก็คือเรื่องลำดับขั้นตอนในการใช้กฎหมายว่าในทางกฎหมายมหาชนรัฐธรรมนูญแล้วไม่มีต้องไปหาประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือกฎหมายประเพณี

ก่อนหรือไม่ แล้วจึงกลับมาดูรัฐธรรมนูญอีกแล้วเทียบเคียง หรือว่าเทียบเคียงไปก่อนใช้ตัวเทียบเคียงให้หมด ดูลายลักษณ์อักษร ถ้าไม่มีค่อยไปหากฎหมายประเพณี หรือประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย สุดท้ายจึงไปดูหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปมาตัดสิน ในแง่ของบ่อเกิดกฎหมายที่เอามาตัดสินคดีเรื่องนี้ก็เป็นปัญหาอยู่แต่ก่อนที่จะไปถึงประเด็นที่ผมตั้งเอาไว้แบบนี้ ก็มาดูก่อนว่ากฎหมายประเพณีนี้คืออะไร และในทางรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอย่างไร ความจริงกฎหมายประเพณีบางท่านเรียกว่ากฎหมายจารีตประเพณี หรือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อก่อนเรียกคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น เป็นการปรากฏตัวขึ้นของกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร คือไม่ถูกเขียนขึ้น กฎหมายปกติเกิดขึ้นจากเจตจำนงของรัฐ แต่กฎหมายประเพณีเกิดจากประเพณีปฏิบัติสืบทอดมาของบุคคลภายใต้บังคับของกฎหมาย เกิดขึ้นแล้วก็ทำซ้ำๆ กันจนจำเจจนกระทั่งนานๆ ไปคนรู้สึกสำนึกว่าสิ่งๆ นั้นถูกต้องและต้องปฏิบัติถ้าไม่ปฏิบัติเท่ากับปฏิบัติผิด นี่เราต้องแยกให้ได้ว่าเรื่องนั้นเป็นเพียงจารีตประเพณีธรรมดาหรือผ่านขั้นตอนจากการเป็นจารีตหรือประเพณีกลายเป็นกฎหมายประเพณีแล้ว ไม่เหมือนกัน ในหน่วยงานของท่านสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะมีแนวทางการประพฤติปฏิบัติหน่วยงานท่านอยู่ไปนานเข้าก็จะมีแบบแผนการปฏิบัติงาน มากเข้าแบบแผนพวกนั้นอาจจะยังไม่เป็นกฎหมาย อาจจะ เป็นเพียงแบบแผนปฏิบัติซึ่งผูกพันคนรุ่นหลังๆ ให้ต้องทำตามไม่ใช่กฎหมาย แต่ว่าถ้าแบบแผนอันนั้นท่านคนรู้สึกว่าจะต้องทำ ถ้าไม่ทำแล้วผิดมีผลทางกฎหมาย เรื่องนี้จะเป็นกฎหมายประเพณี

ในทางกฎหมายมหาชน มีอยู่เรื่องในตอนนี้ที่ตรงกันว่าเป็นกฎหมายประเพณีก็คือเรื่องตราฎกระทรวง ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีที่ไหนบอกเลยว่าการตราฎกระทรวงนั้นรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงต้องนำเรื่องเข้า ครม. ก่อน ไม่มีหรอก อำนาจในการตราฎกระทรวงก็เป็นรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงนั้นแหละ แต่ในการปฏิบัติรัฐมนตรีก็นำเรื่องนี้เข้า ครม. ขออนุมัติให้ ครม. เห็นชอบ พอ ครม. เห็นชอบ ก็ลงนามแล้วก็ประกาศราชกิจจานุเบกษาแล้ว

ก็ใช้บังคับเป็นกฎหมายไปเป็นอย่างนี้ครับ ทำไปนานเข้า ๆ จนปัจจุบันนี้ขั้นตอนอย่างนี้ กลายเป็นกฎหมายประเพณีไปแล้วหมายความว่าถ้าเกิดรัฐมนตรีคนใดเข้ามาดำรงตำแหน่งแล้วไม่เอาเรื่องนี้เข้า ครม. ก็เท่ากับว่ากฎกระทรวงออกมาไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่ควรจะเป็น ก็จะมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายไปฟ้องศาลปกครอง ศาลก็เพิกถอน เพราะฉะนั้นทุกวันนี้เพิกถอนกฎกระทรวง สังเกตได้ว่าไปฟ้องตรงที่ศาลปกครองสูงสุดเลยเพราะว่า พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ บอกว่าถ้าฟ้องเพิกถอนกฎแล้วที่กฎนั้นออกโดยผ่าน ครม. ให้ฟ้องตรงที่ศาลปกครองสูงสุด เราสรุปอย่างนี้ครับว่า การเกิดขึ้นของกฎหมายประเพณีนั้นมืองค์ประกอบ 2 ประการ คือ องค์ประกอบภายนอกเราเรียกว่าการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอมาเนิ่นนานกับองค์ประกอบภายในคือความรู้สึกสำนึกว่าสิ่ง ๆ นั้นเป็นกฎหมาย มีอยู่ 2 ส่วนประกอบกัน ถ้า 2 ส่วนนี้ประกอบกันครบก็จะกลายเป็นกฎหมายประเพณี ที่เราจะลงมากดูในทางรัฐธรรมนูญกัน รัฐธรรมนูญของเราไม่ได้พูดถึงเรื่องกฎหมายประเพณีชัดเจน และรัฐธรรมนูญที่เป็นรัฐธรรมนูญถาวรแทบจะไม่มีการพูดถึงเรื่องนี้นะเลยฉบับแรกที่พูดถึงก็คือรัฐธรรมนูญปี 2540 มาตรา 7 และมาตรา 7 นี้ก็กลายเป็นมาตราที่ถกเถียงกันมากเลยเมื่อสัก 2 ปีก่อน เรายังคงจำได้อยู่ใช่ไหมครับ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญปี 2540 รัฐธรรมนูญปี 2550 เอามาเขียนเอาไว้ด้วย บอกว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาตรานี้มีปัญหาเยอะมากผมเรียนอย่างนี้ก่อนครับ เท่าที่ผมค้นคว้า บทบัญญัติแบบนี้เดิมที่ถูกเขียนขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญชั่วคราวปี 2502 ที่มีการทำรัฐประหารโดย จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ แล้วรัฐธรรมนูญนั้นมียุทธศาสตร์ที่สั้น ก็คือการทำรัฐประหารมีวิวัฒนาการ ถ้าท่านไปดูในบ้านเราแรก ๆ รัฐประหารไม่ได้เลิกรัฐธรรมนูญ มาเลิกในช่วงจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เลิกแล้วก็ทำธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรครับ ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินก็จะมีลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งคือจะสั้นจะมีข้อความสักระยะสิบถึงสามสิบมาตราไม่เกินนี้ แล้วก็จะมีมาตราพิเศษที่ให้อำนาจนายกรัฐมนตรี

