



# บทสัมภาษณ์

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เมื่อวันพุธที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๕๙ ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ เวลา ๐๙.๓๐ น.

**จุดนิตติ** : กฎหมายจารีตประเพณี หรือ Customary Law กับจารีตประเพณี การปกครองทางรัฐธรรมนูญคืออะไร

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : กฎหมายจารีตประเพณีหรือ Customary Law ในทางวิชาการถือเป็น บ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง และในแง่ของลำดับหรือขั้นตอนของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการว่าเราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปอยู่แล้วว่าในกรณีที่ บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีปรากฏ การใช้และการตีความกฎหมายจะต้องหันไปสู่กฎหมายจารีตประเพณี หากกฎหมายจารีตประเพณี ไม่มีอีกก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป

กรณีที่มีประเด็นปัญหาเป็นที่ถกเถียงในทางวิชาการกันอยู่บ้างว่า ในแง่ของการใช้และการตีความกฎหมายนั้น การที่เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อวินิจฉัยแก่กรณีใดก่อน เหตุผลเนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นจากเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีฐานหรือที่มาแห่งความชอบธรรมในการออกกฎหมายจากประชาชน ดังนั้น โดยหลักแล้ว เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน แต่อยู่ในรัฐสมัยใหม่เราก็ไม่ได้ไปยกเลิกกฎหมายจารีตประเพณีเสียทั้งหมด แต่กฎหมายจารีตประเพณีจะดำรงอยู่ได้ก็ตราบเท่าที่ไม่ฝืนหรือไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นกฎหมายจารีตประเพณีที่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้ กฎหมายจารีตประเพณีจึงเป็นกฎหมายที่เป็นส่วนเสริมของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง เพราะเวลาที่เรานำกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีทั้งการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงกับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเทียบเคียงอย่างยิ่งหรือ Analogy

ในประเด็นนี้จึงมีปัญหาว่า เวลาที่เราจะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน หากไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน จึงใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้น

บทสัมภาษณ์



หมายความว่า เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้หมดไปเสียก่อน ก็คือใช้ทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงอย่างยิ่งจนสิ้นกระแสความ และหากปรากฏว่าไม่มีกรณีใดที่ใกล้เคียงเลย เราจึงหันกลับไปใช้กฎหมายจารีตประเพณีหรือไม่ หรือว่าจะเป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงแล้วจึงใช้กฎหมายจารีตประเพณี และเมื่อกฎหมายจารีตประเพณีไม่มีปรากฏในกรณีนั้นจึงใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นบทกฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่ง ประเด็นนี้จึงเป็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่

ในระบบกฎหมายไทย ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ตัดสินใจว่าให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ถ้าไม่มีก็หันไปหาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ก็คือกฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง ถ้าไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็หันกลับมาหากฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกครั้งหนึ่งในฐานะกฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่ง หากกฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่งไม่มีอีกก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป

**สำหรับ “กฎหมายจารีตประเพณี” นั้น ในแง่ของการเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณี หลักในทางทฤษฎีได้กำหนดแนวทางไว้ว่าจะต้องมียุคประกอบรวม ๒ ประการด้วยกัน กล่าวคือ**

**ประการแรก** คือ จะต้องมีการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอ และมีระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะมีระยะเวลานานเท่าใด ดังนั้น การเกิดขึ้นของกฎหมายจารีตประเพณีจึงแตกต่างจากการเกิดขึ้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เกิดขึ้นจากการปฏิบัติของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั่นเอง

**ประการที่สอง** คือ ผู้ที่ประพฤติปฏิบัตินั้นจะต้องมีความรู้สึกนึกคิดหรือความสำนึกว่าสิ่งที่ตนประพฤติปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และตนมีความผูกพันที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตามนั้น

เมื่อเกิดองค์ประกอบสองประการนี้ครบถ้วนแล้ว ก็ถือว่าการประพฤติปฏิบัตินั้นจะยกระดับขึ้นเป็นกฎหมายในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง ซึ่งโดยปกติ กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นในกฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่ แต่ในทางกฎหมายมหาชนก็สามารถมีกฎหมายจารีตประเพณีได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างที่ในทางวิชาการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็เคยมีคำพิพากษาเดินตามแนวทางนี้ คือ กรณีการออกกฎกระทรวงที่จะต้องมีการนำร่างกฎกระทรวงนั้นให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ซึ่งการนำร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ไม่ปรากฏ



เป็นบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดบังคับไว้เลย แต่ว่าเป็นการประพจน์ปฏิบัติสืบต่อกันมาของฝ่ายบริหารเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จนกระทั่งตราบททุกวันนี้เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า เมื่อจะมีการออกกฎกระทรวง ก็จะต้องเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่รับผิดชอบจึงจะสามารถลงนามในกฎกระทรวงฉบับนั้น ๆ ได้ ทางปฏิบัติเหล่านี้จึงเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมายปกครอง นี่คือความหมายของกฎหมายจารีตประเพณี

ในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ใช้ถ้อยคำว่า **“ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”** จึงมีปัญหาว่า คำว่า **“ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”** มีความหมายอย่างไร หากเราพิจารณาจากลักษณะของการใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายแล้วจะพบว่า คำว่า **“ประเพณีการปกครอง”** ที่นำมาบรรจุไว้ในระบบกฎหมายนั้น คงไม่ใช่ประเพณีตามธรรมดาโดยทั่ว ๆ ไป แต่จะต้องเป็นประเพณีที่มีลักษณะที่ถูกยกระดับขึ้นเป็นกฎหมาย เพราะหากไม่เป็นเช่นนั้น ก็เท่ากับว่าในระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับเอาสิ่งอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายมาเป็นกฎเกณฑ์ในการวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งประเพณีการปกครองดังกล่าว ผู้ปฏิบัติได้มีความรู้สึกผูกพันว่าสิ่งที่กระทำไปแล้วนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และไม่มีใครคัดค้านหรือโต้แย้งจึงกลายเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยขึ้น

ปัญหาในประเด็นต่อมา คือ ปัญหาว่าจะต้องมีการประพจน์ปฏิบัติกันเป็นระยะเวลายาวนานแค่ไหน เพียงใด จึงจะถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะมีหลายเรื่องหลายกรณีเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว บางเรื่องก็ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างชัดเจน ดังนั้นถ้อยคำ คำว่า **“ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”** โดยสภาพของมันจึงมีความคลุมเครืออยู่พอสมควร จึงเป็นหน้าที่ขององค์กรที่ปรับใช้รัฐธรรมนูญในการที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่ากรณีใดเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ในความเห็นของผมนั้น หากเรายึดหลักคำสอนในทางกฎหมายที่ว่า ด้วยบ่อเกิดของกฎหมาย ผมมีความเห็นว่า **“ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”** ไม่ใช่เป็นเพียงจารีตประเพณีหรือขนบธรรมเนียมมรดกเท่านั้นแต่จะต้องถูกยกระดับขึ้นจนกลายเป็นกฎหมายและเป็นสิ่งที่บุคคลโดยทั่วไปรู้สึกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม มิใช่การยกกล่าวอ้างอิงขึ้นลอย ๆ แต่อย่างใด



**จุดนิตติ** : **ที่มาและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นอย่างไร**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : ในทหรรคระณะของผมนั้น มีความคิดว่ำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติหลักการในลักษณะทำนองเช่นนี้เป็นครั้งแรก ถ่าไม่นับรวมถึงในช่วงการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งคณะปฏิวัติมีเจตนาให้เป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ปกครองประเทศเป็นการชั่วคราว

หากเราย้อนกลับไปพิจารณาถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรในอดีตจะพบว่า มีถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในลักษณะทำนองเดียวกันกับมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะมีอยู่ ๕ ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ

ฉบับแรก คือ **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒** บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๐ ซึ่งเป็นมาตราสุดท้ายของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับนี้ ผมขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับนี้มีบทบัญญัติเพียง ๒๐ มาตรา ไม่ได้มีความยาวเหมือนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และถ้อยคำที่คล้าย ๆ กับมาตรา ๗ นี้ถูกบัญญัติเป็นสองวรรค โดยมีข้อความ ดังนี้

**“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย**

**ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยใดตามความในวรรคก่อน เกิดขึ้นในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัยให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”**

หากวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรา ๒๐ ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒ จะพบว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับนี้ ถือเป็นธรรมนูญการปกครองชั่วคราวและในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ก็มิได้มีการบัญญัติรายละเอียดต่าง ๆ ไว้อย่างครบถ้วน ด้วยเหตุนี้คณะผู้ร่างจึงจำเป็นต้องบรรจุบทบัญญัติไว้มาตราหนึ่งซึ่งเป็นบทบัญญัติเพื่อที่จะทำให้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับนี้เดินหน้าต่อไปได้ จึงอาจแปลความได้ว่าผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสามารถย้อนกลับไปหยิบเอาสาระสำคัญหรือหลักการที่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่ถือเป็นประเพณีการปกครองของประเทศไทยไปแล้วมาใช้แก้ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นใน



กรณีที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒ มิได้บัญญัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยตรงได้

นอกจากนี้ ผมยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า ในวรรคสองของมาตรา ๒๐ ของธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าองค์กรใดที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด โดยบัญญัติให้สภาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นในวงงานของสภาเอง สภาในที่นี้คือสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่มาจากการแต่งตั้งนั่นเอง โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการดำเนินงานของตนเอง หรือคณะรัฐมนตรีอาจจะเป็นผู้ขอให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด ผมมองว่าบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นได้เสมอในการปกครองของคณะปฏิวัติและการปกครองในระบบเผด็จการ บทบัญญัตินี้จึงถือเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อสร้างความชอบธรรมให้การปกครองในระบบเผด็จการเท่านั้น สิ่งเหล่านี้คือประวัติความเป็นมาของบทบัญญัติในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แต่ไม่ได้มีสาระสำคัญอะไรที่เราต้องไปยึดถือเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายได้

