



การบรรยายพิเศษ
วิเคราะห์ผลกระทบตาม

แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ



กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



การบรรยายพิเศษ

เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตาม “โครงการเสริมสร้างและพัฒนา องค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”

โดย

นายมีชัย ฤชุพันธุ์	อดีตประธานวุฒิสภา
ศ.ดร. วิษณุ เครืองาม	รองนายกรัฐมนตรี
ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	เลขาธิการคณะรัฐมนตรี
รศ.ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์	ผู้อำนวยการศูนย์บัณฑิตศึกษา ทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

การบรรยายพิเศษ เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญ. - - กรุงเทพฯ ; สำนักงาน, 2549.

162 หน้า

1. ศาลรัฐธรรมนูญ - - ไทย. I. ชื่อเรื่อง.

342.5930269

ISBN 974-7725-20-7

ชื่อหนังสือ	วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
ปีที่พิมพ์	มีนาคม 2549
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของลิขสิทธิ์	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ เลขที่ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200 โทรศัพท์ 0 2623 9600 โทรสาร 0 2623 9647
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

คำนำ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการ ดังนั้น ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาศักยภาพเพื่อให้การทำหน้าที่สนับสนุนคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะนอกจากจำเป็นต้องรอบรู้ในด้านทฤษฎี ปรัชญาทางกฎหมาย และนิติวิธีต่างๆ อย่างเชี่ยวชาญแล้ว จำเป็นต้องมีทักษะและองค์ความรู้ในด้านปฏิบัติการควบคู่กันไป ด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดทำโครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยมีรูปแบบการดำเนินงานประกอบด้วย การบรรยายพิเศษและการศึกษาดูงาน

สำหรับการบรรยายพิเศษ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความกรุณาจาก ท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ ศ.ดร. วิษณุ เครืองาม ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และรศ.ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ให้เกียรติมาบรรยายในหัวข้อเรื่องวิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ หนังสือเล่มนี้เป็นการรวมคำบรรยายพิเศษของวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะเป็นประโยชน์ทางด้านวิชาการแก่นักกฎหมายมหาชน ข้าราชการ นิสิต นักศึกษาและประชาชนผู้สนใจโดยทั่วไป



(นายไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

หน้า

คำนำ	i
การบรรยายพิเศษ เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ ตาม “โครงการเสริมสร้างและ พัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”	
บรรยายพิเศษ วันศุกร์ที่ 6 มกราคม 2549	1
โดย นายมีชัย ฤชุพันธุ์ อดีตรองประธานวุฒิสภา	
บรรยายพิเศษ วันศุกร์ที่ 7 ตุลาคม 2548	23
โดย ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี	
บรรยายพิเศษ วันศุกร์ที่ 26 สิงหาคม 2548	75
โดย ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขาธิการคณะรัฐมนตรี	
บรรยายพิเศษ วันพฤหัสบดีที่ 14 กรกฎาคม 2548	111
โดย รศ.ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ผู้อำนวยการศูนย์วิจัยนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์	
ภาคผนวก	151

การบรรยายพิเศษ

เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

นายมีชัย ฤชุพันธุ์

ตาม “โครงการเสริมสร้างและพัฒนา
องค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”

วันศุกร์ที่ 6 มกราคม 2549

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ :

กราบเรียนท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ ที่เคารพ โดยที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการ ดังนั้นบรรดาข้าราชการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาศักยภาพเพื่อให้การดำเนินงานที่สนับสนุนคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพเพราะนอกจากจำเป็นต้องมีความรอบรู้ในเชิงทฤษฎีปรัชญาทางกฎหมาย และนิติวิธีต่างๆ อย่างมีความเชี่ยวชาญแล้วจำเป็นต้องมีทักษะและองค์ความรู้ในด้านการปฏิบัติการควบคู่กันไป ด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดทำโครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ ประการแรก เพื่อเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ให้กับข้าราชการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและคณะผู้ช่วยเหลืองานของศาลรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง เพื่อพัฒนาศักยภาพการดำเนินงานของข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในการสนับสนุนคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทางวิชาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประการสุดท้าย เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับผู้ทรงคุณวุฒิ องค์กรที่เกี่ยวข้องต่างๆ ในโอกาสนี้สำนักงานได้กราบเรียนเชิญท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ มาบรรยายพิเศษในหัวข้อ วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ บัดนี้ได้เวลาอันสมควรแล้ว กระผมขอกราบเรียนเชิญท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ อดีตประธานวุฒิสภาได้กรุณาให้คำบรรยายพิเศษแก่พวกเราด้วยครับ ขอกราบเรียนเชิญครับ

ท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ :

กราบเรียนท่านผู้ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุมคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท่านผู้มีเกียรติทุกท่านด้วยความยินดีเป็นอย่างยิ่งที่ได้รับเกียรติให้มาพูดในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ความจริงผมมีความผูกพันอยู่กับศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมาโดยตลอดทั้งในแง่ของผู้ที่คอยเฝ้าติดตามคุณผลงานของศาลรัฐธรรมนูญและในแง่ของความสนิทชิดชอบระหว่างบุคคลที่มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและที่มาปฏิบัติราชการในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ฉะนั้นไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะใช้ให้มาทำอะไรก็ยินดีเสมอ ถ้ามองในแง่ผลกระทบที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผมคิดว่า ท่านผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญน่าจะทราบดีว่าคนทั่วไปว่าทุกครั้งที่มีคำวินิจฉัยออกมาแล้ว ไม่ว่าจะในเรื่องใด ย่อมส่งผลกระทบในทางใดทางหนึ่งต่อผู้คนในบ้านเมือง ต่อองค์กรในบ้านเมือง แม้กระทั่งบางครั้งต่อวิถีชีวิตของผู้คนในสังคม ไม่เลือกที่จะเป็นคนที่อยู่ในแวดวงราชการหรือบุคคลธรรมดาทั่วไป ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยที่วินิจฉัยว่ากฎหมายที่บัญญัติให้หญิงต้องใช้สกุลของสามีหลังจากแต่งงานแล้วศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ก็จะเห็นว่าเพียงคำวินิจฉัยฉบับนั้นก็ส่งผลกระทบไปทั่วคร้วเรือน มีทั้งคนดีใจ มีทั้งคนหงุดหงิดรำคาญ และมีทั้งคนไม่รู้จะทำอย่างไร บังเอิญผมมีเว็บไซต์ที่ตอบคำถามอยู่เป็นประจำ ในช่วงนั้นได้รับคำถามบ่อยๆ ว่า ชีวิตเขาจะต้องเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรในเมื่อเขาใช้นามสกุลสามีก็มีความสุขดีอยู่แล้ว ก็ได้แต่บอกไปว่าเมื่อมีความสุขดีแล้วก็อย่าไปเปลี่ยน เมื่อไหร่ไม่มีความสุขก็เปลี่ยนได้ ในแง่ทางการเมืองผลกระทบก็มีอยู่มาก ซึ่งจะขอพูดทีหลัง ในฐานะที่ได้เกี่ยวข้องกับวงการเมืองกับรัฐธรรมนูญมานานพอสมควร ผมจึงตั้งความหวังไว้กับศาลรัฐธรรมนูญอย่างมาก และได้วาดภาพของศาลรัฐธรรมนูญไว้อยู่ในใจเช่นเดียวกับคนทั่วไป

ถ้าเราดูรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ แล้ว จะเห็นว่าองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญที่มี 15 ท่าน มีผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย 5 ท่าน มีตุลาการศาลปกครองสูงสุด 2 ท่าน ผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ 5 ท่าน ผู้ทรงคุณวุฒิด้านรัฐศาสตร์ 3 ท่าน ถ้าแยกแยะลงไปก็จะเห็นว่า องค์ประกอบนั้นจะประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย ทั้งกฎหมายทั่วไปและกฎหมายมหาชน ในเชิงการพิจารณาคดีมี 7 ท่าน คือมาจากศาลฎีกา 5 ท่าน มาจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด 2 ท่าน และผู้ทรงคุณวุฒิด้านอื่นๆ ที่ไม่ได้เชี่ยวชาญเชิงคดีอีก 8 ท่าน ซึ่งจะเป็นส่วนใหญ่ เพราะฉะนั้นถ้าดูเฉพาะองค์ประกอบในด้านนี้ก็น่าจะแปลได้ว่า รัฐธรรมนูญคงไม่ได้มุ่งหวังให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อพิพาทหรือปัญหาต่างๆ อย่างคดีทั่วไป เพราะถ้าต้องการให้พิจารณาอย่างคดีทั่วไปก็คงกำหนดคุณสมบัติของคนผู้เชี่ยวชาญทางด้านการพิจารณาในด้านคดีมาจากศาลมากกว่า คราวนี้ลองหันมาดูในแง่ของผู้ทรงคุณวุฒิด้านนิติศาสตร์ และรัฐศาสตร์ จำนวน 8 คน ถามว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ต้องการคนที่เชี่ยวชาญเป็นเอกเทศะทางด้านกฎหมายหรือทางด้านรัฐศาสตร์ทั้ง 8 คนหรือไม่ เมื่อย้อนกลับไปดูคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (3) ก็จะเห็นว่าได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะเอาไว้ เช่น เคยเป็นรัฐมนตรี กรรมการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชน รองอัยการ อธิบดีหรือ ศาสตราจารย์ คนเหล่านั้นซึ่งอาจจะมีทั้งผู้เชี่ยวชาญหรือเอกเทศะทางกฎหมายหรือรัฐศาสตร์หรือไม่ได้เป็นก็ได้ ถ้ายังไปดูคุณสมบัติของกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็จะพบว่า คนที่จะมาดำรงตำแหน่งกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ นั้น แม้ไม่จบปริญญาก็เป็นได้ เพียงแต่เป็นผู้แทนของกลุ่มองค์กรเอกชนที่มีประสบการณ์ คนที่เป็นอธิบดีมาก่อนก็ไม่ได้แปลว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายเพราะอาจจะมีประสบการณ์ทางด้านสาขาที่ตนดำรงตำแหน่งขึ้นมาจากแวดวงราชการ และถ้ายังไปดูว่า

ใครบ้างที่จะมาเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น เราก็จะพบว่า เขาไม่ได้เลือกเฉพาะคนที่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย อาจจะมีความรู้พื้นฐานทางด้านกฎหมายมหาชนตอนสอบเข้า แต่ตลอดชีวิตของคนเหล่านั้น อาจจะมีผู้เชี่ยวชาญด้านอื่น อาจจะเป็นสถาปนิก อาจจะเป็นวิศวกร อาจจะเป็นหมอกี่ก็ได้ เพราะฉะนั้นถ้ารวมคุณสมบัติเหล่านี้ก็จะพบว่าโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มุ่งไปที่ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายหรือรัฐศาสตร์อย่างแท้จริง แต่มุ่งไปทางด้านของประสบการณ์จากหลากหลายอาชีพที่พอจะเป็นที่เชื่อถือได้ว่า มีความรู้ พบเห็นสิ่งต่างๆ ได้รู้เห็นความต้องการหรือความเป็นไปของสังคม และยังถ้าดูถึงระบบการสรรหาที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ชัดว่า ในเวลาที่สรรหา ผู้สรรหามีได้มุ่งถึงความเป็นเอตทัคคะ หรือความเชี่ยวชาญในเชิงวิชาการเพราะในการสรรหา นั้นได้อาศัยเสียงข้างมากของกรรมการสรรหา ในการคัดสรรและส่งมาให้วุฒิสภาเพื่อจะคัดเลือก โดยผลอย่างนั้น โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ไม่ได้เป็นโครงสร้างของผู้เชี่ยวชาญทั้งทางด้านกฎหมาย หรือรัฐศาสตร์โดยแท้ ที่พูดอย่างนี้ไม่ได้ดูหมิ่นว่าตุลาการไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญหรือเก่งกาจ แต่ทุกท่านก็มีความเชี่ยวชาญของท่าน แต่ที่พูดเพื่อที่จะนำไปสู่สิ่งที่อยากเห็น

เมื่อโครงสร้างถูกสร้างมาให้ประกอบด้วยผู้คนที่รอบรู้เชี่ยวชาญในด้านต่างๆ กัน มีประสบการณ์เป็นสำคัญ เราคงไม่อาจจะบอกได้ว่าโครงสร้างเหล่านั้นหรือผลแห่งโครงสร้างเหล่านั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ ผมคิดว่าเกิดขึ้นโดยเจตนา และเจตนาดังกล่าวน่าจะเป็นว่า ผู้สร้างรัฐธรรมนูญคงไม่ได้มุ่งหวังให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดปัญหาหรือข้อพิพาทตามหลักการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ที่ขึ้นอยู่กับการนำสืบของกลุ่มกรณี ผู้สร้างคงต้องการให้อาศัยประสบการณ์ในด้านต่างๆ ที่แต่ละท่านมีอยู่ในการบริหารบ้านเมือง ประสบการณ์ในวิชาชีพของตัวเองมาเป็นเครื่องมือประกอบการตัดสินใจโต้แย้งหรือปัญหาต่างๆ ที่เกิด

จากการใช้รัฐธรรมนูญ แน่نونถ้ากฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติเรื่องใดไว้ชัดเจนอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญคงไม่อาจตัดสินให้ผิดไปจากกฎหมายที่เขียนไว้ชัดเจนนั้นได้ โดยเฉพาะตัวบทของรัฐธรรมนูญ แต่ท่านทั้งหลายที่เป็นนักกฎหมายก็ย่อมตระหนักดีว่า กฎหมายไม่ว่าจะเขียนกันอย่างไร ย่อมมีปัญหาในการตีความเสมอ และมีช่องทางที่คิดไปได้หลายแง่หลายมุม ได้เสมอ เพราะกฎหมายย่อมเขียนไว้แต่เพียงกลางๆ แล้วจึงนำกฎหมายนั้นไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อันที่จริงถ้าไม่เกิดปัญหาขึ้น ก็คงไม่ต้องมาตีความกันในศาลรัฐธรรมนูญอย่างแน่نون เพราะฉะนั้นองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ผสมผสานกันแบบนี้ จึงน่าจะบอกถึงนัยว่าในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากจะคำนึงถึงหลักนิติศาสตร์ หลักรัฐศาสตร์ แล้ว ผมคิดว่าต้องคำนึงถึงความเรียบร้อย และสามารถแก้ปัญหาทางตันของบ้านเมืองได้ โดยเฉพาะที่จะสามารถทำให้บ้านเมืองเดินไปข้างหน้าอย่างสว่างงามอย่างชนิดที่พอจะยอมรับกันได้ ไม่ได้แปลว่า คำวินิจฉัยนั้นจะถูกหรือผิด หรือจะดำหรือขาว ปัญหาว่าเมื่อองค์กรที่ประกอบกันเป็นศาลรัฐธรรมนูญเป็นกลไกสูงสุดที่จะชี้ขาดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นแม่บทในการบริหารบ้านเมือง หรือการปกครองประเทศ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญนึกถึงแต่หลักนิติศาสตร์อย่างเดียว หลักรัฐศาสตร์อย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงความเรียบร้อยและทางแก้ปัญหาของบ้านเมือง รัฐธรรมนูญนั้นก็กลายเป็นของตาย ไม่สามารถปรับให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตทั้งของปัจเจกชนและของประเทศชาติที่จะเดินไปข้างหน้า ที่พูดอย่างนี้ไม่ได้หมายความว่า จะไปยุให้ศาลรัฐธรรมนูญทิ้งกฎหมายทั้งหลักรัฐศาสตร์แล้วเอาแต่เฉพาะที่ตนเองเห็นเหมาะสมควร หลักเหล่านั้น ก็ยังต้องยึดถ้าเรามองกลับไปดูรัฐธรรมนูญของอเมริกัน ด้วยคำว่า Due Process of Law วลีเดียว ศาลรัฐธรรมนูญของอเมริกันสามารถทำให้อายุรัฐธรรมนูญของอเมริกันยืนยาวเท่ากับประเทศสหรัฐอเมริกาได้ โดยไม่ต้องยกเลิก นอกจากนานๆ ก็แก้ไขเพิ่มเติมกันครั้งหนึ่ง นั้นเพราะ

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ได้คำนึงถึงความเป็นไปได้ในการบริหารประเทศ และวิวัฒนาการของสังคมที่นับวันจะก้าวไปข้างหน้าเรื่อยๆ จริงอยู่อาจจะมีคนโต้แย้งว่าถ้าไม่วินิจฉัยตามหลักนิติศาสตร์โดยเคร่งครัดแล้ว ก็จะมีคนโต้แย้งวิพากษ์วิจารณ์ได้ ถ้าข้อโต้แย้งนี้มีอยู่จริง ก็ลองหันกลับไปดูแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญทำมา และส่วนใหญ่จะยึดตัวหนังสือในกฎหมายโดยเคร่งครัดมาโดยตลอด ถามว่าแล้วมีคนวิจารณ์ใหม่ มีคนไม่เห็นด้วยใหม่ คำตอบก็คือยังมีคนวิจารณ์และคนไม่เห็นด้วยอยู่นั่นเอง เพราะกฎหมายเป็นเรื่องของการแสดงโวหาร การแสดงเหตุผล ต่างคนต่างก็มีความคิดไม่อย่างนั้นคงไม่ใช่คำว่ายุติธรรม ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็นธรรมเสมอไป แต่ว่าเมื่อไรที่เราใช้หลักนิติศาสตร์ล้วนๆ ในการตัดสินโดยคำนึงถึงถ้อยคำโดยเคร่งครัด โดยใช้ถ้อยคำมาแปลโดยเคร่งครัด คำวิพากษ์วิจารณ์ คำไม่เห็นด้วย การโต้แย้งก็ย่อมเกิดขึ้น และเมื่อโต้แย้งมากๆ ในที่สุดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเองจะเริ่มกลางแกลงในตัวเองว่าที่เราคิดถูกหรือเปล่า แต่ถ้าในการวินิจฉัยได้วินิจฉัยโดยมุ่งหวังผลว่า สิ่งที่วินิจฉัยไปนั้นจะก่อให้เกิดหลักการของบ้านเมืองหรือที่ชัดเจนขึ้น หรือก่อให้เกิดช่องทางในการแก้ทางตันที่มีอยู่ ไม่ว่าจะใครจะวิจารณ์อย่างไร ผมก็เชื่อว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็จะยืนอยู่ได้อย่างคงที่ไม่โอนเอน เพราะสามารถตอบกับตัวเองได้ว่าทำไมจึงวินิจฉัยอย่างนั้น แต่ที่ผ่านมามีหลายกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยอาศัยถ้อยคำโดยแท้ ยกตัวอย่าง คดีที่มีปัญหาว่า รัฐมนตรีท่านหนึ่งถูกศาลตัดสินว่า กระทำความผิดและลงโทษจำคุกแล้วให้รอลงอาญา ปัญหาคือว่า กฎหมายเขียนไว้ว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุก ศาลรัฐธรรมนูญแปลคำนี้ว่า ต้องได้รับโทษจำคุก ส่วนหนึ่งแปลว่า ต้องได้รับโทษจำคุก ส่วนที่สองแปลว่า แม้ไม่ต้องได้รับโทษจำคุกก็เข้าข่ายที่จะขาดคุณสมบัติหรือต้องพ้นจากตำแหน่ง และส่วนที่สามแปลว่า เห็นด้วยกับส่วนที่สอง แต่ต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดก่อน และเมื่อส่วนที่สามกับส่วนที่หนึ่งรวมกัน จึงกลายเป็นเสียงข้างมาก ถามว่าคำวินิจฉัยคดีนี้ มีคนโต้แย้งใหม่ ก็ตอบว่า

มีเยอะแม้แต่ปัจจุบัน เพราะถ้าอ่านรัฐธรรมนูญให้ดีก็จะเห็นว่า ในรัฐธรรมนูญนั้นเขียนไว้เป็น 2 แบบ แบบที่หนึ่งคือ ต้องคำพิพากษาให้จำคุก อีกแบบหนึ่งก็บอกว่า ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาบ้าง ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกบ้าง แต่ศาลรัฐธรรมนูญใช้หลักของศาลยุติธรรม มาวินิจฉัยคดีนี้ ศาลยุติธรรมวินิจฉัยเรื่องทำนองนี้มาโดยตลอด ไม่ว่าจะเขียนอย่างไรถ้าไม่ถูกจำคุกจริงๆ ก็จะไม่เข้าข่าย นั่นเพราะเพื่อประโยชน์ในการที่จะใช้เป็นข้อบรรเทาโทษในกรณีที่จะรอลงอาญา ครั้งที่สอง ครั้งที่สาม แต่ถามว่าถ้าดูในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ชัดว่า คนระดับหนึ่งเขาผ่อนปรนให้ ถ้าศาลตัดสินให้จำคุกแต่รอลงอาญา เขาก็ยังไม่ให้พ้น คนอีกระดับหนึ่งซึ่งอยู่สูง เมื่อศาลตัดสินว่ากระทำความผิดแล้วลงโทษจำคุกแม้แต่รอลงอาญาเขาก็คิดว่าไม่สมควรให้ดำรงตำแหน่งก็ต้องให้พ้นไป เขาก็เขียนไว้อีกอย่าง แต่เมื่อศาลใช้หลักของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยคดีนี้ ก็เป็นไปตามหลักที่ศาลยุติธรรมวางไว้ แต่ไหนแต่ไรมา ซึ่งเป็นข้อที่ผมไม่อยากเห็นเลย ผมอยากเห็นศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่เหนือศาลทุกศาล และด้วยผลของคำวินิจฉัยอย่างนั้น ต่อมาถ้ามีผู้นำของเราถูกศาลลงโทษจำคุกแล้วรอลงอาญาก็ยังสามารถดำรงตำแหน่งได้ เป็นการวางหลักที่น่าเป็นห่วงมากแล้ว

โดยสรุปสิ่งที่อยากเห็นใน ประการแรก คือ อยากเห็นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องต่างๆ โดยมีเป้าหมาย ถึงการบริหารบ้านเมือง ถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อการบริหารบ้านเมือง การแก้ปัญหาทางตัน ประกอบการคำนึงถึงหลักนิติศาสตร์ และหลักรัฐศาสตร์ ข้อสำคัญก็คือ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวางกฎเกณฑ์ในการพิจารณาให้มีรูปแบบพิเศษที่แตกต่างไปจากรูปแบบที่ทำอยู่ในศาลยุติธรรม ก็อาจจะเป็นช่องทางให้มีการพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญไปได้ เมื่อเริ่มต้นในการกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ผมเข้าใจและรับทราบไว้ว่า เนื่องจากกำหนดไว้ว่า ต้องเห็นด้วยเป็นเอกฉันท์ เพราะฉะนั้นวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจึงเกิดจาก การออมชอมกัน เพราะฉะนั้น

จึงค่อนข้างจะคล้อยไปในทางศาลยุติธรรม ถ้านึกถึงศาลปกครอง ซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าศาลรัฐธรรมนูญและเกิดขึ้นภายหลังก็เห็นได้ว่า วิธีพิจารณาของศาลปกครองตอนที่เขาทำ เขาทำใจให้ว่างแล้วลืมวิธีพิจารณาของศาลยุติธรรม แล้วเขาก็ทำของเขาขึ้นมาใหม่ บางส่วนอาจจะคล้ายกันแต่นั้นเขาก็คิดว่าเหมาะสมของเขา เพราะฉะนั้นบัดนี้เวลาล่วงเลยมานาน บางที่อาจจะถึงเวลาที่จะต้องดูว่าวิธีพิจารณานั้นเอื้อต่อการทำหน้าที่มากน้อยเพียงใด

สิ่งที่อยากเห็น ประการที่สอง มาถึงวันนี้ทุกคนคงจะค่อยๆ ยอมรับได้ว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีแนวทางใหม่ๆ มากมาย แต่ก็ยังเป็นรัฐธรรมนูญที่นำสิ่งละอันพันละน้อยมาผสมผสานกัน มีทั้งแนวความคิดทางวิชาการ มีทั้งแบบอย่างจากต่างประเทศ ผสมผสานกับแนวคิดในประสบการณ์ของผู้คน และบางส่วนเกิดจากความคับแค้นใจในอดีตของสมาชิกผู้ร่าง ในขณะเดียวกันก็มุ่งประสงค์ที่จะให้ได้รับการนิยมนจากกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ แล้วก็เอามาผสมผสานกันเป็นรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่คนพร้อมใจกัน ยอมรับโดยไม่ได้อ่านเมื่อตอนรับก็ไม่ได้อ่าน มาบัดนี้เริ่มกลางแคลงใจ ก็ยังไม่ได้อ่านตลอดอยู่นั่นเอง เมื่อเร็วๆ นี้มีคนมาถามผม เรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผมก็บอกว่าถ้าอยากจะแก้ต้องศึกษา อย่าใช้อารมณ์ เพราะเมื่อไหร่แก้ไขรัฐธรรมนูญกันด้วยอารมณ์ สิ่งที่จะได้ก็คงไม่ต่างกับสิ่งที่มีอยู่ ถ้าทำเช่นนั้นก็อย่าแก้ไขเสียดีกว่า เพราะอย่างน้อยสิ่งที่มีอยู่ก็เริ่มคุ้นเคย ถ้าแก้ไขก็เริ่มนับหนึ่งกันใหม่ แต่ถ้าจะทำให้ได้ผลต้องศึกษาก่อน ด้วยผลของการผสมผสานจึงพบว่ารัฐธรรมนูญมีทั้งรูโหว่ รอยร้าว และมีทางตันมากมาย ใครจะคิดว่ากลไกที่วางไว้ดูเหมือนรอบคอบ มันจะสร้างทางตันได้ถึงขนาดนี้ เพียงแค่คิดว่าศาลรัฐธรรมนูญอยู่ๆ ก็ไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญ ถามว่าทำไมไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญ เพราะองค์ประกอบยังไม่ครบถ้วน เนื่องจากขาดตุลาการที่มาจากศาลปกครองสูงสุด ทำไมไม่มีตุลาการมาจากศาลปกครอง

สูงสุดเพราะว่าไม่มีใครอยากมา เนื่องจากอยู่ศาลปกครองอยู่ได้จนถึงอายุ 70
อยู่ที่นี้ก็ถึง 70 เหมือนกัน และเมื่อประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่มี การจะตั้ง
องค์กระอิสระอื่นก็จะงัดไปหมด ผมก็สงสัยมานานว่าทำไมท่านผู้รักษาการ
ประธานศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ไปทำหน้าที่ ก็เพิ่งมาเห็นตอนท่านมีหนังสือ
ไปถึงผม เห็นตำแหน่งท่านก็นึกออกว่าเป็นอย่างนี้เอง เพราะท่านใช้
คำว่าปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุมคณะตุลาการ ผมไม่รู้ใครคิดขึ้น ทำไม
ใจร้ายกับท่านนัก หลักในการรักษาราชการ ความจริงก็เป็นหลักทั่วไปแต่
เมื่อนำสิ่งละอันพันละน้อยที่มาผสมผสานกันไม่ได้ถูกยึดโยงอย่างมีปฏิสัมพันธ์
จึงเกิดรูโหว่ รอยร้าว และทางตัน อาจจะมีคนบอกว่า ถึงจะมีข้อบกพร่อง
บ้างก็ไม่เป็นไร เมื่อใช้ๆ ไปแล้วพบว่าบกพร่องหรือไม่เหมาะสมอย่างไร
ก็ค่อยไปแก้ไขเอาในวันข้างหน้า การพูดนั้นง่ายแต่เอาเข้าจริงทำไม่ได้
ดูเหมือนศาลรัฐธรรมนูญได้เคยขอรัฐบาลให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่อง
ประธานศาลรัฐธรรมนูญมานานแล้ว แต่กลไกทางการเมืองก็ทำให้รัฐบาล
ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจที่จะไปเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพราะทุกครั้งที่มีการ
พูดถึงการจะแก้ไขรัฐธรรมนูญ ก็จะมีคนออกมาบอกว่า รัฐธรรมนูญนั้น
ดีแล้ว คนต่างหากที่ไม่ดี ลองคิดดูง่ายๆ ว่าขนาดที่รัฐธรรมนูญเขียนไว้ใน
บทเฉพาะกาลว่าเมื่อครบ 5 ปี แล้วให้องค์กระอิสระทั้งหลายเริ่มศึกษาว่า
มีอะไรจะต้องแก้ไขบ้าง ทุกองค์กระก็ออกมาบอกว่า ดีแล้ว คำว่าดีแล้ว นั้น
แปลว่า พอทนได้ ไม่อยากให้อุทกระทบทบบัญญัติอื่นที่ดี การแก้ไข
รัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เรื่องที่ย่างและทำพรวดเพื่อ เป็นเรื่องที่จะเกิดแรง
เสียดทานแรงต่อต้าน ความแคลงใจมากมาย ถ้ามว่าเมื่อแก้ไขไม่ได้แล้วเกิด
รอยร้าวรอยโหว่หรือทางตันขึ้นจะทำอย่างไร ก็ต้องพึงองค์กระที่จะทำหน้าที่
อุดรอยโหว่ รอยร้าวหรือผ่าทางตันให้ สิ่งที่ผมอยากเห็น คือ ศาลรัฐธรรมนูญ
เป็นกลไกที่ปรับแต่งรัฐธรรมนูญให้เดินต่อไปได้ แต่การจะทำหน้าที่อย่างนั้นได้
ผมคิดว่าต้องเปิดใจให้กว้างยอมเผชิญกับภาระหน้าที่ที่หนักหนา เพราะจะ
ถูกแรงเสียดทานที่อาจเกิดขึ้นเป็นครั้งคราว แต่ถ้ายอมรับว่าเป็นหน้าที่

เมื่อเกิดอะไรขึ้นก็ต้องปฏิบัติหน้าที่นั้น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญทำวิธีนี้ได้ เราจะมีรัฐธรรมนูญที่ได้รับการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไป และสอดคล้องกับสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัย จริงอยู่เราคงไม่สามารถพัฒนารัฐธรรมนูญได้ถึงขนาดอย่างศาลอเมริกันพัฒนารัฐธรรมนูญของเขา เพราะบังเอิญรัฐธรรมนูญของเรามาจากการนำสิ่งละอันพันละน้อยมาบัญญัติ จึงบัญญัติในรายละเอียดไว้เกือบทุกเรื่อง เพราะฉะนั้นโครงสร้างสำคัญจึงไม่สามารถพัฒนาได้ แต่กลไกในการทำงานของโครงสร้างเหล่านั้นผมคิดว่า อาจได้รับการพัฒนาได้ เมื่อตอนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา ตอนนั้นสมาชิกวุฒิสภายังเป็นชุดที่มาจากกาแต่งตั้ง เกิดปัญหาตามรัฐธรรมนูญขึ้นว่าในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดชุดแรก จะทำอย่างไรในเมื่อรัฐธรรมนูญเขียนไว้ชัดว่า การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และประธานตุลาการศาลปกครองสูงสุด ต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง การที่จะมีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้ก็ต้องมีทั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด มีประธานตุลาการศาลปกครองสูงสุดก่อน ไม่รู้ว่าไก่อเกิดก่อนไข่หรือไข่เกิดก่อนไก่ บทเฉพาะกาลก็ไม่ได้เขียนอะไรไว้ ในชั้นที่มีการออกกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครอง เขาก็เขียนบทเฉพาะกาลไว้ว่า ในตอนเริ่มต้นให้มีคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อทำหน้าที่คัดสรรตุลาการที่จะเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ก็คัดสรรตามกฎหมายนั้นแล้วส่งไปที่วุฒิสภาดอนั้นวุฒิสภาก็คิดว่าไม่มีทางออก เพราะยังไงก็ไม่มีคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แต่เราก็คิดว่าในเมื่อมีศาลรัฐธรรมนูญ แทนที่จะเถียงกันแล้วปล่อยปัญหาให้คาราคาซัง แล้วนำความกราบบังคมทูล เราก็คิดว่าทำให้เสร็จสิ้น จบสิ้นกระบวนการดีกว่า ก็เลยทำเรื่องมาศาลรัฐธรรมนูญและผมเองโดยส่วนตัวก็เฝ้าดูว่าศาลรัฐธรรมนูญจะใช้หลักอะไรในการพิจารณาจะยึดถือถ้อยคำหรือจะใช้หลักทั่วไปที่จะแก้ปัญหามาทางตัน ก็ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติที่ให้คณะกรรมการพิเศษขึ้นมา

ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดำเนินการตามนั้นได้ เรื่องก็จบ เราก็สามารถให้ความเห็นชอบและนำความกราบบังคมทูลได้ โดยไม่ต้องพะวงว่าจะมีใครมาร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในภายหลัง ในส่วนตัวผมก็ตั้งใจว่าศาลรัฐธรรมนูญเริ่มต้นดี เพราะไม่ได้ยึดถือถ้อยคำเป็นหลัก แต่ตั้งใจไม่นานก็เกิดปัญหาต่อมาว่า สมาชิกวุฒิสภาชุดแรกที่ได้รับการเลือกตั้ง เลือกตั้งได้ 120 คน เกินครึ่ง เขาก็อยากทำงาน แล้วไม่อยากจะให้วุฒิสภาชุดเดิมทำงาน ก็เข้าชื่อกันไปร้องขอต่อประธานรัฐสภา ประธานรัฐสภาก็ส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญ ให้วินิจฉัยว่า มีเพียง 120 คนทำงานได้หรือไม่ แล้วชุดเก่าที่หมดวาระแล้ว จะอยู่ปฏิบัติหน้าที่รักษาการตามมาตรา 131 ได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญใช้หลักการอ่านตัวอักษรเป็นเกณฑ์ โดยวินิจฉัยว่า 120 คน ทำไม่ได้เพราะองค์ประกอบต้อง 200 คน เมื่อองค์ประกอบยังไม่ครบ วุฒิสภาก็ไม่เกิด แต่ส่วนชุดเดิมที่ยังอยู่นั้นศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า ไม่ใช่วุฒิสภาตามความหมายของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 131 เพราะฉะนั้นก็ปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ รวมความว่า ณ ขณะนั้นก็ไม่มีใครทำหน้าที่วุฒิสภา เคราะห์ดีไม่เกิดปัญหาอะไรขึ้นที่จะต้องทำหน้าที่ในระหว่าง 4 เดือนนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้บางส่วนก็ลอกจากของเก่ามาโดยอาจจะไม่รู้ว่าจะของเก่าทำไมเขียนอย่างนี้ ในอดีตไม่เคยมีที่วุฒิสภาจะขาดตอน มีแต่สภาผู้แทนราษฎรที่ขาดตอนเพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญก็จะเขียนเอาไว้เสมอว่าระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรไม่มีวุฒิสภาทำหน้าที่ไม่ได้ แต่ในคราวนี้วุฒิสภาขาดตอน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเป็นการวินิจฉัยให้เกิดทางตันโดยแท้ เพราะถ้าเกิดอะไรขึ้นในช่วงนั้น ไม่มีทางออกเลย ซึ่งก็เคราะห์ดีที่ไม่เกิดเป็นความบังเอิญมากกว่า โดยสรุปในประการที่สองที่อยากเห็นก็คืออยากเห็นศาลรัฐธรรมนูญเป็นกลไกในการพัฒนารัฐธรรมนูญ

สิ่งที่อยากเห็น ประการที่สาม คืออยากเห็นศาลรัฐธรรมนูญเปิดทางกว้างในการนำเรื่องมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญต้องรับรู้ถึงความร้อนของเรื่องที่มาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ในปัจจุบันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญถูกสร้าง

กลไกเอาไว้ไม่ให้เรื่องมาถึงศาลรัฐธรรมนูญได้ง่าย เพราะทุกอย่างจะมีขั้นตอนไปหมด ทางที่เปิดเอาไว้ ทางเดียวก็คือตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 แต่ตามมาตรา 266 ก็ต้องไปอาศัยประธานรัฐสภา แม้กระนั้นเวลาประธานรัฐสภาส่งมา ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังมีกลไก ในการตรวจสอบพิจารณาของตัวเอง เราคงไม่สามารถไประเบิดก้อนอิฐที่ปิดบังไว้ โดยผ่านทางประธานรัฐสภาหรือผ่านทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาคงระเบิดตรงนั้นไม่ได้ เพราะเขียนไว้ค่อนข้างจะชัดเจน แต่ผมก็อยากเห็นทางที่กว้างขึ้นเมื่อผ่านช่องทางนั้นมาแล้ว และที่สำคัญคือ เวลาที่ผ่านช่องทางนั้นมาแล้ว ถ้าศาลรัฐธรรมนูญรับรู้ถึงความร้อนของเรื่อง บางทีปัญหาที่ติดตามมาหรือผลกระทบทางลบที่ติดตามมาอาจจะไม่รุนแรงอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ยกคดีตัวอย่างเรื่อง ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ผมเสียเวลามาก เพราะเป็นการอยากรู้ส่วนตัวว่าเกิดอะไรขึ้น เมื่อไปศึกษาตั้งแต่ต้นตอนออกกฎหมายตรวจเงินแผ่นดินเรื่อยมาจนปัจจุบัน ผมสรุปในใจของผมว่าทุกคนที่เข้าไปเกี่ยวข้องมีส่วนผิดบ้างไม่มากก็น้อยทุกคน และคนที่เอาตัวรอดก็ไปแล้ว คือคนที่ทำผิดมากที่สุด ปัญหาหนักอก ทิ้งไว้ให้คนซึ่งไม่ได้ลงมือทำผิด ถ้าศาลรัฐธรรมนูญรับรู้ถึงความร้อนของเรื่องและวินิจฉัยให้เร็วขึ้น บางทีปัญหาอาจไม่ค้างคาอย่างที่เป็นอยู่ แต่เรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญใช้เวลาถึง 1 ปี

ถ้าสิ่งที่ผมอยากเห็นเป็นความจริง การพัฒนารัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสังคมของไทย ก็ย่อมจะมีโอกาสมากขึ้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่让我ไปตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541-2548 ผมพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะพิจารณาไปที่ละเรื่องโดยมิได้ตั้งเป้าอย่างที่ยอยากเห็น ถ้ามองแล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา เกิดผลกระทบอะไรบ้าง ผมคิดว่า อย่างที่เรียนมาแต่ต้นว่ามีผลกระทบค่อนข้างจะมาก แม้ว่าหน้าที่โดยกรอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จะมีหลากหลาย ทั้งในเรื่องที่เป็นเรื่องเฉพาะตัว เรื่องที่เกี่ยวกับองค์กร หรือเรื่องเกี่ยวกับ

ตัวบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ละเรื่องมักจะมีผลกระทบไม่ทางใดก็ทางหนึ่งอยู่เสมอ บางเรื่องก็เป็นผลกระทบในเชิงที่ทำให้ผู้คนอุ่นใจ บางเรื่องก็เป็นผลกระทบในทางก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ยกตัวอย่าง เรื่องผลกระทบในทางความลำบากในการปฏิบัติ ก็คือคำวินิจฉัยเมื่อปี 2545 ในเรื่องอำนาจการยับยั้งกฎหมายของสภาใดสภาหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 ในเรื่องนั้น สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้ตั้งคณะกรรมการร่วมเพื่อพิจารณากฎหมายฉบับหนึ่ง เมื่อคณะกรรมการร่วมพิจารณาเสร็จแล้ว ก็เสนอไปยังรัฐสภา บังเอิญไปเข้าสภาผู้แทนราษฎรก่อน สภาผู้แทนราษฎรมิมีมติไม่รับ ซึ่งมีผลเป็นการยับยั้ง และโดยทางปฏิบัติที่ผ่านมามีเป็นกฎหมายการเงิน สภาผู้แทนราษฎรก็จะยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ทันที ซึ่งเรื่องนั้นสภาผู้แทนราษฎรก็ยกขึ้นมาพิจารณาใหม่ สมาชิกวุฒิสภาก็เข้าชื่อกันร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญว่าสภาผู้แทนราษฎรกระทำไม่ชอบ เพราะว่าวุฒิสภายังไม่ได้พิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขบวนการยังไม่เสร็จสิ้นเพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการร่วม นำร่างกลับไปเสนอแต่ละสภา เมื่อวุฒิสภายังไม่ได้พิจารณา การยับยั้งนั้นก็ยังไม่เกิด และเมื่อการยับยั้งยังไม่เกิดก็หยิบยกขึ้นมาพิจารณาไม่ได้ และนี่ก็เป็นการสร้างแนวทางใหม่ให้กับระบบรัฐสภา แต่ผมสงสัยว่าถ้าบังเอิญวุฒิสภาเป็นคนพิจารณาครั้งแรกก่อนสภาผู้แทนราษฎร แล้ววุฒิสภายับยั้ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะเปลี่ยนไปหรือไม่ จะต้องให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาว่าจะยับยั้งหรือไม่ยับยั้งกฎหมายนั้นอีกหรือไม่ หรือว่าสามารถหยิบยกขึ้นมาพิจารณาได้ในทันที ตามหลักของรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 เพราะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 และมาตรา 176 เพียงสภาใดสภาหนึ่งยับยั้ง ก็ถือว่ากฎหมายนั้นถูกยับยั้งแล้ว และเมื่อกฎหมายนั้นถูกยับยั้งต่อไปก็เป็นหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรที่จะทิ้งไป หรือจะหยิบยกขึ้นมาใหม่ ถ้าหยิบยกขึ้นมาใหม่ก็ขึ้นอยู่กับว่าเป็นกฎหมายการเงินหรือไม่ ถ้าเป็นกฎหมายการเงินก็หยิบยกได้ทันที ถ้าไม่ใช่กฎหมายการเงินก็ต้องรอไว้

จนกว่าจะพ้น 6 เดือน คำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว เป็นการสร้างทางปฏิบัติใหม่ แต่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยสำหรับคนนอกก็เป็นเรื่องเชิงวิชาการที่จะพูดกัน แต่ผู้มีหน้าที่ปฏิบัติเขาก็ต้องปฏิบัติ ก็เป็นอันว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวทางที่ค่อนข้างจะชัดเจนเอาไว้ให้เป็นหลักปฏิบัติครั้งหนึ่ง อีกครั้งหนึ่งยังไม่ได้พูด เพราะยังมีปัญหาต่อไปว่า ถ้าวุฒิสภาเขาทำก่อนจะทำอย่างไร จะเกิดอะไรขึ้น ก็ต้องไปรอกัน เรื่องนี้เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญยังยึดหลักของศาลยุติธรรมอยู่ค่อนข้างจะมาก คือไม่ตัดสินอะไรเกินคำขอ ก็ถูกส่วนหนึ่ง แต่ปัญหาว่าถ้าเราสามารถดูว่า คำขอนั้นเขามุ่งประสงค์อะไร แล้วทำให้สมบูรณ์ตามความประสงค์นั้นเพื่อใช้เป็นหลักราชการ จะเป็นไปได้หรือไม่ จะดีกว่าหรือไม่ คำวินิจฉัยอีกอันหนึ่งซึ่งมีผลกระทบและสืบเนื่องมาถึงปัจจุบันคือ คำวินิจฉัย ที่ 38/2545 กรณี กกต. ในกรณีนั้นมีการสรรหาผู้ที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการการเลือกตั้ง สรรหาแล้วมีคนสมัครหลายสิบคน สรรหาแล้ว ก็มาดันที่รอบที่ 3 หลังจากนั้นก็ไม่มีการได้คะแนน กรรมการสรรหาก็ตัดเปลี่ยนเกณฑ์ สร้างเกณฑ์ใหม่เพื่อที่จะให้สามารถหาได้ และเมื่อสร้างเกณฑ์ใหม่แล้วก็หาคนได้ เสนอมายังวุฒิสภา วุฒิสภาก็คัดเลือกเสร็จ นำความกราบบังคมทูลแต่งตั้งเรียบร้อย ก็มีคนมาร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการวินิจฉัย การดำเนินการสรรหาของคณะกรรมการสรรหา เป็นกระบวนการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 138 (1) ซึ่งก็ไม่ได้บอกวิธีการอะไร เป็นวิธีการที่คณะกรรมการสรรหาเขากำหนดกันขึ้นเอง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การสรรหาเช่นนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 138 (1) และวินิจฉัยตามคำถามเขาว่า เมื่อวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องมีการสรรหาใหม่หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า จะต้องมีการสรรหากรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญใหม่อีกครั้งหนึ่ง และไม่ได้บอกว่าคนเก่าเป็นอย่างไร บังเอิญตอนนั้นคนที่ปัญหาจะต้องถูกออก เป็นคนที่นักวิชาการไม่ค่อยชอบเพราะคิดว่าเป็นคนของรัฐบาล

ทุกคนก็ชื่นชมต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ว่าทำชอบแล้ว ดีแล้ว มีผมคนเดียวไม่เห็นด้วย ผมเขียนไว้ในเว็บไซต์ด้วยว่า แล้วจะอย่างไร กับพระบรมราชโองการแต่งตั้งที่พระเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว แต่เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไปแล้ว ผมก็ยึดหลักตามศาลรัฐธรรมนูญ เรื่อยมา แม้จะไม่เห็นด้วยผมก็รับปฏิบัติ ถึงจะไม่มีอะไรไปปฏิบัติเหมือน เขาแต่ในใจผมก็ปฏิบัติ โปรดสังเกตว่าในกรณีนี้ไม่มีลายลักษณ์อักษรอะไร ทั้งสิ้น เป็นแต่มติของคณะกรรมการสรรหาทำให้เปลี่ยนวิธี ศาลรัฐธรรมนูญ ก็บอกว่า การเปลี่ยนวิธีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต่อมามีอีกเรื่องหนึ่งคือ การสรรหากรรมการ ปปช. ซึ่งก็มีทำนองคล้ายๆ กัน สรรหาแล้วก็เกิด ประเด็นปัญหาว่า การสรรหา นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตอนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กรรมการสรรหา ก็สรรหาไปแล้ว วุฒิสภาก็มีมติ ไปแล้ว และก็โปรดเกล้าไปแล้ว ผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อก็ไม่ได้ รับการสงสัยในอำนาจหน้าที่ขององค์การตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ รับคำร้องไว้พิจารณา ผมไม่รู้ศาลรัฐธรรมนูญเปลี่ยนหรือเปล่า ไม่รับเรื่อง นั้นเพราะคนที่เกี่ยวข้องไม่ได้สงสัย ผู้สมัครและผู้ได้รับการเสนอชื่อไม่คิดใจ ตอนกรรมการการเลือกตั้งคนที่ยื่นคำร้องก็ไม่ใช่ผู้สมัครและผู้ได้รับเลือก เหมือนกัน คราวนี้มาถึงคดี สดง. หลังจากศาลรัฐธรรมนูญใช้เวลา 1 ปี จึงมีคำวินิจฉัย คนที่เริ่มตั้งคำถามเขาถามมาหลายข้อ แต่ถูกประธาน รัฐสภาตัดที่สำคัญออกไป ก็เลยถามแต่เพียงว่า สดง. กับวุฒิสภาใครผิด ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า กระบวนการที่ทำมาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ใน 3 เรื่องนี้ เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ชัดเจนที่สุดว่า กระบวนการไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ชอบแต่ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่แน่ใจ และการดำเนินการของวุฒิสภา มิได้ปฏิบัติตามกรอบแห่งอำนาจ หน้าที่ของตน ปัญหาจึงเกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยทั้งข้าง เพราะ เข้าใจว่า เมื่อตอนวินิจฉัยเรื่อง กกต. ก็ไม่เห็นมีปัญหา เพราะบังเอิญ เจ้าตัวก็ไปสมัครใหม่ ปัญหา ก็หมดไป แต่พอมาคราวนี้เกิดปัญหาทาง

การเมืองขึ้น ผู้คนก็มีความคิด มีอารมณ์แตกต่างกันไป จะบอกว่าศาลรัฐธรรมนูญผิดเพราะไม่พูดให้ชัดเจน ก็คงยากที่จะบอกอย่างนั้นได้ ก็เคยพูดอย่างนี้เหมือนกันนั่นมันไม่มีปัญหา แต่ถามว่า แล้วมีผลกระทบอะไรไหม คำตอบคือ ไม่เคยมีอะไรเป็นผลกระทบอย่างรุนแรงเท่าเรื่องนี้ และมีผลกระทบอย่างยืดเยื้อยาวนานที่สุดและมองหาทางออกไม่ได้ แม้ว่าทุกคนอยากจะหาทางออก ท่านประธานคงรู้ดีแก่ใจว่าคนอื่นว่ามันลำบากอย่างไร แต่ถ้าเราย้อนกลับไปเพื่อการศึกษา ถามว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีทางใดใหม่ ถ้าสมมติให้วินิจฉัยใหม่ ถ้าเป็นเรื่องเกิดใหม่ มีทางใดหรือไม่ที่จะทำให้เรื่องยุติ โดยปราศจากข้อสงสัย โดยไม่ต้องไปรบกวนเบื้องพระยุคลบาท ผมนึกว่าศาลรัฐธรรมนูญแม้จะไม่ใช่ศาลยุติธรรมอย่างที่เราคุ่นเคย แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรสูงสุดเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด และกระทำในพระปรมาภิไธยในพระมหากษัตริย์ เช่นเดียวกับศาลอื่น ข้อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพึงระวังก็คือ ผลกระทบที่เวลาศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องหนึ่งเรื่องใด จะเป็นผลกระทบวงกว้างบางครั้งอาจจะกระทบไปถึงสถาบันต่าง ๆ ได้ เพราะฉะนั้นข้อควรคำนึงของศาลรัฐธรรมนูญจึงอาจจะต้องหนักกว่าศาลยุติธรรมซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของคู่อริและในที่สุดก็ผูกพันเฉพาะ 2 คนนั้น ไม่ผูกพันคนอื่นใด แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นผูกพันหมดทุกคน ใครไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ เพราะฉะนั้นเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยจึงต้องคิดเรื่องนี้อยู่ตลอด แล้วต้องทำให้เสร็จสิ้นถ้ามีทางทำให้เสร็จสิ้นได้ ลองนึกดูเพื่อประโยชน์แห่งการศึกษาไม่ใช่เพื่อดำหนดิเดียน เพราะยังไงก็ย้อนกลับไปไม่ได้ นึกดูว่าตอนศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสร็จทันทีไม่ช้าไม่นาน เมื่อมีคนตั้งคำถามว่าจะให้ทำอะไรต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก ในที่สุดศาลรัฐธรรมนูญต้องออกแถลงการณ์โดยให้เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญออกแถลงการณ์อธิบายต่อว่าจริง ๆ ศาลรัฐธรรมนูญคิดอย่างนี้แต่คำอธิบายนั้นเกิดเมื่อคนตั้งข้อสงสัยแล้ว คนถือผิดถือฝ่ายแล้ว ผลที่

