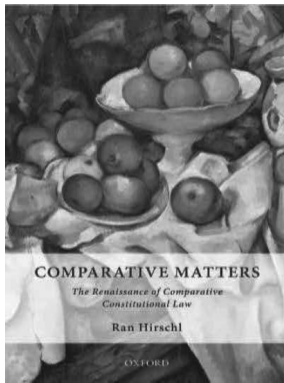


แนะนำหนังสือ

อภิณพ อติพิบูลย์สิน*



“Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law” โดย Ran Hirschl¹

กบนอกกะลาในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ

“เมื่อข้าฯ พรรณนาถึงเมืองใด ข้าฯ ก็กล่าวไปถึงเมืองเวนิสอยู่เสมอ” —มาริโอ โปโล กล่าวกับ กุซโลซาน (Italo Calvino, *Invisible Cities*)

ผู้ศึกษาวิชานิติศาสตร์ในระดับสูงล้วนพึงหาวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อแสวงหาความรู้เพิ่มเติมให้พ้นไปจากตัวบทกฎหมายและตำราที่มีอยู่จำกัดในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็น การศึกษากฎหมายอาญา กฎหมายธุรกิจ หรือกฎหมายอื่นใดต่างก็ได้ประโยชน์จากการทำความเข้าใจและหยิบยืมความรู้ประสบการณ์จากต่างประเทศทั้งสิ้น โดยเฉพาะในการทำวิทยานิพนธ์ซึ่งมีการเปรียบเทียบกฎหมายในวิทยานิพนธ์จำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงระเบียบวิธีวิจัยกลับไม่ปรากฏว่ามีคำอธิบายหรือแนวทางที่ชัดเจนในประเทศไทยว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบควรทำอย่างไร จนวิธีการเปรียบเทียบกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปตามบุคคลและหัวข้อที่ศึกษา ห่างไกลจากความเป็นศาสตร์และมีแนวโน้มเป็นเรื่องของศิลปะในที่สุด

ตัวอย่างของปัญหาเหล่านี้ได้แก่กรณี que choisir ที่ผู้ศึกษาอาจเลือกศึกษากฎหมายของบางประเทศ เพียงเพราะว่ามีหนังสือหรือข้อมูลของประเทศดังกล่าวออกมาเป็นภาษาที่ผู้ศึกษาเข้าถึงได้ หรือเมื่อ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹Ran Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2014

นักศึกษาทำวิทยานิพนธ์ก็อาจเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศที่อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์สำเร็จการศึกษามาเพื่อความสะดวกในการศึกษาค้นคว้า นอกจากนั้น ยังมีกรณีที่ผู้วิจัยเลือกกล่าวถึงประเทศบางประเทศ เพียงเพราะกฎหมายในประเทศนั้น ๆ ตรงกับสิ่งที่ผู้วิจัยได้คิดเอาไว้ก่อนแล้ว

ปัญหาเรื่องการเปรียบเทียบที่ไร้ระเบียบทิศทางหรือปรัชญาเบื้องหลังยิ่งร้ายแรงขึ้นอีกเมื่อใช้ในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะนอกจากความเป็นกฎหมายสูงสุดที่เป็นกรอบของกฎหมายทั้งหลายแล้ว กฎหมายรัฐธรรมนูญยังสามารถครอบงำกำหนดการตัดสินใจทางการเมืองผ่านอำนาจในตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเรื่องสิทธิในการยุติการตั้งพรรคหรือการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน² ในประเทศไทยเองการเปรียบเทียบยังเป็นปัญหาเมื่อข้อมูลของรัฐธรรมนูญต่างประเทศกลายเป็นเครื่องมือที่ใช้ต่อสู้เคลื่อนไหวในระดับอุดมการณ์การเมือง โดยเฉพาะการอ้างประเทศต้นแบบทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอย่างประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสในฐานะต้นแบบของกฎเกณฑ์ที่ควรปฏิบัติตาม เช่นการพิจารณาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือเรื่องบทบัญญัติวันจันทร์ มิพักต้องกล่าวถึงการใช้วิธีการเปรียบเทียบกฎหมายในงานการเมืองอย่างการเชิญนักกฎหมายรัฐธรรมนูญจากกลุ่มประเทศดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อการยกร่างรัฐธรรมนูญ³

