

วิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น

Introduction to Public Law

คำถามข้อที่ 1 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 60 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เทศบาลมีอำนาจตราเทศบัญญัติโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อปฏิบัติปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่ของเทศบาลที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้
- (2) เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้เทศบาลตราเทศบัญญัติ หรือให้มีอำนาจตราเทศบัญญัติ”

ในขณะที่วรรคสองของมาตรา 60 ยังได้บัญญัติไปอีกว่า “ในเทศบัญญัตินั้น จะกำหนดโทษปรับผู้ละเมิดเทศบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่ห้ามมิให้กำหนดเกินกว่าหนึ่งพันบาท” ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า เทศบาลตำบล ก. โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 54 มาตรา 58 มาตรา 63 มาตรา 65 มาตรา 71 และมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ได้ตรา “เทศบัญญัติเทศบาลตำบล ก. เรื่อง การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อย พ.ศ. 2564” เพื่อบังคับใช้ในเขตพื้นที่ในความรับผิดชอบของเทศบาลตำบล ก. โดยในข้อ 11 ของเทศบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดชุด กะเทาะ ขีดเขียน พ่นสี หรือทำให้ปรากฏด้วยประการใด ๆ ซึ่งข้อความภาพหรือรูปรอยใด ๆ ที่กำแพงที่ติดกับถนน บนถนนหรือต้นไม้ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของอาคารที่อยู่ติดกับถนนหรือที่ในสาธารณะ เว้นแต่เป็นการกระทำของราชการส่วนท้องถิ่น ราชการอื่น หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำได้” และในข้อ 52 แห่งเทศบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามข้อ 11 ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ในกรณีที่บุคคลที่ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามข้อ 11 เป็นบุคคลที่มีได้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ในความรับผิดชอบของเทศบาลตำบล ก. ให้บุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษประหารชีวิต”

ให้นักศึกษาจงตอบคำถามดังต่อไปนี้

1) การตราเทศบัญญัติเทศบาลตำบล ก. เรื่อง การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อย พ.ศ. 2564 เป็นการกระทำของรัฐประเภทใดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

2) จงอธิบายสาระสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” มาโดยละเอียด ตลอดจนวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติในข้อ 52 แห่งเทศบัญญัติเทศบาลตำบล ก. เรื่อง การรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อย พ.ศ. 2564 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐหรือไม่ เพราะเหตุใด

แนวคำตอบ

จากคำถามข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรอธิบายคำตอบที่เกี่ยวข้องในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1.1 การใช้อำนาจของเทศบาล ก. เป็นการใช้อำนาจในลักษณะใด

คำถามดังกล่าวนั้น พึงต้องเข้าใจเสียก่อนว่าการใช้อำนาจรัฐภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งอันเป็นรากฐานของระบบกฎหมายมหาชนนั้น แบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็นสามส่วน ได้แก่ องค์กรผู้ทำหน้าที่ตรากฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) องค์กรผู้ทำหน้าที่กำหนดนโยบายในการบริหารรัฐ และบังคับใช้กฎหมาย (อำนาจบริหาร) และองค์กรผู้ใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คดีต่าง ๆ เพื่อจัดการกับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นภายในระบบกฎหมายของรัฐ (อำนาจตุลาการ) ซึ่งอำนาจทั้งสามนี้ถูกออกแบบ ให้ต้องตรวจสอบและถ่วงดุลกัน เพื่อให้ไม่มีองค์กรผู้ใช้อำนาจใดละเมิดอำนาจ จนใช้อำนาจไปในทางที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ทั้งนี้ เฉพาะในองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารนั้น สามารถแบ่งประเภทของการใช้อำนาจออกได้เป็นสองรูปแบบ ได้แก่ การใช้อำนาจซึ่งผูกโยงอยู่กับรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ การใช้อำนาจของรัฐในลักษณะนี้ ถือว่าเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในทางรัฐบาล ส่วนในกรณีที่รัฐหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยอาศัยฐานแห่งอำนาจตามกฎหมายในระดับ