เกิดขึ้นก็คือ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญโดนเล่นงานโดยไม่รู้จัก
หันหน้าไปหาใคร จะไปบอกตรงๆ ว่าที่ผมแถลงการณ์ทั้งหมดนั้น ตุลาการ
ท่านประชุมปรึกษาแล้วให้ผมเขียนและใช้ชื่อผม ก็บอกไม่ได้ เพราะก็ต้อง
รักษา และถึงแม้ต่อมาประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ลงนามในหนังสือ
ฉบับหนึ่งไปถึงหน่วยงานหนึ่ง อธิบายอย่างเดียวกันจริง ก็ไม่ใช่ในฐานะ
เป็นศาล จะเห็นได้ว่า เมื่อทำเสร็จไปแล้ว ผลกระทบที่เกิดขึ้นมันยากต่อ
การแก้ไข ยากต่อการอธิบายมาก ก็เป็นบทเรียนว่า ต่อไปถ้าเรามีหนทาง
ขยายอย่างหนึ่งอย่างใดให้ยุติโดยไม่กระทบกระเทือน จะสมควรทำหรือไม่
ผมอ่านจากบทสรุปของคำวินิจฉัย ก็เห็นใจ ในคำวินิจฉัยเรื่อง กกต. แม้
ศาลรัฐธรรมนูญจะบอกว่าให้ไปสรรหาใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญก็หลีกเลี่ยงที่
จะพูดถึงฐานะของคนที่เป็นอยู่เดิม ผมเดาเอาว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะหา
วิธีอย่างหนึ่งอย่างใดพูดคุยให้กระจ่างโดยไม่กระทบกระเทือนไม่ได้ เพราะฉะนั้น
จึงทิ้งไว้ แต่ผมคิดว่าเรื่องแบบนี้ต่อไปจะมีอีก วันดีคืนดีอาจจะต้องปรึกษากัน
กันว่าแล้วจะต้องเขียนอย่างไร เรื่องถึงจะยุติโดยไม่กระทบกระเทือนอะไร
จะมีคำอธิบายอย่างไรจึงจะสามารถพูดถึงฐานะของคนได้ว่าเมื่อศาล
รัฐธรรมนูญวินิจฉัยอย่างนี้แล้วฐานะของคนนั้นเป็นอย่างไร ท่านทั้งหลาย
เชี่ยวชาญกว่าผมคงจะช่วยกันคิดออก โดยสรุปคือ คำวินิจฉัยของศาล
รัฐธรรมนูญย่อมส่งผลกระทบต่อถึงทุกองคาพยพ เพราะทุกองคาพยพ
มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามศาลรัฐธรรมนูญไม่รวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์
ยกเว้นศาลรัฐธรรมนูญ เพราะเขายอมให้ศาลรัฐธรรมนูญกลับคำวินิจฉัย
ของตัวเองได้ จึงไม่ถูกผูกมัดด้วย คำวินิจฉัยของตัวเอง เพราะเขาเชื่อว่า
ถ้าไม่มีเหตุอันควรศาลรัฐธรรมนูญยอมไม่วินิจฉัยกลับไปกลับมา เพราะ
ฉะนั้นช่องทางนี้จึงเป็นช่องทางที่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถปรับกลไก
ให้สอดคล้องกับวิวัฒนาการของสังคมและบ้านเมือง โดยไม่ต้องห่วงใยถึง
คำวินิจฉัยเดิมมากจนเกินไป เมื่อไรที่จำเป็นและเกิดเหตุผลที่หนักแน่น
ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถเปลี่ยนคำวินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆ เขาก็

เปลี่ยนเหมือนกันเมื่อเวลาผ่านไปนานเข้าก็เปลี่ยน เมื่อมีเหตุผลก็ย่อมสามารถเปลี่ยนได้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อประชาชนจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่จะไม่กระทบโดยตรง เว้นแต่เป็นเรื่องของคู่กรณีที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับความชอบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็เป็นเรื่องเฉพาะในแต่ละเรื่อง ไม่มีปัญหาในทางกระทบต่อวิถีชีวิตของคนมากนัก ผลกระทบที่มากที่สุดคือ ต่อกลไกของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ ผมคิดว่า ถ้าศาลรัฐธรรมนูญทำให้กว้างรับรู้ถึงฐานะอันนี้ เราก็จะอยู่ในสภาพที่ไม่ถึงทางตันจนเกินไป แต่ศาลรัฐธรรมนูญคงจะต้องสร้างกลไกหรือหากกลไกอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะทำหน้าที่นี้ต่อไปให้ได้ ขอพูดส่งท้ายว่า ใครจะคิดอย่างไรไม่รู้แต่ผมคิดว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นบุคคลที่สูง เพราะเป็นคนชี้ว่าบ้านเมืองจะเป็นอย่างไร และชี้แล้วเด็ดขาด ผู้คนก็จับตามองอยู่ แต่ด้วยฐานะอันสูงย่อมจะทำให้วิถีชีวิตปกติต้องถูกเปลี่ยนแปลงไปด้วย คนอย่างผมเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยอะไรก็พูดออกมาได้ เพราะผมไม่ได้อยู่ในฐานะสูงเหมือนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถแสดงความเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยอะไร กับใครใน Public ได้ ยิ่งการเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัย นอกเหนือไปจากคำวินิจฉัยส่วนตัวแล้ว ยิ่งไม่สามารถทำได้ เพราะไม่มีอะไรที่จะทำลายศาลรัฐธรรมนูญได้ดีไปกว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยกันเองออกมาบอกว่า คำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เข้าท่า ถ้าเมื่อไรที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาบอกว่าไม่เข้าท่าแล้วผมจะฟังใคร เพราะทุกคนถูกบังคับตามรัฐธรรมนูญให้ต้องยึดถือปฏิบัติตาม บางทีกลไกในกระบวนการพิจารณาอาจจะบกพร่อง จึงทำให้เกิดอารมณ์ออกไปพูดข้างนอก ถ้าเป็นอย่างนั้นก็คงต้องแก้กลไกนั้นพูดกันให้เสร็จก่อนก่อนจะลุกออกไปจากห้อง

ผมคิดว่าพอสมควรแก่เวลาแล้ว หวังว่าจะเป็นประโยชน์บ้างไม่มากนักน้อย ขอบพระคุณมากครับ

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ :

ในนามของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ใคร่ขอกราบขอบพระคุณ ท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ อดีตประธานวุฒิสภาเป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาพูดคุยกับพวกเราก่อนที่จะจบ ท่านตุลาการมีความประสงค์จะสอบถามสักคำถามใหม่ครับ พอดีท่านมีเวลาจำกัด ถ้าไม่มี ในโอกาสนี้ขอกราบเรียนเชิญ ท่านผัน จันทรปาน ได้กรุณามอบของที่ระลึกให้ท่าน วิทยากรผู้บรรยายคือ ท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ ด้วยครับ

* * * *

การบรรยายพิเศษ

เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

ศ.ดร.วิชณุ เครืองาม

รองนายกรัฐมนตรี

ตาม “โครงการเสริมสร้างและพัฒนา
องค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”

วันศุกร์ที่ 7 ตุลาคม 2548

นายปัญญา อุดชาชน :

ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

กราบเรียนท่านประธาน ท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลขานุการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และผู้มีเกียรติที่เคารพ ในภาคบ่ายนี้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับเกียรติจากวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิ โดยท่านได้สละเวลาให้เกียรติมาบรรยายพิเศษในหัวข้อเรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผมขออนุญาตแนะนำประวัติวิทยากร โดยสังเขปดังนี้ ท่านจบนิติศาสตรบัณฑิตเกียรตินิยมดีมาก จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จบเนติบัณฑิตไทย จบ LL.M. และ J.S.D. จาก University of California at Berkeley ประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับหน้าที่พิเศษของท่าน ท่านเป็นผู้บรรยายพิเศษในหลายหน่วยงาน เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา และเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในสภาวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์และมหาวิทยาลัยชินวัตร เป็นต้น ในด้านรางวัลเกียรติคุณของท่านมีมากมาย เช่น รางวัลวิจัยดีเยี่ยมสาขานิติศาสตร์สภาวิจัยแห่งชาติ ศาสตราจารย์เกียรติคุณ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รางวัลผู้บริหารราชการพลเรือนดีเด่นครุฑทองคำ รางวัลนักเรียนทุนรัฐบาลไทยดีเด่น รางวัลศิษย์เก่าดีเด่นมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้รับปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์จาก จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และได้รับรางวัลบุษบกทอง จากคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติเชิดชูเกียรติผู้มีผลงานดีเด่นด้านการใช้ภาษาไทยใน

วันภาษาไทยแห่งชาติปี พ.ศ. 2547 ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพครับ ขอต้อนรับ
 ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรีครับ

ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม :

รองนายกรัฐมนตรี

กราบเรียนท่านผู้ทำหน้าที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ท่านตุลาการ
 ศาลรัฐธรรมนูญ ท่านเลขาธิการฯ รองเลขาธิการฯ ผู้บริหาร เพื่อนข้าราชการ
 ทุกท่าน ผมเตรียมตัวมาพูดคุยแลกเปลี่ยนความรู้ความคิดเห็นกับท่าน
 ทั้งหลาย มีท่านผู้ใหญ่ที่ผมเคารพนับถือโทรศัพท์มาถามแต่เช้าว่า ผมจะมา
 บรรยายเรื่องคุณหญิงจารุวรรณฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญฟัง ผมตกใจมาก
 เอาหนังสือเชิญมาดูว่าหัวข้ออย่างนั้นหรือเปล่า ทำไมแปลไปريباกรับคำ
 ก็เลยหายใจคล่องหน่อยเพราะหัวข้อกำหนดไว้ชัดว่า วิเคราะห์ผลกระทบ
 ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผมก็ไปบอกผู้ใหญ่ว่าหัวข้อเป็นอย่างนี้
 ท่านก็บอกว่า นั่นแหละเขาซ่อนเรื่องคุณหญิงจารุวรรณไว้ในนั้น ผมก็เลย
 กราบเรียนไปว่าคงไม่ใช่ ถ้าใช่ผมคงต้องมาฟังมากกว่ามาพูด เมื่อมาถึง
 ทำเนียบรัฐบาล ผู้สื่อข่าวทุกคนเข้าใจอย่างเดียวกันหมดว่าผมจะมาบรรยาย
 เรื่องคุณหญิงจารุวรรณฯ ซึ่งก็ถามท่านเลขาธิการฯ ท่านก็บอกว่าไม่ใช่
 ศาลไม่ได้อยากฟังเรื่องนี้ ถึงผมจะพูดเรื่องนี้ศาลก็ไม่ฟัง เพราะฉะนั้นก็
 คงจะตกลงกันก่อนในเบื้องต้นว่าเราจะพูดทุกเรื่องนอกจากเรื่องอันต้อง
 ห้ามนี้ ท่านผู้มีเกียรติที่เคารพครับ เวลาเราพูดถึงคำวินิจฉัยของศาลไม่ว่า
 ศาลใดก็ตาม เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร ศาลรัฐธรรมนูญ
 เมื่อเป็นคำวินิจฉัยของศาลแล้ว ย่อมมีผลกระทบทั้งนั้น ปัญหาคือ
 กระทบใครเท่านั้นเอง ก็เป็นที่ทราบทั่วไปว่า คำวินิจฉัยของศาลไม่ว่า
 ศาลใด ๆ ก็ตาม ทั้งในประเทศไทยและที่อื่นใดในโลก ย่อมมีผล
 กระทบอยู่ 2 อย่าง ประการแรกคือ กระทบเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่ความ

เรื่องนี้เป็นหลักเป็นฐานมาตั้งแต่โบราณ จนมีคำที่บัญญัติขึ้นใช้เรียกเป็นภาษาละติน โดยเฉพาะก็ต้องแสดงว่าเป็นหลักที่เป็นหลักเป็นฐานจริงๆ คนที่เรียนกฎหมายมาคงคุ้นกับคำว่า Res Judicata ซึ่งแปลว่า คำวินิจฉัยศาลผูกพันเฉพาะคู่กรณี หรือถ้าใครเชี่ยวชาญกฎหมายระหว่างประเทศ ท่านก็จะเคยได้ยินหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ นานาชาติว่าคำวินิจฉัยย่อมผูกมัดเฉพาะผู้ที่เป็นคู่กรณีหรือคู่พิพาทเท่านั้น คนอื่นถ้าจะต้องกระทบก็เป็นเพราะบังเอิญมีรูปคดีแบบเดียวกันหรือตกอยู่ในสถานการณ์แบบเดียวกัน แต่คำวินิจฉัยจะไม่ผูกพันบุคคลภายนอก นั่นคือผลกระทบประการที่หนึ่ง แต่ผลกระทบที่นับว่าสำคัญก็คือผลกระทบประการที่สอง ซึ่งเรามักจะไม่เห็นในศาลอื่นเท่าไรนัก นั่นคือสิ่งที่เรียกกันว่าผลกระทบอันผูกพันและเกี่ยวพันไปถึงบุคคลทั้งหลายทั้งปวง ไม่ว่าจะ เป็นหรือไม่เป็นคู่ความก็ตาม ซึ่งคำที่ใช้กันในภาษาละตินก็คือ Res Commun ในกรณีศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารนั้น หากคำวินิจฉัยที่เป็น Res Commun ยาก ส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดจะเป็นคำวินิจฉัยที่ผูกพันคู่กรณี แต่เมื่อได้ตัดสินไปทีหนึ่งต่อมาเมื่อมีคดีแบบเดียวกัน ศาลที่มาภายหลังอาจจะอ้างคำวินิจฉัยศาลที่เคยมีมาก่อนมาผูกพันก็ได้ ถึงอย่างนั้นก็ยังคงถือว่าเป็น Res Judicata อยู่ แต่เวลาเราพูดถึง Res Commun นั้นหมายความว่าเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและเมื่อศาลตัดสินไม่ต้องรอให้เกิดคดีใหม่ในคราวหน้าคนทั้งหลายในสังคมในชุมชนนั้นต้องตกอยู่ในสภาพบังคับอันเกิดจากคำวินิจฉัยในคราวนั้นทั้งนั้น กรณีของศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยที่ให้ผลกระทบทั้งสองอย่าง คือ ผลกระทบเฉพาะบุคคล เฉพาะองค์กร เฉพาะพรรคการเมืองที่เป็นคู่กรณี เช่นมีคำวินิจฉัยของนายทะเบียน ของประธานกรรมการการเลือกตั้ง หรือของบุคคลอื่นใดจนกระทั่งถึงสมาชิกของพรรคการเมืองให้ยกเลิกเพิกถอนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง หรือมีคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานภาพของ ส.ส. ส.ว. รัฐมนตรี กรรมการการเลือกตั้ง จนกระทั่ง

กรรมการองค์กรอิสระ เหล่านี้ถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะตัว เฉพาะบุคคล เฉพาะองค์กร เฉพาะพรรคการเมือง ที่ปรากฏชื่อในคดีนั้นๆ เท่านั้น เช่นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญ สั่งยุบพรรค ก. ย่อมไม่ได้ไปเกี่ยวอะไรกับ พรรค ข. และพรรค ค. ถ้าหากจะยุบพรรค ข. และพรรค ค. ก็ต้องยื่น คำร้องเป็นหลักข้อที่หนึ่ง แต่ความพิเศษอยู่ในข้อที่สอง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญ ตัดสินในคดีนี้ ซึ่งดูประหนึ่งว่าเหมือนกับจะมีผลเฉพาะกับคู่กรณีในคดีนี้ แต่เนื่องจากเรื่องอันเป็นเหตุแห่งคดีนี้เกี่ยวพันกันกับบุคคลเป็นอันมากซึ่ง อาจจะทั้งประเทศ คำวินิจฉัยที่วินิจฉัยลงไปย่อมส่งผลกระทบต่อถึงคน ทั้งหมด Res Commun ตรงนี้จะเห็นได้ชัดก็คือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติหรือข้อบังคับการประชุม สภาขัดต่อรัฐธรรมนูญ นี่เป็นตัวอย่างที่ชัดที่สุดของผลกระทบประการที่สอง ที่เรียกกันว่า Res Commun คือผลกระทบเป็นการทั่วไป ซึ่งหาไม่ได้ใน คำวินิจฉัยของศาลอื่น ยกเว้นในช่วงเวลาที่ศาลอื่นมีอำนาจวินิจฉัยอย่างนี้ มีคำศัพท์ที่ใช้ในต่างประเทศ แต่คนในประเทศไทย ไม่ค่อยจะคุ้นกับคำศัพท์นี้ เวลาผมสอนหนังสือจะพยายามแนะนำให้คุ้นให้มาก ให้ใช้ให้บ่อยให้ชินเพราะ มันจะแทนและสื่อความได้ชัดเจนกว่าพูดภาษาไทยซึ่งต้องกินความหลาย ประโยค นั่นคือคำว่า Judicial Review หมายถึงคำวินิจฉัยขององค์กรซึ่ง สุดแท้จะมอบความไว้วางใจให้องค์กรใดทำหน้าที่นี้ ได้วินิจฉัยทบทวน เพราะคำว่า Review ก็คือทบทวน ทบทวนสิ่งซึ่งอาจจะเคยมีการวินิจฉัย มาก่อนแล้ว แต่บัดนี้มีการส่งเรื่องมาให้อีกองค์กรหนึ่งทบทวนอีกครั้งหนึ่งว่า ที่นึกกันว่าความสมบูรณ์นั้น จริงๆ แล้วมันสมบูรณ์หรือไม่ การทบทวน อย่างนี้เขาเรียกว่า Judicial Review มีตั้งแต่กรณีที่เป็นการทบทวนความ สมบูรณ์ของกฎหมายที่ออกมาจากรัฐสภา เลยไปกระทั่งทบทวนความ สมบูรณ์ของกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออก หรือแม้แต่ทบทวนความสมบูรณ์ ของคำสั่งทั้งหลายที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ออกเอาไว้ การทบทวน ไม่ว่าจะใช้กับกฎ คำสั่ง หรือระเบียบ กฎหมายใดก็ตาม คำศัพท์ที่ใช้กันใน

ต่างประเทศและเป็นสากลก็คือ Judicial Review ทั้งนี้ เพียงแต่ว่าใคร
 ควรมีอำนาจ Judicial Review เขาจะมีการจำแนกอย่างเช่นถ้าเป็นการ
 Review หรือทบทวนกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติก็ให้ศาลรัฐธรรมนูญ
 เป็นผู้มีอำนาจ แต่ถ้าเป็น Review หรือทบทวนกฎหมายระดับรองลงมา
 เช่น พระราชกฤษฎีกา ขัดต่อพระราชบัญญัติหรือไม่ กฎกระทรวงขัดต่อ
 พระราชบัญญัติหรือไม่ คำสั่งของนายกรัฐมนตรีขัดต่อพระราชบัญญัติ
 หรือไม่ มติคณะรัฐมนตรีขัดต่อพระราชบัญญัติหรือไม่ เรื่องระดับรอง
 อย่างนี้จะมอบให้ศาลปกครองเป็นผู้ Review หรือทบทวน แต่ไม่ว่าใคร
 เป็นผู้ Review ใครเป็นผู้ทบทวน อำนาจอย่างนี้เรียกว่า Judicial Review
 ทั้งสิ้น องค์กรที่มีอำนาจ Judicial Review คือ พิจารณาทบทวนวินิจฉัย
 ความถูกต้อง ความสมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์ของ กฎ คำสั่ง ระเบียบ
 กฎหมายนั้น บัดนี้รัฐธรรมนูญไทยมอบความไว้วางใจให้อยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญ
 ยกเว้นกรณีของกฎหมายลำดับรอง และเมื่อใดที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปใช้
 อำนาจ Judicial Review เมื่อนั้นแปลว่ากำลังจะทำให้เกิดผลกระทบ
 ประเภทที่สอง คือผลกระทบเป็นการทั่วไป ซึ่งถือว่ามีความสำคัญยิ่งกว่า
 ผลกระทบประการแรก ถ้าจะวิเคราะห์ผลกระทบของคำวินิจฉัยของ
 ศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับคำวินิจฉัยประเภทแรก คือ ประเภทที่มีผลกระทบ
 ตัวบุคคล เป็นรายคน เป็นรายพรรค เป็นรายองค์กรนั้น ขอกราบเรียน
 ว่าผลกระทบมีไม่มาก เรื่องใครก็เรื่องของคนนั้น คนอื่นอาจจะหนาว ๆ ร้อน ๆ
 เพราะตัวเองตกอยู่ในกรณีเหมือน ๆ กัน แต่เมื่อตราบิตที่ตนยังไม่ถูกฟ้อง
 ไม่ถูกร้อง ก็ยังมีโอกาสรอด แต่เรื่องใดที่เป็นการใช้อำนาจ Judicial Review
 ของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อนั้นก็เข้ามาอยู่ในประเภทที่สอง คือผลกระทบ
 อันเป็นการทั่วไปอันเรียกว่า Res Commun ใครก็ตามที่ได้ยินได้ฟัง
 คำวินิจฉัยนั้น ไม่ใช่หนาว ๆ ร้อน ๆ ว่าตนเองจะได้รับผลกระทบหรือถูก
 ฟ้องต่อไปในอนาคตหรือไม่ มันไม่เป็นเช่นนั้นเพราะคำวินิจฉัยที่ออกมานั้น
 มันกระทบทันทีตั้งแต่บัดนั้น ความรุนแรงจึงอยู่ตรงนี้ เมื่อความรุนแรง

อยู่ตรงนี้ นานาประเทศจึงสร้างกฎเกณฑ์กติกาสำหรับเวลาที่ศาลหรือองค์กรจะมี Judicial Review เพื่อให้มีผลกระทบประเภทที่สองนี้ และใครดูระเบียบวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยก็จะพบว่าได้วางหลักวางเกณฑ์เอาไว้ค่อนข้างรัดกุมพอสมควร ในทางปฏิบัติก็ทราบว่ามีการระมัดระวังกันอยู่พอสมควร แต่แม้กระนั้นเจ็ดปีเท่านั้นเอง ที่เรามีศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าถามนักวิชาการก็อาจจะบอกว่ายังมีสิ่งที่ยังไม่สะใจอยู่ ยังไม่สะใจอยู่หรือไม่สมกับความคิดความเห็นความตั้งใจอยู่และก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ได้อยู่เหมือนกัน ผมอยากกราบเรียนต่อไปว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบเป็นการทั่วไปซึ่งขอยกตัวอย่างซ้ำอีกครั้งว่า เช่นการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วแต่ยังไม่ได้นำขึ้นกราบบังคมทูลนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตรงนี้เป็น Judicial Review ประเภทที่จะมีผลกระทบเป็นการทั่วไปหรือเมื่อเป็นพระราชบัญญัติแล้ว และมีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เช่น ส่งมาจากศาล โดยเห็นว่าเป็นกรณีของบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับวินิจฉัยและมีคำวินิจฉัย คำวินิจฉัยนั้นก็จะมีผลเป็นการทั่วไป หรือแม้แต่การวินิจฉัยกรณีที่สภาออกข้อบังคับการประชุมออกมาซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตรงนั้นก็ถือว่าผลบังคับเป็นการทั่วไป ผลบังคับที่มีการกระทบเป็นการทั่วไปอย่างนี้ย้ำอีกครั้งว่ารุนแรง และก่อให้เกิดผลขึ้นในสังคมได้อย่างไม่น่าเชื่อ ประการที่หนึ่ง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถึงที่สุดและผูกมัดองค์กรอื่น ซึ่งได้ต่อกย้ำไว้ทั้ง 3 แห่งในมาตรา 27 มาตรา 264 และมาตรา 268 ถึง 3 แห่งเป็นการต่อกย้ำความสูงสุดความสำเร็จเด็ดขาดและความผูกมัดองค์กรทั้งหลายอย่างชัดเจน แค่นี้ก็ต้องถือว่าผลมันมหาศาลแล้วนะครับ คือถ้าผิด ไปกันใหญ่เลยครับ ถ้าไม่เป็นที่พอใจแก่สังคม ไปกันใหญ่เลยครับเพราะมันถึงที่สุดแล้ว แล้วก็ผลผูกมัด ผูกมัดศาล ผูกมัดรัฐสภา ผูกมัดคณะรัฐมนตรี ซึ่งก็เท่ากับ

ผูกมัดประเทศนั่นเอง ประการที่สอง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
ชนิดที่มีผลเป็นการทั่วไปนั้น เมื่อได้วินิจฉัยลงไปก็จะเป็นการวางบรรทัดฐาน
การวางบรรทัดฐานตรงนี้อาจจะเป็นการอธิบายขยายคำที่อยู่ในรัฐธรรมนูญ
เพียงคำสองคำให้ยาวออกไป หรือเป็นการอธิบายคำที่ยืดยาวในรัฐธรรมนูญ
ให้มีความหมายแคบและสั้นนิดเดียว หรือในที่สุดศาลรัฐธรรมนูญอาจจะ
บัญญัติหรือกำหนดหลักขึ้นใหม่ที่อ่านเท่าใดก็หาไม่พบในรัฐธรรมนูญก็ได้
และพอวินิจฉัยลงไปเอาผลข้อสองไปบวกกับข้อที่หนึ่งตรงนั้นก็ถึงที่สุด
และก็ผูกมัดองค์กรอื่น ผลถึงมหาศาล ย้ำอีกครั้งหนึ่งนะครับว่าประการ
ที่สองนี้หมายความว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการวาง
บรรทัดฐานจะผูกจะมัดไม่ต้องพูดกันแต่พอตัดสินเสร็จเป็นการวาง
บรรทัดฐาน บรรทัดฐานนี้อาจจะเป็นการขยายคำในรัฐธรรมนูญ
อาจจะเป็นย่อความหมายให้แคบลงจนกระทั่งสร้างหลักขึ้นใหม่ที่
รัฐธรรมนูญเองไม่มีหรือบางที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะไม่เคยได้คิดที่
เราเรียกกันว่าอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ทั้งหมดอยู่ในมือของ
ศาลรัฐธรรมนูญทั้งนั้น แล้วที่จริงก็ไม่ใช่เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญไทย
ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรวินิจฉัยทั่วโลกสุดแต่แต่ประเทศใดจะใช้องค์กรใด
คำวินิจฉัยจะมีผลอย่างนี้ทั้งนั้น แล้วก็มีผลทั้งนั้น ตัวอย่างที่ผมอาจจะต้อง
ยกบ่อยในวันนี้เพราะผมมีความคุ้นเคยเป็นพิเศษ แล้วก็อยากจะยกขึ้นมา
ให้ท่านเห็นเป็นตัวอย่างเทียบเคียงคือกรณีของสหรัฐอเมริกาซึ่งน่าสนใจที่สุด
เพราะว่าในระบบ Judicial Review ของโลก Professor คนหนึ่ง คือ
Professor Caparesti ชาวอิตาลี ท่านเขียนไว้นานแล้ว ท่านบอกว่า
ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรทั้งหลายที่มีอำนาจ Judicial Review ในโลก
ควรที่ศึกษา เช่น ระบบที่ใช้อยู่ในอเมริกัน เพราะจะเป็นอภินิหารของศาล
ในสหรัฐอเมริกาในเวลาทำหน้าที่ Judicial Review ว่าบางครั้งท่านขยาย
สิ่งที่เขาเขียนไว้นิดเดียวในรัฐธรรมนูญ บางครั้งท่านย่อสิ่งที่เขาเขียนไว้โดย
ละเอียดพิสดารให้มีความหมายแคบ บางครั้งท่านก็สร้างหลักขึ้นใหม่ชนิดที่

Founding Father คือ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ไม่เคยคิด ไม่เคยนึกว่าจะต้องมีแบบนี้ได้ และศาลของอเมริกันเขาให้เหตุผลไว้ดีมากเวลาที่เขาทำหน้าที่เหล่านี้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารที่มีชีวิตจะเอา Spirit ของคนที่ร่างเมื่อร้อยสองร้อยปีมาผูกมัดในศตวรรษนี้ไม่ได้ เพราะฉะนั้นศาลมีหน้าที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีชีวิตชีวาต่อไป เคลื่อนไหวได้ ไม่หยุดนิ่ง ไม่แข็งกระด้างแล้วก็ไม่อยู่กับที่ ฉะนั้นจะเห็นความมีชีวิตชีวาที่พลัวไปเรื่อยๆ กับคำวินิจฉัยของศาลอเมริกันเวลาที่ทำหน้าที่ Judicial Review อย่างน่าสนใจทศวรรษเมื่อไม่นานมานี้ประเทศหนึ่งในทวีปแอฟริกา ต้องการร่างรัฐธรรมนูญเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นต้องใช้ถ้อยคำเพื่อจะรับรองการมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยใช้คำต่างๆ ในภาษาของประเทศนั้นเกือบห้าบรรทัด ในขณะที่ทั้งหมดนี้รัฐธรรมนูญอเมริกันใช้คำเพียงคำเดียวว่า Freedom of Speech ซึ่งถ้าเปิด Dictionary ก็แปลว่าเสรีภาพในการพูด แต่ศาลอเมริกันก็ได้แสดงอภินิหารด้วยการขยายความคำว่า Speech ซึ่งแปลว่าคำพูดให้หมายความถึง Writing คือการเขียน Broadcasting คือการกระจายเสียง Televising คือการแพร่ภาพทางโทรทัศน์ วิดีโอ อินเทอร์เน็ตและอื่นๆ อีกเป็นอันมาก ทั้งๆ ที่ในขณะร่างรัฐธรรมนูญนี้เมื่อสองร้อยปีที่แล้วยังว่าแต่วิดีโอหรืออินเทอร์เน็ตเลยก็ยังไม่เกิด เขาถึงไม่เขียนเกี่ยวกับ Freedom of Writing แต่พูดถึง Freedom of Speech ศาลอเมริกันเองที่เป็นคนบอกว่าแล้วทำไมเราจะต้องแปลว่า Speech คือคำพูดแล้วหยุดอยู่แค่คำพูด มิฉะนั้นเราก็จะต้องแก้รัฐธรรมนูญทุกวัน ทุกเดือน ทุกปี ให้ทันกับความเปลี่ยนแปลงของโลก เมื่ออำนาจอยู่ในมือศาลทำไมศาลไม่แปลคำว่า Speech ให้เข้ากับเทคโนโลยีในการแสดงความคิดเห็นของมนุษย์ วันนี้ Speech คำเดียวก็ได้แปลว่าวิดีโอ อินเทอร์เน็ต อีเมลล์ และการสื่อสารจากโลกมนุษย์ไปถึงโลกพระจันทร์แล้ว แต่บางประเทศที่ไม่แน่ใจและไม่วางใจในประสิทธิภาพและความเต็มใจของศาลที่ทำหน้าที่ Judicial Review ถ้าเขาไปเขียนว่า

Freedom of Speech ในศตวรรษนี้ แล้วศาลก็วินิจฉัยว่า speech แปลว่า คำพูด หยุดอยู่แค่คำพูด ก็จะเกิดปัญหาขึ้นต่อไป เพราะฉะนั้นเพื่อ กันปัญหาในประเทศทวีปแอฟริกันนั้น จึงพูดถึง Freedom of speech, Writing, Televising ทีวี, มูวี่, อินเทอร์เน็ต, อีเมลล์ และยังมี เทคโนโลยีอื่นๆ อีกมาก ที่มนุษย์จะต้องติดต่อ Communicate ถึงกัน รวมทั้งหมดประมาณห้าบรรทัด ถ้าใครไปดูรัฐธรรมนูญอินเดียในวันนี้ ก็จะพบความมหัศจรรย์ ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ยาวที่สุดในโลก และบางมาตรายาวถึงห้าหน้า ถามว่าทำไม ส่วนหนึ่งอินเดียต้องการเขียน ทุกอย่างลงในรัฐธรรมนูญเพราะเขาไม่วางใจสภา ที่จะไปออกกฎหมายลูก ในอนาคต คำว่ากฎหมายลูกจึงไปอยู่ในความคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย คือ Dr. Endaga ท่านเขียนไว้หมด ท่านบอกว่าแล้วรู้ได้อย่างไร ถ้าไป ไล่นอกกฎหมายลูก วันหนึ่งสภาจะออกมาตามที่เราต้องการ วันนี้การร่าง รัฐธรรมนูญอยู่ในมือเราเขียนไว้หมด ประการที่สอง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย Dr. Endaga ซึ่งเป็นประธานท่านบอกว่าจะไม่ไว้ใจสภาแล้วยัง ไม่ไว้ใจศาล ว่าวันหนึ่งศาลจะตีความคำนี้ให้ตรงเจตนารมณ์ของผู้ร่าง เพื่อ กันไม่ให้ศาลไปตีความขยายหรือย่อความหมายเราคิดอย่างไรใส่ลงให้หมด เพราะฉะนั้นบางมาตราในรัฐธรรมนูญอินเดียถึงยาวถึงห้าหน้า หกหน้า ซึ่งยาวมาก เวลาจะพูดกันว่า วรรคไหนต้องเปิดไป หรือไล่ไปตั้งแต่วรรคที่ หนึ่งลงไป ซึ่งหลักในการร่างกฎหมายของไทยนั้นจะไม่ค่อยยอมให้มี การเขียนกฎหมายมากกว่าสามวรรค สี่วรรคเป็นอันขาด แต่อินเดียมีนี่ เป็นประสบการณ์ที่มีในหลายประเทศ เมื่อเทียบกับของอเมริกัน ที่เขา พยายามเขียนให้สั้นเขียนให้น้อยแต่เขาตั้งใจว่าทั้งหมดจะอยู่ในมือของศาล เวลาที่ทำหน้าที่ Judicial Review ช่วยขยายให้ เหตุนี้เองศาลของอเมริกัน ซึ่งก็คือศาลยุติธรรมนี่เอง เพราะสหรัฐอเมริกาไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ เขามี ศาลยุติธรรม ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ศาลเด็ก ศาลแขวง ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษีฯ สุดแต่แต่คดีไปถึงศาลไหน ศาลนั้นก็

จะมีอำนาจ Judicial Review และถ้าใครไม่พอใจก็อุทธรณ์ฎีกาไปก็ไปถึงที่สุดที่ Supreme Court และพอ Supreme Court ตัดสินก็จะจบและกลายเป็นบรรทัดฐานที่น่าตื่นเต้นเร้าใจเป็นอันมาก เพราะจะเห็นว่าเมื่อเวลาศาลอเมริกันตัดสินลงไปนั้น กลับไปดูรัฐธรรมนูญหาไม่เจอนักไม่ออกว่าศาลท่านมีความสามารถไปค้นเอาคำนี้มาจากไหนได้อย่างไรโดยวิธีใด ซึ่งน่าสนใจมาก ผมจะได้กราบเรียนในโอกาสต่อไป นี่เป็นเรื่องการวางบรรทัดฐาน เรื่องการสร้างกฎหมายซึ่งตรงกับที่เขาเรียกกันมานานเด็กที่เรียนกฎหมายปี 1 จะรู้จักหลักว่า Judge made law ผู้พิพากษาแต่งกฎหมาย ในศาลยุติธรรมเราไม่ยอมให้ Judge made law ต้องทำตาม Law แต่ขอกราบเรียนว่าในศาลรัฐธรรมนูญ Judge made law ได้ แม้แต่ในศาลรัฐธรรมนูญไทย อยู่ที่ว่า Judge ที่นี้ กล้า made law หรือไม่เท่านั้น ซึ่ง 7 ปีที่ผ่านมาจะพบว่า ยังไม่ค่อยปรากฏเท่าไรนัก แต่ผมเชื่อว่าวันหนึ่งจะมีให้เห็น มีคนเคยถามผมเหมือนกันเมื่อผมพูดอย่างนี้ว่า ทำไมถึงคิดว่า Constitutional Court คือศาลรัฐธรรมนูญไทยจึงสามารถจะ made law ได้ ผมบอกว่าข้อที่ 1 ที่ไหนบอกว่าไม่ให้ made law ข้อที่ 2 ถึงจะ made law ไปก็ไม่มีใครบอกว่าที่ made ไปมันผิด เพราะคำวินิจฉัยนั้นถึงที่สุดและผูกมัดองค์กรทั้งหลาย เพราะฉะนั้นถ้าใช้ตัวนี้ให้เป็นประโยชน์ ผมว่าเราจะเห็นสีสันอะไรดี ๆ เกิดขึ้นในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยอีกเป็นอันมาก และอันที่จริงก็ไม่ใช่เป็นเรื่องที่ผมจะมายุ่ง บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยซึ่งก็ไม่ได้พิสดารไปกว่ารัฐธรรมนูญอเมริกันเท่าไร หลายมาตราที่เปิดทางให้วันหนึ่งศาลจะสามารถกล้า และ made law ได้เยอะ แต่ 7 ปีที่ผ่านมาเมื่อมีคดีบางคดีไม่สำคัญผมเห็นว่าในหลายคดีที่ศาลน่าจะถือโอกาส made law บ้าง ท่านไม่ทำ ซึ่งก็ไม่ใช่ไร ซึ่งบังเอิญเป็นคดีเล็กคดีน้อย และก็ไม่ใช่บรรทัดฐานที่สำคัญนัก แต่ถ้าวันหนึ่งมีคดีใหญ่เกิดขึ้นและ Judge ไม่ made law ตรงนั้นสิ่งที่จะตามมาคือการทำที่เราจะต้องแก้รัฐธรรมนูญอีกหลายครั้งเพื่อแก้ปัญหา เพราะศาลท่านไม่แก้ให้สหรัฐอเมริกา

มีรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในเวลานี้ได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เก่าแก่ที่สุดในโลกคือ 200 ปีเศษ คุบหมัญญุติก็มีเพียง 7 บท ต่อมามีบทแก้ไขเพิ่มเติมเพียงสิบ ยี่สิบมาตราเศษๆ เท่านั้น และก็ไม่ได้คิดจะแก้ไขบ่อยๆ คำขอแก้รัฐธรรมนูญอเมริกันมีเป็นพันครั้ง แต่แก้ไขได้สำเร็จนั้นนับเป็นสิบครั้งเท่านั้น แล้วถามว่าที่เหลือทำอย่างไร คำตอบคือจะลงท้ายให้ศาลแก้ดีกว่า แล้ววิธีที่ศาลแก้ก็ง่าย เร็วและชัดเจนด้วย คือ ผ่านมาในรูปของคำวินิจฉัยและวางเป็นหลัก ใครไม่รู้คำวินิจฉัยไปเปิดในรัฐธรรมนูญ อาจจะไม่รู้หรือรู้ว่าคำนี้มีความหมายลึกซึ้งเกินกว่าที่เปิด Dictionary แล้วแปล ความจริงในประวัติของไทยเราก็เคยมีโอกาสนี้มาแล้ว ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 คดีอาชญากรรมสงคราม คดีนั้นศาลฎีกาได้ made law อย่างจะแจ้งที่สุด คำว่า made law คือ แต่งหลักขึ้น ท่านคงจำได้ว่าในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 คดีอาชญากรรมสงคราม นั้น จอมพล ป. พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรี ในปี 2484 ช่วงปลายปีท่านไปตรวจราชการที่ชายแดน ญี่ปุ่นยกทัพมาขึ้นฝั่งของไทยและมอบให้อัครราชทูตญี่ปุ่นคือ นายทสึโบกามิ นำจดหมายพระเจ้าจักรพรรดิมายื่นแก่รัฐบาลไทยเพื่อขอให้ไทยอยู่ในความสงบวางอาวุธปล่อยให้ทหารญี่ปุ่นกรีธาทัพผ่านไป รับรองว่าจะไม่ทำอะไรคนไทย ทิศเหนือขอผ่านไปบุกพม่า ทิศใต้ขอผ่านไปบุกมาลาโย ทิศตะวันออกขอผ่านไปบุกลาว บุกเขมร เท่านั้น แต่ถ้าคนไทยจับอาวุธลุกขึ้นสู้ ญี่ปุ่นก็จะสู้ล้มตายเปล่าๆ รัฐบาลให้คนไปตอบบอกว่าท่านนายกรัฐมนตรี จอมพล ป. พิบูลสงคราม ไม่อยู่ในกรุงเทพ ไปราชการปราจีนบุรี เพราะฉะนั้นขอขอให้ท่านนายกรัฐมนตรีกลับและจะประชุม ครม. พิจารณาคำขอญี่ปุ่น ญี่ปุ่นบอกว่าไม่ได้เพราะว่าทหารญี่ปุ่นมาถึงบางปูแล้วมาถึงชุมพรแล้ว มาถึงประจวบฯ นครศรีธรรมราชแล้ว และคนไทยเริ่มขัดขวางแล้ว เพราะก่อนหน้านี้เราได้ตราพระราชบัญญัติให้คนไทยมีหน้าที่รักษาต้องจับอาวุธลุกขึ้นสู้กับศัตรูญี่ปุ่นก็ยิงไปเยอะแล้ว ญี่ปุ่นก็ตายไปแล้วไทยก็ตายแล้ว รอพรุ่งนี้ไม่ได้ รัฐบาลจึงต้องเปิดประชุมฉุกเฉินทันทีที่วัง

สวนกุหลาบเป็นการประชุมคณะรัฐมนตรีใกล้เที่ยงคืน ประวัติศาสตร์บันทึกไว้ว่ารัฐมนตรีบางคนมาทั้งกางเกงแพร เมื่อเข้าประชุมคณะรัฐมนตรีฉุกเฉินในเวลาประมาณห้าทุ่ม นายทสีโปกามิ ทูตญี่ปุ่นนั่งอยู่หน้าห้องประชุม ครม. และลั่นวาทาว่าถ้าคำตอบที่ได้ในห้องประชุมออกมา Undesirable คือไม่พึงปรารถนา คินนี้คนไทยก็ตาย ในห้องประชุมพูดอะไรกันก็ช่าง แต่ในที่ประชุมมีมติว่ายอมวางอาวุธและให้ญี่ปุ่นกรีธาทัพผ่านไป เพราะเขาไม่ได้มาทำอะไร เขาขอผ่านไปรบกับคนอื่นเท่านั้น เมื่อแจ้งทูตญี่ปุ่นเสร็จ ญี่ปุ่นก็ส่งสัญญาณกลับไป คนไทยก็ตายฟรีเยอะ เพราะไม่ทราบว่า ครม. มีมติให้วางอาวุธ เมื่อจอมพล ป. พิบูลสงคราม กลับมาก็เจรจา ในที่สุดจอมพล ป. พิบูลสงคราม ก็เกิดความคิดใหม่ขึ้นมาว่าไหนๆ จะยอมให้ญี่ปุ่นผ่านไปแล้ว อย่าผ่านไปฟรีๆ เราร่วมมือกับญี่ปุ่น เพื่อญี่ปุ่นชนะ เราจะได้ชนะกับญี่ปุ่น ลึมนึกไปว่าญี่ปุ่นขอผ่านไปบุกพม่า ถ้ารบพม่า ชนะพม่า คิดหรือว่าจากลับญี่ปุ่นจะละประเทศไทยเอาไว้ แล้วถ้าญี่ปุ่นไปแพ้พม่า ซึ่งพม่าเป็นเมืองขึ้นอังกฤษ จากลับญี่ปุ่นหนีลงเรือกลับญี่ปุ่น นึกหรือว่าอังกฤษจะไม่บุกเข้ามาตีเมืองไทยโทษฐานเปิดประตูให้โจรไปปล้นบ้านเขา เราไม่ได้นึก เพื่อทำให้ศัตรูกุมแน่นหนาเรากลัวญี่ปุ่นเขี้ยวมากกว่าจะไม่ยอมให้เราชนะด้วยถ้าญี่ปุ่นชนะ วันที่ 25 มกราคม ก็เลยเปิดโบสถ์วัดพระแก้ว คัมมน้ำร่วมสาบานกัน ว่าญี่ปุ่นชนะไหนเราต้องชนะด้วย ญี่ปุ่นรบไหนเรารบด้วย คำวันที่ 25 เราก็ประกาศสงครามกับ Grate Britain และสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่นั้นมาเครื่องบินสัมพันธมิตรก็มาทิ้งระเบิดเมืองไทย เราก็บุกไปเรื่อย แพ้บ้าง ชนะบ้างไปตามเรื่อง ก็รบกันมาตั้งแต่ 2485 - 2488 และ ปี 2488 อเมริกาเอาระเบิดปรมาณูไปทิ้งที่ฮิโรชิมาหนึ่งลูก และนางาซากิหนึ่งลูก ลูกเล็กๆ เอามาทิ้งที่บางกอกน้อย ญี่ปุ่นประกาศยอมแพ้ ก่อนที่ญี่ปุ่นจะประกาศยอมแพ้ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ดูว่าจะไปไม่รอดและท่านเกิดขัดแย้งกับสภาอย่างหนัก ในกรณีของการย้ายเมืองหลวงไปอยู่เพชรบูรณ์ ท่านเลยขอลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เมื่อท่านลาออกก็ได้มีการ

ขอให้คุณควง อภัยวงศ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ต่อมาประเดี๋ยวเดียวเดี๋ยวมอเมริกาก็ทิ้งปรมาณู ฮิโรชิมา นางาซากิ คุณควงก็บอกว่าท่านเป็นนายกสมัยสงคราม บัดนี้สงครามสงบ ท่านไม่ควรเป็นนายกรัฐมนตรีต่อ ท่านก็ขอลาออก สภา ก็โหวตกัน ให้หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ทูตไทยประจำวอชิงตันกลับมา เป็นนายกรัฐมนตรี สภาขอให้คุณควงฯ อยู่ต่อจนกว่าหม่อมเสนีย์ฯ จะกลับ คุณควงฯ บอกว่าวันเดี๋ยวก็นิไม่อยู่ และท่านก็ลาออก หม่อมเสนีย์ฯ ก็ขนของกลับมาไม่ทันก็ให้คุณทวี บุญยเกียรติ ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีแทน ซึ่งศึกครั้งมากในวันนั้น ผมเคยไปคุยกับท่าน ท่านเป็นนายกรัฐมนตรีอยู่ 16 วัน เพื่อรอให้หม่อมเสนีย์ฯ มาถึง และท่านตั้งรัฐบาลได้ศึกครั้งมาก เพราะตัวท่านก็เป็นนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีเกษตร รัฐมนตรีมหาดไทย เป็นรัฐมนตรีต่างประเทศ รัฐมนตรีสาธารณสุข คุณดิเรก ชัยนามเป็น รัฐมนตรีอีก 3 กระทรวง กล่าวคือรัฐมนตรีแต่ละคน รับผิดชอบคนละ 3 กระทรวงทั้งนั้น ผมถามท่านว่าแล้วเซ็นเพิ่มไหวหรือ ท่านบอกว่า ข้าราชการเก่ง เก็บไว้รอนายกคนใหม่ และ 16 วันต่อมา หม่อมเสนีย์ฯ ก็กลับมา สภาก็เห็นชอบให้ท่านเป็นนายกรัฐมนตรี คุณทวีฯ ก็ลาออก เมื่อหม่อมเสนีย์ฯ ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี หลังจากนั้นไม่นานก็เกิดขบวนการ แก่แก่น เพราะประเทศที่ชนะ ก็ต้องเล่นงานผู้ที่แพ้ ก็มีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเล่นงานคนที่บังอาจประกาศสงครามกับสัมพันธมิตร เปิดศาลสงครามแรก ก็คือ ศาลอาชญากรรมสงครามที่มูริมเบิร์ก ในเยอรมัน ใครที่เข้าด้วยกับ ฮิตเลอร์และมุสโสลินี ไปขึ้นศาลมูริมเบิร์ก ศาลมูริมเบิร์กเอาประเทศ สัมพันธมิตรที่ชนะสงครามส่งผู้พิพากษามาประเทศละคนมานั่งเป็น ผู้พิพากษา 15 คน จำนวน 15 ประเทศ ว่าคดีที่มูริมเบิร์ก ขณะเดียวกัน เพื่อจะบริการทุกระดับ เปิดศาลสาขาโตเกียว ใครที่เข้าด้วยช่วยเหลือญี่ปุ่น ไปขึ้นศาลโตเกียว ซึ่งจับนายกญี่ปุ่นไปขึ้นศาลนั้น และศาลก็ตัดสินให้ แขวนคอ และเพื่อบริการทุกระดับต่อไป ก็เปิดศาลสาขาสังกโปร์ ใครที่เข้า ด้วยกับญี่ปุ่นและอาละวาดอยู่แถวๆ นี้ ให้ขึ้นศาลสิงคโปร์ และเขาก็ขอให้

ประเทศไทยส่งจำเลยไปขึ้นศาลสิงคโปร์ ส่งชื่อมาเลย หมายเลขหนึ่ง จอมพล ป. พิบูลสงคราม ไล่ไปจนถึงหมายเลขสุดท้าย คือคุณชวลี ช่วงวิทย์ นักร้องวงสุนทราภรณ์ ผมก็เคยตามไปดูว่า ทำไมต้องไปขอเอา คุณชวลี ช่วงวิทย์ ไปขึ้นศาลสิงคโปร์ ได้ความว่าคุณชวลีฯ ตอนนั้นเป็นนักร้องวงสุนทราภรณ์ รุ่นอายุ 18 ครูเอื้อแต่งเพลงให้ร้อง เข้าๆ ก็ร้องปลุกใจให้คนไทยรักชาติ ลูกขึ้นสู้กับสัมพันธมิตร เขาก็หาว่าแกเป็นผู้สนับสนุนอาชญากรรมสงคราม เราก็เจรจากับสัมพันธมิตร สำเร็จว่า ไม่ขอส่งตัวไปขึ้นศาลสิงคโปร์ เขาก็บอกว่าเพราะอะไร เราก็บอกว่าประเทศไทยสมัยรัชกาลที่ 4 เซอร์จอห์น เบริงมายื่นหนังสือสัญญา เราเจ็บใจมาตั้งแต่ครั้งนั้นแล้ว 18 ประเทศ มาตั้งศาลในเมืองไทยชำระคดี คนของเขาที่ทำผิดในเมืองไทยที่เรียกว่า เราเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต เราสู้จนได้สิทธิสภาพนอกอาณาเขตกลับมา วันนี้คนไทยทำผิดต้องไปขึ้นศาลที่สิงคโปร์ ไปไม่ได้ ขอขึ้นศาลไทย ฝรั่งเศสบอกก็เมืองไทยไม่มีกฎหมายเรื่องนี้ ก็บอกไม่เป็นไรพรุ่งนี้จะออกกฎหมาย ฝรั่งเศสบอกถ้าออกมาก็รับสารภาพครึ่งราคา เราก็บอกไม่เป็นไรรับสารภาพ ห้ามลดแต่เวลาฟ้องต้องฟ้องศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ฎีกายาว ถ้าไปขึ้นศาลสิงคโปร์ก็จบ เราก็บอกไม่เป็นไรกฎหมายที่จะออกใหม่กำหนดไว้ให้ฟ้องที่ศาลฎีกาเป็นศาลแรกตัดสินและจบเป็นศาลสุดท้าย ฝรั่งเศสบอกก็ดี และตกลง เราก็ออกพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามมากำหนดว่า ใครที่เป็นอาชญากรรมสงครามคือเข้าช่วยเหลือกระทำความผิดในช่วงเวลาที่ผ่านมา บังอาจประกาศสงครามกับสัมพันธมิตรเป็น War Criminal ให้จับฟ้องศาลฎีกา และเมื่อศาลตัดสินเป็นอันจบ คดีนี้พระราชบัญญัติกำหนดว่าให้อธิบดีกรมตำรวจต้องจับเอง และให้อธิบดีกรมอัยการเป็นคนฟ้องเอง และขึ้นศาลฎีกา ซึ่งคดีนั้นท่านประธานศาลฎีกา ท่านต้องมานั่งตัดสินเอง เจ้าคุณระพี ท่านมานั่งตัดสินเองกับคุณหลวงจำรูญ เนติศาสตร์ และผู้พิพากษาอื่นอีก ท่านหนึ่ง สุดท้ายศาลฎีกาก็ได้พิจารณาและตัดสินว่า การกระทำของจำเลยทั้งหมด คือ จอมพล ป. คุณพระราชธรรมนิเทศน์ คุณหลวงวิจิตรวาทะการ

คุณมังกร ทมโยธี จนถึงคุณชวลี ช่วงวิทย์ ทั้งหมดถ้าถามว่าผิดไหม ผิด เพราะได้กระทำตามพระราชบัญญัตินั้นทุกอย่างทุกมาตรา แต่พระราชบัญญัติ นี้เพิ่งออกมาเมื่อปี 2488 จอมพล ป. ทำตั้งแต่ปี 2484 และหยุดทำตั้งแต่ ปี 2486 วันที่พระราชบัญญัติออก จอมพล ป. ก็ไม่ได้เป็นนายกรัฐมนตรี ใครต่อใครที่ว่าก็ไม่ได้มาทำหน้าที่อะไรหมดแล้ว เพราะฉะนั้น พระราชบัญญัติ อาชญากรรมสงครามนี้ ขัดรัฐธรรมนูญ และท่านก็ให้เหตุผลไว้ดีมาก คุณหลวง จารุญ เนติศาสตร์ เป็นคนเขียนคำพิพากษา เหตุผลที่คุณหลวงจารุญฯ ให้ ไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ท่านบอกว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพ ในการกระทำ เสรีภาพนี้ศักดิ์สิทธิ์มากและมีอยู่ในรัฐธรรมนูญ เชื่อไหมไป เปิดในรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ในวันนั้นไม่พบมาตราไหนเลยเรื่องเสรีภาพ ในการกระทำ ผมยกตัวอย่างมายาว เพื่อจะเรียนว่า นี่คือ **Judge made law** เขาบอกว่าบุคคลต้องมีเสรีภาพในการกระทำ รัฐธรรมนูญไม่ได้พูดถึง เสรีภาพในการกระทำ แต่รัฐธรรมนูญพูดถึงเสรีภาพในร่างกาย คุณหลวงจารุญฯ ก็เขียนคำวินิจฉัยว่า คำว่าเสรีภาพในการกระทำแปลว่า เสรีภาพในการที่จะ ทำอะไรก็ได้ ไม่ทำอะไรก็ได้ เป็นเสรีภาพที่อยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งถ่ายทอด มาจากเสรีภาพในร่างกาย คำว่าเสรีภาพในร่างกาย ถ้าใครไปดูรัฐธรรมนูญ ก็เจอ ท่านก็ย้อนไปย้อนมาว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบอกว่า คนมีเสรีภาพใน ร่างกาย คำว่าเสรีภาพในร่างกายแปลว่าอะไร ถ้าถามผมวันนี้ก็แปลว่า ใครมาจับผมไม่ได้ เอาโซ่ตรวนมาใส่ผมไม่ได้ แต่คุณหลวงจารุญฯ บอกว่า ไม่ได้แปลแค่นี้ เวลาแปลรัฐธรรมนูญ ต้องแปลให้กว้าง เพราะฉะนั้น เมื่อ บุคคลมีเสรีภาพในร่างกาย คนเราเวลาจะทำอะไรต้องเคลื่อนไหวร่างกาย เพราะฉะนั้นเสรีภาพในร่างกายแปลว่าเสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพ ในการเคลื่อนไหวแปลว่า เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการกระทำแปลว่า เสรีภาพในการจะทำอะไรก็ได้ตราบใดที่ไม่ผิดกฎหมาย ฉะนั้นจอมพล ป. กับพวก ทำอะไรมาสารพัดรวมทั้งประกาศสงครามด้วยตั้งแต่ปี 2484 จนกระทั่ง 2487 สามสี่ปีนี้มีกฎหมายอะไรไหมที่บอกว่าห้ามจอมพล ป. ทำ