สมัยนั้นก็มาตรา 17 หรือมาตรา 21 โดยรัฐธรรมนูญที่เป็นธรรมนูญชั่วคราวสั้น พอมีการเขียนก็เลยกลัวกันว่าไม่มีกฎเกณฑ์มาใช้ ผู้ร่างก็เลยเขียนไปใน มาตราหนึ่งว่าถ้าไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้บังคับกรณีใดก็วินิจฉัยไปตาม ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เพราะฉะนั้นบทบัญญัติแบบนี้เดิมที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ที่มีข้อความที่มี เนื้อความสั้นคือเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว พุดง่าย ๆ บทบัญญัตินี้เกิดขึ้นในบริบท ที่คู่กับการทำรัฐประหาร เราต้องเข้าใจตรงนี้ก่อนครับว่าไม่ได้เกิดขึ้นมาใน บทประชาธิปไตย บทบัญญัติแบบนี้อยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้น หลังจากรัฐประหารและรัฐธรรมนูญชั่วคราวทั้งสิ้นครับ เราอาจจะกล่าวว่า รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกที่เขียนเรื่องนี้เอาไว้คือรัฐธรรมนูญปี 2520 ซึ่งใน รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจริง ๆ ก็ต้องถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวด้วยเพราะว่า สั้น หลังจากยึดอำนาจแล้วในเวลานั้นมีการวางแผนการปกครอง 12 ปีที่มี บันได 3 ขั้น ๆ ละ 4 ปี แล้วก็ไปไม่รอด ตอนหลังก็มีการทำรัฐประหารซ้ำ แล้วก็เกิดรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไป เรื่องนี้ผมก็ไม่มั่นใจว่าเป็นรัฐธรรมนูญถาวร ทั้ง ๆ ที่ความจริงเขาต้องการให้ถาวรแต่ว่าโดยลักษณะของเนื้อความเหมือนกับเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจริง ๆ ฉบับแรกที่บัญญัติเรื่องนี้เอาไว้คือรัฐธรรมนูญปี 2540 ได้เขียนเรื่องนี้เอาไว้ ปัญหา ก็คือหมายความว่าอย่างไร ถ้าย้อนกลับไปดูตอนแรกสุดที่เขียนอย่างนี้เขาใช้ คำว่าประเพณีการปกครอง ตอนนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญชั่วคราวตอนช่วงสักเกือบ ห้าปีก่อนเขามุ่งหมายถึงเรื่องเอาประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย มาใช้ อย่างเช่นเลือกนายกก็เลือกโดยสภาซึ่งอาจจะจะเป็นสภาแต่งตั้ง ไม่ได้เป็น สภาเลือกตั้ง แต่ก็อนุโลมเอามาเทียบเคียงใช้ เขามุ่งหมายแบบนี้ครับไม่ได้มีนัย อะไรมากไปกว่านี้เลย พอถึงปี 2540 ก็เขียนอย่างนี้ขึ้นมาคล้าย ๆ กับเป็น บทซึ่งเพื่อเอาไว้ ถ้ามว่าไม่เขียนได้ใหม่ สำหรับผมไม่มีปัญหาครับ ไม่เขียนก็ ไม่มีปัญหา ไม่เขียนก็ไม่ได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะเอากฎหมาย ประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ไม่ได้ แต่ปัญหาคือเวลาเขียนแล้วหมายความว่า อย่างไรเรื่องนี้เอามาเทียบกัน ถ้าไปดูจาก ผู้ร่างปี 2540 ผมไม่แน่ใจว่าผู้ร่าง

ปี 2540 ได้คิดคำนึงประเด็นนี้ไว้อย่างไรไว้ด้วยหรือไม่ เขาคิดถึงเรื่อง ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขซึ่งก็ ไม่แน่ว่าคืออะไรบ้าง แต่ถ้าพูดถึงประเพณี แต่ในความเห็นผม ผมเห็นว่า ประเพณีเฉยๆ ที่เป็น Custom ยังเอามาใช้ไม่ได้ ต้องยกระดับขึ้นเป็น กฎหมายประเพณีก่อน ถึงรัฐธรรมนูญจะเขียนว่าเป็นประเพณีก็ต้องถึงขั้นเป็น กฎหมายประเพณีเพราะไม่อย่างนั้นเท่ากับว่าเรายอมให้ศาลรัฐธรรมนูญ หรือ ศาลอื่นๆ เอาสิ่งที่ไม่ได้เป็นกฎหมายมาใช้ตัดสินซึ่งขัดกับหลักการพื้นฐานในการ ทำคำพิพากษา เวลาศาลพิพากษาคดีในศาลต้องใช้กฎหมายคือกฎหมายจะเป็นมาตรฐานหรือเป็นเกณฑ์พุดง่าย ๆ เป็นมีดที่ฟันข้อเท็จจริงลงไปให้ขาดแล้ว ก็ยุติ ถ้าในรัฐธรรมนูญเขียนอย่างนี้ก็ต้องตีความว่าเป็นกฎหมายประเพณี ก่อน คำว่าประเพณีการปกครองผมอาจจะคิดเรื่องนี้ไม่เหมือนกับคนอื่น เพราะผมคิดว่าต้องเป็นกฎหมายประเพณีซึ่งต้องประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ ต้องเกิดการประพฤติปฏิบัติสม่ำเสมอมานาน และบุคคลนั้นรู้สึกสำนึกว่าการ ประพฤติปฏิบัตินั้นถูกต้อง ซึ่งแรกเริ่มอาจจะเกิดขึ้นจากประเพณีก่อนก็ได้แล้ว ค่อยๆ พัฒนาไปเป็นกฎหมายประเพณีในภายหลัง ที่นี้ก็มิปัญหาว่า ตอนที่มีการพูดถึงเรื่องนายกพระราชทานตามมาตรา 7 เราคงจำได้ที่ผมเคยออกมา ให้ความเห็นในเรื่องนี้ ผมบอกว่าเรื่องนี้ไม่ใช่บทบัญญัติมาตรา 7 เพราะเหตุว่าไม่เคยมีระบอบประชาธิปไตยไม่มีประเพณีแบบนั้นที่ให้พระมหากษัตริย์ได้ ทรงใช้พระราชอำนาจของพระองค์ปลดนายกรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งแล้วก็ ตั้งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ได้ การกล่าวอ้างกฎหมายประเพณีอย่างนี้จึงไม่ถูกต้อง ในทางนิติศาสตร์ไม่มี เป็นไปไม่ได้ฝืนกับตัวระบบ ถ้ามว่าตอนนั้นถ้าเกิดว่า จะให้นายกพ้นจากตำแหน่งจะอย่างไร คำตอบก็คือเขาต้องลาออก พอเขา ลาออก ครม. ก็ไม่พ้นจากตำแหน่งด้วยเพราะเขาจะมี ครม. รักษาการ เสร็จ แล้วก็มีพยายามที่บอกว่าให้รักษาราชการรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งเพื่อให้ ครม. พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ ซึ่งเป็นไปไม่ได้อีก เพราะนายรักษาราชการได้ แต่อยู่ปฏิบัติหน้าที่เพราะถ้าเขาไม่ปฏิบัติหน้าที่ก็จะมีรองนายกรัฐมนตรีมารักษาราชการ ทำหน้าที่แทน ถ้ามว่าทำไมจึงเป็นอย่างนั้นคำตอบคือรัฐมนตรีต้องมีตลอดเวลา