พระราชบัญญัติลงไป อันเป็นลักษณะของการใช้อำนาจรัฐในการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งต้องเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในทางปกครอง ดังนั้น หากเอากرอบความคิดข้างต้นไปใช้เป็นฐานในการพิจารณาการกระทำของเทศบาล ก. ย่อมสามารถอธิบายได้ว่า การใช้อำนาจดังกล่าวถือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งหากจะให้พิจารณาโดยเฉพาะเจาะจงลงไป คือ การใช้อำนาจในการออกกฎ ทั้งนี้ เนื่องจากการตราเทศบัญญัตินั้นเป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยฐานของพระราชบัญญัติเทศบาล ซึ่งมีลักษณะเป็นการตรากฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับเป็นการทั่วไปในขอบเขตการปกครองของเทศบาลดังกล่าวนั่นเอง

1.2 ให้อธิบายหลักนิติรัฐ และอธิบายต่อไปว่าบทบัญญัติในข้อ 52 แห่งเทศบัญญัติเทศบาลตำบล ก. เรื่อง การรักษาความสะอาด และความเป็นระเบียบเรียบร้อย พ.ศ. 2564 เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ หรือไม่

โดยพื้นฐานแล้ว หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ที่รวมเอาหลักการย่อย ๆ ในทางกฎหมายมหาชนเข้าไว้ด้วยกัน ภายใต้เป้าหมายพื้นฐานสำคัญสองประการประกอบไปด้วย การจำกัดอำนาจรัฐเป็นเป้าหมายประการหนึ่ง และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเป้าหมายในประการถัดมา เพื่อทำให้เป้าหมายดังกล่าวบรรลุผลหลักนิติรัฐจึงโอบรับเอาหลักการย่อย ๆ จำนวนมากเข้ามาเพื่อจำกัดไม่ให้รัฐมีอำนาจมากเกินไปจนกระทั่งละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน โดยหลักการเหล่านั้นสามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรก หลักนิติรัฐในทางรูปแบบซึ่งมุ่งกำหนดแบบแห่งการใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไปในตัว บรรดาหลักการทั้งหลายที่อยู่ในกลุ่มของนิติรัฐในทางรูปแบบนั้น ประกอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและตุลาการ หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในทางศาล และหลักความเป็นกลางขององค์กรตุลาการ ส่วนกลุ่มที่สอง ซึ่งถูกเรียกว่าเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น เป็นกลุ่มของหลักการซึ่งถูกรวมเข้ามาไว้ในนิติรัฐบนฐานคิดที่ว่า ลำพังการใช้อำนาจรัฐตามแบบที่หลักนิติรัฐกำหนดนั้นอาจไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิ

และเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดกลุ่มของหลักการเพิ่มเติมให้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ เพื่อให้ “เนื้อหา” แห่งการใช้อำนาจทั้งหลายของรัฐนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร หลักการย่อย ๆ ในกลุ่มที่สองนี้ ประกอบด้วยหลักการพื้นฐานสำคัญเพียงแค่สองประการ (พึงเข้าใจว่าหลักการสองประการนี้ไม่ได้เป็นที่สุด ในความหมายว่ามีเพียงสามหลักการที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่เป็นเพียงหลักการที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในงานเขียนทางวิชาการจำนวนมาก) ได้แก่ หลักประกันสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการย่อยที่สำคัญอีกหลายประการ ทั้งหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิ และเสรีภาพ หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมาย และห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี และเฉพาะบุคคล และหลักการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ นอกจากหลักการเหล่านี้แล้วหลักความได้สัดส่วนซึ่งมุ่งสร้างฐานในการชั่งน้ำหนักให้กับรัฐ เมื่อรัฐจำเป็นต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะของการกระทำทั้งหลายของรัฐ ล้วนแล้วแต่ถูกจัดว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ในทางเนื้อหาทั้งนั้น สำหรับคำถามอีกประเด็นหนึ่ง นั่นคือ การใช้อำนาจของเทศบาล ก. โดยเฉพาะในมาตรา 52 ของเทศบาลบัญญัติ ที่ให้อำนาจในการประหารชีวิตผู้กระทำความผิดนั้นชอบด้วยหลักนิติรัฐหรือไม่ คำตอบต่อคำถามดังกล่าวนี้คือ การใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยหลักนิติรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลสำคัญเพียงประการเดียว นั่นคือ พระราชบัญญัติเทศบาลอันเป็นฐานในการออกเทศบัญญัติของเทศบาล ก. นั้น ไม่ได้ให้อำนาจเทศบาล ก. ในการประหารชีวิตผู้กระทำความผิด โดยอาจทำได้เพียงปรับเป็นเงินเท่านั้น ดังนั้น การใช้อำนาจของเทศบาล ก. จึงไม่ชอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