บทบัญญัติทำนองเดียวกันปรากฏต่อมาใน**มาตรา ๒๒ ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕** ความว่า

**“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย**

**ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”**

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕ มีจำนวนทั้งสิ้น ๒๓ มาตรา โดยมาตรา ๒๒ ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕ มีถ้อยคำเหมือนกันกับมาตรา ๒๐ ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒ ทุกประการ แต่ความแตกต่างมีเพียงการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า **“สภา”** เป็นคำว่า **“สภานิติบัญญัติแห่งชาติ”** เท่านั้น



ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๙ ได้บัญญัติความในทำนองเดียวกันกับมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไว้ในมาตรา ๒๕ ความว่า

**“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย**

**ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในโรงงานของสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินวินิจฉัย ให้สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินวินิจฉัยชี้ขาด”**

ผมมีข้อสังเกตว่าหากเราจะมองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๙ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรหรือเป็นเพียงรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็สามารถถกเถียงกันทางวิชาการได้ แต่ผมมีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มีเพียง ๒๙ มาตรา ซึ่งถือว่าสั้นมาก โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการวางหลักเกณฑ์การพัฒนาประเทศเป็นระยะเวลา ๑๒ ปี และแม้จะมีความประสงค์ให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร แต่จากสภาพของบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญเองก็คงจะพูดยากว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร และบทบัญญัติในมาตรา ๒๕ ก็จำเป็นที่จะต้องมิด้วย ทั้งนี้ เพราะโดยสภาพแล้วเมื่อได้บัญญัติรัฐธรรมนูญไว้แต่เพียงสั้น ๆ ก็จะต้องมีบทบัญญัติที่เป็นการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย

นอกจากนี้ ยังปรากฏต่อมาในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๒๐ ที่มีจำนวนทั้งสิ้น ๓๒ มาตรา บทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ในการอุดช่องว่างในการใช้และการตีความปรากฏอยู่ในมาตรา ๓๐ ความว่า

**“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย**

**ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในโรงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”**



ในกรณีสุดท้ายที่มีลักษณะทำนองเดียวกันหรือคล้ายคลึงกับบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๓๔** ที่ตราขึ้นภายหลังการปฏิวัติของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือ รสช. โดยมีจำนวนทั้งสิ้น ๓๓ มาตรา บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในมาตรา ๓๐ ความว่า

**“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย**

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

สำหรับในส่วนของบทบัญญัติในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ นั้นมีนัยสำคัญที่ควรตั้งไว้เป็นข้อสังเกตอยู่ ๒ ประการ กล่าวคือ

**ประการที่หนึ่ง** คือ เป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติความในมาตรา ๗ เอาไว้ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีความประสงค์จะให้ป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรและมีความยาวถึง ๓๓๖ มาตรา ซึ่งก่อนหน้านั้นรัฐธรรมนูญที่มีความยาวเป็นร้อยมาตราจะไม่มีการบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกับมาตรา ๗ เอาไว้เลย

**ประการที่สอง** คือ มีการปรับเปลี่ยนลักษณะของถ้อยคำที่เขียนที่เหลือความเพียงวรรคเดียว โดยไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อเกิดกรณีปัญหาขึ้นองค์กรใดจะเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด และถ้อยคำนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งใช้คำว่า **“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”** เป็นคำว่า **“ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”** แทน จึงมีปัญหาว่า จะมีการใช้และการตีความบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอย่างไร ผมคิดว่าเราคงจะไปดูเพียงที่มาในทางเอกสารประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทยเพียงอย่างเดียวคงไม่ได้ แต่จะต้องพิจารณาและตีความตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ **ผมจึงมีความเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา ๗ มีขึ้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร** ซึ่งในที่นี้ก็มีปัญหาที่จะต้องถกเถียงกันในทาง

บทสัมภาษณ์



วิชาการเช่นเดียวกันว่ารัฐธรรมนูญที่บัญญัติความเอาไว้อันถึง ๓๓๖ มาตรานี้ มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีการบัญญัติความในมาตรา ๗ เพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญขึ้น

ประเด็นปัญหาก็คือว่า ถ้าไม่มีการเขียนมาตรา ๗ แล้วเกิดมีปัญหาในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญขึ้น เราสามารถจะวินิจฉัยกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ผมก็คิดว่าสามารถทำได้ ผมคิดว่าความในมาตรา ๗ นั้น มันไม่ได้มีความสำคัญในระดับที่จะต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และไม่เขียนเอาไว้เลยจะดีกว่า ซึ่งก็ต่างกับนักกฎหมายท่านอื่นที่บอกว่าเขียนเอาไว้แล้วจะเป็นผลดีในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ แต่ผมคิดว่าหากเราเขียนลงไป แล้วอาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาได้ เพราะเมื่อเขียนเอาไว้และใช้ถ้อยคำในลักษณะเช่นนี้ อาจจะก่อให้เกิดปัญหาว่าเมื่อใดจึงจะนำบทบัญญัติมาตรานี้มาใช้