ถามว่าถึงที่สุดแล้วถ้าเกิดไม่มี ครม. ผมเคยยกตัวอย่างเช่น ครม. เกิดประสบอุบัติเหตุทั้งคณะ เกิดอะไรขึ้น คำตอบคือปลัดกระทรวงก็ต้องขึ้นมาเป็นรักษาการรัฐมนตรีเจ้ากระทรวง งานในทางบริหารต้องมีความต่อเนื่องตลอดเวลาไม่มีการหยุด งานแบบนี้หยุดไม่ได้แล้วถึงที่สุดถ้าถามว่าไม่มีสภาผู้แทนราษฎรแล้วยุบไปแล้ว แล้วจำเป็นต้องมีนายกค่อนนั้นจะเอาใครเอานายกจากไหน ในการตีความตัวรัฐธรรมนูญให้มันสอดคล้องระบอบประชาธิปไตยก็ไม่ใช่เรื่องถวายพระราชอำนาจให้กับพระมหากษัตริย์ให้พระองค์เลือกใครก็ได้ตามพระราชอัธยาศัย เพราะเท่ากับทำให้พระองค์เข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเมืองโดยตรง เป็นการไม่เทิดทูนสถาบันพระมหากษัตริย์เอาไว้ให้เป็นทีเคารพสักการะ ในความเห็นผม เห็นว่าถ้าเป็นอย่างนั้นก็เหลือวุฒิสภาที่มีความชอบในทางประชาธิปไตยก็ต้องให้วุฒิสภาเสนอชื่อนายกเทียบเคียงเอาอำนาจของสภามาให้กับวุฒิสภาแล้วก็ให้พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยและประธานวุฒิสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ก็ไปอย่างนั้นครับที่สุดจะไม่มีทางมีการตั้งนายกโดยตรงพระมหากษัตริย์ได้ในบริบทแบบนี้ ถ้ายังตีความไปตามระบบไม่อัปจนเลย หมายความว่าถ้าตีความในระบบกฎหมายจึงเป็นไปได้เสมอ พูดถึงประเด็นเรื่องการที่ ครม. ต้องมี ผมเรียนอย่างนี้ครับและเรื่องนี้อาจจะไปข้อคิดต่อไปข้างหน้าด้วยถ้ามีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ผมเรียนว่าองค์กรในบ้านเรานั้นมีองค์กรอิสระขึ้นมาหลายองค์กร หลายคนก็เข้าใจอำนาจขององค์กรอิสระแตกต่างกันไปมีคำอธิบายหลากหลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในองค์กรเดียวมีอำนาจตุลาการด้วย แล้วก็ในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 เขียนไว้ชัดอีกด้วยว่าให้คำวินิจฉัยถือเป็นที่สุด ผมเรียนว่าจริง ๆ แล้วเรื่อง องค์กรอิสระในโลกนี้ที่มีทั้งหมดในโลกนี้เขาถือว่าเป็นองค์กรในทางบริหารทั้งนั้น เพียงแต่มีความอิสระจากการบังคับบัญชาและกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี ไม่มีที่ไหนเลยที่ให้อำนาจองค์กรอิสระมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเป็นที่สุดขององค์กรเดียวเป็นไปได้ จริง ๆ พูดถึงตรงนี้ผมก็เรียนถึงอำนาจในทางบริหารเวลาที่มันมีบทกฎหมายควรที่จะมีการเขียนอะไรเอาไว้ แปลว่าถ้า กกต. บอกว่าไม่มี ใครใช้อำนาจ

กกด. ถ้า ป.ป.ช. ไม่มี ใครใช้อำนาจ ป.ป.ช. ถ้า คตง. ไม่มี ใครใช้อำนาจ คตง. निकออกใหม่ครับที่เป็นเรื่องชั่วคราว เหมือนกับเวลาที ครม. ไม่มี ที่สุด ถ้าหายกันไปหมดปลัดกระทรวงจะขึ้นมาแทน บ้านเราไม่ได้เขียนกรณีนี้ไว้ เหมือนกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเหมือนกัน ศาลรัฐธรรมนูญมีอยู่ช่วงหนึ่ง ไม่มีประธานก็ไปเป็นกรรมการสรรหาอะไรไม่ได้ถ้าเป็นในระบบต่างประเทศ เขาจะมีตัวรองประธานหรือจะมีคนทำหน้าที่ประธานแล้วคนนั้นนั่นแหละในนามของประธานศาลรัฐธรรมนูญจะไปทำหน้าที่ในองค์กรต่างๆ กระบวนการจะไม่สะดุด บ้านเราเวลาทำกฎหมายหรือตีความกฎหมายพอนี้อัตว์หนึ่งหลุด ชะงักหมดเลย แปลว่า การใช้กฎหมายของบ้านเราขาดความต่อเนื่อง แต่ในที่สุดถามว่าทำไมเราใช้ให้ต่อเนื่องไม่ได้ ต้องย้อนกลับมาที่สภาพการเมือง คือ ไม่มีใครกล้าจะใช้หรือกล้าที่จะเสนอตรงนี้ออกมา เพราะว่าพอใช้หรือเสนอออกมาถูกโจมตีทางการเมืองทันที เราก็ไม่พูด จากหลักการพูดง่าย ๆ ก็คือเราเล่นการเมืองกันเยอะเกินไปในระบบของเรา ก็เลยไม่ต่อเนื่องกัน ทุกอย่างก็จะสะดุดหมด อย่าง ป.ป.ช. หยุดไปเป็นปี ช่วงนั้นคดีขาดอายุความไปหลายเรื่องเลย ที่สุดทำอะไรครับ ถ้าบ้านเราใช้การตีความกฎหมายยังไม่ถึงระดับแบบนั้นก็ต้องเขียนว่ากรณีอย่างนี้ ป.ป.ช. ไม่อยู่ ต้องมีคนทำแทนต้องเขียนรองรับเอาไว้หมด เพราะเป็นงานในทางบริหารไม่ใช่งานในทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การที่ ป.ป.ช. หรือแม้แต่ กกด. มีอำนาจในองค์กรเดียวก็เป็นเรื่องซึ่งจะเรียกว่า เบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็จะมีปัญหา ผมจึงเรียนว่าตีความคำว่าเป็นที่สุดเรื่องนี้เห็นชัดเลยว่าผู้ร่างต้องการให้อำนาจ กกด. ถ้าให้ใบแดงก่อนประกาศผลการเลือกตั้งเป็นที่สุด ถ้อยคำชัด เจตนารมณ์ของผู้ร่างก็ชัด 2 เรื่องนี้ถ้าท่านตีความ 2 อันนี้จบ แบบที่ศาลฎีกาท่านตีความตอนที่มีการให้ใบแดงพรรคการเมืองสักพรรคหนึ่ง ขอเอ่ยนามพรรคชาติไทย แล้วเขาไปฟ้องศาลฎีกาก็บอกว่ารัฐธรรมนูญเขียนเอาไว้แล้ว ว่าอำนาจของ กกด. เป็นที่สุด เมื่อเป็นที่สุดก็จบ แต่คำถามคือคำว่าเป็นที่สุดหมายความว่าอย่างไร ถ้าท่านเอาตัวถ้อยคำ เอาเจตนารมณ์ผู้ร่างก็จบจริง แต่ท่านดูจากระบบและดูจากตัวบทนั้นเองไม่แน่ เพราะอะไรไม่รู้ใหม่ เพราะการตีความเป็นที่สุดอาจจะตีความได้