ไม่มี พรบ. อาชญากรรมสงครามห้ามใหม่ ก็วันนั้นยังไม่ได้ออก ฉะนั้นแปลว่าอะไร ก็แปลว่า จอมพล ป. มีเสรีภาพที่จะทำ เมื่อมีเสรีภาพที่จะทำแล้วจะลงโทษได้อย่างไร อัยการท่านก็ชี้ว่า ก็วันนี้ พรบ. อาชญากรรมสงครามออกมาแล้ว มีอยู่มาตราหนึ่งบอกว่า ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำการนี้เมื่อใดก็ตาม ศาลบอกว่าตรงเมื่อใดก็ตาม แปลว่า เมื่อวันที่กฎหมายออก และมองไปข้างหน้า ไม่ใช่ย้อนไปข้างหลัง ถ้าย้อนไปข้างหลังแปลว่ากฎหมายนี้มีผลย้อนหลัง ท่านอธิบดีกรมอัยการก็ถามว่า แล้วที่ไหนห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง คุณหลวงจำรูญฯ บอกว่า ก็อยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา บุคคลจะรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นก็เป็นที่กฎหมายกำหนด คุณหลวงอรรถปรีชาฯ อธิบดีกรมอัยการก็เถียงว่า นั่นอยู่ในกฎหมายอาญา เราพูดถึงรัฐธรรมนูญ คุณหลวงจำรูญฯ บอกว่า หลักในกฎหมายอาญาถ่ายทอดมาอยู่ใน Spirit รัฐธรรมนูญ อธิบดีกรมอัยการบอกว่า Spirit ตรงไหน ศาลฎีกาบอกว่าเสรีภาพในการกระทำนั้นแหละ ครอบคลุมทุกอย่าง แล้วมาตราไหนพูดถึงเสรีภาพในการกระทำ คือ ร่างกาย สรุปคือร่างกายคำเดียวหมายถึงว่าจะทำอะไรก็ได้ และหมายความห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง ศาลก็วินิจฉัยว่า เมื่อพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามออกมาในปี 2488 ก็ต้องใช้ตั้งแต่ปี 2488 - 2491 ไปเรื่อย ๆ จะย้อนไปใช้ 2484 หรือ 2485 ไม่ได้ ถ้าย้อนไปหมายความว่าไปกระทบเสรีภาพในการกระทำในร่างกาย และยังย้อนหลังยิ่งใช้ไม่ได้ จึงวินิจฉัยว่า ขัดรัฐธรรมนูญ ทั้งหมดนี้เป็นตัวอย่างที่น่าสนใจ มีคนล่ำลือว่าท่านอยากจะช่วย จอมพล ป. แต่จะโดยประการใดก็ตาม หลักนี้เมื่อฝรั่งมาเห็นเข้า ตอนนั้นฝรั่งปิดศาลทุกศาลทั่วโลกแล้ว และพอมีคำวินิจฉัยอย่างนี้ ส่งคนมาเจรจากับไทยว่า ทำไมศาลไทยตัดสินอย่างนี้ เราก็บอกว่าหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง รัฐธรรมนูญอเมริกาก็มีไม่ใช่หรือ เจอประโยคเดียวอเมริกายอมแพ้ แต่ของเขาเขียนชัดของเราไม่มีและไม่ได้เขียนแต่อ่านเอา และแปลสามชั้นสี่ชั้นและได้ออกมา

ชั้นหนึ่งอย่างนี้ แต่ฝรั่งบอกว่าจะแปลอย่างไรก็หลักเดียวกัน เลยเป็น Universal หลักสากล ตรงนี้ก็เลยมาถึงสิ่งที่ผมเรียกว่า เป็นการวางบรรทัดฐาน Judge made law วันนี้รัฐธรรมนูญไทยมาตรา 6 ก็ดี มาตรา 27 ก็ดี เปิดทาง ถ้า Judge จะ made law เพราะมาตรา 6 ที่บอกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด คำสั่ง ข้อบังคับ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นใช้บังคับไม่ได้ ผมว่าทำให้ศาลทำอะไรได้เยอะเลย ถ้าศาลจะทำอีกมาตราหนึ่งคือ มาตรา 27 ซึ่งมาตรา 27 เขียนไว้ค่อนข้างชัดเจนว่า สิทธิที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญนี้ก็ดี สิทธิที่ได้รับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญก็ดี ย่อมเป็นสิทธิสูงสุดสำคัญและจะต้องใช้หลักนี้ในเวลาที่จะร่างกฎหมายบังคับใช้และตีความ ทำไมมาตรา 27 ถึงพูดถึงสิทธิ 2 อย่าง คือสิทธิที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญกับสิทธิที่รับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญ ผมก็แปลว่า เพราะสิทธิที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองอาจจะไม่ได้เป็นสิทธิที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทีนี้จะมีสิทธิอะไรก็อยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกล้าระบุมานะหรือไม่ว่านี่คือสิทธิที่ศาลประสงค์จะยืนยันรับรองว่ามันมีอยู่ ถ้าศาลบอกว่าเป็นสิทธิที่มันมีอยู่ อย่าถามว่าอยู่ที่ไหน มันอยู่ในคำวินิจฉัยของศาล เพราะมาตรา 27 ปลอ่ยให้ศาล made law ตรงนี้ได้ และ made ลงไปให้เห็นเลย เราเคยมีคดีที่ราษฎรร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เอกชนร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายนี้ตัดสิทธิไม่ให้เขาฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า สิทธิในการฟ้องคดีของประชาชนรัฐธรรมนูญรับรองไว้เฉพาะฟ้องหน่วยงานของรัฐ ท่านทำได้ไหมไม่มีที่ใดในรัฐธรรมนูญนี้ที่รับรองสิทธิที่เอกชนจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตรงนี้ที่ผมบอกว่าเป็นโอกาสทองโอกาสหนึ่งถ้าศาลจะ made law ตรงนี้ และขยายสิทธิตรงนี้ว่า นอกจากประชาชนจะมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 67 มาตรา 68 ประชาชนก็มีสิทธิจะฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย กฎหมายใดที่ออกมาตัดไม่ให้ประชาชนฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้าศาลรุกออกไปอีกก้าวตรงนั้น

นี่โอกาสที่เปิดไว้ แต่บังเอิญคดีนั้นไม่ใช่คดีสำคัญ โดยทั่วไปผมไม่ได้ตั้งใจ
แต่ที่กำลังจะยกตัวอย่างเรียนให้เห็นว่า ถ้าศาลรัฐธรรมนูญจะ made law
มีโอกาสให้ทำได้ โดยเฉพาะเมื่อผ่านกรณีตามมาตรา 6 และมาตรา 27
ผลประการต่อไป ประการที่สาม ซึ่งนับว่าสำคัญมาก คำวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการทั่วไป มีผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม
การเมือง วัฒนธรรม วิถีชีวิต และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างมาก
7 ปีที่ผ่านมา ศาลอาจจะยังไม่มีโอกาสได้เจอคดีแบบนี้ แต่ประเทศที่
เขามี Judicial Review มานานๆ แล้ว โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา
ในเยอรมัน ในอิตาลี แม้กระทั่งในฝรั่งเศส มีโอกาสที่ศาลจะวินิจฉัยและ
ส่งผลกระทบไม่ทำให้บวก ก็ลบ ต่อเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง
วัฒนธรรม วิถีชีวิต และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ถ้ามีโอกาสผมจะ
ยกตัวอย่างกรณีสหรัฐอเมริกาให้เห็น ซึ่งค่อนข้างชัดมาก และสุดท้ายผล
กระทบของคำวินิจฉัยก็คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญช่วยไม่ให้มีการ
แก้รัฐธรรมนูญได้บ่อยๆ ถ้าเราไม่มี Judicial Review อยู่ในประเทศไทย
เราจะเจอทางตันอยู่เรื่อย เมื่อเจอทางตันเราก็จะนึกถึงการแก้รัฐธรรมนูญ
แต่เพราะเรามีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเหมือนกับในหลายประเทศ เพราะเขามี
องค์กรแบบนี้ หลายเรื่องก็นึกว่าตันก็คลี่คลายไป เชื่อไหมครับว่าใน
บางประเทศปัญหาที่เกิดขึ้นมันตัน เขาก็รู้ว่าแก้ทางตันทำได้โดยคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญ แต่มันไม่มีคดีเขาทำอย่างไรรู้ไหม เขาสร้างคดีขึ้น
เพราะเขารู้ว่าถ้าส่งไปขอความเห็นศาลก็จะบอกว่า ศาลไม่ได้มีหน้าที่ให้
Advisory Opinion ศาลไม่ใช่ที่ปรึกษา เพราะฉะนั้นคดียังไม่ได้เกิดอย่า
มาถาม วิธีที่ต้องทำให้ศาลต้องรับคดี เขายอมลงทุนทำคดีให้มันเกิดคนยอม
เป็นจำเลยเสี่ยงเป็นจำเลยนะครับ แล้วก็ส่งไปให้ศาลวินิจฉัย ประเทศที่
ทำอย่างนี้บ่อยที่สุดคือศาลในสหรัฐอเมริกา สมัยผมเรียนอยู่มีอยู่คนหนึ่ง
แกล้งมาก เดินสายบรรยายไปทั่วประเทศผมก็ไปนั่งฟังเป็นฮีโร่ แกล้งไม่ได้
ทำอะไรผิดเลย แต่วันหนึ่ง แกล้งสมมุติว่าแกล้งทำผิดแกล้งยอมทำผิดคือ

ยอมเป็นเหยื่อให้เขาจับจริงๆ ก็คือ C I A จ้างแกส่งขึ้นศาล อัยการก็ฟ้องเอาเป็นเอาตาย คดีก็ขึ้นไปจนถึง Supreme Court และ Supreme Court ตัดสินว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญและก็ยกฟ้องปล่อยตัวแกในบรรดาพวกที่ไปฟังมีคนหนึ่งถาม แล้วถ้าวันนั้นศาลไม่ตัดสินอย่างนี้ว่าอย่างไร แกบอกว่าถ้าศาลไม่ตัดสินอย่างนี้วันนี้เมียผมสบาย คือได้เยอะนะ แต่แกแย่นะติดคุกนะครับ แต่เพราะศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญ แกก็เลยได้ค่าตอบแทนมาจำนวนหนึ่ง ซึ่งก็มากพอสมควร เขาลงทุนขนาดนั้นนี่ผมเล่าซึ่งช่องไว้ให้เราทำบ้างนะครับแต่กำลัง คือวิธีการที่จะกันการแก้รัฐธรรมนูญ และเดี๋ยวผมจะเรียนว่าเมืองไทยเราเอง ตั้งแต่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จนถึงวันนี้ ในฐานะที่ผมเคยอยู่ในรัฐบาลเคยเป็นเลขาธิการคณะรัฐมนตรี นั่งลงเตรียมจะแก้รัฐธรรมนูญกันแล้วหลายครั้ง และก็โง่อกไม่ได้แก้เลยสักครั้ง ไม่ช้าก็มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญออกมาอุดช่องว่างนั้น ไม่อยากจะบอกว่าในคดีที่เกิดขึ้นเป็นคดีทดลองตัวอย่างหรือไม่ ที่ภาษาอังกฤษเขาเรียกว่า Moot Case คือไม่ใช่เป็นคดีจริงแต่สร้างทำให้เป็นคดีเหมือนไอ้หมอนั่น แต่รวมความแล้วศาลก็ได้แก้ปัญหาไปให้ได้สักสามสี่เรื่องแล้ว นี่ว่างๆ ก็น่าจะทำอีกสักเรื่องแล้ว ท่านผู้มีเกียรติครับในสหรัฐอเมริกา ท่านทราบแล้วว่า Supreme Court ของสหรัฐอเมริกานั้นมีอยู่ 9 คน นี่ท่านประธานศาลฎีกาอเมริกันเพิ่งตั้งไม่กี่วัน และมีผู้พิพากษาหญิงอีกคนหนึ่งซึ่งบอกว่า แกลาออกซึ่งเขากำลังสรรหากันอยู่วันนี้ 9 ก็เลยเหลือ 7 แต่ในเวลาที่เขา มี 9 คนนี้ ทรงอำนาจจริงๆ ครบอำนาจที่มีอย่างมหาศาลประมาณตลอดเวลา 200 ปี เมื่อไม่นานมานี้มีหนังสือเล่มหนึ่งออกมา ชื่อ The 9 Dictators แปลว่าเผด็จการทั้ง 9 นี่ก็จะพูดถึงฮิตเลอร์ มุสโสลินี ไม่ใช่หรอก ไปเปิดดูเป็นเรื่อง ผู้พิพากษาศาลฎีกา 9 คนของสหรัฐอเมริกา เป็น The 9 Dictators ที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งแต่สามารถปกครองสหรัฐอเมริกาเขาว่าอย่างนั้น ผมก็ไม่ได้เห็นด้วยหมดร้อยเปอร์เซ็นต์แม้จะเห็นด้วยมากกว่าห้าสิบ ความจริงไม่ใช่

เเผด็จการทั้ง 9 ถ้าจะพูด ถ้าจะบอกว่าเผด็จการมันหายไปในน้อยที่จะหา
 เรื่องเขาอย่างนั้นนะครับ เพราะความจริงโหวตกัน 5 ต่อ 4 มันก็ชนะ
 มันก็ต้อง Minority ฝ่ายข้างน้อยสิ ฝ่ายข้างมากทำ และถ้ายิ่งเหลือเจ็ด
 นะครับ 4 ต่อ 3 มันก็ใช้ได้แล้ว และเราก็จะพบว่า 5 ต่อ 4 ก็ดี
 6 ต่อ 3 ก็ดี 7 ต่อ 2 ก็ดี 8 ต่อ 1 ก็ดี นาน ๆ 9 ต่อ 0 สักที
 วินิจฉัยจนกระทั่งทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้น
 หรือเลวลงหลายครั้ง นี่คือผลกระทบจากคำวินิจฉัยจริงๆ ย้ำอีกครั้งว่า
 ศาลเขาไม่ได้เรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญ ของเขาคือระบบศาลปกติธรรมดา
 ของไทยเราเคยใช้แบบนั้นเหมือนกันในบางสมัย แต่สุดท้ายก็คืออยู่ที่
 Supreme Court คดีทั้งหมดมันต้องไหลขึ้นไปสู่ศาลสูงสุด ศาลฎีกา
 ของสหรัฐอเมริกา Supreme Court ของอเมริกาซึ่งมีอำนาจ ซึ่งมี
 อำนาจ Judicial Review มหาศาล ได้เคยรับเรื่องร้องขึ้นมาที่เขาตลอด
 สองร้อยปีเศษ ว่าอันนี้ขัดรัฐธรรมนูญว่าอันนั้นไม่ถูกอันนี้ไม่ถูก อันนี้ไม่ชอบ
 เป็นหมิ่นเรื่อง วินิจฉัยว่าไม่ถูกจริงๆ เป็นหลักพันเท่าที่นั่นที่เหลือไร้สาระ
 แต่หลักพันนั้นก็ยังมีผลกระทบมหาศาลทุกเรื่องจริงๆ ดังที่จะมีใครบอกว่า
 ประเทศนี้ไม่ได้ปกครองโดย Congress ไม่ได้ปกครองโดย President
 เพราะว่าคำวินิจฉัยของ President หลายเรื่องก็ถูก Supreme Court
 วินิจฉัยว่าใช้ไม่ได้ ให้ใช้อย่างนี้ดีกว่า เขาเก่งตรงนั้นนะ ไม่เพียงแต่บอกว่า
 ประธานาธิบดีสั่งอย่างนี้ผิด แต่เขาบอกว่าถ้าสั่งอย่างนี้จะดีกว่า และไม่ใช้
 เพียงแต่บอกว่าพระราชบัญญัตินี้ขัดรัฐธรรมนูญใช้ไม่ได้ แต่เขาจะบอกว่า
 ถ้าอย่างนี้สักหน่อยหนึ่งก็จะใช้ได้เลย แปลว่าทำหน้าที่แทน Congress
 ซึ่งท่านจะเห็นจากหลายตัวอย่าง ผมก็ไม่คิดว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยจะไป
 ไกลขนาดนั้น แต่ว่าไม่ได้ถ้าเราอยู่ถึงสองร้อยปีเราอาจจะกล้าขนาดนั้นก็ได้
 ถ้าเราแน่ใจว่าเขาไม่มายุบเราแล้ว วันนี้ยังไม่ค่อยจะแน่ใจอยู่ เพราะฉะนั้น
 ท่านคงต้องประทับประคองอะไรอยู่หลายอย่างเหมือนกัน ข้อที่ 1 ขอร้อง
 ที่ท่านคุ้นกับเรื่องนี้คืออยู่แล้วผมกำลังเหมือนกับเอามะพร้าวห้าวมาขายสวน

แต่ไม่เริ่มตรงนี้ก็ก่อนมันก็ไม่เริ่มเป็นวิชาการ เพราะว่าเจ็ดปีเรายังไม่มีตัวอย่างมากพอที่จะยกขึ้นวิเคราะห์ ผมยกขึ้นมาเพื่อให้เห็นว่าวันหนึ่งเรามีโอกาสทำอย่างนี้ ข้อที่ 2 Supreme Court ของสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นว่าระยะเวลาสองร้อยปีที่ผ่านมา ประเทศของเขาตั้งพ้อๆ กับ พระพุทธยอดฟ้าสร้างกรุงเทพฯ นี้เอง Supreme Court ที่ใช้อำนาจ Judicial Review อย่างเดียว ห้าต่อสี่ เจ็ดต่อสอง อะไรนี้ทำให้ประเทศ อยู่ได้อย่างมั่นคง คำว่าประเทศอยู่ได้อย่างมั่นคงฟังดูเหมือนกับว่าไม่มี ความหมาย แต่มันมีมากถ้าท่านทราบว่าสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐรวมเป็น Federation คือประกอบด้วยรัฐห้าสิบรัฐ เมืองหลวงคือวอชิงตันดีซี เพราะฉะนั้นวอชิงตันดีซีมีสภาพกลางแต่อย่าลืมว่าอีกห้าสิบรัฐเขามีสภา ของรัฐ แต่ก่อนเราเรียกว่ามลรัฐ แต่ปัจจุบันราชบัณฑิตบอกให้เรียกรัฐเฉยๆ ห้าสิบรัฐมีสภามีกระทรวง ท่านเคยเจอไหมครับสภาเคยประกาศ รัฐมนตรี ว่าการกระทรวงเกษตรมลรัฐออริโชนามาเยือนไทย พออีกอาทิตย์หนึ่ง รัฐมนตรีว่าการเกษตรของรัฐเท็กซัสมาเยือนเมืองไทย คนไม่รู้เรื่องก็ ไม่สนใจออริโชนาหรือเท็กซัสนี่มันคนละรัฐ ความที่เขาเป็นรัฐคือเขามีห้าสิบรัฐ แต่เขามีรัฐใหญ่ซ่อนอยู่หนึ่งรัฐ ความจริงก็ไม่ใช่รัฐคือเมืองหลวงกรุงวอชิงตัน ดีซี กฎหมายของแต่ละรัฐเขามีสิทธิที่จะออกเองเพราะเขามี State คือ รัฐใครรัฐมันมีสภาตัวเองแต่เขาก็มีสภาพกลาง ปัญหาของประเทศนี้ ตลอดเวลาสองร้อยปีคือ ไปแบ่งกันตรงไหนว่าอันไหนคืออำนาจของรัฐ อันไหนคืออำนาจของกลาง ที่เรียกว่า Federal อำนาจระหว่าง State กับ Federal เป็นอำนาจที่ขัดแย้งกันตลอด และน่าสนใจมากเรื่องนี้เพราะเหตุ รัฐธรรมนูญของสหรัฐไปเขียนว่า อำนาจใดที่ไม่ได้มอบไว้แก่ Federal คือ รัฐบาลกลางอย่างชัดเจนอำนาจนั้นให้สงวนไว้เป็นของมลรัฐ เพราะฉะนั้น การที่ห้าสิบรัฐจับมือกันรวมมาเป็นประเทศนะครับ แต่มาจับมือเหมือนกับ รวมเป็นสมาชิกสมาคม ต้องเสียค่าธรรมเนียมแต่เราไม่ได้ยกลูกยกเมียให้กับ สมาคมนะครับ เราไม่ได้ยกบ้านเราให้คือไม่ได้สละอธิปไตยให้เขา ฉะนั้น

แคลิฟอร์เนีย เท็กซัส ฟลอริดา มิชิแกน แมดซาสเซต นิวยอร์ก รัฐต่างๆ แล้วมารวมกันเข้านี้ยอมลงทุนสละอะไรนิดเดียวเท่านั้นให้ วอชิงตันดีซี 10 เพอร์เซ็นต์เท่านั้น อีก 90 ยังอยู่ด้วยเหตุนี้กฎหมายของแต่ละรัฐถึงไม่เหมือนกันเวลาคนไทยไปเรียนอเมริกา เราบอกว่าไปเรียนอเมริกา แต่กลับมานั้นต้องถามว่าคุณไปเรียนรัฐไหน ถ้าคุณเรียนรัฐนิวยอร์กคุณรู้แต่กฎหมายนิวยอร์ก คุณไม่รู้จักกฎหมายของรัฐเท็กซัส เพราะกฎหมายนิวยอร์กไม่เหมือนกฎหมายเท็กซัส แต่ไม่เหมือนคนไทย ใช่ไหมครับ ใครจะเรียนกฎหมายวงษ์เซาวลิตกุลจังหวัดนครราชสีมา หรือจะเรียนรามคำแหง หรือจะเรียนกฎหมายมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ก็เรียนกฎหมายเดียวกันหมด กฎหมายไทยใช้หมดทั้งประเทศ อเมริกาไม่ใช่ และถ้าจบเท็กซัสก็ว่าความได้แต่เฉพาะเท็กซัส คุณจะไปว่าความรัฐอื่น คุณต้องไปสอบเนฯ ของรัฐนั้นให้ได้ สภาพอย่างนี้ไม่มีในเมืองไทย ท่านเคยทราบใช่ไหมครับว่า คนที่อยู่ในสหรัฐในแต่ละรัฐบรรลุนิติภาวะ อายุไม่เท่ากันบางรัฐ 17 ปี บางรัฐ 18 ปี บางรัฐ 19 ปี บางรัฐ 21 ปี คนไทยตั้งแต่เกิดจนบรรลุนิติภาวะเท่ากันหมดเพราะอะไร ก็เราเป็นรัฐเดี่ยวสภาพอย่างนี้ลองคิดว่าหัวกออเมริกันจะอยู่อย่างไร มลรัฐกับรัฐบาลกลางอยู่ที่ Supreme Court ว่าเขาจะถ่วงดุลไปทางไหนแล้ว ตลอดเวลาสองร้อยปีมีเรื่องสารพัดครับ State พยายามอ้างว่าเป็นอำนาจ State รัฐบาลกลางพยายามอ้างว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลกลาง สุดท้าย Supreme Court ศาลฎีกาของอเมริกาวินิจฉัยบอกว่าเป็นอำนาจของรัฐ นั่นก็อำนาจรัฐ บอกได้เลยว่าวอชิงตันดีซีไม่มีอะไรเหลือ และประธานาธิบดี บุชจะไม่มีอะไรน่าเชื่อถืออยู่อีกเลย ผู้ Governor ของแต่ละรัฐไม่ได้ เราเคยเจอสภาพแบบนี้มาแล้วนะครับ เมื่อเจ็ดแปดปีก่อนคนที่ไม่คุ้นกับระบบอเมริกันงงมาแล้วนะครับ เล่านอกเรื่องนิดหนึ่ง มีคนไทยอยู่คนหนึ่ง ชื่อ นายจตุรณ ไม่ใช่ฉายแสงนะครับ ทำงานขายของในซานฟรานซิสโก เป็นลูกจ้างในร้านอาหารไทยมีแฟนและทำงานด้วยกัน วันหนึ่งตื่นมา

ตอนเช้าเจ้าของร้านถูกแทงตายอยู่ในร้าน จาตุรณกับผู้หญิงที่เป็นแฟน
หายไป บัตรเครดิตการ์ดของผู้หญิงที่เป็นเจ้าของร้านหายไปด้วย เขาก็ไป
ตามจับในที่สุดก็ไปจับพบว่าเครดิตการ์ดนั้นอยู่ในกระเป๋าของนายจาตุรณคนนี้
ผมเล่าเรื่องนี้เพราะไม่นานเขาจะทำ Hollywood มาฉายในเมืองไทย
นะครับ กำลังหาพระเอกอยู่ไปเจอบัตรเครดิตการ์ดอยู่ในกระเป๋าของนายจาตุรณ
เขาก็จับว่า จาตุรณเป็นคนฆ่า ไม่มีหลักฐานอื่นครับ มีดไม่มี ลายพิมพ์
นิ้วมือไม่มี ไม่มีอะไรสักอย่าง เขาก็ถือว่าถ้าจาตุรณไม่ฆ่าบัตรเครดิตการ์ด
จะมาอยู่ในกระเป๋าจาตุรณได้อย่างไร และพอเกิดเหตุ หายไปเลย แก่ไม่
พูดอะไรเลยสักอย่างเดียวเขาก็จับแกห้องศาล ศาลอะไรก็ศาลชั้นต้น
ของแคลิฟอร์เนีย ซึ่งใช้กฎหมายอาญาของแคลิฟอร์เนีย ศาลชั้นต้น
ตัดสินประหารชีวิต คุณจาตุรณอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ตัดสินประหารชีวิต
คุณจาตุรณฎีกา ศาลฎีกาตัดสินประหารชีวิต ถ้ามีการประหารชีวิตจาตุรณ
จะเป็นมนุษย์คนแรกในรัฐแคลิฟอร์เนียในรอบห้าสิบปีที่ถูกประหารชีวิต
โดยนั่งเก้าอี้ไฟฟ้า ก่อนหน้านี้ยิงเป้า ก่อนหน้านี้นี้ไม่เคยมีมนุษย์คนใดเคย
ถูกประหารชีวิตในแคลิฟอร์เนียโดยการนั่งเก้าอี้ไฟฟ้า และจาตุรณจะเป็น
คนแรก ปรากฏว่ามีคนเชื่อว่าคุณจาตุรณบริสุทธิ์ และจาตุรณก็แสนดีไม่
อะไรเลย เขาเล่าลือกันว่าแฟนแกเป็นคนทำ แต่รักษาสิทธิของผู้หญิงไว้
ผู้หญิงก็หายไปนะครับแล้วในที่สุดตลอดเวลาที่จาตุรณอยู่ในเรือนจำ แก่
สอนคนวาดรูป แก่สอนคนสวนมนต์ แก่ท่องชินบัญชรได้ทุกจบ ประพฤติดี
น่ารัก ก็มีคนเขียนจดหมายไปถึงประธานาธิบดีคลินตันหลายรายเพื่อขอให้
อภัยโทษ คนแรกที่เขียนจดหมายไปถึงคลินตันเพื่อขอให้อภัยโทษ คือ
โปปจอห์นปอลที่ 6 คลินตันก็บอกว่าเสียใจเพราะว่าอำนาจนี้ไม่ใช่อำนาจ
ของประธานาธิบดีสหรัฐ ผมว่าไปกึ่งงไปแล้วหละ ประธานาธิบดีบอกว่า
ไม่มีอำนาจเพราะอะไร คราวนี้ก็มีกระบวนการเข้ามาในเมืองไทย ตอน
นายชวนหลีกภัยเป็นนายกรัฐมนตรี ท่านนายกชวนก็มีหนังสือไปถึงคลินตัน
ขอให้ปล่อยตัวนายจาตุรณและ offer ว่าจะแลกกับนักโทษอเมริกันที่

ติดคุกอยู่ในประเทศไทย คลินตันตอบมาดีมากบอกว่าจาตุรณทำความผิดตามกฎหมายแคลิฟอร์เนีย ถูกตัดสินประหารโดยศาลแคลิฟอร์เนีย คนจะให้โทษได้คือคนเดียวคือผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนีย ประธานาธิบดีก็ทำไม่ได้ เพราะไม่ได้อยู่ในอำนาจ Federal อันนี้คือแยกอำนาจระหว่าง Federal กับ State ท่านนายกชวนเรียกผมไปถามว่ามันอย่างไร ผมอธิบายให้ท่านฟังว่ามันเป็นอย่างนั้นจริงๆ ก็มีจดหมายไปถึงผู้ว่าการรัฐแคลิฟอร์เนียบอกว่าแกอยู่มาจนจะครบโทษแล้ว กำลังจะลงเลือกตั้งถ้าให้โทษวันนี้ไม่ได้รับเลือกตั้งแน่ ให้ได้รับเลือกเข้ามาแล้วจะให้โทษ ขณะที่คู่แข่งกับเขาบอกว่าถ้าเขาได้รับเลือกอย่างแรกที่เขาจะทำคือยกเลิกฎีกา แล้วก็เดิมพันกันและคู่แข่งได้ แล้วสิ่งแรกที่เขาทำคือเซ็นยกฎีกาจาตุรณก็ถูกประหารชีวิตด้วยการนึ่งแก้อัไฟฟ้าเมื่อสองสามปีที่ผ่านมาเอง ทนายที่สู้คดีให้กับจาตุรณที่เป็นฝรั่งนี้มีหนังสือมาหนึ่งเล่ม Capital Punishment คือเขาณรงค์ให้ยกเลิกโทษประหารชีวิตแล้ว Hollywood กำลังจะทำเรื่องนี้ขึ้นมาเพราะว่าเราไม่รู้สึกว่าเรื่องนี้มันเป็นเรื่องน่าตื่นเต้น แต่สำหรับฝรั่งชีวิตของคนต่างชาติเขาถือว่าเป็นเรื่องใหญ่นะครับ ขนาดไปขอบินฑบาตนะครับ ทั้งหมดนี้คือ Federal กับ State ว่ามันตรงไหน เพราะฉะนั้นศาลฎีกาอยู่ตรงไหนนี้แหละสำคัญ และก็ในเวลาที่ผ่านมาศาลสหรัฐอเมริกาได้ทำหน้าที่อย่างชาญฉลาด เราบอกไม่ได้ว่าฉลาดแบบไหนแต่ฉลาดจนประเทศสหรัฐอยู่ได้จนกระทั่งวันนี้ เพราะถ้าศาลบอกว่าอันนั้นเป็นอำนาจ State อันนั้นเป็นอำนาจ State บอกได้อย่างเดียวรัฐบาลฟัง ถ้าแกบอกกลับกันว่าอันนี้เป็นอำนาจ Federal อันนี้เป็นอำนาจ Federal อันนั้นเป็นอำนาจ Federal ทำสิบรัฐขอแยกตัวหมดเลยไม่รู้ว่าจะอยู่ไปทำไมกับประเทศอย่างนี้ นี่คือข้อที่หนึ่ง ข้อที่สองศาล Supreme Court ได้ขยายขอบเขตสิทธิเสรีภาพมากกว่าที่รัฐธรรมนูญเขียนไว้มากเหลือเกิน ซึ่งน่าสนใจมากตรงนี้ ผมอาจจะเอามาพรวนหัวมาขายสวนถ้าจะยกตัวอย่างให้ท่านฟังสักสองเรื่องถึงการขยาย ขยายแบบไม่มีปีไม่มีขลุ่ยเลยจนนักกฎหมายประเทศ

สหรัฐอเมริกา ก็งวามันอยู่ตรงไหน มันพอๆ กับเสรีภาพในร่างกาย ในประเทศไทยเราเคยมีคดีเกิดขึ้นเมื่อนานมาแล้วท่านใดที่ชำนาญวิธี พิจารณาความอาญาท่านคงจำได้ คดีแบบนี้เมืองไทยเกิดเสมอครับวันนี้ก็ ยังเกิดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจ เวลาไปจับใครต้องมีหมาย และเวลาไปจับใครห้ามขู่ห้ามเช็ญอะไรต่างๆ ห้ามอ้อนวอน ห้ามขอร้อง ห้ามสัญญา ห้ามล่อลวงให้สารภาพ นี้อยู่ใน วิ.อาญา เพราะไม่เคยไปบอกว่าถ้าตำรวจไปทำเข้าแล้วเกิดอะไรขึ้น แล้วก็ มีคดีเกิดขึ้นตำรวจก็ไปทำอย่างที่ว่านี่ละครับ ไปล่อ ไปลวง ไปขู่ ไปเช็ญ ไป อ้อนวอน ไปให้สัญญา ไปขอร้อง รับรองว่าคุณสารภาพจะอย่างนั้นอย่างนี้ คนนั้นก็ตกใจเลยให้การรับสารภาพ ปรากฏว่าสุดท้ายตำรวจเล่นงานแล้วก็ฟ้อง พอถึงเวลาคนนั้นก็บอกว่าที่สารภาพก็เพราะว่าตำรวจบอกอย่างนั้นอย่างนั้น ศาลถามตำรวจว่าทำจริงไหม ตำรวจบอกว่าทำจริงครับ เป็นกุศโลบายใน การให้เขาสารภาพ แนวที่ปรากฏในศาลไทยมาโดยตลอดคือว่า ตำรวจ ไม่ควรทำอย่างนั้น แต่เอาละรับสารภาพแล้วก็แล้วไป เอามาใช้กันได้ในศาล เอามายันได้ แล้วศาลไทยก็แบ่งเส้นกันที่ว่าในส่วนที่คนนั้นไปกระทำ ความผิดก็เล่นงานไปตามพยานหลักฐาน แต่ส่วนที่ตำรวจไปทำความผิดก็ ไปจับ ไปฟ้องในอีกคดีหนึ่งในอนาคตว่ากันอีกคดีหนึ่งแยกกัน ไม่เอาการ กระทำผิดของคนหนึ่งมาทำให้อีกคนหนึ่งซึ่งผิดกลายเป็นถูก มันหักกลบ กันไม่ได้ซึ่งกรรมใดใครก่อ ก็ว่ากันคนละกรรมนี้ศาลไทยนะครับจนวันนี้ และศาลอเมริกาก็ใช้หลักนี้มาโดยตลอด จนกระทั่งวันหนึ่งผมไม่ทราบจะไป กินดีหมีมาจากที่ไหน Supreme Court นั่งรอมานานแล้วว่าเมื่อไหร่มันจะมี คดีนี้เข้ามา จนกระทั่งเกิดคดี นาย Miranda นาย Miranda ไป ทำความผิดตำรวจก็ไปจับก็คงไปขู่ไปเช็ญอะไรสารพัดชนิด แกก็ตกอกตกใจ สารภาพไปตามเรื่องแล้วก็ส่งอัยการฟ้องศาลรัฐริโซนา คดีก็ขึ้นไปจนถึง Supreme Court และ Supreme Court นั้น ผู้พิพากษาที่เขาตัดสินคดี เขาเขียนบันทึกหลังจากเขาเกษียณว่าข้าพเจ้านั่งรอมานานตลอดชีวิตเพื่อจะ

ชำระคดีแบบนี้ โอกาสทองก็มาถึงและศาลทั้งเก้าคนก็ไม่รอช้า วินิจฉัยทันที ชนิดที่เปิดกฎหมายเล่มไหนก็ไม่มีทั้งนั้น วินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญอเมริกันพูด อยู่คำหนึ่งบทแก้ไขเพิ่มเติมว่าการพิจารณาคดีต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรม พูดแค่นี้และผมก็เห็นว่าไม่ผิดอะไรที่รัฐธรรมนูญจะเขียน การพิจารณาคดี ต้องให้เป็นธรรม ที่นี้ศาลฎีกาก็แสดงอภินิหารว่าการให้ความเป็นธรรมนั้น จะต้องทำดังต่อไปนี้ หนึ่ง สอง สาม สี่ ซึ่งไม่เจอในรัฐธรรมนูญ ต่อไปนี้ 1. เมื่อเวลาจะจับใครก็ตาม เจ้าหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ สรรพากร หรือว่าจะเป็นสรรพสามิตที่มีอำนาจจับคน ต้องบอกให้กับคนที่ถูกจับว่า คุณมีสิทธิที่จะให้การก็ได้ ไม่ให้การก็ได้ ข้อที่ 2 ถ้าคุณไม่ให้การก็แล้วไป ถ้าให้การคำให้การนี้ระวางจะไต่คุณในชั้นศาล คือต้องให้เขารู้ตัวนะ ครับ ข้อที่ 3 ต้องให้เขารู้ว่าคุณมีสิทธิที่จะมีทนายความก็ได้ ไม่เอาทนายก็ได้ ข้อที่ 4 คุณอยากได้ทนายและไม่มีทนายเองจงบอก รัฐจะจ้างทนาย มาให้ ถ้าไม่ได้บอกสี่ข้อนี้ยกฟ้องทุกราย ให้ถือว่าการจับนั้นไม่ถูกต้อง และอะไรที่หลังจากนั้น มันพูดอะไร มันสารภาพอะไร มันพาไปชี้ว่ามันเอาปืน ไว้ตรงนี้ ช่มชืดตรงนั้น มันปล้นทางนั้น ใช้ไม่ได้หมด โดยการที่ศาลตั้งหลัก ขึ้นมาอีกหนึ่งหลักซึ่งนายกทักษิณชอบพูด คือ Fruit of Poisonous Tree ผลไม้อันเกิดจากต้นที่มีพิษ ศาลฎีกาบอกว่าถ้าต้นไม้มันมีพิษผลไม้ที่ ออกมามันก็ย่อมมีพิษ ถ้าการไปจับไม่ได้เดือนอะไรต่ออะไร มันพูดอะไร ออกมาหลังจากนั้นก็คือ ผลของต้นที่มีพิษย่อมเอามาใช้ไม่ได้กินไม่ได้ ศาลก็ถามว่าในคดีนี้มีใครเดือน Miranda หรือเปล่า ตำรวจก็บอกว่า เดือนอะไรก็เพิ่งได้ยินเดี๋ยวนี้เองว่าต้องเดือน ศาลบอกว่าสรุปคือไม่ได้เดือน ใช่ไหม ไม่ได้เดือนแต่คราวหน้าจะเดือน คราวหน้าก็คราวหน้าคดีนี้ยกฟ้อง ก่อน และพอยกฟ้องเสร็จตำรวจก็ไปจับมัน แล้วก็ลงมือเดือนใหญ่เลยนะครับ แล้วก็มาฟ้องใหม่ศาลบอกว่าฟ้องซ้ำ มีคนดำศาลและคนแรกคือผู้ว่าการรัฐ แคริฟอร์เนีย คือ Ronald Reagan ในขณะนั้น และเรแกนก็เขียน บทความไว้ดีมากและเขาว่าเพราะบทความนี้แหละที่ทำให้เขาได้รับเลือกตั้ง

เป็นประธานาธิบดี เพราะมันแทงใจดำคนอเมริกาเพราะศาลปล่อยผู้กระทำความผิด ปล่อยให้ลอบเรแกนบอกว่า คือถ้าพูดได้ทำไมไม่เอาอย่างประเทศไทย เรแกนบอกว่าใครผิดก็ว่าไปส่วนผิด ก็ตำรวจผิดเพราะไม่ได้เตือนก็เล่นงานซิ แต่คนนั้นมันผิดมันสารภาพหมดแล้วก็เล่นงานคนนั้น ศาลบอกว่าไม่ได้อเมริกาไม่เหมือนประเทศอื่น ประเทศอื่นนั้นผู้เสียหายฟ้องคดีได้ ประเทศอเมริกาผู้เสียหายห้ามฟ้องคดีมีอัยการเท่านั้นที่จะฟ้องได้ ถ้าเกิดวันหลังอัยการไม่ฟ้องตำรวจละ เพราะฉะนั้นเหลือบมันไม่ยอมเหลือบกันเองฉันใด ศาลต้องเชือดคอไก่ให้ลิงคู่สักทีหนึ่งก่อนแล้วยกฟ้องให้เห็น มาอีกก็ยกอีกทีหลังมันจะได้จะเตือนกัน หลังจากนั้นเตือนกันหมดทั้งประเทศนะครับ ถ้าท่านดูหนังอเมริกันท่านจะเห็นว่าจับใคร จะทำอะไรใคร เขาเตือนหมด และเวลานี้บัตรประจำตัว เอฟ บี ไอ นี้ข้างหน้าเป็นบัตรมีรูป Smartcard นี้ะครับข้างหลังนะครับเขากลับ เอฟ บี ไอ เวลาจับใครนะครับแล้วจะเตือนไม่เป็นหรือเตือนแล้วหรือเตือนไม่ครบเขาเขียนว่า 1. คุณมีสิทธิจะพูดไม่พูดก็ได้ 2. ถ้าคุณพูดที่คุณพูดใช้ยันคุณในชั้นศาล 3. คุณมีสิทธิที่จะมีทนาย ที่ปรึกษากฎหมาย มีนิติกร เขียนไปหมดเลยกลัวจะผิดไปคำหนึ่ง ศาลบอกไม่ครบอีก และข้อ 4 ถ้าไม่มีแต่อยากมีเราจะหาให้ แล้วเสร็จเรียบร้อยก็ว่ากัน มันมีคนเขียนการ์ตูนคิดทุกมุมในประเทศอเมริกันในสมัยนั้น เป็นรูปนายอำเภอยิงโจรเลือดเต็มลูกดาทะลั๊กออกมานอกบ้านแล้วนะครับ นายอำเภอเท้าขวาเหยียบบนพื้นเท้าซ้ายเหยียบหน้าอกปีนควันยังมี แล้วนายอำเภอก็บอกว่าคุณจะให้การก็ได้ไม่ให้การก็ได้ ถ้าให้การทำให้การยันคุณได้ในชั้นศาล คือเตือนไม่ทันยังไปแล้ว ก็ต้องเตือน นี่คือหลักที่ Judge made law ขยายสิทธิเสรีภาพและวันนั้นก็เป็นที่บรรทัดฐาน จนถึงวันนี้ น่าสนใจนะครับทฤษฎี Fruit of Poisonous Tree ผลไม้เกิดจากต้นมีพิษ ก็ย่อมมีพิษ วันหนึ่งมันอาจจะเข้ามาถึงเมืองไทย ผมกำลังสงสัยว่าคดีคุณหญิงจาวรณนี่เป็น Fruit of Poisonous Tree ลองคิดดูว่าเป็น Fruit of Poisonous Tree

ตัวอย่างเกิดกับตัวเองและน่าสนใจมากเลยนะครับ บางท่านอาจเคยได้ยินแล้วนะครับบางท่านอาจไม่เคยได้ยิน ถ้าเคยได้ยินแล้วมันไม่เหมือนกับที่ผมเคยเล่าก็เอาวันนี้เป็นหลัก เมื่อสามสิบปีมาแล้วผมไปเรียนที่สหรัฐอเมริกา ความที่ผมอยู่ที่แคลิฟอร์เนีย ก็มีคนไทยพวกโรบินฮู้ดนี่ไปแคลิฟอร์เนียบ่อย เดี่ยวคนนี่เดี่ยวนั่น พอดีไปทำผิดตำรวจจับขึ้นศาลพูดภาษาอังกฤษไม่ได้ เขาก็จะพานักเรียนไทย ไปเป็นล่ามแปลให้ในศาล ถ้าคนนั้นเป็นเวียดนามเขาก็พาหาเวียดนาม ลาวก็พาหาลาว โดยมากเขาจะพานักเรียนกฎหมาย และก็ให้เงินห้าเหรียญต่อวัน ผมมีรายได้จากการเป็นล่ามแปลให้คนที่ทำผิด วันหนึ่งเจ้าหน้าที่มาตามผมให้ผมไปเป็นล่ามในศาลไปจับได้ผู้หญิงไทยคนหนึ่ง ผมก็ไม่มีอะไรมาก วันนี้ไปเป็นล่ามก็ได้ห้าเหรียญแล้วละ ผู้หญิงคนนี้เป็นเมียเช่า จี ไอ อยู่แถวฮิวสตัน แล้วก็วันหนึ่งจี ไอ บินกลับมาอเมริกาแล้วก็บอกว่ามาได้ แล้วผู้หญิงคนนั้นก็บินตามมา เขาบอกว่าวันที่เขาบินไปญาติมาส่งเต็มคอนเมือง ที่นี้เมียเช่ารุ่นก่อนไปหลายคนแล้ว ก็มีญาติของเมียเช่าคนก่อนมาฝากกล่องของกับแกให้เอาไปให้เมียเช่าอีกคนหนึ่งที่ยังก่อนแล้ว แกถามว่าอะไร เขาก็บอกว่ารองเท้า ผมก็แปลไปตามที่แกพูดนั่นแหละ ก็บอกว่ารองเท้าเอาไปให้ยายแล้ว แกบอกว่าเครื่องไปลงที่โตเกียว รองเท้าแคะสันมันหัก แกก็คว้ารองเท้าที่จะฝากไปให้แล้วมาดู แกก็บอกว่าดีนี่ แกว่านั่นนะครับ พอแกลงเครื่องที่ซานฟรานซิสโกเท่านั้นละครับ สุนัขมันมาดมสันรองเท้ามีกัญชา ก็จับแกทันทีและก็บอกว่าดิฉันมาอยู่ศาลก็เพราะเหตุนี้แหละครับ ผมก็แปลไป ผมก็แปลทำหน้าที่อยู่วันสองวันก็ไม่ได้ติดใจอะไร คือไม่มีความผูกพันอะไรเรื่องนี้ จนกระทั่งหายไปผมเรียนจบมาวันหนึ่งผมสอนอยู่ที่ธรรมศาสตร์ กำลังนั่งสอนอยู่ภารโรงก็เอาโน้ตมาบอกว่า มีญาติมาขอพบผมก็ออกไปพบก็พบผู้หญิงคนนั้นแหละซึ่งที่แรกจำไม่ได้เลย แกสวดยื่นเยอะเชียว ชักไปชักมาแกก็บอกว่าแกเป็นคนคนนั้น ตามหาผมกว่าจะรู้ว่ามาอยู่ที่นี่ มาขอบคุณ แล้วผมถามว่าพันโทขมาแล้วหรือ แกบอกว่าเปล่าแกไม่ได้ติดคุก

แล้วผมถามว่าแล้วทำไมไม่ได้ติดคุก ศาลยกฟ้อง ผมถามว่าแล้วทำไมศาลยกฟ้อง แกบอกศาลถามพอหลังจากคุณกลับไปแล้ว คนอื่นก็มาเป็นล่ามศาลก็ถามว่าตอนที่เจ้าหน้าที่ที่สนามบินซานฟรานซิสโกจับเดือนฉันหรือเปล่า เจ้าหน้าที่ก็บอกว่าเดือน ศาลก็บอกว่าเดือนอย่างไร เขาก็บอกว่า หนึ่ง สอง สาม สี่ ที่เรียกว่า Miranda Warning ศาลถามประโยคเดียวเท่านั้นละครับว่าเดือนเป็นภาษาอะไร เขาก็บอกว่าเขาเดือนเป็นภาษาอังกฤษ เท่านั้นแหละครับศาลงัดสืบพยานรอฟังคำพิพากษา แล้วก็พิพากษาว่าการเดือนเป็นภาษาอังกฤษผู้หญิงคนนี้ไม่เข้าใจเลยนี่ ถือว่าไม่เคยเดือนจึงยกฟ้องตามคดี Miranda ที่ศาลฎีกาได้วางหลักไว้นานมาแล้ว ดิฉันก็เลยรอดมาเพราะความไม่รู้ภาษาอังกฤษนี่แหละ ถ้ารู้ภาษาอังกฤษดิฉันช่วยไปแล้วผมก็เลยมานึกน่าสนใจมากเลยคดีนี้ และผมก็ถามว่าถามจริงๆ เอะแล้วไอ้กัญชานั้นมันมันไปอย่างไร แกก็เลยบอกว่าไม่รู้ว่าคุณดีหมดอายุความแล้วหรือเปล่านะคะ พูดตรงๆ ฉันเอาไปเอง ฉันเอาไปแค่นิดเดียวฉันไม่รู้เลยว่ามันเอาเป็นเอาตายขนาดนี้ เอาแหละผมไม่คิดใจอะไร แต่ผมกลับมาครั้งนี้มันเหมือนกับจอมพล ป. ที่ออกมาเพราะกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่นานถูกแขวนคอไปแล้ว ผู้หญิงคนนี้รอดมาเพราะแกไม่รู้ภาษาอังกฤษเพราะเขาไม่ได้เดือนแต่ความจริงเขาเดือน แต่เขาเดือนเป็นภาษาอังกฤษวันที่แกไปให้การในศาลแกยังพูดอะไรไม่ได้เลยสักคำเลย แล้วที่เดือนๆ มาแล้วแกจะรู้เรื่องได้อย่างไร ได้ยินว่าตั้งแต่นั้นมาสนามบินทุกแห่งของอเมริกายิ่งกว่า CTX เสียอีกคราวนี้คือจะมีคำเดือนเป็นภาษากว่าร้อยภาษาทั่วโลก ใครลงมาประเทศไหนมันหีบไบนั่นให้อ่าน แล้วก็ให้เซ็นตัวรับทราบ ภาษาไทยก็มีเดี๋ยวนี้ไม่เชื่อก็ดลองทำผิดดูสิ เขาก็จะให้ท่านเซ็นตัวรับทราบ เขียนเป็นภาษาไทย และนี่คืออภินิหารของ Miranda Warning ที่ศาลแต่งขึ้นหาคุณไม่มีที่ไหนในมาตราใด เคยมีคนถามว่า โอกาสอย่างนี้จะมีโอกาสเห็นในศาลรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่ เราเคยทำเฉียดๆ ไปแล้วนะครับ ยังนั่งรอดูอยู่ก็ดี คดีที่ท่านตัดสินเรื่องเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐเป็น