ถ้าหากไม่มีการเขียนบทบัญญัติตามความในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญเอาไว้ เมื่อกรณีมีปัญหาเกิดขึ้น ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาแห่งกรณีนั้นก็จะต้องมีหลักกฎหมายมาปรับใช้อยู่แล้ว ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายเทียบเคียงอย่างอื่น หรือหลักกฎหมายทั่วไปทางมหาชนในระดับรัฐธรรมนูญที่จะนำมาอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้ด้วย แต่ความในมาตรา ๗ นั้น เมื่อเราเขียนลงไป ก็จะทำให้เกิดปัญหาตามมาได้เพราะสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเขียนไว้แคบเกินไป ความจริงแล้วผมคิดว่าเป็นเรื่องของนิติวิธีหรือ Juristic Method ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งแม้กฎหมายไม่เขียนเอาไว้โดยตรงก็จะมีหลักวิชาการในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้อยู่แล้ว

**กล่าวโดยสรุปคือ ผมคิดว่าความในบทบัญญัติมาตรา ๗ นั้น ไม่ว่าจะเขียนหรือไม่เขียนเอาไว้ก็ไม่ใช่เรื่องสำคัญเท่าใดนัก แต่พอเราเขียนลงไปแล้วกลับเกิดปัญหาตามมาหลายประการ** เพราะเมื่อมีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับการใช้กฎหมายจารีตประเพณีไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว บทบัญญัติมาตรานี้ก็จะมีค่าบังคับเป็นบทบัญญัติที่คู่ขนานไปกับบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ และหลักการพื้นฐานที่เราต้องระลึกอยู่เสมอคือ ในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญมักจะมีปัญหาเกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา หากมีบทบัญญัติมาตรา ๗ ก็จะทำให้มีการยกมาตรา ๗ ขึ้นกล่าวอ้างในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาได้ทุกเรื่อง เช่น การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปแล้วได้ไม่ครบจำนวน ๕๐๐ คน จะสามารถเปิดประชุม





รัฐสภาได้หรือไม่ เป็นต้น ผมขอเรียนว่ากรณีนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติ มาตรา ๗ เลย การที่จะวินิจฉัยกรณีนี้จะต้องพิจารณาว่าเป็นการไม่ครบแบบ ไหน ถ้าไม่ครบแบบ Party List หรือแบบบัญชีรายชื่อแล้ว ผมคิดว่าไม่น่าจะมี ปัญหา เพราะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบ Party List มีเท่าใดก็ต้องมีเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการไม่ครบแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ผมคิดว่าอาจจะมีความซับซ้อน ซึ่งกรณี นี้ก็ได้ตั้งด้วยบทบัญญัติมาตรา ๗ แต่อย่างไร ในบางกรณีอาจจะไม่ใช่เรื่อง ช่องว่างของรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเรื่องที่โดยสภาพหรือสภาวะการณ์จะต้อง ดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ใช่เรื่องช่องว่างของ รัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าเมื่อมีบทบัญญัติในมาตรา ๗ แล้ว ฝ่ายต่าง ๆ ก็จะหัน ไปใช้มาตรา ๗ แทนที่ โดยไม่พยายามที่จะใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็น ลายลักษณ์อักษรให้สุดความสามารถเสียก่อน การใช้บทบัญญัติของมาตรา ๗ ในลักษณะเช่นนี้จะทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในการใช้รัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษรและอาจกลายเป็นเครื่องมือทางการเมืองที่ฝ่ายต่าง ๆ จะหยิบ ยกขึ้นไปใช้อ้างอิงได้

**จลนิต** : **อาจารย์ให้ความสำคัญกับประเด็นคำถามที่ว่าจำเป็นหรือไม่ ในการบัญญัติความในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เอาไว้ เพราะอาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการ ตีความรัฐธรรมนูญมากกว่าที่จะส่งผลดีใช้หรือไม่**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : ผมคิดว่าคำถามสำคัญคือ มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะบัญญัติความ ในลักษณะเดียวกับมาตรา ๗ เอาไว้ในรัฐธรรมนูญ จุดนี้คือประเด็นปัญหา เรา ไม่เขียนเอาไว้ไม่ได้หรือ รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ก็ไม่มีการบัญญัติเอาไว้ และ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ก็ไม่มีการบัญญัติความในทำนองนี้ เช่นเดียวกัน

**จลนิต** : **มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติความไว้เพียง วรรคเดียว โดยมีได้กล่าวถึงองค์กรที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดด้วย นั้น มีความหมายอย่างไร และในทฤษฎีของอาจารย์ กรณีนี้องค์กรใด จะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : ประเด็นนี้ผมถือว่าเป็นปัญหา ผมคิดว่าบทบัญญัติในมาตรา ๔ ของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีลักษณะและความมุ่งหมายเช่นเดียวกับ ความในมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐



ที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย เพียงแต่มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญเขียนไว้ไม่ค่อยดีเท่าใดนัก เพราะไปพูดถึงประเด็นการปกครองเพียงอย่างเดียว คล้าย ๆ กับว่าเมื่อเกิดปัญหาในการใช้และการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ก็จะต้องไปค้นหาประเด็นการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทันที แต่ในบางเรื่องถ้าไม่มีประเด็นการปกครองที่เกี่ยวข้องเลย ในที่สุดแล้วจะหันกลับไปหานิติวิธีที่เป็นหลักทั่วไปที่จะต้องใช้กฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหมือนกับหลักการในมาตรา ๔ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่

**จูลินตี :** **ในต่างประเทศที่ปกครองในระบบประชาธิปไตยมีการใช้ประเด็นการปกครองประเทศในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาทางรัฐธรรมนูญหรือไม่**

**รศ. ดร. วรเจตน์ :** จริง ๆ แล้ว มันก็พอมืออยู่บ้าง แต่อย่างที่ผมได้เรียนไว้ตั้งแต่ต้นแล้วว่า กรณีนี้เป็นเรื่องของนิติวิธีหรือวิธีคิดทางนิติศาสตร์ในการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งนิติวิธีนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพราะวิชาการทางนิติศาสตร์ได้รับการพัฒนาเป็นระยะเวลาอันยาวนานและจะพัฒนาต่อไปอย่างไม่หยุดยั้งจนนักกฎหมายสามารถเรียนรู้และเข้าใจได้ว่า จะปรับใช้และตีความกฎหมายอย่างไร และต้องยอมรับว่าเราไม่สามารถบัญญัติเรื่องนิติวิธีเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ทุกเรื่อง เพราะนิติวิธีเป็นวิธีคิดในทางนิติศาสตร์ที่จะต้องศึกษาและอบรมบ่มเพาะกัน และถึงแม้ว่าจะมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ไม่สามารถที่จะบัญญัติได้อย่างครบถ้วนทั้งหมด

ดังนั้น หากถามว่าในทางวิชาการมีการยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ตอบได้เลยว่าในทางวิชาการยอมรับว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอยู่ แต่ถ้าถามว่าจะต้องเขียนเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรหรือไม่ คำตอบคือไม่จำเป็น เพราะเมื่อบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรงในการนำมาใช้พิจารณาวินิจฉัยแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง องค์กรที่มีหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดก็จะต้องพยายามอย่างสุดความสามารถที่จะค้นหากฎหมายมาตัดสินคดีให้ได้ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องหันกลับไปดูว่ามีกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณีหรือไม่ ผมจึงมีความเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับการมีหรือไม่มีควมในบทบัญญัติมาตรา ๗ ของ



รัฐธรรมนูญนั้นจะไม่กระทบต่อระบบของการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กร  
ที่มีอำนาจตัดสินคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแต่ประการใด

มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐  
ได้บัญญัติว่า

**“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้  
วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย  
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”**

ในเบื้องต้นผมคิดว่าองค์กรแรกที่จะปรับใช้หรือนำมาตรา ๗ ไปใช้หรือ  
วินิจฉัยชี้ขาดคือศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณา  
วินิจฉัยกรณีใด หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้  
โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องพิจารณาว่าในกรณีนี้มีประเพณีการปกครอง  
ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้วางรูปแบบหรือ  
แนวทางเอาไว้หรือไม่ และปัญหาที่เราจะต้องถกเถียงกันต่อมาคือประเพณีการ  
ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข  
มีความหมายอย่างไร พุดง่าย ๆ คือ บทบัญญัติมาตรา ๗ นี้ไม่ได้สร้างความ  
ชัดเจนหรือความกระจ่างในระบบการปรับใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเลย

**จุลนิติ :** **องค์กรใดบ้างที่มีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีปัญหาตามความใน  
มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญ**

**รศ. ดร. วรเจตน์ :** ผมยกตัวอย่างเช่นวุฒิสภา ถ้าวุฒิสภามีปัญหาที่จะต้องถกเถียงกันและ  
มีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัย หากมีสมาชิกวุฒิสภาหยิบยกขึ้นมา  
ว่ากรณีปัญหาที่เกิดขึ้นนี้เคยมีบทเรียนจากในอดีตถึง ๓ ครั้ง และวุฒิสภาเคย  
แก้ไขปัญหานี้อย่างไร ปัญหาที่เกิดขึ้นในอดีตก็ยุติลงด้วยดี และวุฒิสภา  
ก็ยอมรับกันตลอดมาว่าบทเรียนดังกล่าววุฒิสภาผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม  
วุฒิสภาก็สามารถวินิจฉัยกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นไปเช่นนั้นได้  
ผมคิดว่าสาเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัย  
ชี้ขาดไว้โดยตรง เพราะองค์กรใดที่มีหน้าที่ในการวินิจฉัย หรือองค์กรใดที่มี  
หน้าที่ในการปรับใช้รัฐธรรมนูญ หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ สามารถที่จะ  
หยิบยกประเพณีการปกครองมาวินิจฉัยในเรื่องนั้น ๆ ได้

