

ความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย
ผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ
The Possibility of Studying the Adoption of the Rule of Law in
Thailand Constitutional System through the Concept of
Constitutional Import

ฐาปนพงศ์ มั่นหมาย
Thapanapong Munmai

นักศึกษาปริญญาโท
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
Master's Degree Student
School of Law, Mae Fah Luang University
Corresponding author E-mail: Thapanapong86@gmail.com

ณัฐดนัย นาจันทร์
Natdanai Nachan

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
อาคาร E2 เลขที่ 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
Lecturer in Public Law
School of Law, Mae Fah Luang University
E2 Building, 333 Moo 1, Thasudh, Chiang-Rai, 57100
Corresponding author E-mail: Natdanai.nac@mfu.ac.th

(Received: January 14, 2025; Revised: January 24, 2025; Accepted: January 27, 2025)

บทคัดย่อ

แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ (Concept of Constitutional Import) เป็นหนึ่งในแนวทางการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ โดยมุ่งศึกษาถึงพลวัตอันซับซ้อนของกระบวนการถ่ายโอนข้อความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากดินแดนหนึ่งไปสู่อีกดินแดนหนึ่ง และบรรดาการกระทำหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ซึ่งส่งผลให้ข้อความคิดทางกฎหมายที่ถ่ายโอนดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในบริบทใหม่ งานชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อพิจารณาเบื้องต้นของแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญและเพื่อชี้ชวนให้เห็นว่าแนวทางการศึกษาดังกล่าวเป็นกระแสนการศึกษาที่กำลังเฟื่องฟูอยู่ในวงวิชาการนิติศาสตร์ในต่างประเทศและในประเทศไทยได้มีตัวอย่างของงานวิชาการที่ใช้แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นกรอบในการศึกษาในประเด็นต่าง ๆ แล้ว นอกจากนี้ ยังมุ่งชี้ชวนให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการปรับใช้แนวคิด

การรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นกรอบในการศึกษากระบวนการรับเข้าหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบรัฐธรรมนูญไทย ทั้งนี้ เพื่อประเมินผลการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยว่าเป็นเช่นไร มีปัญหาหรืออุปสรรคใดบ้างที่ต้องทำความเข้าใจอย่างถ่องแท้ เพื่อจะได้ปรับแต่งให้เหมาะสมต่อไป

คำสำคัญ: การรับเข้ารัฐธรรมนูญ, กฎหมายเปรียบเทียบ, หลักนิติธรรม

Abstract

The Concept of Constitutional Import is one of the approaches in the study of comparative constitutional law. It focuses on examining the complex dynamics of transferring constitutional legal ideas from one jurisdiction to another, as well as the actions or events that lead to changes in these ideas within a new context. This work aims to present preliminary considerations on the concept of constitutional import and to highlight that this approach is a burgeoning trend in the field of legal scholarship internationally. In Thailand, there are already examples of academic works utilizing the concept of constitutional import as a framework for studying various issues. Furthermore, this work seeks to explore the potential application of the concept of constitutional import as a framework for studying the process of importing the Rule of Law into Thailand's constitutional system. The objective is to evaluate how the Rule of Law has been integrated into Thailand's constitutional system, identifying any challenges or obstacles that require thorough understanding to ensure appropriate adaptation and refinement in the future.

Keywords: Constitutional Import, Comparative Law, Rule of Law

1. ความนำ

หลักนิติธรรม (the Rule of Law) ได้ถูกเริ่มบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตาม**หลักนิติธรรม**” ถือเป็นครั้งแรกที่แนวคิดอันเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมายนี้¹ ได้ปรากฏตัวขึ้นในฐานะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ²

¹ การเลือกเปรียบหลักนิติธรรมว่าเป็นเสาเอกสำคัญแห่งหลักกฎหมายนั้น เพราะผู้เขียนเห็นว่าลักษณะสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรมนั้นเกี่ยวข้องกับทฤษฎีเกี่ยวกับระบบกฎหมาย โดยนำเสนอคุณสมบัติต่าง ๆ ที่ควรจะมีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมาย เช่น ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล ใน Nicholas Barber, 'The Rechtsstaat and The Rule of Law' (2003) 53 University of Toronto Law Journal 444-445. อ้างถึงใน วริษา อองสุพันธ์กุล, 'พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส' (2566) 52(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 32.