ในที่สุดก็จบมาที่ กกด. แต่ว่าถ้าไปกระทบสิทธิบุคคลไม่ตัดสิทธิเขาที่จะมาหาศาล การตีความอย่างนี้ในความเห็นผมมีอยู่ 2 ประการ ผมจะบอกให้แล้วถ้าต่อไปมีเรื่องมาศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องถูกบังคับให้ต้องให้เหตุผลหักล้างเหตุผล 2 อันนี้โดย บังเอิญว่าผมเข้าใจว่าตอนที่พรรคชาติไทยฟ้อง เขาไม่ได้ยกประเด็นในทางเหตุผลขึ้นบีบให้ศาลฎีกาต้องวินิจฉัย อันแรกก็คือรัฐธรรมนูญในมาตรา 28 พูดถึงคนที่ถูกโต้แย้งสิทธิมีสิทธิเอาเรื่องนั้นขึ้นแย้งในศาลได้ ประกันสิทธิทางศาลคือคนต้องเข้าถึงศาลได้ถ้าถูกโต้แย้งสิทธิ เท่ากับมาตรา 28 กับมาตรานั้นเริ่มขัดกันแล้วนะครับ อีกเรื่องหนึ่งคือศาลฎีกาเองหรือแม้แต่ตัวศาลรัฐธรรมนูญเองในอดีตเคยตีความว่าอำนาจของ กกด. เป็นอำนาจเสมือนอำนาจตุลาการถูกไหมครับ แต่ว่าท่านต้องไม่ลืมว่าอำนาจตุลาการต้องใช้ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์แล้วก็ต้องมีกระบวนการในการใช้อำนาจที่เป็นทางการ มีการทำคำวินิจฉัยแล้วเปิดคำวินิจฉัยแล้วก็มีเหตุผลให้คู่ความเขาทราบนี่คืออำนาจตุลาการ เพราะฉะนั้นอำนาจ กกด. ไม่ใช่อำนาจตุลาการอย่างแน่แท้ครับ จะบอกว่าเป็นอำนาจเสมือนอำนาจตุลาการก็จะเป็นปัญหาอยู่ว่าเป็นอำนาจแบบไหนที่ยุติในตัวเอง เพราะโดยสภาพขององค์กรเป็นองค์กรในทางบริหารจัดการการเลือกตั้งและกึ่งวิชาการเลือกตั้งในชั้นต้น เรื่องนี้เป็นปัญหาเรื่องของการตีความคำว่าเป็นที่สุด ในแง่ระบบมีเงื่อนไขให้คิดอยู่มากพอสมควร

ที่นี้ย้อนกลับมาถึงเรื่องกฎหมายประเพณี ผมเรียนว่าบ้านเรารัฐธรรมนูญที่เป็นประเพณีในระบอบประชาธิปไตยอาจจะเป็นปัญหาอยู่เหมือนกัน เพราะว่าเราปกครองในรัฐที่เป็นราชอาณาจักร ปัญหาที่เกิดขึ้นมักจะเกี่ยวพันกับพระมหากษัตริย์ คือพระราชอำนาจของพระองค์ว่าพระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจแค่ไหน ก็ตอบไปทางกฎหมายอย่างนี้ ผมก็ตั้งเป็นข้อสังเกตเอาไว้ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ มีทั้งที่เป็นพระราชอำนาจตามเดิมตามจารีตประเพณีที่ตกทอดมาจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งในปัจจุบันนี้ก็ยังมีอยู่ พระองค์ก็มีพระราชอำนาจหลายประการอยู่ที่พระองค์ท่านใช้ได้ บางทีรัฐธรรมนูญก็เอาไว้รองรับเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างเช่นการแต่งตั้งข้าราชการ

ในพระองค์หรือองค์กรอย่างนี้ก็เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยคือพระองค์เป็นคนเลือกเองได้เป็นอำนาจแท้ๆ ขององค์พระมหากษัตริย์ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ แต่ว่าอำนาจบางประการที่สืบทอดกันมาถ้าเป็นพระราชอำนาจที่ขัดหรือแย้งกับหลักในทางประชาธิปไตยอำนาจดังกล่าว เราต้องถือว่ามิไม่ได้ในทางรัฐธรรมนูญ เพราะถ้ามีจะขัดกับกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญทันที ก็ถือว่าพระองค์ไม่มีพระราชอำนาจเช่นนั้น ในการตีความพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ก็ใช้พระราชอำนาจนั้น ให้อำนาจกับหลักทั่วไปทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเราต้องระลึกและต้องตระหนักว่าองค์พระมหากษัตริย์นั้น เราประสงค์ให้อยู่ในฐานะที่เป็นที่เคารพสักการะผู้ใดจะละเมิดไม่ได้ ด้วยเหตุนี้พระองค์จึงหลุดพ้นไปจากการเมือง เวลาที่พระองค์ใช้พระราชอำนาจอะไรก็ตามที่จะต้องมีคนลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งในทางการเมืองถือว่าคนลงนามรับสนองคือคนซึ่งรับผิดชอบแทนพระองค์ในทางกฎหมายด้วย เวลาฟ้อง ก็ไม่ได้ฟ้องพระมหากษัตริย์แต่ฟ้องคนลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แล้วก็ไม่ได้หมายความว่าเรื่องนั้นไปฟ้องตัวองค์พระมหากษัตริย์ แต่ว่า Review หรือตรวจสอบตัวคำสั่งซึ่งมีคนลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ก็ต้องตีความพระราชอำนาจของพระองค์ไปในทิศทางแบบนี้ก็จะสอดคล้องกัน แต่ถ้าเกิดไปตีความว่าเป็นประเพณีแล้วก็ตามอำนาจของพระมหากษัตริย์เด็ดขาดแล้วก็จะตัดในแง่ของในทางศาลเลยเท่ากับว่าทำให้พระมหากษัตริย์เข้ามารับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายด้วยพระองค์เองด้วยซึ่งไม่ถูกต้อง

ถัดจากการใช้กฎหมายประเพณีคือหลักกฎหมายทั่วไป ในทางรัฐธรรมนูญเราก็ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญทั่วไป ซึ่งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่อยู่ในรัฐธรรมนูญของเราก็มีหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม ความจริงผมมีข้อสังเกตเรื่องนี้ก็ยังไม่ค่อยได้พูดกัน ผู้ร่างรัฐธรรมนูญใช้คำว่า เป็นไปตามหลักนิติธรรม ความจริงร่างแรกผู้ร่างใช้คำว่า หลักนิติรัฐ ท่านไปดูอันแรกเขาใช้หลักคำวา นิติรัฐ แล้วต่อมามีการแก้เป็นหลักนิติธรรม ท่านบอกวาก็เหมือนกันเหมือนกันหรือไม่ หลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรม จริงๆ มีความต่างกันอยู่เล็กน้อยแล้วเห็นว่าที่ผู้ร่างใช้หลักนิติรัฐครั้งแรกถูกแล้ว คำว่าหลักนิติธรรม

โดยความเป็นจริงเกิดที่อังกฤษเรียกว่า The Rule of Law ควบคุมการใช้อำนาจในทางบริหารประกันสิทธิของบุคคล ศาลต้องเป็นอิสระ แต่หลักนิติธรรมนี้จะขาดอันหนึ่งถ้าพิจารณาจากแหล่งกำเนิดของแนวความคิดนี้ ในอังกฤษคือหลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ เรื่องนี้เกี่ยวข้องกับตัวศาลรัฐธรรมนูญ เพราะว่าอังกฤษเขาไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นในเชิงเนื้อหานิติธรรมเวลาพูดถึงนิติธรรมในอังกฤษจะไม่ได้พูดถึงเรื่องของการ Protect หรือการคุ้มครอง Supremacy of the Constitution คือความเป็นกฎหมายสูงสุดของตัวรัฐธรรมนูญ หลักเรื่องนี้เป็นหลักนิติรัฐ นิติรัฐนี้จะครอบคลุมตรงนี้ด้วยคือ คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ เพราะฉะนั้นคำว่านิติรัฐ น่าจะคลุมกว่า แต่ว่าถ้าเราใช้คำว่านิติธรรมแล้วเข้าใจความหมายแบบเดียวกันเป็นนิติรัฐ ก็ไม่เป็นไรแต่ต้องเข้าใจแบบนี้ ไม่ใช่เข้าใจตรงนี้เสร็จแต่ไม่คุ้มครองกฎหมายรัฐธรรมนูญ เรื่องนี้ก็คือเรื่องของตัวถ้อยคำ ก็ต้องถือเป็นหลักนิติธรรมด้วย เอามาใช้ได้ศาลก็สามารถตัดสินคดีไปตามตรงนี้ได้

