



การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน



ผู้เขียน

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์*



๑. ข้อพิจารณาทั่วไป

ปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายเป็นปัญหาที่ปรากฏขึ้นในทุกสาขาของกฎหมาย นักนิติศาสตร์ได้เพียรพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์การใช้และการตีความกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาทางกฎหมายใช้และตีความกฎหมายตามอำเภอใจ หรือใช้และตีความกฎหมายโดยก่อให้เกิดผลอันประหลาดมานานแล้ว แต่จวบจนกระทั่งถึงปัจจุบัน เราก็ยังไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่ยอมรับกันเป็นยุติและเป็นเอกภาพเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายได้อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าพัฒนาการในทางนิติศาสตร์ที่มีมากกว่าสองพันปีนั้นจะไม่ได้สร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการใช้และการตีความกฎหมายขึ้นมาเลย หากพิจารณาจากตำราในทางวิชาการเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมาย ตลอดจนการศึกษาวិเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายต่าง ๆ แล้ว เราย่อมพบหลักเกณฑ์การใช้และการตีความกฎหมายที่ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษาของศาล นอกจากนี้กฎหมายบางประเทศได้วางหลักเกณฑ์กำหนดลำดับการใช้กฎหมายไว้ด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยหรือประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศสวีเดน เป็นต้น

ในประเทศไทย การศึกษาวิชาที่เกี่ยวกับนิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งหมายถึงวิธีการนิติบัญญัติตลอดจนวิธีการร่างสัญญาประการหนึ่ง และวิธีใช้ วิธีตีความ ตลอดจนวิธีการสร้างเสริมกฎหมายอีกประการหนึ่งนั้น ดูเหมือนจะไม่ได้พัฒนาไปเท่าใดนักนับตั้งแต่การรับเอากฎหมายสมัยใหม่เข้าใช้แทนที่กฎหมายที่มีมาแต่เดิมเมื่อร้อยกว่าปีก่อน งานเขียนเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายส่วนใหญ่เน้นไปที่การตีความกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ คำอธิบายหลักเกณฑ์ทั่วไป

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายไม่ปรากฏมากนัก มีพ้องต้องกล่าวถึงการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนซึ่งหมายถึงการใช้และการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองซึ่งแทบจะไม่ปรากฏเลย บทความนี้มุ่งหมายที่จะชี้ให้เห็นถึงหลักทั่วไปในการใช้และการตีความกฎหมาย และสภาพปัญหาของการตีความกฎหมายมหาชน ตลอดจนข้อพิจารณาบางประการในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนอันเป็นข้อที่จะต้องคำนึงเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายทั่วไป คำว่า “การใช้กฎหมาย” ผู้เขียนใช้ในความหมายที่รวมเอาการตีความกฎหมาย การอุดช่องว่างของกฎหมาย ตลอดจนการสร้างเสริมกฎหมายโดยผู้พิพากษาไว้ด้วยกัน สำหรับคำว่า “การตีความกฎหมาย” ผู้เขียนมุ่งหมายถึง การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร

๒. หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์ที่โดยหลักแล้วไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายตุลาการและศาลค่อยๆ ประมวลและพัฒนาศึกษา ซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมาย Common Law มีหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเฉพาะ บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมาย Common Law มีทั้งกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลและกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ในขณะที่ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งพยายามรวบรวมกฎเกณฑ์ต่างๆ ให้อยู่ในรูปของประมวลกฎหมายนั้น มีวิธีใช้และวิธีตีความกฎหมายแตกต่างออกไป โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยเดินตามแนวทางของระบบกฎหมาย Civil Law ผู้เขียนจึงจะใช้หลักเกณฑ์ตลอดจนแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมาย Civil Law โดยเฉพาะในระบบกฎหมายเยอรมัน ออสเตรีย และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นแนวทางในการอธิบายนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายต่าง ๆ เราจะพบว่า มีความคล้ายคลึงกันอยู่ประการหนึ่ง นั่นคือ การพยายามที่จะค้นหาความหมายของบทกฎหมายโดยอาศัยเครื่องมือในทางนิติวิธี ซึ่งโดยปกติแล้ว ย่อมได้แก่ ถ้อยคำในกฎหมาย ความเป็นมาของกฎหมาย ระบบกฎหมายทั้งระบบ ตลอดจนวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้นซึ่งจะได้ อธิบายเป็นลำดับไป





๒.๑ การตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์

๒.๑.๑ ข้อพิจารณาเบื้องต้น ถ้อยคำที่ปรากฏในบทกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) และความหมายของถ้อยคำย่อมถือเป็น “ปฐมบท” (starting point) ของการตีความกฎหมายทุกครั้ง ความหมายของถ้อยคำย่อมเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าบทกฎหมายบทนั้นควรจะมีคามหมายอย่างไร อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่ถ้อยคำถ้อยคำหนึ่งอาจมีความหมายได้ในหลายนัยด้วยกัน การตีความโดยอาศัยองค์ประกอบประการอื่นเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น หากสำรวจตรวจสอบถ้อยคำต่าง ๆ ที่ใช้กันในชีวิตประจำวันแล้วจะพบว่ามิตถ้อยคำจำนวนน้อยมากที่มีความชัดเจนในตัว เช่น ถ้อยคำที่เป็นจำนวนนับ แต่แม้กระนั้นเมื่อนำถ้อยคำดังกล่าวมาใช้ในกฎหมาย กรณีย่อมเกิดปัญหาให้ต้องตีความได้เสมอ เช่น ระยะเวลาในการอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งทางปกครอง ที่กฎหมายระบุไว้สิบห้าวัน จะเริ่มนับเมื่อใด เป็นต้น แม้แต่คำธรรมดาสามัญที่เราเข้าใจกันดี เช่น คำว่า “ป่า” ย่อมมีปัญหาให้ต้องตีความได้เช่นกันว่าต้องอาศัยต้นไม้จำนวนกี่ต้นจึงจะเป็น “ป่า” ได้ หรือ “แบคทีเรีย” ถือว่าเป็น “สัตว์” ในตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๓๓ หรือไม่

ในกรณีที่ถ้อยคำที่ต้องใช้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นถ้อยคำที่องค์กรนิติบัญญัติเห็นแล้วว่ามิตถ้อยคำ องค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายระบุให้ชัดเจนว่าตนมุ่งประสงค์อะไร เช่น อาจกำหนดว่า “แบคทีเรีย” ไม่ถือว่าเป็นสัตว์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๓๓” หรือ ระบุลงไปให้ชัดเจนว่า “ป่า” คืออะไร ประกอบด้วยต้นไม้จำนวนอย่างน้อยกี่ต้น การตรากฎหมายในลักษณะนี้ย่อมทำให้บทกฎหมายชัดเจนขึ้น แต่ก็ช่วยแก้ปัญหาการตีความในระดับหนึ่งเท่านั้น ในอดีตผู้ร่างประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งราชอาณาจักรปรสเซีย ค.ศ. ๑๗๘๔ ได้พยายามร่างประมวลกฎหมายดังกล่าวให้มีข้อความละเอียด ครอบคลุมทุกแง่มุม เพื่อไม่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการตีความกฎหมายมากเกินไป แต่ก็ไม่สำเร็จ เนื่องจากในทางปฏิบัติมีปัญหาให้ต้องตีความกฎหมายที่ตราขึ้นโดยละเอียดนั้นเสมอ

ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำนั้น บุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษามาในทางนิติศาสตร์มักจะเข้าใจว่าเมื่อกฎหมายได้รับการตราขึ้นเป็นภาษาไทย และเป็นภาษาไทยที่ใช้กันโดยทั่วไป เมื่อตนเป็นคนไทย ตนย่อมสามารถอ่านกฎหมายเข้าใจและตีความกฎหมายได้เหมือนอย่างบุคคลที่ศึกษามาในทางนิติศาสตร์ ความเข้าใจดังกล่าวนี้ว่าเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ถ้อยคำสามัญที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องตีความตามความเข้าใจทั่วไป ก็ไม่ได้หมายความว่าผลที่สุดแล้วความหมายของถ้อยคำที่กลายเป็นบทกฎหมายจะต้องเหมือนกับความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเสมอไป

หากพิจารณาโครงสร้างของบทกฎหมายที่ประกอบด้วย “องค์ประกอบส่วนเหตุ” และ “ผลในทางกฎหมาย” แล้ว เราอาจแบ่งแยกถ้อยคำต่างๆ ออกได้เป็นหลายประเภท เช่น ถ้อยคำที่คลุมเครือ ถ้อยคำเชิงคุณค่า ถ้อยคำคาดคะเน หรือถ้อยคำเปรียบเทียบ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในโครงสร้างบทกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นส่วนที่มักจะเป็นวัตถุแห่งการตีความแล้ว เราอาจแยกถ้อยคำออกได้เป็น ๒ ประเภทใหญ่ๆ คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาประเภทหนึ่ง และถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐานอีกประเภทหนึ่ง

๒.๑.๒ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาและถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน^๑

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนา คือ ถ้อยคำที่บ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกแห่งความเป็นจริง เช่น สัตว์ อาคาร รถยนต์ ยา ฯลฯ โดยทั่วไปแล้วถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวนี้จะบ่งชี้สิ่งที่สามารถสัมผัสได้ในทางกายภาพ ยิ่งถ้อยคำดังกล่าวพรรณนาสิ่งที่สามารถสัมผัสได้มากเท่าไร ถ้อยคำดังกล่าวก็จะยิ่งชัดเจนและเข้าใจง่ายโดยทั่วไปมากขึ้นเท่านั้น อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีที่เป็นข้อยกเว้นของสิ่งที่กล่าวมา เช่น คำว่า “ป่า” แม้เป็นถ้อยคำที่โดยทั่วไปแล้วดูเหมือนจะเข้าใจได้อย่างชัดเจน แต่หากพิเคราะห์ลงไปให้ลึกซึ้งแล้ว ย่อมจะมีปัญหาว่าจะต้องอาศัยต้นไม้อันจำนวนเท่าใด จึงจะถือว่าเป็นป่า หรือ “ยามวิกาล” เริ่มต้นเมื่อใด แบบที่เรากล่าวว่าเป็น “สัตว์” หรือไม่ “มนุษย์” หมายความว่าอย่างไร ความเป็นมนุษย์เริ่มต้นและสิ้นสุดเมื่อใด เป็นต้น โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาอาจมีได้ในหลายความหมาย ในบางกรณีเพื่อป้องกันความสับสน ผู้ร่างกฎหมายจะกำหนดบทนิยามถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายดังกล่าวขึ้น แต่ถึงแม้ว่าจะมีการนิยามความหมายของถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาไว้ก็ตาม ก็หาได้หมายความว่าปัญหาการตีความถ้อยคำจะได้รับการขจัดให้หมดสิ้นไปไม่ เพราะในหลายกรณีก็จำเป็นที่จะต้องตีความถ้อยคำที่ปรากฏในบทนิยามนั้นก่อนที่จะตีความถ้อยคำที่บทนิยามนั้นต้องการนิยาม

เท่าที่กล่าวมานี้คงจะพอเห็นได้ว่าถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาแต่ละถ้อยคำมี “เขตแดนในทางนิรุกติศาสตร์” กล่าวคือ ถ้อยคำแต่ละถ้อยคำล้วนแล้วแต่มี “แก่นความ” (Begriffkern) และ “ขอบความ” (Begriffshof)^๒ วัตถุที่จะถือได้ว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำใด วัตถุนั้นอย่างน้อยจะต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น ในทางปรัชญาภาษาวิเคราะห์ การใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน ย่อมทำให้ผู้ตีความต้องคำนึงในเบื้องต้นแล้วว่าวัตถุที่เป็นปัญหานั้น พิจารณาแล้วเห็นประจักษ์ชัดว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอย่างแน่นอน หรือไม่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอย่างแน่นอน หรือ เมื่อพิจารณาแล้วยังชี้ชัดไม่ได้ว่าวัตถุนั้นอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำนั้นหรือไม่ กรณีที่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอน เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกปฏิฐาน” (positive Kandidaten) กรณีที่ไม่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอน เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกปฏิเสธ” (negative Kandidaten) ส่วนกรณีที่ไม่แน่ว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือไม่ เราเรียกวัตถุนั้นว่า “ตัวเลือกที่เป็นกลาง” (neutrale Kandidaten)^๓

^๑Ernst E. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern : Stämpfli, 1998, S. 44.

^๒ดู Phillip Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen : Mohr, 1914, S. 107.

^๓Kramer, S. 45.