² ก่อนหน้านั้น The Rule of Law ได้ปรากฏตัวขึ้นผ่านงานวิชาการโดยมีการอ้างอิงถึงอิทธิพลของ เอ.วี.ไดซี (A.V. Dicey)

ส่งผลให้หลักนิติธรรมได้รับการกล่าวอ้างถึงอย่างกว้างขวางทั้งจากนักวิชาการ นักการเมือง รวมถึงตลอดถึงผู้ที่สนใจเหตุการณ์บ้านเมืองทั่วไป และกลายเป็นวัตถุแห่งการศึกษาในงานวิจัยต่าง ๆ โดยมีงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์จำนวนมากที่ได้อธิบายชี้แจงเพื่อพยายามไขคำตอบเกี่ยวกับความพิศวงในแง่มุมต่าง ๆ ของข้อความคิดนี้³ และเพื่อพยายามปรับเปลี่ยนแนวคิด The Rule of Law ที่รับเข้ามาจากต่างประเทศให้เข้ากับแนวคิดกฎหมายและการเมืองแบบจารีตของไทย⁴ กล่าวจำเพาะงานวิชาการในด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ จากการสำรวจของผู้เขียนพบว่าม้งงานที่ศึกษาหลักนิติธรรมจำนวนมากที่ศึกษาโดยการเปรียบเทียบเชิงหลักทฤษฎีกฎหมาย (Doctrinal Comparison) ซึ่งมุ่งศึกษาเปรียบเทียบหลักการและหลักคำสอนทางกฎหมาย การศึกษาในแนวทางดังกล่าวช่วยให้เห็นถึงความแตกต่างในด้านเนื้อหาและการบังคับใช้ระหว่างหลักนิติธรรมต้นฉบับอันมีต้นธารทางความคิดมาจากประเทศอังกฤษและหลักนิติธรรมที่ถูกรับเข้ามาประเทศไทย⁵

หากกล่าวในทางทฤษฎีแล้ว หลักนิติธรรมในความหมายกว้าง ๆ นั้น คือข้อความคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐ⁶ โดยเรียกร้องให้การกระทำของรัฐต้องมีกฎหมายรองรับ ถือกำเนิดขึ้นบนบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ในประเทศอังกฤษผ่านการคลี่คลายเชิงประวัติศาสตร์มาเป็นลำดับ ซึ่งการที่ข้อความคิดในทางกฎหมายดังกล่าวถูกรับเข้ามาสู่ระบบรัฐธรรมนูญของไทยที่มีบริบทแวดล้อมทางวัฒนธรรมกฎหมายเฉพาะของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาเปรียบเทียบในแง่มุมของการปลูกถ่ายกฎหมาย (Legal Transplants) ดังที่จะได้อธิบายต่อไป ผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ⁷ อาจช่วยให้สามารถวิเคราะห์ลักษณะการปรากฏตัวขึ้นบนบริบทใหม่ในประเทศไทยของหลักนิติธรรม การปรับใช้หลักนิติธรรมในแต่ละบริบท รวมถึงวิเคราะห์แนวโน้มพัฒนาการของหลักนิติธรรมไทยในอนาคตได้

มาแล้ว โดยปรากฏอยู่ในฐานะปรัชญาหรือทฤษฎีทางกฎหมายที่มีการถกเถียงกันเฉพาะในวงวิชาการเท่านั้น โปรดดู เสนาะ เอกพจน์, 'The Rule of Law' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) และยังปรากฏในรูปของคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

³ ถ้อยคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่านิติธรรมและในข้อเขียนทางวิชาการไทยมักเรียกรวมกันกับหลักนิติธรรม (หรือ/และ) คือคำว่าหลักนิติรัฐ งานชิ้นสำคัญที่อธิบายให้เห็นความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสอง โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (แก้ไขเพิ่มเติม, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 200-206.