คำถามข้อที่ 2 สนธิสัญญา และข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นบ่อเกิด หรือที่มา ของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร วิธีการที่รัฐต่าง ๆ จะนำสนธิสัญญา และข้อตกลงระหว่างประเทศมาใช้เป็นกฎหมายภายในมีอยู่กี่ระบบ ได้แก่อะไรบ้าง แต่ละระบบมีสาระสำคัญอย่างไร และประเทศไทยใช้ระบบใด ให้อธิบาย พร้อมยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เกี่ยวข้องด้วย

แนวคำตอบ

กฎหมายมหาชนนั้นคือ “กฎหมาย” ซึ่งดำรงอยู่เพื่อ “จำกัดอำนาจรัฐ” โดยมีเป้าหมายสำคัญอยู่ที่การทำ หรือชี้นำ (Channeled) ให้อำนาจรัฐนั้นถูกใช้ไปเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ และเพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ภายใต้ คำอธิบายเช่นนี้ “กฎหมาย” ในคำว่ากฎหมายมหาชนนั้น จึงเป็นกฎหมาย ในความหมายที่กว้างขวางมากที่สุด นั่นคือ กฎเกณฑ์ใดที่ทำหน้าที่ในกรอบของ นิยามดังกล่าวเราอาจพอสรุปได้ในเบื้องต้นว่าเป็นกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมาย ภายในประเทศยังเป็นประเทศที่นำเอาระบบกฎหมายแบบภาคพื้นทวีป (Civil Law) มาใช้เป็นแก่นในการก่อสร้างระบบกฎหมายนั้น การทำความเข้าใจว่ากฎหมายมหาชนนั้น มีบ่อเกิดจากสิ่งใดจึงมีความจำเป็น และมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการศึกษา และการปรับใช้กฎหมายมหาชนต่อไปในอนาคต ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอนำเสนอข้อสังเกต บางประการเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนไว้ในเอกสารนี้ โปรดทำความเข้าใจ ว่าความเห็นนี้เป็นส่วนต่อขยายคำอธิบายเรื่องบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่ผู้เขียน ได้เขียนไว้แล้วในหนังสือของตนเอง และเป็นความเห็นของผู้เขียนแต่เพียงฝ่ายเดียว เท่านั้นซึ่งอาจมีผู้อื่นเห็นแย้งได้

ในเบื้องต้น ผู้เขียนอยากชี้ชวนให้ทำความเข้าใจเสียก่อนว่า “บ่อเกิด” ที่ว่านี้ หมายถึงอะไร ก่อนอื่นผู้เขียนต้องกล่าวว่าผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับวิธีการเริ่มอธิบาย ความหมายของ “คำ” โดยอ้างอิงพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน อันเป็นวิธีการ (Approach) ที่คำอธิบายทางกฎหมายของไทยมักใช้กันสักเท่าไร เนื่องจาก มักมีความหมายกว้างขวางเกินไปจนอาจทำให้การทำความเข้าใจความหมายของคำ