การวินิจฉัยว่าวัตถุที่เป็นปัญหานั้นเป็นตัวเลือกปฏิเสธหรือไม่ มีความสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาซึ่งห้ามการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเทียบเคียง (Analogy) ในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ส่วนในกฎหมายแพ่งนั้นโดยเหตุที่ไม่มีกฎหมายห้ามการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียง ในกรณีที่วัตถุที่เป็นปัญหาไม่อยู่ในกรอบของถ้อยคำ เราอาจใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงได้ ในทางกลับกันวัตถุใดเป็นวัตถุที่เป็นตัวเลือกปฏิเสธ ซึ่งหมายความว่าวัตถุดังกล่าวอยู่นั้นอยู่ในกรอบของถ้อยคำอย่างแน่นอน หากปรากฏว่าการใช้กฎหมายโดยให้วัตถุดังกล่าวอยู่ในกรอบของถ้อยคำอาจก่อให้เกิดผลที่ประหลาดอย่างมาก เราอาจตัดมิให้ตัวเลือกปฏิเสธนั้นอยู่ในกรอบของถ้อยคำได้ โดยอาศัยการใช้กฎหมายแบบลดรูปเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายบรรลุผล (Teleologische Reduktion) สำหรับในทางกฎหมายมหาชนนั้นดูเหมือนจะยังไม่มีกรอบที่แน่นอนชัดเจน เรื่องนี้จะกล่าวต่อไปในส่วนที่ว่าด้วยการอุดช่องว่างของกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป ตัวเลือกทั้งสามประเภทอาจเลื่อนไหลไปมาได้ ด้วยเหตุนี้ในหลายกรณีเราจึงไม่อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่าวัตถุที่เป็นปัญหาให้ต้องตีความนั้นเป็นตัวเลือกประเภทใด เพราะวัตถุดังกล่าวนั้นอาจเป็นตัวเลือกปฏิเสธหรืออาจเป็นตัวเลือกที่เป็นกลางก็ได้ หรือเป็นตัวเลือกที่เป็นกลางแต่ในขณะเดียวกันก็อาจมีข้อพิจารณาได้ว่าอาจเป็นตัวเลือกปฏิเสธได้เช่นกัน เช่น น้ำกรตที่ใช้สาธิตผู้อื่นโดยมุ่งหวังให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นตัวเลือกที่เป็นกลางของคำว่า “อาวุธ” เป็นต้น

แม้ว่าหลักเกณฑ์การแบ่งแยกตัวเลือกออกเป็นสามประเภทที่กล่าวมาอาจจะมีปัญหาในการปรับใช้อยู่บ้างก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความหมายของการแบ่งแยกดังกล่าวไม่มีประโยชน์เสียเลย เพราะในหลายกรณีการจัดกลุ่มวัตถุให้เข้าอยู่ในประเภทของตัวเลือกประเภทใดประเภทหนึ่งนั้นมีความชัดเจนอยู่ในตัว ด้วยเหตุนี้ใครก็ตามที่ยืนยันว่า “แมวตัวที่ชื่อน้ำผึ้ง” หรือ “หมิตัวที่ชื่อน้ำตาล” ไม่ใช่ตัวเลือกปฏิเสธของข้อความคิด “หมา” การตีความกฎหมายของบุคคลผู้นั้นอาจกลายเป็นเรื่องตลกขบขันได้

ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่อ้างอิงหรือบ่งชี้สิ่งที่เป็นนามธรรมหรือคุณค่า ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานจึงต่างจากถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนา เพราะถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนามุ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกของความเป็นจริงที่สัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า คือ ตา หู จมูก ลิ้น กาย

ในความหมายอย่างแคบ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิค (terminus technicus) ทางนิติศาสตร์ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ส่วนควบ เครื่องอุปกรณ์ คำสั่งทางปกครอง ฯลฯ ในหลายกรณีความหมายของศัพท์เทคนิคดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แม้กระนั้นก็ตามบทนิยามความหมายของศัพท์เทคนิคต่างๆ ก็ไม่ชัดเจนแน่นอนเสียทั้งหมด ในหลายกรณีก็มีปัญหาที่ต้องตีความว่าสิ่งๆ หนึ่งอยู่ในความหมายของบทนิยามหรือไม่

^๑ดูคำอธิบายเรื่องนี้ในส่วนที่ว่าอุปสรรคของช่องว่างแห่งกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย.

สิ่งที่พึงระวังประการหนึ่งในการตีความถ้อยคำทางกฎหมายก็คือ ถ้อยคำเดียวกันนั้น เมื่อไปอยู่ในบริบทที่แตกต่างกัน ถ้อยคำดังกล่าวอาจมีเนื้อหาต่างกันได้ “ประมาทเลินเล่อ” ในกฎหมายฉบับหนึ่งอาจหมายถึงการไม่ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่บุคคลในภาวะเช่นนั้น จะใช้ได้ แต่ในกฎหมายอีกฉบับหนึ่งอาจหมายถึงการขาดความระวังที่พึงคาดหมายได้จากบุคคลที่ประกอบอาชีพดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นในการตีความถ้อยคำ สิ่งที่พึงระมัดระวังอีกประการหนึ่งก็คือ ถ้อยคำที่ดูเหมือนว่าเป็นถ้อยคำที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น ได้กลายเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะทางกฎหมายแล้วหรือไม่ หากปรากฏกรณีเช่นนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวตามความหมายในทางกฎหมาย ไม่ใช่ตามความหมายสามัญที่ใช้กันทั่วไป ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เฉพาะทางวิชาการสาขาอื่น ผู้ตีความย่อมต้องค้นหาความหมายของถ้อยคำนั้นตามที่เข้าใจกันในวงวิชาการเฉพาะสาขานั้น

นอกจากถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์แล้วยังมีถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานซึ่งไม่ได้มีความหมายเฉพาะทางนิติศาสตร์ แต่เกิดขึ้นจากการประเมินคุณค่าในทางสังคมด้วย เช่น “เหตุสำคัญ”^๕ “สำคัญผิดในสาระสำคัญ”^๖ “เหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง”^๗ ฯลฯ ถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ เรียกกันทางนิติศาสตร์ว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (unbestimmte Rechtsbegriff; indefinite legal concept) ถ้อยคำในลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่เปิดไว้ให้ผู้ตีความกฎหมายใช้ดุลพินิจทำให้เป็นรูปธรรม ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนี้ หากเป็นถ้อยคำที่มีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เราเรียกถ้อยคำดังกล่าวว่า “ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป” (Generalklauseln; general clause) หากพิจารณาเปรียบเทียบกับถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนาแล้ว จะพบว่าตัวเลือกในทางภาษาที่จะเกิดขึ้นกับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้น จะเป็นตัวเลือกที่เป็นกลางเป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือ ไม่อาจกล่าวได้อย่างแน่นอนว่าจะตกอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่ ตัวเลือกปฏิฐานจะเกิดกับถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงน้อยมาก

๒.๑.๓ ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป

ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานซึ่งอ้างอิงเชื่อมโยงกับคุณค่าทางสังคม แม้จะมีความหมายที่กว้างและคลุมเครือเป็นพิเศษ แต่ก็ เป็นถ้อยคำที่มีความสำคัญเพราะมีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตัวอย่างของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปและถือว่าเป็น “ราชาของหลักการทั่วไปในกฎหมายแพ่ง” คือ “หลักสุจริต” หรือ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจ” (Treu und Glauben)

^๕ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๒ และมาตรา ๑๔๔๓.

^๖ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๗.

^๗ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๖.



หรือ “หลักการห้ามใช้สิทธิที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น” และถ้าสังเกตต่อไปให้ดีแล้วจะพบว่าในกฎหมายปกครองก็ปรากฏหลักการดังกล่าวเช่นเดียวกัน คือ การคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริตและใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหมดสิ้นไปแล้ว แม้คำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่สุจริตและไม่ปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะมีน้ำหนักมากกว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นได้^๔ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าในทางกฎหมายมหาชนหลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะต้องนำมาคานึงประกอบด้วยเสมอ

เป็นที่เห็นประจักษ์ชัดทั่วไปว่าการที่ผู้ร่างกฎหมายตัดสินใจใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงอันมีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปนั้นย่อมกระทบต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ทั้งนี้เพราะเป็นการยากอย่างยิ่งที่บุคคลทั่วไปจะคาดหมายได้ว่าผู้พิพากษาจะวินิจฉัยชี้ขาดในลักษณะใด ความยุ่งยากในทางกฎหมายไม่ได้ปรากฏเฉพาะในชั้นของการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น แต่ในการอธิบายกฎหมาย ผู้อธิบายหรือผู้แต่งตำรา ก็ย่อมประสบความยุ่งยากเช่นเดียวกัน โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปเป็นถ้อยคำที่เปิด ดังนั้นหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้ากับถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปแล้ว ย่อมคาดหมายได้ว่าการต่อสู้คดีจะยืดเยื้อยาวนาน และมักจะไปจบที่ศาลสูงสุด

ในทางกฎหมายมหาชน การที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติกำลังปล่อยให้องค์กรผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ที่แท้จริงขึ้นใช้บังคับการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปจึงมีปัญหา เพราะอาจมองได้ว่าองค์กรนิติบัญญัติกำลังหนีจากความรับผิดชอบทางการเมือง โดยผลักภารกิจดังกล่าวไปให้องค์กรอื่นกระทำการแทน นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปยังก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องอธิบายต่อไปอีกในทางกฎหมายปกครองว่าความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองกับองค์กรตุลาการจะอยู่ในลักษณะเช่นใด องค์กรตุลาการสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบการตีความตลอดจนการปรับใช้กฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองได้อย่างเต็มที่หรือไม่ หรือในกรณีดังกล่าวนี้ต้องถือว่าองค์กรนิติบัญญัติมุ่งประสงค์จะมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้นองค์กรตุลาการย่อมไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองได้อย่างเต็มที่ ได้แต่ตรวจสอบว่าการปรับใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น

ถึงแม้ว่าการใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปจะมีปัญหาในเชิงหลักการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่โดยเหตุที่สภาพข้อเท็จจริงที่ปรากฏในโลกของความเป็นจริงมีความสลับซับซ้อนอย่างมาก จึงจำเป็นอยู่เองที่ผู้ร่างกฎหมายจำเป็นต้องใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปในลักษณะเปิด (open texture) ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป เช่น “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” “ความสุจริต” เป็นเสมือน

^๔ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕๐ และมาตรา ๕๑.

ช่องทางเชื่อมการบัญญัติกฎหมายกับคุณค่าต่างๆ ที่ดำรงอยู่ในสังคมเข้าด้วยกัน ทำให้กฎหมายไม่แข็งกระด้าง ทำให้ประสิทธิภาพของบทกฎหมายเพิ่มสูงขึ้น เพราะคนในสังคมจะยอมรับการตัดสินใจขาดอย่างสนิทใจขึ้น หากผู้ใช้กฎหมายปรับใช้บทกฎหมายที่เป็นหลักการอย่างถูกต้องเที่ยงธรรม ยิ่งไปกว่านั้นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปยังมีความยืดหยุ่น สามารถปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเร็วได้ โดยที่องค์กรนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายหรือตรากฎหมายขึ้นใหม่อีกด้วย

โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป (รวมทั้งถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง) เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด ผู้ใช้กฎหมายจึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปดังกล่าว และโดยที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงมีเขตแดนในทางนิติศาสตร์กว้าง การวินิจฉัยหรือปรับใช้กฎหมายขององค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือองค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในกรอบของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น (intra legem) อย่างไรก็ตามเราอาจพิจารณาได้ในอีกมิติหนึ่งเช่นกันว่าการปรับใช้บทกฎหมายอันมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น แท้ที่จริงแล้วก็คือการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่ง อันเป็นช่องว่างที่องค์กรนิติบัญญัติตั้งใจปล่อยไว้ให้องค์กรที่ใช้กฎหมายดำเนินการอุดเสีย^๔

๒.๑.๔ ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการตีความตามถ้อยคำ

ได้กล่าวมาแล้วว่า “ถ้อยคำ” เป็นจุดเริ่มต้นของการตีความและเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นปัญหานั้นมีความหมายว่าอย่างไร ดังนั้นในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่จะต้องกระทำก็คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพินิจพิเคราะห์โดยละเอียดรอบคอบ พึงพิจารณาให้ดีกว่ากฎหมายใช้คำว่า “และ” หรือคำว่า “หรือ” ในกรณีที่ปรากฏถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธในประโยคทางกฎหมาย ต้องพิจารณาให้ดีกว่าถ้อยคำที่เป็นการปฏิเสธนั้นปฏิเสธส่วนไหนของประโยค ถ้อยคำต่างๆ ที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้นั้นมีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย เช่นในกรณีที่กฎหมายใช้คำว่า “อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใด” ผู้ตีความย่อมคาดหมายความหมายของคำว่า “สิ่งปลูกสร้างอื่นใด” ได้ว่าน่าจะต้องหมายถึง สิ่งปลูกสร้างที่มีโครงสร้างติดกับพื้นดินในลักษณะที่มั่นคงถาวรทำนองเดียวกับอาคาร แม้ว่าการคาดหมายดังกล่าวนี้ยังไม่ช่วยให้ผู้ตีความสามารถไขความหมายที่แน่นอนของคำว่า “สิ่งปลูกสร้างอื่นใด” ออกมาได้ แต่เมื่อได้พิจารณาองค์ประกอบแห่งการตีความในลักษณะอื่นประกอบด้วยแล้ว (เช่น การตีความตามระบบ หรือการตีความตามประวัติความเป็นมา เป็นต้น) ก็จะทราบความหมายที่แน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวได้ในที่สุด

แม้กระนั้นก็ตามผู้ตีความกฎหมายต้องระมัดระวังอยู่เสมอว่า การพิจารณาพิเคราะห์ถ้อยคำจะต้องไม่เป็นไปในลักษณะที่ติดกับถ้อยคำหรือให้ค่าแก่ความหมายทางภาษาของถ้อยคำอย่างมากจนกลายเป็นการเล่นอยู่กับถ้อยคำ และทำให้การตีความตามถ้อยคำกลายเป็นการตีความแบบ “ศรีธนญชัย” ไปในที่สุด ในทางนิติวิธี การตีความโดยไม่ยึดติดกับตัวอักษรหรือถ้อยคำ

^๔ในทางนิติวิธีเราเรียกช่องว่างแบบนี้ว่า ช่องว่างแบบ intra verba legis.