**จุลนิติ :** **กรณีที่พลเอก ประวิตร วงศ์สุวรรณ ขอลงนามจากการเป็น  
ผู้สมัครเป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ  
วุฒิสภาได้มีมติให้ดำเนินการต่อไป จนสำนักราชเลขาธิการได้มีหนังสือ**

บทสัมภาษณ์



**ถึงประธานวุฒิสภาให้พิจารณาบททวนเกี่ยวกับกระบวนการดังกล่าวนี้  
ตลอดจนปัญหากรณีผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน อาจารย์คิดว่ามีส่วน  
เกี่ยวข้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี  
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญหรือไม่**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ**

**:**

ผมคิดว่าเรื่องนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญเลย ประเด็นเหล่านี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้นเราต้องทำความเข้าใจว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดกลไกหรือโครงสร้างขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ เอาไว้ และที่แน่นอนคืออาจจะมีส่วนที่ไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเอาไว้ด้วย โดยเฉพาะพระราชอำนาจทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นสองส่วน คือพระราชอำนาจที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามรัฐธรรมนูญกับพระราชอำนาจที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นพระราชอำนาจที่สืบเนื่องมาจากสมัยการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และพระราชอำนาจนี้ก็ต้องสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย

ดังนั้น พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์เรื่องใดที่ขัดหรือแย้งกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พระราชอำนาจนั้นก็ไม้อาจดำรงอยู่ได้ เพราะขัดกับระบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ว่านอกจากองค์พระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจในทางกฎหมายแล้ว พระองค์ยังทรงมีพระบารมีด้วย

เราจะต้องไม่สับสนระหว่างพระบารมีของพระมหากษัตริย์กับพระราชอำนาจในทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์ เพราะพระบารมีของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์อาจจะไม่เท่ากัน แต่พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ในทางกฎหมายนั้นจะต้องเท่ากันเสมอ ทั้งนี้ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงแสดงออกซึ่งพระราชอำนาจแล้วก็ต้องพิจารณาว่าพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจทางกฎหมายหรือเป็นเรื่องของพระบารมีส่วนพระองค์ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคือพระราชอำนาจทางกฎหมายและพระบารมีของพระมหากษัตริย์ยังคงปะปนกันอยู่ และไม่ได้มีการแบ่งแยกออกมาให้ชัดเจน จึงไม่สามารถบอกได้อย่างแน่ชัดว่าพระราชอำนาจทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์มีอยู่แค่ไหน เพียงใด

สาเหตุที่เราไม่สามารถอธิบายปัญหาดังกล่าวได้อย่างชัดเจนคือ ภายหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ ช่วงเวลาที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงครองราชย์นั้นสั้นมาก และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลก็ยังทรงพระเยาว์ในขณะที่ทรง

**บทสัมภาษณ์**



ครองราชย์ จึงจำเป็นต้องปกครองประเทศตามคำแนะนำของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ จึงปรากฏประจักษ์ชัดในรัชกาลปัจจุบันซึ่งไม่เคยมีแบบอย่างมาก่อนในอดีต ดังนั้น หลายสิ่งหลายอย่างจึงยังไม่มี ความชัดเจน ตัวอย่างเช่น ในบางช่วงก็มีการถวายพระราชอำนาจทางกฎหมายให้พระมหากษัตริย์เพิ่มเติม หากเราย้อนกลับไปดูรัฐธรรมนูญฉบับแรกคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๗๕ เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน เราจะพบว่า มีหลายอย่าง que เปลี่ยนแปลงไป

ผมจึงตั้งข้อสังเกตว่าพระราชอำนาจทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์ได้เพิ่มขึ้นอย่างมากในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ เช่น พระราชอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗ ซึ่งก่อนปี พ.ศ. ๒๕๓๔ จะต้องกระทำในลักษณะเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ถือเป็นการถวายคืนพระราชอำนาจแก่องค์พระมหากษัตริย์ให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗ เป็นไปตามพระราชอัชฌาศัย

หรือใน ส่วนของการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งก่อนปี พ.ศ. ๒๕๓๔ การสืบราชสันตติวงศ์จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๔ เป็นต้นมา รัฐสภา มีอำนาจเพียงรับทราบเท่านั้น ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าพระราชอำนาจทางกฎหมายของพระมหากษัตริย์บางส่วนรัฐธรรมนูญสถาปนาเพิ่มขึ้นใหม่ให้แก่องค์พระมหากษัตริย์ และในส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นก็ยังคงเป็นประเด็นปัญหาในทางวิชาการว่ามีอยู่ มากน้อยแค่ไหน เพียงใด

ผมคิดว่าในทางกฎหมายนั้น ถ้าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มีเพิ่มมากขึ้นจะทำให้เกิดปัญหาเรื่องความรับผิดชอบตามมาด้วย และเมื่อมีการถวายพระราชอำนาจคืนให้แก่องค์พระมหากษัตริย์ก็ต้องเป็นไปตามหลักที่ว่าเมื่อใดมีอำนาจเมื่อนั้นต้องมีความรับผิดชอบ

โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยได้กำหนดให้องค์พระมหากษัตริย์อยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ทั้งนี้ตาม มาตรา ๘ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงแสดงซึ่งพระราชอำนาจ ก็จะต้องแสดงออกผ่านองค์กรของรัฐ และจะต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ จะไม่มีกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจโดยตรงด้วยพระองค์เอง ความรับผิดชอบในทางกฎหมายและความรับผิดชอบในทางการเมืองก็จะตกอยู่กับผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ



ผมมีความรู้สึกว่าในช่วงระยะเวลา ๑-๒ ปีที่ผ่านมา มีความสับสนกันอยู่มากเกี่ยวกับพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ เช่น เมื่อรัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๔๙ และพรรคการเมืองที่เป็นพรรครัฐบาลในขณะนั้นได้มีการกล่าวหาว่า พระมหากษัตริย์ได้มีพระบรมราชวินิจฉัยให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ทุกฝ่ายต้องเคารพและเดินหน้าเข้าสู่กระบวนการเลือกตั้ง ผมคิดว่าประเด็นนี้เป็นการกล่าวอ้างที่ไม่ถูกต้อง เพราะเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ความรับผิดชอบต่างๆ จะตกอยู่กับนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เราจะไม่สามารถนำพระบรมราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์มากล่าวอ้างได้อีกต่อไป หรือแม้แต่กรณีของการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินก็เช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบคือผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ก็คือ ประธานวุฒิสภา และปัญหาว่า คุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา จะอยู่ในตำแหน่งหรือไม่นั้นไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่ประการใด หากแต่เป็นเรื่องของหลักกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น

ผมได้กล่าวมาโดยตลอดว่าคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา ยังไม่พ้นจากตำแหน่ง สาเหตุที่ยังไม่พ้นจากตำแหน่งนั้นมีสาเหตุของเรื่องที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงใช้พระราชวินิจฉัยแต่งตั้งคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกาเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพราะหากเรานำพระราชวินิจฉัยขององค์พระมหากษัตริย์ไปผูกกับตัวบุคคล ก็จะก่อให้เกิดความวุ่นวายเป็นอย่างมาก เพราะทุกฝ่ายต่างก็จะกล่าวอ้างแต่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

หลักการที่ถูกต้องคือหลักการในทางกฎหมาย สาเหตุที่คุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา ยังไม่พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ยังคงดำรงอยู่ และมีมติของวุฒิสภาที่เป็นฐานของพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งก็ยังคงอยู่ ถ้าหากไม่มีการเพิกถอนโดยมติของวุฒิสภา พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งก็ยังไม่ถูกเพิกถอนไปด้วย หากเราจะทำให้พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนี้ไม่ดำรงอยู่ต่อไป ก็จะต้องใช้มติของวุฒิสภาในการเพิกถอนมติครั้งก่อนของตน แล้วนำความขึ้นกราบบังคมทูลให้มีพระบรมราชโองการยกเลิกพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง จึงจะทำให้คุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา พ้นจากตำแหน่ง สิ่งเหล่านี้คือ หลักในทางกฎหมาย ผมจึงคิดว่าเมื่อเราจะอธิบายถึงหลักในทางกฎหมาย เราต้องอธิบายเหตุผลในทางกฎหมายให้ชัดเจนและเป็นลำดับ มิฉะนั้น จะทำให้เกิดความสับสนในการใช้แล้วการตีความกฎหมายได้

บทสัมภาษณ์



การกล่าวอ้างอิงถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ในสังคมไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกล่าวอ้างอิงถึงพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวองค์ปัจจุบันซึ่งพระองค์อยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะอย่างยิ่งของปวงชนชาวไทยนั้น เมื่อฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างอิงถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ก็จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตอบโต้ได้ไม่ถนัดนัก ผมคิดว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควรอย่างยิ่ง เราควรจะพูดกันในกรอบของกฎหมาย ดังนั้น ผมจึงมีความเห็นว่าในขณะนี้นับบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญจะกลายเป็นบทบัญญัติที่เป็นปัญหากับรัฐธรรมนูญเสียเอง หากมีการกล่าวอ้างมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกันกับที่กล่าวอ้างกันอยู่ในขณะนี้ เช่นเรื่องนายกรัฐมนตรีนครราชสีมา เป็นต้น ผมคิดว่าในที่สุดแล้วเราก็จะหาความชัดเจนแน่นอนและความมั่นคงของรัฐธรรมนูญไม่ได้อีกต่อไป