⁴ ลักษณะร่วมกันของคำอธิบายในแนวทางนี้คือ หลักนิติธรรมสามารถถูกยกเว้นได้ตามสถานการณ์ต่าง ๆ และเพื่อบรรลุเป้าหมายอันดีงามสามารถใช้วิถีทางที่ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมได้ ตัวอย่างงานในแนวทางนี้ เช่น ธาณินทร์ โกรวิเชียร, 'บทบรรณาธิการ' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) ; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *หลักนิติธรรม ประชาธิปไตย และธรรมาธิปไตย* (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2559)

⁵ ตัวอย่างงานในแนวทางดังกล่าว โปรดดู กล้า สมทวนิช, 'ศาลรัฐธรรมนูญกับการแปลความหมาย สร้าง และบังคับใช้หลักนิติธรรมไทย' ใน เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (บรรณาธิการ) *นิติรัฐ นิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ* (อิลลูมินันซ์ เอ็ดดิชั่นส์ 2567)

⁶ จริญญา โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2537) 434.

⁷ งานเขียนในภาคภาษาไทยที่นำเสนอข้อความคิดว่าด้วยการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎี โปรดดู ปูนเทพศิรินพวงศ์, 'การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น' (2567) 6(2) *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์* 41-57.

บทความชิ้นนี้ แบ่งออกเป็นสี่ส่วน คือส่วนนำอันเป็นส่วนแรกของบทความนี้ จากนั้นความในส่วนที่สองจะได้อธิบายถึงข้อพิจารณาเบื้องต้นของแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎี ส่วนที่สามจะเป็นการอธิบายถึงความเป็นไปได้ในการศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย และส่วนที่สี่จะเป็นส่วนสรุปของบทความนี้

2. การรับเข้ารัฐธรรมนูญ

แนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญ (Concept of Constitutional Import)⁸ เป็นหนึ่งในแนวทางการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ⁹ โดยถูกพัฒนาขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1970 เริ่มต้นจากหนังสือชื่อ *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* โดย อลัน วัตสัน (Alan Watson)¹⁰ ซึ่งเสนอว่าระบบกฎหมายจากประเทศหนึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในอีกประเทศหนึ่งได้อย่างง่ายดาย แม้ว่ากฎหมายมักจะเป็นเครื่องสะท้อนของ “จิตวิญญาณของคนในชาติ” ก็ตาม จากนั้นได้เกิดงานเขียนชิ้นสำคัญที่ทำทลายแนวคิดดังกล่าว คือ “The Impossibility of Legal Transplants”¹¹ ของ ปีแอร์ เลอกรอง (Pierre Legrand) ซึ่งโต้แย้งว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถถ่ายโอนหรือปลูกถ่ายแบบง่าย ๆ ได้ เนื่องจากความแตกต่างทางวัฒนธรรมและการตีความของพื้นที่ต่าง ๆ ที่อาจมีความแตกต่างกัน

ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความเป็นไป (ไม่) ได้ของการถ่ายโอนกฎหมายดังกล่าวได้นำไปสู่การพัฒนาเป็นแนวคิดในทางทฤษฎี โดยพบจุดร่วมที่ว่า การถ่ายโอนหรือรับเข้ากฎหมายนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จริงแต่ไม่ใช่สิ่งที่ทำกันได้ง่าย เพราะกฎหมายมีบริบทและวัฒนธรรมแวดล้อมประกอบอยู่ด้วย และตั้งแต่ปลายทศวรรษที่ 1980 การศึกษาแนวทางดังกล่าวได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายในวงวิชาการตะวันตก¹² ปุนเทพ ศิรินพวงศ์ กล่าวว่า “ในปัจจุบันกระแสการศึกษาตามแนวทางนี้ได้เฟื่องฟูขึ้นมาคู่ขนานกับการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแบบดั้งเดิม จนเกินกว่าที่จะนับว่าเป็นเพียงแนวการศึกษาทางเลือก โดยยกตัวอย่างใน *International Journal of Constitutional Law* ฉบับปี 2003 เล่มที่ 2 มีหลายบทความที่กล่าวถึงเรื่องนี้หรือในคู่มือศึกษา (Handbook) กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรฐานแทบทุกฉบับก็จะต้องมีหัวข้อเรื่องนี้้อยู่อย่างน้อยบทหนึ่ง”¹³