ในทางกฎหมายผิดหลงไปได้ เช่น คำว่าบ่อเกิดนี้เองที่ถูกนิยามว่า “แหล่งที่เกิดแหล่งที่มา ต้นกำเนิด” ซึ่งหากเข้าใจตามความหมายนี้ เราอาจตีความไปในทางที่ว่าบ่อเกิดของกฎหมายนั้น หมายถึง ต้นตอ หรือแหล่งที่ให้กำเนิดกฎหมายขึ้นมา ซึ่งเกินขอบเขตมาก อาจหมายถึง การประชุมสภาผู้แทนราษฎร การประท้วง จารีตประเพณี หรือการกระทำใด ๆ ก็ได้ที่เป็นต้นตอให้กฎหมายนั้นกำเนิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าการนิยามความหมายในลักษณะดังกล่าวกว้างขวางเกินไป และนักกฎหมายสายปฏิฐานนิยมเองอาจจะบอกว่าการศึกษา “แรงบันดาลใจ” อันนำไปสู่การตรากฎหมายนั้นไม่ใช่ขอบเขตที่นักกฎหมายต้องศึกษาในกรอบของวิชานิติศาสตร์ เมื่อเป็นเช่นนั้น คำถามประการสำคัญนั้นคือ “บ่อเกิด” ในที่นี้ หมายถึงอะไรกันแน่ โดยผู้เขียนเห็นว่า “บ่อเกิด” ของกฎหมายในที่นี้นั้น ควรจะหมายถึงแหล่งหรือที่มาแห่งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งสามารถถูกอ้างถึง หรือถูกนำมาใช้ภายในปริบทของกฎหมายได้อย่างชอบธรรม อีกนัยหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าบ่อเกิดของกฎหมายในที่นี้ต้องถูกทำความเข้าใจในฐานะแหล่งอันชอบธรรม ซึ่งผู้ใช้หรือกล่าวอ้างกฎหมายสามารถไปค้นหาเพื่อนำกฎหมายมาใช้ได้นั่นเอง

ในระบบกฎหมายของไทยนั้น บ่อเกิดของกฎหมายทั้งในทางเอกชน และในทางมหาชน อาจไม่ได้มีความแตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ กฎหมายอันถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายที่สำคัญมากที่สุด โดยในระบบกฎหมายมหาชน รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะสูงสุดในประเทศ (กฎหมาย หรือการกระทำใดของรัฐไม่อาจขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ถดถอยมาจากนั้น ย่อมเป็นลำดับของ “กฎหมาย” ในความหมายของกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่ตราขึ้นโดย หรือได้รับการยอมรับให้ประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งประกอบไปด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด(ส่วนกฎมณเฑียรบาล จะอยู่ในลำดับชั้นได้ คือ เป็นรัฐธรรมนูญหรือเป็นกฎหมายย่อมขึ้นกับการตีความ ซึ่งในทัศนะของผู้เขียน ผู้เขียนเห็นว่าอยู่ในลำดับของพระราชบัญญัติ) ทั้งนี้ ได้ลำดับของกฎหมาย ยังมีบรรดา “กฎ” หรือที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายบริหาร” ซึ่งฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจ

ตาม“กฎหมาย” เพื่อขยายความบรรดาข้อบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ให้มีความชัดเจน และสามารถนำไปปฏิบัติได้ กฎที่ว่ามีชื่อเรียกมากมาย เช่น ระเบียบ ข้อบังคับ กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ ลักษณะพื้นฐานโดยทั่วไปของกฎ เช่น การใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือไม่ใช้บังคับกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะนั้นมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับกฎหมาย เพียงแต่กฎนั้นใช้กฎหมายเป็นฐานในการตรา เราจึงจัดกลุ่มของกฎทั้งหลายว่า เป็นสิ่งที่กระทำลงโดยอาศัยอำนาจของฝ่ายปกครอง หรือเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งต่างจากกฎหมายที่เป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ

สำหรับบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จะถูกนำมาใช้เมื่อจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยผู้เขียนเห็นว่าบ่อเกิดที่สำคัญอยู่สองประการ ประการแรก คือ บรรดาจารีตประเพณีทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งหมายถึงแนวปฏิบัติที่ได้มีการปฏิบัติต่อกันมา และได้รับการยอมรับในฐานะกฎเกณฑ์ที่ต้องยึดถือ ดังเช่นกฎหมาย ส่วนอีกประการหนึ่ง คือ บรรดาหลักกฎหมายทั่วไปทั้งหลาย ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ภายในรัฐ ซึ่งอาจค้นหาได้ผ่านการพิจารณา บรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ หรือใช้วิธีวิทยาทางนิติศาสตร์เพื่อสกัดเอาหลักออกมาจากแหล่งใดแหล่งหนึ่ง ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปในขอบเขตของกฎหมายมหาชนจำนวนมาก ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วในรัฐธรรมนูญ เช่น ความเสมอภาคความได้สัดส่วน นิติรัฐ ฯลฯ เช่นนั้นเราย่อมสามารถใช้ตรรกะ หรือเหตุผลบางประการสกัดเอาหลักอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ โดยอาศัยหลักที่ได้มีการบัญญัติไว้แล้วเป็นฐาน

ภายใต้ข้อสังเกตข้างต้นนี้ คำถามประการต่อมาที่ผู้เขียนตั้งใจจะตอบ นั่นคือ กฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนหรือไม่ ต่อคำถามดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าสามารถตอบได้เป็นสองแนว คือ เป็นและไม่เป็น ซึ่งโดยส่วนตัวแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นประการหลังมากกว่า

ในกลุ่มของคำอธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศ (สนธิสัญญา จารีตประเพณี ฯลฯ) ทั้งหมดเป็นบ่อเกิดในทางกฎหมายมหาชนนั้น มีการอธิบายที่มา หรือวิธีการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายมหาชนที่แตกต่างกัน

อยู่สองลักษณะ ขึ้นอยู่กับท่าที หรือแนวทางในการนำเอากฎหมายระหว่างประเทศ มาใช้ภายในประเทศกล่าวคือ ในกลุ่มประเทศที่ยึดถือระบบเอกนิยม (Monism) ซึ่งถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศเป็นกฎหมายในระบบเดียวกันนั้น บรรดากฎหมายระหว่างประเทศทั้งหลายที่รัฐให้สัตยาบัน คือ เข้าผูกพันหรือเข้าร่วม ในลักษณะของการภาคยานุวัติ (Accession) นั้น ย่อมมีผลผูกพันรัฐโดยไม่ต้องผ่านการกระทำ เช่น การอนุวัติการ (การแปรสภาพกฎหมายระหว่างประเทศให้กลายเป็น กฎหมายภายในประเทศผ่านกระบวนการในทางนิติบัญญัติ) ตัวอย่างประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น ฝรั่งเศส โปแลนด์เยอรมัน รัสเซีย ดังนั้น หากมีกฎหมายระหว่างประเทศใดที่มุ่งจำกัด การใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนในขอบเขตของกฎหมายมหาชนรัฐ ย่อมสามารถหยิบ หรือนำกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวมาใช้ได้เลย

ในทางกลับกันประเทศที่ใช้ระบบทวินิยม (Dualism) ซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศ กับกฎหมายภายในประเทศเป็นคนละระบบกันนั้น การจะนำเอากฎหมายระหว่างประเทศ มาใช้ภายในประเทศจำเป็นต้องผ่านการอนุวัติการ (Implementation) เสียก่อน คือ ต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติภายในประเทศ ตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อ แปรสภาพหลักการต่าง ๆ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศให้กลายเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งหลังจากทำการ เช่น สามารถนำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้อนุวัติการแล้ว มาใช้อ้างอิงภายในประเทศได้ ทั้งนี้ ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบทวินิยม โดยพิจารณาจากความในวรรคที่ 2 ของมาตรา 178 ที่บัญญัติไว้ว่า “หนังสือสัญญาใดมี บทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทย มีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออก พระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาและหนังสือสัญญาอื่น ที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคง ทางเศรษฐกิจสังคม หรือการค้า หรือการลงทุน ของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภา ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภา พิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ” ซึ่งเป็นบทมาตรหลักที่แสดงให้เห็นว่าก่อนที่สนธิสัญญา ในทางกฎหมายระหว่างประเทศใด