การตีความรัฐธรรมนูญ

ทีนี้เรามาถึงประเด็นสุดท้ายครับพอดีกับเวลา เรื่องของการตีความรัฐธรรมนูญว่าเราจะตีความรัฐธรรมนูญกันอย่างไร จริงๆ แล้วในเชิงของการตีความของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะมีปัญหาเป็นพิเศษเลย และงานที่ท่านทำงานอยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญนี้ก็ยุ่งยากกว่าที่อื่น เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันอย่างลึกซึ้งกับการเมือง ทุกคราวที่มีการร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็จะมีเวลาจำกัดในการร่างรัฐธรรมนูญแล้วก็ถูกบีบโดยบริบททางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่งเสมอ ถึงผมไม่เคยร่างรัฐธรรมนูญแต่ผมก็รู้ว่าคนร่างรัฐธรรมนูญ ถูกจำกัดอยู่ในบริบททางการเมืองอันใดอันหนึ่งอยู่เสมอ และมีเวลาจำกัดในการร่าง การที่มีปัญหาทางการเมืองเกี่ยวพันอยู่ในตอนที่ใช้รัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเวลาจำกัดในการร่างจึงทำให้การตีความรัฐธรรมนูญนั้นมีความยุ่งยากกว่ากฎหมายอื่นๆ เป็นธรรมดา แล้วเลี้ยวไม่พ้น

เลยว่าการตีความรัฐธรรมนูญนั้นที่สุดจะถูกวิพากษ์วิจารณ์และการวิพากษ์วิจารณ์
 เรื่องการตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะทำได้มากกว่ากฎหมายธรรมดา เพราะ
 ฉะนั้นท่านต้องทำใจว่าเมื่อทำงานอยู่ในองค์กรซึ่งใช้รัฐธรรมนูญเป็นตัวเกณฑ์
 ในการตัดสินใจโดยทางรัฐธรรมนูญเปิดอยู่แล้ว โดยการมีส่วนร่วมจากคนหลาย
 ฝ่ายเพราะฉะนั้นก็จะมีการวิจารณ์ ที่สุดขึ้นอยู่กับน้ำหนักของข้อวิจารณ์ว่า
 ข้อวิจารณ์นั้น มีน้ำหนักมากน้อยแค่ไหน ผมเรียนว่า ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม
 ในเชิงของทางรัฐธรรมนูญก็จะมีหลักบางประการเพิ่มเติม หลักสำคัญๆ ที่
 ต้องใช้ในการคำนึงถึงอันดับแรก คือ ความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ
 หลักความเอกภาพหมายความว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตีความ
 ให้บทบัญญัติทุกบทบัญญัติสอดคล้องกัน ถ้าเกิดขัดกันสมมติว่ามี 2 บทบัญญัติ
 ขัดกันจะต้องตีความให้ทั้ง 2 อันใช้ได้ทั้งคู่ ยกตัวอย่างเช่น อาจารย์มหาวิทยาลัย
 อ้างเสรีภาพทางวิชาการในการวิพากษ์วิจารณ์บุคคลคนที่เขาถูกวิพากษ์วิจารณ์เขา
 ก็บอกว่าคุณมาละเมิดสิทธิส่วนตัวของเขา ฝ่ายอาจารย์มหาวิทยาลัยก็บอกว่า
 ผมใช้เสรีภาพทางวิชาการ ทั้งสองฝ่ายต่างอ้างเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญขึ้นทั้งคู่
 ฝ่ายหนึ่งอ้างสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อีกฝ่ายหนึ่งอ้างเสรีภาพในทาง
 วิชาการและการแสดงความคิดเห็น เวลาเทียบตีความคือเวลาเกิดคดีขึ้น คดี
 แบบนี้จะไม่เกิดที่ศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าเกิดจะเกิดที่ศาลยุติธรรม แต่ว่าศาลยุติธรรม
 ใช้รัฐธรรมนูญด้วยในการตีความบทกฎหมาย เพราะฉะนั้นความเข้าใจที่ว่า
 เป็นนักกฎหมายไม่ต้องรู้กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงผิด ไม่ว่าอยู่ศาลไหนต้อง
 รู้รัฐธรรมนูญ ต้องใช้เพราะเป็นแม่บทในการใช้กฎหมายอยู่แล้ว จะต้องดู
 ชั่งน้ำหนัก แล้วต้องตีความให้ทั้งสองเรื่องนี้ไปด้วยกันง่ายๆ คุณมีเสรีภาพใน
 การวิพากษ์วิจารณ์ในการแสดงความเห็นในทางวิชาการจริง แต่เสรีภาพไม่ได้
 หมายความว่ารัฐธรรมนูญให้เครดิตแก่คุณว่าคุณจะพูดจาอะไรก็ได้ โดย
 ไม่ต้องรับผิดชอบคุณจะทำอะไรก็ได้ คุณจะไปให้ร้ายใครก็ได้โดยที่คุณไม่ต้องรับ
 รับผิดชอบก็ไม่ใช่อีกด้านหนึ่งก็คือมีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ปัญหาที่อยู่ตรงนี้
 ว่าแล้วบุคคลที่เป็นบุคคลสาธารณะ เขามีเสรีภาพในความเป็นอยู่ส่วนตัวแค่ไหน
 แล้วก็ถูกวิจารณ์ได้มากน้อยแค่ไหน เรื่องนี้เป็นเรื่องการตีความ ความเป็นอยู่