⁸ เติ้งอ่าง.

⁹ การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย อาจแบ่งออกได้เป็น การเปรียบเทียบตามหน้าที่ (Functional Comparison) การเปรียบเทียบเชิงประวัติศาสตร์ (Historical Comparison) การเปรียบเทียบโครงสร้าง (Structural Comparison) การเปรียบเทียบเชิงหลักทฤษฎีกฎหมาย (Doctrinal Comparison) การเปรียบเทียบสังคมกฎหมาย (Socio-Legal Comparison) และการถ่ายโอนกฎหมาย (Legal Transplants).

¹⁰ ดู Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2nd edn, University of Georgia Press: Athens 1993).

¹¹ ดู Pierre Legrand, ‘The Impossibility of ‘Legal Transplants’’ (1997) 4(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111-124.

¹² John W. Cairns, ‘Watson, Walton, and the History of Legal Transplants’ (2013) 41 *Ga. J. Int’l & Compar. L.* 637, 672.

¹³ ปุนเทพ ศิรินพวงศ์, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 43.

การศึกษาตามแนวทางการรับเข้ารัฐธรรมนูญนั้น มองการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะ “กระบวนการ” ฟรานซ์ วิแอกเกอร์ (Franz Wieacker) อธิบายว่าการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายไม่ใช่การกระทำเพียงครั้งเดียวแล้วจบ หากแต่เป็นกระบวนการอันประกอบด้วยการกระทำหลาย ๆ การกระทำ เหตุการณ์หลาย ๆ เหตุการณ์ซึ่งทำให้บทบัญญัติทางกฎหมายเกิดความเปลี่ยนแปลง เริ่มตั้งแต่การรับเข้ามาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย การบังคับใช้โดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ การเรียนรู้ทำความเข้าใจบทบัญญัติที่รับเข้ามา ตลอดจนทัศนคติสำนึกของสาธารณชนที่มีต่อกฎหมายที่รับเข้ามา¹⁴ เช่นนี้แนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญจึงมุ่งศึกษาปัญหาสำคัญที่ว่า เพราะเหตุใดรัฐ ๆ หนึ่งจึงตัดสินใจหยิบยืมข้อความคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ นอกจากเหตุผลเรื่องการประหยัดต้นทุนทางทรัพยากรต่าง ๆ โดยเฉพาะต้นทุนในด้านเวลาแล้ว ยังมีเหตุผลสนับสนุนอื่น ๆ ทั้งเหตุผลภายในของรัฐ ๆ นั้น หรือมีเหตุผลอันเกิดจากปัจจัยภายนอกหรือไม่¹⁵ ทั้งนี้ ยังรวมถึงประเด็นสำคัญอื่น ๆ เช่น ในกระบวนการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีใครบ้างที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับเข้าและบุคคลเหล่านั้นเลือกหาข้อความคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันอันจะนำมาเป็นต้นแบบจากที่ใดบ้าง¹⁶ เส้นทาง (Routes) ในการนำกฎหมายจากต่างประเทศมาสู่รัฐปลายทางมีเส้นทางใดบ้าง¹⁷ มีการเดินทางคู่ขนานหรือข้ามไปมาระหว่างกันของ “วัตถุ” ที่หยิบยืมกับ “เส้นทาง” ที่รับเข้าแต่ละลักษณะหรือไม่ รวมถึงประเด็นด้านอุปสรรคและข้อจำกัดในการรับเข้า¹⁸