จะผูกพันรัฐไทย จำเป็นต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือพิจารณาก่อน อันแสดงให้เห็นถึงความเป็นทวินิยมอย่างชัดเจน (อย่างไรก็ตามกรณีของจารีตประเพณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศอาจไม่เข้าลักษณะนี้ และทำให้แม่ไทยจะเป็นทวินิยม แต่อาจเป็นทวินิยมไม่เด็ดขาด ซึ่งข้อถกเถียงนี้ อยู่นอกขอบเขตของวิชากฎหมายมหาชน)

ภายใต้คำอธิบายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมายมหาชน แต่เป็นเพียงแรงบันดาลใจ หรือแรงผลักดัน ที่ทำให้เกิดการรับเอาความตกลงบางอย่างมาแปลสภาพให้กลายเป็นกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายนั้นเองที่เป็น “บ่อเกิด” ของกฎหมายมหาชน ในความหมายที่ผู้เขียนพยายามอธิบายมาตั้งแต่ต้น โดยผู้เขียนขอแยกคำอธิบาย ออกเป็นสองกลุ่มตามระบบของกฎหมายที่กล่าวถึงไปก่อนหน้านี้แล้ว ดังนี้ ในประเทศ กลุ่มเอกลิขิตนั้น จริงอยู่ว่าเมื่อใดที่รัฐเข้าไปผูกพันตนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายนั้นย่อมสามารถถูกอ้าง หรือถูกใช้ภายในประเทศได้ทันที แต่ผู้เขียน อยากให้ลองพิจารณากรณีของฝรั่งเศส ซึ่งหากว่ากันตามจริงแล้ว มีสถานะกำลัง ว่าเป็นเอกลิขิตจริง หรือไม่ (มีสนธิสัญญาบางประเภทที่ต้องได้รับการรับรองจากรัฐสภา ก่อนจึงจะมีผลผูกพัน โดยต้องทำในรูปรัฐบัญญัติตามมาตรา 53 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958) จะพบว่าการอ้างถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ได้ผูกพันรัฐบาลแล้วให้มีผลผูกพัน และมีสถานะสูงกว่าการกระทำในทางนิติบัญญัติ ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญ กรณีเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันด้วยเช่นกัน ข้อเท็จจริงนี้ชี้ชวนให้เห็นว่า ถึงที่สุดแล้วแม้ตัวตน ทั้งหลายภายในรัฐจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็เป็นการผูกพัน โดยมีกฎหมายภายใน (รัฐธรรมนูญ) เป็นฐานในการมอบความชอบธรรมให้กับการอ้าง ถึงกฎหมายระหว่างประเทศ และนำมาใช้ในระบบกฎหมายภายใน ดังนั้น ในแง่นี้ ผู้เขียนเห็นว่าถึงที่สุดแล้วบ่อเกิดของกฎหมายยังคงเป็นตัวรัฐธรรมนูญ ซึ่งอนุญาต ให้อ้างอิงถึงกฎหมายระหว่างประเทศนั้นเอง สำหรับประเทศในกลุ่มทวินิยมนี้ ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำเอาตรรกะแบบเดียวกันมาใช้อธิบายได้ กล่าวคือ ในเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถถูกนำมากล่าวอ้างในระบบกฎหมาย

ภายในประเทศได้โดยตรง (ไม่มีความชอบธรรมที่มากพอ) จึงต้องสร้างความชอบธรรมผ่านการแปรสภาพให้กลายเป็นกฎหมายภายใน (การอนุวัติการ) เมื่อเป็นเช่นนั้น การอ้างหรือปรับใช้กฎหมายก็คือ การอ้างถึงกฎหมายในระบบกฎหมายภายในประเทศ ไม่ใช่การอ้างหรือปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยตรงไม่ ในแง่นี้กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นแค่ประกายแห่งแรงบันดาลใจในการให้กำเนิดกฎหมายภายใน

ทั้งนี้ ข้อสังเกตทั้งหลายเหล่านี้เป็นข้อสังเกตส่วนตัวของผู้เขียน ดังนั้น ผู้อ่านไม่ผูกพันที่จะต้องเชื่อถือตามนั้น และยังสามารถวิพากษ์รวมถึงโต้แย้งได้อย่างเต็มที่ด้วย