แต่อย่างเดียวนั้น อาจทำให้เกิดปรากฏการณ์ของการตีความอย่างแคบ การตีความอย่างกว้าง การใช้กฎหมายล้วงกรอบแห่งถ้อยคำ (praeter verba legis) หรือแม้แต่การใช้กฎหมายไปในทางตรงกันข้ามกับถ้อยคำตามตัวอักษร (contra verba legis) ได้ นิติวิธีในลักษณะดังกล่าวนี้จะได้อธิบายต่อไป

สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตีความตามถ้อยคำก็คือ ถึงแม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายเมื่อพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากบทกฎหมายแล้ว จะมีความหมายชัดเจน (ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วแทบจะไม่มี) แต่ผู้ตีความก็จำเป็นต้องพิจารณาพิเคราะห์ “ความหมายของบทกฎหมาย” อย่างละเอียด จะด่วนสรุปว่าบทกฎหมายนั้นมีความหมายตรงกับความหมายของถ้อยคำที่ผู้ตีความคิดว่าชัดเจนแล้วไม่ได้ กล่าวโดยสรุป “ถ้อยคำ” เป็นเพียงองค์ประกอบในการตีความประการหนึ่งเท่านั้น เราจะตีความตามตัวอักษรประการเดียว แล้วสรุปผลการตีความถ้อยคำนั้นว่าเป็นความหมายของกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” จึงไม่ได้หมายความว่าต้องตีความตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อตีความตามตัวอักษรแล้วไม่ได้ความหมายที่ชัดเจน จึงตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ ต่อไปดังที่เข้าใจผิดกันอยู่มากในวงการกฎหมายไทย แต่หมายความว่าในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอ ความมุ่งหมายของกฎหมายนอกจากจะสื่อออกมาในตัวอักษรแล้ว ยังอาจสื่อออกมาในรูปแบบอื่นอีก บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ซึ่งวางกฎเกณฑ์เบื้องต้นในทางนิติวิธีไว้นั้น มีความหมายแต่เพียงว่าถ้อยคำหรือตัวอักษรเป็นจุดเริ่มต้นการตีความเท่านั้น หาได้หมายความว่าถ้อยคำหรือตัวอักษรชัดเจนแล้ว ผู้ใช้กฎหมายก็อาจใช้กฎหมายตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดไปได้ ถึงแม้ว่าการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันยุติธรรม ผู้ใช้กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องสนใจใยดีแต่อย่างใดไม่ ในระบบประมวลกฎหมายซึ่งการจัดทำกฎหมายเกิดขึ้นจากแรงบันดาลใจในการกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นนามธรรม เพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น จำเป็นเสมอที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องมีศิลปะในการใช้กฎหมายไม่ให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันขัดกับสามัญสำนึก การเลียงผลอันประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึก จำเป็นอยู่เองที่ผู้ตีความกฎหมายจะติดอยู่กับถ้อยคำตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียวไม่ได้ เคลซุส (Celsus) นักนิติศาสตร์โรมันผู้ยิ่งใหญ่ได้เคยกล่าวไว้ในประเด็นนี้ว่า “การทำความเข้าใจกฎหมายไม่ได้หมายความว่าความถึงการยึดติดอยู่กับถ้อยคำ แต่หมายถึงการหยั่งรู้พลังและอำนาจของถ้อยคำนั้น” (Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem)



เคลซุส (Celsus)

แม้กระนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การใช้กฎหมายต้องเริ่มพิจารณาจากกรณีที่ “ต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร” ย่อมเป็นเครื่องกระตุ้นเตือนให้ผู้ใช้กฎหมายสำนึกอยู่เสมอว่าตนจะละเลยไม่ให้ความสำคัญกับถ้อยคำตามกฎหมายก็ไม่ได้เช่นกัน การใช้กฎหมายโดยไม่สนใจถ้อยคำ แต่อ้างเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายลอยๆ ย่อมเป็นอันตราย เพราะจะทำให้เกิดความไม่แน่นอน และหาอะไรเป็นหลักในการเริ่มต้นค้นหาความหมายของบทกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นไม่ว่าจะมีผู้วิจารณ์นักนิติศาสตร์ว่าคับแคบหรือยึดติดกับถ้อยคำมากเกินไปก็ตาม นักนิติศาสตร์ที่มุ่งหวังจะใช้กฎหมายให้ถูกต้อง และธำรงรักษาไว้ซึ่งระบบกฎหมายทั้งหมด ก็จำเป็นต้องเอาข้อวิจารณ์ดังกล่าวมาเป็นเหตุให้ตนเลิกสนใจถ้อยคำในทางกฎหมายไม่ได้เด็ดขาด แต่จะต้องรับเอาข้อวิจารณ์นั้นมาพิจารณาและพิจารณาว่ามีเหตุผลหรือไม่ ถึงที่สุดแล้วในการใช้กฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายก็ต้องพิจารณาถ้อยคำประกอบกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่นที่มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้นั่นเอง จะละเลยส่วนหนึ่งส่วนใดไม่ได้

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปสำหรับการตีความตามถ้อยคำอีกประเด็นหนึ่งก็คือการตีความถ้อยคำทางกฎหมายนั้นจะต้องตีความตามความหมายที่เข้าใจกันทั่วไปหรือจะต้องตีความตามความหมายที่เข้าใจกันเฉพาะในวงการวิชาการ คำตอบสำหรับคำถามนี้ย่อมอยู่ที่ลักษณะการใช้ถ้อยคำขององค์กฤษฎีกาบัญญัติ ในกรณีที่องค์กฤษฎีกาบัญญัติใช้ศัพท์เทคนิคเฉพาะในทางนิติศาสตร์หรือศัพท์เทคนิคเฉพาะในทางวิชาการสาขาใดสาขาหนึ่ง โดยหลักแล้วผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวตามความหมายที่เข้าใจกันในวงการวิชาการสาขานั้น^{๑๐} เว้นแต่กรณีที่องค์กฤษฎีกาบัญญัติใช้ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคอย่างคลุมเครือและไม่สมเหตุสมผล ผู้ใช้กฎหมายย่อมต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นตามหลักความสุจริต คือ การคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าว^{๑๑} สำหรับกรณีที่องค์กฤษฎีกาบัญญัติใช้ถ้อยคำธรรมดาสามัญ การตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นต้องตีความตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ เว้นแต่ถ้อยคำสามัญนั้นได้กลายเป็นศัพท์เทคนิคเฉพาะในทางนิติศาสตร์หรือในทางวิชาการสาขาอื่นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

สำหรับประเด็นที่ว่าความหมายของถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความ จะถือเอาความหมายของถ้อยคำนั้นตามที่ปรากฏอยู่ในเวลาที่มีการตรากฎหมาย หรือจะต้องถือเอาความหมายของถ้อยคำนั้นตามที่ปรากฏอยู่ในเวลาที่มีการตีความ กล่าวคือจะถือเอาความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในอดีตหรือที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น จะต้องแยกพิจารณาว่าถ้อยคำที่เป็นวัตถุในการตีความนั้นเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคหรือเป็นถ้อยคำสามัญ หากถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิค ในกรณีที่เป็นที่สงสัย ให้ตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นตามความหมายที่ปรากฏในเวลาที่ตรากฎหมาย เว้นแต่ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคนั้นเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเปิดหรือไม่เฉพาะเจาะจงและในช่วงเวลา

^{๑๐}Kramer, at 63.

^{๑๑}คำพิพากษาศาลยุติธรรมสวัสดิเซอร์แลนด์ BGE 114 Ia 25 (28).



ที่ผ่านมาได้มีการเปลี่ยนแปลงความหมายในทางเนื้อหาของถ้อยคำดังกล่าวนั้น เช่น คำว่า “เสรีภาพของสื่อมวลชน” เหตุที่โดยหลักแล้วจะต้องถือเอาความหมายของถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคตามที่ปรากฏอยู่ในเวลาตรากฎหมายก็เนื่องจากหากถือเอาความหมายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันแล้ว ผลของการตีความถ้อยคำอาจจะไม่ตรงกับความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายที่มุ่งใช้ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคเฉพาะและเข้าใจชัดเจนว่าตนมุ่งหมายอะไร การตีความถ้อยคำโดยถือเอาความหมายของศัพท์เทคนิคที่เป็นอยู่ในปัจจุบันจึงเป็นการตีความที่ไม่คำนึงถึงความประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติที่ปรากฏชัดในถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคนั้น แต่ถ้าถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความเป็นถ้อยคำสามัญ โดยหลักแล้วจะต้องตีความถ้อยคำนั้นตามความหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน^{๑๒} ทั้งนี้เนื่องจากผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจความหมายของถ้อยคำตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน บุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจทราบได้ว่าในเวลาที่เราตรากฎหมาย ถ้อยคำที่เป็นปัญหานั้นมีความหมายอย่างไร การยึดถือเอาความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในปัจจุบันจึงเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและป้องกันมิให้เกิดสิ่งที่บุคคลทั่วไปคาดหมายไม่ได้ขึ้นนั่นเอง

๒.๒ การตีความตามระบบ

๒.๒.๑ หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

ในการค้นหาความหมายของบทกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาความหมายของถ้อยคำแล้ว การพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมายที่ผู้ตีความต้องการไขความว่าอยู่ในหมวดหมู่หรือส่วนใดของกฎหมาย และกฎหมายนั้นจัดอยู่ในสาขาใด กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วคือการพิจารณาดำแหน่งแห่งที่ของบทกฎหมายนั้นในระบบกฎหมายนับว่าเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความนั้นไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยว เป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่นๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่สัมพันธ์เชื่อมโยงเรียงร้อยกันจนกลายเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ การตีความกฎหมายจึงไม่อาจตีความโดยละเอียดบริบทต่างๆ ที่เรียงรายห้อมล้อมบทกฎหมายบทนั้นได้

ความเชื่อมโยงร้อยรัดของบทกฎหมายต่างๆ ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าบทกฎหมายบทนั้นเป็นบทกฎหมายเอกชนหรือบทกฎหมายมหาชน ถึงแม้ว่าในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) จะมีการแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันก็ตาม ก็หาได้หมายความว่าระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชนจะดำรงอยู่โดยแยกจากกันอย่างเด็ดขาดและขาดความสัมพันธ์ต่อกันอย่างสิ้นเชิงไม่ บทบัญญัติในกฎหมายมหาชนที่กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องปฏิบัติย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่กระทบกับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายเอกชน หรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมส่งผลต่อการตีความกฎเกณฑ์ในกฎหมายเอกชนเช่นกัน

^{๑๒}Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin (u.a.) : Springer, 3. Aufl., 1995, S. 144.

หลักความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายซึ่งเรียกร้องให้ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายทั้งระบบนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลาช้านานแล้ว เคลซุสได้กล่าวไว้ว่า “เป็นไปไม่ได้เลยที่จะวินิจฉัยไขความส่วนใดส่วนหนึ่งของกฎหมาย โดยไม่พิจารณากฎหมายทั้งมวล”^{๑๓} อันที่จริงแล้ว หลักเกณฑ์ในการไขความหมายถ้อยคำโดยการคำนึงถึงบริบทแวดล้อมทั้งหลายนั้น ไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่ต้องใช้ในวิชานิติศาสตร์เท่านั้น แต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการตีความเอกสาร บันทึกข้อเขียนทั้งหลายทั้งปวงในศาสตร์ทางวัฒนธรรมสาขาอื่นด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งวิชาการทางด้านมนุษยศาสตร์ ในทางนิติศาสตร์การตีความโดยคำนึงถึงระบบมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการขัดกันของคุณค่าต่างๆ ในระบบกฎหมายเดียวกัน^{๑๔} นั่นเอง

๒.๒.๒ บริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย

ในการตีความตามระบบนั้น สิ่งที่คุณตีความต้องคำนึงถึงก็คือบริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย บริบทภายนอกแห่งกฎหมาย หมายถึง โครงสร้างในทางรูปแบบของกฎหมาย ส่วนบริบทภายในแห่งกฎหมาย หมายถึง ความเชื่อมโยงสอดคล้องและสม่ำเสมอในคุณค่าที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายนั้น

หากพิจารณาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นว่าบริบทภายนอกอันเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายดังกล่าว คือ การที่มีบรรพหนึ่ง หลักทั่วไป และบรรพหนึ่ง หลักทั่วไปนี้ใช้ครอบคลุมทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์ ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นลักษณะที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายของประเทศอื่นในเรื่องเดียวกัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ไม่มีหลักทั่วไปหรือแม้แต่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งเป็นที่มาสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเอง เพราะระบบกฎหมายเยอรมันแยกประมวลกฎหมายแพ่งกับประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกจากกัน อย่างไรก็ตามสิ่งที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องคำนึงถึงก็คือ กฎเกณฑ์บางประการที่มีผลในทางแพ่งและพาณิชย์อาจจะจัดกระจายอยู่ในกฎหมายเฉพาะเรื่องได้ด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ในการใช้กฎหมายผู้ใช้กฎหมายจึงพึงสังเกตโครงสร้างของกฎหมายให้ดี เพราะจะสามารถใช้เป็นประโยชน์ในการไขความหมายของบทกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของการตีความได้ ทั้งนี้ในการตีความกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาว่าบทกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของการตีความนั้นมีกี่วรรค แต่ละวรรคเชื่อมโยงสัมพันธ์กันอย่างไร บทมาตราก่อนหน้านี้และบทมาตราหลังจากนั้นสัมพันธ์กับบทมาตราที่เป็นวัตถุประสงค์ของการตีความในลักษณะอย่างไร เป็นเหตุเป็นผลกันหรือไม่ บทกฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์ของการตีความอยู่ในหมวดใด ส่วนใด หรือบรรพใดของกฎหมาย มีการกำหนดให้นำเอาบทบัญญัติมาตราอื่นในหมวดอื่นหรือส่วนอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลมหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายกำหนดให้นำเอาส่วนไหนมาใช้บังคับโดยอนุโลม และบทบัญญัติที่จะต้องนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมนั้นโดยตัวของตัวเองดำรงอยู่ในบริบทเช่นใด

^{๑๓} Dig. 1, 3, 24 : “Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particular eius proposita iudicare”.

^{๑๔} Dieter Schmalz, Methodenlehre, Baden – Baden : Nomos, 4 Aufl. 1998, S. 92.



สำหรับการพิจารณาวิเคราะห์บริบทภายในแห่งกฎหมาย คือ การวิเคราะห์คุณค่าอันเป็นรากฐานของกฎหมายนั้นย่อมมีผลอย่างสำคัญในการตีความบทกฎหมาย เรื่อย่อมจำเป็นต้องทราบว่ากฎหมายแห่งนั้นมีคุณค่ารากฐานที่แผ่ซ่านไปในทุกบทมาตรา คือ หลักเสรีภาพในสัญญา เสรีภาพในกรรมสิทธิ์ ตลอดจนเสรีภาพในสมาคม ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายแห่งในแต่ละลักษณะย่อมจะมีคุณค่ารากฐานย่อยเชื่อมโยงซึ่งกันและกันลงไปอีก เช่น ในกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นแก่นนั้น ย่อมมีหลักการเคารพเจตจำนง หลักสุจริต หลักความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน ตลอดจนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) ประสานเกาะเกี่ยวกันเชื่อมโยงให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาดำรงอยู่ได้ ในกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบ ย่อมมีหลักความรับผิดชอบเพราะเหตุที่ผู้ก่อให้เกิดความรับผิดอาจถูกประณามและดำเนินได้เนื่องจากกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ หรือหลักความรับผิดชอบเพราะก่อให้เกิดอันตราย หรือความรับผิดขององค์การเพื่อองค์กรของตน เป็นคุณค่าหรือหลักการที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน การที่จะดำเนินการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมจะต้องคำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนผิดหรือไม่ หรือประโยชน์สาธารณะเรียกร้องให้ต้องกระทำหรือไม่ ในการตีความบทกฎหมายผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงหลักการต่างๆ ดังกล่าวนี้นี้เสมอ ผู้ตีความจะต้องรู้วาทกฎหมายนั้นซึมซับเอาคุณค่าหรือหลักการใดไว้ และต้องตีความให้รับหรือสอดคล้องกับคุณค่าหรือหลักการที่บทกฎหมายดังกล่าวซึมซับไว้นั้น เช่น ในการตีความกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ผู้ตีความพึงระลึกว่า หลักการเคารพเจตจำนงของคู่สัญญาย่อมจะเจือจาง ไม่เข้มข้นเหมือนกับกรณีอื่นๆ แต่หลักความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทนจะเข้ามามีบทบาทหลักในเรื่องนี้ ในการตีความผู้ตีความย่อมจะต้องตีความให้สอดคล้องกับคุณค่าที่กล่าวมานั้น กล่าวโดยสรุปการคำนึงถึงคุณค่าพื้นฐานที่กฎหมายนั้นต้องอยู่และเป็นคุณค่าที่แผ่กระจายไปในบทกฎหมายต่างๆ นั้น เป็นสิ่งที่จำเป็น คุณค่าต่างๆ จึงเป็นเครื่องช่วยให้ผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมายสามารถใช้และตีความกฎหมายได้อย่างมีเหตุผล เป็นระบบยิ่งขึ้น บทกฎหมายใดเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะขัดแย้งกับคุณค่าที่บทบัญญัติส่วนใหญ่ในเรื่องนั้นมีอยู่ ย่อมจะต้องถือว่าบทบัญญัตินั้นดำรงอยู่ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้น ด้วยเหตุนี้จึงต้องไม่พยายามตีความขยายความบทกฎหมายดังกล่าว (*singularia non sunt extendenda*) แต่ควรจะตีความอย่างเคร่งครัดและไม่สมควรนำบทกฎหมายนั้นไปใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยเด็ดขาด^{๑๕}

ตัวอย่างของการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงระบบในทางกฎหมายมหาชน ก็เช่นกรณีศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า “กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดนั้น หมายความว่า คำวินิจฉัยนั้นจะเป็นที่สุดก็ต่อเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีคำสั่งและคำวินิจฉัยเช่นนั้น มิได้หมายความว่า แม้คำสั่งวินิจฉัยนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะถึงที่สุดนำมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ไปด้วย”^{๑๖} คดีนี้แม้ศาลฎีกาจะไม่ได้

^{๑๕}Paulus Dig. 1, 3, 14: “Quad vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias”.

^{๑๖}คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๖-๖๔๗/๒๕๑๐ องค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีนี้ คือ จิตติ ดิงศภัทัย – ศรี มลิลลา – จินดา บุญยาคม.

ให้เหตุผลในเชิงหลักการไว้ละเอียดนัก แต่โดยผลของการตีความคำว่า “เป็นที่สุด” ย่อมสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและระบบกฎหมายทั้งระบบ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าผู้ร่างกฎหมายอาจจะมุ่งประสงค์ให้การวินิจฉัยยุทธวิธีเด็ดขาดลง โดยไม่ต้องการให้บุคคลนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลก็ตาม แต่หากตีความกฎหมายเช่นนั้นก็จะเท่ากับตัดสิทธิของบุคคลในทางศาล และทำให้การตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการไม่อาจเป็นไปได้ และจะทำให้บทกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ การที่ศาลฎีกาตีความคำว่า “เป็นที่สุด” ไปในทิศทางดังกล่าว จึงสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนและทำให้บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับได้อย่างสมเหตุสมผล^{๑๗}

๒.๒.๓ ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการตีความตามระบบ^{๑๘}

ก) การตีความโดยคำนึงถึงความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายทั้งปวง ความผูกพันดังกล่าวนี้เป็นความผูกพันในแนวดิ่ง คือ สิทธิและเสรีภาพถือว่าเป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งและเป็นกรอบในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตามภารกิจของสิทธิและเสรีภาพในนิติรัฐย่อมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความสัมพันธ์ในแนวดิ่งเท่านั้น แต่ยังมีผลโดยอ้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอีกด้วย เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพเป็นคุณค่าพื้นฐานแห่งการอยู่ร่วมกันในนิติรัฐ ในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แม้บทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเอกชน องค์กรของรัฐก็จำเป็นที่จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” จึงจะตีความให้หลุดลอยโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไม่ได้

^{๑๗}ในเรื่องนี้มีข้อพิจารณาว่าการที่ศาลฎีกาในคำสั่งที่ ๓๕/๒๕๕๑ ปฏิเสธไม่รับคำร้องของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ถูกคณะกรรมการการเลือกตั้งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้งโดยให้เหตุผลสั้นๆ ว่าคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช ๒๕๕๐) มาตรา ๒๓๙ วรรคหนึ่งนั้น เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่มีการตีความรัฐธรรมนูญอย่างรอบด้านแล้วหรือไม่ ด้วยความเคารพต่อศาล ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเรื่องนี้ ๒ ประเด็น ประเด็นแรก ศาลฎีกาในคดีนี้ไม่ได้หยิบยกเอาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๒๘ ที่ว่าด้วยการประกันสิทธิของบุคคลในทางศาลขึ้นพิจารณาตีความคำว่า “เป็นที่สุด” ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา ๒๓๙ วรรคหนึ่ง ประการที่สอง หากศาลตีความว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก่อนประกาศผลการเลือกตั้งให้เป็นที่สุดได้ โดยที่ไม่มีใครสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้อีก เท่ากับศาลฎีกายอมรับว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถใช้อำนาจตุลาการแบบเดียวกับศาลได้ เพราะการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ถูกตรวจสอบในทางตุลาการอีก ทั้งๆ ที่อำนาจตุลาการตามโครงสร้างของรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ และเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่ศาล ประกอบกับรัฐธรรมนูญบัญญัติหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ การตีความของศาลฎีกาในเรื่องนี้ อย่างน้อยจึงมีปัญหาขัดแย้งกับระบบกฎหมายทั้งระบบ แนวทางการตีความอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในทิศทางเช่นนี้ ซึ่งปรากฏก่อนหน้านี้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๕๒/๒๕๕๖ เป็นแนวทางการตีความที่ยากแก่การอธิบายให้สมเหตุสมผลได้ ถึงแม้ว่าจะปรากฏว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้งเป็นที่สุดก็ตาม แต่เจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่ใช่เจตจำนงของรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ตีความรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาระบบของรัฐธรรมนูญทั้งระบบประกอบกัน และให้ความหมายของรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับระบบได้เช่นกัน.

^{๑๘}Kramer, S. 75.