คดีเดียวที่ผมเห็น คดีเดียวที่ผมเห็นวางหลัก ถ้าวันนั้นไม่วางหลักไว้ให้มันวันนี้วันเลยนะครับ เมื่อตอนสมัครรับเลือกตั้งเป็นวุฒิสภานั้นไงครับ แล้วเขาบอกว่าคนที่สมัครเป็นวุฒิสภา ต้องไม่เป็นข้าราชการ ต้องไม่เป็นลูกจ้าง ไม่เป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ที่นี้ยังสับสนคนแก่เป็นกรรมการสภามหาวิทยาลัย บางคนเป็นผู้พิพากษาสมทบ บางคนเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ บางคนสารพัดจะเป็น ยี่สิบเจ็ด ยี่สิบแปดตำแหน่ง และ กกต. ก็จะยกเลิกการรับสมัครทั้งหมด ในที่สุดก็มีการส่งเรื่องไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่าเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐหมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้ ซึ่งไปดูที่ไหนไม่มีมาตราไหนเขียนไว้เลยนะครับ 1. ต้องเป็นผู้รับเลือกตั้งตามกฎหมาย 2. ได้รับเงินเดือน 3. ต้องทำงานประจำ 4. ต้องมีอำนาจหน้าที่เฉพาะตัว จำเป็นต้องไปทำร่วมกับคนอื่น ถ้าไปทำรวมกันอยู่ก็ไม่ใช่ กรรมการสภามหาวิทยาลัยไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะต้องทำรวมกัน ทำคนเดียวไม่ได้ กรรมการรัฐวิสาหกิจ ต้องทำรวมกัน พอมาถึงผู้พิพากษาสมทบทำคนเดียวได้เป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ เลยช่วยไปหลายรายเหมือนกัน นี่วางหลักเลยนะครับ ซึ่งเรารอเหมือนกันนะครับ หลักอย่างนี้ นี่เป็นเรื่องการขยายขอบเขต คราวนี้เรื่องในสิ่งที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้แสดงอภินิหารไว้ให้เห็นตลอดสองร้อยปี คือ ข้อที่ 1 เรื่องการกำหนดนโยบาย เรานึกว่า นโยบายต้องรัฐบาลกำหนดนะครับ หรือสภากำหนด ขอบอกให้รู้่านโยบายในสหรัฐอเมริกาออกมาจาก Whitehouse นี่คำพูดนี้ฝรั่งเขาพูดเองนะครับ นโยบายอีกส่วนหนึ่งมาจากรัฐสภา นโยบายส่วนใหญ่มาจาก Supreme Court ที่ออกมาอย่างแนบเนียน ถ้าศาลฎีกาบอกว่าต่อไปนี้จะวางนโยบายคนว่าทั้งเมืองเลยนะครับ ศาลฎีกาไม่เคยพูดพอดัดสินมันกลายเป็นใช้บังคับทั่วไปและมันออกมาในรูปนโยบายสวยงาม แต่บางคดีก็ไม่ค่อยจะสวยเท่าไร เช่น ตัวอย่างที่หนึ่ง เถียงกันมาไม่รู้กี่ปีในอเมริกาโทษประหารชีวิตใช้ได้ไหม เพราะมันมีอยู่มาตรา หนึ่งเขียนไว้ในบทแก้ไขที่แปดว่า Cruel and Unusual Punishment มีไม่ได้ แปลว่าโทษที่ทารุณโหดร้ายและ

ผิดธรรมดาตามนุษย์ชาติรัฐธรรมนูญ ก็รู้ว่าตอนที่เขาร่างรัฐธรรมนูญมาตรานี้ เขากลัวว่า จะจับคนมาเหมือนกับโดนข้อหาเป็นแม่มดถูกมัดและก็เผา ก่อกองไฟ อย่างนี้วิธิการพิสดารผิดมนุษย์ โครลงโทษอย่างนี้ ชาติรัฐธรรมนูญ มันมีกฎหมายลายลักษณ์ที่ถูกละเลยไปแล้ว เพราะเขียนว่าไปให้เผาทั้งเป็น แต่ว่าโทษประหารธรรมดาที่ยังเป่า นั่งเก้าอี้ไฟฟ้า หรือว่าฉีดยานี้ ถือว่า วิธิการหรือว่าทารุณโหดร้ายผิดมนุษย์หรือไม่ ปรากฏว่าศาลบางรัฐก็บอกว่าขัด บางรัฐก็บอกว่าไม่ขัด และมีคำถามว่าแล้วในประเทศสหรัฐอเมริกาโทษ ประหารชีวิตใหม่ ท่านได้ยืนยันว่าคุณจาตุรณโดนไปแล้วคนหนึ่ง วันหนึ่งศาลฎีกาของสหรัฐมาตัดสินในคดีหนึ่งว่า การที่จะบอกว่าโทษประหารชีวิตเป็น โทษที่ทารุณโหดร้ายผิดธรรมดาตามนุษย์หรือไม่นั้น พวกเค้าไม่ได้หροกต้องดู ว่าเอาโทษประหารชีวิตไปใช้กับความผิดฐานใด ถ้าบอกว่าฐานใดโทษ ประหารชีวิตมีไม่ได้ ไม่จริงไม่ใช่เพราะขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญเมื่อสองร้อยปี โทษประหารชีวิตมันก็เคยมีอยู่แล้วอยู่ที่ว่าจะเอาโทษประหารชีวิตไปใช้กับ ความผิดฐานใด ถ้าพระราชบัญญัติออกมาลงโทษประหารชีวิตในความผิด ฐานกบฏ ถือว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญและไม่ทารุณโหดร้าย แต่ถ้าเอาโทษ ประหารชีวิตไปใช้กับความผิดฐานลักทรัพย์ รับของโจรเป็นโทษที่ทารุณ โหดร้ายสำหรับผู้กระทำผิดเพียงแค่นั้น คำวินิจฉัยนี้แปลว่าตั้งนโยบาย เลยเท่ากับบอกไว้เลยว่าสภาถ้าเวลาออกกฎหมายนั้น ต้องกำหนดโทษให้ เข้ากับความผิดอย่างไร เรากลัวว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยจะทำแบบนี้ ถึงต้อง เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่งซึ่งเราลอกออกมาจากรัฐธรรมนูญอเมริกา ว่าโทษที่วิธิการ โหดร้ายมีไม่ได้ และนี่ก็ขึ้นได้ว่าวันหนึ่งศาลจะไปไกลเลย ไล่ไ้วรรคสองว่าอนึ่งโทษประหารชีวิตไม่ถือว่าเป็นโทษที่วิธิการทารุณโหดร้าย หมดเรื่องไปมาตราหนึ่ง นี่คือการกำหนดนโยบายแล้วนะครับ เป็นกำหนด นโยบายโทษอาญาซึ่งศาลวางไว้ให้ ข้อที่ 2 เรื่องการทำแท้ง พวกกันเยอะว่า ในอเมริกาทารุณโหดร้ายห้ามทำแท้งมีได้ไหมถ้าใครตอบว่ามีได้ หรือใครตอบว่ามี ไม่ได้ ผิดทั้งนั้นครับ เพราะศาลอเมริกันแรกๆ ก็มีว่ๆ แต่ตอนนี้ไม่มีว่

แล้วนะครับ บัดนี้ศาลได้วางหลักชัดแล้วนะครับว่า ทำแท้งทำได้ ไม่ได้ อย่างไร
 รู้ไหมครับ การทำแท้งจะมีได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับทำแท้งกับทารกอายุกี่เดือน
 แยกเป็นเดือนเลยนะครับ ถ้าหากว่าแม่เพิ่งตั้งครรภ์แล้วทารกยังไม่เกิน
 สามเดือนแรกทำแท้ง กฎหมายยอมให้ทำแท้งไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ถ้า
 เข้าสู่ไตรมาสที่สองและสามถือว่าทารกมีชีวิต มีโอกาสจะรอด และยังไม่
 ทำแท้งกฎหมายใดที่ยอมให้ทำแท้งในไตรมาสที่สองที่สาม กฎหมายนั้นขัด
 รัฐธรรมนูญ นี่เป็นการกำหนดนโยบายเลย สิ่งนี้ก้าวหน้าไปยิ่งกว่าฝ่าย
 ตุลาการจะพึงกระทำนะครับ คือไม่ได้บอกว่าได้ไม่ได้ ก็ตามหลักแล้วได้
 ไม่ได้ ข้อกฎหมายควรจะจบ แต่ศาลลงไปข้อเท็จจริงว่า มันอยู่ที่กี่เดือน
 พอถึงโทษประหารชีวิต ศาลลงไปถึงข้อเท็จจริงว่า มีโทษอะไร อะไรก็ตาม
 ไม่ Classic เท่ากับคดีสงครามโลกครั้งที่สอง Classic ที่สุด เมื่อตอน
 สงครามโลกครั้งที่สอง ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาชื่อ Roosevelt ได้รับ
 เลือกแล้วเลือกอีกเลือกอีกเลือกแล้ว ถึงสี่หน สี่คุณสี่ สิบหกหนที่สุดถึง
 ได้แก้รัฐธรรมนูญเป็นคนหนึ่งไม่เกินสองหน ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำทั้งอเมริกา
 ความจริงก็คือทั่วโลก เพราะฉะนั้นเพื่อเป็นการแก้ปัญหาช่วยคนยากจน
 ประธานาธิบดีอเมริกาชื่อ Roosevelt ให้มีการออกกฎหมายฉบับหนึ่ง
 เพื่อช่วยเหลือคนว่างงาน กฎหมายชื่ออะไรผมจำไม่ได้แล้วแต่มีใจความว่า
 ใครที่ว่างงานให้มาเข้าแถวแสดงความประสงค์ต่อสำนักงาน คล้ายๆ กับ
 ประกันสังคม สำนักงานนี้ก็จะให้เงินเลี้ยงชีพไปทุกเดือนๆ แต่เขาจะหางาน
 ให้ด้วยก็หางานให้ คุณต้องทำนะถ้าเขาหางานให้คุณไม่ได้ คุณจะได้เงิน
 ไปซื้อข้าวปลาอาหารจนกว่าเขาจะหางานให้คุณได้ ชื่อช่วยเหลือ สวัสดิการ
 สังคม ออกมาเป็นพระราชบัญญัติแก้ปัญหาเศรษฐกิจคนว่างงาน วันหนึ่ง
 มีคดีเกิดขึ้นมีคนไม่ยอมจ่ายเงินเข้ากองทุนอะไรสักอย่างหนึ่งเป็นคดีฟ้อง
 ศาลคดีขึ้นไปสู่ Supreme Court แก่คน เจ็ดต่อสอง หรือแปดต่อหนึ่ง
 ผมจำไม่ได้แต่เป็น Majority ที่ยิ่งใหญ่มากตัดสินว่า พระราชบัญญัติขัด
 ต่อรัฐธรรมนูญ เหตุที่ขัดรัฐธรรมนูญก็เพราะว่าเงินที่รัฐให้แก่คนที่ว่างงาน

คือเงินที่ได้มาจากคนที่ได้งานทำทั้งนั้น คือภาษีรัฐ เอาเงินจากคนที่อุตสาหกรรมเสียภาษีมาให้แก่คนที่ไม่ได้เสียภาษี ขัดต่อหลัก Ego-Protection การคุ้มครองโดยเสมอภาค ก็แปลว่าต่อไปนี่ต่อไปใครมาเข้าแถวขอให้รัฐช่วยไม่ได้อีกแล้วผมว่าทำเนียบขาวปิดประตูปิดหัวอีกแล้ว เอาออกกฎหมายฉบับที่สอง Classic มากเรื่องนี้ แก้ไขกฎหมายแรงงานเพราะวันนั้นคนตกงานเยอะ ไปปรับจ้างทำงานชั่วโมงหนึ่งสองเซ็นต์ก็ยอมเพราะไม่มีจะกิน ก็ออกกฎหมายแรงงานออกมาว่า ชั่วโมงหนึ่งต้องจ้างค่าแรงอย่างน้อยหนึ่งเหรียญ ใครนายจ้างคนไหนจ้างต่ำกว่าหนึ่งเหรียญมีความผิด วันหนึ่งทำแปดชั่วโมงเกินแปดชั่วโมงต้องจ่าย OT นายจ้างคนหนึ่งแกลไปจ้างต่ำกว่าหนึ่งเหรียญต่อชั่วโมงก็ถูกจับขึ้นศาล ทนายก็เก่งคดีขึ้นไปถึงศาลฎีกา Supreme Court ว่าพระราชบัญญัติแรงงานขัดรัฐธรรมนูญ เพราะว่ารัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพในการกระทำเหมือนสมัยคุณหลวงจักรูญนะครับ รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองเสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการกระทำ ย่อมหมายถึงเสรีภาพในการทำสัญญาด้วย Freedom of Contract ก็ในเมื่อนายจ้างลูกจ้างตกลงกันว่าจะจ้างกันวันหนึ่งเจ็ดสิบเซ็นต์ การที่เอาสิ่งที่คู่กรณีที่เขาตกลงกันในทางแพ่งจ้างกันชั่วโมงละเจ็ดสิบเซ็นต์มาเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญ ละเมิดเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งแปลว่าขัดต่อเสรีภาพในการกระทำรัฐธรรมนูญ จบไปอีกฉบับหนึ่งในที่สุด Whitehouse เสนอแก้รัฐธรรมนูญ ให้อุบายศาลฎีกาคดีทั้งปวงขึ้นไปแค่ศาลอุทธรณ์เพราะว่ารัฐบาลยังครอบงำศาลอุทธรณ์ได้ ส่วน Supreme Court แก่คนนั้นถ้ารัฐธรรมนูญนี้แก้เสรีกลับบ้านเลขนะครับ ที่นี้การแก้รัฐธรรมนูญต้องรับการเห็นชอบจากสามสิบห้ารัฐ ในจำนวนห้าสิบรัฐเวียนให้สภาแต่ละรัฐให้ความเห็นชอบระหว่างนั้น Rossevelt สั่งให้ทำคดีทดลองขึ้นหนึ่งเรื่อง แล้วก็ฟ้องใหม่สามสิบสี่รัฐให้ความเห็นชอบในเวลาอันรวดเร็วผิดปกติที่ไม่เคยมี ถ้าได้เสียงของรัฐที่สามสิบห้า จบเลขนะครับ ศาลฎีกาก็เก่งครับ นัดพิพากษาคดีนั้นในตอนเช้า ซึ่งบ่ายวันนั้นรัฐที่

สามสิบห้าจะลงมติ ซึ่งศาลฎีกาก็พิพากษากลับ คำพิพากษาอันเดิมที่เคยมีมาแล้วให้เหตุผลที่ไพเราะมากกว่า รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารที่มีชีวิตจะเอา Spirit ที่กำหนดเมื่อสองร้อยปีก่อนมากำหนดไม่ได้ รัฐธรรมนูญต้องแก้ปัญหาทุกสภาวะการณ์ เมื่อบัดนี้ฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติจับมือกันแก้ปัญหาเศรษฐกิจ คุลาการจะเพิกเฉยได้อย่างไร จึงพร้อมกันพิพากษาโดยมติเก้าต่อศูนย์ พระราชบัญญัติแรงงานไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ บ่ายวันนั้นรัฐที่สามสิบห้ามีมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไข ศาลฎีกาเลยรอดมาจนบัดนี้ ซึ่ง Classic มากเรื่องนี้ เรื่องที่อยู่ในความทรงจำของคนทั้งประเทศสืบมายาวนาน เพราะเหตุว่าไม่ว่าจะเป็นศาล Supreme Court หรือศาลรัฐธรรมนูญสามารถดลบันดาลชะตากรรมของประเทศได้เขาจึงต้องพิถีพิถันมากในการเลือกคนที่เข้าไปเป็น ในสหรัฐอเมริกาเขาพิถีพิถันตั้งแต่เริ่มการหาคนเข้ามานั่ง เพราะฉะนั้นท่านจะเห็นว่าเขาจะต้องสอบประวัติ ผมเคยมีโอกาสไปนั่งฟังเขาสอบประวัติ คนที่ประธานาธิบดีเสนอชื่อที่สภาตั้งคณะกรรมการมาสอบ เขาไม่ได้ไปดูอย่างที่เราคนไทยเราคุ้นเคยกันว่าที่แล้วมาคุณเคยทำงานอะไร ไปยังใญ่ยื่นบัญชีทรัพย์สินถูกไหมครบไหม เขายังคำถามเป็นข้อสอบ คุณมีความเห็นอย่างไรเกี่ยวกับเรื่องคดีทำแท้ง คุณเห็นอย่างไร กับการยกเลิกโทษประหารชีวิต คุณเห็นอย่างไรในเมื่อรัฐนี้จะมีคาสิโน เขาเรียกว่า ทดสอบ Philosophy แน่แน่นอนคำตอบไม่มีถูก ไม่มีผิด ไม่มีสอบได้ สอบตก เปิดเผยและเอาเข้าสภาให้สภาแล้ว ถ้าคุณเอาคนนี้ทำอย่างนี้เกี่ยวกับเรื่องนี้ เกือบยี่สิบเรื่องครบที่สมมุติแล้วถาม แล้วก็เอาคำตอบออกมาคือทดสอบ Philosophy ประการต่อมาผู้พิพากษาศาลฎีกาเก้าคนในสหรัฐอเมริกาเขามีหลักปฏิบัติว่า ห้ามสอนหนังสือ ห้ามให้สัมภาษณ์ ห้ามแต่งหนังสือออกเผยแพร่ ถ้าบรรยายก็ในงานรับปริญญาทีเดียวก็จบได้ เป็นวิทยากรพิเศษคนเดียวแล้วเลิกได้สอนกันทั้งเทอมแล้วออกข้อสอบไม่ได้ เพราะเขากลัวว่าจะแสดงความเห็นในเรื่องบางเรื่องออกไป คนเขาจะรู้ว่าคุณคิดอย่างไร เขียนไว้ด้วยหลักนี้ ข้อที่ 3 มีอาชีพหนึ่งที่เกิดขึ้นใน Supreme

Court ของสหรัฐอเมริกา วันหนึ่งจะมาถึงเมืองไทยนะครับ น่าสนใจมาก เขาเรียกว่า Lip Reader ผู้อ่านริมฝีปากความหมายคือเวลาที่ผู้พิพากษา แก้วคนขึ้นนั่งบัลลังก์ฟังแถลง ผู้พิพากษาก็หันไปคุยกันก็จะมีคนคอยอ่านริมฝีปากขมุบขมิบกันอยู่บนบัลลังก์นี้ คนไหนกำลังคิดอะไร นำไปสู่การวิเคราะห์ทฤษฎีทศศาสตร์ในการดำเนินคดีต่อไป และเป็นอาชีพและเป็นบริษัททำอย่างเปิดเผยด้วยนะครับ เพราะฉะนั้น Justice Douglas แก่เขียนไว้ในประวัติของแก ข้าพเจ้านั่งมองจากบัลลังก์หลายบริษัทส่งตัวแทนมาอ่านริมฝีปากของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าก็เลยหันไปร้องเพลงให้เพื่อน ๆ ฟัง แต่ไม่ใส่ทำนองเพื่อให้ดูว่าเป็นการกระซิบกระซาบเรื่องคดี และอยากรู้ว่าเขาไปรายงานบริษัทเขาว่าอย่างไร ครีกครั้นมากเรื่องนี้ มาถึงไทยครับผม ดีใจนะครับเจ็ดปีก็เจ็ดปีเถอะซึ่งมันสั้นมีโอกาสดิฉันพิจารณาเพียงปีละห้าสิบหกสิบเรื่องเท่านั้นได้เห็นบางคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยเวลาจะทำคำวินิจฉัยได้คำนึงถึงอะไรหลายอย่างมากกว่าหลักกฎหมาย ท่านทราบไหมว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ถั่วที่สุดคือศาลรัฐธรรมนูญ จะคิดแต่หลักกฎหมายอย่างเดียว เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าเวลาจะหาคนมาเป็นองค์ประกอบของศาลหรือแม้แต่สมัยก่อนตุลาการรัฐธรรมนูญ เขาไม่เคยถือคว่านักกฎหมายนะครับ รัฐธรรมนูญบางฉบับในอดีตเปิดโอกาสให้เอาใครก็ได้ด้วยซ้ำ ซึ่งบางสมัยเราเคยเอานักเศรษฐศาสตร์เข้าไป ทุกเข้าไป วันนี้มีนักกฎหมายบอกนักรัฐศาสตร์ ทำไมเอานักรัฐศาสตร์เพราะเขากลัวว่าจะมีแต่นักกฎหมาย เขากลัวว่าจะจุดหลักทุกอย่างเข้าไปในหลักกฎหมาย จนกระทั่งละเลยผลกระทบ คำวินิจฉัยนี้จะกระทบถึงเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม วิถีชีวิต ตอนที่ร่างรัฐธรรมนูญไม่ว่าฉบับนี้หรือก่อนหน้าซึ่งผมเคยมีโอกาสร่วมในการร่าง เคยคิดจะใส่ไว้หน้าตุลาการหรือศาลควรจะเป็นผู้ที่มาจากนักกฎหมาย นักรัฐศาสตร์ นักเศรษฐศาสตร์ นักสังคมวิทยา คิดถึงเยอะเลยนะครับ คิดไปคิดมาดูท่าจะยุ่งนะครับ วันนี้ก็เลยให้ลงมาเหลือแค่นักนิติศาสตร์ กับนักรัฐศาสตร์ และก็มีคนอธิบายไว้ดีว่ารัฐศาสตร์ก็

ครอบคลุมไว้เยอะ สังคมวิทยาของจุฬาก็อยู่ในคณะรัฐศาสตร์ สังคมสงเคราะห์ ก็รัฐศาสตร์ การทูตก็รัฐศาสตร์ จนเศรษฐศาสตร์ก็ยังถือว่าเป็นรัฐศาสตร์ได้นอกจากนั้นคณะเศรษฐศาสตร์ที่จุฬาแตกออกมาจากคณะรัฐศาสตร์ วันนี้เราก็เอาเฉพาะนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เพราะมีผลกระทบ และผมก็บอกว่าในบางคดีผมเห็นศาลคำนึงถึง ผมไม่รู้หรือกว่าตอนที่ท่านประชุมท่านคำนึงหรือไม่คำนึงแต่คำวินิจฉัยนั้นท่านเขียนไว้เลยว่าท่านคำนึงถึงเห็นสักประโยคสองประโยคก็ชื่นใจ ดังคำวินิจฉัยที่ 37/2546 หญิงต่างด้าวแต่งงานกับคนไทยมีสิทธิที่จะขอสัญชาติไทยตามสามี วันหนึ่งสามีร้องว่า ข้าราชการไทยเพราะไม่ยอมให้คนต่างด้าวแต่งงานกับหญิงไทยถือสัญชาติไทยตามภรรยา ถือว่าเลือกปฏิบัติขัดมาตรา 30 ศาลจะตัดสินอย่างไรไม่สำคัญ แต่ชื่นใจเหลือเกินเมื่อเจอประโยคนี้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศแล้วมีความเห็นว่า นี่คือคำวินิจฉัยกลาง ชื่นใจที่ได้คำนึงถึง ส่วนคำนึงถึงอย่างไรไม่สำคัญ 7 ปีแะก่อน คำวินิจฉัยที่ 40-41/2546 คดี ป.ป.ง. โดย ป.ป.ง. เขาฟ้องว่า ยึดทรัพย์กันแล้วย้อนหลังได้ ถามว่าข้าราชการไทยใหม่ ศาลก็บอกว่านี่คดีแพ่ง ย้อนได้ แต่กว่าจะมาสรุปให้คนหายใจเชือกแล้วเชือกอีกว่าย้อนหลังได้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ดีเหลือเกิน ในคำวินิจฉัยกลางว่าเรื่องนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและทรัพย์สินของคนส่วนใหญ่ของประเทศ ซึ่งเมื่อคำนึงถึงสิ่งดังกล่าวแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าไฟเราะเหลือเกินครับอันนี้ นี่คือการคำนึงถึง เราอยากให้คำนึงนี้แหละและคำนึงแล้วถูกผิดไม่ว่ากัน ที่กลัวมากคือว่าไม่ได้คำนึง และก็ดีความถ้อยคำเหมือนวินิจฉัย วิ.แพ่ง วิ.อาญา นี่ละครับ อย่งไรก็ตาม 7 ปีมันยังน้อยไปนิดหนึ่งพูดตรงๆ ผมเจอแค่สองคดีเท่านั้นแหละ ก็เพราะว่าไม่มีโอกาสเพราะว่าถ้าไม่มีเรื่องมีราวท่านก็อย่าไปเที่ยวคำนึงนะครับ แต่หวังว่าต่อไปจะมีคำว่าคำนึงอีกเยอะกว่านี้ แต่นี่พูดถึงคำวินิจฉัยกลาง ถ้าไปดูคำวินิจฉัยส่วนบุคคลแล้วละก็แน่นอนดูเดือดเดือดพถ่านแน่ คำนึงถึงเป็น

คั่งเป็นแควอันนี้เป็นธรรมดาที่ไม่รู้จะว่าอย่างไร บางทีคำนึงมากกว่าควร คำนึงคือไม่ควรคำนึงท่านก็จะคำนึง ไม่รู้จะว่าอย่างไรก็ไม่ว่ากัน เพราะเป็น คำวินิจฉัยส่วนบุคคล ผลกระทบของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่ ผมรวบรวม 7 ปี ที่น่าสนใจมีดังนี้ครับ

ประเภทที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญได้ช่วยประเทศชาติโดยไม่ต้องไป แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถึงหลายครั้งในขณะที่เตรียมการจะแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ออกมาแก้ปัญหาก็พอศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยเสร็จก็ไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือคำวินิจฉัยศาล รัฐธรรมนูญที่ 5/2543 เรื่องเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ถ้าวันนั้นไม่มีการส่งเรื่อง มาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ก็ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะกระแส สังคมไปแล้วว่าตำแหน่งอะไรเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐได้แก่ กรรมการสภา มหาวิทยาลัยก็ใช่ กรรมการรัฐวิสาหกิจก็ใช่ กรรมการที่รัฐให้ไปทำก็ใช่ สิ่ง ที่วันนั้นสะพรึงกลัวเพราะว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าผู้ที่เป็นสมาชิ กวุฒิสภาต้องไม่เป็นข้าราชการ ลูกจ้าง หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ข้าราชการ ลูกจ้าง เราเข้าใจ แต่เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐถ้าดูเผินๆ ก็เข้าใจแต่พอลึกซึ้ง แล้วเข้าใจยาก เราดูมาตราที่บัญญัติว่า ผู้สมัครเป็นสมาชิ กวุฒิสภาต้องไม่เป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ แต่มีอยู่มาตราหนึ่งบัญญัติว่า องคมนตรีจะต้อง ไม่เป็นข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ องคมนตรีที่ท่านเป็นอย่างน้อยเป็นคณะกรรมการกฤษฎีกา กรรมการ กฤษฎีกาเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐหรือไม่ องคมนตรีอีกประมาณสี่ท่าน เป็นกรรมการและนายกสภามหาวิทยาลัยต่างๆ ท่านเหล่านี้เป็นเจ้าหน้าที่ อื่นของรัฐหรือไม่ ถ้ามาตรฐานในเวลาที่เรารับสมัครสมาชิ กวุฒิสภาว่า ตำแหน่งเหล่านี้เป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ องคมนตรีจะดำรงตำแหน่งไม่ได้ และวันนั้นช่วงนั้นผมต้องประชุมหารือกับคณะองคมนตรีอย่างหนัก และ คณะองคมนตรีท่านก็นึกว่าท่านพ้นไปแล้วในวันนั้น จนกระทั่งคิดที่จะ เตรียมแก้เกมส์ว่า องคมนตรีนั้นทรงแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัย เพราะ

ฉะนั้นถึงตำแหน่งที่ท่านเป็นนั่นจะเป็นเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ท่านก็ไม่พ้นไป ถ้าไม่มีพระราชอภัยยศให้พ้น คิดเตรียมจะแก้เกมส้อย่างนั้น สุดท้ายบอกว่าอย่าเลยไปไม่รอดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดีกว่า แต่แล้ว คณะกรรมการเลือกตั้งก็ส่งเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่าตำแหน่งนั้นไม่เป็น ตำแหน่งนี้ไม่เป็น ตำแหน่งโน้นไม่เป็น ถ้าจะเป็นจะต้องเข้าเกณฑ์อย่างที่ผมกราบเรียน คือ 1. ต้องเป็นการเลือกตั้ง แต่งตั้งตามกฎหมาย 2. ต้องได้เงินเดือน 3. ต้องทำงานประจำ 4. ต้องทำงานคนเดียวได้แต่ถ้าทำงานหลายคนไม่ได้ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาทำงานคนเดียวก็ไม่ได้ กรรมการสภามหาวิทยาลัยทำงานคนเดียวไม่ได้ สรุปก็คือไม่ใช่เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐเหลืออยู่ตำแหน่งเดียวคือผู้พิพากษาสมทบ นี่ก็คือกรณีที่หนึ่ง กรณีที่ 2 คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ก็เตรียมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วคือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า หน้าที่ไปเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ใช่กับพระมหากษัตริย์ และสมเด็จพระบรมวงศ์ ช่วงนั้นผมเป็นเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ต้องเปิดประชุมกับสำนักราชเลขาธิการและคณะองคมนตรีเกือบทุกวัน เพราะว่ามีคำถามในวันนั้น ซึ่งเป็นครั้งแรกที่เราจะใช้กฎหมายนี้ที่บัญญัติว่าทุกคนมีหน้าที่ไปเลือกตั้ง ถ้าเราไม่ไปเลือกตั้งจะต้องถูกยกเลิกเพิกถอนสิทธิอะไรต่างๆ เพิกถอนสิทธิอะไรไม่กลัวหรอกเพราะสามารถที่จะมาแก้ตัวที่หลังได้ แต่ว่าหน้าที่นี้ไปถึงพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ สมเด็จพระบรมโอรสาธิราชสยามกุฎราชกุมาร และสมเด็จพระบรมวงศ์ทั้งหลายเพียงใด ถ้าอ่านโดยไม่ต้องคิดอะไรต้องบอกว่าขยายไปถึงหมด และควรไหม ถ้าบอกว่าไม่ควร เพราะท่านก็ไม่เคยไปเลือกตั้ง และจะทำอย่างไร มีคนเสนอความเห็นว่าเป็นไร ถ้าท่านไม่ไปก็รอให้ผ่านไป แล้วค่อยมีจดหมายไปอธิบาย เตรียมร่างจดหมายแล้ว แต่คิดว่ำนั่นไม่ใช่วิธีแก้ปัญหาเพราะจะต้องแก้ปัญหาย่างนั้นตลอด สุดท้ายก็มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ออกมาว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 68

เรื่อง หน้าที่ไปเลือกตั้งไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ และสมเด็จพระบรมวงศ์
ทั้งหลาย จบไปเพราะหนึ่ง วันนั้นผมก็ฉีกร่างรัฐธรรมนูญทิ้ง กรณีที่ 3 นี้ก็
จะแท้จริง ๆ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542 วันนั้นถึงทางตัน
เรื่องการเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าตุลาการ
ศาลปกครองสูงสุด จะมีได้จะต้องได้รับการเสนอชื่อจากคณะกรรมการ
ตุลาการศาลปกครอง หรือ ก.ศป. ประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุด
เป็นประธาน มีตัวแทนตุลาการศาลปกครองสูงสุด และมีตัวแทนตุลาการ
ศาลปกครองชั้นต้น แล้วกรรมการนี้จะเป็นคนเสนอชื่อมา แล้วให้วุฒิสภา
เลือกเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด วันนี้ถ้าจะทำแบบนี้ไม่ยาก เพราะ
วันนี้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเขามีแล้ว แต่ถามว่าครั้งแรก
ยกที่หนึ่ง ใ้กับไขอะไรเกิดก่อน คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง
ประกอบด้วยตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดยมีประธานศาลปกครองสูงสุด
เป็นประธาน และทำหน้าที่ที่จะเสนอชื่อไปให้วุฒิสภาเลือก แปลว่าต้องมา
จากคณะกรรมการนี้ และคณะกรรมการนี้จะเกิดขึ้นได้อย่างไรในเมื่อยัง
ไม่มีตุลาการศาลปกครองสูงสุดสักคน สุดท้ายเขาก็ตั้งคณะกรรมการชุด
หนึ่งขึ้นมาสรรหาเสร็จแล้วส่งไปวุฒิสภา วุฒิสภาก็วุ่นกันทั้งสภานั้น
ฝ่ายหนึ่งก็บอกว่า เลือก ๆ ไปเถอะ อีกฝ่ายก็บอกว่าเลือกได้อย่างไรเดี๋ยวกี้
มีปัญหา คือเขาบอกว่าชื่อต้องมาจาก ก.ศป. แต่ปรากฏว่าไม่ได้มาจาก ก.ศป.
แต่มาจากคณะกรรมการอะไรก็ไม่รู้ และทำไมไม่มาจาก ก.ศป. ก็เพราะว่า
ก.ศป. ยังไม่มี ก็ทำไมไม่ทำให้มี มีไม่ได้เพราะต้องมีตุลาการศาลปกครอง
สูงสุดก่อนแล้วถึงจะมี ก.ศป. สุดท้ายท่านประธานวุฒิสภาในวันนั้นก็บอก
ว่าส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ก่อนที่จะมาถึงขั้นส่งศาลรัฐธรรมนูญ
ตอนแรกรัฐบาลไม่คิดอะไรเลย ทำเรื่องกราบบังคมทูลให้ทรงตั้งเพราะยังง
เขาก็เลือกกันได้อยู่ดี ระหว่างนั้นก็มีคนถวายฎีกาคัดค้าน เพราะวันนั้นมี
คนพูดมาแล้วว่าที่ถวายรายชื่อตุลาการศาลปกครองสูงสุดไปให้ทรงตั้ง
ถ้าวันหนึ่งมีคนบอกว่ากระบวนการได้มาไม่ถูกต้อง ไม่ชอบเพราะไม่ได้

มาจาก ก.ศป. แล้วทรงตั้งไปแล้วก็จะเป็นการล่วงพระราชอำนาจหรือไม่ ผมได้ยินมานานแล้วเรื่องนี้ แล้วในที่สุดในช่วงที่เรื่องค้างอยู่ในชั้น สำนักราชเลขาธิการ ที่จริงก็ค้างอยู่หลายเดือนเหมือนกัน แต่ไม่มีใครสนใจ ประธานวุฒิสภาท่านทนไม่ได้ ท่านก็เลยส่งเรื่องไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันรัฐบาลเตรียมแก้รัฐธรรมนูญแล้ว แก้มาตราที่ว่าให้มี บทเฉพาะกาลว่า อั้งในวาระเริ่มแรกให้ใครเป็นคนทำหน้าที่แทน หหมดเรื่องไป ไม่นั่นยุ่งเหมือนกัน ซึ่งโชคดีเมื่อไปถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า การให้ ก.ศป. เป็นคนทำนั้น ใช้ได้เมื่อมี ก.ศป. แล้ว ครั้งแรก ก.ศป.ไม่มี คณะกรรมการอะไรก็ช่วยทำไปเถอะ ก็เลยหหมดเรื่องไป จึงเรียนว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญช่วย Save ไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญได้

ประเภทที่ 2 คำวินิจฉัยในรอบ 7 ปีที่ผ่านมาเป็นโอกาสทองที่ศาล จะ Extent คือขยายอะไรได้และวางหลักได้ ท่านพลาดโอกาสนั้น กล่าวคือ น่าสงสัยจริงๆ ว่า แคบไปหรือกว้างไป เรื่องที่เห็นได้ชัดและวันนี้รู้สึกว่าจะ เป็นบรรทัดฐานไปแล้ว โดยเป็นคำวินิจฉัยครั้งแรก ผมคิดว่ารอไว้โอกาส หน้าคงแก้ พอมีครั้งที่ 2 ที่ 3 ศาลกลับมาใช้คำวินิจฉัยเดียวกันหมดเลย คือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542 ซึ่งต้องถือเป็นคำวินิจฉัยที่สำคัญ มากของประเทศไทย และนำมาถูกยืนยันซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ในคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 14-15/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16-19/2543 กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ที่บัญญัติว่าในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติ แห่งกฎหมายใดบังคับแก่คดี ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นมีกรณีที่ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลหยุดการพิจารณาและให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาซึ่งเป็นช่องทางที่สำคัญที่สุดที่เรื่องจะมาถึงศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยเหล่านี้ คือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542, 14-15/2543, 16-19/2543 เดินหลักเดียวกันหมด หลักทั้งหมดอยู่ในคำวินิจฉัยที่ 4/2542 ว่า คำว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

ที่บัญญัติว่าถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้รอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวแล้วส่งความเห็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ คำว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายความว่ากฎหมายที่ออกมาจากองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ผมเสียดายโอกาสของตรงนี้เหลือเกิน คือมองเผินๆ ก็ใช้ได้ คดีทั้งหมดดังกล่าวเกิดขึ้นจากการส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า คำสั่งนายกรัฐมนตรีซึ่งเขาเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ อีกคดีหนึ่งเป็นคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัด โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำว่าการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดนั้น คำว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายความว่ากฎหมายที่ออกมาจากองค์กรซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการบางท่าน ลึกลงไปถึงต้องเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์เป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น ผมถามว่าถ้าวันหนึ่งฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดตามประกาศของคณะปฏิวัติและศาลเห็นว่าประกาศคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญ ศาลทำอย่างไร หรือในวันหนึ่งมีการฟ้องว่าจำเลยทำผิดตามพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งซึ่งตราตั้งแต่ปี พ.ศ. 2465 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง แล้วศาลก็เห็นว่าพระราชบัญญัติที่ตราก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองขัดรัฐธรรมนูญนี้ ศาลจะทำอย่างไร หรือในกรณีสมมุติว่ามีการออกพระราชกำหนด เมื่ออยู่ไปนานมีการฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดตามพระราชกำหนด แล้วศาลพิจารณาว่าจำเลยทำผิดหรือไม่ แต่พระราชกำหนดนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลจะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ได้หรือไม่ ในเมื่อพระราชกำหนดนั้นออกโดยฝ่ายบริหาร หรือเราจะถือว่าในเวลาที่ยุบออกพระราชกำหนดก็ดี ในเวลาที่คณะปฏิวัติออกประกาศของคณะปฏิวัติก็ดี ในเวลาที่พระมหากษัตริย์ออกกฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชก็ดี เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งทั้งหมดนี้หมิ่นเหม่ทั้งนั้นเลย ความจริงมีวิธีการเขียนคำที่กระชับ และรัดกุมกว่านี้ แล้วที่ผมสงสัยต่อไปก็คือว่า ศาลอ้างรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ว่าในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด แล้วถามว่ารัฐธรรมนูญ

มาตรา 6 ไปอยู่เสียที่ไหน เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 บัญญัติ ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ดี คำสั่งก็ดี ข้อบังคับก็ดี จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด มาตรา 6 ขยายไปถึงคำสั่ง บทบัญญัติข้อบังคับอื่นด้วย คำสั่งนายกรัฐมนตรีไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายแน่ ถ้าข้อทดสอบคือต้องตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ถามว่าคำสั่งนายกรัฐมนตรีเป็นกรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 หรือไม่ บังเอิญในคดีนี้ผลของคดีชัดเจน ไม่มีปัญหาเลย ที่ศาลบอกว่าเรื่องนั้นไม่มีปัญหาแต่หลักที่วางไว้ ทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาทันที

ประเภทสุดท้าย ผลกระทบชนิดหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยซึ่งผมชื่นชมมาก ผมไม่สนใจว่าถูกหรือผิด แต่ผมเห็นว่าท่านกล้ามากที่จะฟันลงไปเลย และสังคมต้องการตรงนี้ ซึ่งทุกคนยินดีครับ เพราะถ้าวันนั้นศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยออกมาว่าอันนั้นไม่ได้ อันนั้นไม่ถูก ก็ไม่มีใครไปแก้วันนี้ได้แก้ไขกันหมดแล้ว ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 พรบ. ชื่อบุคคล ที่บัญญัติว่าหญิงมีสามีให้ใช้นามสกุลสามี ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ วันนี้ได้แก้ไขกฎหมาย แก้ไปแก้มาเลยเป็นว่านอกจากหญิงมีสามีจะใช้ชื่อสกุลเดิมก็ได้ ใช้ชื่อสกุลสามีก็ได้แล้ว ชายแต่งงานกับหญิงจะใช้นามสกุลหญิงก็ได้แล้ววันนี้ ซึ่งก็มีการอภิปรายกันในรัฐสภาเหมือนกันว่าถ้าต่อไปผู้ชายคนหนึ่ง มาจากชัวเถาและมาแต่งงานกับหม่อมราชวงศ์หญิงคนหนึ่ง เขาจะขอใช้ราชสกุลของภรรยาได้ไหม บัดนี้ตามพรบ. ชื่อบุคคลที่ออกใหม่เขาขอใช้ได้ เราก็จะเห็นคนธรรมดาไปใช้ราชสกุลแล้วที่นี่ ซึ่งเขาก็บอกในแง่ของคำอธิบายได้ว่า ในเมื่อหญิงไปแต่งงานกับราชสกุลก็ใช้ราชสกุลตามสามี แล้วทำไมชายแต่งงานกับภรรยาใช้ราชสกุลตามภรรยาไม่ได้ วันนี้เลยแก้ไขไปแล้ว ทั้งหมดเกิดจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า หญิงมีสามีไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อสกุลสามีจะใช้ชื่อสกุลตัวก็ได้ซึ่งก็ไม่ได้ผิดหลักนี้ สิ่งนี้ถูกต้องดีมาก ต่อไปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 สิ่งนี้ก็ดีเหลือเกินเรื่องศาลทหารทำกันมาตั้งแต่

ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ว่าศาลทหารเล็ก ศาลทหารน้อยเมื่อพิจารณาตัดสินคดีเสร็จต้องส่งไปให้ศาลทหารที่กรุงเทพฯ เขียนคำพิพากษาวันนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ถูกต้องแล้ว เพราะศาลที่จะเขียนคำพิพากษาดูต้องนั่งฟัง เมื่อคุณไม่เคยฟังพยานมา คุณจะมาเขียนคำพิพากษาได้อย่างไร บัดนี้ได้แก้ไขกฎหมายหมดแล้ว และที่สำคัญที่จะเป็นบรรทัดฐานแก้ไขกันใหญ่โตก็คือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2546 ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายเลือกตั้งเทศบาลที่บัญญัติว่า ผู้มีสัญชาติไทยมีสิทธิไปเลือกตั้งแต่ถ้ามีสัญชาติไทยแต่บิดาเป็นคนต่างด้าว จะต้องทำอะไรเป็นพิเศษสักอย่างสองอย่างก่อนถึงจะไปเลือกตั้งได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติ ทำไม นาย ก ซึ่งมีสัญชาติไทยแต่พ่อไทยแม่ไทย เวลาไปเลือกตั้งไม่ต้องมีคุณสมบัติอื่นนอกจากความเป็นไทย แต่ทำไมนาย ก ซึ่งเป็นคนไทยแต่พ่อจีนจะไปเลือกตั้งต้องมีอย่างอื่นมากกว่าอีกคนหนึ่ง นี่เลือกปฏิบัติ ซึ่งผมก็เห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติจริงๆ วันนี้ต้องแก้ไขกฎหมาย และไม่ใช่แก้ไขเฉพาะกฎหมายเทศบาลที่มาถึงศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายแบบนี้มีเป็นสิบฉบับ แก้ให้หมดเลย บรรทัดฐานที่สำคัญที่เป็นบรรทัดฐานที่สำคัญซึ่งน่าสนใจมาก คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2544 คือ พระราชบัญญัติการบริหารสินทรัพย์ไทย (TAMC) เขาไปเขียนในกฎหมายนั้นบอกว่าคำสั่งของกรรมการเช่นการให้ประνομหนีไม่ให้นำไปฟ้องที่ศาลปกครองคือไม่อยู่ในบังคับของศาลปกครอง จึงมีการส่งเรื่องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ผมต้องบอกว่ายอดเยี่ยมเหตุผลที่ท่านให้ชัดมากชัดจริงๆ และก็สละสลวยมากท่านวินิจฉัยว่า ศาลปกครองไม่ได้เกิดขึ้นมาแล้วมีอำนาจทั้งหมดแต่จะมีอำนาจอะไรเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็ในพรบ.ศาลปกครองเองยังบอกว่าคดีโน้น คดีนี้ คดีนั้นไม่อยู่ในบังคับศาลปกครอง และรัฐธรรมนูญก็บัญญัติว่าให้มีศาลปกครอง ศาลปกครองจะตัดสินคดีอะไรได้ไม่ได้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด กฎหมาย บสท.

บัญญัติว่าคดีแบบนี้ไม่ให้ไปศาลปกครอง เพราะว่าศาลปกครองไม่ได้มีอำนาจในตัวเอง มีเท่าที่กฎหมายให้ ถ้ากฎหมาย บสท. คือกฎหมายที่บอกว่าอันนี้ไม่ให้ไปศาลปกครองก็ไม่ต้องไปเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าไปอื่นไม่ได้ ก็ต้องไปที่อื่น หลักนี้ที่ทฤษฎีกานำมาเขียนพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินมีมาตราหนึ่งบอกว่า บรรดาคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่ออกตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง เหมือนกับว่าต่อไปนี้คำสั่งอะไรไม่ต้องมีคนมา Review ลอกออกมาทุกคำเหมือนกฎหมาย บสท. ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินไว้ให้แล้ว ฉะนั้นวันนี้ในสิ่งที่รัฐบาลอธิบายจะถูกจะผิดก็อธิบายแบบนี้ ว่าศาลปกครองไม่ได้มีอำนาจในตัวเอง มีเท่าที่กฎหมายให้มี ถ้าบอกว่า มี ก, ข, ค, ง ก็มี ก, ข, ค, ง วันนี้บอกว่า จ ไม่มี ฉ ไม่มี ก็ต้องไม่มี ซึ่งหลักนี้ จ คือ บสท. ฉ คือพระราชกำหนดฯ ฉุกเฉิน นี่คือบรรทัดฐานที่สำคัญที่วางไว้ให้อีกเรื่องหนึ่งคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2541 สิ่งนี้ที่ผมปรารถนาเมื่อวางบรรทัดฐาน แต่ถ้าตอนนั้นท่านขยายสัณนิษฐาน ท่านขยายได้ แต่ผมไม่ได้หมายความว่าท่านต้องขยาย แต่ถ้าจะขยายโอกาสทอง ความจริงผมเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนี้ แต่ผมกำลังพูดในแง่ของเทคนิค คำวินิจฉัยนี้คือคำวินิจฉัยที่ผมเล่าเมื่อสักครู่ว่า มีคนฟ้องว่ากฎหมายที่ตัดสิทธิไม่ให้เข้าพื้นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลบอกว่าตามรัฐธรรมนูญมาตรา 62 บุคคลย่อมมีสิทธิฟ้องหน่วยงานของรัฐแต่ไม่ได้บอกว่าบุคคลมีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งถ้าวันนั้นศาลขยายคำว่าหน่วยงานของรัฐรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยวันนี้ก็ครอบคลุมไปแล้ว แต่ผมไม่ได้พูดว่าต้องขยาย แต่ผมบอกว่านี่โอกาสทองมาและวันหนึ่งในอนาคตจะต้องมีอย่างนี้อีก ผมเคยอ่านหนังสือของท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัติ ท่านเขียนเอาไว้ และท่านชมศาลแขวงขอนแก่นเมื่อหลายสิบปีมาแล้ว คดีนั้นเป็นเรื่องกฎหมายอันธพาล โดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ออกประกาศคณะปฏิวัติ ใครเป็นอันธพาล

ให้เอาไปควบคุมตัวไว้ เขาเรียกว่า ฝึกอบรมบ่มนิสัยยาวนานจนกระทั่งเห็นว่าพอใช้ได้แล้วถึงค่อยปล่อยตัวกลับบ้านได้ วันหนึ่งมีคนหนีออกจากที่ฝึกอบรม เขาก็จับว่ากระทำผิดตามประกาศคณะปฏิวัติ คดีขึ้นศาลแขวงขอนแก่น ศาลแขวงขอนแก่นก็บอกว่าประกาศคณะปฏิวัติชั่วคราวระงับ เพราะเป็นการเอาตัวคนมาคุมไว้โดยไม่ได้ขึ้นศาล อยู่ดี ๆ เจ้าหน้าที่บอกว่า คนนี้อันธพาล นั่งตามราวสะพานเอามาเข้าโรงเรียนวิวัฒน์พลเมือง สมมุติว่า 30 วัน 60 วัน แก่นิสัยอันธพาล ถ้าหายแล้วก็ปล่อย ศาลแขวงขอนแก่นบอกว่าการที่เอาไปคุมไว้เหมือนกับเอาไปรับโทษจำคุกหรือกักขังซึ่งต้องใช้ศาล เมื่อศาลยังไม่ได้สั่ง คุณไปทำกันเองโดยฝ่ายบริหารลงโทษ ศาลแขวงขอนแก่นบอกว่าชั่วคราวระงับ คดีนี้ไปที่ตุลาการรัฐธรรมนูญในครั้งนั้น และตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ว่า ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า การจะลงโทษคนจะต้องได้รับคำวินิจฉัยศาล โทษ แปลว่า ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญานั้น การควบคุมตัวอย่างนี้ ไม่ใช่ประหารชีวิต ไม่ใช่จำคุก ไม่ใช่กักขัง ไม่ใช่ปรับ ไม่ใช่ริบทรัพย์สิน จึงไม่ใช่โทษ จึงทำได้โดยไม่ต้องให้ศาลสั่ง ท่านอาจารย์จิติ ท่านเขียนไว้ว่าศาลแขวงขอนแก่นนั้นถูก ถ้าตุลาการรัฐธรรมนูญอ่านรัฐธรรมนูญแล้ว แปลตามประมวลกฎหมายอาญา จะมีการหลีกเลี่ยงอะไรอีกเยอะเลย เช่น จำคุกก็ไปเรียกเสียอย่างอื่น แทนที่จะประหารชีวิตก็เรียกเสียอย่างอื่นเลย กลายเป็นไม่ใช่ประหารชีวิตไปเลย ในขณะที่ในบางครั้งการเอาตัวคนไปคุมทรมานและลำบากยิ่งกว่าการจำคุกเพราะจำคุกนั้นเมื่อถึงวันเฉลิมฯ ก็ลดอภัยโทษ แต่การควบคุมอยู่ในสถานที่อย่างว่านั้นไม่มีวันอภัยโทษ และในตัวอย่างประเทศสเปนก็เคยมีการนำคนไปคุมไว้นานเพราะถือว่าคนที่วิจารณ์รัฐบาลเป็นนักโทษ ตอนหลังก็มีการบอกว่าคนที่วิจารณ์รัฐบาลเป็นโรคจิต จึงเอาไว้ในโรงพยาบาลจนหมอยืนยันว่าหาย บางคนเลยอยู่ไปสามสิบปีหมอบอกว่ายังไม่หาย วันเกิดเลนิน สตาลิน ก็ไม่ได้รับอานิสงค์ลดโทษเพราะถือว่าไม่ได้รับโทษ นี่คือความหมายของคำว่า Extent ถ้ามี

โอกาสซึ่งเจ็ดปีท่านไม่ค่อยมีโอกาสเท่าไร รวมความในรอบเจ็ดปีที่ผ่านมา ถ้าถามผม ผมพอใจนะครับ คำวินิจฉัยของศาลปีละประมาณ 50 เรื่อง หรือ 60 เรื่อง ระยะเวลาท่านยุ่งมากเหลือเกินกับเรื่องการยุบพรรคเพราะว่า คดีแบบนี้มามาก เสียเวลามาก ส่วนสองสามปีหลังคดีอย่างนี้ ไม่ค่อยมีแล้ว แต่ก็ยังเห็นอยู่ว่าคำวินิจฉัยออกมาช้า ผมทำสถิติไว้ว่าเริ่มฟ้องวันนี้ เมื่อไหร่ ตัดสินที่ฟ้องวันนี้ เมื่อไหร่ตัดสินก็ยังไม่เท่ากับฟ้องวันนี้ตัดสินวันนี้แล้ว เมื่อไหร่ผมจะเห็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อไหร่ราชกิจจานุเบกษาจะมีให้ดู ตอนนี้ดีขึ้นแล้ว ได้ความสมัยหนึ่งว่าเขาต้องรอคำวินิจฉัยส่วนตนให้หมดก่อนถึงจะนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเล่มเดียวกัน แล้วเมื่อไหร่ จะเสร็จเพราะบางคนยังแต่งวิทยานิพนธ์ยังไม่เสร็จ ฉะนั้นก็เป็นปัญหาอยู่เหมือนกัน ถ้าผมอยากเห็นในเวลาศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนี้ ท่านใช้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับคือใช้ทั้งฉบับเพราะว่าบางทีประเด็นคือมาตรานี้ แล้วท่านใช้มาตรานี้ ก็ได้คำตอบอย่างนี้ ผมพูดจากประสบการณ์ของผม ถ้าคดีนี้ท่านอย่าสละวาทกับมาตรานี้ ท่านไปอีกมาตราหนึ่งแล้วเอามาใช้ ประโยชน์น่าจะทำอะไรได้มากกว่านี้ ผมเห็นคำวินิจฉัยส่วนตนของบางท่าน ท่านได้ทำแต่คงเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อยหรืออาจจะไม่เป็นสาระที่จะต้องเอามาใส่ในคำวินิจฉัยกลาง บางคดีคำวินิจฉัยกลางท่านตั้งประเด็นอย่างนี้ ต่อประเด็นนี้ แล้วท่านก็จบเลยมีปัญหานั้นเดี๋ยวนี้ การมีคำวินิจฉัย ส่วนตนจึงมีประโยชน์ตรงนี้ เห็นตรงนี้ เห็นลีลาแล้วก็มีทางออก ผมตั้งข้อสังเกตผมนั่งอ่านคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 เรื่องคดีผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ท่านเชื่อไหมว่าคำวินิจฉัยกลางนี้ ในขณะที่ คำวินิจฉัยกลางบอกว่าด้วยเหตุที่เป็นอย่างนั้นอย่างนี้ เพราะฉะนั้น การสรรหาแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย หากคำหนึ่งว่าเพราะฉะนั้นกระบวนการสรรหาจึงไม่ชอบด้วย กฎหมายไม่มีอยู่ในคำวินิจฉัยกลางเลย แต่มีอยู่ในคำวินิจฉัยส่วนตนของ