จากการทบทวนวรรณกรรมทางวิชาการในประเทศไทยนั้น พบว่ามีงานศึกษาโดยใช้แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ เป็นกรอบในการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นการหยิบยืมหรือการรับเข้าบทบัญญัติข้อความคิด หรือสถาบันทางการเมือง นั่นคือ งานของวริชา งามสุพันธุ์กุล เรื่อง พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐในประเทศฝรั่งเศส¹⁹ กล่าวโดยย่อ งานชิ้นดังกล่าวได้ศึกษาพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวคิดหลักนิติรัฐ (Etat de Droit) ของประเทศฝรั่งเศส วิเคราะห์การปรากฏตัวขึ้นของแนวคิด การปรับใช้หลักนิติรัฐในแต่ละบริบท รวมทั้งวิเคราะห์อิทธิพลของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนีที่มีต่อหลักนิติรัฐของประเทศฝรั่งเศส โดยการรับเข้าผ่านคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญของนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งชี้ให้เห็นถึงกำแพงด้านวัฒนธรรมทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่เป็นอุปสรรคต่อการรับเอาแนวคิดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของหลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนี เช่น ความไม่ไว้วางใจต่ออำนาจและความเป็นอิสระของศาล²⁰ การนิยามให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²¹ รวมถึงอิทธิพล

¹⁴ Franz Wieacker, *A History of Comparative Law in Europe with Particular Reference to Germany* (Clarendon Press 2003) 92-94 อ้างถึงใน มุนินทร์ พงศาปาน, ‘การรับเข้ากฎหมายต่างประเทศ’ ใน ดาราพร ธีระวัฒน์ (บรรณาธิการ) 60 ปี ดาราพร : รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราพร ธีระวัฒน์ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 194.

¹⁵ ปูนเทพ ศิริบุษงค์, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 44.

¹⁶ เฟื่องอ้าง 45.

¹⁷ เฟื่องอ้าง 48.

¹⁸ เฟื่องอ้าง 50.

¹⁹ วริชา งามสุพันธุ์กุล, ‘พัฒนาการแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Etat de droit) ในประเทศฝรั่งเศส’ (เชิงอรรถที่ 1) 26.

²⁰ เฟื่องอ้าง 33.

²¹ เฟื่องอ้าง.

คำสอนของ ฌอง ฌากส์ รูสโซ (Jean-Jaques Rousseau) ที่ว่ากฎหมายระดับรัฐบัญญัติซึ่งผ่านความเห็นชอบจากผู้แทนย่อมแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกัน (Volonte Generale) ของคนในชาติ รัฐบัญญัติจึงมีความสำคัญอย่างมากในระบบกฎหมาย ส่งผลให้ลำดับชั้นของกฎหมายไม่ถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ²²

งานของปุนเทพ ศิรินุพงศ์ เรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย : การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ²³ ได้ศึกษาการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญผ่านมโนทัศน์ว่าด้วยการกลายพันธุ์ (Mutation) ของความคิดทางกฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ ซึ่งหมายถึง ปรากฏการณ์ที่วัตถุที่รับเข้ามาถูกให้ความหมายใหม่จนแตกต่างหรือถูกใช้งานไปจากเดิม²⁴ โดยอาจเกิดขึ้นจากการรับเข้าโดยที่ไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริง ขาดความเข้าใจในบริบท หรือแปลความไม่ถูกต้อง กรณีศึกษาจากการรับเข้าซึ่งทฤษฎีว่าด้วย “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” อันเป็นข้อความคิดจากระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนี ปรากฏในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในชื่อ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” งานชิ้นดังกล่าวได้ชี้ให้เห็นถึงการปรับแต่งเนื้อหาและรายละเอียดบางประการของผู้ร่างรัฐธรรมนูญทำให้คำอธิบายดังกล่าว “กลายพันธุ์” จนมีลักษณะแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต้นฉบับโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ยังเกิดการกลายพันธุ์โดยการใช้การตีความขององค์กรตุลาการด้วย