ด้วยสภาพปัญหาเช่นนี้ *Comparative Matters* ของศาสตราจารย์แรน เฮอเชลล์ (Prof. Ran Hirschl) ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยโตรอนโตได้ท้าทายระเบียบวิธีคิดของวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ในเวลาที่ทั่วโลกต่างกระโจนเข้าร่วมกระแสเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ โดย *Comparative Matters* ตั้งคำถามเบื้องต้นที่สุดที่ยังไม่มีใครตอบได้ชัดเจนว่าวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบศึกษาเรื่องอะไรและมีจุดมุ่งหมายอยู่ที่ใด?

ด้วยเค้าโครงที่เรียบง่าย *Comparative Matters* เริ่มต้นภาคแรกของหนังสือด้วยการพิจารณาพัฒนาการของวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบผ่านประวัติศาสตร์ เพื่อชี้ให้เห็นปัจจัยเบื้องหลังสามประการอันได้แก่ ความจำเป็น ความกระหายใคร่รู้ และการเมือง ซึ่งผู้เขียนได้เปรียบเทียบว่าวิชาการด้านอื่น ๆ ก็มีที่มาจากปัจจัยทั้งสามนี้เช่นกัน เช่นวิทยาศาสตร์ที่เกิดขึ้นในยุคแรกย่อมเป็นวิทยาศาสตร์ประยุกต์เพื่อการเอาชีวิตรอดอย่างความรู้เรื่องการจุดไฟ ต่อมาเมื่อมนุษย์มีเวลาและความใคร่รู้จึงเริ่มไปศึกษาเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับความจำเป็นในชีวิตอย่างดาราศาสตร์ และท้ายที่สุดวิทยาศาสตร์ก็อาจก้าวหน้าได้เพราะพลังทางการเมือง เช่นการพัฒนาเทคโนโลยีทางอวกาศ ในช่วงสงครามเย็น กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบก็เช่นกัน เป็นไปได้ว่านักกฎหมายบางประเทศต้องอ้างรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเพื่อความอยู่รอดท่ามกลางความเห็นส่วนใหญ่ที่เห็นเป็นอื่น ส่วนวิชาการรัฐธรรมนูญก็ปรากฏว่าขับเคลื่อนไปได้มากก็เพราะพลังของนักวิชาการกฎหมาย (เช่น ตัวของเฮอเชลล์เองที่ศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบตั้งแต่ช่วงทศวรรษ 1990 ต้องเสาะหาข้อมูลทาง

²โปรดดู Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review.' (2006) 115(6) Yale LJ 1346

³เจษฎา จี๊สละ, "เปิดปม 3 นักวิชาการเยอรมัน-ฝรั่งเศส สอนมวยยกร่างรธน.," สืบค้นเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2560, <https://www.posttoday.com/analysis/report/366168>



วิชาการด้วยการเดินทางข้ามเมือง เนื่องจากยังเป็นสมัยที่การเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญขบเซา) ส่วนที่น่าคิดที่สุดคือกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบอาจพัฒนาขึ้นก็ด้วยเหตุผลเบื้องหลังทางการเมือง เช่นงานเปรียบเทียบในยุคแรกๆของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ที่มีปลายทางอยู่ที่การเปลี่ยนการเมืองและกฎหมายในฝรั่งเศส