ข) การตีความในลักษณะที่หลีกเลี่ยงมิให้บทบัญญัติอื่นไร้ผลบังคับ

ถ้าบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งอาจตีความได้หลายนัย ให้หลีกเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติอื่นใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเป็นไปได้ที่องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใด กฎเกณฑ์หนึ่งขึ้นโดยไม่ต้องการให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ จึงต้องพยายามตีความให้บทบัญญัติทุกบทบัญญัติใช้บังคับได้ ซึ่งอาจจะใช้บังคับได้ไม่เต็มที่ตามถ้อยคำก็ได้

ค) การใช้และตีความกฎหมายในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสองบทบัญญัติ

ขัดกัน

กรณีที่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้โดยที่ บทกฎหมายต่างๆ เหล่านั้นอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ให้พิจารณาว่าบทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะ และให้ถือหลักว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (lex specialis derogat legi generali)

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และไม่ปรากฏว่าบทกฎหมายดังกล่าวนั้นสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป ย่อมต้องถือว่าบทกฎหมายดังกล่าวอยู่ในฐานะที่เป็นอิสระแก่กัน ผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องยอมรับให้มีการเลือกใช้บังคับบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้ เช่น ความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดทางละเมิดอาจดำรงอยู่ได้ และในหลายกรณีเราไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดทางละเมิดได้ว่าบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในเรื่องใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะเรื่องใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนี้ผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถเลือกบังคับการตามสิทธิในโดยอาศัยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้

นอกจากบทกฎหมายสองบทจะสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายเฉพาะและบทกฎหมายทั่วไป หรือต่างดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศต่อกันแล้ว ในการใช้กฎหมายสิ่งที่จะต้องคำนึงอีกประการหนึ่งคือกรณีข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายสองบท โดยที่ผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน ได้แก่กรณีที่บทกฎหมายบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อน และบทกฎหมายอีกบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ในกรณีเช่นนี้ผู้ใช้กฎหมายจะต้องเลือกใช้บทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ทั้งนี้ตามหลักที่ว่า “กฎหมายที่ออกมามีผลภายหลังย่อมตัดกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lex posterior derogat legi priori)

บางกรณีองค์กรนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายกรณีกฎหมายขัดกันไว้เป็นการเฉพาะก็ได้ เช่น มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่บัญญัติให้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เว้นแต่กฎหมายใดกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกันความเป็นธรรมและมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็ให้ใช้หลักเกณฑ์ตามกฎหมายนั้น ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะกำหนดกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองไว้โดยมีหลักเกณฑ์ประกันความเป็นธรรม

หรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะนำบทบัญญัตินั้นมาใช้เป็นเกณฑ์ในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ แต่จะต้องใช้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แทน

ง) การตีความโดยคำนึงถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคต

ในกรณีที่มีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้น และกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้น กำลังจะได้รับการประกาศใช้ ในการตีความบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว ผู้ตีความต้องคำนึงถึงความสอดคล้องของบทกฎหมายที่ตนกำลังตีความกับกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคตอันใกล้ อย่างแน่นอนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับนั้นย่อมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้นการคำนึงถึงคุณค่าต่างๆ ที่ดำรงอยู่ในกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับย่อมเป็นสิ่งสำคัญและอาจเป็นเครื่องช่วยในการไขความหมายของบทกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการตีความได้อีกทางหนึ่ง

จ) การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายในเรื่องนี้เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจะต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายมหาชน สามารถตีความได้ในหลายนัย ให้ตีความไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามไม่พึงใช้หลักการดังกล่าวนี้ไปปิดเบือนบทกฎหมายที่เห็นได้ชัดว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้บทกฎหมายนั้นสามารถใช้บังคับได้ เพราะในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุด และต้องดำเนินการส่งเรื่องให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยประกาศการใช้บังคับไม่ได้ของบทบัญญัตินั้น

๒.๓ การตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมาย^{๓๔}

บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความอาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นขึ้นหรืออาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นออกมานานแล้วก็ได้ เมื่อพิจารณาในแง่ของเวลาแล้ว เราจะพบว่ามีเวลาที่เกี่ยวข้องอยู่สองกรณี คือ เวลาที่บทกฎหมายนั้นได้รับการประกาศใช้ และเวลาที่บทกฎหมายนั้นได้รับการตีความให้มีผลใช้บังคับ เช่น เวลาที่ศาลมีคำพิพากษา ระหว่างระยะเวลาดังกล่าวอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านโครงสร้างของสังคม ทางด้านเทคนิค ทางด้านสิ่งแวดล้อม อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ของผู้คนทั้งทางสังคม การเมือง ความเชื่อ ตลอดจนอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองทั้งระบบ หรือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

^{๓๔}Bernd Rüthers, Rechtstheorie, München : Beck, 1999, S. 433-434.



การตีความกฎหมายตามประวัติความเป็นมาเป็นการค้นหาความหมายของบทกฎหมายจากบริบททางประวัติศาสตร์ที่บทกฎหมายนั้นถือกำเนิดขึ้น โดยผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบททางสังคมในเวลาที่มีการตราบทกฎหมายนั้น จะต้องคำนึงถึงบริบททางทฤษฎีขณะที่มีการตราบทกฎหมายนั้น และจะต้องพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นประกอบกัน

การพิจารณาบริบททางสังคม คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในขณะที่มีการตราบทกฎหมายนั้นกลุ่มผลประโยชน์ทางสังคมมีลักษณะอย่างไร เกิดความขัดแย้งอะไรขึ้นบ้างในสังคมในเวลานั้นและการร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นในเวลานั้นมีความประสงค์อย่างไร

การพิจารณาบริบททางทฤษฎี คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในเวลานั้นทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างไร มีถ้อยคำใดบ้างในเวลานั้นที่ผู้ร่างกฎหมายอาจเลือกใช้และนำมาประมวลเป็นประโยคทางกฎหมายได้ ถ้อยคำอื่นที่ไม่ได้รับการเลือกใช้คืออะไร

การพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายอะไร มีการอภิปรายโต้แย้งแสดงความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวอย่างไร มีการเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายนั้นเป็นลำดับอย่างไร

๒.๔ การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

๒.๔.๑ ข้อความทั่วไป

วิธีการตีความบทกฎหมายตามวัตถุประสงค์ คือ วิธีการตีความที่ตั้งคำถามถึง “เป้าหมาย” หรือ “เหตุผล” (ratio legis) หรือ “นโยบาย” ของบทกฎหมายนั้น การตีความตามวัตถุประสงค์แห่งบทกฎหมายจึงเป็นวิธีการตีความที่ทำให้ผู้ตีความไม่ตกเป็นทาสของถ้อยคำหรือลายลักษณ์อักษรติดอยู่เฉพาะแต่รูปแบบของถ้อยคำและไม่สนใจที่จะถามถึงเป้าหมายของบทกฎหมายบทนั้น Rudolf Ihering ยอดนักกฎหมายของเยอรมันได้กล่าวไว้ว่า “วัตถุประสงค์คือผู้สร้างระบบกฎหมาย ไม่มีบทกฎหมายใดแม้แต่บทเดียวที่ไม่เป็นหนี้บุญคุณของวัตถุประสงค์” ต่อเมื่อผู้ตีความเข้าใจวัตถุประสงค์เท่านั้น ผู้ตีความจึงจะหยั่งรู้ถึงความหมายที่แท้จริงที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายนั้น

ในทางดำราเมื่อต้องอธิบายถึงการค้นหาวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายแล้ว มักจะอธิบายว่าอาจกระทำได้ใน ๒ รูปแบบ คือ ค้นหาว่าผู้ร่างกฎหมายมีนิตินโยบายอย่างไรในการร่างบทกฎหมายบทนั้น หรือค้นหาวาทบทกฎหมายบทนั้นโดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความ มีวัตถุประสงค์อย่างไรซึ่งในอดีตมักมีปัญหาโต้แย้งกันเสมอมาว่าจะถือตามความเห็นฝ่ายใด ผู้เขียนเห็นว่าการค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายย่อมจะใช้ทั้งสองวิธี โดยถือว่าการค้นหาเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมายเป็นการตีความบทกฎหมายตามประวัติความเป็นมา ซึ่งแม้ว่าจะรู้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีเจตจำนงอย่างไร ก็ไม่ผูกพันผู้ตีความกฎหมายให้ต้องยึดถือตาม ส่วนการค้นหาว่าบทกฎหมายบทนั้นโดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความมีวัตถุประสงค์อย่างไรนั้น คือ การตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กล่าวอยู่นี้

ในอดีตวิธีการตีความบทกฎหมายตามวัตถุประสงค์ไม่ได้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเหมือนในปัจจุบัน Friedrich Karl von Savigny เองก็ได้ตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับความเหมาะสมของการนำเอาวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการค้นหาความหมายของบทกฎหมาย แม้ในช่วงกลางศตวรรษที่สิบเก้า นักกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเยอรมันยังเห็นว่าความหมายของบทกฎหมายอาจค้นหาได้โดยอาศัยรูปแบบวิธีการทางตรรกวิทยาเท่านั้น ไม่ควรค้นหาจากวัตถุประสงค์ เพราะจะทำให้กฎหมายไม่แน่นอน แต่ในปัจจุบันดูเหมือนจะไม่มีใครปฏิเสธการตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอีกแล้ว คงมีประเด็นถกเถียงกันถึงน้ำหนักของการตีความกฎหมายตามวิธีนี้ เท่านั้นว่าจะมีน้ำหนักเพียงใดเมื่อเปรียบเทียบกับวิธีการตีความกฎหมายทั้งสามวิธีที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้

๒.๔.๒ ผลประโยชน์ วัตถุประสงค์ของบทกฎหมายและผลที่เกิดจากการตีความ

แม้ในหลายกรณีวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนั้นเอง แต่ในอีกหลายกรณีการจะทราบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นคืออะไรจะต้องทำความเข้าใจสภาพการณ์แห่งผลประโยชน์ที่กฎหมายฉบับนั้นมุ่งจัดสรร อย่างไรก็ตามโดยที่ผลประโยชน์ต่างๆ มีลักษณะที่หลากหลายมาก กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจึงไม่ได้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ในกรณีที่ไม่ทราบแน่ชัดว่ากฎหมายฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์อะไรเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะ ผู้ตีความกฎหมายจำต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมาย เราอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทุกฉบับต้องรับใช้วัตถุประสงค์ทั่วไป เช่น การธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงแน่นอนแห่งระบบกฎหมาย การสร้างสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย และการส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความยุติธรรมในระบบกฎหมาย เป็นต้น

การตีความกฎหมายไม่ใช่การคิดในทางตรรกวิทยาที่หลุดลอยจากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม ดังนั้นเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้นแล้ว จะต้องนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมมาคำนึงประกอบ การค้นหาวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบทนั้นด้วย โดยวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้นอย่างน้อยที่สุดย่อมจะต้องไม่ขัดต่อหลัก “เหตุผลของเรื่อง” (Natur der Sache)^{๒๐} เมื่อได้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมแล้ว นอกจากนี้โดยเหตุที่เป็นไปไม่ได้ที่บทบัญญัติของกฎหมายจะได้รับการตราขึ้นโดยไม่ต้องการให้มีผลใช้บังคับ การตีความกฎหมายจึงต้องตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับได้ ไม่ใช่ตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ ยิ่งไปกว่านั้นหากการตีความกฎหมายก่อให้เกิดผลอันประหลาดหรือขัดต่อสำนึกในเรื่องความยุติธรรมแล้ว ผู้ตีความย่อมไม่อาจเลือกผลจากการตีความนั้นเป็นความหมายของบทกฎหมายได้

^{๒๐}Rolf wank, Die Auslegung von Gesetzen, Köln (u.a.) : Carl Heymanns, 1997, S. 75.



๓. ช่องว่างของกฎหมายและการอุดช่องว่าง

๓.๑ ลักษณะทั่วไปและรูปลักษณะของช่องว่างของกฎหมาย

โดยปกติทั่วไปแล้วช่องว่างของกฎหมายย่อมเกิดขึ้นหากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้ว และได้มีการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจนสุดขอบความที่จะเป็นไปได้ตามความหมายของถ้อยคำแล้ว ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สามารถยกมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทั้งๆ ที่เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายทั้งระบบแล้ว เห็นได้ชัดว่าระบบกฎหมายไม่ต้องการให้มีช่องว่างเช่นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ช่องว่างของกฎหมายย่อมเกิดจากความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ความไม่บกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวนี้เราย่อมทราบได้จากการนำเอาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ทั้งหมดไปตรวจวัดกับระบบกฎหมายทั้งระบบ

อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงช่องว่างของกฎหมาย เราจะต้องเข้าใจว่าช่องว่างของกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อพิจารณาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งปวงที่ดำรงอยู่จริงในระบบกฎหมาย (lex lata) แล้ว ปรากฏว่าไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้เท่านั้น ทั้งๆ ที่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ทั้งปวงแล้วเห็นได้ชัดว่าระบบกฎหมายต้องการให้มีกฎเกณฑ์ใช้บังคับ ไม่ได้หมายความว่าความเลวไปถึงขนาดว่ากรณีนั้นเป็นกรณีที่ยังไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมาย แล้วผู้ใช้กฎหมายต้องการให้มีกฎเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับ (lex ferenda) จึงกล่าวอ้างขึ้นว่ากฎหมายมีช่องว่าง เพื่อที่ตนจะได้นำเอากฎเกณฑ์ที่ตนปรารถนาจะให้มีมาใช้ “อุดช่องว่าง” ที่ตนกล่าวอ้างขึ้นเท่านั้น กรณีหลังนี้ไม่ใช่เรื่องของช่องว่างทางกฎหมาย แต่เป็นกรณีของช่องว่างทางนิตินโยบาย ซึ่งไม่สามารถอุดได้โดยอาศัยวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย แต่ต้องกระทำการโดยการนิติบัญญัติ

ปัญหาว่ากรณีใดเป็นกรณีที่ปรากฏ “ช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง” อันจะสามารถอุดได้โดยนิติวิธี กรณีใดเป็นกรณีที่เป็นเพียง “ช่องว่างทางนิตินโยบาย” ซึ่งหากไม่ต้องการให้มี จะต้องกระทำการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นปัญหาที่ยุ่ยากไม่น้อยในทางทฤษฎี และเป็นปัญหาที่ผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องคิดถึงเป็นเบื้องต้น ก่อนที่จะสรุปว่ากรณีที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นกรณีที่มิ “ช่องว่างของกฎหมาย” แล้ว เพราะกรณีดังกล่าวอาจเป็นเพียงช่องว่างในทางนิตินโยบายก็ได้ ในขั้นนี้อาจตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ก่อนว่าในกฎหมายอาญาการที่ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความผิดและโทษไว้ ย่อมถือเป็นช่องว่างในทางนิตินโยบายเสมอ เพราะการจะลงโทษบุคคลใดในทางอาญาได้นั้นจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความผิดและโทษไว้เท่านั้น^๒ สำหรับกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนไม่มีได้มีหลักเกณฑ์เช่นนั้น ดังนั้นทั้งช่องว่างของกฎหมายโดยแท้จริง และช่องว่างในทางนิตินโยบายจึงอาจเกิดขึ้นในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนได้

^๒ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena sine lege).