งานอีกหนึ่งชิ้นของปุนเทพ ศิรินุพงศ์ ที่ศึกษาภายใต้กรอบมโนทัศน์การกลายพันธุ์ของความคิดทางกฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ คือบทความเรื่องห้วงมุกท้ายมังกร : การผสมพันธุ์กฎหมายที่รับเข้ามาจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว²⁵ ซึ่งเสนอว่าการกลายพันธุ์ของข้อความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศนั้นอาจเกิดขึ้นเพราะการรับเข้าโดยพยายามหยิบเอาส่วนผสมจากหลากหลายต้นทางมาประกอบกันในลักษณะผิดฝาผิดตัว²⁶ งานชิ้นนี้ได้ศึกษาการผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัวในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทย โดยยกกรณีศึกษาจากประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทยร่วมสมัย 4 กรณี ได้แก่ กรณีบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติว่าด้วยพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 กรณีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560)²⁷

นอกจากนั้น ยังพบการอ้างถึงแนวคิด (Legal Transplant) โดยสมชาย ปรีชาศิลป์กุล ในงานเสวนา “องค์กรอิสระ-ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบอย่างไร ไม่ขวางประชาธิปไตย” ซึ่งสมชาย กล่าวถึงการรับเข้าศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกตรวจสอบถ่วงดุลระบบการเมืองที่เข้มแข็ง ช่วยปกป้องรัฐธรรมนูญและเสรีภาพของประชาชน มีงาน

²² เฟื่องอ้าง 38.

²³ ปุนเทพ ศิรินุพงศ์, ‘สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศ’ (2561) 47(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 81.

²⁴ เฟื่องอ้าง 85.

²⁵ ปุนเทพ ศิรินุพงศ์, ‘ห้วงมุกท้ายมังกร: การผสมพันธุ์กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว’ (2566) 16(2) CMU Journal of Law and Social Sciences 38.

²⁶ เฟื่องอ้าง 40.

²⁷ เฟื่องอ้าง 43.

ศึกษาตัวแบบจากหลายประเทศเช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน เพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม การนำมาใช้อย่างตรงไปตรงมาโดยไม่คำนึงถึงบริบทภายในประเทศ ผลที่ได้จึงเกิดความพลิกผัน จากเดิมที่มุ่งหวังให้ปกป้องประชาธิปไตยกลายเป็นพิทักษ์อำนาจนำดั้งเดิม²⁸

3. การศึกษาการรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยผ่านแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ

“หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย...”

- บันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ช่วงปลายทศวรรษที่ 1950 ภายใต้บริบทการเมืองภายในประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการทหารและบริบทการเมืองระหว่างประเทศภายใต้บรรยากาศของสงครามเย็น ได้ปลุกเร้าให้นักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษได้คิดหาหลักการใหม่ ๆ เพื่อนำมาคานกับอำนาจของฝ่ายการเมือง หลักนิติธรรมปรากฏขึ้นครั้งแรกในฐานะของความคาดหวังดังกล่าวผ่านข้อเขียนในงานวิชาการกฎหมาย²⁹ และราวสองทศวรรษจึงได้ปรากฏขึ้นในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งร่างขึ้นภายหลังการโค่นล้มเผด็จการในเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516³⁰ หลักนิติธรรมได้ปรากฏขึ้นครั้งสำคัญในฐานะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550³¹ บนความคาดหวังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของบรรดาองค์กรของรัฐ³²

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่หลักนิติธรรมได้ปรากฏตัวอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมายไทย หลักการดังกล่าวกลับถูกใช้เพื่อละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังจะพบได้จากกลุ่มของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่อ้างหลักนิติธรรมเป็นเหตุผลประกอบในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลายฉบับซึ่งแม้บทกฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างไม่ได้สัดส่วน³³ หรือมีเนื้อหาเป็นการมอบอำนาจดุลพินิจให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการออก

²⁸ ‘ข้อเสนอติไซน์ใหม่ องค์กรอิสระ-ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบได้ยึดโยงประชาชน’ (ประชาไทออนไลน์, 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/12/111569>> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2567.