ตุลาการบางท่าน แต่จะเห็นลีลาที่ต่างกันอาจจะไม่ต่างกันในความหมาย มีอยู่ท่านเดียวของท่านมานิต ที่ลงไปถึงขนาดที่ว่า จึงถือว่าคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา ได้รับเลือกเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแล้วหาได้ไม่ คนอื่น ไม่ได้พูด ท่านพูดอยู่คนเดียว ในขณะที่บางท่านบอกว่าเพราะฉะนั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือไม่ชอบแล้ว ต่อไปผลจะชอบไหม คำวินิจฉัยกลาง บอกว่าเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เพราะอำนาจหน้าที่ ไม่ชอบ ตามต่อไปว่าเพราะอำนาจหน้าที่ไม่ชอบแล้วต่อไปผลจะชอบไหม ตามหลัก Fruit of Poisonous Tree เอามาใช้ได้ไหม ในขณะที่ คำวินิจฉัยส่วนตนบอกว่ากระบวนการไม่ชอบ คำวินิจฉัยส่วนตนบางท่าน บอกว่าไม่ชอบทั้งหมด คำวินิจฉัยส่วนตนบางท่านบอกจึงถือว่าไม่เคยได้รับ แต่งตั้งโดยชอบ สุดท้ายครับ ผมคิดว่าการที่ประเทศไทยมีศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่ทำให้มีสีสันขึ้นอย่างมากในระบบกฎหมายของประเทศที่สว่างาม เพราะอย่างน้อยที่สุดได้เห็นความคิดที่หลากหลายแล้วก็ช่วยกันสร้างระบบ รัฐธรรมนูญขึ้น เราพูดกันมานานว่าประเทศไทยจะมีศาลปกครองได้อย่างไร เมื่อเรายังไม่มีกฎหมายปกครองเลย คำตอบที่ท่านเคยได้ยินก็ให้สร้าง ศาลปกครองแล้วหยุดไปสักพักก็ค่อยมาจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร วันนี้เรามีรัฐธรรมนูญแต่ยังไม่สมบูรณ์เรามีศาลรัฐธรรมนูญที่ช่วย Save คือ ช่วยต่อเติมเสริมแต่ง ก่อสร้าง ปรับปรุงให้เป็นหลักขึ้น อีกสิบปี ยี่สิบปี ผ่านไปเอาคำวินิจฉัยมาดูแล้วเรียงกันใหม่จะกลายเป็นหลักกฎหมายที่ รัฐธรรมนูญพลาดไปหลายมาตราซึ่งควรจะใส่ในมาตรานั้นเป็นทวี ตรี จัตุวา ได้อีกเยอะ แล้วจะทำให้รัฐธรรมนูญสมบูรณ์ขึ้นทันที นี่คือนิสงฆ์หรือ ผลดีของการที่มีระบบศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศ เมื่อก่อนผมเคยนึกว่า ระบบนี้จะไปไม่รอดเพราะเราเคยใช้ระบบมาหลายระบบในประเทศไทยตั้งแต่ ยอมให้ศาลเป็นคนตัดสิน ตั้งแต่มีตุลาการรัฐธรรมนูญจนถึงไม่มีใครตัดสินเลย วันนี้เกิดระบบศาลรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่เหมือนตุลาการรัฐธรรมนูญ

ไม่เหมือนศาลยุติธรรม เจ็ดปีพิสูจน์แล้วครับว่าคัมเพราะเราได้คนมาจากต่างวงการ ต่างความคิด มาช่วยทำงานร่วมกันซึ่งตรงนี้ถือเป็นประโยชน์อันมหาศาลในทางการศึกษาทางวิชาการ ผมเองอาจมีหน้าที่ในการติดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเวลาที่ยุติบาลต้องตกเป็นจำเลยพลาดพลังขึ้นมาหน่วยงานไหนก็ตามที่ต้องเขียนคำให้การ โดยมากต้องมาปรึกษาหารือกันว่าจะทำอย่างไร ผมอาจจะไม่ได้เป็นคนทำแต่มีความรับผิดชอบอยู่ในส่วนนี้ แล้วทุกครั้งที่เราพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ที่เราจะพูดคุยกันหมดว่าจะแพ้หรือชนะไม่สำคัญแต่ประโยชน์จะเกิดขึ้นตรงไหนยังไงจะอุดช่องว่างวันนี้เราแพ้วันหลังจะได้ทำให้ถูกเพราะเกิดอย่างนี้ขึ้นมาอย่างนี้แล้วทุกคนทุกวงการก็เห็นพ้องต้องกันอันนี้ก็คือประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการมีระบบศาลรัฐธรรมนูญ ผมก็คงจะขอยุติเพียงเท่านี้ ถ้าผมผิดพลาดไปก็ขอความกรุณาให้อภัย ผมถือว่าเป็นการแลกเปลี่ยนความคิด ความเห็น ความรู้กัน และในฐานะที่ผมอาจจะมีตำแหน่งหน้าที่ ขอกราบเรียนยืนยันว่าทั้งหมดเป็นความเห็นส่วนตัวผม ใครก็ตามในรัฐบาลไม่มารับรู้ในสิ่งที่ผมพูดและไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับผม ขอขอบพระคุณครับ

เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ :

กราบเรียนท่านศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี ในนามของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ใคร่ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ที่กรุณาเสียสละเวลาอันมีค่ามาให้ความรู้เล่าถึงประสบการณ์ประกอบหัวข้อบรรยายในเรื่องวิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตามโครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ในวันนี้ สิ่งที่บรรดาท่านผู้มีเกียรติ บรรดาข้าราชการที่ได้รับจากการบรรยาย และประสบการณ์ในวันนี้นับว่าทรงคุณค่ามหาศาลทุกประเด็น ทุกถ้อยคำที่

ท่านบรรยายล้วนมีสาระสำคัญที่ชวนให้ขบคิดตามไปเรื่อยๆ ในฐานะ
ปรมาจารย์ทางกฎหมายนะครับ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความกรุณาจาก
ท่านอาจารย์อีกในโอกาสต่อไป ในโอกาสนี้ขอกราบเรียนเชิญ ท่านประธาน
ได้กรุณามอบของที่ระลึกให้แก่ท่านรองนายกรัฐมนตรีแทนการขอบพระคุณ
ของบรรดาเพื่อนข้าราชการด้วยครับ

* * * *

การบรรยายพิเศษ

เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ

เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ตาม “โครงการเสริมสร้างและพัฒนา
องค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”

วันศุกร์ที่ 26 สิงหาคม 2548

นายปัญญา อุดชาชน :*ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ*

กราบเรียนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และท่านผู้มีเกียรติที่เคารพ นับว่าเป็นโอกาสดีอีกครั้งที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับเกียรติจาก ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่ให้เกียรติมาบรรยายพิเศษในครั้งนี้ ซึ่งประวัติของท่านขอสรุปโดยย่อว่า ท่านจบการศึกษาจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จบเนติบัณฑิตไทย ปริญญาชั้นสูงทางกฎหมายปกครอง มหาวิทยาลัยปารีส 2 ปริญญาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน เกียรตินิยมดี มหาวิทยาลัยปารีส 10 ปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน เกียรตินิยมดีมาก จากมหาวิทยาลัยปารีส 10 และจบ วปอ.รุ่น 4111 สำหรับประสบการณ์ของท่านมีมากมาย เช่น ท่านเป็นกรรมการในมหาวิทยาลัยหลายแห่ง เป็นกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กรรมการกฤษฎีกา ประธานกรรมการตรวจสอบภาคราชการกระทรวงยุติธรรม ประธานกรรมการบริหารศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร และปัจจุบันดำรงตำแหน่งเลขานุการคณะรัฐมนตรีสำหรับรางวัลเกียรติคุณ เช่น ได้รับประกาศนียบัตรเกียรติคุณนักวิจัยดีเด่นแห่งชาติสาขานิติศาสตร์ประจำปี 2543 จากสภาวิจัยแห่งชาติ ได้รับคัดเลือกจากองค์การสหประชาชาติให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ กรรมการบริหารภาครัฐของสาขาเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติประจำปี 2545 จนถึงปัจจุบัน และท่านได้รับพระราชทานกิตติมศักดิ์แต่งตั้งเป็นศาสตราจารย์เกียรติคุณคณะนิติศาสตร์ประจำปีการศึกษา 2545 จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำหรับเครื่องราชอิสริยาภรณ์ของท่าน ที่สำคัญ

โดยเฉพาะจากต่างประเทศคือ จากประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศฝรั่งเศส บัดนี้ผู้เข้าร่วมรับฟังการบรรยายพิเศษพร้อมแล้ว ผมขอกราบเรียนเชิญท่าน ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้เกียรติบรรยายพิเศษในหัวข้อ เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ :

เลขาธิการคณะกรรมการ

กราบเรียนท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท่านอาจารย์มานิตฯ ที่เคารพอย่างยิ่ง ท่านเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อนข้าราชการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญทุกท่าน ผมมีความรู้สึกเป็นเกียรติอย่างสูงที่ได้รับมอบหมายจากผู้จัดการสัมมนา ซึ่งก็ได้จัดสัมมนาไปแล้ว ผมต้องขออภัยที่มาร่วมไม่ได้ในตอนแรก รู้สึกเป็นเกียรติที่ได้มาพูดที่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสถาบันสำคัญสูงสุดของประเทศสถาบันหนึ่ง ท่านผู้จัดขอให้พูดเรื่องผลกระทบตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผมขอเรียนว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ตัดสินคดีรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นจึงมีลักษณะสำคัญ 2 อย่างประกอบกัน ประการแรกคือ มีความเป็นศาล ด้วยเหตุที่ว่าท่านไม่สามารถที่จะหยิบเรื่องขึ้นมาพิจารณาเองได้ จะหยิบเรื่องขึ้นพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีคดีซึ่งเป็นปัญหา ผมขอใช้คำในรัฐธรรมนูญ ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจริงแล้ว และเป็นคดีที่ถูกนำมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ตรงนี้เองที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างจากองค์กรอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมาย ซึ่งสามารถที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายได้ทั้งๆ ที่ปัญหายังไม่เกิดขึ้น ตรงนี้เองเป็นการแยกศาลออกจากองค์กรทางการเมือง เพราะว่าศาลไม่มีดุลพินิจ หรือ Discretion ในการหยิบเรื่องขึ้นพิจารณา แต่ต้องรอให้เกิดเป็นปัญหา เป็นข้อพิพาท เป็นข้อถกเถียง และเป็นคดีมาสู่ศาลเสียก่อน จึงเป็นลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาล ประการที่สอง คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีวิธีพิจารณา

ที่ต้องพึงคู่ความทั้งสองฝ่าย จะพึงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอย่างเดียวนั้นไม่ได้ และที่สำคัญที่สุดคือ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ มีผลบังคับ ลักษณะของคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต่างจากศาลอื่น ตรงที่คำพิพากษาของศาลอื่นมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี ภาษาลาตินเรียก Inter Partes ถ้าไม่ใช่คู่ความ หรือที่เรียกว่า Partes Partie ในคดีแล้วคำพิพากษาไม่ผูกพัน แต่ที่คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าคำวินิจฉัย ตามมาตรา 268 บัญญัติไว้ชัดเจนว่ามีผลเด็ดขาดผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ผลของคำพิพากษาที่ผูกพันนี้ว่า มีผลเป็นการทั่วไป ตรงกับภาษาลาตินที่ว่า Erga Omnes ในทางวิชาการถือว่าคำพิพากษาของศาลโดยทั่วไปจะมีลักษณะผูกพันองค์กรอื่นโดยทั่วไปที่ไม่ใช่คู่กรณี ไม่ได้ในฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติใหญ่ ศาล Parlement ในฝรั่งเศสเคยสามารถทำคำพิพากษาที่เรียกว่า คำพิพากษาที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย คือตัดสินแล้ว คำตัดสินนั้นใช้ได้กับทุกคนทั้งที่อยู่ในคดีหรือนอกคดี แต่นั้นเป็นยุคโบราณ เมื่อครั้งปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ก็เกิดหลักใหม่ขึ้น มีการบัญญัติกฎหมายห้ามศาลตัดสินคดีที่ก่อให้เกิดผลเป็นกฎหมาย คือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กำหนดว่าศาลจะตัดสินคดีที่มีลักษณะเป็น Arrêt de Règlement แปลว่า คำพิพากษาที่มีผลเหมือนกฎข้อบังคับให้ผูกพันองค์กรอื่นไม่ได้ ถ้าทำเข้า จะมีความผิดฐานใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ ผู้พิพากษาที่กระทำการดังกล่าว จะต้องโทษทางอาญา ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่าศาลไม่ใช่องค์กรทางการเมือง แต่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นคำวินิจฉัยตรงกันข้ามคือ มีผลผูกพันทุกฝ่าย โดยเฉพาะฝ่ายรัฐ คือ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอื่นของรัฐ ทั้งหมด จึงมีผู้กล่าวว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายนั่นเอง ตรงนี้คือลักษณะที่เป็นศาล ด้วยเหตุที่มีลักษณะที่เป็นศาลอย่างนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความเป็นอิสระ และปราศจากอคติในการดำเนินการ หลักความปราศจากอคตินั้นเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ทั้งในคัมภีร์ธรรมศาสตร์โบราณและในหลักกฎหมายปัจจุบัน พอพูดถึงความเป็นอิสระก็ขอตั้ง

ข้อสังเกตเล็กน้อยว่า ประเทศไทยเข้าใจความเป็นอิสระไม่ตรงกับที่เขาเข้าใจกันในต่างประเทศ บัดนี้ มีการพูดกันว่าองค์กรอิสระทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นคกอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำของฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะรัฐบาล เพราะว่ากระบวนการสรรหานั้น เป็นกระบวนการสรรหาที่สามารถให้รัฐบาลเข้าไปมีอิทธิพลได้ คำพูดเช่นนี้นั้นมาจากสื่อมวลชน ก็ไม่น่าแปลกใจเพราะสื่อมวลชนไม่ได้มีความรู้รัฐธรรมนูญ ไม่ได้มีความรู้กฎหมาย แต่ที่น่าแปลกก็คือ นักวิชาการที่มีความรู้ก็เอาคำพูดนี้ไปพูดจนกระทั่งถึงต่างประเทศ ก็เกิดข้อสงสัยขึ้นว่า จริงหรือ จนกระทั่งทูตอเมริกันถามผมเมื่อเดือนที่แล้ว ผมก็ถามทูตอเมริกันตอบกลับไปว่า แล้วผู้พิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกานั้นใครเป็นคนเสนอตั้ง ท่านทูตอเมริกันตอบว่า ประธานาธิบดีเสนอ ก็ถามต่อไปว่าแล้วประธานาธิบดีจะหยิบศัตรูของท่านขึ้นมาเสนอเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือว่าจะหยิบคนที่เป็นพวกท่านขึ้นมาเสนอ คำตอบท่านทูตก็พูดตรง ๆ ว่าก็หยิบคนที่เป็นพวก อย่างน้อยที่สุดถึงไม่ได้เป็นพวกชัดเจน ก็เป็นพวกโดยปริยายขึ้นมาเสนอ ถามว่า ใครเป็นคนให้ความเห็นชอบ คำตอบก็คือ วุฒิสภา ถ้าถามต่อไปว่า แล้วผู้พิพากษาศาลฎีกาอเมริกาถูกประธานาธิบดีครอบงำหรือไม่ ท่านทูตบอกว่า ยังไม่เคยมีพูดกันเช่นนี้ในอเมริกา ผมก็เรียนท่านว่า ที่เขาไม่พูดก็เพราะว่า กระบวนการได้มานั้นเรื่องหนึ่ง แต่เมื่อเข้าดำรงตำแหน่งแล้วมีหลักประกันความเป็นอิสระที่ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจของผู้ที่จะถูกเป็นคู่กรณีนั้นอีกเรื่องหนึ่ง ไม่มีระบบการแต่งตั้งองค์กรไหนในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะองค์กรศาล ที่จะไม่มีความเชื่อมโยงกับฝ่ายการเมือง ท่านทูตท่านก็รับแต่ความเป็นอิสระของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้อยู่ตรงที่ประธานาธิบดีเป็นคนเสนอและเป็นพวกประธานาธิบดี และ Senate ก็ Approve แต่อยู่ตรงที่เมื่อท่านได้รับแต่งตั้งแล้ว ท่านเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาจนกระทั่งตายหรือลาออก นั้นต่างหากคือหลักประกันความเป็นอิสระ และผมก็เรียนท่านทูตต่อไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพิเศษกว่าศาลอื่นหรืออย่างไร

ถึงได้มีความเป็นอิสระ คำตอบก็คือ ไม่ใช่ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันทุกคนมาจากกระบวนการคัดเลือกและลงมติแต่งตั้งโดย Bundestag ซึ่งก็เทียบเท่าสภาผู้แทนราษฎรของประเทศไทย และเป็นที่ยึดแจ้งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะแบ่งสัดส่วนตามจำนวนพรรคการเมือง จะไม่มีการสู้รบปรบมือกัน แต่เมื่อตั้งแล้วถามว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันปราศจากความเป็นอิสระหรือไม่ คำตอบก็คือว่า คงไม่ ด้วยเหตุที่ว่ามีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั่นก็คือดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว 11 ปี ใครจะมาถอดถอนหรือทำอันตรายอะไรก็ไม่ได้ ทั้งหมดนี้ก็เพื่อจะเรียนว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นศาล ก็ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระ หลักประกันความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญนั้น คือ การที่ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับพระราชกรณียาโปรดเกล้าแต่งตั้งแล้ว ดำรงตำแหน่งได้ 9 ปี แต่ดำรงตำแหน่งได้วาระเดียวและเป็นอีกไม่ได้ นั่นคือหลักประกันความเป็นอิสระ รัฐธรรมนูญไทยไปไกลกว่ารัฐธรรมนูญบางประเทศ ก็คือรับรองว่าศาลรัฐธรรมนูญยังมีความเป็นอิสระในหน่วยธุรการด้วย คือมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่แยกออกมาจากระบบราชการบริหารราชการ ระบบนิติบัญญัติ ตั้งงบประมาณของตนเอง มีระบบการบริหารงานบุคคลของตัวเอง มีความเป็นอิสระทั้งทางด้านงบประมาณ การบริหารงาน และการบริหารงานบุคคล ทั้งหมดนี้ทำให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นศาล แต่ลักษณะในประการที่สอง ซึ่งต้องยอมรับว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญตัดสินคดีรัฐธรรมนูญอันเป็นคดีสำคัญในกฎหมายมหาชน และเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกติกาที่กำหนดกฎเกณฑ์ของการเมือง คำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าคำวินิจฉัยนั้น ย่อมมีผลเป็นธรรมดาที่จะมีผลกระทบต่อทางการเมืองไม่มากนักน้อย ด้วยเหตุนี้ การวิพากษ์วิจารณ์ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีมากกว่าศาลอื่น และเป็นเช่นนี้ในทุกประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เฉพาะในประเทศไทย เพราะไปตัดสินคดีรัฐธรรมนูญ

อันเป็นคดีทางการเมือง และเมื่อการเมืองเป็นฝักเป็นฝ่ายของพรรคการเมือง มีผู้เห็นด้วย มีผู้ไม่เห็นด้วย และเมื่อผู้เห็นด้วยชนะ ผู้ไม่เห็นด้วยก็ต้องวิพากษ์วิจารณ์ ผู้ไม่เห็นด้วยชนะ พวกของผู้เห็นด้วยก็ต้องวิพากษ์วิจารณ์ เป็นเรื่องธรรมดาสามัญ สำคัญว่าศาลนั่นเองทำหน้าที่โดยอิสระและปราศจากอคติ กลับมาเรื่องที่ท่านผู้จัดคือ ท่านเลขาธิการฯ ตั้งเอาไว้เรื่องผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนจะถึงการวิเคราะห์ตรงนั้น ผมอยากวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ทฤษฎีที่มาของกฎหมาย ที่เรียกว่า Source of Law เสียก่อน ท่านทั้งหลายที่นั่งอยู่ที่นี่ เป็นนักกฎหมายทั้งสิ้น ท่านก็จะทราบดีว่า การแบ่งที่มาของกฎหมาย นิยมแบ่งเป็น 4 ที่มา ที่มาซึ่งหมายถึงรูปแบบที่แสดงออกซึ่งกฎเกณฑ์ นั้น มีอยู่ 4 ประเภท ประเภทที่หนึ่ง คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายลายลักษณ์อักษรรวมทั้งรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นทั้งหมด เราถือเป็นรูปแบบสำคัญที่สุดรูปแบบหนึ่งในเวลานี้ และมีจำนวนมากที่สุด ที่มาของกฎหมายประการที่สอง ซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ถือว่าเป็นที่มาอีกเหมือนกันคือ จารีตประเพณี ก่อนหน้านี้นี้สักประมาณ 200 ปี เศษ มีบทบาทอย่างสูงในสังคม แต่หลังจากที่โลกเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยและมีทฤษฎีรองรับความชอบธรรมในการเขียนกฎเกณฑ์ขององค์กรนิติบัญญัติ จารีตประเพณีก็ลดความสำคัญลงเป็นลำดับแต่ก็ยังมียู่ จึงจัดว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาประการที่สองของกฎหมายทั้งปวง ที่มาประการที่สามของกฎหมายที่จัดกันทางวิชาการ คือ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล ที่เรียกว่า Jurisprudence ก็ถือกันว่า คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลนั้น แม้ว่าโดยทั่วไปจะมีลักษณะผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี แต่ก็สร้างบรรทัดฐานในคดีต่อๆ ไปได้ ก็เป็นที่มาสำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมาย โดยเฉพาะในสกุลของกฎหมายที่ใช้ระบบบรรทัดฐานคำพิพากษา โดยเฉพาะสกุล Common Law นั้น จะละเลยคำพิพากษาของศาลไม่ได้ เพราะคำพิพากษาของศาลนั้นก่อให้เกิด

เกิดกฎหมายขึ้นอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า Precedent อันเป็น Common Law ในระบบของเราเอง ท่านจะละเลยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นอันขาด ถ้าท่านศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังนี้ คำบรรยายของผมที่เนติบัณฑิตยสภาถึงเต็มไปด้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ผมเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ก็วิพากษ์วิจารณ์อยู่ในนั้น แต่เวลานั้นก็คือที่มาที่สำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมาย และประการที่สําคัญที่สุดทฤษฎีการแบ่งแยกที่มาของกฎหมายก็บอกความเห็นนักนิติศาสตร์ที่เรียกว่า Doctrine ก็เป็นที่มาของกฎหมาย แต่ที่มาประการหลังนี้เป็นที่มาในความหมายของแหล่งที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการเขียนกฎหมาย ไม่ได้เป็นแหล่งที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง ทฤษฎีทั้ง 4 นี้ ถ้าท่านจะไปดูในตำราทั้งหลายก็มี ที่สำคัญที่สุดคือนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ ท่านก็จะเห็นทฤษฎีทั้ง 4 ในธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่อยู่กรุงเฮกนั้น สามารถใช้ที่มาทั้ง 4 นี้ เป็นบรรทัดฐานเป็นมาตรฐานในการอ้างอิงในการตัดสินใจที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ ถ้าเราเอาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์ดูเทียบเคียงกับที่มาทั้ง 4 แล้วท่านจะเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความเกี่ยวพันกับที่มาทั้ง 4 อย่างลึกซึ้ง มากบ้างน้อยบ้างแล้วแต่กรณีที่มากฎหมายประเภทแรก คือ ที่มากฎหมายลายลักษณ์อักษร ท่านที่อ่านรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญประกอบกับ มาตรา 268 แล้ว ก็คงจะปฏิเสธไม่ได้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีสถานะสูงยิ่งกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญท่านลองดู มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญบอกว่าสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น ตามมาตรา 27 นี้ มีศักดิ์หรือฐานะเท่ากับ

ตัวรัฐธรรมนูญเอง ถ้าดูทฤษฎีในฝรั่งเศสที่เรียกว่า Bloc Constitutionnel ก็จะได้พบได้ว่าในฝรั่งเศสนั้นถือว่าการรกรากของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่ตัวเนื้อรัฐธรรมนูญ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ซึ่งก็ไม่ใช่ตัวรัฐธรรมนูญทั้งสองอันนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหยิบมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยคดี และจัดว่าคำวินิจฉัยที่อ้างอิงคำปรารภของรัฐธรรมนูญและคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี 1789 นั้น จัดเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร เขาเรียกกันว่า กฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญหรือ Bloc Constitutionnel ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยก็ไม่ได้ต่างไปจากนั้นถ้าดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 ประกอบมาตรา 27 แล้วจะเห็นได้ว่า สถานะของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นสูงกว่าพระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ อยู่ในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว แต่เป็นคำวินิจฉัยในลักษณะที่มีสถานะเท่ารัฐธรรมนูญ เป็นการรวมกฎเกณฑ์ประเภทที่เป็นบรรทัดฐานซึ่งไม่ใช่ตัวบทรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ตรงนี้เองเพื่อจะเรียนท่านว่า ผลกระทบของคำวินิจฉัย เมื่อคำวินิจฉัยมีสถานะเท่ารัฐธรรมนูญ ไม่ผิดนักที่คนจะบอกว่าระวังให้ดีถ้าศาลรัฐธรรมนูญท่านวินิจฉัยตีความคำใดในรัฐธรรมนูญแล้ว นั่นคือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 313 เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ผ่านการเปลี่ยนแปลงความหมายของถ้อยคำที่อยู่ในรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดก็คือคดีที่มาถึงศาลรัฐธรรมนูญคือ การวินิจฉัยคุณสมบัติของรัฐมนตรีท่านหนึ่ง ซึ่งถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 2 ปี ในคดีหมิ่นประมาทแต่ให้รอลงอาญาไว้ 2 ปี ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การพิพากษาลงโทษจำคุกแล้วให้รอลงอาญาไว้ นั้น ไม่ได้อยู่ในความหมายคำว่าต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามความในรัฐธรรมนูญอันจะเป็นเหตุให้พ้นจากการเป็นรัฐมนตรีทั้ง ๆ ที่ผู้ร่าง

รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ชัดเจน เปิดดูในคำอภิปรายก็ดี ในการเขียนคำร่าง หรือบรรยายที่ไหนก็ดี คนเขียนรัฐธรรมนูญพูดตรงกันหมดว่า มาตรานี้เขา ถือว่ารัฐมนตรีเป็นมนตรีแห่งรัฐ เมื่อเป็นมนตรีแห่งรัฐแล้วต้องวางตัว ให้เป็นแบบฉบับอันดีงามของประชาชน เพราะฉะนั้นเพียงต้องคำพิพากษา ให้จำคุกถึงแม้ว่ายังไม่ได้รับโทษให้จำคุกจริง ถึงแม้ว่าคำพิพากษายังไม่ถึง ที่สุดก็ต้องพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรี แต่ว่าศาลรัฐธรรมนูญท่านก็ตีความว่า จะต้องมีการจำคุกจริง ซึ่งนั่นหมายความว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการให้ความหมายคำว่า ต้องคำพิพากษาให้จำคุก ซึ่งเป็นบทในมาตรา 216 (4) ของรัฐธรรมนูญ ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญไม่เปลี่ยนเพราะไม่ได้มีการ แก้ไขเพิ่มเติมตาม มาตรา 313 แต่ตัวเนื้อความและความหมายเปลี่ยนไปแล้ว และนี่ก็เป็นบรรทัดฐานยึดต่อไปจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีบรรทัดฐาน กลับคำวินิจฉัยของท่านเอง เหมือนกับที่ท่านเคยกลับมาแล้วในเรื่องการ วินิจฉัยว่าเทศบาลเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในยุคหนึ่งในปี 2541 แต่ ต่อมาก็เปลี่ยนคำวินิจฉัยว่าเทศบาลไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญอีกต่อไป ถ้ายังไม่มีการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญครั้งนี้ขอเรียนให้ทราบ ว่าใครต่อใคร ก็ถือว่าต้องยึดคำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานทั้ง ๆ ที่อาจไม่เห็นด้วย นี่คือความเกี่ยวพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกับที่มาของกฎหมาย ประการที่สอง คือ จารีตประเพณี จารีตประเพณีเกี่ยวพันกับคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญอย่างไร เราอาจจะนึกไม่ถึง แต่ความจริงมีที่จะต้องเกี่ยว กันพันกันได้ดูรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 บอกว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บทบัญญัติมาตรานี้เขียนขึ้นโดยผมเป็นคนใส่เข้าไปเองตอนร่างรัฐธรรมนูญ โดยเหตุที่ว่าเราไม่รู้ว่าสิ่งที่เราเขียนไปนั้นครบถ้วนถูกต้องสมบูรณ์ทุก ประการแล้วหรือยัง เที่ยงกันเหมือนกันตอนเขียนว่า มาตรา 7 เขียนมาทำไม ผมก็บอกว่าจำเป็นต้องเขียนไว้ เพราะถ้าไม่เขียนไว้เรื่องบางเรื่องอาจจะ

ถกเถียงกันได้ ก็ถามว่า มีตัวอย่างให้ถกเถียงกันให้เห็นไหม ต้องบอกว่ามีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการทรงวินิจฉัยฎีการ้องทุกข์ของราษฎรอยู่ในกฎหมายฉบับไหนอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตราไหน ตอบว่าไม่มี แต่ว่าพระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจดั้งเดิมตั้งแต่กรุงสุโขทัยเป็นราชธานีมาจนกระทั่งถึงประเพณีตีกลองร้องฎีกาในสมัยรัชกาลที่ 4 และเรื่อยมาจนกระทั่งรัชกาลที่ 6 คราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการรับฎีกาของราษฎรขึ้นใช้ ถ้าไม่มีบทมาตรานี้รองรับเอาไว้เกิดอะไรขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญท่านจะใช้อะไรเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัย จะดำเนินก็ได้ เพราะศาลท่านต้องใช้กฎหมายเพราะฉะนั้นก็ต้องมี มาตรา 7 รองรับเอาไว้ และก็ถามว่าศาลเคยใช้ไหม ผมเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้เพียงแต่ท่านไม่พูดตรงๆ ถึง มาตรา 7 เท่านั้น ใช้ในคดีไหน ก็ขอตอบว่าเคยใช้ในคดีคำวินิจฉัยที่ 6/2543 ซึ่งมีเรื่องเป็นข้อเท็จจริงย่อๆ ว่า ก่อนจะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา กกต. ก็ส่งหนังสือถึงสำนักพระราชวัง บอกว่าให้สำนักพระราชวังแจ้งให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามกุฎราชกุมาร สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ เสด็จไปทรงเลือกตั้งตามหน้าที่ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ สำนักพระราชวังได้รับจดหมายก็บอกว่าตั้งแต่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ไม่เคยไปทรงใช้สิทธิเลือกตั้งจะทำอย่างไร ผลสุดท้ายก็ได้แย้งมาที่ กกต. กกต. ก็ส่งมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยโดยไปยกเอาพระราชหัตถเลขาในพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวที่มีพระบรมราชวินิจฉัยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้เจ้านายตั้งแต่หม่อมเจ้าขึ้นไป ไปสมัครรับเลือกตั้ง โดยพระยามโนประกรนิตินาคาเป็นผู้เสนอว่า เนื่องจากสถาบันพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ระดับสูงนั้นควรจะเป็นกลางทางการเมือง ควรจะห้ามเลือกตั้งเสีย เรื่องนี้ถกเถียงกันมาก อาจารย์ปรีดีฯ ไม่ค่อยเห็นด้วย บอกว่า การไปห้ามก็

เหมือนกับว่าไม่เสมอภาค เรื่องไปถึงพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงมีพระบรมราชวินิจฉัยว่า ทรงเห็นด้วยกับพระยามโนประกรนิตินาถ และตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมาก็ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่ประการใด ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ว่า พระมหากษัตริย์ ทรงเป็นกลางทางการเมือง และทรงเป็นกลางอย่างนี้มาโดยตลอด เพราะฉะนั้นบทบัญญัติแห่งมาตรา 68 ก็ไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ ถ้ามองแล้วศาลรัฐธรรมนูญเอาอะไรมาเป็นฐานในการวินิจฉัย คำตอบก็คือ อาศัยมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญนั่นเอง คืออาศัย ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขนั่นเองในการวินิจฉัย นี่คือความเกี่ยวพันของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญกับที่มาของกฎหมายประเภทที่สองคือจารีตประเพณี ประการที่สาม ที่มาของกฎหมายอีกประเภทหนึ่งคือ คำพิพากษา ผมกราบเรียนแล้วว่าคำพิพากษาของศาลหรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็ เหมือนกัน เพราะฉะนั้นไม่ต้องสงสัยเลยเป็นที่มาของกฎหมายยิ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญและมีผลผูกพันทุกองค์กร สืบจากมาตรา 264 ว่าแม้กระทั่งศาลอื่นก็ต้อง ถูกผูกพันโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ว่ามาตรา 264 ให้ศาลส่งเรื่องที่มีการยกขึ้นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญเฉพาะในกรณีที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่ เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น แปลว่า ถ้ามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ บทบัญญัตินั้นแล้ว ศาลส่งไม่ได้เพราะผูกพันศาลแล้วว่าขัดหรือไม่ขัด จะส่งซ้ำก็ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็น สิ่งที่เรียกว่ากฎหมายมากกว่าคำพิพากษาของศาลอื่น ๆ และท้ายที่สุด ประการสุดท้าย คือความเห็นของนักนิติศาสตร์ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เข้าไปเกี่ยวพันใน 2 ลักษณะ ลักษณะที่ 1 คือ คำวินิจฉัยส่วนตัวของ ตุลาการแต่ละคนและผู้เขียนรัฐธรรมนูญบังคับให้ตุลาการแต่ละท่านทำ

คำวินิจฉัยส่วนตัว เพราะต้องการให้นักวิชาการได้นำไปใช้เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์คำวินิจฉัยกลาง กล่าวคือจะได้ดูว่า ตุลาการแต่ละท่านมีความเที่ยงธรรม มีความเป็นอิสระ ในการเรียบเรียงคำพิพากษา มีการค้นคว้าที่ดีหรือไม่อย่างไร จะได้เป็นบรรทัดฐานไว้ เพราะฉะนั้นการที่ท่านจะเขียนอะไรลงไปพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา และราชกิจจานุเบกษาอยู่จนกระทั่งประเทศไทยไม่มี ด้วยเหตุตั้งนี้การศึกษา คำวินิจฉัยส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละท่านก็เป็นบทบาทที่ นักวิชาการต้องทำ ลักษณะที่ 2 คำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญเองก็อาจจะเป็นที่มาของความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันในวงวิชาการ ที่นี้มาดูผลกระทบประการที่หนึ่งเป็นผลกระทบต่อองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะองค์กรซึ่งเป็นเหตุแห่งการส่งคดีมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ อันนี้ชัดเจนอยู่แล้ว นอกจากผลกระทบต่อองค์กรที่ส่งเรื่องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ด้านอื่น ๆ ยังผูกพันถึงองค์กรอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นคู่ความในคดีด้วย ถ้อยคำในมาตรา 268 และมาตรา 27 ยืนยันสิ่งนี้ได้เป็นอย่างดี เพราะฉะนั้นคดีอะไรก็ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วเป็นปัญหา ยกตัวอย่างเช่น คดง. เป็นปัญหาระหว่างคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกับวุฒิสภา ถามว่าแล้วคนอื่นที่เกี่ยวข้องต้องถือปฏิบัติตามไหม คำตอบคือ ต้องถือปฏิบัติ เช่น ฝ่ายบริหารต้องถือปฏิบัติถ้าจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโปรดเกล้าฯ แต่ตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ฝ่ายบริหารไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการนำขึ้นเพื่อโปรดเกล้าฯ สมมติว่าจะต้องเชิญผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมาร่วมในพิธีบางอย่าง ถามว่าจะเชิญใคร เชิญคนที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพ้นหรือเชิญคนที่รักษาการ ฝ่ายบริหารก็ต้องเชิญคนที่รักษาการ ต้องเคารพศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งๆ ที่ไม่ได้เป็นคู่ความ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะที่ว่า คำวินิจฉัยที่มีสถานะเป็นกฎหมาย คือ ไม่ใช่ผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี แต่ผูกพันเป็นการทั่วไป มีศักดิ์ระดับรัฐธรรมนูญ ต้องปฏิบัติตามทั้งๆ ที่ไม่ใช่คู่ความ ที่นี้เมื่อเป็น

อย่างนี้เราจะเห็นได้ว่าในบางครั้ง บางกรณีก็ก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้เหมือนกัน ตัวอย่างที่เห็นชัดๆ ก็มีอยู่ 2 เรื่อง เรื่องที่หนึ่ง คือคำวินิจฉัยที่ว่า กฎหมายมีเนื้อความ มีบทบัญญัติขัดรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญมีข้อความที่ใช้แทนกฎหมายนั้นเลย ท่านลองไปดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2541 ซึ่งในเรื่องนั้นศาลรัฐธรรมนูญ ยังได้วินิจฉัยว่าเทศบาลเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและมีปัญหาว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 285 บอกว่า ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นและสภาท้องถิ่น มีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี รัฐธรรมนูญเขียนไว้อย่างนั้น แต่ว่าพระราชบัญญัติเทศบาล 2497 บอกว่า คณะเทศมนตรีและสภาเทศบาลมีวาระ การดำรงตำแหน่ง 5 ปี ก็มีปัญหาในคดี เนื่องจากกระทรวงมหาดไทยยุบสภาเทศบาล ยุบสภาอบจ. อบต. หมด เพราะถือว่าถ้าเกิน 4 ปีขัดรัฐธรรมนูญ คดีก็มาถึงศาล โดยเทศบาลแห่งหนึ่ง นำคดีมาสู่ศาลว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการไม่ชอบและมีปัญหาว่า กฎหมายเทศบาลขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติเทศบาลบทบัญญัติที่ว่ากำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาเทศบาลและผู้บริหารเทศบาล 5 ปี นั้นขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ชัดแล้วจะทำอย่างไร เกิดปัญหาขึ้นว่า แล้วจะเหลือ 4 ปีหรือไม่ จะทำอย่างไรต่อกรณีนี้ท่านเห็นได้เลยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นเขียนไว้ชัดว่ามีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี เพราะฉะนั้นก็ใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เขียนไว้ชัดเจนนั้นบังคับไปเลย ไม่จำเป็นต้องไปแก้กฎหมายเทศบาล ก็ได้ เรื่องทำนองนี้เวลานี้เกิดขึ้นอีกแล้ว คือเรื่อง คณะกรรมการสรรหา ป.ป.ช. เวลานี้รัฐธรรมนูญแก้แล้วว่าคณะกรรมการสรรหา ป.ป.ช. นั้น มีองค์ประกอบใหม่ ในขณะที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตยังกำหนดองค์ประกอบไว้ตามรัฐธรรมนูญเดิม ก็เป็นเหตุให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตขัดรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ถามว่าแล้วกรณีเช่นนี้ใช้อะไรบังคับ คำตอบก็คือ ใช้รัฐธรรมนูญบังคับโดยไม่ต้องไป

แก้กฎหมายอะไรใหม่ แต่ก็มีปัญหาบางเรื่องที่บทบัญญัติที่ขัดเมื่อใช้บังคับไม่ได้แล้วก็ไม่มีอะไรใช้แทนได้ เพราะเรื่องนั้นรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเนื้อหาในเรื่องนั้นเอาไว้ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สัตว์ ตัวร่างพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สัตว์มาตราหนึ่ง คือมาตราที่ให้ยึดทรัพย์ต่างๆ ที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์อาจจะไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเกี่ยวข้องด้วย ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดถามว่าจะใช้อะไรต่อ คำตอบคือ ไม่มีอะไรใช้ต่อ เพราะขัดแล้วก็ต้องตัดทิ้งเรื่องนี้ก็วงเล็บไว้ว่า ก่อให้เกิดปัญหาพอสมควรที่เกี่ยวกับสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งต้องนำความขึ้นกราบบังคมทูลและต้องลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นปัญหา แต่ก็ไม่ได้เชิญท่านเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมาเจรจา เพราะจะถูกกล่าวหาว่ารัฐบาลก้าวล้ำ ก็เลยประชุมกันเองระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักราชเลขาธิการกับสำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา และเอา Case ของต่างประเทศมาดูและผลสุดท้ายเราก็ตัดสินใจว่า อย่าเลย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัด ก็ตัดทิ้ง คือไม่พิมพ์มาตรา 38 ลงไปในตัวกฎหมายที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ และ Foot - note ว่า มาตรานี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญมาตรา 262 ก็บอกว่าให้บทบัญญัติที่ขัดนั้นเป็นอันตกไป เมื่อตกไปเราก็ไม่พิมพ์ ผลสุดท้ายก็มาบอกว่า ถ้าไม่พิมพ์แล้วคนจะรู้ได้อย่างไรว่าข้อความเดิมเป็นอย่างไร ก็เลยใส่ใน Foot - note ว่า ข้อความก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าขัดนั้น มีข้อความดังต่อไปนี้แถมให้ ซึ่งตรงนี้ก็เรียกว่า Foot - note ในกฎหมาย ก็เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย ที่กฎหมายมี Foot - note เพราะปกติกฎหมายจะมี Foot - note ไม่ได้ ก็ไปจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ท่านจะเห็นได้ว่าเป็นปัญหาแรก แต่เป็นปัญหาที่ง่าย ถ้าเนื้อความในรัฐธรรมนูญชัดเจน เช่น กำหนดวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ชัดเจน หรือ กำหนดคณะกรรมการสรรหาใหม่ ชัดเจน ถึงแม้ว่ากฎหมายเทศบาลจะขัด

ถึงแม้ว่ากฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะชัด ก็ใช้เนื้อหาในรัฐธรรมนูญบังคับโดยตรง ปัญหาที่สอง คือปัญหาที่บางเรื่องศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาล ท่านก็ไม่วินิจฉัยเกินคำขอ เพราะหลักมืออยู่ว่า ถ้าเป็นศาลแล้วจะพิพากษาเกินคำขอ หรือ Ultra Petita ไม่ได้ ต้องพิพากษาในคำขอที่เรียกว่า Intra Petita ท่านก็ไม่วินิจฉัยเมื่อไม่วินิจฉัยก็ก่อให้เกิดปัญหาตามมา อย่างน้อยที่สุดก็ 2 เรื่อง ในเวลานี้ เรื่องที่หนึ่ง คือคำวินิจฉัยที่ 38/2545 ซึ่งมีปัญหาว่า การสรรหาประธาน กกต. คุณศิริรินทร์ฯ ชอบหรือไม่ชอบ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มีการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์การสรรหาในรอบที่ 7 รอบที่ 8 เพราะฉะนั้นกระบวนการสรรหา กกต. ก็ไม่ชอบ และจะต้องมีการสรรหากันใหม่ และท่านก็พูด Indicate ไว้แล้ว ในคดีนั้นว่า ผู้ที่ได้รับการสรรหาย่อมไม่เป็นผู้ได้รับการสรรหาและไม่ใช่ว่าผู้ได้รับการเสนอชื่อ เมื่อไม่เป็นผู้ได้รับการสรรหาและไม่เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อ วุฒิสภาลงมติไปก็ไม่สมบูรณ์ คดีนั้นก็เกิดปัญหาพอสมควร เพราะท่านไม่พูดตรงๆ ว่าเขาพ้นตำแหน่ง ว่าพลเอกศิริรินทร์ฯ พ้นตำแหน่ง คำถามที่เกิดขึ้นมาและบรรดานักวิชาการทั้งหลายก็บอกว่า ถ้าอย่างนั้นก็ยังมีปัญหาถ้ารัฐธรรมนูญเขียนไว้ชัด ในมาตรา 141 มีทั้งสิ้น 5 อนุมาตรา บอกว่า นอกจากการพ้นตำแหน่งตามวาระ กรรมการการเลือกตั้ง พ้นจากตำแหน่งเมื่อ (1) ตาย (2) ลาออก (3) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา นั้น (4) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิด ลหุโทษ (5) วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง ไม่เห็นมีสักอนุมาตราหนึ่งเลยที่บอกว่า พ้นจากตำแหน่งเมื่อกระบวนการสรรหาไม่ชอบ หรือศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้พ้น และเหตุตั้งนี้ก็เกิดปัญหา Deadlock แต่ท่านยอมรับคำวินิจฉัยโดยปริยายโดยไม่ไปทำงาน ไม่รับเงินเดือน เรื่องก็จบ กระบวนการสรรหาที่ดำเนินไปใหม่ จนกระทั่งได้ กกต. ท่านใหม่เข้าไป ถ้าจำไม่ผิด คือท่านจารุภัทรฯ เข้าไปแทน เรื่องที่สอง คือคำวินิจฉัยที่ 47/2547

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณารัฐธรรมนูญแล้ว ไปดูกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และ วินิจฉัยว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำถูก แต่ประธานกรรมการ ตรวจเงินแผ่นดินทำผิด โดยส่งชื่อคนไปตามคน แทนที่จะส่งไปคนเดียว ตามระเบียบว่าด้วยการสรรหา วุฒิสภาก็ลงมติเลือกแทนที่จะลงให้ความ เห็นชอบ ศาลรัฐธรรมนูญก็เลยวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจหน้าที่ในการเสนอ ชื่อผู้ว่าราชการฯ และการที่วุฒิสภามีมติเลือกโดยไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตาม รัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นไม่ชอบ เมื่อไม่ชอบ คำถามก็คือ อะไรเกิดขึ้น ท่านไม่พูด เมื่อท่านไม่พูดก็เกิดปัญหาทำนองเดียวกันว่า กรณีก็ไม่ได้เป็น ไปตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งกำหนดเหตุพ้นตำแหน่งไปอีก 5 เหตุ ก็ไม่มีเหตุที่ว่า สรรหาโดยไม่ชอบ เวลานี้เรื่องก็ถึง Deadlock วุฒิสภาก็ดำเนินการสรรหา ต่อและนำความขึ้นกราบบังคมทูลต่อ และได้คุณวิสุทธิ แต่ยังไม่ทรง พระกรุณาโปรดเกล้าฯ และเกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันมากมาย ตรงนี้ก็ต้อง เสนอข้อพิจารณาเอาไว้ว่าถ้าเราศึกษาคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เราจะเห็นได้ว่า เขาเจอปัญหานี้มาแล้ว เพราะฉะนั้นคำวินิจฉัยของศาลใน กฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง เขาจะไม่ยึด หลัก Ultra Petita เครื่องครัด เหมือนกับศาลยุติธรรม ถามว่าทำไม คำตอบ ก็คือ เพราะศาลยุติธรรมตัดสินคดีระหว่างเอกชนกับเอกชน โจทก์กับจำเลย ศาลจะไปพิพากษาเกินคำขอไม่ได้ คดีอาญาก็เหมือนกันเมื่อศาลอัยการขอ ให้ลงโทษจำคุก ศาลจะไปพิพากษาให้ประหารชีวิตก็ไม่ได้ มันต้องเป็นไป ตามคำขอ นั่นเป็น Tradition ของศาลยุติธรรม แต่ถ้าไปศึกษาศาลใน กฎหมายมหาชนไม่ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญ เยอรมัน หรือศาลปกครองฝรั่งเศสหรือเยอรมัน ซึ่งตัดสินคดีในกฎหมาย มหาชนและเกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะของคนหมู่มาก ศาลจะไม่ยึด หลักนี้เคร่งครัด อย่างน้อยที่สุดความผ่อนคลายเป็นศาลเหล่านั้นก็คือ

จะต้องเขียนไว้ในคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยถึงแนวทางที่ถูกต้องในการดำเนินการ ต่อไป คำวินิจฉัยที่ 38/2545 และ 47/2547 นำประหลาดว่า คำวินิจฉัย 38/2545 เขียน Indicate ไว้ว่าไม่ชอบเพราะฉะนั้นผู้ได้รับการสรรหา ก็ไม่เป็นผู้ได้รับการสรรหาและไม่ใช้ผู้ได้รับการเสนอชื่อ การสรรหาไม่สมบูรณ์ จึงต้องสรรหาใหม่ เขียนไว้ชัดเจน แต่พอมาถึง กรณี 47/2547 ตรงนั้นหายไปหมดเลย เพราะฉะนั้นต้องฝากนักวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญทั้งหลายว่า ช่วยกันตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ แปลและลงพิมพ์เผยแพร่ ให้ดูคือไม่ได้แปลให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะท่านแปลได้อยู่แล้ว ผมหมายถึง Educate คนไทยทั่วไปให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะยึดหลัก Ultra Petita เครื่องครัดไม่ได้ ศาลปกครองจะยึดหลัก Ultra Petita เครื่องครัดไม่ได้ เพราะมันไม่ใช่คดีได้เสียกันระหว่างเอกชนกับเอกชน อย่างคดีแพ่งที่ขึ้นศาลยุติธรรม แต่มันเป็นคดีที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองฝรั่งเศสให้ท่านไปดูเลยว่า บางเรื่องพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เพิกถอนแล้วกลัวว่าเจ้าหน้าที่ไม่รู้จะทำยังไงต่อ ท่านก็เขียนต่อไปให้อีกอธิบายว่าต้องทำอะไรต่อ ควรจะทำอะไรต่อ นี่เป็นเทคนิคการเขียนคำวินิจฉัย เพราะฉะนั้นก็ฝากไว้ว่า ผลกระทบอย่างนี้ ต่อไปในอนาคตน่าจะลดน้อยลงหลังจากที่เกิดเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ผลกระทบประการที่สอง ของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็คือ ผลกระทบทางการเมือง เป็นเรื่องธรรมดา คำวินิจฉัยที่วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญหลายเรื่องเป็นเรื่องฝ่ายทางการเมือง คือ ฝ่ายค้านเห็นอย่างหนึ่งฝ่ายรัฐบาลเห็นอย่างหนึ่ง ทุกฝ่ายก็หวังจะให้ศาลตัดสินให้เป็นไปตามความเห็นของตัวเอง ถ้าไม่ตัดสินไปตามความเห็นของตัวเอง ศาลรัฐธรรมนูญก็จะถูกวิพากษ์วิจารณ์ นอกจากนั้นยังใช้ศาลรัฐธรรมนูญเป็น Tactic โดยเฉพาะจากฝ่ายค้านที่ไม่เห็นด้วยกับรัฐบาล ทำให้เรื่องล่าช้าไปได้ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ ร่างพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ที่ออกใช้เมื่อปี พ.ศ. 2545