การแบ่งแยกประเภทของช่องว่างกฎหมายอาจกระทำได้หลายวิธี แล้วแต่ว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ หากพิจารณาจากลักษณะของถ้อยคำแล้ว เราอาจแบ่งแยกช่องว่างของกฎหมายออกเป็นสามประเภท^{๒๒} คือ

๑) ช่องว่างของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการมอบอำนาจ (ช่องว่างแบบ *intra verba legis*) กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมาย บัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการ (*Generalklausel*) หรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (*indefinite legal concept; unbestimmter Rechtsbegriff*) หรือเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายเปิดช่องให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาเมื่อพิจารณาในแง่รูปแบบแล้ว กรณีนี้เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวตำราบางเล่มจึงไม่ถือว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น^{๒๓} อย่างไรก็ตามเราจะเห็นได้ว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการปรับใช้บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นหลักการหรือที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงโดยดุลพินิจของตนเพื่อให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้รับการปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อาจกล่าวได้ว่าผู้ตรากฎหมายจงใจตรากฎหมายโดยเปิดให้ผู้ใช้อกฎหมายใช้ดุลพินิจปรับใช้กฎหมายนั่นเอง (ให้ผู้ใช้อกฎหมายอุด “ช่องว่าง” นั้นตามความเหมาะสมให้ยุติธรรมตามสภาพของเรื่อง) ตำรากฎหมายจำนวนหนึ่งจึงนับเอาปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้เข้าอยู่ในรูปลักษณะของช่องว่างแห่งกฎหมายด้วย

หากนับเอาปรากฏการณ์ดังกล่าวนี้ว่าเป็นช่องว่าง จะพบว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีอยู่มากในทางกฎหมายมหาชน เช่น กรณีที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ หากปรากฏว่าการปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายดำรงอยู่ต่อไปนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือจัดเหตุดังกล่าว^{๒๔} มีปัญหาว่าหากไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เช่นนี้ แล้วการปล่อยให้คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งดำรงอยู่ต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือสั่งระงับผลของคำสั่งทางปกครองนั้นได้หรือไม่ กรณีนี้ในทางนิติศาสตร์ก็จะต้องตอบว่าได้ เพราะหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถกระทำได้แล้ว การดำรงอยู่ของระบบกฎหมายก็จะไม่มีความหมาย อย่างไรก็ตามเป็นที่แน่นอนว่าหากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต และต้องยอมสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย ตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นตัวอย่างที่ผู้เขียนเห็นว่าผู้ตรากฎหมายได้นำเอาหลักทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

^{๒๒}Kramer, S. 139 ff.

^{๒๓}Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin : Dunker & Humblot, 1964, S. 103.

^{๒๔}ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๕๓ วรรคสอง (๕).



และแม้ไม่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากเกิดกรณีเช่นนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ก็ย่อมจะต้องใช้หลักทั่วไปทางกฎหมายมหาชนมาอุดช่องว่างดังกล่าว โดยจะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์ ที่เกิดขึ้นว่ามีเหตุฉุกเฉินจำเป็นที่จะต้องป้องกันหรือจัดอันตรายอย่างร้ายแรงที่มีต่อประโยชน์สาธารณะ หรือไม่ การบัญญัติบทกฎหมายดังกล่าวจากเหตุผลทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนในกรณีนี้ ย่อมเห็นได้ อยู่ในตัวว่าผู้บัญญัติกฎหมายย่อมไม่อาจจะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนแน่นอนได้ แต่ต้องใช้ถ้อยคำ ที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถปรับใช้บทกฎหมายดังกล่าว ให้เหมาะสมกับสภาพของเหตุการณ์ได้ และในการใช้อำนาจยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วย กฎหมายที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นหนทาง สุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น

๒) ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (ช่องว่างแบบ *praeter verba legis*) ช่องว่างของ กฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง กล่าวคือ เป็นกรณีที่เมื่อตีความ กฎหมายจนสุดขอบความของถ้อยคำแล้ว ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปปรับกับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิดนี้มักจะเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายคิดไปไม่ถึง ซึ่งหากผู้บัญญัติกฎหมายคิดไปถึงแล้วก็จะจะไม่บัญญัติกฎหมายให้เกิดช่องว่างดังกล่าวขึ้น^{๒๕}

ตัวอย่างในทางกฎหมายมหาชนที่เพิ่งเกิดขึ้นมาเมื่อไม่นานนี้ และอาจถือว่าเป็นช่องว่าง ของกฎหมายแบบเปิด ก็คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการสรรหากรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีจำนวนสิบห้าคน^{๒๖} ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธาน ศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อธิการบดีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ทุกแห่งซึ่งเลือกกันเองให้เหลือเจ็ดคน ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองให้เหลือห้าคน ปรากฏว่าในการเลือกตั้งสมาชิก สภาผู้แทนราษฎร เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๘ มีพรรคการเมืองได้รับเลือกตั้งและมีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎร เพียง ๔ พรรคการเมือง ซึ่งเมื่อพรรคการเมืองต่างส่งผู้แทนมาพรรคละหนึ่งคน ก็จะมีผู้แทนพรรคการเมือง เพียงสี่คนเท่านั้น และจะเลือกกันอย่างไรก็ไม่มีทางเลือกให้เหลือห้าคนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ไว้ได้ เห็นได้ชัดว่ากรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้คาดคิดไว้ กล่าวคือผู้ร่างรัฐธรรมนูญ คิดไปไม่ถึงว่าจะมีพรรคการเมืองในสภาผู้แทนราษฎรน้อยกว่าห้าพรรคการเมือง จึงบัญญัติไว้ให้ พรรคการเมืองส่งผู้แทนมาพรรคละหนึ่งคน แล้วให้ผู้แทนพรรคการเมืองเลือกกันเองให้เหลือห้าคน กรณีนี้ เป็นกรณีที่ผู้เขียนเห็นว่าเกิดช่องว่างทางกฎหมายแบบเปิดขึ้นแล้ว และเป็นกรณีที่จะต้องหาทาง อุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวในทางนิติวิธีเพื่อให้กระบวนการสรรหาคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นไปได้

^{๒๕}Hans Kelsen เห็นว่า ช่องว่างของกฎหมายในทางเทคนิคย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้บัญญัติกฎหมายไม่ได้บัญญัติกฎหมายที่ตน ควรจะต้องบัญญัติ หากตนต้องการให้การปรับใช้กฎหมายในเรื่องนั้นเป็นไปได้.

^{๒๖}รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๒๙๗ ก่อนการแก้ไขเมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๘.

๓) ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (ช่องว่างแบบ *contra verba legis*) ช่องว่างของกฎหมายในกรณีนี้มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด กล่าวคือ ในขณะที่ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิดเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายตรากฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่แคบหรือเคร่งครัดเกินไป เมื่อเกิดข้อเท็จจริงขึ้นและตีความถ้อยคำนั้นจนสุดขอบความของถ้อยคำแล้ว บทกฎหมายบทนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการไม่มีข้อยกเว้นกลับเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายตรากฎหมายขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่กว้างเกินไป และเมื่อเกิดข้อเท็จจริงขึ้น ปรากฏว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นอยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ได้บัญญัติไว้นั้น อย่างไรก็ตามเห็นได้ชัดว่าหากปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับบทกฎหมายนั้นแล้ว จะได้ผลทางกฎหมายที่ไม่อาจยอมรับได้และขัดกับวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบทนั้น (*ratio legis*) อย่างชัดเจน กล่าวอีกนัยหนึ่งกรณีนี้เป็นกรณีที่ถ้อยคำกว้างไปกว่าวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด และสรุปได้โดยไม่มีข้อสงสัยใดๆ เลยว่า ถ้าผู้บัญญัติกฎหมายได้คาดคิดไปถึง ก็จะมีผู้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่แคบลงหรือบัญญัติข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าวไว้

ตัวอย่างของเรื่องนี้ในทางกฎหมายมหาชนปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เกี่ยวกับเรื่องสิทธิของคู่กรณีในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่จะมีทนายความหรือที่ปรึกษา มาตรา ๒๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า “ในการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครองได้” มีปัญหาว่าในการสอบสัมภาษณ์บุคคลเข้ารับราชการหรือสอบสัมภาษณ์บุคคลเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ผู้เข้าสอบสัมภาษณ์จะขอคนที่ปรึกษามาพร้อมกับตนในการเข้าสอบสัมภาษณ์ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากความหมายของการพิจารณาทางปกครองแล้ว จะพบว่าการสอบสัมภาษณ์บุคคลเข้ารับราชการหรือสอบสัมภาษณ์เป็นการพิจารณาทางปกครองอย่างหนึ่งเนื่องจากการเตรียมการและการดำเนินการที่จะนำไปสู่





การออกคำสั่งทางปกครอง และโดยที่การมาสอบสัมภาษณ์เป็นกรณีที่ได้รับการสอบต้องมาสอบต่อหน้า คณะกรรมการ จึงเป็นกรณีที่ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้า เจ้าหน้าที่แล้ว ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำผู้เข้าสอบสัมภาษณ์จึงย่อมมีสิทธิหน้าที่ปรึกษา มาด้วยได้ อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดในที่ว่าผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการตีความดังกล่าว จะขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างชัดเจน เพราะการสอบสัมภาษณ์ เป็นการสอบที่คณะกรรมการประเมินความสามารถของผู้เข้าสอบเป็นการเฉพาะตัว การให้ผู้เข้าสอบนำ ที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบสัมภาษณ์และให้คำปรึกษาแก่ผู้เข้าสอบนั้น ย่อมจะทำให้การประเมินผล การสอบสัมภาษณ์ไม่อาจเป็นไปได้ กรณีนี้เห็นได้ชัดว่าเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้น ที่ควรจะต้องบัญญัติไว้ ส่งผลให้บทบัญญัติของกฎหมายกว้างเกินไปและครอบคลุมข้อเท็จจริงที่โดย เหตุผลของเรื่อง (natur der Sache) ไม่อาจครอบคลุมถึงได้ ในทางนิติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ในลักษณะดังกล่าวนี้จะต้องกระทำโดยการลดรูปของถ้อยคำในกฎหมายลงให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ ดังจะได้กล่าวต่อไป^{๒๗}

๓.๒ การอุดช่องว่างของกฎหมาย^{๒๘}

ในกรณีที่ปรากฏว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีช่องว่าง^{๒๙} และการอุดช่องว่าง ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแล้ว ประเด็นที่จะต้องพิจารณาก็คือ เราจะอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างไร ในทางนิติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายอาจกระทำได้ในหลาย ลักษณะ หลักการต่าง ๆ ที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นหลักการใช้กฎหมายทั่วไปที่ผู้ใช้กฎหมายมหาชนต้องมา นำปรับใช้ให้เหมาะสมกับกรณีด้วย

๓.๒.๑ การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy; argumentum a similitudine)

การอุดช่องว่างของกฎหมายด้วยวิธีการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนับเป็น วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (praeter verba legis) ขึ้น การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้รับการบัญญัติยอมรับไว้

^{๒๗} มีข้อสังเกตว่ากฎกระทรวงฉบับที่ ๒ ออกตามความพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้การแจ้ง ผลการสอบไม่ต้องมีการรับฟังก่อนการออกคำสั่งฯ ซึ่งจะเป็นเครื่องตีความบทบัญญัติดังกล่าวได้อีกส่วนหนึ่ง.

^{๒๘} Kramer.S. 146 ff., Rütters, S.489 ff., Klaus F. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, Köln (u.a.) : Carl Heymanns, 1995, S. 650 ff.