²⁹ เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง (บรรณาธิการ), *นิติรัฐ นิติธรรม ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเปรียบเทียบ* (อิลลูมินันซ์ เอ็ดดิชั่นส์ 2567) คำนวหน้า 15.

³⁰ เฟื่องอ้าง 16.

³¹ บทความขึ้นนี้เขียนขึ้นด้วยความตระหนักถึงปัญหาเรื่องความไม่สอดคล้องของระบบกฎหมายในการใช้คำว่าหลักนิติธรรมในบริบทของไทย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากการจัดโครงสร้างของรัฐและการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในรัฐธรรมนูญไทยฉบับที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเวลานั้นเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนามาจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป อย่างไรก็ตาม ในบทความขึ้นนี้ผู้เขียนไม่ได้มุ่งต้องการถกเถียงถึงประเด็นดังกล่าว.

³² สำนักกรรมการ 3 สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550) 2-3.

³³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2555 เรื่องประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112

คำสั่งทางปกครองโดยการอ้างความมั่นคงของรัฐ เกียรติภูมิของประเทศไทย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน³⁴ นอกจากนั้นหลักนิติธรรมไทยยังถูกเสริมความหมายใหม่ออกไปจากหลักนิติธรรมต้นแบบจากเดิมที่ถือกำเนิดขึ้นเพื่อเป็นหลักที่ “เอกชน” ใช้นับกับอำนาจ “รัฐ” โดยถูกขยายขอบเขตให้ครอบคลุมไปถึงเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐใช้อำนาจต่อกันเองด้วย³⁵

ความเปลี่ยนแปลงในลักษณะนี้จำเป็นที่จะต้องได้รับการศึกษาและอธิบายบนฐานคิดว่าหลักนิติธรรม ในฐานะหลักกฎหมายหนึ่ง ๆ นั้น มีปฏิสัมพันธ์และเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม การเมืองที่หลักการนั้นถูกใช้บังคับ และเนื่องจากแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญ มองการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็น “กระบวนการ” ที่ต่อเนื่องยาวนานอันประกอบด้วยเหตุการณ์หลาย ๆ เหตุการณ์ซึ่งทำให้อกฎหมายเกิดความเปลี่ยนแปลงดังได้อธิบายไว้แล้ว แนวคิดดังกล่าวจึงดูจะมีความเหมาะสมที่จะถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายความเปลี่ยนแปลงอันเกิดขึ้นกับหลักนิติธรรม โดยการศึกษาหลักนิติธรรมตามกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยการรับเข้ารัฐธรรมนูญนั้น จะช่วยขยายขอบเขตการศึกษาหลักนิติธรรมออกไปให้กว้างขวางมากขึ้น โดยไม่ผูกมัดอยู่กับเพียงการพิจารณาการรับเข้าข้อความคิดทางกฎหมายแล้วนำมาสร้างตามแนวทางของต้นแบบที่รับมาเท่านั้น หากแต่จะย้อนกลับไปศึกษาถึงเหตุผลของการรับเข้า การปรับแต่งโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญ รวมถึงการให้ความหมายและการปรับใช้หลักการดังกล่าวโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ ว่าบรรดาเงื่อนไขและเหตุปัจจัยทั้งหลายเหล่านี้ ส่งผลต่อการรับเข้าและการกลายพันธุ์ของหลักนิติธรรมในประเทศไทยได้อย่างไร