ส่วนตัว เพราะเขาเป็นบุคคลเหมือนกันในทางรัฐธรรมนูญ แม้ว่าเขาจะเป็นบุคคลสาธารณะเขาก็เป็นบุคคล แน่นอกรอบของการวิพากษ์วิจารณ์โดยเฉพาะคนที่อยู่ในตำแหน่งในทางการเมืองก็อาจจะมีกรอบที่มากอยู่ เพราะว่าอยู่ในตำแหน่งสาธารณะ แต่ไม่ได้หมายความว่า การเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นนายกรัฐมนตรี เป็นรัฐมนตรีจะสูญเสียความเป็นอยู่ส่วนตัวอย่างสิ้นเชิง ไม่ใช่เขายังมีอยู่ เพียงแต่ว่าโดยระบบบริบทอะไรของเขาที่เป็นเรื่องงานเรื่องอะไรต่างๆ ของเขาอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ในลักษณะที่เป็นเรื่องงาน แต่ถ้าคุณก้าวล่วงเข้ามาว่ากันไปถึงในความเป็นส่วนตัวของเขา ทำให้คนดูหมิ่นเกลียดชังเท่ากับว่าใช้เสรีภาพทางวิชาการ หรือการแสดงความคิดเห็นไปในทางที่ทำร้ายบุคคลอื่น ตรงนี้ต้องถูกจำกัดหรือตัดทอนลง ก็ตีความให้สองเรื่องนี้ไปด้วยกัน เราเรียกว่าความเป็นเอกภาพของตัวรัฐธรรมนูญ พยายามตีความให้ไปด้วยกัน แต่ผมบอกว่าเป็นไปได้ครึ่งบางที่ขัดกันรัฐธรรมนูญยิ่งร่างยาว มีความยาวมาก รัฐธรรมนูญยาวขึ้นเรื่อย ๆ ฉบับนี้ก็ถือว่ายาวที่สุด แม้จำนวนตัวเลขมาตราจะไม่เท่ากับปี 2540 แต่ว่าในแง่ปริมาณ ในเชิงวรรณคดีต่าง ๆ เหล่านี้ยาว ถ้าท่านดูในส่วนที่เป็นของศาลรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่งมีหกถึงเจ็ดวรรค อย่างนี้ก็ต้องมาอ้างอิงวรรค ยิ่งรัฐธรรมนูญเขียนยาวโอกาสที่จะขัดแย้งกันก็มี แล้วผมเรียนว่ารัฐธรรมนูญของไทยมีลักษณะพิเศษไม่เหมือนกับชาติอื่นคือเราเอาบทบัญญัติ ที่ควรจะอยู่ในกฎหมาย ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ไปบรรจุในตัวรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญเราเป็นอย่างนี้ปัญหา จึงยุ่งยากเป็นทวีคูณในประเทศ คือถ้าเป็นปัญหาทางการเมืองแทบทุกปัญหา มาถึงตัวรัฐธรรมนูญทันทีและไม่ได้จำกัดอยู่ที่ตัวพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะเราพยายามใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการที่จะแก้ปัญหาในทางสังคมและผมเคยเสนอว่าถ้าจะต้องทำรัฐธรรมนูญกันใหม่ ถ้าจะต้องทำผมไม่รู้ว่าจะต้องทำหรือไม่ เมื่อไหร่ อย่างไร ตัวรัฐธรรมนูญควรจะเป็นแบบสากลคือไม่ต้องยาว แค่ประมาณ 100 ถึง 150 มาตรา เหลือเฟือแล้ว ส่วนที่เหลือคุณอยู่ในกฎหมายระดับรองๆ ให้หมด และในตอนทำต้องทำไปในคราวเดียวกัน เพราะฉะนั้นเวลาที่มีปัญหาเกิดขึ้นในอนาคตถ้าเป็นปัญหา

สำคัญๆ บางที่จะไม่ถึงตัวรัฐธรรมนูญจะไม่กลายเป็นวิกฤติในทางรัฐธรรมนูญง่าย ๆ ก็จะเป็นวิกฤติในตัวพระราชบัญญัติ ซึ่งบางเรื่องอาจจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ถ้าเรื่องเกี่ยวกับพรรคการเมืองต่างๆ เหล่านี้ แต่ว่าจะอยู่ตรงนั้น แต่พอเราอยู่ในตัวรัฐธรรมนูญ เราไปเขียนอยู่ในกฎหมายสูงสุดจะขึ้นถึงรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเรื่องนี้เรื่องเดียวมีเรื่องอื่นด้วย พอจะแก็กก็กลายเป็นปัญหาทางการเมืองทุกคราวไปเป็นอย่างนั้น

หลักต่อไปก็คือเรื่องของกรณีผลบังคับทางปฏิบัติบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ เรื่องนี้ก็สืบเนื่องมาจากความเป็นเอกภาพ ทำให้ในการตีความศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความให้บทบัญญัติทุกบทบัญญัติมีผลบังคับ อันดับต่อไปเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะต้องใช้เยอะก็คือหลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหมายความว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นองค์กรรัฐธรรมนูญต้องตระหนักในภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้กับตน แล้วก็เคารพอำนาจ และภารกิจขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญเพราะเราถือว่าองค์กรรัฐธรรมนูญนั้นมีสถานะในทางรัฐธรรมนูญเท่าเทียมกัน ถ้าเอาเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญต้องถือว่าเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจมากเพราะเป็นผู้พูดคนสุดท้ายและพูดแล้วต้องจบการเป็นคนพูดคนสุดท้ายมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือ ก่อนที่จะพูดคนสุดท้ายได้ฟังคนอื่นเขาพูดมาหมดแล้ว แล้วตัวเองได้พูดมีข้อมูลมีอะไรเรียบร้อยนี้คือข้อดีของการพูดคนสุดท้าย แต่ข้อเสียคือ เป็นคนพูดคนสุดท้ายถ้าพูดไม่ดีพูดแล้วยังคลุมเครืออยู่ต้องตีความอยู่นั้นวุ่นวายเลยครับเพราะฉะนั้นเป็นคนพูดคนสุดท้ายหลักก็คือ 1. ความรู้รอบด้าน 2. ต้องพูดให้ชัดเจนที่สุดในการมีคำวินิจฉัย คำวินิจฉัยต้องชัดเจน จะเอาอย่างไรเรื่องนี้จะจบลงอย่างไรต้องวินิจฉัยไปให้ขาดและให้หมด เรื่องการเคารพภารกิจนี้ผมเรียนอย่างนี้สำหรับศาลรัฐธรรมนูญหมายความว่าศาลตรวจสอบกฎหมายของรัฐสภาเป็นหลักที่รัฐสภาเขาออกมาแล้ว ในแง่นี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องตระหนักอย่างนี้ว่าความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญจะน้อยกว่าของรัฐสภา รัฐสภามีความชอบธรรมในทางระบอบมากกว่าแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบ

ไปในทางนิติรัฐที่จะพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญต่างมีจุดเด่นกันคนละอย่าง รัฐธรรมนูญวางหลักให้ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเข้าไปควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐสภาให้อยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยหรือจะตีความรัฐธรรมนูญหรือจะบอกว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องชัดเจนเลยว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร ไม่ใช่เพียงแค่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่เหมาะสมในทางนโยบายหรือไม่เห็นด้วยกับรัฐสภาในทางการเมือง เป็นไปได้ว่าจะมีคนประทั่งกฎหมายฉบับนั้น แต่พอมาถึงศาลรัฐธรรมนูญแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความรัฐธรรมนูญนี้และนี่คือความยุ่งยากจริงๆ ของการใช้กฎหมายมหาชน คือการใช้กฎหมายมหาชนถ้าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญองค์การที่ใช้และตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องเห็นประเด็นทางกฎหมายที่ซ่อนอยู่ปัญหาทางการเมืองเรื่องนี้สำคัญมาก เพราะปัญหาทางการเมืองไม่ใช่ทุกปัญหาจะเป็นปัญหาทางกฎหมายได้ จะต้องดูก่อนว่านั่นเป็นปัญหาทางกฎหมายหรือไม่ ที่ซ่อนอยู่ในปัญหาทางการเมืองแล้วดึงเอาปัญหาทางกฎหมายนั้นออกมา แล้วตัดสินไปบนฐานทางนิติศาสตร์ในทางการตีความกฎหมายมหาชนที่ผมได้พูดมานี้และอยู่ตรงนั้น ที่เหลือเป็นเรื่องการเมืองที่ศาลไม่เข้ามายุ่งแล้ว ศาลจะอยู่ตรงกลางที่เหลื่อไปว่ากันทางการเมืองแต่ในทางกฎหมายศาลควบคุม ศาลดูตรงนี้ ศาลปกครองก็เหมือนกัน ศาลปกครองจะต้องเห็นปัญหาทางกฎหมายหรือประเด็นทางกฎหมาย ในปัญหาเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินเพราะการบริหารราชการแผ่นดินมีนัยมีขอบเขตกว้างกว่าการตัดสินคดีปกครอง เหมือนกับการตรากฎหมายมีนัยหรือมีขอบเขต กว้างกว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะฉะนั้นรัฐสภาอาจจะตรากฎหมายบางเรื่องที่ไม่เหมาะสมถ้าเพียงแต่เรื่องนั้นไม่เหมาะสมเป็นเรื่องนโยบาย เป็นเรื่องที่คุณต้องเถียงกันทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะไม่เห็นด้วยกับการตรากฎหมายนั้นแต่ไม่ปรากฏว่ากรณีนี้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอย่างไร ศาลจะต้องบอกว่าการตรานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วดุลยภาพขององค์กร