^{๒๙} ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ก็มีความเห็นว่า การอุดช่องว่างของกฎหมายต่างจากการแปลกฎหมาย ผู้เขียนก็เห็น เป็นอย่างเดียวกัน จึงถือว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นการใช้กฎหมาย ไม่ใช่การตีความกฎหมายเพราะการอุดช่องว่างของ กฎหมายจะเกิดขึ้นได้ เมื่อผ่านพ้นการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายที่จะนำมาปรับข้อเท็จจริงได้ ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ดร. หยุต กล่าวว่า “การแปลกฎหมายหมายความว่าค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมาย ในการแปล กฎหมายผู้พิพากษาได้ใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว เป็นแต่ว่ากฎหมายนั้นมีข้อความไม่ชัดเจนพอหรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไป ไม่ตรงต่อ ความมุ่งหมายของกฎหมาย แต่การอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น คือ การตัดสินคดีโดยนำกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมาย บัญญัติไว้ การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาจะต้องไปค้นหากฎเกณฑ์ที่จะมาปรับคดีเอาเอง” ดู หยุต แสงอุทัย, ช่องว่างแห่งกฎหมาย, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๑ หน้า ๑๐. (หนังสือเล่มนี้เป็นกรณีนานาอาบความเชื่อเดียวกันซึ่งตีพิมพ์ในบทบัณฑิตย เล่ม ๑๐ ตอนที่ ๘ (พฤษภาคม ๒๕๔๑) มาพิมพ์ซ้ำ มีข้อสังเกตว่าตามความเข้าใจในเวลานั้นช่องว่างของกฎหมายเกิดจากกฎหมาย มีข้อความไม่ชัดเจนพอหรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไป ไม่ตรงต่อความมุ่งหมายของกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้หมายถึงกรณีที่กฎหมายมีถ้อยคำ กว้างเกินไปด้วยดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในบทความนี้.

อย่างชัดเจนในมาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความว่าระบบกฎหมายเอกชนยอมรับการอุดช่องว่างของกฎหมายในลักษณะนี้ แต่ในทางกฎหมายอาญานั้นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลไม่อาจกระทำได้ ได้แก่เทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นคุณแก่บุคคลเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากการที่รัฐจะลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใด จะต้องมิกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจน มิฉะนั้นรัฐย่อมจะลงโทษบุคคลนั้นไม่ได้ มีปัญหาในกรณีที่เกิดช่องว่างทางกฎหมายแบบเปิดขึ้นในทางกฎหมายมหาชน ผู้ใช้กฎหมายจะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวโดยการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ยังไม่ได้มีการอภิปรายในระบบกฎหมายไทย

ในกฎหมายปกครอง หลักการอันเป็นรากฐานสำคัญได้แก่หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักการนี้องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินกิจกรรมทางปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย และถ้าการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้นมีลักษณะเป็นการก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคล ย่อมจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองอย่างชัดแจ้งด้วย ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าองค์กรฝ่ายปกครองอาจเทียบเคียงบทกฎหมายปกครองที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดำเนินกิจกรรมทางปกครองในทางที่เป็นคุณแก่ราษฎรได้ ทั้งนี้โดยองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องระมัดระวังมิให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองในลักษณะดังกล่าวขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาค แต่หากองค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการที่มีลักษณะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร กรณีย่อมจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจฝ่ายปกครองไว้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง องค์กรฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอุดช่องว่างดังกล่าวในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ เช่น ในกรณีที่กรมสรรพากรต้องการจัดเก็บภาษีอากร จะต้องมิบทกฎหมายให้อำนาจกรมสรรพากรกระทำการเช่นนั้น หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจ แม้ในทางนโยบายสมควรที่จะต้องจัดเก็บภาษีอากร และมีบทกฎหมายในลักษณะคล้ายคลึงกันให้อำนาจกรมสรรพากรเก็บภาษี กรมสรรพากรก็ไม่อาจเทียบเคียงบทบัญญัติดังกล่าวจัดเก็บภาษีอากรจากราษฎรได้ ได้แต่เสนอกฎหมายต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาตรากฎหมายให้อำนาจดังกล่าวแก่ตน ซึ่งรัฐสภาต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย หลักการดังกล่าวนี้ย่อมนำไปใช้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหากเกิดช่องว่างแบบเปิดในกฎหมายมหาชนขึ้น จะเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐกระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งย่อมไม่อาจกระทำได้ และต้องถือว่าช่องว่างดังกล่าวเป็นช่องว่างในทางนิตินโยบายที่จะอุดได้ก็แต่โดยการตรากฎหมายขึ้นให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่ากรณีดังกล่าวเป็นเรื่องฉุกเฉิน จำเป็นรีบด่วน ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันภัยอันตรายต่อสาธารณะที่ปรากฏอยู่ต่อหน้า แต่องค์กรฝ่ายปกครองย่อมจะต้องชดเชยค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ราษฎรที่สุจริตด้วย



ในทางตำรา การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจเกิดขึ้นได้ ๒ กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย (Gesetzesanalogie, Einzelanalogie) และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Rechtsanalogie, Gesamtanalogie) การเทียบเคียงบทกฎหมาย คือ การนำเอาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งไม่อยู่ในความหมายตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้น แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงที่ตรงตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นอย่างมาก จนไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันได้ ส่วนการเทียบเคียงหลักกฎหมาย คือ การค้นหาหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ มาตรา แล้วใช้หลักการดังกล่าวปรับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

๓.๒.๒ การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori)

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ ๒ กรณี คือ การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus) และการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งทีเล็กกว่าไปสู่สิ่งทีใหญ่กว่า (argumentum a minore ad maius) การอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีเช่นนี้เกิดจากเหตุผลที่ว่าผู้ใช้กฎหมายย่อมสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้ หากปรากฏจากวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้วเห็นประจักษ์ชัดว่าข้อเท็จจริงที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเสียกว่า

ตัวอย่างของการให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้นจากสิ่งทีใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า เช่น ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้าง หากนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้างโดยบอกกล่าวล่วงหน้า นายจ้างย่อมยิ่งจะต้องกระทำได้

ตัวอย่างของการให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้นจากสิ่งทีเล็กกว่าไปสู่สิ่งทีใหญ่กว่า เช่น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหาย แม้การเวนคืนนั้นจะกระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีย่อมต้องหมายความว่าหากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะได้กระทำลงไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ถูกเวนคืนยิ่งย่อมจะต้องมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายด้วย หรือในกรณีที่มหาวิทยาลัยออกระเบียบเกี่ยวกับการสอบ ห้ามมิให้ผู้เข้าสอบนำอุปกรณ์ทุกชนิดเข้าห้องสอบ มิฉะนั้นจะปรับตกในวิชานั้น หากผู้เข้าสอบใช้อุปกรณ์ดังกล่าว กรณีก็ยิ่งจะต้องลงโทษผู้เข้าสอบดังกล่าว

๓.๒.๓ การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีทีกฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น (argumentum e contrario, argumentum e silentio)

การใช้กฎหมายในกรณีนี้มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy, argumentum a simile) ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะมีหน้าที่ต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญไม่บังคับให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ไม่ได้บัญญัติไว้มีหน้าที่

ดังกล่าวด้วยการใช้กฎหมายกรณีนี้จะต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าต้องการให้นำบทกฎหมายหรือหลักกฎหมายนั้นไปเทียบเคียงหรือไม่ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถขยายอำนาจหน้าที่ของตนออกไปวินิจฉัยเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจโดยเทียบเคียงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ได้ เพราะการขยายอำนาจหน้าที่ออกไปดังกล่าวจะกระทบกับโครงสร้างและดุลยภาพแห่งอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทั้งปวง

๓.๒.๔ การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Teleologische Reduktion)

การใช้กฎหมายในกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ช่องว่างแบบ *contra verba legis*) การใช้กฎหมายในกรณีนี้เห็นได้ชัดว่าเป็นการใช้กฎหมายในทางตรงกันข้ามกับถ้อยคำที่ปรากฏชัดแจ้ง ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ข้อที่ต้องเน้นย้ำไว้ก็คือ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ ผู้ใช้กฎหมายไม่ได้ตรวจสอบวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าเหมาะสมถูกต้องหรือไม่ แต่เป็นกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายตรวจสอบและลดรูปถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะถ้าใช้กฎหมายตามถ้อยคำนั้นแล้ว ย่อมจะเกิดผลอันประหลาดและไม่อาจยอมรับได้ กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะผู้พิพากษาศาลาการขัดขึ้นตัวบทกฎหมาย แต่เป็นกรณีที่ผู้พิพากษาศาลาการ “เชื่อฟังและเคารพกฎหมายโดยใช้สมอง”

ตัวอย่างของการต้องใช้กฎหมายโดยลดรูปถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ก็เช่น กรณีที่ผู้ใช้บทบัญญัติมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ปฏิเสธมิให้ผู้มาเข้าสอบสัมภาษณ์เข้ารับราชการหรือเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยของรัฐนำที่ปรึกษาเข้ามาในการสอบ ถึงแม้ว่าการสอบสัมภาษณ์จะเป็นการพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณีต้องมาปรากฏตัวต่อหน้าเจ้าหน้าที่ ซึ่งตามถ้อยคำแล้วคู่กรณีมีสิทธินำที่ปรึกษาเข้ามาได้ด้วยก็ตาม เพราะการยอมให้ทำเช่นนั้นย่อมจะขัด





ต่อวัตถุประสงค์ของการสอบสัมภาษณ์อย่างสิ้นเชิง กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้สร้างข้อยกเว้นไว้ซึ่งถือเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่ง ที่ผู้ใช้กฎหมายสามารถอุดช่องว่างดังกล่าวได้โดยใช้กฎหมายโดยลดรูปถ้อยคำหรือสร้างข้อยกเว้นขึ้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

๓.๒.๕ การใช้กฎหมายประเพณี

ระบบกฎหมายต่างๆ หลายระบบกฎหมายยอมรับว่าในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) ขึ้น ผู้ใช้กฎหมายสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวได้ โดยนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการนำกฎหมายประเพณีมาใช้นั้นจะกระทำในขั้นตอนใด และเมื่อใดจึงจะถือได้ว่ามีกฎหมายประเพณีในเรื่องนั้น

หากพิจารณาจากระบบกฎหมายไทย โดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔ เป็นเกณฑ์แล้ว จะเห็นว่าการนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้นั้นย่อมกระทำได้ทันที หากตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติกรณีที่เป็นปัญหาไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ระบบกฎหมายไทยยอมรับกฎหมายประเพณีว่ามีความสำคัญในแง่ของลำดับการใช้กฎหมายเป็นลำดับที่สองรองจากการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรง และมาก่อนการใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ซึ่งอยู่ในลำดับที่สาม และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law) ซึ่งอยู่ในลำดับสุดท้าย อย่างไรก็ตามในบางระบบกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ การจะนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้นั้นจะต้องปรากฏว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับกับกรณีที่เป็นปัญหาแล้วไม่จะเป็นการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงหรือโดยเทียบเคียง ทั้งนี้เนื่องจาก Eugen Huber ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิส เห็นว่าในกรณีที่เรายังสามารถใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาทางกฎหมายได้นั้น ยังไม่ถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง เพราะกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังทำงานได้ จึงไม่จำเป็นต้องอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส การใช้กฎหมายประเพณีอุดช่องว่างของกฎหมายย่อมจะเกิดขึ้นต่อเมื่อไม่สามารถใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงได้แล้ว

ในทางกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทยมีข้อที่น่าพิจารณาว่าการใช้กฎหมายประเพณีอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรควรจะอยู่ในขั้นตอนใด ควรที่จะยึดถือตามแนวทางที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือถือตามตรรกะของ Eugen Huber

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติดังกล่าวในทางกฎหมายมหาชนแล้ว พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๗ ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ปัญหาที่มีอยู่ว่า “ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด” หมายถึงไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวบังคับโดยตรงหรือหมายถึงไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับโดยตรงและโดยเทียบเคียงด้วย หากตอบว่าหมายความว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับโดยตรงเท่านั้น ก็ย่อมหมายความว่าเราจะต้องนำเอาประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขมาใช้บังคับก่อนการใช้รัฐธรรมนูญโดยเทียบเคียงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากตอบว่าผู้ใช้รัฐธรรมนูญจะต้องใช้

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้หมดสิ้นทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงแล้ว ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ต้องอยู่ในลำดับหลังจากการใช้รัฐธรรมนูญโดยเทียบเคียงแล้ว