ทั้งนี้ เฮอเชลล์จับเคลื่อนภาคแรกด้วยการกล่าวถึงการทำงานของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันว่าศาลในแต่ละประเทศจะเลือกอ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแตกต่างกันทั้งในทางจำนวนและประเทศที่เลือกจะกล่าวถึง และสรุปว่ามีเหตุผลด้านสังคมการเมืองอยู่เบื้องหลังการเลือกอ้างอิงประเทศใดประเทศหนึ่ง เช่นการที่ศาลสูงสุดของอิสราเอลเลือกอ้างอิงรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน แทนที่จะอ้างอิงรัฐธรรมนูญของอินเดียหรือมาเลเซียอันเป็นประเทศที่เคยประสบปัญหาเรื่องการแบ่งแยกวรรณะและศาสนาคล้ายคลึงกับอิสราเอลมากกว่า นอกจากนี้ เฮอเชลล์ยังเขียนถึงระบบกฎหมายศาสนาในยุคโบราณว่าเคยเผชิญปัญหาเดียวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบมาแล้ว เขาจึงเสนอให้นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบลองพิจารณาเทคนิคและทฤษฎีในกฎหมายศาสนาเพื่อลองมาปรับใช้กับรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เช่นการที่กฎหมายอิสลามมีลักษณะการตีความออกเป็นสองกลุ่มใหญ่คือกลุ่มที่ตีความตามลายลักษณ์อักษรและกลุ่มที่ตีความให้กฎหมายมีชีวิตเปลี่ยนแปลงไปตามสังคม ปรากฏว่าคล้ายคลึงข้อถกเถียงในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญของกลุ่ม Originalist และ กลุ่ม Living Constitutionalism ในสหรัฐอเมริกา⁴

ในภาคที่สอง หลังจากทีกล่าวว่างานรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบมีพลังทางการเมืองหรืออุดมการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งขับเคลื่อนอยู่ด้วย เฮอเชลล์จึงเริ่มเสนอว่ารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบนั้นไม่ควรจำกัดตัวเองอยู่ในโลกนิติศาสตร์อย่างที่เป็มา ควรที่นักนิติศาสตร์จะเปิดใจรับความรู้และระเบียบวิธีวิจัยจากสังคมศาสตร์อื่น ๆ ด้วย ไม่ว่าจะเป็งานด้านรัฐศาสตร์หรือเศรษฐศาสตร์ ในการนี้ เฮอเชลล์ได้เขียนบทที่ 5 มาย้ำเตือนให้นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบเห็นจุดด้อยของตนเองอย่างคมคาย ด้วยการเปรียบเทียบว่ารัฐธรรมนูญที่มักอ้างกันในวรรณกรรมล้วนมาจากประเทศเดิมกลุ่มเดิมไม่กี่ประเทศเท่านั้น เช่น สหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศสและแอฟริกาใต้ แต่กลับอ้างผลการเปรียบเทียบเพื่อยืนยันผลที่เป็นสากล ซึ่งเปรียบเทียบได้กับรายการ “World Series” อันเป็การแข่งขันเบสบอลในทวีปอเมริกาเหนือเท่านั้น แต่กลับเรียกชื่อรายการว่าเป็นระดับโลก เฮอเชลล์เรียกปรากฏการณ์นี้ว่า “World Series Syndrome” และส่วนนี้คงเป็บทที่น่าจะกระทบบใจนักวิชาการไทยมากที่สุด เพราะการเปรียบเทียบที่ผ่านมาในประเทศไทยก็ดำเนินไปตามอาการเช่นนี้

สุดท้าย เฮอเชลล์ได้เสนอกรอบของระเบียบวิธีวิจัยเอาไว้ โดยอ้างอิงวิธีเลือกกรณีศึกษาจากวิชาการเมืองเปรียบเทียบ และได้ยกตัวอย่างการทดลองใช้ระเบียบวิธีเหล่านี้ในงานรัฐธรรมนูญ

⁴โปรดดู Jack M. Balkin, 'Framework Originalism and the Living Constitution.' (2009) 103(2) Nw U L Rev 549

เปรียบเทียบให้ผู้อ่านได้เข้าใจและติดตามศึกษาต่อ สรุปแล้ว สำหรับเฮอเซลล์ เขาเห็นว่าไม่ควรมีวิชาชื่อ “กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ” (Comparative Constitutional Law) แต่ควรจะเป็นวิชา “รัฐธรรมนูญเปรียบเทียบศึกษา” (Comparative Constitutional Studies) ที่ไม่ยึดติดกับตัวบทกฎหมายแต่พิจารณาถึงปรากฏการณ์สังคมการเมืองด้วยเครื่องมือของวิชาสังคมศาสตร์ไปพร้อมกันด้วย เพื่อจะได้ข้อสรุปที่เป็นวิชาการและมีลักษณะทั่วไปนามธรรมเพียงพอที่จะนำไปใช้เป็นกฎทั่วไปได้อย่างศาสตร์อื่น ๆ ต่อไป