รัฐธรรมนูญไม่เสียแต่ถ้าเกิดศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นแล้วก็ไปตัดสินเรื่องทางนโยบาย รัฐสภาก็บอกเป็นนโยบายที่เดียวกันทางนโยบายกันอยู่ ไม่ใช่เรื่องที่ขัดหรือไม่ขัดทางรัฐธรรมนูญแต่เป็นเรื่องที่เหมาะสมหรือไม่เหมาะสมทางนโยบายแล้วศาลไปตัดสินเข้า ศาลรัฐธรรมนูญทำอย่างนี้บ่อยเข้า หรือศาลปกครองศาลยุติธรรม ทางมหาชนอย่างนี้เข้าดุลยภาพในทางอำนาจจะเสียแล้ว พอเสียก็จะปะทะในทางอำนาจ แล้วก็เกิดเป็น Crisis ขึ้นแล้วศาลก็ถูกดึงเข้าไปในวังวนของการปะทะกันทางอำนาจแบบนั้น ถูกใช้เป็นเครื่องมือที่จะต่อสู้กัน ในทางการเมืองซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้นตรงนี้ก็สิ่งสำคัญ ในเรื่องการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ผมเข้าใจว่า โดยทั่วไปเท่าที่ผมดูมาโดยตลอดผมคิดว่าปัญหานี้ศาลรัฐธรรมนูญมีไม่มาก เพราะศาลต้องตระหนักอยู่ว่าเรื่องนี้รัฐบาลเขาเข้ามาแล้วโดยต่าง ๆ เหล่านี้ อาจจะมีบางเรื่องที่จะอาจจะวิจารณ์ได้ว่ากรณีนี้อาจจะออกไปเยอะไปหน่อยโดยก้าวล่วงเข้าไปทางการเมืองเยอะไปนิดหนึ่งแล้วก็ประเด็นซึ่งวิพากษ์วิจารณ์กันได้

อีกหลักหนึ่งก็คือหลักบูรณาภาพของรัฐธรรมนูญหลักนี้ก็คือ ในการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องตีความในทางส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง คือตีความไปแล้วเคารพสิทธิเสรีภาพของบุคคลทำให้คนนั้นเชื่อถือและเชื่อมั่นในตัวรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเครื่องมือที่เราสามารถใช้ป้องกันสิทธิของตัวเองได้นานไป ๆ รัฐธรรมนูญก็จะมีคุณค่าสูงขึ้นจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ

อีกเรื่องหนึ่งก็คือความมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของตัวรัฐธรรมนูญเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ไม่ได้ใช้แต่เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ศาลอื่นก็ต้องเอาไปใช้ คือในการตีความรัฐธรรมนูญศาลต้องตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายที่ใช้โดยตรงจริงๆ รัฐธรรมนูญเขียนเอาไว้ชัดแล้วเรื่องนี้ เดิมเป็นหลักการตีความแต่ตอนนี้เขียนเอาไว้ชัดว่าตัวอย่างเช่นสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภาอะไรต่างๆ กว้างไป โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวงคือมีผลโดยตรงลงไป แปลว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะมีพลังหรือมีรัศมีลงไป

ในกฎหมายเอกชนได้ด้วยในเชิงการตีความ เป็นกรณีที่กฎหมายมหาชนนั้น ถูกกฎหมายรัฐธรรมนูญครอบกฎหมายเอกชนบางเรื่อง เช่น ท่านเป็นเจ้าของบริษัทเป็นบริษัทใหญ่รับคนเข้าทำงานในบริษัท เน้นอนในแง่ของการรับคนงานเข้าบริษัท บริษัทท่านกับหน่วยงานของรัฐไม่เหมือนกันระบบวิธีการคัดเลือกคนเข้าทำงานอาจจะต่างกัน บริษัททำได้ฟรีกว่าเยอะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะรับใครเข้ามาไม่ใช่ที่ท่านอยากจะรับก็รับ เพราะว่าไม่มีกฎเกณฑ์ แต่บริษัทก็ขึ้นอยู่ กับตัวเจ้าของบริษัทด้วยส่วนหนึ่งมากด้วย แต่ถ้าเขารับเข้าทำงานแล้วเป็น กฎเกณฑ์ข้างในแล้วว่ามีลูกจ้างผู้ชายลูกจ้างผู้หญิงเขาไม่สามารถออก กฎเกณฑ์ให้ปฏิบัติต่อลูกจ้างชายลูกจ้างหญิงให้ไม่เท่ากันได้ เขาอาจจะไม่ได้ ผูกพันตามหลักความเสมอภาคโดยตรงแบบหน่วยงานของรัฐแต่หลักความ เสมอในรัฐธรรมนูญมีผลลงไปถึงกฎหมายเอกชนได้ด้วย จริงๆ ปัญหาแบบนี้ อาจจะปัญหาที่วันข้างหน้ามาศาลรัฐธรรมนูญได้ในเรื่องการตีความ สมมติ เขาไปออกกฎหมายหรือมีกฎหมายแรงงานบอกว่าลูกจ้างชายลูกจ้างหญิง เกษียณอายุ ไม่เท่ากัน ลูกจ้างหญิงเกษียณอายุ 55 ลูกจ้างชายเกษียณอายุ 60 นี่อาจจะมีปัญหาแล้วว่าบทกฎหมายทางกฎหมายอย่างนี้อาจจะขัดรัฐธรรมนูญได้ หรือกฎหมายไม่ได้กำหนดเรื่องเกษียณอายุแต่บอกว่าให้บริษัทไปกำหนดเอาเอง ข้อบังคับของบริษัทอันนี้ก็อาจจะเป็นไปได้ว่าขัดกับหลักความเสมอภาคใน รัฐธรรมนูญที่มีผลโดยอ้อมลงไปกฎหมายได้ด้วยเหมือนกัน แปลว่าบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญทุกบทบัญญัติมีพลังที่จะบังคับทิศทางในการใช้และการตีความ กฎหมายอื่นๆ ประกอบกันด้วย แล้วก็ในการตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น ก็ต้องตีความให้มีผลใช้บังคับได้

สรุปความ ผมได้อธิบายเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายแล้ว การตีความกฎหมายทางมหาชนมาโดยสังเขป ผมเรียนอย่างนี้ครับว่า เรื่องการใช้และการตีความกฎหมายเป็นปัญหาเบื้องต้นและเป็นปัญหาใหญ่ที่สุดของ นักกฎหมาย เมื่อเป็นนักกฎหมายแล้วเราก็เลี่ยงการตีความไม่พ้นเรียก นักกฎหมายว่า มนุษย์ตีความก็คงจะไม่ผิด แต่ปัญหาว่าเราจะตีความกัน

อย่างไร ตีความกันตามอำเภอใจ ตีความกันตามความรู้สึก ตามความรัก ความชัง ตามอคติ ตามความรู้สึกทางศีลธรรมหรือตามกฎหมาย ถ้าเราบอกว่า เรื่องนี้ใช้กฎหมาย เราตีความตามกฎหมาย หลักที่เราจะเอามาใช้ในการ ตีความคืออะไร ผมเห็นว่าหลักที่ผมได้กล่าวไปทั้งหมดนี้คงไม่ใช่สูตรสำเร็จ ผมอยากจะบอกว่าเป็นเพียงเข็มทิศที่เราจะต้องเดินเท่านั้น ไม่ใช่จุดหมาย หมายถึงเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นท่านต้องเดินแต่เดินไปตามเข็มทิศพวกนี้ พอจะ บ่งชี้ว่าท่านจะต้องเดินไปสู่จุดหมายที่ถูกต้อง ผลของการตีความจะออกมาโดยที่ เป็นธรรม มีเหตุมีผลในทางกฎหมายรองรับแม้จะมีคนที่เขาจะไม่เห็นด้วยกับ ผลอันนั้น แต่ว่าผลที่เกิดจากการตีความได้เกิดขึ้นจากการชั่งน้ำหนักอย่าง รอบด้านแล้ว และได้นำเอาเหตุเอาผล ดูทั้งภาษาและไวยากรณ์ ระบบ กฎหมายทั้งระบบ ความเป็นมาของกฎหมาย วัตถุประสงค์ของกฎหมาย เรื่อง ช่องว่างของกฎหมาย เรื่องของหลักการให้การให้เหตุผลยังต้องเป็นเช่นนั้น ดูทุกอย่างประกอบกันแล้วได้ผลทางกฎหมายออกมา ผมเชื่อว่าถ้าเป็นไปใน ทิศทางแบบนี้แม้ว่าการตีความรัฐธรรมนูญจะเป็นข้อให้วิพากษ์วิจารณ์ได้เสมอ ซึ่งเป็นเรื่องปกติ ถ้าผมเป็นคนวินิจัยผมก็ต้องทำใจ วินิจัยไปในทางใดก็ มีเงื่อนไขให้คนเขาวิพากษ์วิจารณ์ แต่ถ้ายืนอยู่บนหลักการหรือบนหลักเกณฑ์ที่ ถูกต้องมีฐานทางวิชาการอ้างอิง ที่เหลือก็จะเป็นเรื่องซึ่งอาจจะต่างกัน อาจจะในแง่ความคิดเห็นก็เชื่อว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็มีน้ำหนักในทางกฎหมาย อย่างมาก เรียนว่าเป็นเพียงเข็มทิศแต่ว่านักกฎหมายก็ต้องมีเข็มทิศ ถ้าไม่มี เข็มทิศเวลาตีความเราก็เหมือนกับออกทะเล ถ้าไม่มีเข็มทิศเราก็จม เราก็อยู่ ในห้วงทะเลอันกว้างใหญ่เราไม่รู้จะไปทางไหนกันแน่ไม่รู้ว่าจะเป็นอย่างไรถูก ลมพัดมาที่ก็เซไป แต่ถ้าท่านมีเข็มทิศท่านยังพอรู้ว่าจะไปในทิศทางไหนแล้ว ก็ที่สุดก็จะถึงฝั่ง นั่นก็คือในการตีความก็ได้ผลของการตีความซึ่งถ้าถูกต้องแล้ว ก็เป็นธรรมนั่นเอง ก็คงจบการบรรยายเรื่องของการตีความกฎหมายมหาชนเอาไว้ เพียงเท่านี้

ผชช. ปัญญา อุดชาชน : ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพครับ วันนี้ท่านอาจารย์ได้ให้ความรู้กับท่านผู้มีเกียรติครบถ้วนในเรื่องของหลักการตีความกฎหมายมหาชน นับตั้งแต่การใช้และการตีความกฎหมายซึ่งเน้นไปที่กฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายที่ประกอบด้วยหลักใหญ่ๆ 4 หลักคือ ตามหลักภาษาและไวยากรณ์ ตามหลักประวัติความเป็นมา ตามหลักระบบกฎหมายและตามหลักวัตถุประสงค์ของกฎหมาย นอกจากนั้น ท่านอาจารย์ได้อธิบายช่องว่างของกฎหมายและการอุดช่องว่างกฎหมาย และหลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์แก่พวกเราเป็นอย่างยิ่งที่จะนำความรู้ที่ได้รับไปปรับใช้ในทางวิชาการต่อไป ขอขอบคุณครับ



ภาคผนวก

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดี และข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

1. หลักการและเหตุผล

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นโดยมีอำนาจหน้าที่หลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการที่เป็นกลไกสำคัญยิ่งในการสนับสนุนการทำงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งในด้านกฎหมายและด้านการบริหารงาน จึงต้องมีศักยภาพในการปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดทำโครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดีและข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญขึ้น

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อพัฒนาองค์ความรู้ให้กับข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายฉบับปัจจุบัน

2.2 เพื่อพัฒนาศักยภาพและเสริมสร้างภาพลักษณ์ในการทำงานที่สนับสนุนการทำงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้มีประสิทธิภาพ

2.3 เพื่อพัฒนาเครือข่ายในด้านความร่วมมือระหว่างองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้เป็นรูปธรรม

3. ระยะเวลาดำเนินการ

ปีงบประมาณ 2551

4. วิธีการดำเนินการ (รายละเอียดตามภาคผนวก)

4.1 การบรรยายพิเศษ

4.2 การประชุมเชิงปฏิบัติการ

5. ผู้เข้าร่วมโครงการ

ประกอบด้วยข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญทุกคน

6. สถานที่ดำเนินการ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

7. งบประมาณ

โครงการเพิ่มศักยภาพของเจ้าหน้าที่คดีและข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ประจำปีงบประมาณ 2551 เป็นเงิน 300,000 บาท ประกอบด้วย

7.1 ค่าบรรยาย

7.2 ค่าอาหารว่างและอาหารกลางวัน

7.3 ค่าของที่ระลึก

7.4 ค่าจัดทำเอกสารและอื่นๆ

8. ผู้รับผิดชอบโครงการ

8.1 กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

8.2 สำนักอำนวยการศาลรัฐธรรมนูญ

8.3 ส่วนการคลังและพัสดุ

9. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

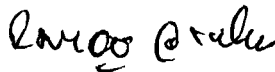
ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น โดยมีศักยภาพในการทำหน้าที่สนับสนุนการทำงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเสริมสร้างเครือข่ายความร่วมมือระหว่างองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้กว้างขวางอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

10. ผู้เสนอโครงการ



(นายปัญญา อุดชาชน)
ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

11. ผู้อนุมัติโครงการ



(นายไพฑูรย์ วราหะไพฑูรย์)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ภาคผนวก

วัน / เดือน / ปี	เรื่อง	วิทยากร
วันอังคารที่ 12 กุมภาพันธ์ 2551	พระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กับสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ	นายปรีชา วัชรภัย เลขาธิการคณะกรรมการ ข้าราชการพลเรือน
วันพุธที่ 2 เมษายน 2551	หลักการตีความกฎหมายมหาชน	ศ.ดร. วิษณุ เครืองาม
วันอังคารที่ 29 เมษายน 2551	หลักการตีความกฎหมายมหาชน	ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขาธิการสถาบัน พระปกเกล้า
วันศุกร์ที่ 2 พฤษภาคม 2551	หลักการตีความกฎหมายมหาชน	รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์ประจำคณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์
วันจันทร์ที่ 7 กรกฎาคม 2551	หลักการตีความกฎหมายมหาชน : หนังสือสัญญาตามบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ	ศ.ดร. อรุณ ภาณุพงศ์ ที่ปรึกษากระทรวงการ ต่างประเทศ

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ



0007356

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์

เลขที่ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์

เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

โทร. 0 2623 9600 www.concourt.or.th