ปัญหานี้ดูเหมือนจะยังไม่ได้มีการอภิปรายในวงวิชาการไทย ผู้เขียนเห็นว่าโดยที่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการปกครองที่มีเหตุผลทางเทคนิคหลายประการ เหตุผลทางเทคนิคเหล่านั้นเกิดจากการปรุงแต่งของนักกฎหมาย ตลอดจนเกิดจากอุดมการณ์ทางการเมืองการปกครอง ดังนั้นการใช้บทกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปกครอง ผู้ใช้กฎหมายจึงสมควรใช้บทกฎหมายดังกล่าวทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงให้หมดสิ้นเสียก่อน ต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยเทียบเคียงแล้ว ผู้ใช้กฎหมายจึงสามารถนำกฎหมายประเพณี หรือในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย เรียกว่า ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข มาใช้อุดช่องว่างของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

อนึ่ง ต้องตั้งไว้เป็นข้อสังเกตด้วยว่า การนำเอาประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขมาใช้อุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น ผู้ใช้รัฐธรรมนูญย่อมสามารถนำเอาประเพณีการปกครองที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยเท่านั้นมาใช้บังคับได้ เช่น ในกรณีที่มีปัญหาถกเถียงกันว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มีอยู่เพียงใด คำตอบก็คือ โดยหลักแล้วพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้มีเท่านั้น พระราชอำนาจอื่น ๆ ของพระองค์ที่เคยมีตามโบราณราชประเพณี พระองค์จะยังมีพระราชอำนาจนั้นต่อไปได้ ก็ทราบเท่าที่พระราชอำนาจอันนั้นสอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

สำหรับประเด็นที่ว่า กฎหมายประเพณีในทางมหาชนเกิดขึ้นได้อย่างไรนั้น หลักการคงไม่แตกต่างกับกฎหมายเอกชน นั่นคือ จะต้องมีการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอมนาน (longa consuetudo) ประกอบกับความรู้สึกลำบากในหมู่ผู้ประพฤติปฏิบัติว่าตนมีความผูกพันที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตามกฎหมายเกณฑ์นั้นเพราะเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio iuris) ดังนั้นการเคลื่อนไหวทางการเมืองในประเทศไทยเมื่อราวต้นปี พ.ศ. ๒๕๔๙ ที่ผู้เคลื่อนไหวทางการเมืองเรียกร้องให้พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานนายกรัฐมนตรีแทนนายกรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งโดยอ้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๗ จึงไม่มีรากฐานความคิดทางกฎหมายที่ถูกต้องเป็นเครื่องรองรับ เพราะไม่มีเคยมีประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขที่ให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจพระราชทานนายกรัฐมนตรีคนใหม่ทั้งๆ ที่นายกรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งยังดำรงตำแหน่งอยู่



๓.๒.๖ การใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ในระบบกฎหมายไทย หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมาย (source of law) ประเภทหนึ่ง ในแง่ของลำดับการใช้กฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่ในลำดับสุดท้าย อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปคืออะไรและสามารถค้นหาได้อย่างไรนั้นดูเหมือนจะยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องได้แปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาค^{๓๐} หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักสัดส่วน^{๓๑} หลักการฟังความทุกฝ่าย^{๓๒} หลักความไม่มีส่วนได้เสีย^{๓๓} เราอาจกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการอันเป็นรากฐานที่ยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ให้ระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบกฎหมายที่ยุติธรรม ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายทั่วไปยังมีประโยชน์อยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะการใช้หลักการดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น แม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะไม่ใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งหมายความว่าบทบัญญัติในมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับส่วนได้เสียไม่สามารถนำไปใช้บังคับกับคณะรัฐมนตรีในการออกคำสั่งทางปกครองได้โดยตรงก็ตาม แต่โดยที่การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจในทางมหาชน คณะรัฐมนตรีจึงต้องผูกพันกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางมหาชนด้วย ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากการออกคำสั่งทางปกครองของคณะรัฐมนตรี ปรากฏขัดแย้งว่าคณะรัฐมนตรีมีส่วนได้เสีย คำสั่งทางปกครองนั้นก็อาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

๔. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ

๔.๑ สภาพปัญหาและหลักทั่วไปของการตีความรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความแล้ว เราจะพบว่ามีบทบัญญัติจำนวนไม่น้อยที่ได้รับการตราขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง หรือเกิดกรณีที่เป็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนว่าจะนำเอาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไปปรับใช้ได้หรือไม่ ปัญหาต่างๆ เหล่านี้เมื่อเกิดขึ้นแล้ว ก็จะกลายเป็นประเด็นให้ต้องตีความรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายจะเกิดขึ้นในสาขากฎหมายทุกสาขา แต่หากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ดูเหมือนว่าปัญหานั้นจะยุ่งยากซับซ้อนกว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในกฎหมายอื่น ทั้งนี้เนื่องจากในหลายกรณีการตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเวลาค่อนข้างจำกัด และมักปรากฏอยู่บ่อยครั้งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะตกลงรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ จึงต้องบัญญัติเฉพาะหลักการกว้างๆ ไว้ โดยปล่อยให้การตัดสินใจในรายละเอียดเป็นเรื่องของอนาคต นอกจากนี้โดยเหตุที่ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญสัมพันธ์ใกล้ชิด

^{๓๐}ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๐.

^{๓๑}ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙.

^{๓๒}ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๓๐.

^{๓๓}ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๖.

กับปัญหาทางการเมือง ซึ่งกระทบกับการจัดสรรอำนาจและผลประโยชน์ทางการเมือง ผลการตีความรัฐธรรมนูญจึงมักเป็นประเด็นให้วิพากษ์วิจารณ์เสมอ กล่าวเฉพาะกรณีของประเทศไทย การร่างรัฐธรรมนูญนอกจากจะกระทำขึ้นภายในเวลาอันจำกัด และโดยส่วนใหญ่เป็นการร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นผลพวงของการทำรัฐประหารแล้ว หากพิจารณาจากตัวบทของรัฐธรรมนูญ เราจะพบความขัดแย้งกันของบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญอยู่บ่อยครั้ง และทำให้การตีความรัฐธรรมนูญไทยมีความยุ่งยากเป็นพิเศษ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่ง ในการตีความรัฐธรรมนูญผู้ตีความจึงต้องนำเอาหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปมาใช้ด้วย กล่าวคือ ผู้ตีความจะต้องพิจารณาถ้อยคำของรัฐธรรมนูญทั้งในแงุ่มทางภาษาและทางกฎหมายว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายอย่างไร ต้องพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของการร่างรัฐธรรมนูญนั้นว่าบรรดาบุคคลที่มีส่วนในการร่างรัฐธรรมนูญได้อภิปรายในเรื่องนั้นๆ ไว้อย่างไร อย่างไรก็ตามพึงระมัดระวังว่าการให้ความเห็นของผู้ที่มีส่วนในการร่างรัฐธรรมนูญหลังจากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว อาจจะไม่ช่วยให้เราสามารถค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเมื่อเวลาได้ผ่านพ้นไปแล้ว และต่อมาเกิดปัญหาให้ต้องตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะเปลี่ยนความคิดเห็นไปแล้ว หรือตีความรัฐธรรมนูญตามความคิดอ่านทางการเมืองในบริบทของปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้าซึ่งตนอาจมีส่วนได้เสียกับการวินิจฉัยปัญหานั้น การตีความโดยคำนึงถึงประวัติความเป็นมาของการร่างรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงการย้อนไปค้นหารายงานการประชุม เหตุผลที่ได้ยกร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญร่างแรกและร่างถัดมาที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจนมาเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับ ไม่ใช่การสัมภาษณ์สอบถามความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ในการตีความรัฐธรรมนูญผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบทในทางประวัติศาสตร์ที่ทำให้เกิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นวัตถุแห่งการตีความด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องค้นหาว่าในเวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญนั้นเกิดเหตุการณ์สำคัญทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม อะไรบ้างที่มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราไม่ได้ดำรงอยู่เป็นอิสระแยกออกจากกันเป็นเอกเทศ ในการตีความบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความจึงจะต้องตรวจสอบดูว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอยู่ในหมวดใดหรือส่วนใด เช่น คำว่าบุคคล ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยปกติย่อมหมายถึง บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย ในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ บุคคล ย่อมหมายความว่าถึงนิติบุคคลเอกชนสัญชาติไทย สำหรับนิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายไทยจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามความในหมวดนี้ได้ ก็เฉพาะแต่กรณีที่โดยสภาพแห่งสิทธิ รัฐจำเป็นต้องยอมให้นิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ เช่น เสรีภาพทางวิชาการ นอกจากบุคคลธรรมดาจะเป็นผู้ทรงสิทธิแล้ว มหาวิทยาลัยของรัฐเองก็สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้ (กรณีนี้ต้องพิจารณาการตีความตามวัตถุประสงค์) สำหรับสิทธิของบุคคลต่างชาตินี้มีได้แค่ไหนนั้น ย่อมต้องพิจารณาบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพประกอบกับบทบัญญัติมาตรา ๔ ที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่า สิทธิดังกล่าว



เป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากการตีความตามระบบ จะเห็นว่าบุคคลต่างชาติด้อยความสามารถอ้างบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยขึ้นยันรัฐได้โดยตรง แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไปว่าสิทธินั้นมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่

นอกจากการตีความรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความจะต้องพิจารณาถ้อยคำ ความเป็นมา โครงสร้าง และระบบของบทบัญญัติที่เป็นวัตถุแห่งการตีความแล้ว สิ่งที่ไม่อาจขาดเสียได้ คือ การตีความโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ นั่นคือ การตีความโดยพิจารณาถึงเหตุผลของบทบัญญัติดังกล่าว (ratio legis) ตลอดจนเป้าหมายของบทบัญญัตินั้น (telos) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญย่อมมีขึ้นเพื่อรับใช้หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เช่น หลักนิติรัฐ และมีขึ้นเพื่อขจัดปัญหาการขัดแย้งกันของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความไปให้สอดคล้องกับเป้าหมายเช่นว่านี้

๔.๒ หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ^{๓๔}

นอกจากหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นแล้ว ในทางตำราได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่

๑) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิจารณารัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน ไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

๒) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งหนึ่งมีผลใช้บังคับเต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกันเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือ การตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่น การขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

๓) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ (หรือที่เราเข้าใจกันในเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ) เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระมัดระวังว่าแม้ตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตน

^{๓๔}Hartmut Maurer, Staatsrecht, München : Beck, 1999, S. 25.

ไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่เหมาะสมในทางนโยบายไม่ได้ เพราะเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

๔) หลักบูรณาภาพแห่งรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

๕) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หลักการข้อนี้กำหนดว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร

๕. สรุป

การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนโดยทั่วไปแล้ว คงเดินตามหลักทั่วไปในการใช้และการตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการใช้และการตีความกฎหมายไม่ว่าจะในตำราเล่มใดก็ตาม ก็เป็นเพียงเครื่องบ่งชี้ว่าเราควรจะไปไหนทิศทางไหนเท่านั้น หลักเกณฑ์ที่บทความนี้พยายามนำเสนอ ก็เป็นเพียงเข็มทิศชี้หนทางไปสู่การเข้าถึงความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมาย หากใช้สูตรสำเร็จที่จะทำให้เราเข้าถึงความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายได้โดยอัตโนมัติไม่

การตีความกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความ พิจารณาระบบกฎหมายทั้งระบบ ตรวจสอบประวัติความเป็นมาของบทกฎหมาย และเข้าใจวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการตีความนั้น ในกรณีที่ตีความบทกฎหมายนั้นจนสุดขอบความของถ้อยคำแล้ว บทกฎหมายบทนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือตีความบทกฎหมายบทนั้นแล้ว ปรากฏว่าถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายกว้างเกินไปจนครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เห็นได้ชัดว่าต้องไม่ครอบคลุมถึง กรณีย่อมถือว่าเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นแล้ว ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้เครื่องมือต่างๆ ตามหลักเกณฑ์ในทางนิติวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ทั้งนี้โดยมีข้อพิจารณาว่าในทางกฎหมายมหาชน หากเกิดช่องว่างทางกฎหมายแบบเปิดขึ้น กล่าวคือบทกฎหมายบทนั้นไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่สมควรจะต้องครอบคลุมถึง การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าวจะกระทำได้หรือไม่ย่อมจะต้องพิจารณาเป็นการใช้อำนาจอมหาชนก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น การอุดช่องว่างโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะเป็นการใช้กฎหมายเทียบเคียงเป็นผลร้ายต่อบุคคล ส่วนการอุดช่องว่างด้วยเครื่องมืออื่น เช่น การให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น การใช้กฎหมายประเพณี หรือ การใช้หลักทั่วไป โดยปกติแล้วก็มีแนวความคิดที่ไม่แตกต่างจากกฎหมายเอกชนเพียงแต่ในทางกฎหมายมหาชนจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเสมอ **๑**