เมื่อย้อนกลับมาที่ประเทศไทย ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ทุกวันนี้ก็เผชิญความท้าทายอย่าง *Comparative Matters* กล่าวเอาไว้ โดยเฉพาะวิทยานิพนธ์ทั้งหลายที่มักเปรียบเทียบกับประเทศใดประเทศหนึ่งโดยไม่ได้อธิบายเหตุผลในการเลือกกรณีศึกษาอย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตำราด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบในช่วงแรกของประเทศไทยอย่าง “คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป)” โดยศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม กลับปรากฏค่านำในลักษณะที่เป็นปลายทางของวิชาที่เฮอเซลล์ได้วางไว้

“...เพราะการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นมีความจำเป็นมากที่ผู้ศึกษาจักต้องรู้ถึงหลักทั่วไปของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยในนานาประเทศ หลักเหล่านี้ย่อมคล้ายคลึงกัน จะแตกต่างกันก็แต่ในรายละเอียด เมื่อเราได้ศึกษาเข้าใจถึงหลักทั่วไปเหล่านี้แล้ว การอ่านรัฐธรรมนูญของต่างประเทศไม่ว่าประเทศใด เราก็สามารถเข้าใจว่าบทบัญญัตินั้น ๆ มีความหมายอย่างไร...”⁵

น่าจะคิดว่าศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม เอง ก็มีพื้นฐานทางวิชาการที่หลากหลายและเคยเป็นคณบดีคณะรัฐศาสตร์มาก่อน จึงทำให้แนวคิดในทางตำราของท่านเปิดกว้างหลากหลายพอสมควร แน่แน่นอนว่าด้วยข้อจำกัดของยุคสมัย การเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญจึงยังไม่อาจทำได้ครอบคลุมดังเช่นปัจจุบัน แต่ก็มีเทคนิควิธีในการศึกษาวิจัยที่ยากจะพบได้ในตำราของไทยในปัจจุบัน เช่น การที่ผู้เขียนอ้างอิงตัวบทรัฐธรรมนูญของประเทศจำนวนมากในงานเขียน โดยไม่ได้จำกัดอยู่ที่การเปรียบเทียบประเทศกลุ่มเล็ก ๆ เท่านั้น วิชา “รัฐธรรมนูญเปรียบเทียบศึกษา” ที่เฮอเซลล์กล่าวถึงจึงไม่ใช่เรื่องไกลตัวและยากจะปฏิบัติ และอาจเป็นวิธีการศึกษารัฐธรรมนูญที่เป็นเหตุเป็นผลสอดคล้องกับความคิดของคนทั่วไป แม้กระทั่งประเทศไทยเอง

ท้ายที่สุด การศึกษารัฐธรรมนูญแบบที่เรียกว่า “ตามกันฝรั่ง” ดูแต่เพียงกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศแล้วท่องจำเป็นสูตรสำเร็จนั้นไม่เหมาะสม แต่การอยู่กับรัฐธรรมนูญแบบไทยที่ไม่อ้างอิงความเป็นไปของสากลโลกและความรู้ทางวิชาการใดก็เป็นไปไม่ได้เช่นกัน จึงถึงเวลาแล้วที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยจะต้องคิดทบทวนแนวทางการศึกษาค้นคว้าของตน และนำเสนอหนทางในอนาคตของประเทศไทยต่อไป ในการนี้จุดเริ่มต้นที่ดีที่สุดคือการอ่านและวิพากษ์ *Comparative Matters* แล้วย้อนกลับมาพิจารณาตัวเองนั่นเอง

⁵ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป), (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495), น.ค.