ฝ่ายค้านบอกเลยว่าที่นายกรัฐมนตรีประกาศว่าจะให้ใช้วันที่ 1 ตุลาคม 2545 ไม่ให้ใช้ เพราะเห็นว่าชั่วคราวรัฐธรรมนูญ จะส่งศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการถ่วงเวลา ฝ่ายรัฐบาลก็รู้ทัน พอสภากลางมติวันนี้ เวลา 16.00 นาฬิกา เรื่องก็ถึง สำนักพระราชพิธีการทันทีที่มีเวลา 30 นาที ปรากฏว่า ฝ่ายค้านยื่นไม่ทัน พอพลิกไปดูรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็บอกว่า ให้เวลาฝ่ายค้านยื่นตั้งแต่ เวลาที่สภามีมติเห็นชอบไปจนกระทั่งถึงเวลานำขึ้นทูลเกล้าฯ ก็สภาเห็นชอบ 16.00 นาฬิกา นำขึ้นทูลเกล้าฯ 16.30 นาฬิกา ซึ่งเป็นเวลาที่สำนักพระราชพิธีการเรื่องรับ ก็เป็นอันว่าไม่ทัน ไม่ทันส่งศาลรัฐธรรมนูญ นี่ก็เป็นการชิงไหวชิงพริบกัน แม้กระทั่งเวลานี้คนที่ดำเนินคดีในศาลยุติธรรมถ้า หากรู้ว่าตัวเองมีปัญหาแน่ๆ ถ้าคดีไปเร็วก็มีวิธีถ่วงคดี วิธีถ่วงคดีง่ายๆ ก็คือ อ้างว่ากฎหมายมาตรานั้นมาตรานี้ชั่วคราวรัฐธรรมนูญและส่งมาให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยคือผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็เขียน มาตรา 264 เอาไว้ว่า ศาลต้องส่งทุกกรณีไป เดิมให้เป็นดุลพินิจศาล ปรากฏว่าศาลยุติธรรมใช้ดุลพินิจไม่ส่ง เพราะเห็นว่าไม่ขัด ต่อมาบอกว่าไม่เอาแล้ว ถ้าอย่างนั้นก็เท่ากับว่าศาลยุติธรรม เป็นคนวินิจฉัยเอง พอยกขึ้นมาก็ให้ส่ง แต่ให้ส่ง มาตรา 264 วางไว้ว่า ถ้าไม่เป็นสาระ ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัยให้ ตรงนี้เองศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้อำนาจนี้ บ้างแล้ว แต่ยังใช้น้อยอยู่ กราบเรียนว่าถ้าเราไปดูการทำงานของศาลฎีกาอเมริกา ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะรู้ว่าการไม่รับเป็นเรื่องหลัก การรับเป็นเรื่องยกเว้น การไม่รับแทนที่จะมานั่งประชุมครบองค์ 15 ท่าน และเขียนคำวินิจฉัยส่วนตัวทุกคน น่าจะมีระเบียบวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่ให้การวินิจฉัยไม่รับแบบไม่เป็นสาระ มีลักษณะการวินิจฉัยแบบรวบรัดที่ทำกันในศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ก็น่าจะดี ซึ่งจะทำได้ทั้งหลายแทนที่จะค้างเป็นเหตุถ่วงคดี เป็นเหตุถ่วงเวลาให้ล่าช้าลดน้อยถอยลงไปได้เป็นอันมาก อย่างไรก็ตามถึงแม้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลกระทบทางการเมือง คนที่เห็นด้วย ก็ไชโยให้ร้อง คนที่ไม่เห็นด้วยก็จะมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ ซึ่งมันก็เป็น

ธรรมดา แต่ไม่ธรรมดาตรงที่ถ้าถึงขนาดพิพาทก็ต้องเล่นเรื่องการละเมิดอำนาจศาล แต่ไม่มีกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญทำเรื่องการละเมิดอำนาจศาล เพราะฉะนั้นก็ต้องเล่นฐานหมิ่นประมาทเจ้าพนักงานในการยุติธรรม

คุณประการอันหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งช่วยให้การเมืองไม่ต้องเกิดปัญหาได้ก็คือ เรื่องที่เป็นปัญหาทางการเมืองถกเถียงกันแล้วหาทางออกไม่ได้ในอดีตเมื่อส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยทุกอย่างเข้ามาอยู่ในศาล แทนที่จะลงไปอยู่บนถนนราชดำเนิน แทนที่จะกลายเป็นความขัดแย้งทางการเมืองอันลุกลามไปในสังคม และอาจจะถึงขั้นรบราฆ่าฟันเดินขบวนกันใหญ่โต

ตรงนี้เองคือคนไม่ค่อยพูดถึง คนมองไม่ค่อยเห็นคือทำให้ Polite ที่เขา Question Polite ที่เขา Conflict Turn into Legal Dispute ยุติลงได้โดยสันติวิธีในศาล ผลกระทบประการที่สาม เป็นผลกระทบต่อประชาชน โดยเฉพาะคำวินิจฉัยที่ว่ากฎหมายขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ยกตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2445, 44/2545 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการอัยการ ที่กำหนดว่าคนที่มีลักษณะมีกายพิการ จิตพิการ ไม่สามารถสอบเป็นผู้พิพากษา หรืออัยการได้ ก็ชัดเจน ว่าถ้าศาลวินิจฉัยว่าขัดคนเหล่านั้นก็มีสิทธิขึ้นมา ถ้าศาลวินิจฉัยว่าไม่ขัด คนเหล่านั้นก็ไม่มีสิทธิ และก็เกิดเวลานี้ เกิดคดีขึ้นที่ศาลปกครอง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการอัยการ ไม่ขัดรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 44/2545 ท่านผู้นั้นก็ฉลาดท่านก็ไปฟ้องว่าประกาศผล กอ. ขัด คดีไปถึงศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะกรรมการอัยการ ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นไปได้อย่างไร ตัวแม่บทไม่ขัดแต่ตัวลูกบทขัด มันเกิดได้หรือเปล่า ฝากไปคิดดู ถ้าแม่บทไม่ขัดลูกบทก็น่าจะไม่ขัด เว้นแต่ลูกบทออกเกินอำนาจแม่บท นี่คือข้อยกเว้นข้อแรก แต่ถ้าลูกบทออกเกินอำนาจแม่บท ตัวลูกบทก็ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ตัวลูกบทก็ถูก

เพิกถอนเพราะออกเกินอำนาจแม่บทกฎหมาย Ultra Vires มันไม่ต้องถูกเพิกถอนเพราะขัดรัฐธรรมนูญ แต่ถูกเพิกถอนเพราะออกเกินอำนาจแม่บทหรือไม่อีกทางหนึ่งอันที่สอง คือ แม่บทเขียนไว้กว้าง ถ้าอย่างนั้นก็มีทางที่ตัวลูกบทจะขัดรัฐธรรมนูญได้ ผลกระทบประการที่สี่ คือผลกระทบต่อวงวิชาการ ไม่ต้องอธิบายว่า วงวิชาการนั้นเขาต้องศึกษา แต่ธรรมเนียมในการศึกษาทางวิชาการของต่างประเทศกับของไทยไม่เหมือนกัน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันออกมา คนไม่เห็นด้วยเขาก็วิพากษ์วิจารณ์กันทางวิชาการด้วยการเขียนบทความ แต่ประเทศไทยนั้น ไม่เขียนบทความเขาไปให้สัมภาษณ์ทางหนังสือพิมพ์ ทางวิทยุ ผลกระทบประการที่ห้า คือ ผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะทำให้รัฐบาล Struck คือทำอะไรต่อไม่ได้หรืออาจจะใจ Deadlock ที่มันเป็น Deadlock ในการบริหารราชการแผ่นดินอยู่ได้ ตัวอย่างคือ คำวินิจฉัยเรื่อง การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภา คือวุฒิสภาว่ารัฐบาลจะดำเนินการได้หรือไม่ ในเมื่อสมาชิกวุฒิสภามียังไม่ครบ 200 คน พุดกันไปไม่รู้จกจบ มาถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญบอกว่า ครั้งแรกถ้ายังไม่ครบ 200 คน ยังไม่ป็นวุฒิสภา ก็แปลว่า วุฒิสภาที่เลือกตั้งมา ยังทำหน้าที่ไม่ได้ นี่ก็คล้าย Deadlock ให้รัฐบาล ตัวอย่างอีกตัวอย่างหนึ่งคือ เมื่อปี 2547 พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ มีข้อความผิดหลังจากผิดไปแล้ว 2 ฉบับ ตอนต้นปี คือร่างพระราชบัญญัติข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษากับร่างพระราชบัญญัติเหรียญเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าฯ 2 ฉบับนั้น พระราชทานคืนมาเป็นการทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งอย่างเปิดเผยเป็นครั้งแรก และสภาลงมติไม่ยืนยัน เป็นอันตกไป มาครั้งนี้ก็ผิดอีก แล้วมาถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะให้ทำอะไรมืออยู่ 2 ทฤษฎี คือ 1 ส่งขึ้นไปทุลเกล้าฯ เพราะว่าสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ไม่มีหน้าที่ต้องทำอะไรในกฎหมายที่ผิดๆ มาจากสภา นั่นคือมติสภาต้องนำขึ้นทุลเกล้าฯ ไปอ่านมาตรา 93 และ 94 ดู

แต่คำถามก็คือว่า ทูลเกล้าฯ ขึ้นไปทั้งๆ ที่รู้ว่าผิดอะไรจะเกิดขึ้น ก็มีทางออกที่ 2 คือ ไม่ทูลเกล้าฯ ไม่ทูลเกล้าฯ ถามว่าจะทำอย่างไร ก็มีทางเสนอหลายทาง ทางที่หนึ่งคือส่งศาลรัฐธรรมนูญ ความจริงรัฐบาลเลือกส่งศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ได้เลือกให้สภามาถอนกลับ แต่รัฐบาลรู้ว่าอยู่ดีๆ จะส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่าเรื่องนี้ยังไม่เป็นปัญหาศาลไม่รับวินิจฉัยเพราะฉะนั้นเพื่อให้เป็นปัญหาผูกมัดให้ชัดเจน ผมก็เลยทำหนังสือถึงสำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรว่ามีกฎหมายผิด โปรดกรุณามาถอนคืน ฟังให้ดีนะครับถ้าผมใช้คำผิดนิดเดียวผมก็ถูกถอดถอน นายกรัฐมนตรีก็ถูกถอน คือแทนที่จะบอกว่า โปรดมาถอนไปเถิด แต่ใช้คำว่า สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีขอส่งเรื่องคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร ถอดถอนเลยนะครับ เพราะถือว่าเป็นการแอบแฝงเป็นการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เรารู้ทันก็บอกว่า ขอให้มาถอนเพราะผิด ท่านเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรท่านไปปรึกษาประธานสภาผู้แทนราษฎรและท่านก็ทำหนังสือมาถอนคืนไป ความจริงเจตนาคือให้ท่านตอบว่าถอนไม่ได้ เหมือนเมื่อครั้งกฎหมายข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ท่านเลขาก็ทราบดีว่าก่อนจะครบ 20 วัน ผมวิ่งเชิญประชุม ท่านประธานอุทัยฯ คุณจำลอง คุณขุนทด ประธานกรรมการในชั้นสภาผู้แทนราษฎรมาคุย เพียงแต่ท่านบอกแก้ไม่ได้ แก้ไม่ได้ก็ต้องทูลเกล้าฯ ขึ้นไป และทรงยับยั้ง เรื่องนี้ก็เหมือนกัน คิดว่าท่านเลขาสภาผู้แทนราษฎรท่านจะตอบกลับมาว่า ถอนไม่ได้เป็นมติสภา พอถอนไม่ได้ที่นี้เกิดปัญหา ผมก็จะได้ส่งศาลรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 266 ไม่ใช่เรื่องที่สมมติขึ้น ปรากฏว่าท่านถอน ก็พ้นจากเราไป ก็ไปอยู่ที่สภา ผลสุดท้ายประธานรัฐสภาก็ส่งมาที่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าว มีข้อความผิดไปจากมติวุฒิสภา เพราะฉะนั้นก็เป็นสิ่งที่ไม่ชอบ เมื่อไม่ชอบก็แก้ไขใหม่ แก้ให้ถูกต้องตามมติวุฒิสภาได้ นี่ก็เป็นการปลด Deadlock ที่เถียงกันไปเถียงกันมาและไม่รู้จะหาทางออก

ตรงไหน มาถึงอีกเรื่องหนึ่ง คือ พระราชกำหนด พระราชกำหนดทั้งหลายหลายเรื่องหลายครั้ง รัฐบาลจำเป็นต้องออก เพราะสถานการณ์บีบบังคับ ผมยกตัวอย่างพระราชกำหนด 2 ฉบับที่ศาลรัฐธรรมนูญกรุณาวินิจฉัยว่า ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ คือพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญากับพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งรัฐบาลตัดสินใจออกมาในเวลานั้นด้วยเหตุที่ว่า มีข่าวกรองว่ามีข่าวว่าคนจำนวนหนึ่งเตรียมจะวางระเบิดในกรุงเทพฯ และจะไปเชื่อมโยงกับที่วางในบาหลีและเพิ่งระเบิดในวันนั้นวันที่ กรม. ลงมติ พอออกมาก็วิพากษ์วิจารณ์มากมายหรือตัวอย่างอีกฉบับหนึ่งที่กำลังจะเป็นปัญหาว่าจะมาศาลหรือไม่มาศาลในเวลานี้ คือพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน 2548 ผมเรียนท่านว่า พระราชกำหนดดังกล่าวความจริงรัฐบาลให้เตรียมไว้เพื่อเสนอต่อสภาตอนเปิดสมัยประชุมสภา ก็ปรากฏว่า มีคนเสนอว่าให้ออกเป็นพระราชกำหนด และวันนั้นก็มีคนบอกว่า ไม่น่าจะออกเพราะยังไม่มีสถานการณ์ พูดกันตอน 5 โมงเย็นว่า ควรจะเอาไปออกเป็นพระราชบัญญัติ เวลา 1 ทุ่มตรงเกิดเหตุที่ยะลา ท่านเชื้อไหม ระเบิด 5 จุด ไฟดับทั้งเมือง ยิ่งทำร้ายตำรวจสองที่ในป้อมหนึ่งที่หน้าโรงพยาบาลหนึ่งที่ วางเพลิง 4 จุด เอะระเบิดปลอมไปชุก 7 จุด โปรยเรือใบ 4 จุด เหตุการณ์ทั้งหมดนี้ก่อให้เกิดการปั่นป่วนเป็นอันมาก เพราะคนหวาดกลัวกันมาก ตายไป 2 เจ็บไป 20 ท่าน เชื้อไหมว่าตั้งแต่เกิดเหตุการณ์ตั้ง 4 มกราคม 2547 ถึงวันที่ 14 กรกฎาคม 2548 เกิดเหตุการณ์วางระเบิดลอบฆ่า 2,142 ตาย 580 คน บาดเจ็บ 1,211 คน ก็มีปัญหาว่า ร่างพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน จะรอไปอีกนิดถึงวันที่ 22 สิงหาคม 2548 ให้สภาเปิดแล้วค่อยเสนอนายกรัฐมนตรีท่านมองว่ารอไม่ไหว คืบนั้นท่านก็สั่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีว่า ให้เรียกประชุมคณะรัฐมนตรีด่วนในวันที่ 15 กรกฎาคม เป็นวันศุกร์ ตอนเช้าและไปเอาร่างพระราชบัญญัตินั้นมาดูเพื่อทำให้เป็นพระราชกำหนด

และก็ทูลเกล้าทูลกระหม่อมในบายนั่นเอง ปรากฏว่าวันที่ 16 เช้า ทรงลงพระปรมาภิไธยลงมาประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีผลใช้บังคับในวันที่ 17 กรกฎาคม 2548 เป็นอันว่าต้องออกเป็นพระราชกำหนด เมื่อออกเป็นพระราชกำหนดแล้วก็ได้มีการดำเนินการยกเลิกกฏอัยการศึกและออกประกาศตามพระราชกำหนด 7 ฉบับ ก็มีคนสงสัยว่า ก็ใช้กฏอัยการศึกละทำไมไม่ใช้กฏอัยการศึกละ คำตอบง่าย ๆ คือว่า คำว่า Martial Law หรือ กฏอัยการศึก เมื่อบอกไปประเทศไหนว่าเราใช้ Martial Law ในสามจังหวัดภาคใต้ เขาก็ถึงว่าต้องเอาเรือบินออก เอารถถังออก ตั้งป้อมทหารเตรียมยิงกัน เป็นการรบ การสงคราม คือพูดง่าย ๆ ว่า เป็นใช้หัววัดแต่รักษาด้วยยาเอดส์ คืออาการอาจจะแค่นี้ แต่ฉีดยามหาศาล จึงมีเสียงเรียกร้องว่าอย่าใช้กฏอัยการศึกละ เลิกกฏอัยการศึกละ และท่านอานันท์ ประธานกรรมการสมานฉันท์แห่งชาติก็บอกท่านนายกทักษิณฯ ให้เลิกและออกกฎหมายใหม่มาใช้แทนอย่าไปใช้เลยกฏอัยการศึก มันก็มีมูลถามว่าทำไมมีมูล ถ้าใครดูพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก จะเห็นได้ว่า ข้อ 1 การประกาศกฏอัยการศึกทั้งประเทศ พระมหากษัตริย์ประกาศ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2475 แต่ต้องเป็นการประกาศทั่วราชอาณาจักรแต่ถ้าเป็นการประกาศใช้กฏอัยการศึกเฉพาะบางท้องที่ระดับนายพันประกาศได้ เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใด ให้ผู้บัญชาการทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ได้บังคับไม่น้อยกว่า 1 กองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร มีอำนาจประกาศใช้กฏอัยการศึกละเฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของทหารนั้นได้แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด นายพันก็ประกาศได้ แม่ทัพก็ประกาศได้ ซึ่งหมายความว่าเวลานี้ท่านทราบไหมว่ามีการประกาศกฏอัยการศึกละบริเวณชายแดนมากกว่าใน 3 จังหวัดภาคใต้ ข้อที่ 2 การประกาศใช้กฏอัยการศึกละนั้น เมื่อประกาศแล้วไม่มีเวลาสิ้นสุด จนกว่าจะยกเลิกและพระราชบัญญัติกฏอัยการศึกมาตรา 5 บัญญัติว่า

การที่จะเลิกใช้กฎหมายการศึกษาแห่งใดนั้นจะเป็นไปได้ต่อเมื่อมีประกาศพระบรมราชโองการเสมอ แปลว่า นายพันประกาศ แต่เวลาจะเลิกต้องให้เป็นพระบรมราชโองการที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงกราบบังคมทูลฯ ขึ้นไปขอให้ประกาศเลิกกฎหมายการศึกษา ข้อที่ 3 ไม่มีการตรวจสอบการใช้อำนาจ ในพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษาเขียนไว้ชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารสามารถที่จะจับคนโดยไม่มีข้อหาอะไรได้ 7 วัน ปราบกฏในพระราชบัญญัติกฎหมายการศึกษามาตรา 15 ทวิ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลใดจะเป็นอริราชศัตรูหรือได้ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัตินี้หรือต่อคำสั่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจกักตัวบุคคลไว้เพื่อสอบถามหรือเพื่อความจำเป็นของทางราชการทหารได้แต่ต้องไม่เกิน 7 วัน แปลว่า ไม่ต้องไปหาศาลอะไรทั้งสิ้น จะไปเอาใครก็ไปเอามา ในทางปฏิบัติในอดีตไปเอามาไว้ 7 วัน ต้องปล่อยกลับบ้านวันหนึ่ง และส่งคนไปประกบตัวอยู่ที่บ้านวันที่ 9 เอามาอีก อยู่ไปอีก 7 วัน เป็นอย่างนี้ และข้อสำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ ฟ้องไม่ได้ในกฎหมายการศึกษา มาตรา 16 ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใดในเรื่องอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารตามที่ได้กล่าวมาแล้วในมาตรา 8 ถึงมาตรา 15 บุคคลหรือบริษัทใดๆ จะร้องเรียกชดเชยค่าเสียหายค่าปรับอย่างหนึ่งอย่างใดแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารไม่ได้เลย เพราะอำนาจทั้งปวงที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารได้ปฏิบัติและดำเนินการตามกฎหมายการนี้เป็นการป้องกันพระมหากษัตริย์ ชาติ ศาสนา หรือกำลังทหาร ให้ดำรงอยู่ในความเจริญรุ่งเรืองเป็นอิสรภาพและสงบเรียบร้อยและปราศจากศัตรูภายนอกและภายใน จึงตัดสินใจว่าต้องออกเป็นพระราชบัญญัติระเบียบบริหารสถานการณัจุกเงินแทน ถ้ามว่าแล้วพระราชบัญญัติระเบียบบริหารสถานการณัจุกเงินเดิมใช้ไม่ได้หรืออย่างไร มีข้อบกพร่องอะไร ในปี 2495 คำตอบก็คือว่า เหตุที่จำเป็นต้องออกกฎหมายใหม่ ก็เพราะว่าพระราชบัญญัติระเบียบบริหารสถานการณัจุกเงิน ปี 2495 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีและ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเท่านั้นเป็นผู้ประกาศ และการบริหารกฎหมายสถานการณ์ฉุกเฉินคือกระทรวงมหาดไทยเป็นหลัก ใช้อำนาจมหาดไทยเป็นหลัก การตั้งเจ้าพนักงานก็ตั้งโดยคำสั่งเฉพาะที่เซ็นร่วมกันระหว่างนายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หมายความว่า ถ้าไม่ใช่อำนาจของกระทรวงมหาดไทย จะไม่เข้ากฎหมายฉบับนี้ และถามว่า สถานการณ์ 3 จังหวัดภาคใต้ที่เกิดปัญหาจนถึงทุกวันนี้เกิดอะไรขึ้น คำตอบก็คือว่า เพราะกฎหมายมีอยู่แล้วในหลายที่เพียงพอแต่ที่ไม่สามารถเอามารวมกันใช้อย่างมีเอกภาพ การจะแก้ปัญหาคณะกรรมาธิการโรงเรียนปอเนาะ คำถามก็คือว่านายกรัฐมนตรีแก้ได้ไหม คนที่ได้รับมอบหมายแก้ได้ไหม ตอบว่าไม่ได้ ถามว่าไม่ได้เพราะอะไร ก็เพราะว่าอำนาจนั้นเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการอยู่ที่กรุงเทพมหานคร ตามกฎหมายในกระทรวงศึกษาธิการ กฎหมายบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน ปี 2495 ได้โอนอำนาจรัฐมนตรีศึกษาธิการมาเป็นอำนาจนายกรัฐมนตรี เพื่อที่จะมอบลงไปให้รองนายกรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในการแก้ปัญหาได้ไหม ตอบว่าไม่ได้ เพราะฉะนั้นการออกพระราชบัญญัติการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินจึงมีวัตถุประสงค์ที่จะบูรณาการกฎหมาย คือ ดึงกฎหมายที่อยู่ในที่ต่างๆ ของกระทรวงต่างๆ โอนอำนาจขึ้นมาให้นายกรัฐมนตรี เพื่อที่จะให้นายกรัฐมนตรีมอบลงไปและสามารถแก้ปัญหาได้เบ็ดเสร็จไม่ต้องรอวิ่งขึ้นมาประชุม เพราะฉะนั้นที่เสนอกันให้รองนายกชิตชัยฯ ไปอยู่ที่ใต้ทุกวัน จนกว่าความสงบเรียบร้อยจะสงบเป็นไปไม่ได้ถ้าไม่มีพระราชกำหนดนี้ เพราะว่าลงไปก็ตัดสินใจอะไรไม่ได้ ต้องขึ้นมา ถ้าเป็นเรื่องกระทรวงศึกษาฯ ก็ต้องวิ่งไปหารัฐมนตรีศึกษาฯ อย่างนี้ เป็นต้น ก็จำเป็นที่จะต้องแก้กฎหมายระเบียบบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน เรื่องที่สอง กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ปี 2495 ถ้าใครอ่านสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งหมดเป็นสถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือปลอดภัยแห่งราชอาณาจักร พุดง่าย ๆ เป็นเรื่องของความมั่นคงกับความสงบเรียบร้อย

แต่ว่าเวลานี้เราผ่านเหตุการณ์ 2 เหตุการณ์ที่ไม่ใช่เรื่องความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยในความหมายเดิม หนึ่ง คือเหตุการณ์ใช้หวัดนก กับโรคซาร์ ที่ทำให้ประเทศไทยตอนนั้นฟุบไป คนไม่กล้าเดินทางมา สอง คือเหตุการณ์ชีนามิ ถ้ามองกฎหมายบริหารสถานการณ์ฉุกเฉินปี 2495 เหมาะที่จะเอาไปใช้กับการแก้ปัญหาชีนามิหรือใช้หวัดนก หรือไม่ คำตอบก็คือว่าไม่ เพราะว่าเขียนขึ้นมาเพื่อความมั่นคง ท่านคุณะครับว่าเป็นอำนาจอะไรบ้าง อำนาจจับ อำนาจห้าม อำนาจ Curfew ในมาตรา 5 อำนาจค้นในมาตรา 6 อำนาจจับโดยไม่ต้องมีหมายอะไรเลย 7 วัน เหมือนกฎอัยการศึก อำนาจห้ามชุมนุม อำนาจไม่ให้โฆษณาเอกสารใดๆ กฎหมายบริหารสถานการณ์ฉุกเฉิน เวลานี้แรงกว่าพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 อีก มาตรา 10 ห้ามไม่ให้ผู้ใดออกนอกราชอาณาจักร ทั้งหมดนี้สำหรับความมั่นคงทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นดูทั้งหมดนี้แล้วจึงมีการตัดสินใจว่าต้องออกพระราชกำหนด เมื่อออกพระราชกำหนดมาแล้วก็เป็นเรื่องของสภาที่จะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ สภาผู้แทนราษฎรก็เห็นชอบไปแล้วเหลือวุฒิสภา และถ้าวุฒิสภาไม่เห็นชอบและคิดว่าไม่มีอำนาจออกก็ส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 219 แต่ตอนหลังฝ่ายค้านและ สว. รู้ว่าการส่งตามมาตรา 219 ต้องอ้างเหตุตามมาตรา 218 คือไม่มีเหตุให้ตรา แต่เหตุให้ตราในคราวนี้ไม่มีใครเถียง เกิดเหตุที่ยะลาทั้งหมดและก็ฉุกเฉินและจำเป็นรีบด่วนอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัย เพราะฉะนั้นก็รู้ว่าไม่ส่งตามมาตรา 219 ก็ไปอาศัยมาตรา 198 ไปให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาพิจารณาแล้วส่งไปที่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการตั้งคำถามคราวนี้ไม่ได้ตั้งคำถามต่อกระบวนการออกพระราชกำหนด แต่ตั้งคำถามต่อเนื้อหาบทบัญญัติในพระราชกำหนดว่าขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็ว่ากันไปแล้วผลสุดท้ายถ้าต้องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัย จะวินิจฉัยอย่างไรก็แล้วแต่ โดยจะมีผลให้รัฐบาลปฏิบัติตาม มีผลให้เจ้าหน้าที่ 3 จังหวัดภาคใต้ทำอะไรได้ หรือไม่ได้

ผมเรียนเลยนะครับว่าถ้าพระราชกำหนดฉบับนี้ตกไป สิ่งที่ทำไปแล้วก็ไม่กระทบกระเทือน ตกไปวันนี้สมมติว่าวุฒิสภาลงมติว่า ไม่เห็นชอบกลับไปสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบตกไป ก็ไม่กระทบกระเทือนสิ่งที่ทำไปแล้ว ถ้าส่งมาแล้วบอกว่าเนื้อหาขัด แล้วเนื้อหาที่ขัดนั้นเป็นเนื้อหาหลัก อาจจะทำให้ตกทั้งฉบับ อันมีผลนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย แต่ทั้งหมดนี้เป็นดุลพินิจอิสระ โดยแท้ของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ว่าคนที่ได้รับผลกระทบแน่ๆ คือรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ อยู่ใน 3 จังหวัดภาคใต้ ซึ่งหมายความต่อไปว่า ถ้ากฎหมายนี้ตกเจ้าหน้าที่ก็ต้องกลับไปประกาศใช้กฎอัยการศึกอีกอยู่ดี ผลสุดท้ายต้องมีอะไรไปจัดการกับสถานการณ์อย่างนั้นสักอย่างหนึ่ง ก็ขออนุญาตเรียนท่านที่เคารพว่า ดังที่ได้กราบเรียนมาทั้งหมดนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลอย่างมหาศาลทั้งต่อระบบการเมืองและระบบกฎหมายของบ้านเมือง มีผลทั้งต่อตัวคู่กรณีเองและคนที่ไม่ใช่คู่กรณี มีผลทางการเมือง มีผลกระทบต่อประชาชน มีผลกระทบในวงราชการ และท้ายที่สุดมีผลกระทบโดยตรงต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เพราะฉะนั้นการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นหน้าที่สำคัญเป็นหัวใจ ผมถึงใช้คำว่าศาลรัฐธรรมนูญได้รับการออกแบบมาให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น ต้องคู่ไปพร้อมกันทั้งสิทธิ เสรีภาพและความจำเป็นแห่งสถานการณ์ ขอบคุณมากครับ

ท่านมานิต วิทยาเต็ม :

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ผมก็มีคำตอบและคำถาม เพราะอาจารย์บรรยายและถามไปด้วย ผม ตอบก่อน อันแรกก็คือเรื่องเครื่องผลิตซีดี มาตราที่ตกไป ที่อาจารย์ถามว่าตกไปแล้วไม่มีกฎหมายจะรองรับจะทำอย่างไร ผมขอเรียนว่า การที่

กฎหมายตกไปไม่จำเป็นว่าต้องมีสิ่งมารองรับเสมอ เพราะเหตุว่ามาตราที่ตกไปนั้น เป็นมาตราที่มีลักษณะกระทบต่อหลักการที่มีอยู่ในหลักความรับผิดชอบทางอาญา เมื่อมาตรานี้จะมาขัดต่อหลักความรับผิดชอบทางอาญา ก็ตกไปหมายความว่า จะมาทำให้หลักความรับผิดชอบทางอาญาเสียหายในลักษณะนี้ไม่ก็คือหลักนั้นยืนอยู่ต่อไป ไม่ต้องมีอะไรมาแทน อีกเรื่องหนึ่งก็คือ กรณีการสรรหา กกต. ผมยังไม่ได้มาเป็นตุลาการ เมื่อเกิดกรณีผู้ว่า สตง. ผมก็ไปหาประเด็นว่าการพ้นจากตำแหน่งต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งหรือไม่ ผมจำได้ว่าได้ขอคุณพระบรมราชโองการแต่งตั้ง กกต. คนใหม่ ในนั้นมีคำปรารภซึ่งผมเห็นว่าแยบยลมาก ก็คือให้คำปรารภทำนองนี้ ไม่ใช่ Word by Word ใช้คำว่า “ด้วยปรากฏว่าการสรรหา กกต. นาย ก. เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อหน้า และบัดนี้ ได้มีการดำเนินการสรรหาใหม่แล้ว ย่อหน้า จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นาย ข. คือคนที่แต่งตั้งใหม่ เป็น กกต.” ดังนั้น ใช้คำว่า ด้วยปรากฏว่าเป็นการสรรหาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผมคิดว่าถ้าออกแนวนี้อาจไม่มีขัดอะไร อันนี้เป็นแนวคำตอบที่ผมอยากจะแลกเปลี่ยนไว้ ส่วนคำถามผมมีหลายข้อ ข้อแรก ผมไม่ต้องการคำตอบ วาระเก้าปี ผมเห็นว่ายังไม่อาจประกันความเป็นอิสระ เพราะในหลายประเทศเขาให้นานกว่านั้น เขมรมีตุลาการท่านหนึ่งอายุ 90 ปี เป็นตลอดชีวิต ผมก็เป็นห่วงว่า ถ้าตุลาการอายุน้อยก็จะหวังออกไปทำงานเมื่อพ้นจากตำแหน่ง ก็อาจจะมีความห่วงไหวต่อการทำงานเหมือนกัน อันนี้ต้องระวัง ก็ยังไม่ทราบว่าจะต่อไปจะทำยังไง เพราะว่ายังอยู่ในวัยทำงาน และวัยทำงานของคนปัจจุบันที่มีสุขภาพดี ก็มากกว่าคนอายุน้อยไม่ใช่แค่อายุ 50 - 60 ปี บางทีถึง 70 ก็ทำงานได้ อันนี้มีทางยังไงที่จะแก้ปัญหาที่เกิดจากเรื่องนี้ได้ อาจารย์ไม่ต้องตอบก็ได้ ผมฝากไว้คิดกันดู คำถามที่สอง คือ ที่ศาลจะส่งคดีมาจะต้องไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็เกิดปัญหาว่า ถ้าอย่างนั้นมีโอกาสไหนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกลับคำวินิจฉัยที่เก่าๆ หรือ นานมาแล้วได้

ซึ่งอาจจะกลับได้ ไซ้ใหม่ ตามที่ท่านอาจารย์บรรยาย คือว่า คำวินิจฉัยก็ผูกพันตลอดไป แต่ศาลรัฐธรรมนูญเอง อาจจะกลับได้ ซึ่งผมก็เห็นด้วย แต่ก็นึกว่าช่องทางที่จะมามีทางไหนที่จะกลับเข้ามาที่ศาลได้อีก อาจารย์ช่วยกรุณาชี้ช่องให้ผู้เข้าร่วมสัมมนาได้ทราบ ผมจะได้ทราบไปด้วย อันสุดท้ายเป็นคำถามที่ไม่ต้องการตอบ คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจจะมีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินได้ ซึ่งอันนี้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรของรัฐก็คำนึงอยู่เหมือนกัน เพราะการบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปเพื่อรัฐเพื่อส่วนรวม รวมทั้งสถาบันของศาลรัฐธรรมนูญก็ดำรงอยู่ไม่ได้ถ้ารัฐไม่สามารถดำรงอยู่ได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ผมยืมคำอาจารย์มาใช้ ก็ไม่อยากจะสร้างปัญหา แต่ในระยะเวลาที่ผ่านมาไม่นาน ก็ปรากฏอย่างน้อยในสายตาของสื่อมวลชนหรือนักวิชาการจำนวนมากว่ารัฐบาลได้ออกกฎหมายที่หมิ่นเหม่หลายครั้ง ก็รอดมาได้ทุกครั้ง ผมเองในฐานะที่บางครั้งมีข่าวว่าต้องวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ผมก็กลัวว่าออกกฎหมายหมิ่นเหม่ ถ้าหากอาจารย์ซึ่งดูแลเรื่องนี้ของรัฐบาลอยู่ จะระมัดระวังอย่าให้มีกฎหมายหมิ่นเหม่ส่งมาบ่อยๆ ก็น่าจะเป็นการดี และอาจารย์ได้กรุณาเทียบพรก. ที่กำลังมีปัญหาล่าสุดท้าย ผมคงจะออกความเห็นได้ เพราะคดียังไม่มาศาล และแนวที่ผมออกความเห็นนี้ก็จะไม่กระทบ ไม่แสดงถึงแนวทางว่าผม Bias ไว้ล่วงหน้า เพียงแต่ที่อาจารย์เทียบ พรก. บริหารราชการแผ่นดินในสถานการณ์ฉุกเฉินฉบับปัจจุบันกับกฎหมายที่มีอยู่รวมทั้งกฎอัยการศึกก็จริง แต่ก็ยังมีข้อหน้าคิดว่า เป็นการเทียบกับกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยวินิจฉัยว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและยังไม่มีแนวทางที่จะพิจารณา อาจารย์ไม่ต้องตอบก็ได้ แต่อยากให้ตอบเรื่องที่ว่าอันไหนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกลับคำวินิจฉัยของตนได้ ถ้าหากเมื่อถือว่าเป็นเรื่องที่มีคำวินิจฉัยแล้วส่งมาไม่ได้ ขอขอบคุณมากครับ

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ :

เลขาธิการคณะรัฐมนตรี

กราบเรียนท่านตุลาการครับ จริงๆ หลายคำถามท่านก็ตอบเองได้ เพียงแต่ท่านเปิดโอกาสให้ผมพูดเท่านั้นเอง เดิมมีปัญหาว่าศาลรัฐธรรมนูญ จะกลับคำวินิจฉัยของท่านเองได้หรือไม่ เพราะว่า มาตรา 268 ของรัฐธรรมนูญ บอกว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดและผูกพันศาลด้วย ศาลในที่นี้ก็ควรจะรวมศาลรัฐธรรมนูญด้วย แต่ว่าหลักที่ว่า บรรทัดฐานของศาลนั่นเองผูกพันศาลนั่นเอง มีการใช้ในอังกฤษมาก่อน President of House of Lord ก่อนคริสตศตวรรษที่ 18 ในประมาณ ปี 1870 ก่อนที่จะแก้ The Judicature Act ในศตวรรษที่ 19 ตอนปลาย ศาลสภาขุนนางก็ถือว่า คำพิพากษาของศาลสภาขุนนางผูกพันศาลสภาขุนนางเอง ในยุคหลังคือจะมาพิพากษาให้ผิดไปจากบรรทัดฐานที่ศาลสภาขุนนางเดิมตัดสินไว้ไม่ได้ เพราะฉะนั้นวิธีเทคนิคเดียวที่ศาลสภาขุนนางจะใช้สำหรับทำให้ไม่ผิดบรรทัดฐานก็คือ เทคนิคที่เรียกว่า Distinction คือแสดงให้เห็นว่าคดีใหม่ข้อเท็จจริงของเรื่องไม่เหมือนกับคดีเก่า เมื่อไม่เหมือนก็จะใช้บรรทัดฐานในคดีเก่ามาตัดสินในคดีใหม่ไม่ได้ แต่ต่อมาเมื่อมี The Judicature Act ปี 1870 ก็แก้ไขศาลสภาขุนนางสามารถกลับบรรทัดฐานของตัวเองได้ เป็นอันว่าบรรทัดฐานของศาลสภาขุนนางผูกพันเฉพาะศาลล่าง แต่ไม่ผูกพันตัวศาลสภาขุนนางเองที่เป็นศาลสูง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็เหมือนกันถ้าดูมาตรา 268 ก็เข้าใจว่าต้องผูกพันศาลด้วย แต่ว่าทางปฏิบัติที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่าศาลเองไม่ถือว่าคำวินิจฉัยของท่านผูกพันตัวท่านเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกลับหลักคำวินิจฉัยในเรื่องเทศบาล ชัดที่สุด ที่นี้ท่านก็ถามต่อไปว่า คำวินิจฉัยที่บรรทัดฐานที่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันมีช่องทางอย่างไรที่จะให้ศาลกลับ ก็กราบเรียนท่านว่ามีอยู่ 2 ช่องทาง ช่องทางที่ 1 คือ รอให้คดีนั้นเกิดขึ้นใหม่ อย่างกรณีเรื่องตีความเรื่องลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรีและการพ้นตำแหน่งรัฐมนตรี

ต้องรอให้คดีอย่างนั้น คือมีรัฐมนตรีสักคนหนึ่งต้องคำพิพากษาของศาลให้จำคุกและศาลรอลงอาญา มาถึงศาลรัฐธรรมนูญใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งตรงนั้นก็จะเป็นโอกาส แต่ต้องรอ หรือไม่อีกทีหนึ่งก็คือ ทำเป็น Test Case คือตั้งใจไปทำเรื่องให้เกิดขึ้นจริงๆ เพื่อที่จะนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการทำเป็น Test Case ถ้าไปจากรัฐบาล รัฐบาลไม่ทำแน่ เพราะถ้าทำแล้วก็ไม่รู้ผลจะออกมาอย่างไร ทั้งหมดนี้ก็คือช่องทางที่ศาลจะกลับ ที่นี้ผมมีข้อสังเกตอีกข้อหนึ่ง เทคนิคของศาลในต่างประเทศ โดยเฉพาะศาลฎีกาอเมริกา ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส หรือแม้กระทั่งตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส บางทีการที่เขาจะวางหลักกฎหมายสำคัญ เขาวางในคดีที่ยกฟ้อง ยกตัวอย่างคดี Marbury & Madison ซึ่งท่านอาจารย์ก็ทราบดี ศาลฎีกาพิพากษาไม่รับฟ้องของ Marbury คือยกฟ้อง แต่ในคำพิพากษาที่ยกฟ้อง ศาลบอกว่า ถ้าองค์กรออกกฎหมายมาขัดรัฐธรรมนูญ ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าศาลท่านก็บอกว่าในคดีนี้ท่านไม่เห็นว่ายกฟ้อง ศาลฝรั่งเศสก็เหมือนกันในคดีที่ไม่รับฟ้อง เพราะถ้าไม่รับฟ้องจะไม่เกิดผลกระทบ การที่ไม่รับฟ้องแล้วศาลต้องการวางหลักที่ถูกต้อง ศาลต่างประเทศถือการไม่รับฟ้องเป็นการวางหลักเอาไว้ ซึ่งตรงนี้แปลว่าศาลท่านใช้เทคนิคดูผลกระทบมาเขียนคำพิพากษา และเขียนคำพิพากษาวางหลักกฎหมายบอกคนที่เกี่ยวข้องว่า คดีนี้ไม่รับฟ้องก็จริง แต่หลักที่ถูกต้องคืออะไร ไปดูคดีรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส คดีปกครองฝรั่งเศส ที่สำคัญ หลักกฎหมายที่เป็นหัวใจที่เอาไปใช้เป็นหลักต่อๆ ไป จำนวนมากมาจากคดีที่ศาลไม่รับฟ้อง ที่ศาลใช้เทคนิคนี้มีข้อดีคือข้อดีที่ว่า ถ้าไม่รับฟ้องก็ไม่กระทบต่อสิ่งที่เป็นการบริหารราชการแผ่นดินแต่เป็นการส่งสัญญาณไปบอกฝ่ายบริหารว่าหลักที่ถูกต้องต่อไปนี้เป็นอย่างนี้จะทำให้ถูกต้องต้อง Conform ต่อหลักนี้ เป็นการบอกให้รู้ตัวล่วงหน้า เพราะฉะนั้นก็ทราบฝากท่านไว้ว่า บางทีศาลรัฐธรรมนูญเองก็น่าจะใช้เทคนิคอย่างนี้ดูบ้างในประเทศไทย ตั้งหลักกฎหมายอะไรดีๆ ในคดีที่ท่านคิดว่า ไม่รับฟ้อง

หรือท่านยกฟ้อง บางทีจะมีผลอะไรที่เป็นการปราม การแนะนำพอสมควร
ขอขอบคุณมากครับ

เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ :

กราบเรียนท่าน ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขานุการคณะรัฐมนตรี
นอกจากท่านเป็นเลขานุการคณะรัฐมนตรี ท่านยังเคยเป็นเลขานุการสถาบัน
พระปกเกล้า ซึ่งก็คืออาจารย์ผมและพวกเราหลายท่านที่นั่ง ณ ที่นี้
ตรงจุดที่ท่านอาจารย์ได้กรุณาให้ความรู้ในเชิงของสิ่งที่สำนักงานต้องการฟัง
มานานแล้วโดยพยายามจะประสานท่านอาจารย์แต่ท่านมีเวลาน้อย วันนี้
ท่านกรุณาสละเวลามาพูดคุยในเรื่องของผลกระทบของคำวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญ ผมคงไม่ต้องสรุป บทสรุปของท่านอาจารย์มีหมดแล้ว
ว่า ในสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญก็ห่วงใยในเรื่องของหลักนิติธรรมที่จะก้าว
ประชาธิปไตย จนเป็นสโลแกนห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในจุดที่
ผมอยากจะทำฝากไว้ว่า ในเรื่องของการวินิจฉัยที่จะไม่เกินคำขอ ขณะนี้
ศาลก็เริ่มดูในจุดที่เชื่อมโยงประเด็นอย่างเช่นร่างพระราชบัญญัติคดีฯ
อย่างที่ยกตัวอย่าง มาตรา 38 ทางสมาชิกสภาที่เข้าชื่อเสนอความเห็นก็ขอ
มาแค่ มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ทางศาลก็เห็นว่าถ้า 38 วรรคหนึ่ง บอกว่า
บทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม่ใช่สาระสำคัญที่จะให้ตกไปทั้งฉบับ
คือฉบับนั้นยังอยู่แต่มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หายไป แต่มาตรามีอยู่สองวรรค
ผลสืบเนื่องก็คือวรรคสองไม่ได้ขัด เป็นผลสืบเนื่องบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง
พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไปทำอะไรกับเครื่องจักรที่ยึดมา ให้ไปทำลายหรือไป
ทำประโยชน์ต่อ จุดนั้นศาลเห็นว่า ไม่มีในกฎหมายฉบับนี้แล้ว เราก็เลยทำ
วรรคสองว่าเป็นผลสืบเนื่อง ก็เลยตกไปด้วย ไม่ได้ตกเพราะขัด ตกเพราะ
สืบเนื่อง อันนั้นก็ถือว่าเป็นเรื่องของการทำให้คำขอนั้นสมบูรณ์เป็นผล
สืบเนื่องไป หรือว่าถ้ามาตรา 38 ผังหรือเชื่อมโยงอยู่ในมาตราอื่น ศาลก็

คงต้องตามไปทำให้ในอนาคต ถ้าไม่ทำเดี๋ยวจะวุ่นวายว่า ตรงจุดนี้ชัดเจน หรือยัง ใครจะเป็นผู้ทำ ผมก็เลยกล่าวฝากว่า ในสิ่งที่ศาลวินิจฉัยออกไปก็ คงจะชัดเจนพอสมควรและจะแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ อันนี้เราก็พูดคุยกันในเชิงของการทำหน้าที่อีกสิ่งหนึ่ง ศาลเคยวินิจฉัยในเรื่องของความเป็น หุ้นส่วนบริษัทของรัฐมนตรีว่า ผลของการลาออกมีเมื่อไหร่ เดิมในประมวล กฎหมายแพ่ง การลาออกง่ายมากแค่ไปบอกกล่าวด้วยวาจาว่าจะออกก็ออก แล้ว ตรงจุดนั้นก็ Check กันลำบากทางศาลท่านทำคำวินิจฉัยไปตาม รัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย แต่คราวนี้ในข้อสังเกตที่ศาลเห็นก็คือ ง่ายเกินไป หรือไม่ ก็เสนอแนะไปยังคณะรัฐมนตรีไปที่ท่านนายกฯ ว่า จากการที่ ศาลเห็นบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งควรจะเป็นอย่างนี้ ตอนนี้ คณะรัฐมนตรีก็เสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติที่จะแก้ไขประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์แล้ว จุดนั้นก็คือผลจากการที่ศาลวินิจฉัยลงไปแต่ทำอะไร ไม่ได้ แต่ว่ามีข้อสังเกตว่าควรจะทำอย่างไร ก็เสนอแนะไป ทางฝ่ายบริหาร ก็กรุณาในจุดนี้ ก็คือผลสืบเนื่องนั่นเอง ในโอกาสต่อไป ท่านอาจารย์คงจะ กรุณาพวกเร่อีกเช่นเคย ขอกล่าวขอบพระคุณท่านอาจารย์

* * * *

การบรรยายพิเศษ

เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัย
ของศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์

ตาม “โครงการเสริมสร้างและพัฒนา
องค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ”

วันศุกร์ที่ 14 กรกฎาคม 2548

นายปัญญา อุดชาชน:**ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ**

กราบเรียนท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่เคารพ วันนี้ในส่วนของโครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญได้รับความกรุณาจาก รศ.ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ให้เกียรติมาบรรยายพิเศษในหัวข้อเรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ประวัติของท่านผมขอสรุปย่อๆ คือ ท่านจบปริญญาเอกทางกฎหมายที่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประสบการณ์ท่านเป็นอดีตผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกระทรวงรองคนบตีฝ่ายวิชาการ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปัจจุบันท่านเป็นผู้อำนวยการศูนย์บัณฑิตศึกษาทางนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต และเป็นผู้ทรงคุณวุฒิของศาลรัฐธรรมนูญ บัดนี้ผู้เข้ารับฟังการบรรยายพร้อมแล้ว ผมขอเรียนเชิญท่าน รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ขอเรียนเชิญครับ

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

กราบเรียนท่านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ ผมรู้สึกยินดีและเป็นเกียรติที่ได้มาพูดวันนี้ ได้รับการติดต่อจาก ดร.ปัญญาฯ ให้มาพูดถึงผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ความจริงอยากศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้มากกว่านี้ ก่อนที่จะมาพูดส่วนใหญ่ก็จะได้อ่านเหมือนกันเป็นคำวินิจฉัยที่ประชาชนสนใจ

ที่ลงในหนังสือพิมพ์ ของจากลูกศิษย์บ้าง แต่ต้องยอมรับว่าไม่ได้อ่านทั้งหมด คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็มีมากพอสมควร ในวันนี้ก็คงจะพูดใน ประเด็นหรือความเห็นของตัวเองว่า จากการที่ได้สัมผัสคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ เพราะว่าครั้งหนึ่งผมเคยเป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการการ เลือกตั้ง ก็เคยมาชี้แจงที่ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อครั้งที่อยู่ถนนพระอาทิตย์ และมีคำวินิจฉัยอยู่บางเรื่องในกลุ่มนักวิชาการได้จัดสัมมนา ก็อยากจะเอา ประสบการณ์และเรื่องทางหลักวิชาการมาพูดในวันนี้ ประเด็นที่ตั้งใจจะพูด ก็อยากจะพูดถึง ประเด็นแรก คือ บทบาทและอำนาจหน้าที่ แต่อยากจะ เพิ่มเติมบางประเด็น จากประสบการณ์ที่ได้ศึกษามาจากต่างประเทศ ประเด็นที่สอง คือ ความยากของการใช้รัฐธรรมนูญ คือ การตีความ ว่ามี หลักการตีความอย่างไรถึงจะทำให้คำวินิจฉัยมีความสมบูรณ์ ประเด็นที่สาม คือ ประเด็น Check List ต่างๆ ว่าเวลาพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญมี หลักทางวิชาการที่จะตรวจสอบประเด็นที่สำคัญๆ อย่างไร ประเด็นสุดท้าย คือความเห็นโดยทั่วไปว่า แนวของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ตั้งมาครบ 7 ปี กับแนวของต่างประเทศสอดคล้องกันหรือแตกต่างกันอย่างไร เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศที่เขาตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญมา อย่างในเยอรมันหรือในประเทศในภาคพื้นยุโรป ถือว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ที่คุ้มครองปกป้องรัฐธรรมนูญให้มีสภาพบังคับ อย่างมีประสิทธิภาพ การใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ที่มีความขัดแย้งกัน ศาลจะช่วยคลี่คลายความขัดแย้งกัน และในรัฐธรรมนูญบทบัญญัติ เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็เขียนไว้ย่อๆ ศาลก็จะเข้าไปตีความ หลังจากที่ศาลตีความแล้ว คำวินิจฉัยของศาลในเยอรมันถือว่าผูกพันทุก องค์กร เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระยะหลังจะเขียน คล้ายกับเป็นตำรา บางฉบับมีสารบัญญัติน่าอ่านเป็นเล่มเหมือนงานวิจัย เราก็มักพูดกันว่าเป็นวิชาการมากเกินไป และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ เยอรมันก็มักจะมี Staff หรือมีลูกน้องเก่ามาก่อน เพราะบางคนก็เคย

เป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัย มีลูกศิษย์เยอะ พอมีคดีเกิดขึ้นก็จะมีประชุม ลูกศิษย์ว่า มีประเด็นอะไรที่จะพิจารณบ้าง ก็มองว่าศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นองค์กรที่มาตีความและเกือบเป็นคนเขียนรายละเอียดว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องสิทธิเสรีภาพมีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง ศาลก็จะวางหลักเกณฑ์ขึ้นมา บางคนบอกว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันทำหน้าที่คล้ายๆ ไปแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าเขียนอย่างนี้ควรจะจบ หรือบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญที่จะลงใน Detail มากจนเกินไปก็ควรจะลดตัวลงมาหน่อยให้เกิดความพอดี มิฉะนั้นแล้วการตีความจะกลายเป็นการไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งนั่นจะต้องไปใช้กระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมันก็ได้รับการยอมรับกันตลอดมา เพราะว่ากระบวนการสรรหาต่างๆ ผู้ที่ดำรงตำแหน่งก็ล้วนแต่เป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในด้านคดี ด้านการสอน ด้านวิชาการ มีผลงานเป็นที่ประจักษ์ เหมือนกับที่เราเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญว่าต้องมีความรู้ความสามารถเป็นที่ประจักษ์ แต่บทบาทที่สำคัญจริงๆ คือ องค์กรนี้จะช่วยให้รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ หรือของประเทศของตัวเอง สามารถที่จะพัฒนาต่อไปได้ อย่าให้มีการล้มลุกคลุกคลาน คืออย่าไปสร้าง Deadlock เมื่อไหร่ที่เป็น Deadlock ต้องแก้เรื่อยๆ ก็ไม่ค่อยเหมาะ ควรจะพิจารณาถึงประเด็นปัญหาเรื่องการตีความทำอย่างไรให้ไม่เกิด Deadlock และประโยชน์จะตกอยู่กับประชาชน ส่วนอำนาจหน้าที่ก็คงทราบกันอยู่แล้ว อำนาจหลักคือควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 6 ว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่มีผลบังคับใช้ องค์กรที่จะตีความคือศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ แต่ละศาลจะมีอำนาจตีความ เช่น ประเทศที่ใช้ Common Law อำนาจในการตีความว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจในการตีความแต่ละศาลก็จะตีความเพราะไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ แต่ประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญก็มีเพียงองค์กรเดียวที่จะผูกขาดอำนาจใน

การตีความ องค์กรอื่นตีความได้ใหม่ อาจจะตีความได้แต่ไม่ถึงที่สุด เหมือนกับเร็ว ๆ นี้ที่ประเด็นว่ากฎหมายเลือกตั้งท้องถิ่น เขียนไว้ว่า กกต. จะส่งเลือกตั้งใหม่ได้ก็ต้องส่งภายใน 1 ปี นับแต่วันที่มีการเลือกตั้งท้องถิ่น และทาง กกต. ก็บอกว่า กฎหมายเขียนอย่างนั้นก็ต้องปฏิบัติตามนั้น ตามอาจารย์ธรรมศาสตร์บางท่านแล้วก็บอกว่ากฎหมายเขียนอย่างนี้ก็ต้องปฏิบัติตาม เพราะฉะนั้นเลย 1 ปี กกต. ส่งเลือกตั้งใหม่ไม่ได้ แต่รัฐธรรมนูญเขียนไว้ว่า กกต. มีอำนาจสืบสวนสอบสวนวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำใดหรือการเลือกตั้งใดไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ แสดงว่าในอำนาจของ กกต. ตามรัฐธรรมนูญ ตลอด 4 ปี ก็มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตลอด ถ้ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมาปรับให้เหลือ 1 ปี จะขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งแน่นอน กกต. ไม่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ แต่ถ้า กกต. ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ก็ไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ กกต. บอกว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญมี 4 ปี กฎหมายมาเขียนจำกัด 1 ปี เลย 1 ปี ก็ยังจะวินิจฉัยชี้ขาดและส่งเลือกตั้งใหม่ ผู้เสียหายก็ไปร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และไปได้แย้งที่ศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญให้ 4 ปี แต่กฎหมายมาปรับหรือ 1 ปี เป็นต้น อำนาจหลักคือควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายในที่นี้ก็หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายของบ้านเราจะมีองค์กรอิสระที่ออกกฎระเบียบได้ ซึ่งครั้งหนึ่งก็มีการถกเถียงกันว่า กฎระเบียบที่ออกโดย กกต. หรือ ปปช. ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายแม่บท หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ใครจะเป็นผู้ตัดสิน ช่วงที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ที่ กกต. รัฐธรรมนูญก็ให้อำนาจ กกต. ออกกฎระเบียบได้ ก็อ้างอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ก็ให้อำนาจออกกฎระเบียบได้ ก็อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และมาวางกฎระเบียบเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

ออกกฎใบเหลืองใบแดง ก็ถกเถียงกันว่าถ้ากฎนี้ไม่ชอบด้วยแม่บท หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์กรใดที่จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจที่จะตรวจสอบ และวินิจฉัยชี้ขาดผมจำได้ว่าอภิปรายบนเวทีที่โรงแรมโซทวีน เลขานุการ ชัยวัฒน์ วงษ์วัฒนสานต์ บอกว่า เป็นองค์กรศาลปกครอง เพราะนี่คือกฎหมาย ลำดับรอง กกต. ปฏิบัติหน้าที่บังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายลำดับรอง ศาลปกครองไม่ควรจะมาทำหน้าที่นี้ ศาลปกครอง เป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง แต่ กกต. เป็น องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ คนละระดับกัน อยู่ๆ ศาลปกครองจะมา ตรวจสอบกฎระเบียบที่ออกโดย กกต. ปปช. หรือองค์กรอิสระอื่นตาม รัฐธรรมนูญ ก็ไม่ถูกตามลำดับขององค์กรถ้าเป็นเรื่องของกฎหมายลำดับรอง ก็อยู่ในอำนาจศาลปกครองหมด เคยมีคดีขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ เรื่อง กฎระเบียบใบเหลืองใบแดงของ กกต. ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า เป็น อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ใช่กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบข้อ บังคับที่ออกโดยรัฐมนตรี เมื่อไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ก็อยู่ใน อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ การให้ขอบเขตในการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัด ต่อรัฐธรรมนูญของไทย ก็ขยายกว้างขึ้น คือรวมถึงบรรดากฎระเบียบที่ ออกโดยองค์กรอิสระ ซึ่งในลำดับชั้นไม่ใช่ในระดับพระราชบัญญัติ ถ้าถาม ความเห็นผมก็เห็นด้วย ว่าศาลรัฐธรรมนูญน่าจะมีอำนาจ แต่อาจจะไม่เป็น ลักษณะสากลเท่าไรนัก องค์กรศาลรัฐธรรมนูญมีอีกหน้าที่หนึ่งที่สำคัญ คือ การตีความขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ อำนาจหน้าที่นี้สำคัญมากเพราะ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องสิทธิเสรีภาพ ในเยอรมันเรียกว่าเป็น สิทธิในการป้องกันตนเองของประชาชนต่อองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ รัฐจะ ตรากฎหมายมากระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพียง ระดับเดียวเท่านั้นเอง ถ้ารัฐตรากฎหมายมาได้ทั้งหมด สิทธิเสรีภาพของ ประชาชนที่รัฐธรรมนูญรองรับเอาไว้ก็สูญไปหมด ก็เลยต้องบัญญัติเอาไว้ เป็นหลักประกันว่า จะตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชนได้เพียง

เท่าที่จำเป็น และไปกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ได้ และ
 แค่นั้นเพียงไรเท่าที่จำเป็น แค่นั้นเพียงไรเป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิ
 ทุกคนก็ตอบได้ตามความเห็นของตนเอง แต่องค์กรที่จะตอบ และวางหลัก
 คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ว่าแค่นั้น ถึงจะถือว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง
 สิทธิแล้ว ในบทบัญญัติหมวด 3 ในรัฐธรรมนูญ ก็เขียนไว้ว่าจะแยก
 บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มหนึ่ง คือ รัฐสภา
 ไม่อาจตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นได้เลย เช่นในเรื่อง
 ความเสมอภาค ความเชื่อในการนับถือศาสนา พวกนี้ตรากฎหมายมา
 กระทบกระเทือนไม่ได้เลย ถ้ารัฐสภาตรากฎหมายมากระทบกระเทือนหลัก
 ความเสมอภาค หลักความเชื่อในการนับถือศาสนาถือว่าหลักการนั้นขัด
 รัฐธรรมนูญทันที ซึ่งเรียกว่า เป็นสิทธิเสรีภาพสัมบูรณ์ Absolute Basic
 Rights ส่วนอีกกลุ่มหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญยอมให้รัฐสภาตรากฎหมายมา
 กระทบกระเทือนได้บ้าง ถ้าประชาชนรู้สึกว่าการกระทบกระเทือนมากเกินไป
 อาจจะได้แย้งคัดค้านและนำคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด เพราะ
 ฉะนั้นตรงนี้ชี้โดยใคร ก็ต้องชี้โดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรที่จะมาชี้มัน
 ต้องมีน้ำหนักมีเหตุผล มีทฤษฎี และมีตัวอย่างแต่บทบัญญัติในบางมาตรา
 ยังเขียนกำกับเอาไว้ดีกว่า ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยความ
 มั่นคงของรัฐ ในรัฐธรรมนูญมาตรา 28, 29 ที่วางหลักไว้ว่า จะต้องอ้างตัว
 บทมาตรา อ้างเพื่อต่อไปถ้าคดีถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะได้ดูได้เลย
 Check ดูว่ามาตรานี้กระทบกระเทือนสิทธิได้หรือไม่ ถ้าอ้างว่ากระทบ
 กระเทือนมาตรา 30 อันนี้ผิดแล้ว เพราะมาตรา 30 รัฐสภาตรากฎหมาย
 มากระทบกระเทือนได้เลย เพราะหลักความเสมอภาคเช่นนี้ เป็นต้น ที่
 เขียนไว้ก็เพื่อให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมาตรารองสอบได้เลยว่ามาตรานี้
 กระทบได้หรือไม่เพียงไร เพราะในอดีต เราไม่ได้อ้าง แต่ในทางปฏิบัติคง
 ไม่เข้าใจในเจตนารมณ์ เมื่อตัวแม่อ้างทั้งหมด 5 มาตรา ตัวลูกแก้เพียง
 มาตราเดียวอ้างด้วย 5 มาตรา บอกว่าอ้างไปทำไม บางบทบัญญัติบอกว่า

ร่างพระราชบัญญัตินี้ให้ยกเลิกมาตรานี้ ถ้ายกเลิกเท่ากับว่ายกเลิกบทบัญญัติที่ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นประโยชน์ต่อประชาชนด้วยซ้ำไปที่ยกเลิกบทบัญญัติที่ไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ระเบียบของกฤษฎีกาบอกว่าต้องอ้างหมด มี พรบ. แก้ไขก็ต้องอ้างหมด ที่เขียนว่าอ้างหมด อ้างตามไหน อ้างตามมาตรา 29 นั่นคือเขาไม่เข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายที่อ้างคืออ้างเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับมาตรานี้หรือไปกระทบมาตรานี้ใช่หรือไม่ เพื่อองค์กรศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นเอง ถ้าไม่มีองค์กรตรวจสอบก็ไม่ต้องอ้างอะไรเลย เพราะอ้างไปก็ไม่มีประโยชน์ คงจะให้เห็นว่าอำนาจหน้าที่จริงๆ คือการต้องไปขีดกรอบว่าแค่ไหนเพียงไร มาตราไหนที่พูดถึงเรื่องสิทธิเสรีภาพศาลรัฐธรรมนูญก็มีหน้าที่ไปขีดเส้นที่เป็นนิวเคลียสของสิทธิที่เป็นเซลล์นั้นรัฐสภาสามารถตรากฎหมายมาจำกัดได้บ้าง แต่จะจำกัดถึงสาระสำคัญไม่ได้ องค์กรศาลรัฐธรรมนูญก็จะเป็นองค์กรที่มาขีดเส้นว่านี่ลึกเข้ามาถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิแล้ว บทบัญญัติ มาตรา 29 กับมาตรา 283/2 ที่เกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นก็เขียนทำนองเดียวกันจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ได้ ซึ่งพัฒนาการของหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ถือว่า เป็นที่มาของหลักที่ว่า การกระทำของรัฐต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ อะไรที่เกินสมควรแก่เหตุก็ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ กลายเป็นหลักอีกหลักหนึ่งขึ้นมา จากหลักมาตรา 29 ว่าเกินสมควรไป ลึกเข้ามาถึงนิวเคลียสแห่งสิทธิแล้ว ก็ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เหมือนครั้งที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติสมัยรัฐบาลนายอานันท์ เคยแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าแก้ไขมาตรา 423 เรื่องหมิ่นประมาท คำสินไหมทดแทนขั้นต่ำ ต้อง 20 เท่าของอัตราโทษปรับขั้นสูง ในคดีหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามประมวลกฎหมายอาญาและไปแก้ประมวลกฎหมายอาญาขั้นสูงเป็นสองแสน 20 เท่าก็สี่ล้าน รัฐสภาก็ผ่านเหมือนกัน บัดนี้มีศาลรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายนี้ก็อาจจะถูกโต้แย้งได้ ว่าเกินสมควรแก่เหตุ เพราะหมิ่นประมาทที่หนึ่ง

ขั้นต่ำสี่ล้านบาท คงจะเป็นไปไม่ได้ เพราะหลักในเรื่องหมิ่นประมาทและฟ้องเป็นคดีละเมิดนั้น โจทก์ต้องไปพิสูจน์ให้ได้หรือให้ศาลเห็นว่าเขาเสียหายเท่าไร เมื่อโจทก์พิสูจน์ได้ความเสียหายตัวเองได้เท่าไรแล้ว ศาลเชื่อศาลก็พิพากษาให้เท่านั้น เพราะหลักเรื่องละเมิดคือความยุติธรรมในความทดแทน เสียหายไปเท่าไร ศาลก็วินิจฉัยเต็มให้เต็มเท่านั้น 1 ต่อ 1 เท่าจะไปล็อกเอาไว้ขั้นต่ำสี่ล้านบาทไม่ได้ นั่นก็คือรัฐสภาพรอกฎหมายตามอำเภอใจ ถ้าเราไม่มีองค์กรศาลเอาไว้ชี้ขาดกฎหมายเขียนอย่างไรก็ต้องปฏิบัติตามนั้น ซึ่งอำนาจก็จะไม่เท่ากัน ไม่มีการถ่วงดุลกันระหว่างนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ก็มีงานทำเยอะ แค่เรื่องสิทธิเสรีภาพก็คงจะต้องมีคดีไม่จบสิ้น อำนาจที่สามที่เด่น ๆ คือการวินิจฉัยเรื่องข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร เนื่องจากในองค์กรที่บังคับใช้อำนาจรัฐในรัฐธรรมนูญก็เป็นไปได้ว่าหลาย ๆ องค์กรเมื่อรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นมามีอำนาจหน้าที่ก็จะคล้ายกัน อาจจะมาเหลื่อมกันบ้าง ทับซ้อนกันบ้าง พินาศกันบ้าง ก็จะต้องมีองค์กรชี้ขาด ก็คือศาลรัฐธรรมนูญ ว่าเป็นอำนาจขององค์กรนี้ เป็นอำนาจของอีกองค์กรหนึ่งอย่าเอามาขัดแย้งกัน ถ้าศาลปกครองจะรับพิจารณาคดีที่ กกต. เคยสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่เขาไม่เห็นด้วยก็เอาไปฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองก็รับคดี กกต. อาจจะทำบอกว่า คำสั่งถึงที่สุด เพราะว่าพัฒนาการอำนาจของ กกต. เอามาจากกระทรวงมหาดไทยสายหนึ่ง และเอามาจากศาลยุติธรรมอีกสายหนึ่ง องค์กรนี้ก็มีการระบอบการสรรหาที่เสนอมาจากที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา เพราะฉะนั้นถ้าต้องการให้องค์กรนี้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วมีสภาพบังคับเสร็จเด็ดขาด การเลือกตั้งใหม่ก็ได้ สส. มาใหม่ หรือ สว. มาใหม่ คนเก่าจะไปร้องเพื่อเอาตำแหน่งเก้าอี้ตัวเองคืนไม่ได้ ถ้าจะเรียกร้องต้องไปเอาค่าสินไหมทดแทนถ้าศาลปกครองรับไว้พิจารณารับเพื่ออะไร เพื่อมาตรวจสอบแล้วมาสั่งแก้ไขคำสั่ง กกต. คงจะไม่ถูกต้อง อย่างนี้เรียกว่าอำนาจหน้าที่ขัดกัน ต้องให้องค์กรศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด แต่ต้องเป็น

องค์กร ไม่ใช่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลในองค์กรนั้น ที่ไม่เห็นด้วย ในองค์กรหนึ่งก็ต้องมีเสียงข้างมาก เสียงข้างน้อยแน่นอนต้องปฏิบัติตาม เสียงข้างมาก แต่เสียงข้างน้อยก็ต้องยอมรับ แต่ที่ผ่านมาก็มีเหมือนกันที่ เสียงข้างน้อยไม่ยอมรับ ถือโอกาสเสนอเรื่องให้ประธานรัฐสภา และส่งมา ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ซึ่งในหลักทฤษฎีแล้วถือว่ารับไม่ได้ จะต้องเป็น เสียงข้างมาก ถ้าเสียงข้างมากวินิจฉัยอย่างไรก็จะถึงที่สุด ปฏิบัติตามนั้น ไม่อย่างนั้นกลุ่มเสียงข้างน้อย วันดีคืนดีผ่านไป 1 ปี 2 ปี หยิบเรื่องขึ้นมา ให้ประธานรัฐสภา ประธานฯ ก็ส่งมาให้เราวินิจฉัยอย่างนี้ใช่ข้อพิพาท ระหว่างองค์กร ต้ององค์กรพิพาทกันเท่านั้น แต่ถ้าทั้งสององค์กรเห็นด้วย กันเสียงข้างมากเห็นด้วยกัน อย่างนี้ถือว่าอำนาจหน้าที่ขัดกัน เสียงข้างน้อย ก็ต้องยอมรับปฏิบัติตาม ในกฎหมายของหลายประเทศให้องค์กรตาม รัฐธรรมนูญองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็จะไม่เหมือนกันในเยอรมัน ถือว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีอยู่ 5 องค์กร เท่านั้น องค์กรแรก คือ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ องค์กรที่สอง คือ สภาที่ปรึกษา องค์กร ที่สาม คือ ประธานาธิบดี องค์กรที่สี่ คือ คณะรัฐมนตรี รัฐบาล องค์กรที่ห้า คือ ศาลรัฐธรรมนูญ เขายอมรับเพียง 5 องค์กร แต่ องค์กรอื่นๆ เขาไม่ถือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ท่านมานิต วิทยาเต็ม:

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ทำไมรัฐธรรมนูญไม่กำหนดเองว่าปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดบ้าง ถ้าหากว่าสององค์กรไม่ขัดแย้งกัน หรือสององค์กรฮั้วกัน อ่างอำนาจจะทำอะไรขึ้นมาสักอย่างหนึ่งซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งสององค์กรที่เกี่ยวข้อง ไม่ได้แย้ง เขาฮั้วกันจะทำอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

ผมเห็นด้วยกับท่านว่า รัฐธรรมนูญควรจะเขียนให้ชัด จะได้ไม่ต้องมาตีความ แต่เข้าใจว่า สสร. คงจะนึกไม่ถึง และเวลาที่มีจำกัด ก็เลยเขียนว่าในเมื่อคดีที่จะขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องของอำนาจหน้าที่ขององค์กรชุดกัน ก็มีอยู่ในต่างประเทศก็เลยเอามาเขียนเอาไว้ แต่ไม่ได้คิดว่าแต่ละคนจะตีความว่าองค์กรไหนใช่หรือไม่ใช่ ซึ่งถ้าเป็นอย่างนั้นก็ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ว่าองค์กรใดตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็ไม่น่าจะเป็นองค์กรย่อยๆ ถ้าเป็นองค์กรย่อยมากๆ ท่านก็รับไม่ไหว ซึ่งผมคิดว่าแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันได้ของเราบางคนบอกศาลปกครองก็เป็นองค์กรในรัฐธรรมนูญ แต่ดูแล้วศาลปกครองไม่ได้จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ แต่ไปจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ

ท่านมานิต วิทยาเต็ม:

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ภายในองค์กรเอง ระหว่างสององค์กร เราสมมติขึ้นมาเองว่าเราต้องมีอำนาจอย่างนี้และทุกคนเห็นด้วย จะทำอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

อำนาจขององค์กรจะต้องมีตามที่กฎหมายเขียนเอาไว้ แต่อีกองค์กรหนึ่งก็บอกว่า คุณไม่ได้ใช้อำนาจมาถ้าองค์กรผมหรือออก งานนี้ผมไม่ยอมทำ คุณเอาไปทำดีแล้ว เพราะฉะนั้นสององค์กรนี้ไม่ได้ขัดแย้งกัน คดีก็ยังไม่ขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ

ท่านมานิต วิทยาเต็ม:**ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ**

การกระทำในลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นถึงขนาดละเมิดสิทธิของประชาชน จะทำอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

ถ้ากระทำเช่นนั้นก็จะมียกข้อตรวจสอบ ก็ต้องไปเส้นทางของ ปปช. ว่าเจ้าหน้าที่หรือผู้ดำรงตำแหน่งในรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยจงใจ ก็ต้องไปใช้ช่องทางของ ปปช. สอบสวนและอาจจะใช้วิธี Impeachment แปลว่า จะไม่มาให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ว่าอำนาจหน้าที่ขัดแย้งกันหรือไม่ ประเด็นคือ อำนาจหน้าที่มันเหลื่อมกันหรือเปล่า แต่ถ้าใช้อำนาจหน้าที่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะไม่มาที่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ก็ต้องไปใช้ช่องทางที่ให้ ปปช. สอบสวน ของเราก็มีอยู่ในกระบวนการถอดถอน เรื่องของเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องอำนาจหน้าที่ขัดกัน คือเหลื่อมกันก็ได้ ชี้ว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่ซ้ำซ้อน มิฉะนั้นจะมีการปฏิบัติหน้าที่ซ้ำซ้อนกันได้ เรามีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ที่มีอำนาจพิจารณาเรื่องการกระทำของเจ้าหน้าที่ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตรงนี้บางที่เราอาจจะดูว่าคล้ายๆ กับจะไปซ้ำซ้อนของศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ แต่ความจริงเจตนารมณ์คนละอย่างกันเพราะว่าองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีอำนาจที่จะไปสั่งเพิกถอนเพียงแค่สะท้อนให้เห็นว่าหน่วยงานทำไม่ถูกต้องตามกฎหมาย กฎหมายฉบับนี้ไม่ยุติธรรมควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไข แต่ Fact คืออันเดียวกัน ข้อเท็จจริงเดียวกัน แต่หน้าที่หรือการสั่งการการปฏิบัติหน้าที่ไม่เหมือนกัน ศาลยุติธรรมก็ดี ศาลปกครองก็ดี ศาลยุติธรรมก็พิจารณาคดีปกครองมากเหมือนกัน ก็มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบว่า ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ถือว่าจบ แต่จะ

ยุติธรรมหรือเปล่าไม่ใช่หน้าที่ของศาลกลายเป็นหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน
รัฐสภา Case นี้ไม่ยุติธรรมนะ ควรจะไปแก้กฎหมายเขียนให้เป็นข้อยกเว้น
อำนาจหน้าที่ประการที่สี่ ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ที่ดำรงตำแหน่งใน
องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ว่ามีคุณสมบัติชอบหรือไม่ กระบวนการที่มาของ
การแต่งตั้งถูกต้องตามกฎหมายหรือเปล่า นี่ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของ
ศาลรัฐธรรมนูญ และหน้าที่อื่นอาจจะเรียกว่าเป็นอำนาจหน้าที่ย่อยๆ
ไม่ใช่อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่กฎหมายไม่รู้จะไปหา
ศาลไหน ก็ฝากศาลรัฐธรรมนูญ ตอนที่ร่างผมก็ร่างอำนาจหน้าที่ของ
ศาลรัฐธรรมนูญ จะใช้ลักษณะการเขียนทำนองของเยอรมัน คือรวมเอา
หลายๆ เรื่องเข้ามาอยู่ในมาตราเดียวกัน และมีอนุมาตราสุดท้ายว่า
อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ว่า สสร. ก็ไปแปรญัตติ บอกว่า
ของเราไม่เคยเขียนอย่างนี้มาก่อน จึงรวมอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
ไว้ในที่เดียว ก็เลยสลายมาตรานี้ไป ก็หลุดไปอนุสุดท้ายว่ามีอำนาจหน้าที่
ตามที่กฎหมายบัญญัติ นักกฎหมายอาจจะตีความว่า กฎหมายอื่นจะมา
บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจไม่ได้ เพราะถ้าเป็นอย่างนั้นเท่ากับว่ามา
ขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องไปใช้
กระบวนการแก้ไขตามมาตรา 313 แต่ที่ผ่านมามีต้องยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญ
ก็มีอำนาจตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ข้อพิพาทตามกฎหมายประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เรื่องเล็กๆ น้อยๆ ก็เอามาดูจะเป็นภาระ
โดยเฉพาะเรื่องยุบพรรคที่ไม่มีข้อพิพาท ถ้าเรื่องยุบพรรคมีข้อพิพาทการใช้
ดุลพินิจอาจจะมาให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้ดุลพินิจ เช่น เอาคนต่างด้าวมาเป็น
สมาชิกพรรค อันนี้มันผิดพลาดหรือเปล่า หรือเป็นเจ้าหน้าที่ระดับล่างที่รับ
มาผิดพลาดหรือเปล่าอาจจะเห็นควรไม่ยุบพรรค ก็มาหาศาลรัฐธรรมนูญได้
แต่บางเรื่องไม่จำเป็นต้องมา ต้องเอามาให้ศาลรัฐธรรมนูญยุบพรรค
เราต้องทำหน้าที่ยุบพรรคเยอะเลย นั่นก็เป็นภาระโดยไม่จำเป็น มีบางเรื่อง

ในอนาคตอาจจะมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เช่นคดีเกี่ยวกับวินัยของข้าราชการตุลาการ เพราะในทางวิชาการก็ยอมรับว่าคดีวินัยของข้าราชการที่ กต. กิติ ก.ศป. กิติที่ลงโทษทางวินัย ข้าราชการ การกระทำเช่นนี้เป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่คำพิพากษาของศาล กต. ลงโทษทางวินัยแล้ว กต. เป็นระดับผู้พิพากษาผู้ใหญ่แล้วท่านก็มีอาชีพตัดสินคดีอยู่แล้วเพราะฉะนั้นท่านรวมกันมาตัดสิน จะไปฟ้องที่ศาลไหนได้อีก ถ้าไปฟ้องต่อศาลอื่นก็ลูกน้องท่านอีก ก็เลยไม่มีการคิดว่าคดีประเภทนี้ฟ้องร้องคดีกันได้หรือไม่ แต่ถ้าเราพิจารณาถึงหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ถ้าเป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งนั้นยังไม่ถึงที่สุดตราบไต่ที่ยังไม่มีองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการมาวินิจฉัย เพราะคนที่เขาอยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองเขาอาจจะไม่เห็นด้วยและยังไม่มีช่องทางศาลที่เปิดโอกาสให้เข้าไปใช้กระบวนการยุติธรรมทางนั้น ทุกวันนี้ก็ยอมรับแล้วว่าคำสั่งของ กต. กิติ ก.ศป. กิติที่ลงโทษทางวินัยเลื่อน ลด ปลด ย้าย เป็นคำสั่งทางปกครองไม่ใช่เป็นคำพิพากษาของศาล มันจึงไม่ถึงที่สุด แต่เมื่อครั้งที่เรายกร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองก็ได้แย้งกันพอสมควร ฝ่ายรัฐบาลยุคนั้นเห็นว่าน่าจะให้ศาลปกครองพิจารณา แต่เนื่องจากศาลปกครองก็ไม่เห็นหน้าตาว่าเป็นใคร มาจากไหน ก็บอกว่าของศาลปกครองท่านจะว่าอย่างไรไม่รู้ แต่ของศาลยุติธรรม ขอ Reserve ไว้ก่อนว่า ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แล้วไปอยู่ในอำนาจของศาลใด ก็ถามต่อมาว่า ถ้าคำสั่งของ กต. จะอยู่ในอำนาจของศาลใด ก็ไปตีความเอา อาจจะบอกว่า เมื่อไปหาศาลปกครองไม่ได้ก็กลับมาสู่หลักทั่วไปตามมาตรา 271 ก็ไปหาศาลยุติธรรมตามเดิม ถ้าอย่างนั้นก็ต่างคนต่างตรวจสอบซึ่งต่างคนต่างตรวจสอบในทางปฏิบัติคงจะแปลกๆ อยู่เหมือนกัน เพราะองค์กรบริหารงานบุคคลสูงสุดแล้ว คดีพิพาทว่าเขาสั่งการถูกหรือไม่เอาไปฟ้องต่อบุคลากรที่ความจริงเขาอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรบริหารงานบุคคลแล้วยังต้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี ก็แปลกก็คงมองมายังศาลรัฐธรรมนูญแต่การที่จะเอามาฝากให้ศาลรัฐธรรมนูญ

วินิจฉัยในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง แล้วศาลยุติธรรมก็ต้องไปแก้ไขพระราชบัญญัติระเบียบของข้าราชการฝ่ายตุลาการด้วย ถ้าอย่างนั้นในชั้นนี้ยังไม่พร้อมเก็บเอาไว้ก่อน แต่ในอนาคตคงหนีไม่พ้น คงต้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญ พมมองอย่างนั้น เพราะเป็นเขตอำนาจอาจจะไม่ใช่โดยตรง แต่ต้องมาวินิจฉัยคำสั่งทางปกครองบางเรื่องที่ไม่มียกเว้นดูแลให้ ทั้งนี้เพื่อให้หลักการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ มีความสมบูรณ์ในการตรวจสอบซึ่งกันและกัน

คำถาม:

คำสั่งของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่เป็นคำสั่งทางปกครองจะไปขึ้นศาลไหนครับ ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์:

ต้องไปศาลปกครอง

คำถาม:

แต่คำสั่งของศาลปกครองมาขึ้นที่ศาลรัฐธรรมนูญใช่ไหมครับ ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์:

คำสั่งของศาลปกครองเฉพาะเกี่ยวกับตุลาการเท่านั้น ส่วนนอกจากนั้นเขาจะตรวจสอบของเขาเอง

คำถาม:

เฉพาะตุลาการหมายความว่าอย่างไรครับ ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

เฉพาะคำสั่งของ ก.ศป. ที่ลงโทษตุลาการ ไม่อย่างนั้นก็ต้องไปฟ้องต่อตุลาการอีก ก็จะทำหน้าที่ขัดกันในกลุ่มเดียวกัน แต่ศาลปกครองลงโทษข้าราชการตุลาการของเขาได้ ศาลยุติธรรมลงโทษข้าราชการตุลาการ ก็เป็นเรื่องทางปกครอง ตอนนี้นะนี่ก็ไปขึ้นศาลปกครอง ถ้าพูดถึงเรื่องบุคลากรทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นข้าราชการรัฐสภาที่ดี ข้าราชการฝ่ายบริหารหรือข้าราชการตุลาการในองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ เป็นคำสั่งทางปกครองท้ายที่สุดก็ไปสู่ศาลปกครอง ที่ Reserve เอาไว้ ก็เฉพาะตุลาการ เพราะตุลาการศาลยุติธรรมก็คงไม่อยากจะไปอยู่ภายใต้คำพิพากษาของศาลปกครอง ในขณะที่เดียวกันศาลปกครองก็ตรวจสอบคำสั่งของ ก.ศป. ก็ไม่ค่อยเหมาะคือก็มีองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการก็คือศาลรัฐธรรมนูญ ก็อาจจะต้องเอามาฝากไว้ที่นี่ ในอนาคตถ้ามีการแก้ไข หรือมองในภาพทั้งหมด แต่ในระยะเริ่มต้นประเด็นแรกนี้ก็เห็นอยู่แล้ว เพียงแต่ว่าแต่ละองค์กรที่ตั้ง ก็เลยมองดูไปก่อนให้องค์กรนี้พัฒนาไปพอสมควร มีความเข้มแข็งแล้วค่อยมาดูกฎหมายในภาพรวมอีกที นี่ก็คือมองในเรื่องของเขตอำนาจ ประเด็นที่สองคือ เรื่องการตีความคงทราบที่อยู่แล้ว การตีความกฎหมายมีการตีความตามลายลักษณ์อักษรควบคู่ไปกับเจตนารมณ์ ความยากอยู่ตรงที่อะไรคือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ กล่าวคือ ถ้าค้นหาลายลักษณ์อักษรไม่ได้แน่นอนไม่มีกฎหมายฉบับใดที่เขียนครอบคลุมได้ทั้งหมด อาจจะครอบคลุมทั้งหมดในยุคหนึ่ง พออีกยุคหนึ่งก็เปลี่ยน เหมือนขณะนี้ก็เปลี่ยนพรรคการเมืองที่อยู่ในสภาก็เหลือ 4 พรรค ข้อเท็จจริงจะเปลี่ยนไปเรื่องการตีความในรัฐธรรมนูญ ก็มีบทบัญญัติหลักว่าด้วยการตีความคล้ายๆ กับในกฎหมายแพ่งเรามีมาตรา 4 กฎหมายอาญามีมาตรา 2 รัฐธรรมนูญมีมาตรา 7 บอกว่า ถ้าไม่มีลายลักษณ์อักษรก็ให้ใช้ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในระบอบประชาธิปไตยหลักใหญ่ๆ คือหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ เราก็

ต้องไปยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจมาเป็นหลักในการตีความ หลักการแบ่งแยกอำนาจหมายถึงว่า การกระทำทุกอย่างต้องไปฟ้องร้องจับกันที่ศาลได้ เพราะฉะนั้นกฎหมายฉบับใดถ้าเขียนเอาไว้ว่า ถ้ามีข้อพิพาทอันเกิดจากการออกคำสั่งของอธิบดีห้ามนำคดีไปสู่ศาล เขียนอย่างนี้ไม่ได้ เพราะขัดกับรัฐธรรมนูญ ขัดมาตราไหน ขัดมาตรา 7 ตรงที่หลักการตีความโดยยึดการปกครองระบอบประชาธิปไตย ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติรัฐ ทุกคดีต้องถูกตรวจสอบได้ จะไปเขียนล็อกเอาไว้ว่าไม่ให้ นำคดีไปสู่ศาล เขียนไม่ได้ เมื่อสามสัปดาห์ที่แล้ว ผู้แทนของหน่วยงานราชการแห่งหนึ่ง บอกเรื่องนี้เป็นเรื่องเล็กๆ น้อย ไม่ฟ้องศาลกันหรอก ก็เลยเขียนเอาไว้ว่า คำสั่งของอธิบดีไม่ให้ นำคดีไปฟ้องศาลให้ถึงที่สุดและห้ามนำคดีไปฟ้องศาล เขียนอย่างนี้ไม่ได้ เพราะขัดรัฐธรรมนูญทันที ถามว่าขัดที่ไหน ไม่มี แสดงว่าเจ้าหน้าที่ของเราก็ใช้รัฐธรรมนูญไม่เป็น นี่แหละมาตรา 7 และคำว่า ประชาธิปไตย ถ้าถึงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะวินิจฉัยว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักมาตรา 7 ฉะนั้น มาตรา 7 จึงมีที่มาของหลักกฎหมายเยอะไปหมด เพียงแต่ว่าเราจะสร้างหรือสกัดขึ้นมา ถ้าจะให้เปรียบเทียบกับประเทศที่เขาพัฒนา มา อย่างมาตรา 7 หลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการกระทำทางปกครองที่จะต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ หรือการกระทำของรัฐ การตรากฎหมายต้องกระทำพอสมควรแก่เหตุ ที่ยกขึ้นมา ตอนต้น มาตรา 29 นั่นก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในรัฐธรรมนูญ ศาลก็สามารถหยิบหลักทั่วไปในรัฐธรรมนูญเหมือนกัน ศาลก็สามารถที่จะหยิบหลักนี้มาสร้างหรือมาวินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเคยสร้างเป็นระบบว่า ถ้าเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้มาตรการไปปราบปรามประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่า มาตรการแรกคือ มาตรการที่ใช้ต้องบรรลุผล มาตรการที่สอง คือ ถ้ามีหลายมาตรการบรรลุผลต้องเลือกเอามาตรการที่เบาที่สุด ถ้าตำรวจไปเลือกเอามาตรการที่แรงกว่า นั่นคือเกินสมควรแก่เหตุ คือขัดรัฐธรรมนูญ และมาตรการที่เบาที่สุดเมื่อเลือกใช้ ต้องใช้ให้พอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์

เท่านั้นเอง เช่น มาตรการเอาน้ำฉีดปราบจราจร เบาทว่าใช้อาวุธปืนก็ต้อง
เลือกเอาน้ำฉีด เอาน้ำฉีดแล้วต้องฉีดพอสมควร เพื่อให้ที่ชุมนุมสลาย
เท่านั้นเอง ไม่ใช่ฉีดจนได้รับบาดเจ็บสาหัส นี่ก็สร้างโดยศาลรัฐธรรมนูญ
และก็เป็นที่มีที่แต่ละส่วนราชการเอาไปยึดถือปฏิบัติ เพราะถือว่า
คำวินิจฉัยของศาลผูกพันทุกองค์กร และหลักในรัฐธรรมนูญที่ถือว่าสำคัญ
อีกเรื่องหนึ่ง คือ หลักสุจริต มีในกฎหมายทุกฉบับ ในกฎหมายแพ่งก็ถือ
หลักสุจริต การตีความก็ต้องยึดหลักสุจริต กฎหมายอาญาเวลาจะยกเว้นโทษ
หรือไม่เอาโทษ เช่นหมิ่นประมาท ก็ต้องสุจริต ในกฎหมายมหาชนก็ถือ
หลักสุจริต ใครที่ได้รับใบอนุญาตโดยที่ตัวเองไม่สุจริตเพราะเหตุว่าใช้
อำนาจทางการเมืองบังคับขู่เข็ญจนได้ใบอนุญาตตั้งโรงงานมา พอการเมือง
เปลี่ยนยุคไป ผู้บริหารเปลี่ยนไป ก็จะมาเพิกถอน เพราะได้ไปโดยไม่สุจริต
และจะไม่มีกรชดใช้ค่าทดแทน ในรัฐธรรมนูญก็เหมือนกัน ก็ถือหลักสุจริต
เป็นสำคัญ ยกตัวอย่างในมาตรา 97 บอกว่า ถ้า สส. หรือ สว. ได้รับเลือก
มาโดยไม่สุจริต และเที่ยงธรรม และ กกต. สั่งให้เลือกตั้งใหม่ สส. หรือ
สว. จะต้องคืนเงิน หรือผลประโยชน์ที่ได้รับมา ก็เป็นหน้าที่กระทรวงการ
คลังต้องไปเรียกคืน ไม่ได้เจียนถึงที่ปรึกษาเลย ต้องคืนหรือไม่ ไม่มีที่ไหน
เจียนไว้ ก็ต้องย้อนไปที่มาตรา 7 และไปสู่หลักสุจริต ก็ไม่ต้องคืน แต่จะ
พิสูจน์ได้หรือไม่แค่ไหนว่าสุจริตก็ต้องอีกเรื่องหนึ่ง หลักสุจริตในเร็ว ๆ นี้
คือเรื่องเหล็กเส้น ที่บอกมีส่วนผสมของซิลิกอน อะไรบ้างหรือไม่ พ่อค้าก็
Declare พักตหนึ่งในความเป็นจริงมันอีกพักตหนึ่ง ก็บอกว่า นี่ Declare
มารวม 20 ปีมาแล้ว มีตั้ง 13 บริษัท บริษัทไหนสุจริตก็จะให้คุณได้
บริษัทไหนไม่สุจริตก็ไม่ได้ส่งมาให้กฤษฎีกาตีความก็ตีความอย่างนี้ แต่
บริษัทไหนสุจริตหรือไม่ กฤษฎีกาไม่รู้ เป็นเรื่องที่ศาลากรต้องไปพิสูจน์
สืบสวนสอบสวน ปรากฏว่าอธิบดีบอกว่าทุกบริษัทบริสุทธิ์หมด รัฐมนตรี
ไม่กล้าเซ็น ใครจะกล้าไปยืนยันว่าทุกบริษัทบริสุทธิ์หมด เพราะผลประโยชน์
1,200 ล้านบาท นี่ก็คือหลักง่ายๆ ที่เอาไปใช้ในการตีความกฎหมาย และ

ผู้ที่สุจริต ก็ต้องได้รับการคุ้มครอง ซึ่งหลักนี้ก็เป็นเรื่องที่หลายประเทศ จะเอามาพัฒนาว่าใครที่สุจริตควรจะได้รับ การคุ้มครอง ต่อมาคือหลัก ความยุติธรรมว่าบุคคลที่เขาได้รับความเสียหายแต่กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาช่วยไม่ได้ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยต้องสร้าง ความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมเพราะฉะนั้นหลักในรัฐธรรมนูญต้องมา เขียวเขาเทา ตัวอย่างเช่น นาย ก. จะยิง ข. หลักกฎหมายอาญาบอกว่า ข. ต้องป้องกันตัวเองได้ คือยิงตอบโต้ไปพอสมควรแก่เหตุไม่เป็นความผิด แต่ถ้า ข. ยิงไม่แม่น หรือ ก. หลบได้ กระสุนปืนไปโดน ค. ถึงแก่ความตาย ระบบกฎหมายอาญาช่วย ค. ไม่ได้ เมื่อ ข. ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แล้ว กระสุนปืนพลาดไปโดนใครมันชอบหมด พลาดไปโดนใครคนนั้นต้อง หลบ หลบไม่ทันก็ตายฟรี กฎหมายอาญาไม่ได้บอกว่า ข. ผิด เพราะ ข. ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายอาญาบอกไม่ต้องรับผิด ไม่เป็น ความผิดด้วยซ้ำ กฎหมายแพ่งก็ไม่เป็นละเมิดเพราะมันคือตัวเดียวกัน แพ่งกับอาญามาเป็นตัวเดียวกัน เพียงแต่อันหนึ่งแยกไปลงโทษเป็นอาญา อันหนึ่งเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นเอง จะต่างกันเล็กน้อยว่าบางเรื่อง อาญาก็ไม่เอาผิด เช่น ประมาททำให้เสียชีวิต แต่ทางแพ่งก็ต้องชดใช้ หรือบางเรื่องอาญาเป็นพยายามฆ่า แต่ทางแพ่งบอกกระสุนปืนยังไม่โดน ศาลไม่ให้ค่าสินไหมทดแทน นี่เป็นข้อยกเว้นส่วนใหญ่คือตัวเดียวกัน รัฐธรรมนูญต้องมาเขียวเทาทันทีว่าเมื่อไม่มีใครรับผิดทั้งทางแพ่งและอาญา ประชาชนตายฟรีไม่ได้ เพราะฉะนั้นหลักในรัฐธรรมนูญคือ จะต้องสร้าง ความยุติธรรมให้กับประชาชนที่ตกเป็นบาปเคราะห์ของสังคมจะต้องมา ดูแลตรงนี้ที่เรียกว่า ความรับผิดชอบของรัฐ ก็เพราะว่าหลักประชาธิปไตย ปกครองเพื่อประชาชน รัฐต้องมาดูแล หลักนี้จะมาปรากฏในมาตรา 230 เรื่องกระบวนการพิจารณา ไม่ถูกต้องทำให้ประชาชนได้รับความเสียหาย พวกที่ถูกขังฟรี สุดท้ายคนร้ายตัวจริงปรากฏอย่างคดีเซอร์แอน นี่ก็เป็น หลักกฎหมายที่อยู่ในรัฐธรรมนูญที่ศาลสามารถนำมาพัฒนาได้ในการตีความ

อีกหลักหนึ่งที่ยากจะพูดคือ หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ หมายถึง ถ้าใครได้สิทธิใดไป ตัวเขาเองไม่ได้เป็นผู้ทุจริตถึงแม้กระบวนการได้สิทธิมาอาจจะมีข้อบกพร่อง มีข้อตำหนิ แต่ได้สิทธินี้มาพอสมควรแล้ว สิทธิของเขาก็ต้องได้รับการคุ้มครองด้วยการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่รัฐจะเสียหาย ถ้าคงสิทธินี้ไว้กับการที่เขาทุจริต ถ้าชั่งดูแล้วประโยชน์ของรัฐจะเสียหายเล็กน้อย แต่เขาเสียหายมาก ต้องเลือกเอาประโยชน์ของคนที่เขาทุจริตและเขาได้ใช้สิทธินั้นไปพอสมควร ความจริงก็เป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งกฎหมายอาญาเหมือนกัน แต่ว่าตอนเราศึกษาในชั้นปริญญาตรีไม่ได้ศึกษาในทฤษฎี เรียกว่าหลักการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย กฎหมายบังคับว่าเราต้องทำอย่างหนึ่ง แต่อีกฉบับหนึ่งก็บอกต้องทำอีกอย่างหนึ่งในเวลาเดียวกัน ถ้าเราทำอย่างนี้เราผิดอย่างหนึ่ง เราทำอีกอย่างก็ผิดอีกอย่างหนึ่ง เหมือนครั้งที่ทางธนาคารแห่งประเทศไทยสว๊อปเงิน บอกว่าในเมื่อประเทศไทยเปิดเสรีการค้ามีการซื้อขายอัตราเงินไทยได้ทั่วโลก เมื่อมีการซื้อขาย หน้าที่ของใครที่ต้องไปรับซื้อ ก็เป็นหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทย แต่ถ้าธนาคารแห่งประเทศไทยไม่มีเงิน ก็ต้องไปหาเงินมาเพื่อมาสู้ราคาว่ารับซื้อ ไม่อย่างนั้นค่าเงินบาทจะตก ก็ไปเอาเงินจากกองทุนรักษาระดับ เอามาสู้ไว้ ราคาจะได้สามารถยืนหยัดอยู่ได้ แต่การเอาเงินจากกองทุนรักษาระดับมาต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสว๊อปเงิน ซื้อขายแลกเปลี่ยนกันทุกวันทุกเวลา ไม่แยกกลางวันกลางคืน แต่กองทุนกรรมการประชุมเดือนละครั้ง รอได้ไหม รอให้กองทุนมา อนุมัติไม่ได้ ขณะเดียวกันผู้ว่าแบงก์ชาติก็ต้องส่งอนุมัติไป หรือไปแลกเปลี่ยนเงินตรา ขณะเดียวกันจะเอาเงินมาก็ต้องขออนุมัติ ไม่ขออนุมัติผิดกฎหมายนี้ แต่ถ้ารอขออนุมัติกฎหมายนั้นก็ผิดหน้าที่เหมือนกัน เพราะฉะนั้นในกรณีนี้ต้องถือว่าถ้าเขาเรียกเอาสิ่งที่มีประโยชน์ต่อประเทศชาติแล้ว อีกด้านหนึ่งจะไม่ผิด แต่หลักทั่วไปเราไม่ได้ศึกษากัน กฎหมายบอกว่าเราเห็นคนตกน้ำ ถ้าเราช่วยได้ต้องช่วย ถ้าไม่ช่วยอย่างน้อยเราก็ผิดลหุโทษ แต่เราจะไปช่วย

เขาอยู่ในบ้านของคนอื่น คนนี้ไปบุกรุกเล่นน้ำในบ้านคนอื่น ก็ผิด และกำลังจะจมน้ำ เรานักว่ายน้ำทีมชาติ ถ้าไปช่วยเขาเราก็บุกรุกด้วย จะเอาอย่างไร เพราะหน้าที่มันขัดกัน อันหนึ่ง กฎหมายบอกว่าคุณจะต้องไปช่วย แต่ถ้าช่วย คุณก็ต้องไปบุกรุกบ้านเขาด้วย ก็ต้อง ถือว่าไม่ผิดเลย ไม่ใช่ผิดแล้วไปยกเว้นโทษ เพราะเขามีหน้าที่ตามกฎหมาย นี่ก็คล้ายกับในรัฐธรรมนูญสิทธิบางอย่างที่ถ้าคนที่เขาได้ไปแล้ว เขาสุจริต สิทธินั้นเขาอาจจะต้องได้รับการคุ้มครอง แต่อาจจะต้องมาชั่งน้ำหนักว่าประโยชน์ใดหรือความเสียหายที่เกิดจากรัฐ กับความเสียหายที่เกิดกับเอกชนอันไหนที่สำคัญกว่า ตรงนี้ถ้าชั่งอย่างนั้นต้องมีให้การให้เหตุผลไป ส่วนการตีความในกรณีอื่นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ คือการตีความที่ไม่ให้รัฐธรรมนูญเกิดสภาพ Deadlock ศาลรัฐธรรมนูญเคยตีความไว้ครั้งหนึ่งเมื่อตอนเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ตอนนั้นผมก็ยังช่วยอยู่ที่ กกต. ท่านตีความว่า วุฒิสมาชิกเมื่อเลือกยังไม่ครบ 200 คน ยังเรียกประชุมไม่ได้ อันนี้ก็แน่นอนยังไม่ครบ เพราะระบบเลือกตั้งเราเพิ่งปรับใหม่มีการเลือกตั้งใหม่อยู่เรื่อยๆ ก็ให้ กกต. มีอำนาจรองก่อนที่จะประกาศหรือไม่ประกาศ ถ้าไม่ประกาศก็เลือกตั้งก็เลยยาวไปกว่าจะได้ 200 คน แต่ขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความว่า สว.ชุดก่อนไม่มีกฎหมายเขียนเอาไว้เรื่องรักษาการ ก็เลยบอกว่าไม่มีรักษาการเกิดช่องว่างทันที ในช่วงนั้น สว. ชุดก่อนที่มาจากการแต่งตั้งครบวาระแล้ว ไม่มีรักษาการ สว.ชุดใหม่ยังไม่ครบ 200 ก็เรียกประชุมไม่ได้ เกิดสุญญากาศทันที ถ้ากกต. ลาออกทั้งคณะต้องสรรหาใหม่ ใครจะมาเลือก กกต. ได้ ก็ต้องวุฒิสภา เลือก 10 คนเหลือ 5 คน วุฒิสภาชุดใหม่ก็ยังไม่ครบถ้า กกต. ลาออกก่อน ชุดเก่าก็รักษาการไม่ได้ รัฐธรรมนูญ Deadlock ทันที ซึ่งถ้าตีความว่า วุฒิสภาชุดใหม่ยังเรียกประชุมไม่ได้ มีองค์กรใดใหม่ ที่มาทำหน้าที่แทนกรณีนั้น ถ้าไม่มีวุฒิสภา ชุดก่อนต้องรักษาการ เพราะเราเขียนกฎหมายให้วุฒิสภามี Activities ตลอดเวลาในการเลือกคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นการตีความต้องไม่ให้

เกิด Deadlock ในหลายประเทศ ก็เลยเขียนไว้ว่า ถ้าองค์กรนี้ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่จะต้องมีองค์กรหนึ่งแทน ของเราไม่ได้คิดถึง กรณี ปปช. ก็เหมือนกัน ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ ก็ไม่รู้อีกนานเท่าไร ไม่มีองค์กรอื่นมาแทน ยังคุยกันอยู่ว่าถ้าในช่วงนี้ ส่วนราชการดำเนินคดีวินัยเจ้าหน้าที่ของเขา เขาบอกไม่ผิด หรือผิดเล็กน้อยแต่คดีนั้นก็ค้างอยู่ที่ ปปช. พอ ปปช. ครบ เริ่มทำงาน จะไปชี้ได้ไหมว่าข้าราชการคนนั้นถูกกระบวนกรวินัยจบแล้ว ปปช. บอกทุจริตสั่งให้อธิบดีลงโทษ อธิบดีบอกลงโทษซ้ำไม่ได้ คดีนี้พิจารณาไปแล้ว ไม่ว่าจะลงไม่ร้ายแรงหรือยกหรือลงร้ายแรง ปปช. จะสั่งทับมาอีกที่ไม่ได้ เพราะวินัยจบไปแล้วก็จะมีปัญหา ดังนั้นในการตีความ ควรจะคิดต่อไปว่า ถ้ารัฐธรรมนูญไม่เขียนองค์กรใดเหมาะที่จะมาทดแทนได้ ก็เป็นหลักการตีความที่ไม่ให้เกิด Deadlock ส่วนหลักการตีความในบทบัญญัติว่าด้วยหลักสิทธิเสรีภาพ ถ้าข้อเท็จจริงเป็นข้อสงสัยก็จะยกประโยชน์ความสงสัยให้แก่สิทธิเสรีภาพของบุคคล นี่ก็เป็นหลักหนึ่ง ก็คงจะพูดกว้างๆ ในเรื่องของการตีความ ในเรื่องที่สาม คือ เรื่อง Check List ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ เนื่องจากอำนาจหน้าที่หลักๆ ของศาลรัฐธรรมนูญคือการตรวจสอบบรรดากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ คือ ตรวจสอบข้อบัญญัติต่างๆ ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันที่สอง คือตรวจสอบ Acts คือบรรดาการกระทำต่างๆ ในระบบของต่างประเทศถือว่าถ้าไม่มีกฎหมายใดเขียนเอาไว้ว่าคดีพิพาทนี้ให้นำไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ บอกว่าอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไม่มี หมายถึงตีความว่าศาลรัฐธรรมนูญ มีเขตอำนาจในลักษณะที่เรียกว่า Emurelative หมายถึง ต้องมีกฎหมายเขียนเอาไว้ว่าข้อพิพาทเหล่านี้ต้องนำไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าไม่มีกฎหมายเขียนเอาไว้ เขาจะตีความว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจ เมื่อไม่มีอำนาจบรรดาข้อพิพาทก็จะไปสู่ศาลยุติธรรม นี่คือหลักการตีความส่วนใหญ่ในยุโรปยึดหลักนี้ แต่แนวของ

ศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ตั้งมาร่วม 7 ปี ก็ไม่ได้อิงหลักนี้เท่าไร ส่วนใหญ่ก็พิจารณาว่าใกล้เคียงกัน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่โยงกัน ถ้าเสียงส่วนใหญ่ขององค์ประชุมเห็นว่ารับไว้ ก็จะรับไว้พิจารณา ตั้งแต่คณะแรกๆ บางท่านเห็นว่า ไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ ท่านเลยไม่ร่วมพิจารณา กลายเป็นว่าท่านไม่ต้องทำงาน เพราะท่านบอกรับไว้ไม่ได้ เสียงส่วนใหญ่รับไว้ ท่านก็ต้องร่วม เพราะท่านเป็นเสียงส่วนน้อย เพราะเหตุว่าระบบบ้านเราเป็นระบบที่เพิ่งสร้างใหม่ยังไม่แน่ใจว่าจะยึดหลักไหนดี และองค์กรที่จะมาทดแทนก็ยังไม่ค่อยแน่ใจ ประเทศที่เขาพัฒนามานานแล้วก็บอกว่าไม่เป็นไรถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจ ศาลยุติธรรมก็ยังพร้อมที่จะพิจารณาเรื่องนี้อยู่ Check List ใหญ่ๆ ในทางวิชาการจะแบ่งว่า ประการแรกคือตรวจสอบเรื่องกระบวนการ หรือเรียกว่า วิธีพิจารณา Procedure ของมัน กระบวนการมันชอบไหม การตรากฎหมายผ่านขั้นตอนถูกต้องไหม มีการแปรญัตติ องค์ประชุมถูกต้องหรือไม่ นี่คือการตรวจสอบในส่วนที่เรียกว่า Procedure วิธีการและขั้นตอน ประการที่สอง คือ Check List ในเรื่องเนื้อหา จะตรวจสอบอย่างไร สมมติเรื่องพระราชบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติมีเสรีภาพในการตรากฎหมายพอสมควรท่านจะเอาเรื่องไหนเป็น Priority ก็แล้วแต่ ก็แล้วแต่นโยบาย แต่อย่าไปขัดแย้งกับแนวนโยบายแห่งรัฐที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ ถ้ารัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แบบนี้ แต่รัฐบาลไปตราพระราชบัญญัติโดยมีเจตนารมณ์ไปแย้งกัน เช่นรัฐธรรมนูญบอกว่ารัฐอย่าไปประกอบกิจการแข่งกับเอกชนไม่ได้ แต่รัฐบาลตั้งบริษัทแข่งกับเอกชน นี่ก็ขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญบอกว่า บรรดาคลื่นความดีทั้งหลายไม่มีการผูกขาด แต่ตอนนี้ก็มีการผูกขาดอยู่อย่างนี้จะขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้ากฎหมายเขียนบอกว่าให้จัดตั้งองค์กรหนึ่ง และองค์กรนี้มีอำนาจเด็ดขาดในการผูกขาดทั้งหลาย ก็ไปขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัย Check List ในปัญหา แนวนโยบายแห่งรัฐกฎหมายนั้นขัดแย้งหรือไม่ ถ้าไม่ขัดแย้งก็ต้องมาดูว่าเนื้อหาเกินสมควรแก่

เหตุหรือไม่ เนื้อหาไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือไม่ เรื่องนั้นกระทบได้หรือไม่ ถ้ากระทบแล้วบัญญัติถึงขนาดรุกเข้าไปในสาระสำคัญแห่งสิทธิแล้วหรือยัง นั่นก็เป็น Check List อีกประการหนึ่งในเรื่องเนื้อหา อีกเรื่องหนึ่งคือเรื่องหลักใหญ่แต่คิดว่าคงไม่เกิดขึ้น คือ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติก็ต้องอิงหลักในรัฐธรรมนูญที่เราห้ามไม่ให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเราห้ามไม่ให้แก้ไขอยู่ 3 เรื่องใหญ่ คือ เรื่องรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะแบ่งแยกไม่ได้ รูปแบบต้องเป็นรัฐเดี่ยว ถ้ามีใครเสนอกฎหมายในลักษณะที่เป็นสหพันธรัฐ เป็นมลรัฐไม่ได้จะไปตัดเป็นประเทศไทยให้ภาคใดเป็นอีกหนึ่งมลรัฐเป็นรัฐอิสระก็ไม่ได้ นี่คือรูปแบบของรัฐแก้ไขไม่ได้เลย ถ้าแก้ไขรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง คือ หลักการปกครองโดย Monarchy มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ตรงนี้ก็แก้ไขไม่ได้ มีหลายครั้งที่มีคนเสนอว่าให้เลือกนายกโดยตรง ก็มีเสียงคัดค้านว่าไม่ได้ เพราะการเลือกผู้บริหารโดยตรงเป็นแนวคิดของประธานาธิบดี ถึงแม้เราจะไม่ได้เรียกเขาเป็น ประธานาธิบดีให้เขาเป็นนายกรัฐมนตรี แต่เรียกโดยตรงคือประธานาธิบดี แต่เราเรียกนายกก็หมิ่นเหม่ แม้บอกว่าเรียกโดยตรงแต่ไม่ใช่ประมุขก็ตาม ถ้ามีปัญหาศาลอาจจะตีความ ประธานาธิบดีก็เลือกโดยตรงเป็นทั้งประมุขด้วย เป็นทั้งผู้บริหารด้วย แต่เลือกโดยตรงแล้วให้เป็นผู้บริหาร แต่ไม่ให้เป็นประมุขก็หมิ่นเหม่ ประการที่สาม คือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย กฎหมายไหนเขียนในห้องค์กรใดมีทั้งอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ในตัวเอง หรือ มีอำนาจบริหาร และตุลาการในตัวเอง ก็จะขัดกับหลักประชาธิปไตยที่ได้กล่าวไว้คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ เว้นแต่เขียนในรัฐธรรมนูญเอง อย่างอำนาจของ กกต. มีทั้งการออกกฎหมายชี้ขาด ที่ถึงที่สุด นั่นเขียนในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นข้อยกเว้น ถ้าเขียนในรัฐธรรมนูญ จะขัดกับรัฐธรรมนูญเองไม่ได้ จะไปเขียนในกฎหมายลูกไม่ได้ ถ้าบอกว่า กกต. มีอำนาจที่จะชี้ขาดและถึงที่สุดโดยเขียนในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็ขัดรัฐธรรมนูญทันที เพราะฉะนั้นต้องยก

ระดับไปเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็เป็นกระบวนการที่ตรวจสอบแต่ตรวจสอบแล้วถ้าขัดต่อกฎหมายเราถือว่าการออกกฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หน้าหลักจริงๆ ของศาลรัฐธรรมนูญคือ Part ที่สอง ซึ่งเป็น Part ที่ยาก หมายความว่า เมื่อไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วจะให้สิ้นผลหรือไม่ กฎหมายของเรบางที่เราเขียนเรายังเข้าใจคิดว่า อะไรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เสียไป กฎหมายมหาชนไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐเกิดขึ้นได้เสมอแทบจะไม่มี การกระทำใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สามารถทำเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้ ร้อยเปอร์เซ็นต์หรือเขาคิดว่าทำถูกต้องหมดแล้วไม่มีที่ติแต่พอมือองค์กรใดมาตรวจสอบก็มีที่ติอยู่ดี ตรงนี้ในความเห็นขององค์กรไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองบอกว่าไม่ชอบ ศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วย แล้วที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยไม่ใช่มติเอกฉันท์ อาจจะแปรต่อเจ็ดก็ได้ ขนาดเจ็ดเสียงยังเห็นว่าชอบแปดเสียงเห็นว่าไม่ชอบหรือแปดเสียงเห็นว่าชอบแต่เจ็ดเสียงเห็นว่าไม่ชอบ เพราะฉะนั้นตอบยากว่ากระบวนการใดจะถูกต้องร้อยเปอร์เซ็นต์บอกไม่เป็นไรคิดว่าไว้ถ้าแปรต่อเจ็ด แปรชนะก็ถือว่าการกระทำนี้ไม่ชอบแต่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายใช่ว่ามันจะต้องถูกทำลายสิ้นไป การที่จะถูกเพิกถอนหรือไม่ ให้สิ้นผลหรือไม่ องค์กรชี้ขาดต้องพิจารณาอีกชั้นหนึ่งโดยคำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวมประโยชน์ของประเทศชาติ คำนึงถึงหลักความสุจริตและความมั่นคงแห่งสิทธิหลาย ๆ เรื่องแล้วค่อยมาชี้ว่าสมควรให้มันสิ้นผล เพราะฉะนั้นถ้าฟังตอบว่าชอบไม่ชอบแล้วหยุดแค่นั้นไม่ได้ ต้องพิจารณาอีก Part หนึ่งว่าแล้วจะให้สิ้นผลหรือไม่ เพราะอะไร อันนี้ก็พัฒนาใหม่เพราะเดิมเรามักจะคิดว่าอะไรที่ไม่ชอบก็ต้องสิ้นผล แต่สิ่งที่ไม่ชอบก็ไม่แน่ มือองค์กรหนึ่งอาจจะเห็นว่าชอบก็ได้ ที่ผมเป็นห่วงก็คือบรรดาเจ้าหน้าที่พอดังศาลปกครองมาศาลปกครองก็จะคิดเหมือนเดิมว่าถ้าไม่ชอบก็ต้องยกเลิกเพิกถอนไป เมื่อไม่ชอบคำสั่งนั้นก็ผิดกฎหมายเมื่อผิดกฎหมายก็เป็นละเมิด ความจริงไม่ใช่ เพราะกฎหมาย

ละเมิดเราความจริงเรายังเขียนไม่ครบ ถ้าเจ้าหน้าที่เขาทำตามความรู้ความสามารถแล้ว เห็นว่าอย่างนี้ถูกต้องสุจริตแต่บังเอิญถูกฟ้องร้องต่อศาลแล้วศาลบอกว่าศาลไม่เห็นด้วยกับความเห็นของเจ้าหน้าที่ที่สั่งการเช่นนั้น ศาลเองอาจจะชนะด้วยคะแนนสามต่อสองได้เลย หรือสี่ต่อหนึ่งสุดแท้แต่แล้วไม่ใช่พอศาลบอกว่าคำสั่งนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นละเมิดก็ไม่ใช่จะเป็นละเมิดได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ ผู้นั้นในการกระทำเขามีความรับผิดชอบอาญาด้วยหลักนี้ความจริงสร้างมานานแล้ว เข้าใจว่าละเมิดของเราไม่ได้เขียนให้ครบทุกวันนี้เจ้าหน้าที่ถูกฟ้องต่อศาลปกครองศาลปกครองบอกคำสั่งไม่ชอบเลย back to back เลยถูกฟ้องทันทีเรียกค่าเสียหายใครก็ไม่กล้าสั่งเพราะว่าสั่งยืนอยู่บนเส้นด้าย แต่ความจริงเขาจะละเมิดได้ต้องเขาจงใจกลั่นแกล้งหรือเขาประมาทเลินเล่อในมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เขากฎหมายง่าย ๆ คุณยังไม่รู้อีกอันนี้อาจจะประมาทถ้าประมาทอย่างนี้จึงถือเป็นละเมิด แต่ถ้าเขาทำรอบคอบหมดเพียงแต่ตรงความเห็นไม่ตรงกับศาลเท่านั้นเอง ถ้าอย่างนี้ก็ไม่มีควมรับผิดชอบละเมิด ทำนองเดียวกันแนวคิดเดียวกันเอาไปใช้ในกระบวนการในการตรวจสอบ ถ้ากฎหมายใดตราโดยผิดขั้นตอนวิธีพิจารณาระบบกฎหมายที่เขาเอามาศึกษาความสัมพันธ์ของสารบัญญัติกับความสัมพันธ์ของกระบวนการในอดีตเขาถือความสัมพันธ์เสมอกันอย่างเช่นในคอมมอนลอว์เสียเลย ถ้ากระบวนการไม่ชอบผิดวิธีพิจารณา ถ้าเจ้าหน้าที่เข้าไปมีส่วนได้เสีย เสียหายหมดเลยแต่พัฒนาการในระยะหลังไม่ว่าจะเป็นของประเทศคอมมอนลอว์หรือของประเทศภาคพื้นยุโรปเขาจะมาให้ความสำคัญวิธีพิจารณาน้อยกว่าสารบัญญัติ เขาบอกว่าถ้าขั้นตอนผิดเล็กๆ น้อยๆ ไม่ใช่เป็นสาระสำคัญ เขายอม จะบอกว่ากฎหมายนี้ออกชอบไหมตอบว่าไม่ชอบ มีผลบังคับหรือเปล่า มี จำเป็นต้องเพิกถอนหรือเปล่า ไม่จำเป็นเพราะถ้าเพิกถอนสภาก็ออกกฎหมายฉบับเดิมอีก แล้วก็เปลืองงบประมาณร่างกฎหมายบางฉบับบ้านเราก็ใช้จ่ายประมาณ 10 ล้านบาท เดียวนี้เขาจะคิดถึงเรื่องค่าใช้จ่าย ค่าใช้จ่าย

ทั้งหลายว่าคุ้มค่ากันหรือไม่ เมื่อปลายปีที่แล้วมีการบริจาคที่ดินแปลงหนึ่ง 30 ตารางวา ของคุณยายเพื่อให้ถนนซ้ายถนนขวามันเชื่อมกันได้ แต่เจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงตัดผิดไปตัดอีกแปลงหนึ่งของคุณตา คุณตาก็ไม่ยอมไม่ยอมก็ไม่ว่าจะทำยังไงก็ไปปรึกษาเจ้าหน้าที่ก็บอกว่าง่ายนิดเดียวตราเป็นพระราชบัญญัติแลกกัน แลกที่ดินของคุณตากับคุณยายไปเนื้อที่เท่า ๆ กันไปแบ่งโฉนดแลกกันโดยตราพระราชบัญญัติ เจ้าหน้าที่ก็ชื่อไปตราเป็นพระราชบัญญัติ ส่งมายังที่ประชุมกฎหมายมหาดไทย ก็บอกว่าคุณรีบไปถอนเลยเพราะตราเป็นพระราชบัญญัติค่าใช้จ่ายร่วม 10 ล้าน ที่ดินแปลงนี้ราคาไม่กี่สตางค์ ถ้าตรวจสอบมาใครที่ตัดผิด คนที่ตัดผิดต้องมีความรับผิดชอบในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิด ไม่ก็ตำราวางก็ชดใช้เขาไปหรือก็ไปทุบทิ้งที่ทำถนนตรงนั้นไม่ใช่สาระสำคัญก็ทุบทิ้งไปคืนคุณตาเขาไปแล้วก็ไปตัดเชื่อมอีกที่หนึ่งของคุณยาย 30 ตารางวาเองทำไมต้องมาตราเป็นพระราชบัญญัติเพราะเขาไม่เข้าใจว่าอันนี้คือรัฐ ปัจจุบันนี้เราคิดถึงความคุ้มค่าด้วย สมัยก่อนเรารู้กันแหละ สติกเกอร์บาทหนึ่งเราก็สู้ถึงศาลฎีกา โอเลี้ยงห้าสิบบาทเราก็สู้ถึงศาลฎีกาหมด ประชาชนได้อะไรบาทสองบาทหาความเป็นธรรม แต่รัฐจ่ายเงินมหาศาลเพราะคดีหนึ่งกว่าจะไปศาลฎีกาหลายแสนบาทถ้าคิด Cost ตั้งแต่ตำรวจไปอัยการมาถึงศาลเปิดห้องประชุมมีแอร์มีเจ้าหน้าที่ผู้พิพากษาชั้นต้น อุทธรณ์ ฎีกาไม่คุ้มค่ากัน ทำนองเดียวกันถ้ากฎหมายใดถ้าตราโดยผิดขั้นตอนเล็กๆ น้อยๆ แล้วก็ไม่ใช่สาระสำคัญเท่าใดนัก ถ้าถามว่าชอบไหมตอบว่าไม่ชอบแต่จำเป็นต้องเพิกถอนหรือเปล่าถ้าเราเอาตามลายลักษณ์อักษรไม่ชอบก็ต้องเสียไปตอนนั้นประเทศชาติไม่มีกฎหมายนั้นใช้อย่างไปกันใหญ่เกิดกลียุคขึ้นมาไปกันใหญ่ การตรวจสอบอีกประเภทหนึ่งคือตรวจสอบเรื่องการกระทำ การตรวจสอบเรื่องการกระทำว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในทางทฤษฎีก็ไม่ต่างกันถ้าเป็นการกระทำของรัฐจะตรวจสอบคล้าย ๆ กับของฝ่ายปกครองคือดูทั้งรูปแบบว่าชอบหรือไม่

วิธีพิจารณาเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ ต่อไปเราต้องมาดูอย่างเช่น ส.ส. ผู้ที่เสนอญัตติแปรญัตติเขาในเรื่องงบประมาณ เขามีส่วนได้เสียหรือไม่อันนี้คือตรวจสอบหลักความเป็นกลางอันนี้เหมือนกันทฤษฎีเดียวกันมีส่วนได้เสียหรือเปล่า มีการรับฟังความถูกต้องตามกระบวนการใหม่เพราะกฎหมายบางฉบับต้องมีการทำประชาพิจารณ์ก่อนยุคหลังนี้เริ่มจะเข้ามาแล้วไปกระทบประชาชนส่วนมากแล้วตรวจสอบถึงการกระทำนั้น Procedure ถูกต้องไหม ระยะเวลาถูกต้องหรือเปล่า เมื่อตรวจสอบวิธีพิจารณาแล้วเราก็มาตรวจสอบเรื่องเนื้อหาสาระสำคัญว่าถูกต้องหรือไม่ เข้าไปกระทบดุลพินิจหรือเปล่าได้ใช้อำนาจดุลพินิจเกินไปหรือไม่แล้วท้ายสุดก็จะมาวินิจฉัยว่าชอบหรือไม่ชอบ แล้วอีก Part หนึ่งที่ผมว่าต้องมาคำนึงถึงหลักสุจริตต่างๆ เพราะว่าหลายกรณีทั้งของศาลปกครองที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกระบวนการเลือก กทช. กสช. ท่านเข้าไปเลยท่านไม่ได้ดู ท่านก็ไปเพิกถอนไปลบกระดานเขา แต่กฎหมายบอกต้องมีองค์กรณีภายใน 120 วัน ท่านก็ไปยุ่งเสียจนบัดนี้ กสช.ยังตั้งไม่ได้เลย แล้วก็มีพวกเคเบิลเถื่อนเกิดขึ้นมาร่วม 400 กว่าแห่ง กทช. ก็ตั้งได้แต่ยังทำงานไม่ค่อยเป็นเพราะไปยุ่งกับพวกบริษัทเล็ก ๆ แต่บริษัทใหญ่ยุ่งไม่เป็นท่านบอกว่าเรื่องนี้ไม่เกี่ยวข้องตามสัญญามุ่งการทำงานอะไรต่อไป ประเด็นเรื่องของการตรวจสอบผมคิดว่าในอนาคตไม่ว่าจะเป็นองค์กรศาลปกครองหรือแม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญถ้าพัฒนาการของเรา เรามีความกล้าที่จะวินิจฉัยเพื่อประโยชน์ของประชาชาติ เราอาจจะชี้เลยว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ว่าเรื่องนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องที่สำคัญเมื่อเทียบกับประโยชน์ของรัฐแล้วอันนี้สำคัญกว่าหรือเทียบประโยชน์ของผู้ที่เขาเสียหาย ยกตัวอย่างเช่นกรณี 2 เรื่องที่มีการอภิปรายกัน กรณีของการเลือก กกต. สมัยของพลเอกสุรินทร์ รุปลเกล้า เราก็บอกว่าการสรรหาตรงนั้นไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญบอกว่าต้องได้เสียง 3 ใน 4 นั่นคือ 8 คน จาก 10 คน ของกรรมการสรรหา ของพลเอกสุรินทร์ นี้ไม่ถึงใช้วิธีพิสดาร ถามว่าผิดกฎหมายไหม ผิด ผิดกฎหมายแต่ สว. ก็โหวตเลย

ไม่สนใจที่มีการศึกษามาเป็นเวลา 4 - 5 เดือนทิ้งไปหมดแล้วส่งวุฒิสภา แล้ววุฒิสภาก็โหวตเลยแล้วพลเอกศิริรินทร์ก็มาเป็นแล้วเรื่องก็ยาวมาพอสมควรจากนั้นจึงมีการส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญเราก็วินิจฉัยว่ากระบวนไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ไม่ได้วินิจฉัยอะไรต่อ ก็มีความไม่ชอบแล้วจะต้องพ้นจากตำแหน่งหรือเปล่า พลเอกศิริรินทร์ใหม่ๆ ท่านก็บอกท่านก็ไม่พ้น แต่โดยหลักความเข้าใจของเราก็คือไม่ชอบก็ต้องพ้นจากตำแหน่ง แต่ถ้าเราชี้ไปเลยว่าไม่ชอบไม่พ้นไม่ได้เพราะเรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญคุณต้องพ้นจากตำแหน่งถามว่าแล้วใครรับผิดชอบ ไม่มีคนรับผิดชอบ คนที่เสนออธิการบดีของมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งเสนอโดยใช้วิธีการนี้ไม่เห็นต้องรับผิดชอบอะไรเลยแต่คนที่บาปเคราะห์ตกเป็นคนที่อยู่ในตำแหน่งร่วมเกือบ 2 ปี เขาต้องพ้นจากตำแหน่งไปเสียโอกาสต่างๆ ไปหมด ซึ่งตรงนี้เรามาพิจารณาใน Part สองว่าไม่ชอบจริงแต่ระยะเวลาล่วงพ้นไปแล้ว สมควรที่จะเลือกใหม่หรือไม่ ทำให้รัฐได้อะไรมากขึ้นกว่าเดิมหรือเปล่าหรือลำพังเพียงทำให้ถูกต้องตามระบบขั้นตอนเพราะยังงี้เสียวุฒิสภาเขาก็เลือกไปแล้ว และถ้ามีการแก้กฎหมายจริงควรจะจบที่วุฒิสภา ชอบไม่ชอบต้องจบตรงนั้น เพราะไม่มีเรื่องใดที่ตั้งแต่ต้นจนจบจะสมบูรณ์หมดหรือขึ้นมาวันใดวันหนึ่งก็ต้องเจออยู่ดี ทำนองเดียวกับกรณีคุณหญิงจรรยาบรรณศาลรัฐธรรมนูญเราก็วินิจฉัยคล้ายๆ กันว่าไม่ชอบ ไม่ชอบท่านก็พ้นจากตำแหน่งเหมือนกัน แต่ท่านก็บอกว่าท่านไม่พ้นก็คาราคาซังอีกนั่นแหละเลยทำให้ไม่มีผู้บริหาร ไม่มีผู้ว่าการฯ ท้ายสุดคือเกิดความเสียหายขึ้น ในส่วนนี้ถ้าได้มีการพิจารณาไปเลยว่า ชั่งน้ำหนักแล้วขั้นตอนนั้นไม่ชอบแล้วถือว่าเป็นสาระสำคัญ ท่านต้องพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันนี้ก็จบ แต่ชั่งน้ำหนักขั้นตอนดูแล้วไม่น่าเป็นสาระสำคัญเพราะยังงี้เสียก็ต้องเข้าวุฒิสภาแล้ววุฒิสภาก็ต้องโหวตอยู่ดี เพราะถือว่าแม้จะผิดตามระเบียบแต่ก็อาจจะชอบด้วยกฎหมายกฎหมายบอกบัญชีรายชื่อแล้วท่านก็ดำรงตำแหน่งนี้มาพอสมควรท่านก็สุจริตคนที่ไม่ชอบไม่ใช่ท่านหรือยกแต่เป็นคณะกรรมการหรือเป็นคนเขียน

กฎระเบียบนั้นที่ไม่ได้ดูตามกฎหมายแม่บอกว่าให้ส่งบัญชีรายชื่อกลับไป
เสนอคนที่มีความเหมาะสมสูงสุดๆ แล้วตรงนั้นก็มีความแล้วท่านก็สุจริตก็
คุ้มครองท่านให้อยู่ในตำแหน่งต่อไปอะไรทำนองนี้ คือ Part นี้เป็น Part
ที่สำคัญเพราะว่ามีฉะนั้นแล้วก็ปฏิบัติไม่ได้เพราะอีกฝ่ายหนึ่งก็อ้างว่าอยู่ใน
ตำแหน่งแล้วอีกฝ่ายหนึ่งก็บอกว่าคุณไม่อยู่แล้วท้ายสุดผลเสียหายจะเกิด
ขึ้นเพราะไม่รู้จะดำเนินการอย่างไรนี้ก็คงจะเรียนในแนวทางที่เป็นผล
กระทบจากการวินิจฉัย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยให้ครบ
Scenario ของเรื่อง แม้จะมีการยื่นคำร้องมาหรือไม่ก็ตาม เมื่อเดินมา
ตรงนี้แล้วจะต้องแก้ปัญหาก็ให้ได้และให้ปฏิบัติให้ได้ ไม่ใช่ บอกว่า
คำฟ้องมาไม่ได้เขียนเอาไว้ก็วินิจฉัยตามฟ้องวินิจฉัยนอกประเด็นไม่ได้
แค่นั้นไม่พอเพราะถ้าเป็นหลักเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยโดยเฉพาะ
เรื่องตามรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยให้หมดจะไม่อยู่ภายใต้หลักวินิจฉัยเกิน
คำขอต้องให้จบไม่จั้นปฏิบัติไม่ได้ ยิ่งกรณีศาลรัฐธรรมนูญไม่รู้จะไปศาลไหน
อีกหมดแล้วนอกจากจะไปแก้กฎหมายใหม่ไปเขียนกฎหมายใหม่ซึ่งเป็นไป
ไม่ได้ เพราะฉะนั้นโดยสรุปคิดว่า พัฒนาการของศาลในตอนต้นของเราซึ่ง
แน่นอนศาลก็ต้องระมัดระวังตัวพอสมควร รัฐธรรมนูญก็เป็นฉบับที่เพิ่ง
ประกาศใช้ใหม่ๆ ทุกประเทศก็เป็นอย่างนี้ทุกประเทศจะยึดลายลักษณ์
อักษรเพราะเรายังขาดประสบการณ์หรือยังไม่มี Case Study ที่จะมอง
ทะลุไปอีกข้างหน้าแต่หลายประเทศที่เขามีความกล้าที่จะวินิจฉัย เมื่อครั้ง
หนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญที่เราจัดที่โรงแรมแอมบาสเดอร์ คุณพิเชษฐ เมลาณนท์
เขามีสถิติว่าประเทศไหนที่มีความกล้าที่จะวินิจฉัยให้หลุดจากลายลักษณ์
อักษรเลยอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา เยอรมัน อังกฤษ แล้วก็สถิติของ
ประเทศที่ติดกับตัวลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่ก็จะเป็นประเทศเล็กๆ เรามา
ติดกับลายลักษณ์อักษรไม่กล้าที่จะวินิจฉัย ซึ่งผมคิดว่าถ้าหากศาลเรามี
ความกล้าที่จะใช้กฎหมายแล้วก็มีหลักเราก็อ้างได้ว่ามาจากตรงนี้ของมาตรา
มาจากตรงนี้ของหลักรัฐธรรมนูญแล้วสกัดออกมาให้ได้ก็สามารถใช้

รัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการของรัฐธรรมนูญไม่ใช่ติดกับลายลักษณ์อักษรซึ่งถ้าเราคิดลายลักษณ์อักษรจะแก้ไขปัญหาของส่วนรวมลำบาก ซึ่งอันนี้ก็มีเสียงเรียกร้องจากวุฒิสภาว่า ศาลปกครองก็ติด ลายลักษณ์อักษรเยอะบางคนบอกให้ยุบเลยอาจจะเสนอรุนแรงหน่อย บอกว่าเนื่องจากแก้อะไรไม่ได้เลยส่งเรื่องไปก็ไปแขวนไปดองไว้หลายปีท้ายที่สุดคนที่ยื่นคำร้องไปก็ขอถอนหรือว่าเลิกกันไปแล้วเพราะว่าทุกซ์ได้รับการเยียวยาไปเรียบร้อยแล้ว คือแผลที่ได้รับบาดเจ็บกลายเป็นแผลเป็นไปซะแล้วไม่ต้องการคำพิพากษาของศาลอีก ซึ่งลักษณะนี้เคยเกิดขึ้นเมื่อครั้งร้องทุกซ์ ผมเคยเป็นคณะกรรมการร้องทุกซ์อยู่ 2 สมัย ก่อนตั้งศาลปกครอง โดยมีการร้องทุกซ์ว่าข้างบ้านก่อสร้างอาคารฝุ่นก็ตกลงมาเศษอิฐก็ตกลงมาร้องทุกซ์ทำไงก็ร้องทุกซ์แจ้งท้องถิ่นทำไมคุณละเลยชี้แจงไปชี้แจงมา แล้วก็ตัวเจ้าหน้าที่ก็ไปทำสำนวนชี้แจงสุดท้ายเรียกให้ผู้เสียหายมาแถลงผู้เสียหายบอกว่าตึกสร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว ศาลก็บอกว่าให้จำหน่ายคำร้องทุกซ์ไปเพราะทุกซ์ไม่มีแล้ว ไม่มีประโยชน์ต้องแก้ปัญหาให้ทันเวลาเมื่อเกินเวลาไป คำวินิจฉัยสวยหรูแต่ไร้ประโยชน์แล้วเหมือนศาลแรงงานถ้าพิจารณาซ้ำลูกจ้างเป็นเศรษฐีไปแล้วก็ไม่มีประโยชน์ที่จะเอาเงินที่นายจ้างติดค้างอยู่ ครอบงำจะพูดภาพรวมกว้างๆ ในฐานะที่เป็นผู้ดูแลอยู่แต่ไม่ใกล้ชิดนักดูห่างๆ พยายามที่จะหาเวลาอ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้มากที่สุดด้วย

คำถาม:

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์:

ประเด็นบท Sanction ที่กฎหมายเขียนไว้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันทุกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 268 หมายถึงว่า

ศาลรัฐธรรมนูญมีการตีความ คำวินิจฉัยและการตีความเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายเหมือนกัน เพราะฉะนั้นเมื่อผูกพันแล้วหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรอิสระเขาจะต้องปฏิบัติตามเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย ถ้าเขาจะไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามตรงนั้น จะต้องไปยกกฎหมายมา Overrule แนวที่ศาลตีความบท Sanction ไม่ทราบว่าหมายถึงอะไร ถ้าบท Sanction บอกว่าถ้าใครไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษทางอาญาคงไม่ใช่ หมายถึงว่าคำวินิจฉัยนั้นเป็นเสมือนหนึ่งคล้ายกฎหมายที่ต้องไปปฏิบัติตาม ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายหรือคำวินิจฉัยอื่นมา Overrule หรือมาทับแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือการกระทำของเขาก็ถือว่าขัดต่อกฎหมายพอคำสั่งหรือการกระทำของเขาขัดต่อกฎหมายเพราะไปปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จะส่งผลตามมาอีกที่หนึ่งว่าเขาอาจจะมีความรับผิดทางอาญา ทางแพ่ง ทางวินัย หรือทางปกครอง จึงไม่ใช่บท Sanction ทันทันทันใด แต่การที่เขาไม่ปฏิบัติตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ถือว่าเขาไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย อันนั้นก็จะมีผล Sanction ตามมา Sanction ในตัวบุคคล เขาก็มีความรับผิดทางแพ่ง อาญา ปกครอง Sanction ในองค์กรเพราะว่าถ้าเขาทำหน้าที่ในฐานะเป็นผู้แทนองค์กรแล้วเขาไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นก็จะมีผลกระทบ ต่อประชาชนประชาชนก็อาจจะเป็นผู้เสียหายฟ้องให้องค์กรชดใช้ค่าเสียหายให้เขาได้ อันนี้ก็ถือว่าเป็น Sanction หนึ่ง ส่วนที่บอกว่าองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญมี 15 ท่าน 5 ท่านมาจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาสรรหามา 2 มาจากศาลปกครองและขณะนี้หายไป 1 เพราะว่าผู้แทนที่มาตอนต้นเกษียณไปมีหน้าที่ต้องสรรหามาอีก 1 ถ้าไม่สรรหาจะทำอย่างไร คงไปบังคับไม่ได้เพราะการที่จะมาดำรงตำแหน่งนั้นไปบังคับใครไม่ได้ นอกจากไปอยู่ในระบบนั้นแล้วเขายังบังคับคนนั้นขึ้นเหมือนศาลยุติธรรมคุณพ้นจากศาลชั้นต้นก็ถูกบังคับขึ้นศาลอุทธรณ์ระบบเรายังบังคับให้ขึ้นก็ต้องขึ้น

แต่ของต่างประเทศถ้าไม่สมัครใจก็บังคับเขาไม่ได้ อยู่ศาลชั้นต้นไปตลอด อย่างเช่นเยอรมัน ครั้นนี้เราต้องถามว่าระบบเราใช้ระบบบังคับหรือระบบสมัครใจ ของเราใช้ระบบสมัครใจมาจากศาลยุติธรรมคุณต้องสมัครใจมาจากศาลปกครองต้องสมัครใจเมื่อใช้ระบบสมัครใจเป็นไปได้ว่าจะไม่ครบ ผมพูดมาตั้งหลายปีแต่ไม่มีคนเชื่อแต่ที่ผมพูดนั้นไม่ใช่กรณีของศาลปกครอง แต่เป็นกรณีของศาลยุติธรรมบอก 5 คนของศาลยุติธรรมสมมติว่าไม่มีใครเขาอยากจะมา เขาไม่อยากจะไปเรียนรู้ระบบใหม่ใช้ชีวิตดีกอล์ฟบ้างแล้ว ตัดสินเชี่ยวชาญแพ่ง อาญา ไปจนถึงเกษียณ เมื่อไม่มีใครมาก็คือไม่ครบ 5 คน ก็เหลือแค่หนึ่งอีกแหละก็ต้องทำงานไปก็รัฐธรรมนูญไปเขียนไว้ทำไมว่าต้องมา 5 คน ทำไมไม่เขียนว่ามาได้หมดมีความสมัครใจแล้วเราเอา 15 คนบางยุคบางสมัยมาจากศาลยุติธรรม 3 ศาลปกครอง 4 หรือบางยุคมาจากศาลยุติธรรม 7 ศาลปกครอง 2 อย่านไปเขียนให้ Fixed จะ Deadlock ถ้าเขามี 3 มา 1 เราก็ทำงานแค่นี้ เราจะไปบอกว่าถ้าฉันเราจะเอาสายอื่นเข้ามาให้ครบ 15 ก็ไม่ได้ ต้องยอมรับว่าไม่เกิน 15 แต่อาจจะมี 13 12 11 ก็ได้เมื่อมีเท่าไร ณ เวลาใดเวลาหนึ่งแล้วถ้าท่านยังหาประธานใหม่ไม่ได้ ก็ให้เลือกประธานใหม่เท่าที่มีอยู่ในมือนี้แหละไม่ใช่ว่าต้องรอ ถ้าท่านรอไม่รู้จะรอถึงเมื่อไหร่จึงอาจจะต้องแก้รัฐธรรมนูญอีก

เลขาราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ:

ขออนุญาต 3 ประเด็น ประเด็นแรกในเรื่องการวินิจฉัยเกินคำขอ ท่านอาจารย์บอกว่าไม่ต้องไปดูในจุดนั้นแต่ดูประโยชน์ให้สิ้นสุดในกระบวนการ ประเด็นที่สองในบทละเมิดอำนาจศาลท่านอาจารย์คิดว่าในศาลรัฐธรรมนูญควรจะมีอยู่อย่างไรในสากลมีอยู่อย่างไรเท่าที่อาจารย์ประสบการณ์มา ประเด็นสุดท้าย สมมติว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายศาลส่งมานะครับ ศาลจะใช้บังคับแก่คดีแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้

ไม่ได้คดีที่ฟ้องในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเดียวกันในศาลอื่นในศาลสาขา ในศาลจังหวัด ศาลแขวงหรือเป็นข้อเท็จจริงใช้ข้อกฎหมายเดียวกัน ก็เท่ากับยกฟ้องใช้ไม่ได้แล้วตัดสิน ณ วันนี้ คดียังค้างศาลอื่นคดี ต้องยกฟ้อง ในข้อกฎหมายในข้อเท็จจริงเดียวกันแต่ผมยังมีประเด็นติดใจอยู่นิดหนึ่งว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้ง ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด สมมุติว่าคดีนั้นมี จำเลยในคดีถูกจำคุกโดยคำพิพากษานั้น 5 ปี ข้อกฎหมายนั้นติดมาแล้ว 2 ปี เหลืออีก 3 ปี จะพ้นโทษ ณ วันนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ตัดสินว่า บทบัญญัติที่ศาลใช้ในคราวนั้นขัดหรือแย้งเท่ากับว่าไม่มีผลกระทบกระเทือน ถึงที่สุดไปแล้ว วิธีการเยียวยาในจุดนี้จะใช้กฎหมายหรือฟื้นคดีอาญาขึ้น พิจารณาใหม่ ตรงจุดนี้ช่องทางเยียวยาในระบบสากลควรจะเป็นอย่างไร ขอขอบคุณท่านอาจารย์ครับ

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

เรื่องแรกคือเกินคำขอ คือหลักถ้าฟ้องมาอย่างหนึ่งศาลท่านคงจะ พิจารณาตามที่ฟ้องมาตามคำขอแต่ในเรื่องเดียวกันศาลท่านจะพิพากษาให้ครบ Scenario ความจริงเราถือว่าไม่เกินคำขอ แต่ว่าทำให้คำตัดสินสามารถ บังคับได้และไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความตามมาอีกเพราะว่าคำพิพากษา ของศาลรัฐธรรมนูญไม่เหมือนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งไปแล้ว ไม่เข้าใจขอให้อธิบายได้ขอให้พิพากษาให้ครบถ้วนได้ แต่ของศาลนี้ไม่มี พิพากษาจบแล้วจบเลย ด้วยเหตุนี้จึงต้องต่อให้จบเรื่องเพราะว่าเวลาที่เขา ฟ้องมาผู้ฟ้องเขาไม่ได้มองประเด็นทั้งหมดถ้าเขามองประเด็นทั้งหมดก็คง ฟ้องมาทุกเรื่องจนจบจนสิ้นกระแสรวมแต่เขาฟ้องมาเขาเห็นเฉพาะทุกข์ ของเขาแค่นี้เองหรือว่าเขาเห็นประเด็นนี้เองแต่เมื่อศาลวินิจฉัยประเด็นนี้ เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดก็ต้องตอบให้จบ ถ้าถามว่าเกินคำขอหรือไม่ต้องถือว่า ไม่น่าจะเกินคำขอซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจจะต้องไปวางวิธีพิจารณาของ

ตนเองว่าอย่างนี้ไม่ถือว่าเกินคำขอ ไม่ได้ออกนอกกลุ่มนอกทาง ไม่ได้วินิจฉัยอีกในประเด็นใหม่ อันนี้คิดว่าอยู่ในอยู่ในอำนาจของศาล เรื่องที่สองเรื่องละเมิดอำนาจศาล ไม่ว่าศาลใดก็ตามถ้าเพื่อความสงบเรียบร้อยในกระบวนการพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาลความจริง เรื่องละเมิดอำนาจศาลเป็นเรื่องอำนาจในการดูแลสถานที่ที่เป็นอำนาจในทางกฎหมายแพ่ง ใครเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ใดก็มีอำนาจดูแลอสังหาริมทรัพย์นั้น ขณะเดียวกันก็มีหน้าที่รับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดจากอสังหาริมทรัพย์ 2 อย่าง ภายในอสังหาริมทรัพย์ที่เจ้าของสถานที่มีอำนาจและนอกอสังหาริมทรัพย์ สมมุติว่า อิฐก้อนหนึ่ง ของศาลยุติธรรมตกไปลงหัวใคร เจ้าของก็ต้องดูแล เพราะฉะนั้นอำนาจในการปกครองสถานที่บังเอิญไม่ใช่สถานที่ธรรมดาแต่เป็นสถานที่ของศาล แล้วศาลก็มีอำนาจตุลาการอยู่แล้วก็มีอำนาจที่จะลงโทษได้เลย แต่ถ้าไม่ใช่เป็นศาลแต่เป็นส่วนราชการใครมาบุกรุกทำให้เกิดความเสียหายไม่มีอำนาจเด็ดขาดในตัวเองเพราะไม่ใช่ศาลก็ต้องไปฟ้องศาลฎีกใหม่ครบแต่บังเอิญถ้าเป็นสถานที่ของศาลเองก็เลยให้อำนาจศาลที่จะลงโทษได้ ผมคิดว่าเรื่องละเมิดอำนาจศาลในการดูแลสถานที่น่าจะมีหมดทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม ศาลทหาร น่าจะต้องใช้อันเดียวกันแต่ตอนที่ยกร่างเข้าใจว่าผู้ยกร่างคิดว่าเรื่องวิพากษ์วิจารณ์อย่างนี้เป็นการละเมิดอำนาจศาลอันนี้ไม่ใช่วิพากษ์วิจารณ์ไม่ใช่เป็นการละเมิดอำนาจศาลแต่อย่าไปหมิ่นประมาทก็แล้วกัน หมิ่นประมาทถึงไม่เขียนไว้ก็ผิด ละเมิดอำนาจศาลในเรื่องการดูแลสถานที่น่าจะใช้ได้ของศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพียงแต่ข้อแตกต่างในบางระบบจะแยกอย่างนี้ว่า ในระบบของไทยเมื่อศาลลงโทษละเมิดอำนาจศาลแล้วถ้าการกระทำในตัวเองไปผิดในฐานะทำร้ายร่างกายหรือไปผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองแล้วก็ตามอยู่ที่ได้ดูศาลเราลงอีกกระทงหนึ่งเราถือว่า 2 กระทงแต่ในเยอรมันนี่ความผิด ฐานละเมิดอำนาจศาลอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณา

ท่านมานิต วิทยาเต็ม:**ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ**

ถ้ามีการวิพากษ์วิจารณ์คดีระหว่างศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดี จะทำอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

จะแก้ไขก็ต้องเขียนให้เป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับทางอาญา ถ้าตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายอาญา มาตรา 2 ก็บอกยังไม่เป็นความผิด ทางศาลก็อาจจะเสนอขึ้นไป ในการตรวจสอบกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็จะมีสภาพบังคับ แต่ส่วนใหญ่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับถ้าเป็นกฎหมายปกครองจะมีบทกำหนดโทษ จะมีผลทางอาญา ถ้าใครคนใดคนหนึ่งถูกดำเนินคดีอาญาไปแล้ว กฎหมายเขียนว่าคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลย้อนหลังไป กระทบกระเทือนคำพิพากษาที่ถึงที่สุดไปแล้ว หลักนี้เดิมที่เอามาเขียน โดยมองว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับมีสภาพบังคับในลักษณะคำสั่งทาง ปกครอง คือจะไม่ผลย้อนหลัง ถ้าเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหลัก กฎหมายอาญามีว่า การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดก็มีกฎหมายยกเลิก คือมี พระราชบัญญัติมายกเลิก การที่ศาลรัฐธรรมนูญบอกว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัตินี้ก็ถูกยกเลิกเหมือนกัน แต่ไม่ได้ยกเลิกโดยรัฐสภา แต่ยกเลิกโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเนื้อหาสาระก็เหมือนกัน ในกฎหมายของเราไม่ได้เขียนไว้ ของเยอรมันถือว่ามีผลทำให้จำเลยหรือนักโทษที่ต้องคำพิพากษา หรือจำเลยที่อยู่ระหว่างกระบวนการพิจารณาอยู่นั้นไม่อาจที่จะดำเนินการต่อไปได้อีกแล้ว กระบวนการทำอย่างไรให้เขาพ้นไป คือเอามาลงโทษเขาไม่ได้ ก็ใช้หลักเรื่องของการสร้างวิธีพิจารณาขึ้นมาอีก ชั้นหนึ่งเพราะว่าจะไม่พ้นโทษไปโดยอัตโนมัติก็จะใช้วิธีรื้อฟื้นชั้นพิจารณาใหม่

ของเราอาจจะต้องไปแก้กฎหมายว่าด้วยการรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ว่าให้มีเรื่องนี้เข้ามาด้วย ปัจจุบันมีแค่ 3 เรื่อง เรื่องพยานหลักฐานเท็จ เรื่องพยานบุคคล และเรื่องหาตัวจำเลยที่แท้จริงได้ ต้องพ่วงเรื่องนี้ไปด้วยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญไปวินิจฉัยว่ากฎหมายที่มีสภาพบังคับทางอายุขาดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะบรรดาการกระทำให้ถึงที่สุดแล้ว ก็สามารถรื้อขึ้นมาพิจารณาใหม่

คำถาม:

กฎหมายอาญามีประมวลอาญาอยู่แล้วถ้าเทียบก็เป็นการแก้กฎหมายกรณีที่ว่าศาลยกโทษ ในหลักกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดก็ให้ยกโทษเป็นอย่างไร ?

รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์:

แต่ว่าพ้นโดยอัตโนมัติไม่ได้เพราะการกระทำบางอย่างไม่ผิด พรบ. นั้นฉบับเดียว อาจจะผิดกฎหมายหลายบท ผิด พรบ. นี้จริง แต่ พรบ. อื่น อาจจะต้องรับช่วงพรบ. อื่น อาจจะต้องแยกโทษออกมาใหม่ เพราะฉะนั้นต้องใช้กระบวนการรื้อฟื้นคดีขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง เพราะไม่อัตโนมัติ กรรมหนึ่ง อาจผิดกฎหมายหลายบท ผิด พรบ. สามฉบับ พรบ. ฉบับหนึ่งขัดรัฐธรรมนูญ อีกสองฉบับไม่ขัด ลงฉบับนี้ไม่ได้ ไปลงอีกสองฉบับได้

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ:

ในนามของเพื่อนข้าราชการ ใคร่ขอกราบขอบพระคุณ รศ.ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาพูดคุยบรรยายความรู้ในหัวข้อที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะว่าเป็นส่วนที่เป็นองค์ความรู้ตามที่ท่านอาจารย์มีประสบการณ์ได้มาพูดคุยในฐานะประสบการณ์จริงและในเชิงทฤษฎี นับได้ว่า

อำนาจประโยชน์ที่ทางพวกเราเพื่อนข้าราชการจะได้นำไปปรับใช้ในหลัก
ทฤษฎีต่าง ๆ ที่ท่านอาจารย์ได้กรุณาต่อพวกเรา ในโอกาสหน้าทางสำนักงานฯ
ก็หวังว่าท่านอาจารย์จะเมตตาในฐานะผู้ทรงคุณวุฒิประจำศาลรัฐธรรมนูญ
ขอขอบพระคุณครับ

* * * *

ภาคผนวก

โครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ

1. หลักการและเหตุผล

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยมีสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการ ดังนั้น ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาศักยภาพเพื่อให้การทำหน้าที่สนับสนุนคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะนอกจากจำเป็นต้องรอบรู้ในทฤษฎี ปรัชญาทางกฎหมาย และนิติวิธีต่างๆ อย่างเชี่ยวชาญแล้ว จำเป็นต้องมีทักษะและองค์ความรู้ในด้านปฏิบัติการควบคู่กันไป ด้วยหลักการและเหตุผลดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดทำโครงการเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น

2. วัตถุประสงค์

- 2.1 เพื่อเสริมสร้างและพัฒนาองค์ความรู้ให้กับข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
- 2.2 เพื่อพัฒนาศักยภาพการทำหน้าที่ของข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในการสนับสนุนคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทางวิชาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ
- 2.3 เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับองค์กรที่เกี่ยวข้อง

3. ระยะเวลาดำเนินการ

ตั้งแต่เดือนกรกฎาคม 2548 เป็นต้นไป

4. วิธีดำเนินการ (รายละเอียดตามภาคผนวก)

4.1 การบรรยายพิเศษ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงาน

4.2 การบรรยายพิเศษ เรื่อง วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

4.3 การศึกษาดูงานนอกสถานที่

4.3.1 ศาลปกครองสูงสุด

4.3.2 ศาลฎีกา

4.3.3 สำนักงานศาลยุติธรรม

4.3.4 ศาลแพ่ง

4.3.5 สำนักงานอัยการสูงสุด

4.3.6 อื่นๆ ตามความเหมาะสม

5. ผู้เข้าร่วมฟังการบรรยายและศึกษาดูงาน

5.1 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

5.2 เลขานุการ ผู้ช่วยเลขานุการตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

5.3 เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

5.4 รองเลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

5.5 ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

5.6 เจ้าหน้าที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รวมทั้งสิ้น 70 คน

6. สถานที่ดำเนินการ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

7. งบประมาณ

งบประมาณของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย

- 7.1 ค่าบรรยาย
- 7.2 ค่าอาหารว่าง และอาหารกลางวัน
- 7.3 ค่าของที่ระลึก
- 7.4 ค่าเช่ารถบัส
- 7.5 ค่าจัดทำเอกสาร และอื่นๆ

8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 8.1 ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความรู้ความเข้าใจในภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น
- 8.2 ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีศักยภาพสูงในการทำหน้าที่สนับสนุนคณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญ
- 8.3 ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีความรู้ความเข้าใจจากการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับองค์กรที่เกี่ยวข้อง

9. ผู้รับผิดชอบโครงการ

กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ สำนักอำนวยกิจการศาลรัฐธรรมนูญ

9.1 กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการรับผิดชอบ วิทยาการการประสานงานการศึกษาดูงาน และงานธุรการ

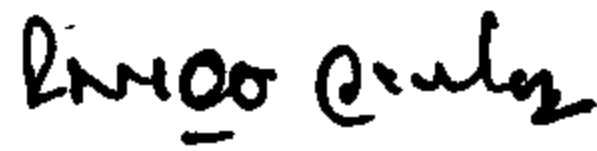
9.2 สำนักอำนวยกิจการศาลรัฐธรรมนูญรับผิดชอบ ห้องประชุม การจัดยานพาหนะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การเช่ารถบัสให้ข้าราชการไปศึกษาดูงาน อาหารกลางวันสำหรับวันที่เดินทางไปศึกษาดูงานและงานการเงิน

10. ผู้เสนอโครงการ



(นายปัญญา อุดชาชน)
ผู้เชี่ยวชาญด้านคดีและวิชาการ

11. ผู้อนุมัติโครงการ



(นายไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ภาคผนวก ก
การบรรยายพิเศษ

วัน / เดือน / ปี	เรื่อง	วิทยากร
13 กรกฎาคม 2548	แนวทางการพัฒนาคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ	ท่านผ้น จันทรปาน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุม คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท่านสุวิทย์ ชีรพงษ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ท่านอรุระ หวังอ้อมกลาง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
26 สิงหาคม 2548	แนวทางการปฏิบัติงาน	ท่านผ้น จันทรปาน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุม คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
7 ตุลาคม 2548	แนวทางการปฏิบัติงาน	ท่านผ้น จันทรปาน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุม คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
6 มกราคม 2549	แนวทางการปฏิบัติงาน	ท่านผ้น จันทรปาน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ประธานที่ประชุม คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
14 กรกฎาคม 2548	วิเคราะห์ผลกระทบตามแนว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	รศ.ดร.กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์ ผู้อำนวยการศูนย์วิจัยนิติศึกษา ทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ภาคผนวก ก (ต่อ)
การบรรยายพิเศษ

วัน / เดือน / ปี	เรื่อง	วิทยากร
26 สิงหาคม 2548	วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลขาธิการคณะรัฐมนตรี
7 ตุลาคม 2548	วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี
6 มกราคม 2549	วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	ท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ อดีตนายกรัฐมนตรี

ภาคผนวก ข
การศึกษาดูงาน

วัน / เดือน / ปี	สถานที่ศึกษาดูงาน	หมายเหตุ
18 กรกฎาคม 2548	1. ศาลปกครองสูงสุด 2. ศาลฎีกา	
12 ตุลาคม 2548	1. สำนักงานศาลยุติธรรม 2. ศาลแพ่ง 3. สำนักงานอัยการสูงสุด	



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์
เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200
โทรศัพท์ 0-2623-9600
โทรสาร 0-2623-9647
www.concourt.or.th