**ในส่วนของนายกรัฐมนตรีนครราชสีมา ผมคิดว่าอาจจะขอพระราชทานได้ แต่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับมาตรา ๗ เลย ทั้งนี้ อาจจะเป็นการใช้พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่เฉพาะในยามที่บ้านเมืองตกอยู่ในสภาวะวิกฤติอย่างรุนแรง หากไม่มีสภาวะที่บ้านเมืองเกิดวิกฤติอย่างรุนแรงแล้วพระมหากษัตริย์ก็ไม่ทรงมีพระราชอำนาจเช่นนี้ เพราะถ้าหากเรากล่าวว่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจดังกล่าว เท่ากับเราทำให้พระมหากษัตริย์ทรงต้องวินิจฉัยข้อขัดแย้งทางการเมืองที่มีอยู่ในสังคมและที่สำคัญคือเรากำลังยกมาตรา ๗ ให้อยู่เหนือบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ทั้ง ๓๓๕ มาตราของรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่สามารถอธิบายหรือให้เหตุผลในทางกฎหมายได้ สิ่งเหล่านี้ทำให้เราต้องงดใช้รัฐธรรมนูญในหลายมาตรา และเป็นกรณีที่ไม่ต้องด้วยการที่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแก่กรณีใด ดังนั้น การใช้มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญควรตีความให้สอดคล้องกับกรอบของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเสียก่อน และหากจะนำประเพณีการปกครองประเทศมาใช้ ก็จะต้องเป็นประเพณีที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญด้วย เพราะกฎหมายประเพณีนั้นถือว่าเป็นกฎหมายสำรอง การนำมาใช้จะต้องเป็นการอุดช่องว่างให้สอดคล้องกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่ใช่ให้นำมาใช้ให้ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร**

สังคมไทยในขณะนี้หลายฝ่ายกำลังกล่าวอ้างอิงถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์กันอย่างมาก และการกล่าวอ้างอิงถึงพระราชอำนาจเพียงประการเดียวอาจไม่เพียงพอ จึงจำเป็นต้องหยิบยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา ๗ มาเป็นฐานแห่งความชอบธรรมด้วย แต่โดยหลักวิชาการแล้วถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง

บทสัมภาษณ์



**จุลนิติ** : **ปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญ ในทรรศนะของนักนิติศาสตร์กับนักรัฐศาสตร์มีความแตกต่างกัน อาจารย์มีความคิดเห็นในกรณีนี้อย่างไร**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : ผมคิดว่านักรัฐศาสตร์จะพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมุมมองที่แตกต่างไปจากนักนิติศาสตร์ แต่ก็มีนักนิติศาสตร์บางท่านกล่าวว่าสถานการณ์บ้านเมืองในขณะนี้สามารถนำบทบัญญัติมาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญมาใช้ได้ ผมยังยืนยันว่าหากเราจะใช้มาตรา ๗ ของรัฐธรรมนูญได้ ก็จะต้องใช้ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งระบบด้วย แต่หากเราจะทำอะไรบางอย่างที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ผมคิดว่าเรื่องนี้ไม่เกี่ยวข้องกับมาตรา ๗ เลย แต่เป็นอำนาจอย่างอื่นที่อาจจะมีความชอบธรรมหรือมีการยอมรับก็ได้ในอันที่จะนำมายกเลิกบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง

**จุลนิติ** : **บทสรุปและข้อเสนอแนะอื่น ๆ**

**รศ. ดร. วรเจตน์ฯ** : ปัญหาสำคัญในประเด็นแรกที่จะต้องพิจารณาคือ มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะมีความในบทบัญญัติมาตรา ๗ ในรัฐธรรมนูญ **ผมคิดว่าไม่จำเป็น และผมคิดว่าแม้จะไม่เขียนเอาไว้ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญแต่ประการใด** เพราะในที่สุดแล้วก็จะมีหลักกฎหมายที่สามารถนำมาใช้แก้ไขปัญหาคือได้หลายแนวทางอยู่แล้ว อาจจะเป็นวิธีการตีความกฎหมาย การใช้กฎหมายเทียบเคียงอย่างยิ่ง การค้นหาลักษณะกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดแก่กรณีปัญหาใด ๆ แต่เมื่อมีการบัญญัติข้อความในลักษณะที่คลุมเครือเช่นนี้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่เกิดขึ้นเฉพาะบทบัญญัติมาตรา ๗ เท่านั้น แต่จะส่งผลกระทบต่อไปถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราอื่น ๆ ทั้งระบบอีกด้วย **ปัญหาที่พบคือ เราไม่สามารถทราบว่าจะใช้บทบัญญัติมาตรา ๗ นี้อย่างไร เมื่อไม่ทราบวิธีการใช้อย่างชัดเจน ทุกฝ่ายต่างก็กล่าวอ้างมาตรา ๗ เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่ฝ่ายตน การกระทำเช่นนี้จะทำลายหลักความแน่นอนชัดเจนของรัฐธรรมนูญ**

ในที่สุดแล้วการมีบทบัญญัติมาตรา ๗ ในรัฐธรรมนูญอาจทำให้เกิดการสร้างจารีตประเพณีการปกครองบางอย่างขึ้นใหม่ที่อาจจะเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ถูกต้องก็ได้.

๐๖๐

บทสัมภาษณ์