นอกจากนี้ การที่แนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญเสนอว่าทบทวนญัตติหรือข้อความคิดทางกฎหมายสามารถถ่ายโอนหรือถูกหยิบยืมจากรัฐหนึ่งไปสู่รัฐหนึ่งได้ หากแต่ต้องคำนึงถึงวัฒนธรรมและบริบทของสังคมที่กำกับอยู่เบื้องหลังข้อความคิดทางกฎหมายดังกล่าวด้วยนั้น ทำให้ประเด็นเรื่อง “อุปสรรค” ของการกระบวนการรับเข้ารัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงศึกษาได้³⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหลักนิติธรรมไทยถูกบิดเบือนจนกลายพันธุ์จากหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐเป็นหลักการที่ถูกกล่าวอ้างถึงเพื่อละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การศึกษาโดยใช้กรอบแนวคิดการรับเข้ารัฐธรรมนูญจะเป็นประโยชน์ต่อการประเมินผลความพยายามในการรับเข้าหลักนิติธรรมว่าเป็นเช่นไร หากผลลัพธ์คือหลักนิติธรรมได้ถูกใช้งานแตกต่างไปจากต้นฉบับที่ใช้เป็นแนวทางหรือไม่เป็นไปตามความมุ่งหวังของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว มีปัญหาใดบ้างที่ต้องทำความเข้าใจหรือเกิดข้อผิดพลาดอย่างไรบ้าง เพื่อจะได้ปรับแต่งให้เข้ารูปหรือปฏิรูปองคภาพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 29 และมาตรา 45 วรรคหนึ่งและวรรคสองหรือไม่

³⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2555 ลงวันที่ 24 ตุลาคม 2555 เรื่องพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 (7) และมาตรา 29 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 29 และมาตรา 45 หรือไม่

³⁵ ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2557 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2557 เรื่องประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีของ นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี สิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 และมาตรา 266 (2) และ (3) หรือไม่

³⁶ ปูนเทพ ศิริบุบผะ, ‘การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น’ (เชิงอรรถที่ 7) 50.

4. บทสรุป

“ค้นบ่อออกจากบ้าน บ่เห็นด้านแดนไกล ค้นไปหาเขียน กะบ่มีความรู้”

“หากไม่ออกจากหมู่บ้าน ก็ไม่ได้เห็นบ้านอื่นเมืองอื่น หากไม่รำเรียนเขียนอ่านคิด ก็ไม่มีความรู้” ผู้เขียนนึกถึงพญาอีสานบพนี้ เพราะบ่อยครั้งที่ผู้เขียนมักได้ยินได้ฟังนักวิชาการบางกลุ่มกล่าวในทำนองที่ว่า “การพัฒนาต้องมาจากคนใน อย่าเอาทัศนคติคนนอกไปตัดสิน” ทัศนคติที่ผิดๆ แตกต่างกันไปหมด ดังกล่าว มักจะนำไปสู่การอำพรางคุณค่าที่เป็นสากลในนามการปกครองแบบไทย ๆ ได้โดยง่ายเช่นกัน เช่น ประชาธิปไตยแบบไทย ๆ หรือนิติธรรมแบบไทย ๆ ซึ่งด้านหนึ่งได้ปลุกเร้าความใส่ใจศึกษาต่อความหมายของข้อความคิดหลาย ๆ เรื่องที่มีต้นธารความคิดมาจากโลกตะวันตกในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับผู้เขียน

ภายใต้ความตระหนักต่อคุณูปการในทางวิชาการและประโยชน์ของการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบรูปแบบต่าง ๆ สิ่งที่น่าสนใจขึ้นเล็กน้อย ๆ นี้ ต้องการจะมอบให้ผู้อ่าน คือ การนำเสนอแนวทางการศึกษาการรับเข้ารัฐธรรมนูญที่ปัจจุบันกำลังเป็นกระแสการศึกษาที่เฟื่องฟูอยู่ในโลกวิชาการต่างประเทศและถูกหยิบเข้ามาใช้เป็นกรอบในการศึกษาในวงวิชาการนิติศาสตร์ของไทยแล้ว รวมถึงต้องการชี้ชวนให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้อธิบายปรากฏการณ์การรับเข้าหลักนิติธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทย